

LA REFORMA AL DERECHO CIVIL Y LA NUEVA TAREA DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN LA MODERNIDAD

José Ramón NARVÁEZ

*Jurisprudentia est civilis sapientia, est enim
sapientia habitus speculationis - scientia
autem.*

Bartolo di Sassoferrato,
Tractatus testimoniorum § Prudentia,
I-IV, 145.

SUMARIO: I. *El degrado del derecho civil en la modernidad.* II. *La reducción del derecho civil en la codificación.* III. *La crisis del derecho público en el siglo XIX y el renacimiento de la ciencia del derecho privado.* IV. *El socialismo jurídico y el derecho privado.* V. *Conclusiones.*

I. EL DEGRADO DEL DERECHO CIVIL EN LA MODERNIDAD

Tal vez sea un lugar común en la historia del derecho pensar la antigüedad como mayoritariamente de derecho civil,¹ en confrontación

¹ Aunque existiría un posible argumento derivado de la filosofía del derecho griego, sobre todo en Aristóteles, quien al distinguir entre justicia conmutativa y justicia distributiva, estaba de algún modo, dando origen a dos ámbitos jurídicos diferentes; caso análogo es el uso de Aristóteles para explicar el principio de división de poderes, ambos casos me parece caen en el historicismo y la extrapolación. En este orden de ideas, Radbruch asigna no sólo cada justicia a un derecho sino que establece, que el concepto de equidad aristotélico, sería equivalente al derecho social (RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 33).

con la modernidad de derecho público, sobre todo constitucional. Tal vez esta idea tenga origen en una categoría curiosamente moderna, que implica la división mental entre lo privado y lo moderno, digo mental porque en la práctica, como lo ha estudiado Paolo Cappellini,² el derecho es más bien intermedio; revisemos, por ejemplo, el argumento más difundido sobre el que se basa dicha división: lo público se refiere a aquel derecho que surge de la organización social, claro, la más evidente es el Estado, y esto nos llevaría a ulteriores problemas, inicialmente el de definir al Estado; pues bien, en este argumento, lo civil, dicho también privado,³ significaría aquello que se genera al margen de la organización política, en su caso del Estado; este argumento parte de preconceptos modernos, el más importante es el que considera que lo político y el Estado son estructuras no sociales, por lo que el derecho surgiría de dos lugares fundamentales: la sociedad (particularizada) y el Estado (generalizado a través de la voluntad popular).⁴

La razón por la cual puede hablarse de un degrado del derecho privado en la modernidad, es porque ésta apostó a dar preferencia a la

² CAPPELLINI, Paolo, "Privato e pubblico", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milán, 1986, pp. 660-687, ahora en *Storia del diritto moderno. Tre saggi*, Milano, Giuffrè, 2003. Para el profesor florentino la distinción obedece a tres factores: la sobrevaloración del derecho constitucional, una distinción interna de carácter técnico y el prejuicio, radicalización o reduccionismo a la que conduce el debate sobre el origen histórico del Estado.

³ Sobre el concepto de privado, Paolo ZATTI decía en una conferencia que llevaba el título *Variaciones sobre "privado" razonando de derecho de familia*, en la Universidad de Florencia, el 16 de diciembre de 2002. El término latino *privus* que significa "aquel que está delante" representa la raíz de palabras como 'particular' y 'privilegio'; mientras que *privatus* significa "exentado de aquello que vale para un grupo"; de ambos términos se deduce que "el privado es un poder ante el cual otro poder, el público, se detiene"; el problema es que al poder público se le pide al igual que detenerse de tutelar, y entonces el Estado debe obrar la "liberación del individuo de un sector privado"; tal es el caso del menor que viene maltratado por sus padres, el Estado vulnera la familia para tutelar al menor; no obstante nos dice Zatti, existen aun lugares "del privado de más privacidad, delante de los cuales el Estado se detiene por ejemplo de frente al mar amniótico para llegar al *nasciturus* que es un sujeto a proteger", ver también, de este autor junto con G. IUDICA, *Linguaggio e regole del diritto privato, casi e domande*, Cedam, Padova, 2001.

⁴ También puede verse el artículo de CERRONI, Humberto, "Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico", en *Revista Internazionale di filosofia del diritto*, núm. 37, 1960.

fuente jurídica estatal, la ley; y por efectos del monismo jurídico, todas las demás dependen de ella, como lo ha explicado Paolo Grossi.⁵

Lo anterior lleva a concebir como más importante el derecho público, porque es lo que interesa a la colectividad, pero no sólo eso, sino que con el paso de los años, el derecho público se constituyó como origen mismo del derecho privado, al grado que hoy el derecho privado debería constitucionalizarse.⁶ Aunque cualquier radicalización es igual de imperdonable, como el caso de intentar privatizarlo todo, donde en realidad sólo unos cuantos particulares se beneficiarían. Quizá el ejemplo histórico jurídico más relevante en este sentido sea la codificación, en donde un documento jurídico que funciona como constitución del Estado burgués, hecha por un régimen de Estadonación monopoliza todo el derecho, con excepción del contrato que será ley entre las partes y con un diseño que permitirá la libre circulación de los bienes.

Pero refirámonos al concepto clásico de ciencia jurídica para saber si esto es cierto. El derecho romano que es el primero de los modelos científico-jurídicos, construido con la aportación de los juristas, se concibe sobre todo, como *ius civile*, al grado que el concepto de ley en algunas épocas, es privado. Pero no quiere decir que existía una preferencia de éste sobre el público, sino simplemente que no existía la división. Durante la baja Edad Media, la ciencia jurídica transformada en *utrumque ius*, conserva la unidad,⁷ y aun con la interferencia cuasiestatal, por ejemplo de un Barbarroja, el productor del derecho continúa siendo la sociedad y quien le da forma es el jurista. La idea de la transformación del derecho producido por la sociedad, se ha condensado desde el derecho romano, en el concepto de jurisprudencia que significa construcción/descubrimiento del orden. Italo Birocchi ha demostrado que esta unidad conceptual puede extenderse hasta los inicios del humanismo, donde aun apoyados en el pasaje del *Digesto*

⁵ *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Giuffrè, Milán, 2000, pp. 115-116.

⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001, pp. 15 y ss.

⁷ Cfr. CALASSO, Francesco, "Ius publicum e ius privatum nel diritto comune classico", en *Annali di storia del diritto*, núm. 9, 1965.

D.1.1.1.2,⁸ se buscaba una posible división del derecho en materias, todavía nebulosa.⁹

La razón de la unidad científica del derecho se debe a que finalmente detrás del mismo debería estar como productora del derecho la comunidad, el abandono de este paradigma en la modernidad obedece a las mismas razones por las que se le hizo la guerra a la comunidad; para la modernidad la única comunidad legítima es el Estado, por tanto es obvio que sea el Estado el único productor del derecho, de este modo se hace necesario distinguir qué es lo que corresponde a éste y qué lo que corresponde a la sociedad. En todo este proceso, los juristas también resultan afectados, pues de la calidad de intérpretes, y como mediadores entre realidad, norma y aplicación, tendrán que conformarse en la modernidad con explicar el contenido de la norma, que además ha perdido su vinculación con la comunidad.

En el esquema arriba apuntado, el derecho privado se convierte en las reglas que el derecho público dicta al respecto, y no sólo eso, sino que el derecho público ha robado al privado los conceptos más importantes, recordemos que en gran parte una ciencia es tal por conservar y acrecentar un lenguaje propio. En tal sentido podemos citar, por ejemplo, el concepto del contrato o pacto, o el concepto de representación, y también podría incluirse el de mandato.

Sin embargo, el derecho privado permanece como la ciencia más acabada por la infinidad de principios que ha recogido a lo largo de su historia, principios que han nacido sobre todo de la práctica, que si bien forman parte de una noción amplia de la política, como forma de organización social, están antes que ésta como orden social válido; de hecho podría establecerse una fórmula: a mayor política menos derecho y a la inversa, tal es el caso de la alta Edad Media y del actual derecho de la globalización, ambos, de mayor contenido privado.¹⁰

⁸ "Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus".

⁹ BIROCCHI, Italo, "La distinzione 'ius publicum/ius privatum' nella doctrina della scuola culta (François Connan, Hugues Doneau, Louis Charondas Le Caron)", en *Ius Commune*, núm. 23, Frankfurt am Main, 1996, pp. 139-176.

¹⁰ Cuestión que Paolo GROSSI pone en evidencia en *L'Europa del Diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007. El común denominador de la época medieval y la actual es la ausencia del

Reconozco que en este análisis, yo mismo he caído en la tentación performativa de la modernidad, pues finalmente el derecho como fenómeno ordenador, surge y se pone a prueba en la sociedad, los juristas y la ciencia jurídica, se encargan de darle la mejor forma posible, el Estado al suplantarlos intenta hacer lo mismo, pero es la sociedad la que confronta y exige su mejora, por eso el derecho no puede apartarse de binomios como creación y descubrimiento, "estabilidad y revolución",¹¹ "forma y reforma",¹² "tradición y progreso".¹³

Al ser la sociedad la productora y a su vez la utilizadora del derecho, el derecho es a la vez público por general, y privado por ser utilizado por los particulares. Por esta misma razón la ciencia jurídica medieval estableció como *ius commune* aquello que era para todos, aunque su contenido era creado en la práctica por los particulares.¹⁴

Estado por lo que la sociedad busca a través del derecho su salvación: "nosotros no olvidaremos jamás que el derecho no pertenece a la sola superficie de la sociedad, sino que por el contrario, es una realidad radical, es decir, relacionada profundamente con sus raíces; no olvidaremos jamás que, antes de ser un mandato, el derecho es una mentalidad, expresa lo que es la costumbre y la ordena, expresa los valores de una cultura y ordenándola la salva. Por eso, sin descuidar sus conexiones con el poder, dedicaremos una atención preponderante al derecho que ordena la vida cotidiana de los particulares y que comúnmente llamamos hoy 'derecho privado', porque la fisiología del derecho está entrelazada en instituciones que permiten mi pacífica convivencia con otros" (p. 7).

¹¹ Es el binomio que utiliza Max WEBER para analizar la legitimidad del derecho moderno en su obra *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 640.

¹² BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 29.

¹³ "El sabio concierto entre tradición y progreso. El derecho, según lo entienden los romanos, tiene su basamento en unos principios. Tales principios, enraizados, a su vez en un mundo de creencias, sentimientos, impulsos, necesidades políticas, económicas y de otra varia suerte, no se vierten del todo, con precisiones contables o mesurables, en lo jurídico positivo. Sin embargo, en el todo que es la vida colectiva actúan, difusa e impalpablemente, cual complementos que aseguran la razón de ser, la vitalidad y la validez misma del derecho". IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, Barcelona, Ariel, 2004, 15a. ed., pp. 54-55.

¹⁴ "Ya desde Búlgaro se había obtenido que uno de los significados de *ius publicum* era aquél de *ius commune*, esto es un derecho que se aplicaba generalmente a todos; y todavía más claramente Piacentino, después de haber afirmado 'ius publicum dicitur multis modis' había en particular distinguido un significado de *ius publicum* = *ius commune omnium* y otro significado en el cual aquél 'constitutum est in domino cuiuscumque rei publice', BIROCCHI, Italo, "La distinzione 'ius publicum/ius privatum', *op cit.*, p. 140.

II. LA REDUCCIÓN DEL DERECHO CIVIL EN LA CODIFICACIÓN

Otro lugar común es la idea de que la codificación significó la reducción de la producción del derecho, sobre todo civil, siendo una de las primeras materias atendidas por los codificadores; quizá pudiera argumentarse que la codificación fue sólo un momento más de la ciencia jurídica que buscaba la sistematización, pero se sabe que dicha sistematización cambió en gran medida la forma de concebir el derecho y la forma de interpretarlo.

Más allá de los simplismos como el de un Bugnet, quien opinaba que la educación jurídica debía resumirse en la explicación del Código Civil,¹⁵ tenemos que admitir que el Código napoleónico de 1804 dio un giro a la ciencia jurídica a partir de la aplicación de los artículos 4 y 5, por los cuales se obliga al juez a juzgar¹⁶ con base en la ley, el juez se convierte en la voz de la ley: “El juez que se niegue a juzgar, con pretexto del silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como delincuente por denegación de justicia”, y “Se aperebirá a los jueces que terminen con una disposición general o reglamentaria las causas que conocen”. El Código, sin preverlo del todo, se convertía en fuente única.¹⁷

El Código, en este sentido, funciona como una Constitución¹⁸ “la noción de ordenamiento que contiene se equipara en efecto con la ley...la fuente exclusiva de todo el derecho”.¹⁹ El derecho civil

¹⁵ La frase es: “No conozco el derecho civil, no enseño más que el Código Napoleón”, en LABARCA PRIETO, Domingo A., “Savigny y la codificación”, en “Savigny y la ciencia del derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, núm. 14, Universidad de Chile, Valparaíso, 1979, t. II.

¹⁶ Algunos autores consideran este silogismo es innecesario “es obvio que el juez debe juzgar”. Véase GROSSI, P., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1998.

¹⁷ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Il modello giusnaturalista*, en: *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, Olschki, 1977, vol. I, pp. 73 y ss. Es también la posición de TARELLO, G., *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII. Corso di Filosofia del Diritto*, ECI, Génova, 1972.

¹⁸ Así opinan GROSSI, P., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit. y CLAVERO, B., *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Trotta, Madrid, 1997.

¹⁹ CLAVERO, B., *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 146.

se mezcla con el constitucional sobre todo²⁰ en la parte del Título Preliminar,²¹ respecto de la confusión con el derecho público²² (a pesar de autodenominarse *Code civil*), encontramos también en el Título preliminar lo siguiente: “La ley solamente dispone para lo futuro y no tiene efecto retroactivo”.

Del mismo modo el Título preliminar nos dice: “No se podrán derogar, por convenios particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres”.

De aquí podemos obtener un panorama de las fuentes del derecho civil que quedaron olvidadas a partir del siglo XIX: la doctrina que se volvió exégesis, la jurisprudencia que se convirtió en explicación de las leyes civiles y comenzaron las sentencias a casarse con la Constitución, la costumbre porque dejó de considerarse fuente, los principios del derecho porque se ajustaron a una interpretación sistemática de la ley.²³

²⁰ También en la parte del concepto de persona podemos observar disposiciones de carácter constitucional en la mayoría de códigos. Cfr. DE GIACOMO, Claudio, *Identità e soggetti nella teoria dei diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1995.

²¹ GIULIANI, Alessandro, *Le preleggi, gli articoli 1-15 del Codice Civile*, UTET, Turín, 1999, pp. 3 y ss.

²² El *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* (Código General Civil para todos los Territorios Hereditarios Alemanes de la Monarquía Austriaca), de 1811, conocido como el ABGB, es el primero en sugerir una distinción entre derecho público y privado. DEZZA, Ettore, *Lezioni di Storia della Codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1998.

²³ La inclusión de los principios generales como norma supletoria a falta de ley, había sido una moda impuesta al parecer por el código carloalbertino Cerdeña de 1838 (art. 15), aunque el ALR prusiano de 1794 refería a los “principios recogidos en el propio código” y otros como el ABGB en 1811 fueron más allá disponiendo la analogía y a falta de ésta los principios del derecho natural como supletorios a la ley (parágrafo 7); Seabra, el codificador portugués, habría propuesto en 1850 que se incluyera a la equidad, finalmente el proyecto portugués con reformas, fue aprobado en 1867 con la expresión “los principios del derecho natural”, no me extendiendo más porque sería motivo de un estudio distinto el de las normas de interpretación contenidas en los códigos civiles, recomendamos la lectura de lo escrito por Sandro SCHIPANI, “Principia iuris. Principium potissima pars. Principi generali del diritto. Note sulla formazione di un concetto”, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'eta romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, 3, Nápoles, 1997, 631 y ss.; traducción al español en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 3, 1997, pp. 3 y ss.

III. LA CRISIS DEL DERECHO PÚBLICO EN EL SIGLO XIX Y EL RENACIMIENTO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PRIVADO

A pesar de lo ya señalado en el numeral anterior es importante decir que muy pronto el modelo monopolizador del derecho entró en crisis; con sus bemoles pero de manera eficaz Friedrich Karl von Savigny enfatizó el descuido de los codificadores en relación con la costumbre, a pesar de que la mayoría de los proyectos de códigos mencionaban haber recogido esta fuente, era claro que con el paso del tiempo esa costumbre perdía totalmente su esencia, el concepto de *volksgeist* savigniano, era una reacción al anquilosamiento que se preveía con la codificación; en el numeral titulado “El Estado, derecho político, derecho privado, derecho público”, de su famosa obra *Sistema del derecho romano actual* nos dice:

Si dirigimos una ojeada sobre el conjunto del derecho, lo veremos dividido en dos ramas: el derecho político y el derecho privado. Tiene el uno por objeto el Estado, es decir, la manifestación orgánica del pueblo, el otro, contiene todas las relaciones de derecho existentes entre particulares, y es la regla y la expresión de estas relaciones. Tienen, sin embargo, estos dos órdenes de derecho muchos rasgos de semejanza y muchos puntos de contacto... pero no debe creerse que haya habido en la historia una época anterior a la fundación del Estado, y en que el derecho privado tuviese existencia incompleta. Todo pueblo, desde que su vida aparece, está ya constituido como Estado cualquiera que sea, por otra parte, su forma.²⁴

²⁴ *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, F. Góngora, Madrid, 1878, t. I, p. 34. La edición fue coordinada por Manuel Durán y Bas, quien nos dice en la presentación de la obra para el público español: “Por profunda y dilatada que sea la influencia del derecho público en la vida y civilización de los pueblos, no excede en extensión, ni aventaja en importancia a la del derecho privado. Organiza el primero vastos y variados intereses; preside a las diversas relaciones que debe sostener el Estado así en su vida interna como externa; pero con ser de tanta trascendencia las relaciones de coexistencia de los Estados considerados como entidades políticas y como seres jurídicos; de su organismo; de la dirección de las fuerzas sociales para cooperar al desenvolvimiento de la actividad individual; de la autoridad del Poder social para el mantenimiento del orden jurídico y de la moralidad de las costumbres, no le son inferiores en lo elevado de su origen, en la dignidad de su naturaleza, y en lo trascendental de su fin, las relaciones que ordena y los intereses que armoniza el derecho privado... El hombre y la sociedad, para vivir y desenvolverse en conformidad a su naturaleza, encuentran protección más completa e influencia más inmediata en las instituciones del derecho privado... La protección general del Estado, sin ser menos real,

Savigny justifica la necesidad de un derecho nacional porque vive en una realidad estatal²⁵ que tiene necesidad de explicar ese nuevo fenómeno, pero al mismo tiempo realiza una apología del derecho privado histórico, justo en el momento en que la codificación está siendo laureada por toda Europa. Con Savigny y sus discípulos, surge una tendencia bifronte, por un lado el derecho debe tener en cuenta su contexto histórico y social, pero por otro es necesaria la abstracción e identificación de los principios caracterizadores de cada derecho nacional, denominados conceptos, que se manifiestan a través de la práctica reiterada del derecho, la jurisprudencia, finalmente, también, un sistema.²⁶ El derecho privado de este modo se constituye en método, ciencia,²⁷ jurisprudencia en sentido lato, en saber, en *ratio*.

Por eso no es raro que Rudolf von Ihering reaccionara desde el derecho público²⁸ contra la tendencia arriba señalada, por considerarla demasiado dogmática, el derecho debiera buscar fines no principios inmutables, esto llevó a un giro en la cientificidad del derecho, desde entonces el derecho público comenzó enormes esfuerzos por mostrarse científico, dogmático, pero además depurado; por ejemplo, Laband, al hablar del “método jurídico para estudiar el derecho público”,²⁹

es más indirecta; la influencia de las leyes políticas en sus diversas formas, sin ser menos positiva, es más lejana” (pp. VII-IX).

²⁵ Recordando que él defiende la unidad conceptual entre Estado y pueblo.
²⁶ Cfr. CAPPELLINI, Paolo, *Systema Iuris, Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 ts., núms. 17 y 19, Milano, Giuffrè, 1984 y 1985. En las páginas de esta obra encontramos una historia de los orígenes del sistema jurídico, sobre todo en la modernidad y especialmente en la Pandectística. reflexiones apoyadas en abundante documentación que nos muestran un concepto que definió el estudio del derecho durante el siglo XIX.

²⁷ Cfr. LABARCA PRIETO, Domingo, A., “Savigny y la ciencia del derecho”, *Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales*, núm. 14, Universidad de Chile, Valparaíso, 1979.

²⁸ Aunque es bien sabido que Ihering era profesor de derecho romano y derecho civil, en este último sector se concentró su obra jurídica, pero su obra iusfilosófica parece más bien hablar de un derecho intermedio: “El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. Si abrazamos en un momento dado toda su historia, nos presenta nada menos que el espectáculo de toda una nación, desplegando sin cesar para defender su derecho tan penosos esfuerzos como los que hace para el desenvolvimiento de su actividad”. Más adelante hablará de esfera individual o privada y después de la social. IHERING, Rudolf, “La lucha por el derecho”, en *Estudios Jurídicos*, México, 2001, edición facsimilar de la española hecha por Adolfo González Posada, p. 10.

²⁹ LABAND, *Das Staatsrecht des Deutsche Reiches*, 1911, citado por WILHELM, Walter, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Giuffrè, Milán, 1974, p. 5.

opinaba que la cientificidad del derecho público estaba en su depuración, en distinguirlo de otros saberes, para tener una noción pura del mismo.³⁰ Gerber, respecto del método denominado jurisprudencia productiva, asigna al derecho privado alemán una tarea progresiva, pero siempre permaneciendo dentro de la sistemática del modelo del derecho romano.³¹

Sin embargo, la contestación más famosa al menosprecio del derecho privado por parte del público, se da en la propia Francia a través de Françoise Geny, y la obra más destacada en este sentido es *Método de investigación y fuentes en derecho privado*,³² desde la misma presentación hecha por Raymundo Salleilles a la obra de Geny, se destaca cómo este nuevo método pretende liberar de su rigidez a la interpretación del derecho civil en los parámetros que le marca el Código Civil; la interpretación que preocupa es la del derecho privado, por eso Geny trata de plantear una teoría del derecho libre que no circunscribe al derecho privado, de hecho la lectura del *Método de investigación* da la impresión de referirse a una teoría general del derecho.

En el mismo contexto francés, un autor poco conocido en el ámbito de la lengua castellana escribió en 1845 un *Tratado de interpretación de las leyes* donde señala expresamente al derecho intermedio, me refiero a Mailher de Chasat:

El derecho civil en la época de la revolución, probó todas las vicisitudes del derecho público del que no era sino dependiente; éste a despecho de todo lo que existía, parecía no construir más que un solo hecho: la destrucción, salvo para reconstruir sobre nuevas bases que no eran conocidas ni estaban probadas. Pronto la legislación civil devino monstruosa y los legisladores mismos, obligados a abandonar sus trabajos regresaron sobre sus propios pasos.

Es evidente que en este caos de medidas legislativas, de leyes violentas y absurdas, que deshonraron para siempre esta parte de nuestros anales, no se

³⁰ *Ibidem*, p. 6.

³¹ Cfr. GERBER, Carl Friedrich Von, *System des Deutschen Privatrechts*. Jena, Verlag von Friedrich Maucke, 1848-1849. Es de resaltar que este teórico alemán es considerado también el padre del "derecho político" el cual, también a su parecer, debía ser tratado de forma autónoma en relación con elementos que pudieran contaminarlo como la política o la economía (*Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht*, Linz, 1885, p. 8).

³² Véase la versión castellana, 2a. ed., Reus Madrid, 1925. Tanto Geny como Salleilles eran profesores de derecho civil.

podría encontrar una verdadera legislación: frutos amargos de luchas que las facciones mantenían entre ellas, las leyes aparecían y desaparecían casi al mismo tiempo; la sacudida general impresa a todas las instituciones sociales, dejó huellas profundas en las costumbres de la nación. De ahí los numerosos cambios proporcionados en muchas partes de la legislación.³³

Aunque después Chasat hable también de la legislación intermedia como un producto del derecho revolucionario que pretendía introducir una nueva concepción interpretativa del derecho con apego a la ley y las antiguas instituciones, destaca también en este autor que el problema vuelve a situarse en el contexto del derecho civil y respecto del Código Civil específicamente, este problema lo llevará a sus últimas consecuencias el socialismo jurídico europeo.

IV. EL SOCIALISMO JURÍDICO Y EL DERECHO PRIVADO

El socialismo jurídico es otra vertiente reinterpretadora del derecho privado, esta corriente intentó responder a las interrogantes que el sistema liberal burgués dejó abiertas, respecto del papel del individuo en la sociedad, en esta corriente participaron juristas católicos, demócratas, burgueses; sobre todo austriacos, alemanes, italianos y franceses, preocupados porque la industria y el Estado habían hecho del derecho el instrumento de una elite. Muchas de estas teorías sociales se mezclaron, por lo que no se tenía claro si se era socialista-comunista-marxista, o simplemente un estudioso de las ciencias sociales; esta moda duró sólo el tiempo necesario para realizar la "reforma de la legislación civil"; por eso nos dice Mario Sbriccoli: "muchos de los juristas socialistas terminaron su periodo socialista mucho antes de terminar su producción científica era una 'corriente' de pensamiento lo que los unía".³⁴

³³ MAILHER DE CHASAT, Antoine, *Tratado de la interpretación de las leyes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007 (edición facsimilar traducida de la original publicada en París en 1845), p. 57, § XXXV, "Derecho intermedio".

³⁴ "Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano", en "Il 'Socialismo Giuridico' Ipotesi e letture", *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 3/4, Florencia, 1974/1975, pp. 873-1035, 875, t. II.

El socialismo jurídico va muy ligado a la crítica a la codificación decimonónica,³⁵ el primero en hablar de la “función social del Código Civil” y de “derecho social” fue Otto von Gierke, quien reelaboró el concepto de comunidad en su obra *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, su crítica al código decimonónico es de carácter antiindividualista y propone una revisión del Código Civil en nombre de una “solidaridad social”. Bajo estas ideas nació el socialismo jurídico que se desarrolló en primer lugar en la parte germana de Europa con Anton Menger, austriaco, y a quien siguieron Karl Renner y Gustav Radbrucch.

Menger podría considerarse el padre del socialismo jurídico. Menger es hasta ahora una figura paradigmática situado a veces como jurista marxista, es también conocido por los sociólogos del derecho por sus ideas sobre la “sociedad en transformación”. Menger criticó el proyecto del Código Civil alemán de 1900, crítica que hizo en nombre de las “clases desposeídas” (*diebesitzlosen volksklassen*) para demostrar “cuanto los intereses de las clases pobres (son en el código) perjudicados o no suficientemente tutelados, aun reconociendo como punto de partida los principios fundamentales del derecho privado germánico”.³⁶ Por eso “el Código Civil está redactado para proteger únicamente a las clases pudientes y no deja espacio a las ideas modernas de protección a los débiles y de solidaridad social”.³⁷ Aquí la reforma al derecho privado se plantea en términos de necesidad social. El influjo de Menger sobre el BGB fue poco,³⁸ pero donde muy seguramente se muestra una influencia mengeriana, es en el Código Suizo de 1907 que muestra una “democratización del derecho”.³⁹

El socialismo jurídico se extendió rápidamente en Francia. En 1904 circulaba ya la *Reveu socialiste* con algunos escritos sobre los

³⁵ Cfr. nuestro trabajo sobre “La crisis de la codificación y la historia del derecho”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. XV, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

³⁶ MENGUER, Anton, *Il diritto civile e il proletariato*, tr. Guiseppe Oberosler, Torino, 1894, p. 2.

³⁷ *Ibidem*, pp. 178 y ss.

³⁸ ORRU, Giovanni, “Idealismo e Realismo’ Nel socialismo giuridico di Menger”, en “Il ‘Socialismo Giuridico’ Ipotesi e letture”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 3/4, Florencia, 1974/1975, pp. 183-272, t. II.

³⁹ *Ibidem*, p. 231. Y el artículo que le sigue en *Quaderni Fiorentini* en el mismo Congreso: CARONI, Pio, “Antono Menger ed il Codice Civile Svizzero del 1907”, pp. 273-318.

socialistas germanos.⁴⁰ Charles Andler, vocero de las ideas de Menger en Francia, propuso con mucho entusiasmo “un sistema nuevo de socialismo científico”.⁴¹ Otro autor importante para el socialismo jurídico francés es Emmanuel Lévy, quien ya desde su tesis de doctorado declaraba abiertamente ser “socialista del derecho”.⁴² Entre sus obras más representativas se encuentran: *L'affirmation du droit collectif*, publicada en 1903, *La vision socialiste du droit*, de 1926 y *Les fondements du droit*, de 1933. De Lévy una frase hizo mella en aquel entonces: “la fe de la sociedad crea el derecho” y es la medida de la justicia, es lo que para Lévy sustentaba una ley, la libertad de las personas, aceptar su autoridad, pero los derechos, decía, son: simultáneos a la persona.⁴³ Francia dio origen a muchos otros sociólogos, iusociólogos y socialistas del derecho,⁴⁴ pero su contribución más grande a las ciencias sociales la había dado ya con Durkheim y Duguit,⁴⁵ después pareciera que se agotó de algún modo.

España, como bien lo menciona Castán Tobeñas,⁴⁶ había sido sólo repetidora de estas ideas,⁴⁷ él mismo analizó “la reforma social del

⁴⁰ La apología la hace A. MATER, “Le socialisme juridique”, *Revue Socialiste*, vol. 4, julio de 1904.

⁴¹ Prefacio de la traducción de una obra de Menger, *Droit au produit intégral du travail*, París, 1900.

⁴² *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, París, 1896.

⁴³ *Les fondements du droit*, p. 152.

⁴⁴ Baste señalar a R. SALEILLES, quien en abril de 1904 escribiera en la revista *La Sociologie et les sciences sociales*, un artículo titulado: “Rapports de la sociologie avec le droit”, obra leída por Cosentini.

⁴⁵ En 1905 Duguit escribió su obra en la que proponía buscar la *fonction sociale* del derecho privado. “El proceso de reforma más intenso va en contra al *Code civil* –más allá de cualquier retoque al derecho de familia, en materia de capacidad de la mujer casada, de tutela de los hijos naturales, de redimensionamiento de la patria potestad– más bien en el sentido de aquella que se podría llamar una ‘objetivación’ del derecho privado, una comprensión de la originaria estructura voluntarista a favor de soluciones mayormente atentas al elemento social”. M. SABBIONETI, “Di alcune modificazioni del modello napoleonico di diritto”, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 30, pp. 858-867, 2001, t. II, p. 865, comienza a cuestionarse la ciencia jurídica sobre el abuso del derecho, la culpa objetiva, el riesgo profesional, etcétera.

⁴⁶ “Oposición a Cátedras a la Universidad de Murcia (1918)”, en SERRANO GONZÁLEZ, *Un día en la vida de Castán Tobeñas*, Universidad de Valencia, Valencia, 2001.

⁴⁷ Ciertamente España tenía mucho que decir y a esto invitaba el mismo Castán cada vez que se le presentaba la ocasión; desgraciadamente muchos de los juristas españoles tuvieron en ese tiempo que vivir en el exilio o moderar sus ideas.

derecho” con un poco de desconfianza al inicio,⁴⁸ tiempo después dedicó parte de sus estudios al tema,⁴⁹ hasta reconocer que el Código Civil mexicano de 1928 era “un ensayo de Código Privado Social”,⁵⁰ apoyado sobre todo en la inclusión del artículo 21 sobre la atenuación de la *ignorantia legis*.⁵¹ Si bien no podremos catalogarlo como “socialista” digamos que estuvo dentro de la tendencia, para la cual “es una vergüenza que el derecho de las personas sea secundario del derecho de bienes”.⁵² Otros españoles que habría que considerar en esta línea son Adolfo Posada, seguidor de Menger, quien además de traducir al austriaco colaboró con el socialismo jurídico en algunos ensayos, pero sobre todo en Francia;⁵³ y Joaquín Costa Martínez, sobre todo a partir de su estudio sobre la “ignorancia del derecho”.⁵⁴

En Italia Achille Loria es el primero en hablar de una “escuela del socialismo jurídico”,⁵⁵ escuela que en un principio había visto el

⁴⁸ En la ya citada “Oposición a Cátedras de Murcia” que llevó por título: *Tendencias modernas en los estudios de derecho civil*, Castán decía: “...va penetrando poco a poco, aun en el derecho español esta tendencia socializadora. Pero ¡cuánto falta por hacer todavía en este terreno! ¡Cuántas reformas nos proponen los autores y de cuantas nos dan ya ejemplo en el orden positivo. Algún peligro tiene, sin embargo, esta orientación, estas tendencias, circunscritas a España: aquí donde, sin vida científica propia, vamos arrastrados por las influencias de unos y otros, sería lamentable que esta socialización del derecho civil viniera como una tendencia o una reforma exótica, que rompiera toda continuidad histórica” (pp. 288-289).

⁴⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José, “Un tema de actualidad. La socialización del derecho”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 127 (1915), pp. 278-295. Con el simple título hace una corrección a Burgos y Mazo que había escrito en la misma revista “La sociabilización del derecho” (pp. 193-263). Castán cita a los autores españoles que trataron el asunto: Dorado Montero, Valverde, Fernández Villaverde, Sánchez Román, Serrano Jover, Dato Bonilla y Castejón.

⁵⁰ CASTÁN TOBEÑAS, José, “El Nuevo Código Civil mexicano. Un ensayo de Código Privado Social”, en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, México, 1930, t. I.

⁵¹ Artículo que en palabras de Castán “recogía las tendencias científicas más modernas y progresivas, notas muy originales de avance social” (SERRANO GONZÁLEZ A., *Un día de la vida...*, p. 64).

⁵² *Ibidem*, p. 287.

⁵³ POSADA, A., *Theories modernes sur les origines de la famille, de la société et de l'Etat*, París, 1896, y *L'idea sociologica dello Stato*, Scienza Sociale, 1900.

⁵⁴ “Ficción moderna por la que todo el derecho es conocido por todos (es) un artificio gigante, monstruoso, que condena a los hombres a caminar a ciegas por el mundo; que los condena a regir su vida por criterios que les son y que fatalmente han de serles ignorados”, en *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre. Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (1901), Madrid, Civitas, 2000, p. 32.

⁵⁵ LORIA A., “Socialismo Giuridico”, en *La scienza del diritto privato*, septiembre, 1893.

socialismo como “un movimiento apto para elevar la suerte de los desheredados y para defender sus intereses contra el egoísmo de las clases adineradas”,⁵⁶ pero paulatinamente tomó conciencia de esto y se propuso una lucha literaria en donde intentarían por todos los medios “cambiar el derecho” en nombre “de los principios sociales y las clases débiles”; en el derecho privado esto significaba “un saneamiento del derecho burgués” o en palabras de Sergio Panuzio “la socialización o humanización del derecho burgués”,⁵⁷ lo que necesariamente llevaría en términos prácticos a “corregir los defectos del código civil” con una “nueva codificación de los derechos sociales”.⁵⁸

Guiseppe Salvioli, profesor napolitano, es uno de los precursores del socialismo italiano al que algunos autores ven más bien como “solidarismo”,⁵⁹ porque es la solidaridad el principio que deberá regir en la ley: “solidaridad es la ley del mundo físico y aquella de la sociedad humana. La vida social es un conjunto de solidaridades que se cruzan. El hombre no está solo, vive, trabaja, produce, posee, en cuanto se encuentra en medio a los hombres, a los cuales debe coordinar su acción, así cada acto debe tener un valor social, una función social...”.⁶⁰

Esto condujo a una serie de propuestas científicas que fueron recogidas en la revista *Scienza del Diritto Privato*. Vadalà-Papale sugiere en ella un “código privado social”,⁶¹ él mismo había tratado el tema

⁵⁶ GERRATANA, Valentino, “Antonio Labriola di Fronte al Socialismo Giuridico”, en *Quaderni Fiorentini*, op. cit., pp. 55-72, 57.

⁵⁷ PANUZIO S., *Il Socialismo giuridico*, Génova, Librería Moderna, 1906.

⁵⁸ GERRATANA, V., op. cit., p. 69.

⁵⁹ Me parece que en Italia a un cierto punto se confunden la idea de “socialismo” y “solidarismo” aunque se puede concebir este segundo como una revisión del primero, no obstante en Francia las tendencias son más marcadas hasta el punto de crear dos escuelas. El objetivo era siempre el mismo: alcanzar una mayor equidad en la sociedad, aunque los métodos variaban siempre entre el derecho público y el privado, había quien proponía la sotomisión de uno al otro y viceversa y quien veía en esto graves peligros. En general podemos decir que salvo los excesos de: puristas, anarquistas, marxistas o sociólogos egoístas (como Claudio Treves) que veían en el derecho un peligro; la mayoría de los socialistas del derecho y solidaristas veían oportuno un equilibrio entre el derecho privado y el derecho público, ambas esferas se mezclan y nunca se encuentran solas.

⁶⁰ SALVIOLI, G., *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, Palermo, 1906.

⁶¹ “Diritto privato e codice-privato sociale”, en *Rivista la Scienza del Diritto Privato*, 1893.

en su artículo "La nuova tendenza del diritto civile in Italia",⁶² aunque el concepto originalmente es de Enrico Cimbali "al cual se debe ya una primera estructura de este Código soñado".⁶³ Como bien dice Paolo Grossi, el Código Civil era un "Código impuro porque está lleno de la arcilla fresca de la vida cotidiana".⁶⁴ Por eso los iusocialistas piensan en "una radical reforma que toca las concepciones de individuo y Estado".⁶⁵

Otros autores italianos que hablaron de una nueva interpretación del derecho civil a partir de la concepción social fueron D'Aguzzo,⁶⁶ Tortori,⁶⁷ Cosentini,⁶⁸ Cogliolo,⁶⁹ A. Loria,⁷⁰ A. Ravà,⁷¹ S. Panunzio,⁷² T. Cabriola,⁷³ G. P. Chirone,⁷⁴ y Filomusi-Guelfi.⁷⁵ No podemos olvidar a los penalistas Enrico Ferri y Cesare Lombroso, así como el mercantilista Cesare Vivante, los tres viejos conocidos en México y que a su modo se insertaron también en la corriente.⁷⁶

⁶² *Rivista tranese dell'avv. Pugliese*, citado por Paolo GROSSI, *La scienza del diritto privato. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Giuffrè, Milán, 1988, p. 143.

⁶³ GROSSI, Paolo, *La Scienza del diritto privato. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Giuffrè, Milán, 1988, p. 144. Tres obras, las primeras dos de Cimbali, abren paso a este periodo: "Per un Codice privato-sociale", *Rivista Lo Spedaliere*, I, 1891; "Necessità della codificazione dell'economia politica per la costituzione del codice privato-sociale", *Rivista la Scuola Positiva*, I, 1891; y, por último, el artículo de Vadalà-Papale en la revista *Scienza del Diritto Privato*.

⁶⁴ GROSSI, P., *La scienza del diritto...*, *op. cit.*, p. 145.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 152.

⁶⁶ *La riforma integrale del diritto civile*.

⁶⁷ *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*.

⁶⁸ Véase nuestro artículo: "El Código Privado Social. Influencia de Francesco Cosentini en el Código Civil mexicano de 1928", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, XVI, 2004, pp. 201-226.

⁶⁹ *L'interpretazione sociale del Codice civile*, Torino, UTET, 1925, 6a. ed.

⁷⁰ *Verso la giustizia sociale*, Torino, 1890.

⁷¹ *Lo Stato come organismo tecnico*, Cagliari, 1911.

⁷² *Lo Stato di diritto*, Città di Castello, 1921.

⁷³ *Saggi sulla concezione materialista de la storia*, Roma, 1901 y *Revisione critica delle più recenti teorie sulle origine del diritto*, Roma, 1901. De LABRIOLA sí podemos decir con seguridad que era un marxista convencido, pero era también jurista y su aportación no sólo se reduce a descalificaciones sino por el contrario.

⁷⁴ *Questioni di diritto civile*, Torino, 1890.

⁷⁵ Cosentini estudió bien a Menger (*Neue Staatslehre*, Jena, 1906; *Lo Stato Socialista*, Torino, 1905; *Volkspolitik*, Jena, 1906); al francés A. LEVI (*La société et l'ordre juridique*, París, 1911); y al ya citado VADALÀ-PAPALE (*La filosofia del diritto a base sociologica*, Palermo, 1885).

⁷⁶ Cfr. M. SBRICOLI, *Elementi per una...*, *op. cit.*

Cabe agregar que esta etapa de "reformistas", formuló grandes contribuciones respecto de figuras actuales del derecho civil, pero también en relación con temas no estrictamente civilistas, como es el caso del contrato de trabajo, la incorporación del derecho mercantil a una teoría general de la obligaciones, la naturaleza de la persona moral o colectiva, la propiedad común, la función social de la propiedad y del contrato, y especialmente acerca de los puntos de encuentro entre el derecho público y el privado; además de temas filosóficos como las fuentes del derecho o las lagunas,⁷⁷ aunque la mayoría de estos autores, prácticos o teóricos, inició su reflexión a partir de la denominada reforma social del derecho privado.

VI. CONCLUSIONES

La división entre derecho público y derecho privado es útil en la ciencia jurídica, pero no es absoluta, en la práctica son muchos más los momentos de derecho intermedio o, más bien dicho, el derecho tiene una unidad material.

La ciencia jurídica a través de la historia, entendida como jurisprudencia, como sistema, como método, como *ratio*, es mayoritariamente identificada con el contenido del *ius civile*, más tarde *ius commune*, que según los esquemas modernos correspondería al derecho privado actual.

La denominada "rama del derecho público" surge o tiene su auge con el Estado moderno, por lo cual es potencialmente identificable en la historia, el proceso justificador de los contenidos del derecho público como derecho científico.

La iuspublicística es la más empeñada en mostrar a la ciencia del derecho como una ciencia depurada.

Existe una tendencia moderna a dividir el derecho en público y privado derivada del monismo jurídico, al cual contribuyó enormemente la codificación, con lo que los contenidos del derecho privado sufrieron un menoscabo científico al supeditarse al derecho público a través de la ley, por lo que las fuentes del derecho y los métodos de

⁷⁷ Paolo Grossi cita, por ejemplo, los ensayos de Maggiore, Ascoli y Ascarelli; el último de ellos fue más conocido, y si bien se refería a un tema teórico, las lagunas del ordenamiento, lo hacía a partir del análisis del artículo 3 del Código Civil de 1865, GROSSI, P., *La Scienza del diritto privato...*, *op. cit.*, pp. 146-147.

interpretación, sufren un decaimiento que será identificado y estudiado por algunos juristas de los siglos XIX y XX.

La revaloración del derecho privado lleva a revalorizar también la interpretación jurídica, las fuentes del derecho olvidadas, y la participación social en la elaboración del derecho (incluidas la cultura jurídica interna y la externa).

Un caso paradigmático entonces y hoy, donde se intentó aplicar y podría aplicarse actualmente una nueva interpretación del derecho privado, es el tema de los derechos, que justo para dejar de ser epigramáticos, necesitarían de una reconsideración como derecho intermedio, de ese modo el concepto de los derechos estaría más cercano a otros más antiguos como los *tria praecepta iuris* del derecho romano, la regla de oro del derecho medieval, o el principio de la interpretación *pro dignitate*; en este sentido podrían también los derechos considerarse "asunto entre particulares" y no solamente normas programáticas con las buenas intenciones de un Estado.