

EL APORTE METODOLÓGICO DEL DERECHO ROMANO A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

El profesor Sandro Schipani, connotado romanista y catedrático de la Universidad de Roma II "Tor Vergata", estuvo de visita en la Pontificia Universidad Católica del Perú, gracias a una invitación de la maestría en derecho civil. Durante su estancia en nuestra casa de estudios dictó un ciclo de conferencias sobre diversos temas de derecho romano; de una de ellas, entre otras cosas, llamó poderosamente nuestra atención la importancia y el relieve otorgado al perfil metodológico del derecho romano. Aprovechando esta particular perspectiva y a partir de ella, pudimos obtener la siguiente entrevista.

Sandro Schipani
abogado romanista, catedrático
de la Universidad de Roma II "Tor Vergata"

D&S: ¿Profesor Schipani, en su opinión, cómo puede afrontarse la investigación del derecho romano en Latinoamérica?

Me interesa mucho esta pregunta, y la encuentro tan interesante que me mueve a contestarla, sabiendo de antemano que, por razones de espacio, sólo será posible esbozar algunas rápidas reflexiones.

Creo que es importante lo que está pasando en el ámbito de la investigación en derecho romano, y me voy a referir en este sentido a lo que ocurre esencialmente en Latinoamérica. En esta realidad, la investigación sigue una línea hecha para formar juristas, para ofrecer a los juristas peruanos, argentinos, brasileños, etc., los instrumentos conceptuales que les permitan conocer mejor las bases de su sistema jurídico; de modo que, desde este punto de vista, la investigación en derecho romano persigue fines didácticos. Por ello, la investigación en derecho romano se entiende como estrechamente vinculada a la labor de los juristas de las otras ramas, de las otras asignaturas, porque este conjunto —que es el sistema jurídico— es estudiado gracias a la labor de investigación, con la consecuencia clara de estudiar algo que sirve hoy, y que sirve para vincular las fuentes romanas a las soluciones de hoy. A veces sirve porque las fuentes romanas son los antecedentes, a veces porque no hay antecedentes, pero las fuentes romanas sirven de punto de partida para desarrollar una reflexión crítica frente a la solución de hoy, para imaginar una o más soluciones distintas.

Afirmamos, pues, que la investigación busca la formación del jurista, con la idea de abrir el abanico de las potencialidades y virtudes que están en el derecho romano, en una relación muy articulada con el Derecho de hoy. Creo que esto es lo que está pasando, y en mi opinión es bueno que siga así, sin negar que el derecho romano pueda ser objeto de estudios puramente históricos, lo cual no quiero negar de ninguna forma y tampoco afirmo que este tipo de enfoque sea inútil dentro de la ciencia jurídica romanista. Creo más bien, que la visión que pone a la historia directamente al servicio del Derecho es la más correcta para el jurista.

El enfoque mencionado privilegia la formación del estudiante. En efecto, éste tiene necesidad de estudiar las bases generales del Derecho, no sólo los problemas minuciosos y sofisticados que pueden interesar al investigador. Yo creo que esta responsabilidad social frente al estudiante caracteriza la investigación del derecho romano.

Finalmente, es necesario desarrollar más la utilización de las fuentes, perdiendo el miedo al uso de las traducciones: esto es algo que el romanista tiene que aceptar decididamente. Hay que considerar que el derecho romano ya en su período de formación ha tenido la necesidad de ser traducido, en particular recuérdese que la compilación de Justiniano fue escrita en un lugar de habla griega. En suma,

existe la experiencia del derecho romano de ser traducido y por supuesto de abandonar el latín –con todo lo que significa traducir–, inclusive después de la codificación, cuando en España se aprobó el Código español de 1889, el mismo año aparecía la traducción completa del cuerpo del Derecho de Justiniano hecha por García del Corral. Con todos los problemas que implica una traducción, está siendo reeditada por el centenario del Código español, y esa traducción, junto con otra que ha sido hecha más recientemente; está a disposición de los estudiantes, de modo que pueda ser utilizada con facilidad. Yo creo que va a ser útil en el futuro esta posibilidad de utilizar las traducciones de las fuentes en el entendido que el derecho romano, ciertamente, es portador de lengua latina, pero no está exclusivamente vinculado a dicha lengua. En esa perspectiva, el derecho romano es parte de la realidad cultural de América Latina y de las lenguas que se hablan en América Latina.

D&S: Siguiendo el razonamiento expuesto, ¿qué temas de relevancia para nuestra realidad considera usted que pueden ser materia de reflexión desde una perspectiva romanista?

Ciertamente se trata de algo importante. Existen temas que son más relevantes y actuales en cuanto son las bases del sistema. Y las bases hay que conocerlas todas sin privilegiar, aunque a veces a los jóvenes esto no les resulta muy querido. Por ello, la metodología es fundamental, y me estoy refiriendo a la posibilidad de realizar talleres de discusión sobre los problemas de interés a partir de los temas de actualidad, lo cual seguramente resulta más atractivo que estudiar con paciencia un manual que habla de cosas muy técnicas, muy complejas, de las cuales uno siempre ve que el estudiante se pregunta cuándo lo va a utilizar; pero, en realidad, esto último es lo característico del estudio, es decir una investigación fundamentalmente de base. En efecto, la investigación universitaria es paralelamente investigación de base; esto quiere decir que sirve porque sienta las bases de las cosas. Es una ayuda discutir a veces puntos candentes del debate cultural y político; pero sería de malos maestros seguir excesivamente esta línea para captar los consensos estudiantiles.

No es una premisa, pero considero que existen temas por los cuales es importante estudiar el derecho romano. Yo creo que esta situación de permanente inadecuación o no adecuación de las estructuras estatales ofrece una perspectiva para averiguar si ellas no tienen que ser pensadas otra vez con los mismos ojos frente a la novedad, con los cuales fueron pensadas por los padres de la independencia de América Latina, quienes tenían una fuerte cultura jurídico-política, nutrida en la experiencia del modelo romano.

El derecho romano ofrece motivos para revisar el significado del monopolio ejercido por el Estado moderno en la producción del derecho. Un monopolio de la soberanía, al mismo tiempo, en que se dice que el pueblo es el soberano. El Estado moderno centraliza la producción del derecho en el mismo momento en el cual se advierte una excesiva y profusa actividad legislativa frente a la cual se sostiene la necesidad de que no debe permanecer bajo el monopolio del Estado; estamos hablando más recientemente de la Constitución del Perú que reconoce las costumbres de las poblaciones campesinas y nativas.

Bueno, menciono el caso peruano en particular, pero en realidad, es posible reconocer en las sociedades de Latinoamérica que conducen su derecho con pluralidad de instrumentos; y el derecho romano puede ayudar a reconstruir el

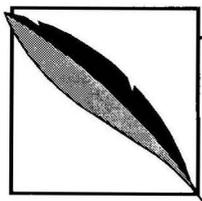
sistema, en principio, de una forma más conforme a las incidencias del derecho común de América Latina y, por otro lado, más vivo y cerca a los hombres concretos que constituyen sus pueblos y no a la estructura del Estado moderno, fundada sobre una transacción del sujeto de derecho.

Yo creo que los temas son muchos, y puedo citar como ejemplo, la investigación en curso que, junto con colegas latinoamericanos, venimos realizando sobre el problema de la deuda externa, los principios del derecho romano y los principios generales del derecho, para cuya elaboración el derecho romano ha dado y sigue dando gran contribución. Una investigación sobre los principios del derecho conforme a los cuales hubiera sido necesario arreglar la deuda externa, principios preexistentes, no principios por crear ahora, y conforme a los cuales, de haberse aplicado en la gestión de los contratos de la deuda externa en estos veinte años, posiblemente, y yo diría seguramente, la historia de la deuda externa sería totalmente otra. Hoy, como sabemos, no se han aplicado los principios generales del derecho, no se ha reconocido el valor de éstos, se han apoyado a ciertos segmentos, a unos pequeños segmentos del ordenamiento, también en el nivel internacional.

En suma, hay muchos temas que son interesantes, de relevancia para nuestra realidad. Pensemos en la conceptualización del hombre en el derecho, tema sobre el que creo vamos a volver. Igualmente, me parece importante el papel del ciudadano en la protección del ambiente. No quiero hacer propuestas directas, me parece que es una perspectiva por estudiar y, en ese sentido, hay muchos temas interesantes.

D&S: En la misma línea, ¿cómo se podría definir el aporte metodológico del derecho romano en el terreno de la investigación jurídica?

Creo que el derecho romano es un modelo que ha buscado conciliaciones y opciones a través de su historia. Ha buscado un equilibrio entre la afirmación del individuo aislado, es decir, del individualismo, y la afirmación opuesta de una generalidad que es absorbente, que absorbe al individuo al poder central que niega a los miembros de la sociedad la libertad. El modelo romanista ha buscado una línea de equilibrio, cosa que ha sido, es y será un aporte fundamental en el plan general de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. A veces se enfatiza polémicamente que el derecho romano tenía un concepto excesivo del bien común, pero era un bien común vinculado a un concepto de derecho público, de pueblo, que era el conjunto concreto de los ciudadanos. Eran los ciudadanos concretamente organizados en los comicios, con un bien común, que a veces estaba concentrado en la gestión, en la potestad del *pater familias*. Es interesante subrayar que a veces se traduce 'potestad' con 'poder', pero la palabra 'potestad' no significa poder ni una posibilidad de mandar. La palabra 'potestad' esencialmente significa, más bien, 'autosuficiencia'. Además existen personas que tienen potestad y no tienen a nadie a quién mandar. De modo que notamos, a ciencia cierta, que potestad no es mandar sino es ser autosuficiente, por tanto hay personas que son autosuficientes y personas que no lo son.



HISTORIA

La potestad puede pertenecer al *pater* o a los padres, pero no es una expresión de individualismo. Pensemos en el matrimonio romano, en el cual se buscaba constituir algo común, no simplemente una suma

de individuos, de modo que en la familia, en el pueblo, se ven elementos, instrumentos que afirman la existencia de un bien común, bien común que no es sofocante; pero la gran polémica entre libertad de los modernos y libertad de los antiguos, que se subraya como la libertad de los modernos o libertad individual, y la libertad de los antiguos o libertad de independencia de los pueblos; es algo interesante porque pone el dedo en una actitud individualista que unas líneas ideológicas modernas desarrollan y que no coinciden con el derecho romano, de modo que podemos decir que el derecho romano lleva el aporte de no ser individualista, no obstante que, por otro lado, haya sido acusado también de haber sido instrumento de la afirmación del individuo, justamente porque está en una línea meridiana en la cual el centro son los hombres y los ciudadanos, no el poder de ellos que los haya expropiado de su libertad de ciudadanía, ni tampoco la fragmentación de ellos. De modo que esto me parece un aporte metodológico, una contribución específica dentro de la elaboración del Derecho.

Otro aporte metodológico, es la noción del Derecho como sistema que se extiende en el espacio y en el tiempo. El jurista que se llama "jurista positivo", a veces cree que el único derecho positivo es el de él, de modo que éste debe ser analizado como perfil sincrónico. Por el contrario,

el Derecho incluye la pluralidad de criterios, de modo que al sistema no hay que verlo como algo sincrónico: es algo que tiene un inicio y se desarrolla en el tiempo, lo que nos lleva a pensar en un historicismo relativizante. Pues bien, es la búsqueda de concretizar en las situaciones variadas unos cuantos principios que caracterizan al sistema mismo. Esta perspectiva en el tiempo, permite al jurista ver la pluralidad de facetas de las instituciones jurídicas que él conoce, interpreta y maneja. Yo diría que el derecho romano, en este sentido, pone la historia al servicio del Derecho, dentro del sistema. No pone al Derecho dentro de una diacronía, el problema central del Derecho es buscar la justicia; y esta experiencia es útil al jurista de hoy porque le ofrece modelos que pertenecen a su misma identidad colectiva, a la identidad cultural. Y con estos modelos se pueden evaluar los existentes, ver si hay posibilidades mejores, de alguna forma tener una perspectiva más compleja y capaz de superar también más allá de las soluciones actuales, buscando con creatividad soluciones nuevas. Y buscando desde el patrimonio de la experiencia que la historia del sistema le ofrece, la historia y también la extensión espacial que el sistema le brinda. El derecho romano con su expansión espacial, es decir, esta comunidad del sistema romanista permite averiguar lo que hacen, lo que han hecho otros juristas que pertenecen al mismo sistema y, por tanto, permite la utilización de dichos aportes. Algo que es interno y distinto, permite, por lo tanto, mejorar, buscar las soluciones mejores sin perder la identidad en expansión del sistema mismo; ésta es la línea de aporte más importante.

La tradición romanística conceptualiza al hombre como hombre y como persona

D&S: Quisiéramos entrar con mayor precisión al análisis de algunos temas que, sin duda, van a permitir un desarrollo específico de los conceptos antes planteados. Se ha insistido en la fuerte tradición romanística que existe en la consideración jurídica del concebido, en el tratamiento que sobre la persona se da en su Código Civil de 1984; sin embargo, en forma paralela, existe una notable incidencia de nociones de una fuerte carga positivista, como sujeto de derecho, que matizan el contenido conceptual y normativo de persona y concebido. ¿Cuál cree que es la interpretación que sobre este particular permite el derecho romano?

La tradición romanística conceptualiza al hombre como hombre y como persona. De ambos términos, el primero en particular es el que corresponde de la forma más directa a la realidad de la experiencia común. Mientras que la expresión técnica "sujeto de derecho", es una expresión más abstracta y separada de esta visión realista que está en la base de la terminología y conceptualización romana. La perspectiva del sujeto de derecho es el fruto de una elaboración moderna que ha permitido unas cuantas operaciones que yo simplifiqué mucho. Si ustedes hablan del hombre-persona, está espontáneo en la sistemática de este tratamiento, sería como hacen las *Institutas* de Gayo y Justiniano, que hablan de la condición de este hombre-persona y vinculan el derecho del matrimonio a esa temática. Las otras personas son personas que están en la potestad de alguien o están en su potestad. Los unos son en potestad de alguien porque han nacido en un matrimonio y están bajo la potestad, porque la persona concreta hombre, nace, crece, tiene una vida; esta

naturalidad del hombre permite a Gayo y Justiniano imaginar un orden de exposición, en el cual, los eventos principales del hombre-persona, son aquéllos en que se manifiestan, tienen el discurso público, la organización. Si usted habla del sujeto de derecho—esto ya apunta a la locución misma—, en cambio no se sugiere que éste tenga algo que ver con la familia y por supuesto, los tipos modernos que siguen esta perspectiva, que nosotros encontramos muy claramente formulada en la doctrina alemana, tienen una parte general donde hay derecho subjetivo, sujeto de derecho, negocio jurídico, instrumentos de tutela de los derechos subjetivos. Y después cuatro partes especiales (que pueden ser cinco o seis) entre los cuales está claro que la conceptualización "sujeto del derecho" lo aísla de cualquier relación de orden natural, y esto porque sujeto de derecho en verdad es simplemente alguien al cual el ordenamiento reconoce la actitud de ser titular de relaciones jurídicas, pero puede ser de la misma forma un hombre capaz, o una cantidad de hombres, esto es indiferente porque el concepto no es exclusivo de otros presupuestos que el de ser o poder ser titular de estas declaraciones. Es un concepto más abstracto; y por eso su pregunta me ayuda a esclarecer que se trata de un concepto vinculado al ordenamiento jurídico que es el que atribuye de alguna forma la subjetividad, a lo que el ordenamiento jurídico mismo considera ser capaz e idóneo para ser sujeto de derecho. De modo que la gran división hoy no es entre hombres libre y esclavos; es entre sujetos de derecho, personas naturales y personas jurídicas. Porque no hay problema de cómo nace un sujeto de derecho. Es el ordena-

naturalidad del hombre permite a Gayo y Justiniano imaginar un orden de exposición, en el cual, los eventos principales del hombre-persona, son aquéllos en que se manifiestan, tienen el discurso público, la organización. Si usted habla del sujeto de derecho—esto ya apunta a la locución misma—, en cambio no se sugiere que éste tenga algo que ver con la familia y por supuesto, los tipos modernos que siguen esta perspectiva, que nosotros encontramos muy claramente formulada en la doctrina alemana, tienen una parte general donde hay derecho subjetivo, sujeto de derecho, negocio jurídico, instrumentos de tutela de los derechos subjetivos. Y después cuatro partes especiales (que pueden ser cinco o seis) entre los cuales está claro que la conceptualización "sujeto del derecho" lo aísla de cualquier relación de orden natural, y esto porque sujeto de derecho en verdad es simplemente alguien al cual el ordenamiento reconoce la actitud de ser titular de relaciones jurídicas, pero puede ser de la misma forma un hombre capaz, o una cantidad de hombres, esto es indiferente porque el concepto no es exclusivo de otros presupuestos que el de ser o poder ser titular de estas declaraciones. Es un concepto más abstracto; y por eso su pregunta me ayuda a esclarecer que se trata de un concepto vinculado al ordenamiento jurídico que es el que atribuye de alguna forma la subjetividad, a lo que el ordenamiento jurídico mismo considera ser capaz e idóneo para ser sujeto de derecho. De modo que la gran división hoy no es entre hombres libre y esclavos; es entre sujetos de derecho, personas naturales y personas jurídicas. Porque no hay problema de cómo nace un sujeto de derecho. Es el ordena-

miento jurídico el que puede manipular la cantidad de capacidad atribuible al sujeto de derecho, no es la persona, el hombre en función del cual se da el Derecho. Digamos que el Derecho que construye, con decisión propia, quién es el sujeto digno de ser sujeto. Esta conceptualización permite al ordenamiento manipulaciones variadas.

Yo quiero subrayar que esta conceptualización ha sido usada en el Código Civil peruano de 1984 gracias a los caracteres muy fuertes, propios del sistema latinoamericano, para garantizar la realidad del ser humano en todas sus implicaciones. Esto es casi un resultado, no obstante que el concepto utilizado no fuera el más apto.

D&S: De lo expuesto, entonces, ¿cómo se explica en su opinión el uso del concepto sujeto de derecho como atribuible al concebido?

Considero al *nasciturus* como ontológicamente igual al nato y, por lo tanto, el derecho tiene que protegerlo igualmente que al ya nacido, y por eso considera todo lo que lo aventaja. Digo, simplemente, que el concepto de sujeto de derecho no era necesario para decir esto pero ha sido utilizado, y ha sido utilizado bien. El *nasciturus* ha sido considerado por lo que efectivamente es, ontológicamente igual al nato, y protegido calificándolo de sujeto de derecho.

D&S: ¿Cuál sería la utilidad de categorías esenciales como 'persona' y 'concebido' en la problemática representada por el impacto de las nuevas tecnologías en la reproducción asistida?

Quiero subrayar que el derecho romano puede ayudar en este caso a través de sus categorías muy vinculadas a la realidad natural del hombre. Pero esta realidad hay que conocerla bien. Considero que el derecho ayuda en esa dirección; pero personalmente nunca he profundizado estos temas, de modo que no conozco bien este asunto concreto, de modo que no puedo opinar sobre el punto. Lo único que puedo decir es que el derecho romano está apegado a esta realidad por lo que ella ayuda a verla con ojos de jurista.

D&S: Pasando a otro tema, el reconocimiento del derecho consuetudinario como fuente del Derecho en el Perú ¿sugiere, en su opinión, una reflexión en la cual el derecho romano permite entender mejor la magnitud de su significado y desarrollo?

Éste es un tema que se está descubriendo, o de alguna forma redescubriendo. En este caso, normalmente se piensa, en primer término, en costumbres campesinas y nativas, pero lo cierto es que no, el problema es mucho mayor. En efecto, hay costumbres constitucionales, hay costumbres de comercio internacional. Hay una magnitud enorme de Derecho que es todavía conducido por vía de costumbres. Las dos que he citado, constitucional y comercio internacional, creo que son consistentes. Pero creo que la nueva norma constitucional del Perú relativa a la jurisdicción, a la posibilidad de aplicar las costumbres a estas poblaciones en sus lugares, propicia en mi opinión un debate muy interesante y lleva consigo una serie de problemas y, claramente, otro debate que va a ser muy candente. No solamente en el Perú está pasando esto, también en Colombia, por lo que yo sé, hay una norma constitucional en la reciente Constitución que con otra formulación, aparentemente un poco más difícil, más oscura, pero, en su sustancia prevé que las poblaciones campesinas y nativas puedan ver aplicadas sus propias normas en sus lugares. Y creo que también en México se ha producido una norma semejante. Además, en Chile y en Argentina por lo que yo sé, se produjeron leyes sobre el asunto; de modo que el tema de la costumbre, de esta forma de reconocimiento del derecho consuetudinario es muy importante. El derecho romano tiene sobre el asunto unas cuan-

tas reflexiones que son totalmente homogéneas, que creo que pueden ayudar al jurista precisamente por el enfoque no estatal-legalista del derecho romano mismo. Estoy convencido que las obras de antropólogos y sociólogos son muy provechosas, pero es necesario que el jurista directamente trabaje estos asuntos, sea forjando la costumbre como tal, sea analizando las costumbres en sí mismas. Sé que aquí han tenido un gran trabajo desarrollando Derecho en materia de familia por un grupo animado por Cornejo Chávez, hace algunos años estudiaron el problema del *servinaky* del matrimonio indígena. Creo que el trabajo de los juristas para analizar esas costumbres es muy importante, no obstante que esto puede, de alguna forma, cambiar la naturaleza misma de estas costumbres. Es un poco como si una tradición que se ha desarrollado en forma oral se ponga en cierto momento por escrito: es ya cambiarla. Significa cambiar los mecanismos de ésta y, como tal, se introduce un cambio estructural. Pero creo que no hay duda sobre el hecho que de esta forma se ayuda a la tradición. Se cambia y se ayuda. Además, si se introducen enfoques, conceptualizaciones jurídicas de un mundo conceptual distinto desde el que ha vivido y formulado estas costumbres, está claro que estas costumbres por este mismo motivo mutan, tienen una automutación no solamente por vía oral al escrito, sino también por ir desde sus formulaciones a otras; pero también aquí creo que en este trabajo se realiza algo que puede permitir a estas costumbres ser utilizadas más fácilmente y de fortalecerse, de alguna forma seguir desarrollando su papel. Creo que en esto, el jurista que tenga una formación exclusivamente estatal, legalista, o estatal-positivista es menos capaz que un jurista que tenga una formación además histórico-jurídica para enfrentar un tipo de operaciones de traslación cultural. Tampoco es necesario para poder unir el circuito del Derecho o vivir en nuestras sociedades complejas, unas cuantas costumbres que a veces se están viviendo gracias a un aislamiento que las ha protegido, pero que posiblemente puede terminar con los rápidos cambios a los cuales estamos asistiendo. De modo que, creo que con gran esfuerzo, con grandes dificultades, el jurista de formación romanista puede dar una ayuda en este diálogo nuevo que se está abriendo con los que utilizan este derecho consuetudinario. Al lado de esta realidad tan importante de países como Perú, Bolivia, Colombia, México, hay que considerar que nuestro ordenamiento padece del exceso de literalización y, no obstante, en algunos sectores hay Derecho, hay costumbre, y es necesario reconocerlo. No me parece en esto que la generalidad de los códigos en América Latina hayan tomado aquella actitud positiva frente a la costumbre que las fuentes romanas sugieren –por lo menos, en algunos casos– cuando dicen que la costumbre es igual, equivalente a la ley, porque es una forma de manifestación de la voluntad que constituye el Derecho, igual a la ley, porque en un caso es el pueblo el que la establece con su decisión, y en el otro caso es el mismo pueblo que la establece con su forma de actuar. Esta forma es de un texto muy conocido que ha sido por siglos el punto del conocimiento de la costumbre como fuente del Derecho. Ese texto ofrece una vía para reconocer en la costumbre un valor igual a la ley, pero nos hace pensar en lo que ocurre cuando, por el contrario, la tendencia más generalizada es de considerar a la costumbre útil por la interpretación de la ley, pero no contra la ley misma. Sin duda, el problema de la costumbre contra la ley es, para la visión del legalismo, muy difícil, especialmente cuando va contra principios o derechos fundamentales. Es uno de los problemas más por discutir y, por el momento, yo no tengo soluciones en ese sentido. **D&S**