



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

Universidad Externado de Colombia

HINESTROSA, FERNANDO

**Códigos, universidad, ciencia jurídica: una estrategia
para la unificación del derecho en América Latina ***

Revista de Derecho Privado, núm. 33, 2017, Julio-Diciembre, pp. 3-9

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n33.01>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417554889001>

- [Cómo citar el artículo](#)
- [Número completo](#)
- [Más información del artículo](#)
- [Página de la revista en redalyc.org](#)



Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Códigos, universidad, ciencia jurídica: una estrategia para la unificación del derecho en América Latina*

» FERNANDO HINESTROSA**

1. Toda sociedad oscila tendencialmente entre el aislamiento, que podríamos llamar nacionalismo o particularismo, y la apertura a las diversas culturas y a su asimilación, es decir, al universalismo o cosmopolitismo. Sin embargo, es necesario distinguir entre las manifestaciones propiamente culturales, que constituyen el fundamento de la idiosincrasia de cada pueblo, que anhela preservar, conserva, para enriquecer sus propias características individuales, morales, estéticas; y, de otra parte, las manifestaciones instrumentales o funcionales, que además de reflejar las concepciones ideológicas y afectivas, valen fundamentalmente para la organización de la sociedad civil, o sea, las reglas de conducta que aseguran el desarrollo de relaciones pacíficas y normales entre sus miembros. Diversidad, individualidad, como tendencia natural y primaria. Abstracción, unificación, como producto de los encuentros e intercambios culturales y comerciales y, también, como resultado de una orientación consciente, como algo más elaborado.

Tal como ocurrió en Alemania, y este es el ejemplo más extraordinario de la llamada *Rezeption*, la romanización del derecho tiene lugar, sobre todo, como

* Publicado originalmente en: HINESTROSA, F. "Codici, Università, scienza giuridica: una strategia per l'unificazione del diritto in America Latina", *Roma e America. Diritto romano e comune*, 1, 1996, 21-27. Para citar el artículo: HINESTROSA, F., "Códigos, universidad, ciencia jurídica: una estrategia para la unificación del derecho en América Latina", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 33, julio-diciembre de 2017, 3-9.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n33.01>

** Rector de la Universidad Externado de Colombia (1963-2012), Bogotá, Colombia. La *Revista de Derecho Privado* presenta, a partir del número 24, los trabajos referidos al derecho civil y romano de quien fuera su fundador y constante y decidido animador. La mayoría de los trabajos ya han sido publicados, pero el afán de facilitar su divulgación, en especial entre los estudiantes, nos lleva a volverlos a presentar, seguros no solo de su utilidad, sino también de su permanente actualidad.

producto de la formación de los juristas y de su actividad, en particular judicial, no tanto como aplicación de las normas de derecho romano, sino más bien con la puesta en práctica de los conceptos, los principios, el sistema, el espíritu del derecho romano boloñés o pandectista.

Con referencia al desarrollo de América Latina, es necesario recordar la inmensidad territorial del continente y la grande variedad de pueblos dispersos, que al momento del descubrimiento y de la conquista de los españoles y portugueses tenían diferentes niveles de civilización, así como las profundas raíces romanistas de los ordenamientos peninsulares. La *Hispania*, primero como Provincia romana, luego sede de los visigodos, es quizá el pueblo bárbaro que primero se vio influenciado en modo más intenso por el derecho romano, y lo recibió a través de la universidad, de los estudiantes de Boloña y Salamanca, de la intervención de las leyes romanizadas, entre las cuales se destacan las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio, promulgadas en 1249 y que en el siglo siguiente fueron acogidas como derecho subsidiario de las normas *forales*.

Naturalmente los conquistadores y colonizadores siguieron aplicando el derecho patrio en sus relaciones, mientras que los pueblos sometidos conservaron sus usos; pero progresivamente el derecho de los dominadores se convirtió en el único y el derecho indígena, a pesar de la previsión imperial (piénsese en los proveimientos de Carlos V, inspirado por De Las Casas), fue despreciado y relegado a las comunidades indígenas, como se puede ver todavía en algunas regiones y ciudades de México, Guatemala, Ecuador, Perú y Bolivia, y más en general en algunos elementos ceremoniales o litúrgicos propios de asuntos de la vida familiar o contratos entre campesinos.

En realidad, los llamados Reinos de las Indias estaban basados en un sistema organizativo centralizado y radial. Las colonias no tenían relaciones entre ellas, ni con el exterior; solo directamente con la madre patria o vértice. Por lo mismo su unidad y uniformidad fue casi completa: el ordenamiento era uno solo, al igual que el sistema judicial; también el sistema educativo y el contenido de la enseñanza.

Es importante subrayar la diversidad de orígenes del derecho peninsular rigidamente jerarquizado y, a su lado, la existencia del llamado derecho indiano: normas concebidas solo para los Reinos de las Indias o para una determinada colonia y, por tanto, con vigencia geográfica limitada. Además, se puede decir que el ámbito personal de aplicación de dicha serie de normas era reducido: en la práctica solo eran considerados sujetos de derecho de forma plena, los españoles nacidos en el Reino de España o en los Reinos de las Indias, y los hijos de padres españoles (criollos).

Así transcurrieron tres siglos hasta la independencia, al inicio del s. XIX, con un territorio políticamente y administrativamente dividido en virreynatos y capitanías generales, en relación con la importancia económica de las provincias, donde se establecieron universidades y colegios, según el modelo renacentista

peninsular, que ofrecieron los juristas que necesitaban las comunidades, como jueces, notarios, abogados o empleados públicos, que en el s. XVIII aprendían el derecho romano en los *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* de Heineccius.

Con la independencia cada colonia se convirtió en una república soberana, no pocas veces en conflicto armado con las repúblicas vecinas con el pretexto de las fronteras, a pesar de la afirmación colectiva, en línea de principio, de la regla del *uti possidetis*, con referencia a los límites fronterizos de los virreinos y las capitanías al momento de la escisión.

En el caso de las colonias españolas es útil recordar que la independencia requirió una guerra sangrienta y prolongada. Hubo entonces una ruptura con la madre patria y se creó un resentimiento hacia los “chapetones”, como llamaban a los españoles, que duró más de un siglo. Por ello las nuevas repúblicas, bajo la consideración de que era indispensable elaborar un ordenamiento propio para consolidar la independencia (piénsese en las reflexiones de O’Higgins, el libertador de Chile, a propósito de un código civil), pensaron inmediatamente en la redacción de un código, comenzando por el civil. Mientras tanto, las leyes españolas e indianas (en el sentido ya mencionado) fueron adoptadas y reformadas posteriormente para darles coherencia con los principios y orientaciones liberales de la revolución de independencia, y no se hicieron nuevas, entre otras razones porque los gobiernos y las administraciones estaban demasiado ocupados en la organización del Estado y el empeño por sobrevivir.

2. Cuando comenzó el trabajo de verdadera codificación no se pensó en la reproducción del derecho de la madre patria, además de las razones ya señaladas, porque la misma España no estaba en condiciones de servir de modelo. Una situación contraria a la de las colonias de Norte América, que, como se sabe, después de intentar diferenciarse, regresaron al *common law* británico como modelo principal. Sin embargo, en la disciplina de algunos institutos del derecho de familia, de sucesiones y de bienes, se conservaron elementos ibéricos antes que romanistas; mientras que, para otras figuras, en particular para el derecho de las obligaciones y de los contratos, la influencia del *code Napoléon* es evidente y enorme.

En la actividad de elaboración normativa, en general, y con particular referencia al derecho privado, emergen como formaciones más conspicuas: las obras de Bello (Chile, Colombia, Ecuador), de Vélez Sarsfield (Argentina) y de Teixeira de Freitas (Brasil), en este orden cronológico. A estos monumentales códigos siguieron otros más recientes, influenciados por diversas corrientes doctrinales: alemana (Perú 1938, México), francesa a través del código italiano de 1865, influenciado por el *code Napoléon* (Venezuela).

En el derecho privado, hasta hace poco, la doctrina francesa era la más conocida y compartida en las universidades y en la jurisprudencia, de la escuela de la exégesis hasta las más recientes expresiones de las tendencias sociológi-

cas (Carbonnier). Algunos autores alemanes eran citados en sus traducciones al español (como von Thur, Eneccerus, Kipp, Wolff, Nipperdey). Terminada la segunda guerra mundial, comenzó un movimiento de atención a la doctrina italiana –poco conocida antes– favorecido por la aparición del código de 1942 y por la aplicación de los principios de la Constitución de 1948. En algunos países la atracción fue mayor gracias a una masiva inmigración italiana (Argentina, Brasil, Venezuela, Perú); o desde 1971 en Colombia por la entrada en vigor del Código de Comercio que, en materia de obligaciones y contratos, es una imitación del código civil italiano; o en Brasil y en Costa Rica, por la presencia de numerosos estudiantes en las universidades italianas, y, desde la década de los setenta, en todos estos países, también gracias a la organización de congresos y cursos en los que participaban conocidos juristas italianos, particularmente en el ámbito de los programas de la ASSLA (Asociación de Estudios Sociales Latinoamericanos), con el apoyo del CNR (Consejo Nacional de Investigación).

De forma contemporánea –piénsese que algunos códigos latinoamericanos son ya centenarios– se introdujeron importantes reformas a los ordenamientos, en particular en materia de derecho de familia, sucesiones, contratos de uso de bienes inmuebles y, naturalmente, en relación con el trabajo subordinado. Desde entonces, el procedimiento de elaboración de las normas se modificó por varias razones, en algunos casos por la presencia de regímenes autoritarios, donde el Gobierno con comités de supuestos expertos sustituyó al Parlamento. Esta observación me parece indispensable, desde el punto de vista de la democracia y de la normalidad constitucional, pero también pensando en la técnica y en la calidad del producto, porque normalmente se escuchó el canto de sirenas por el encanto de la velocidad y del valor técnico de normas elaboradas rápidamente por ‘expertos’, olvidando la exigencia de tiempo para la reflexión y discusión con miras a lograr un consenso general de base. La abundante y afanosa *légifération* es un defecto cada vez más frecuente, que me recuerda el contraste entre la *Jurisprudentia* y las *Constitutiones*, entre los *Digesta* y el *Codex*.

Los países de América Latina conservan la tradición de la pluralidad de códigos para la disciplina de los institutos que pertenecen al derecho privado. Comenzando con un código especial de comercio; y luego (sin entrar en la discusión sobre la naturaleza privatista de las materias), un código del trabajo y un código administrativo para la disciplina de los contratos de la administración pública.

Las reformas prevén la actualización de los institutos, mediante una actualización de la disciplina: de nuevo se piensa a la familia, al trabajo dependiente y al uso de bienes inmuebles ajenos. Además, la disciplina de fenómenos nuevos relativos a los derechos configurados más recientemente, o a nuevas posibilidades científicas: por ejemplo los derechos de propiedad intelectual, los derechos de la personalidad, los trasplantes, las técnicas de reproducción humana asistida, la protección del consumidor, y tantas otras nuevas figuras de contratos; aún

más, en materia comercial, las actividades sometidas al control del Estado: banca, crédito, seguros, bolsa de valores, transporte, sociedad de capitales. Para ello se utiliza el método de sustitución de los artículos, agregando, como se hace con la reforma de las normas tradicionales, artículos *bis*. Es un desarrollo del método de creación normativa paralelo a la disciplina codificadora. El fenómeno de la llamada descodificación del derecho privado se expande de la misma forma que en Europa.

3. Aparece entonces un nexo claro –como es obvio– entre universidad, doctrina y ciencia jurídica, sin olvidar la jurisprudencia; y se ve un despertar y desarrollo del saber jurídico. Ahora se escribe: los profesores, los abogados escriben muchos libros, ensayos, comentarios; hecho apreciable, aunque a veces se puedan notar ciertas dudas sobre la calidad y autenticidad de tales actividades y productos. Con referencia al tema de esta exposición, se debe destacar, sobre todo, la comunicación y las relaciones entre los juristas de los países de América Latina y la existencia o la posibilidad de un *ius commune* latinoamericano.

A pesar de la unidad normativa, conceptual y metodológica de la colonia, desde muy temprano nuestros países se configuraron en modo heterogéneo, a veces impulsivo y oscilante por razones de moda, de adhesión a los movimientos doctrinarios que parecían más actuales: por ejemplo, la recepción de la orientación francesa y, de repente, su sustitución con la alemana; una tradición iusprivatista francesa transformada en la continuidad de un derecho civil francés y de un derecho comercial italiano; la introducción directa, como injerto, de la disciplina anglosajona de algún instituto: como los títulos de crédito o *trust*, lo que comporta dificultades, incluidos problemas de léxico.

Los juristas latinoamericanos buscan establecer más relaciones con colegas europeos que con los latinoamericanos; en muchas oportunidades el lazo y la amistad entre ellos se obtiene a través de los amigos europeos. Los tratados y manuales latinoamericanos olvidan las obras del propio país y, sobre todo, de los otros países latinoamericanos. Lo mismo ocurre en la jurisprudencia, a pesar de la identidad de normas (piénsese a Chile, Colombia, Ecuador). El mercado de los libros en América Latina es solo nacional o local. Sin embargo, existen esfuerzos notables en la elaboración de ámbitos conceptuales uniformes e, incluso, diseño de leyes uniformes: como el proyecto de ley sobre los títulos de crédito Intal, acogido por Colombia en el Código de Comercio de 1971.

Recientemente aparecieron nuevos códigos: ya no solo intentos de modernización parcial, sino de elaboración de un entero código civil, con o sin la disciplina del derecho comercial y del derecho laboral. Aquí se deben citar los códigos del Perú (1984) y los trabajos que se adelantan en Uruguay, Brasil, Argentina¹; proyectos en Colombia. En relación con ellos, aparecieron nuevas orientaciones,

1 Nota de edición. En el caso de Brasil y Argentina, en efecto se emitieron nuevos códigos civiles, en Brasil en el 2002, en Argentina el Código Civil y Comercial de la Nación (2014).

y una particular atención latinoamericana, es decir, a considerarlas vinculadas al sistema latinoamericano. Pero, sobre todo –y debo subrayar en particular esta iniciativa por su espontaneidad y potencial eficacia– algunos civilistas latinoamericanos, con el concurso y el incentivo de colegas italianos (de nuevo: Assla y CNR), trabajan mediante congresos periódicos y regulares, con la idea de extraer de las llamadas “tendencias actuales del derecho civil”, ideas, propuestas, orientaciones, no solo para la redacción de leyes, sino incluso de los llamados códigos latinoamericanos tipo: como se trabajó hace años a uno penal y se sigue trabajando al código de procedimiento tanto civil como penal, se inició la reflexión sobre el civil y el laboral, buscando, sin afán y sin impulsividades, respuestas comunes y maduras con calma a las exigencias sociales, económicas y políticas de nuestros pueblos².

4. El objetivo de un *ius commune* en América Latina no es hoy una mera ilusión, ni una renuncia a la soberanía del Estado. Es simplemente una exigencia real, cultural y del mercado.

Es cierto que en Europa fue más fácil concebir y hacer entrar en vigor ordenamientos comunes (como en materia de compraventa, arbitraje), e incluso llegar a un tribunal europeo. Sin olvidar la Convención Europea de Derechos Humanos del 4 de noviembre de 1950, como paradigma fundamental³. Todo a pesar de la diversidad de idiomas y la disparidad de sistemas jurídicos (el *common law* al lado del sistema romanista en Europa continental) y una larga historia de contrastes y conflictos, provocados por nacionalismos y particularismos agudos. En mi opinión, la aparente facilidad del actual *ius commune* europeo deriva de una razón histórica y de una necesidad práctica: todos los sistemas jurídicos, incluido el anglosajón, tienen los mismos ancestros romano-germánicos, y los principios a aplicar, así como el método, son comunes: romanistas. De otra parte, sus economías son más complementarias que competitivas. Esta es la explicación del milagro de la integración económica, política y jurídica de la Comunidad Económica Europea.

En América Latina, existen más factores en común, o más exactamente, de uniformidad: prácticamente el idioma es el mismo, la historia, la civilización, la religión coinciden; los mismos ordenamientos no son tan desiguales como se puede pensar a primera vista. Desafortunadamente falta un mayor conocimiento mutuo: tratarse, frecuentarse, y proceder con la intención de llegar a una individualidad como una sola nación. Lo digo sin caer en la retórica.

2 Nota de edición: gracias a este proceso resultaron iniciativas como los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos o como el Grupo para la Armonización del Derecho Latinoamericano (Gadal); <https://gadal.uexternado.edu.co>

3 Nota de edición: paradigma que en la actualidad también está representado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza), 2000.

En algunos aspectos económicos, como la disciplina bancaria o del comercio internacional, quizá las circunstancias son más desfavorables ya que se hace evidente la diversidad de exigencias. Pero creo que, en otras materias, donde no existen factores de competencia o rivalidad, sería más fácil y oportuno buscar la armonía y verificar la uniformidad subyacente en los distintos ordenamientos, logrando una solución conceptualmente sólida y políticamente viable.

5. En conclusión, se trata de identificar los “principios generales” del *ius Romanum commune* todavía vigente, como una fuente de inspiración y una orientación, adaptada a la mentalidad actual, eliminando contrastes inútiles que subsistan también en el mismo país.

El respeto por la dignidad de la persona, la afirmación de los derechos de la personalidad y la previsión de su tutela civil: salud, identidad, intimidad, imagen, libertad de conciencia, la afirmación de la función social de los derechos reales, la admisión de formaciones sociales o comunidades intermedias entre el individuo y el Estado, la defensa del ambiente, la protección del consumidor, la socialización de la responsabilidad extracontractual, la tutela de la confianza y de la buena fe, particularmente en el ámbito jurídico: equilibrio del contrato, tutela de la parte débil y del deudor débil, prohibición del enriquecimiento abusivo y sin causa. Una concepción tendiente a la felicidad de la persona, con una idea más autónoma y libre de la familia y de las relaciones familiares, en contraste con la tradición autoritaria y estatalizada aún dominante en la normativa. Igualdad para todos los hijos, protección personal más acentuada y firme de las personas con discapacidad. Una mayor libertad efectiva en la creación del derecho y una relevancia mayor de los usos. Prevalencia absoluta de los principios de tutela, garantía y funcionalidad de la Constitución y presencia real de esta última en la interpretación de la ley.

Sin duda, como es bien sabido, es tarea de la Universidad recibir la tradición, examinarla, revisarla, purificarla y, atenta a las nuevas corrientes y exigencias, estimular *fórum* de estudio y proveer respuestas alternativas adecuadas. Pero, antes que nada, es una tarea suya la formación de los juristas, la elaboración de criterios con los cuales puedan afrontar los problemas.

Los códigos constituyen la última fase del movimiento de unificación, por así decirlo, su conclusión, fase que en realidad no es todavía indispensable ni oportuna, pues la desconfianza política es grande y la unidad de los criterios y de la conciencia es, en un primer momento, suficiente.

En todo caso, pienso en la necesidad de una atención permanente por el derecho comparado en América Latina, como en una obligación del jurista latinoamericano, por lo menos para la comunicación entre los ordenamientos propios, y me parecen significativas, en este sentido, las contribuciones intelectuales y personales de los juristas europeos, en particular italianos.