



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

Guzmán Brito, Alejandro
El Derecho romano como elemento de la cultura jurídica de nuestros días
Revista de Derecho Privado, núm. 47, enero-junio, 2012, pp. 1-16
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033218005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



**EL DERECHO ROMANO
COMO ELEMENTO DE LA CULTURA JURÍDICA
DE NUESTROS DÍAS**

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Privado N.º 47
Enero - Junio de 2012. ISSN 1909-7794

El Derecho romano como elemento de la cultura jurídica de nuestros días

Alejandro Guzmán Brito¹

El estudio universitario o no universitario de la Filosofía, y también su ejercicio llamémosle profesional como filósofo, serían imposibles sin el estudio y el conocimiento de las doctrinas de Aristóteles o de Platón, o de Descartes o de Leibniz, por mencionar algunos nombres ilustres casi al azar. ¿Se imagina alguno de los presentes que en cierto debate entre filósofos, uno o varios de ellos declararan no conocer las doctrinas, pongamos por caso, de Aristóteles? ¿O que en alguna Facultad de Filosofía se suprimiere la enseñanza de aquel filósofo o de cualquier otro? En este sentido, creo yo, hay un notable paralelismo entre la Filosofía y el Derecho; porque el Derecho romano es para el estudio y el ejercicio del Derecho, lo que Aristóteles o Platón, o Descartes o Leibniz son al conocimiento y al ejercicio de la Filosofía.

Cierto es que hoy tenemos unos muy especiales libros que llamamos “códigos civiles”, a partir de los cuales podemos conocer un Derecho sin la aparente necesidad de haber aprendido previamente el Derecho romano. Lo propio acaece en Filosofía, en cuya área existen manuales y tratados que explican dogmática y sistemáticamente las nociones de aquella disciplina que pueden ser alcanzadas también sin la aparente necesidad de haber estudiado previamente a Aristóteles y a los demás filósofos que ha habido en la Historia del pensamiento y la cultura. Pero se trata de un espejismo, y por ello en ambos casos he dicho “sin la aparente necesidad de haber estudiado”. El punto es que así como los manuales y tratados mencionados exponen unos conceptos que fueron forjados por pensadores concretos en el marco de un cierto sistema personal, de los cuales el manual o el

1 Catedrático de Derecho romano de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

tratado han prescindido en el ejercicio de una opción sistemática y dogmática que no atiende a estratos históricos ni a orígenes, también los códigos, y lo propio podría decirse de algún manual o tratado sistemático y dogmático de Derecho civil, recogen un Derecho que va formulado sin atención a orígenes ni a estratos históricos, cuyos conceptos quedan fundidos y trabados en una exposición literaria compacta, homogénea y plana, completamente “deshistorificada” o “deshistorizada”, si se me permiten tales palabras. Eso se puede hacer en ambas ciencias. Pero haciéndolo, queda oculta la realidad: cada uno de los conceptos expuestos tuvo un concreto origen y sufrió tal o cual evolución debida al aporte de tales y cuales autores. Si un tratado de Filosofía, por ejemplo, explica sistemática y dogmáticamente la doctrina de las categorías o predicamentos, inevitablemente estará presentando una doctrina que fue formulada la primera vez por Aristóteles, aunque este nombre propio no aparezca jamás en algún lugar del libro. Un código, al exponer, por ejemplo, la doctrina de la novación o de las condiciones puede prescindir completamente del Derecho romano, aunque el tratamiento mismo estará saturado de ese Derecho. En este sentido hay que decir, aunque suene a paradoja, que todo libro de Derecho civil es necesariamente de Derecho romano y que todo jurista es necesariamente romanista.

El precedente razonamiento ha estado dirigido a mostrar cómo el Derecho romano es un elemento presente en nuestros códigos civiles sepámoslo o no, reconozcámoslo o no, querámoslo o no.

Falta por saber cómo es que ello fue posible.

La principal razón es que solo y únicamente en la antigua Roma el cultivo, el desarrollo, la conservación y la transmisión de su Derecho estuvo confiada a un cuerpo profesional de peritos, que ellos denominaban prudentes, jurisprudentes o jurisperitos. Tal no ocurrió en ninguna otra sociedad del Mundo Antiguo. Notablemente no acaeció en Grecia y a ello se debe el enorme contraste entre la Grecia creadora y fundadora de saberes perdurables como la Filosofía, la Lógica, la Gramática, las Matemáticas y tantos otros, y en donde se cultivaron las Bellas Artes, la Arquitectura y la Literatura de una manera que llegó a ser la clásica para todos los tiempos, y la Grecia regida por un Derecho que ni sentimos la necesidad de conocer, que no ha sido ejemplo de nada y que, en suma, no descoló bajo ningún respecto. Bien sabemos que culturalmente Roma fue tributaria de Grecia. Esto ya lo decían los propios romanos por boca de Horacio (*Epist.*, II, 1, 156): “*Graecia capta ferum victorem cepit et artes intulit agresti Latio*” (“La Grecia conquistada capturó a su feroz conquistador e introdujo las artes en el Lacio agreste”). Pero eso no vale para el Derecho.

En las “póleis” griegas nunca existió un cuerpo profesional de juristas. Su Derecho estaba en manos de los retóricos; y por eso una de las fuentes de conocimiento histórico de los Derechos helenos más importantes para nosotros son precisamente los discursos de los oradores, escritos en defensa de sus clientes, tanto en materia civil como penal. Pero la ciencia dominante en los oradores era, como resultaba natural,

la Retórica, también otra creación griega de la que los romanos una vez más fueron tributarios, pese al enorme y sin par talento de un Cicerón en la materia. Ahora bien, los romanos separaron drásticamente la Retórica del Derecho y ello permitió el desarrollo de una ciencia autónoma y distinta, tal cual nosotros la concebimos y conocemos. El fenómeno se aprecia ya en los momentos primordiales. Como es sabido, en la época más arcaica de la Historia del Derecho romano el desarrollo y custodia y, por ende, el conocimiento de los formularios jurídicos y de la interpretación de la vieja Ley de las XII Tablas era patrimonio monopólico de los miembros del colegio sacerdotal de los pontífices. Ese colegio fue el primer cuerpo profesional de juristas que tuvo Roma. En el transcurso del tiempo, esa función le fue sustraída, porque individuos laicos pertenecientes al patriciado empezaron a ejercer la misma actividad que ejecutaban los pontífices hasta desplazarlos a ese respecto; y ello dio origen a la jurisprudencia romana propiamente tal. Para ingresar en ese cuerpo no se necesitaba grado o título alguno, pues no existían instituciones que podamos parangonar a las actuales facultades de Derecho. El conocimiento que permitía alcanzar la calidad, más social que formal, de jurisconsulto se conseguía de la misma manera que se adquiría el de las artes plásticas y manuales en un gremio medieval o moderno y aún en nuestros días, vale decir, por la incorporación de algún joven como aprendiz en el taller de un maestro lo más acreditado, célebre o autorizado posible, que aprende poco a poco el arte de que se trate merced a la observación e imitación de lo que hace su maestro, al que en algún momento empieza a servir

como ayudante hasta que, si revela un talento especial, le queda confiada la terminación de las obras y más adelante, el desarrollo de aquella a partir de los iniciales trazados e indicaciones generales dados por el maestro. Cuando el discípulo ha alcanzado cierta madurez, un estilo más peculiar y alguna autonomía, ya puede pensar en instalar por su cuenta un taller propio, al cual habrán de ingresar aprendices; de esa manera el ciclo generador de artistas se reitera incesantemente. Ni más ni menos, a este modelo obedecía la formación de un jurista en la Roma republicana e imperial. El mismo esquema, *mutatis mutandis*, era el que también regía en Grecia para la formación de filósofos.

Debe agregarse que la relación de enseñanza o adiestramiento y aprendizaje entre un maestro y sus discípulos durante los primeros cien años del régimen imperial quedó distribuida en “escuelas”, usada esta palabra no en el sentido de institución u organismo docente, sino en el de corriente de pensamiento y método más o menos homogéneos, que pasaban de juristas en juristas merced a una tradición magisterial o docente. En Roma las dos escuelas en que se distribuyeron los juristas de la época señalada recibieron, como es bien sabido, el nombre de “sabinianos” o “casianos”, por los juristas Masurio Sabino y Casio Longino, sus fundadores; y “proculianos” o “proculianos” por el jurista Próculo, de quien derivó la otra escuela. También los filósofos griegos se distribuyeron en escuelas, como los académicos, de inspiración platónica; los peripatéticos, de inspiración aristotélica; los estoicos, los cínicos, los escépticos, los epicúreos, etcétera. En suma, pues,

podemos decir que en Roma el jurista crea al jurista, del mismo modo que en Grecia el filósofo crea al filósofo. Esta praxis hizo posible la Filosofía en Grecia y la Ciencia jurídica en Roma. Su ausencia en el campo jurídico en Grecia hizo imposible la existencia de una Ciencia jurídica ahí mismo. Ya hemos indicado que su subrogante fue la Retórica. Por lo mismo, en Roma no hubo necesidad de buscar un sucedáneo a la Ciencia jurídica. De donde la tajante división entre el oficio del jurista y el oficio del orador. Este último asumía las defensas forenses desde el punto de vista de los hechos y su prueba y para conseguir la persuasión del juez o del colegio de jueces en los casos de tribunales colegiados. Rara vez un jurista desempeñaba semejante función, porque la suya era dar dictámenes acerca de casos, pero sobre el Derecho que les era aplicable, y en los que la cuestión de hecho aparece supuesta y no es objeto de debate.

Al respecto, podemos presentar el inmejorable ejemplo que ofrece un texto de Paulo, extraído del libro VI de sus *Quaestiones* y conservado en D. 26, 2, 30, en donde leemos: “*Duo sunt Titij, pater et filius; datus est tutor Titius nec apparet, de quo sensit testator; quaero, quid sit iuris. Respondit: is datus est, quem dare se testator sensit; si id non apparet, non ius deficit, sed*

probatio, igitur neuter est tutor”². Quiero recordar que este caso jurisprudencial es similar al caso legal dispuesto por el artículo 1123 del Código Civil de Colombia (= 1065 del de Chile): “*Si la asignación estuviere concebida o escrita en tales términos, que no se sepa a cuál de dos o más personas ha querido designar el testador, ninguna de dichas personas tendrá Derecho a ella*”.

Este ejemplo nos ilustra lo que llevamos dicho de manera cuádruple.

a) La primera ilustración atañe a que el texto codificado, sin decirlo, expresa Derecho romano. Al efecto basta el mero cotejo.

b) La segunda ilustración es al hecho de que el contenido de Derecho romano que ofrece el texto está presentado bajo el diseño estilístico de la legislación moderna que deriva de la teoría de la codificación desarrollada durante el siglo XVIII, integrado por dicciones generales y abstractas y sin expresión de razones, como se ve en la siguiente confrontación en la línea 1:

2 “Hay dos Ticios, padre e hijo; Ticio es designado como tutor y no aparece en quién pensó el testador; pregunto cuál sea el Derecho. Respondí: fue nombrado a aquel en quien el testador pensó; si esto no aparece, no es que el Derecho sea deficiente, sino la prueba; por consiguiente, ni uno ni otro será tutor”.

	Dig. 26,2,30	Artículo 1123 CCCol. (= 1065 CCCh.)
1	“Hay dos Ticios, padre e hijo; Ticio es designado como tutor y no aparece en quién pensó el testador;	“Si la asignación estuviere concebida o escrita en tales términos, que no se sepa a cuál de dos o más personas ha querido designar el testador,
2	Respondí: fue nombrado a aquel en quien el testador pensó; si esto no aparece, no es que el Derecho sea deficiente, sino la prueba;	
3	por consiguiente, ni uno ni otro será tutor”.	ninguna de dichas personas tendrá Derecho a ella”.

El carácter abstracto y general de la norma legal frente al carácter concreto y específico del texto romano resulta ostensible. El jurista expone su caso en relación con el nombramiento testamentario de tutor y sobre la base de haber dos personas con el mismo nombre, sin que el nombramiento hubiera sido hecho con alguna especificación que aclarara a cuál de las dos personas se designaba. El texto legal, en cambio, ofrece una hipótesis concerniente a asignaciones en general y no está construida sobre la base de referirse a dos personas del mismo nombre, sino de haber sido redactada de forma que resulte impedido conocer a cuál de dos o más personas se refiere. La conclusión es la misma (fila 3), pues que ninguno de los designados sea tutor equivale a que ninguno de los posibles asignatarios pueda adquirirla o, como dice el texto, tengo derecho a ella.

c) La tercera ilustración radica en que el texto romano ofrece la *ratio decidendi*, tal como aparece en la fila 2; aún así, está incompletamente expresada, pues se omite decir que preferir a alguno de los Ticios, al padre o al hijo, aparte de resultar completamente arbitrario, impone el riesgo de contrariar la voluntad del testador, si es que realmente éste había pensado en el que fue desechado; también se omite decir que no puede deferirse el cargo a los dos Ticios, al padre y al hijo, porque eso, esta vez con certeza, contraría la voluntad del testador, que sólo nombró a uno. Pero el jurista da por sentado estos razonamientos complementarios, y supone que su lector –normalmente algún otro jurista, para quienes los antiguos prudentes escribían– lo suple por aplicación de las reglas generales del

sistema. Ahora bien, tanto el razonamiento expresado como aquel supuesto faltan en el texto codificado; y yo no estoy seguro de que los juristas modernos ofrezcan la verdadera *ratio* de la norma. En Chile, por ejemplo, uno de sus más reputados civilistas, don Manuel Somarriva, consideraba que el artículo 1065 contiene un caso de asignación dejada a persona incierta, de modo de contrariar lo dispuesto por el artículo 1065 CCCh. (= 1113 CCCol.): “Todo asignatario deberá ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica”. Ese autor ofrece el ejemplo de un legado de 1.000 que el testador deja a su amigo Pedro, en circunstancias de haber tenido dos amigos con ese mismo nombre; y explica que en tal caso la asignación puede entenderse dejada tanto al uno como al otro; pero que ninguno de ellos la llevará “porque no hay una manifestación clara de la voluntad del testador”. Con esta razón, como se ve, nuestro autor no hace más que repetir un dato positivo del texto legal: “que no se sepa a cuál de dos o más personas ha querido designar el testador”, e incurre, por ende, en un círculo vicioso.

Pero el problema no es de incertidumbre del asignatario, en el mismo sentido en que se dice haber asignatario incierto cuando se lega o designa heredero, por ejemplo, al “primero que asista a mis funerales”. La asignación del texto legal, en cambio, es de persona cierta, porque el testador tiene que haber pensado en alguien perfectamente determinado; y jurídicamente resulta claro que el tutor ha de ser la persona en quien el testador había pensado cuando hizo la designación. Pero la expresión de su pensamiento fue ambigua, pues en vez de decir: Ticio

padre, o bien: Ticio hijo, tan solo dijo: Ticio. Como este nombre es aplicable al padre y al hijo, menester resulta que se pruebe en cuál de estas dos personas llamadas Ticio había pensado el testador. Desahogada una prueba suficiente, el caso encuentra perfecta solución.

d) La cuarta ilustración atañe a la clara distinción que hace el texto entre la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*. Si ninguna de las dos partes que se disputan el nombramiento –o la asignación en el caso legal– consigue exhibir pruebas de que el testador había pensado en él, eso es solo un problema de hecho, que nada más que externamente afecta al Derecho, en cuanto la solución ofrecida por éste no puede ser aplicada; pero no internamente, como si hiciere imposible una solución, porque ésta existe. Es lo que dice Paulo cuando expresa: “non ius deficit, sed probatio”. Ante este nuevo aspecto que muestra el análisis, el Derecho vuelve, empero, a ofrecer una solución: que no llegue a saberse en cuál de los dos Ticios había pensado el testador equivale a que éste no haya designado tutor. Si es así, ninguno de los dos Ticios ha de serlo. Y tal es la respuesta final que da el jurista: precisamente “neuter est tutor”. Lo cual es enteramente aplicable al caso legal.

En los siglos sucesivos a la desaparición de la sociedad romana, el Derecho creado en ella por los juristas sufrió el mismo destino que afectó a todos los distritos de la cultura cuando advino la catástrofe social, política, económica y militar que puso fin al mundo antiguo y sumió a la sociedad europea en la larga noche de la Alta Edad Media entre los siglos V y XI. La pérdida del

Derecho romano de jurisconsultos y del de las constituciones imperiales hubiera sido un acontecimiento irreparable si en el Imperio Romano de Oriente, en Constantinopla, un gobernante romántico y enamorado de la cultura antigua no hubiese concebido una extensa compilación del Derecho de jurisconsultos y del Derecho de las constituciones imperiales, ni la hubiese llevado a cabo entre los años 528 y 534, en tres libros (los *Digesta*, el *Codex* y las *Institutiones*), a cuyo conjunto, más otras compilaciones, se le dio el nombre común de *corpus iuris* en la Baja Edad Media, con el agregado de “civilis” a comienzo de la Época Moderna. Esta gran compilación de Derecho romano fue ejecutada cuando el Imperio Romano de Occidente ya no existía; pero como Justiniano también tenía concebida la idea de reconstituirlo y de hecho consiguió reconquistar algunos territorios en Italia, en España y en el norte de África, los libros justinianeos hubieron de ser enviados a esos territorios que ahora volvían a ser parte del Imperio. La reconquista fue efímera y por ello el *Corpus iuris civilis* no consiguió incorporarse en el Derecho vivo de las sociedades occidentales. Esto vale especialmente para los *Digesta*, cuyo contenido no podía ser entendido y aprendido en sociedades tan elementales como las de los reinos de origen bárbarico de la Alta Edad Media, que además no lo necesitaban atendida la sencillez y simplicidad de sus relaciones patrimoniales. Por ello el *Digesto* cayó en el más completo olvido. Las *Institutiones* y el *Codex* de Justiniano, que ofrecen caracteres menos complejos, en cambio, pudieron prestar algún servicio, lo cual determinó que alcanzaran alguna circulación, pero bajo la forma de epítomes o resúmenes, que los

liberaran de tecnicismos demasiado difíciles. De no haber mediado el acaecimiento singular al que me referiré enseguida, el Derecho romano que hoy día conoceríamos estaría reducido a los epítomes del Derecho justiniano que he dicho y al contenido en la llamada “Lex Romana Visigotorum” o “Breviario de Alarico”, que conservó un resumen de las Instituciones de Gayo y de las Sentencias de Paulo y una versión muy incompleta del *Codex Theodosianus* y de otras compilaciones postclásicas de leyes imperiales, en ediciones intensamente vulgarizadas y deprimidas; la cual obra visigoda tuvo una gran difusión durante la Alta Edad Media, al punto que cuando se habla entonces del *ius scriptum* o de la *lex scripta*, en oposición a la *consuetudo*, la referencia es en realidad a la “Lex Romana Visigotorum”.

El acontecimiento decisivo fue el redescubrimiento de ejemplares originales y auténticos de los *Digesta*, las *Institutiones* y el *Codex* justinianos en el tránsito del siglo XII al XII, en Bolonia, que permitió el florecimiento de una ciencia jurídica basada en el Derecho romano más cercano al de la época clásica y muy alejado de ese Derecho vulgar y decaído que permaneció en el “Breviario de Alarico”. En ese momento histórico singular, cuyos pormenores lamentablemente desconocemos, se hizo presente la figura providencial de Irnerio o Warnerio.

Hasta entonces, el Derecho era estudiado en conjunción con la Gramática y la Retórica, dentro de las artes llamadas del *trivium*. La situación, por ende, no distaba demasiado de la que había aquejado al Derecho en la antigua Grecia,

donde, según dijimos más arriba, el Derecho era una parte de la Retórica. De hecho, Irnerio o Warnerio era un maestro en las artes del *trivium* (*magister in artibus*) que ejercía su oficio en la ciudad italiana de Bologna. Pero él pudo disponer de una versión completa del Digesto original y entonces comenzó a leerlo, estudiarlo e interpretarlo como materia en sí. Irnerio comprendió que se hallaba ante un saber que constituía cierto sistema de principios, reglas y razonamientos diferentes a los del arte Retórica, dotado con suficiencia y autonomía. En esa comprensión radicó el momento fundacional de la Ciencia jurídica bajo la cual todavía vivimos.

Sabido es que Irnerio no permaneció solo en su nuevo oficio, y fue capaz de atraer a discípulos con los que formó una escuela en el sentido antiguo de esta palabra. Por el método de sus escritos principales, la glosa a los textos del *Corpus iuris civilis*, la nueva escuela fue llamada precisamente de los “glosadores”. A ella correspondió la primera gran lectura de los textos romanos, como si dijéramos su primera comprensión.

Fue muy decisivo que la labor de estos maestros se hiciera célebre en un corto espacio como para atraer a jóvenes de diversas naciones europeas a Bologna, deseosos de contratar los servicios de los maestros glosadores. Esta conjunción dio origen a la Universidad de Bologna y a su Facultad de Derecho, instituciones estas que fueron profusamente imitadas en todos los países europeos y, desde el siglo XVI, también en los americanos.

Los acontecimientos que acabo de recordar fueron determinantes para que el modo de entender y estudiar la materia jurídica en Europa y en América se conectara con el modo de entenderla y estudiarla en la antigua Roma, vale decir, como una materia cuyo cultivo estuviera confiado a un estamento profesional, que ahora se llamó de “juristas” y durante algún tiempo “legistas”. Quedó así sorteada la manera griega de entender y estudiar el Derecho, como parte de la Retórica, pese a haber amenazado con predominar desde la Alta Edad Media, hasta que fue superado por el Renacimiento jurídico del siglo XII.

Pero, como se habrá captado, esa superación fue posible gracias a que la intelectualidad europea contó con el modelo de un Derecho no creado al amparo de la Retórica, sino sobre bases autónomas, como fue el Derecho romano del *Corpus iuris civilis*; y también a que por medio del Digesto y las Instituciones había sido conservada para la posteridad una buena parte de los escritos de los jurisconsultos clásicos de Roma y por medio del Código, una buena parte de la legislación imperial, hasta cierto momento en consonancia con la doctrina de aquellos escritos jurisprudenciales.

En Occidente desde entonces el Derecho ha girado en torno al Derecho romano y éste ha sido una materia que se enseña por juristas a los futuros juristas en la universidad. De una manera especial se volvió, pues, al principio, de que el jurista crea al jurista; y por ello podemos seguir hablando de una Ciencia jurídica y no de

un saber contenido en los esquemas retóricos y subordinado a ellos.

Por esa razón resultó que desde la época en que fue creada la Universidad de Bologna, la enseñanza del Derecho ha estado montada sobre la base de la enseñanza del Derecho romano. Esto fue así en términos absolutos, con lo cual quiero decir que la enseñanza de aquel Derecho era la única impartida o al menos la predominante, hasta la época de la codificación. El fenómeno encontraba un apoyo en el hecho de que el *ius commune* era Derecho vigente en toda Europa. Comoquiera que los códigos civiles que fueron promulgados desde la segunda mitad del siglo XVIII y a lo largo del siglo siguiente dejaron fuera de vigencia al Derecho común, la enseñanza del Derecho romano no necesitó fundarse en que a través de él se formaba al futuro jurista en el Derecho vigente, pues tal función empezó a ser cumplida ahora por la enseñanza de los nuevos códigos. Pero se conservó una instrucción de Derecho romano sobre otro fundamento. Nadie mejor lo expuso que Félix-Julien-Jean Bigot-Préameneu, uno de los autores del “Projet de l’an VIII”, que dio origen al *Code Civil* de 1804. En su sesión de 17 de Ventoso del año XII (1804), el “Conseil d’Etat” decidió la formal abrogación del Derecho vigente hasta ese momento en que estaba por sancionarse definitivamente el nuevo Código. En la ocasión, Cambacères había advertido sobre la dificultad que se crearía para cubrir las lagunas del Código que hubieren de mostrarse como efecto de tal medida, y solicitó mantener en vigencia en especial al Derecho romano con tal objetivo. Fue contradicho por Bigot-Préameneu, quien

expresó que dejar en vigencia las antiguas leyes sería abrir la puerta a innumerables litigios provenientes de la diversidad de principios que entonces se debatirían ante los tribunales; pero no dejó de reconocer que: “El Derecho romano tendrá siempre y en todas partes la autoridad de la Razón escrita; y encerrado dentro de estos límites, será aún más útil, porque la costumbre podrá hacer que se utilicen sólo las máximas de equidad que contiene, sin estar forzado a servirse de las sutilezas y los errores que a veces se le mezclan”³. Esta idea expresada por Bigot-Préameneu, en orden a la equidad portada por el Derecho romano es reflejo de una vieja idea coincidente, a saber: que el *Corpus iuris civilis*, especialmente los *Digesta*, es un depósito de equidad, y no es necesario, por ende, que rija formalmente como ley para poder ser usado y aplicado, pues la equidad liga a la razón, que no a la voluntad. Como se dijo en algún momento, el Derecho romano, en cuanto equidad, rige “*non ratione imperii, sed imperio rationis*”. Fuere prolijo presentar en este momento los innumerables testimonios que existen en ese sentido desde el siglo XVI. Por ello recordaré sólo uno, muy ligado al código de Colombia, como es el proveniente de don Andrés Bello, su autor. Ya en su polémica de 1834 con José Miguel Infante, sobre la enseñanza del Derecho romano en Chile, aquél había afirmado que las leyes romanas: “*han pasado por la prueba del tiempo, se han probado en el crisol de la filosofía y se han hallado conforme a los principios de la*

equidad y de la recta razón”⁴; y en su discurso de inauguración de la Universidad de Chile en 1843, invocando, además, el parecer coincidente de L’Herminier y Leibniz, expresó sobre aquel Derecho: “*La universidad, me atrevo a decirlo, no acogerá la preocupación [sc. el prejuicio] que condena como inútil o pernicioso el estudio de las leyes romanas; creo por el contrario que le dará un nuevo estímulo y lo asentará sobre bases más amplias. La universidad verá probablemente en ese estudio el mejor aprendizaje de la lógica jurídica y forense. Oigamos sobre este punto el testimonio de un hombre a quien seguramente no se tachará de parcial a doctrinas antiguas; a un hombre que en el entusiasmo de la emancipación popular y de la nivelación democrática ha tocado tal vez el extremo: ‘La ciencia estampa en el Derecho su sello: su lógica sienta los principios, formula los axiomas, deduce las consecuencias, y saca de la idea de lo justo, reflejándola, inagotables desenvolvimientos. Bajo este punto de vista, el Derecho romano no reconoce igual: se pueden disputar algunos de sus principios; pero su método, su lógica, su sistema científico, lo han hecho y lo mantienen superior a todas las otras legislaciones: sus textos son la obra maestra del estilo jurídico; su método es el de la geometría aplicado en todo su rigor al pensamiento moral’*. Así se explica L’Herminier; y ya antes Leibniz había dicho: ‘*In jurisprudentia regnant [sc. romani]. Dixi saepius post scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum romanorum juriscon-*

3 El texto se ve en: MERLIN [DE DOUAI], Philippe-Antoine. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (4ª edición. París: Garnery, 1812), X, s. v. *Raison écrite*, p. 596.

4 BELLO, Andrés. “Latín y Derecho romano”, en BELLO, Andrés. *Obras completas* (Santiago, 1893), XV, p. 133.

sultorum scriptis comparari possit: tantum nervi inest, tantum profunditatis”⁵.

Así, pues, el Derecho romano, que ya no es más Derecho vigente, todavía justifica su injerencia en la formación de los juristas modernos debido a sus cualidades que le hacen ser un óptimo medio educativo, porque es parte indispensable del conocimiento y competencia argumentativa del egresado de la carrera, y núcleo firme de las principales disciplinas jurídicas y de la identidad de la profesión jurídica.

Partamos del supuesto de que en la Facultad de Derecho ingresan unos jóvenes carentes de todo conocimiento jurídico, que no suele ser impartido en la educación media o secundaria, y que, por ende, el objeto, el método, el lenguaje, la técnica y el contenido del Derecho les son algo absolutamente desconocido. En ese sentido, los estudiantes que ingresan en otras facultades se encuentran en mejor condición, pues lo hacen contando con un panorama general de la ciencia pertinente, por ejemplo la Matemática, la Física, la Química, la Biología e incluso la Historia o la Filosofía. Pero no es el caso del Derecho. Ahora bien, considérese a esos mismos jóvenes al cabo de un año académico, vale decir, de ocho meses aproximadamente, y se verificará que el panorama ha cambiado de manera radical, según lo observan año a año los profesores de la asignatura en los exámenes y como todo otro profesor debe además presumir que sucede. Ese mismo

joven, para quien al principio el Derecho era un túnel oscuro, ahora es capaz de hablar y razonar –con mayor o menor fluidez y competencia, eso ya depende de las capacidades y del aprovechamiento personales– en términos de novación, prescripción, cosas fungibles y no fungibles, reivindicatoria, arrendamientos de obra y de servicios, herencias forzosas, testamentos, y de una infinidad de otros temas jurídicos. Eso lo logra el Derecho romano. Por ello puede concluirse que la verdadera introducción al estudio del Derecho la hace aquella asignatura y no existe otra capaz de producir un resultado semejante. Derecho institucional y dogmático, figuras jurídicas concretas, nociones internas del ordenamiento, eso lo brinda la asignatura de Derecho romano, con el añadido de que la presentación de este Derecho ofrece principios, sistemas trabados y modos de razonar, pues no se trata del aprendizaje de unos elencos de nombres o de unos conceptos ni de una taxonomía. O sea, el Derecho romano procura en poco tiempo, y ya al inicio de la carrera, todo aquello con que el estudiante empezará a enfrentarse sólo a partir del segundo año de aquella. Pero eso, además, tiene lugar en un ambiente saturado de Derecho teórico, como es el de primer año: introducción al Derecho, teoría general del Estado o hermenéutica, y de disciplinas no jurídicas: Lógica y Retórica, Sociología o Matemáticas. Hasta puede sostenerse que el estudio de las disciplinas de conceptos generales y teóricos del sistema jurídico se ve comprometido sin el complemento y balance del Derecho romano, pues por más que la teoría ataña a un objeto puramente formal, no debe caber dudas de que la pedagogía y comprensión discente de esos

5 BELLO, Andrés. “Discurso de instalación de la Universidad de Chile”, en BELLO, Andrés. *Obras completas* (Caracas: La Casa de Bello, 1982), XXI, pp. 13-14. El texto de Leibniz se traduce así: “En la jurisprudencia reinan [sc. los romanos]. Muy frecuentemente he dicho que después de los escritos de los geómetras, nada existe que pueda compararse en fuerza y sutileza con los escritos de los jurisconsultos romanos: tanto nervio poseen, tanta profundidad”.

conceptos formales sin una referencia mental a un contenido, que en una facultad de Derecho debe ser jurídico, han de verse obstaculizadas. Ahora bien, en el primer año no otro ramo es capaz de dar contenidos jurídicos sino el Derecho romano. Así, la enseñanza de estructuras como: “Si X, entonces debe ser Y”, para dar el ejemplo sencillo de un esquema normativo a jóvenes que no están en condiciones de pensar en los contenidos que esas estructuras asumen en la realidad concreta del Derecho, probablemente esté destinada al fracaso cuando no se les ofrezca paralelamente una experiencia jurídica tan concreta y técnica como aquella que suministra el estudio de la asignatura en examen. Lo propio vale para toda otra enseñanza de nociones teóricas pertenecientes a los niveles más altos del sistema que construye la doctrina y que las leyes vigentes a lo más solo suponen o de las cuales son manifestación, pero que no exponen, como las de relación jurídica o principios generales y tantos otros⁶.

Este carácter introductorio al estudio de todo el Derecho con la rápida e inicial dotación al estudiante de un sistema, unos conceptos, un lenguaje, un método y una técnica (aparte la historia, el pensamiento y otras cosas más) en los primeros siete meses de la carrera que ofrece la asignatura en estudio es condición del rendimiento posterior de los alumnos, visiblemente en el Derecho civil, pero de manera no irrelevante en los demás ramos. Quien haya aprobado

la asignatura en buenas condiciones no debe fracasar después, salvo accidentes. Quien la haya reprobado no por causas extrínsecas, sino por desgano, falta de interés, repulsión, difícilmente alcanzará buenos resultados después. Pero quizá este carácter de medidor de las vocaciones que presenta la asignatura, con todo, no sea el más importante, sino el hecho de que sobre el material de conocimientos y mentalidades que ella proporciona, los profesores de cursos superiores ya pueden trabajar sobre una base firme. Es cierto que ellos suelen no tener en cuenta este hecho y enseñan muchos conceptos como si los estudiantes se encontraran por primera vez con ellos. Su esfuerzo por explicar estructuras fundamentales del Derecho, como por ejemplo las de derecho real o personal, dominio, modos de adquirir, fuentes de las obligaciones, contrato e infinidad de otras, tiene mejores resultados debido a que esas estructuras en realidad ya son plenamente dominadas por los estudiantes que aprobaron la asignatura de Derecho romano en el primer año, y está por verse si ese esfuerzo seguirá rindiendo los mismos frutos en el evento de que la enseñanza previa de ese Derecho desaparezca.

En esta perspectiva, curiosamente el aprendizaje previo del Derecho romano se presenta incluso como condición del orden posterior de los estudios, porque, supuesto aquel aprendizaje, ya carece de importancia si en Derecho privado primero debe estudiarse esto o lo otro y pierde valor la consideración de que tal noción no puede entenderse sin saber antes tal otra. Todo eso carece de relevancia si las nociones cuyo orden se discute ya son enteramente conocidas por el

6 Tal ha sido el principal vicio de la enseñanza de la teoría de la interpretación en el primer año, por más que esté expresada en el *Código Civil* principalmente. ¿Cómo se puede entender bien esa doctrina sin una previa experiencia en el objeto que ha de interpretarse? Los estudiantes terminan por aprender tan solo de memoria los artículos del *Código Civil* distribuidos en el clásico esquema de los cuatro elementos de interpretación, sin llegar a comprender lo que la interpretación es.

estudiante, como deben serlo si antes estudió Derecho romano. Así, su aprendizaje se presenta como condición para la flexibilidad y el aligeramiento del curso posterior de los estudios. De donde resulta que su mayor utilidad pedagógica la ofrece cuando se lo estudia en un nivel introductorio, aunque más o menos completo, en el primer año de la carrera, por ser el único ramo apropiado para incorporar al joven recién ingresado en una experiencia de contenidos técnicos de un Derecho concreto, en un ambiente en que los contenidos que masivamente se le ofrecen de forma paralela pertenecen a la teoría del Derecho o están situados en altísimos niveles del sistema, o simplemente no son jurídicos.

Alguien podría decir que en sustitución del Derecho romano, más para cumplir su misma necesaria función, debería diseñarse el curso de introducción de manera de conferir esos contenidos técnicos concretos que preparen la mente del joven ya en el primer año. Puede que así sea, pero resultaría una pérdida de tiempo; y, sobre todo, una renuncia a las demás virtualidades que como asignatura brinda el Derecho romano, porque lo dicho hasta el momento tan solo atañe a una de ellas.

Ocurre, como es sabido, que la matriz de Derecho civil (rama ésta que pese a quien pese, haya evolucionado la sociedad como haya evolucionado, se enfrente a las globalizaciones que se quieran, sigue y seguirá siendo la columna vertebral del Derecho, y cuya ignorancia impide practicar con competencia la profesión jurídica), es el Derecho romano continuado por la tradición del Derecho común que desembocó en la

codificación (y en cualquier futura recodificación). No es admisible que en una facultad universitaria se estudie una cierta manifestación jurídica, la colombiana en este caso, de forma aislada y desconectada con sus matrices, o sea con sus principios (otra cosa fuera en un instituto de formación técnica, predominantemente pragmática, en donde solo interesa el qué y el cómo de las cosas con prescindencia de su por qué). Pero no solo eso, pues también ocurre que con ser el Derecho romano la matriz del actual, ofrece muchas experiencias contrastantes con el nuestro. Así, por ejemplo y para citar quizá la más sobresaliente, está su carácter de Derecho de juristas creadores de una ciencia analítica (en oposición a un Derecho de legisladores y de un Derecho de jueces y a una ciencia sintética, respectivamente). Ahora bien, el conocimiento de experiencias contrastantes como aquella está destinado a despejar la mente del joven estudiante para evitarle adquirir un espíritu parroquialista, al que inevitablemente le conducirá el estudio exclusivo de su sistema positivo, que mirará como si fuera el único.

Evitar que los estudiantes tengan un contacto necesario con esta asignatura es poner unas bases para alejar a la dogmática nacional de los circuitos mundiales y condenar a los abogados a la ignorancia de su pertenencia a una cultura universal. Se puede argumentar que algunos, los más capaces e interesados, igual han de llegar a conocerla cuando opten por cursarla como materia electiva que la facultad puede ofrecer. Esta razón, que vale para muchas otras disciplinas no obligatorias, no vale para el Derecho romano. Porque el conocimiento de la mayoría

de las asignaturas del Derecho positivo puede ser alcanzado por cualquier abogado sin cursos especiales, solo con estudio y esfuerzo; pero no acaece lo mismo con respecto al Derecho romano, sin una previa preparación, como la que se otorga en los cursos usuales en que ahora se imparte. Así que un estudiante que jamás lo cursó, difícilmente algún día podrá entender algo de lo que éste fue e incurrirá en toda clase de errores e incomprensiones a su respecto. Por ende, esos abogados, que jamás tuvieron noticia del Derecho romano porque, por la razón que fuera, no siguieron los pertinentes cursos electivos, han de quedar condenados a su ignorancia perpetua.

La enseñanza del Derecho romano solo en los niveles temporalmente avanzados de la carrera, en un nivel de especialización y profundización o como accesorio a una asignatura más básica, transforma artificialmente al Derecho romano en una disciplina para eruditos, en circunstancias de no tener este carácter en el grado en que se lo enseña tradicionalmente. Pero, además, ¿cómo alguien puede especializarse o profundizar en algo que antes nunca estudió? ¿De cuál disciplina es accesorio el Derecho romano? No ciertamente del Derecho civil, en la medida en que históricamente el Derecho civil es el estado y aspecto que actualmente presenta el Derecho romano.

La idea algo difundida, de que la enseñanza del Derecho romano despliega sus virtualidades cuando se cursa por alumnos que ya tienen un cierto grado de formación (de donde la altura de la carrera en que se propone situarla), aunque

en cierta manera rinde un homenaje a la disciplina, no es correcta. Solo tiene validez si previamente se la ha estudiado en el primer año, porque entonces sí que puede decirse que, estudiada de nuevo en niveles más profundos y especializados, completa sus virtualidades. Ahora sí se justifica que solo los mejores y más capaces alumnos la sigan, en especial aquellos que ya prevén una carrera académica en su futuro o su dedicación a la investigación. Pero eliminarla de la enseñanza obligatoria es en realidad truncar sus potencialidades y privar a los estudiantes del único medio que tienen en el primer año de sumergirse en el mundo del Derecho vivo, concreto, institucional, y tener una experiencia jurídica, en medio de otros ramos que no se la proporcionan, también dar contenido a estos y, en fin, adquirir desde el comienzo una base de conocimientos dogmático-estructurales que les permitirán adentrarse sin dificultades en los ramos de cursos superiores.

Estas razones son, pues, las que solemos esgrimir para explicar la enseñanza de una asignatura de Derecho romano durante los dos primeros semestres de la carrera de Derecho. Aristóteles decía que para comprender algo necesario es exponerlo desde sus principios. Y esto vale cabalmente para el Derecho privado, cuyos principios se encuentran en el Derecho romano. Estamos convencidos que sí se comprende mejor el Derecho; o, más bien, se lo comprende sin más.

Para ilustrar lo que acabo de decir y para terminar, quiero ofrecer un ejemplo. Los artículos 1562 y 1563 CCCol. (= 1505 y 1506 CCCh.), contienen el dogma de las llamadas obligaciones

facultativas. El artículo 1562 CCCol. (= 1505 CCCh.) expresa: “*Obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa*”. El artículo 1563 (= 1506 CCCh.) dice: “*En la obligación facultativa el acreedor no tiene derecho para pedir otra cosa que aquella a que el deudor es directamente obligado, y si dicha cosa perece sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora, no tiene derecho para pedir cosa alguna*”. Las explicaciones más desarrolladas de estas normas no pueden competir con la mera exposición de qué eran estas obligaciones en el Derecho romano clásico. Corresponderían a una variante del negocio básico de la estipulación, que se perfeccionaba merced a la pregunta oral de un estipulante, dirigida a un promitente, en orden a si se encuentra dispuesto a dar, hacer o no hacer algo, que aquél responde de inmediato, positiva, congruente y también oralmente: “¿Prometes darme 1.000? ¡Prometo!”. La variante radica en introducir una condición suspensiva negativa, consistente en una prestación de dar; así: “Si no me dieres 1.000, ¿prometes darme tal automóvil? ¡Prometo!”. En esta estructura resulta claro que lo único prometido y, por ende, lo único debido es dar el automóvil. La dación de la cantidad de 1.000 actúa solo como un hecho futuro e incierto, que si se cumple hace que la obligación de dar el automóvil no llegue a nacer, la cual, pues, solo nace si no se da el dinero. Ahora bien, desde el punto de vista del promitente o deudor, él puede escoger entre cumplir con dar el automóvil, que debe, o dar los 1.000, que no debe. Es lo que dice el artículo 1562 CCCol.: “*Obligación facultativa es la*

que tiene por objeto una cosa determinada [el automóvil], pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa [los 1.000]”. Desde el punto de vista del acreedor, él no puede pedir sino aquella cosa a que el deudor se obligó; vale decir el automóvil; y no puede pedir el objeto de la facultad, o sea, el dinero, porque el deudor no se obligó a éste. Es lo que dice la primera parte del artículo 1563 CCCol.: “*En la obligación facultativa el acreedor no tiene derecho para pedir otra cosa que aquella a que el deudor es directamente obligado [el automóvil]*”. Por último, de acuerdo con las reglas generales, si el cuerpo cierto debido perece sin culpa del deudor antes de estar constituido en mora de cumplirlo, su obligación se extingue. De lo que se sigue que si perece el objeto prometido y debido, en nuestro caso, el automóvil, la obligación se extingue y el acreedor no puede pedir el dinero. Es lo que dice la segunda parte del artículo 1563 CCCol.: “*y si dicha cosa perece [el automóvil] sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora, no tiene derecho para pedir cosa alguna*”.

Cuando la llamada obligación facultativa es explicada sobre la base del esquema negocial que la generaba en el Derecho romano, me parece a mí que resulta luminosamente más clara, que si se la expone merced a explicaciones abstractas. Y el asunto se descifra aún más cuando se investiga la función de tal esquema, como es la penalización (llamada cláusula penal entre nosotros), porque el dinero (que para actuar su cometido tiene que ser una alta cantidad) es en realidad una pena sustitutiva del incumplimiento de la obligación de dar el automóvil.

Es casi todo el Derecho privado el que puede ser iluminado con procedimientos como éste. Yo no pretendo que los profesores de Derecho

civil deban ejecutar tal género de explicaciones; pero de eso mismo fluye como necesaria la existencia de una asignatura en donde ellas sean ofrecidas al estudiante.