

## [DERECHO ROMANO, TRADICIÓN ROMANISTA Y AMÉRICA LATINA]\*

FERNANDO HINESTROSA\*\*

Ser romanista en esta época en América Latina es, por cierto, una proeza; veo en ello una actitud que a la vez que tiene de autenticidad y de encuentro en la tradición cultural en la que han perseverado nuestros países, muestra un dejo de rebeldía, de contraposición con el paso que hoy todos marcan al compás de las fanfarrias de la posmodernidad.

¿La historia está llamada a recoger? ¿Es que la vida, y todo lo que ella trae consigo, apenas comenzará dentro de tres años, cuando se inicie el cómputo de otro siglo y de un nuevo milenio?

Para las gentes que se mueven en los grandes negocios, que se desenvuelven a lo largo y ancho del planeta con medios electrónicos, en una lengua común a despecho de la diversidad de meridianos y paralelos, ¿qué puede significar el cultivo de un derecho que llegó a su cúspide dos mil años atrás, y cuyos textos quedaron petrificados hace mil quinientos, así hayan sido sucesivamente reinterpretados como una especie de verdad revelada o de *ratio scripta*?

Los latinoamericanos fuimos incorporados al derecho romano en la forma en que lo habían asumido Castilla y Portugal, igual que a la denominada cultura occidental.

\* Palabras pronunciadas en el xxv Aniversario del Seminario Romanista de la Universidad Veracruzana, Xalapa, 14 de agosto de 1997. Para citar el artículo: HINESTROSA, F. "[Derecho romano, tradición romanista y América Latina]", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, julio-diciembre, 2013, pp.

\*\* Rector de la Universidad Externado de Colombia (1963-2012). 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.

Es éste un hecho histórico, al margen de como cada quien desee tomarlo, según sus inclinaciones ideológicas y afectivas. En eso nos identificamos y aproximamos los pueblos que habitamos del río Bravo a la Patagonia, a despecho de la magnitud de la cuota de origen en cada cual o de sus debilidades extranjerizantes, fuera o dentro del continente.

Nuestros ordenamientos, nuestra doctrina, nuestra práctica del derecho pertenecen a la denominada tradición romanista, es decir, también por ese concepto estamos enclavados en el continente europeo y así todos hayamos de observar en carne propia la presencia de tres culturas, sin que importe el coeficiente de cada cual, el hecho es que América Latina es la ribera occidental de Europa y, más propiamente, del continente europeo, quiéranlo o no reconocer europeos y americanos, y que en dicho fenómeno no es lo menos importante su alineación jurídica: somos países de "derecho romano", o con otra expresión hoy más en boga, la nuestra es una tradición de *civil law*.

¿Qué quiere decir esto en una circunstancia en que, se afirma, todo es universal, "global", y en que la lengua inglesa y el *common law* se imponen en razón de su simplicidad o por la fuerza de sus instituciones industriales, comerciales, financieras?

Lengua y derecho son dos rasgos distintivos de la nacionalidad, tanto más importantes cuanto más ampliamente sean compartidos.

El derecho romano, esto es, aquellos preceptos, todo lo más consuetudinarios y jurisprudenciales, que se aplicaron para regular la vida, primero de la urbe, luego del Lacio, más tarde de Italia, y por último del mundo, un mundo que no fue sólo mediterráneo, producidos sin exclusivismos por la comunidad romana, desde la fundación mítica de Roma en el 754 a. C. hasta la muerte de Justiniano en el 565 d. C., esto es, durante más de 1.300 años continuos.

Un sistema jurídico único, reverenciado, admirado hasta la idolatría, a la vez que denostado y combatido. Un derecho que se dio como la expresión paradigmática del derecho por excelencia y que sucesivamente ha sido rechazado por nacionalismos y colectivismos, derecho vigente, derecho formador e informador, "duro para morir", cuyo significado y función para nosotros es necesario establecer.

Los latinoamericanos... ¿qué somos? Aún andamos en busca de nuestra identidad, como nación continental.

¿Qué quedó del derecho aborigen? Unas son las huellas espléndidas, sobrecogedoras de varias civilizaciones precolombinas, que hoy se pueden apreciar *in situ* o en museo, para admiración y pasmo de visitantes forasteros y nativos, otra cosa son la cultura, las instituciones, los hábitos, que poco tienen que ver con aquellos ancestros, o que se mimetizaron con aquellas de los conquistadores que avasallaron e impusieron sus conceptos, prácticas, vicios, a perpetuidad.

La Hispania fue la primera colonia romana, y el nivel cultural de la España visigótica fue especialmente elevado, en época en que el saber leer y escribir era algo tan inusitado que a uno de los reyes merovingios se le recuerda con singular admiración porque llegó a escribir un verso. España recibió tempranamente el

derecho romano, lo hizo suyo, más tarde lo rechazarían sus comunes y reinos; en él se instruyeron sus letrados, y a América lo trajeron sus huestes, que regularon las relaciones entre sus gentes y con su servidumbre aborígen por sus dictados, originales, o tamizados por la criba de la idiosincrasia de colonizadores heterogéneos.

La *Instituta* fue el texto de estudio allá y aquí, y en ese sedimento o tradición romanista, en un medio romano actualizado, a más de visto con sus propios ojos, se formaron nuestros letrados durante la Colonia, y aquellos que encabezaron el movimiento de la Independencia. Ése fue el caso de la Nueva Granada. Y cuando sus seguidores, pues ellos fueron inmolados en el cadalso, quisieron afirmar su autonomía y la ruptura del vínculo con la metrópoli, a tiempo que dispusieron la supervivencia transitoria del derecho en vigor, para no producir un hiato, buscaron en otra fuente romanista inspiración y modelo. Ella, naturalmente, hubo de ser el paradigma revolucionario francés, con adaptaciones oportunas a la tradición peninsular, y a la realidad latinoamericana.

Tradicción romanista que perdura en sus distintas versiones, con variado acento en los diferentes países y ramas del derecho.

Pero, simultáneamente se observa que los derechos modernos ya tendían, cada vez más, a apartarse de la tradición romanista, y que los contemporáneos anhelan independencia plena; o quizá, nuestro continente, con esa proclamación, cambiar de norte, cual ocurrió hace ciento ochenta años.

Hasta hace dos generaciones, en todos los programas de estudio de las facultades de derecho era natural la presencia de cursos de instituciones romanas, a veces algo de historia, pero siempre las figuras del derecho privado, por lo general enseñadas por un civilista, poco dado a la perspectiva histórica, que muchas veces atribuía a los romanos, tomados como una categoría ahistórica, o detenida en la historia, posiblemente en la compilación justiniana, aquella que mejor correspondiera a sus preferencias conceptuales o ideológicas.

Hoy el derecho romano va siendo paulatinamente relegado. En cuántos planes de estudio suplantado por la sociología jurídica; en muchos otros reducido a un capítulo más en la historia del derecho, sin que en tal determinación administrativa hayan dejado de influir prejuicios políticos y étnicos, como tampoco la cortedad de los romanistas, ora en su perspectiva, ora en sus propios conocimientos.

Los latinoamericanos, con deficiencias en la formación clásica, no podemos competir con los colegas europeos en el desentrañamiento de interpolaciones, como tampoco en la pesquisa de la razón de ser política y económica de los sucesivos pasos de la evolución y, en veces, de la involución de las disciplinas de las figuras jurídicas romanas de acá; cual ocurre con la doctrina y la legislación en las distintas áreas del derecho, nuestra información es tributaria, es de segunda mano.

Entonces para nosotros, en su brusquedad, son más significativas las preguntas de "¿qué es el derecho romano?", "¿qué valor tiene, para qué enseñarlo?".

Leemos en los tratados europeos contemporáneos que el derecho romano es un problema vivo y abierto a nuestra experiencia jurídica, que los problemas

que se mueven en el derecho romano son los que van y vienen incesantemente en nuestra cultura jurídica, y de los que ella se alimenta; al mismo tiempo, bien lo sabemos y repetimos, cada sociedad, en cada generación, de acuerdo con sus propias circunstancias económicas, políticas y culturales, tiene el deber de regular –auténticamente– las relaciones de los ciudadanos. Ante todo ve y tiene que ver con sus propios ojos, con su propia óptica, los problemas jurídicos, y en un medio cambiante, más ansioso de novedad, de renovación, es natural que los juristas se empeñen en llegar a elaboraciones nuevas y específicas, más idóneas para expresar y regular los fenómenos de nuestro tiempo, y en prevenir y resolver conflictos sin precedentes, sin condicionamiento a los antiguos textos romanos, usando la imaginación y la creatividad; en cuántas oportunidades, cayendo en la ilusión de una novedad que es desconocimiento del pasado, o en la soberbia del descubrimiento de lo resabido.

¿Está muerto el derecho romano? ¿Acaso no ha tenido muchas vidas y no ha mostrado minuciosas resurrecciones?

El derecho romano posjustiniano no es derecho romano, es tradición romanista. Ésa la enseñanza reiterada, y cuán desaprovechada, de sucesivas cohortes de juristas –¿romanistas, cultos, sensatos?– que en sus respectivos momentos sostuvieron: "La autoridad de las leyes romanas no es poca, pero su fuerza no llega hasta vencer al uso y las costumbres" (*Liber foedarum Orto; Ex dicto moderno voluntario populorum uso dictae leges hodie habeamus*; hay que utilizar los libros de Justiniano y los libros de los filósofos, pero ante todo la experiencia *quae ex usu rerum sibi pervenit* (DORESTE, S-XIX). *System des heutigen römischen Rechts; Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts* (SAVIGNY). "A través del derecho romano, pero más allá del derecho romano" (Ihering).

¿Dos milenios de derecho romano? Momento histórico comparable con la lógica aristotélica o la geometría euclidiana, y que se confunde con la lógica y la geometría o se vuelven sinónimas: ¿derecho = derecho romano? –¿verdad apodíctica?–.

Derecho romano, individualista capitalista, negado, revivido –¿y hoy?–.

El derecho romano puro, esto es, el de los romanos, brinda ejemplo admirable de actualización, de renovación permanente *constitutio Tanta: "humanis iuris condicio semper in infinitum decurrit"*; sensatez y de equidad, de avance paulatino, gradual, por persuasión, por convicción, y no por suposición, refractario al dogmatismo. De ahí por qué haya de mantenerse la disciplina del derecho romano en sintonía con aquello que aparece más fresco y actual.

El convencimiento histórico y la visión histórica de la vida es esencial para la formación del jurista. El derecho romano es fundamental, ésa una función primordial suya, para describir los principios elementales –¿eternos, inmanentes?– del derecho y sentar las bases de la teoría general del derecho. ¡Esto dentro del supuesto de que existan tales principios y de que haya o pueda darse una teoría general!

Toda indagación en materia jurídica lleva consigo el reflejo de la propia manera de concebir lo que se entiende por derecho y de cómo se entienden sus desenvolvimientos. Ésta, otra manifestación de la historicidad y de la relatividad del derecho.

El estudio del derecho romano no requiere justificación. Por su conducto se seguirán formando las generaciones venideras de juristas, y para los latinoamericanos, aunque también para los europeos, pero para nosotros con mayor apremio y en mayor medida, el derecho romano y la tradición romanista son elementos de identidad cultural que nos identifican igual que la lengua, y que hemos de proteger y defender con orgullo. Entre otras razones, por superioridad.

Ciertamente no es dable pensar en que país alguno de América Latina o de la Europa continental esté ansioso o siquiera dispuesto a abdicar de ese rasgo de su personalidad. Empero, las deducciones y las imposiciones son constantes y fuertes, de ahí la necesidad de resaltar la unidad de la cultura jurídica que se manifiesta en las instituciones, en el sistema, en el método, en el estilo y, frente a las exigencias del tráfico jurídico y de la responsabilidad del mundo del futuro, cómo no augurar que una concepción que ha sabido adaptarse e ir adelante con audacia y prudencia, cabalgando sobre el lomo de los cambios científicos, tecnológicos, ideológicos, por espacio de dos mil setecientos años, tendrá vitalidad y experiencia bastantes como para seguir informando los ordenamientos y la vida del derecho.