

# DEL DERECHO ROMANO A LAS TRADICIONES JURÍDICAS\*

*Federico Escobar Córdoba\*\**

## RESUMEN

El autor afirma que la atención que se le presta al derecho romano en las escuelas de Derecho inscritas en la tradición civilista es excesiva, a la luz de la visión más amplia que un mundo multicultural debe tener del fenómeno jurídico. El texto empieza abordando la globalización, resaltando los procesos culturales que les han dado forma a las sociedades contemporáneas. Luego, el artículo da una muestra de los elogios que con frecuencia recibe el derecho romano, y pasa a formular una crítica cultural que subraya algunas de las falencias de ese derecho, y la forma en que han sido silenciados los aportes esenciales de otras culturas. A continuación, el autor señala la persistencia de este derecho en las universidades, y su situación precaria hoy. El texto concluye con una breve reseña de la noción de tradiciones jurídicas, y propone algunas formas de aproximarse a este método que pueden enriquecer el estudio del Derecho.

**Palabras clave:** Derecho romano, globalización, educación jurídica, tradiciones jurídicas.

## ABSTRACT

*The author's thesis is that the degree of attention Roman law receives in civilian law schools is excessive, in light of the wider understanding of the law that befits a multicultural world. The text begins by exploring globalization, emphasizing the cultural processes that have molded contemporary societies. The article then offers a sample of the kind of praise frequently received by Roman law, and turns to a cultural critique that exposes some of its deficiencies, as well as the way in which essential contributions made by other cultures have been silenced. The author proceeds by showing the persistence of Roman law in universities, and its precarious situation today. The document concludes with a brief presentation of the notion of legal traditions, and suggests some ways in which turning to this method may enrich the study of law.*

**Key words:** Roman Law, globalization, legal education, legal traditions.

---

\* El texto de este artículo corresponde a una ponencia presentada por el autor en la Pontificia Universidad Javeriana - Cali, en el marco de una serie de conferencias llamado "Democracia y justicia en tiempos de globalización."

\*\* Profesor en el Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana - Cali.

La tesis de esta ponencia es sencilla: concentrarse en las tradiciones jurídicas y no sólo en el derecho romano, es una manera de acercarse al pasado jurídico que resulta más apropiada para un mundo pluralista y multicultural como el nuestro. Sin embargo, el derecho romano goza de tanta apreciación en la cultura jurídica a la que pertenecemos, y la apreciación es tan arraigada entre nuestros juristas, que ese hecho posiblemente haga de una tesis sencilla una tesis mal recibida y aún despreciada. En defensa de esta idea, hablaré, primero, de la veneración habitual del derecho romano en nuestro medio; controvertiré aquella idea en general y también a partir del debate sobre la conservación de un curso de derecho romano en los programas de Derecho. Luego, en una breve sección final, presentaré un acercamiento al fenómeno jurídico desde las tradiciones jurídicas, con el argumento de que esta aproximación es más enriquecedora, y más adecuada a una visión multicultural del Derecho. Empezaré con una breve discusión sobre la globalización.

## 1. GLOBALIZACIÓN Y CULTURA

Esta intervención forma parte de un ciclo de conferencias llamado “*Democracia y justicia en tiempos de globalización*”. En consecuencia, considero apropiado iniciar la ponencia con una presentación sucinta de la globalización. Hoy se emplea con mucha frecuencia aquella expresión, algo de lo que todos nos habremos percatado. El analista Justin Rosenberg, escribiendo en el año 2000, dijo que “*el progreso del término [en la década de los noventas] ha sido poco menos que espectacular*” (2000: 1; traducción libre). Para darnos una idea de los alcances actuales de la palabra, entre “*globalización*” y “*globalization*”, Google reporta más de 38 millones de aciertos. Ofrezco dos puntos de referencia: la frase “*George Bush*” aparece con casi 15 millones de aciertos, y “*Nelson Mandela*” con menos de 3 millones.

Un término tan corriente corre el riesgo de hacerse esquivo, aún indefinible. Por ejemplo, el *Diccionario* de la Real Academia Española define la globalización como la “[t]endencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”. Esta acepción es fuertemente económica, y hoy es común rechazar la reducción del fenómeno globalización a su componente económico.

Encontramos numerosas ilustraciones de la importancia de no circunscribir el concepto a esa dimensión. Hugo Fazio Vengoa dice que la “*globalización ha sido posible y se ha desarrollado a la par con el capitalismo que la impulsó, le imprimió ritmo, y le ubicó en especialidades dadas, pero no se identifica*

*con este*” (2002: 196). En efecto, Anthony Giddens ofrece una aproximación muy amplia: “*La globalización*”, observa Giddens, “*tiene algo que ver con la tesis de que todos vivimos ahora en un mismo mundo*” (2000: 20). Joseph Stiglitz precisa un poco los elementos del concepto, sin abandonar un enfoque extenso: “*Esencialmente, dice Stiglitz sobre la globalización, es la integración más estrecha de los países y las personas del mundo, que ha sido causada por la enorme reducción en los costos de transporte y comunicación, y por el colapso de barreras artificiales al flujo a través de fronteras de bienes, servicios, capitales, conocimiento, y (en un menor grado) personas*” (2002: 9; traducción libre). “*Algo ha cambiado,*” comenta Guillermo de la Dehesa, “*cuando puede ser más conocida la imagen de Nelson Mandela que la de nuestro vecino*” (2000: 24).

El proceso globalizador se acentuó en el siglo XX, pero se remonta a épocas anteriores. Los dos volúmenes de Aldo Ferrer, por ejemplo, buscan demostrar que la globalización que vivimos hoy es el resultado de un proceso que empezó en la última década del siglo XV, y que depende de dos factores: “*el aumento de la productividad del trabajo y un orden mundial global*” (1996: 12). Hacia 1500, los europeos se desgastaban en conflictos internos, agravados por serios problemas de comunicación. Las extensiones en ultramar ayudaron a movilizar enormes recursos, y fomentaron la lenta centralización del poder; uno de sus principales catalizadores fue la guerra.

La perspectiva histórica amplia de Ferrer pone de relieve el carácter cultural de la globalización. Ferrer observa que la “*diáspora europea, particularmente hacia el Nuevo Mundo, asentó la globalización sobre relaciones humanas y patrones culturales de tanta o mayor importancia que el comercio o las inversiones*” (1999: 382). Con la progresiva dominación europea, se consolidaron patrones de saqueo cultural; Ferrer dice que el “*conocimiento acumulado, a lo largo de los siglos, por los sabios y tecnólogos chinos, árabes, persas e indios fue transferido sin regalías ni patentes a los pueblos cristianos de Europa. Esta transferencia fue una de las bases fundacionales del Renacimiento. Desde entonces, la ciencia y la tecnología europeas dejaron de ser tributarias de las otras civilizaciones e iniciaron su despegue autónomo*” (1996: 399). Esto motivó un importante avance tecnológico en Europa, que repercutió sobre la manera en que el mundo, incluyendo la misma Europa, percibía el continente: “*La evidencia de la superioridad material de Europa sobre otras civilizaciones, dice Ferrer, contribuyó a fortalecer la visión eurocéntrica y la supuesta superioridad del hombre blanco sobre las otras razas*” (1999: 384).

Subrayo el eurocentrismo de la globalización, porque ha ayudado a fomentar el rol protagónico del derecho romano en el derecho moderno. No obstante, sobresale en las observaciones de Ferrer la dimensión cultural de la globalización, más allá de la simple constatación de la presencia europea. En vista de la multiplicidad de sujetos que confluyen en este proceso, el diálogo cultural es polifónico, caracterizado por migraciones, dislocaciones, y múltiples puntos de encuentro. Un claro antecesor del diálogo contemporáneo es la empresa colonial; al respecto, Ania Loomba observa que, en ella, los “*flujos de utilidades y personas involucraban asentamientos y plantaciones en las Américas, ‘comercio’ como en la India, y enormes movimientos globales de población. Tanto los colonizados como los colonos se movían*” (1998: 4).

Estas migraciones del pasado, combinadas con las facilidades tecnológicas del presente, han producido un planeta intensamente multicultural. Daniel Bonilla, en su libro *La Constitución multicultural*, destaca el contexto que ha dado lugar a la importancia de la cultura en las discusiones actuales sobre globalización. Bonilla dice: “*Factores tales como las dinámicas y necesidades del capitalismo, las guerras, la pobreza y los gobiernos autoritarios son fuerzas que han desempeñado un importante papel en las olas de migración masiva que han determinado la hibridación cultural y/o la coexistencia de múltiples visiones culturales dentro de un mismo espacio geopolítico. [...] Como consecuencia de estos difundidos procesos, actualmente la mayor parte de los países son culturalmente diversos*” (2006a: 19).

Estamos, pues, en un mundo globalizado, que sirve como punto de partida para el ciclo de conferencias que nos reúne. Uno de los rasgos principales de este mundo es la fuerte presencia de la cultura, y más aún, de las culturas. Durante siglos, la voz dominante en el diálogo fue la europea, pero otros han empezado a reclamar mayor reconocimiento. En la novela *A Passage to India*, escrita en 1924 y ubicada en el momento en que se gestaba el colapso del colonialismo en la India, un personaje principal, una mujer inglesa, se pregunta “*¿con qué derecho [sus opiniones] reclamaban tanta importancia en el mundo, y asumían el título de civilización?*” (FORSTER 1924: 242).<sup>1</sup> La pregunta es sintomática del proceso mediante el cual se dejaría de suponer irreflexivamente la superioridad europea. La tesis sencilla de esta ponencia se ubica en un mundo multicultural, que pretende fortalecer conversaciones entre distintas civilizaciones, y alertarnos sobre pasados jurídicos gloriosos, distintos al del derecho del pueblo romano.

---

<sup>1</sup> La frase completa dice: “*In virtue of what had she collected this roomful of people together? Her particular brand of opinions, and the suburban Jehovah who sanctified them—by what right did they claim so much importance in the world, and assume the title of civilization?*”

Antes de continuar, estimo necesario aclarar un corolario de mi tesis en esta ponencia. Estoy criticando el *énfasis* en derecho romano, sin abogar por el destierro de ese derecho. Dicho de otro modo, me parece que el derecho romano es un producto encomiable del ingenio humano, y merece ser estudiado y discutido, más aún en vista de su influencia en la historia occidental.<sup>2</sup> De ningún modo estoy invitando a desecharlo. Reitero, sin embargo, que cuestiono el lugar estelar que aún ocupa en nuestra cultura jurídica, e invito a que lo redimensionemos, llevándolo a compartir un lugar con otras tradiciones en nuestra aproximación al pasado.

## 2. EL BRILLO DEL DERECHO ROMANO

### 2.1. Los elogios

En un libro publicado a mediados del siglo XX, sobre la Edad Media, dedicaron un capítulo al derecho romano; el texto empieza con los siguientes apasionados elogios: *“Entre los tesoros más importantes del pensamiento transmitidos por la Edad Media a los tiempos modernos debe contarse el Derecho de Roma. Regla completa y canon de una sociedad altamente organizada y civilizada, ese Derecho establece un equilibrio satisfactorio entre los derechos y deberes de cada hombre, castigando su violación con sanciones fijas y creando formas de procedimiento que permiten la aplicación de esas sanciones con discernimiento o suavizar su rigor. Ante todo creaba una autoridad poderosa para proteger la vida y el trabajo del individuo, prudente para asegurar al pueblo entero el provecho completo del esfuerzo individual”* (MEYNIAL 1950: 489).

Estas palabras no son de ninguna forma excepcionales. Los ejemplos son numerosos, y todos ustedes los conocen; pero permítanme destacar uno. En 1942, dos caleños (Saúl Saavedra y Eduardo Buenaventura) publicaron su tesis de grado de la Universidad del Rosario. La tesis versa sobre derecho romano, y es, básicamente, una compilación organizada de textos romanistas, comparados con normas colombianas. La obra no pasará a la historia del romanismo, pero es una interesante viñeta de la época porque en ella confluyen prefacios escritos por destacados personajes del momento. Por ejemplo, Moseñor Castro Silva, entonces rector del Rosario, destaca de los autores la *“solicitud ansiosa de abonar las instituciones contemporáneas con razones traídas de esa época arcaica en que la legislación por ser tan sabia como equitativa y tan clarividente como*

---

<sup>2</sup> Sobre esta influencia, ver, en general, STEIN (1999).

*exacta, se calificó con el nombre de 'ratio scripta'”* (1942: V). El mismo rector subraya la inspiración romana de aún las normas más novedosas de la actualidad, y realza el logro de los juristas del *Digesto*, “*que atinaron con fórmulas de tanta universalidad y eficacia y de tan hondo arraigo en la entraña de las cosas, que casi podrían apellidarse intemporales*” (1942: VIII). Antonio Rocha, futuro rector de esa universidad, dice que las instituciones romanas son “*siempre antiguas y siempre nuevas*” (1942: XII). José Hernández Arbeláez, profesor de derecho romano en el Rosario, resalta cómo los autores de la obra “*buscaron pronto su orientación en el conocimiento de la experiencia jurídica más larga y acertada de la historia de la humanidad*” (1942: XIII). Y, finalmente, Liborio Escallón, en ese momento magistrado de la Corte Suprema, censura a quienes piensan que los clásicos “*han perdido su importancia*” (1942: XIV) y señala que “*las nuevas doctrinas jurídicas [...] no son sino el desenvolvimiento de antiguos preceptos y apote[g]mas de los jurisconsultos romanos*” (1942: XV).

Los anteriores elogios, como les había dicho, constituyen sólo un ejemplo del tipo de razones que con frecuencia rondan las discusiones sobre derecho romano. Daniel Bonilla, en su prólogo al libro *La invención del derecho privado*, resume hábilmente el universo de pensamientos que surge al hablar de derecho romano. Dice Bonilla que los cinco argumentos usuales son: “*Primero, que el romano es un sistema jurídico perfecto o tan cercano a la perfección como ningún otro en el mundo; segundo, que el derecho romano es una creación sin par en la medida que fue articulado únicamente por los pueblos romano y germánico; tercero, que es la base del derecho privado occidental y, por tanto, que para entender adecuadamente este último hay que estudiar juiciosamente aquél; cuarto, que el derecho romano tiene una capacidad de renovación y adaptación inigualables que le ha permitido mantenerse sin grandes modificaciones a través de los siglos; y quinto, que los buenos estudios sobre el derecho romano son neutrales desde el punto de vista ideológico*” (2006b: 11).

En los párrafos anteriores encontramos algunas de las razones sintetizadas por Bonilla. Vimos, por ejemplo, que Meynial describía el derecho romano como “[r]egla completa y canon de una sociedad altamente organizada”. Esto corresponde al argumento sobre la perfección del sistema. Igual apreciación encontramos en las palabras del Rector Castro Silva cuando se refirió al derecho de los romanos como una legislación “*tan sabia como equitativa y tan clarividente como exacta*”. Antonio Rocha recurrió al cuarto de los argumentos reseñados por Bonilla, sobre la inigualable adaptabilidad del derecho romano, al

calificar sus reglas como “*siempre antiguas y siempre nuevas*”; el mismo énfasis muestra Castro Silva al describir a los juristas del *Digesto* como “*intemporales*”. Podríamos continuar, pero es evidente que una pequeña muestra es representativa de la veneración que diagnosticó Bonilla.

## 2.2. Crítica cultural al derecho romano

Ante tan refulgentes valoraciones, debemos preguntar tímidamente si acaso hay *algún* defecto en el derecho romano. Stein (1999: 2), basado en Jolowicz, identifica tres críticas: primero, que es un sistema foráneo, basado en una sociedad esclavista con valores distintos a los nuestros; segundo, que ataca la libertad política al favorecer líderes absolutistas; y tercero, que es un refugio del capitalismo individualista y egoísta. Hacia mediados del siglo XX estos argumentos aparecieron en una serie de ataques y defensas superficialmente relacionadas con el derecho romano, que encubrían batallas ideológicas; una de las partes en esta disputa fueron los nazis (STEIN 1999: 2).

Este tipo de confrontaciones no nos interesan tanto, para efectos de esta ponencia, como la dura crítica que formula P. G. Monateri contra el derecho romano en su ensayo “*Gayo, el Negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental*”<sup>3</sup>. La ofensiva de Monateri también se basa en la ideología, pero el énfasis es fuertemente cultural. En síntesis, lo que busca Monateri es mostrar que el derecho romano no es una obra del genio jurídico romano, celebrado por tantos autores modernos y medievales,<sup>4</sup> sino que refleja una hibridación cultural mediterránea en la que el aporte del pueblo romano rara vez fue el más sofisticado. Monateri llama “*derecho romano*” a “*un producto multicultural, resultado del esfuerzo de distintas civilizaciones mediterráneas, en su mayor parte africanas y semíticas*” (2006: 102). El autor defiende la llamada “*teoría afrosemítica*”, para la cual “*el derecho romano se desarrolló como un conjunto de préstamos de Egipto y del Medio Oriente*” (2006: 124).

---

<sup>3</sup> Tuve la oportunidad de reseñar brevemente este ensayo en otra ocasión: ver ESCOBAR C., F. “*Reseña de La invención del derecho privado*”. En: *Criterio Jurídico* 6, Pontificia Universidad Javeriana - Cali, 2006, p. 355-361.

<sup>4</sup> Para dar un ejemplo del “*genio*”, Rudolf von Ihering habla así, con un tono casi providencial, sobre el derecho romano y su prolongada influencia: “*El genio, el trabajo intelectual, la suma de experiencia y de observaciones culturales que se encuentran allí depositadas, ¿tenían menos razón para aprovechar a la humanidad que las obras maestros del arte griego y las ideas de Platón y Aristóteles? La historia no había reunido en Roma todos los elementos precisos para la prosperidad de su obra ni la había llevado a su punto culminante para aniquilarla con mano homicida*” (1852: 15).

Los derechos de estas sociedades, dice Monateri, comprendían “*modelos jurídicos mucho más complejos*” que los romanos, comparados con los cuales el de los romanos era un “*derecho pobre*” (2006: 125). Los proponentes de esta teoría en los siglos XVIII y XIX fueron apartados del mundo académico por los romanistas, cuyo proyecto ideológico consistía en celebrar el aporte europeo para así dotar de un linaje importante a la sociedad moderna. Es, pues, el espectro del eurocentrismo, que vimos al discutir la globalización.

Muchos se sorprenderán al oír al derecho romano descrito como una labor multicultural. Tal sorpresa dará fe de una larga historia de supresiones y represiones en las descripciones del derecho romano. Rudolf von Ihering admite que “*tanto en Grecia como en Roma existía la creencia de haberse adoptado instituciones de origen extranjero*”, y da ejemplos de la adopción de “*instituciones jurídicas extrañas*” a Roma (1852: 13). Todos los ejemplos son de préstamos griegos, algo que puede reflejar lo que Monateri llama el “*‘afecto alemán’ por Grecia*” (2006: 135).<sup>5</sup> Von Ihering admite, entonces, que Roma efectúa transplantes jurídicos de otras culturas. Sin embargo, prestar es una cuestión de “*oportunidad y de necesidad*” para una cultura, en palabras de von Ihering (1852: 13). Los romanos fueron hábiles en los préstamos, pero su “*genio*” (1852: 15) consistió en servir de “*centro jurídico*” o “*ciencia común*” a los demás (1852: 13). Esto no lo lograron los pueblos orientales, y por eso en ellos encontramos “*[s]olamente una historia de los derechos; pero de la historia del derecho, nada*” (1852: 13). En realidad, dice von Ihering, el “*jus gentium había crecido sobre el suelo de Roma*” (1852: 13).

Esta es, en efecto, una manera de admitir los préstamos, pero a la vez negar la diversa genealogía y el carácter colaborativo del derecho romano.<sup>6</sup> No hay mención de la sofisticación de las instituciones asimiladas; ellas son tomadas por necesidad, dice el argumento, y procesadas por el genio romano que sí supo hacerse epicentro de la actividad jurídica. Esta actitud parece haber nutrido el relativo silencio que guardan los manuales de derecho romano acerca de la fuente de los préstamos.

---

<sup>5</sup> El argumento es más recurrente de lo que parece, y Monateri lo resume así, a partir de un texto de Mitteis, que lo implementa: “*Puesto que cualquier elemento egipcio, asirio o persa habría sido filtrado a través de la cultura griega, todo ello se convertía en un ideal griego y de esa forma los romanos estaban en deuda con los griegos y no con los predecesores de los griegos*” (2006: 135).

<sup>6</sup> Este razonamiento no se limita a von Ihering; Monateri retrata su lógica de la siguiente forma: “*Gracias al genio romano el contacto terminó en una asimilación orgánica, mostrando la capacidad fabulosa de renovación del derecho romano incluso frente a los muy peligrosos contactos con los ‘otros’ derechos en términos culturales*” (2006: 133-134).



Los ejemplos de este silencio son abundantes, así que he escogido dos casi al azar. Ambos son pequeños, pero sintomáticos, y versan sobre el contrato de compraventa. Escojo este tema porque ya es usual admitir que buena parte de la sofisticación contractual del derecho romano, y en concreto del contrato de compraventa, se deriva del contacto con otros derechos mediterráneos. Los romanos, antes de ese contacto, se habían sentido satisfechos con la *stipulatio*, un mecanismo verbal y algo rudimentario de celebrar contratos.<sup>7</sup>

El primer ejemplo proviene de un libro reciente, en el que Fabio Espitia Garzón describe el surgimiento del contrato de compraventa, y dice: “*El intercambio de cosa por precio como categoría contractual autónoma sólo vino a darse en [la] época [clásica] y seguramente por influencia del derecho de gentes, pues en época anterior a ello sólo podría acudirse a través de un juego de doble estipulación*” (2004: 182). El texto parece admitir el préstamo de elementos extranjeros. Sin embargo, si un lector desprevenido busca una definición de “*derecho de gentes*” en el texto, encontrará que Espitia Garzón afirma que es el derecho “*aplicable a todos los pueblos*” (2004: 164). Por lo tanto, se evapora cualquier admisión explícita de que el célebre contrato de compraventa está, de hecho, basado en modelos extranjeros.

Tomo el segundo ejemplo del sólido libro de derecho romano de Alejandro Guzmán Brito. El autor narra el tumultuoso surgimiento del contrato de compraventa, enfatizando la “*necesidad vital*” de la sociedad y el desenvolvimiento de un “*proceso natural*”; en medio de ese relato introduce la descripción que sigue: “*Posiblemente esto haya que conectarlo con el apareamiento de profesionales de la compraventa, esto es, de comerciantes, que por soler ser extranjeros practicaron un comercio ambulante*” (2001: 126). Si bien esta versión admite la influencia foránea, claramente minimiza su impacto. La coronación del proceso de adormecer los elementos extranjeros en el derecho de compraventa romano la encontramos en la siguiente aseveración de Reinhard Zimmermann: “*El desarrollo de los contratos consensuales en general, y de las reglas relativas al contrato de compraventa en particular, es uno de los más grandes logros de la jurisprudencia romana*” (1996: 230; traducción libre).

---

<sup>7</sup> Sobre las limitaciones de la *stipulatio*, Alan Watson comenta: “*todos los contratos romanos [exceptuando el de societas] surgieron para encargarse de situaciones en las cuales la stipulatio era imposible o inapropiada*” (2001: 75).

Un libro singular en términos de la aceptación de influencias ajenas a Roma es la breve introducción al derecho romano escrita por Michel Villey. En esta obra, Villey habla con franqueza sobre el carácter multicultural del derecho de los romanos. “*Todas las grandes fuerzas del mundo antiguo*”, afirma Villey, “*parecen haber concurrido a la formación histórica del derecho romano*” (1993: 42). Esta caracterización de ese derecho como participativo estaba ausente en von Ihering, y no es fácil encontrarla en romanistas modernos. Muchos de los elogios de Villey a otras civilizaciones son notorios, a pesar de que el autor, al final del texto, indica que “[n]o creemos [...] que se haya conseguido oponer al derecho romano otra forma de arte jurídico que merezca su preferencia” (1993: 101).

Continuando con el texto de Villey, la evidencia de una presencia extranjera sofisticada en el derecho romano es abundante. El autor señala que, para resolver problemas de la Roma en expansión, el pretor peregrino obrará “*inspirándose, si se puede, en las costumbres más prácticas de Grecia, en las costumbres peregrinas en sí*” (1993: 23). Sobre la administración de justicia, dice que “*nos parece una obra maestra. Es digna de gobernar a los griegos, a los asiáticos sometidos que dieron a Roma la cultura intelectual, y que no hubieran aceptado someterse a un derecho arcaico*” (1993: 30). Uno de los factores que impulsó el cambio a la condición de los extranjeros en el derecho romano fue “*la cultura superior de ciertos pueblos vencidos*” (1993: 49). La figura del curador también se vio transformada, “*quizá,*” dice Villey, “*por la influencia de las instituciones propias de los pueblos de la zona oriental del Imperio*” (1993: 59). Igualmente, las figuras comerciales del derecho romano recibieron el impacto de los extranjeros: “*Los griegos, señala Villey, los asiáticos que circulan por Roma introdujeron el uso del comercio*” (1993: 88). La consolidación del famoso contrato de compraventa (*emptio venditio*) nace, dice Villey, cuando “[v]emos al pretor, más o menos como una imitación del derecho griego, introducir nuevas acciones” (1993: 88). En la existencia de los actos escritos “*se nota [...] la influencia de las costumbres griegas*” (1993: 91). La misma influencia llevó a que los litigantes redactaran fórmulas escritas ante el pretor; dicho de otro modo, se les debe a los griegos la fisonomía del tipo de procedimiento que los romanistas reconocen hoy como el baluarte de la transformación jurídica romana en la época clásica (v. VILLEY 1993: 23).

La formación del derecho romano sofisticado, vista por Villey, es un empresa común, en la cual los aportes orientales son cuando menos tan importantes como los griegos. El autor no duda en calificar otras culturas como “*superiores*” a la romana, y en mostrar a los romanos imitando modelos más complejos, fruto de la

labor jurídica de sus vecinos. Aquí, en el texto de Villey, los elementos están dados para adelantar una discusión menos piadosa sobre el derecho romano, aunque el autor no conduce este material en la dirección combativa de Monateri.

### 2.3. Dos críticas institucionales

Alguien que se atreva a perder el trato reverencial a la genealogía del derecho romano puede empezar, también, a cuestionar sus rasgos institucionales. Siguiendo aquel llamado, cierro esta sección crítica del derecho romano señalando dos problemas concretos: la existencia de una “*constitución republicana*” y el efecto de una sociedad oligárquica sobre la eficacia del derecho romano.

Es muy usual en los libros sobre Roma destacar la presencia de un orden que llamamos la “*constitución republicana*”. Esta expresión denota el arreglo institucional de la República romana, en especial sus instituciones, competencias, y poderes. Al consultar, por ejemplo, el libro *Manual de derecho romano* de Emilssen González nos encontramos con descripciones de las magistraturas, los comicios, y el senado que expresan orden, estabilidad, y diferencias claras (2003: 33-45). Igual retrato ofrecen otros libros de derecho romano (por ejemplo, Padilla Sahagún [2004: 2-10]) e incluso de historia (por ejemplo, Adkins y Adkins [2004: 39-47]). Para un lector moderno, estas cualidades generan la impresión de que la romana era una República organizada, que había concebido sus instituciones con la previsión y las delimitaciones que caracterizan a las nuestras.

Sin embargo, el orden republicano real distaba significativamente de esta impresión. Dice Pierre Grimal que la constitución romana “*se había formado a la manera de un ser viviente que se adapta progresivamente a las condiciones cambiantes derivadas del medio en que se desarrolla y consigue sobrevivir de tal manera*” (1999: 96). Esta cualidad fluida la describe también José Guillén, al señalar que la constitución romana no era “*un documento oficial articulado*”, sino, “*un ente moral, constituido por la tradición, las costumbre recibidas de los mayores, y unos principios inconcusos, algunos contenidos en leyes emanadas del senado, otros transmitidos, según los cuales se desarrollaba toda la vida política de Roma*” (2000: 90). Andrew Lintott, por su parte, dice que la constitución de la República “*no fue algo fijo y claramente delimitado, sino que evolucionó según las necesidades de los romanos por más de un medio. También era inevitablemente controversial: con frecuencia había al menos dos posiciones que tomar sobre los asuntos principales*” (1999: 7; traducción libre). Por último, Christopher S. Mackay concluye: “*No había ninguna institución abstracta que podríamos llamar ‘gobierno.’ En cambio,*

*el poder lo ejercían los distintos magistrados, y si no había magistrados, no había ningún ‘gobierno’*” (2003: 28; traducción libre).

Estas aseveraciones sobre el carácter precario y proteico de la constitución romana pueden convertirse en una crítica generalizada del modelo de Estado romano. Es, precisamente, lo que hace Monateri en el ensayo que he mencionado (2006: 178-188). Allí, Monateri afirma que el modelo de Estado romano bajo el Principado fue caótico, y que adquiere una fisonomía definida y mayor estabilidad bajo el Dominado. El cambio ocurrió *“gracias a los modelos preservados por Egipto y el Cercano Oriente y mediante el abandono de la organización romana anterior”* (2006: 188). Vemos, pues, que un modelo de Estado tan frecuentemente elogiado por los romanistas sólo adquirió su solidez al entrar en contacto con otras culturas.

Las observaciones anteriores desafían el aprecio a la constitución republicana. Pasemos a la segunda crítica institucional que indiqué, es decir, el efecto que tuvo, sobre la eficacia del derecho, el hecho de que Roma fuera una sociedad oligárquica. Con mucha frecuencia leemos que Roma cultivaba la libertad, y oímos que el derecho romano incorpora ese valor hasta el punto de que nosotros hoy debemos estimarnos sus herederos. La *“idea [romana] de libertad”*, dice von Ihering, *“más que una noción constituye una suma de derechos aislados entre sí, todos ellos importantes”* (1852: 259).

Un importante obstáculo a esta libertad fue el carácter oligárquico de la sociedad romana. Muchos autores concurren a esta valoración. La *“sociedad romana era muy oligárquica”*, dice J. A. Crook. *“Ella perpetuaba enormes diferencias en riqueza y en poder social, y la clase alta que determinaba las reglas jurídicas de la sociedad consagró en ellas un código de valores pertinente para sí misma; no podemos suponer que esos valores eran igualmente pertinentes para las vidas y los hábitos de las masas”* (1967: 10; traducción libre). Sobre el *“sistema [republicano],”* Christopher S. Mackay comenta que *“no era democrático en ningún sentido moderno. La mejor manera de caracterizar la República romana es como una oligarquía electiva. En numerosas asambleas dominadas por los miembros más afluyentes de la comunidad, los miembros de las familias más ricas eran elegidos para asumir el cargo anual”* (2003: 28; traducción libre). Además, Grimal señala que, *“[e]n la práctica, durante los ‘siglos de oro’ de la República, todo poder emanaba del Senado; él era la verdadera encarnación del Estado, y como estaba formado por las personas más ricas de la ciudad, se puede considerar que la República romana era de hecho una plutocracia”* (1999: 119).

En el Imperio, la cercanía entre las familias dominantes y el poder era notoria, perpetuada por el más fuerte nepotismo en la provisión de cargos públicos: “*el recurso al mecenazgo*”, dicen Garnsey y Saller, “*en lugar de a la aplicación de procedimientos y reglas oficiales, determinaba la admisión y el ascenso de administradores que no eran ‘profesionales’ ni nunca lo serían*” (1991: 32). Conocer lo arduo que debía ser el muy inusual ascenso de un *homo novus* como el padre del emperador Trajano es poco menos que agotador (v. BENNETT 2001: 5-19). Si una sociedad como esta le rendía culto a la libertad, podemos estar seguros de que sólo una fracción de la población disfrutaba los frutos de ese culto.

El problema se agrava cuando recordamos que, hasta bien avanzado el Imperio, buena parte del procedimiento jurídico, incluyendo, crucialmente, la ejecución de las sentencias, recaía sobre los particulares. ¿Cómo podría una persona socialmente excluida acceder al sistema jurídico para resolver un conflicto, en ausencia de un tercero, más poderoso que las partes, encargado de garantizar la efectividad de los derechos? Esto genera un delicado problema de eficacia, como lo indica Monateri: “*Es bastante obvio, dice, “que el cumplimiento del derecho dependía en la práctica de la mera fuerza social de las partes*” (2006: 191). Paul Veyne corrobora este juicio: “*En una sociedad tan desigual, discriminadora y atravesada por un entramado de clientelas, ya puede suponerse que los derechos formales apenas si alcanzaban alguna realidad, y que un pobre hombre tenía poco que ganar si se ponía a pleitear contra los poderosos*” (2001: 163). Veyne pone en descubierto, por ejemplo, la terrible desprotección de una persona ante los juicios de traición que podían terminar en expropiación a favor del delator (2001: 149-150); también expone la manera en que se legitimaba la toma violenta de posesión de las tierras de un vecino, en vista de que los jueces no podían condenar a la restitución del bien sino a una sanción pecuniaria (2001: 163-164).

Estas injusticias estructurales continuaron, como lo señala Monateri, hasta que los romanos incorporaron en su sistema las influencias orientales, y así hicieron de su sistema de derechos un cuerpo más eficaz. En palabras de Monateri, “*sólo cuando el derecho romano perdió su carácter original en favor de los rasgos más ‘orientales’ del Imperio tardío se hizo adecuado para la ideología ‘occidental’ del derecho*” (2006: 194).

Hemos considerado suficientes aspectos del derecho romano para liberarnos de una adulación irreflexiva. Vimos, por ejemplo, que el cúmulo que llamamos “*derecho romano*” dependió en gran medida de las colaboraciones de otros

pueblos mediterráneos, y que no era, ciertamente, una obra autónoma del célebre “*genio jurídico*” romano. Estas contribuciones han sido tradicionalmente omitidas, al menos en parte por razones ideológicas. También vimos que dos aspectos que frecuentemente atraen encomios, como el orden institucional republicano y la vigencia de los derechos en Roma, presentan serios defectos.

### 3. EL DERECHO ROMANO COMO CURSO

#### 3.1. El derecho romano en las universidades

Lo que he señalado no niega una realidad: la presencia de un curso de derecho romano en las universidades, especialmente en las que se inscriben en la tradición civil del derecho, es longeva. Un buen punto de partida es la Escuela de Bolonia, lugar de origen de lo que hoy conocemos como *jus commune*. En Bolonia, los futuros juristas se reunían a estudiar derecho romano, impulsados por la reciente recuperación del *Digesto* de Justiniano (v. BELLOMO 1995: 58-65; STEIN 1999: 43-49). El derecho romano fue analizado con preferencia sobre los derechos locales, y constituyó una especie de lenguaje común para los juristas europeos. Poco tiempo después, el derecho romano llegó a compartir un espacio con el derecho canónico, y se decía, sobre quien dominara ambos derechos, que sabía *utrumque jus* (STEIN 1999: 51).

La presencia del derecho romano en los programas de Derecho de los abogados civilistas parte de esa época. Si adelantamos varios siglos, encontramos que América Latina no es una excepción a la prolongada existencia de ese conocimiento en los estudios jurídicos. En Colombia, dos libros retratan muy bien la continuidad de este derecho en las universidades: *La enseñanza del Derecho Romano en Colombia*, de Mónica Cortés; y *Huestes de Estado*, de Julio Gaitán.

El texto de Mónica Cortés, que cubre el período comprendido entre 1710 y 1826, muestra que el derecho romano ocupó un lugar privilegiado en la carrera de jurisprudencia; normalmente dedicaban los primeros dos años al aprendizaje de las *Instituciones* de Justiniano. Cortés comenta, sobre la parte media del siglo XVII, que “*el contenido del derecho civil de esta etapa colonial es esencial y naturalmente Derecho Romano*” (2003: 46). Aún en un momento de fervor revolucionario como lo fue la primera década del siglo XIX, dice Cortés que “*más estudiantes aspirantes al título de abogado se seguían formando en el ámbito del derecho justinianeo, y en concreto con el estudio de la Instituta*” (2003: 65). El panorama cambió con la reforma de 1826, que buscó, por ejemplo, ubicar el derecho romano fuertemente en su contexto histórico. Hasta ese

momento, y a pesar de acontecimientos políticos y educativos relevantes, Cortés concluye que *“en todos los planes de estudio [...] se incluyó, con variadas concepciones y por diversas razones en cada época, el Derecho romano, a veces como Derecho civil, otras como Derecho romano, otras como Historia del derecho civil romano y sus instituciones”* (2003: 78).

La obra de Gaitán Bohórquez, por su parte, muestra la forma en que el derecho real y luego el republicano opacaron gradualmente el protagonismo del derecho romano en las universidades locales. La Corona auspició el proceso porque le preocupaba la ignorancia que del derecho real mostraban los juristas educados en el continente americano (2002: 72-73), y porque buscaba menguar la influencia de normas que evocaban la autoridad suprema del Papa (2002: 76). En consecuencia, la Corona quiso imponer el derecho real. Este *“desplazamiento”*, dice Gaitán, *“se produjo más como tendencia discursiva de refuerzo del poder real sobre los poderes estamentales que como desuso del derecho romano, pues sólo muy paulatinamente el derecho real iría tomando lugar de preferencia frente al romano como corpus jurídico objeto de enseñanza formal”* (2002: 73). El *“prestigio del derecho romano”* fue un obstáculo para el proyecto, pues los estudiantes percibían las normas reales como un conjunto *“contingente y desarticulado”* que debía aprenderse en la práctica (2002: 75). El resultado fue un proyecto de asimilación del derecho romano, conduciéndolo hacia el derecho local (2002: 77). Así, tanto España como la naciente república crearon un cuerpo de conocimientos híbrido, encarnado en un curso llamado *“derecho civil romano comparado con el patrio”* (2002: 80). Esta conciliación entre los deseos estatales y las apreciaciones arraigadas de los juristas muestran la alta consideración que se guardaba por el derecho romano. De hecho, como lo señala Gaitán, a este derecho *“no sólo hasta el siglo XVIII sino mucho después siguió considerándosele como el derecho por excelencia”* (2002: 76).

Es claro, entonces, que divisamos una larga tradición *jusromanista* en las carreras de Derecho. Sin embargo, al conservar en las universidades un marcado énfasis en el derecho romano, es posible que estemos perpetuando unas valoraciones que hayan perdido su razón de ser. Rogelio Pérez Perdomo empieza su excelente libro *Los abogados de América Latina* con un capítulo sobre el derecho romano, cuyos primeros comentarios son los siguientes: *“Los abogados de América Latina nos sentimos herederos de una gran tradición, el derecho romano. Lo estudiamos desde que comenzamos la escuela de derecho y aprendemos firmemente que los romanos de hace más de 20 siglos formularon nuestros principios y conceptos fundamentales. ¿Será esto cierto?”* (2004: 21).

En el resto del capítulo, Pérez reseña la manera en que se aprendía y practicaba el derecho romano, pasando luego a la forma en que, con base en los textos romanos, durante siglos los juristas medievales construyeron formas propias de hacer derecho. Lo que sucedió, dice Pérez, es que en América Latina heredamos las elaboraciones jurídicas medievales tardías, más que el derecho romano. El capítulo concluye así: *“la formación intelectual de los abogados-juristas que se han formado estudiando los códigos y conceptos jurídicos tiene poco que ver con la de los juristas y abogados de la Roma antigua o los doctores boloñeses del siglo XIII. Su concepción del derecho es más cercana a los teóricos del derecho natural como Vitoria o Grocio, pero distante de los letrados castellanos del siglo XVII cuya formación estaba todavía imbuida del mos italicus”* (2004: 35). Con base en estos comentarios, si una razón para preservar el derecho romano era que nuestros abogados eran los sucesores de los juristas romanos, debemos replantear la deuda a Roma en favor de la Baja Edad Media.

### **3.2. ¿El derecho romano en las universidades?**

En todo caso, es evidente que la existencia futura del curso de derecho romano parece estar bajo ataque. César Rascón García, en un muy buen libro sobre derecho romano del cual se han publicado tres ediciones entre 1992 y 2000, precedió la primera edición de una catilinaria contra los efectos que tenía la masificación sobre las carreras de Derecho en España. El énfasis en la denominada *“ciencia y tecnología”*, y el decaimiento del estudio de la cultura clásica, llevaron, dice Rascón García, a dar *“al traste con una ordenación de la enseñanza que proporcionó frutos magníficos durante más de un siglo en toda Europa”* (2000: 13). El curso de derecho romano se ha visto reemplazado por otros *“cuyo aporte general a [la] formación general como juristas [de los estudiantes] es dudoso”* (2000: 13). Otro europeo, Michel Villey, discutiendo la situación en Francia, afirma que los *“programas más recientes de las facultades de derecho han dispensado a la mayoría de nuestros estudiantes del estudio del derecho romano”* (1993: 5).

En América Latina también vemos cuestionada la pervivencia de esta materia. En una serie de entrevistas realizadas en México con cinco directores de las escuelas privadas de Derecho más importantes de ese país, se les preguntó si debería reformarse la malla curricular. Los directores no fueron contestes en la necesidad y el alcance de la reforma, pero la entrevista incluyó posiciones como esta: el *“derecho romano debería ser sustituido por una ‘buena teoría general del derecho’, y la ‘teoría general del Estado’ simplemente debería desaparecer.*



*En el planteamiento de fondo de esta posición subyace la idea de que algunas de las materias de la malla curricular responden a modelos de enseñanzas y a problemas de Europa del siglo XIX, y que la educación legal mexicana ha copiado sin cuestionar su función social o utilidad en la formación de abogados que operan en un contexto social completamente distinto” (MAGALONI 2006: 294).*

Una encuesta realizada en Colombia entre los estudiantes que tomaron los exámenes de Estado al final de sus carreras (ECAES) en 2002 les preguntó a los encuestados cuál era el área del derecho que más les llamaba la atención. La de mejor resultado fue el derecho administrativo, con el 27,2%. El derecho civil obtuvo el 6,6% de los votos. Al respecto, Germán Silva García dice que en la encuesta *“sobresale la pérdida de importancia del derecho civil, el área a la que se le dedican más cursos en la carrera de abogado, la mayoría de las veces presente en todos los años de formación, considerada la expresión más tradicional de los estudios de derecho”* (2006: 78). Esta pérdida de importancia puede reflejar el interés de muchos estudiantes de derecho en ingresar a la administración pública, como lo sugiere Silva García (2006: 78); también puede indicar el impacto de la constitucionalización del derecho, que alienta más a los estudiantes hacia la Constitución Nacional que hacia la *constitutio antoniniana*.

El retraimiento del derecho romano en las universidades es un fenómeno palpable en el mundo entero. Se aducen muchas razones para defender su continuidad. Algunos dicen, por ejemplo, que el derecho romano es indispensable para entender el derecho civil actual, o que desarrolla en los jóvenes estudiantes las habilidades y destrezas que requieren para pensar como abogados. En concreto, César Rascón García, lamentando la situación menguante del derecho romano, insiste en la *“necesidad de dotarles [a los estudiantes de Derecho], desde el comienzo de su formación, de un cimiento o armazón que organice los conocimientos que vayan adquiriendo, los cuales, en todo caso, serán desarrollo de aquél”* (2000: 16). Gumesindo Padilla, por su parte, defiende del derecho romano la formación del *“criterio jurídico del alumno”*; dice que *“debemos enseñar un Derecho que reporte al alumno beneficios prácticos inmediatos y mediatos, para el curso de su carrera y a lo largo de su vida profesional, lo que se consigue con el análisis de la vasta casuística que las fuentes proporcionan”* (2004: XV).

Si debemos mantener un curso entero de derecho romano (o más, según lo hacen algunas universidades) como un vehículo para desarrollar el instinto jurídico de

los alumnos, ¿estamos seguros de que es la mejor forma de lograrlo? ¿No sería mejor, por ejemplo, un curso diseñado específicamente para afinar destrezas en los estudiantes y para equiparlos de los principales conocimientos requeridos en el manejo de las instituciones jurídicas? Pensemos en una situación ficticia, diseñada como una cautelosa confluencia de posiciones jurídicas; ¿no constituiría aquella elaboración un ejercicio más eficaz para alcanzar el fin de fomentar las capacidades necesarias en la práctica del Derecho? En este sentido, el jurista norteamericano Lon Fuller produjo un famoso caso sobre exploradores de cuevas, publicado por el *Harvard Law Review* en 1949;<sup>8</sup> el argentino Carlos Santiago Nino logra algo semejante con un fallo imaginario en el juicio de Nuremberg (1997: 18-27).

La solución al reto de desarrollar el criterio jurídico en los alumnos podría ser aún más ambiciosa: diseñar un programa entero de “*habilidades jurídicas*”, al estilo del “*Lawyering Program*” de la Universidad de Nueva York, cuya preocupación es entrenar a los estudiantes de derecho a pensar como juristas. Si, como dice Padilla, el fuerte del derecho romano para cultivar habilidades es la casuística del período clásico, ¿qué nos garantiza que los estudiantes de derecho romano en realidad trabajen esa casuística de una manera instructiva en el curso? El programa de “*habilidades jurídicas*” se enfocaría directamente en el fin pedagógico con el que muchos pretenden asegurar la supervivencia de la materia de derecho romano.

No obstante, el énfasis en competencias no es la única razón para defender el aprendizaje del derecho romano. Otra muy buena razón es que a través de ese derecho abrimos una ventana hacia el pasado. Esta visión histórica es enriquecedora para cualquier estudiante, y los estudiantes de Derecho no son una excepción; en efecto, como observa Alan Watson, “*el derecho es, en gran medida, un asunto histórico*” (2001: 165). Estudiar el derecho romano implica acercarse a otra cultura, y la labor de entender la diferencia alerta a los estudiantes sobre dificultades y preocupaciones de las cuales todos debemos ser conscientes en el mundo multicultural que habitamos.

El problema surge, claro, al reducir la mirada del pasado jurídico a Roma. Al hacer eso, caemos en la estela de un proyecto ideológico eurocéntrico, cuyas características ya vimos a partir del texto de Monateri. Una forma más balanceada

---

<sup>8</sup> FULLER, Lon L. “The Case of the Speluncean Explorers”. En: *Harvard Law Review* 62.4 (February 1949). Disponible en: <<http://www.nullapoena.de/stud/explorers.html>>. Este texto motivó un libro de Peter Suber, publicado en 1998, ampliando el debate recreado por Fuller.

de acercarnos al pasado, una mirada más justa al fenómeno tan variado que es el Derecho, la logramos a través de las tradiciones jurídicas. Una de esas tradiciones es, desde luego, la del derecho romano; lo fundamental es recordar que hay otras, igualmente valiosas. Con una descripción resumida de esta disciplina concluyo la ponencia.

#### 4. LAS TRADICIONES JURÍDICAS: UNA RESEÑA

Antes de continuar, es indispensable intentar definir el concepto de “*tradición jurídica*”. Glenn enmarca este esfuerzo dentro del problema más amplio de definir una “*tradición*”. La labor no es sencilla, en parte porque existen actitudes contradictorias frente a la idea de tradición; algunos, especialmente por la influencia de la Ilustración occidental, rechazan la tradición al considerarla estática e impositiva, mientras otros la reciben gustosos como una guía de conducta en sus vidas (GLENN 2004: 2-3). En general, dice Glenn, la tradición involucra (a) el hecho de formar parte del pasado (Glenn toma aquí una palabra de T. S. Eliot: “*pastness*”); (b) la extensión del pasado hacia el presente, mediante la captura del pasado y su transferencia hacia el presente; y (c) continuidad histórica, es decir, la necesidad de transmisión continua a un contexto social adecuado para su recepción (GLENN 2004: 5-13). Lo que se transmite, en últimas, es información (GLENN 2004: 13).

Al entender la tradición como información transmitida, se realza su carácter como un *proceso* de transferencia, y vemos que puede llegar a ser una fuerza muy activa. “*El pasado*”, dice Glenn, “*se moviliza para inventar un futuro*” (2004: 23). Mary Ann Glendon y otros señalan que la tradición “*denota un sistema vital, dinámico, continuo*” (2007: 23). Apreciar el dinamismo no puede llevarnos a desconocer otro rasgo de la tradición: su función unificadora. En ese sentido, Glenn recuerda que la “*tradición es por lo tanto a la vez disgregante y cohesiva, y sólo muy raramente se limita a ser de una u otra forma*” (2004: 24).

En cuanto a las tradiciones jurídicas en concreto, John Henry Merryman ofrece una definición que contrapone a la de “*sistema jurídico*”, Un sistema, dice Merryman, es “*un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas legales*” (1989: 15). El sistema jurídico colombiano es un ejemplo, al igual que los de Hawai y Bulgaria. Los sistemas tienden a organizarse por afinidades en unidades más amplias, como grupos o familias, sin que los diferentes miembros de cada familia tengan las mismas reglas de Derecho. Una agrupación útil de sistemas es la “*tradición jurídica*”. La tradición no implica identidad de normas,

sino “*más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y en el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho*” (1989: 17). La tradición jurídica, continúa Merryman, “[u]bica al sistema legal dentro de la perspectiva cultural” (1989: 17).

La tradición es, pues, una fuerza dinámica y unificadora. Las tradiciones jurídicas trascienden las normas pasajeras de derecho positivo, y comprenden el cúmulo de actitudes que explican las afinidades entre juristas de procedencias disímiles. Sobresale en esta aproximación el elemento cultural, lo que nos permite pronosticar su relevancia para las sociedades multiculturales del mundo contemporáneo.

Un factor que impulsa el interés actual en las tradiciones jurídicas es la globalización, de la que hablamos al inicio de la conferencia. Luis Fernando Álvarez, en un artículo titulado “*La globalización del Derecho*”, dice que “*los planes de estudio deben partir de la necesidad de conocer todos los sistemas jurídicos que actualmente imperan en el mundo, estableciendo sus semejanzas y diferencias comunes*” (2002: 10). William J. Brennan, Jr., ex magistrado de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, expresa muy bien el efecto de la globalización sobre la práctica jurídica: “*Cuando representé a mi último cliente [hace unos 50 años]*”, dice Brennan, “*la práctica jurídica era, en esencia, un asunto local. Al redactar un contrato para uno de mis clientes de Nueva Jersey, tal vez me habría preocupado por las normas de Nueva York, pero nunca se me hubiera ocurrido considerar las ramificaciones que podría tener el derecho extranjero en la transacción. [...] Los comerciantes modernos abarcan divisiones culturales y lingüísticas al parecer tan amplias como los océanos que los separan*” (1996: 1-2; traducción libre).

En la medida en que la globalización penetra fronteras, se hacen evidentes las diferencias entre las distintas tradiciones jurídicas. Los juristas educados en una tradición querrán entender las ajenas, tal vez por curiosidad intelectual, tal vez por razones profesionales. Así, vemos que John Henry Merryman publicó en 1969 un texto sobre la tradición del *civil law*, dirigido al público del *common law*.<sup>9</sup> Igualmente, encontramos que George P. Fletcher y Steve Sheppard

---

<sup>9</sup> El título original, más que el título traducido citado en la bibliografía, revela el público al que va dirigido el libro. El título de la obra, en inglés, es *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*.

publicaron en 2005 una obra sobre el derecho norteamericano, dirigida al menos en parte a abogados extranjeros, principalmente aquellos entrenados en el *civil law*.<sup>10</sup> Franz Wieacker intentó definir, en un artículo publicado en 1990, los caracteres de la tradición jurídica occidental, e igual esfuerzo sistemático hizo Harold Berman en su conocido libro *Law and Revolution*, de 1983.<sup>11</sup>

Una muestra aún más robusta del interés jurídico transcultural la ofrece una serie de libros publicados por la Universidad de Georgia. La serie la dirige el romanista y comparatista Alan Watson, y se llama “*Espíritu de los Derechos*” (*Spirit of the Laws*); el nombre está basado en la famosa obra de von Ihering. Los textos publicados hasta ahora incluyen el derecho romano, el derecho japonés, el derecho canónico clásico, el derecho chino antiguo, el derecho bíblico, el derecho internacional, y el derecho islámico. Cada obra busca minimizar las referencias normativas concretas, y enfocarse, en cambio, en aspectos más amplios de cultura jurídica, esbozados por un experto en la materia.

Es evidente que el diálogo entre tradiciones jurídicas se torna agitado. Esto implica necesariamente una mirada hacia la historia. El derecho comparado se vincula con la historia del derecho, en buena parte porque una de las premisas del derecho comparado contemporáneo es la llamada dimensión “*contexto*”, descrita como la necesidad de ubicar las instituciones analizadas “*en su contexto jurídico, económico, y cultural*” (GLENDON 2007: 16; traducción libre).

En vista de las observaciones anteriores, uno de los compromisos de la historia del derecho debe ser el de promover un verdadero acercamiento cultural que no esté engeguado por el eurocentrismo. No debemos pasar por alto lo reciente que es, históricamente, el dominio europeo.<sup>12</sup> La historia del derecho dispone de las herramientas para hacer justicia con las demás culturas jurídicas del mundo.

Además, esta labor puede ayudar a los futuros juristas, e incluso a los juristas ya formados, a entender mejor el Derecho. Por ejemplo, una de las alabanzas más

---

<sup>10</sup> Una manera en la que los autores se acercan a los *civil lawyers* consiste en presentar la Constitución de los Estados Unidos como si fuera un código, semejante a aquellos a los cuales los abogados romano-germánicos estarán acostumbrados a estudiar (2005: 111-129).

<sup>11</sup> Existe una traducción al español muy difundida: BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, Trad. Mónica Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

<sup>12</sup> En su estudio de la globalización, Aldo Ferrer señala que “[a]l promediar el siglo XVIII, el producto per cápita era semejante en China, la India, el Imperio Otomano y Europa Occidental. Incluso en las civilizaciones menos avanzadas, como las de África sudshariana, el producto no era sustancialmente inferior al de las más desarrolladas” (1999: 359).

recurrentes sobre los juristas romanos es su creación fértil de textos jurídicos. En palabras de Villey, *“Roma produjo algo nuevo, desconocido por Grecia e incluso por todos los derechos más antiguos: una literatura jurídica”* (1993: 31). Sin embargo, debemos corregir el entusiasmo de este tipo de afirmaciones. Por un lado, Alan Watson comenta que para los romanos la producción de textos jurídicos era *“una recreación, como jugar ajedrez”* (1995: 206). En últimas, dice Watson, a los juristas romanos *“no les interesaba de verdad el derecho”*, en ningún sentido sistemático, sino hacer interpretaciones según reglas diseñadas por ellos mismos (1995: 205). La gloriosa creación era, pues, ociosa recreación. Tal vez esto explique lo compactos que son los casos que analizan los juristas romanos, y su despreocupación habitual por los aspectos probatorios de sus *responsa*.

Las apreciaciones de Watson nos invitan a afirmar que la literatura jurídica romana ofrece tan sólo un ejemplo de escritos sobre derecho, y no necesariamente el mejor. Así, a partir de una visión más amplia de la *jushistoria*, podríamos indicar los aspectos sociales, culturales, y políticos que explican el surgimiento de ese tipo de literatura en una sociedad profundamente oligárquica. Luego, pasaríamos a otras sociedades con sus propias literaturas jurídicas. De hecho, los debates actuales sobre la escritura del derecho en las sociedades mesopotámicas<sup>13</sup> y en la sociedad griega clásica (THOMAS 2005) enriquecen las perspectivas sobre el tipo de problemas que conforman el mundo jurídico. El derecho bíblico también constituye un excelente ejemplo, con su multiplicidad de comentarios rabínicos y cristianos sobre un texto base que al menos en parte goza de carácter normativo (v. CARMICHAEL 1996, LIVERANI 2005). Darle un protagonismo excesivo al derecho romano, frente a los otros sistemas, puede resultar contraproducente.

Igual podría decirse del problema de la autoridad en el derecho. En las sociedades laicas occidentales estamos acostumbrados a asociar la autoridad del derecho con poderes terrenales. El derecho romano no ofrece grandes variaciones en

---

<sup>13</sup> Ver, al respecto, las tesis de los Lara (2004: XIV), Molina (2000: 21), Liverani (1995: 329), y Roberts (2002: 62). Una cita de Liverani resultará ilustrativa: *“Desde hace tiempo se ha aclarado que los códigos mesopotámicos no tienen ni pretenden tener valor normativo (es decir, no plantean normas que deban ser aplicadas), y no dejan rastro en la práctica judicial, ni tampoco la determinan. Basta con leer el código de Hammurabi entero, con prólogo y epílogo, para darse cuenta de que se trata de un gran retablo, del que se desprende que la justicia imperaba en el reino de Babilonia durante su reinado: una demostración analítica, caso por caso, que le vale el sobrenombre de ‘rey de justicia’. Sin embargo, al igual que una ‘tabla de precios’ erigida en un mercado no pretende imponer precios oficiales ni registrar simplemente los precios determinados por el mercado, sino recordar cuáles son los precios ‘justos’, la estela del código erigida en un templo pretende ser un punto de referencia para todos”* (2005: 329).

este sentido, a pesar de la importante presencia de la religión en la cultura romana. ¿No es apropiado para un ciudadano de nuestros tiempos saber que la autoridad de un sistema jurídico también puede girar alrededor de una divinidad? El derecho islámico es una excelente ilustración de ese escenario, que en ningún sentido puede describirse como rudimentario o básico (v. WEISS 1998).

La lista puede alargarse indefinidamente; pero, termino con un tema de suma importancia en las discusiones teóricas del Derecho: los trasplantes jurídicos. La llamada “*vida posterior*” del derecho romano es un caso frecuentemente citado de trasplantes. Sin embargo, qué bueno sería acercarnos a este debate conociendo la experiencia japonesa (v. MARGADANT 1993; HALEY 2006): a partir de la Restauración Meiji, poco después de la mitad del siglo XIX, Japón emprendió un proyecto de modernización que incluyó la absorción plena de un sistema jurídico nuevo, diseñado con base en modelos franceses y alemanes. Es conocido, por ejemplo, que la codificación civil japonesa imitó el BGB alemán. ¿Cómo asimiló la sociedad japonesa un cambio tan radical? ¿Cómo se han adaptado las instituciones importadas con el paso del tiempo? Estas preguntas son en extremo relevantes, e ilustrarían las dinámicas de trasplantes que se han practicado no sólo en el campo civil sino, a lo largo de todo el siglo XX, en el derecho constitucional.

Estos son sólo algunos ejemplos de la dirección que podría asumir una visión del pasado jurídico más fiel al tipo de universo en el que vivimos. Espero haber demostrado que ese universo rebosa las fronteras del derecho romano tradicional. Para terminar, cito una observación de Lawrence Friedman. Friedman identifica dos corrientes de reforma a la educación jurídica en la actualidad; uno de estos llamados a la reforma tiene como meta “*entrenar estudiantes para que se conviertan en buenos ciudadanos y, guardando la esperanza, buenos líderes y buenos abogados*” (2006: 394). Esta presentación sólo pretende ser una contribución modesta a la meta inmodesta de hacer de los estudiantes de derecho mejores ciudadanos, más cercanos a la compleja labor de vivir en un mundo multicultural.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADKINS, Lesley, et al. *Handbook to Life in Ancient Rome* (Updated Edition), Facts on File, New York, 2004.
- ÁLVAREZ, Luis Fernando. “La globalización del Derecho.” En: *Derecho y Sociedad: Posibilidad de las Facultades de Derecho para transformar y ser transformadas*, Universidad del Norte, Barranquilla, 2002.

- BELLOMO, Manlio. *The Common Legal Past of Europe: 1000-1800*, Trad. Lydia G. Cochrane, The Catholic University of America Press, Washington, D.C., 1995.
- BENNETT, Julian. *Trajan: Optimus Princeps*, 2 Ed., Indiana University Press, Bloomington and Indianápolis, 2001.
- BERMAN, Harold. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, MA, y London, 1983.
- BONILLA, Daniel. *La Constitución multicultural*, Trad. Daniel Bonilla y Magdalena Holguín, Siglo del Hombre Editores et al, Bogotá 2006a.
- BONILLA, Daniel. "Presentación." En: *La invención del derecho privado*, Ed. Carlos Morales de Setién Ravina, Siglo del Hombre Editores, et al, Bogotá, 2006b.
- BRENNAN, William J., Jr. "Introduction." En: *Fundamentals of American Law*, Ed. Alan B. Morrison, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- CARMICHAEL, Calum. *The Spirit of Biblical Law*, The University of Georgia Press, Athens y London, 1996.
- CORTÉS FALLA, Mónica. *La enseñanza del Derecho Romano en Colombia, 1710-1826: Nueva Granada y orígenes de la República*, Editorial UNAB, Bucaramanga, 2003.
- CROOK, J. A. *Law and Life of Rome: 90 B.C. - A.D. 212*, Cornell University Press, Ithaca, 1967.
- DE LA DEHESA, Guillermo. *Comprender la globalización*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- ESPITIA GARZÓN, Fabio. *Historia del Derecho Romano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- FAZIO VENGOA, Hugo. *La globalización en su historia*, Universidad Nacional, Bogotá, 2002.
- FERRER, Aldo. *Historia de la globalización II: La Revolución Industrial y el Segundo Orden Mundial*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- FERRER, Aldo. *Historia de la globalización: Orígenes del orden económico mundial*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- FLETCHER, George P., et al. *American Law in a Global Context: The Basics*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- FORSTER, E. M. *A Passage to India*, Harcourt, San Diego, 1924, 1984.
- FRIEDMAN, Lawrence. "Algunos comentarios sobre la educación jurídica." Trad. Isaac Beltrán. En: *La formación jurídica en América Latina*, Ed. Rogelio Pérez Perdomo y Julia Rodríguez Torres, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- FULLER, Lon L. "The Case of the Speluncean Explorers". En: *Harvard Law Review* 62.4 (February 1949). Disponible en: <<http://www.nullapoena.de/stud/explorers.html>>.
- GAITÁN BOHÓRQUEZ, Julio. *Huestes de Estado: La formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado colombiano*,



- Universidad del Rosario, Bogotá, 2002.
- GARNSEY, Peter, et al. *El imperio romano: Economía, sociedad y cultura*, Editorial Crítica, Barcelona, 1991.
- GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado: Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Trad. Pedro Cifuentes, Taurus, Madrid, 2000.
- GLENDON, Mary Ann, et al. *Comparative Legal Traditions: Text, Materials and Cases on Western Law*, Thomson / West, St. Paul, MN, 2007.
- GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*, 2 Ed., Oxford University Press, Oxford, 2004.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *Manual de derecho romano*, 6 Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- GRIMAL, Pierre. *La Civilización romana: Vida, costumbres, leyes, artes*, Paidós, Barcelona, 1999.
- GUILLÉN, José. *VRBS ROMA: Vida y costumbre de los romanos (T. 4): Constitución y desarrollo de la sociedad*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2000.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho privado romano (T. 2)*. Editorial Jurídica de Chile, Barcelona, 2001.
- HALEY, John Owen. *The Spirit of Japanese Law*, University of Georgia Press, Athens y London, 2006.
- LARA, F., et al. *Los primeros códigos de la humanidad*, Tecnos, Madrid, 1994.
- LINTOTT, Andrew. *The Constitution of the Roman Republic*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- LIVERANI, Mario. *El antiguo oriente: Historia, sociedad y economía*, Trad. Juan Vivanco, Crítica, Barcelona, 1995.
- LOOMBA, Ania. *Colonialism / Postcolonialism*, Routledge, London y New York, 1998.
- MACKAY, Christopher. "The Republic." En: *The Cambridge Illustrated History of the Roman World*, Ed. Greg Woolf, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- MAGALONI, Ana Laura. "Cuellos de botella y ventanas de oportunidad de la reforma a la educación legal de élite en México." En: *La formación jurídica en América Latina*, Ed. Rogelio Pérez Perdomo y Julia Rodríguez Torres, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- MARGADANT, Guillermo F. *El derecho japonés actual*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*, Trad. Carlos Sierra, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- MEYNIAL, Ed. "Derecho romano." Trad. J. Navarro de Palencia y F. J. Osset. En: *El legado de la Edad Media*, 2 Ed., Ediciones Pegaso, Madrid, 1950.
- MOLINA, Manuel. *La ley más antigua: Textos legales sumerios*, Trotta, Madrid, 2000.
- MONATERI, P. G. "Gayo, el Negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales

- de la tradición jurídica occidental”. En: *La invención del derecho privado*. Ed. Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar (2006).
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1997.
- PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo. *Derecho romano*, 3 Ed., McGraw-Hill, México, 2004.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio. *Los abogados de América Latina: Una introducción histórica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- RASCÓN GARCÍA, César. *Manual de derecho romano*, 3 Ed., Tecnos, Madrid, 2000.
- ROBERTS, J. M. *The New Penguin History of the World*, Penguin, New York, 2002.
- ROSENBERG, Justin. *The Follies of Globalisation Theory*, Verso, London y New York, 2000.
- SILVA GARCÍA, Germán. “Prospectivas sobre la educación jurídica.” En: *La formación jurídica en América Latina*, Ed. Rogelio Pérez Perdomo y Julia Rodríguez Torres, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- STEIN, Peter. *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and Its Discontents*, W. W. Norton & Company, New York y London, 2002.
- THOMAS, Rosalind. “Writing, Law, and Written Law.” En: *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Ed. Michael Gagarin y David Cohen, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- VEYNE, Paul. “El imperio romano.” Trad. Francisco Pérez Gutiérrez. En: *Historia de la vida privada (T. 1): Del Imperio romano al año mil*, Ed. Philippe Ariès y Georges Duby, Taurus, Madrid, 2001.
- VILLEY, Michel. *El Derecho Romano*, Trad. Publicaciones Cruz, Publicaciones Cruz, México, 1993.
- VON IHERING, Rudolf. *El espíritu del derecho romano*, Editorial Leyer, Bogotá, 1852, 2005.
- WATSON, Alan. *Legal History and a Common Law for Europe: Mystery, Reality, Imagination*, Olin Foundation for Legal History, Stockholm, 2001.
- WATSON, Alan. *The Spirit of Roman Law*, University of Georgia Press, Athens y London, 1995.
- WEISS, Bernard G. *The Spirit of Islamic Law*, University of Georgia Press, Athens y London, 1998.
- WIEACKER, Franz. “Foundations of European Legal Culture.” Trad. Edgar Bodenheimer. En: *American Journal of Comparative Law* 38, 1990.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press y Oxford University, Oxford, 1996.