UFLO
UNIVERSIDAD

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 5

Gabriela Alonsoperez
Mirta Beatriz Álvarez
Cristian Andrade
René Angulo
Mía Agostina Barrionuevo
Laura Bierzychudek
Daniel Gerardo Bonjour
Thiago Yoel Bussolati Covello
Mariela Cáceres
Victoria Cali
Patricio Carvajal Ramírez
Candelaria Corbella
Anabella Facciuto Kaed
María Cristina Filippi
Yamila Francis Fuentes
Juan Carlos Ghirardi
Germán D. Giarrocco
Rodrigo Guelar
Lourdes Llorvandi
Andrea Marlene Luis Asto
Elvira Méndez Chang
Harnold Leo Mendoza Vilcanqui
Laura Micieli
Marilina Miceli
José María Monzón
Patricia Mora
Gabriela Victoria Morel
Leticia Inés Núñez
Pilar Pérez Álvarez
Juan Pérez Carrandi
Diego Quiroz Quiroz
Julieta Salomé Rodríguez
Aldo Santome Sánchez
Mariana Sconda
Claudia Somovilla
Luis Rodríguez Ennes
Ana Vázquez Lemos
Gustavo Adrián Vedia

¿Es el derecho romano fuente del derecho argentino?

José María Monzón[776]

I. Cuestiones preliminares

Existen frases en el lenguaje cotidiano que se aceptan sin un examen de lo que ellas aseveran. Una de éstas, difundida en el ámbito de la cultura legal argentina, es la que dice que el derecho romano es fuente del derecho argentino sin ninguna otra consideración. Pero, a pesar de su extensa difusión y aceptación, un estudio detenido de esta afirmación muestra la necesidad de realizar algunas aclaraciones. En primer lugar, no se dice a cuál derecho romano se refiere,[777]

---

[776] Abogado (Universidad Católica Argentina). Doctor en Derecho (Universidad John. F. Kennedy). Profesor consulto adjunto de Teoría General y Filosofía del Derecho, (Universidad de Buenos Aires). Investigador permanente (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires).

[777] "La romanística italiana contemporánea ha puesto en discusión la denominación "derecho romano". En el marco de una reflexión encaminada a considerar al derecho como una realidad integralmente histórica, iniciada en esta Universidad de Génova por el profesor Orestano, cuyo curso Introducción al estudio histórico del Derecho Romano inició precisamente aquí hace cuarenta años y del cual emanó un llamado a la pluralidad de significados que se incluyen con tal denominación. Ésta es una

o sea, no se indica a cuál período histórico ni se tiene en cuenta su evolución. Segundo, no se toma nota de las transformaciones de la cultura legal contemporánea y de los sistemas legales, los cuales exhiben dos tendencias jurídicas crecientes, una dirigida a crear un derecho global y otra encaminada a profundizar la americanización del derecho, las que desplazarían al derecho romano como fuente. Y tercero, si nos circunscribimos al ámbito latinoamericano se observa la integración realizada por algunas constituciones políticas de los derechos indígenas, lo que plantea el problema de las fuentes.

Con base en estas notas notamos la necesidad de partir de la cultura legal moderna de modo de poder analizar si está fundamentada la frase que sostiene que el derecho romano es fuente del derecho latinoamericano y, por ende, del argentino. Luego, a fin de esclarecer esta cuestión corresponde empezar por develar qué lugar ocupa el derecho romano en Latinoamérica, para lo cual se debe indicar previamente a qué derecho romano nos referimos. A tal fin citamos lo escrito por el profesor Catalano (1991) hace unas décadas atrás:

> La base cultural de la unidad (en América Latina) debe verse en un "bloque" romano ibérico-precolombino. El sistema recibió su forma del derecho romano (a través del "derecho común americano" y después la "transfusión" en las codificaciones), pero también del "mestizaje" de la tradición romanística con las instituciones precolombinas.[778]

---

lección que no puede ser ignorada (…)". SCHIPANI, S. (2006). El derecho romano en el Nuevo Mundo. En D. Esborraz (Coord.) *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho. Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina* (p. 207). Porrúa/Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma "Tor Vergara".

[778] CATALANO, P. (1991). Identidad jurídica de América Latina: derecho romano y sistema latinoamericano. *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, *(15)*15, 111.

La importancia de esta cita se centra, sobre todo, en un anhelo que desde el siglo pasado comparte un sector de los romanistas y los comparatistas en Italia y América Latina: construir un *ius commune latinoamericano*, una tarea que requiere corregir las ideas vulgares que se tiene del derecho romano, como la frase que expusimos al comienzo de este acápite. Sin embargo, para lograr tal finalidad se precisa previamente renovar y actualizar los estudios romanísticos partiendo de lo expuesto por Catalano: el examen del bloque romano ibérico-precolombino, de modo de saber si es posible edificar un *ius commune latinoamericano*,[779] o es simplemente un *wishful thinking*.

Porque, por un lado, como indicamos precedentemente, hubo cambios legales y políticos significativos en la región en las tres últimas décadas, y por otro, hay un dato relevante señalado por Hinestrosa Forero (2013): los derechos modernos tienden, "cada vez más, a apartarse de la tradición romanista, y que los contemporáneos anhelan independencia plena; o quizá, nuestro continente (latinoamericano) con esa proclamación, cambiar de norte".[780]

En resumen, la construcción de un *ius commune latinoamericano* depende más del poder político, que de la voluntad y del saber de los juristas. Por lo tanto, si queremos edificar un *ius commune latinoamericano* acorde a la historia argentina y latinoamericana, y

---

[779] "(…) el romanista no puede conformarse con ser un jurista *ad intra* del propio texto, sino también un indagador *ad extra* de las estrictas construcciones jurídicas, que no pueden contemplarse sin sus elementos constitutivos en sentido pleno: sin su ambiente, mucho más que un color o un accidente". CASTRO SÁENZ, A. (2002). Metodología y ciencia jurídica: hacia un concepto de derecho romano. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (24), 30. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552002002400001.

[780] FORERO HINESTROSA, F. (2103). Derecho romano, tradición romanista y América Latina. *Revista de Derecho Privado*, (25), 5. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3593/3687.

saber si este derecho sigue siendo fuente del Derecho Latinoamericano y Argentino, importa indagar dos cuestiones que, en la práctica, van unidas:

a) el lugar que tiene el derecho romano en los sistemas legales actuales latinoamericanos, considerando la creciente americanización de éstos, y
b) la opinión de quienes piensan que el derecho Romano es una antigüedad, innecesario en el marco actual del desarrollo económico capitalista el que necesita un derecho que satisfaga las necesidades de las relaciones negociales internacionales y locales, y que pareciera el derecho romano no lo hace.[781]

Empero, junto a estos temas interesa destacar una circunstancia favorable: el *revival* del derecho romano que se comprueba en algunas corrientes actuales del pensamiento jurídico europeo y latinoamericano, las que van en sentido contrario a quienes sostienen una visión estrecha de esta rama. Una es la de quienes manifiestan desde el siglo pasado una reivindicación del derecho romano,[782] que, en el caso europeo, va atada a la búsqueda de construir un *ius commune*,[783] y otra

[781] "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*?". FORERO HINESTROSA, *op. cit*., p. 3.

[782] SHERMAN, C. P. (1911). The Nineteenth Century Revival of Roman Law Study in England and America. *Green Bag*, (23), 624.

[783] STOLLEIS, M. (2009). Europa como comunidad de derecho. *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, (10), 483. https://

mencionada por Domingo (2017), tendente a que sobre las bases del derecho romano se pueda construir un derecho global.

> According to a new approach, Roman law, as an icon of unity that goes beyond national boundaries, offers the background and the theoretical method for building up a European private law (…) The most important function of Roman law in the twenty-first century will be its instrumental value in the development of the new global law. The transformation of the law that governs our international community of nation-states (international law) into a law that is capable of properly ordering the whole human community (global law) requires the creation of a new legal paradigm. Following the Roman classification of persons, things, and actions, this new paradigm should substitute humanity as a whole for the "person," downgrade the generic concept of "things" to global issues that affect humanity, and shift the focus of the concept of "action" to that of a global rule of law. In the construction of this new global paradigm, Roman law can play a key role.[784]

Como se observa, esta extensa cita sirve para demostrar el valor actual del derecho romano y exponer cuáles deben ser los puntos de investigación que deben guiar los estudios actuales de este derecho, y que estimo son los siguientes: en primer lugar, la obligación ineludible de los romanistas de elaborar nuevos argumentos para

---

doi.org/10.17811/hc.v0i10.242 ; ROBLES REYES, J. R. (2021). La huella del *ius commune* en los fueros jurisdiccionales de la Unión Europea en materia civil y mercantil. En C. LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ & J. GARCÍA SÁNCHEZ (Coords.) *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* (pp. 23-46). Universidad de Oviedo.

[784] DOMINGO, R. (2017). The Revival of Roman Law and the European Legal Tradition. *Emory Legal Studies Research Paper*, (28).

justificar la relevancia de este derecho como fuente jurídica;[785] segundo, la necesidad de destacar el carácter esencial que tienen sus conceptos;[786] tercero, la relevancia otorgada a los jurisconsultos;[787] y cuarto, su aprecio como factor de unidad jurídica frente al auge de los derechos nacionales o locales.

En función de examinar estos puntos conviene partir de una perspectiva interdisciplinar de investigación del derecho romano que lo

---

[785] "El sistema latinoamericano, según las conclusiones a que hemos llegado en nuestras investigaciones realizadas en colaboración con juristas latinoamericanos, españoles y alemanes, está caracterizado por una mezcla del Derecho Romano Ibérico con el Derecho Indígena". THEMIS (1985). *Entrevista a Pierangelo Catalano*, (3), 4.

[786] LESAFFER, R. (2005). Argument from Roman law in current international law: Occupation and acquisitive prescription. *European Journal of International Law*, *16*(1), 25-58.

[787] "One may be a clever and a successful practitioner of law without having studied Roman law, and, so far as I know, a knowledge of Roman law is required for admission to the bar of only two of our states.' But such a knowledge is essential to the legal scholar, to the philosophic jurist, to the scholarly lawyer, who wishes to understand the genesis and the growth of legal science and institutions and who desires to acquire a real insight into the universal and underlying principles of jurisprudence, since for centuries the science of law which we call jurisprudence was Roman law". COLEMAN-NORTON, P. R. (1950). Why Study Roman Law? *Journal of legal education*, *2*(4), 473; RE, E. (1960). The Roman Contribution to the Common Law. *Fordham L. Rev.*, (29), 447; "The famous aphorism of Oliver Wendell Holmes, Jr. in his lectures on The Common Law, "the life of the law has not been logic; it has been experience," was itself derived indirectly from Roman law. Holmes went on to say, "it is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all.... The law... cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics"". STEIN, P. (1994). Interpretation and legal reasoning in Roman law. *Chi.-Kent L. Rev.*, (70), 1556.

analice como hecho cultural,[788] porque así se comprende su trascendencia más allá de su espacio y tiempo, y cómo su vigencia depende de la cosmovisión vigente en una cultura,[789] imprescindible actualmente en el caso latinoamericano porque se han integrado los derechos indígenas en las constituciones políticas de varios Estados.

En suma, creo que los puntos indicados precedentemente (la relevancia del derecho romano como fuente jurídica, el valor de sus conceptos, la relevancia otorgada a los jurisconsultos y su importancia como factor de unidad jurídica) ayudan a entender la importancia del derecho romano como fuente jurídica. Por consiguiente, el objetivo de este trabajo será investigar si el derecho romano a partir de los temas señalados continúa siendo fuente del sistema jurídico latinoamericano y, en particular, del derecho argentino, en el marco de las circunstancias históricas, políticas y legales presentes en Latinoamérica.

II. Acerca de si el derecho romano es fuente del derecho argentino actual

Si el derecho romano sigue siendo fuente del derecho argentino es una pregunta que debe hacerse después de la reforma del Código Civil y se puede extender al resto de los países latinoamericanos. La

[788] MEZEY, N. (2001). Law as culture. *Yale JL & Human.*, (13), 35; RILES, A. (2005). A new agenda for the cultural study of law: Taking on the technicalities. *Buff. L. Rev.*, (53), 973; MAUTNER, M. (2010). Three approaches to law and culture. *Cornell L. Rev.*, (96), 839.

[789] NOWAKOWSKA-GLUSZAK, A. (2011). Aplicación de la noción de visión del mundo en el análisis del lenguaje jurídico. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (29), 631-644.

razón de esta pregunta son los cambios habidos en la filosofía y la antropología contemporánea que ha modificado no solo la concepción de ser humano, sino también la precepción que se tiene de la naturaleza. De ahí la necesidad de adentrarse en la discusión que existe en nuestra época acerca de las fuentes del derecho.

Para empezar acerca de este tema, Jácome (2006) opina lo siguiente:

> Los debates teóricos que se han presentado sobre las fuentes del derecho aplicables a los casos tienen unas importantes implicaciones prácticas en la forma como los abogados percibimos la estructura de nuestro ordenamiento jurídico (…) existen por lo menos dos teorías distintas sobre las fuentes del derecho y (…) los debates que se han dado pierden de vista que el principal problema en los sistemas jurídicos contemporáneos es que no hay un acuerdo absoluto sobre la jerarquía y prelación de sus fuentes.[790]

Queda claro a partir de esta cita que la importancia del debate radica en la finalidad práctica que tiene determinar la jerarquía y la prelación de las fuentes jurídicas por cuanto se relacionan directamente con el razonamiento que hace el juez en función de solucionar una controversia. Por eso, es esencial examinar la argumentación con la cual resuelve el conflicto y las fuentes a las cuales acude, sin obviar que "no hay un acuerdo absoluto sobre la jerarquía y prelación de sus fuentes". En este marco, ¿el derecho romano es fuente de un derecho argentino?

A fin de responder conviene remitirse a las observaciones realizadas por Jácome (2006) sobre cómo argumenta la Corte Constitucional

[790] JÁCOME, J. G. (2006). El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica. *Vniversitas*, *55*(112), 267. https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14650

colombiana, las que pueden extenderse a otros tribunales. Éste dice lo siguiente:

> En las argumentaciones de la Corte Constitucional se pueden distinguir dos prácticas paradigmáticas de citación de fuentes por parte de este tribunal. La primera de ellas obedece a casos en los cuales la Corte abre su perspectiva de las fuentes y deja ver el sesgo ideológico de sus fallos cuando acude a autores doctrinales particulares. En la segunda de ellas se puede observar un mayor control de sus argumentos a través de fuentes tradicionales del derecho. Escritos de autores de filosofía, psicología y teoría jurídica son fuentes predilectas en el primer paradigma, mientras que la Constitución, ley y jurisprudencia son las del segundo: las dos prácticas paradigmáticas se pueden combinar en una misma sentencia.[791]

De las dos prácticas mencionadas nos interesa la que se refiere a las fuentes tradicionales del derecho. En este caso, ¿entra el derecho romano como fuente tradicional? Una primera aproximación de respuesta nos remite al trabajo del conocido romanista Sandro Schipani (2006), cuyo texto "El Derecho Romano en el Nuevo Mundo" es una guía para empezar a resolver las dificultades que presenta la concepción del derecho romano como fuente. En esa obra, Schipani destaca la relevancia del curso de *Introducción al estudio histórico del Derecho Romano* del profesor Orestano, quien inicia "un llamado a la pluralidad de significados que se incluyen con tal denominación".[792] Interesante observación que conduce a indagar acerca de qué derecho romano se habla cuando se habla de derecho romano.

Por suerte no estamos ante un problema sin solución, y es Orestano quien nos ayuda a resolverla. Para este jurista es necesario

[791] JÁCOME, *op. cit.*, p. 269.

[792] JÁCOME, *op. cit.*, p. 269.

"verificar el análisis, en las fuentes, de las condiciones del uso de la denominación *ius Romanum*, diferenciando analíticamente los diversos contextos textuales y metatextuales en la que ella se encuentra".[793] Para Catalano esto comporta "relucir el valor técnico que en esta denominación se ha fijado para la elaboración del Derecho hasta Justiniano",[794] quien, según Schipani, "ha demostrado que en las mismas fuentes el concepto de *ius Romanum* tiene una función sistemático-histórica de unificación de los *iura Romana* en devenir expansivo".[795]

En ese contexto importa destacar el lugar del derecho germánico por cuanto "constituye el segundo gran tronco sobre el que se asienta el pensamiento jurídico europeo",[796] así como la influencia de la cultura jurídica bizantina presente "en la parte correspondiente a las provincias, hoy naciones, orientales europeas (…) en su legislación y en la práctica política de estos países, a lo largo de su historia, hasta nuestros días".[797]

Pero si nos ceñimos a describir qué es el derecho romano interesa citar lo expuesto por Castro Sáenz (2002), quien dice que este derecho es el conjunto de soluciones dadas por un pueblo para afrontar sus intransferibles problemas como sociedad: un espacio en el tiempo. Yendo más allá en esa línea, el conjunto de soluciones dadas por un pueblo, éste en concreto que terminan por trascenderlo y sobrevivirlo no solo mientras duró la grandeza del edificio político romano, sino mucho después, hasta nuestros días, a través

---

[793] ORESTANO cit. en SCHIPANI, *op. cit*., p. 208.

[794] CATALANO cit. en SCHIPANI, *op. cit*., p. 208.

[795] *Ibidem.*

[796] DE BUJÁN, A. F. (2016). Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: *Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law*. *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, (13), 277.

[797] DE BUJÁN, *op. cit*., p. 278.

del fenómeno cultural de la recepción y aún más allá en el bies de la realidad filosófica de su rara perfección como gran obra humana.

Si bien puede no satisfacer esta definición, lo que importa es que ella contiene elementos relevantes para perfilar por qué transciende a su época. En este sentido, parece oportuno decir que a este derecho como a todo derecho hay que entenderlo también como un sistema de valores,[798] lo que explica por qué adquirió la vigencia que hoy vanamente se discute o se niega. Por eso, se puede sostener que el derecho Romano es más una fuente de principios y de valores que de normas.

Esto se nota cuando examinamos al Derecho Romano a partir de la tradicional distinción entre fuentes materiales y fuentes formales del derecho, de las cuales nos interesan las primeras porque "la economía, la política, la sociología, la presión de la comunidad internacional, la moral y los ideales de justicia de una sociedad pueden ser razones para que se profiera el derecho".[799] Es lo que hizo el derecho romano al introducir en el pensamiento y la práctica jurídica nociones éticas como las de *humanitas, aequitas* y *bona fides*,[800] conceptos

---

[798] CASTRO SÁENZ, *op. cit*., pp. 32-33.

[799] JÁCOME, *op. cit*., p. 286.

[800] "La *humanitas* pasa a ser entonces el nombre que toma la *aequitas* como expresión de *benignitas,* de *pietas*, de *charitas.* Por influencia del cristianismo, y a fin de eliminar la equivocidad que tenía hasta entonces la palabra *humanitas*, Justiniano terminaría hablando de una *nova humanitatis ratio*, subrayando así la aportación cristiana a la configuración de un orden nuevo de relaciones humanas. Apoyándose en motivos religiosos, Justiniano mantuvo siempre la intención de consolidar la posición de la *aequitas naturalis* sobre bases verdaderamente permanentes, con el fin de hacer desaparecer los antiguos principios de un *ius civile* fundado sobre el nacionalismo y tomar en serio la igualdad de todos los hombres ante Dios." IRIGOYEN, M. (2022). La humanidad del esclavo en el Derecho Romano. *Iter*, (10), 214. https://revistas.umce.cl/index.php/iter/article/view/1810

juridizados cuyo contenido está influenciado primero por la filosofía griega y luego por el cristianismo.

Esta apreciación se esclarece con el estudio de su evolución. Al respecto se distinguen tres períodos básicos que, a veces, conviven: primero jurisprudencial, luego legislado, y finalmente, profesoral, lo que significa que se pasó de un derecho vinculado a la realidad, o sea, a la solución de los conflictos cotidianos, por obra de los jurisconsultos, a uno elaborado desde el poder de quien gobierna, sobre todo con las codificaciones, lo que se evidencia en Justiniano, finalizando con uno que surge de la tarea académica, más abstracto y vinculado a cuestiones ajenas a las funciones atribuidas al derecho, lo que se percibe con la forma descontextualizada con que, a veces, se enseña y explica este derecho, que hace que se lo considere irrelevante para resolver las controversias jurídicas modernas.[801]

Pero esta idea se desvanece al investigar, por ejemplo, el fundamento de los derechos humanos, ya que un elemento nuclear de esos derechos es el de *humanitas*, que en el derecho romano "penetra con firmeza, al calor de la doctrina estoica, primero, y de la religión cristiana, después, la jurisprudencia llega a reconocer el derecho del esclavo a la vida, a la integridad personal y moral".[802] Y esto ocurre por obra de Marco Aurelio, quien en el año 176 d. C. restaura "las cuatro escuelas de filosofía en Atenas, y así reafirma el papel que habían tenido hasta su cierre por los romanos en el año 86 a. C.".[803]

---

[801] "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". FORERO HINESTROSA, *op. cit.*, p. 5.

[802] IRIGOYEN, *op. cit.*, p. 205.

[803] SÁNCHEZ, J. A. (2022). Divergencias y convergencias del estoicismo de la época

Si bien "no sabemos si este ambicioso proyecto del emperador tuvo mucho éxito",[804] sí puede señalarse que "en *De legibus* fue Cicerón el primero en recibir, aceptar y desarrollar la teoría estoica de los juristas",[805] la cual "alcanzó su mayor prestigio a finales del siglo II".[806]

Con base en esto se entiende lo señalado por Schipani: el derecho codificado por Justiniano —el *ius Romanum commune*— incluye al *ius naturale*, al *ius Gentium* y al *ius civile*. Obtiene su unidad en el desarrollo de su *principium* destinado a todos los hombres, un impulso a la igualdad, que asegura y proyecta hacia el futuro su propia participación,[807] lo que se manifiesta en el concepto de *humanitas* que para los romanos

> se nutre de los ideales griegos, los asimila y les infunde vitalidad al fundarse en ellos para la actividad práctica y cotidiana. El romano no inscribe la *humanitas* en un sistema filosófico determinado; no se trata de un concepto científico fijo y definido, sino de una convicción, bastante elástica, que orienta la vida cultural y que califica las acciones de los hombres (…)[808]

---

imperial con el cristianismo primitivo. *Estudio Agustiniano*, *57*(2), 338.

[804] *Ibidem*.

[805] BARRÓN, J. U. (1993). Acerca de un concepto romano: *aequitas*. Un estudio histórico-conceptual. *Cuadernos de filología clásica: Estudios latinos*, (5), 81; "Panecio de Rodas (185-109 a. C.) fue la figura que más se destacó en esta adecuación de las ideas estoicas al mundo romano. Procedente de una familia noble, este pensador estableció estrechas conexiones con la aristocracia de Roma, llegando a formar parte del círculo más íntimo de Escipión Emiliano. Panecio participó activamente en la adaptación del legado estoico a los intereses de la clase dominante romana (…)" en DAVIDSON, J.et al, (1999). Concepciones ideológicas acerca del Derecho en la obra de Cicerón. *Espacio, tiempo y forma. Serie II, Historia antigua*, *12*, 210.

[806] BARRÓN, *op. cit*., p. 81.

[807] SCHIPANI, *op.* cit., p. 215.

[808] CUSPINERA, P. V. (1992). La *humanitas* en Roma. *Nova Tellus*, (9-10), 307-308.

Ahora bien, volviendo al tema de las fuentes notamos que el derecho romano mantiene su valor si se lo considera, como lo hace Zimmermann (2010),

> una especie de sistema abierto, que garantiza una gran flexibilidad al momento de resolver cuestiones prácticas, porque los "juristas se dejaban guiar por una serie de valores y principios fundamentales, como por ejemplo la libertad de la persona, los imperativos de la *bona fides* y de la *humanitas,* o la protección de los derechos adquiridos, en particular, de la propiedad.[809]

Si estas apreciaciones las trasladamos al derecho argentino, siguiendo a Levaggi (1985), se observa que tanto el derecho colonial como el derecho nacional tienen como sus principales elementos formativos: el derecho castellano-indiano que sobrevive y el derecho patrio, o sea, el derecho nuevo, cuyas fuentes más importantes se pueden reducir a tres: el derecho español anterior y posterior, el derecho extranjero no español (francés, inglés, norteamericano) y las propias circunstancias y necesidades.[810] Y, agrega Levaggi (1985), que así se acepta la subsistencia del derecho privado castellano-indiano, y, por ende, del derecho romano.[811]

De esta manera, podemos cerrar el debate sobre la condición de fuente del derecho romano en el derecho argentino, por lo menos hasta el nuevo Código Civil y Comercial. Y aquí cabe interrogarse acerca de su vigencia como fuente. Un ejemplo de esto es lo que surge de la lectura del tema de la responsabilidad parental que se

---

[809] ZIMMERMANN, R. (2010). Derecho romano y cultura europea. *Revista Derecho Privado*, *18*(5), 21.

[810] LEVAGGI, A. (1985). Supervivencia del Derecho Castellano-Indiano en el Rio de la Plata (Siglo XIX). *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerkas*, (22), p. 286.

[811] *Ibidem*, p. 290.

aleja de la concepción romana pues parte de la concepción de una reconfiguración de las relaciones entre padres e hijos, que reconoce al niño como un pleno sujeto de derecho y priorizando su bienestar frente a los intereses de los adultos, como lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en A., F. s/ protección de persona de 13 de marzo de 2007, destaca Zini Haramboure (2015).[812]

Y si esto lo trasladamos al Derecho Latinoamericano debemos observar lo siguiente:

> (…) desde que la sociedad indiana quedó suficientemente conformada como para necesitar un derecho desarrollado por el que regirse, lo encontró en un código de derecho romano común, lo cual, unido a la enseñanza universitaria del derecho común de juristas, aseguró la unidad jurídica en dos sentidos: primeramente, en el orden territorial de todas las Indias; en seguida, en el orden del sistema, precisamente del derecho romano en una versión uniforme (…) Puede así decirse que el derecho romano común fue desde siempre el derecho privado propio de Indias.[813]

Sin embargo, un dato que modifica sustancialmente las fuentes romanas es el que introduce, por ejemplo, la constitución política de Ecuador cuando fija en el Título II, Derechos, Capítulo Primero, Principios de Aplicación de los Derechos, artículo 10, que "La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución", una cuestión que se relaciona con las diversas formas religiosas del continente de su etapa prehispánica y que aparece reconocida en el Preámbulo. Si bien, en cierto sentido, al igual que

---

[812] ZINI HARAMBOURE, P. E. (2015). De la *patria potestas* romana a la responsabilidad parental en Argentina: evolución de la obligación alimentaria. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, *12,* 348.

[813] BRITO, A. G. (1991). La penetración del Derecho Romano. *América. Revista Chilena de Derecho*, *18*(2), 210.

en Roma lo religioso forma parte de la vida cotidiana, la perspectiva que asume la Constitución ecuatoriana la aleja de sus fuentes romanas e hispánicas, un dato que requiere una mayor consideración pero que no forma parte del objetivo de este trabajo.

En resumen, no cabe duda de que el derecho romano aporta en tanto fuente un conjunto de nociones jurídicas básicas, lo que expone el valor de la tarea de los jurisconsultos, quienes se dedican a buscar la solución adecuada a los litigios, labor para la cual importan los principios más que las normas, acerca de los cuales nos dedicaremos en los siguientes capítulos.

III. La importancia de los conceptos jurídicos fundamentales

En el capítulo anterior concluimos que el derecho romano contribuye con un conjunto básico de conceptos jurídicos que siguen siendo útiles, y en esta tarea interesa el trabajo de los jurisconsultos. Ahora bien, en este capítulo nos ocuparemos del primer punto.

Lo primero que corresponde destacar es que el lenguaje jurídico no es neutro. Parte de una cosmovisión, de una cultura legal dentro de la cual se construye. En este sentido, "el lenguaje del derecho no es diferente en sus orígenes del lenguaje común",[814] y se cita a Biondi para quien "la ciencia jurídica romana no parte de términos técnicos, sino que lo toma de la vida práctica, asociados con el significado que tienen en el uso común". Por eso, para algunos autores como Sainz Moreno, es preferible "hablar de uso jurídico del lenguaje y

[814] IBÁÑEZ, G. B. (1995). El lenguaje jurídico: razón pragmática y razón filológica. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, *43*(1), 60.

no de lenguaje jurídico, porque 'en el fondo no existe un lenguaje jurídico, sino un uso jurídico del lenguaje ordinario'".[815]

Si destaco estas dos citas es porque de ellas es posible extraer dos elementos relevantes de análisis: primero, la observación de Biondi que señala el origen no técnico del vocabulario jurídico romano, y por otro, la idea de que no existe un lenguaje jurídico, sino un uso jurídico del lenguaje ordinario. De esto se desprende que la aparición de un lenguaje técnico es posterior al período romano, porque

> La especialización de la lengua del derecho, como en la generalidad de los lenguajes técnicos, se ha constituido a través del léxico, pero, a diferencia de otras lenguas técnicas, lo que separa a la del derecho del lenguaje común no es solo la presencia de términos específicos, sino la existencia de una fraseología propia: construcciones arcaizantes, frases formularias, latinismos, perífrasis y otros usos lingüísticos, que, en rigor, no forman parte del derecho como lengua técnica, sino que constituyen rasgos de estilo.[816]

Por su parte, para Ibáñez "la tecnificación del lenguaje jurídico (…) —creación de conceptos jurídicos— consiste en la introducción de términos cuyo significado procede del derecho y no del uso común",[817] en tanto Sainz Moreno sostiene que dichas nociones proceden generalmente de elaboraciones doctrinales que luego se incorporan a la norma; "Incluso éstos guardan cierta relación con el lenguaje ordinario, pues proceden con mayores o menores alteraciones de otros términos previos", que es lo que pasa con palabras como "novación", "evicción", "interdicto", etc., mientras que algunas provienen del griego tales como "hipoteca", que después pasa al derecho romano.[818]

---

[815] Cit. in IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 61.

[816] IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 63.

[817] *Ibidem*, p. 65.

[818] Cit. in IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 65.

Junto a esto Ibáñez (1995) destaca el frecuente empleo de latinismos, algunos de los cuales tienen traducción, y destaca que es poder evocador lo que los mantiene vivos: *ex oficio, ex novo, do ut des, erga omnes,* etc.; en otros, "su significado jurídico va más allá de la traducción literal y aluden a preceptos o usos consagrados por el derecho, en ocasiones, con valor universal en el ámbito jurídico: *non bis in idem, habeas corpus, iura novit curia, rebus sic stantibus*".[819] Y esto queda claro cuando se examinan, por ejemplo, dos principios esenciales para resolver un litigio y construir un sistema legal, o una ley: la *aequitas* y la *bona fides*, los que a continuación analizaremos brevemente.

Con relación a la *aequitas*, Barrón (1993) sostiene que es uno de los conceptos centrales de la cultura y del derecho romano,

> que ha sido escasamente investigado tanto por el hecho de haberlo tenido por evidente y absolutamente obvio cuanto por haberse puesto en duda su raigambre en la cultura romana. La noción de *aequitas* no se limita, por lo tanto, al dominio de lo jurídico, como si se tratase de un mero instrumento del *ius* (…) sino que accede al panteón de las virtudes que deben adornar a todo *vir bonus.*[820]

Y prosigue diciendo que la *aequitas* es "una virtud o temple distinto de la justicia escrita (…que…) era ya desde antiguo un pilar fundamental de la cultura romana, piedra angular de las leyes y demás expresiones escritas de la justicia" y nota que para Cicerón es "como base filosófica de la justicia". Y concluye que esta concepción se consolida en Ulpiano.[821]

Sin embargo, lo que interesa, en particular, para la posteridad, es

[819] IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 66.

[820] BARRÓN, *op. cit.*, p. 74.

[821] *Ibidem*, p. 75.

que la *aequitas*, desde el punto de vista de Cicerón es la adecuación de las cosas al derecho, "es la idea de la igualdad en la aplicación de la ley sin excepción, sin tener en cuenta quién se es".[822] Dicho de otra manera, es "una equipartición justa, un restablecimiento de lo igual tras una situación de desigualdad o iniquidad. Se logra un plano puramente horizontal".[823] Y advierte Barrón que "en cuanto principio que o bien subsana o corrige (en el *ius honorarium)* o bien modifica sustancialmente el derecho (con los emperadores cristianos), pasa a ser *ius naturale* o la razón de un derecho de gentes anterior a la ley escrita, fuera ya del ámbito de la mera virtud".[824]

Además, este principio se vincula con la *bona fides*, una virtud, dice Barrón (1993), por la cual el romano se liga al cumplimiento de lo prometido. Y cita a Gayo, quien dice que "en las obligaciones contraídas mediante consentimiento (*consensus*), es decir, fundadas en la *fides,* sin mediar formalidad ni de palabras ni de contratos por escrito, una persona se comprometía a hacer una prestación a otra *ex bono et aequo*".[825] Es "la firmeza con que se responde a la palabra empeñada y se opone al *dolus malus*".[826] Porque para Heinemann así se subraya un presupuesto clave: "el hombre, como hombre, tiene deberes frente a todos los otros hombres".[827]

En suma, con estos ejemplos vemos cómo el derecho romano ha provisto al derecho posterior de principios y nociones de los cuales resulta difícil —sino inútil— desprenderse sin una gran pérdida. Por eso, Domingo (2004) dice que

[822] *Ibidem*, p. 83.

[823] *Ibidem*, p. 88.

[824] *Ibidem*, p. 104.

[825] BARRÓN, *op. cit.*, p. 90.

[826] *Ibidem*.

[827] Cit. in CUSPINERA, *op. cit.*, p. 306.

> Conceptos básicos, constitutivos de nuestra civilización, como testamento, buena fe (…) fueron elaborados en un momento histórico muy concreto en que las relaciones de justicia entre los ciudadanos y entre los pueblos fueron tratadas, como tales, desde una perspectiva científica, que, en el derecho romano, es tanto como decir jurisprudencial.[828]

Y si nos referimos al derecho latinoamericano, cabe decir que

> La herencia del derecho romano en Latinoamérica es sólida en instituciones como la propiedad y los contratos, pero no en todas. El concepto de capacidad jurídica se ha convertido en un punto de quiebre, pues las legislaciones de países como Colombia y Perú han tenido que cambiar para ajustarse a los principios modernos de los derechos humanos y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, eliminando la figura de la interdicción.[829]

Sin embargo, en el contexto del siglo XX y del actual, otra lengua reclama autoridad y vigencia: la lengua inglesa. Sobre todo, por obra de la expansión de la cultura norteamericana después de la Segunda Guerra Mundial, lo que se manifiesta en el uso del inglés como *lingua franca* y en la creciente y sostenida americanización del derecho, manifiesta en el caso argentino y latinoamericano. Este es un

---

[828] DOMINGO, R. (2004). La jurisprudencia romana, cuna del Derecho. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 81*(2), 371-393.

[829] DELGADO, S. A. M., & MANTUANO, L. O. C. (2025). Derecho Romano y su Trascendencia Actual: Aplicaciones Contemporáneas en la Legislación Ecuatoriana. *Ciencia Latina: Revista Multidisciplinar*, *9*(4), 10593. Para una perspectiva más crítica véase: EYZAGUIRRE BAEZA, C. & RODRIGUEZ DIEZ, J. (2013). Expansión y límites de la buena fe objetiva. A propósito del Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado,* (21), 137 y ss.

proceso que algunos investigadores comparan con lo sucedido siglos atrás con el derecho romano porque, así como se hace del *common law* el derecho modelo con el cual medir otros derechos, del mismo modo ocurrió en siglos pasados con el derecho romano. En opinión de Watson, es el prestigio que tiene un sistema legal en comparación con los demás vigentes lo que hace que se lo trasplante.

El resultado de esto es que conviven en el lenguaje jurídico actual, conceptos y principios procedentes tanto del derecho romano como del *common law*, y problemas que son propios de la lengua inglesa y que solo dentro de ella son comprensibles y deben resolverse. Empero, los une la importancia dada a la labor de los jurisconsultos, como demostraremos en el acápite siguiente.

IV. La obra de los jurisconsultos

La tarea de los jurisconsultos es, quizás, uno de los puntos más relevantes de su historia, por todo lo que ella enseña a las nuevas generaciones de juristas y de jueces con relación a la búsqueda de soluciones para los casos puestos ante su examen. Es lo que lleva a Guzmán Brito (2012) a sostener que

> 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.[830]

[830] GUZMÁN BRITO, A. (2012). El derecho romano como elemento de la cultura jurídica de nuestros días. Revista de Derecho Privado, (47), 3.

Para este investigador, a partir de este dato se distingue el trabajo de quien usa de la retórica para defender un caso[831] de quien es jurista, es decir, del que asume el dar dictamen acerca de un caso, "sobre el Derecho que les era aplicable, y en los que la cuestión de hecho aparece supuesta y no es objeto de debate".[832] Y si bien ese derecho creado por obra de los jurisconsultos perdió influencia con la caída de Roma, con Justiniano revive por medio de la compilación que ordena, aunque su relevancia fue breve, advierte Guzmán Brito.

Y es recién entre los siglos XII y XIII por medio de Irnerio —recuerda Guzmán Brito—, quien era maestro en las artes del *trivium*, que al disponer de una versión completa del Digesto original lo lee, lo estudia y lo interpreta "como materia en sí", comprendiendo que se encuentra "un saber que constituía cierto sistema de principios, reglas y razonamientos diferentes a los del arte Retórica, dotado con suficiencia y autonomía",[833] que es en lo cual se destacan los juristas clásicos.

Por su parte, para Domingo (2004), el momento clave es la creación de la Universidad de Bologna, porque la enseñanza del derecho se monta sobre la base de la enseñanza del derecho romano, ya que "la enseñanza de aquel derecho era la única impartida o al menos la predominante, hasta la época de la codificación", porque "el *ius commune* era derecho vigente en toda Europa".[834] Pero esto no acaba

---

[831] "De las tres artes, gramática, retórica y dialéctica, fue la retórica la que se introdujo en el foro romano, creando el oficio de abogados no juristas, interesados por los *facta* pero no por el *ius*, entre los que brilló Cicerón. Los jurisprudentes, en cambio, se vieron más atraídos por el método dialéctico de división por géneros, excelentemente descrito por Platón en su diálogo sobre El sofista (253 d-e), de ca. 365 a. C., por boca del extranjero de Elea". DOMINGO, *op. cit.*, p. 377.

[832] GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 4.

[833] *Ibidem*, p. 7.

[834] DOMINGO, *op. cit.*, p. 375.

aquí porque, en la época moderna, este derecho, aunque 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.[835]

Por lo tanto, nos encontramos con un derecho elaborado por juristas. Y esto es determinante en la educación legal, en la medida 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".[836] Es —observa Zimmermann (2010)— un derecho basado fundamentalmente en las soluciones de casos concretos, el que desarrollándose siglo tras siglo construye una tradición que se apoya

> en dos pilares conceptual e históricamente diferentes: el núcleo tradicional de la antigua organización ciudadana (*ius civile*) y el *ius honorarium* que, como testimonia Papiniano, fue introducido por los pretores en interés público "*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*" (para ayudar, suplir y corregir el *ius civile*).[837]

Entonces, no estamos ante un derecho construido por doctrinarios, sino uno que emerge con la búsqueda de una solución para los conflictos jurídicos concretos.

---

[835] GUZMÁN BRITO, *op. cit*., p. 10.

[836] *Ibidem*.

[837] ZIMMERMANN, *op. cit.,* pp. 20-21.

> Ello explica la gran elasticidad y realismo del derecho romano, y el porqué de tantas controversias que se generaban tendencialmente en torno a la resolución de los problemas jurídicos (…). Fiel reflejo de la dinámica misma del derecho romano, de su desarrollo constante, son precisamente estas controversias.[838]

Además, notamos que el derecho romano antiguo desarrolló una tradición en la que los autores más recientes se basan en la jurisprudencia de los más antiguos, lo que crea una relación de discusión que abarca generaciones enteras de juristas,[839] un derecho muy alejado de las modernas concepciones jurídicas. Por eso, se comprenden las palabras de Domingo (2004), quien resalta que

> El Derecho romano ha dejado una mayor impronta conceptual en el Derecho civil europeo que en el Derecho anglosajón; sin embargo, aunque parezca paradójico, el Derecho anglosajón, en sus fuentes de producción jurídica, está más próximo al Derecho romano que el europeo, muy particularmente desde que éste, a partir de la Revolución francesa, optó preferentemente por la ley como fuente casi exclusiva de creación normativa. El Derecho romano, como el anglosajón, se ha desarrollado en torno a la figura del juez (…).[840]

Y esto es lo que corresponde remarcar. Porque estamos acostumbrados a señalar lo que es derecho de la mano de lo que dice la norma jurídica, con lo cual no logramos entender qué es el derecho romano ni cómo se generó. De ahí que las sentencias no tengan la fuerza creadora que le brindaron los jurisconsultos romanos al derecho. Por eso, lo primero que se enseña son sistemas legales y

---

838 *Ibidem*, p. 20.

839 *Ibidem*.

840 DOMINGO, *op. cit.*, p. 4.

luego jurisprudencia; interesan más las discusiones doctrinarias que el derecho vivo. Empero, junto a esto, se abrieron camino debates vívidos y necesarios derivados de la jurisprudencia más atenta a las soluciones que se han dado en el pasado, y más dispuesta a modificar sus precedentes. Por eso Cardozo (1921) pregunta

> *What is it that I do when I decide a case? To what sources of information do I appeal for guidance? In what proportions do I permit them to contribute to the result? In what proportions ought they to contribute? If a precedent is applicable, when do I refuse to follow it? If no precedent is applicable, how do I reach the rule that will make a precedent for the future? If I am seeking logical consistency, the symmetry of the legal structure, how far shall I seek it? At what point shall the quest be halted by some discrepant custom, by some consideration of the social welfare, by my own or the common standards of justice and morals?*[841]

Quizás estas sean las preguntas que se hicieron los jurisconsultos romanos que crearon este derecho que es, fundamentalmente, jurisprudencial. Pues, como subraya Rojas (2022),

> su mérito equivale a idear un balance de lo justo y equitativo (…) el entusiasmo por el estudio de la romanística nos revela la notoria dimensión pragmática que tuvieron sus grandes jurisconsultos, lo cual repercute en que sus soluciones estén impregnadas de fuertes dosis de prudencia, realidad y utilidad (…) enemigos de fantasiosas abstracciones e inclinaciones teoréticas ensimismadas, comprendieron que el razonamiento jurídico crece mejor cuando se proyecta a ras de suelo, pues la volátil imaginación conceptual no puede suplantar la espesa y vibrante realidad en la cual nos desenvolvemos los seres humanos de carne y hueso.[842]

---

[841] CARDOZO, B. N. (1921). *The nature of the judicial process* (p. 10). Yale University Press.

[842] ROJAS, L. M. (2022). Quince razones para estudiar Derecho Romano en el Siglo

Ahora bien, con estos elementos de juicio, ¿es posible pensar el derecho romano también como factor de unidad jurídica?

V. El Derecho Romano como factor de unidad jurídica

Con relación a si el derecho romano puede actuar como principio de unidad, conviene tener en cuenta que

> Todo sistema jurídico de raíz romana *lato sensu* es ante todo y, sobre todo, como el propio Derecho romano, un Derecho de juristas (*Juristenrecht*). Ésta y no otra fue la seña de identidad del Derecho romano y su razón de permanencia y continuidad científica hasta el siglo presente. Y es que, de la misma manera que no hay arte sin artista, no puede haber Derecho propiamente dicho, es decir, arte de lo justo, sin juristas. Lo que Roma aportó al mundo frente a otros Derechos de la antigüedad fue precisamente esta figura de jurista. Con sus más y sus menos, puede afirmarse que tanto el Derecho continental como el anglosajón, en cuanto herederos del Derecho romano, son, ellos también, "Derechos de juristas" (*Juristenrechte*).[843]

Con base en estas consideraciones estimo que esto es válido para Europa. Empero bajo las circunstancias históricas y culturales en que se desenvolvió la historia latinoamericana conviene, o más bien corresponde, tener algunas dudas. De ahí que el punto de partida del análisis tenga que ser no tanto el deseo de los romanistas sino las consecuencias de la interacción que se dio entre derecho y sociedad

XXI: Reflexiones desde la "cultura jurídica" de un advenedizo. *Revista Jurídica IUS Doctrina*, *15*(1), 7.

[843] DOMINGO, *op. cit.*, p 5.

en América Latina. Con relación a esto cabe recordar la observación de Watson, citado por Cairns (2012):

> *Societies vary greatly, and so do legal rules. A perennial question is "Do legal rules reflect a society's desires, needs and aspirations?" The answer which is normally given or is just assumed is positive though minor qualifications are usually urged. And yet, the two most startling, and at the same time most obvious, characteristics of legal rules are the apparent ease with which they can be transplanted from one system to another, and their capacity for long life.*[844]

En nuestro caso, no hubo elección de un derecho en particular; más bien, fue lo contrario. Como expone Guzmán Brito (1991), cuando los nuevos territorios fueron incorporados, lo fueron al reino de Castilla, y este derecho se extendió a éstos. Y no se extendió el derecho romano, al igual que se hizo en Castilla, porque se consideró en un primer momento que, debido a que las relaciones jurídicas en América eran elementales, un derecho científico como el del *Corpus Iuris* no era pertinente. Por eso, las Partidas funcionaron como un derecho común, concluye este jurista, mientras que el derecho romano quedó encerrado en el ámbito profesoral. Es recién al consolidarse las nuevas sociedades que el derecho romano se convierte en el derecho privado propio de Indias. Y fue tan profunda su influencia que la codificación tuvo que recepcionarlo.[845]

Entonces, la pervivencia del derecho romano se explica por el valor de sus principios más allá de su espacio y tiempo, lo que no quita los intentos de desplazarlo o reducir su influencia, siendo el intento con mayor fuerza el que proviene de la americanización

---

[844] CAIRNS, J. W. (2012). Watson, Walton, and the history of legal transplants. *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, *41*, 657.

[845] GUZMÁN BRITO, A. (1991). La penetración del derecho romano en América. *Revista Chilena de Derecho*, *18*(2), 203-211.

del derecho, con todo lo que ello implica. Por eso, Watson (2000) advierte que

> *legal transplants are inevitable. Since the later Roman empire they have been a major, if not always the main, factor in legal change in the western world. England is no exception. Nor is the United States (…) The real issue is whether there should be a deliberate concerted effort, spear-headed perhaps by academics, to create a common law.*[846]

Sin embargo, no debemos olvidar que la idea de construir un *ius commune latinoamericano*, depende, en gran medida, de una decisión política de los Estados, pues para constituirse como un factor de unidad jurídica en la región, debe primero constituirse una unidad política, lo cual está lejos de lograrse. Un elemento de importancia para comprender esta situación es la que plantea Baliño (2011), para quien

> nuestra tradición jurídica es "polivalente" en cuanto a su "sustrato", "heterogénea" en cuanto a su "conformación" y "paradójica" en cuanto a su "desenvolvimiento" hasta nuestros días. De hecho, polivalencia, heterogeneidad y paradoja, son quizás las tres palabras que mejor expresan la ambigüedad, diversidad, complejidad y riqueza de nuestra tradición jurídica, cuyas síntesis más acabadas, han sido capaces de integrar sus diferencias y armonizarlas entre sí.[847]

Pero a partir del siglo XIX esto se transforma porque

---

[846] WATSON, A. (2000). Legal transplants and European private law. *Maastricht*, 4(2), 10.

[847] BALIÑO, J. P. (2011, 14 de enero). La integración jurídica americana. Un modelo para la ciencia jurídica occidental. *Forum Historiae iuris*.

> La expropiación del derecho por el Estado, promovida tanto por la ciencia jurídica francesa (*Code Napoleón*), cuanto por la alemana (*B.G.B.*) y la posterior recepción de sendas codificaciones paradigmáticas, propició el surgimiento de una cultura jurídica legolátrica que desembocó una eulogización del concepto de la ley, es decir, en la mitificación de la ley, que desembocó en la formación de la "dogmática, positivista, legalista, formalista".[848]

Nada más alejado, entonces, de cómo se formó el derecho romano. Luego, en este marco, ¿puede el derecho romano ser un elemento en orden a construir un *ius commune latinoamericano* y lograrse de este modo la unidad jurídica latinoamericana? Tengo serias dudas.

VI. Una tarea urgente: recuperar los valores y los principios del derecho romano

A fin de responder a la pregunta planteada al comienzo de este trabajo es necesario repasar dos temas subyacentes. Por un lado, hay que recordar que el derecho romano al cual nos referimos tiene la marca que le han impreso la filosofía clásica y el cristianismo, y esto es lo que nos mueve a sugerir otra perspectiva de análisis. Parafraseando a Dworkin (1996), podemos hacer una lectura moral de este derecho,[849] una lectura que no se puede hacer sin el auxilio de la filosofía clásica y el cristianismo, y esto hoy no sucede. Y por otro por otro lado, reafirmar, si se me permite decir, que el derecho romano resiste desde sus principios fundantes, y es lo que muestra la razón

[848] *Ibidem*.

[849] DWORKIN, R. (1996). The moral reading of the constitution. *New York Review of Books*, *43*, 46 y ss.

de la búsqueda de un *ius commune* asentado sobre este derecho para el espacio europeo e hispanoamericano.

Esto se esclarece en el caso argentino, y vale para el latinoamericano, en lo expuesto por Alberdi, citado por Levaggi (1986), en una carta en cuanto a qué es necesario "para formar un abogado con arreglo a las necesidades de la sociedad actual en Sud-América", y su respuesta es "estudiar el derecho romano y el derecho canónico que son las dos fuentes del derecho español. La Italia posee el secreto de esas dos ciencias por haber sido cuna de ambas", aunque "no hay que exagerar la importancia de ese estudio; los tiempos han cambiado, nuestra sociedad americana no es llamada a profundizar los arcanos de filología y erudición romanas",[850] lo que es desgraciadamente cierto cuando se observan los planes de estudio de derecho vigentes en Argentina. Por consiguiente, como corolario interesa compartir una pregunta crucial, como señala un autor contemporáneo: estudiar el derecho romano, ¿no es estudiar el derecho?

[850] LEVAGGI, A. (1986). El derecho romano en la formación de los abogados argentinos del ochocientos. *Derecho PUCP*, *43*, 154-155.