

¿Qué se enseña cuando se enseña derecho romano? Una reflexión para romanistas desanimados

Por José María Monzón⁴⁹³

I. Introducción

Si bien el título parece un juego de palabras, no lo es. Más bien, es el disparador de una serie de preguntas sobre la enseñanza del derecho romano en el contexto actual, en el cual un repaso de los planes de estudio de las universidades argentinas muestra que esta asignatura ha perdido valor, sea porque pasó a ser una materia optativa o quedó reducida a un cuatrimestre, o directamente, figura en el plan de estudio si la universidad lo ha decidido así, pues no es más una asignatura obligatoria para la educación legal. Si esto responde a una tendencia a desvalorizar asignaturas que están “por fuera” del canon de la enseñanza profesionalista, que en el caso argentino es más que centenaria –como lo ha resaltado Fucito en su estudio sobre

⁴⁹³ Doctor en Derecho. Profesor de Teoría General y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Investigador permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la mencionada Facultad.

el profesor de derecho—,⁴⁹⁴ o una americanización del derecho – como se observa desde el siglo pasado en América Latina—, es un hecho que amerita un examen porque esta transformación no solo afecta a la educación legal argentina (es la que más nos preocupa por estar vinculados a ella de manera directa), sino también a otros países. En el caso argentino, involucra cuestiones que van desde el rol de abogado y la abogada hasta la adopción de un perfil adecuado a las necesidades del mercado laboral presente y futuro.

Por lo tanto, el desplazamiento de la enseñanza del derecho romano de los planes de estudio es el punto de partida de nuestro trabajo, en el que trataremos de examinar las razones de la desvalorización de esta rama del derecho y de ofrecer alguna solución que importe modificar la perspectiva que se tiene de la educación legal en la Argentina, ya que su adecuada enseñanza puede aportar valiosos elementos en la formación de la conciencia jurídica de los futuros abogados y abogadas.

Para comenzar, conviene notar que una primera mirada sobre este tema revela que los datos citados precedentemente no parecieran preocupar a quienes decidieron en los últimos años cuál debía ser la mejor formación que un abogado o una abogada debieran tener. El énfasis puesto en la formación para el mundo laboral a la larga se agota frente a los cambios que se dan el derecho contemporáneo y a los vaivenes del mercado laboral que –por cierto– no es estable ni mucho menos predecible. De ahí que a los graduados y a las graduadas les cueste entender las mutaciones sustanciales que se van manifestando en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, en razón de haber tenido una enseñanza de corte positivista y predominantemente exegética.

Aunque nadie duda que es relevante saber cómo ganar los juicios, esto no basta. Se precisa formar en los estudiantes una conciencia jurídica que les permita comprender los fundamentos de la evolución jurídica. Esto no significa que el abogado y la abogada deben tener una mente profética. Más bien, lo que se quiere decir es que se necesita una apertura mental

⁴⁹⁴ FUCITO, F. (2000). *El Profesor de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Nacional de La Plata*. La Plata: Editorial de la Universidad Nacional de La Plata Buenos Aires, p. 103-105.

para conocer, distinguir y valorar qué sucede en el derecho moderno, atendiendo a un presupuesto básico del conocimiento jurídico: el derecho –si es una ciencia– no es autónomo, es parte de una cultura.

Por lo tanto, a fin de indagar cómo mejorar la educación legal contemporánea, que es lo que importa en realidad, en el presente trabajo nos dedicaremos a responder a dos preguntas que pienso que son esenciales: en primer lugar, ¿qué importancia tiene hoy enseñar el derecho romano? Esto significa volver a destacar, por un lado, que el derecho latinoamericano tiene como su fuente esencial al derecho romano (esto no quita que habría que señalar a cuál derecho romano se refieren los romanistas y los civilistas), y por el otro, reflexionar acerca del lugar que debiera ocupar en los planes de estudios. En segundo lugar, existe una pregunta que no parece frecuentemente expuesta: en caso de que hayamos descubierto o redescubierto que debe enseñarse este derecho, lo que sigue es interrogarse sobre qué y cómo enseñarlo. Hay una tendencia manifiesta y clara en los textos universitarios a presentar los temas de manera descontextualizada. La agrupación tipo catálogo para exponer, por ejemplo, los contratos, no muestra ni la evolución de los mismos ni por qué algunos de ellos casi desaparecieron o por qué surgieron otros. Veamos otro ejemplo. No se comprende cabalmente la obra de Justiniano si no se tiene en cuenta, simultáneamente, que fue un emperador que también se involucró en cuestiones teológicas en el desarrollo del cristianismo.

Pero volviendo al tema que nos ocupa, las respuestas que vamos a ensayar se van a focalizar en tres puntos que, en nuestra apreciación, son lo que aporta el derecho romano a la educación legal: a) el valor de la *argumentación* y la *retórica* en la formación de la conciencia jurídica y en la defensa legal; b) el lugar de la *buena fe* en las obligaciones jurídicas; y c) el papel de la *equidad* en las decisiones judiciales. Por último, nos referiremos a su modo de enseñanza.

A partir de ellos es posible brindar una perspectiva diferente de la educación jurídica contemporánea y ensayar una propuesta superadora de la situación actual de las facultades de derecho, sabiendo de antemano que esto solo puede ser de remota aplicación, dadas las condiciones bajo las cuales las carreras de derecho funcionan en la Argentina. Empero, repito, a pesar de los obstáculos que tiene cualquier reforma sustancial del plan

de estudio vigente, conviene realizar este ejercicio, al menos, para valorizar lo que algunas universidades están haciendo, como la UCA y UFLO Universidad.⁴⁹⁵ En suma, lo que se pretende es realizar una reflexión que mueva a reconsiderar qué significa el derecho romano en nuestros días, una cuestión que también la sociedad lo requiere.

II. Argumentación y retórica

En un discurso dado por Terence F. MacCarthy el 15 de noviembre de 2007 al ser honrado con el premio Lifetime Excellence in Advocacy Award por parte del Stetson University College of Law, señaló, entre otros puntos, lo siguiente referido a la defensa en juicio:

The idea for the teaching of trial advocacy did not begin until 1971. It was first done in the summer of 1972. So we do not have to go too far back. Oh, I am sure there are some Doubting Thomases here who say "Wait a minute, Terry, what about the ancient Greeks, didn't they have advocates?" No, they did not.

There were no lawyers in ancient Greece. If you want proof of the problems that caused, go back and talk to Socrates. Socrates did not have a trial lawyer, and look what happened to him. There were no lawyers in ancient Greece.

Well, what about the Romans? There were lawyers in Rome, but they were not trial lawyers as we know them to be. The people tried their own cases. Self-

⁴⁹⁵ En el caso de la UCA, Derecho Romano figura en el plan de estudios 2020 en el segundo semestre del primer año, y en UFLO Universidad está incluida en el primer año y es semestral. En ambos casos es obligatoria. En cambio, por ejemplo, ni en la carrera de derecho de la Universidad de San Andrés ni en la de la Universidad Torcuato di Tella esta asignatura está en su plan de estudios.

*representation was the way it occurred in Rome. Oh, they could and frequently did bring in a lawyer, but they brought the lawyer in for a very specific and limited purpose. To give a speech. That was all they did. Rhetoric was big. They were good at rhetoric. A lawyer would come into the trial to simply give a speech. There was no need to teach trial advocacy. It did not exist.*⁴⁹⁶

En esta extensa y valiosa cita encontramos importantes apreciaciones que, aunque conciernen a la defensa en juicio, permiten apreciar la importancia de la formación legal romana.

En primer lugar, MacCarthy, partiendo de la idea de que en Roma había abogados, indica que cuando se recurría a ellos el instrumento principal de una defensa legal era la *retórica*, en lo cual, apunta, eran muy buenos. Acerca de esto conviene recordar el peso de la cultura griega, y en particular, el de la *oratoria política* y la *retórica*, y en particular, el trabajo de Aristóteles, quien escribe que “la retórica no pertenece a ningún género definido sino que le sucede como a la dialéctica; y, asimismo, que es útil y que su tarea no consiste en persuadir, sino en reconocer los medios de convicción más pertinentes para cada caso, tal como también ocurre con todas las otras artes (...) Entendamos por retórica la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer”.⁴⁹⁷

Aquí ya se encuentran también los problemas de la gramática que hoy se muestran activos por obra del peso que tiene la filosofía del lenguaje en el derecho contemporáneo, porque “la palabra (es) tan blanda y flexible que se la puede llevar a donde uno quiera”,⁴⁹⁸ como Cicerón lo demuestra al decir que “toda mi defensa de Cecina versó sobre las palabras del interdicto: tuve que explicar y definir las cosas embrolladas, hacer el elogio del derecho civil, distinguir las palabras ambiguas. En la ley Manilia, elogí a Pompeyo, y tuve que usar un estilo rico y elegante, aunque templado. En

⁴⁹⁶ MACCARTHY, T. F. (2008). “The History of The Teaching of Trial Advocacy”. En *Stetson Law Review*, 38, p. 117-118.

⁴⁹⁷ ARISTÓTELES, *Reth.*, I, 10-15 y I, 29.

⁴⁹⁸ CICERÓN, *Orat.*, XVI, 52.

la causa de Rabirio iba envuelto el derecho de majestad; por eso recurrí a todo linaje de encendida amplificación”.⁴⁹⁹

También hay que tener en cuenta que, aunque la *retórica* tiene un gran ejemplo en Cicerón, “*In fact, the art of rhetoric was originally created as a flexible technique for training advocates to present cases in Greek and Roman law courts. Moreover, for nearly 1000 years, the study of rhetoric was at the core of both Greek and Roman education and, in one form or another, has been part of most formal education since that time*”.⁵⁰⁰

Pero volviendo a la cita de MacCarthy, si los abogados no eran entrenados en la defensa en juicios era porque tal cosa no existía en Roma.⁵⁰¹ Sin embargo, “*Roman advocates (advocati, causidici, rhetores) and jurists (iuris prudentes, iuris periti, iuris consulti) were trained to ‘see’ legal rules in various ways, some of which were mutually constitutive and some exclusive. Both advocates and jurists continued to be part of a culture of argument that was framed and sponsored by legal institutions, until the sixth century AD and beyond*”.⁵⁰²

Segundo, MacCarthy ofrece seguidamente otros temas de interés: por un lado, dice que los abogados romanos eran entrenados en “*to ‘see’ legal rules in various ways*”, y por el otro, estaban inmersos en la *cultura de la argumentación*, la que era conformada y promovida por las instituciones legales de la época. Mientras lo primero expone la importancia de formar

⁴⁹⁹ CICERÓN, *op. cit.* XXVIII, 102.

⁵⁰⁰ FROST, M. (1999). “Introduction to Classical Legal Rhetoric: A Lost Heritage” En *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 8, p. 614.

⁵⁰¹ “There were two Roman legal professions, not just one: The advocates and the jurists. Each had its own principles and esprit de corps, and they glared at each other, mostly across a great gulf. Yet in the practice of the law they both played essential parts ... both professions, both modes of thinking and arguing, were structurally part of the same legal system, and complementary” en CROOK (2016) cit. in HUMFRESS, C. “Telling Stories About (Roman) Law: Rules And Concepts In Legal Discourse”. En DRESCH, P. y SCHEELE, J. *Legalism. Rules and Categories*. Oxford: Oxford University Press.

⁵⁰² HUMFRESS, *op. cit.*

en los estudiantes de derecho una conciencia jurídica que les permita considerar todos los puntos de vista en juego (económico, político, filosófico, histórico, sociológico y psicológico) en un proyecto de ley, una ley, una jurisprudencia, una sentencia o un caso concreto (aquí importa el uso de clases prácticas donde se asuman diferentes roles por parte de los estudiantes de modo de entender los diferentes puntos de vista); lo segundo apunta al estudio de la defensa en juicio y al modo de hacerla, donde surge la relevancia de la *argumentación*. Acerca de esto interesa una cita de Cicerón:

Hijo: —¿En qué consiste la fuerza oratoria?

Cicerón: —En la *invención* y *colocación* de las cosas y de las palabras (...) ⁵⁰³ el acusador expone los hechos por su orden, y propone con vehemencia cada uno de los argumentos, como si tuviera, por decirlo así, el arma en la mano: concluye con bríos y acritud; y confirma con tablas, decretos, testimonios, etc., deteniéndose mucho en cada cosa: se vale de los preceptos del epílogo para mover los ánimos, mostrándose vehemente en todo el discurso, y sobre todo en la peroración. Su propósito es indignar al juez.

H: —¿Qué ha de hacer el reo?

C: —Todo lo contrario. Él epílogo ha de ser propio para conciliarse la benevolencia: de la *narración* debe cercenarse todo lo que perjudique, y aún omitirse toda ella si nada contiene de favorable. Las pruebas del contrario han de destruirse, o menoscabarse, u oscurecerse con digresiones. En él epílogo se implorará la misericordia de los jueces.

H: —¿Se puede observar siempre este orden?

C: —No siempre. El juicio del auditorio debe servir de guía al orador prudente: lo que se oye con disgusto debe omitirse. ⁵⁰⁴

⁵⁰³ “(...) La *invención* se dice propiamente de las cosas, la elocución de las palabras. El colocar, aunque es común, se refiere principalmente a la *invención*. La voz, el gesto, el ademán y todo lo que se refiere a la *acción* acompaña a la elocuencia, y de todas estas cosas es conservadora la memoria.” En CICERÓN, *Part. orat.*, 3. Éste añade posteriormente que “la *invención* es la primera cualidad del orador” y con esto se buscan “pruebas con que hacer creíble su causa a los que quiera persuadir, y medios de conmover su ánimo”. En CICERÓN, *op. cit.*, 5.

⁵⁰⁴ CICERÓN, *op. cit.*, 14.

El valor de saber argumentar viene dado por la siguiente reflexión de Cicerón:

la argumentación es la explanación del argumento. En ella, de lo no dudoso o probable deduces lo dudoso o menos probable. Dos modos hay de argumentar: uno que se dirige principalmente a la convicción, otro a mover los afectos. En el primero se propone lo que se va a probar, se toma el medio para probarlo, y confirmado éste, se vuelve al propósito y se concluye. La otra argumentación procede al contrario: propone primero el medio y lo confirma, y después de conmover los ánimos llega por fin a su propósito.⁵⁰⁵

Para Cicerón, la *argumentación* “se divide en confirmación y refutación: en la confirmación queremos probar nuestra causa; en la refutación destruir la del contrario. Como en toda controversia se pregunta primero si la cosa existe o no; segundo, qué es, y tercero, cómo es; en el primer caso vale la conjetura, en el segundo la definición, en el tercero la razón”.⁵⁰⁶

Sin embargo, al ser la *argumentación* una técnica ella puede ser usada de modo contrario a la ética. De ahí que Quintiliano advierta que “también el hombre malo compone un exordio, una narración, y entabla sus argumentos tan diestramente que no hay más que pedir”.⁵⁰⁷ O luego agregue que “luego que se hizo comercio del arte de hablar y se comenzó a abusar de los bienes de la elocuencia, los que eran tenidos por elocuentes abandonaron el cuidado de las costumbres; y abandonado éste, fue como presa de los malos ingenios”.⁵⁰⁸ Empero, “Y así dado caso que la oratoria sirva para lo bueno y lo malo, no debemos condenar una cosa de que podemos hacer buen uso”.⁵⁰⁹

⁵⁰⁵ CICERÓN, *op. cit.*, 46.

⁵⁰⁶ CICERÓN, *op. cit.*, 33.

⁵⁰⁷ QUINTILIANO, *Inst. or.*, XXI. Por eso, mientras “algunos pretenden que aun los hombres malos pueden llegar a ser oradores; otros, por el contrario (a cuya opinión me arrimo), dicen que el arte de que tratamos no puede convenir sino a los buenos” (*Inst. or.*, XVI).

⁵⁰⁸ QUINTILIANO, *op. cit.*, I, 2.

⁵⁰⁹ QUINTILIANO, *op. cit.*, XVII, 2.

Tercero, desde la perspectiva moderna, la relevancia del saber argumentar ha sido puesta al día, por ejemplo, por Perelman⁵¹⁰ y Schauer, para quienes

*it is true that both knowing some legal rules and acquiring the skills of lawyering are important to success in the practice of law. And it is also true that some of this knowledge is usefully gained in law school. But what really distinguishes lawyers from other sorts of folk, so it is said, is mastery of an array of talents in argument and decision making that are often collectively described as legal reasoning. So even though law schools do teach some legal rules and some practical professional skills, the law schools also maintain that their most important mission is to train students in the arts of legal argument, legal decisionmaking, and legal reasoning—in thinking like a lawyer.*⁵¹¹

Por consiguiente, lo que el estudiante de derecho debe aprender es el *razonamiento legal*, y a esto contribuye el derecho romano, pues “*But what really distinguishes lawyers from other sorts of folk, so it is said, is mastery of an array of talents in argument and decision making that are often collectively described as legal reasoning*”. Con base en esto, podemos afirmar la

⁵¹⁰ “Hace unos cuarenta años se redescubre la retórica, un nuevo Mediterráneo helénico (...). Ahora bien, la retórica moderna no renace ya como arte o conjunto sistemático de reglas derivadas de la observación y el uso continuado y ya familiar de su objeto, capaces de generar en quien las estudia y asimila la facultad de producir una actividad humana (en el caso de la retórica, el discurso persuasivo y elocuente) encaminada a un resultado útil (en el caso de la retórica, la persuasión del auditorio), sino como mera teoría, bien de la argumentación (*Nouvelle Rhétorique*), bien de las figuras del lenguaje (*Rhétorique Générale*). Da la impresión de que se prefiere lo teórico a lo prescriptivo, se abraza entusiásticamente la teorización sobre los dos componentes fundamentales de la retórica, y, en cambio, se rechaza por acientífico, o sospechoso de serio, todo lo que tenga trazas de recomendaciones, disposiciones o recetas de dicho arte” en LOPEZ EIRE, A. (1995). “Retórica Antigua y Retórica Moderna”. En *Humanitas*, Vol. XLVII, p. 871.

⁵¹¹ SCHAUER, F. (2009). *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, p. 1.

conveniencia de enseñar la *retórica* y la *argumentación*, pues como escribe una investigadora para Quintiliano su “*legalism was tightly bound within an elite culture of argument. In addition to teaching advocates how to handle legal rules, this culture of argument also taught them how to arrive at ‘the facts’ of a case through a technical process of classification and categorization*”.⁵¹²

Y tercero, se observa otro elemento de importancia de una adecuada educación legal: la relación entre *argumentación* y hechos. La vinculación entre la *argumentación*, la *narración* y los hechos apunta a una relación clave para la defensa en juicio que indica la función histórica y narrativa que asume tanto el abogado y la abogada como el tribunal, donde si bien en principio existe una búsqueda compartida de la verdad, también puede darse solo una búsqueda parcial de la misma, porque ¿todos los operadores jurídicos están interesados en develar lo que realmente ha ocurrido en un conflicto legal? Estas y otras preguntas podrían hacerse, pero esto no es objeto de nuestro trabajo aunque correspondía advertirlo. Pero volviendo al tema central es necesario indicar que “*The current lawyer could benefit from looking at the rhetorical forms of speech and trying to use them more often. They make what we say more pleasant and more importantly they help people remember what we have said*”.⁵¹³

Empero, para llegar a esta recuperación de la *retórica* y de la *argumentación* hubo que superar diversos obstáculos: el primero de ellos, la evolución que se fue manifestando con los siglos posteriores al Imperio romano, cuyos efectos persistirán hasta nuestra época y se reflejarán, por ejemplo pero no exclusivamente, en la educación legal argentina. En este sentido, anota Stein un punto de partida histórico necesario para entender los debates acerca de cuál debe ser la educación legal imprescindible:

At the beginning of the empire, there were two contrasting movements at work among the Roman jurists. On the one hand, there was pressure for more rationalism in the law, for identifying a coherent set of rules and remedies, each with precisely defined limits, and for the use of logic in the application

⁵¹² HUMFRESS, *op. cit.*

⁵¹³ MACCARTHY, *op. cit.*, p. 129.

*of those rules. On the other hand, there was a counter-movement to avoid too many precise rules, with a view to preserving as much flexibility as possible, to avoid logic as being too remote from experience, and to concentrate on the decision in the individual case.*⁵¹⁴

*The Roman jurists, whose works are excerpted in Justinian's Digest, are noted for their pragmatic approach to cases and for the subtlety of their casuistic reasoning. They did not generally indulge in discussions of legal theory. It should not, however, be assumed that because they did not articulate comprehensive legal theories, they lacked ideas about the nature of law. For the period of the Roman republic, these ideas have to be inferred from the bare decisions, but by the beginning of the empire, differences in the jurists' reasoning reveal more of their conceptions of the nature of the work in which they were engaged.*⁵¹⁵

Tenemos entonces un enfrentamiento entre el enfoque pragmático y el enfoque racional, una distinción que sobrevivirá hasta nuestra época en las controversias entre quienes se aferran a una enseñanza legal exegética y teórica y quienes defienden una educación eminentemente práctica.

Entonces surge —a medida que se ahonda la distinción y la separación entre teoría y práctica— una enseñanza del derecho romano de tono eminentemente profesoral (quizás el punto más problemático de la significación negativa del derecho romano desde hace varias décadas en la Argentina).⁵¹⁶ De ahí que sea acertado subrayar que “el derecho romano medieval y moderno (que

⁵¹⁴ STEIN, P. (1995). “Interpretation and Legal Reasoning in Roman Law.” En *Chicago-Kent Law Review*, 70, p. 1544-1545.

⁵¹⁵ STEIN, *op. cit.*, p. 1539.

⁵¹⁶ Esto no ocurre sólo en la Argentina, como observa Hoffman: “Law school classes up until the time of Dean Langdell and continuing during his tenure as dean were largely taught by practitioners who also taught or by law teachers with extensive practice backgrounds. There was no divide at this time between theory and practice because law faculties were firmly rooted in both camps. This, however, was soon to change. Charles William Eliot, president of Harvard University at the time of Langdell's appointment as dean, predicted: ‘In due course ... there will be produced in this country a body of men learned in the law, who have never been on

podría ser llamado el neo-derecho romano de la Europa Occidental) fue creado por los catedráticos”.⁵¹⁷

Por consiguiente, si se asume que lo que se enseña es más un derecho romano de tono profesoral, no cabe duda de que su enseñanza resulta innecesaria, o al menos prescindible. De todas maneras, esto puede ser salvado si se parte del punto de vista que ofrecemos: el del que toma como elementos necesarios de una correcta educación legal a la *retórica* y a la *argumentación*.⁵¹⁸ Sin embargo, el aporte romano no termina acá. En el tema contractual (uno de los grandes temas del derecho moderno) encontramos un punto relevante y controvertido: la confluencia de la ética y el derecho en la elaboración de la noción de la *buena fe*, que examinaremos en el apartado siguiente.

III. La buena fe

the bench or at the bar, but who never the less hold positions of great weight and influence as teachers of the law This, I venture to predict, is one of the most far-reaching changes in the organization of the profession that has ever been made in our country.” En HOFFMAN, P. T. (2012). “Teaching Theory Versus Practice: Are We Training Lawyers or Plumbers?” En *Michigan State Law Review*, 2, p. 629-630, citando a Robert Stevens y Arthur Sutherland.

⁵¹⁷ VAN CAENEGEM, R. C. (2011). *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea*. Lima: Palestra Editores, p. 73.

⁵¹⁸ Por ejemplo, en otra área del conocimiento, “En ningún siglo anterior al siglo XX (desde los tiempos en que se hizo efectiva la mecánica democrática que convirtió el discurso retórico en uno de los elementos más poderosos de la sociedad), se había experimentado con tanta fuerza el tremendo poder social del discurso oral persuasivo, tanto en los discursos informativo y propagandístico como en el discurso publicitario, poderosos modos de persuasión de masas. La civilización mediática nos ha devuelto, sin perder las adquisiciones de la civilización de la escritura, a la civilización oral antigua en virtud de los medios audiovisuales de que disponemos en la actualidad” en PUJANTE, D. (2011). “Teoría Del Discurso Retórico Aplicada a los Nuevos Lenguajes. El Complejo Predominio de la *Elocutio*”. En *Rétor*, 1, 2, p. 188.

Si bien alguien podría concordar con lo dicho hasta ahora, esto no quita que se puede seguir insistiendo sobre qué aporta el derecho romano a temas como los *click-and-browse-contracts* o la oferta pública de acciones. Nuevamente la objeción puede ser desechada cuando se examina la *buena fe*. Por cierto, este tema no es desconocido por el derecho contemporáneo sino que se lo resalta en diversos textos jurídicos nacionales e internacionales. Sin embargo, no resulta tan claro si los juristas y legisladores modernos entienden lo mismo que concebían Cicerón y los juristas romanos. Con la finalidad de develar esto conviene primero observar qué es la *buena fe* para los juristas, jueces y legisladores en nuestra época para luego examinar el pensamiento legal romano.

El nuevo Código Civil y Comercial argentino expresa con relación a la *buena fe* lo siguiente en el artículo 9: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Acerca de esto, Marisa Herrera y Gustavo Caramelo comentan que

Incorporar a la buena fe dentro del Título Preliminar coloca a este principio, de manera expresa y precisa, en el lugar central que debe observar en el derecho privado contemporáneo. ¿Acaso sería posible edificar un texto civil y comercial si no se partiera de la idea de que se presume la buena fe, la honestidad, la lealtad en las conductas de las personas? No es casualidad que el principio de la buena fe se haya gestado y consolidado en el campo del derecho privado patrimonial, más precisamente, dentro de la teoría general de los contratos.⁵¹⁹

En suma, siendo este el primer artículo con el que se inaugura el Capítulo 3 del Título Preliminar dedicado al “Ejercicio de los derechos”, es dable señalar que éste está dirigido en especial a los ciudadanos, siendo ellos quienes deben actuar de buena fe (art. en análisis); no abusar del derecho (art. 10); no abusar de su posición dominante (art. 11); observar la ley (art. 12),

⁵¹⁹ CAMELO, G., HERRERA, M. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Infojus, p. 35-36.

siendo imposible renunciar a ella (art. 13), reconociéndoles tanto derechos individuales como de incidencia colectiva (art. 14). Desde el punto de vista sistémico, se puede aseverar que estos principios en el ejercicio de derechos subjetivos son, a la par, fuentes del derecho y pautas de interpretación hábiles para determinar la razonabilidad de una decisión judicial y la coherencia con todo el ordenamiento jurídico –tanto hacia adentro como hacia afuera del CCyC, es decir intra y extra sistema–, el que involucra los tratados de derechos humanos en los que el país es parte –en consonancia con lo dispuesto en los arts. 1º y 2º–. De este modo, y de manera rápida, se advierte la interrelación que muestra el Título Preliminar.⁵²⁰

Esto se relaciona, por ejemplo, con el artículo 10, que trata del abuso del derecho, donde entre otros puntos se establece que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Por su parte, si se toma como otro ejemplo lo que sucede en el derecho colombiano, en éste se nota que “resalta el carácter normativo de la buena fe, esto es, su capacidad para crear permanentemente reglas que las partes deben cumplir durante el *iter* contractual y su efecto integrador del contrato, en virtud del cual no se hace necesario pactar la buena fe para que los efectos derivados de la misma operen sobre todo contrato”.⁵²¹ Por eso,

la amplitud del principio, ese *manare latissime* o significado profundo y amplio del que hablaba Cicerón (*de off.* 3. 17. 70), que hace que la buena fe esté presente en las cosas fundamentales de la vida social, y que vincula al principio con deberes de honestidad, de probidad, de consideración de los intereses de la contraparte y por ende de colaboración y de solidaridad, de claridad, de diligencia, de equilibrio, de reciprocidad y de lealtad, entre otros muchos, que conducen a vedar el abuso del derecho o el enriqueci-

⁵²⁰ CAMELO, HERRERA, y PICASSO, *op. cit.*, p. 37.

⁵²¹ NEME VILLARREAL, M. L. (2006). “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano.” En *Revista de Derecho Privado*, 11, p. 88.

miento sin causa, todas reglas que emanan del principio de buena fe, lejos de diluir el principio de buena fe en una norma moral abstracta, hace que por el contrario lo concreten en valores objetivos, determinados por la riqueza de las reglas que emanan de la buena fe, que no admiten discrecionalidad alguna, pues el propio juez en su aplicación está sometido a los preceptos del principio.⁵²²

Lo expuesto indica que una fuente de este principio la encontramos en la obra de Cicerón. Para comprender su pensamiento es necesario partir de una premisa que no queda clara en el derecho moderno, o al menos se la observa como fuente de controversias: la *buena fe* ¿es un concepto legal o una concepción estrechamente vinculada a la ética? Porque para Cicerón la oposición que se establece entre la *buena fe* y el *dolo malo* tiene su paralelo en la que existe entre las virtudes y los vicios. Por eso, Cicerón al desarrollar esta idea se refiere al *dolo malo* y a quienes lo usan diciendo que éstos son “pérfidos, malos y perjudiciales, y no pueden hacer cosa alguna útil, acompañándola tantos vicios”.⁵²³

Ahora bien, para saber qué es el *dolo malo* Cicerón acude a citar lo dicho por su amigo Aquilio, quien cuando le preguntaban qué era este *dolo* respondía: “dar a entender una cosa y hacer otra”, respuesta que logra el elogio de Cicerón, pues dice de ella que es “admirable (...) y digna de un sabio”. Por consiguiente “(...) todos aquellos que se valen de estos artificios y engaños, son pérfidos, malos y perjudiciales, y no pueden hacer cosa alguna útil, acompañándola tantos vicios”. En consecuencia, “el dolo malo consiste, según dice Aquilio, en el fingimiento y simulación. Esto supuesto, se ha de desterrar de cualquier contrato toda mentira; de manera que ni el vendedor use de fraude con el comprador, ni tampoco éste contra aquel que algo le vendiere; y si se avocaren las dos partes, basta una sola palabra del uno y del otro”.⁵²⁴

Porque “el hombre de bien no fingirá, ni callará cosa alguna por comprar

⁵²² NEME VILLARREAL, *op. cit.*, p. 88-89.

⁵²³ CICERÓN, *De off.*, L. III, Cap. XIV.

⁵²⁴ CICERÓN, *op. cit.*, L. III, Caps. XIV y XV. En el Código Civil y Comercial argentino, en el artículo 271 se establece que la “Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de

ni vender con más conveniencia”. Luego, el *dolo malo* –agrega Cicerón– está prohibido por las leyes como las Doce Tablas y la Ley Letoria contra los perjuicios de los menores, y fuera de las leyes, en los juicios que llevan la fórmula de *buena fe* y en la dote donde se añaden las palabras *como sea mejor y más justo* y en la venta de confianza, que dice: *se debe obrar bien como entre buenos*.⁵²⁵ Pero lo que interesa es esta observación de Cicerón: “Sea, pues, el dolo malo simulación o disimulación, cierto que hay muy pocas cosas en que no intervenga; y si el hombre de bien es aquel que aprovecha a cuantos puede, sin hacer agravio a nadie, en verdad que tendremos harta dificultad en encontrarle”.⁵²⁶

Se deduce, entonces, que la *buena fe* se vincula a dos principios que se relacionan con la *justicia*: lo primero, que no se haga daño a nadie, y lo segundo, que se mire por la común utilidad. Empero, la obligación puede variar si se mudan las circunstancias. Es decir, que, en general, se debe cumplir con lo convenido salvo que circunstancias particulares ameriten no hacerlo. Es así que se toma como patrón de conducta a la persona de bien, quien solo actúa de modo contrario a lo convenido cuando –a veces– es justo no cumplir lo prometido, no volver el depósito, y el no guardar y desentenderse de otras cosas porque la buena fe y la verdad lo requieren. En estos casos, la cuestión pasa por lo siguiente:

(...) hay casos y circunstancias en que lo que parece digno de un hombre

lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación”. Con relación a esto, la comentarista Benavente dice que “el dolo es uno de los vicios clásicos de la voluntad, pues suprime la intención. Tiene distintos significados, pero aquí se lo estudia como vicio de la voluntad. Consiste fundamentalmente en realizar una maniobra engañosa o incurrir en una omisión o reticencia que produzca el mismo efecto (...) El ardid, la astucia y la maquinación deben ser idóneos para configurar una maniobra ilícita que determine la voluntad de otra persona, llevándola a realizar un acto jurídico que de otro modo no hubiera celebrado” en CAMELO, HERRERA, y PICASSO, *op. cit.*, p. 453.

⁵²⁵ CICERÓN, *op. cit.*, L. III, Cap. XV.

⁵²⁶ *Ídem*.

justificado, a quien llamamos hombre de bien, varía totalmente y se muda en lo contrario: de forma que viene a ser justo no cumplir lo prometido, no volver el depósito, y el no guardar y desentenderse de otras cosas que la buena fe y la verdad requieren. Porque es necesario referirse en todo a aquellos fundamentos de la justicia que propuse al principio: lo primero que no se haga daño a nadie, y lo segundo que se mire por la común utilidad. A proporción que varían las circunstancias se mudan también las obligaciones, y no siempre son las mismas. Porque puede ocurrir alguna promesa convención, cuyo cumplimiento no sea útil o a quien la hizo o a quien fue prometida.⁵²⁷

En cuanto a si existe una teoría de la *buena fe*, no es de interés ni de Cicerón ni de los juristas romanos formular teorías. Esto agudamente —hace un par de siglos atrás— lo observó el jurista Savigny cuando escribió que

Quando (los juristas romanos) tienen que considerar un caso de derecho, parten de la viva intuición de éste, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba deducirse. De este modo, no hay para ellos una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica véase siempre elevada a la altura del proceso científico. En cada teorema fundamental véase a un mismo tiempo un caso de aplicación, al modo cómo en todo caso práctico se descubre la regla que lo informa, revelando además una gran maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular y viceversa. Realmente, en este método especial, para encontrar y exponer el derecho, radica su particular mérito, siendo de notar que en ellos el arte se ha perfeccionado con el conocimiento y la exposición científica, sin perder por ello la evidencia y la vida que son características de los tiempos primitivos.⁵²⁸

Por último, queda por referirse a la *buena fe objetiva*. Ésta surge —como

⁵²⁷ CICERÓN, *op. cit.*, L. I, Cap. X.

⁵²⁸ SAVIGNY, F. C. de (2015). *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, p. 44.

expone la catedrática de derecho romano Sansón Rodríguez— en conexión con las relaciones protegidas con los *bonae fidei iudicia* y, dentro de ellas, los contratos consensuales. Y advierte lo que hay que tener en cuenta cuando eso se lo quiere relacionar con el derecho actual (una perspectiva muy difundida en varios ámbitos académicos).

Hoy se ha llegado a un concepto único de contrato, inspirado en las características propias de estos contratos (consensuales), pero la particularidad romana consiste en haber distinguido entre tipos de contratos según que la acción que los protegiera fuera una acción de buena fe, que, al permitir al juez tener en cuenta todas las circunstancias del caso y lo que las partes podían exigirse según las reglas de la buena fe, concedía un amplio margen al arbitrio judicial, o fuera una acción de derecho estricto, en las que el juez no disponía de esta discrecionalidad.⁵²⁹

Y agrega dos datos de importancia:

En el derecho romano clásico las exigencias de la buena fe no quedaron limitadas a los *bonae fidei iudicia* y se trasladaron también a las relaciones protegidas por acciones de derecho estricto. El medio que se empleó para dar cauce a la necesidad de acercar las acciones *stricti iuris* a las acciones de buena fe fue la *exceptio doli*, que ampliaba las facultades de apreciación del juez. Este acercamiento fue acompañado de una objetivación del concepto de dolo en la *exceptio doli*, pues ahora se entendía que en ella el dolo era el comportamiento contrario a la buena fe, no necesariamente malicioso e intencionado.⁵³⁰

En concordancia con lo dicho hasta ahora se puede decir que la *buena fe* en el derecho clásico sirve en los casos de oscuridad de lo actuado una

⁵²⁹ SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. (2001). “La Buena Fe en el Cumplimiento de las Obligaciones Contractuales en el Derecho Romano Clásico. Especial Referencia al Problema de la Bilateralidad en los Contratos Consensuales.” En *Anales de la Facultad de Derecho*, 18, p. 38.

⁵³⁰ SANSÓN RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 39.

función interpretativa del contrato, de su objeto y sus efectos, es decir, a lo que la *buena fe* exige de las partes, o sea a lo convenido.⁵³¹

Además, la *buena fe* ayuda a integrar el contenido del contrato en el caso concreto, por ejemplo, las obligaciones no previstas por las partes pero que son exigibles cuando vienen determinadas directamente por la *buena fe*. Pero también existen obligaciones previstas por las partes que no son exigibles por la *buena fe*: “Se puede decir que más bien en general la función de la buena fe es la de imponer límites a la libertad de apreciación del juez en estos *iudicia bonae fidei*”.⁵³² De lo expuesto surge una pregunta relevante para los operadores jurídicos: ¿es posible compatibilizar estas ideas con las concepciones del positivismo jurídico o las del utilitarismo? La respuesta la daremos en la conclusión.

IV. La equidad

Cuando nos dirigimos a observar lo que los jueces deciden o cómo lo hacen, surge un dato clave que nos obliga a volver una vez más la mirada al derecho romano: la *equidad*. Para entender la tarea judicial es útil recordar lo que Pound escribió hace tiempo atrás:

(...) the administration of justice involves more than the interpreting and applying of given precepts by means of a traditional technique. It happens continually that courts must choose between competing principles, developing the one and distinguishing the other. They must choose to apply this precept by analogy and thus to extend its scope, and to restrict that precept that might well cover the case. They must choose to go in one path of legal analogy and not in another, where both lie open before them. The choice is not one of inexorable logic. Nor is it a matter of mere personal inclination or personal caprice. It is governed by settled ideals of the end of law and of what the legal order, and

⁵³¹ SANSÓN RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 41.

⁵³² SANSÓN RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 42.

*hence what legal precepts, should be in view thereof.*⁵³³

En esta cita es la advertencia inicial la que interesa subrayar: “*the administration of justice involves more than the interpreting and applying of given precepts by means of a traditional technique*”. Tampoco es “*a matter of mere personal inclination or personal caprice. It is governed by settled ideals of the end of law and of what the legal order, and hence what legal precepts, should be in view thereof*”. En este punto nos encontramos con la noción de *equidad*. Con relación a esto Cicerón sostiene lo siguiente:

H: –Ya sé los preceptos de la alabanza y de la suasión; explícame ahora los del género judicial, que es el único que queda.

C: –Bien dices. El fin de este género es la equidad que no siempre se juzga por sí misma, sino a veces por comparación, vg.: cuando se disputa acerca del acusador más verdadero, o cuando se pide la posesión de una herencia sin ley o sin testamento, en cuyas causas se pregunta cuál es lo más justo o lo justísimo, usando siempre argumentos de equidad.⁵³⁴

Y luego agrega que

El que se defienda con la intención y voluntad del legislador responderá que la fuerza de la ley no consiste en la letra muerta, y alabará al legislador por no haber introducido excepciones para no dar asidero al delito y para que el juez interpretase en los casos particulares la mente de la ley. Tráiganse ejemplos en que toda equidad se perturbaría si obedeciésemos las palabras de la ley y no su sentido.⁵³⁵

En la concepción de Cicerón la *equidad* se vincula con lo recto, lo verdadero, lo justo y lo bueno, la reciprocidad “que en el beneficio se llama agradecimiento y en la injuria venganza”.⁵³⁶ En suma, la *equidad* “es lo que

⁵³³ POUND, R. (1940). “The University and the Legal Profession.” En *Law Journal*, 10.

⁵³⁴ CICERÓN, *Part. orat.*, 98.

⁵³⁵ CICERÓN, *op. cit.*, 136.

se aplica a todos por igual”.⁵³⁷ Y esto se relaciona con otra noción clave ya mencionada: la *iustitia*.⁵³⁸ De lo cual se deriva nuevamente que ética y derecho confluyen para dar contenido y sentido a dos elementos esenciales del derecho romano: la *equidad* y la *iustitia*. Esto se esclarece –siguiendo al catedrático Fernández de Buján– cuando se recuerda que “la *aequitas*, como ideal de justicia, es la aspiración de toda norma jurídica”, por lo cual “la norma que no responde a este ideal será considerada inicua. A ella se refiere el pretor cuando realiza una interpretación más ajustada a la nueva realidad, a la conciencia social, a las circunstancias que concurren en un caso o a la ausencia de regulación, suponiendo todo ello una innovación con arreglo al *ius civile*, que se realizaba atendiendo a las exigencias de justicia en el caso concreto”.⁵³⁹

Luego tendrá un nuevo significado –dice este jurista– “más próximo a términos como *humanitas*, *benignitas*, *pietas*, en el sentido de que es necesario suavizar el excesivo rigor en la interpretación y aplicación del derecho”. Bajo esta mirada se debe entender, entonces, el aforismo romano: *summum ius, summa iniuria*, que proviene de Cicerón, con el cual se quiere expresar que una aplicación rígida del derecho puede llevar a cometer la mayor injusticia.⁵⁴⁰ Por eso, Pound reconoce que

In a developed legal system when a judge decides a cause he seeks, first, to

⁵³⁶ CICERÓN, *op. cit.*, 130.

⁵³⁷ CICERÓN, *De inu.*, L. II, 68.

⁵³⁸ Como explica Núñez: “La *iustitia*, que según la definición clásica consiste en dar a cada uno lo que merece, es el complemento natural de la *temperantia* (...), a la que se opone por su valor esencialmente activo y positivo. Para los romanos (...) significa (...) el sentimiento de la justicia, el espíritu de equidad, la acción conforme a la justicia y se fundamenta en la noción de *fides*. Para Cicerón constituye la base de la sociedad romana y la principal de las virtudes (...)” en CICERÓN (1997). *La invención retórica*. Traducción, introducción y notas por Salvador Núñez. Madrid: Gredos, nota 141, p. 299.

⁵³⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2000). “Conceptos y Dicotomías del *Ius*”. En *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 3, p. 17.

⁵⁴⁰ *Ídem*.

*attain justice in that particular cause, and second, to attain it in accordance with law - that is, on grounds and by a process prescribed in or provided by law. One must admit that the strict theory of the last century denied the first proposition, conceiving the judicial function to begin and end in applying to an ascertained set of facts a rigidly defined legal formula definitively prescribed as such or exactly deduced from authoritatively prescribed premises. Happily, even in the height of the reign of that theory, we did not practise what we preached.*⁵⁴¹

Aquí se halla lo esencial de la función judicial. Y lo que nos ha legado la obra jurídica de Roma, y en particular de Cicerón.

V. Contextualización y transmisión de ¿cuál derecho romano?

Alguien podría sostener con buen criterio que debería hacerse una encuesta entre los abogados y las abogadas, y entre los profesores y profesoras de derecho romano para conocer qué piensan acerca de su integración obligatoria en la educación legal. La idea es adecuada pero insuficiente. Si las respuestas dependen de los y las romanistas, éstos expondrán un conjunto de justificaciones más o menos consistentes. Empero, a pesar de la sinceridad que puedan manifestar (de lo cual no se puede dudar), las respuestas no dejarían de ser sesgadas. En consecuencia, es necesario considerar una perspectiva externa si se quiere afirmar la relevancia de su enseñanza. A esto nos dedicaremos en este apartado.

En principio, importa considerar dos temas que, estimo, son necesarios para afirmar la relevancia del derecho romano: su contextualización y su transmisión. A fin de explicar estos puntos, conviene tomar nota de dos

⁵⁴¹ POUND, R. (1923). "The Theory of Judicial Decision. III. A Theory of Judicial Decision for Today." En *Harvard Law Review*, Vol. 36, Nº 8, p. 940.

hechos que o pueden pasar desapercibidos, o se dan por supuestos.

El primero proviene de la vida de Justiniano. Por un lado, en cuanto a su persona corresponde destacar algunos aspectos que favorecen la comprensión de la obra jurídica que llegó a ordenar. Según Pazdernik, Justiniano fue un personaje controversial y contradictorio que desplegó una política que, al mismo tiempo, atrajo y causó repulsa. Sus iniciativas generaron tensiones, siendo uno de los puntos centrales su modo de gobernar: “*Questions emerged with special urgency about what it meant to be a Roman, to govern (or to be governed) lawfully, and to perpetuate institutions and practices sanctioned by their antiquity*”.⁵⁴² Pero además fue un devoto cristiano y tuvo

*a vision he considered himself to have been uniquely and providentially appointed to realize. As a devout Christian, Justinian professed a conception of human history that was providential and eschatological. Seeking to make the earthly monarchy over which he presided more nearly resemble the heavenly monarchy upon which he believed it to be patterned. (...) In his determination to translate principle into practice, to seize opportunities, and to articulate a vision of his role in the imperial office that elevated the pragmatic and opportunistic to the level of principle, Justinian emerges as a genuine ideologue and a radical, a ruler determined to remake the world in accordance with his ideals.*⁵⁴³

De ahí que de él se pueda decir que fue “*both the inheritor of this Roman*

⁵⁴² PAZDERNIK, C. (2005). “Justinianic Ideology and the Power of the Past.” En *The Cambridge Companion to the Age of Justinian*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 186.

⁵⁴³ PAZDERNIK, *op. cit.*, p. 186; “Justiniano, propiamente hablando, fue el ‘último’ emperador ‘romano’ que ocupó el trono bizantino. Justiniano es una muestra de la simbiosis y transición bizantinas: gobernante cristiano, consciente de su misión romana civilizadora. Para Justiniano, como para cualquier bizantino, el *imperium romanum* se identificaba naturalmente con la οἰκουμένη cristiana. El triunfo del cristianismo era una misión tan sagrada como la restauración de la supremacía romana” en TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2015). “Derecho Romano ¿obra romana, bizantina o alto medieval?.” En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXV, núm. 264, p. 570.

imperial legacy and perhaps the single figure most responsible for establishing the form in which posterity would receive it.”⁵⁴⁴

Por otro lado, con relación a su obra Zimmermann nota que “para la trascendencia europea del derecho romano fue decisivo un elemento ajeno al derecho romano clásico: una legislación omnicompreensiva concebida por el emperador Justiniano”. Su decisión de elaborar “una inmensa recopilación de fragmentos provenientes de las obras jurídicas clásicas (los *digestos*), que promulgó junto con otra contentiva de las constituciones de los emperadores y un manual de introducción al derecho” fue algo más que una obra compleja.

Hizo que textos centenarios fueran reformados y adecuados a las condiciones de su tiempo (las llamadas interpolaciones); que textos que obedecían a diferentes etapas de desarrollo del derecho romano fueran igualmente vigentes y que una recopilación (¡realizada en tan solo tres años!) contuviera una gran variedad de fragmentos que reflejaban las controversias de los juristas romanos, los cuales reunidos en un “código” debían conducir ineludiblemente a contradicciones difícilmente conciliables.⁵⁴⁵

En palabras de Tamayo y Salmorán, “con independencia de sus innumerables aciertos, la ‘reputación’ del ‘antiguo’ derecho clásico, proporcionó un fuerte refuerzo a la concepción unitaria del orden jurídico. Con insuperable claridad y fuerza, el ‘derecho romano’, tal y como era presentado por los juristas bizantinos, regulaba ‘todo’”. Empero, se percibe que “los juristas bizantinos abreviaron y, no pocas veces, alteraron los textos para responder a las necesidades de la sociedad bizantina contemporánea; tratando de reconciliar la herencia latina con mandamientos cristianos y costumbre del Oriente helénico”.⁵⁴⁶

El segundo hecho destacado es el que ofrece el relevamiento de la forma-

⁵⁴⁴ PAZDERNIK, *op. cit.*, p. 188.

⁵⁴⁵ ZIMMERMANN, R. (2010). “Derecho Romano y Cultura Europea” En *Revista de Derecho Privado*, N° 18, p. 22-23.

⁵⁴⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, *op. cit.*, p. 565.

ción legal de quienes habrían de conformar el derecho moderno europeo e hispanoamericano. De acuerdo a Zimmermann, el derecho moderno y el pensamiento jurídico han sido moldeados –como en otros aspectos– por el derecho romano. Empero, “solo en la menor parte de los casos (si es que se dan) las reglas modernas son idénticas a las reglas de derecho romano (o incluso lo son entre ellas mismas); en ocasiones inclusive se ha invertido el modelo romano”.⁵⁴⁷ Sobre esta cuestión el autor cita varios ejemplos de los cuales solo tomamos uno. El ejemplo concierne al principio de *nuda pactio obligationem non parit*, que significaba que un acuerdo informal no daba lugar a una acción. El problema fue que luego se fueron haciendo exigibles un número mayor de *pacta*. De este modo –prosigue el autor– se fueron asentando las bases para la elaboración del principio *pacta sunt servanda* “que pese a estar expresado en latín no es como tal romano, sino que fue formulado por primera vez en el *Corpus Iuris Canonici*, la recopilación medieval de derecho canónico”.⁵⁴⁸

Esto nos lleva a preguntarnos con Zimmermann algo que ya habíamos planteado: ¿de qué derecho romano se habla cuando se habla de derecho romano en nuestra época? Según éste, este derecho tiene ciertas notas distintivas que hay que tener en cuenta al momento de enseñar el derecho

⁵⁴⁷ HAMZA, G. (2013). “Derecho Romano y el Desarrollo del Derecho privado en Europa del Este”. En *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 17, p. 595-604; RODRÍGUEZ ENNES, L. (2012). “La Permanencia del Derecho Romano en los Códigos Europeos e Iberoamericanos”. En *Revista jurídica da FAZ: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, Vol. 9, Nº 1, p. 37-52. Este jurista ejemplifica el peso del derecho romano cuando expresa que “el culto que Andrés Bello profesó al Derecho romano, del que dejó tantos testimonios impresos, no dejó de proyectarse en el Código civil, su obra jurídica impresa. Para Bello, en ese Derecho estaba el origen de la legislación civil moderna; en consecuencia, su estudio servía para entenderla en profundidad. Si se trataba de formar una nueva legislación, el Derecho romano habría de servir necesariamente de guía. Así, fue el plan de las *Institutiones* de Justiniano el que presidió muy cercanamente la organización sistemática de su Código”, *op. cit.*, p. 748.

⁵⁴⁸ ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 16.

romano a los estudiantes de hoy en día. Ellas son, entre otras:

1. “Se trata de una rama específica de conocimiento cuyo altísimo grado de desarrollo se debe a los juristas, lo que constituye algo único en el mundo antiguo”;⁵⁴⁹
2. “Se encuentra una delimitación del derecho (o con una expresión de Fritz Schulz: aislamiento) frente a la religión, la moral, la política y la economía: una separación entre lo jurídico y lo no jurídico;
3. Pone un fuerte énfasis en el derecho privado y en el procedimiento civil;
4. Fue un derecho de juristas expertos y de gran experiencia, lo que explica su elasticidad y su realismo;
5. Lo anterior se refleja en sus controversias, y
6. “El antiguo derecho romano desarrolló una tradición en la que los autores más recientes se basaban en la jurisprudencia de los más antiguos, la cual creó una relación de discusión que abarcó generaciones enteras de juristas”.⁵⁵⁰

Con relación a esto, Tamayo y Salmorán señala que “constituye un viejo error de la profesión (desde su recepción en Europa hasta nuestros días), llamar ‘derecho romano’ a la asignatura que enseña (cuando se enseña

⁵⁴⁹ “El modo de proceder –en términos generales, el método– de los juristas es un arte que puede concentrarse en la resolución del caso, pero no se ha de decir sino de manera amplia que existe *un* método jurisprudencial, ya que al parecer existen matices personales que, en el presente estado de nuestros conocimientos, no se hallan determinados en el grado que sería de desear. La vía normal de los juristas para la creación se llama *interpretatio*, pues la antigua jurisprudencia pontifical no manifestaba pretensiones de ir más allá de una modesta labor interpretativa sobre el texto de las XII Tablas. Pero en realidad, bajo esta denominación (...) se deben distinguir dos actividades diversas, cuales son la *interpretatio* propiamente dicha por una parte, y la labor que podríamos denominar de integración del derecho, incomparablemente más rica y frecuente que la anterior” en BETANCOURT SERNA, F. (1983). “El Espíritu del Derecho Romano”. En *Anuario de Historia del Derecho Español*, Nº 53, 1983, 562.

⁵⁵⁰ ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 18-19.

bien)”.⁵⁵¹ Por eso, importa saber qué se enseña dentro de un contexto que no es semejante al nuestro y cuya transmisión depende de cuánto espacio damos al marco histórico, marco que nos permite comprender la evolución de este derecho, al mismo tiempo que nos muestra cuánto han influido las estructuras políticas, sociales y económicas.⁵⁵²

Lo que quiero decir y adelantar es que la enseñanza del derecho romano – tal como se realiza en los manuales de estudio al uso– no refleja las razones de por qué aún en nuestros días ciertas reglas y principios conservan un inestimable valor. El uso frecuente de sistematizar temas sin una explicación adecuada que habilite una comprensión de por qué, por ejemplo, se modifican los modos de transmitir el dominio o cambia la posición de los esclavos, no solo se manifiesta inútil sino que desvaloriza al propio derecho romano. Si se sigue este camino no se entiende ni se transmite la perennidad de un derecho que merece ser subrayada frente a todas las variantes de positivismo jurídico y de profesionalismo que minimizan u oscurecen su relevancia. Entonces, no cabe duda de que se requiere una modificación de los contenidos de los programas de esta asignatura y del modo de su enseñanza. Y esto es tarea irremplazable de los romanistas.

VI. Conclusión

Con lo expuesto se responde –en grandes trazos– a las preguntas indicadas al comienzo de este trabajo. Pero aún quedan en pie algunas dificultades. Desde un punto de vista externo, ¿son los programas actuales de enseñanza de derecho romano adecuados a las necesidades de los futuros abogados?

⁵⁵¹ TAMAYO Y SALMORÁN, *op. cit.* 572.

⁵⁵² “El surgimiento de una ciencia del derecho privado con estas características seguramente no habría sido posible sin la recepción de la filosofía y la epistemología griegas en la Roma republicana. Determinante fue sin embargo el rol de los expertos juristas en la aplicación y el desarrollo del derecho, de lo cual la misma Grecia careció. Crudamente dicho, el derecho griego fue un derecho sin juristas” en ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 22.

Si la enseñanza del razonamiento legal es la clave no solo de la educación legal sino del trabajo del abogado y del juez, ¿qué lugar ocupa el estudio de la labor de los jurisconsultos romanos? La respuesta pasa por los profesores de derecho romano. Si enseñan “derecho romano positivo” (Tamayo y Salmorán) entonces no se entiende la perennidad de este derecho. Si se enseña un “derecho profesoral” se minimiza su valor. Lo que importa –y lo digo asumiendo las críticas– es subrayar lo que trasciende en el tiempo: la tarea de ser –en palabras modernas– un sistema jurídico cuyo eje pasa por ser *problem-solver* como lo manifiesta la tarea de los jurisconsultos. Esto es lo que el estudiante de derecho debe aprender al comienzo de su carrera con la finalidad de conformar una verdadera conciencia jurídica para no quedar librado a lo contingente, y demostrarle la vigencia de un derecho que nació, tal vez con esa idea, y que continúa teniendo valor aún en la educación legal de este siglo.