

EL ROMANISMO EN LOS JURISTAS LATINOAMERICANOS

Emilssen G. de Cancino

Como tema de los Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano se ha venido señalando “El romanismo de los juristas latinoamericanos”, connotados especialistas han presentado en ellos documentos y juiciosos estudios sobre la obra de algunos de tales juristas.

Sin embargo, la descripción y el análisis del romanismo se ha dedicado en forma preferente —era lógico que así se hiciera— al de los tres grandes codificadores de la América del Sur.

Se ha puesto muy en claro y, se ha logrado extender ese conocimiento a muchos, que la obra codificadora de BELLO, VELEZ-SARFIELD y TEIXEIRA DE FREITAS aseguró el predominio del derecho romano en América Latina, entre otros factores, porque ellos fueron eximios romanistas y porque, en consecuencia, usaron fuentes romanas para crear, adaptar o modificar instituciones y soluciones jurídicas.

Además del trabajo realizado en esta dirección, creemos necesario que nos dediquemos paulatinamente a investigar acerca de la influencia que el derecho romano ha ejercido en los juristas que han venido aplicando tales códigos porque ello nos permitirá conocer si el elemento romano se ha robustecido o, por el contrario, tiende a desaparecer cuando las disposiciones de los códigos se aplican a los casos concretos o se explican en las facultades de derecho.

Para tratar de determinar cuál era la formación de los abogados que recibieron el Código Civil de BELLO en Colombia que lo aplicaron y lo comentaron; qué fuentes romanas influyeron en tal formación, cuál era la calidad y cantidad de la información romanística que se impartía durante la pasada centuria en nuestro país, realizamos hace algunos años una investigación en los archivos de

la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario en Bogotá. A través de ella pudimos observar que la enseñanza del latín y del derecho romano fue considerada de suma importancia para la formación de los juristas y que este último fue asignatura obligatoria en las facultades de derecho a lo largo de todo el siglo, excepto durante un pequeño período de siete años, contado desde la ley del 30 de mayo de 1835 que reformó el plan de enseñanza pública en la Nueva Granada, hasta la entrada en vigencia del decreto de primero de diciembre de 1842 que organizaba las universidades (1).

Alrededor del año 1936 se produjo en Colombia un cambio político importante que dejó sentir su influencia en varias instituciones constitucionales y en la interpretación de los códigos vigentes. La definición constitucional de la función social de la propiedad, la elaboración jurisprudencial de nociones tan importantes como la responsabilidad por el riesgo creado, el abuso del derecho, el fraude a la ley, el enriquecimiento sin causa, la imprevisión; el restablecimiento del criterio que concibe la nulidad como remedio técnico y no como castigo; las limitaciones a la autonomía de la voluntad, corresponden a esta época (2).

La Corte Suprema de Justicia, tribunal que conoce del recurso de casación, cuyo fin primordial, al tenor de los dispuestos por el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, es el de “unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos”, estuvo integrada en esos años por magistrados tan célebres por sus conocimientos jurídicos, por su formación humanística y por su política de apertura hacia soluciones y teorías modernas, que mereció el calificativo de “Corte Admirable”. Uno de estos magistrados fue el doctor

-
- (1) GONZALES de CANCINO, Emilssen, Algunas consideraciones en torno a la influencia del derecho romano en las codificaciones civiles de América Latina, en *Index*, 14, 1986.
 - (2) ROCHA, Antonio, Reportaje. En: El Ministerio de Gobierno y la reforma del Código Civil, Bogotá, Imprenta Nacional, 1939, p. 229; HINESTROSA DAZA, Ricardo, Liborio Escallón y Hernán Salamanca, La Corte Suprema emite concepto sobre la reforma al Código Civil. En: *IBIDEM*, p. 235.

RICARDO HINESTROZA DAZA, rector de la Universidad Externado de Colombia durante treinta años.

Hemos escogido este año la figura del doctor HINESTROZA DAZA para colocar su obra bajo el ojo analítico de los romanistas latinoamericanos no porque hubiese sido un profesor de derecho romano, sino porque fue un “jurisprudente en las tres clásicas prácticas del abogado, el juez y el maestro” (3), llegando en todas y cada una de ellas a las más altas posiciones. Su rectoría del Externado durante tres décadas le permitió influir directamente sobre la formación de los abogados colombianos; su magistratura y la presidencia de la Corte Suprema de Justicia en la época de los grandes cambios en materia de interpretación, hizo posible que su criterio jurídico imprimiera una dirección precisa en la jurisprudencia de nuestro país. El análisis que nos hemos propuesto se inscribe también dentro del afán de aportar algo a la celebración del Primer Centenario de nuestra Universidad que se celebrará en 1986.

Para realizar la investigación en su primera etapa nos limitaremos al estudio de la obra jurisprudencial de HINESTROZA aprovechando la recopilación de autos, sentencias y salvamentos de voto que en 1976 hiciera el profesor Luis Carlos BARRERA-MENDEZ (4). Se hace necesario examinar 207 sentencias, 10 autos y 4 salvamentos que se produjeron entre 1935 y 1950. Para sistematizar la búsqueda de la información agrupamos las providencias en cuatro capítulos de acuerdo con su contenido y según el orden de los libros del código civil; uno más, relativo al derecho comercial y otro, a las cuestiones meramente procesales.

Será necesario precisar si se manejan y en qué forma las fuentes romanas; determinar si las obras del Corpus Iuris Civilis se citan de manera directa o si ellas, como aparece en algunas sentencias, se traen a colación a través de autores europeos.

-
- (3) ECHANDIA, Darío, Elogio de Ricardo Hinestrosa Daza. En: *Semblanzas del Externado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1985, p. 39.
- (4) BARRERA-MENDEZ, Carlos, Ricardo Hinestrosa Daza. Su obra como magistrado en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1976.

Objeto de cuidadosa apreciación será el lenguaje usado por el magistrado, la utilización de los aforismos jurídicos romanos y la precisión de conceptos mediante vocablos latinos con significación unívoca o paradigmática. Se tratará de comprobar si las fuentes romanas de que se valió BELLO también son objeto de examen por el jurista.

El conjunto de providencias que hasta ahora hemos tomado en consideración (una sexta parte del universo que debe ser examinado), nos autoriza para adelantar algunas hipótesis provisionales:

1. El derecho romano se invoca para fundamentar o reforzar los argumentos del fallador con más fuerza cuando la providencia trata de ampliar la perspectiva del código, de romper el cerco exegético en que se había desenvuelto su interpretación (5) que en aquellas ocasiones en las que se limita a la adecuación de los preceptos del código a los hechos examinados (6).
2. Para aclarar la diferencia que algunos artículos establecen entre varias especies de un género jurídico, el error, el dolo, la culpa, por ejemplo, HINESTROZA acude a las distinciones romanas y, aún sin citar fuente alguna, emplea las denominaciones latinas correspondientes (7).
3. Su argumentación se enriquece, con bastante frecuencia, por medio del uso de aforismos elaborados por los antiguos romanos o por la romanística moderna; en tales casos el brocardo

(5) GOMEZ, José J. Concepto. En: El Ministro de Gobierno y la reforma del Código Civil, Ob. cit., p. 48.

(6) Sentencias de: 19 de agosto de 1935 (G.J., tomo 42, p. 455 s.s.); 30 de octubre de 1935 (G.J., tomo 43, p. 310 s.s.); 21 de febrero de 1938 (G.J., tomo 46, p. 56. s.s.); 24 de agosto de 1938 (G.J., tomo 47. p. 54. s.s.); 24 de marzo de 1939 (G.J., tomo 47, p. 742-748); 7 de marzo de 1944 (G.J., tomo 57, 74-80).

(7) Sentencias de: 14 de marzo de 1938 (G.J., tomo 40, p. 211-217); 23 de abril de 1941 (G.J., tomo 51, p. 424-436); 7 de diciembre de 1943 (G.J., tomo 56, p. 339-344); 14 de agosto de 1944 (G.J., tomo 57, p. 509-513).

se emplea en el idioma original y se destaca con nitidez dentro del texto de la providencia (8).

4. En un número significativo de providencias se hace mención textual, en latín, del nombre acordado por el derecho romano para específicas situaciones procesales o negociales como la *exceptio non adimpleti contractus*, la *condictio*, la *actio de in rem verso*, etc. etc. En estos casos el jurista pretende, mediante tal mención, despejar toda duda acerca de la disciplina normativa que debe desarrollar la interpretación y sobre la dirección que debe darse a esta última. Da la impresión de que el diagnóstico y la solución del problema resultaban más fáciles y atinados si se analizaba el problema a la luz de un derecho considerado ejemplar (9).
5. En el mismo sentido hemos observado que se recurre a la utilización de ciertos términos romanos no como un recurso estilístico, no para evitar repeticiones incómodas de algunas palabras sino, para enfatizar el sentido técnico de la expresión y hacer que gane fuerza, que se torne más convincente un argumento específico. De esta aplicación del derecho romano son ejemplos señalados el empleo, con intención definida, de las palabras *sui iuris*, *alieni iuris*, *dolus bonus*, *dolus malus* (10).
6. Lo que más ha llamado nuestra atención es la carencia de citas de las fuentes romanas empleadas por el magistrado. En el primer momento tuvimos la tentación de desistir de nuestro estudio porque pensamos que esta ausencia indicaba la inexistencia de interés por el derecho romano; una lectura más cuidadosa nos hizo pensar de manera diametralmente

(8) Sentencias de: 19 de septiembre de 1936 (G.J., tomo 44, p. 434-435); 23 de noviembre de 1936 (G.J., tomo 44, p. 481-487); 8 de noviembre de 1944 (G.J., tomo 58, p. 110-113); 4 de diciembre de 1945 (G.J., tomo 59, p. 814-823).

(9) Sentencias de: 20 de agosto de 1936, (G.J., tomo 44, p. 416-422); 19 de septiembre de 1936 (G.J., tomo 44, p. 434-435); 29 de septiembre de 1936 (G.J., tomo 44, p. 337-342); 12 de mayo de 1938, (G.J., tomo 46, p. 433-438); 27 de mayo de 1943, (G.J., tomo 55, p. 317-320).

(10) Sentencias de: 30 de marzo de 1936 (G.J., tomo 43, p. 743-748); 23 de noviembre de 1936 (G.J., tomo 44, p. 481-487).

opuesta. El hecho de que tales referencias no aparezcan nos puede indicar varias cosas. De una parte podemos ver en él una actitud metodológica de la jurisprudencia colombiana de esa época pero, a este respecto resulta significativo comprobar que los autores modernos, de preferencia franceses, mas, en ocasiones, alemanes, italianos o españoles, son citados con indicación exacta de la obra y datos editoriales de la misma. En mi modesta opinión y como hipótesis que a esta altura de la búsqueda no puede aún confirmarse, la comprobación del hecho arriba aludido, interpretada dentro del contexto de la obra jurisprudencial de HINESTROSA-DAZA parece indicarnos más bien la familiaridad con que el magistrado se mueve en la consulta de textos romanos y, lo que es más importante, una actitud de la Corte Suprema de Justicia hacia el derecho romano como derecho profundamente enraizado en la tradición jurídica de Colombia, por ello se mencionan sus instituciones como algo de sobra conocido por jueces y abogados. Por ejemplo, se alude a la variedad de acciones o recursos que hubo entre los romanos para impedir el enriquecimiento sin causa y se mencionan, sin otra explicación, la excepción y la acción de dolo, la *condictio*, etc. (11) o se afirma que al seguir las soluciones romanas algunos de los artículos de nuestros códigos han facilitado la labor de abogados y jueces que se han visto libres de ponderosas dificultades que se han presentado en cambio a los juristas franceses (12).

La teoría del abuso del derecho fue admitida jurisprudencialmente en Colombia a partir de una interpretación muy amplia de algunos textos legales como el artículo 669 del código civil que define la propiedad o dominio (13), el 1.002 que regula un típico acto de emulación en el aprovechamiento de aguas (14) el 2.341 que regula la responsabilidad común por

(11) Sentencia de: 19 de septiembre de 1936 (G.J., tomo 44, p. 434-435).

(12) Sentencia de: 14 de marzo de 1938 (G.J., tomo 40, p. 211-217).

(13) "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. . ."

(14) "Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegar".

los delitos y las culpas (15). La Corte Suprema estimó que una de las reglas del derecho que el artículo 8º de la ley 153 de 1987 autoriza aplicar a un caso controvertido a falta de ley expresa (16) se manifiesta en la llamada teoría del abuso del derecho, HINESTROZA se remonta hasta el romano para decirnos: “Cuanto al abuso del derecho, se niegan a aceptarlo los que sostienen que el derecho es absoluto: *Qui suo iure utitur neminem laedit.*”

“El concepto contrario prevalece con más fuerza cada día. En el mismo derecho romano, por ejemplo, las potestades patria y marital omnímodas y absolutas originalmente, se vieron limitadas.” (17). La intención de referirse al romano como derecho modélico, ejemplar o paradigmático nos parece evidente en este aparte de la sentencia. Considero importante llamar la atención sobre la importancia que a esta sentencia se ha dado en nuestro país porque se la considera como uno de los pilares definitorios de la adopción por la jurisprudencia colombiana de la noción de abuso del derecho y de la consiguiente atribución de responsabilidad (18).

La admisión de esta teoría ha sido rica en aplicaciones prácticas haciendo posible deducir responsabilidad en las hipótesis de “demanda u oposición sin fundamento, denuncios penales temerarios, competencia desleal, embargos excesivos, acciones de quiebras prematuras, lanzamientos para privar al inquilino de su “entable” comercial, chicana con ánimo de lucro inmoderado, acaparamiento, monopolio y “dumping”, imitación incorrecta de nombres, marcas y emblemas de fábrica

-
- (15) “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.
- (16) “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.
- (17) Sentencia de: 24 de marzo de 1939 (G.J., tomo 47, p. 742-748).
- (18) La Corte Suprema ha entendido el abuso del derecho como una forma especial y *sui generis* de la culpa aquiliana.

y comercio” (19): Un atractivo abanico de posibilidades que se ha abierto respaldado por el derecho romano como criterio de autoridad que se atiende por la inmensa mayoría de los juristas.

Similar posición toma el magistrado HINESTROSA cuando, en repetidas sentencias de importancia reconocida, se esfuerza por delinear una noción de fraude a la ley que pueda usarse como categoría conceptual uniforme para aplicarla a la solución de diversos casos y deducir la responsabilidad adecuada. Así, dice, por ejemplo (20): “La ‘frode alla legge’ de la jurisprudencia italiana y la ‘Gesetzesumheug’ de la alemana hasta en su designación verbal, como bien se ve, corresponde a lo que los romanos llamaron *Fraus legi*. Imposible que entre estos se formulase o imaginase siquiera esta noción en la época primitiva ajustada al más estrecho formalismo: advino más tarde cuando se abrió paso a un amplio criterio que permitió buscar como guía jurisprudencial la *sententia legis*, con la que en interpretación extensiva se halló un medio para descubrir el fraude abrigado hasta entonces y amparado por netas fórmulas literales y un arma para aniquilarlo. Hoy esa noción es una entidad plausiblemente declinada y sólidamente establecida y aceptada como guía en la jurisprudencia universal. Se la estudia en sus diversos aspectos, fuentes y maneras de producirse, tanto en las relaciones entre particulares por estado civil, sucesiones y bienes en general, etc., como en lo administrativo, en lo fiscal, en lo penal”.

La consideración del derecho romano como presupuesto tradicional, como ejemplar de referencia obligada en la interpretación e integración de las fuentes del derecho en Colombia cobra importancia si observamos el criterio de HINESTROSA sobre la dinámica de la interpretación y el valor de la ley escrita. El 11 de septiembre de 1938 Carlos LOZANO y LOZANO, entonces Ministro de Gobierno dirigió una circular a las “Instituciones Jurídicas del País” (21) con el propósito de indagar sobre la conveniencia de adelantar la reforma del Cód-

(19) HINESTROSA, Fernando. Derecho Civil. Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1969, p. 692.

(20) Sentencia de: 24 de marzo de 1939 (G.J., tomo 47, p. 742-748).

(21) El Ministro de Gobierno y la reforma del Código Civil, Ob. cit. p. VIII.

go Civil. El primer punto puesto en consideración preguntaba: “Deberían consagrarse en la introducción del Código las nociones de abuso del derecho y fraude a la ley, a fin de que ellas, junto con las magníficas disposiciones que se encuentran en la ley 153 de 1887 sobre la equidad y sobre las fuentes del derecho positivo, constituyeran el criterio general de interpretación y aplicación del Código?” (Señalamos la importancia que en esa época tenían las reflexiones sobre los dos temas aludidos).

Ricardo HINESTROSA, junto con Liborio ESCALLON y Hernán SALAMANCA, integró la Comisión nombrada por la Corte Suprema de Justicia para responder la Circular del Ministro y, en referencia al tema que nos ocupa, expresaron: (22) “Innegable y protuberante es el alcance en prestigio, solidez y seguridad nacidos de la consagración de una regla o principios dados en el texto de una ley, supremo regulador de las actividades ciudadanas, de la marcha económica, de las relaciones de los individuos entre sí, en una palabra, de la vida social. Pero ello no obsta ni podría obstar a reconocer la eficacia de la interpretación científica en la actualización del derecho, en cuanto comunica a la letra escrita un poder biológico de comprensión y de acomodación ante las sucesivas y variables situaciones económicas y sociales. La multiplicidad de los fenómenos y de sus aspectos no es aprisionable en la letra de una ley y, de otro lado, la constante variación de ese texto es de inconveniencia visible, por desconcertante como generador de agitación e incertidumbre”.

Nos atrevemos a pensar que estos párrafos nos autorizan para afirmar que el papel asignado al derecho romano a través de la obra del jurista que hemos presentado es muy destacado. La interpretación posee, dentro de su posición jurídica, un lugar tan significativo como el de la ley y, como catalizador, como fuente de inspiración, como paradigma, como criterio técnico de autoridad, como “*lingua franca*” de magistrados y abogados, se utiliza al derecho romano en providencias de singular valor.

(22) HINESTROSA-DAZA, Ricargo, Liborio Escallón y Hernán Salamanca, La Corte Suprema emite concepto sobre la reforma al Código Civil. En: El Ministro de Gobierno y la Reforma del Código Civil, Ob. cit., p. 238.

La investigación, todavía no muy rica en frutos se muestra interesante y sugerente, ahora creemos que vale la pena continuarla y alentar a los romanistas de los distintos países latinoamericanos a realizar trabajos de índole parecida que alumbrén el camino para establecer la vigencia continua del derecho romano en nuestro continente; las cualidades científicas de estos investigadores siempre serán superiores a las mías y los estudios que realicen reflejarán tal favorable calidad. Ellos, como nosotros tendrán motivos para agradecer a los profesores de la A.S.S.L.A. su estímulo y ayuda.