

FLUIDEZ Y CERTEZA DEL DERECHO. ¿HACIA UN SISTEMA ABIERTO DE FUENTES?

Édgar CORTÉS*

SUMARIO: I. *Sistema normativo y nuevo orden mundial*. II. *La formación libre de la norma frente a la certeza del derecho*. III. *Sistemas normativos abiertos y cerrados y comparación*. IV. *De un derecho romano abierto a un sistema de tradición romana cerrado*. V. *El juego de las fuentes en el derecho romano*. VI. *Ius civile, ius gentium, ius honorarium*. VII. *Las razones del cambio*. VIII. *Apertura del sistema de fuentes y tradición*.

I. SISTEMA NORMATIVO Y NUEVO ORDEN MUNDIAL

Se puede afirmar hoy, sin temor a equivocarse, que el proceso de la llamada globalización está acompañado de una transformación gradual no sólo de la estructura y organización política, sino también de los aparatos y mecanismos de producción normativa.¹ En efecto, los espacios del tiempo presente parecen ser los espacios abiertos del mercado, del comercio, de la economía y las finanzas libres, del intercambio y circulación de cosas y personas, espacios que proponen un derecho nuevo, sin barreras, sin fronteras o por fuera de ellas y que ha hecho pensar en un sistema jurídico que no tenga ya, en el territorio, su centro propio de existencia y de referencia,² un derecho, que por eso, esté en irremediable conflicto con el positivismo jurídico ligado al Estado.³

* Doctor de la *Scuola Superiore Sant'Anna* de Pisa, Italia y profesor de derecho romano y derecho civil en la Universidad Externado de Colombia.

¹ Zolo, D., *Globalizzazione. Una mappa dei problema*, Roma-Bari, 2004, pp. 88 y ss.

² Irti, N., *Norma e Luoghi. Problemi di Geo-diritto*, Bari, 2001, p. 35.

³ Grossi, P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milán, 2000, 6. El autor ya había presentado esta idea en *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial-

De ahí que los procesos de integración regional estén a la orden del día, para responder con normas comunes a esos espacios comunes que se han ido formando en el nuevo orden mundial; Sin embargo, y paradójicamente, ese abatimiento de las fronteras nacionales con la consecuente necesidad de producir normas que respondan a los modernos procesos de globalización, ha tenido consecuencias, también, sobre los mecanismos de producción de normas dentro del territorio del Estado, en el ámbito tradicional de aplicación de la ley, pues ese incremento del libre tránsito de personas y mercaderías, sumado a la facilidad de procurarse una pronta información sobre lo que sucede más allá del propio confín, ha hecho que la circulación de creencias, ideas, ideologías, doctrinas, modelos, formas de ser, sea una constante, y que, por tanto, la noción y la existencia de la sociedad pluralista, verdadero signo distintivo del constitucionalismo moderno,⁴ se refuerce definitivamente, y se traduzca en la formación de centros alternativos de poder, grupos de personas, más o menos numerosos, que participen en una cierta actividad o que predicen unos ciertos valores, y que aspiran a la formación de un derecho autorreferencial, en lo posible creado directamente por ellos, y que pretende reconocimiento (*rec. vigencia*) en respeto y promoción, justamente, de esa sociedad pluralista a la que pertenecen.

Pero además, gracias a esas fronteras que se desvanecen, las limitaciones que pueda imponer un Estado para el desarrollo y ejercicio de ciertos valores, que han tenido ya un cierto reconocimiento o se han convertido sin más en derechos, se superan con la selección *à la carte* del país en donde se permita la posibilidad denegada en el lugar de origen; es el llamado turismo de derechos que surge para escapar a las prohibiciones nacionales. Un turismo de derechos, ciertamente para privilegiados pero que tiene en sí “algo de contagioso, un efecto benéfico que hace que se perciba socialmente lo inaceptable de las prohibiciones y que empuja a remover obs-

Pons, 1996, pp. 40 y ss.; y recientemente la desarrolló en el trabajo *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, pp. 6 y ss.

⁴ Zagrebelsky, G., *Il diritto mite*, Turín, 1992, pp. 7 y ss.; en la p. 11, en efecto se afirma: “La coexistencia de valores y principios sobre la cual necesariamente una Constitución debe fundarse para no hacerse renunciataria respecto de sus prestaciones de unidad e integración y al mismo tiempo, no incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de esos valores y esos principios sea asumido en una valencia no absoluta, compatible con aquellos con los que debe convivir. Carácter absoluto asume solamente una meta-valor que se expresa en el doble imperativo del mantenimiento del pluralismo de los valores y en su confrontación leal”.

táculos injustificados”.⁵ Circulación de información y de valores, que puede llevar implícita una imposición de ideologías, sin embargo es un riesgo que se acepta correr o que se ignora por la necesidad de encontrar donde sea, una norma, un derecho que responda al querer particular. Así, pues, procesos de integración, reforzamiento del pluralismo social, turismo de derechos, son todos modos de hacer retroceder los conceptos, caros a la modernidad, de soberanía, de territorio y de centralidad de la ley nacional.

El problema que se deriva de la situación descrita y que se revela hoy en toda su magnitud, es un problema de fuentes del derecho: la cuestión, en efecto, es sobre la producción normativa, esto es, saber quién está legitimado para producir derecho y cómo se pueden y deben combinar todas esas normas de la más variada proveniencia. Fuentes del derecho, una metáfora diciente que permite penetrar en la experiencia jurídica de un pueblo y en su modo de vivir y percibir el derecho.⁶

El jurista frente a la necesidad de medirse con la nueva complejidad social y jurídica, lejana en formas y contenidos al modelo heredado del movimiento codificador,⁷ debe partir, para su comprensión, del tema de las fuentes, toda vez que el desdibujarse de la dimensión estatal como centro de la producción normativa, esto es la presencia al lado de la ley, en sentido estricto, de otras formas de derecho, lo obliga más que a leer el sistema, función tradicional dentro de un esquema fundado en un código, a reconstruirlo, para ver de entender y dar un orden a la intrincada trama de hilos normativos.

II. LA FORMACIÓN LIBRE DE LA NORMA FRENTE A LA CERTEZA DEL DERECHO

La formación libre de la norma en desmedro del poder regulador del Estado, o si se quiere, el proceso de desregulación entendido no como

⁵ Rodotà, S., “Quale diritto per il nuovo mondo?”, *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Homenaje a F. Hinestrosa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, III, pp. 208 y 209. Turismo, ya abortivo, ya procreativo, ya del divorcio, ya de la eutanasia; turismo que tiene también su cara negativa como el llamado turismo sexual o también el turismo de las empresas en busca del lugar en que se logre reducir el costo de producción.

⁶ Grossi, P., *Prima lezione di diritto*, cit., nota 3, pp. 78 y ss.

⁷ Breccia, U., *Che cosa è 'giusto' nella prospettiva del diritto privato? Una introduzione*, en *Interrogativo sul diritto 'giusto'*, Università di Pisa, 2001, p. 96. Dice el autor, gráficamente, que el jurista de hoy tiene algo de *bárbaro* respecto del jurista que salió del modelo glorioso del racionalismo.

menos derecho, sino como menos derecho estatal, en beneficio de una más amplia potestad normativa de los particulares,⁸ pone en crisis uno de los postulados fundamentales del positivismo moderno, el de la certeza del derecho. Tal positivismo, en verdad, tiene como fundamento la necesidad de negar todo lo “extralegal”, y de prescindir de todo lo “metajurídico”, toda vez que las relaciones se deben someter al contenido cierto de la norma pues de lo contrario se ponen en juego la seguridad y la fijeza del ordenamiento, y la confianza que debe suscitar la ley.⁹

En efecto, la existencia y el reconocimiento, al lado de la ley, de otros circuitos para la creación de normas, circuitos que pese a no tener siempre una fisonomía clara, le quitan al derecho su carácter de realidad formal, hacen que también se pierda el objetivo de certeza del derecho, considerado en la tradición civil como un valor supremo.¹⁰ ¿Dónde queda la seguridad jurídica cuando la ley del Estado comparte su ámbito de vigencia con normas de variada procedencia?, pero también, ¿dónde encontrar la fijeza del derecho cuando éste se presenta, como realidad individual o de grupo, pero no como realidad (necesariamente) social; una realidad, aquella individual, que rechaza el carácter absoluto de los valores y que, por el contrario, genera y alimenta disputas sobre la propia visión del mundo?¹¹ Y en fin, ¿será necesario sacrificar la certeza para proteger el pluralismo y para garantizar el libre mercado?

Regla central del positivismo es aquella según la cual el mandato debe ser dado antes del conflicto, pues su función, la de la ley, “consiste en dar a los hombres la certeza del derecho, es decir, en hacerles saber lo que

⁸ Rodotà, S., *Quale diritto per il nuovo mondo?*, cit., nota 5, p. 206.

⁹ Schmitt, C., *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 36, en donde además afirma: “Pero la seguridad, la certeza, la fijeza, la científicidad rigurosa, la previsibilidad de funcionamiento y todas las demás cualidades y excelencias “positivas” no eran en realidad excelencias propias de la “norma” legal y del precepto humano, sino sólo de la situación normal, relativamente estable en el siglo XIX, de un Estado que tenía su centro de gravedad en la legislación, es decir de un sistema de legalidad de un Estado legislativo”.

¹⁰ Merryman, J. H., *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 96.

¹¹ Irti, N., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 22: el derecho positivo, es decir, establecido por una voluntad, ve surgir frente y contra de sí, otras voluntades, portadoras de diferentes concepciones, ideologías, intereses, que al querer y promover un derecho que no existe o que no existe todavía, reabren el dualismo [derecho positivo y natural], el cual sin embargo es intrínseco a la voluntad humana.

deben hacer o no hacer y a qué consecuencias se exponen haciendo o no haciendo”;¹² es la idea de un derecho abstracto, basado en nociones ideales y confiado, en sus propósitos, a la inteligencia del legislador. Pero más allá de hacer una crítica al iuspositivismo,¹³ parece evidente que el mensaje que sale del llamado proceso de globalización y de la reafirmación del pluralismo, con sus numerosos canales de creación de derecho, es que los ordenamientos jurídicos no pueden ser reducidos a meras estructuras legales, pues el derecho, se dice, es un fenómeno que está profundamente calado en la realidad, de tal forma que al lado del derecho estatuido, existe hoy una serie de elementos y mecanismos capaces, por sí solos, de regular las relaciones jurídicas en la sociedad.¹⁴

El derecho hoy parece querer y poder fluir de todas las instancias sociales, indiferentes o desentendidas de un derecho impuesto; y quizá, a este propósito, esta metáfora, la de la fluidez del derecho se deba agregar a aquella de las fuentes, pues no se puede afirmar que sólo en presencia de un sistema rígido de fuentes del derecho, centrado en la ley, se satisfaga la certeza como garantía. Un sistema fluido de fuentes, es decir, un sistema que encuentra y traduce esas normas indispensables para suplir las necesidades de la sociedad, en diferentes ámbitos de la realidad, normas que correctamente identificadas y conciliadas, no tienen por qué minar la certeza del derecho. Fluidez y certeza no son términos excluyentes.

¹² Así se expresaba en un famoso libro de 1954 Carnelutti, F., *Cómo nace el derecho*, Bogotá, Temis, 2004, p. 53, en donde además afirma: “se comprende que cuanto más progresa una sociedad, y con ella el derecho, tanto más se multiplica el número de las leyes”.

¹³ La noción de positivismo jurídico no es unívoca, sin embargo, quizá la acepción más común es aquella que equipara el positivismo al llamado estatal-legalismo, sentido en el que aquí se usa. Sobre los varios significados, Bobbio, N., “Ancora sul positivismo giuridico”, en *Rivista di filosofia*, LIII, 1962; en español en *El problema del positivismo jurídico*, México, BEFDP, 2001, pp. 91 y ss.

¹⁴ Esta es, en gran síntesis, la conclusión del debate Hart-Dworkin, Faralli, C., *La filosofía del diritto contemporanea*, Roma-Bari, 2003, pp. 6 y ss. Rodríguez, C., *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1997, pp. 48 y ss. Hay que anotar, sin embargo, que la discusión y crítica del positivismo que sale de este famoso debate se centra en el reconocimiento de los *principles*, que están al lado de las normas, como una realidad heterogénea, pero que van más allá del derecho estatuido y que son válidos en cuanto corresponden a exigencias morales de la sociedad.

III. SISTEMAS NORMATIVOS ABIERTOS Y CERRADOS Y COMPARACIÓN

Un sistema de fuentes del derecho depende de los factores políticos, sociales, ideológicos de una determinada comunidad, de tal forma que resulta natural afirmar que todo sistema de fuentes está condicionado tanto temporal como espacialmente. El derecho que salió del iusnaturalismo racionalista y de la revolución francesa y que sirvió de modelo no sólo en Europa continental sino también en América Latina, fue un derecho centrado en la fuente legal, además en su forma más acabada, es decir, en un código [civil], código que dio al traste con al idea de un *ius commune* y que consagró como modelo ideal el de un derecho propio y peculiar para cada Estado nacional.¹⁵

Lo que aquí interesa poner de relieve es cómo este triunfo de la concepción estatalista del derecho, que identifica al ordenamiento con el derecho del Estado, hace del jurista un “operador” que no participa en las decisiones de política legislativa ni en los juicios de valor que subyacen en el sistema, para limitarse a ser un mero aplicador de los actos normativos y a trabajar dentro de ese sistema partiendo siempre de ellos; en este sentido, según una caracterización moderna, se habla de sistema normativo cerrado.¹⁶

En efecto, el llamado sistema cerrado de creación normativa o si se quiere de fuentes, se inspira en el principio de la tridivisión de los poderes propio de la ilustración, en donde además de un poder (el Ejecutivo) que ve por el desarrollo de la comunidad, y de un poder (el Judicial) que debe identificar y aplicar las normas, existe un poder (el Legislativo) que las crea, es decir, existe un órgano predispuesto que tiene la legitimación expresa para la creación del derecho; un órgano que es fuente de normas y que en desarrollo de su función valora libremente los intereses en juego dentro del grupo social.¹⁷

¹⁵ Marinelli, F., *La cultura del code civil*, Padova, 2004, pp. 51 y ss.; Cannata, C. A., Gambaro, A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Turín, 1989, II, pp. 221 y ss.

¹⁶ Talamanca, M. *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1990, p. 38.

¹⁷ Talamanca, M. *Elementi di diritto romano privato*, Milán, 2001, p. 5: “[el legislador] procede sobre la base de juicios de valor y no en virtud de una operación lógico-jurídica, tarea, en este tipo de sistemas, del intérprete que debe aplicar las normas creadas por el legislador, pero que no puede dar paso a juicios de valor, limitándose, al máximo, a extender mediante la interpretación analógica, el ámbito de aquellos identificados por el mismo legislador”.

Se dice, por el contrario, sistema abierto, cuyo ejemplo paradigmático es el del derecho romano clásico, aquel en el cual se le da menor importancia a los datos normativos expresos, dictados, de tal manera que el órgano encargado de determinar en última instancia el derecho aplicable, el jurisprudente en el derecho romano, pueda ir más allá de los juicios de valor que ya han sido reconocidos, o de la disciplina identificada y aplicada para un caso concreto, con la posibilidad de introducir así, innovaciones respecto del derecho anterior y que se encuentra en uso.¹⁸

Tradicionalmente, al llamado sistema del *common law* se lo ha considerado como un sistema abierto,¹⁹ por el papel concedido al trabajo del juez y a la figura del precedente,²⁰ y en este sentido coincidiría con el derecho romano,²¹ a la vez que los dos, derecho romano y anglosajón, contrastarían con el derecho de tradición romano germánica propio de Europa continental y de América Latina, principalmente.

Así presentado, este es un dato que dice poco; lo que se busca resaltar es cómo las varias fuentes que concurrieron a la formación del derecho durante la experiencia romana convivieron y se complementaron de manera armónica, para crear un sistema coherente y seguro (*infra*, §V), y cómo ese ejemplo puede servir de modelo para un derecho que hoy, al sufrir las consecuencias del debilitamiento de la dimensión estatal y por ende del papel de la ley, teme sacrificar el postulado de la certeza jurídica, tan caro a los modelos liberales. Si de este ejercicio, además, salen elementos útiles para el anhelado acercamiento entre las dos grandes familias del derecho en occidente, entonces el ejercicio podrá cumplir ese papel adicional, pero

¹⁸ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

¹⁹ *Idem*. Aunque aclara el autor que no hay sistemas abiertos o cerrados puros, pues tanto en los sistemas jurisprudenciales o judiciales, juristas y jueces se deben confrontar con datos normativos expresos y heterónomos, que proponen reglas de conducta no susceptibles de valoración; mientras que del lado contrario, en los sistemas cerrados, las normas que forman un código o una ley no son nunca auto-evidentes, ni autosuficientes y operan sólo con la mediación del intérprete.

²⁰ Sobre el precedente en general, Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 354 y ss. y 429 y ss. Sobre el precedente en el derecho inglés, Gambaro, A., Sacco, R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, pp. 123-129; también Cannata, C. A., Gambaro, A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, *cit.*, nota 15, pp. 110 y ss.

²¹ Una breve referencia sobre esta coincidencia en Kaser, M., *Derecho romano privado*, Madrid, Reus, 1982, p. 16; Talamanca, M., *Elementi di diritto romano privato*, *cit.*, nota 17, pp. 5 y 6.

principalmente se pondrá en evidencia que la labor de unificación moderna no se debe adelantar sólo por la comparación de las instituciones propias de cada sistema sino más bien por la comparación y la comprensión de la forma de ser de cada una de las tradiciones jurídicas.²²

Valga una anotación adicional que se revela oportuna para delimitar con precisión lo que se debe entender por sistema abierto y sistema cerrado: hoy se promueve el acercamiento entre el derecho de tradición romano germánica y aquél de tradición anglosajona,²³ y dentro de ese acercamiento se da por superada, por anacrónica, la aproximación que veía la diferencia entre las dos tradiciones, justamente en el tema de las fuentes del derecho, para decir que la primera se basaba en la ley, mientras que la segunda encontraba su fundamento ya en la costumbre ya en la jurisprudencia.²⁴

Así pues, no es en el sistema de fuentes (o por lo menos no directamente) en donde se puede encontrar la diferencia entre las dos tradiciones jurídicas de occidente, *common law* y *civil law*, es en el modo del jurista de aproximarse a ellas en donde radica la diferencia, pues es evidente que “el grado de previsibilidad, de flexibilidad, de autosuficiencia [d]e un sistema

²² Por tradición jurídica se puede entender, en efecto, en las palabras de Merryman, J. H., *La tradición jurídica romano-canónica*, cit., nota 10, p. 17: “un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y operación adecuadas de un sistema legal y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho”.

²³ Gordley, J., “*Common law*” v. “*Civil law*”. *Una distinzione che va scomparando?*, en *Scritti in onore di R. Sacco*, Milán, 1994, I, 559 ss.; Gambaro, A., Sacco, R., *Sistemi giuridici comparati*, cit., nota 20, pp. 19-20.

²⁴ Gambaro, A., Sacco, R., *Sistemi giuridici comparati*, cit., nota 20, p. 57: “en definitiva, ningún aspecto de las fuentes, parece idóneo para elaborar una demarcación sistemática entre las experiencias de *common* y de *civil law*”. Además en la p. 54 se dice: “la percepción de que la tradición de *common law* fuera diferente de aquella de Europa continental se nutrió de datos significativos, datos que aparecieron como más que evidentes al comienzo de la comparación jurídica moderna, es decir en los primeros años del siglo XX. [L]os datos usados entonces como criterios de clasificación, [c]oncernían esencialmente al esquema de las fuentes. Era la época en la que la codificación del derecho civil en Alemania había causado una fuerte impresión y en la que, por tanto, el código como forma principal de la legislación parecía caracterizar el modo de ser de los sistemas europeos. Gran sorpresa suscitaba por eso el rechazo, entre la familia del *common law*, a recurrir a la codificación. Por eso se dijo que la diferencia esencial entre la familia del *civil law* y la del *common law* consistía justamente en el hecho que los sistemas de la primera eran sistemas de derecho codificado, mientras que el derecho de los países de *common law*, no lo eran”.

no depende del carácter de la fuente oficial, código o *judge made law*, sino más bien de la relación particular que se instituye entre fuentes y modo de interpretación²⁵. Interpretación entendida ya como la entera actividad del jurista o ya, en sentido más restringido, como el proceso referido a la individualización del significado de un texto normativo,²⁶ lleva para los efectos presentes, al mismo resultado, si se tiene en cuenta que la experiencia demuestra que los juristas hacen pasar por interpretación el aporte que hacen a la ciencia del derecho,²⁷ en fin, baste decir que es el sentido o el alcance que pueda llegar a tener la interpretación, lo que marca la diferencia, y entonces sí se puede hablar, con claridad, de sistemas normativos abiertos o cerrados, como dos formas diferentes en el modo de ser de un sistema de derecho.

IV. DE UN DERECHO ROMANO ABIERTO A UN SISTEMA DE TRADICIÓN ROMANA CERRADO

Sabido es que el jurista romano contribuyó a interpretar el sistema, pero contribuyó especialmente a formarlo; y lo formaba no solamente cuando introducía elementos nuevos en la discusión jurídica, sino también cuando modificaba una solución que parecía consolidada en la práctica; la famosa definición de Celso (D. 1.1.1. pr), según la cual *ius est ars boni et aequi*, es suficiente para entender cuál es la medida y el alcance de la labor de la *iuris prudentia*,²⁸ que por obra del *ius controversum*, esto es, la discusión, la confrontación entre las diferentes opiniones, debe identificar, de forma científica, la solución conforme con el mejor derecho, con el más justo, solución, además, que siempre puede y debe ser

²⁵ Bodenheimer, E., *Law in the U.S.A. for the 1980s. Reports from the U.S.A. f. The XI congress, Supplement to the Amer. Journ. Comp. Law*, 1982, 15, cit. por Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2004, p. 69.

²⁶ Betti, E., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milán, 1955.

²⁷ Orestano, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, pp. 53 y ss.

²⁸ Los juristas romanos, dice Riccobono, S., *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milán, 1949, 9, con una técnica maravillosa, en breves y jugosas líneas, hacen seguir al hecho la decisión, a menudo al lado de los motivos nos comunican sus dudas y las controversias todavía vivas entre los autores; otras veces, poniendo en evidencia los inconvenientes experimentales de la práctica, sugieren nuevos remedios. En una palabra, nosotros vemos en sus obras el derecho en movimiento, en su desarrollo gradual, siempre en contacto con la vida.

mejorada (D.1.2.2.13).²⁹ Pero antes de señalar algunos datos particulares del sistema de las fuentes en el derecho romano y en particular en el periodo clásico, resulta útil recordar brevemente, cómo este derecho, que tiene como su principal característica la renovación permanente de sus postulados gracias al diálogo entre las fuentes, constituye el antecedente directo de un derecho centrado en la figura de la ley, y en particular del código, fuente principal en donde se contiene el andamiaje de todo el sistema.

Ante todo es necesario insistir en que las características de sistema abierto predicadas del derecho romano se refieren a la época clásica, pues tal situación habría de cambiar aun antes de que la civilización romana llegara su fin. En efecto, el paso fundamental para este cambio de mentalidad en la forma de ser del derecho ocurrió en la época posclásica³⁰ y así, la evolución que sufrió el derecho romano en la época que va de Constantino a Justiniano se puede considerar como una verdadera revolución; una (r)evolución lenta e imperceptible de la que fue consciente el propio Justiniano,³¹ debida principalmente a causas internas, pues se hizo evidente que ese derecho tan complejo y rico que había sido elaborado en la época clásica, no podía vivir sin “la dirección vigilante e iluminada de la jurisprudencia y del pretor”;³² y aunque esa misma riqueza aseguró su supervivencia, lo

²⁹ Schipani, S., “Los códigos de Justiniano y el sistema del derecho romano”, en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Homenaje a F. Hinestrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 271.

³⁰ Las fuentes a propósito son innumerables, baste citar para una presentación general de la materia: Francisci, P. de, *Storia del diritto romano*, Milán, 1943, III, pp. 175 y ss.; Riccobono, S., *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, cit., nota 28, pp. 170 y ss.; Schulz, F., *History of roman legal science*, Oxford, 1953, pp. 278 y ss.; Grosso, G., *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965, pp. 489 y ss.; Guarino, A., *Storia del diritto romano*, Napoli, 1998, pp. 574 y ss.; Iglesias, J., *Derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 39 y ss.; Espitia, F., *Historia del derecho romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 347 y ss.

³¹ Como se puede deducir de la C. *Tanta*. Dice Schipani, S., *Los códigos de Justiniano y el sistema del derecho romano*, cit., nota 29, pp. 269 y 270: “la pluralidad de fuentes de derecho originarias, diferentes y no jerarquizadas, no se puede conducir a una unidad en una sola fuente: de esto Justiniano es conciente, pero también temeroso, y este temor se traduce ya en el esfuerzo de incluir todo haciéndolo suyo, ya en la inclusión de prohibiciones. El llevar los *iura populi Romani* al singular *ius commune Romanum* no elimina la pluralidad, sino que más bien declara un objetivo”.

³² Riccobono, S., *Lecture londinesi (maggio 1924). Diritto romano e diritto moderno*, Torino, 2004, p. 86.

cierto fue que tuvo que simplificarse para permanecer, simplificación que terminó, después de varios intentos y ejemplos de compilación, con la reunión en un solo cuerpo, el *Corpus iuris* de Justiniano, no sólo de las diferentes fuentes, en especial *iura* y *leges*, sino también de los diferentes ordenamientos, *ius civile*, *ius honorarium* y *ius gentium*.³³

El *Corpus iuris* logró rescatar gran parte de la cultura jurídica romana que de lo contrario, probablemente, se habría perdido, pero la transmitió “en una estructura deformante y arbitrariamente unitaria de código: un modelo del todo extraño a aquella cultura, y que condicionó, de manera definitiva la romanística europea, [pues] indujo a los modernos a ver los textos de los juristas romanos no como los fragmentos de una gran tradición literaria e intelectual que era necesario recomponer, sino como artículos de un código civil, salidos de la pluma de un fantástico ‘legislador colectivo’”.³⁴

La obra de Justiniano se convirtió, así, en principio y fin de cualquier conocimiento acerca del derecho romano, derecho que, luego del redescubrimiento de tal obra por la escuela de Bologna, fue considerado el derecho por antonomasia. En efecto, cuando la obra hace su reaparición en el siglo XI, se la ve y se la estudia con reverencia³⁵, como vestigio vivo de la grandeza de Roma; el *Corpus iuris* de Justiniano, era el derecho romano y en buena medida se identificaba con la realidad romana.³⁶

El jurista medieval, entonces, no logró su prestigio gracias a su capacidad de enunciar principios aptos para la vida ciudadana, como en el caso del jurista romano, sino por la interpretación de un texto, texto que en un principio, esto es para los glosadores, no era ni siquiera aplicable. Así, la idea de jurista referida a un libro, a un texto, quedó grabada como marca indeleble en la tradición jurídica romano germánica; “el jurista es tal porque

³³ *Ibidem*, p. 87.

³⁴ Schiavone, A., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari, 1992, p. XVII.

³⁵ Stein, P., *El derecho romano en la historia de Europa*, Madrid, Siglo XXI, 2001, pp. 61 y ss; Cannata, C. A., Gambaro, A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, cit., nota 15, p. 14. Es interesante observar con Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, cit., nota 25, pp. 70 y 71, cómo se sacraliza un texto cuando a su autor se lo pone por encima del hombre común: eso pasó con Justiniano, dice el autor, gracias a Dante en su *Comedia*, cuando le encontró lugar en el Paraíso; así la obra de Justiniano gozó de una legitimación sacralizante.

³⁶ Orestano, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., nota 27, 516.

estudia un ‘texto’, y no porque sabe resolver los conflictos que se manifiestan en el seno de la sociedad”.³⁷

El estar en el *Corpus iuris* le daba a la norma su validez, de la que se derivaba también la certeza cuando, en manos de los comentaristas, el derecho romano en su nueva vestimenta, se volvió práctico. De esta forma se cumplió la conversión de la enseñanza académica en ordenamiento, todo enmarcado en la idea de *renovatio*, es decir, los comentaristas no querían revivir el imperio romano, sino partir de su base y mirar hacia un nuevo horizonte, concientes de que el carácter divino que se le quería atribuir a la obra era una mera ficción en aras de encontrar allí la legitimidad.³⁸

Sea bueno recordar que el derecho romano era *ius commune*, y en esa medida tenía aplicación subsidiaria frente a los derechos locales, *iura propria*, lo que sin embargo le permitía un amplio radio de acción dada la precariedad de estos últimos.³⁹ Con todo, ese localismo jurídico estaría llamado a desaparecer una vez superado el particularismo feudal propio de la Alta Edad Media, situación que no llevó, como se hubiera podido pensar, a la consolidación de un derecho común para toda Europa, sino que por el contrario, luego de las vicisitudes del humanismo y del naturalismo racionalista y del proceso de la recepción,⁴⁰ sirvió de antecedente y fundamento a la consolidación de los Estados nacionales, con la consecuencia de la unificación nacional del derecho privado, como elemento esencial y presupuesto de la existencia de esos nuevos Estados.⁴¹

³⁷ Cannata, C. A., Gambaro, A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, cit., nota 15, p. 15: “la operación conceptual fundamental que lleva a cabo el jurista es la *interpretatio*. Y la elaboración de los valores que dan cuerpo y figura al ideal de justicia, a la que la decisión judicial debería uniformarse, provienen de afuera respecto a la ciencia jurídica”. Dice Grossi, P., *El orden jurídico medieval*, cit., nota 3, pp. 173 y ss., que gracias a la *interpretatio* y a la *aequitas*, en el derecho medieval el jurista intérprete logra superar la concepción del texto como prisión; “el intérprete ni siquiera se preocupa de si los hechos nuevos, los nuevos contenidos, lo fuerzan hasta ponerlo de cabeza [al derecho romano], hasta hacer de él una realidad que de romano solamente tiene sus remotos orígenes y la etiqueta formal”.

³⁸ Gambaro, A., Sacco, R., *Sistemi giuridici comparati*, cit., nota 20, pp. 254 y 255.

³⁹ Koschaker, P., *Europa y el derecho romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.

⁴⁰ Proceso harto conocido y sobre el cual no es el caso detenerse para los propósitos que se persiguen. Wieacker, F., *Historia del derecho privado en la edad moderna*, Madrid, Aguilar, 1957.

⁴¹ Para el caso francés, por lo demás paradigmático, Imbert, J., *Histoire du droit privé*, París, 1961, pp. 57 y ss.

De tal forma que aparece la idea de código civil⁴² propio, nacional, y desaparecen los *iura propria*, pero también el *ius commune*; el código confirmará la formación de los nuevos Estados nacionales, como señal clara de ruptura con el pasado, y dará las señales concretas acerca de la identidad de cada pueblo, marcando un antes y un después en la forma de concebir la creación jurídica.⁴³ Una cuestión de fuentes del derecho y además una forma nueva de resolver el problema de la conexión entre orden jurídico y poder político. El derecho se identifica con la ley que es producto de la voluntad del príncipe (Estado) y así la gama de las fuentes se cierra en un esquema jerárquico.⁴⁴ Bien se ha dicho que el príncipe medieval no tuvo ningún merito en el renacimiento, en Europa, de un derecho concebido científicamente, pero se convirtió, casi sin saberlo en heredero y fuente de ese derecho.⁴⁵

V. EL JUEGO DE LAS FUENTES EN EL DERECHO ROMANO

¿Cuáles son, entonces, los puntos que vale la pena destacar de ese sistema de fuentes en el derecho romano? Punto de partida para este recorrido, por ser un hecho muy significativo en la historia de Roma, es la expedición de la ley de las XII Tablas, como resultado de las luchas político-sociales

⁴² Cabe anotar que Justiniano llamaba a las tres partes de su obra, *Codex, Digesto, Istitutas*, “estos códigos” (C. Tanta); sobre el concepto de código en el derecho romano, Schipani, S., *Los códigos de Justiniano y el sistema el derecho romano, cit.*, nota 29, pp. 263 y ss. Para el concepto moderno de código y su importancia, Cappellini, P., “Códigos”, en *El Estado moderno en Europa*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 103 y ss.

⁴³ Por lo demás, y es bueno señalarlo, paralelamente con la elaboración de los códigos, y alegando su influencia romanista, se presentó un proceso que pretendía actualizar el derecho romano a los dictados de la época moderna, de tal manera que el pensamiento romano se consideró como el terreno favorito para un “inagotable bricolaje de normas, de figuras jurídicas, de técnicas esenciales para la construcción de los derechos modernos” lo que hizo imposible que, de ese pensamiento romano, se proyectara una imagen más auténtica, “y menos vinculada a su utilización normativa”. Así, Schiavone, A., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana, cit.*, nota 34, p. XVII, quien habla además de la formación de un derecho “romano-burgués”, durante el siglo XIX.

⁴⁴ Grossi, P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milán, 2001, pp. 88 y ss. Los códigos civiles europeos en su gran mayoría cerraron el paso a la heterointegración. Sobre este punto es interesante notar que los códigos latinoamericanos, por el contrario, incluyen casi sin excepción, el llamado a los principios generales del derecho como elemento para llenar las lagunas del ordenamiento.

⁴⁵ Lombardi Vallauri, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, 1967, p. 97.

entre patricios y plebeyos a mitad del siglo V a. C., Tablas consideradas por los mismos romanos como fuente de todo el derecho público y privado (Liv. 3. 34. 6), y que más que por su contenido jurídico, pues no hicieron otra cosa que recoger las *mores* que poco a poco se habían consolidado dentro de la sociedad del Lazio, son importantes por haber dado certeza jurídica al grupo plebeyo y por ser así elemento de precisión y delimitación del *ius civile*.⁴⁶

Sin embargo, este momento vital en la historia romana representa un hecho extraordinario, pues el desarrollo del derecho romano seguiría su curso con independencia de la intervención legislativa,⁴⁷ pues los romanos nunca pensaron que la ley fuera presupuesto de la seguridad jurídica. La ley, en efecto, no es elemento fundamental de la tradición romanista, y después de ese hito que significaron las XII Tablas, hito más histórico que jurídico, el proceso de la evolución del derecho no fue en absoluto legislativo. Por lo demás la *interpretatio* que hacen los pontífices del texto decenviral, si bien es *interpretatio legis* en el sentido de la técnica, es en realidad, en la sustancia, interpretación que produce nuevo derecho,⁴⁸ es la jurisprudencia como motor del derecho romano (D. 1.2.2).

Más allá de las consideraciones que se puedan hacer sobre la labor jurisprudencial del colegio de los pontífices,⁴⁹ lo cierto es que esa jurisprudencia se volvió laica y aristocrática,⁵⁰ y pasó a ocupar el centro de todo el sistema normativo romano;⁵¹ en efecto, el conocimiento del derecho, durante el siglo III a. C., pasa de tener como centro la vieja religión

⁴⁶ Bretonne, M., *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 2001, pp. 49 y ss.; Riccobono, S., *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, cit., nota 28, pp. 19 y 20; Kunkel, W., *Historia del derecho romano*, Ariel, 1999, pp. 31 y ss.; varios autores, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Salamanca, M. (coord.), Milán, 1989, pp. 94 y ss.

⁴⁷ Grosso, G., *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., nota 30, p. 99.

⁴⁸ Esta, la conclusión del trabajo de Cardilli, R., *Lege XII tabularum praeposita iungitur interpretatio*, en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Homenaje a F. Hinestroza*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, I, pp. 224 y ss.: “desde el punto de vista de la técnica interpretativa, ella [la interpretación] se presenta, a menudo, como una operación ‘tendenciosa’, en el rol de *interpretatio legis*, es decir, de explicación del significado y del espíritu más íntimo de las XII Tablas”. Ihering, R. Von, *El espíritu del derecho romano*, Granada, Comares, 1998, p. 633.

⁴⁹ Cfr. Cardilli, R., *Lege XII tabularum praeposita iungitur interpretatio*, cit., nota 48, pp. 199 y ss.

⁵⁰ Bretonne, M., *Storia del diritto romano*, cit., nota 46, pp. 153 y ss.

⁵¹ Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., nota 16, p. 37.

ciudadana a encontrar un núcleo más real en la vida política romana, un núcleo que “se podía dilatar ahora más libremente, y que podía erosionar, de manera dulce y sin traumas, las viejas costumbres mágicas”.⁵²

En efecto, el hecho de que el jurista laico republicano sea también parte activa de la vida política romana lo pone en contacto con la realidad, él es omnipresente, y es exponente y representante de la conciencia social, puesto en el centro de una tradición viva que él debe alimentar, el jurista es, sin duda, fuerza creadora.⁵³ Es él, quien se da cuenta, antes que nadie, de los cambios que se producen en la sociedad que tiene ante sus ojos, nada por fuera de la tradición, pero tampoco nada que no se adecue a las exigencias del presente;⁵⁴ es decir a los juristas se les asigna no sólo la función de decir qué es el derecho para el caso concreto, sino también la de hacer una valoración “discrecional de las necesidades emergentes de la vida social y de la configuración de las relaciones jurídicas” en el respeto de los principios⁵⁵. Esta fue sin duda una de las razones que impidió que el derecho romano se estancara, para mantenerse en un “estado fluido”, “adaptable y elástico”, “sin subestimar el valor de la ‘certeza del derecho’ que los romanos de varias maneras demostraron apreciar, aunque sin hacer de ella un fetiche que impidiera satisfacer exigencias nuevas”.⁵⁶

Pero es en la relación de la jurisprudencia romana con las demás fuentes del derecho, en donde se puede captar la fluidez del sistema (de las fuentes), y de donde se puede deducir también que esa fluidez, natural y querida, no significó que ella no estuviera acompañada de la seguridad y certeza

⁵² Schiavone, A., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, cit., nota 34, p. VIII.: el que mengüe el aspecto mágico, no comporta un cambio inmediato y drástico en el estilo mental, “una sabiduría de palabras y signos [q]ue tiende a conservar esquemas en esencia arcaicos al interpretar mores y leyes para sacar de ahí las reglas de los casos que la comunidad propone en cada oportunidad a sus sabios”.

⁵³ Betti, E., “Interpretatio prudentium”, en *Diritto. Metodo. Ermeneutica*, Milán, 1991, pp. 376 y ss.: en las instituciones del derecho civil, “el pasado sigue viviendo en la actualidad del presente en virtud de una transmisión continuada ininterrumpida, que se hace de generación en generación, por el solo hecho que los simples coasociados, y entre ellos los juristas (que son los exponentes más representativos), crecen y se educan espontáneamente en un horizonte espiritual común”.

⁵⁴ Schiavone, A., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, cit., nota 34, p. XIV.

⁵⁵ Betti, E., *Interpretatio prudentium*, cit., nota 53, p. 386. Dice el autor que no cabe ninguna duda acerca del carácter de fuente de derecho (fuente de producción) de la labor de la jurisprudencia.

⁵⁶ Orestano, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., nota 27, p. 57, con cita de Schulz.

necesaria que debe tener todo ordenamiento. Así pues, la necesidad de certeza que crecía pareja con el crecimiento de la ciudad, hizo necesario que la interpretación “auténtica” del derecho, atribuida en principio a los jurisprudentes, como herencia directa de la interpretación pontifical y sustentada ahora en la *auctoritas*, se estableciera también, en otros órganos.⁵⁷

En primer lugar en cabeza del pretor como magistrado investido de *imperium* y que *ius dicit*. En efecto, al pretor se confía una función normativa, pues es el quien determina el derecho que se debe aplicar a los casos concretos.⁵⁸ ¿Pero cómo la solución dada para el caso concreto se convierte en norma de carácter general?, la respuesta está en el *ius edicendi*:⁵⁹ al comienzo de su año en el cargo, el pretor en el edicto, establece los criterios de su jurisdicción, es decir señala los casos en los que concederá tutela y juez a quienes así lo soliciten, pero el edicto, elaboración técnica, se traslada de un pretor a otro; el nuevo en el cargo adopta el edicto de su predecesor (sin que esto le impida introducir cambios), y se vale así de la experiencia pasada respecto de aquellas normas consolidadas, para proponer entonces, en el álbum, la norma más conveniente para la actuación del derecho.⁶⁰

La continuidad de las normas pretorias se debe, sin duda, a la relevancia que ellas hayan adquirido dentro de la sociedad, pero esa relevancia no se la da ni el mismo pretor ni tampoco la conciencia o el querer de la sociedad que él pueda identificar, la relevancia se la da la jurisprudencia, con su permanente consejo técnico. Se puede decir que, hasta su fijación en época de Adriano, y quizá ya un poco antes, siempre se consideró al edicto del pretor como un estatuto en formación,⁶¹ que se complementaba y perfec-

⁵⁷ Betti, E., *Interpretatio prudentium*, cit., nota 53, p. 387.

⁵⁸ Riccobono, S., *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, cit., nota 28, p. 31, en donde dice: “El portentoso desarrollo de la vida pública y privada, en el campo económico, social y espiritual, después de la destrucción de Cartago, necesariamente tenía que traer cambios profundos en el orden jurídico, o mejor, un cambio general en los principios fundamentales y en las normas del *ius civile*. Pero Roma encontró la mejor vía para alcanzar la meta, no en la legislación, sino en el pretor”. En el mismo sentido, Kunkel, W., *Historia del derecho romano*, cit., nota 46, p. 101.

⁵⁹ En este sentido, Bretonne, M., *Storia del diritto romano*, cit., nota 46, pp. 140 y 141.

⁶⁰ Riccobono, S., *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, cit., nota 28, p. 32.

⁶¹ Bretonne, M., *Storia del diritto romano*, cit., nota 46, pp. 186 y ss.: “su naturaleza de edicto en formación lo condena a un examen crítico continuo, que verifique en cada oportunidad, la corrección lógica o la correspondencia con los valores asumidos como funda-

cionaba sólo con el aval de la jurisprudencia. De esta forma y por lo demás, actividad del pretor y del jurisprudente se alimentaron de manera recíproca.

Y en segundo lugar, y luego, en cabeza del príncipe, que al ocupar el puesto principal dentro de la organización política y siendo además detentador de la *auctoritas*, tiene un importante poder normativo por medio de la expedición de las llamadas Constituciones imperiales,⁶² Constituciones que vienen a desplazar a las leyes de la época republicana. Lo primero que hay que señalar es el hecho que así como el pretor se hacía rodear de un *consilium* de jurisprudentes para ejercer su función de *ius dicere*, así también el príncipe hizo lo propio, de tal forma que la relación entre constituciones imperiales y trabajo de la jurisprudencia se muestra de una manera evidente.⁶³ Cuando Augusto concede el *ius respondendi ex auctoritate principis* a un grupo de jurisprudentes, a la *auctoritas* de estos se viene a sumar la *auctoritas* del príncipe con lo que se refuerza el carácter de auténtica de la interpretación que hacen los juristas. La jurisprudencia está en contacto permanente con las Constituciones imperiales, de la misma forma en que lo hace respecto del edicto del pretor, la jurisprudencia pues, dialoga y examina con ojo crítico sus contenidos.⁶⁴

Esta conjunción del príncipe con los juristas traerá un cambio en la forma del derecho, pues éstos se comenzarán a alejar paulatinamente de la actividad política y por ende del contacto con la sociedad, de tal manera que para el final de la época clásica, la jurisprudencia habrá perdido su carácter creador;⁶⁵ de todas formas lo que aquí interesa poner de relieve es

mentales”, además, “sobre las normas pretorias, cuando se han vuelto estables, se ejercita una reflexión y se forma una literatura”.

⁶² No se discute la fuerza normativa de las Constituciones. G. 1.5; D. 1,4,1.

⁶³ Betti, E., *Interpretatio prudentium*, cit., nota 53, p. 387.

⁶⁴ Bretone, M., *Storia del diritto romano*, cit., nota 46, p. 244.

⁶⁵ Cfr. Kunkel, W., *Historia del derecho romano*, cit., nota 46, p. 139: “la actividad dictaminatoria libre y responsable de los juristas fue perdiendo terreno progresivamente, como consecuencia de la competencia del poder estatal supremo, y así se llegó, probablemente ya en la primera mitad del siglo III, a que los juristas sólo pudieran participar como funcionarios en la elaboración del derecho”; varios autores, *Lineamenti di storia del diritto romano*, cit., nota 46, pp. 440 y ss.; Betti, E., *Interpretatio prudentium*, cit., nota 26, p. 388: “la contribución, siempre notable que los juristas hacen para la formación y la exégesis de [ese *ius novum* que las Constituciones imperiales van creando] desaparece detrás de la interpretación oficial e institucional que los emperadores reivindicaban como competencia exclusiva”.

que nunca hubo conflicto o choque entre la jurisprudencia y la potestad normativa del príncipe, fueron dos formas de crear derecho que se nutrieron de la misma tradición.

No cabe duda de que en la mentalidad romana la “certeza del derecho” no se tomó como un valor fundamental al que la jurisprudencia subordinara su actividad. Es en el *ius controversum*, en donde radica la característica esencial del sistema: el derecho romano y en particular la jurisprudencia es una obra colectiva en la que nadie pretendió partir de la nada en el proceso de creación del derecho. La ciencia jurídica se fue organizando gracias a un conjunto de pareceres, de opiniones, de datos normativos, de esquemas procesales, que no se pueden hacer converger en una sola voluntad,⁶⁶ la operatividad del derecho en la experiencia romana era aquella de un sistema abierto,⁶⁷ y la certeza está allí, implícita en esa operatividad conjunta, en esa fluidez, en ese carácter científico de las soluciones que los prudentes imprimen a todo el sistema.

VI. *IUS CIVILE, IUS GENTIUM, IUS HONORARIUM*

Resulta útil en este punto relacionar, aunque sea sólo tangencialmente, la manera en que los diferentes modos en que se manifestó el *ius civile, gentium y honorarium*, fueron acoplados en el trabajo de los creadores del derecho, pues si bien durante la época posclásica y finalmente en la obra de Justiniano, tales derechos se fundieron,⁶⁸ el derecho romano, derecho vital por excelencia, se formó de la mano de estos ordenamientos que juntos supieron traducir en normas, los elementos de la complejidad enorme en las relaciones sociales.

Hay que anotar, ante todo, que tanto el derecho de gentes como el derecho honorario se desarrollaron a partir del siglo III a. C. cuando, debido a la expansión de Roma sobre el Mediterráneo y al incremento de las relaciones comerciales, se pasó del viejo modelo arcaico en las relaciones sociales, basado en el *ius civile*, a una nueva forma de organización social y económica, con consecuencias también en el plano político. De esta for-

⁶⁶ Bretonne, M., *Storia del diritto romano, cit.*, nota 46, pp. 287 y ss.

⁶⁷ Varios autores, *Lineamenti di storia del diritto romano, cit.*, nota 46, p. 152.

⁶⁸ Sobre la definitiva fusión de derecho civil y honorario y derecho civil y derecho de gentes en el texto de Justiniano, Riccobono, S., *Lecture londinesi (maggio 1924), cit.*, nota 28, pp. 87 y ss.

ma, fue el pretor peregrino (y más adelante también el pretor urbano) el que introdujo, por medio de su *iurisdictio* y con la concesión de medios procesales, las figuras que forman el *ius gentium*, mientras daba paso, también con mecanismos procesales, al llamado *ius honorarium*, derecho que está en un plano diferente y contrapuesto o si se quiere paralelo al *ius civile*,⁶⁹ y que encuentra su base en el *imperium* del magistrado.⁷⁰ El derecho honorario cumple una función práctica respecto del derecho civil, lo coadyuva, lo integra, lo corrige (D. 1.1.7. pr), de tal forma que aquel presupone la existencia de este, pues sólo el derecho civil representa un sistema autosuficiente, que aun con lagunas y debilidades se consideraba idóneo para regular las relaciones de toda la comunidad.⁷¹

Por su parte, y según la definición gayana, el derecho de gentes⁷² es el derecho que, producto de la razón natural, es común a todos los hombres (G. 1.1.), teniendo claro que ese sentido de universalidad que se le da al derecho de gentes es una valoración que hacen los propios romanos. La aparición del derecho de gentes, como se dijo, coincide con el periodo de expansión de Roma y tiene como propósito introducir dentro de los viejos esquemas del *ius civile*, en la forma de múltiples figuras típicas operantes, el nuevo contenido económico patrimonial propio de ese periodo. Así, las instituciones que trae el derecho de gentes se presentan como un ensanchamiento, que terminará en fusión,⁷³ de las instituciones que ya estaban presentes en el *ius civile*; dicho en otras palabras, la aparición del derecho de gentes es la traducción a términos jurídicos de la nueva realidad social y

⁶⁹ Bretone, M., *Storia del diritto romano*, cit., nota 46, p. 149.

⁷⁰ Betti, E., “*iurisdictio praetoris*” e potere normativo, en *Diritto. Metodo. Ermeneutica*, cit., nota 53, pp. 600 y ss.; Grosso, G., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, 1967, p. 59.

⁷¹ *Ibidem*, p. 161.

⁷² Una presentación general del derecho de gentes en Kaser, M., *Ius gentium*, Granada, Comares, 2004. Martino, F. de, “Variazione postclassiche del concetto romano di *ius gentium*”, en *Diritto privato e società romana*, Roma, 1982, pp. 490 y ss. Dice Adame Goddard, J., “El concepto de contrato en el *ius gentium*”, en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Homenaje a F. Hinestrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, I, 19 que: en la experiencia de “un derecho privado común compartido por pueblos de diferentes culturas y lenguas está la evidencia de que los problemas a que se refiere el derecho privado son básicamente los mismos en todos los pueblos de cualquier tiempo”.

⁷³ Riccobono, S., *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, cit., nota 28, pp. 22 y ss.

económica, realidad en la que se da por sentado que existe un núcleo común de normas aplicables a todos los pueblos, en el que, por lo demás, la buena fe asume la característica de “criterio normativo obligante”.⁷⁴

A la vez que el edicto del pretor introduce el *ius gentium*, es también la fuente del *ius honorarium*. El derecho honorario nace del ejercicio del *imperium* por parte del pretor en aquellos casos en que, por ser parte en la controversia un extranjero, se debe prescindir del *ius civile*, para proceder de manera autónoma, esto es, para identificar y valorar los elementos de hecho relevantes y si es el caso, conceder tutela jurídica.⁷⁵

Al cabo del tiempo, las instituciones reconocidas para tutela de los extranjeros como derecho honorario, basado en el *imperium* del pretor, se introdujeron también en el derecho civil y se aplicaron por el pretor urbano en virtud de su *iurisdictio*; tal decisión no respondió a una genérica necesidad de progreso, sino a exigencias económicas y sociales propias del caso concreto. Estas instituciones, en la terminología de algunos juristas clásicos, pasaron a constituir esa parte del *ius civile* llamado *ius gentium*, y como tales, como derecho de gentes, se aplicaban a los extranjeros ya no con base en el *imperium* del magistrado, sino como normas de derecho civil. Al lado de estas normas que provienen del derecho honorario, también constituyen derecho de gentes las normas del derecho civil directamente aplicables a los extranjeros.⁷⁶

Vemos como el sistema se alimenta mutuamente en una serie compleja de relaciones, pero lo importante es resaltar cómo todas estas formas y mecanismos, se someten al examen de la jurisprudencia que viene a constituir así un factor de equilibrio de todo el sistema.

VII. LAS RAZONES DEL CAMBIO

Así las cosas, se podría decir que los romanos concibieron el derecho en modo dinámico, pues para ellos el derecho no es algo preexistente sino

⁷⁴ Grosso, G., “Riflessioni su ‘ius civile’, ‘ius gentium’, ‘ius honorarium’ nella dialettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico e sociale in Roma”, en *Studi Donatuti*, Milán, 1973, pp. 441 y ss.: “La individualización de un específico conjunto de relaciones de las que eran capaces tanto romanos como peregrinos, se dio solamente cuando esas relaciones se multiplicaron, justamente con la expansión de la sociedad romana y su participación en el comercio internacional”.

⁷⁵ Bretonne, M., *Storia del diritto romano*, cit., nota 46, pp. 146 y ss.

⁷⁶ Varios autores, *Lineamenti di storia del diritto romano*, cit., nota 46, p. 160.

algo que vive y se modifica, en medida más o menos relevante, al momento de la resolución del caso concreto. Por su parte, el derecho moderno aparece como un derecho preconstituido, que si bien admite modificaciones, se entiende que éstas deben hacerse en un momento previo al de su aplicación,⁷⁷ en aras, por supuesto, de la certeza del derecho.⁷⁸ ¿Cuál fue entonces la razón del rompimiento con este aspecto del derecho romano?

Quizá la aparición de las codificaciones liberales o mejor, la llegada del legislador soberano para regular las relaciones entre particulares, con el consecuente rechazo de un derecho común, se explica si se tiene en cuenta esa fase particular de “aceleración de la historia” que Europa vivió a partir del siglo XVIII, y en la que se hizo evidente la necesidad de una completa ruptura con el pasado.⁷⁹

Una serie de nuevos valores, que habían salido de la reflexión jurídica y filosófica del llamado derecho de profesores, acompañó esta transformación: ante todo el individualismo y la ausencia de control a las actuaciones privadas, la protección de la propiedad y el respeto por el sistema sucesoral, la autonomía de las relaciones contractuales, la definición del régimen familiar, entre otros, de tal forma que la confirmación de esos valores quizá necesitaba una manifestación clara y decidida en la promulgación de un texto que fue el código civil. Pero sin duda la razón es más histórica que jurídica.

Tales valores, sin embargo, se mantuvieron plenamente vigentes, hasta la salida a escena de la llamada cuestión social,⁸⁰ momento en el que se hace una crítica al carácter absoluto de la propiedad, crítica que va a conducir, entre otras cosas, a la consideración de una parte débil en los contratos y a la necesidad de proteger, a toda costa, a la víctima en un nuevo derecho de daños.⁸¹ Es la intolerancia del grupo frente al abuso por parte

⁷⁷ Gallo, F., “La concretezza nell’esperienza giuridica romana”, *Index*, 5, 1979, pp. 4 y ss.

⁷⁸ Si bien se ve, esa certeza en los sistemas actuales puede quedar reducida a ingrediente meramente formal, pues frente a un caso concreto no se sabe, a ciencia cierta, cuál será la solución que tomará el juez.

⁷⁹ Cannata, C. A., Gambaro, A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, cit., nota 35, pp. 301-302: la ruptura es más evidente si se ven los reproches que la codificación sobreentendía al modelo precedente.

⁸⁰ Cfr. Cappellini, P., *Códigos*, cit., nota 42, p. 122.

⁸¹ Alpa, G., Bessone, M., *La responsabilità civile*, Milán, 2001; Marinelli, F., *La cultura del code civil*, cit., nota 15, pp. 64 y ss.

de quien se encuentra en una situación de dominación, ya política, ya económica, ya social, intolerancia que se acrecienta como resultado de las relaciones que salen de la sociedad de la tecnología y de la información. Los valores que reconocieron las codificaciones liberales ya no son los mismos que predominan hoy y tal vez tampoco lo sean los modelos que de allí salieron; así, el modo de concebir el derecho parece llamado a cambiar y a superar las estructuras actuales.

El jurista contemporáneo se ve frente a este cuadro: una tradición jurídica que debe respetar y cultivar ante las proclamas de una urgente e inaplazable unificación del derecho; una revolución tecnológica (y cultural) que lo compromete y que lleva consigo un rompimiento de las fronteras, con el consecuente viajar de ideas e ideologías; y una cuestión social, hoy traducida en la protección y promoción de los derechos fundamentales, que le marca un camino inevitable, y que rechaza cualquier consideración que de esos derechos se haga en términos de mercado. ¿Y la certeza dónde queda?

Las relaciones sociales modernas y por ende los mecanismos de producción de normas, conforman hoy una vasta red, de tal forma que la tarea consiste en identificar, la forma en la que está hecho el tejido (que no es otra cosa que la práctica cotidiana del derecho), sin perder de vista el sentido y las razones del entramado.⁸² Y sin olvidar tampoco que la idea de una edad de la descodificación parece definitivamente superada.⁸³

⁸² Breccia, U., *Fonti del diritto e diritto privato. Breve nota bibliografica per gli studenti*, 2001, sin publicar, 9.

⁸³ Conocida es la discusión sobre el llamado proceso de descodificación que en buena medida parece estar ya superado: ver por todos Hineztrosa, F., *Codificación, descodificación y recodificación*, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 323, 2003, pp. 64-73. La discusión italiana en: Irti, N., *Età della decodificazione*, Milán, 1979. Piga, F., *Tramonto del codice civile? Codice civile e istituti del diritto pubblico nella realtà del nostro tempo*; Schlesinger, P., “Il tramonto del codice civile”, los dos en *Riv. dir. priv.*, 1980, I, pp. 1 y ss.; Busnelli, F. D., *Tramonto del codice civile?*, en varios autores, *Leggi, giudici, politica. Le esperienze inglese e italiana a confronto*, Milán, 1983, pp. 211 y ss.; *Considerazioni sulla ‘crisi’ dei codici, con particolare riferimento al caso del codice civile cileno di Andrés Bello*, en *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Caracas, 1987, pp. 481 y ss.; Patti, S., “Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici”, *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 85; Sacco, R., “Codificare: modo superato di legiferare?”, *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 117 y ss.; Rodotà, S., “Aspetando un codice?”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 1-2, pp. 3 y ss.; Rescigno, P., “La forma ‘codice’: storia e geografia di una idea”, en *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, pp. 29 y ss.; Mattei, U., “Quale codice per l’Europa?”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 1, pp. 3 y ss.

Una advertencia, sin embargo, se revela útil: la reflexión que permite tomar distancias del legalismo estatal, debe comprender también una crítica a la posición extrema contraria, en donde se pretenda imponer como única lógica la del mercado y la de la información; en donde se ceda al particularismo exacerbado en aras de un presunto respeto del pluralismo, y en donde se deje de lado irracionalmente la propia tradición jurídica, en aras de un tráfico más fluido.

VIII. APERTURA DEL SISTEMA DE FUENTES Y TRADICIÓN

No resulta fácil, por supuesto, entender y explicar las transformaciones internas que se presentan en una tradición jurídica, o de pensamiento en general, en relación con las circunstancias sociales que las circundan y las provocan,⁸⁴ lo cierto es que hoy el derecho se ve de repente lleno de incógnitas, pues los cambios sociales, políticos, económicos de los tiempos recientes han sido tan vertiginosos que el derecho, acostumbrado a definir sus posiciones con la decantación de los conceptos y con la práctica diaria de su ejercicio, se ha visto obligado a responder sin tardanza a los retos que le plantea esa sociedad en permanente transformación.

La ciencia jurídica de tradición romana ha estado más atenta al “momento reflexivo” que al “momento pragmático”;⁸⁵ tanto que por lo general en Europa ha sido el derecho culto, el derecho de profesores, el que se ha transformado, a la postre, en derecho positivo. Quizá el precipitarse de las cosas, la apertura de los mercados, la contratación en masa, la era tecnológica, la explosión de la responsabilidad y de los seguros, la urgencia de los derechos fundamentales, la creación de cortes internacionales, por citar sólo algunos ejemplos, han hecho que se privilegie el momento del actuar y tal vez a esto se deba, entre otras cosas, la presencia en los sistemas de tradición romanista, de un número cada vez más abrumador de leyes “con compromiso grande no sólo de la propiedad, claridad y prestancia del ordenamiento, sino de la posibilidad misma de su conocimiento incluso por las gentes que trabajan en el respectivo sector”.⁸⁶ ¿Dónde queda la certeza

⁸⁴ Schiavone, A., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, cit., nota 34, p. XVI.

⁸⁵ Orestano, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., nota 27, pp. 27 y ss.

⁸⁶ Hinestrosa, F., *Codificación, descodificación y recodificación*, cit., nota 83, pp. 65 y ss., donde se reseña una amplia bibliografía sobre la cuestión.

que la ley dice ofrecer cuando, a veces, ni el más avezado de los operadores logra identificar el derecho aplicable?, ¿y qué decir del hombre común, destinatario de esa ley?

Es el momento de insistir sobre la reflexión, a la que ciencia jurídica del *civil law* está acostumbrada, una reflexión esta vez, y como muchas veces se ha hecho, sobre sí misma, sobre su función y sobre sus propios procedimientos.⁸⁷ Dicha reflexión tal vez deba partir, no de las cosas más vistosas del derecho, como son las relaciones jurídicas que a diario se suceden, sino de algo que en principio no salta a la vista, pero que condiciona todo el esquema: el estudio de las fuentes, el estudio del dónde del derecho, en el sentido de su proveniencia, con la conciencia, como lo enseña la historia, de que los sistemas jurídicos nunca yacen sino que cambian continuamente.⁸⁸

Hacer el recorrido desde el derecho romano hasta los derechos modernos que han seguido su tradición, pone en evidencia que éstos han acogido, con mayor o menor énfasis, sus instituciones, por ejemplo en materia de bienes, de contratos, de responsabilidad; pero hacer ese recorrido pone también en evidencia que muy poco se heredó en materia de sistema de fuentes del derecho, de tal forma que se puede afirmar que se transmitió el *qué* pero no el *cómo*.

En Roma, el derecho, que proviene de diversas fuentes, no puede tener existencia ni firmeza de conjunto, si no hay un *iuris peritus* que con su compromiso cotidiano, lo mejore cada día (D. 1.2.2.13);⁸⁹ aquí se resume el sistema de fuentes del derecho romano, un sistema fluido y que tiene como característica fundamental el permanente diálogo entre las diferentes fuentes, sin jerarquías; diálogo, por supuesto, no libre de contrastes; por el contrario, tantos, que se podría decir que es alimentado por ellos y la razón de desarrollo de la misma ciencia jurídica.

La legitimación normativa del jurista romano se encuentra en su *prudencia*, es decir, en el carácter científico de sus soluciones; pero no sólo él, también el pretor, como órgano productor de normas, se halla vinculado a los ciudadanos, no por estar ligado a la estructura y a la organización política de Roma, sino por su actuar con autoridad, con conocimiento,

⁸⁷ Cfr. Orestano, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., nota 27, pp. 27 y ss.

⁸⁸ Gambaro, A., Sacco, R., *Sistemi giuridici comparati*, cit., nota 20, p. 21.

⁸⁹ Schipani, S., “Los códigos de Justiniano y el sistema del derecho romano”, cit., nota 29, pp. 266 y 267. Orestano, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., nota 27, pp. 55 y 56, quien dice además que esa debe ser la labor del jurista en cualquier época.

“que de experiencia cotidiana y espontánea se transforma en texto vinculante”.⁹⁰ La certeza en el derecho, o mejor la falta de preocupación de parte de los juristas romanos por garantizarla, se explica entonces en el carácter científico de las decisiones, que es resultado directo del diálogo entre las fuentes. La certeza, entonces, la da la fluidez del derecho, de tal forma que la estabilidad de la ciencia jurídica se debe convalidar día tras día.

La reflexión moderna puede valerse de sus propios elementos pasados para entender y quizá solucionar, todas esas dudas que la asaltan. El historiador en general, y en particular el historiador del derecho, lleva consigo la suma de los conceptos aprendidos, lo que lo induce a dar más peso a las constantes, esto es, a los elementos que permanecen, que a la diversidad, hasta el punto de considerar esta última como desviación respecto de lo heredado.⁹¹ Esto para decir que lo que puede parecer una excepción al modo general de hacer las cosas, fue en su momento y en realidad modo de ser, idiosincrasia, convicción y así debe ser estudiado. Además, puede suceder que lo que se creía expresión de un derecho superado, aparezca de nuevo, al cabo del tiempo, en una nueva manifestación, y ejemplo reciente de ello es el llamado neoformalismo;⁹² no hay un modelo al cual llegar, ni

⁹⁰ Cfr. Bretone, M., *Storia del diritto romano, cit.*, nota 46, p. 152, con cita de Wieacker.

⁹¹ Orestano, R., *Introduzione allo studio del diritto romano, cit.*, nota 27, p. 431.

⁹² Cfr. Koteich, M., Neme, M. L., “Formalismo negocial romano y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?”, en *Rev. der. priv.*, Universidad Externado de Colombia, 9-2005, en curso de publicación. Allí se señala cómo, la idea, según la cual el paso de una sociedad jurídicamente primitiva a una más evolucionada se corresponde con el paso de un derecho formal a un derecho en el que poco a poco se supera la atadura de la forma, idea que se tomó como pretexto para elaborar una historia ideal de la juridicidad, y decir así que el derecho, en general, tiende, por exigencias internas, a pasar de los pesados lazos de las formas primitivas a una libertad absoluta para manifestar la voluntad. Así, con la llegada del iluminismo y del derecho racional que precedió al movimiento codificador, se tomó como un dato cierto que el punto de evolución estaba representado por la idea de la libertad de formas, y así fue plasmado en los códigos liberales individualistas. La libertad de formas, entonces, se consagró como la regla general, mientras que el formalismo no fue otra cosa que la excepción. Sin embargo, la constante dialéctica entre fenómenos jurídicos y realidad social se encargaría de desmentir esa idea, pues lo que parecía evolución natural se reveló preconcepto. En efecto, la sociedad moderna, la llamada sociedad global, lugar de asimetrías en materia contractual busca antes que nada la protección de la parte débil y así aparece el neoformalismo para tratar de corregir tal asimetría: la imposición legal a las partes contratantes de unos modos de hacer que no se pueden desconocer so riesgo de poner en peligro el acuerdo contractual.

nada se ha alcanzado definitivamente, pues la historia del derecho no es un “ir hacia”, sino simplemente un “ir”.⁹³

Si la certeza del derecho se ve menguada por la crisis de la dimensión estatal, pero también porque paradójicamente, como si fueran los estertores, la producción de leyes se hace incontenible, entonces ¿dónde buscar? Tal vez la certeza, siguiendo el ejemplo romano, la pueda dar el ordenamiento, pero no cualquier ordenamiento, sino un ordenamiento fluido, y ya se dijo que la fluidez la da el diálogo. Si hay anquilosamiento legislativo o jurisprudencial o doctrinal ese diálogo va a ser inútil, estéril, de tal forma que el diálogo tiene que ser dinámico.

Pero, ¿hasta dónde el afán de certeza es desconfianza en la labor de los jueces?, ¿por qué la flexibilidad del derecho se ve como problemática frente a la necesidad de seguridad del sistema?⁹⁴ Hoy se habla del derecho vivo o viviente,⁹⁵ para referirse a un derecho que pretende reemplazar una aproximación positiva por una que se podría decir empírica, que deja así amplios espacios de creatividad al trabajo del intérprete;⁹⁶ de tal forma que algunos elementos están dados. Como sea, es claro que incertidumbre y desconfianza operan en planos diferentes.

Pero así como la jurisprudencia actualmente determina en buena medida el derecho aplicable, no se puede desconocer la importancia de la doctrina en los sistemas de tradición romanista en donde ha condicionado el derecho positivo, tanto que en diferentes ocasiones en el curso de la historia del derecho, la doctrina ha demostrado su supremacía entre las fuentes.⁹⁷

Se debe concluir entonces que la certeza del derecho es producto de la conjunción de todos los factores operantes en un determinado sistema jurídico “y es errado e infantil atribuir a uno solo de ellos la función de asegurar que se alcance”.⁹⁸

⁹³ Irti, N., *Nichilismo giuridico*, cit., nota 11, p. 97.

⁹⁴ Merryman, J. H., *La tradición jurídica romano-canónica*, cit., nota 22, p. 96.

⁹⁵ Mengoni, L., “Diritto vivente”, en *Jus*, 1988, pp. 17 y ss. Santoro-Passarelli, F., “A proposito del ‘diritto vivente’”, *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Nápoles, 1988, pp. 38 y ss.

⁹⁶ Valga como ejemplo el caso de la responsabilidad civil en donde a partir de las mismas pocas normas originales de los códigos decimonónicos se ha creado todo un nuevo derecho en la materia, gracias a una jurisprudencia creativa y acorde con las exigencias de la sociedad.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 70 y ss.

⁹⁸ Cannata, C. A., Gambaro, A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, cit., nota 35, pp. 313 y 314.

Esos varios factores o *formantes*,⁹⁹ concurren para el establecimiento de la regla aplicable y si no hay armonía entre ellos (normas, derecho aplicado, opinión de los juristas), será el momento de intensificar el debate a fin de encontrar un punto de confluencia.

El sistema de fuentes parece abrirse, pero esa apertura, y la metáfora de las fuentes, debe ir acompañada de aquella de la fluidez, en virtud de la cual el diálogo permanente entre las fuentes haga visible la regla aplicable y dé un mínimo de certeza al ordenamiento. Valga decir que la figura de código, tan cara al jurista moderno de tradición romana, parece estar asumiendo un papel de tabernáculo de principios,¹⁰⁰ función que se revela sumamente útil si se piensa en las fuentes, no en función de quién las produce, sino teniendo en cuenta a quién se dirigen; no hay que olvidar que el derecho existe *hominum causa* (D. 1.5.2).

Al derecho se lo define hoy, en su acepción más socorrida, como un conjunto de normas, cuán lejana esta concepción de la definición de Celso, arriba citada, que considera al derecho como *ars*.

⁹⁹ La conocida expresión es de Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, cit., nota 25, pp. 45 y ss. *Formante* es cada uno de los elementos que vienen a conformar la regla jurídica dentro de un sistema.

¹⁰⁰ *Cfr.* Hinestrosa, F., *Codificación, descodificación y recodificación*, cit., nota 83, p. 73: “No sería por ello aventurado pensar los códigos, tratarlos y emplearlos como una única *lex generalis* dentro del sistema. Esa sería una manera, o mejor, lo es, de decantar y sedimentar los valores de la cultura jurídica propia, la nuestra”.