

El mito de la continuidad en Colombia¹

The Myth of the Continuity in Colombia

Le mythe de la continuité en Colombie

Erika Natassia Arroyave López²

Resumen

Muchas de las teorías romanistas tradicionales conciben el derecho contemporáneo como el fruto del derecho romano. Tales teorías sostienen, además, que el derecho de los antiguos romanos ha sobrevivido al pasar de los siglos llegando hasta la actualidad a través de un camino lineal de evolución y continuidad histórica. Sin embargo, diversos estudios realizados por historiadores del derecho sugieren un rompimiento con dicha continuidad. En este artículo se analizarán ambos argumentos con la finalidad de desvirtuar aquellos postulados que pretenden legitimar nuestro derecho a través de una supuesta evolución histórica. Logrando de esta manera que el lector conciba el derecho como un producto social que obedece a un contexto histórico determinado.

Palabras Claves: Derecho romano, Historia del derecho, Mito, Derecho civil.

Abstract

Many of the traditional Roman Law Scholars inclined theories conceive contemporary Colombian law as the result of the Roman law. Such theories sustain as well, that the ancient Roman law has survived the pass of the centuries until present time through a linear path of evolution and historical continuity. Nevertheless, diverse studies made by historians of law suggest a break of continuity. In this article

-
- 1 Este artículo hace parte de los resultados del proyecto de investigación titulado “El espacio tiempo vital de la Historia del Derecho en la América Latina contemporánea” (investigadores principales: prof. Dr. Andrés Botero y prof. Dr. Ramón Narváez), el cual fue financiado por la Universidad de Medellín y el Instituto Tecnológico de Monterrey.
 - 2 Auxiliar de investigación del proyecto “El espacio tiempo vital de la Historia del Derecho en la América Latina contemporánea”, adscrito a la línea de investigación en Teoría General del Derecho del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Medellín, escalafón A de Colciencias. Facultad de Derecho. Correo Electrónico: erikaarroyave@gmail.com Las opiniones aquí expresadas sólo comprometen el pensamiento de la autora.

Artículo recibido el día 13 de marzo de 2008 y aprobado por el Consejo Editorial en Acta de Reunión Ordinaria No. 7 del 15 de mayo de 2008.

both arguments will be analyzed in order to weaken those postulates that attempt to legitimize our law through a supposed historical evolution. This way, the reader can conceive law as a social product that obeys to a certain historical context.

Key Words: Roman law, History of the law, Myth, Civil Right.

Résumé

Beaucoup des théories romanistes traditionnelles conçoivent le droit colombien contemporain comme le résultat du droit romain. Ces théories soutiennent, en plus, que le droit des anciens Romains a survécu en passant des siècles en arrivant jusqu'à l'actualité à travers d'un chemin linéaire d'évolution et continuité historique. Cependant, diverses études effectuées par des historiens du droit suggèrent une rupture avec cette continuité. Dans cet article on analysera les deux arguments afin d'affaiblir ces postulats qui prétendent légitimer notre droit à travers d'une supposée évolution historique. En obtenant, de cette manière, que le lecteur conçoive le droit comme un produit social qui obéit à un contexte historique déterminé.

Mots Clés: Droit romain, Histoire du droit, Mythe, Droit civil.

Sumario

Introducción 1. La condición histórica del derecho. 2. El del mito de la continuidad en Colombia. 3. ¿Anacronismos o pervivencia de las instituciones jurídicas romanas? Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

A través de este texto se pretende convidar al lector a reflexionar en torno a las tradicionales maneras de concebir la historia del derecho. Por tal razón, se hará énfasis sobre un arraigado mito³ entre los juristas: “el mito de la continuidad”⁴. Bajo este concepto se designan los argumentos de aquellos académicos que ven en el derecho actual, específicamente el derecho privado, la continuación del derecho romano⁵: sus instituciones, sus principios y su esencia universal son elementos

-
- 3 La manera, como se entiende en este texto MITO, se acoge a la explicación que sobre su significado y relevancia aporta Setién Ravina, quien anota lo siguiente: “Para captar el concepto debemos suspender la noción de mito como falsedad e intentar ver cómo esas ideas míticas son productivas en el sentido de que condicionan el comportamiento social de los individuos de forma efectiva y les permite cumplir globalmente con funciones que van más allá del aspecto simbólico”. “El mito es una narrativa que es considerada socialmente como importante y que se cuenta de tal forma que permite que el colectivo social en su conjunto comparta el sentido de su importancia”. SETIÉN RAVINA, Carlos Morales de. “La invención del derecho privado”. En: MONATERI, P.G. y SAMUEL, Geoffrey. La invención del derecho privado. Estudio preliminar de Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2006. pp. 48-49.
 - 4 Término utilizado inicialmente por el iushistoriador (historiador del derecho) Andrés Botero Bernal, para quien aquellas teorías romanistas que ven en el derecho privado actual un reflejo del derecho romano han hecho de tal creencia un dogma jurídico, y, por ello, llama la atención sobre la necesidad de reflexionar en torno a ese dogma y a la creencia de que la historia del derecho se limita a la historia del derecho romano. Refiriéndose a la situación de la iushistoria en las facultades de Derecho colombianas, ya que, como lo señala, “en cada asignatura se dan algunas nociones históricas, y se cree que con la sola enseñanza del derecho romano (que en verdad se ofrece más como una introducción al derecho privado bajo el mito de la “continuidad”) en los primeros meses de la carrera (dado que los abogados se sienten herederos de la tradición romanista), se brinda la orientación histórica que requiere el futuro profesional” BOTERO BERNAL, Andrés. Presentación del libro. En: Seminario Internacional De Teoría General Del Derecho. (3º: 2006: Medellín). Origen del constitucionalismo colombiano: Ponencias del III Seminario Internacional de teoría general del derecho. Medellín: Universidad de Medellín, 2006. pp. 14-15.
 - 5 Entre los académicos que sostienen la continuidad de derecho romano en el derecho actual podemos encontrar a: Valencia Restrepo, Hernán (Derecho privado romano); Jaramillo Vélez, Lucrecio (Derecho Romano: Historia del derecho romano); Cuhna Lobo, Saraivada (Curso de direito romano); Díaz Bialek,

palpables en el derecho de hoy, ya que éste es el resultado del devenir histórico del sistema jurídico de la civilización romana y, por ello, sostienen una evolución en vez de la desaparición del derecho romano como normatividad vigente. Por lo cual sus principios generales son comunes a los de hoy día, ya que, según sus teorías, nuestro ordenamiento jurídico sería el resultado del perfeccionamiento del derecho romano a través del transcurrir histórico de la humanidad.

Es por ello que el mito de la continuidad es el nombre con el cual se ha denominado aquellas teorías que consideran el derecho romano como el ancestro directo de nuestro actual derecho privado, sosteniendo la pervivencia⁶ de tal sistema jurídico a través de la historia de la humanidad hasta desembocar en el derecho contemporáneo, dotándolo de esta forma de una perfección lograda a través de siglos de evolución devenidos por el pasar de los años.

Es preciso anotar que, para la construcción del presente texto, se ha recurrido a la metodología documental⁷, haciendo un rastreo a través de los principales textos que componen la bibliografía jurídica colombiana en la que se sustentan el ya mencionado “mito de la continuidad”, además de una revisión, conforme a la metodología utilizada, de algunos de los textos que confrontan tal visión sobre el derecho romano, lo que permitirá al lector conocer más a fondo el discurso dogmático en torno al sistema jurídico romano y su papel al interior del derecho privado contemporáneo. Con esto se busca exponer algunas de las visiones que

Agustín (La recepción del derecho romano en la Argentina); Guzmán Brito, A. (Del derecho romano a la teoría general del derecho); J. Sobreira de Amorim (Importancia actual do direito romano); Bernal, Beatriz (Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas); Ferraz Pereira, Aloysio (O direito como ciência- Inatualidade do direito civil, atualidade do direito romano), entre otros.

- 6 Según el romanista colombiano Hernán Valencia Restrepo, nuestro ordenamiento jurídico se encuentra emparentado directamente con el derecho romano, ya que su esencia permanece en el derecho privado contemporáneo y ello ha sido posible gracias a lo que él denomina “pervivencia”, término que utiliza para referirse a la vida mediata que tiene el derecho romano en el sistema normativo actual. Cfr. VALENCIA RESTREPO, Hernán. Derecho privado romano. Con especial referencia al Código de Bello y al restante derecho privado colombiano vigente. 6ª ed. Medellín: Señal editora, 2008. pp. 68-73.
- 7 Para ampliar la información sobre la metodología documental, así como la función que cumple al interior de la historia del derecho, se recomienda consultar: BOTERO BERNAL, Andrés. “La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas”. En: *Opinión jurídica: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, No. 4. Medellín: Universidad de Medellín, (julio - diciembre de 2003). pp. 109-116.

influyen en las concepciones tradicionales de una iushistoria dirigida a legitimar el derecho en Colombia.

La importancia del presente trabajo radica en querer constituirse en un pequeño aporte que ayude a develar los hilos ideológicos, a partir de los cuales se ha elaborado el tejido histórico de la tradición jurídica colombiana, en tratar de abrir nuevas perspectivas para la investigación histórico-jurídica; por lo cual se presenta como un texto con el que se quiere aportar elementos al lector que lo lleven a analizar muchos de los discursos que se han constituido en dogmas dentro de la ciencia jurídica y que son casi irrefutables. Para Colombia, el ejemplo más palpable y llamativo es una concepción del derecho romano que se ha perpetuado a través del mito de la continuidad, desconociendo los cambios históricos y basados, en muchas ocasiones, en poderes externos e intereses utilitaristas, donde el mismo derecho romano se convierte en una herramienta moldeable de manera tal que se adecuen a sus intereses particulares.

El presente trabajo se dividirá en cinco apartes:

En el primero (“La condición histórica del derecho”), se hará una breve exposición sobre el derecho como objeto de estudios histórico-jurídicos, en el cual se darán a conocer algunas de las razones que hacen que un sistema jurídico del pasado sea visto como materia de estudios y análisis históricos. Con esto se espera suministrarle al lector algunos elementos con los cuales pueda concebir el derecho mismo como un objeto histórico, determinado por un espacio tiempo vital⁸ del que deriva sus características y el cual le da una identidad única e irrepetible.

Una vez clarificada la condición histórica del derecho y una vez se haya enfatizado en que el derecho se caracteriza por ser el resultado de unas condiciones sociales determinadas e irrepetibles, se contará con valiosos elementos para poder evaluar la veracidad de aquellas afirmaciones que sustentan que el sistema jurídico colombiano es el fruto de una continua evolución del derecho romano.

8 El espacio tiempo vital constituye el territorio y el tiempo histórico o cronológico en que un hecho acontece. Para efectos del presente texto se entenderá que a través de ese concepto se hace referencia al territorio en que rigen las normas jurídicas, al tiempo en el cual se desarrollan y a la vigencia de dichas normas. Recuérdese que el término “espacio tiempo vital” hace parte de los desarrollos conceptuales logrados en el proyecto de investigación en el cual se inscribe el presente escrito.

En el segundo capítulo (“El del mito de la continuidad en Colombia”), se realizará un análisis en torno al tema de la continuidad del derecho romano en el actual sistema jurídico; y, para lograr desarrollar tal pretensión, se presentarán algunos de los argumentos de quienes sostienen que el derecho contemporáneo es el fruto de una esencia perenne del derecho romano, la cual se ha mantenido viva a través del tiempo en el sistema jurídico privado, como también se mencionarán algunos de los argumentos de aquellos teóricos que se oponen a la continuidad y sustentan una tesis contraria a la luz de estudios realizados desde la historia del derecho.

El tercer capítulo (“¿Anacronismos o pervivencia de las instituciones romanas?”), envuelve una reflexión en torno al riesgo que implica igualar conceptos del derecho pretérito, que se estudia, con los términos usados por el sistema jurídico actual dándoles, por tanto, un significado similar al de ahora, con el fin de sostener que la institución o el concepto que se denomina así en el pasado es igual al concepto del sistema jurídico actual, desconociendo las características propias de ese derecho y otorgándoles, en muchas ocasiones, un significado que no corresponde a la realidad en que ese derecho rigió. De manera tal que en este aparte se hará referencia a los anacronismos, con base en la explicación que sobre el tema ha dado el prof. Andrés Botero Bernal.

Por último, se enunciarán las conclusiones derivadas de todas las consideraciones expuestas en los capítulos anteriores, a través de las cuales se pretende hacer una invitación al lector a problematizar aquellas tesis que intentan legitimar el derecho contemporáneo dotándolo de un grado de superioridad en el escalafón de raciocinio humano a través del tiempo, mostrando una supuesta evolución a partir del mito de la continuidad.

Se advierte que el presente artículo se limita al estudio del derecho privado romano, por considerarlo la parte más importante de éste.

1. La condición histórica del derecho

Se entenderá, para efectos de desarrollar este acápite, que el derecho está constituido por el fenómeno jurídico, es decir, aquello que se enmarca bajo la categoría de lo que es considerado como jurídico⁹, partiendo desde un concepto formal de derecho –aquel derecho emitido por un poder legislativo o por aquella(s) persona(s) que

tenga(n) la potestad de emitir normas jurídicas, poder que se encuentra monopolizado por el Estado o una persona considerada como el gobernante o líder— hasta una perspectiva amplia que acepta también como normas y conceptos jurídicos aquellas regulaciones que encuentran su fuente de creación no sólo en un poder legislativo sino que surgen de fenómenos sociales, como lo es la costumbre, entre otras.

Sin embargo, se debe señalar que, si bien el derecho está inmerso en una sociedad, es una respuesta a unas expectativas específicas¹⁰ y es el resultado igualmente de determinados hechos sociales, como lo son la economía, la política, la religión, entre otros; el sistema jurídico es un ente diferente que posee una estructura interna y que se caracteriza por tener rasgos propios, capaces de diferenciarlo de cualquier otra producción social, lo que hace del derecho una disciplina autónoma, pudiendo ser estudiada independientemente¹¹ y sin necesidad de ahondar en los hechos sociales de la época en que se adscribe determinado sistema jurídico¹². Ahora, se debe clarificar la importancia de querer llamar la atención sobre el objeto, pues

-
- 9 Al respecto, escribe Carlos Petit acerca de la importancia del estudio de aquello reputado como jurídico: "(...) en este sentido no sería el Derecho —presente o pasado— el principal objeto de observación, sino todo aquello que, a propósito del derecho, han podido decir y escribir personas insertas en ciertas instituciones (tribunales, universidades, parlamentos) encargadas de la producción de textos reputados jurídicos: en otros términos habría que averiguar qué hace que tengamos por especializados (escritos, discursos, personas) a los que, cumplidos ciertos requisitos, así se consideran". PETIT, Carlos. "De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria". En: *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de historia de la Universidad*. No.8. Madrid: Dykinson, (2005). pp. 237-279.
- 10 "La regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad que se consuma a través de una relación estructural que en la sociología moderna se denomina con el nombre de *expectativa*. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte conforme a una norma y lo mismo puedo esperar yo de los demás". MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Bogotá: Temis, 2004. p. 11.
- 11 Como bien lo señala García Gallo, "el derecho constituye, sin duda, un aspecto de la cultura global de la sociedad, pero con la suficiente entidad para poder ser objeto de estudio en sí mismo; como lo son también la religión, el lenguaje, el arte, etc.". GARCÍA GALLO, Alfonso. *Metodología de la historia del Derecho Indiano*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1971. p.18.
- 12 Claro está que el mismo sistema jurídico es de por sí un hecho social, más aún cuando es el derecho pretérito el que se estudia, pues es un ordenamiento que sólo tuvo fuerza vinculante y fue válido en ese momento histórico; por ello no podemos perder de vista que lo que estudiamos son hechos, hechos que alguna vez se constituyeron en derecho, como bien lo señala Zorraquín Becú: "Solo estudiamos hechos que en su momento fueron jurídicos, pero que en la actualidad han perdido totalmente esa cualidad". ZORRAQUIN BECÚ, Ricardo. *Apuntes para una teoría de la Historia del Derecho*. Buenos Aires: Imprenta de la UBA, 1978. p. 326.

la pretensión de ello no es otra sino dejar en claro que el derecho se encuentra determinado por diversos factores sociales, de los cuales deriva unas características específicas y los cuales le dan una identidad bien definida, por lo cual cada sistema jurídico pertenece a una época determinada, pero a su vez dicha identidad lo diferencia de los demás sucesos sociales y de la misma sociedad.

Ahora, en cuanto a la condición histórica del derecho, se debe argumentar que el sistema jurídico en sí constituye un objeto de estudios de carácter histórico, ya que el derecho posee una identidad determinada por una sociedad y una época pasada, de la cual fue fruto y a la cual al mismo tiempo influenció y moldeó, pues es innegable que el derecho es un producto social, lo que le otorga una ubicación clara en un espacio (territorio) y tiempo vital (vigencia) determinados o fácilmente determinables, de lo cual derivan las condiciones necesarias para ser objeto de investigaciones y estudios históricos. O como lo menciona José Sánchez al aludir a una opinión de Tomás y Valiente: “El derecho no es una realidad intemporal, de modo que pueda decirse que constituye el único objeto sobre el cual solo quepa una sola ciencia. El derecho es una realidad histórica que se hace y se deshace en las formaciones sociales históricas, por lo que no se puede sostener que constituye una realidad única o continua”¹³.

Ahora bien, es innegable, como lo hemos venido sosteniendo, que el derecho es un producto social y, por tanto, responde a unas necesidades específicas en dicha sociedad –necesidades que pueden ser de la comunidad misma o del grupo social dominante– lo que lo hace un elemento único e irreplicable moldeado por las fuerzas sociales y jurídicas de la época a la que pertenece, razón por la cual adquiere una ubicación histórica y puede constituirse en objeto de estudios iushistóricos (objeto determinado por un espacio y un tiempo específico).

Por tanto, si aceptamos que el derecho de una época determinada responde a las características de tal sociedad, lo que hace que el derecho sea uno y no otro (razón por la cual el sistema jurídico pertenece a tal sociedad y no a otra), sería contradictorio aceptar argumentos como el que sostiene el mito de la continuidad, ya que éste concibe el derecho romano como una esencia universal e intemporal,

13 Citado por: SÁNCHEZ-ARCILLA, José. Historia del derecho. Tomo I. Instituciones políticas y administrativas. Madrid: DYKINSON, 1995. p. 21.

sin tener en cuenta el trasegar histórico y mucho menos las características de las diferentes sociedades contemporáneas.

2. El mito de continuidad: ¿legitimación del derecho privado contemporáneo?

Tradicionalmente los textos dirigidos a la población universitaria –tanto estudiantes como docentes– que desarrollan temas jurídicos comienzan por hacer un recuento histórico del concepto o institución que se va a estudiar a lo largo del texto. En su afán de buscar los antecedentes de los mismos, recurren a una serie de afirmaciones cimentadas sobre una concepción lineal del transcurrir histórico y el mito de la continuidad, según el cual la historia del sistema jurídico actual se encuentra ligada directamente a los desarrollos intelectuales y al ordenamiento jurídico del antiguo pueblo romano, el cual ha continuado a través de los siglos atravesando el tiempo para decantar su esencia en el derecho contemporáneo y, por lo tanto, se puede encontrar una continuidad de tal derecho en las instituciones de nuestros días. Es en este punto donde tales intentos por historiar el derecho y sus instituciones jurídicas terminan restándole sentido al hecho jurídico pretérito al identificarlo con una institución o concepto contemporáneo, cayendo, de esta forma, en una visión simplista del pasado, según la cual el derecho actual es similar al sistema jurídico de tiempos remotos. Ya que desde tal perspectiva las instituciones jurídicas contemporáneas más relevantes hunden sus raíces en una misma época y se han desarrollado a partir de los mismos hechos sociales. Es por ello que muchas veces el estudio de los acontecimientos jurídicos del pasado se ha desvirtuado y ha hecho que la Historia del Derecho pierda significado para los alumnos y los docentes, que son al fin y al cabo el público a los que van dirigidos aquellos textos que buscan en el derecho romano los “antecedentes” del contemporáneo. Una de las consecuencias ha sido haber convertido a cierta Iushistoria y a un determinado estudio del pasado jurídico en una herramienta dirigida a legitimar el derecho estatal, y los conceptos formales del derecho¹⁴. De esta ma-

14 El iushistoriador Hespánha ha sido enfático en la importancia de denunciar esos intentos por legitimar el Derecho a través de la historia, y específicamente a través de la Historia del Derecho. Para profundizar en las reflexiones y los estudios que con respecto a este tema presenta el autor, remítase al subcapítulo 1.1 *A história do direito como discurso legitimador*. De su libro *Cultura Jurídica Européia. Síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. pp. 22-33.

nera, una parte de las concepciones tradicionales sobre la historia del derecho han estado orientadas por una tendencia a legitimar el sistema jurídico¹⁵, ya que a lo largo del desarrollo del país el derecho ha desempeñado un importante papel en la creación y legitimación del Estado¹⁶; razón por la cual al sistema jurídico se le ha otorgado la labor de servir de base en la creación no solo de la Nación sino también de adecuarse a las necesidades políticas del momento. Es por ello que los estudios que se emprenden, dirigidos a analizar el derecho y las instituciones del país, muchas veces terminan convirtiéndose en una herramienta más de legitimación, pues acaban por impregnarse de todas esas preocupaciones e intereses de particulares, desfigurando el pasado mismo. De manera tal, que el acontecimiento histórico-jurídico presentado bajo esta perspectiva termina por emparentarse con el derecho de la actualidad, donde el uno y el otro son presentados en una línea de evolución en la cual acaban por convergir en un punto de perfecta racionalidad y armonía; siendo, por tanto, el recorrido a través del tiempo el modo más seguro de llegar a la esencia inmanente del raciocinio humano reflejado en el derecho antiguo, específicamente en el derecho romano. Peligro que ha sido denunciado por el brasileño Fonseca:

El estudio lineal de la historia (y de modo particular la historia del derecho), que amontona todo lo que ya pasó en un superposición armónica y coherente de las instituciones jurídicas a través del tiempo, acaba imponiendo una

-
- 15 Como lo argumenta Pérez Perdomo, señalando que él mismo se separa de esa corriente histórico-jurídica: "Si adelantamos estas ideas centrales es para [...] indicar nuestra distancia de una visión común de la historia del derecho que presenta a los conceptos romanos viajando a través de las edades sin que parezca sufrir modificación alguna (por ejemplo, WATSON, 1977, 1993 y 2000), o a los distintos pueblos, incluidos los germánicos medievales y los aborígenes americanos, recibiendo el derecho romano porque toman conciencia de su superioridad técnico-jurídica o porque una fuerza superior lo impone". PÉREZ PERDOMO, Rogelio. *Los abogados de América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004. p. 35.
- 16 Sostiene Albert Stenger que fue, a través del derecho y con la ayuda de los abogados, como se empezó a formar y fortalecer una conciencia jurídica, ya que los estados latinoamericanos habían nacido como estructuras administrativas y no como naciones con una clara identidad socio-política; además, fue a través de la difusión y enseñanza del derecho romano como se logró fortalecer el sistema jurídico de tal época, ya que tal ordenamiento jurídico fue tomado como fundamento de un modelo de unidad jurídica que respondiera a las necesidades crecientes de los nuevos Estados. Cfr. STENGER, Hans-Albert. "La significación del derecho romano para la universidad latinoamericana en los siglos XIX y XX". (BETANCOURT, Fernando, Trad.). En: CATALANO, Pierangelo, STEGER, Hans-Albert y LOBRANO, Giovanni. *América Latina y el Derecho Romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1985. pp. 118-134.

lógica al pasado que en verdad le es extraña, al mismo tiempo en que lanza sobre el pasado las cuestiones, preocupaciones, valoraciones y ansiedades que pertenecen al presente (y al científico que produjo tal conocimiento)¹⁷.

La segunda distorsión se da justamente en la medida en que en este discurso la experiencia jurídica está expresada como un transcurrir de eventos que desembocaron de modo natural y lógico en el presente, mostrando las instituciones jurídicas actuales como un resultado consecuente de la experiencia histórica. El derecho actual es cómo naturalizado por la historia, pasando a ser legitimado por la propia tradición, que de modo más poderoso que cualquier otra racionalidad que se pueda construir demuestra como el derecho de hoy solamente podría ser así, y no de otra forma. Esto es, basada en una noción de progreso que le sirve de sustrato, la historia del derecho sería capaz de demostrar cómo el trasegar de la dogmática y de las leyes en el tiempo culminó en aquel que sería el derecho más evolutivo o evolucionado, más racional, más moderno y más científico y que, por todo eso, sería también aquel que está más excepto de críticas: el derecho actual¹⁸.

Ahora, es común encontrar en los textos de algunos de los más reconocidos privatistas colombianos argumentos que difunden el mito de la continuidad¹⁹;

-
- 17 Traducción de la autora. “O estudo linear da história (e de modo particular da história do direito), que amontoa tudo o que já passou numa superposição harmônica e coerente de institutos jurídicos através do tempo, acaba impondo uma lógica ao passado que em verdade lhe é estranha, ao mesmo tempo em que lança sobre a época pretérita as questões, preocupações, valorações e ansiedades que pertencem ao presente (e ao cientista que produz tal tipo de conhecimento)”. FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de Direito à sujeição jurídica*. São Paulo: Editora LTDA, 2002. p. 26.
- 18 Traducción de la autora. “A segundo distorção se dá justamente na medida em que neste discurso a experiência jurídica é apresentada como um desenrolar de eventos que desembocarão de modo natural e lógico no presente, demonstrando os institutos jurídicos atuais como um resultado conseqüente da experiência histórica. O direito atual é como que naturalizado pela história, passando a ser legitimado pela própria tradição, que de modo mais poderoso que qualquer outra racionalidade que se possa construir demonstra como o direito de hoje somente poderia ser assim, e não de outra forma. Isto é, baseada numa noção de progresso que lhe serve desubstrato, a história do direito seria capaz de demonstrar como o evolver da dogmática e das leis no tempo culminou naquele que seria o direito mais evoluído, mais racional, mais moderno e mais científico e que, por tudo isso, seria também aquele que está mais isento de quaisquer críticas: o direito atual”. *Ibid.*, pp. 27-28.
- 19 Durante un rastreo bibliográfico al interior de la biblioteca “Eduardo Fernández Botero”, de la Universidad de Medellín, en el cual solo se tuvieron en cuenta los textos de Derecho Romano escritos por colombianos o editados en Colombia, con el fin determinar cuáles de estos textos hacen parte de los escritos en los que se sostienen el mito de la continuidad y cuáles no, se obtuvieron como resultados los siguientes: 1. Aproximadamente el 71.42% (10 libros) de los textos consultados sostienen textualmente que el sistema

es por eso que a continuación se hará referencia a algunos pasajes textuales para conocer sus argumentos:

“El derecho civil que rige la vida social y económica de los pueblos occidentales es el derecho romano; derecho profundamente transformado a través de más de veinte siglos de asimilación, pero derecho romano en todo caso”²⁰.

“Se parte de la base de que el derecho romano, enseñado al comienzo de la carrera, tiene como función principal la de formar al estudiante y secundariamente la de informarle sobre un derecho vigente hace siglos”²¹.

“Soy consciente de la importancia que tiene el derecho romano como fuente histórico-jurídica para incitar a la formación humanista, como principal cimiento del ordenamiento jurídico colombiano”²².

“Si se escudriñan una a una las bases de nuestro cuerpo de normas privadas, todas ellas conducen ineluctable e inequívocamente al derecho romano”²³.

“He fincado mi empeño en colmar un vacío de la literatura jurídica patria, demostrando la romanidad del derecho civil colombiano”²⁴.

Espitia, al clasificar los períodos del derecho romano, enuncia como último el “Derecho Romano Codificado (entre el siglo XIX y la actualidad)”. Argumenta que “el Estado Nación buscó una identidad a través de la creación de códigos propios, que recibieron y reciben, sin embargo, de una u otra forma, la influencia del derecho romano, tanto en su elaboración como en su interpretación”²⁵.

jurídico actual es el resultado de la evolución histórica del derecho romano, así como también que la esencia del derecho romano pervive en las instituciones jurídicas actuales. 2. El 21.43 % (3 libros), no lo mencionan textualmente y 3. El 7.14 % (1 libro) de los textos encontrados en esa sección de Derecho Romano critican a quienes dicen encontrar en el derecho actual rasgos del derecho de los antiguos romanos. De manera tal que se puede concluir que en Colombia el mito de la continuidad es aceptado por gran parte de los doctrinantes del país. El texto completo de ese rastreo bibliográfico se encuentra consignado en el informe final del proyecto de investigación “El espacio tiempo vital de la Historia del Derecho en la América Latina contemporánea”.

20 VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil. Tomo I. Parte general y personas. Reimpresión de la 15ª ed. Bogotá: Temis, 2002. p. 33.

21 ÁLVAREZ CORREA, Eduardo. Curso de Derecho Romano. Bogotá: Editorial Pluma, 1979. p. 11

22 GARCÉS CORREA, Francisco Alonso. Nociones de derecho romano. 2ª ed. Bogotá: Editorial Leyer, 1997. Prefacio.

23 VALENCIA RESTREPO, Derecho privado... , *Op. Cit.*, p. 11.

24 *Ibid.*, p. 15.

25 ESPITIA GARZÓN, Fabio. Historia del Derecho Romano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 51.

“Supervivencia del derecho romano. El derecho no sólo saltó de los siglos sino que navegó entre ellos, como hermosamente comenta el prof. Fernández Bulte, y pervive en la esencia de los ordenamientos jurídicos contemporáneos”²⁶.

“El derecho romano debe ser estudiado en los tiempos modernos por dos razones principales, a saber:

1 a). Porque en él se encuentra el origen de la mayor parte de las instituciones del derecho civil moderno, muy señaladamente en los pueblos de raza latina.

2 b). Porque el proceso evolutivo de la formación de las instituciones jurídicas de Roma es un ejemplo digno de imitarse por los pueblos modernos”²⁷.

“Nuestro derecho actual tiene, sobre todo, por orígenes, las costumbres y el Derecho Romano. Títulos enteros de nuestro Código Civil, especialmente la teoría de las obligaciones, han sido sacados de esta última fuente. Para comprender bien es esencial conocer las leyes antiguas de donde ellas nacen, éste es el medio más seguro de apoderarse de su verdadero espíritu”²⁸.

“El espíritu romano fue ante todo práctico, se preocupaban más por los sucesos que por elaborar teorías y el sentido práctico en la solución de los problemas ha servido de ejemplo a los códigos privados del mundo en todas las épocas, de ahí que el derecho romano sea el origen de la mayor parte de las instituciones civilísticas modernas”²⁹.

“De ahí pues la utilidad y necesidad de su estudio, ya que para conocer e interpretar mejor las normas del Código Civil es necesario conocer las leyes antiguas de donde ellas nacen para apreciar su espíritu y valor”³⁰.

“En lo atinente al estudio en especial del derecho romano, constituye una verdad que aquellas viejas leyes no nos son ajenas, sino por el contrario, una gran parte se conserva viva dentro de las instituciones del mundo Occidental, que construyó su edificio jurídico con los cimientos traídos del pasado romano”³¹.

26 LATORRE GAMBOA, Ciro Alfonso. Síntesis histórica de Derecho Romano. Bogotá: Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, 2002. p. 81

27 MEDELLÍN, Carlos. Lecciones de Derecho Romano. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1980. p. 1.

28 PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano. (FERRÁNDEZ GONZÁLEZ, José, Trad.). Medellín: Abogados Asociados Editores, 1999. p. 17.

29 VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Breves notas de Derecho Romano. Adaptadas al programa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Medellín: Universidad de Medellín, 1978. p. 1.

30 *Ibid.*, p. 2.

31 RUEDA GÓMEZ, Claudia. Historia gráfica del Derecho Romano. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1992. p. XII.

De los extractos anteriores se puede deducir que la creencia sobre el mito de la continuidad es uno de los argumentos más difundidos y aceptados por los doctri- nantes del derecho privado especialmente; además que la regla general es atribuirle al derecho romano la construcción de las bases del sistema jurídico occidental.

Podría pensarse también que el mito de la continuidad esconde, tras una fachada de historicismo, sus argumentos e intereses por legitimar el derecho actual, desfigurando el pasado y sometiéndolo a un reduccionismo, en el cual los desarrollos jurídicos e intelectuales de otras épocas son estudiados bajo una perspectiva lineal; de esta forma el sistema jurídico atraviesa siglos en un movimiento de constante evolución en su carrera por llegar a la perfección y al desarrollo máximo del raciocinio humano³². Es por ello que bajo esa perspectiva queda excluido todo acontecimiento o ruptura que atente contra ese esquema armónico, que representa el recorrido del derecho romano hasta las instituciones actuales. De manera tal que las fuentes históricas y los hechos jurídicos y sociales de tales épocas son valorados y tenidos en cuenta en la medida que puedan encajar en una línea de continuidad y desarrollo armónico del derecho, por lo cual se puede encontrar que la culminación y cúspide de la evolución del raciocinio y civilización del hombre se encuentra en el sistema jurídico actual, lo que hace que en tal sistema desemboquen los mayores avances alcanzados por la humanidad en materia jurídica, convirtiendo el derecho en un heredero directo de un pasado imperfecto y, a su vez, receptor de conceptos universales.

Por lo anterior, gran parte de las críticas académicas que elaboran algunos ius- historiadores (entre ellos se ubican, Hespanha, Narváez, Monateri, Petit, Setién Ravina, Pérez Perdomo, entre otros³³) están dirigidas a develar que tal discurso

32 No quiere decir con ello que la evolución sea un carácter ajeno al derecho; sin embargo, la evolución no debe ser tomada como un transcurrir lineal de un punto a otro, sino, por el contrario, reconocer que ella misma está llena de altibajos y rupturas inherentes al mismo recorrido. También debe señalarse que por evolución no debe entenderse perfección ni mucho menos un rango inigualable de mejoría con respecto al estado anterior; por tanto, en el presente trabajo se asume el concepto de evolución como un cambio que obedece a factores como lo son el tiempo, las nuevas necesidades sociales, el medio en que se desenvuelve el objeto o como el resultado de la solución a las diversas coyunturas con las que pueda entrar en contacto; y con ello, que el cambio sea sustancialmente importante o genere un estado muy diverso al anterior.

33 HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005; FONSECA, Ricardo. *Modernidade e contrato...*, *Op. Cit.*; MONATERI, P.G. Gayo. "El negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica Occidental". En: MONATERI, P.G.

no constituye más que la perpetuación del poder o de unos determinados poderes para los cuales es funcional las concepciones lineales de la historia del derecho; por ejemplo, Setién Ravina sostiene:

Podría ser que el derecho romano no fuera esencial o siquiera conveniente en la educación de un estudiante de derecho del siglo XX o del siglo XXI. No obstante, su persistencia en el plan de estudios es una necesidad para una clase de académicos, que viven de ello, y de una falta de conciencia autocrítica de las autoridades académicas, que se niegan a reconocer que pueden haberse equivocado durante decenios con la inclusión del derecho romano³⁴.

Debido a que las concepciones de derecho privado tradicionales han visto en el derecho romano su predecesor, el estudio de muchas instituciones jurídicas actuales se liga al estudio del derecho romano, ya que en tal sistema jurídico es donde encuentra sus raíces el derecho contemporáneo. En Colombia tal argumento justifica la razón de la necesidad de estudios sobre el derecho del antiguo pueblo romano, en especial en hacer énfasis sobre tal importancia en los futuros abogados; con ello se logra perpetuar una tradición jurídica que no indaga por los argumentos científicos sobre los cuales cimientan las razones que sustentan la supuesta perpetuación del sistema jurídico de los antiguos romanos. Esto se hace evidente en las argumentaciones que aportan profesores de derecho romano al preguntárseles por la importancia de su estudio:

La importancia del Derecho romano radica no solamente en la parte histórica, ya que de él viene toda nuestra tradición jurídica. Es decir, es la base de todo el derecho que los estudiantes van a ver en los años subsiguientes, no solamente del derecho civil sino de las instituciones como la familia, bienes, obligaciones y contratos, que son básicamente la columna vertebral de las demás materias que se ven a lo largo de la carrera.

El derecho romano, de acuerdo con la estructura del mismo, se convierte en fundamental para todas las demás asignaturas del derecho colombiano.

y SAMUEL, Geoffrey. La invención del derecho privado. Estudio preliminar de Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2006. pp. 95-216. PETIT, Carlos. "Derecho visigodo del siglo VII: un ensayo de síntesis e interpretación". En: *Hispania gothorum. San Ildefonso y el reino visigodo de Toledo*. Toledo: 2007.

34 SETIÉN RAVINA. *La invención...*, *Op. Cit.*, p. 67.

Por eso su importancia y por eso hay que enseñarlo desde el primer año para que el estudiante conozca, se ubique, desde el inicio en todo el derecho civil que va a estudiar a través de toda la carrera³⁵.

Tal condición en Colombia llevó a decretar la enseñanza de la historia jurídica³⁶; sin embargo, también ha conllevado a creer que los discursos históricos elaborados a modo de introducción están supliendo las necesidades de la población de estudiantes de Derecho en el país. Esto, igualmente, conlleva a prescindir de las cátedras dirigidas por un verdadero esquema metodológico que responda a los desarrollos intelectuales elaborados por los historiadores del derecho, quienes tienen la autoridad académica de dirigir el tema. Como bien lo ha señalado el iushistoriador Andrés Botero:

La formación de los abogados colombianos en la contemporaneidad se hace por fuera de la reflexión histórica del derecho, o la poca que se brinda se hace en forma fragmentada y desarticulada. Así, en cada asignatura se dan algunas nociones históricas, y se cree que con la sola enseñanza del derecho romano (que en verdad se ofrece más como una introducción al derecho privado bajo el mito de la “continuidad”) en los primeros meses de la carrera (dado que los abogados se sienten herederos de la tradición romanista), se brinda la orientación histórica que requiere el futuro profesional³⁷.

De esta forma vemos cómo el mito de la continuidad ha aportado a la elaboración de justificaciones y argumentos que sustentan la necesidad de emprender estudios romanísticos cimentados sobre la base de una continua línea de evolución, donde se desconocen las vicisitudes propias del acontecer histórico y se niegan las rupturas entre una época y otra. Entonces, se tiene como resultado, según este mito, un derecho sumamente racional y que responde a la esencia del derecho romano,

35 Respuesta de un profesor de derecho romano de la Facultad de Derecho en la Universidad de Medellín, a una entrevista realizada el 07 de marzo de 2006. La entrevista completa se encuentra consignada en el informe final del proyecto de investigación “El espacio tiempo vital de la Historia del Derecho en la América Latina contemporánea”.

36 El Ministerio de Educación Nacional, a través de la Resolución Número 2768 de 2003, artículo 2º, numeral 3, literal b, señala que la formación humanística del estudiante de Derecho debe contener como una de las asignaturas el curso de historia del derecho.

37 BOTERO BERNAL, La metodología..., *Op. Cit.*, p. 14-15.

razón por la cual ha alcanzado un grado mayor de evolución con respecto de un sistema jurídico que no recibiera tales principios, principios que terminan siendo de esta forma intemporales y universales.

3. ¿Anacronismos o pervivencia de las instituciones romanas?

Uno de los argumentos, en que se apoyan los teóricos que sostienen el mito de la continuidad, parte precisamente de la similitud de los términos que se usaban en el derecho romano para denominar determinadas instituciones o situaciones jurídicas a los usados hoy en día al interior del sistema jurídico; y es que para tales teóricos no es una casualidad tal similitud. Por el contrario, es una prueba fidedigna de que tal institución o concepto que en el derecho actual tiene un nombre similar o igual al término utilizado por los antiguos romanos es derivado del derecho de ese pueblo. Como si, por tanto, esa normatividad se hubiese trasladado en el tiempo para ubicar sus instituciones en la modernidad y formar el derecho privado. De manera tal que la inquietud que acá se analizará es aquella que indaga sobre la veracidad de tales afirmaciones, es decir, se preguntará qué tan verídico es que los términos usados por los romanos para identificar sus instituciones o algunos de sus conceptos jurídicos son exactamente los mismos utilizados al interior de las instituciones actuales, y algunas situaciones jurídicas contemporáneas; además de si tenían el mismo significado que tienen hoy día.

Según los estudios realizados por Hespanha, algunos términos que se constituyen en ejes centrales de las legislaciones modernas y los que tradicionalmente se ha dicho que vienen del derecho romano como lo son familia y obligación, no tenían para los romanos el mismo significado que tienen ahora, o bien, no identificaban los hechos que hoy día identifican:

El concepto de *familia*, aunque se utilice el mismo término desde el derecho romano (*familia*), englobaba, no solo relaciones de parentesco mucho más amplias, sino también individuos sin relaciones sanguíneas [como los criados o los esclavos] e incluso los “bienes de la casa”. El concepto de obligación como “vinculo jurídico” aparece con el derecho romano; pero era entendido en un sentido material, como una vinculación del cuerpo del deudor con la deuda, lo que explicaba que, en caso de incumplimiento,

las consecuencias recayesen sobre el cuerpo del deudor o sobre su libertad (prisión por deudas)³⁸.

Y no sólo Hespanha se manifiesta sobre tal cuestión; el propio Francesco de Martino, quien fue un reconocido romanista italiano, señala la diferencia entre la concepción actual de la obligación con la concepción de los antiguos romanos:

Típicos son en Roma los derecho reales, típicas son las obligaciones. Aquí, en especial no obstante la definición bien conocida de la obligatio (J. III. 13.pr., D. 44. 7. 3. Pr.), lo que hay son tipos específicos de contratos o de delitos, y no el contrato en general o el delito en general. He ahí, pues, un segundo límite, grande, a la autonomía privada, desconocido por las legislaciones modernas, en las cuales el dogma bizantino y oriental de la voluntad, poderosamente favorecido por el individualismo de los siglos intermedios, vino a convertirse, a través del código Napoleón, en el centro del derecho moderno³⁹.

Así como también encuentra diferencias entre lo que sostiene el mito de la continuidad en cuanto al contrato como institución que nos llega directamente del derecho romano y los elementos que en la Roma antigua lo estructuraban realmente; por ejemplo:

El *animus* no es exigido en muchos negocios como elemento esencial: va implícito en la celebración de determinado acto. Por ello se exigen requisitos objetivos en los negocios en los cuales hoy exigimos requisitos subjetivos: el *aliquid novi* en vez del *animus novandi* en la novación, el más típico de los ejemplos, para no mencionar la donación, la gestión de negocios, el legado⁴⁰.

38 HESPAHAN, António Manuel. *Cultura jurídica europea. Síntesis de um milênio*. (SOLER, Isabel y VALERA, Concepción. Trad.). Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 18. “O conceito de família, embora use o mesmo suporte vocabular desde o direito romano (família), abrangia, não apenas parentelas muito mais vastas, mas também não parentes (como os cirados ou os escravos [famuli]) e até os bens da “casa”. O conceito da obrigação como “vínculo jurídico” aparece com o direito romano; mas era entendido em num sentido materialístico, como uma vinculação do corpo do devedor à dívida, o que explicava, em caso de não cumprimento, as consequências caíssem sobre o corpo do devedor ou sobre a sua liberdade (prisão por dívida). HESPANHA, *Cultura Jurídica...*, Op. Cit., p. 27.

39 DE MARTINO, Francesco. Individualismo y derecho romano privado. (HINESTROSA, Fernando. Trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1978. p. 14.

40 *Ibidem*.

Es más, ha alzado su voz para llamar la atención sobre lo erróneo de pensar que el derecho romano antiguo es lo que los teóricos señalan hoy, mostrando grandes diferencias entre las concepciones actuales y las concepciones romanas antiguas. Llega incluso a aceptar que el derecho romano ha servido o mejor ha sido utilizado para legitimar posiciones políticas y jurídicas en diversas épocas:

Evidentemente el nacional-socialismo, procurando el retorno a la tradición jurídica nacional y la emancipación del derecho alemán de los principios romanos, partió de la idea de que el derecho romano tendía a la tutela ciegamente egoísta de la libertad individual. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que los tiempos en los cuales se fue formando la idea expresada por MOMMSEN, eran los del apogeo de las doctrinas liberales que conquistaban a Europa luego de la revolución francesa: es, pues, explicable que incluso historiadores de la talla de MOMMSEN y de IHERING encontraran en el derecho romano, cuya majestad tradicional dominaba el mundo civilizado, una afinidad con los ideales de su época⁴¹.

Por lo anterior, se puede percibir la forma en que una corriente de los romanistas colombianos⁴² ha basado sus concepciones sobre la continuidad del derecho romano en unas similitudes fonéticas entre las instituciones privadas actuales y los términos utilizados en el antiguo sistema jurídico romano, desconociendo, de esta manera, que los contextos en que se ubican son diferentes y que, a pesar de las similitudes que se pueden hallar en el lenguaje jurídico contemporáneo con el romano, no se puede sustentar una igualdad, pues primero hay que contextualizar los términos para determinar su significado y pasar luego a argumentar válidamente que tienen la misma equivalencia. Sin embargo, y como nos lo expone Hespánha, al realizar esta tarea se podrá encontrar que muchos de esos términos no corresponden al concepto actual, ya que se ha venido desconociendo su contexto y, además, el hecho de que tal concepto está ligado íntimamente con ese espacio

41 *Ibid.*, p. 9.

42 Esta corriente en las que se puede ubicar gran parte de los romanistas colombianos, es criticada por el estudioso del derecho romano, Hernán Valencia Restrepo, ya que gran parte de los trabajos realizados por colombianos, en su inmensa mayoría, desconocen por completo las fuentes directas del derecho romano, las cuales, en su sentir, sobreviven en el Código justinianeo y el Digesto (*Corpus Iuris Civile*). Señala además la necesidad de recurrir al método comparatista (como bien lo plasma en su libro *Derecho romano*) entre el derecho romano y el derecho colombiano a fin de que el lector pueda evidenciar las similitudes entre ambos y encuentre en el derecho antiguo una utilidad práctica al servirle de herramienta para entender el derecho privado actual.

temporal en el que se ubica. “Bajo una apariencia de continuidad terminológica, existen rupturas decisivas en su significado semántico. El significado de la misma palabra, en sus diferentes apariciones históricas, esta íntimamente ligado a los diferentes contextos, sociales o textuales, en los que aparece. O sea, el sentido es eminentemente relacional o local”⁴³.

Esto hace que sea necesario llamar la atención sobre el uso de los anacronismos, a la hora de reconstruir el derecho romano antiguo, ya que tal confusión con respecto a los significados y conceptos que tenían en la Roma antigua determinadas palabras, usadas en el mundo de lo jurídico, puede radicar en el traslado que se hace de los conceptos actuales para darles significado a los términos pretéritos, dotándolos así de un contenido erróneo, pero funcional para sostener el mito de la continuidad; ya que ese significado encaja a la perfección con el de la palabra utilizada actualmente.

Claro está que, para abordar la historia, es necesario cambiar palabras del pasado por palabras del presente; esto con el fin de entender el concepto y a lo que él hace referencia, o bien, traer a colación conceptos que son usados actualmente para denominar una situación que se presenta igualmente en el pasado, pero que no se conocía con ese nombre. Sin embargo, lo que se hace inadmisibles es usar el significado actual de un concepto y trasladarlo al pasado para igualar el derecho pretérito con el actual.

Para comprender un poco más este fenómeno, conocido como anacronismo, se hará referencia a la diferenciación que hace el iushistoriador Andrés Botero Bernal:

1) existen anacronismos que, sin dejar de ser tales, pueden ser tolerados en el discurso científico, hasta cierto punto. Si se diferencian los anacronismos nominales de los anacronismos de realidades, para permitir -con los cuidados del caso- los primeros y denunciar los segundos, el problema podría tener una solución en la mayoría de los eventos. Por anacronismo nominal entiendo el uso de palabras del presente para actualizar y hacer más comprensibles términos del pasado sin afectar su significado, como por ejemplo hablar de

43 Traducción de la autora. “*Baixo da superfície da sua continuidade terminológica, existem rupturas decisivas no seu significado semântico. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está íntimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, o sentido è eminentemente relacional ou local*”. HESPAÑA, *Cultura Jurídica...*, Op. Cit., pp. 26-27.

indígenas en vez de “indios”; también concibo por anacronismo nominal el uso de conceptos contemporáneos para visualizar algunas situaciones del pasado que existieron con independencia del prisma con que son observadas, como sería el caso de preguntarse por el imaginario social –concepto reciente– de los criollos letrados de la Bogotá de principios del siglo XIX. Por anacronismo de realidades entiendo toda implantación de un fenómeno actual al pasado que no lo tuvo, como creer que Hume, en el siglo XVIII, ya tenía en mente el concepto de “gobierno de los jueces” que tanto defiende el neoconstitucionalismo contemporáneo⁴⁴.

Lo que no podría tolerarse es implantar un significado actual de conservador en un pasado que no lo tuvo. 2) Si en el hecho pasado objeto de estudio existía un concepto de conservador diferente al concepto de conservador que quiero atribuirle, debo dejar en claro al lector tal situación; entonces, una vez explicitado a qué se refiere nuestro concepto y en qué se diferencia del de la época, bien podría perdonarse este anacronismo pues ha sido objetivado por el mismo investigador.

Si se dice que debemos aludir al pasado exclusivamente con los términos de aquél, creo que es tarea imposible, a menos que se escriba tal como en el pasado se haría, y tal labor luego requeriría necesariamente una traducción al presente⁴⁵.

Un ejemplo de cómo se evidencia el uso de los anacronismos de realidades en el mito de la continuidad, es el que se refiere al concepto de obligación y al concepto de familia en el derecho romano, pues actualmente se sostiene que el concepto nuestro viene de Roma, cuando no es cierto que en el derecho romano la concep-

44 Por neoconstitucionalismo entiendo una propuesta académica, surgida con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial que, en rasgos generales, defiende la superioridad normativa de la Constitución frente al derecho estatal y la primacía de los derechos humanos a partir de una teoría de los principios y de los valores jurídicos. Además, reivindica al juez frente a las otras ramas del poder público, en la medida que es el juez el principal garante de la supremacía constitucional. Al respecto, recomiendo: BOTERO BERNAL, Andrés. Buscando el gris: Monólogo para evitar una radicalización en el derecho. En: SEMINARIO INTERNACIONAL DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO (4º: 2007: Medellín). BOTERO BERNAL, Andrés (compilador). Vivencia y pervivencia del derecho natural: Ponencias del IV seminario internacional de teoría general del derecho. Colección Memorias Jurídicas. No. 6. Medellín: Universidad de Medellín, 2007. p. 19-52.

45 BOTERO BERNAL, Andrés. “La pluralidad de significados del conservatismo: ¿desde dónde hablamos?” En: DOMÍNGUEZ GÓMEZ, Eduardo. Historia de las ideologías políticas: proyecto Ágora. Medellín: Canal U y Universidad EAFIT, 2008. pp. 607-608.

ción de tales palabras envolviera el significado que les damos actualmente, como anteriormente se mostró con el estudio que realizó Hespanha⁴⁶ y las aclaraciones de Francesco de Martino⁴⁷.

Lo mismo se puede pensar al preguntarse por el verdadero significado y aplicación en Roma de un concepto fundamental en el derecho actual, el concepto de persona, ya que: “La palabra persona se confunde en la antigua Roma con la máscara o careta utilizada por los actores para representar obras de teatro [...]. En Roma el concepto de persona se refiere al hombre libre porque el esclavo se considera una cosa (res) objeto del derecho y no sujeto del mismo”⁴⁸.

Por tanto, en la antigua Roma no todos los sujetos o seres humanos eran personas, siendo un número minoritario los que gozaban de esa categoría. Evidenciándose, de esta forma, que la concepción del significado de “persona” era bien distinto a lo entendido hoy en día, pues el mismo Código Civil, en el artículo 74, señala como persona a todos los individuos de la especie humana, siendo estos denominados personas naturales, de manera tal que en el derecho actual la calidad de persona es un atributo inherente al ser humano por el solo hecho de serlo, contrario a lo que sucedía en la antigua Roma, en donde tal calidad era un reconocimiento jurídico a ciertos individuos que cumplían con los requisitos legales para ser titulares de derechos y obligaciones⁴⁹.

Otro ejemplo, que podemos señalar para darnos cuenta del uso de los anacronismo de realidades que se hace al interior del mito de la continuidad, es la llamada sucesión, pues en Roma visto desde el concepto manejado en las *Institutiones*

46 Se está haciendo referencia a la cita número 38. HESPANHA, *Cultura Jurídica...*, *Op. Cit.*, p. 27.

47 Este autor sostiene también que “en el derecho de obligaciones predominan pensamientos y fuerzas sociales en medida más elevada que en el derecho moderno: la buena fe, la responsabilidad objetiva en los delitos y en numerosos contratos, la solidaridad y muchos otros principios son precisamente la expresión de un sistema jurídico en el cual en la balanza prevalecen los intereses sociales”. DE MARTINO, *Individualismo...*, *Op. Cit.*, p. 8.

48 VELÁSQUEZ. Breves notas ..., *Op. Cit.*, p.14.

49 Sobre el concepto de persona en el derecho romano señala Valencia que “en Roma, ni todos los hombres fueron personas (caso éste de los esclavos, que fueron hombres pero nunca personas, sujetos de derecho, sino objetos del mismo), ni todas las personas fueron hombres (en el derecho justinianeo, la fundación –conjunto de cosas, *universitatis bonorum*– era una persona jurídica o colectiva, en que no había elemento humano sino sólo bienes)”. VALENCIA RESTREPO, *Derecho privado...*, *Op. Cit.*, p. 265.

de Gayo, es muy diverso al significado actual, ya que Gayo ubica dentro de las sucesiones: la *hereditas*, *bonorum possessio*, *bonorum emptio*, *adrogatio* y *conventio in manum*⁵⁰.

“El *bonorum possessor* realmente asume la misma posición del causante, pero no de pleno derecho [...] **por lo cual** tendría que iniciar él mismo la *possessio* y someterse a los plazos normales de la *usucapio*”⁵¹.

“En conclusión el *bonorum possessor* no es un verdadero sucesor en el sentido técnico de la palabra, ya que no se subroga *ipso iure* en las relaciones jurídicas trasmisibles del causante”⁵².

“En la *adrogatio* y la *coemptio* se produce solo una adquisición del activo, y ni siquiera de todo el activo, pues quedan excluidos ciertos derechos”⁵³.

“El *bonorum emptor* posee por el título *pro emptore*, y, en consecuencia, el tiempo de posesión comienza desde la aprehensión de la cosa”⁵⁴.

“La verdadera *successio*, entendida como subrogación universal en todas las relaciones jurídicas trasmisibles del causante, solo se produce en la herencia. En ninguna de las figuras analizadas se da tal situación”⁵⁵.

De otra parte “no puede afirmarse que en la Roma clásica haya existido la distinción entre modos de adquirir a título singular y a título universal”⁵⁶. Mientras que actualmente sí; por ejemplo, como ocurre con un legado. Ya que “la distinción entre modos de adquirir a título singular y a título universal no es propia del derecho clásico en el sentido de que en esta época todos los modos de adquirir son a título singular”⁵⁷. Por lo cual se puede decir que existen serias diferencias entre la concepción de lo que es la sucesión actualmente y lo que era en el dere-

50 Ver SOZA RED, María de los Ángeles. “Adquisición patrimonial y sucesión. Una precisión de conceptos a partir del derecho romano”. En: *Revista de estudios histórico-jurídicos*. No XXI. Valparaíso: Universidad Católica de Valparaíso, (1999). p. 78.

51 *Ibid.*, pp. 80-81. Negritillas fuera del texto.

52 *Ibid.*, pp. 82-83.

53 *Ibid.*, p. 85.

54 *Ibid.*, p. 88.

55 *Ibid.*, p. 89.

56 *Ibid.*, p. 97.

57 *Ibid.*, p. 75.

cho romano clásico; por tanto, tal institución no es idéntica a la que actualmente contempla el derecho.

De esta forma podemos vislumbrar que en el mito de la continuidad hay un recurrente uso de “anacronismos reales”, a través de los cuales se genera una actualización del concepto pasado con el significado del presente; de allí que el derecho de los antiguos romanos termine emparentado con el derecho actual y que se pueda sostener que las instituciones del derecho romano se han perpetuado intactas a través del tiempo hasta llegar al sistema jurídico actual.

Conclusiones

De las consideraciones expuestas en los capítulos anteriores es posible concluir lo siguiente:

- El derecho se encuentra determinado por múltiples factores sociales, los que caracterizan a su vez una sociedad. Razón por la cual el derecho se puede identificar con una época y unos hechos históricos, lo que lo convierte en objeto de estudios histórico-jurídicos a través de los cuales se hace posible identificar elementos transitorios y otros que conforman estructuras más estables y duraderas, las cuales constituyen instituciones jurídicas de suma relevancia para la sociedad en la cual tiene vigencia dicho sistema jurídico. Por tanto, el derecho de tal sociedad tiene unas características propias e irrepetibles. De manera tal que el derecho debe ser analizado a la luz del contexto histórico en el que tiene vigencia, por lo que resulta erróneo sustentar que el todo el sistema normativo contemporáneo es el resultado de la evolución continua del derecho de los antiguos romanos, como lo pretenden algunos romanistas, pues si bien es innegable el legado del derecho romano privado al derecho actual no todas las instituciones jurídicas fueron desarrolladas a partir de las concepciones romanas.
- El mito de la continuidad desconoce que el sistema jurídico surge y se moldea a partir de unas necesidades (necesidades que pueden ser de la comunidad misma o del grupo social dominante) determinadas por un espacio tiempo vital; además, que obedece también a circunstancias históricas que determinan y moldean el derecho de cada época histórica.

- Gran parte de las similitudes que argumentan algunos romanistas colombianos entre el derecho privado contemporáneo y el derecho romano carecen de estudios basados sobre fuentes directas que den cuenta de lo que realmente era el sistema jurídico del antiguo pueblo romano, basando sus tesis realmente en argumentos de autoridad, de los cuales derivan su aceptación.
- Muchos de los romanistas que sustentan el mito de la continuidad derivan el parentesco con el actual sistema jurídico de las similitudes fonéticas entre los vocablos que designan instituciones del derecho romano con las existentes hoy día, de manera tal que incurren en un uso constante, al referirse a tales conceptos, de los llamados anacronismos de realidades, otorgándoles así el significado actual a los términos antiguos.
- El mito de la continuidad ha servido, en gran parte, como argumento de legitimación del derecho actual, desdibujando de esa forma el pasado. De manera tal, que las rupturas propias del devenir histórico terminan siendo sobrepuestas para hilar una línea de continua evolución y emparentar al derecho romano con un universalismo racional resultado de la evolución del raciocinio humano.
- Actualizar el derecho romano o colocar en su voz un discurso que le es ajeno, como el que sostiene el mito de la continuidad, para atender de esta manera las necesidades de las legislaciones modernas de tener un soporte ideológico que las legitime y las emparente con el pasado, es atentar contra él y llevarlo a su extinción como un derecho original delimitado por su propia época, desconociendo así sus características.

De esta manera, se puede terminar diciendo que el mito de la continuidad ha sido una de las herramientas más utilizadas por algunos sectores para construir el imaginario jurídico social y, a su vez, para alistar a las nuevas generaciones de juristas en la defensa del derecho estatal, garantizando así la obediencia a la ley y ocultando las fisuras del sistema jurídico tras una fachada de evolución histórica racional y de principios universalistas. Por tanto, la reflexión derivada de este texto debe estar dirigida a poner en duda dicha racionalidad y a resaltar la necesidad de emprender estudios que indaguen por la historia del sistema jurídico con un interés realmente científico, y que tengan en cuenta las características propias de

la sociedad colombiana, dejando de lado algunas generalizaciones universalistas propias del mito de la continuidad.

Además, que sea también la oportunidad de llamar la atención a los romanistas colombianos para que rescaten al derecho romano de esa actualización que está llevando a cabo el mito de la continuidad, en la cual el derecho romano pierde toda su originalidad y autenticidad, ya que está siendo presentado realmente como derecho civil contemporáneo y no como el derecho que concibieron los antiguos romanos.

Bibliografía

- ÁLVAREZ CORREA, Eduardo. Curso de Derecho Romano. Bogotá: Editorial Pluma, 1979.
- BONILLA MALDONADO, Daniel. "Presentación". En: MONATERI, P.G. y SAMUEL, Geoffrey. La invención del derecho privado. Estudio preliminar de Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
- BOTERO BERNAL, Andrés. Buscando el gris: Monólogo para evitar una radicalización en el derecho. En: SEMINARIO INTERNACIONAL DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO (4º: 2007: Medellín). BOTERO BERNAL, Andrés (compilador). Vivencia y pervivencia del derecho natural: Ponencias del IV seminario internacional de teoría general del derecho. Colección Memorias Jurídicas. No. 6. Medellín: Universidad de Medellín, 2007. pp. 19-52.
- , "La pluralidad de significados del conservatismo: ¿desde dónde hablamos?" En: DOMÍNGUEZ GÓMEZ, Eduardo. Historia de las ideologías políticas: proyecto Ágora. Medellín: Canal U y Universidad EAFIT, 2008. pp. 595-613.
- , Estudio de la Constitución Antioqueña de 1812: Modelo de lectura en tres actos del constitucionalismo provincial hispanoamericano. Medellín: Universidad de Medellín, 2006. Documento de trabajo.
- , "La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas". En: *Opinión jurídica: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*. No. 4. Medellín: Universidad de Medellín, (julio – diciembre de 2003). pp. 109-116.
- , "Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica". En: *Diritto e questioni pubbliche*. No. 4. (diciembre 2004). Versión digital disponible en: www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-4/studi.htm (12 de mayo de 2008).
- , "Presentación del libro". En: Seminario Internacional De Teoría General Del Derecho. (3º: 2006: Medellín). BOTERO BERNAL, Andrés (compilador). Origen del constitucionalismo colombiano: Ponencias del III Seminario Internacional de teoría general del derecho. Medellín: Universidad de Medellín, 2006.
- CATALANO, Pierangelo; STEGER, Hans-Albert; y LOBRANO, Giovanni. América Latina y el Derecho Romano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1985.
- CORTÉS FALLA, Mónica. La enseñanza del derecho romano en Colombia: 1710 - 1826. Bucaramanga: UNAB, 2003.
- DE MARTINO, Francesco. Individualismo y derecho romano privado. (HINESTROSA, Fernando, Trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1978.
- ESPITIA GARZÓN, Fabio. Historia del derecho romano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de Direito à sujeição jurídica*. São Paulo: Editora LTDA, 2002.
- GARCÉS CORREA, Francisco Alonso. Nociones de derecho romano. 2ª edición. Bogotá: Editorial Leyes, 1997.
- GAITÁN BOHÓRQUEZ, Julio. Huestes de Estado: La formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado Colombiano. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2002.

- HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européica: síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- IHERING, Rudolf Von. *El Espíritu del Derecho Romano*. Tomo I, (PRÍNCIPE Y SATORRES, Enrique, Trad.). México: Oxford University, 2001.
- JARAMILLO VÉLEZ, Lucrecio. *Derecho Romano: Historia del derecho romano*. 15ª edición. Medellín: Señal Editora, 1999.
- MEDELLÍN, Carlos J. y MEDELLÍN F, Carlos. *Lecciones de Derecho Romano*. 13ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 1997.
- PETIT, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. (FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José. Trad.). 17ª edición. México: Editorial Porrúa, 2001.
- PETIT, Carlos. "De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria". En: *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de historia de la Universidad*. No.8. Madrid: Dykinson, (2005). pp. 237-279.
- ". "Derecho visigodo del siglo VII: un ensayo de síntesis e interpretación". En: *Hispania gothorum. San Ildefonso y el reino visigodo de Toledo*. Toledo: Empresa pública Don Quijote S.A., 2007.
- RUEDA GÓMEZ, Claudia. *Historia gráfica del Derecho Romano*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1992.
- SAAVEDRA LOZANO, Saúl y BUENAVENTURA LALINDE, Eduardo. *Derecho romano: teoría general de las obligaciones y contratos*. Tomo 2. Bogotá: Editorial Centro S.A., 1942.
- SAMUEL, Geoffrey. *La invención del derecho privado*. Estudio preliminar de Carlos Morales de Setién Ravina. (MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos, Trad.). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
- SÁNCHEZ IBARRA, José Azael. *Manual de derecho romano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar, 1994.
- URIBE SÁNCHEZ, Pedro Luís. *La invención del derecho: Historia del derecho romano*. Medellín: FUNLAM, 2002.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Derecho privado romano: Con especial referencia al Código de Bello y al restante derecho privado colombiano vigente*. 6ª edición. Medellín: Señal editora, 2008.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho civil*. Tomo I. 8ª edición. Bogotá: Temis, 1979.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luís Guillermo. *Breves notas de derecho romano*. Medellín: Universidad de Medellín, 1978.
- ZORRAQUIN BECÚ, Ricardo. *Apuntes para una teoría de la historia del derecho*. Buenos Aires: Imprenta de la UBA, 1978.