

EL DERECHO ROMANO Y LA FORMACIÓN DEL JURISTA EN LA PERSPECTIVA DEL NUEVO MILENIO

Sara BIALOSTOSKY*

SuMARJO: I. *Introducción*. II. *Pasado y presente*. III. *Porvenir*.

INTRODUCCIÓN

Con la certeza de que toda exposición breve sobre un tema complejo como lo es el de este trabajo, corre el riesgo inevitable de la sobre-simplificación, pretendo que la ponencia que presento, sin ser un tratado, refleje la trayectoria real del papel que la disciplina de Derecho Romano ha desempeñado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, y poder así construir un proyecto para su futuro.

Bien dice el filósofo pedagogo Jerome Bruner, que todo proyecto de dimensión académica puede expresarse con tres palabras que empiecen con P: Pasado, Presente y Porvenir; y por lo que respecta a la docencia considero podríamos delimitar su ámbito contestando a tres preguntas:

¿Para qué y qué se enseña?

¿Quién enseña?

¿Cómo se enseña?

Dos han sido los objetivos que motivaron la selección del tema "El Derecho Romano y la formación del jurista en la perspectiva del nuevo milenio"; primero, prender un foco rojo, una llamada de atención más o menos alarmista, respecto a cómo se configuran los contenidos del programa actual de los dos primeros semestres en nuestra Facultad, y segundo, ver la posibilidad de incluir en las resoluciones de este Congreso la propuesta de revisar y reevaluar los programas de las Universidades participantes con el fin de dar pasos firmes en el terreno de la integración latinoamericana a través de la educación del futuro jurista.

De antemano me disculpo ante el auditorio por aprovechar el espacio que se me ha otorgado para mi exposición, por hacer más de una referen-

* Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM.

eia personal, debido a que he sido personaje activo y en otros pasivo de los acontecimientos del pasado, lo soy en el presente, y espero que ustedes queridos congresistas y yo actuemos para evitar lo que puede avecinarse en el porvenir respecto al destino de nuestra disciplina.

Antes de referirme al tema objeto de mi intervención, considero necesario puntualizar algunos conceptos que aparecen en este texto, consciente de la posibilidad de que sean ampliados en otros trabajos.

En la presente comunicación me refiero al término de sistema romano como una de las cuatro grandes divisiones jurídicas, a saber la romano germánica, la del "Common Law", la musulmana y la socialista, asimismo ubico el derecho de los países latinoamericanos como parte del subsistema romanista, concepto éste, que he adoptado a partir de la lectura del ensayo de Pierangelo Catalano intitulado "Derecho Romano y América Latina",¹ artículo que sugiero leer a quienes no lo hayan hecho, y en el cual se arrojan nuevas luces a la división clásica de René David, a las de Solá Cañizares, de Merryman y de Castán Toberías entre otros.²

Asimismo, considero importante señalar, a propósito del Sistema del "Common Law"; que el subsistema jurídico de los Estado Unidos de Norteamérica está sufriendo una transformación, hay una corriente que cada día tiene más adeptos que considera que su Derecho ya no debe calificarse completamente como consuetudinario, y que el método casuístico tiende a desaparecer, se está convirtiendo en un sistema de normas positivas. Al centro de este cambio, están los "Restatements of the Law" que son normas concretas y precisas y que sin ser legislativas, es decir, que no emanan del Congreso, se están aplicando con carácter nacional; con el objetivo de acabar con la anarquía que reina en el ámbito jurídico debido a la aplicación diferente que del "Common Law" hace cada Estado.

Entre paréntesis, estas normas que tienen una función cuasilegislativa son poco conocidas en Europa, en México y si no me equivoco también en el resto de los países latinoamericanos. El desconocimiento de los mencionados "Restatements" implicaría una laguna en la formación de un comparatista del Derecho. Espero que esta información sea de utili-

¹ CATALANO, Pierangelo. *Derecho Romano y América Latina*, Grupo di Ricerca Sulla Diffusione del Diritto Romano, Sassari, 2000.

² RENE, David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, 1973; F. SOLÁ CAÑIZARES. *Iniciación al Derecho Comparado*, Barcelona, 1954; J.H. MERRYMAN. *La tradición jurídica romano-canónica*, Breviario del FCE 218. México, 1989; CASTÁN TOBEÑAS. *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Madrid.

³ FOUERNISH, DALE B. "Fuentes del Derecho de los Estados Unidos. La muerte del Derecho Consuetudinario. Las fuentes escritas en la edad del derecho positivo y el papel y efecto de los 'Restatements of de Law' ", en *Revista de la Facultad de Derecho*. Tomo LI, núm. 235. México, UNAM, 2002, pp. 75-110.

dad para nuestros congresistas y nos evite caer en el error dogmático y metodológico que implicaría el confundir y homologar el casuismo inglés con la jurisprudencia romana así como equiparar el *ius honorarium* con la *equity del Common Law*.

Por lo que respecta a los países latinoamericanos que conformamos el subsistema romanista, presentamos ciertas constantes, a saber:

a) Antecedentes ibero-precolombinos. Si para muestra basta un botón, me referiré a una de las interpretaciones que de las fuentes romanas se hace sobre la protección del concebido *nasciturus habetur pro nato* D. I, 5, 26 y D. 50, 16, 123 y que han recibido todos los Códigos Mexicanos basados en el Derecho Español," Partida 4ª, Leyes 3ª, 4ª, y 59 del título 13: "El que está en el vientre se tiene por nacido en todo lo que aprovecha pero no le daña en lo que su contra se hiciera".

Del movimiento codificador mexicano a finales del siglo XIX se destaca el Código Civil para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California del 13 de diciembre de 1870 que sirvió de modelo para varios Estados de la República, mismo que se inspiró en el Código Civil español García Goyena (1852) y en el Código Chileno elaborado por Andrés Bello (1855).

El mencionado Código Civil de 1870, señala como antecedente la referida Partida, el texto del artículo 12 a la letra dice: "La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento, pero desde el momento en que un individuo es procreado entra bajo la protección de la ley y se tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

El 2º Código Civil para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California de 1884, en su artículo 11 repite exactamente la misma redacción del anterior.

El Código Civil Federal de 1929, vigente a la fecha, cambia el verbo procreado por concebido; el resto del articulado, y el sentido de los dos anteriores permanece igual; artículo 22: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento que es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

⁴ Para el Derecho privado de la Nueva España es necesario recurrir al Derecho español, sobre todo a las *Siete Partidas*, pocas materias encuentran espacio en las Leyes de Indias (RJ). Al respecto cabe hacer notar que el auto acordado 2.1.1 del 4 de diciembre de 1713 el Rey Felipe V, se queja de que los tribunales dan más importancia a los comentaristas del Derecho Romano y Canónico que a la propia legislación nacional.

En este sentido se expresan siguiendo la tradición Justiniana los Códigos Civiles Chileno, Colombiano, Brasileño, Argentino, Peruano; muestra de que nuestros Códigos siguen una tradición romana, hispana y latina.

Como otras constantes que nos son afines podemos citar:

- a) La unidad en el concepto de familia,
- b) La similitud en los problemas de tenencia de la tierra,
- e) La afinidad en los conceptos de derecho privado y público, y
- c) Sobre todo, la necesidad que tenemos de manejar los conceptos de resistencia y penetración.

A este respecto considero que si bien gracias a eventos académicos como el presente, a investigaciones, publicaciones, etcétera; se puede lograr la integración latinoamericana; ha llegado el momento de dar pasos más sólidos para lograrla.

Tenemos que reconocer que México está inmerso en el fenómeno de la globalización, por lo que debemos estar conscientes que si en sus inicios dicha globalización se presentó como un acontecimiento de naturaleza económica, actualmente este fenómeno comprende una ideología que reviste, según Toscano⁵ ciertas características, a saber: la sistematicidad que excluye cualquier desviación y crítica, la pretensión de objetividad, el triunfalismo, la dureza y sobre todo la aspiración a extenderse. En este sentido es también oportuno señalar el pensamiento de Carbonel⁶ quien se refiere a los estragos que el fenómeno de la globalización ha causado entre la población; bajo el manto de las ideas globalizadoras del Fondo Monetario y el Banco Mundial.

La participación de nosotros en el XII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, es muestra de que estamos conscientes de la importancia de la formación romanista para los futuros abogados, litigantes, maestros, jueces y legisladores; presencia, que entre otros objetivos tiene el de resistir a influencias extrañas y el mantener el carácter latino entre los diferentes países de nuestro continente.

Al respecto es importante recordar la ponencia de Steger⁷ intitulada "La importancia del Derecho Romano para la Unidad Latinoamericana

⁵ TOSCANO, Roberto. "Interrogantes éticas sobre la globalización", trad. Valentina Valverde. *Claves de Razón Práctica*. No. 86. Madrid, 1995.

⁶ CARBONELL, Miguel. *La Constitución en serio. Multiculturalismo, iguaidad y derechos sociales*. Ed. Porrúa, México, 2001

⁷ STEGER, HANS Albert. "xxn Congreso Internacional de Sociología", Caracas, Venezuela 1972. Tomado de *Latinoamérica* No. 6. Facultad de Filosofía y Letras, UNAM.

en los siglos XIX y XX", quien resalta el papel no sólo formativo en el ámbito histórico y dogmático de nuestra disciplina, sino sobre todo su función socio-política.

II. PASADO Y PRESENTE

No pretendo con las siguientes líneas hacer una apología o exaltación del Derecho Romano, la pregunta del "¿por qué?" de su estudio" ha sido tema de tirios y troyanos.

Pretendo sí, asentar, que si bien en estos momentos nadie pone en tela de juicio su presencia en el Plan de Estudios en nuestra Facultad, no siempre fue así. Seré breve; en el pasado no muy remoto, en la revisión realizada en 1967 se pretendió eliminar uno de los dos cursos y suplirlo por el de Historia Universal del Derecho, gracias a la labor de algunos miembros del Colegio de Romanistas, esta propuesta no prosperó. Me permito dar lectura al Acta del Consejo Técnico que respondió a la negativa de tal solicitud.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PLAN DE ESTUDIOS DE LA FACULTAD DE DERECHO PARA EL AÑO 1968. En la sesión de Consejo celebrada el día treinta de octubre de 1967, la Comisión Revisora del Plan de Estudios respecto al Derecho Romano propuso la reducción a un solo curso, y alguno de los maestros de la materia, muy distinguido por su indudable preparación, consideró que podía existir un curso de Derecho Romano con un curso de Historia Universal del Derecho.

Para el mejor conocimiento de esta cuestión, se oyó a los profesores de Derecho Romano constituidos en Colegio, y ellos, en un escrito que contiene su opinión, entre otras cosas dicen:

....Como se notará en el primero y segundo años de la carrera, en los que se imparten el 1º y 2º curso de Derecho Romano, se forma la mente jurídica del principiante para que éste vea, en años superiores, la proyección de las instituciones romanas en el derecho vigente, debiéndose aceptar en consecuencia, que la formación romanista es fundamento de las instituciones jurídicas y no tan sólo de las que hemos mencionado, relativas al derecho privado (civil, mercantil, etcétera) ya que difícilmente podríamos encontrar una disciplina jurídica que no tuviera raíces en el genio del jurista romano

Por su parte el distinguido maestro don Gabriel García Rojas, al comentar este mismo tema, hace notar la importancia del conocimiento de esta materia para la solución de numerosos casos actuales.

⁸ Sugiero la lectura de MAYER, R. Von. *El porqué del estudio del Derecho Romano*.

El Consejo teniendo en cuenta estas opiniones, considera que un curso de Historia Universal del Derecho, tiene un alto valor cultural, sin embargo, como no es posible adicionarlo a los cursos de Derecho Romano, sino que se trata de escoger entre un segundo curso de Derecho Romano y la Historia Universal del Derecho, estima que es más útil para el estudiante el conocimiento más amplio del Derecho Romano, porque este es el antecedente de un gran número de instituciones contemporáneas, de tal manera que su conocimiento histórico revela en muchos casos su sentido actual. Por esta razón se conservarán dos cursos de Derecho Romano, y en vista de la significación del estudio de la Historia Universal del Derecho, se incorpora como materia optativa. Hasta aquí el acta del Consejo por lo que se refiere a nuestra disciplina.

Cabe hacer notar por lo que respecta a su contenido que el mencionado Plan siguió con el esquema de la sistemática gayana reproducida en la compilación *Justineana*.

En una de las siguientes revisiones del Plan de Estudios, la de 1993 actualizada en 1997 vigente hasta hoy en día, permanecen los dos cursos citados, pero su contenido cambia de una manera inquietante; a saber:

Se eliminó toda la parte histórica del Derecho Romano, misma que se anexó, condensada, condensadísima al Programa de Sistemas Jurídicos Contemporáneos; en el cual en un término de 6 horas se aborda desde la Roma monárquica hasta el Derecho Justiniano y en 4 horas desde la Escuela de los Glosadores hasta la "Codificación del Derecho".

Como se percibe, se ha mutilado el programa de nuestra disciplina de manera tal que sus funciones formativas, históricas, su identificación con el mundo romanista y su proyección humanística se ha perdido.

Se han formado durante el último lustro, alumnos que sólo ven en el Derecho Romano su valor dogmático, como antecedente de varias instituciones del derecho positivo mexicano, es decir que lo aprecian como el derecho que fue, sin vida actual y sin ninguna proyección al futuro.

Debo añadir además que la asignatura de Sistemas Jurídicos Contemporáneos se imparte exactamente al mismo tiempo que el primer curso de Derecho Romano con la desventaja que los alumnos que inician el estudio de personas y familia no tienen conocimiento de la evolución y desarrollo de la historia del Derecho, ni los cambios políticos, sociales y religiosos que conforman al espíritu romano, grave error metodológico que se agrava al entrar a los temas de obligaciones, contratos y sucesiones que se imparte en el segundo curso.

Temas estos que pierden su sentido y razón de ser si no se observa el nacimiento, evolución y sobre todo su culminación en el derecho justiniano. Más de 13 siglos de vida son una experiencia histórica y sociológica-jurídica de la cual no podemos privar a los estudiantes de Dere-

cho. De continuar con estos programas los próximos egresados serán producto de un positivismo y pragmatismo exacerbado.

Me permito al respecto hacer un paréntesis y citar al juez y maestro Lobinger" quien afirma que si se quiere que los egresados de las escuelas de Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica y los de Inglaterra no sean sólo litigantes sino juristas, no pueden ignorar el sistema romano, su historia, su evolución, su manera de pensar y menos aún sus principios jurídicos fundamentales, asimismo, sugiere que el Derecho Romano debe ser materia obligatoria en el primer año de estudios de la carrera y hace especial referencia a los convenios internacionales, en los cuales se percibe, agrega el autor, que el Derecho Romano no está muerto, por el contrario, que vive.

Cabe hacer notar que en aras de la libertad de cátedra que establece la legislación universitaria, algunos maestros, 3 o 4 de los 16 que impartimos los dos cursos de nuestra disciplina, no nos hemos apegado al programa vigente el cual iniciamos con el estudio de los conceptos jurídicos fundamentales, continuamos con la periodización y las fuentes formales e históricas para después seguir con el programa oficial.

Las condiciones objetivas de estos momentos, la voluntad política del Director de la Facultad de Derecho, el deseo de la mayoría de los maestros de revisar el plan de estudios de la Facultad y los correspondientes programas, nos dan la oportunidad de emprender y lograr una reforma auténtica a través de los contenidos; lo cual nos impone un reto que no podemos posponer.

En estos momentos una Comisión Especial, integrada por seis maestros de los cuales dos impartimos Derecho Romano, está encargada de la revisión del Plan y Programas de estudio de nuestra Facultad, con miras a que el nuevo Plan entre en vigor a mediados del año 2003.

Después del proceso de auscultación realizada entre maestros y alumnos; la necesidad del cambio del Plan de Estudios se ha legitimado.

El segundo paso será recurrir a los cuerpos colegiados, a saber colegios de profesores de las diferentes disciplinas y directores de Seminarios para captar las opiniones de sus integrantes y responsabilizarlos de los contenidos y sus posibles cambios.

Como ustedes seguramente saben un Plan de Estudios no es sólo la síntesis instrumental mediante la cual se seleccionan, organizan y ordenan con fines didácticos todos los aspectos de una profesión; es además o debe ser, el conducto para lograr el perfil del profesionista que la institución académica pretende formar sin soslayar por supuesto las orientaciones y repercusiones académicas, filosóficas y sociales que la propia

⁹ LosINGER, S. *The evolution of the Roman Law*, Fred B. Rothman, Colorado, USA, 1987.

institución sostiene respecto a la preparación de los profesionales. Por lo que respecta a los Programas de Estudio éstos no constituyen un elemento aislado, por el contrario son los eslabones fundamentales de todo engranaje que constituye el Plan del que forman parte.

III. PORVENIR

Considero que es el momento de definir el perfil del jurista que queremos formar para el porvenir; en consecuencia una revisión y evaluación y, si procede, una transformación del actual programa de Derecho Romano es el compromiso que debemos asumir.

Si nosotros pretendemos que el egresado obtenga una formación como ser humano, un humanista) que adquiera los conocimientos y habilidades suficientes para comprender y evaluar al campo del Derecho, con una sólida conciencia de su responsabilidad y compromiso para el logro de los principios y fines del Derecho, entre ellos la justicia, la equidad, el bien común y la seguridad social; para satisfacer de esa manera las profundas necesidades de los habitantes de nuestros países, ya sea en su calidad de litigante, funcionario, legislador, catedrático, o investigador; si queremos dar un paso firme para lograr la integración latinoamericana, si creemos que el estudio del Derecho Romano es uno de los instrumentos para lograrlo; el paso siguiente sería revisar los contenidos de nuestros respectivos programas, lo que no implicaría de ninguna manera intromisión o privación de autonomía a las diferentes Facultades o maestros de Derecho; sólo buscaríamos establecer propuestas de aprendizaje mínimas, que de ninguna manera se considerarían como documentos exhaustivos, unos temas *sine qua non* que integraran el común denominador, la plataforma romanista constructora de la formación del jurista del porvenir.

A reserva de hacer un estudio más pormenorizado del Programa Mínimo a que me he referido en las líneas anteriores; pongo a su consideración algunos temas que considero relevantes, cuyo orden de prelación y de ubicación deben ser materia de discusión.

Sin pretender eliminar la Sistematización Gayana, sugiero para la investigación de los diferentes temas utilizar los métodos histórico y dogmático ¹⁰ sin adoptar con rígido exclusivismo uno de los dos.

¹⁰ Llámese método histórico al que sigue el desarrollo de una institución jurídica desde sus orígenes, señalando su evolución e investigando sus causas; el método dogmático la toma y describe en un momento determinado, así la pandectística alemana.

Ver W. ROCES. *Instituciones de Derecho Romano Privado*, 17ª ed., Traducida del alemán. Biblioteca de la Revista de Derecho Privado. Serie E Volumen I, Madrid, 1928.

- I. El estudio de los conceptos fundamentales. (Especial atención al derecho natural que se concentra en el *Corpus Iuris*).
- II. Periodización del Derecho Romano. (La investigación histórica y dogmática debe tener en cuenta el desarrollo y cauce de los distintos procesos evolutivos).
- III. Fuentes Formales e Históricas.
- IV. Concepto de Persona:
 - a) Física. (Especial atención al derecho a la vida)
 - b) Corporativa. (Especial atención a su evolución y hacer referencia al municipio, a las *societas publicanorum* y *vectigalium* que tuvieron personalidad jurídica)

Posibilidad de introducir unos temas de Derecho Público Romano:

- a) Formas de gobierno
- b) Sufragio
- e) Magistraturas. (Especial atención al tribuno de la plebe)
- d) Derecho criminal,

Consciente de que una reforma a los contenidos debe ir acompañada de la metodología de la enseñanza, de una evaluación *ad hoc* y de la organización de cursos de formación y actualización de maestros es necesaria. Convoco a los aquí presentes para que en un futuro cercano revisemos la temática y los contenidos de nuestra disciplina y elaboremos lo que podríamos llamar el Programa Básico; para lograr la integración latinoamericana teniendo como plataforma la formación de los futuros juristas.

Queridos congresistas espero haber despertado su inquietud sobre el porvenir de nuestra disciplina, de ser así sugiero a los organizadores de este Congreso incluyan en las resoluciones del Congreso, si así lo consideran pertinente, la necesidad de revisar los contenidos de los programas de nuestra disciplina y ver en qué medida se pueden homogeneizar. Si los he convencido de la idea de reivindicar la identidad del Sistema Jurídico romanista, los desiderata de la presente comunicación se verán más que satisfechos.