

LA ESQUIVA DEFINICIÓN DEL DERECHO, A LA LUZ DE LOS CÓDIGOS MESOPOTÁMICOS

*Federico Escobar-Córdoba**

RESUMEN

El derecho suele entenderse hoy desde la perspectiva del derecho occidental moderno, es decir, como normas de obligatorio cumplimiento, derivadas del Estado. Incluso los historiadores del derecho tienden a reproducir esta visión del derecho. Sin embargo, el argumento de este artículo es que aquella definición resulta insuficiente, especialmente si consideramos la multiplicidad de formas que ha asumido el derecho en la historia. Como ejemplo de una de esas expresiones jurídicas, y de la forma en que fue rápidamente traída dentro del paradigma moderno, este texto se concentra en los códigos mesopotámicos, explicando sus características y sus interpretaciones pasadas y actuales. El autor luego vuelve a la pregunta sobre el concepto de derecho, en vista de la complejidad del derecho del pasado, e incluso del derecho plural contemporáneo. Algunos intentos de caracterizar el derecho se muestran insatisfactorios, llevando a afirmar la importancia del derecho como un fenómeno ubicado dentro del espectro más amplio de la cultura.

Palabras clave: historia del derecho, códigos mesopotámicos, Código de Hammurabi, concepto de derecho.

*Fecha de recepción: Septiembre 25 de 2008
Fecha de aceptación: Noviembre 12 de 2008*

* Profesor del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana - Cali, y Editor de la revista *Criterio Jurídico*. Correo electrónico: fescobar@javerianacali.edu.co.

THE ELUSIVE DEFINITION OF LAW IN LIGHT OF MESOPOTAMIAN LAW CODES

ABSTRACT

Law is usually understood today from a modern and western point of view, that is, as rules generated by the State and binding on citizens. Even legal historians tend to reproduce this understanding of law. However, the thesis of this article is that such a definition is insufficient, even more so if we consider the multiplicity of ways in which law has expressed itself throughout history. As an example of one such legal development, and of the way in which it was quickly drawn into the dominant legal model, this article focuses on Mesopotamian law codes, discussing their characteristics as well as their past and their current interpretations. The author then returns to the question about the concept of law, in light of the complexity of law in the past, and even of legal plurality in the present. Some attempts to pinpoint specific characteristics of law are shown to be unsatisfactory, thus underscoring the importance of law as a phenomenon existing inside the wider spectrum of culture.

Key words: legal history, mesopotamian law codes, Codex Hammurabi, concept of law.

1. DEFINICIONES DEL “DERECHO” EN EL CONTEXTO DEL DERECHO ESTATALIZADO

El derecho moderno se presenta como una creación fuertemente monista, inseparable del monopolio sobre la fuerza que detentan los Estados contemporáneos, y de hecho, el vehículo mediante el cual ese poder se canaliza, se disciplina y se legitima. En este sentido, el derecho se compenetra con la ley emanada del poder legislativo del Estado, complementada acaso por regulaciones de la rama ejecutiva. Esta ecuación la ha descrito PAOLO GROSSI como “la identificación del derecho con la ley”¹ o “la absorción de todo el derecho por la ley”².

Esta forma de concebir el derecho responde a un proceso histórico relativamente reciente. Hacia el siglo XVI, los estados europeos en ascenso, apoyados en ideas ilustradas sobre la racionalidad y el derecho, produjeron una ideología oficial según

1 GROSSI, PAOLO, *La primera lección de derecho*, Trad. Clara Álvarez Alonso, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 19.

2 GROSSI, PAOLO, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, p. 36.

la cual todo el derecho debía provenir del Estado. MERRYMAN y PÉREZ-PERDOMO comentan: “Partiendo de un tiempo en el cual la creación del derecho se distribuía a lo largo de un espectro que iba desde el señor local o el consejo de la aldea hasta el emperador o la Iglesia universal, Occidente se había desplazado hacia la creación del derecho en un único punto: el Estado-nación centralizado”. El resultado, dicen los mismos autores, fue “un monopolio estatal sobre la creación del derecho”³. En términos de la percepción de los operadores del derecho, el control estatal se tradujo en lo que KÖTZ (de la mano de VON IHERING) llama “provincialismo”⁴. Esta visión ha producido estrechas conexiones entre el derecho y la identidad nacional, muy marcadas, por ejemplo, en el rechazo norteamericano a la incorporación del derecho extranjero en sus sentencias; una autora ha llamado a esta vinculación “soberanismo”⁵.

Si bien es innegable la poderosa asociación moderna entre derecho y Estado, es posible que la contraposición entre el derecho preestatal y el derecho estatalizado haya sido exagerada por la mirada retrospectiva de la modernidad. Por ejemplo, el derecho medieval (que varios autores⁶ utilizan como un modelo para distanciarse del derecho estatal y celebrar el pluralismo) no estaba completamente desligado de las redes de poder de aquellas sociedades. Con respecto al derecho privado de las sociedades medievales que redescubrieron el derecho romano, DONAHUE dice: “Si

- 3 MERRYMAN, JOHN HENRY Y ROGELIO PÉREZ-PERDOMO, *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, 3ª Ed., Stanford, Stanford University Press, 2007, pp. 21 y 23. El contexto de esta última cita es la construcción de la noción de soberanía estatal. En sentido semejante, ZAGREBELSKY afirma: “Desde el punto de vista jurídico, la soberanía se expresaba, y casi se visualizaba, mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la ‘persona’ soberana del Estado; una grandiosa metáfora que permitía a los juristas hablar del Estado como de un sujeto unitario abstracto y capaz, sin embargo, de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas a través de sus órganos”. ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trad. Marina Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 11.
- 4 ZWIGERT, KONRAD Y HEIN KÖTZ, *Introduction to comparative law*, 3ª Ed., Trad. Tony Weir, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. v.
- 5 RESNIK, JUDITH, “Law as affiliation: ‘Foreign’ law, democratic federalism, and the sovereigntism of the nation-state”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, Número 1, enero 2008, pp. 33-66. La palabra que usa el texto original, en inglés, es “sovereigntism”. Refiriéndose a esta conexión, MERRYMAN y PÉREZ-PERDOMO comentan: “durante varios siglos el mundo ha existido dividido en Estados individuales, bajo condiciones intelectuales que han destacado la importancia de la soberanía estatal y fomentado un énfasis nacionalista en las características y tradiciones nacionales” (ob. cit., 2007, p. 2). Además, esta descripción de DONAHUE añade una ilustración histórica, a la luz del surgimiento del Estado inglés: “El siglo XVI ciertamente presencia el ascenso de un sentimiento bastante fuerte en algunos sectores de Inglaterra contra la admisión de cualquier elemento extranjero en el sistema jurídico”. DONAHUE, CHARLES, “Private law without the State and during Its formation”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, verano 2008, p. 555.
- 6 Un caso paradigmático es GROSSI, que ha celebrado los aspectos extraestatales del derecho medieval con insistencia. GROSSI, PAOLO, *Orden jurídico medieval*, Trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996; ob. cit., 2003; ob. cit., 2006. DONAHUE se refiere en general a una posición como la de GROSSI al afirmar que “existen algunos que parecen estar argumentando a favor de un retorno al *ius commune* como una especie de edad de oro, una solución para el problema del derecho privado en la Comunidad Europea de hoy”. ob. cit., 2008, p. 554.

bien no había estados-nación, los sistemas de derecho privado que empezaron a ser creados en el siglo XII utilizaron las estructuras existentes de poder y autoridad. [...] [E]llas en alguna medida desempeñaban las funciones del Estado posterior, más notablemente al establecer y apoyar un sistema de cortes y al promulgar decretos jurídicamente vinculantes que pueden ser llamados, sin caer en un anacronismo muy grande, legislación”⁷.

Volviendo a la unión moderna entre derecho y Estado, también es importante anotar que, a pesar de la persistencia de los hábitos mentales derivados de aquella unión, el modelo legalista y estatalista del derecho ha experimentado ataques recientes, tanto en la práctica como en la teoría. Por ejemplo, GROSSI⁸ diagnostica una crisis del monismo jurídico, causado por un exceso de leyes, por el fenómeno de la globalización jurídica y por la estratificación de la legalidad (esto último en buena medida un resultado de la irrupción del paradigma de la Constitución, y también de la eficacia directa de normas supranacionales). ZAGREBELSKY⁹ se une a este diagnóstico, destacando las fuerzas que atentan contra el concepto tradicional de soberanía; como ejemplos ofrece, entre otros, el pluralismo interno y la creación de nuevos focos de poder al margen del Estado. Por su parte, GLENN¹⁰ subraya el arribo de un concepto transnacional del derecho, que ocupará los espacios dejados por un Estado que GLENN estima cada vez más debilitado.

Los cuestionamientos se manifiestan de forma distinta según la tradición jurídica que se vea afectada. En los países de la tradición civilista concretamente, la estatalización del derecho había descansado en un modelo de creación legislativa concentrada en el legislador. Los jueces eran vistos, dicen MERRYMAN y PÉREZ-PERDOMO, como “operarios de una máquina diseñada y construida por los legisladores”¹¹. Las realidades de la práctica judicial ayudaron a rectificar la percepción del juez como una parte pasiva y paciente del desenvolvimiento del derecho, aunque en el imaginario de los abogados del *civil law* la percepción conserve su lozanía¹². Si bien los jueces son también agentes del poder estatal, debilitar el

7 DONAHUE, ob. cit., 2008, p. 562.

8 GROSSI, ob. cit., 2006, pp. 62-63 y 83-83.

9 ZAGREBELSKY, ob. cit., 1999, pp. 11-12.

10 GLENN, H. PATRICK, “A transnational concept of law”, En: *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Ed. Peter Cane y Mark Tushnet, Oxford, Oxford University Press, 2003.

11 MERRYMAN y PÉREZ-PERDOMO, ob. cit., 2007, p. 36.

12 Estos mismos autores comentan: “La distinción importante entre los procesos judiciales del *civil law* y del *common law* no yace en lo que las cortes de hecho hacen, sino en lo que el folclor dominante les dice que hacen” (ob. cit., 2007, p. 47). Resalto el hecho de que la práctica judicial del *civil law* y del *common law* ha convergido, negando así la insistente concepción de la debilidad del precedente en la tradición civilista. En un gran estudio comparado, MACCORMICK y SUMMERS concluyen: “En los sistemas del *civil law*, a pesar de que las cortes rara vez lo reconocen de manera explícita, los precedentes en la práctica son por lo general reconocidos como elementos de una fuerza poderosa, aunque sea anulable o derrotable. [...] La fuerza normativa que los precedentes tienen en la práctica, en todos los sistemas aquí estudiados –aunque sea una fuerza variable de un sistema a otro–, es una fuerza normativa en derecho, es decir, una fuerza normativa

vínculo tan arraigado entre ley y derecho ha permitido una reorganización teórica que continúa generando resistencias en algunos sectores, pero que también ha fomentado un gran dinamismo teórico¹³.

No obstante estos cambios teóricos y prácticos, el encanto del modelo estatal del derecho sigue ejerciendo una influencia considerable. Las definiciones del derecho, aun en textos relativamente recientes, dan fe de esa influencia. Una dificultad preliminar es que el término “derecho” es ambiguo, y numerosos textos¹⁴ destacan tres acepciones usuales del término: derecho objetivo (como un conjunto de reglas), derecho subjetivo (como una facultad), y derecho como ciencia (o actividad intelectual). Esta polisemia afecta a otros lenguajes de maneras distintas, y debemos tener presentes las vacilaciones de cada lengua al recordar tal vez la definición más célebre de la teoría jurídica del siglo XX: el concepto de “derecho” de H. L. A. HART. Este autor propone la bien conocida distinción entre reglas primarias y secundarias, y luego señala que la unión de ambos tipos de reglas “puede ser justamente considerada como la ‘esencia’ del derecho”. La combinación de reglas le permitió al modelo hartiano postular una separación entre la sociedad “primitiva” y la sociedad jurídica desarrollada¹⁵.

Ciertamente hay más definiciones. Muchas pueden agruparse bajo lo que Díez-PICAZO llama la concepción normativista del derecho, para la cual “el derecho es un conjunto de normas. Son normas que poseen unas u otras características, pero son normas al fin y al cabo”¹⁶. Esta visión es tal vez la más restrictiva del fenómeno

de jure”. MACCORMICK, D. NEIL Y ROBERT S. SUMMERS, “Further general reflections and conclusions”, En: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Ed. Neil MacCormick y Robert S. Summers, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 532, 533.

- 13 En Colombia una de las principales figuras en esta efervescencia teórica es DIEGO LÓPEZ; su libro *El derecho de los jueces* ha sido popular e influyente. Sobre el cambio en el rol de la jurisprudencia dentro del paradigma legalista, LÓPEZ comenta: “Las tendencias globales parecen indicar que la mayor parte de los países occidentales convergerán en regímenes de precedente vinculante por analogía en abandono de regímenes de jurisprudencia libre y conceptual”. LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2ª Ed., Bogotá, Legis, 2006, p. 134.
- 14 Ver, por ejemplo, PRIETO, LUIS, “Aproximación al concepto de derecho. Nociones fundamentales”, En: *Lecciones de teoría del derecho*, JERÓNIMO BETEGÓN et al, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 4-6; RUIZ MANTECA, RAFAEL, JAVIER FERNÁNDEZ LÓPEZ Y ANTONIO-RAFAEL HERNÁNDEZ OLIVENCIA, *Introducción al Derecho y Derecho Constitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 1994, p. 18; NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1983, p. 14, e IGLESIA FERREIRÓS, AQUILINO, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español. Manual*, T. 1, 2ª Ed., Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 21-22.
- 15 HART, H. L. A., *The concept of law*, 2ª Ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 155 y 91-99. El resultado pareciera ser aplicable a cualquier sociedad relativamente organizada. Sin embargo, el énfasis moderno de la definición debe ser notorio si observamos que, en su análisis, HART constantemente se apoya en el uso ordinario de los términos más significativos (de acuerdo con su uso en el inglés del siglo XX, naturalmente). NINO, ob. cit., 1983, p. 13, sugiere un recurso semejante al lenguaje ordinario para dilucidar el concepto de derecho.
- 16 Díez-PICAZO, LUIS, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª Ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1993, p. 6.

jurídico, hecha a imagen y semejanza del derecho estatalizado moderno¹⁷. Algunas definiciones son cautas y especifican su ámbito restringido. Un ejemplo muy claro lo vemos en LATORRE, quien dice: “Derecho, *en un Estado moderno*, es, por tanto, el conjunto de normas de conducta obligatorias establecidas o autorizadas por el Estado mismo y respaldadas por su poder”¹⁸. Desarrollando una posición institucionalista, MACCORMICK afirma que el “derecho es un orden normativo institucional, y el derecho del Estado contemporáneo es una forma de derecho”, una forma a la cual este autor dice estar limitando su análisis teórico¹⁹. Por último, COTTERRELL reduce su definición a la perspectiva disciplinar que él mismo asume: “El derecho debe ser entendido sociológicamente como las interrelaciones entre las ideas jurídicas y las experiencias de funcionarios y ciudadanos que dan sentido y vida a esas ideas”²⁰.

En todas las precisiones anteriores, es claro que sus autores tienen en mente el modelo legalista del derecho, prevalente desde la modernidad. Hemos visto muy brevemente cómo surgió esta forma de pensar, que presenta el derecho como un producto estatal. También hemos encontrado que semejante percepción parece haber distorsionado nuestra mirada de otras sociedades, y que la fuerza de los hechos y de los argumentos ha tenido un impacto sobre este modelo, sin haberlo suprimido. En las partes restantes del artículo veremos cómo la historia del derecho, y en concreto la historia del derecho mesopotámico, puede enriquecer esta discusión sobre lo que consideramos derecho. En la siguiente sección observaremos la influencia del modelo estatalista del derecho en ciertas apreciaciones sobre la historia del derecho, derivadas primordialmente de los comentarios de dos iushistoriadores. Luego veremos cuáles son las principales teorías actuales sobre los códigos mesopotámicos. Esto nos permitirá volver, al final del artículo, sobre el concepto de derecho a la luz de la historia del derecho.

17 Una ilustración de este tipo de definiciones la encontramos en un texto de EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, 50 Ed., México, Editorial Porrúa, 1999. El problema de definir el derecho se convierte silenciosamente, en aquel texto, en el problema de definir las normas jurídicas. ob. cit., 1999, pp. 3-4. Pocas páginas después, derecho y normas se han tornado indisolubles: “El derecho, en su sentido objetivo, es un conjunto de normas. Trátase de preceptos imperativo-atributivos, es decir, de reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades”, ob. cit., 1999, p. 36.

18 LATORRE, ÁNGEL, *Introducción al derecho*, Nueva Ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1985, p. 15. Abstrayéndose un poco, LATORRE propone otra definición: “Con el término ‘derecho’ designamos un conjunto de fenómenos sociales entre los que existen unos elementos comunes: el tratarse de normas de conducta obligatorias en una comunidad y respaldadas por un mecanismo de coacción socialmente organizado”, ob. cit., 1985, p. 31. Volveremos a esta definición en la última sección del artículo.

19 MACCORMICK, NEIL, *Institutions of law: an essay in legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 11.

20 COTTERRELL, ROGER, *Introducción a la sociología del derecho*, Trad. Carlos Pérez Ruiz, Barcelona, Editorial Ariel, 1991, p. 14.

2. PRECISANDO EL “DERECHO” EN LA “HISTORIA DEL DERECHO”

Si el derecho, según la tendencia, es un conjunto de normas, entonces es sensato suponer que la historia del derecho es el recuento de uno o más conjuntos de normas a través de la historia. Ya vimos a LATORRE proponer unas características comunes a estos agregados de normas, posiblemente heteróclitos: son “normas de conducta obligatorias en una comunidad y respaldadas por un mecanismo de coacción socialmente organizado”²¹. La organización social coactiva por excelencia será la de los estados modernos, así que en lo posible habría que buscar en otros periodos los poderes públicos que se encarguen de esa labor. Por lo tanto, parece que el oficio del iushistoriador consistiera en ubicar ese tipo de normas, y quizás contextualizarlas y hacerlas comprensibles para sus contemporáneos.

Algunas descripciones de la historia del derecho ciertamente se adhieren a esta forma de entender el derecho. Por ejemplo, AFTALIÓN et al., dicen: “En las sociedades contemporáneas existen instituciones jurídicas y una organización legal desconocidas en las primitivas. De ese cambio temporal efectivamente se ocupa la historia del derecho. Se interpreta este cambio como *progreso, evolución, desenvolvimiento, desarrollo* y, en consecuencia, suele definirse la historia del derecho como la *ciencia que estudia el progreso, desenvolvimiento o evolución de este*”²². En la anterior caracterización se hace presente el llamado evolucionismo, al cual volveremos en la próxima sección. Por lo pronto, es claro lo que estos autores esperan de la historia del derecho: tomar el derecho actual, y buscar sus ancestros entre los imperfectos esbozos normativos del pasado.

AFTALIÓN y sus coautores no son iushistoriadores, pero, sorprendentemente, muchos historiadores del derecho suscriben con entusiasmo este tipo de percepciones acerca del derecho. El historiador del constitucionalismo colombiano HERNÁN ALEJANDRO OLANO afirma: “La historia jurídica tiene por objeto la evolución de un sistema o de alguno de sus aspectos a través del tiempo. [...] [E]l historiador busca el derecho del pasado, que es, por lo general el derecho no vigente, el cual es necesario para saber de dónde provienen nuestras alegrías o nuestras desgracias”. El mismo autor continúa: “Ese pasado del derecho se expresa en hechos, y ese derecho no vigente que pretendemos estudiar, no es solo la norma, sino el conjunto de hechos que se mueven alrededor de la norma y con la cual forma una unidad. [...] Así, el investigador jurídico requiere categorías jurídicas para comprender ese derecho

21 LATORRE, ob. cit., 1985, p. 31.

22 AFTALIÓN, ENRIQUE R., JOSÉ VILANOVA Y JULIO RAFFO, *Introducción al derecho*, 4ª Ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, pp. 168-169. En otro texto introductorio, ABELARDO TORRÉ dice que la historia del derecho describe e intenta explicar las causas del “derecho positivo”, y que aborda el derecho como “algo ya petrificado”, *Introducción al derecho*, 13 Ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, pp. 89, 90. Esta última expresión es semejante a la de OLANO GARCÍA que veremos en el párrafo siguiente.

muerto, requiriendo, aparte de su formación histórica un previo entrenamiento que le permita entender el material jurídico que maneja”²³.

Los comentarios anteriores tienen muchas suposiciones objetables. En primer lugar, al decir que el derecho del pasado es “necesario” para entender el origen de “nuestras alegrías o nuestras desgracias”, OLANO está suponiendo que el derecho fue eficaz y que sus efectos son por lo menos una causa significativa de los desarrollos posteriores. Ambas presunciones son cuestionables. En segundo lugar, de manera categórica este autor afirma que el historiador del derecho estudia el derecho del pasado, no vigente, muerto. Esta apreciación puede ser llamativa para un iushistoriador dentro de la tradición civilista, pero no es tan claro entre otros practicantes de la disciplina. En concreto, un historiador del derecho anglosajón que estudie las instituciones inglesas del siglo XVI, o la jurisprudencia norteamericana del siglo XIX, no está necesariamente estudiando derecho “no vigente”. En efecto, es conocida la fuerte vinculación entre el pasado y el presente en el *common law*²⁴, y cometeríamos un serio error al decir que una obra iushistórica como el texto tan famoso de LAWRENCE FRIEDMAN²⁵ es una obra sobre derecho muerto. En tercer lugar, notemos de nuevo la dimensión evolutiva (“tiene por objeto la evolución de un sistema”, dice OLANO), un tema que será objeto de discusión en la próxima sección. Por último, destaco que la forma de expresarse de este autor delata el sesgo moderno de su percepción del derecho: habla de normas jurídicas y de vigencia, y supone eficacia y coercibilidad, todos conceptos muy usuales en el derecho actual, pero no necesariamente aplicables a los desarrollos jurídicos de la antigüedad²⁶.

23 OLANO GARCÍA, HERNÁN ALEJANDRO, *La constitución monárquica de Cundinamarca*, Bogotá, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2006, pp. 1, 3-4, 4, 5.

24 Dicen MERRYMAN y PÉREZ-PERDOMO: “En Europa continental, la revolución [francesa, incluyendo el clima intelectual revolucionario] pareció requerir un rechazo del orden jurídico viejo; en Inglaterra, pareció requerir aceptación e incluso glorificación de aquel orden”, ob. cit., 2007, p. 22. En igual sentido FLETCHER y SHEPPARD: “El *common law* siempre construye sobre el pasado”, FLETCHER, GEORGE P. Y STEVE SHEPPARD, *American law in a global context: the basics*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 18.

25 FRIEDMAN, LAWRENCE M., *A history of american law*, 3ª Ed., Nueva York, Touchstone, 2005.

26 Un capítulo introductorio en otro libro colombiano de historia del derecho (MENDOZA PALOMINO, ÁLVARO Y MARGARITA CÁRDENAS POVEDA, “Proyecto de investigación”, En: MARGARITA CÁRDENAS POVEDA et al, *Acercamiento a las instituciones jurídicas y administrativas de la conquista y la colonia*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada y Grupo Editorial Ibáñez, 2007. También estudia la relación entre el derecho y la historia. Los autores, dicen, por ejemplo, que “[l]a búsqueda del devenir histórico del derecho permite obtener un seguro punto de vista que nos permita entender aquello que el derecho normativiza. [...] Sirve a la comprensión del derecho vigente, no como complemento erudito, sino en cuanto explica cómo ha llegado a tener esas características que actualmente lo distinguen [...]. Poseer el marco de la progresiva evolución de lo jurídico nos sirve también para obtener referencias sobre errores y aciertos, para mejor responder a las demandas de la sociedad actual. [...] [N]unca podrá dejar de ser v[á]lido [...] que el derecho es un producto del espíritu del pueblo” (ob. cit., 2007, p. 18). Además, afirman que en el “mayor o menor grado de correspondencia [entre el derecho y la sociedad] radica el mayor o menor grado de validez y eficacia de las instituciones” (ob. cit., 2007, p. 19). Algunas de estas afirmaciones se caen bajo su propio peso; por ejemplo, ¿en realidad existe algún pensamiento que *nunca* podrá dejar de ser válido? Otras adolecen de problemas semejantes a los que ya he señalado, como el recurso al paradigma evolutivo, y el uso de un lenguaje excesivamente moderno (normativización, validez, eficacia).

Otro historiador del derecho, en este caso el español AQUILINO IGLESIA, se muestra comprensivo del tipo de problemas que destaqué en el párrafo anterior. Dice que “[e]l historiador del derecho es hijo de su tiempo y parte de su presente que es siempre su ordenamiento jurídico”²⁷. Aquí IGLESIA asume una posición honesta frente a la inescapable distorsión que el momento de composición de la historia impone sobre el objeto de estudio; volveremos a encontrar admoniciones semejantes en la próxima sección del presente artículo.

En la misma obra, IGLESIA explora la relación entre las definiciones del derecho y el objeto de análisis en la historia del derecho. En efecto, IGLESIA precisa lo segundo diciendo que “[e]l objeto de la historia del derecho es la identificación de las conductas normadas, es decir, el entramado normativo de una sociedad”. En una versión menos sucinta de esta idea, afirma: “Desde el punto de vista de la historia del derecho, solo interesan las conductas normadas que encierran la posibilidad de su incumplimiento. [...] En toda sociedad junto a las conductas jurídicas cabe colocar las conductas antijurídicas, que suponen la violación de una norma jurídica”²⁸.

¿Cuál es, entonces, la definición del derecho para IGLESIA? El autor a la vez niega la pertinencia de esta pregunta y ofrece una solución. En efecto, IGLESIA señala que las “dificultades existentes para definir el derecho las supera el historiador del derecho, que solo necesita acuñar un concepto instrumental de derecho que permita identificarlo en el pasado”²⁹. La definición instrumental será suficiente para los propósitos del iushistoriador, por lo cual las disquisiciones teóricas son asunto de los filósofos del derecho³⁰. Los intereses del historiador del derecho lo dirigen a “buscar una definición de derecho que permita el acceso al derecho del pasado, sin deformarlo, a quienes carecen de una experiencia jurídica”³¹.

Pareciera entonces que IGLESIA le da prioridad a un concepto útil, libre del empantanamiento en que con frecuencia caen las minuciosas discusiones iusteóricas. Sin embargo, IGLESIA también propone una definición del derecho (en realidad un catálogo algo desorganizado de definiciones³²), al parecer orientada por

27 IGLESIA, ob. cit., 1996, p. 20. El autor vuelve sobre estas advertencias más adelante, refiriéndose al paradigma legalista: “Teóricos y filósofos del derecho reflexionan sobre el derecho de su tiempo, que hoy está [formado], fundamentalmente —y no solo hoy—, por leyes, porque se tiende a identificar el derecho con la ley. La teoría y la filosofía del derecho terminan así por ser una teoría y una filosofía de la ley. [...] Esta conclusión es grave cuando los resultados adquiridos a través del examen de la ley se intentan proyectar sobre el derecho del pasado, que vivió en ocasiones al margen de la ley”, ob. cit., 1996, p. 42.

28 IGLESIA, ob. cit., 1996, pp. 18, 17.

29 IGLESIA, ob. cit., 1996, p. 39.

30 IGLESIA, ob. cit., 1996, p. 22.

31 IGLESIA, ob. cit., 1996, p. 24.

32 Por ejemplo, en distintas páginas del texto IGLESIA hace las siguientes afirmaciones sobre el derecho: “El derecho es una cosa que el hombre hace necesariamente desde el momento en que vive en sociedad” (ob.

la conciencia de que esta definición debe dar cuenta de la variedad de fenómenos del pasado que son estudiados por los historiadores del derecho. Usando un lenguaje que permite respetar las diferencias en tiempo y cultura, dice IGLESIA que el derecho se identifica “con las conductas que se observan porque deben observarse y que son valoradas como jurídicas por cada concreta sociedad”³³. Es posible presentar un concepto de derecho “sintético y *a priori*”, pero es necesario obrar con mucha cautela, pues ese concepto “determina necesariamente el conocimiento del derecho del pasado, ya que todo fenómeno jurídico del pasado que no se adecuara a dicho concepto sería excluido del campo del derecho”³⁴. IGLESIA considera, entre otras, la definición del derecho de JOHN AUSTIN, pero aclara que, de aceptar definiciones como la de AUSTIN, “al historiador se le escaparían de entre las manos parcelas inmensas del pasado” y “la historia del derecho quedaría reducida a una historia de la legislación”³⁵.

De nuevo, la posición de IGLESIA se presta a numerosas críticas. Es de destacar, no obstante, la atención que presta a las fluctuaciones en el concepto de derecho en distintos tiempos y sociedades, que lo llevan a apoyarse en cada sociedad, buscando determinar lo que ella consideraba jurídico. A pesar de esa sensibilidad, vimos a IGLESIA decir, entre otras cosas, que a la iushistoria “sólo interesan las conductas normadas que encierran la posibilidad de su incumplimiento”. Si IGLESIA había abierto el espectro de la historia del derecho al remitirse a la concepción que cada sociedad tiene de su derecho, con esta afirmación el espectro se angosta nuevamente. Hay mucho que los historiadores del derecho, en efecto, estudian que no puede considerarse una conducta normada capaz de ser incumplida. Esta es una restricción indebida.

Nuestro concepto de “derecho” debe ser suficientemente amplio como para que la disciplina de la “historia del derecho” (que lo incorpora en su nombre) tenga cierto sentido³⁶. Este no es un problema meramente semántico, ya que los

cit., 1996, p. 16). “El derecho es un deber ser, pues establece, mediante su valoración, qué conductas son lícitas y cuáles son ilícitas” (ob. cit., 1996, p. 29). “El derecho es siempre orden” (ob. cit., 1996, p. 30). “El derecho es una limitación [normada] de la fuerza” (ob. cit., 1996, p. 31). “El derecho es un orden de conductas humanas normadas dentro de una determinada sociedad” (ob. cit., 1996, p. 37). “El derecho es, sin embargo, la estructura normativa de una sociedad, es primordialmente un medio para evitar la aparición de conflictos en una sociedad” (ob. cit., 1996, p. 42).

33 IGLESIA, ob. cit., 1996, p. 17.

34 IGLESIA, ob. cit., 1996, p. 22.

35 IGLESIA, ob. cit., 1996, p. 38.

36 Un argumento semejante se podría hacer a partir de la disciplina de “derecho comparado”. Al respecto, WATSON (1993: 1-3) resalta el problema de considerar el “derecho comparado” como un “derecho”, en lugar de entenderlo como un método cuyo nombre es equívoco, WATSON, ALAN, *Legal transplants: an approach to comparative law*, 2ª Ed., Athens y Londres, The University of Georgia Press, 1993, pp. 1-3. En un sentido semejante, DONAHUE (2006), al buscar los orígenes históricos del derecho comparado, se concentra en el *método* comparativo, y precisa algunos elementos que se espera que tenga el método comparativo, DONAHUE, CHARLES, “Comparative law before the Code Napoléon”, En: *The Oxford Handbook of Comparative Law*,

historiadores del derecho constantemente indican que el derecho es el objeto de sus indagaciones. Por lo tanto, debemos preguntarnos cuál es el derecho investigado por los iushistoriadores, y si guarda alguna relación con la forma común de entender el derecho en la actualidad. Como veremos, terminaré por proponer un entendimiento mucho más fluido del derecho dentro de su contexto cultural. Pasemos ahora a un caso específico de iushistoria, abordando los códigos mesopotámicos³⁷.

3. EL DERECHO MESOPOTÁMICO

3.1. El sesgo cultural y el paradigma evolutivo frente al derecho mesopotámico

Ya hemos visto el problema de que cada iushistoriador trae consigo la impronta de su propio tiempo. Ese problema se torna especialmente delicado en el caso de los códigos mesopotámicos. En parte, esta es una situación inescapable, aunque criticable, como la describe muy bien JACKSON³⁸. Pero, en el caso concreto del derecho mesopotámico, el sesgo cultural (un sesgo occidental y contemporáneo) ha sido evidente y perjudicial. FINKELSTEIN lo caracteriza así: “El hecho es que incluso las investigaciones más desinteresadas o imparciales en esta área [de las civilizaciones del antiguo Medio Oriente] han sido afectadas negativamente por una limitación en la perspectiva, compartida no solo por los académicos bíblicos y asiríólogos, sino por sus públicos también; todos son, en últimas, occidentales dirigiéndose a occidentales”³⁹.

En relación con la dificultad enunciada en el párrafo anterior, encontramos el llamado paradigma evolutivo, al cual ya he hecho alusión. No se trata, pues, solo de

Ed. Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 14, 22. La discusión sobre el derecho comparado, aunque fértil, excede los propósitos de este trabajo, que se concentra en la historia del derecho.

37 El recorrido que sigue constituye un orgulloso ejemplo de peculiaridad, si le creemos a OLANO GARCÍA cuando dice: “Salvo casos de especialización muy peculiar, los aspectos de la historia jurídica que interesan al jurista son el derecho romano, de una parte, y de otra la historia de su derecho nacional, en la que es pertinente considerar su evolución, analizar sus elementos constitutivos y la transformación de sus instituciones, particularmente en estos doscientos años de vida republicana” (ob. cit., 2006, p. 1). Esta visión (formulada de manera increíblemente prescriptiva, además) es demasiado reductiva, y acogerla implicaría empobrecer la historia del derecho. BERMAN, por el contrario, señala que “[n]ecesitamos sobreponernos a [...] la identificación de todo nuestro derecho con el derecho nacional, y de toda nuestra historia del derecho con la historia del derecho nacional”, BERMAN, HAROLD, *Law and revolution: the formation of the western legal tradition*, Cambridge, MA y Londres, Harvard University Press, 1983, p. vi.

38 “Todo el significado es construido: los textos no ‘tienen sentido’; les atribuimos sentido. Y el sentido que les atribuimos es en parte una función de los recursos que traemos a ese proceso. Necesariamente, traemos suposiciones culturalmente contingentes [...]. Pero podemos tratar de revelar esas suposiciones al máximo grado posible, para someterlas a algún proceso de evaluación”, JACKSON, BERNARD S., “Models in Legal History: The Case of Biblical Law”, *Journal of Law and Religion*, Vol. 18, Número 1, 2002-2003, p. 1.

39 FINKELSTEIN, J. J., “The Ox That Gored”, *Transactions of the American Philosophical Society*, Nueva Serie, Vol. 71, Número 2, 1981, p. 7.

que esté presente un sesgo occidental, sino de que opera una aguda primitivización del pasado. En síntesis, el modelo evolucionista sugiere que las sociedades han aumentado en complejidad y sofisticación, incluso cognitiva, de tal manera que las instituciones del pasado son “primitivas”, “burdas”, “imperfectas”, a diferencia de las más “desarrolladas” instituciones modernas.

Asociados con este modelo, ROTH identifica dos tipos de prejuicios en el estudio de Mesopotamia, ambos ubicados dentro de lo que ella denomina el “supuesto evolutivo”: “primero, y hoy con menos apoyo, un prejuicio de que se puede demostrar, a partir de la evidencia cuneiforme mesopotámica, un desarrollo y una ‘progresión’ lineales de la teoría y la expresión jurídicas a través de los milenios [...]; segundo, y todavía prevalente, un prejuicio de que las fuentes mesopotámicas revelan un momento evolutivo o de desarrollo menos sofisticado que el nuestro”⁴⁰. El modelo evolutivo se relaciona con el sesgo cultural antes descrito, como lo subraya ROTH: “el ‘derecho’ o por lo menos las realidades sociales reveladas por estos textos [mesopotámicos] se ubican en algún punto de un continuo de desarrollo, moralmente determinado, cuya orientación es la Ilustración europea occidental”⁴¹.

Este modelo evolutivo, especialmente en la variante que supone una subvaloración incluso paternalista de las sociedades del pasado, es muy fuerte en las ciencias sociales que se acercan al derecho antiguo⁴², y durante años controló gran número de debates históricos⁴³. No obstante, el paradigma ha atraído varias voces críticas⁴⁴. Un problema con la aplicación de este modelo es su reduccionismo

40 ROTH, MARTHA T., “Reading Mesopotamian Law Cases PBS 5 100: A Question of Filiation”, *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, Vol. 44, Número 3, 2001, pp. 244-245.

41 ROTH, ob. cit., 2001, p. 281.

42 Si bien este paradigma es común en las ciencias sociales, ciertamente no se limita solo a ellas. Un ejemplo flagrante de la aplicación de este modelo a las ciencias naturales se encuentra en el capítulo 2 del texto de O’SHEA sobre el cerebro, O’SHEA, MICHAEL, *The brain: a very short introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 12-27), donde el cinismo de su presentación acerca de la historia de las investigaciones sobre el cerebro se manifiesta en comentarios que suponen la veracidad de los estudios actuales, y desechan por ingenuos los anteriores.

43 NORMAN YOFFEE, “The decline and rise of mesopotamian civilization: an ethnoarchaeological perspective on the evolution of social complexity”, *American antiquity*, Vol. 44, Número 1, enero 1979, pp. 5-11, hace un recuento del “paradigma evolucionista”. JACKSON (ob. cit., 2002-2003, pp. 3-4) menciona el efecto de este paradigma en algunos debates sobre la historia del derecho, y WERNER MENSKI (*Comparative law in a global context: the legal systems of Asia and Africa*, 2ª Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 28, 89-90, lo hace en relación con el derecho contemporáneo y decimonónico. Un ejemplo de un texto de historia que asume un modelo evolucionista (en siete pasos, aplicable a las civilizaciones), y que usa a Mesopotamia como ejemplo, es la obra de QUIGLEY, CARROLL, *The evolution of civilizations: an introduction to historical analysis*, Indianapolis, Liberty Fund, 1979, originalmente publicada en 1961.

44 El texto de ROTH (2001) ya citado (ob. cit., 2001) es un ejemplo. El jurista y novelista BERNHARD SCHLINK incorporó esta crítica en su famosa novela *El lector*, cuando su personaje principal, Michael Berg, se hace historiador del derecho y comenta: “Durante mucho tiempo creí que existía el progreso en la historia del derecho, y que a pesar de los terribles encontronazos y retrocesos, podía apreciarse un avance hacia una mayor belleza y verdad, racionalidad y humanidad. Desde que sé que esa creencia era quimérica, manejo otro concepto de la andadura de la historia del derecho. La veo encarada hacia un objetivo, pero ese objetivo, al que llega por un camino sembrado de obstáculos, malentendidos y deslumbramientos, es el mismo

metodológico: YOFFEE ha dicho que “el evolucionismo no puede explicar el cambio social, salvo en un escenario reduccionista”⁴⁵, y critica como inapropiada la analogía biológica implícita en el evolucionismo, además de objetar la forma en que ese método se ha convertido en un atajo para resolver los problemas reales del trabajo arqueológico⁴⁶. El mismo autor, refiriéndose al Código de Hammurabi, comenta en un texto posterior: “Ubicar este documento en una fase del desarrollo del derecho formal dentro de la teoría etnológica, y usarlo como un punto de referencia en la evolución de los sistemas occidentales de códigos de leyes y precedentes jurídicos, reduce la multiplicidad de niveles en los que el texto opera e ignora el contexto político en el cual la composición se integra”⁴⁷.

Una razón por la cual el modelo evolutivo es tan influyente, pese a su reduccionismo, es que, si evaluamos otra sociedad con fundamento en nuestros propios parámetros de calidad y sofisticación, la sociedad evaluada siempre encajará de manera imperfecta, en caso de que nuestros parámetros no coincidan con los suyos⁴⁸. Nos parecerá, por ejemplo, que el desarrollo científico y analítico de esa sociedad no es tan “avanzado” como el de Occidente hoy; pero debemos por lo menos dudar de cómo registraría el “avance” de Occidente contemporáneo si le pidiéramos a un escribano mesopotámico que lo juzgara, o si le pidiéramos a una civilización futura que lo hiciera. No obstante este llamado a la prudencia, usar los parámetros actuales como baremo de todas las sociedades del pasado tiende a confirmar la impresión de que ellas son menos desarrolladas, y de ese modo la atracción del modelo evolutivo conserva su vigor. El impacto es notorio en el uso que tantos textos jurídicos hacen de los llamados “antecedentes históricos”⁴⁹, como

principio del que ha partido, y del que, apenas ha llegado, debe volver a partir”, SCHLINK, BERNHARD, *El lector*, Trad. Joan Parra Contreras, Barcelona, Editorial Anagrama, 2000, p. 171.

45 YOFFEE, ob. cit., 1979, p. 6.

46 YOFFEE, ob. cit., 1979, pp. 25-26.

47 YOFFEE, NORMAN, “Context and authority in early mesopotamian law”, *State formation and political legitimacy*, Ed. Ronald Cohen y Judith D. Toland, New Brunswick, N. J., Transaction Books, 1988, p. 107.

48 La situación es aún más compleja. Una sociedad que tienda a ver el pasado como un tiempo mejor no será tan fácil presa del modelo evolutivo (pero tal vez lo será de un modelo involutivo); las sociedades occidentales contemporáneas sí son presas de ese modelo, por su estimación subyacente (aunque cuestionada) de que el tiempo avanza hacia estadios mejores. Ver, por ejemplo, BERMAN (ob. cit., 1983, pp. 5-7).

49 La práctica es tan frecuente que resulta de común conocimiento, pero ver como ilustración el recurso a “antecedentes y definición” acerca del contrato de mutuo que hace BONIVENTO en su conocido libro de contratos, BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 15 Ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002, p. 2001: 621. Una muestra más antigua, y mucho más robusta que la de BONIVENTO, la encontramos en la obra clásica de CLARO SOLAR, por ejemplo, sobre el derecho de representación sucesoral, CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, T. 13, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión 1992, pp. 242-251. Estas secciones tienden a convertirse en lánguidas (y riesgasas) antologías normativas, con muy pocos matices socioculturales sobre las instituciones citadas. ERICH GENZMER se refiere de manera crítica a este tipo de estudio con el rótulo tradicional de “*législation comparée*”, “A civil lawyer’s critical views on comparative legal history”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 15, Números 1/2, 1966-1967, pp. 89-90; habíamos visto también a IGLESIA objetar cómo la historia del derecho puede quedar reducida a una “historia de la legislación” (ob. cit., 1996, p. 38).

lo advierte OLIVEIRA sobre la recurrente tendencia a asumir de forma irreflexiva el modelo evolucionista en los estudios jurídicos de posgrado⁵⁰.

El modelo evolutivo es usualmente aplicado a las sociedades antiguas tanto por especialistas como por no especialistas, y es habitual que se materialice como una tendencia a denigrar las capacidades morales y de abstracción de los individuos del pasado. Por ejemplo, dice LATORRE que las “comunidades primitivas no disponen de la refinada técnica jurídica con que se analiza el derecho internacional, ni su mentalidad está adecuada a las exquisitas distinciones y al examen racional que caracteriza la actitud intelectual del hombre ‘civilizado’”⁵¹. Hablando sobre el derecho mesopotámico en concreto, REYES ECHANDÍA describe entre otras cosas el “primitivismo” con el cual el Código de Hammurabi aplica la pena de muerte⁵².

Esta concepción también es común entre algunos⁵³ especialistas en derecho mesopotámico, y fue muy usual hace unas décadas⁵⁴. Un destacado representante contemporáneo de esta posición es WESTBROOK⁵⁵. Hay numerosos ejemplos del

50 OLIVEIRA dice: “este tipo de historia –que, *grosso modo*, podríamos calificar de ‘evolucionista’, en la cual las normas y valores del presente ya existen en embrión en el pasado más alejado— está, en general, en desuso entre los historiadores hace bastante tiempo. Entiéndase bien: no se trata de descartar enteramente una historia de este tipo, sino de advertir contra su uso inocente. [...] El problema es que el jurista actual [...] adopta un sesgo evolucionista sin conciencia de que lo está haciendo”, OLIVEIRA, LUCIANO, “No me venga con el Código de Hammurabi...”. La investigación socio-jurídica en los estudios de posgrado en derecho”, En: *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Ed. Christian Courtis, Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp. 285-286. OLIVEIRA se refiere a los trabajos de posgrado, pero mi experiencia me dice que los trabajos de pregrado tampoco están exentos de este recurso.

51 LATORRE, ob. cit., 1985, pp. 29-30. Discutiendo también la supuestamente cruda indistinción de las distintas normas “primitivas”, AFTALIÓN et al. dicen: “Los pueblos primitivos, a causa de la ingenuidad de su intelecto, no alcanzaron a distinguir teóricamente la moral y el derecho, máxime dado que ambos se fundaban en una misma base religiosa. En la vida social primitiva existía una costumbre indiferenciada, que presentaba vertientes religiosas, jurídicas y morales. [...] Esta situación se refleja aún en las primeras codificaciones, como el Código de Hammurabi o la ley mosaica” (ob. cit., 2004, p. 387; énfasis fuera del texto). He destacado dentro de la cita una expresión que sobresale por denigrante y paternalista.

52 REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Obras completas*, T. III, Bogotá, Editorial Temis, 1998, p. 297.

53 También se encuentra el extremo opuesto, que idealiza a Hammurabi o al derecho del pasado. PRINCE J. DYNELEY, “The Code of Hammurabi”, *The American Journal of Theology*, Vol. 8, Número 3, julio 1904, p. 254, presenta a Hammurabi como un pensador lógico del más alto nivel. LARA se regocija hallando en el Código “una labor de poda, complementación, adecuación, innovación u ordenación realmente impresionante y casi técnicamente perfecta”, LARA PEINADO, FEDERICO, *Código de Hammurabi*, 3ª Ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. lxi. La idealización más sofisticada es la de ROTH, quien pasa de criticar el evolucionismo a festejar el método casuista del derecho mesopotámico como algo *avanzado*: “el centro de entrenamiento de escribanos en Mesopotamia [...] estaba milenios por delante de la escuela de derecho estadounidense” (ob. cit., 2001, p. 253; vid. también ob. cit., 2001, p. 281). El recurso a una normativización de la historia (que podemos incluso considerar un nuevo modelo evolutivo) está implícito pero es evidente.

54 Por ejemplo, dice PRINCE que la ley del talión de Hammurabi era necesaria en una comunidad “ruda”, (1904: 607), y que algunas normas del código son propias de un “pueblo civilizado a medias” (ob. cit., 1904, p. 607).

55 Además, encontramos por lo menos un comentario desde esta perspectiva en SANMARTÍN. La babilónica, dice este autor, era una sociedad que tenía una “visión pragmática e ingenuamente materialista de la realidad”, SANMARTÍN, JOAQUÍN, Ed., *Códigos legales de tradición babilónica*, Madrid, Trotta, 1999, p. 85. La valoración del supuesto materialismo como “ingenuo” muestra que el evolucionismo está operando en aquella afirmación.

lenguaje evolutivo en los textos de WESTBROOK⁵⁶, algo que fue criticado por ROTH⁵⁷; no obstante, WESTBROOK hizo recientemente una confesión: “Este escritor admite alegremente ser un evolucionista [*developmentalist*]”⁵⁸.

Veamos un ejemplo concreto de la aplicación de este modelo a un aspecto específico del derecho mesopotámico: la ley del talión, que ha conjurado muchos apelativos por su supuesto “primitivismo”. Una afirmación típica en este sentido es la que trae a colación SALCEDO SEGURA en un libro sobre derecho civil; citando una enciclopedia, dice: “En la Biblia se hace mención del principio justiciero de ‘ojo por ojo, diente por diente’. Esta era *la grosera noción de la justicia* imperante en tiempos de Hammurabi”⁵⁹. Esta apreciación del talión es desafortunadamente común⁶⁰, y es frecuente encontrarla en discusiones sobre la historia del derecho penal⁶¹.

Debe subrayarse con censura la facilidad con que el texto citado sin críticas por SALCEDO SEGURA descalifica, descontextualizada, la supuesta “noción de justicia” en la época de Hammurabi. La osadía de emitir un juicio de valor tan anacrónico se

56 Por ejemplo, WESTBROOK dice que, desde el punto de vista moderno, una dificultad con los problemas académicos tratados en los llamados códigos es que “ellos no expresan los principios que encarnan; la jurisprudencia antigua era *incapaz* de hacerlo”, WESTBROOK, RAYMOND, “The Trial Scene in the Iliad”, *Harvard Studies in Classical Philology*, Vol. 94, 1992, p. 61; énfasis fuera del texto. Ver otros ejemplos en obras distintas de WESTBROOK: WESTBROOK, RAYMOND, “The nature and origins of the twelve tables”, *ZSS (Rom. Abt.)*, Vol. 105, 1988, p. 91; WESTBROOK, RAYMOND, “Codification and Canonization”, En: *La codification des Lois dans l'Antiquité*, Ed. E. Lévy, París, De Boccard, 2000, pp. 35-36; WESTBROOK, RAYMOND, “The character of ancient near eastern law”, En: *A history of ancient near eastern law*, Ed. RAYMOND WESTBROOK, Leiden y Boston, Brill, 2003, pp. 20; 2003: 22).

57 ROTH, ob. cit., 2001, pp. 249-250.

58 WESTBROOK, ob. cit., 2003, p. 23 n. 17.

59 SALCEDO SEGURA, JORGE, *Teoría general del derecho civil*, T. 1, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2006, p. 64; énfasis fuera del texto.

60 ALVEAR ACEVEDO dice: “En general, el derecho penal es *lo más bárbaro* de esta legislación [de Hammurabi], no solo por la clase de las penas, sino por la desproporción entre ellas y las culpas”, ALVEAR ACEVEDO, CARLOS, *Manual de historia de la cultura*, México, Limusa, 2004, p. 96; en cursivas el original, énfasis fuera del texto). JACKSON (ob. cit., 2002-2003, p. 6) describe cómo el talión fue posicionado dentro de los paradigmas evolucionistas, originalmente visto como un castigo “primitivo”, derivado de la venganza, y luego recaracterizado al descubrir códigos más viejos que usaban un sistema de compensación monetaria.

61 Ver, por ejemplo, JIMÉNEZ DE ASÚA (1950), describiendo el paso de las penas por estadios sucesivos: la pena empieza con la expulsión de la comunidad de paz (inicialmente con fundamentos religiosos, que son luego abandonados, al tiempo que se sustituye la expulsión por otras penas, como la pena de muerte y las penas corporales); luego surge el sistema de composición (al principio negociado, después obligatorio); y en tercer lugar aparece la pena pública, una pena objetivada por el poder del Estado, JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de derecho penal*, T. 1, 5 Ed., Buenos Aires, Editorial Losada, 1950, pp. 242-246. En la segunda fase de este proceso y presentada como una medida de proporcionalidad, JIMÉNEZ DE ASÚA discute el talión (ob. cit., 1950, pp. 244-245). Vale anotar que, más adelante, el mismo autor se une al coro de las valoraciones sobre el sistema de penas en el Código de Hammurabi al decir que sus “castigos no podían menos de ser crueles” (ob. cit., 1950, p. 270). Por su parte, CARNELUTTI describe el talión dentro de la evolución de la pena como una “solución primitiva” al problema de la pena, y una solución que adolece de “incivilidad”, CARNELUTTI, FRANCESCO, *El problema de la pena*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Rodamillans S.R.L., 1999, pp. 30, 31.

agrava en vista de la falta de sensibilidad cultural ante el entendimiento del talión en esas sociedades. Dice FINKELSTEIN que, por el contrario, “la idea del castigo físico por lesiones físicas fue una *innovación* en las leyes de Hammurabi [...]. [...] En breve, lo que las reglas taliónicas del Código de Hammurabi de hecho anuncian es la ampliación del alcance del derecho penal más allá de las esferas del dios y del rey (es decir, blasfemia y sedición), que durante mucho tiempo habían constituido virtualmente la única esfera de acción de la acción penal, para incluir por primera vez [...] una clase de delitos que habían sido tratados antes como casos de responsabilidad civil extracontractual”⁶².

Para concluir esta sección, los dos problemas mencionados, el del sesgo cultural moderno y el del paradigma evolutivo, recurrirán en el análisis de muchos sobre las sociedades mesopotámicas y su derecho. En las páginas que siguen veremos, primero, a qué se refiere la expresión “códigos mesopotámicos”. Luego pasaremos a observar el impacto de los prejuicios descritos en los párrafos anteriores, anotando cómo han moldeado el objeto de estudio al hacer una lectura de los códigos como legislación en el sentido moderno. Por último, veremos cuáles son las teorías actuales sobre el rol que desempeñaban los códigos mesopotámicos en sus sociedades.

3.2. Los llamados códigos mesopotámicos

Los códigos mesopotámicos son documentos redactados dentro de las sociedades que florecieron en la región conocida como Mesopotamia, el foco en el cuarto milenio a. C. de la primera urbanización y del nacimiento de la escritura. Estas sociedades se forjaron alrededor de los ríos Tigris y Éufrates (que de hecho le dieron a la región el nombre griego que hoy utilizamos: “tierra entre ríos”), y crearon organizaciones sumamente densas, populosas, especializadas y estratificadas⁶³.

62 FINKELSTEIN, J. J., “Ammi aduqa’s Edict and the Babylonian ‘Law Codes’”, *Journal of Cuneiform Studies*, Vol. 15, Número 3, 1961, p. 98. Notemos que la palabra “innovación”, que usa FINKELSTEIN, no es valorativa, sino descriptiva. Estos comentarios de FISH al respecto también son ilustrativos: “La *lex talionis* ha sido tratada por algunos de sus críticos como una ley bárbara de retaliación en especie, y nada más. Leída de manera literal, y desde una perspectiva moderna, esto es perfectamente entendible, pero de todos modos equivocado. Es entendible porque, incluso como un castigo ordenado por la divinidad, ‘ojo por ojo’ suena tanto primitivo como cruel; es equivocado porque leer la *lex talionis* de manera literal implica desconocer su valor histórico y su perdurable relevancia moral”, FISH, MORRIS J., “An eye for an eye: proportionality as a moral principle of punishment”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, Número 1, primavera 2008, p. 57. Fish (ob. cit., 2008, pp. 57-62) continúa con una exposición relevante sobre el talión bíblico. Ver también TIKVA FRYMER-KENSKY, “Tit for Tat: The Principle of Equal Retribution in Near Eastern and Biblical Law”, *Biblical Archaeologist*, Vol. 43, Número 4, otoño 1980, p. 233, con una teoría sobre la influencia semita en la adopción del talión.

63 Sobre esta complejidad, ver, por ejemplo, la descripción de la Mesopotamia temprana en SUSAN POLLOCK, *Ancient Mesopotamia: The eden that never was*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 78-172. NORMAN YOFFEE, “Political Economy in Early Mesopotamian States”, *Annual Review of Anthropology*, Vol. 24, 1995, pp. 281-311, construye un metódico recorrido por la literatura reciente sobre la economía política en la región, revisando una robusta bibliografía de casi 300 títulos.

Por alguna razón muchos pensadores insisten en incluirlas en la categoría de “sociedades primitivas” (de por sí una categoría sospechosa), con lo cual resulta fácil inscribirlas en una fase arcaica dentro del modelo evolutivo. Sin embargo, en términos de su urbanización, su economía y su administración burocratizada, las sociedades mesopotámicas eran notoriamente complejas.

No obstante el transcurso de varios siglos, el uso de distintos idiomas y algunas claras diferencias técnicas y económicas, las sociedades mesopotámicas permanecieron suficientemente unidas como para permitirnos considerar que integraron una tradición común. De hecho, esta unidad fue tan influyente que sus modos de pensar y sus estructuras sociales se extendieron a otras sociedades del antiguo Oriente próximo, incluyendo a Israel en el primer milenio a. C.⁶⁴.

Una de las creaciones más significativas de la antigua Mesopotamia fue su derecho. En efecto, algunos han destacado la producción jurídica mesopotámica como una de las más grandes contribuciones que esta región le ha hecho a la posteridad⁶⁵. Es tal su influencia que WESTBROOK⁶⁶ ha llegado a afirmar que las dos principales tradiciones jurídicas actualmente existentes en Occidente (el *common law* y el *civil law*) son en últimas descendientes del derecho mesopotámico⁶⁷.

Los documentos jurídicos de Mesopotamia de que disponemos son muy abundantes y muy variados. En términos del número, cabe subrayar que en una sola casa de un pueblo mesopotámico se han encontrado más textos jurídicos que en todo Egipto⁶⁸. Además, la diversidad de los hallazgos es importante: se han identificado desde edictos reales hasta códigos mesopotámicos, pasando por una enorme cantidad de contratos⁶⁹.

64 WESTBROOK comenta que las sociedades mesopotámicas de los milenios tercero al primero a. C., Siria y Anatolia en el segundo milenio a. C. e Israel en el primer milenio a. C. (reflejado en la Biblia hebrea) son todas “sociedades que compartían una estructura social y política semejante, una tradición jurídica común, y una visión común de la justicia social”, WESTBROOK, RAYMOND, “Social Justice in the Ancient Near East”, En: *Social Justice in the Ancient World*, Ed. Irani, K. D. y Morris Silver, Westport, Connecticut y Londres, Greenwood Press, 1995, p. 149.

65 SPEISER, E. A. “Cuneiform law and the history of civilization.” *Proceedings of the American Philosophical Society* Vol. 107, Número 6, diciembre 20 de 1963, pp. 536-541. Ver también WESTBROOK, RAYMOND, “Cuneiform law codes and the origins of legislation”, *ZA* Vol. 79, 1989, p. 222.

66 WESTBROOK, ob. cit., 2003, pp. 1-2.

67 LARA PEINADO expresa una idea similar, pero usando un lenguaje imperativista que más adelante criticaré, al decir que, con la influencia del Código de Hammurabi sobre la Ley de las Doce Tablas, “durante casi catorce siglos la humanidad hubo de verse *regida jurídicamente*, de un modo más o menos directo, por lo que había codificado el rey babilonio” (ob. cit., 1997, p. lxi; énfasis fuera del texto). He destacado en cursiva la parte que considero más problemática.

68 SPEISER, ob. cit., 1963, p. 536.

69 WESTBROOK, ob. cit., 2003, pp. 6-12.

Si bien se ha escrito sobre otros tipos de documentos⁷⁰, los códigos mesopotámicos parecen haber despertado más atención que cualquier otro género. El más conocido de los códigos es el de Hammurabi (c. 1750 AEC), entre otras razones por ser el más largo de los que han sobrevivido. Las similitudes entre unos y otros códigos son tan marcadas que podemos hablar de un tipo específico de literatura jurídica. Eso no quiere decir que los códigos florecieron en un mismo lugar o en un mismo momento; de hecho, YOFFEE afirma que “[l]os códigos de leyes fueron escritos por lo menos en tres idiomas distintos y en tiempo cubrieron casi 2.000 años”⁷¹. En esta cita YOFFEE se refiere a los códigos mesopotámicos: existen siete de estos códigos, incluyendo el de Hammurabi; todos fueron escritos en caracteres cuneiformes, pero registran distintos idiomas⁷². El más viejo de los códigos mesopotámicos es el de Ur-Nammu, redactado en sumerio alrededor del año 2100 a. C.; el más nuevo es el constituido por las Leyes Neobabilonias del siglo VI a. C.

Además, podemos identificar otros textos integrados dentro de esta tradición de “códigos” iniciada en Mesopotamia: las leyes bíblicas, dice WESTBROOK, “encajan perfectamente en este mismo patrón” que caracteriza a los códigos mesopotámicos⁷³. En efecto, se identifican dos documentos de este estilo dentro de la Biblia, escritos en hebreo: el Código de la Alianza (Éxodo 20:22 a 23:33)⁷⁴ y el Código Deuteronomico (Deuteronomio 15-25), con la posible adición del Código de Santidad (Levítico 17-26)⁷⁵. Por fuera del Oriente próximo se unen a esta tradición dos códigos griegos, el de Dracón y del Gortyn⁷⁶, y también deben incluirse las Doce Tablas romanas, como lo ha señalado muy bien WESTBROOK⁷⁷.

70 Por ejemplo, ROTH (ob. cit., 2001) sobre los contratos, y FINKELSTEIN (ob. cit., 1961), SANMARTÍN (ob. cit., 1999, pp. 187-206), WESTBROOK (ob. cit., 1995, pp. 154-161) y MORRIS SILVER (“Prophets and Markets Revisited”, En: *Social Justice in the Ancient World*, Ed. Irani, K. D. y Morris Silver, Westport, Connecticut y Londres, Greenwood Press, 1995, p. 185) sobre los edictos reales.

71 YOFFEE, ob. cit., 1988, p. 100.

72 WESTBROOK, RAYMOND, “Biblical and Cuneiform Law Codes”, *Revue Biblique*, Vol. 92, 1985, pp. 247-248; WESTBROOK, ob. cit., 1988, pp. 84-85; MOLINA, MANUEL, Ed., *La ley más antigua: textos legales sumerios*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 17.

73 WESTBROOK, RAYMOND, “The laws of biblical israel”, En: *The Hebrew Bible: New Insights and Scholarship*, Ed. Frederick E. Greenspahn, Nueva York y Londres, New York University Press, 2007, p. 101.

74 La identificación precisa del inicio y del fin del Código o Libro de la Alianza no es uniforme entre los distintos autores.

75 Ver, por ejemplo, WESTBROOK (ob. cit., 2003, p. 9), WESTBROOK (ob. cit., 1988, p. 85), MEYERS, ERIC M. Y JOHN ROGERSON, “The World of the Hebrew Bible”, En: *The Cambridge Companion to the Bible*, 2ª Ed., Ed. Bruce Chilton, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 89, 93-96 y TIKVA FRYMER-KENSKY, “Patriarchal Family Relationships and Near Eastern Law”, *Biblical Archaeologist*, Vol. 44, Número 4, otoño 1981, p. 210.

76 WESTBROOK, ob. cit., 2007, p. 100.

77 WESTBROOK, ob. cit., 1988, pp. 97-121; WESTBROOK, RAYMOND, “Restrictions on Alienation of Property in Early Roman Law”, En: *New perspectives in the Roman Law of Property: Essays for Barry Nicholas*, Ed. Peter Birks, Oxford, Clarendon Press, 1989; WESTBROOK, ob. cit., 2000, pp. 44-46. Casi desde el descubrimiento del Código de Hammurabi muchos expertos subrayaron su conexión con las Doce Tablas (por ejemplo, MÜLLER en un libro de 1902-1903, descrito por Johns, En: JOHNS, C. H. W., “Three New Books on the Code of Hammurabi, or Babylonian Law”, *The Jewish Quarterly Review*, Vol. 16, Número

La estructura típica de los códigos mesopotámicos es tripartita, compuesta de un prólogo, un cuerpo de leyes y un epílogo. Esta configuración de los códigos luego dejó de usarse⁷⁸, aunque podemos identificar retazos de las divisiones en los códigos bíblicos⁷⁹.

El prólogo es usualmente una descripción heroica del rey-legislador. Aquí el texto subraya el mandato divino mediante el cual el rey obtuvo su autoridad, y describe algunos de los principales logros del monarca. Hammurabi, por ejemplo, se identifica como el “Pastor elegido del divino *Enlil*”, y entre otros sucesos destaca haber sido quien “se apiadó de los habitantes de *Mari* y de *Tuttul*”⁸⁰. El lenguaje es religioso y narrativo.

El cuerpo de leyes reúne por lo general un catálogo de problemas jurídicos, expresados en forma de condicionales: si se presenta cierta situación (prótasis), entonces debe ocurrir alguna consecuencia (apódosis). Este lenguaje casuístico es típico de los códigos mesopotámicos, como también lo es el hecho de que muchos de los problemas tratados figuran de manera recurrente en varios códigos⁸¹. Un ejemplo del lenguaje usual de los cuerpos de leyes lo encontramos en la Ley 21 del Código de Hammurabi: “Si un hombre abre un boquete en una casa, lo ejecutarán y lo dejarán colgado en frente de ese boquete”. Este texto también ofrece una buena ilustración de la perduración de los problemas discutidos en los códigos: casi la misma situación aparece en la Ley 7 del Código de Lipit-Ishtar, en la Ley 13 del Código de Eshnunna y en Éxodo 22:2-22:3. Existen diferencias entre unas y otras formulaciones, pero es evidente que un mismo tipo de cuestión anima el estudio vertido en los códigos⁸².

2, enero 1904, pp. 398-399, pero los textos de WESTBROOK dan razones de peso (y explicaciones detalladas) como sustento. El afán de los primeros comentaristas por encontrar paralelos también produjo muchas publicaciones comparando el Código de Hammurabi con el Pentateuco: ver, por ejemplo, DUNCAN, GEORGE S., “The Code of Moses and the Code of Hammurabi”, *The Biblical World*, Vol. 23, Número 3, marzo 1904, pp. 188-193. JACKSON comenta con razón que “[m]uchos de los supuestos ejemplos de influencia [del Código de Hammurabi sobre el Código de la Alianza bíblico] fueron, para decir lo mínimo, dudosos. En algunos casos las comparaciones fueron del todo ligeras y superficiales”, JACKSON, BERNARD S., “Evolution and Foreign Influence in Ancient Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 16, Número 3, Verano 1968, p. 374.

78 WESTBROOK, ob. cit., 1985, p. 250; LARA, ob. cit., 1997, p. lxxiv.

79 MEYERS y ROGERSON (ob. cit., 2008, p. 89) identifican Éxodo 23:20-23:23 como una sección equivalente a un epílogo mesopotámico dentro del Código de la Alianza. S. M. PAUL, traído a colación (aunque de manera crítica) por LEMCHE (Lemche, N. P., “The ‘Hebrew Slave’: Comments on the Slave Law Ex. XXI 2-11”, *Vetus Testamentum*, Volumen 25, Fascículo 2, abril 1975, pp. 130-131), asocia el epílogo con Éxodo 23:20-23:33. Las semejanzas entre esta porción de Éxodo y los epílogos mesopotámicos son significativas.

80 Prólogo, I 50-II 1 y IV 23-31. Todas las citas del Código de Hammurabi corresponden a la traducción de Sanmartín (ob. cit., 1999).

81 Westbrook, ob. cit., 1988, pp. 90-97.

82 Para otros ejemplos, ver WATSON (ob. cit., 1993, pp. 22-24) y WESTBROOK (ob. cit., 1988, pp. 93-97).

La progresión de los problemas dentro de cada documento responde a los parámetros científicos de aquellas sociedades⁸³: los textos no tienen divisiones internas como los códigos modernos, pero muchos problemas comunes tienden a agruparse (por ejemplo, las leyes 196 a 214 del Código de Hammurabi se refieren a lesiones personales). Además, en ocasiones vemos normas que sirven de transición de un tema a otro: por ejemplo, la Ley 195 del CH habla sobre un hijo que golpea a su padre; la norma sirve para cerrar la discusión sobre la familia y pasar a las lesiones personales. Muchas veces notamos que las normas están variando los supuestos de hecho de un mismo problema, para señalar distintas consecuencias: por ejemplo, las leyes 196 y 197 hablan sobre dejar tuerto o romperle un hueso a un hombre igual, la 198 sobre hacer lo mismo con un hombre de una condición social inferior y la 199 sobre iguales acciones recayendo sobre un esclavo. El lenguaje utilizado es generalmente laico, y el abanico de problemas sociales estudiados es amplio.

La tercera parte en la estructura de los códigos es el epílogo. Aquí reaparece el lenguaje religioso y narrativo del prólogo, usado ahora principalmente para amenazar con castigos divinos a quienes se atrevan a alterar el texto dado por el rey. El público al cual se dirige el epílogo incluye de manera protagónica a los reyes futuros⁸⁴. Para quien modifique el texto de Hammurabi, por ejemplo, dice el código “[q]ue el divino Sin, Señor de los Cielos [...], le quite la corona y el trono de su realeza; que le imponga una pena severa [...], de modo que termine los días, los meses, los años de su reinado entre lamentos y lágrimas”⁸⁵.

3.3. Los códigos mesopotámicos como legislación

En la sección anterior vimos, a grandes rasgos, el origen y el fenotipo de los llamados códigos mesopotámicos. Ahora vamos a hacernos la siguiente pregunta sobre ellos: ¿son “códigos”? Dicho de otro modo, ¿deben considerarse los códigos

83 Esta ciencia ha sido llamada una “ciencia de listas”, o una ciencia horizontal. Ubicándose en el paradigma evolutivo antes descrito, WESTBROOK la ha caracterizado como una ciencia “obligada a proceder de manera horizontal, a presentar ejemplos concretos del tema bajo discusión, y a agotar ese tema a través de la acumulación de cada vez de más ejemplos relacionados con diferentes facetas de él” (ob. cit., 1988, p. 91). Desde los parámetros aristotélicos, dice WESTBROOK, esta ciencia es una protociencia, ya que carece de “dos factores vitales: la definición de conceptos abstractos y la categorización vertical (es decir, en dos o más categorías abarcadoras, que luego pueden ser divididas en subcategorías)” (ob. cit., 2003, p. 20). Ver también WESTBROOK (ob. cit., 2000, pp. 35-36, 38). Ver, basado en WESTBROOK, a MOLINA (ob. cit., 2000, pp. 18-19). ROTH presenta una reivindicación del modelo científico mesopotámico, a partir de planteamientos modernos como el de THOMAS KUHN sobre el “*exemplar*” y como el valor pedagógico de los casos; ella dice desafiar “la suposición de una primacía de las *generalizaciones* sobre los *casos individuales*” (ob. cit., 2001, p. 250).

84 Estas amenazas contra los reyes buscan impedirles cambiar el texto dado por un rey anterior, pero no significaban que los reyes no pudieran dictar sus propios textos (HEGER, Paul, “Source of Law in the Biblical and Mesopotamian Law Collections”, *Biblica* Volumen 86, Número 3, 2005, p. 331). De hecho, la asociación de los textos con sus autores humanos es una diferencia de los códigos del Oriente Próximo con la legislación bíblica (SKORKA, Abraham, “El derecho hebreo: su gestación y desarrollo”, En: *Introducción al derecho hebreo*, Ed. Abraham Skorka, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001, pp. 18-19).

85 Epílogo, L 14-40.

mesopotámicos como verdadera legislación, en el sentido de ser cuerpos de reglas dictadas con ánimo vinculante y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento?

La respuesta de los primeros analistas fue que sí: los códigos eran legislación, aunque no tuvieran la organización metódica y el afán de plenitud que caracteriza a los códigos contemporáneos. La recepción del Código de Hammurabi es muy reveladora de esta primera reacción.

El código fue encontrado en 1901-1902 por una expedición francesa en Susa (Irán)⁸⁶. Estaba tallado en una estela de diorita negra, que los arqueólogos encontraron fragmentada, pero la reconstruyeron sin dificultad. En la parte superior de la estela reposa una famosa imagen de Hammurabi, de pie, ante un dios identificado como Marduk o Shamash. El texto no tiene divisiones, pero en la *editio princeps* de JEAN-VINCENT SCHEIL fue dividido en prólogo, cuerpo de leyes y epílogo, y el cuerpo de leyes fue separado en los 282 párrafos que siguen siendo reconocidos hoy. En ese momento también se bautizó el documento como el “Código” de Hammurabi, un nombre que no se encontraba en la estela.

Las primeras reseñas y artículos sobre este texto constituyen un reflejo interesante de la forma en que surgió la visión normativista de los códigos mesopotámicos, apropiándose del Código de Hammurabi a través de una perspectiva moderna y romanista. Desde los momentos iniciales se reporta el uso de lenguaje jurídico moderno, ajeno al texto mesopotámico: LYON denuncia que dos autores alemanes le fijaron al código “la camisa de fuerza de la terminología moderna”⁸⁷, y JASTROW resalta el hecho de que en su traducción HARPER “se abstuvo sabiamente de introducir términos jurídicos en uso moderno”⁸⁸, pero JOHNS celebra de otros autores su “muy útil presentación de las disposiciones [del código] en una forma jurídica moderna”⁸⁹.

La visión sobre la estructura del código también muestra la influencia de pensamientos ajenos al texto. LYON dijo haber encontrado en el Código de Hammurabi un orden lógico que sabemos que no se corresponde con los parámetros de ciencia de la época, pero según LYON es “la verdad esencialmente como Hammurabi la habría visto”, y que haría de Hammurabi un eminente lógico⁹⁰. PFEIFFER, en un texto un poco posterior, compara el Código de Hammurabi no solo

86 Los datos que siguen son generalmente conocidos, pero ver, por ejemplo, las palabras de HARPER en Prince (ob. cit., 1904, pp. 601-602).

87 LYON, DAVID G., “The Structure of the Hammurabi Code”, *Journal of the American Oriental Society*, volumen 25, 1904, p. 249.

88 JASTROW, MORRIS, “Review [untitled]”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, volumen 27, marzo 1906, p. 177.

89 JOHNS, ob. cit., 1904, p. 398.

90 LYON, ob. cit., 1904, p. 254.

con las Doce Tablas sino con el derecho justiniano; afirma, por ejemplo, que, al igual que el “*Jus civile* romano, el Código de Hammurabi está dividido en tres secciones: *Jus actionum*, *Jus rerum*, *Jus personarum* (normalmente en el orden inverso en el derecho romano)”⁹¹. Esta división es, desde luego, impuesta sobre la escritura consecutiva de la estela; más adelante visitaremos de nuevo el tipo de romanización que usa PFEIFFER.

GODBEY, en un artículo sobre la caligrafía del código, supone que el afán de reproducir el texto se debió al hecho de que los jueces “debieron haber necesitado una copia de la ley en cada tribunal”⁹². PRINCE trata el código como un texto normativo taxativo⁹³, una forma de pensar a la cual estamos acostumbrados en la modernidad, pero que no es propia del mundo mesopotámico⁹⁴. Por último, DUNCAN considera no solo que el código estuvo “vigente”, sino que se mantuvo así varios siglos después de Hammurabi⁹⁵.

En las primeras citas vimos la imposición explícita de modelos y lenguajes contemporáneos. Pero en las citas del párrafo anterior vemos algo más sutil: los autores suponen que el texto de Hammurabi fue legislativo, y lo analizan sobre esa base. En efecto, muchos de estos primeros textos operan con dos caracterizaciones del código; ambas presuponen su valor vinculante.

En primer lugar, encontramos una descripción recurrente del código como una colección de jurisprudencia. Las normas del código, dice DUNCAN, “expresan las decisiones de los jueces en varios casos adelantados ante los tribunales durante siglos”⁹⁶. Estas leyes, afirma E. H. B. [anónimo], “representan una colección hecha por el rey babilonio a partir de los edictos y de las decisiones tomadas por los tribunales civiles [...]”, y sus leyes fueron “firmemente [...] interiorizadas en la civilización del imperio babilonio”⁹⁷.

En segundo lugar, observamos que la obra de Hammurabi es descrita como legislación pura y simple. En este sentido, V. [anónimo] dice que el Código “representa

91 PFEIFFER, R. H., “An Analysis of the Hammurabi Code”, *The American Journal of Semitic Languages and Literature*, Volumen 36, Número 4, julio 1920, p. 313 n. 1.

92 GODBEY, A. H., “The Chirography of the Hammurabi Code”, *The American Journal of Semitic Languages and Literatures*, Volumen 20, Número 2, enero 1904, p. 138.

93 PRINCE, en la siguiente cita, entiende que el código se refiere únicamente a lo que pretende regular, y que el silencio debe ser visto como una exclusión del hecho omitido: “Solo en el caso en el que el ladrón ha hurtado un buey, una oveja, un burro, o un cerdo o un bote puede gozar del privilegio de la restitución” (ob. cit., 1904, p. 606).

94 WESTBROOK, ob. cit., 2003, pp. 19-21.

95 DUNCAN, ob. cit., 1904, p. 191.

96 DUNCAN, ob. cit., 1904, p. 189.

97 E. H. B. [anónimo], “Review [untitled]”, *The American Law Register (1898-1907)*, Volumen 52, Número 9, Volumen 43 New Series, septiembre 1904, p. 599.

las leyes impuestas por un cuerpo de conquistadores en invasión [se refiere a los semitas, entre quienes se encuentra Hammurabi] sobre la población que ya vivía en la tierra”⁹⁸. Por consiguiente, este autor considera muy común la “[r]egulación desde arriba” en el código, incluyendo algunas “reformas legislativas”⁹⁹. McCURDY comenta que “la gente educada puede, en general, usar la traducción [del código] con perfecta confianza de que representa la legislación de la antigua Babilonia” tan bien como el conocimiento moderno lo permite¹⁰⁰. Con el código a la mano, dice JASTROW, podemos estudiar los casos que han sido recuperados de Mesopotamia y compararlos “con las leyes que realmente debían prevalecer”¹⁰¹.

Es claro, entonces, que ambas visiones tempranas del código le imprimen un carácter vinculante, típicamente moderno. Volvamos a este proceso de interpretación modernizante. Hace un momento observamos que PFEIFFER detectó en el código las estructuras del derecho romano. La apreciación de PFEIFFER no fue atípica. De hecho, ROTH explica que unos volúmenes en extremo influyentes acerca del Código de Hammurabi (llamados *Hammurabi's Gesetz*, y publicados en Alemania entre 1904 y 1923) presentaron el material mesopotámico de tal forma que “‘tradujeron’ la obra en un lenguaje conocido por los académicos jurídicos europeos, y entendible por ellos”¹⁰². El lenguaje usado, en esencia, “‘romanizó’ el derecho babilónico”¹⁰³, dado que “casi todos los apelativos y las subcategorías del *Hammurabi's Gesetz* eran aquellos de la teoría jurídica romana”¹⁰⁴. Hubo igualmente una fuerte tendencia a “hebraizar” el derecho mesopotámico¹⁰⁵, al compararlo con los textos bíblicos; ya he señalado el afán y el celo con que esto fue hecho, y la tendencia hacia el error que provocó. El problema también surge aún hoy al verter a otros idiomas los términos específicos de los lenguajes mesopotámicos. YOFFEE comenta que las “[t]raducciones [del término acadio *babtum*] como ‘distrito’, ‘concejal’ y ‘burgomaestre’ no explican este tipo de relaciones [implicadas en el término] en absoluto, y me parecen imposiblemente anacrónicas, haciendo al lector pensar en las democracias constitucionales occidentales más que en tratar de entender la complejidad sociopolítica de las ciudades mesopotámicas”¹⁰⁶. En estos comentarios de YOFFEE resurge el problema del sesgo cultural, antes descrito.

98 V. [anónimo], “Review [untitled]”, *The Journal of Political Economy*, Volumen 13, Número 2, marzo 1905, p. 319.

99 V. [anónimo], ob. cit., 1905, pp. 319, 320.

100 McCURDY, J. F., “Review [untitled]”, *The Biblical World*, Volumen 25, Número 6, junio 1905, p. 468.

101 JASTROW, ob. cit., 1906, p. 179.

102 ROTH, ob. cit., 2001, p. 246.

103 ROTH, ob. cit., 2001, p. 246 n. 10.

104 ROTH, ob. cit., 2001, p. 245.

105 ROTH, ob. cit., 2001, p. 246 n. 10.

106 YOFFEE, NORMAN, “On Studying Old Babylonian History: A Review Article”, *Journal of Cuneiform Studies*, Volumen 30, Número 1, enero 1978, p. 28.

En Colombia un buen receptor de esta forma de entender, traducir y presentar el Código de Hammurabi fue REYES ECHANDÍA¹⁰⁷. Antes de criticar este texto, no puedo dejar de destacar la importante visión de su autor, que intentó introducir el código en Colombia hace ya varias décadas¹⁰⁸. Un principio de estructuración que aplica REYES, y que delata la modernidad de su acercamiento al código, es la forma de agrupar las normas en unidades temáticas, a las cuales les impone nombres, como sucede en las divisiones internas de los códigos contemporáneos¹⁰⁹. REYES acompaña su traducción del código con un análisis cargado de terminología actual, y sometido al paradigma evolutivo. Por ejemplo, dice el autor: “El código hace clara diferencia entre dolo, culpa y caso, lo que, de por sí, implica un elevado concepto jurídico, extraño a las legislaciones primitivas”¹¹⁰. Es significativo que, para REYES, no hay ninguna duda sobre el carácter legislativo de la obra de Hammurabi: las instituciones jurídicas son “reguladas” por el Código¹¹¹. (por ejemplo, 1998: 306 y 307). Además, el código es una “legislación” que ejerció su influencia sobre los pueblos dominados por Babilonia, llegando así el código a influir sobre las leyes de Grecia y Roma, que “en muchos puntos no son más que una copia, no muy feliz por cierto, del Código de Hammurabi”¹¹².

Hemos visto, entonces, algunas tendencias que han acompañado el estudio del Código de Hammurabi desde sus primeras aproximaciones: ha sido integrado con el léxico jurídico moderno, de especial inflexión romanista, y también ha sido

107 Otro buen exponente de este modelo, pero español y comparatista, es de SOLÁ CAÑIZARES, quien hace unas pocas referencias al Código de Hammurabi en el tercer tomo de su *Tratado de derecho comercial comparado*. En un buen ejemplo de la suposición del *Hammurabi's Gesetz*, dice este autor: “Se tienen diversas informaciones sobre la sociedad en Babilonia, y que se refieren a una época que puede situarse alrededor del año 2000 antes de Jesucristo, gracias al descubrimiento de las tabletas del Código de Hammurabi, descubierto en 1901, y de otras tabletas de la misma época y de tiempos posteriores, que permiten tener una idea de la interpretación y de la aplicación práctica de dicho Código” (de SOLÁ CAÑIZARES, FELIPE, *Tratado de Derecho comercial comparado*, Tomo 3, Barcelona, Montaner y Simón, 1963, pp. 2-3; ver también ob. cit., 1963, pp. 176-77).

108 REYES, ob. cit., 1988, pp. 273-294. REYES ECHANDÍA no se acerca al texto como un especialista en el campo del derecho mesopotámico. En efecto, su traducción del Código (incluida en las *Obras Completas*) parece haber sido hecha a partir de una traducción italiana (apoyándose en otras, como la de Johns al inglés), y sus comentarios están orientados por bibliografía italiana. Sin embargo, repito el mérito que debe recibir su esfuerzo por llamar la atención acerca de esta importante obra iushistórica.

109 Algunos rótulos usados por REYES ECHANDÍA se tornan inmanejables, incluso, porque el Código no viene dividido según los patrones temáticos que él busca y forzosamente encuentra; por ejemplo, a las leyes 112 a 119 Reyes las denomina así: “Obligaciones. Contratos de Transporte. Compensación Oculta. Secuestro. Servidumbres por Deudas” (ob. cit., 1998, p. 280).

110 REYES, ob. cit., 1998, p. 295. REYES también reporta la frecuencia del “homicidio preterintencional” en el Código, ocurrido sin “*animus nocendi*” de parte del agresor (ob. cit., 1998, p. 303). El lenguaje técnico moderno también domina las discusiones acerca de textos de derecho civil; sobre el depósito, dice REYES: “El Código solamente regula el depósito oneroso (art. 121), pero el depositario debe responder en caso de pérdida de la cosa, debida a negligencia (art. 125), quedándole el derecho de repetir lo pagado contra el eventual poseedor” (ob. cit., 1998, p. 307; énfasis fuera del texto). Destaco el verbo “regula”, en vista del comentario que sigue en el presente artículo.

111 Por ejemplo, en REYES, ob. cit., 1998, pp. 306, 307.

112 REYES, ob. cit., 1998, p. 308.

considerado de obligatorio cumplimiento. Detengámonos ahora en la segunda tendencia. Varias razones han motivado la percepción de los códigos mesopotámicos como leyes vinculantes, pero destacaré tres.

La primera razón parece tautológica, pero ha sido muy poderosa: el hecho de que los códigos *parezcan* códigos modernos, y hayan recibido el nombre de “códigos” desde su hallazgo, ha llevado a los comentaristas modernos a ver en ellos verdadera legislación, con carácter vinculante. Este se nos antojará como un error de fácil detección, pero su influencia ha sido muy grande. FINKELSTEIN afirma que el título “código de leyes” sugiere que existe una “analogía estructural y jurídica con las leyes codificadas de la antigua Roma, y con las codificaciones jurídicas en las entidades modernas y soberanas”¹¹³. Sin embargo, continúa FINKELSTEIN, esta errónea denominación constituye una falta seria: “El solo uso del término [‘código’] al referirse a semejantes composiciones instantáneamente crea un marco de referencia que predispone al lector [...] a atribuirle una medida mayor o menor de realidad jurídica al material que tiene en frente [...]. Al seguir el camino inicialmente trazado por SCHEIL, el lector moderno subconscientemente asimila el texto de Hammurabi con el arreglo mental que consiste en los códigos y las leyes de las entidades políticas y las jurisdicciones modernas”¹¹⁴. Dicho de otro modo, haber encontrado en el texto de Hammurabi un código, ha hecho que generaciones de lectores sigan encontrando en él un código. Esto pudo haber sido un descuido original de los primeros comentaristas¹¹⁵, pero aún hoy no ha perdido su vigencia.

La segunda razón para identificar los códigos como legislación consiste en aducir como prueba algunas afirmaciones de los epílogos¹¹⁶. El epílogo del Código de Hammurabi describe a un oprimido que se acerca a la estela en la que estaba inscrito el código, en busca de justicia y consuelo: “que mi estela le aclare el caso”, dice el texto de Hammurabi, que “él mismo comprenda la sentencia y su corazón respire diciendo [unas palabras oratorias]”¹¹⁷. Sobre esta y otra porción del epílogo, WESTBROOK hace una recomendación aplicable a todos los códigos mesopotámicos: “Debemos tener cuidado, sin embargo, de no importar nuestras concepciones culturales y jurídicas al texto”¹¹⁸. La advertencia es relevante: si nos acercamos al código con las expectativas modernas (como sucede si *a priori* lo

113 FINKELSTEIN, ob. cit., 1981, p. 15.

114 FINKELSTEIN, ob. cit., 1981, p. 15.

115 MOLINA comenta: “El mismo afán con el que se ha acometido el análisis de estos documentos, y quizás la voluntad inicial de extrapolar nuestras propias categorías y concepciones del derecho a sociedades tan diferentes como las de la Antigua Mesopotamia, han condicionado de alguna manera su estudio” (ob. cit., 2000, p. 16). El recuento que vimos, de las primeras reseñas y los primeros artículos al respecto, dan fe del afán que señala MOLINA.

116 WESTBROOK, ob. cit., 1989, “Cuneiform Law Codes...”, pp. 202-203.

117 Epílogo, XLVIII 3-58.

118 WESTBROOK, ob. cit., 2000, p. 35.

consideramos un código), muy probablemente concluiremos que el código es una fuente de normas vinculantes cuando Hammurabi dice que la estela aclarará el caso del individuo oprimido¹¹⁹. No obstante, la lectura más apropiada a su contexto cultural es distinta; de hecho, como lo explica ROTH¹²⁰, el llamado al individuo oprimido no es una afirmación de la calidad prescriptiva del Código de Hammurabi, sino un consuelo, mediante la oración, a una persona que haya sido contrariada en un proceso judicial¹²¹. No debemos ver aquí, pues, una afirmación de la fuerza vinculante del texto, según el molde del legalismo moderno.

La tercera razón para afirmar el carácter legislativo de los códigos mesopotámicos es que muchos textos de la práctica jurídica coinciden con las disposiciones de los códigos. Esta es una realidad que constataron los primeros comentaristas del Código de Hammurabi. Los volúmenes 3 a 6 de la serie *Hammurabi's Gesetz*, antes mencionada, pretendían ilustrar cómo se aplicaban las disposiciones del Código de Hammurabi en Mesopotamia, ofreciendo la traducción de casi dos mil documentos cuneiformes de la práctica jurídica, organizados según las mismas categorías (modernas y romanistas) que los editores impusieron sobre el código. Un resultado de este proceso fue generar la impresión de que, en efecto, los documentos prácticos *cumplían* las disposiciones del Código de Hammurabi. Tan arraigada fue esta mentalidad que ROTH la ha bautizado el “supuesto *Hammurabi's Gesetz*”, produciendo la sensación de que la práctica se unía a la legislación del código para formar un sistema jurídico¹²².

Nuevamente aparecen los efectos de la idea misma de considerar que el de Hammurabi es un “código”. Al notar la semejanza, o al menos la no contradicción, entre los documentos cuneiformes y la estela de Hammurabi, muchos llegaron a la conclusión a la que arribaría un jurista moderno al notar una correspondencia entre un texto legislativo y miles de contratos celebrados por particulares: los contratos están acatando la ley. Sin embargo, esta conclusión es apresurada. Es posible que el Código de Hammurabi esté tan solo describiendo costumbres utilizadas por la gente de Mesopotamia, de tal manera que su descripción, si es precisa, coincidirá con la práctica, sin que la práctica se esté conformando a la descripción. En efecto, como lo dice WESTBROOK, “[e]sto no prueba que la práctica se ciña al código, dado

119 SASSOON parece caer en este tipo de lectura cuando ve en esta descripción del oprimido una prueba de que Hammurabi se dirigía hacia “mayor estandarización y un proceso jurídico más predecible” (SASSOON, JOHN, *Ancient Laws and Modern Problems: The Balance between Justice and a Legal System*, Bristol y Portland, Intellect Books, 2004, p. 170). En general, el texto de SASSOON es riesgoso, siendo una obra de un no especialista operando con una bibliografía realmente exigua.

120 ROTH, MARTHA T., “Hammurabi's Wronged Man”, *Journal of the American Oriental Society*, Volumen 122, Número 1, enero-marzo 2002, pp. 38-45.

121 ROTH dice: “el lenguaje del epílogo *no* lo está motivando a traer el asunto ante el rey Hammurabi, sino a la estela de Hammurabi. Allí puede encontrar sosiego sólo a través de la oración y ofreciendo bendiciones a (la memoria de) Hammurabi” (ob. cit., 2002, p. 45).

122 ROTH, ob. cit., 2001, pp. 244, 245-248 y 281.

que igualmente el código se pudo haber estado ciñendo a la práctica. En últimas, lo mínimo que uno esperaría de un tratado académico sobre el derecho es que describa acertadamente el derecho de la práctica”¹²³.

Hemos visto, entonces, cómo se formó y se consolidó la idea de que los códigos eran auténticas leyes. Esto sucedió desde los primeros estudios, y se mantuvo a lo largo de varias décadas. Estudiamos tres argumentos que ayudaron a nutrir esta impresión. Al discutir cada uno, señalé algunas razones que terminarían por generar desconfianza una vez que los expertos empezaran a dudar del carácter vinculante de los códigos. Eso fue precisamente lo que sucedió, hasta el punto de que ha cambiado casi por completo la percepción sobre estos textos. A continuación describiré algunas teorías presentadas hoy en contraposición al anterior paradigma legislativo.

3.4. Los códigos mesopotámicos como documentos no legislativos

Algunos especialistas postulan aún la posibilidad de que los códigos, o al menos el de Hammurabi¹²⁴, hayan sido prescriptivos¹²⁵, pero esta posición recibe poco apoyo

123 WESTBROOK, ob. cit., 1989, “Cuneiform Law Codes...”, p. 204.

124 SANMARTÍN, refiriéndose a “la estela del mencionado Código de Hammurabi”, dice que en ella “son patentes la función simbólica y *preceptiva*” (ob. cit., 1999, p. 1988: 43; énfasis fuera del texto), a diferencia de otros códigos cuneiformes. No obstante, al referirse específicamente al Código de Hammurabi, SANMARTÍN no vuelve sobre el carácter preceptivo del Código de Hammurabi: “La finalidad de las Leyes no es práctica, sino simbólica” (ob. cit., 1999, p. 83). A pesar de ello, al comentar el Edicto de Ammiṣaduqa, SANMARTÍN afirma que el Código de Hammurabi “es, en esencia, la versión especialmente solemne de un edicto” (ob. cit., 1999, p. 188), con lo cual da a entender que sí tenía una función preceptiva. En un texto anterior, de historia, SANMARTÍN muestra que ve en el código un proyecto vinculante: el Código de Hammurabi es “una colección y unificación de Leyes consuetudinarias realizada con el fin de corregir ciertos abusos causados por la desigualdad entre los estamentos sociales” (SANMARTÍN, JOAQUÍN, “El próximo oriente asiático: Mesopotamia y sus áreas de influencia”, en: Joaquín Sanmartín y José Miguel Serrano, *Historia antigua del Próximo Oriente: Mesopotamia y Egipto*, Madrid, Ediciones Akal, 1998, p. 144).

125 Ver AMÉLIE KUERT (*El oriente próximo en la antigüedad [c. 3000 - 330 a.C.]*, Tomo 1, Trad. Teófilo de Lozoya, Barcelona, Crítica, 2001, p. 136), donde ella deja la ventana abierta para una lectura imperativista. Tal vez el más claro imperativista en este sentido es LARA PEINADO, quien en el estudio preliminar a su traducción del Código dice, entre otras cosas, que Hammurabi “tuvo a la vista [...] la legislación anterior que modificó, derogó o actualizó para poderla ajustar a las características de su Imperio” (ob. cit., 1997, p. xxx); que mediante “su famoso Código legislativo” Hammurabi intentó establecer la “igualdad más completa” (ob. cit., 1997, p. lix); que el rey instituyó mediante el código “una reforma judicial de gran alcance” (ob. cit., 1997, p. lx); que el epílogo propendía por el “obligado cumplimiento de las leyes hammurabianas” (ob. cit., 1997, p. lxxix); que el código tuvo vigencia “con mayor o menor intensidad en las principales ciudades del Imperio” (ob. cit., 1997, p. cvi), y que, simplemente, el código es “legislación” (ob. cit., 1997, p. lxi). El mismo autor, coautor de otro estudio con FEDERICO LARA GONZÁLEZ, afirma que las formulaciones de los códigos cuentan “en nuestra opinión con carácter vinculante” (LARA PEINADO, FEDERICO Y FEDERICO LARA GONZÁLEZ, *Los primeros Códigos de la humanidad*, Madrid, Tecnos, 2001, p. xiv), y para ellos los demás documentos jurídicos de la época demuestran “el valor obligatorio de la ley” contenida en los códigos (ob. cit., 2001, p. xv). Esta posición, por el desenfreno de su identificación del código como legislación, debe catalogarse como cuando menos exótica entre los especialistas contemporáneos en el tema.

en los círculos de expertos. Existe prácticamente un consenso sobre el hecho de que los códigos no son normativos y prescriptivos, en el sentido moderno. YOFFEE, por ejemplo, comenta: “puede inferirse que Hammurabi nunca pretendió que sus reglas fueran concedidas el estatus de derecho práctico”¹²⁶. GLASSNER, igualmente, señala: “estos documentos no presentan la suma de la legislación de su época y los artículos no exponen reglas imperativas”¹²⁷. LIVERANI, por su parte, afirma que “[d]esde hace tiempo se ha aclarado que los códigos mesopotámicos no tienen ni pretenden tener valor normativo (es decir, no plantean normas que deban ser aplicadas), y no dejan rastro en la práctica judicial, ni tampoco la determinan”¹²⁸. MOLINA, además, dice que “de estos códigos no se emanaba la ley, ni en ellos se promulgaban ‘nuevas leyes’”¹²⁹. WESTBROOK escribió una detallada refutación de los argumentos a favor de tratar el Código de Hammurabi como legislación¹³⁰.

Una razón a favor de esta apreciación proviene del lenguaje mismo en que fueron escritos los códigos. El lenguaje de los códigos mesopotámicos es casuista, y ha sido usualmente traducido en el estilo normativo muy conocido, con antecedente fáctico enmarcado en un condicional, y consecuencia jurídica. Sin embargo, VEENHOF dice: “desde un punto de vista formal, el texto [del Código de Hammurabi] no es prescriptivo, sino descriptivo”¹³¹. MOLINA vuelve sobre este punto, al explicar que el texto del cuerpo de leyes podría traducirse perfectamente usando verbos conjugados en pasado, como ocurre en el prólogo, y no con la conjugación futura que es usual en las leyes contemporáneas¹³². En la otra posibilidad de traducción, se debilitaría el espejismo de estar ante códigos vinculantes, tallados conforme al molde moderno.

Quizás las observaciones más demoledoras del paradigma anterior, responsables además de forjar una nueva visión sobre los códigos, fueron las de FINKELSTEIN, en un texto supremamente influyente sobre el Edicto de Ammi aduqa's¹³³. En ese

126 YOFFEE, ob. cit., 1988, p. 103.

127 GLASSNER, JEAN-JACQUES, “De Sumer a Babilonia: familias para administrar, familias para reinar”, en: *Historia de la familia: Mundos lejanos, mundos antiguos*, Tomo 1, Ed. André Burguière, et al, Madrid, Alianza, 1988, p. 106.

128 LIVERANI, MARIO, *El Antiguo Oriente. Historia, sociedad y economía*, Trad. Juan Vivanco, Barcelona, Crítica, 1995, p. 329.

129 MOLINA, ob. cit., 2000, p. 24.

130 WESTBROOK, ob. cit., 1989, “Cuneiform Law Codes...”. Otro texto posterior del mismo autor (ob. cit., Westbrook, 2000) presenta más argumentos de peso en este sentido. Por ejemplo, Westbrook muestra que los pensadores mesopotámicos no entendían los textos como autónomos, es decir, como creaciones que pudieran existir independientemente de sus autores (y continuar con los efectos prospectivos que se esperan de las leyes modernas); esto impidió el surgimiento del legalismo y de códigos verdaderamente normativos (ob. cit., 2000, pp. 39-41).

131 VEENHOF, KLAAS R., “Before Hammurabi of Babylon: Law and the Laws in Early Mesopotamia”, en: *The Law's Beginnings*, Ed. F. J. M. Feldbrugge, Leiden, Brill Academic Publishers, 2003, p. 157.

132 MOLINA, ob. cit., 2000, pp. 21-23.

133 FINKELSTEIN, ob. cit., 1961.

artículo, FINKELSTEIN propuso que, a diferencia de los edictos reales, el Código de Hammurabi debía ser entendido como una obra de un género literario específico (la apología o autoalabanza real), cuyo principal propósito era “presentar ante el público, la posteridad, los reyes futuros y, ante todo, los dioses, evidencia de que el rey había ejecutado el mandato ordenado por los dioses”¹³⁴. Es decir, el rey quería mostrar que había cumplido el encargo de los dioses de propender por el orden universal¹³⁵, y quería asimismo cerciorarse de que su legado fuera debidamente valorado. Este fin también acarrea un rol ideológico entre sus contemporáneos, convenciéndolos de la legitimidad y la justicia del reino, pero es de destacar que el epílogo se dirige principalmente a los reyes futuros, un público inusual si el código fuera vinculante. Sería igualmente inusual que un texto destinado a regular la vida social bajo el rey hubiera sido dictado en los últimos años del reino, como de hecho lo fue el Código de Hammurabi.

Esta teoría ha recibido numerosos comentarios y adhesiones, y le ha dado protagonismo a la dimensión simbólica de los códigos. KUHRT invoca la hipótesis de FINKELSTEIN afirmando que “reduciría el famoso código a una elaborada manifestación de la ideología monárquica, que no habría afectado la vida de los súbditos de Hammurabi de un modo demasiado tangible”¹³⁶. MOLINA dice considerar “que, efectivamente, los llamados ‘códigos de leyes’ sumerios hunden sus raíces en la tradición literaria de las inscripciones reales, y que con el desarrollo del tema de la justicia terminan por constituir un género peculiar en el que el Cuerpo de Leyes va asumiendo un protagonismo creciente”¹³⁷. En un sentido semejante, SANMARTÍN asevera sobre el Código de Hammurabi que “[l]a finalidad de las leyes no es práctica, sino simbólica; no se promulgaron tanto para marcarles a los tribunales las pautas a seguir cuanto para gloria de un monarca elegido desde su cuna”¹³⁸. Más adelante, SANMARTÍN señala que “el palacio estaba más interesado en el valor simbólico y ejemplarizante de la legislación que en la persecución efectiva del pequeño malhechor”¹³⁹. LIVERANI, para terminar, dice acerca del mismo código que “se trata de un gran retablo, del que se desprende que la justicia imperaba en el reino de Babilonia durante su reinado: una demostración analítica, caso por caso, que le vale el sobrenombre de ‘rey de justicia’”¹⁴⁰.

Hay pruebas importantes en apoyo de la tesis de FINKELSTEIN. Por ejemplo, el código destaca con esplendor la ayuda que Hammurabi le prestó a ciudades que

134 FINKELSTEIN, ob. cit., 1961, p. 103.

135 Ver también SPEISER, ob. cit., 1963, p. 537.

136 KUHRT, ob. cit., p. 136.

137 MOLINA, ob. cit., 2000, p. 21.

138 SANMARTÍN, ob. cit., 1999, p. 83.

139 SANMARTÍN, ob. cit., 1999, p. 89.

140 LIVERANI, ob. cit., 1995, p. 329.

hoy sabemos que fueron de hecho destruidas por él¹⁴¹. YOFFEE describe el texto de Hammurabi como una “obra de propaganda política” usada para “conquistar las mentes y los corazones de ciudadanos de ciudades-estado antes autónomas”, y como una herramienta para mostrar a Hammurabi como un pastor encargado de velar por la prosperidad del reino¹⁴². El mismo autor concluye así: “El código [de Hammurabi] por lo tanto presenta un foro de actividad cuasijurídica”, aumentando las justificaciones para el poder real y permaneciendo dentro de la retórica tradicional asociada con los líderes mesopotámicos¹⁴³. La influencia sobre YOFFEE de la interpretación de FINKELSTEIN es clara.

La teoría de FINKELSTEIN subraya, pues, que el principal fin de los códigos era simbólico, y que llegaron a constituir un género literario especial, laudatorio del rey. Otra teoría influyente señala que los códigos fueron recopilaciones de sentencias, es decir, antologías no vinculantes de casos decididos por jueces mesopotámicos, luego depurados hasta alcanzar los niveles de abstracción que caracterizan los textos hoy existentes. “Todo indica”, dice SANMARTÍN, “que las grandes colecciones legales son, en realidad, frutos del fondo de jurisprudencia cotidiana, y que no fueron ellas las que incidieron en la práctica jurídica, sino la práctica jurídica la que cristalizó en tales ‘sentencias’”¹⁴⁴. Más adelante, sobre el Código de Hammurabi, SANMARTÍN afirma que “habría que hablar, más que de un código legal coherente y articulado, de una ‘colección de sentencias’ jurídicas, muy frecuentemente penales”¹⁴⁵.

ROTH llega a una conclusión semejante, pero por otra vía, atacando el carácter supuestamente “reglado” del derecho mesopotámico, y defendiendo en cambio la creación de estándares que eran luego aplicados a través de la enunciación de “leyes”. Para ROTH, no hay evidencia de que operaran entre los jueces mesopotámicos “*reglas* que ordenaran el manejo [...] de las circunstancias pertinentes. Había, eso sí, estándares que se aplicaban a ciertas circunstancias”¹⁴⁶. Teniendo eso en cuenta, ROTH dice que las “colecciones de leyes eran aplicaciones organizadas de los estándares jurídicos”¹⁴⁷.

Una última teoría influyente afirma que los códigos mesopotámicos fueron documentos de jurisprudencia, en el sentido de haber sido textos académicos escritos sobre temas jurídicos. Esta teoría la encontramos, por ejemplo, en GLASSNER, quien afirma que fueron “verdaderos tratados de jurisprudencia”¹⁴⁸. FRYMER-

141 YOFFEE, ob. cit., 1988, p. 107.

142 YOFFEE, ob. cit., 1988, pp. 106-107.

143 YOFFEE, ob. cit., 1988, p. 108.

144 SANMARTÍN, ob. cit., 1999, p. 43.

145 SANMARTÍN, ob. cit., 1999, p. 88.

146 ROTH, ob. cit., 2001, p. 247.

147 ROTH, ob. cit., 2001, p. 254.

148 GLASSNER, ob. cit., 1988, p. 106.

KENSKY dice, por su parte, que “[m]uchas de las disposiciones de las colecciones mesopotámicas de leyes no reflejan la práctica real del derecho en sus épocas, dado que es más apropiado considerar estas colecciones como documentos de filosofía jurídica que como códigos prescriptivos en nuestro sentido moderno del término”¹⁴⁹. El exponente más destacado de la teoría es WESTBROOK, con quien cerraremos este recorrido por las distintas tesis actuales.

RAYMOND WESTBROOK es uno de los especialistas que más ha escrito sobre el tema de los códigos mesopotámicos, y sus opiniones al respecto son de gran valor. WESTBROOK ha mantenido invariable su posición de que los códigos no deben entenderse como verdadera legislación. Por ejemplo, ha dicho que, a diferencia de los decretos reales de la época, los códigos “no fueron legislación normativa”¹⁵⁰; fueron, en cambio, “tratados descriptivos que ‘revelaban’ la ley”¹⁵¹. WESTBROOK también se ha referido a los códigos como “tratados científicos”, en el sentido de “ciencia” que tenían en esa época¹⁵². Los ha comparado con los textos escolares del mundo moderno¹⁵³. En un artículo de 1985, WESTBROOK explicó su descripción de los códigos como tratados: “los códigos de leyes del antiguo oriente cercano se derivan de una tradición de compilar series de precedentes jurídicos en la misma forma que los textos adivinatorios, los diagnósticos médicos y otros tratados científicos. El propósito de estas series era servir como obras de referencia para ser usadas por los jueces reales al decidir casos difíciles”¹⁵⁴. Como lo puntualiza WESTBROOK en un texto posterior, en el que ya no relaciona los códigos con obras de consulta para la actividad judicial, su “logro fue haber constituido una intelectualización de la masa amorfa que habría sido el derecho consuetudinario”¹⁵⁵.

La posición de WESTBROOK parece haber variado ligeramente a lo largo de los años: en un artículo de los ochenta este autor no se sentía convencido por la posición de FINKELSTEIN¹⁵⁶, pero en un texto más reciente se remite a FINKELSTEIN sin objeciones, al menos con respecto al Código de Hammurabi¹⁵⁷. No obstante, es

149 FRYMER-KENSKY, ob. cit., 1980, p. 231.

150 WESTBROOK, ob. cit., 1989, “Cuneiform Law Codes...”, p. 222; ver también: WESTBROOK, ob. cit., 1989, “Cuneiform Law Codes...”, pp. 215-216.

151 WESTBROOK, ob. cit., 1989, “Cuneiform Law Codes...”, p. 219.

152 WESTBROOK, ob. cit., 1988, p. 89; Westbrook, ob. cit., 1992, pp. 60-61. Ver más arriba la descripción de la ciencia mesopotámica como una “ciencia de listas”.

153 WESTBROOK, ob. cit., 1988, p. 89.

154 WESTBROOK, ob. cit., 1985, pp. 257-258.

155 WESTBROOK, ob. cit., 2003, p. 21.

156 WESTBROOK, ob. cit., 1985, pp. 248-251.

157 WESTBROOK, ob. cit., 2007, p. 102. El documento del año 2007 circunscribe su acuerdo con FINKELSTEIN al Código de Hammurabi, pero en un escrito del año 2000, WESTBROOK (remitiéndose al célebre artículo de FINKELSTEIN de 1961) dice: “Su estructura [la de los códigos mesopotámicos] no tuvo ninguna pretensión de ser nada distinto a un tratado académico, el contexto de su publicación —en aquellos textos que dan cuenta de ese contexto— fue una *apología*, y nada en las cartas o en los contratos se refiere al hecho de deber obedecerlos” (ob. cit., 2000, p. 39).

claro que WESTBROOK considera que los códigos mesopotámicos fueron documentos académicos y que no fueron legislación vinculante. Esta posición refleja un consenso bastante generalizado entre los expertos en el derecho del Oriente próximo, y de hecho ha ayudado a consolidarlo.

Un buen indicador de la magnitud del cambio en la forma de entender el rol de los códigos mesopotámicos es que ya muchos iushistoriadores e historiadores, trabajando en otras áreas de especialidad, han registrado la nueva percepción. GAGARIN, experto en derecho griego antiguo, muestra su familiaridad con el consenso actual al decir que, “en opinión de la mayoría de los académicos, estas leyes [del Oriente próximo] no son verdadera legislación, porque no estaban creadas para servir como una guía para la actividad judicial. En cambio, su intención era mostrarles a los contemporáneos la justicia del rey y su compromiso con la justicia, y además, preservar para la posteridad esta imagen de él como un rey justo”¹⁵⁸. LARA PEINADO (el mismo especialista en Mesopotamia que en textos anteriores había afirmado el carácter vinculante del código) aclara en un texto de difusión que el Código de Hammurabi “no llegó a ponerse en práctica”¹⁵⁹. Por su parte, ROBERTS dice que el código “no era legislación, sino una declaración del derecho existente, y hablar de un ‘código’ puede resultar engañoso, a menos que se recuerde esto: Hammurabi recogió reglas ya vigentes; él no creó estas normas *de novo*”¹⁶⁰.

En vista de lo anterior, es inexcusable, entonces, que la percepción original se mantenga firme en numerosos textos que pretenden hacer análisis iushistóricos. Terminaré esta sección con tres ejemplos de esta indebida persistencia. SUÁREZ Y SUÁREZ continuaron en 2005 con el señalamiento de los códigos como normas vinculantes, afirmando, por ejemplo, que el “rey no solo gobernaba, sino que además legislaba y administraba justicia (pero es de suponerse, claro está, que respetara al aplicarla el Código de Hammurabi)”¹⁶¹. Al describir las penas del Código de Hammurabi, los autores afirman categóricamente que “[l]as penas se aplicaban teniendo en cuenta” ciertos factores¹⁶². Si es arriesgado suponer en las sociedades modernas esta idea (según la cual aquello que las normas anuncian de hecho se aplica), es demasiado atrevido suponerla frente a lo que hoy se sabe del Código de Hammurabi. Además, la forma en que estos autores presentan el código (como una *über*-legislación casi constitucional, que debe ser respetada por cada rey) es claramente desacertada y dominada por los parámetros del derecho moderno.

158 GAGARIN, MICHAEL, “The Unity of Greek Law”, en: *The Cambridge Companion to Greek Law*, Ed. Michael Gagarin y David Cohen, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 36-37.

159 LARA PEINADO, FEDERICO, *Mesopotamia, Historia de la humanidad*, Tomo 1, Madrid, Arlanza Ediciones, 2000, p. 88.

160 ROBERTS, J. M., *The New Penguin History of the World*, Nueva York, Penguin, 2002, p. 62.

161 SUÁREZ PINEDA, RAFAEL Y CLARA CECILIA SUÁREZ VARGAS, *Historia del derecho y el derecho en la historia*, Bogotá, Editorial Leyer, 2005, p. 7 n.

162 SUÁREZ Y SUÁREZ, ob. cit., 2005, p. 7.

En un libro sobre derecho civil, publicado en Colombia en 2006, SALCEDO SEGURA ahonda en esta caracterización irreflexiva del Código de Hammurabi como “ley” en el sentido moderno. Dice SALCEDO que “Hammurabi, uno de los grandes reyes de la dinastía de Babilonia, es considerado como el primer legislador del mundo, pues habiendo seguido en la tradición de los monarcas legisladores de Lagach y Ur, promulgó una ley en la cual se compiló el derecho mesopotámico. [...] El Código de Hammurabi fue obra muy duradera, lo cual supone ser una obra justa en su contenido, tanto en lo relacionado con el derecho de propiedad, mercantil, familiar y penal”¹⁶³. Las fuentes en las que se basa SALCEDO SEGURA para sus afirmaciones son una enciclopedia panameña de 1969 y un libro español sobre la presunción de paternidad. La precariedad de esta base bibliográfica debe ser evidente, como también debe serlo la discordancia de sus afirmaciones (por ejemplo, que Hammurabi “promulgó una ley”) con lo que se sabe hoy del código.

Para cerrar esta sección sobre los códigos mesopotámicos, encontramos una visión semejante en un texto reciente, de difusión, escrito por ALVEAR ACEVEDO sobre la historia de la cultura¹⁶⁴. Sin más, el autor presenta el Código de Hammurabi como “legislación” en la que “se prescribían los precios de los honorarios [de los médicos]”, entre otros aspectos¹⁶⁵. En su viñeta sobre el código, además, ALVEAR no solo supone que el código fue legislativo, sino que además fue eficaz¹⁶⁶. Esta posición era muy común en libros escritos hace algunas décadas¹⁶⁷, pero, repito, debe ser inexcusable hoy.

163 SALCEDO SEGURA, JORGE, *Teoría general del Derecho civil*, Tomo 1, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2006, pp. 64-65.

164 Acerca del preocupante rol de los manuales de difusión como portadores y multiplicadores de estereotipos, ver la denuncia enfática que hace JACQUES HEERS (*La invención de la Edad Media*, Trad. Mariona Vilalta, Barcelona, Crítica, 1995, pp. 2008: 120-121 y *passim*), refiriéndose a los estereotipos sobre la Edad Media.

165 ALVEAR, ob. cit., 2004, p. 94.

166 ALVEAR, ob. cit., 2004, pp. 95-96. Otro texto de difusión, esta vez un libro colombiano sobre historia económica (KANEVA RINKON, ALLA, *En torno a la historia económica universal*, Bogotá, Universidad Autónoma de Colombia, 1999), transmite afirmaciones semejantes a las ya citadas de ALVEAR; algunas de estas afirmaciones distorsionan el material mesopotámico de manera sorprendente. Por ejemplo, dice: “El Código reproduce casi en su totalidad las leyes de Lipit-Ishtar y las anteriores a éstas, aquellas que regían en la región antes de que el rey Hammurabi llegara al poder” (KANEVA, ob. cit., 1999, p. 54; énfasis fuera del texto). Además de este lenguaje normativista, el texto supone una traslucidez excepcional en el Código de Hammurabi, como fuente presumiblemente vinculante y eficaz en Mesopotamia: la parte central del código “nos permite ver el panorama completo del desarrollo socioeconómico y político de Babilonia en el Siglo XVIII a.n.e.” y el código “nos presenta un completo panorama de la vida económica de Babilonia en este periodo” (KANEVA, ob. cit., 1999, pp. 54, 55). Por último, el mismo libro también afirma que “hay que destacar que el Código de Hammurabi realmente es el primer y más completo conjunto de leyes promulgado en la antigüedad, que recopiló toda la legislación existente hasta entonces” (KANEVA, ob. cit., 1999, p. 56).

167 OTERO ESPASANDÍN, por ejemplo, dice que Hammurabi codificó las disposiciones existentes en ese momento, “generalizó su aplicación y, lo que es tan importante como lo demás, exigió su estricto cumplimiento de un rincón al otro de sus vastos dominios con una perseverancia y una ecuanimidad sin precedentes conocidos (OTERO ESPASANDÍN, JOSÉ, *La civilización mesopotámica*, Buenos Aires, Editorial Atlántida, 1945, pp. 164-165). El mismo autor señala que el epílogo contenía “una maldición para todos aquellos que no se ajusten a los mismos en sus diarias acciones” (OTERO, ob. cit., 1945, p. 169).

4. NUEVAMENTE, PRECISANDO EL “DERECHO” EN LA “HISTORIA DEL DERECHO”

Es un buen momento para resumir el desarrollo del artículo hasta ahora. En la primera sección vimos que las definiciones actuales del derecho lo presentan como un fenómeno altamente reglado y sistematizado, reflejando el modelo jurídico legalista y estatalista prevalente en el mundo contemporáneo. La segunda sección se ocupó de la forma en que los historiadores del derecho han asimilado este mismo modelo al definir el derecho, no obstante estudiar construcciones jurídicas del pasado, previas incluso a la estatalización.

Una demostración del reduccionismo de las posiciones iushistóricas presentadas en la segunda sección fue el apartado sobre los códigos mesopotámicos: mediante una exposición de estos códigos, busqué subrayar la amplitud y variedad del fenómeno jurídico, especialmente cuando proviene de sociedades remotas (un adjetivo que no equivale a “primitivas”). La tercera sección, de hecho, pone en descubierto algunos reflejos ante los cuales debemos tener precaución: la imposición de modelos ajenos al derecho del pasado, el recurso al paradigma evolutivo y la universalización de los modos de pensar el derecho en Occidente en la actualidad. El cambio en la forma de entender la función de los códigos, un cambio descrito en la tercera sección, debió ser un importante llamado de atención sobre la vitalidad de aquellos deletéreos reflejos. Este artículo concluye con la presente sección, retomando una pregunta formulada más arriba: ¿cómo debe entenderse el “derecho” para hacerle justicia a la verdadera magnitud de la “historia del derecho”?

La pregunta debe haberse tornado más problemática después de la tercera sección. Si el derecho tiene una pretensión de “regular” una sociedad, y para hacerlo requiere reglas vinculantes, ¿entonces podemos legítimamente considerar como derecho los códigos mesopotámicos, que no fueron vinculantes? Si el derecho es un cuerpo de reglas, ¿podemos acaso reconocer como derecho aquellos códigos, que no constituían ni reglas ni cuerpos de reglas? La realidad es que un grupo de iushistoriadores incluye los códigos mesopotámicos dentro de su estudio, inclusive estimándolos un objeto importante de análisis. Una forma de expresar el reto que nos atareará el resto del artículo consiste en decir que buscaremos una explicación adecuada a esta realidad.

Confrontados por la labor de entender cuál es el “derecho” que un “historiador del derecho” persigue, una opción es claudicar. LATORRE ofrece una lúcida expresión de esta posibilidad¹⁶⁸: “Estas reflexiones sobre el derecho en las comunidades

¹⁶⁸ MENSKI (ob. cit., 2006, pp. 173-175) recoge algunas expresiones de otros autores que se pronuncian en un sentido semejante.

primitivas iluminan claramente las graves dificultades con que tropezamos al querer dar un concepto general del derecho, o sea, al querer decir qué es el derecho en todas las épocas y todas las situaciones posibles. [...] Pero no existe un ente metafísico que se esconda detrás de la palabra ‘derecho’ y cuya naturaleza hemos de desvelar”¹⁶⁹.

La alternativa que ofrece LATORRE es atractiva. En lugar de intentar zanjar las luengas discusiones entre iusnaturalistas y iuspositivistas (ahora hechas más densas gracias a la diversidad de perspectivas aportadas por disciplinas híbridas entre distintas ciencias sociales y el derecho), es mejor decir que no existe una entidad abstracta tras el concepto de “derecho”, y que las discusiones son, por lo tanto, interminables, condicionadas siempre por el opinante. De hecho, estoy de acuerdo con este razonamiento, siempre y cuando el resultado no sea renunciar a la búsqueda de un concepto suficientemente flexible del derecho, ni contentarse con una definición irreflexivamente moderna de lo jurídico.

LATORRE se deja llevar por la segunda de estas posibles consecuencias. Ya lo habíamos visto hablar del derecho como “un conjunto de fenómenos sociales”¹⁷⁰. Esta caracterización es amplia, pero viene seguida de una delimitación de los elementos comunes a esos fenómenos, descritos por LATORRE como “normas de conducta obligatorias en una comunidad y respaldadas por un mecanismo de coacción socialmente organizado”¹⁷¹. Si el derecho se refiere a normas de conducta obligatorias, entonces los códigos mesopotámicos, al no ser vinculantes, no son derecho. Pero si vamos a considerar que aquellos códigos son jurídicos, algo falla en la definición de LATORRE, y por esa misma vía fallarían muchas de las definiciones de derecho corrientes actualmente (algunas de las cuales las vimos en la primera sección).

Un historiador del derecho podría presentar un poderoso contraargumento. Si bien la iushistoria analiza los códigos mesopotámicos, esto se debe a que los practicantes de esa disciplina deben estudiar material histórico y también material jurídico¹⁷², así que el solo hecho de que un documento del pasado forme parte del

169 LATORRE, ob. cit., 1985, p. 31.

170 LATORRE, ob. cit., 1985, p. 31.

171 LATORRE, ob. cit., 1985, p. 31.

172 Esta unión entre disciplinas en la historia del derecho es de conocimiento generalizado. OLANO GARCÍA, a quien vimos en la segunda sección, dice: “La historia del Derecho, en sus muy diversas facetas, requiere unir la formación del jurista con la del historiador, no sólo porque el método de investigación es el propio de las ciencias históricas, sino porque en realidad la historia del Derecho, al mismo tiempo que una dimensión del conocimiento de éste, es un aspecto de la historia general, de la cual no se debe separar si no queremos caer en ese formalismo aislado de la realidad del que puede adolecer un análisis del Derecho” (ob. cit., 2006, p. 1). GENZMER, por su parte, afirma que “la investigación en la historia del derecho no se puede restringir a los fenómenos puramente jurídicos. En cambio, debe asumir una investigación de aquellos factores creadores del derecho inherentes tanto en la religión y en la política como en los fenómenos sociales y económicos” (ob. cit., 1966-1967, p. 89).

objeto de estudio de un iushistoriador no garantiza ni sugiere que sea jurídico: podría, en efecto, ser solamente histórico. Este argumento es fuerte, y veamos algunos textos sobre derecho mesopotámico que lo utilizan.

Antes de pasar a resumir los distintos tipos de documentos jurídicos del Oriente próximo, WESTBROOK explica de manera preliminar que las “fuentes” deben considerarse desde dos puntos de vista: el histórico y el jurídico. Sobre las fuentes vistas desde una perspectiva jurídica, señala que son “las normas, escritas o no escritas, en las cuales las cortes basaron su autoridad para tomar una decisión”. Y WESTBROOK añade: “Desde un punto de vista histórico, la prueba de la validez de una fuente es su credibilidad; desde un punto de vista jurídico, la prueba es su autoridad [*authoritativeness*]. Es, por lo tanto, necesario considerar las fuentes sucesivamente desde cada una de estas perspectivas: como registros históricos y como autoridad jurídica”¹⁷³.

La aclaración de WESTBROOK sobre la existencia de distintas ópticas aplicadas a las fuentes del pasado es enriquecedora, pero notemos el sesgo moderno (y específicamente del *common law*) que asume el autor al referirse a la dimensión jurídica. WESTBROOK supone que un texto es jurídico si un juez lo usa como autoridad al tomar una decisión. De hecho, este protagonismo de los jueces en la comprobación del derecho es característico del *common law*, la otra cara de la moneda es la tradicional subvaloración de los jueces dentro del *civil law* que vimos en la primera sección del presente artículo. WESTBROOK no está solo al aplicar este énfasis al derecho del pasado. Siguiendo un principio esbozado por HOEBEL para identificar el material jurídico de una sociedad, dice YOFFEE que “es evidente que aquellas reglas abstractas no ejecutadas por los jueces no pueden ser consideradas jurídicas”¹⁷⁴. No hay que ser un iushistoriador para notar el reduccionismo de esta posición: si la aplicáramos al derecho moderno, amplios segmentos de los códigos actualmente vigentes en Colombia no serían derecho, por el solo hecho de no ser objeto de litigios ante jueces. Incluso, aquellas normas de amplia utilización entre los particulares, pero de nula judicialización, también serían descartadas como no jurídicas. Claramente, YOFFEE y WESTBROOK están restringiendo indebidamente los alcances del derecho al requerir la intervención judicial.

No obstante, WESTBROOK guarda confianza en la posibilidad de desbrozar los documentos antiguos para hallar las normas jurídicas. En un texto posterior, sobre el derecho bíblico, él dice que en el mismo Oriente próximo antiguo ya existía una categoría especial para lo jurídico. De ser así, seríamos justos con esa sociedad al usar sus propios parámetros. WESTBROOK toma los centenares de mandamientos que

173 WESTBROOK, ob. cit., 2003, p. 4.

174 YOFFEE, ob. cit., 1988, p. 98.

se encuentran dispersos en el Pentateuco, y remueve aquellos que se relacionan con, por ejemplo, la alimentación y la pureza; esto le permite concluir que “[s]olo unas 60 provisiones constituyen lo que hoy consideraríamos derecho”¹⁷⁵. Más adelante explica WESTBROOK que su “preocupación por separar las normas jurídicas de otro material normativo o exhortativo no es solo la imposición de una categoría moderna sobre las fuentes antiguas. Las normas jurídicas ya tenían una existencia aparte en la antigüedad”, reflejada en los códigos del Oriente Próximo¹⁷⁶. (2007: 100).

Esta elaboración también es problemática. WESTBROOK adelanta dos procesos de depuración: separa los mandamientos del material no jurídico, y dentro de los mandamientos separa los que hoy consideramos derecho de aquellos relacionados con temas que nosotros estimamos no jurídicos. Cada una de estas distinciones es cuestionable. Este autor no dice, por ejemplo, por qué se justifica considerar más jurídica una norma sobre asesinato que una norma sobre alimentación; al realizar esta división estamos respondiendo estrictamente a criterios actuales. Hacemos lo mismo al dividir el material jurídico del material exhortativo.

En efecto, JACKSON criticó de manera contundente una formulación anterior de esta posición de WESTBROOK, diciendo que el hilo conductor de las colecciones de reglas en la Biblia no es el concepto de “derecho” o de “ley”, sino el de “sabiduría”: “Pero la sabiduría no es ella misma un fenómeno singular y uniforme. También tiene su historia, que refleja diferentes énfasis y públicos en distintas etapas, y que genera variaciones sustanciales en géneros literarios”¹⁷⁷. Desde esta perspectiva, habría que reconciliarse con la manera como las distintas culturas y autores que confluyeron en la Biblia produjeron sus reglas, y sus criterios no necesariamente coinciden con las expectativas que tenemos hoy sobre lo jurídico.

Las advertencias de JACKSON son importantes, dado que apreciar el enfoque particular del derecho bíblico es un reto especial. Por ejemplo, entre los expertos en derecho bíblico es frecuente recordar que los juristas bíblicos no operaban con las expectativas del “imperio de la ley” (o *rule of law*), es decir, con la suposición de que “la adjudicación se basaba en reglas, que es racional y pública”¹⁷⁸. Esa no era la forma de la adjudicación bíblica. Además, la integración de géneros en la Biblia constituye un rasgo distintivo de su concepción del derecho. El presente artículo usó como punto de referencia los códigos mesopotámicos. Pero otro texto

175 WESTBROOK, ob. cit., 2007, p. 99.

176 WESTBROOK, ob. cit., 2007, p. 100.

177 JACKSON, BERNARD S., “Modelling Biblical Law: The Covenant Code”, *Chicago-Kent Law Review*, Volumen 70, 1994, p. 1761.

178 JACKSON (ob. cit., 2002-2003, p. 12). Ver también BERNARD S. JACKSON (“‘Law’ and ‘Justice’ in the Bible”, *Journal of Jewish Studies*, Volumen 44, Número 2, 1998, pp. 218-229) y HANINA BEN MENAHEM (BEN MENAHEM, HANINA, “El proceso judicial y la naturaleza del Derecho Hebreo”, en: *Introducción al Derecho Hebreo*, Ed. Abraham Skorka, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001, pp. 123-124).

lo podría hacer con mucho provecho a partir de los debates actuales acerca del derecho bíblico, un campo fascinante dentro del cual un pensador como BERNARD JACKSON merecería un escrito aparte.

Volviendo a las clasificaciones de WESTBROOK, es claro que su propósito es distinguir los elementos específicamente jurídicos dentro de la matriz de fenómenos sociales. Las dificultades de tener éxito con esta labor en otras sociedades (y no solo las del pasado) han nutrido la impresión de que la indistinción de normas es característica de las comunidades primitivas¹⁷⁹. Por ejemplo, afirma LATORRE que “ante el conjunto de normas de conducta que rigen en una comunidad primitiva no es fácil separar las diversas categorías que se distinguen en las otras sociedades”¹⁸⁰.

Sin embargo, confrontados con la complejidad de la vida social, muchos autores postulan algún rasgo característico que permita hacer la separación. En WESTBROOK estaba implícito un positivismo kelseniano, modulado por el *common law*. En LATORRE encontramos que lo importante es que las normas se consideren obligatorias, se deriven de “razones prácticas de la vida social”, y se apoyen en “unos mecanismos sociales de coacción” para que, aun en una sociedad “primitiva”, sean “jurídicas”¹⁸¹. IGLESIA, por su parte, parece guardar distancia de los criterios de cada sociedad al decir que, “[c]on afirmación tautológica, son normas jurídicas sólo las normas que cada sociedad concreta identifica como sus normas jurídicas”; no obstante, él aclara que de “todas las conductas normadas existentes en una determinada sociedad son jurídicas las que esa misma sociedad considera que deben ser necesariamente observadas, si se quiere mantener la misma vida social y la de sus miembros”¹⁸².

Cada uno de estos criterios se tornan sospechosos al contrastarlos con la enorme diversidad de experiencias jurídicas, tanto actuales como históricas. Por ejemplo, en las palabras de LATORRE y también en las de IGLESIA vimos que las normas, para ser jurídicas, deben ser obligatorias. En un texto reciente VINING afirmó la importancia de la obediencia dentro del derecho, y más aún, de la explicación de la obediencia, es decir, la autoridad, que VINING considera “la premisa y el objeto del pensamiento

179 Un riesgo asociado con esta posición es creer que aquella sociedad que no tenga normas específicamente jurídicas es una sociedad primitiva.

180 LATORRE, ob. cit., 1985, p. 30.

181 La cita entera dice: “también en las comunidades primitivas existe una cierta distinción entre diversos grupos de normas. Algunas de éstas, por considerarse obligatorias, por derivar sobre todo de razones prácticas de la vida social y no de creencias mágicas o religiosas, y por estar amparadas por unos mecanismos sociales de coacción, aunque sean rudimentarios, pueden ser calificadas de ‘jurídicas’” (LATORRE, ob. cit., 1985, p. 30). Dejar a un lado lo “mágico” o “religioso” (como lo propone LATORRE) constituye una propuesta excesivamente moderna, en especial ante cuerpos tan sofisticados de normas, como el derecho bíblico, que conserva sin ninguna vergüenza su carácter religioso.

182 IGLESIA, ob. cit., 1996, p. 17.

jurídico, el argumento jurídico y la conclusión jurídica”¹⁸³. Sin embargo, HARRIES presenta una visión distinta sobre la obligatoriedad y la obediencia; en un libro sobre el derecho en el imperio romano tardío, ella dice: “discutir el derecho romano en términos de ‘obediencia’ o de su opuesto, equivale a una concepción errada del propósito del derecho, y contribuye a una evaluación equivocada de la efectividad real del derecho, incluso en aquellas áreas limitadas de la vida en las que se puede aplicar. Porque se debe recordar que el derecho tenía sus propias fronteras tácitas; muchas personas siguieron con sus asuntos, e incluso solucionaron disputas entre sí o ante juzgadores bajo reglas de su propia escogencia, *sin recurrir al derecho romano en absoluto*”¹⁸⁴. GLENN coincide con esta descripción al subrayar que el “derecho antes del Estado no obligaba, sino que estaba disponible para quienes pudieran necesitarlo. [...]. Esto también fue cierto del derecho romano”¹⁸⁵.

Otro vector común en las definiciones que hemos visto en los últimos párrafos es la relevancia social. WESTBROOK separó de lo auténticamente jurídico las normas sobre la alimentación y la pureza, LATORRE estableció como un requisito de las normas jurídicas que tengan origen en “razones prácticas de la vida social”, e IGLESIA dijo que la comunidad debe considerar necesario observar las normas jurídicas “si se quiere mantener la misma vida social y la de sus miembros”. En un artículo citado anteriormente, PRINCE dijo algo semejante: “Todo el derecho es la expresión concreta de las necesidades prácticas de la vida en comunidad”¹⁸⁶.

Esto podría poner en apuros el estudio de los códigos mesopotámicos como derecho. Dado que ellos no son de obligatorio cumplimiento, no están por ende vinculados con la vida práctica, ni con los problemas relacionados con las necesidades sociales. Pese a esta dificultad, varias razones se pueden ofrecer en respuesta. Principalmente, la impresión según la cual el derecho debe de alguna manera reflejar o resolver las necesidades de la vida social, está firmemente arraigada en nuestro pensamiento jurídico, pero es cuestionable. El romanista ALAN WATSON ha hecho buena parte de su carrera mostrando una relativa desvinculación entre el derecho y la sociedad¹⁸⁷; de ahí su conocido rótulo de “transplantes jurídicos”. Por ejemplo, él dice lo siguiente: “El *Digesto* y las *Institutas* de Justiniano presentan el derecho como nunca existió. Estas obras no revelan nada sobre la época temprana de

183 VINING, JOSEPH, “The Resilience of Law”, University of Michigan John M. Olin Center for Law & Economics Working Paper Series, Working Paper 87, septiembre 2008, p. 9.

184 HARRIES, JILL, *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 4; énfasis fuera del texto.

185 GLENN, ob. cit., 2003, p. 840.

186 PRINCE, ob. cit., 1904, p. 606.

187 Dice WATSON que “no hay una simple correlación entre una sociedad y su derecho” (ob. cit., 1993, p. 108). Además, afirma que “usualmente las reglas jurídicas no se diseñan especialmente para la sociedad concreta en la que operan” (ob. cit., 1993, p. 96), y que la “legislación masiva, como una codificación, frecuentemente [...] carece de un mensaje social específico que se ajuste a la sociedad que legisla” (ob. cit., 1993, p. 117).

Bizancio: ni su fervor religioso, ni su lenguaje principal, ni su turbulencia política, ni su notable burocracia”¹⁸⁸.

Adicionalmente, muchos desarrollos jurídicos de gran sofisticación nunca han tenido siquiera la intención de ser llevados a la práctica. DONAHUE se refiere a estas creaciones, incluyendo la del Código de Hammurabi: “Hay un buen número de ejemplos históricos de personas que estaban interesadas en desarrollar un sistema de derecho privado, con poco interés, al parecer, en determinar si el sistema jamás se aplicaría a disputas reales. [...] En algunas sociedades este tipo de desarrollo puede continuar durante siglos con poca o ninguna evidencia de que los resultados del debate jamás fueron aplicados a la solución de disputas reales. Los abogados romanistas de los siglos doce y trece pueden ser un ejemplo; la interacción a través del tiempo y de la cultura que se refleja en el Código de Hammurabi y en el código de la alianza en la Biblia puede ser otro ejemplo”¹⁸⁹.

En vista de lo anterior, mucho de lo que se considera derecho nunca ha tenido una vinculación estrecha con la vida práctica, ni la pretensión de regular el mundo. El derecho moderno sí tiene muy presente esa asociación, por lo cual numerosos pensadores, incluso historiadores del derecho, la presuponen al acercarse al derecho del pasado (o a otros derechos contemporáneos).

Hago la aclaración sobre la aproximación a otros derechos actuales, ajenos al modelo occidental, porque los problemas asociados con un entendimiento transhistórico del derecho también se manifiestan al intentar asumir una perspectiva pluralista y transcultural del derecho en el mundo contemporáneo¹⁹⁰. MENSKI¹⁹¹ busca cuidadosamente una definición del derecho capaz de darles cabida a la diversidad y al dinamismo culturales, y llega a un catálogo de proposiciones que incluye las siguientes: “el derecho es un fenómeno que es universal, pero que se manifiesta de muchas formas”; “el derecho constantemente debe ser desarrollado o negociado en un contexto social culturalmente específico, y es por lo tanto inherentemente dinámico y flexible”, y “si algo es jurídico o no, puede ser, en últimas, determinado por los abogados, pero ellos han usado la supuesta centralidad del derecho para promover una visión del mundo en la cual el ‘derecho’ es dominante. Uno puede llamarle a esto ‘determinismo jurídico’, una forma de positivismo que se expresa como centralidad jurídica”¹⁹².

188 WATSON, ALAN, *Legal History and a Common Law for Europe: Mystery, Reality, Imagination*, Estocolmo, Olin Foundation for Legal History, 2001, p. 46.

189 DONAHUE, ob. cit., 2008, pp. 544-545.

190 Me he referido al efecto que debería tener este pluralismo actual en la educación jurídica, y en particular en la enseñanza de la historia del derecho, en un escrito anterior (ESCOBAR CÓRDOBA, FEDERICO, “Del derecho romano a las tradiciones jurídicas”, *Criterio Jurídico*, Volumen 7, 2007, pp. 7-32).

191 MENSKI, ob. cit., 2006, pp. 173-190.

192 MENSKI, ob. cit., 2006, pp. 184-185.

En las palabras de MENSKI encontramos unas indicaciones importantes para dar cuenta de la complejidad realmente existente en el fenómeno jurídico. Primero, este autor subraya la multiplicidad de formas que asume el derecho en distintas sociedades. Esta aclaración se asemeja a otras que hemos visto antes (por ejemplo, en IGLESIA), pero a diferencia de ellas, MENSKI no postula cualidades esenciales (en últimas derivadas de la experiencia jurídica occidental) que terminan por negar la fluidez antes afirmada. Segundo, la fluidez no es infinita, ya que el derecho se inscribe en culturas concretas, que modulan el material jurídico según sus propias dinámicas.

Tercero, MENSKI reconoce que los abogados¹⁹³ tendrán una posición influyente para determinar lo que consideran jurídico. Notemos que, a diferencia de lo que habíamos observado en YOFFEE y en WESTBROOK, MENSKI no requiere que una norma sea implementada por una corte para ser jurídica. Un riesgo asociado con el rol de los abogados es el que él llama “determinismo jurídico”, e implica suponer que el derecho se convierte en árbitro supremo de la vida social. Un ejemplo lo vemos en el libro de AFTALIÓN ET AL: “Cabe agregar que para el derecho no hay conductas irrelevantes, serán lícitas o ilícitas, permitidas o prohibidas, pero cualquier conducta siempre tiene relevancia jurídica”¹⁹⁴. Al decir que cualquier conducta siempre tiene relevancia jurídica, los autores afirman que nada se escapa de las redes del derecho, cuyo retículo valorará cada acto como lícito o ilícito, pero no le permitirá una existencia autónoma.

Los juristas se han encargado, entonces, de supervalorar el derecho dentro del entramado de la vida social. Este es un problema con ramificaciones en el presente y en el pasado. En primer lugar, la experiencia no viene predividida en las categorías correspondientes a las distintas disciplinas que la estudian: no hay momentos sociológicos en el día, ni áreas psicológicas en los vecindarios. Por lo tanto, tampoco hay segmentos encapsulados de derecho, e incluso en los escenarios más inequívocamente jurídicos, y en los textos más innegablemente jurídicos, también tienen cabida otras disciplinas, como la crítica literaria¹⁹⁵, la sociología

193 MENSKI habla de “abogados”, pero en sociedades sin juristas profesionales (como en Mesopotamia o en la Antigua Grecia) podemos entenderlos como individuos conocedores de los múltiples fenómenos estimados jurídicos en esas sociedades.

194 AFTALIÓN et al, ob. cit., 2004, p. 386.

195 Me refiero claramente al movimiento de Derecho y Literatura. Existe una obra cada vez más abundante al respecto, pero traigo a colación tres comentarios. Primero, dice ESPINOSA que los “pronunciamientos de las cortes, los textos legales y aun las leyes son leídos como si fueran textos literarios con referentes en la narratología, la retórica y el análisis discursivo. Se asume [...] que derecho y literatura cuentan cosas y sus narraciones nos constituyen” (ESPINOSA PÉREZ, BEATRIZ, “Narraciones en el campo jurídico”, *Vniversitas* 108, julio-diciembre 2004, p. 694). Una aplicación del modelo narrativo descrito por ESPINOSA al derecho mesopotámico lo encontramos en ROTH (ob. cit., 2001). Segundo, DIEZ-PICAZO señala que, “[a] textualizarse, la obra jurídica adquiere la categoría y el rango de una ‘obra literaria’. [...] Toda obra literaria, y la obra

y la psicología. En vista de esta complejidad, la labor de analizar una experiencia indiferenciada debe ser mancomunada, y debe aunar los esfuerzos y las perspectivas de practicantes de distintas disciplinas¹⁹⁶. Como lo dice COTTERRELL, “en definitiva el progreso en el entendimiento de la complejidad de la vida social necesita superar los límites entre disciplinas intelectuales”¹⁹⁷. BERMAN, en su conocida obra *iushistórica*, muestra su sensibilidad a esta interrelación, y a la importancia de tener una definición más amplia y dúctil de derecho: “[r]eferirse a una tradición jurídica occidental implica postular un concepto de derecho, no como un cuerpo de reglas, sino como un proceso, una empresa, en la cual las reglas tienen significado solo en el contexto de instituciones, procedimientos, valores y modos de pensar”¹⁹⁸.

A pesar de la necesidad de integrar perspectivas en torno a la vida social, COTTERRELL también se ha referido a la capacidad que tiene el derecho moderno de “convertir las controversias morales y políticas, en cuestiones de pura técnica de regulación jurídica”¹⁹⁹, divorciándose por lo tanto del análisis de “la completa matriz política, económica y social (podríamos llamarla contextual) en la cual las doctrinas y los procedimientos jurídicos existen”²⁰⁰. En consecuencia, el derecho

jurídica en cuanto tal, representa o refleja una imagen del contexto histórico-social, además de reflejar el espíritu de sus autores. Las fórmulas lingüísticas expresan, unas veces, y otras reflejan, ‘formas de vida’. Desde esta perspectiva una excursión por nuestros textos legales resulta enormemente curiosa. Podríamos componer una serie de estampas no sólo de actitudes mentales, de creencias o de prejuicios, sino de modos de vida, que son auténticos daguerrotipos decimonónicos” (ob. cit., 1993, p. 104). La suposición de que las obras “reflejan” su momento histórico directamente es cuestionable; Sanmartín, historiador experto en Mesopotamia, asume una posición más cauta al hablar de “informaciones” y no de “reflejos”: “Todo escrito es un texto histórico, puesto que fue redactado en unas determinadas coordenadas espaciales y temporales; indirectamente, por tanto, cualquier documento nos proporciona una serie de informaciones sobre la época y circunstancias en que fue compuesto, y sirve de fuente histórica incluso prescindiendo del contenido” (ob. cit., 1998, pp. 29, 31). No obstante, resalto la atención que le presta Díez-PICAZO a la capacidad literaria de las obras jurídicas. Finalmente, sobre el Código de Hammurabi, LARA PEINADO comenta que “no se puede cuestionar tal obra jurídica bajo presupuestos de la crítica literaria, ya que su finalidad fue muy otra, aunque llegare a convertirse su texto, por su correcta redacción y su muy remarcable vocabulario conceptual, en un ‘clásico’ estudiado y copiado en las escuelas por los aprendices de escribas y por los futuros juristas” (ob. cit., 1997, p. LXX). No obstante esta reducción de perspectivas críticas a las que nos exhorta LARA, él mismo destaca cómo el “Código, aparte de su alta significación jurídica fue también muy pronto apreciado como obra literaria” (ob. cit., 1997, p. XXX).

196 Esta afirmación constituye la base de una respuesta al contraargumento que, hace unas páginas, supuse formulado por un historiador del derecho. La aglutinación de fenómenos hace que la división entre lo histórico y lo jurídico siempre se haga para efectos analíticos, pero esa división siempre será susceptible de reubicación ante nuevos hallazgos o nuevas perspectivas. La variación en el entendimiento de los códigos mesopotámicos en tan sólo unas pocas décadas ofrece un importante ejemplo.

197 COTTERRELL, ob. cit., 1991, p. 22.

198 BERMAN, ob. cit., 1983, p. 11. En el mismo texto, BERMAN señaló que el derecho, desde la perspectiva de una “jurisprudencia integrativa”, “no sólo involucra razón sino también emoción, intuición y fe. Involucra un compromiso social total” (ob. cit., 1983, pp. vi-vii). Y dijo, además, que se necesita un concepto amplio de derecho para “explorar las interrelaciones de estos sistemas [jurídicos occidentales] con otras instituciones, valores y conceptos políticos, económicos y sociales” (ob. cit., 1983, p. 5).

199 COTTERRELL, ob. cit., 1991, p. 16.

200 COTTERRELL, ROGER, *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Aldershot y Burlington, Ashgate Publishing, 2006, pp. 81-82.

no solo ha buscado posicionarse en el vértice de la vida social, sino que ha abierto un espacio que pretende ser autónomo.

Esta pretensión ocasionalmente se traduce en teorías sobre el derecho del pasado. Un ejemplo lo encontramos en esta afirmación de HARRIES: “Para hacer mayor progreso, los historiadores que utilizan el derecho como una fuente deben ser conscientes de (y tener respeto por) la separación del derecho como disciplina, con sus propios supuestos y tradición intelectual. Tratar las leyes como tan solo otra fuente documental o literaria, sin considerar la forma en la cual el derecho como texto surgió, implica correr el riesgo de no entender los textos mismos y de derivar de ellos conclusiones históricas muy cuestionables”²⁰¹.

HARRIES tiene toda la razón: el derecho ha generado una tradición intelectual particular, y para estudiar su desenvolvimiento en la historia debemos ser conocedores de esa tradición, con sus propias categorías y lenguaje técnico. Sin embargo, esta aclaración pareciera destacar algo singular del derecho, cuando es así con todos los campos del conocimiento: también la literatura ha generado una tradición intelectual particular, y para verdaderamente entender, por ejemplo, a Petronio, debemos ser conscientes de esa tradición, o de lo contrario lo leeríamos erradamente como si fuera “tan solo otra fuente documental”²⁰². Igual sucede con los escritos religiosos mesopotámicos, o la retórica medieval. Todos gozan, como lo ha dicho el crítico literario TERRY EAGLETON sobre la literatura, de una historia “relativamente autónoma”²⁰³. Esta autonomía es, desde luego, *relativa*, por lo cual el derecho no puede insistir en aislarse del resto de los fenómenos sociales, o peor aún, en pretender erguirse en un juzgador despótico de toda la vida social. Analizar el derecho del pasado, y del presente multicultural, implica acercarse a un cúmulo de experiencias sociales, en las cuales se incluyen elementos que en distintas sociedades y en distintos tiempos pueden contarse como derecho.

Voy a sintetizar los argumentos de esta sección antes de terminar. Empezamos con la posibilidad de abandonar la búsqueda de una identidad común en el concepto de derecho a través de la historia. Incluso los proponentes de esta opción, sin embargo, esgrimen algunos elementos que, al ser cuestionados frente a múltiples desarrollos jurídicos, se muestran insuficientes. Tal es el caso de la noción de que el derecho está constituido por normas obligatorias, puesto en duda por los códigos mesopotámicos

201 HARRIES, ob. cit., 2001, p. 4.

202 Estoy repitiendo la frase de HARRIES, pero hacer esta lectura “documental” de una obra literaria implicaría caer en lo que el crítico literario JONATHAN CULLER llama una “interpretación sintomática” (CULLER, JONATHAN, *Literary Theory: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 51). Me he referido al riesgo de violentar las dinámicas de otras disciplinas al intentar imponer un único molde interpretativo en la sección cuarta de un artículo próximo a publicarse (ESCOBAR CÓRDOBA, FEDERICO, “Una defensa pluralista de la investigación jurídica”, próximo a publicarse).

203 EAGLETON, TERRY, *Marxism and Literary Criticism*, Londres, Methuen, 1976, p. 27.

y también por la gran mayoría del derecho histórico, incluyendo el derecho romano. También fue el caso de la idea de que el derecho debía estar vinculado a la vida práctica. Las aproximaciones de MENSKI, en cambio, revelaron la necesidad de hacer lecturas del derecho culturalmente sensibles y, a la vez, suficientemente versátiles. Esta debe ser la orientación que guíe la búsqueda de una definición del derecho.

En efecto, el concepto de derecho tiene que ser más elástico de lo que ha sido. La intersección de múltiples disciplinas debe ayudar a cuestionar los casos más flagrantes de rigidez, pero también necesitan los juristas ser más abiertos a la maleabilidad de lo jurídico. La historia del derecho es un excelente foco de reflexión sobre este problema, en buena medida porque pone a prueba nuestras propias concepciones del derecho, y también porque el pasado se presenta como un agregado indiferenciado, al cual le imprimimos significado. ROTH refleja de manera sutil su conciencia de este problema cuando se refiere, entre los incontables documentos cuneiformes, a “aquellos textos que caracterizamos como ‘jurídicos’”²⁰⁴. La caracterización es nuestra. Y nos podemos equivocar. E incluso si hubiera sido hecha por una persona de esa sociedad antigua, ella también podría haberse equivocado al identificar cierto aspecto como jurídico, y con un buen uso de la evidencia podríamos corregir su juicio errado²⁰⁵.

Haríamos bien en confiar en las sensibilidades que los distintos historiadores del derecho han desarrollado sobre las sociedades que estudian, y reconocer cierta dimensión de juridicidad en sus objetos de estudio. Las definiciones instrumentales resultantes no tienen que ser excesivamente estrictas. De hecho, la conciencia de que el derecho forma parte de un continuo de experiencias culturales que experimenta cada sociedad, y que ese continuo solo puede dividirse artificialmente por sus observadores y estudiosos, deben alertarnos sobre el riesgo que correríamos al hacernos devotos de una u otra circunscripción de lo jurídico.

Recomponer aspectos más concretos del derecho implica ahondar en análisis conscientes de la dimensión cultural²⁰⁶, siguiendo además el camino trazado por

204 ROTH, ob. cit., 2001, p. 244.

205 A este punto se refieren BEARD Y HENDERSON: “es un importante principio del estudio de los clásicos hoy que las técnicas modernas de análisis pueden revelar más sobre el mundo antiguo de lo que los mismos habitantes de la Antigüedad sabían (tal como aceptamos que algún día los historiadores revelarán más sobre nuestra sociedad de lo que sabemos ahora)” (BEARD, MARY Y JOHN HENDERSON, *Classics: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 45).

206 DANIEL BONILLA (*La Constitución multicultural*, Trad. Magdalena Holguín y Daniel Bonilla, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006), PETER HABERLE (por ejemplo, *Constitución como cultura [Artículos seleccionados para Colombia]*, Trad. Ana María Montoya, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 20022002a y 2002b) y *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Trad. Emilio Mikunda, Madrid, Editorial Tecnos, 2002) y PAUL KAHN (*El análisis cultural del derecho: Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Trad. Daniel Bonilla, Barcelona, Editorial Gedisa, 2001) son ilustrativos de la sensibilidad cultural al derecho a la que me refiero.

obras muy abiertas a la pluralidad de las experiencias jurídicas, como son los textos de MENSKI²⁰⁷ y de GLENN²⁰⁸. Pero esa labor de reconstrucción se escapa de los propósitos, y de las dimensiones de este artículo.

BIBLIOGRAFÍA²⁰⁹

- AFTALIÓN, ENRIQUE R., JOSÉ VILANOVA Y JULIO RAFFO, *Introducción al Derecho*, 4 Ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
- ALVEAR ACEVEDO, CARLOS, *Manual de historia de la cultura*, México, Limusa, 2004.
- BEARD, MARY Y JOHN HENDERSON, *Classics: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- BEN MENAHEM, HANINA, “El proceso judicial y la naturaleza del Derecho Hebreo”, en: *Introducción al Derecho Hebreo*, Ed. Abraham Skorka, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001.
- BERMAN, HAROLD, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, MA y Londres, Harvard University Press, 1983.
- BONILLA, DANIEL, *La Constitución multicultural*, Trad. Magdalena Holguín y Daniel Bonilla, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 15 Ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *El problema de la pena*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Rodamillans S.R.L., 1999.
- CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, T. 13, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión 1992.
- COTTERRELL, ROGER, *Introducción a la Sociología del Derecho*, Trad. Carlos Pérez Ruiz, Barcelona, Editorial Ariel, 1991.
- COTTERRELL, ROGER, *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Aldershot y Burlington, Ashgate Publishing, 2006.
- CULLER, JONATHAN. *Literary Theory: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press (1997).
- DE SOLÁ CAÑIZARES, FELIPE, *Tratado de Derecho comercial comparado*, Tomo 3, Barcelona, Montaner y Simón, 1963.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3 Ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1993.
- DONAHUE, CHARLES, “Comparative Law Before the Code Napoléon”, en: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Ed. Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, Oxford, Oxford University Press, 2006.

207 MENSKI, ob. cit., 2006.

208 GLENN, H. PATRICK, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 3 Ed., Oxford, Oxford University Press, 2007.

209 Todas las citas de textos escritos en inglés, y mencionados en la bibliografía en ese idioma, fueron traducciones propias.

- DONAHUE, CHARLES, "Private Law without the State and During Its Formation", *American Journal of Comparative Law*, Volumen 56, verano 2008, pp. 541-564.
- DUNCAN, GEORGE S., "The Code of Moses and the Code of Hammurabi", *The Biblical World*, Volumen 23, Número 3, marzo 1904, pp. 188-193.
- E. H. B. [anónimo], "Review [untitled]", *The American Law Register (1898-1907)*, Volumen 52, Número 9, Volumen 43 New Series, septiembre 1904, pp. 598-600.
- EAGLETON, TERRY, *Marxism and Literary Criticism*, Londres, Methuen, 1976.
- ESCOBAR CÓRDOBA, FEDERICO, "Del derecho romano a las tradiciones jurídicas", *Criterio Jurídico*, Volumen 7, 2007, pp. 7-32.
- ESCOBAR CÓRDOBA, FEDERICO, "Una defensa pluralista de la investigación jurídica", próximo a publicarse.
- ESPINOSA PÉREZ, BEATRIZ, "Narraciones en el campo jurídico", *Vniversitas* 108, julio-diciembre 2004, pp. 689-709.
- FINKELSTEIN, J. J., "Ammisaduqa's Edict and the Babylonian 'Law Codes'", *Journal of Cuneiform Studies*, Volumen 15, Número 3, 1961, pp. 91-104.
- FINKELSTEIN, J. J., "The Ox That Gored", *Transactions of the American Philosophical Society*, Nueva Serie, Volumen 71, Número 2, 1981, pp. 1-89.
- FISH, MORRIS J., "An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment", *Oxford Journal of Legal Studies*, Volumen 28, Número 1, primavera 2008, pp. 57-71.
- FLETCHER, GEORGE P. Y STEVE SHEPPARD, *American Law in a Global Context: The Basics*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- FRIEDMAN, LAWRENCE M., *A History of American Law*, 3 Ed., Nueva York, Touchstone, 2005.
- FRYMER-KENSKY, TIKVA, "Patriarchal Family Relationships and Near Eastern Law", *Biblical Archaeologist*, Volumen 44, Número 4, otoño 1981, pp. 209-214.
- FRYMER-KENSKY, TIKVA, "Tit for Tat: The Principle of Equal Retribution in Near Eastern and Biblical Law", *Biblical Archaeologist*, Volumen 43, Número 4, otoño 1980, pp. 230-234.
- GAGARIN, MICHAEL, "The Unity of Greek Law", en: *The Cambridge Companion to Greek Law*, Ed. Michael Gagarin y David Cohen, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Introducción al estudio del derecho*, 50 Ed., México, Editorial Porrúa, 1999.
- GENZMER, ERICH, "A Civil Lawyer's Critical Views on Comparative Legal History", *The American Journal of Comparative Law*, Volumen 15, Números 1/2, 1966-1967, pp. 87-100.
- GLASSNER, JEAN-JACQUES, "De Sumer a Babilonia: familias para administrar, familias para reinar", en: *Historia de la familia: Mundos lejanos, mundos antiguos*, Tomo 1, Ed. André Burguière, et al., Madrid, Alianza, 1988.
- GLENN, H. PATRICK, "A Transnational Concept of Law", en: *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Ed. Peter Cane y Mark Tushnet, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- GLENN, H. PATRICK, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 3 Ed., Oxford, Oxford University Press, 2007.
- GODBAY, A. H., "The Chirography of the Hammurabi Code", *The American Journal of Semitic Languages and Literatures*, Volumen 20, Número 2, enero 1904, pp. 137-148.

- GROSSI, PAOLO, *La primera lección de derecho*, Trad. Clara Álvarez Alonso, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- GROSSI, PAOLO, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003.
- GROSSI, PAOLO, *Orden jurídico medieval*, Trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- HÄBERLE, PETER, *Constitución como cultura (Artículos seleccionados para Colombia)*, Trad. Ana María Montoya, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002a.
- HÄBERLE, PETER, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Trad. Emilio Mikunda, Madrid, Editorial Tecnos, 2002b.
- HARRIES, JILL, *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2 Ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HEERS, JACQUES, *La invención de la Edad Media*, Trad. Mariona Vilalta, Barcelona, Crítica, 1995.
- HEGER, PAUL, “Source of Law in the Biblical and Mesopotamian Law Collections”, *Biblica* Volumen 86, Número 3, 2005, pp. 324-342.
- IGLESIA FERREIRÓS, AQUILINO, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español. Manual*, Tomo 1, 2 Ed., Madrid, Marcial Pons, 1996.
- JACKSON, BERNARD S., “‘Law’ and ‘Justice’ in the Bible”, *Journal of Jewish Studies*, Volumen 44, Número 2, 1998, pp. 218-229.
- JACKSON, BERNARD S., “Evolution and Foreign Influence in Ancient Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Volumen 16, Número 3, Verano 1968, pp. 372-390.
- JACKSON, BERNARD S., “Modelling Biblical Law: The Covenant Code”, *Chicago-Kent Law Review*, Volumen 70, 1994, pp. 1745-1827.
- JACKSON, BERNARD S., “Models in Legal History: The Case of Biblical Law”, *Journal of Law and Religion*, Volumen 18, Número 1, 2002-2003, pp. 1-30.
- JASTROW, MORRIS, “Review [untitled]”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, volumen 27, marzo 1906, pp. 177-179.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de derecho penal*, Tomo 1, 5 Ed., Buenos Aires, Editorial Losada, 1950.
- JOHNS, C. H. W., “Three New Books on the Code of Hammurabi, or Babylonian Law”, *The Jewish Quarterly Review*, Volumen 16, Número 2, enero 1904, pp. 396-402.
- KAHN, PAUL, *El análisis cultural del derecho: Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Trad. Daniel Bonilla, Barcelona, Editorial Gedisa, 2001.
- KANEVA RINKON, ALLA, *En torno a la historia económica universal*, Bogotá, Universidad Autónoma de Colombia, 1999.
- KUHRT, AMÉLIE, *El oriente próximo en la antigüedad (c. 3000 - 330 a.C.)*, Tomo 1, Trad. Teófilo de Lozoya, Barcelona, Crítica, 2001.
- LARA PEINADO, FEDERICO Y FEDERICO LARA GONZÁLEZ, *Los primeros Códigos de la humanidad*, Madrid, Tecnos, 2001.

- LARA PEINADO, FEDERICO, *Código de Hammurabi*, 3 Ed., Madrid, Tecnos, 1997.
- LARA PEINADO, FEDERICO, *Mesopotamia, Historia de la humanidad*, Tomo 1, Madrid, Arlanza Ediciones, 2000.
- LATORRE, ÁNGEL, *Introducción al Derecho*, Nueva Ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1985.
- LEMCHÉ, N. P., “The ‘Hebrew Slave’: Comments on the Slave Law Ex. XXI 2-11”, *Vetus Testamentum*, Volumen 25, Fascículo 2, abril 1975, pp. 129-144.
- LIVERANI, MARIO, *El Antiguo Oriente. Historia, sociedad y economía*, Trad. Juan Vivanco, Barcelona, Crítica, 1995.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *El Derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2 Ed., Bogotá, Legis, 2006.
- LYON, DAVID G., “The Structure of the Hammurabi Code”, *Journal of the American Oriental Society*, volumen 25, 1904, pp. 248-265.
- MACCORMICK, D. NEIL Y ROBERT S. SUMMERS, “Further General Reflections and Conclusions”, en: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, Ed. Neil MacCormick y Robert S. Summers, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 1997.
- MACCORMICK, NEIL, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MCCURDY, J. F., “Review [untitled]”, *The Biblical World*, Volumen 25, Número 6, junio 1905, pp. 467-470.
- MENDOZA PALOMINO, ÁLVARO Y MARGARITA CÁRDENAS POVEDA, “Proyecto de investigación”, en: MARGARITA CÁRDENAS POVEDA et al., *Acercamiento a las instituciones jurídicas y administrativas de la conquista y la colonia*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada y Grupo Editorial Ibáñez, 2007.
- MENSKI, WERNER, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2 Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- MERRYMAN, JOHN HENRY Y ROGELIO PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3 Ed., Stanford, Stanford University Press, 2007.
- MEYERS, ERIC M. Y JOHN ROGERSON, “The World of the Hebrew Bible”, en: *The Cambridge Companion to the Bible*, 2 Ed., Ed. Bruce Chilton, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- MOLINA, MANUEL, Ed., *La ley más antigua: textos legales sumerios*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1983.
- O’SHEA, MICHAEL, *The Brain: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- OLANO GARCÍA, HERNÁN ALEJANDRO, *La constitución monárquica de Cundinamarca*, Bogotá, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2006.
- OLIVEIRA, LUCIANO, “‘No me venga con el Código de Hammurabi...’. La investigación socio-jurídica en los estudios de posgrado en derecho”, en: *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Ed. Christian Courtis, Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- OTERO ESPASANDÍN, JOSÉ, *La civilización mesopotámica*, Buenos Aires, Editorial Atlántida, 1945.
- PFEIFFER, R. H., “An Analysis of the Hammurabi Code”, *The American Journal of Semitic Languages and Literature*, Volumen 36, Número 4, julio 1920, pp. 310-315.

- POLLOCK, SUSAN, *Ancient Mesopotamia: The Eden that Never Was*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- PRIETO, LUIS, “Aproximación al concepto de derecho. Nociones fundamentales”, en: *Lecciones de teoría del derecho*, Jerónimo Betegón et al., Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- PRINCE, J. DYNELEY, “The Code of Hammurabi”, *The American Journal of Theology*, Volumen 8, Número 3, julio 1904, pp. 601-609.
- QUIGLEY, CARROLL, *The Evolution of Civilizations: An Introduction to Historical Analysis*, Indianapolis, Liberty Fund, 1979.
- RESNIK, JUDITH, “Law as affiliation: ‘Foreign’ law, democratic federalism, and the sovereigntism of the nation-state”, *International Journal of Constitutional Law*, Volumen 6, Número 1, enero 2008, pp. 33-66.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Obras completas*, Tomo III, Bogotá, Editorial Temis, 1998.
- ROBERTS, J. M., *The New Penguin History of the World*, Nueva York, Penguin, 2002.
- ROTH, MARTHA T., “Hammurabi’s Wronged Man”, *Journal of the American Oriental Society*, Volumen 122, Número 1, enero-marzo 2002, pp. 38-45.
- ROTH, MARTHA T., “Reading Mesopotamian Law Cases PBS 5 100: A Question of Filiation”, *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, Volumen 44, Número 3, 2001, pp. 243-292.
- RUIZ MANTECA, RAFAEL, JAVIER FERNÁNDEZ LÓPEZ Y ANTONIO-RAFAEL HERNÁNDEZ OLIVENCIA, *Introducción al Derecho y Derecho Constitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 1994.
- SALCEDO SEGURA, JORGE, *Teoría general del derecho civil*, Tomo 1, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2006.
- SANMARTÍN, JOAQUÍN, “El próximo oriente asiático: Mesopotamia y sus áreas de influencia”, en: Joaquín Sanmartín y José Miguel Serrano, *Historia antigua del próximo Oriente: Mesopotamia y Egipto*, Madrid, Ediciones Akal, 1998.
- SANMARTÍN, JOAQUÍN, Ed., *Códigos legales de tradición babilónica*, Madrid, Trotta, 1999.
- SASSOON, JOHN, *Ancient Laws and Modern Problems: The Balance between Justice and a Legal System*, Bristol y Portland, Intellect Books, 2004.
- SCHLINK, BERNHARD, *El lector*, Trad. Joan Parra Contreras, Barcelona, Editorial Anagrama, 2000.
- SILVER, MORRIS, “Prophets and Markets Revisited”, en: *Social Justice in the Ancient World*, Ed. Irani, K. D. y Morris Silver, Westport, Connecticut y Londres, Greenwood Press, 1995.
- SKORKA, ABRAHAM, “El Derecho Hebreo: su gestación y desarrollo”, en: *Introducción al Derecho Hebreo*, Ed. Abraham Skorka, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001.
- SPEISER, E. A. “Cuneiform Law and the History of Civilization.” *Proceedings of the American Philosophical Society*. Volumen 107, Número 6, diciembre 20 de 1963, pp. 536-541.
- SUÁREZ PINEDA, RAFAEL Y CLARA CECILIA SUÁREZ VARGAS, *Historia del derecho y el derecho en la historia*, Bogotá, Editorial Leyer, 2005.
- TORRÉ, ABELARDO, *Introducción al Derecho*, 13 Ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002.
- V. [anónimo], “Review [untitled]”, *The Journal of Political Economy*, Volumen 13, Número 2, marzo 1905, pp. 319-320.
- VEENHOF, KLAAS R., “Before Hammurabi of Babylon: Law and the Laws in Early Mesopotamia”, en: *The Law’s Beginnings*, Ed. F. J. M. Feldbrugge, Leiden, Brill Academic Publishers, 2003.

- VINING, JOSEPH, "The Resilience of Law", University of Michigan John M. Olin Center for Law & Economics Working Paper Series, Working Paper 87, septiembre 2008.
- WATSON, ALAN, *Legal History and a Common Law for Europe: Mystery, Reality, Imagination*, Estocolmo, Olin Foundation for Legal History, 2001.
- WATSON, ALAN, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2 Ed., Athens y Londres, The University of Georgia Press, 1993.
- WESTBROOK, RAYMOND, "Biblical and Cuneiform Law Codes", *Revue Biblique*, Volumen 92, 1985, pp. 247-264.
- WESTBROOK, RAYMOND, "Codification and Canonization", en: *La Codification des Lois dans l'Antiquité*, Ed. E. Lévy, París, De Boccard, 2000.
- WESTBROOK, RAYMOND, "Cuneiform Law Codes and the Origins of Legislation", *ZA* Volumen 79, 1989a, pp. 201-222.
- WESTBROOK, RAYMOND, "Restrictions on Alienation of Property in Early Roman Law", en: *New Perspectives in the Roman Law of Property: Essays for Barry Nicholas*, Ed. Peter Birks, Oxford, Clarendon Press, 1989b.
- WESTBROOK, RAYMOND, "Social Justice in the Ancient Near East", en: *Social Justice in the Ancient World*, Ed. Irani, K. D. y Morris Silver, Westport, Connecticut y Londres, Greenwood Press, 1995.
- WESTBROOK, RAYMOND, "The Character of Ancient Near Eastern Law", en: *A History of Ancient Near Eastern Law*, Ed. Raymond Westbrook, Leiden y Boston, Brill, 2003.
- WESTBROOK, RAYMOND, "The Laws of Biblical Israel", *The Hebrew Bible: New Insights and Scholarship*, Ed. Frederick E. Greenspahn, Nueva York y Londres, New York University Press, 2007.
- WESTBROOK, RAYMOND, "The Nature and Origins of the Twelve Tables", *ZSS (Rom. Abt.)*, Volumen 105, 1988, pp. 74-121.
- WESTBROOK, RAYMOND, "The Trial Scene in the Iliad", *Harvard Studies in Classical Philology*, Volumen 94, 1992, pp. 53-76.
- YOFFEE, NORMAN, "Context and Authority in Early Mesopotamian Law", *State Formation and Political Legitimacy*, Ed. Ronald Cohen y Judith D. Toland, New Brunswick, NJ, Transaction Books, 1988.
- YOFFEE, NORMAN, "On Studying Old Babylonian History: A Review Article", *Journal of Cuneiform Studies*, Volumen 30, Número 1, enero 1978, pp. 18-32.
- YOFFEE, NORMAN, "Political Economy in Early Mesopotamian States", *Annual Review of Anthropology*, Volumen 24, 1995, pp. 281-311.
- YOFFEE, NORMAN, "The Decline and Rise of Mesopotamian Civilization: An Ethnoarchaeological Perspective on the Evolution of Social Complexity", *American Antiquity*, Volumen 44, Número 1, enero 1979, pp. 5-35.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trad. Marina Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- ZWEIGERT, KONRAD Y HEIN KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3 Ed., Trad. Tony Weir, Oxford, Clarendon Press, 1998.