

**JUAN PABLO GRAMAJO CASTRO**

**LA TÉCNICA JURÍDICA DEL  
DERECHO ROMANO CLÁSICO  
Y SU PERENNE ACTUALIDAD**



**UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUÍN  
FACULTAD DE DERECHO**

**GUATEMALA, MMVIII**



# SUMARIO

Índice .....	i
Introducción.....	1

## *Parte I*

### **EL DERECHO ROMANO Y SU TÉCNICA JURÍDICA**

Capítulo I. Panorama Histórico del Derecho Romano.....	13
Capítulo II. Importancia del Estudio del Derecho Romano.....	117
Capítulo III. La Técnica Jurídica del Derecho Romano Clásico .....	157

## *Parte II*

### **LAS PRINCIPALES CORRIENTES DEL PENSAMIENTO JURÍDICO**

Capítulo IV. El Derecho Natural.....	241
Capítulo V. El Positivismo Jurídico.....	279
Capítulo VI. El Análisis Económico del Derecho y la Teoría Jurídica de Friedrich A. Hayek .....	309

## *Parte III*

### **PERENNE ACTUALIDAD DE LA TÉCNICA JURÍDICA DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO**

Capítulo VII. Desambiguación de Conceptos.....	363
Capítulo VIII. El Marco Epistemológico.....	473
Capítulo IX. Perenne Actualidad de la Técnica Jurídica del Derecho Romano Clásico.....	545
Epílogo .....	743
Bibliografía.....	749



# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
--------------------	---

## PARTE I EL DERECHO ROMANO Y SU TÉCNICA JURÍDICA

Capítulo I: PANORAMA HISTÓRICO DEL DERECHO ROMANO .....	13
---	----

I. DESDE LOS ORÍGENES HASTA LA ERA DE JUSTINIANO .....	16
--	----

1. Período arcaico: de la fundación de Roma a la Ley de las XII Tablas .....	16
A. La monarquía .....	17
a) Marco histórico .....	17
b) Constitución social y política .....	19
i) La familia .....	20
ii) La <i>gens</i> .....	21
iii) Los comicios .....	21
Comicios curiados .....	21
Comicios centuriados .....	21
Comicios por tribus .....	22
iv) El senado .....	22
v) El rey .....	22
c) Fuentes del Derecho .....	22
B. La república .....	24
a) Marco histórico .....	24
b) Constitución social y política .....	25
El consulado .....	25
La dictadura .....	26
El tribunado de la plebe .....	26
c) Fuentes del Derecho .....	26
d) Características del Derecho .....	27
2. Período preclásico: de la Ley de las XII Tablas al fin de la República .....	29
a) Marco histórico .....	29
b) Constitución social y política .....	31
i) Crisis y transformación del mundo romano .....	31
ii) El gobierno republicano: las magistraturas .....	32
Características .....	33
Poderes .....	33
Clasificación .....	34
c) Fuentes del Derecho .....	36
i) Leyes .....	37
ii) Plebiscitos .....	37
iii) Edicto de los magistrados .....	38
iv) Jurisprudencia pontifical y laica .....	39
d) Características del Derecho .....	40
3. Período clásico: del inicio del Imperio a la muerte de Alejandro Severo .....	40
a) Marco histórico .....	40
i) El ascenso de Octavio .....	41
ii) La dinastía Julio-Claudia .....	42
iii) La dinastía Flavia .....	43
iv) La dinastía Antonina .....	43
v) La dinastía Severa .....	45

b) Constitución social y política .....	46
c) Fuentes del Derecho .....	47
i) Edictos de los magistrados .....	48
ii) Senadoconsultos .....	48
iii) Constituciones imperiales.....	49
iv) Jurisprudencia.....	49
d) Características del Derecho .....	50
4. Período posclásico: de la muerte de Alejandro Severo al ascenso de Justiniano .....	51
a) Marco histórico.....	51
b) Constitución social y política .....	54
c) Fuentes del Derecho .....	57
i) Costumbre.....	57
ii) Constituciones imperiales.....	57
iii) Codificaciones prejustinianas .....	57
iv) Jurisprudencia posclásica .....	58
v) Obras de Derecho .....	58
vi) Leyes romano-bárbaras.....	58
d) Características del Derecho .....	59
5. Período justiniano: el imperio de Justiniano .....	60
a) Marco histórico .....	60
b) Constitución social y política .....	62
c) Fuentes del Derecho: el <i>Corpus Iuris Civilis</i> .....	63
Código.....	64
Digesto .....	64
Instituciones .....	65
Novelas .....	65
d) Características del Derecho .....	66

## II. DESDE EL FIN DE LA ERA DE JUSTINIANO HASTA EL MOVIMIENTO CODIFICADOR DEL SIGLO XIX .....

67

1. La enseñanza del Derecho en la antigua Roma, y algunas reflexiones sobre el estudio de la noble ciencia jurídica.....	67
2. La Edad Media: Renacimiento de la cultura jurídica y conformación del <i>Ius Commune</i> .....	77
a) El estudio del Derecho en los primeros siglos de la Edad Media (siglos V a XI) y el surgimiento de las Universidades .....	78
b) Los glosadores .....	81
c) Los <i>ultramontani</i> .....	85
d) Los comentaristas .....	85
e) Los canonistas.....	87
i) Noción y breve esbozo histórico del Derecho Canónico.....	88
ii) Decretistas y decretalistas.....	90
f) El <i>Ius Commune</i> .....	91
3. La recepción del Derecho Romano.....	93
a) Regiones poco afectadas por la recepción .....	94
Países escandinavos, Suiza, Polonia y Hungría .....	94
Inglaterra .....	94
Escocia .....	96
b) Recepción con cierta profundidad .....	96
Holanda y sus territorios: el derecho romano-holandés .....	96
Francia.....	97
Italia .....	97

Alemania.....	98
España y las Indias.....	98
c) Fuerzas adversas a la recepción.....	99
4. La Edad Moderna.....	99
a) <i>Mos Gallicus</i> : el humanismo jurídico.....	100
b) <i>Usus Modernus Pandectarum</i> .....	101
c) El iusnaturalismo y el Derecho Romano.....	102
5. La Edad Contemporánea.....	103
a) El movimiento codificador.....	104
b) La codificación en Alemania.....	106
i) La Escuela Histórica.....	107
ii) La Pandectística.....	109
III. TENDENCIAS ACTUALES.....	110
<b>Capítulo II: IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO.....</b>	<b>117</b>
I. POSTURAS TRADICIONALES.....	118
1. El Derecho Romano como cultura histórico-jurídica.....	119
2. El Derecho Romano como ordenamiento jurídico perfecto.....	120
3. El Derecho Romano como antecedente del derecho contemporáneo.....	122
II. POSTURAS ACTUALES.....	124
1. El Derecho y la Globalización.....	125
2. El Derecho Romano como patrimonio jurídico común.....	128
3. El Derecho Romano como fuente de formación jurisprudencial.....	132
III. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ROMANO EN GUATEMALA.....	134
1. Desde la colonia hasta el auge de las universidades privadas.....	136
2. Desde 1961 hasta la actualidad.....	140
IV. EL DERECHO ROMANO Y LA UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUÍN.....	142
1. El Derecho como producto cultural e histórico.....	145
2. El Derecho como anterior a la Ley.....	147
3. Crítica de las fuentes del Derecho.....	148
4. El Derecho Romano y la educación humanística.....	149
5. Técnica jurídica.....	151
6. Reflexiones finales.....	153
<b>Capítulo III: LA TÉCNICA JURÍDICA DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO.....</b>	<b>157</b>
I. TEORÍA GENERAL DE LA TÉCNICA JURÍDICA.....	160
1. Análisis jurídico.....	162
2. Concentración lógica.....	164
3. Construcción jurídica.....	165
a) Alta y baja jurisprudencia.....	165
b) Las instituciones como cuerpos jurídicos.....	165
c) Leyes de la construcción jurídica.....	168

d) Los útiles de construcción jurídica .....	169
e) Valor técnico y utilidad de la construcción jurídica .....	170
4. Críticas a la Teoría General de la Técnica Jurídica .....	171
<b>II. LA TÉCNICA JURÍDICA DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO .....</b>	<b>179</b>
1. Instrumentos lógicos o de técnica jurídica.....	181
A. Análisis casuístico.....	181
B. Integración analógica .....	183
C. Empleo de argumentos abiertos .....	186
D. Utilización de presunciones y ficciones .....	187
E. Reglas de derecho.....	189
F. Argumento de autoridad .....	191
2. Criterios inspiradores de fondo o filosóficos .....	194
A. La filosofía en Roma y su influencia en el Derecho .....	194
a) Los romanos ante la filosofía griega .....	195
b) El estoicismo.....	196
c) Influencia en el Derecho .....	200
B. Ejemplos de aplicación de los criterios inspiradores de fondo.....	207
a) <i>Iusta ratio</i> , la justa razón .....	208
b) <i>Bonum et aequum</i> , lo bueno y equitativo.....	209
c) <i>Bona fides</i> , la buena fe .....	211
d) <i>Ratio humana</i> , la razón humana .....	213
e) <i>Ratio naturalis</i> , la razón natural.....	216
f) <i>Aequitas naturalis</i> , la equidad natural.....	218
g) <i>Utilitas</i> , la utilidad .....	220
3. Las acciones.....	227
A. Clasificación de las acciones.....	229
B. Ejemplos de fórmulas procesales .....	231
C. Ejemplos de edictos del pretor .....	234

## PARTE II

### LAS PRINCIPALES CORRIENTES DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

<b>Capítulo IV: EL DERECHO NATURAL .....</b>	<b>241</b>
<b>I. HISTORIA Y EXPONENTES.....</b>	<b>242</b>
1. Antigüedad.....	243
A. Grecia.....	243
B. Roma .....	246
C. Cristianismo .....	247
2. Edad Media.....	250
A. Juristas.....	251
B. Teólogos.....	252
C. Santo Tomás de Aquino .....	252
D. Siglos XIII al XV .....	257
3. Renacimiento .....	258
A. La Reforma .....	258
B. Escuela española .....	259
4. Edad Moderna.....	261
A. El Iusnaturalismo Moderno.....	261
a) Grocio .....	263



b) Pufendorf.....	264
c) Thomasio .....	265
d) Wolf.....	265
B. Otros autores .....	266
C. Oposición y persistencia de la doctrina anterior .....	267
5. Edad Contemporánea .....	268
A. Kant .....	268
B. Siglo XIX.....	271
C. Resurgimiento de orientación tradicional .....	272
D. Primera mitad del siglo XX.....	273
II. DOCTRINA .....	274
A. Nociones generales y comunes.....	275
<b>Capítulo V: EL POSITIVISMO JURÍDICO.....</b>	<b>279</b>
I. POSITIVISMO FILOSÓFICO Y POSITIVISMO JURÍDICO.....	280
II. HISTORIA Y EXPONENTES .....	283
1. Derecho natural y Derecho positivo a través de la historia.....	283
A. El pensamiento clásico .....	283
B. El pensamiento medieval .....	284
C. El pensamiento de los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII.....	284
D. Criterios de distinción.....	284
E. Noción básica del positivismo jurídico y su origen .....	285
2. Los orígenes del positivismo jurídico.....	286
A. Alemania.....	287
B. Francia .....	289
C. Inglaterra.....	292
a) Bentham.....	292
b) Austin .....	295
III. DOCTRINA .....	301
<b>Capítulo VI: EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA TEORÍA JURÍDICA DE FRIEDRICH A. HAYEK .....</b>	<b>309</b>
I. HISTORIA Y EXPONENTES .....	310
1. Precursores y antecedentes.....	311
2. La primera ola .....	311
3. La segunda ola .....	313
A. Inicios .....	313
B. Paradigma propuesto (1958-1973).....	314
C. Paradigma aceptado (1973-1980) .....	315
D. Paradigma cuestionado (1976-1983) .....	316
E. El movimiento conmocionado (1983 en adelante).....	318
4. Temas y corrientes.....	318
Instituciones.....	319
Historia .....	319
Derecho comparado.....	319

Comportamiento estratégico .....	320
Racionalidad limitada .....	320
Incertidumbre, descubrimiento y espíritu emprendedor .....	320
Opción Pública.....	321
Regulación económica.....	322
Teoría de juegos.....	322
Vínculos con la sociología jurídica.....	322
5. Conclusión .....	323
6. Escuelas .....	323
A. Escuelas mayores o actuales .....	324
a) Escuela austriaca.....	324
b) Institucionalismo.....	327
c) Neoinstitucionalismo .....	328
d) Escuela de Chicago.....	329
B. Escuelas menores o históricas .....	330
a) Enfoque de derechos de propiedad ( <i>property rights aproach</i> ) .....	330
b) Escuela de New Haven .....	330
c) Escuela de Friburgo .....	331
II. DOCTRINA.....	331
1. Elección racional .....	332
2. Individualismo metodológico .....	334
A. El parámetro: utilidad o dinero .....	334
B. Críticas .....	336
3. Equilibrio.....	338
4. Preferencias estables.....	338
5. Características generales de las normas jurídicas .....	338
A. Las normas jurídicas: reglas y estándares (principios jurídicos).....	338
B. La precisión de las normas.....	340
C. Cambio en las normas: transición y retroactividad .....	341
6. Valores en el análisis económico del Derecho .....	343
III. LA TEORÍA JURÍDICA DE FRIEDRICH A. HAYEK.....	348
<b>PARTE III</b>	
<b>PERENNE ACTUALIDAD DE LA TÉCNICA</b>	
<b>JURÍDICA DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO</b>	
<b>Capítulo VII: DESAMBIGUACIÓN DE CONCEPTOS.....</b>	<b>363</b>
1. Constructivismo y evolucionismo .....	365
2. Derecho.....	374
3. Filosofía .....	389
Filosofía del Derecho.....	392
4. Individualismo .....	397
5. Justicia .....	408
6. Ley .....	417
7. Liberalismo.....	421
8. Libertad.....	428
9. Moral .....	436
10. Natural, Naturaleza .....	444
11. Positivismo .....	451

12. Religión .....	452
Dogma .....	459
13. Verdad .....	461
<b>Capítulo VIII: EL MARCO EPISTEMOLÓGICO</b> .....	<b>473</b>
I. EL LEGADO DE OCCIDENTE .....	477
1. Grecia .....	480
2. Roma .....	486
3. Cristianismo.....	489
4. Individuo y cultura .....	499
5. Tradición y progreso .....	502
6. El contexto multicultural .....	507
II. ¿HAYEK? – INSERCIÓN EN UN LEGADO Y POTENCIACIÓN MUTUA.....	511
III. NOCIONES FUNDAMENTALES.....	514
1. El hombre .....	514
2. El conocimiento.....	522
3. La verdad.....	535
<b>Capítulo IX: PERENNE ACTUALIDAD DE LA TÉCNICA JURÍDICA DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO</b> .....	<b>545</b>
I. HAYEK SOBRE EL DERECHO ROMANO .....	548
II. REFLEXIONES .....	553
1. Carácter de nuestro estudio .....	554
2. Concepción romana del Derecho.....	562
3. Utilidad en el Derecho.....	571
4. Variación, adaptación y generalidad en el Derecho. Con algunas consideraciones sobre la técnica jurídica como elemento complementario de su eficacia plena .....	582
5. Derecho natural, religión, razón y humanismo .....	589
6. Crítica racional de las normas y del sistema normativo: tema central de la técnica jurídica .....	602
7. Humanismo y creatividad en la técnica jurídica.....	607
III. INTERPRETACIÓN Y FUENTES DEL DERECHO GUATEMALTECO .....	611
1. Los Preceptos Fundamentales de la Ley del Organismo Judicial.....	612
A. Su importancia.....	613
B. Antecedentes históricos .....	614
C. Regulación .....	617
Espíritu y finalidad de la ley, historia fidedigna de su institución: ¿Qué es una Exposición de Motivos? .....	617
Naturaleza de los Preceptos Fundamentales .....	619
a) Fuentes.....	627
i) Redacción y reformas .....	628
ii) Motivos.....	630
b) Interpretación.....	635

i) Redacción y reformas .....	635
ii) Motivos .....	643
c) Otras normas sobre interpretación, aplicación, jerarquía y fuentes .....	648
2. La teoría jurídica reflejada en la legislación guatemalteca.....	657
A. Las tesis que inspiran los Preceptos Fundamentales.....	658
a) La teoría de las fuentes del Derecho:	
la ley como única fuente de calificación .....	658
i) Ley y costumbre .....	660
ii) Ley y jurisprudencia (decisiones judiciales).....	662
b) La teoría del Ordenamiento jurídico.....	662
c) La función interpretativa de la jurisprudencia .....	667
B. Examen crítico de las tesis .....	670
a) La voluntad del legislador.....	673
b) Una o varias fuentes del Derecho .....	675
c) Plenitud e interpretación .....	679
d) La certeza jurídica.....	682
C. Examen del derecho guatemalteco .....	683
a) Reflejo de las tesis iuspositivistas en la Ley del Organismo Judicial .....	684
i) Fuentes .....	684
Jurisprudencia y doctrina legal.....	684
Costumbre .....	689
Equidad.....	695
Límites de la legalidad y norma de clausura:	
reconocimiento de la esfera jurídica privada.....	696
Jerarquía normativa y supremacía constitucional.....	696
Coherencia del ordenamiento jurídico.....	698
ii) Interpretación.....	700
b) Técnica jurídica .....	703
c) ¿Es ‘positivista’ el derecho guatemalteco? .....	709
3. Aplicación, interpretación e integración	
del ordenamiento jurídico guatemalteco.....	714
A. Niveles y criterios .....	715
a) La ley en sí misma .....	716
i) La supremacía constitucional.....	716
ii) La jerarquía normativa.....	717
iii) El carácter sistemático de las normas .....	717
iv) Las normas imperativas y las prohibitivas expresas	
como límites de la juridicidad .....	717
v) La primacía del interés social .....	717
vi) La buena fe .....	719
vii) El abuso de derecho .....	723
b) La ley aclarada.....	725
i) La finalidad y el espíritu de la ley.....	725
ii) La historia fidedigna de su institución.....	726
iii) La analogía .....	728
iv) La equidad .....	728
v) Los principios generales del derecho .....	729
vi) La costumbre .....	733
c) La jurisprudencia .....	734
B. Los instrumentos procesales para la eficacia del Derecho .....	736
EPÍLOGO .....	743
BIBLIOGRAFÍA .....	749

## INTRODUCCIÓN

“La importancia del derecho romano para el mundo actual no consiste sólo en haber sido por un momento la fuente u origen del derecho: ese valor sólo fue pasajero. Su autoridad reside en la profunda revolución interna, en la transformación completa que ha hecho sufrir a todo nuestro pensamiento jurídico, y en haber llegado a ser, como el cristianismo, un elemento de civilización moderna”.

-Rudolf von Ihering<sup>1</sup>.

“De lo que hoy día está más necesitado el derecho (...) es de la eterna influencia vigorizadora del derecho romano”.

-“Un jurista norteamericano”, citado por R.H. Barrow<sup>2</sup>.

Troya arde. Entre la sangre y el fuego, Eneas, hijo de Venus, escapa con los suyos hacia un nuevo destino, bajo el consejo de su madre. A los hombros, su anciano padre Anquises; de la mano, su pequeño hijo Ascanio. Lleva consigo a los dioses protectores de la Troya que llega a su fin. Su amada Creusa perece antes que logre abandonar la ciudad que cae. Su espíritu dice a Eneas que no la llore; antes bien, ha de emprender su viaje hacia la tierra donde fluye el Tíber, la Italia prometida. Durante la travesía, Eneas y su grupo sufrirán duros y constantes reveses, como fuese que la diosa Juno, rencorosa, deseaba alejarlos de lo que el Destino tenía decretado a su favor: que de la raza de Eneas habría de surgir un pueblo que domine el mundo, y que ponga fin a Cartago, ciudad amada por la esposa de Júpiter.

En la paz del mar, muere Anquises. Llegado a africanas costas, Eneas es recibido como huésped por Dido, reina de Cartago, recientemente fundada por refugiados de Tiro, quienes liderados por su reina huyeron de la tiranía de Pigmalión, hermano de Dido que la había hecho enviudar. La reina cartaginesa se enamora apasionadamente del héroe troyano, y Eneas cae bajo sus encantos. Mas Júpiter envía a Mercurio a recordarle a Eneas su alta misión, y éste abandona a la desdichada reina, quien con el corazón roto toma su propia vida, hiriéndose con la misma espada del amado que la abandona. Antes de morir, Dido pide como única ofrenda a sus dioses ancestrales que haya por siempre enemistad entre su estirpe y la de Eneas, invocando al héroe vengador que un día ha de surgir de sus cenizas: Aníbal, orgullo de Cartago.

Prosiguiendo su viaje, entre otros sucesos, Eneas tiene un encuentro con el espíritu de su padre, quien le profetiza las futuras glorias de sus descendientes, y finalmente llega a los campos del Lacio, donde reina Latino. Éste concede a Eneas la mano de su hija Lavinia, pero Juno, siempre adversa, agita en su contra a Turno, líder de los rútilos, quien también pretende a la latina princesa. Eneas se alía con Evandro, rey arcadio de Palantea sobre una colina junto al Tíber, quien había traído a los dioses, las leyes, y el alfabeto de Grecia. También le favorece el etrusco Tarcón. En asamblea de dioses, Júpiter decreta que la guerra ha de seguir su cauce natural, no pudiendo ya intervenir ni Juno ni Venus. Vencen los troyanos, luego de combate singular entre Eneas y Turno.

---

<sup>1</sup> El Espíritu del Derecho Romano. Página 2.

<sup>2</sup> Los Romanos. Página 209.

Treinta años después de que Eneas fundara Lavinio, Ascanio funda la ciudad de Alba Longa. Le sucede en el trono su medio hermano Silvio, hijo de Eneas y Lavinia, cuyos descendientes reinan durante diez generaciones, hasta el tiempo de Procas, padre de Numitor y Amulio. A la muerte de Procas, sus hijos reciben el poder: si bien Numitor debe reinar como soberano, Amulio está a cargo de la tesorería, y destrona a su hermano, haciéndole encarcelar, y forzando a su hija Rhea Silva a consagrarse como virgen vestal, a fin de que no pueda procrear hijos que reclamen el trono del derrocado abuelo. Pero Marte llegó de noche al Templo de Vesta, y engendró Rhea Silva a los gemelos hijos del dios de la guerra: Rómulo y Remo. Rescatados de la furia de Amulio por la clemencia del mismo siervo enviado a cegar sus vidas, los hermanos son colocados en una cuna a orillas del Tíber. El dios genio del río, Tiberino, les protege, llevándoles sobre sus aguas y luego al Monte Palatino, donde les amamanta una loba.

El pastor Fáustulo descubre a los gemelos y les cría como sus hijos, junto a su esposa Acca Larentia. Los gemelos crecen, y su linaje divino se manifiesta en su tamaño y belleza. Las gentes a su alrededor les aman, pues los hermanos son laboriosos, defensores y hacedores de justicia. Ocurrió que en una ocasión, por intervenir en una disputa entre pastores, Remo fue hecho prisionero y, dialogando con Numitor, acaba éste por reconocerle como su nieto. Mientras tanto, Rómulo ha reunido fuerzas para marchar sobre Alba Longa en rescate de su hermano. Adentro de la ciudad, Remo incita una revuelta de los ciudadanos que se oponen a Amulio, y es así como ambos hermanos logran derrocar al usurpador.

Rechazando la corona que el pueblo de Alba Longa les ofrece, Rómulo y Remo restituyen en el trono a su abuelo, y parten para fundar su propia ciudad, llevando consigo a fugitivos, esclavos, y todos aquellos que desearan reiniciar su vida. Discutiendo sobre el lugar en donde habrían de edificarla, deciden resolver la disputa consultando los augurios: primero, Remo ve pasar seis buitres, animales sagrados de su padre Marte, pero Rómulo luego mira doce, ganando así el altercado, y poniéndose a trabajar en la construcción de la muralla que habría de defender su nueva ciudad. Como sucedió que Remo se burlaba y obstruía la edificación de la muralla, finalmente saltando sobre el trazado de los muros, Rómulo le dio muerte en el acto, para dejar claro que, en la ciudad, ni el mismo hermano del rey estaba exento del respeto y observancia de las leyes y las cosas sagradas.

Finalmente, la ciudad queda construida, el veintiuno de abril del año setecientos cincuenta y tres antes de Jesucristo, y Rómulo, su primer rey, le da el nombre bajo el cual se cumplirían las profecías hechas a Eneas en los lejanos años que siguieron a la caída de Troya: el pueblo destinado a la grandeza, la ciudad que, a través de los siglos, habría de llenarse de más gloria que cualquier otra, y ser llamada eterna: ROMA.

\*

Tal es, en resumen, el relato de los orígenes más remotos de Roma<sup>3</sup>, y con él empieza nuestro recorrido por las grandes enseñanzas que ella, su historia, su Derecho y su arte jurídico nos

---

<sup>3</sup> Para efectos narrativos y literarios, he omitido hacer citas al pie en el relato que precede. Sin embargo, el mismo es una síntesis muy sucinta de las tradiciones y leyendas recogidas por autores como Virgilio (La Eneida), Dión Casio (Historia Romana), Plutarco (Vidas Paralelas), Tito Livio (Historia de Roma o Las Décadas), Dionisio de Halicarnaso (Historia Antigua de Roma), entre otros, a los cuales refiero al lector para una narración incalculablemente más rica, histórica y literariamente, que la modesta exposición que he ofrecido como punto de partida del presente trabajo. Existen varias y distintas versiones de los orígenes de Roma, con discrepancias en algunos hechos y detalles, pero he tratado de exponer en el texto los puntos esenciales.

ofrecen, las cuales, como lo expresa el mismo título de esta obra, proyectan su vigencia y se nos revelan como profundamente iluminadoras aún ahora, siglos después de aquel pasado remoto perdido entre mitos y leyendas, en adecuado testimonio de la grandeza y eternidad de Roma, de las cuales ya los mismos romanos de la antigüedad estaban conscientes.

Independientemente del mayor o menor grado de verdad histórica que pueda o no ocultarse detrás de los relatos legendarios y míticos<sup>4</sup>, lo que interesa es hacer ver cómo las tradiciones reflejan aquel carácter romano que fue uno de los elementos fundamentales del genio jurídico de aquel pueblo nacido para el Derecho: “La tradición hace preceder a la era republicana de Roma un período monárquico de dos siglos, período mítico más que histórico, cuyos hechos revisten aquel gran carácter subjetivo que nos presenta a todo lo romano naciendo, por decirlo así, de sí mismo”<sup>5</sup>, lo cual, a mi parecer, no deja de guardar cierta sintonía con la afirmación de Ihering de que “el principio de la voluntad subjetiva es la fuente originaria del derecho privado de Roma”<sup>6</sup>.

Eneas cargando sobre sus hombros a su padre, y llevando de la mano a su hijo, rescatando a ambos del fuego que destruye la antaño gloriosa Troya, es una imagen más que elocuente del individuo que lucha por escapar de la feroz destrucción y el caos que devoran el mundo que le rodea –“todo era allí dentro llanto y lastimosa confusión”<sup>7</sup> dice Eneas sobre el palacio de Príamo en la destrucción de Troya-, cargando con la tradición que ha recibido de sus antepasados, y velando por asegurar una mejor vida para su descendencia. Virgilio, al narrarlo, hace referencia al espíritu de lucha y tradición que animó a los primeros romanos, atribuyendo esas cualidades a su heroico ancestro troyano, pero también esa figura poética es aplicable a nuestros tiempos, en que no faltan quienes presagien la ruina de la civilización occidental, al modo en que sucumbió la una vez resplandeciente Troya. También ahora mantener vivos los ideales y valores que hemos heredado, luchar por transmitirlos a la posteridad, parece una carga, y muchos sucumben a la tentación de abandonarlos; pero entonces es cuando decimos, con Eneas: “Pronto, padre amado, súbete a mi cuello; en hombros te llevaré, y ligera me será tal carga”<sup>8</sup>.

Toda la historia de Eneas es una constante lucha por conquistar el destino al que se sabe llamado, defendiéndolo tanto contra las amenazas que proceden de afuera, como de aquellas que vienen de sí mismo, sin detenerse ante poder humano ni divino que le sea adverso, dispuesto a sacrificar lo que haga falta, incluso su atracción por Dido, con tal de llegar a la grandeza que busca. También Rómulo y Remo llegan a mostrarse dignos herederos del heroico pasado. Así se miraban los romanos: “Desde los primeros días, podemos descubrir en los romanos un sentido de dedicación” que “llega con frecuencia a ser móvil principal de la acción”<sup>9</sup>.

---

Sobre la muerte de Remo, he seguido la opinión que sostiene Rudolf von Ihering en Ob. Cit., página 204: “Si la leyenda hizo perecer al primer *homo sacer* en Roma por la mano de su hermano, no fue para arrojar una mancha sobre el héroe que había fundado a Roma, sino por el contrario, para glorificar al que no había permitido, ni aun a su propio hermano, negarse a respetar lo que estaba bajo salvaguardia del orden divino”. Ihering escribe esto con ocasión de fundamentar su teoría, que en páginas precedentes ha expuesto, de que en la época arcaica, el *homo sacer*, reo de los delitos más aborrecidos, no necesitaba ser previamente declarado como tal para que se le pudiera dar muerte.

<sup>4</sup> “Si comparamos la tradición con los hechos históricos, encontramos algunos de éstos implícitos en aquella, aunque deformados. La Roma triunfante de los siglos posteriores se creó un pasado digno de su esplendor sobre ciertas bases legendarias que sin embargo estaban cimentadas en algo de verdad”. Bernal y Ledesma. Ob. Cit. Página 63.

<sup>5</sup> Bertolini, Francisco. Historia de Roma. Página 35.

<sup>6</sup> Ihering, Rudolf von. Ob. Cit. Página 79.

<sup>7</sup> Virgilio. La Eneida. Libro II. Página 59 de la edición referenciada.

<sup>8</sup> Ibid. Página 65.

<sup>9</sup> Barrow. Ob. Cit. Página 12.

Por su parte, el Derecho Romano es una fuerza llamada a vigorizar el perpetuo esfuerzo del jurista en la lucha por la verdad, la libertad y la justicia<sup>10</sup>, pues “la finalidad del derecho es la paz, el medio para ello es la lucha. (...) El derecho no es mero pensamiento sino fuerza viviente. Por eso lleva la justicia en una mano la balanza con la que pesa el derecho, en la otra la espada, con la que lo mantiene. La espada sin balanza es la violencia bruta, la balanza sin la espada es la impotencia del derecho”<sup>11</sup>. Con esto en mente, expongo a continuación los rasgos generales y fundamentales de la presente obra.

\*

“Todo derecho, para ser tal, (...) debe estar provisto de una técnica jurídica, a través de la cual le sea posible elaborar, interpretar, adaptar y eliminar la norma de derecho”<sup>12</sup>. El tema de la técnica jurídica ocupa el núcleo de este trabajo y, desde luego, no vamos a agotar –ni siquiera a abordar– en este breve párrafo introductorio la noción y características de ella, pero baste decir, como es necesario a modo de situarnos en el tema que se tratará, que la técnica jurídica es, en cierto modo, esa espada de la que hablaba Ihering: es la técnica jurídica lo que permite mantener el derecho, convertirlo en fuerza viviente. También afirmaba Ihering que el método jurídico es la materia cuyo conocimiento es más necesario para el jurista, ya que “además de su saber puramente positivo y del conocimiento de tal o cual derecho determinado, el jurista posee una ciencia más elevada, más general, que no está sujeta a la patria en que vive, un tesoro científico que ningún cambio ni mudanza de leyes pueden aumentar ni disminuir. La posesión de esta ciencia es la verdadera flor de ella y el fruto más noble de una existencia consagrada al derecho. (...) los verdaderos juristas de todos los países y de todas las épocas hablan el mismo idioma”<sup>13</sup>.

Sin embargo, hasta el momento hemos mencionado técnica jurídica, derecho, sin hacernos la pregunta elemental: ¿qué es el Derecho? Esta pregunta se la han formulado a lo largo de los siglos una innumerable cantidad de pensadores, y han existido diversas corrientes de pensamiento que han propuesto distintas y, no sin frecuencia, contradictorias respuestas a ella. Precisamente es esta realidad uno de los motivos determinantes de esta obra, del tema en ella tratado y del enfoque con que se realiza: las diversas escuelas filosóficas en torno al Derecho discrepan, y en ocasiones de modo tajante y hasta violento, en su concepción e idea de lo que es el Derecho, su función, naturaleza, etc. En mi opinión, en el origen de estas discrepancias se encuentra una percepción parcial (o parcializada) y, por tanto, incompleta, del hombre y su experiencia jurídica.

El ser humano indudablemente muestra una tendencia hacia lo absoluto<sup>14</sup> y, en su búsqueda, ha absolutizado lo relativo, y relativizado lo absoluto. De esta forma es que las diversas corrientes de pensamiento que han buscado explicar el Derecho han llegado a verse unas a otras como

---

<sup>10</sup> Los profesores Bernal y Ledesma lo expresan con las siguientes palabras, al tratar sobre “La crisis de nuestro tiempo y el estudio del derecho romano”: “La vuelta al derecho romano nos muestra que el secreto de la armonía jurídica no está en el exceso de legislación, sino en la dinámica y primacía de la acción, es decir, en permitir que los particulares, colaborando con los tribunales en la solución de sus controversias, alcancen soluciones idóneas con fundamento en los lineamientos generales que el derecho legislado consagra”. Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús. Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanos. Página 27.

<sup>11</sup> Ihering. La Lucha por el Derecho. Página 45.

<sup>12</sup> Bernal y Ledesma. Ob. Cit. Página 45

<sup>13</sup> Ihering. El Espíritu del Derecho Romano. Página 475.

<sup>14</sup> Podría alguien enunciar que “no existen absolutos”, pero esa afirmación sería en sí misma una proposición con pretensión de absolutismo; así, la negación de que exista el objeto al que se tiende, se convierte en la mejor confesión de la realidad de la tendencia.



mutuamente excluyentes. Las principales corrientes a lo largo de los siglos han sido el iusnaturalismo y el iuspositivismo, surgiendo en tiempos relativamente más recientes, la escuela del análisis económico del derecho. Todas, a su vez, tienen diversas subdivisiones y subcorrientes, escuelas y ramificaciones con matices distintos a lo largo del tiempo y el espacio, dentro de lo que, en general, parecería un marco conceptual uniforme. En particular, el giro que el mundo del pensamiento sufre con el advenimiento del racionalismo cartesiano y el positivismo, da como resultado una separación, bajo modos cada vez más tajantes, entre lo ideal y lo real, entre lo teórico y lo práctico, entendidos en términos muy peculiares que en su momento oportuno se expondrán.

De ahí que surjan formas de pensar bajo las cuales la justicia, la libertad, la equidad, y otros valores que el hombre tradicionalmente ha buscado a través del Derecho, se consideran como nociones abstractas con poca o nula realidad o aplicación en lo cotidiano, cuando no del todo inalcanzables. Las grandes metas de la humanidad han venido, de esta forma, a ser tomadas como tonterías o pérdidas de tiempo, y nuevamente la sabiduría de Ihering, una de las cimas humanas del pensamiento iusromanista, resulta más elocuente que mi prosa al hacer esta observación: “Hay quien se ocupa en buscar el verdadero espíritu de una cosa que maliciosamente se le oculta; en el momento en que cree haberse apoderado de él, aquél sólo es un fantasma que se desvanece y que le persuade de su equivocación. De ahí resulta que ciertas tentativas están desacreditadas para muchos, porque la generalidad, que no cree más que en lo que puede tocar con sus manos, permanece fiel a sus dudas, y no ve en estas especulaciones más que un vano delirio de la imaginación. Compréndese que esta manera de apreciar se halle extendida también entre los leguleyos prácticos, porque ellos, como Santo Tomás, necesitan ver para creer”<sup>15</sup>.

Con frecuencia, la excusa para no buscar la verdad se basa en un supuesto pragmatismo<sup>16</sup>: “hay que ser realistas” se dice, y esas palabras resultan sentencia de muerte para las tentativas del hombre por comprender mejor varias dimensiones de su mundo y de su propio ser, de tal modo que este supuesto “realismo” viene a ser no otra cosa que un disfraz para la cobardía, la ignorancia, la pereza intelectual y el pesimismo. ¿Cuántos no hay que ven la especulación teórica como ocupación necia e improductiva, prefiriendo consagrarse a una práctica supuestamente más efectiva y apegada a la realidad? Pero este falso sentido de practicidad se choca de frente, cae de espaldas y huye aterrorizado ante el genio jurídico del romano: para el jurista romano, lo teórico y lo práctico, lo ideal y lo real, no son cuestiones opuestas o irreconciliables, sino que tienen su punto de fusión, su fecunda cópula, en el día a día de la experiencia vital, social y jurídica, del individuo. El jurista romano no es un especulador de lo etéreo encerrado en su torre de marfil, sino un sacerdote de la justicia<sup>17</sup>, un ministro de la equidad, llamado a mediar, con su ciencia y su

---

<sup>15</sup> Ihering. El Espíritu del Derecho Romano. Página 34. Se refiere a Santo Tomás Apóstol, no al pensador medieval Santo Tomás de Aquino.

<sup>16</sup> “El desdén por la teoría y el énfasis sobre la práctica que se advierte en muchas Universidades del mundo obedece, al menos en parte, a una comprensión parcial del hecho de que todo el pensamiento humano encuentra su razón de ser en alguna forma de acción o práctica. Todo conocimiento consiste, en última instancia, en un saber cómo hacer algo, desde el conocimiento más general y abstracto hasta el conocimiento más particular y concreto. Pero de esto no se sigue que la práctica haya de sustituir al estudio de la teoría, pues toda práctica consiste en la aplicación de una teoría u otra, sépalo o no quien actúa. La diferencia entre quien aprende a aplicar una teoría sin saber qué teoría está aplicando y quien la aplica sabiéndolo, es que el primero está limitado a un método, a una manera o rutina de realizar una acción, mientras que el segundo está en condiciones de buscar otros métodos que sean compatibles con la teoría”, según expone el Ideario de la Universidad Francisco Marroquín (Capítulo I, párrafo 2), cuya principal autoría se debe al Dr. Rigoberto Juárez-Paz.

<sup>17</sup> Digesto, I, 1, recoge las siguientes palabras de Ulpiano: “Conviene que el que haya de estudiar el derecho, conozca primero de dónde proviene la palabra *ius* (derecho). Llámase así de *iustitia* (justicia); porque, según lo define

técnica, entre lo cotidiano y lo eterno, entre la realidad y el anhelo, para hacer del derecho esa fuerza viviente, para insuflar vida a la letra muerta de la ley, e invocar con su prudencia jurídica al espíritu de la justicia, haciéndolo encarnarse en el hoy y ahora del hombre libre<sup>18</sup>.

El jurista romano es hijo del pueblo más pragmático que ha caminado sobre la tierra, pero a la vez el que mejor se ha conceptualizado los ideales más altos del hombre: cuando el romano afirma, con Ulpiano, que “*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”<sup>19</sup> (“justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”), pone de manifiesto que “para los romanos la justicia no es entendida como un elevado valor abstracto, sino como el criterio práctico conforme al cual se logra una verdadera y sana ordenación en el seno de la comunidad humana, criterio que permite resolver el concreto y específico problema presentado ante los tribunales. Lo que no apunta la definición romana de justicia es el modo de lograr el que se dé a cada uno lo suyo. Es que en esto está el constante trabajo del hombre que busca el derecho al hacer la ley y aplicarla”<sup>20</sup>. *Voluntad*: porque las cosas no caen del cielo, sino requieren el concurso libre y conciente del individuo para realizarse. *Constante y perpetua*: porque la realización de la justicia y el derecho es objeto de una lucha incesante, y porque no es justo el que no encarna en su propia vida los valores que afirma buscar y defender. *A cada uno*: porque la justicia no es un valor abstracto que habite en un cielo lejano, sino una exigencia concreta de cada persona. *Lo suyo*: porque al reconocer la dignidad ajena y obrar en congruencia con ello, no se le hace al semejante una caridad, sino se le reconoce lo que por su propio ser le pertenece.

Por eso afirmaba también Ulpiano que “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”<sup>21</sup> (“los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo”). La crítica usual que se hace a los citados *tria iuris praecepta*, es que demuestran que para el Derecho Romano no se encontraba aún claramente demarcada la frontera entre el derecho y la moral<sup>22</sup>. Sin embargo, aparte de señalar que incluso en nuestros tiempos dicha frontera es con frecuencia difícil de determinar, lo que realmente se palpa en los principios jurídicos romanos es esa necesaria implicación de que la justicia se realiza en el día a día, que lo ideal y lo real únicamente encuentran su actualización efectiva en la vida del individuo, no en la abstracta formulación de un legislador. Por otro lado, también es cierto que el Derecho tampoco ha de aspirar a ser una moral coercitiva, pues el acto virtuoso sólo nace como flor del árbol de la libertad individual, y que el daño hecho a otro, lo suyo que no le fue dado o le fue arrebatado, puede ser reparado y restituido mediante la intervención legítima y no arbitraria de la autoridad, aún en contra de la voluntad del infractor. Aún así, los *tria iuris praecepta* permanecen como testimonio para los siglos de que el carácter romano no hacía escisiones

---

elegantemente Celso, es el arte de lo bueno y lo equitativo. Por cuyo motivo alguien nos llama sacerdotes; pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, deseando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas sino también con la incitación de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente”.

<sup>18</sup> Cuando aquí y en otras partes del escrito utilizo la expresión “hombre libre”, me refiero, salvo indicación en contrario, no a la distinción establecida en el antiguo Derecho Romano entre el *homo liber sui iuris* en contraposición al esclavo o todos aquellos que no gozaban de libertad o de autonomía jurídica en razón de sexo o estado familiar, sino a la persona humana en general que, como tal, tiene la libertad por atributo y aspiración esencial de la dignidad de su ser.

<sup>19</sup> *Digesto*, I, 10.

<sup>20</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 37.

<sup>21</sup> *Digesto*, I, 10.

<sup>22</sup> Entre muchos ejemplos que podrían citarse, Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 37.

indebidas entre la teoría y la práctica sino, antes bien, era consciente de que en el hombre libre es donde encuentra su realización y razón de ser toda especulación teórica y toda acción práctica.

\*

Así pues, encontrándose expuesto el panorama general que nos da, desde ya, cierta idea de lo que en esta obra se discutirá, queda decir que el plan se inicia con una exposición panorámica del desarrollo histórico del Derecho Romano, principalmente desde la época arcaica hasta la edad de Justiniano, examinándose además la denominada ‘segunda vida del Derecho Romano’, el ‘renacimiento de la cultura jurídica en Occidente’, el marco de la recepción y desarrollo del Derecho Romano como savia del mundo jurídico medieval y como influencia en algunas escuelas de pensamiento iusfilosófico (que, por su parte, se expondrán algunas de ellas más detenidamente en capítulos posteriores), y añadiendo finalmente algunos comentarios sobre la influencia del Derecho Romano en la época actual. Se tratará, asimismo, sobre algunos puntos de vista fundamentales en torno a la importancia del Derecho Romano y su estudio, así como sobre algunas críticas y objeciones al mismo. Estas partes del trabajo, como se comprenderá fácilmente, serán las más extensas, ya que, aun haciéndolo de forma panorámica y aspirando a la concisión, no obstante se inscriben en un marco temporal superior a los 2,700 años.

Seguidamente se hará la exposición de la técnica jurídica del derecho romano clásico, como núcleo esencial de lo que en este trabajo se argumenta. Dicho tratamiento incluirá, desde luego, sus aspectos propiamente técnicos, pero haré particular énfasis en la mentalidad y el carácter que están detrás del método jurídico así concebido, pues una idea toral de lo que se pretende transmitir es que la concepción romana sobre el Derecho, su naturaleza y funciones, su modo de operar y conocerse, es el punto determinante del genio jurídico que forjó uno de los fundamentos de la civilización occidental.

En la siguiente parte, se presentarán los puntos fundamentales, tanto históricos como doctrinales, de las escuelas del derecho natural, el positivismo jurídico, el análisis económico del derecho, y la teoría tridimensional del derecho.

En la tercera y última parte del trabajo, se aborda como cuestión previa un capítulo en el que se pretende desambiguar algunos conceptos, por considerar que es precisamente la utilización de términos equívocos en el discurso filosófico y académico lo que da lugar a las confrontaciones, divisiones y desacuerdos que, a mi juicio y según lo expondré, son (algunas de ellas) en el fondo innecesarias o inexistentes. Para poder llegar a formular tales afirmaciones, se hace necesario incluir además un capítulo en que se discute el marco epistemológico que sirve de punto de partida al análisis que se hace en esta obra, para dar lugar, finalmente, al capítulo en que se concluya demostrando cómo la técnica jurídica del Derecho Romano clásico o, más bien, el perfil mental detrás del genio jurídico romano, es de saludable necesidad para el jurista del tercer milenio.

\*

Por último, he de decir que este estudio tiene, a mi entender, dos principales finalidades: una *introdutoria-pedagógica*, que nace de mi gusto por la docencia<sup>23</sup>, el cual desde hace dos años he

---

<sup>23</sup> “Trabajado en el estudio por medio de la investigación, el conocimiento romanístico debe recaer –y también enriquecerse– en –con– la docencia. Alas del mismo pájaro, vuelan, necesariamente, al unísono. En tal contexto el

tenido oportunidad de desarrollar, gracias a la generosidad de la Doctora María Luisa Beltranena Valladares de Padilla, catedrática titular de Derecho Romano en nuestra casa de estudios, quien tuvo a bien convocarme para formar parte de su equipo de cátedra como asistente. Junto a ella y bajo su enseñanza, he aprendido a amar la noble profesión de jurista, y el Derecho Romano en particular, así como adquirí de ella los puntos de partida para algunas de las ideas que en este trabajo intento desarrollar, con alguna contribución original de mi parte. Dentro de este carácter introductorio-pedagógico del estudio, se pretende familiarizar a estudiantes de Derecho con los principales problemas y discusiones de índole filosófica que encontrarán a lo largo de sus estudios de licenciatura, así como brindarles una introducción sencilla al desarrollo histórico tanto del Derecho Romano como de la Filosofía del Derecho.

Es por ello que algunos capítulos, especialmente aquellos con más marcado carácter de exposición histórica, aspiran a la sencillez, síntesis y concisión. Por el mismo motivo, dichos capítulos y sus apartados se basarán fundamentalmente en concretas obras de determinados autores (utilizados como libros de texto en las cátedras correspondientes de nuestra casa de estudios, así como algunos otros libros sugeridos por mis catedráticos, y otros de mi propia investigación) de los cuales vienen a ser prácticamente un resumen, ello no con el afán de realizar una mera síntesis a modo de ‘copia’ de la labor de los mencionados autores, sino de, en armonía con el carácter de introducción pedagógica que dichas partes del estudio revisten, apoyarlo en la calidad de sus investigaciones, siguiendo, en la mayoría de casos, el orden expositivo y temático de los mismos, sin abrumar al lector con citas de otros doctrinantes, lo cual sería propio de trabajos más especializados y profundos, pero inadecuado a la visión panorámica que, a manera de sencilla introducción, se pretende brindar a quienes se inician en el estudio de la noble carrera del Derecho, quienes, para un estudio más detenido y enriquecedor, podrán referirse precisamente a los libros que nos sirven de base, los cuales a su vez contienen citas y referencias a otras obras que ampliarán la calidad y profundidad de sus conocimientos.

Todo lo anterior sin perjuicio de que, en algunos puntos, se recurra a su ampliación mediante comentarios y reflexiones inspiradas y sugeridas por ciertos aspectos concretos, así como referencias a otras obras especializadas que he escrutado para fundamentar esta obra, pero siendo ello la excepción más que la regla, en aras de conservar la sencillez y concisión ya aludidas. De igual forma, aun cuando algunos capítulos o secciones se fundamenten en su práctica totalidad sobre un único texto, por mi parte sintetizo su contenido variando levemente el orden en que lo expone su autor, o resumiendo únicamente la parte de éste que sea de directa relevancia para los temas que se tratan y la manera en que se hace, así como recurriendo a otros textos o fuentes para ilustrar o fundamentar algún punto específico.

Lo mismo vale decir sobre el recurso, en algunos pasajes, de citas tomadas de las fuentes jurídicas romanas, tales como las Instituciones de Gayo, el Digesto de Justiniano y constituciones

---

profesor, por encima de todo, enseña lo que sabe, y si bien es cierto que sabe lo que enseña porque ha estudiado lo que ahora sabe, no es menos verdadero que se investiga para saber, pero que sobre todo se sabe para compartir. Unida a la Universidad desde su surgimiento histórico en el Bajo imperio, el cultivo universitario del Derecho romano puede dar hoy y da eminentes servicios a la sociedad, más necesitada ahora que nunca, en esta coyuntura histórica de globalización planetaria, de juristas en el más pleno y hondo sentido de la palabra, la que en Roma tenía con el atisbo reverenciado de una profesión de fe casi sagrada: prudentes en (por) el derecho; hombres de justicia. Escribió Séneca: ‘mientras aplazamos las decisiones, la vida transcurre’. Y continúa: ‘todo, Lucilio, es ajeno a nosotros, tan sólo el tiempo es nuestro’. Aprovechémoslo. Pues la Universidad, y en ella el Derecho romano, como su antiquísima disciplina, deben formar hombres en su punto, ésos que alcanzan el perfeccionamiento mediante la voluntad de esfuerzo. Sólo de esa forma, verdaderamente, cabe hablar de *alma mater*’. Castro Sáenz, Alfonso. Metodología y Ciencia Jurídica: Hacia un Concepto de Derecho Romano. Páginas 29 y 30.

imperiales, con el fin de ilustrar lo que se expone y enriquecerlo, poniendo al lector en contacto con las palabras de los antiguos autores, si bien en la mayoría de casos éstas se presentan en sus traducciones al español realizadas por destacados estudiosos, por ejemplo, de la edición del *Corpus Iuris Civilis* dirigida por el maestro Ildelfonso García del Corral.

La segunda finalidad principal del trabajo es *interpretativa*, en cuanto pretende, por lo menos, esbozar una propuesta de teoría del Derecho con base en el marco que se expone. No es mi propósito arribar a una doctrina ecléctica o sincretista, en el sentido de que no pretendo integrar de forma indiscriminada y acrítica diversos puntos de vista por el mero hecho de armonizarlos<sup>24</sup>. Espero poder lograr tal propósito, el cual admito que, a primera vista, parece incluso un tanto contradictorio.

Dicha finalidad interpretativa no es otra cosa que mi intento personal por ordenar, maniatándolas al papel –en palabras del romanista argentino Humberto Vázquez<sup>25</sup>–, mis ideas en torno a la profesión que he elegido como ocupación de mi vida, en mi afán por hacer sentido, por hallarle coherencia, a la incesante y, en ocasiones, confusa lluvia de ideas con que un estudiante de Derecho se encuentra día a día durante cinco años de su juventud. Si, además, esta búsqueda mía puede servir a otros, me consideraré dichoso.

En resumen, el presente trabajo tiene tres dimensiones o partes<sup>26</sup>, englobadas en dos finalidades:

- Dimensión o parte *histórico-expositiva*: constituida por los panoramas históricos del desarrollo del Derecho Romano y de las doctrinas iusfilosóficas a discutirse.
- Dimensión o parte *fundamentadora*: la conforman la exposición de la técnica jurídica del Derecho Romano clásico, la desambiguación de conceptos y el marco epistemológico.
- Dimensión o parte *argumentativa*: es el punto central y culminante de lo que se pretende con esta obra, donde la exposición histórica y los fundamentos expuestos desembocan en una propuesta personal.

La parte histórico-expositiva va de la mano más directamente con la finalidad introductoria-pedagógica, mientras que la finalidad interpretativa se relaciona más con las partes fundamentadora y argumentativa. Sin embargo, considero que la parte fundamentadora es en realidad como un punto intermedio que sirve a ambas finalidades pues, como quedó dicho anteriormente, no se trata sólo de proporcionar un vistazo histórico elemental al Derecho Romano y la Filosofía del Derecho, sino también de familiarizar y ofrecer pautas de guía para algunos de

---

<sup>24</sup> A este respecto, me parece importante además señalar que tampoco es mi intención rechazar como ‘sincretistas’, ‘indiscriminadas’, ‘acríticas’, u otros calificativos que podrían resultar, si se quiere, un tanto despectivos, a las llamadas ‘doctrinas o posturas eclécticas’, por lo demás tan abundantes en la doctrina jurídica, a la vez que propuestas y respaldadas muchas de ellas por algunos prestigiosos y altamente respetables doctrinantes. Por ello, téngase en mente que la mayoría de dichas doctrinas eclécticas se refieren más bien a aspectos e instituciones propios de las sutilezas y complejidades de algunas disciplinas jurídicas concretas, lo cual no es el ámbito en el que se ubica el presente estudio.

<sup>25</sup> Cfr. Vázquez, Humberto. *Filosofía de la Pervivencia del Derecho Romano*. Página 1.

<sup>26</sup> Entiéndase “partes” como una referencia a la lógica y ordenación interna de la obra, no a la exposición material de la misma: en otras palabras, hablo aquí de “partes” del fondo del trabajo (la manera en que están concebidas las ideas que lo conforman), no de su forma (la manera en que se encuentran redactados y ordenados los capítulos en los que se expone), aunque desde luego el fondo y la forma no dejan de tener cierta correspondencia entre sí.

los problemas iusfilosóficos que el estudiante de Derecho debe acoger y sobre los cuales debe formarse su criterio, aspecto en el que considero cobra relevancia la desambiguación de conceptos que intentaré.

Como ya se ha indicado, y podrá verse en el desarrollo del trabajo, las partes del fondo de la obra no necesariamente se corresponden con las partes de su forma: antes bien, los capítulos se encuentran ordenados de tal manera que conformen una secuencia que, a mi juicio, es la lógica y adecuada para exponer el contenido, especialmente tomando en cuenta el público al que va dirigido. Por eso mismo, he explicado en esta introducción lo referente a las partes u ordenación internas, de fondo, por considerarlo importante a fin de comprender con mayor claridad la estructura y finalidad de la obra, lo que con ella pretendo y la manera en que, internamente, concibo las ideas que en ella expongo como vinculadas y ordenadas entre sí.

\*

He dicho antes que el Derecho es la profesión que he elegido pero, en realidad, no era mi primera opción de carrera, y en algún momento de mi adolescencia hasta la consideré en forma negativa, pero la sabiduría y previsión de mi padre me llevaron, casi a pesar de mí mismo, a embarcarme en esta noble travesía de justicia y libertad. No me arrepiento. Antes bien, agradezco haber seguido este camino. Espero, algún día, estar a la altura de la nobleza que el Derecho, y en especial el Derecho Romano, me han ofrecido, y de los ejemplos que he recibido de aquellos que han venido antes que yo, en medio de un mundo que a diario nos seduce hacia caminos alejados de la verdad, la libertad y la justicia.

En este trabajo se abordan, sin pretender agotarlos ni pronunciar sobre ellos la última palabra, interrogantes que han fascinado (y, no pocas veces, confundido) al hombre a través de milenios, y seguirán haciendo soñar a nuestros hijos con mundos donde el hombre libre pueda vivir y prosperar en paz. Al hacerlo, tengamos en mente que

“El curso de las ideas morales en el tiempo es todavía más maravilloso que el movimiento de los cuerpos celestes en el espacio. Aquéllas no caminan, como éstos, sin encontrar obstáculos, sino que chocan a cada paso contra la resistencia que les oponen la obstinación y la ignorancia de los hombres y todas las malas pasiones del corazón humano. (...) La verdadera poesía del derecho reside en el carácter sublime del problema que se propone y en su movimiento, comparable por su majestuosidad y regulación al del curso de las estrellas. El derecho romano más que ningún otro puede mostrarnos esa poesía de orden y de regularidad. Su historia, a mis ojos, es una obra maestra que no ha sido jamás superada, y en la que la sencillez y la unidad más grandes se unen a la actividad más enérgica”.

-Rudolf von Ihering<sup>27</sup>.

*“No doubt, no pain, come ever again; let there be light in this lifetime... and the planets of the universe go their way”*

*“I am just one small part of forever... falling star catcher”.*

-Stevie Nicks<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> El Espíritu del Derecho Romano. Página 46.

<sup>28</sup> “Planets of the Universe” (del álbum “Trouble In Shangri-La”); “Think About It” (del álbum “Bella Donna”).

**I**

**EL DERECHO ROMANO  
Y SU TÉCNICA JURÍDICA**





# I

## PANORAMA HISTÓRICO DEL DERECHO ROMANO

“El derecho es la sustancia misma de la historia de Roma. Y ha corrido por todo el mundo como un inmenso río fertilizante. (...) No existe en toda la historia universal, fenómeno más sorprendente y admirable, que el de la pervivencia de las instituciones jurídicas romanas. (...) como esa carne de los mamudes que soterradas durante milenios bajo los hielos de Siberia, todavía sirven de alimento al hombre de hoy”.

-Humberto Vázquez<sup>29</sup>.

Como inicio, haremos un recorrido, panorámico y breve, por el desarrollo histórico del Derecho Romano<sup>30</sup>. Para ello, es preciso hacer antes una explicación somera de lo que se entiende por Derecho Romano, las formas en que puede estudiarse, y cómo puede sistematizarse el estudio concreto que en este apartado se expone.

La noción de Derecho Romano en general puede entenderse en un sentido restringido y en uno amplio. En sentido restringido, comprende “el orden normativo que rigió a la sociedad romana desde sus orígenes hasta el 476 d.C. en que se extingue el Imperio Romano de Occidente”<sup>31</sup>; en sentido amplio, abarca además el desarrollo del Imperio Romano en Oriente hasta la caída de Constantinopla en poder de los turcos, su recepción por los pueblos bárbaros y las naciones de Europa occidental, y “como fuente utilizada en estos dos últimos siglos, para la formación de los códigos, especialmente de derecho privado, en gran número de legislaciones contemporáneas”<sup>32</sup>.

El estudio del derecho como dato histórico puede hacerse, principalmente, desde tres puntos de vista: “Desde un punto de vista *histórico-cronológico*, recorriendo y explicando las transformaciones sufridas por el derecho de una comunidad determinada a través del tiempo. Desde un punto de vista *dogmático*, examinando las características estructurales de una determinada institución jurídica pasada, en alguno de los períodos evolutivos del derecho al que corresponde. Desde un punto de vista *jurídico-institucional*, analizando la institución del pasado

---

<sup>29</sup> Ob. Cit. Páginas 1 y 2.

<sup>30</sup> Aparte de la finalidad introductoria-pedagógica que he expuesto en la introducción, realizo este panorama histórico por motivos de dar coherencia y unidad expositiva al presente trabajo, de tal forma que pueda en sí mismo contener la debida explicación de los temas necesarios para fundamentar lo que constituye su punto principal (en esa medida, la parte histórico-expositiva se relaciona con la parte fundamentadora y la finalidad interpretativa). Por ambos motivos, no pasa de ser una exposición somera en la medida de lo posible, sin perjuicio de añadir algún leve toque personal que estimo pertinente para lograr su finalidad. Esperando que en esos sentidos resulte útil al lector, lo mismo vale decirse de todos los capítulos de índole histórico-expositiva que conforman esta obra.

La síntesis histórica que constituye este capítulo se fundamenta, principalmente, en la obra ya citada de los profesores Bernal y Ledesma. Véanse además la introducción (páginas 27 a 73) del Tratado Elemental de Derecho Romano de Eugène Petit, y los capítulos II y III de Derecho Romano de Juan Iglesias.

Los mismos textos, en sus páginas 15 a 27 (Petit), capítulos I y IV (Iglesias), y capítulo segundo (Bernal y Ledesma) exponen las ideas y conceptos fundamentales del Derecho Romano, tema que por su naturaleza es objeto, en cierta forma, de la totalidad del presente trabajo, por lo que será una referencia constante en lo que llamo la parte argumentativa de esta obra, absteniéndome de realizar en estos momentos un capítulo propio correspondiente.

<sup>31</sup> Bernal y Ledesma. Ob. Cit. Página 21.

<sup>32</sup> Ibid. Página 22.

con base en su fundamentación jurídica en el momento en que se fue desarrollando, y permitiendo así que ésta señale su propia evolución”<sup>33</sup>.

Por su parte, el estudio histórico del Derecho Romano también se conceptúa en un sentido restringido y uno amplio. Sin embargo, en su sentido estricto abarca desde los orígenes hasta el 565 d.C., es decir, va más allá de la caída del Imperio de Occidente, la cual delimita en el tiempo la noción de Derecho Romano antes expuesta. Esto se debe, principalmente, a que el estudio histórico de la materia necesita incluir la era del Emperador Justiniano, pues como veremos, es de fundamental trascendencia. Como sentido amplio, en cambio, su estudio histórico se extiende a todo el desarrollo posterior a la etapa del derecho justiniano hasta nuestros días.

A su vez, tal estudio puede dividirse en etapas atendiendo a diversos criterios, siendo más adecuado a nuestro objeto la división que se hace por criterios jurídicos<sup>34</sup>, atendiendo a las características que presente el derecho en diversas etapas históricas cronológicamente determinadas<sup>35</sup> y, en este sentido, se distinguen cinco períodos principales del estudio histórico del Derecho Romano en sentido estricto<sup>36</sup>:

- *Arcaico*: desde la fundación de Roma hasta la promulgación de las leyes de las XII Tablas (449 a.C.).
- *Preclásico*: desde la promulgación de las XII Tablas hasta el final de la República (27 a.C.).
- *Clásico*: desde el final de la República hasta el imperio de Alejandro Severo (235 d.C.).

<sup>33</sup> Bernal y Ledesma. Ob. Cit. Página 56.

<sup>34</sup> Otros criterios usados para periodizar la historia de Roma y su Derecho son: político, social, territorial o geográfico, económico, religioso. Cfr. Bernal y Ledesma. Ob. Cit. Páginas 52 y 53. Por su parte, el criterio jurídico puede a su vez enfocarse como una cronología interna o externa del Derecho, atender a los elementos de la cultura o al principio que informa el sistema jurídico, etc. Interesante resulta la división que hace Clemente de Diego, la cual José Fernández González, en su traducción al español del Tratado Elemental de Derecho Romano de Eugène Petit (nota 9, página 29), expone de esta manera: “El ilustre romanista y profesor español Clemente de Diego, distingue dos períodos, correspondientes a las dos etapas principales de la vida del pueblo romano, separados por un espacio que llama de transición. En el primer período, el pueblo romano, trabajando sobre el legado de ideas, tradiciones y costumbres que de otros recibiera, logra constituir su individualidad poderosa, modelar su carácter y labrar su espíritu nacional, y entonces forma también su derecho propio y exclusivo, eminentemente nacional y en armonía con las enérgicas condiciones de aquel pueblo sencillo, agricultor y de grandes virtudes. En el segundo período, el espíritu nacional se debilita tanto como se fortalece el principio de universalidad; elementos extraños se infiltran uno tras otro en aquel derecho, borrando sus antiguos exclusivismos y capacitándole para engrosar la cultura de las modernas sociedades. Los dos períodos se manifiestan en lo público y en lo privado”.

Esta nota de Fernández González a Petit de la cual hemos citado únicamente el último párrafo es, como nota, extensa, pero en sí misma una síntesis rica e ilustrativa sobre el problema de la periodización de la historia del Derecho Romano; recomiendo su lectura íntegra. Recuérdese que, en última instancia, toda periodización, clasificación, etc., no deja de tener algo de arbitrario. En el presente trabajo, adoptaremos la periodización que se expone por parecerme conveniente; es además la que se adopta en la Cátedra de Derecho Romano I de esta Universidad.

<sup>35</sup> Téngase en mente la siguiente explicación de Ihering, en El Espíritu del Derecho Romano, página 52: “El día y la hora de la promulgación de una ley son fáciles de determinar, y si la historia del derecho no fuese otra cosa que una historia de las leyes, se podría tener para la mayor parte de las épocas una exactitud cronológica exterior de las más acabadas. Pero si es siempre importante en la práctica saber desde qué momento una ley está en vigor, carece de utilidad en el aspecto histórico. (...) Nada más erróneo que creer que el origen de los principios depositados en la ley corresponden a esa fecha. Puede haber entre los dos una gran distancia (...). Un principio jurídico puede haber estado vigente largo tiempo antes de haber sido sancionado por la ley, y es pura casualidad si no se ha expresado más pronto o más tarde. Sería un error, por consiguiente, fechar el origen de ese principio en el día de la aparición de la ley”.

<sup>36</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. Ob. Cit. Páginas 51 a 54.

- *Posclásico*: desde Alejandro Severo hasta Justiniano (527 d.C.).
- *Justiniano*: duración del imperio de Justiniano (527 al 565 d.C.).

Al exponer cada período, abordaremos cuatro ejes principales, haciendo, en algunos de ellos, subdivisiones con base en un criterio político, por considerar que favorece el orden y la claridad en la exposición. Dichos ejes temáticos serán los siguientes:

- Marco histórico
- Constitución social y política
- Fuentes del Derecho
- Características del Derecho

Para el estudio del desarrollo e influencia posterior del Derecho Romano, los profesores Bernal y Ledesma exponen también una división que, si bien no prescinde de las necesarias delimitaciones cronológicas o temporales, no es propiamente una periodización, sino más bien una división temática que ayuda a poner en perspectiva dos fenómenos importantes de la llamada segunda vida del Derecho Romano: la recepción, que se opera durante un período de varios siglos, con variaciones en el espacio y el tiempo; y el movimiento codificador, que en el espacio de aproximadamente un siglo viene a cambiar de forma radical el mundo jurídico, con importantes repercusiones en cuanto a la vigencia del Derecho Romano, y de la mano de grandes cambios en el ámbito de las ideas y la política. A su vez, desde la aparición de las universidades en la Edad Media, el desarrollo jurídico en general y del iusromanismo en particular va unido al ámbito académico, por lo que ambos fenómenos se enmarcan dentro de la aparición y labor de diversas escuelas del Derecho, que influyen sobre los desarrollos y simultáneamente se nutren de ellos. Así, Bernal y Ledesma exponen los siguientes puntos, que corresponden al desarrollo del Derecho Romano en occidente, por ser el enfoque relevante al presente estudio<sup>37</sup>:

- Primeros siglos de la Europa medieval (473-1090).
- Escuelas del derecho y su evolución (siglos XII al XIX).
- Recepción del Derecho Romano en Europa occidental (1500-1900).
- Movimiento codificador del siglo XIX (1804-1900).
- Tendencias actuales.

Por los motivos arriba expuestos, los cinco enunciados que preceden no son propiamente períodos históricos y cronológicos de un todo, sino como cinco ramas de un solo árbol que, en su proyección temporal, a veces se traslapan y sobreponen, por partir de enfoques distintos y referirse a fenómenos diversos que, no obstante, guardan entre sí cierta relación en mayor o menor grado de intimidad. Por eso, en el estudio histórico en sentido amplio del Derecho Romano posterior a Justiniano, nuestra exposición panorámica se separará un tanto del punto de vista estrictamente cronológico, para permitir abordar mejor los temas, al mismo tiempo que tratando de hacer la debida referencia a la relación recíproca que éstos tienen. No obstante, para tratar de preservar en la medida de lo posible el sentido cronológico que facilite la comprensión del lector, recurriremos a la división por épocas de la historia universal adoptada con cierta generalidad por los historiadores, aunque haciendo en este momento la salvedad de que tal

---

<sup>37</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 54 y 55. Se expondrán en su momento algunos aspectos de su desarrollo en oriente, según sean de relevancia para el punto que nos interesa.

periodización responde a criterios que no siempre coinciden con los puntos o momentos clave de la historia de la ciencia romanística. Aún así, observará el lector que, en líneas generales, sí resulta adecuada dicha periodización, y por juzgarlo así es que elijo enfocarlo de esta forma, por parecerme apropiada al sentido introductorio que inspira esta parte de nuestro estudio.

Sabiendo ya lo que se entiende por Derecho Romano, cómo se aborda su estudio histórico, y la periodización y división que se adoptan para facilitarlos, tenemos trazado el itinerario y acondicionado el vehículo para recorrerlo. Empecemos, entonces, nuestro viaje en el tiempo.

## I. DESDE LOS ORÍGENES HASTA LA ERA DE JUSTINIANO

Comprende este período lo que hemos denominado anteriormente como Derecho Romano en sentido estricto, con la salvedad hecha de que, para efectos de su estudio histórico, tal noción abarca también la época de Justiniano (hasta el 565 d.C.), si bien lo que propiamente se entiende por Derecho Romano se considera finalizado hacia la caída del Imperio de Occidente (476 d.C.).

### 1. Período arcaico: de la fundación de Roma a la Ley de las XII Tablas

La fundación de Roma, como se ha dicho, está envuelta en leyenda<sup>38</sup>. La tradición romana da como fecha fundacional de la ciudad el 21 de abril del 753 a.C. Italia estaba habitada por lo menos desde la era paleolítica superior, y antes del año 1000 a.C. probablemente fue fundada Roma por los pueblos itálicos de la región del Lacio al sur del río Tíber. Dichos pueblos habrían sido descendientes de invasores indoeuropeos provenientes de las regiones lacustres al norte de los Alpes, los cuales hicieron su entrada al comienzo de la edad de bronce<sup>39</sup>.

Además de ellos, entre los siglos XII y VI a.C. ocupan distintas partes de la península los griegos y los etruscos, pueblos que serían las influencias más poderosas durante los primeros años de Roma<sup>40</sup>. Los etruscos probablemente venían del Asia Menor, y su comercio con ciudades griegas y con Cartago le permitieron adquirir elementos de otras culturas. A través de las colonias griegas del sur de Italia, Roma entra en contacto con el mundo mediterráneo. Es en una de ellas en donde los griegos introducen a Europa el alfabeto, que fue adoptado por los etruscos y, a través de ellos, llegó a Roma<sup>41</sup>.

Roma nace de la fusión de las tribus de latinos, etruscos, y sabinos, iniciando su vida como una pequeña población de agricultores con una extensión territorial no mayor de 500 kilómetros cuadrados<sup>42</sup>. Para el estudio del período arcaico, lo dividimos en dos partes según las formas de gobierno o constitución política que se dieron: la monarquía y la república, examinando el marco histórico, la constitución política y social, y las fuentes del Derecho en cada uno de ellos, para

<sup>38</sup> Bickerman considera que la historia de Rómulo y Remo es “indígena y antigua”, es decir, propia de los pueblos que conformaron Roma, mientras que la ascendencia troyana a través de Eneas es producto del helenocentrismo que tiene su origen en que los griegos fueron, entre todos los pueblos de la antigüedad, quienes de forma más esmerada y científica abordaron el estudio sobre los orígenes de las naciones. Esto, a su vez, lo ve como factor influyente para que las demás civilizaciones, entre ellos Roma, aceptaran tales teorías sobre sus orígenes. El primer autor griego que trató el origen de Roma fue Helánico, hacia el 430 a.C. Cfr. Bickerman, Elias J. *Origines Gentium*, en *Classical Philology*, páginas 65 a 81.

<sup>39</sup> Cfr. McNall Burns, Edward. *Civilizaciones de Occidente: Su Historia y Su Cultura*. Páginas 221 y 222.

<sup>40</sup> Cfr. *Ibid.* Página 222.

<sup>41</sup> Cfr. Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 32 a 34.

<sup>42</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit* Página 63.

luego exponer las características del Derecho correspondientes a la generalidad del llamado período arcaico.

## A. La monarquía

Los años más remotos de la monarquía romana se funden con aquel pasado legendario que ya hemos mencionado. El período monárquico abarcaría, entonces, desde el legendario 753 a.C. en que se funda Roma, hasta el 509 a.C., fecha en que se ubica la expulsión de Tarquino el Soberbio, último rey.

### a) Marco histórico<sup>43</sup>

Según la leyenda, Rómulo fundó Roma como un asilo bajo los auspicios de Vejovis, dios de los desterrados, a quienes el destierro servía de expiación<sup>44</sup>. Esta deidad tenía un templo desde tiempo inmemorial en el Capitolino, y ahí Rómulo convocó a los desterrados de otros pueblos a unirse a la ciudad recién fundada. La tradición también hace referencia al raptó de las sabinas<sup>45</sup> (747 a.C.), mediante el cual los romanos lograron asegurar la continuidad de su población.

A un rey sabino, Numa Pompilio (quien, según la leyenda, reinó de 717 al 673 a.C.), se atribuye el fortalecimiento de las instituciones religiosas<sup>46</sup>, principalmente mediante la unificación de las creencias de los sabinos y latinos. Posteriormente, ocurre el reinado de Tulio Hostilio (673 a 639

<sup>43</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 35 a 46.; Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 347 a 353.

<sup>44</sup> “El origen de Roma, según la leyenda, es un estado de salvajismo y de anarquía. Los fundadores de Roma son bandidos y aventureros; desterrados por los suyos, y que, por amor a una libertad sin freno, se han separado de sus conciudadanos abandonando sus dioses y sus familias, y no llevando consigo sino su brazo y su espada. (...) Pero el mismo Rómulo pone a ello fin haciendo reinar el orden y el derecho como los únicos lazos capaces de contener esta turba salvaje”. Ihering. *Ob. Cit.* Página 69.

Cabe mencionar aquí que, a decir de Margadant, la obra citada de Ihering “como visión histórica, tiene fallas: no pertenece a la corriente de los historiadores” (*La Segunda Vida del Derecho Romano*. Página 333). No obstante, nótese a la vez que los pasajes de Ihering que citamos al pie en esta y subsiguientes páginas de la presente sección hacen referencia (a veces expresa) al carácter legendario que rodea esta etapa arcaica, por lo que, a mi juicio, Ihering no está tratando de historizar, sino de interpretar el sentido de las leyendas romanas en cuanto estas son reflejo del ‘espíritu popular’, el *volkgeist* que tanto interesó a los autores de la escuela histórica alemana. Es en ese sentido que resultan ilustrativas las referencias a la obra de Ihering: como interpretación del carácter romano y su proyección en lo jurídico, no como intentos de proporcionar datos históricos que, por lo demás, el mismo Ihering está conciente que revisten carácter de leyenda. Por eso, la exposición propiamente histórica que haremos se basa principalmente en las obras de Bertolini y McNall Burns (historiadores) y de Bernal y Ledesma (romanistas, quienes a su vez se basan sobre historiadores en lo pertinente). Esto sin perjuicio de que en otros pasajes de su obra Ihering sí incurra en fallas de carácter propiamente histórico, como señala Margadant, cuya aclaración corresponderá al lector al momento que decida abordar la magna obra de Ihering, recurriendo para ello a los correspondientes estudios históricos que tenga a su alcance. Desde luego, también sin perjuicio de la relevancia que el pensamiento de Ihering tenga en cuanto filosofía del Derecho, como visión propiamente jurídica.

<sup>45</sup> Ihering ve en esta leyenda una manifestación del principio de la voluntad subjetiva, expresado en la aprehensión, como fuente originaria del derecho en Roma: “La idea de que la aprehensión es el verdadero origen del dominio jurídico se manifiesta además en dos usos. Primero indicaré las nupcias romanas. El marido arrebató a la mujer del hogar paterno (...). Sin embargo, la leyenda del raptó de las Sabinas fue más bien el efecto que la causa de esta costumbre”. *Ob. Cit.* Página 83.

<sup>46</sup> “Numa, su sucesor, que según la leyenda fue llamado al trono por la reputación de su piedad y su espíritu de justicia, aparece como el representante del principio religioso. No se ciñe solamente al establecimiento de la religión, a la introducción de nuevos dioses y al régimen del culto, sino que tiene por fin fundar de nuevo, bajo el imperio de las leyes y de la moral, la ciudad que se había alzado por la violencia y por la fuerza de las armas”. Ihering. *Ob. Cit.* Página 70.

a.C.), que tiene como principal logro la conquista de la antigua ciudad latina de Alba Longa<sup>47</sup>. Anco Marcio (639 a 616 a. C.) funda la ciudad de Ostia y continúa las guerras para someter a las tribus latinas. Se atribuye a Anco Marcio la fundación del Derecho Internacional, al haber redactado leyes para regular la declaración y conducción de las guerras<sup>48</sup>.

Lucio Tarquino el Antiguo (616 a 578 a.C.) hizo importantes cambios en Roma, tales como la desecación de las tierras bajas del *septimontium*, la construcción de cloacas y canales subterráneos, así como la introducción de los lúceres (tribu etrusca) al senado. Su sucesor, Servio Tulio (578 a 534 a.C.), es señalado por la tradición como autor de la importante reforma constitucional que, al crear los comicios por centurias, empieza a desdibujar la división existente entre patricios y plebeyos, sustituyendo el criterio de linaje por el de fortuna como determinante de la nobleza romana, que gran influjo habría de ejercer en la época republicana<sup>49</sup>.

El último rey de Roma, Tarquino el Soberbio (534 a 509 a.C.), entra en escena como yerno de Servio Tulio. La tradición le atribuye haber asesinado a su suegro para tomar el trono, en conspiración con su esposa Tulia, hija de Servio<sup>50</sup>. Se señala que Tarquino fue apoyado por los patricios para que aboliera los nuevos derechos obtenidos por la plebe con la reforma serviana pero, una vez en el poder, atacó también los antiguos privilegios patricios, en busca de instaurar una monarquía absoluta y hereditaria, suplantando el antiguo régimen, que podría considerarse una mezcla de monarquía y aristocracia<sup>51</sup>. De ahí que tanto la plebe como el patriciado se coaligaran para derribar la monarquía.

La revolución que derrocó a Tarquino tuvo tres etapas<sup>52</sup>: primero, la *revolución familiar*, como una rivalidad entre dos ramas de la familia de los Tarquinos, la una liderada por el rey y la otra por su sobrino Lucio Junio Bruto. Cuenta la tradición que Sexto Tarquino, un hijo del rey, deshonoró a Lucrecia, esposa de Lucio Tarquino Colatino, desencadenando la revuelta que culminó con la subida al poder de la segunda rama de los Tarquinos en forma transitoria. La segunda etapa corresponde a la *revolución patricia*, culminando con el ascenso de Publio Valerio Poplícola al consulado junto con Bruto, quien había sido el primero en ocupar el consulado junto a Colatino. Por último, la *revolución popular*, que culmina con la sustitución de la familia de los Valerios.

---

<sup>47</sup> Este es un paso importante en la gradual consolidación de Roma como potencia. Bertolini observa que “Consecuencia de la caída de Alba Longa, y de la traslación de sus nobles a Roma, formando una nueva tribu, fue la preponderancia que en ella adquiriera el elemento latino sobre el sabino, el elemento monárquico sobre el sacerdotal”. *Ob. Cit.* Página 38.

<sup>48</sup> Cfr. Ihering. *Ob. Cit.* Página 70, y además la nota 8 en la misma página.

<sup>49</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 73.

<sup>50</sup> “La monarquía romana cayó por obra del patriciado, que se repartió sus despojos. Al patriciado, pues, importaba que el poder real no renaciese, y el mejor medio para conseguirlo era pintar como cruelísimo tirano al último rey infamando su nombre y su memoria”. “A creer lo que [la tradición] dice, Tarquino el Joven inventó todos los instrumentos de suplicio, para usarlos contra sus súbditos. Hasta las obras de utilidad pública se le atribuyen culpablemente”. Bertolini. *Ob. Cit.* Página 44.

<sup>51</sup> Así, por ejemplo, lo afirma Dionisio, al poner en boca de Coriolano las palabras que Bertolini cita en la página 44, *Ob. Cit.*

<sup>52</sup> Basamos esta parte en lo expuesto por Bertolini, en *Ob. Cit.*, páginas 47 a 52. Con ocasión de relatar la revolución que dio inicio a la República, Bertolini expone su teoría de que la institución de la dictadura precedió a la del consulado.

## b) Constitución social y política

No se conoce con exactitud el origen de la distinción entre patricios y plebeyos, vigente en Roma desde su nacimiento. Existen cuatro teorías principales al respecto: la *tradicional*, expuesta principalmente por Plutarco, Cicerón y Tito Livio, según la cual su origen radica en que “Rómulo, al crear el senado, llamó a sus miembros *patres*, integrando así la clase patricia y todos los demás quedaron en calidad de plebeyos”<sup>53</sup>. En cambio, las teorías modernas son<sup>54</sup>:

- *Etnicista*: los patricios fueron una de las tres tribus que formaron Roma, que sometieron a las otras dos. El problema es determinar cuál de las tres tribus fue la que resultó dominante.
- *Clientelista*: los patricios son los fundadores de la ciudad y sus descendientes; los plebeyos son los extranjeros y esclavos liberados que quedaron en calidad de clientes.
- *Económica*: los patricios eran los terratenientes; los plebeyos los labriegos y jornaleros.

Bernal y Ledesma adoptan una teoría que podemos llamar *ecléctica*, considerando que la plebe se nutrió de diversos factores como los mencionados por las teorías modernas. La importancia de la plebe se manifestará, principalmente, en los primeros siglos de la época republicana.

En cuanto a la religión y el culto, los romanos eran politeístas, practicaban el animismo, y tenían tres órdenes de divinidades: los dioses de la naturaleza (llamados *numida*), que eran el culto rendido a las fuerzas naturales, además dotando de alma a las montañas, ríos, rocas, etc.; los dioses nacionales, de influencia principalmente griega, que recibían un culto estatal; y la religión familiar, que se comenta en el subtítulo dedicado a la familia<sup>55</sup>.

Los puntos de partida del orden político en la Roma arcaica son la familia y la organización militar<sup>56</sup>. Por tanto, para entender la constitución social y política de este primer período histórico de Roma, hemos de ver las instituciones que lo conforman, siendo éstas: la familia, la *gens*, los comicios, el senado, el rey.

Según Ihering, la organización política de Roma en la etapa de la monarquía respondía a un criterio militar: entiende que por “pueblo” se indica al grupo de jóvenes aptos para llevar las armas<sup>57</sup>, que las asambleas populares se originan en reuniones del ejército<sup>58</sup>, y que el rey era un general en jefe<sup>59</sup>. Con esto fundamenta Ihering las características de las instituciones de la monarquía: las potestades y facultades del rey derivaban de su calidad de general en jefe de un pueblo siempre en pie de guerra; las asambleas populares, en principio, se integraban sólo con los jóvenes, “porque ellos tienen voluntad, y no se considera como verdadera voluntad sino la del

<sup>53</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 69.

<sup>54</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 69 y 70.

<sup>55</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 64 y 65.

<sup>56</sup> “El Estado antiguo echa sus raíces en la familia, y elevando su tronco esparce su ramaje en la constitución militar; o en otros términos, las *gentes* y el respectivo lugar que ocupaban los individuos en el seno de ellas se fundan en la idea de familia, y las curias y las tribus, con sus jefes y el rey, en el interés militar”. Afirmación de Ihering, que éste magistralmente desarrolla en *El Espíritu del Derecho Romano*, páginas 127 a 187.

<sup>57</sup> Cfr. *Ibid.* Página 178.

<sup>58</sup> Cfr. *Ibid.* Página 176.

<sup>59</sup> Cfr. *Ibid.* Página 179

hombre que puede ejecutar sus resoluciones”<sup>60</sup>, de donde se entiende también que los ancianos (el senado) tuvieran un carácter consultivo y no deliberativo.

### i) La familia<sup>61</sup>

Núcleo de la sociedad romana, la familia se entiende como un grupo de personas sometidas a la autoridad del *paterfamilias*, es decir, se basa en la potestad del jefe sobre sus miembros.

La familia tenía las siguientes notas características:

- *Monogámica*: se funda sobre la unión de un hombre con una mujer.
- *Patriarcal*: pertenecían a ella los descendientes por línea paterna.
- *Política*: se organiza para fines de orden y defensa social.
- *Autónoma*: era un organismo independiente de otros grupos familiares.
- *De parentesco agnaticio*: el vínculo que la constituía no era sanguíneo, sino agnaticio, es decir, se determinaba por la sujeción a un mismo jefe.
- *Autoridad del pater*<sup>62</sup>: su máxima autoridad era el *paterfamilias*, quien era su jefe único, juez supremo y sacerdote, con poder para dar vida o muerte (*ius vitae necisque*) a los que estaban bajo su potestad. Originalmente dicho poder recibía el nombre de *manus*, ejercido por igual sobre la mujer, los hijos, las nueras, los demás descendientes, esclavos y las cosas. La *manus* se va desmembrando hasta conceptualizarse como *manus* sobre la mujer y las nueras, como *patria potestas* sobre los hijos y demás descendientes, como *dominica potestas* sobre los esclavos, y el *mancipium* sobre los dados *in nexi*, *in noxa* o *in mancipium*, y sobre los bienes.
- *Religiosa*<sup>63</sup>: cada familia tenía sus dioses propios: el *lar* o primer ascendiente, los *manes* o demás antepasados fallecidos, y los *penates* o genios protectores de la familia. El culto doméstico era privativo de cada familia y era dirigido por el *pater*.

Ligada a la familia se encuentra la clientela, conformada por “individuos libres que por alguna causa se sometían a la potestad de un ciudadano romano, obligándose para con él a llevar a cabo una serie de actuaciones y recibiendo a cambio su protección ante los tribunales y la detención de tierras para el cultivo”<sup>64</sup>.

Probablemente, la clientela se conformaba por extranjeros venidos a Roma, y por esclavos liberados que permanecían ligados a la familia de su antiguo dueño. El estatus de cliente era

<sup>60</sup> Cfr. *Ibid.* Página 177.

<sup>61</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 66 y 67.

<sup>62</sup> Para ampliar este tema, tan fundamental en el sentir y vivir jurídicos de Roma, véase el estudio que sobre el poder doméstico y las relaciones de familia realiza Ihering en *Ob. Cit.*, páginas 363 a 406.

<sup>63</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 64 y 65.

<sup>64</sup> *Ibid.* Página 68.



perpetuo y hereditario, y la institución desaparece conforme Roma se internacionaliza a través de la conquista y de la transformación de su economía<sup>65</sup>.

## ii) La *gens*<sup>66</sup>

Existen diversas teorías sobre el origen y características de esta institución que, por lo demás, desapareció en épocas tempranas. La más aceptada es que constituía una agrupación natural de familias con ascendencia común. “La *gens* es una familia en grande y un Estado en pequeño”<sup>67</sup>, afirma Ihering.

La *gens* tenía su organización interna propia, al igual que su propia religión, patrimonio, fiestas, y normas de derecho privado. Vigilaba que el *paterfamilias* no abusara del *ius vitae necisque*.

## iii) Los comicios<sup>68</sup>

Con el nombre de comicios se conoce a las asambleas del pueblo romano que eran convocadas para conocer y decidir sobre asuntos de su competencia. Se les clasifica según el criterio que servía de base para organizarlos, siendo los siguientes:

### *Comicios curiados*

Su organización atendía a un criterio de linaje o gentilicio. Se reunían por grupos en una unidad llamada curia, habiendo diez curias<sup>69</sup> en cada una de las tres tribus. A su vez, cada curia se componía de diez *gentes*.

Su función principal era elegir al nuevo rey, propuesto por un miembro del senado llamado *interrex*. Es probable que, en un principio, hallan tenido facultades legislativas generales, que luego fueron quedando limitadas a algunos actos importantes relacionados con la familia, como la adrogación o el testamento<sup>70</sup>.

### *Comicios centuriados*

Organizados con base en un criterio económico, tratar de este tipo de asamblea comicial es tanto como exponer la reforma constitucional que sufrió Roma, atribuida al rey Servio Tulio, quien reinó del 578 al 535 a.C. Con base en un censo de la población, se dividió al pueblo en cinco clases según el monto de las fortunas con que contarán.

Cada clase, a su vez, se dividió en centurias, habiendo igual número de centurias de jóvenes (*iuniores*, menores de 45 años) y de mayores (*seniores*, mayores de 45 años). Eran llamados a

<sup>65</sup> Cfr. *Ibid.* Página 69.

<sup>66</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 67 y 68.

<sup>67</sup> Ihering. *Ob. Cit.* Página 131.

<sup>68</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 71 a 74.

<sup>69</sup> Ihering afirma que “hemos procurado demostrar que las expresiones *curiae*, *decuriae*, que designan las divisiones del pueblo, tiene etimológicamente un sentido militar. Si *vir*, como hemos visto, es el guerrero, *conviria* o *curia* será, por consiguiente, una división guerrera, y *decemviria*, *decuria*, una subdivisión de diez hombres; palabra esta última que señala el puesto de la *gens* en la organización militar. (...) La etimología enseña también que los *comitia curiata* eran en su origen las reuniones del ejército”.

<sup>70</sup> Ihering les atribuye una función de garantía pública de derechos privados, derivada de los principios de familia y de voluntad subjetiva. Ver *Ob. Cit.*, páginas 106 a 109.

votar por orden de clases, y se asignaba mayor cantidad de votos (cada centuria equivalía a un voto) a las clases más acomodadas. Así, la reforma servía un fin militar, para integrar las legiones; fiscal, para cobrar impuestos; político, para reestructurar las asambleas populares<sup>71</sup>.

### ***Comicios por tribus***

Atendiendo a un criterio territorial, cual es la división de la ciudad en 4 sectores (también atribuida a la reforma serviana), que luego fueron aumentándose, se agrupaban estas asambleas, cuyas funciones son poco conocidas, si bien algunos estudiosos consideran que “son los propios *concilia plebis*, en cuanto convocados por los magistrados *cum imperio*, sea para elegir los magistrados menores, sea para la votación de leyes”<sup>72</sup>.

### **iv) El senado**

Cuerpo consultivo integrado por los ciudadanos de mayor experiencia y responsabilidad (de ahí su nombre: *senes* significa “ancianos”). Algunos consideran que originalmente se hallaba integrado por los jefes de cada *gens*. En la época monárquica, sus decisiones no eran obligatorias, teniendo tan sólo la autoridad de la experiencia. Uno de sus miembros era quien proponía al nuevo rey<sup>73</sup>.

### **v) El rey**

Durante esta época, el rey era el primer magistrado, reuniendo en su persona las funciones de “jefe político y militar, supremo sacerdote de la religión nacional y máximo juez en las controversias”<sup>74</sup>. Contaba con funciones legislativas mediante la proposición de las leyes, pero siempre vio limitado su poder por el senado y el pueblo reunido en los comicios<sup>75</sup>.

Por gobernar con la intervención de los comicios y el asesoramiento del senado, no puede considerarse una monarquía absoluta. Además, si bien el cargo era vitalicio, puede considerársele como una monarquía electiva o representativa, debido a que, al principio, era elegido por los comicios y, posteriormente, aunque fuera nombrado por su predecesor, tenía que ser aprobado por el senado<sup>76</sup>.

### **c) Fuentes del Derecho**

“Ciertamente en el comienzo de nuestra ciudad el pueblo determinó primero vivir sin ley cierta, sin derecho cierto, y todo se gobernaba con la fuerza por los reyes”<sup>77</sup>. “Expulsados después los reyes por la ley Tribunicia, cayeron en desuso todas estas leyes”<sup>78</sup>, y comenzó otra vez el pueblo

<sup>71</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 72.

<sup>72</sup> Iglesias, Juan. *Derecho Romano*. Página 17. Sobre los *concilia plebis*, magistrados *cum imperio*, etc., véase la correspondiente sección más adelante.

<sup>73</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 74.

<sup>74</sup> “La dignidad real no es, pues, el cúmulo de tres poderes independientes: el poder militar, el poder político y el poder religioso; el rey no es el jefe del ejército, el soberano y sumo sacerdote, sino que es el caudillo del ejército, y como tal tiene el derecho de reunirlos con un fin político y de ofrecer sacrificios en su nombre”. Ihering. *Ob. Cit.* Página 180.

<sup>75</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 71.

<sup>76</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 70 y 71.

<sup>77</sup> Manual (*Enchiridion*) de Pomponio, citado en *Digesto*. I, 2, 2, 1.

<sup>78</sup> Se refiere a leyes emitidas durante la monarquía.

Romano a regirse más bien por un derecho incierto y por la costumbre, que por ley alguna promulgada; y toleró esto casi veinte años”<sup>79</sup>.

Como es propio de los estadios primitivos de los grupos humanos, la principal y más natural fuente de normas jurídicas es la costumbre, entendida como “la conducta positiva o negativa efectuada repetidamente de generación a generación, que crea una conciencia determinada de comportamiento, convirtiéndose por ello en norma de carácter obligatorio”<sup>80</sup>.

Los dos elementos que configuran la costumbre son:

- *Inveterata consuetudo*: elemento objetivo, repetición de la conducta.
- *Opinio iuris seu necessitatis*: elemento subjetivo, convencimiento de que tal conducta debe llevarse a cabo.

“En un inicio los romanos las llamaron *mores maiorum* –costumbre de nuestros mayores– y posteriormente *consuetudo*”<sup>81</sup>. “En el sentido más amplio, la frase [*mores maiorum*] puede abarcar la constitución política y el armazón jurídico del Estado (...). En el sentido más limitado, la frase significa el concepto de la vida, las cualidades morales, junto con las normas y los precedentes no escritos inspiradores del deber y la conducta, componiendo todo ello una sólida tradición de principios y costumbres. A esta tradición se apelaba cuando algún revolucionario atentaba violentamente contra la práctica política, contra las costumbres religiosas, o contra las normas de moral o del gusto”<sup>82</sup>.

El mismo Barrow nos ofrece un cuadro del carácter y “las virtudes que a través de su historia los romanos consideraron como típicamente romanas”<sup>83</sup>, y que conforman precisamente esas *mores maiorum* con repercusiones en lo jurídico: la *pietas* o piedad, reconocimiento del hombre de algo externo que ejerce sobre él una fuerza obligatoria, llamada *religio*, entendiéndose por hombre piadoso a aquel que reconoce los derechos de otros y cumple con el correspondiente deber, respecto de los dioses, los padres, los mayores, los hijos, bienhechores, la patria, y todo lo que pueda provocar respeto o afecto. Este ideal de piedad “era lo bastante poderoso para modificar en la práctica las rigurosas disposiciones del derecho privado”<sup>84</sup>. La *gravitas*, que es seriedad, sentido de la importancia de los asuntos entre manos, sentimiento de responsabilidad, unido a la *constantia* o firmeza de propósito, o a *firmitas*, tenacidad. “*Disciplina* es la formación que da la firmeza de carácter; *industria* es el trabajo arduo; *virtus*, la virilidad y la energía; *clementia*, la disposición a ceder en los derechos propios; *frugalitas*, los gustos sencillos”<sup>85</sup>. A su vez, consideraban la *comitas*, “atenuación de la excesiva seriedad por la desenvoltura, el buen humor y el humor”<sup>86</sup>, que atenuaba la *severitas* o severidad con uno mismo, que resume todas las virtudes romanas. Afirma Barrow que “la mentalidad romana es la mentalidad del campesino y

<sup>79</sup> Pomponio, en *Digesto*. I, 2, 2, 3.

<sup>80</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 79.

<sup>81</sup> *Loc. Cit.*

<sup>82</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Página 25.

<sup>83</sup> *Ibid.* Página 23.

<sup>84</sup> *Ibid.* Página 24.

<sup>85</sup> *Loc. Cit.*

<sup>86</sup> *Ibid.*

del soldado; no la del campesino ni la del soldado por separado, sino la del soldado-campesino”<sup>87</sup>.

Durante la etapa monárquica, la actividad legislativa es muy reducida, teniendo más amplitud de campo la costumbre. Algunos historiadores y juristas romanos hablaron de la existencia de las llamadas leyes regias, propuestas por los tres primeros reyes (Rómulo, Numa Pompilio, Tulio Hostilio) a los comicios curiados, recopiladas hacia el final de la monarquía por Publio Papirio en su *Ius Civilis Papirianum*<sup>88</sup>. La crítica moderna, en cambio, considera que las leyes regias eran en realidad disposiciones religiosas emanadas del colegio de los pontífices<sup>89</sup>.

## **B. La república**

Con la caída de la monarquía, inicia en Roma la etapa de la república consular. En la división con criterio jurídico que seguimos para este estudio, la etapa del derecho romano arcaico culmina con la promulgación de la Ley de las XII Tablas, por lo que esta sección abarca desde los años posteriores a la expulsión de Tarquino el Soberbio (509 a.C.), hasta 449 a.C., en que ocurre la aprobación comicial de las XII Tablas<sup>90</sup>.

### **a) Marco histórico**

La república nace en medio de la guerra contra Porsenna, rey etrusco a quien Tarquino el Soberbio pidió ayuda para restaurarse en el trono. Las versiones de la historia sobre esta guerra difieren, pero hacia 496 a.C. se produce la batalla del lago Regillo, que pone fin a las guerras a que dio origen la caída de los Tarquinos<sup>91</sup>.

Hacia el 500 a.C. se inician las luchas entre patricios y plebeyos, ocurriendo la primera secesión de estos cerca del 494 a.C. Al ir a luchar en las guerras de conquista, los plebeyos dejaban abandonadas sus tierras y, al regresar, se veían obligados a contratar préstamos para reiniciar su subsistencia. Así, desposeídos y endeudados, los plebeyos nombran como líder a Sicinio Belluto y, acampados en una altura de los montes Crustuminius, coordinan con facciones que habían quedado dentro de la ciudad para que éstas tomen el Aventino. El senado, enviando una comisión presidida por Menenio Agrippa, logra apaciguar a los insurrectos, fijándose las condiciones de la paz por el dictador Mario Valerio. Así nace el tribunado de la plebe, figura que habría de tener gran importancia en la historia republicana. El pacto entre patricios y plebeyos, al igual que el monte en que se sostuvo la secesión, fueron llamados sagrados o sacros<sup>92</sup>.

Este período también se caracteriza por las guerras contra pueblos vecinos como los ecuos y los volscos, así como la alianza con la liga latina en 493 a.C. Comienza también Roma a relacionarse y firmar tratados con potencias extranjeras como Cartago<sup>93</sup>.

---

<sup>87</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Página 12.

<sup>88</sup> Cfr. *Digesto*. I, 2, 2, 2; y I, 2, 2, 36.

<sup>89</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 81.

<sup>90</sup> Bernal y Ledesma colocan la aprobación comicial de las XII Tablas al inicio de la época preclásica en su cronología (página 356), pero lo estudian como penúltimo tema en el capítulo de la época arcaica, por lo que seguimos esta misma orientación.

<sup>91</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 52 y 53.

<sup>92</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 55 a 58; Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 76 y 77.

<sup>93</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 78.

También de esta época data la fracasada reforma agraria propuesta por el cónsul Espurio Casio<sup>94</sup>; la oligarquía de los Fabios, familia que ocupó el consulado durante varios años y se destacó militarmente, habiendo pasado de opositores a aliados de la plebe<sup>95</sup>. En el escenario de las luchas entre patricios y plebeyos, destaca las figuras de Marcio Coriolano y Cesón Quincio, modelos de la juventud patricia que “faltos por su edad de prudencia y clama, bajan a la plaza acompañados de gran séquito de clientes, y desafían con inconsideradas provocaciones a la plebe”<sup>96</sup>. Ambos, en su momento, fueron condenados a muerte, organizando en el destierro fallidos intentos militares contra Roma<sup>97</sup>.

Importante personaje de la época fue también Lucio Quincio Cincinato (padre de Cesón), quien ocupó en dos ocasiones la dictadura: para luchar contra ecuos y volscos (458 a.C.), y para combatir una revuelta plebeya (439 a.C.). Es recordado por su sencillez y virtud, habiéndose retirado a labrar sus campos luego de que el proceso seguido contra su hijo Cesón le hiciera caer en la pobreza. Cincinato se opuso a la iniciativa del tribuno Terentilio de redactar lo que llegarían a ser las XII Tablas, cuya promulgación es el punto culminante de este período y se tratará más adelante<sup>98</sup>.

## b) Constitución social y política

Con la desaparición del régimen monárquico, surgen nuevas instituciones políticas que, junto con el senado y los comicios, serán el armazón del gobierno romano durante la etapa republicana. Dentro del período preclásico se estudiarán las magistraturas que integraban el llamado *cursus honorum*, exponiéndose a continuación únicamente las tres magistraturas que, surgidas con el advenimiento del régimen republicano, fueron una importante innovación en el panorama político de su época.

### *El consulado*<sup>99</sup>

Al derrocamiento de la monarquía, la más alta magistratura es puesta en manos de dos cónsules, elegidos anualmente. Inicialmente, únicamente los patricios podían acceder a este cargo, pero los plebeyos lograron su acceso en 367 a.C. También en sus inicios, la figura de los cónsules tenía las mismas funciones que el rey, con excepción de la potestad religiosa, que quedó en manos del llamado *rex sacrorum*.

Características del consulado fueron la anualidad, la temporalidad y la colegialidad, que son sus principales diferencias respecto al rey, quien había sido de carácter vitalicio. La colegialidad, por su parte, no se limitaba a que tuvieran que compartir el poder, sino que podía cada cónsul paralizar la acción de su colega mediante la *intercessio*, “especie de veto y oposición, que puede oponer un magistrado respecto a la decisión de su colega de igual categoría *–pari potestas–* o de otro de categoría inferior *–infra potestas–*”<sup>100</sup>.

<sup>94</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 59 y 60.

<sup>95</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 61 a 64.

<sup>96</sup> Bertolini. *Ob. Cit.* Página 59.

<sup>97</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 59, 66.

<sup>98</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 65 a 68.

<sup>99</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 74 y 75.

<sup>100</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 75, nota 33.

### ***La dictadura***

En momentos críticos y peligrosos, se nombraba un magistrado extraordinario y único que reunía en su persona, por un período de seis meses, todos los poderes, sin limitación para ejercerlos<sup>101</sup>.

Bertolini considera que la dictadura es anterior al consulado, habiendo sido una forma transitoria de gobierno que, con la caída de la monarquía, pasa primero a la segunda rama de los Tarquinos y luego, en condiciones más restringidas, a los Valerios<sup>102</sup>.

### ***El tribunado de la plebe***<sup>103</sup>

Como fruto del pacto a que dio lugar la secesión plebeya, se concedió a la plebe contar con dos representantes que velaran por sus intereses. Los tribunos de la plebe contaban con el veto, que les permitía paralizar las decisiones y órdenes de todos los funcionarios y organismos de gobierno. Para ampararlos en sus funciones, fueron declarados inviolables, pudiéndose dar muerte en forma impune a cualquiera que atacare a un tribuno de la plebe.

### **c) Fuentes del Derecho**

En esta etapa empieza a surgir una nueva fuente formal del Derecho en Roma: los plebiscitos. Se trata de los acuerdos tomados por la plebe en sus reuniones, denominadas *concilia plebis*<sup>104</sup>.

Nos dice Gayo: “Plebiscito es lo que autoriza y establece la plebe. La plebe se distingue del pueblo en que con el nombre de pueblo se comprenden todos los ciudadanos, incluidos los patricios, y con el de plebe, los ciudadanos que no son patricios; por lo cual, antiguamente, los patricios pretendían no estar obligados por los plebiscitos, ya que éstos se hacían sin su autorización; pero después se dio la ley Hortensia<sup>105</sup>, en la que se ordenó que los plebiscitos obligaran a todo el pueblo: de ese modo fueron equiparados a las leyes”<sup>106</sup>.

También como una conquista de la plebe surge el monumento jurídico más importante de la época arcaica, que a su vez pone fin a la misma: la Ley de las XII Tablas. Se cuenta que fue un tribuno de la plebe, Cayo Terentilio Arsa, quien en 464 a.C. propuso la recopilación de las normas consuetudinarias vigentes, para poner fin a la incertidumbre que se daba por encontrarse el Derecho en manos de los pontífices y los magistrados patricios<sup>107</sup>.

<sup>101</sup> Cfr. *Ibid.* Página 76.

<sup>102</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 49 a 51. Apoya esta teoría, entre otros factores, con las palabras que el historiador Dionisio pone en boca de Bruto: “En más tranquilos tiempos, se podrá deliberar sobre si conviene crear una organización pública distinta de la que establecieron Rómulo, Numa y otros reyes; (...) ahora lo que se necesita es reparar la degeneración de ese poder real, convertido en tiranía”. Cita además lo expuesto por Tito Livio sobre la existencia de un magistrado denominado *praetor maximus*, que desempeñaba una función que, siglos después, correspondía a un dictador especial llamado *dictator clavi figendae causa*, “y habiéndose llamado a los cónsules *pretores*, antes de las leyes Valerio Horarias, lógico es deducir que se daba el nombre de *praetor maximus* al magistrado que sustituye al rey en el período transitorio que medió entre la abolición de la potestad regia y la institución definitiva del Consulado”. (página 50).

<sup>103</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 76 y 77.

<sup>104</sup> Cfr. *Ibid.* Página 77.

<sup>105</sup> Aprobada en 286 a.C. Sobre las diversas teorías en torno a la obligatoriedad de los plebiscitos, y la época en que se estableció, véase la nota 36 en la página 77 de *Ob. Cit.*, Bernal y Ledesma.

<sup>106</sup> *Instituciones*, I, 3.

<sup>107</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 81 y 82.

Habiendo la iniciativa sufrido mucha oposición por parte del senado y los patricios, finalmente en 454 a.C. se nombra una comisión que, regresando a Roma en 451 a.C. luego de haber estudiado las leyes de la Magna Grecia<sup>108</sup>, presenta un proyecto de ley. Se instala entonces el primer decenvirato (su nombre deriva de estar integrado por diez hombres), que ejerce funciones de gobierno y redacta el derecho existente durante un año, en que se suprimieron las magistraturas. Al término de ese año, habían redactado diez tablas. La tradición atribuye al jurista Appio Claudio, uno de los decenviros, una preponderante importancia en la redacción de las XII Tablas<sup>109</sup>.

Se nombró posteriormente un segundo decenvirato, en que participaron los plebeyos, el cual redactó dos tablas adicionales. Este segundo decenvirato, que gobernó tiránicamente, fue derrocado, restableciendo el gobierno consular. Los cónsules Valerio y Horacio, promulgaron las XII Tablas<sup>110</sup>.

Puesta en duda la autenticidad de las XII Tablas<sup>111</sup>, “suelen admitirse como ciertos por la doctrina mayoritaria, entre otros datos, la existencia del decenvirato legislativo, así como la fecha de la realización de la codificación”<sup>112</sup>.

#### d) Características del Derecho<sup>113</sup>

El Derecho Romano en la época arcaica se caracteriza por que el derecho privado no se basa en el Estado, sino en la familia y la *gens*. Afirma Ihering que la fuente originaria del derecho privado en Roma es el principio de la voluntad subjetiva: “Entonces existía también el derecho, pero tenía otra forma diferente que hoy: no existía como un poder objetivo que se realiza por sí mismo, sino como un sentimiento jurídico interno y subjetivo, que al marcar su huella sobre lo que la fuerza había creado, adquirido o conquistado formaba parte del individuo mismo, duplicando así la energía que éste empleaba para mantenerlo. El primer germen del sentimiento jurídico es el de la

---

<sup>108</sup> Bertolini, en *Ob. Cit.*, ve en este hecho un indicio de que, más que limitarse a codificar el derecho romano, la finalidad que se tenía era establecer una nueva forma de gobierno colegiado, similar al de los arcontes atenienses: “El derecho patrio, aunque todavía no escrito, estaba consagrado por costumbres seculares que imprimían su propio carácter al pueblo romano (...). Con la hipótesis, por tanto, de que los primeros decenviros recibieran el mandato de reformar el Estado, no sólo el envío de la comisión a Grecia aparece como un acto de prudencia política, sino también de indiscutible conveniencia” (página 69). Cita en apoyo de su teoría, además, el hecho de que, en vez de prorrogar las funciones del primer decenvirato, se procediera a nombrar uno nuevo, y que los plebeyos hayan quedado excluidos del primero, pero integraran el segundo: “Obvio parece, en efecto, que si se trataba únicamente de completar el código nacional, se confirmase en sus encargos a los diez legisladores, tanto más cuanto que su proceder sabio e imparcial les tenía granjeada la estimación del pueblo”. (página 69). Cita además a Tito Livio, quien presenta a los decenviros “como una nueva forma de gobierno sucesora del Consulado, y explica su poca importancia por su poca duración” (página 69). “Otro indicio es la manera con que fueron resucitadas las antiguas magistraturas, para lo que se dictaron una serie de disposiciones legislativas, que hubieran sido perfectamente innecesarias si el Decenvirato hubiese existido sólo como poder provisional encargado de escribir y ordenar el derecho patrio” (página 69).

<sup>109</sup> Pomponio, en *Digesto*, I, 2, 36.

<sup>110</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 81 y 82.

<sup>111</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 82 a 84.

<sup>112</sup> Domingo, Rafael (Coordinador). *Textos de Derecho Romano*. Página 19. Véase el texto reconstruido de las XII Tablas en las páginas 21 a 36 de esta citada recopilación de textos.

<sup>113</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 88 a 90.

*propia razón*, fundado sobre el mantenimiento de las fuerzas propias, y que tendía a conservar los resultados de éstas”<sup>114</sup>.

Derivado de este principio de voluntad subjetiva como fuente del derecho, Ihering expone, en cuanto a la realización del mismo, que “cuando se suscitaba un derecho completamente indubitable debía esperarse la defensa de todas las fuerzas interesadas en perseguir la corrección, no sólo las del interesado, sino también la de sus parientes y amigos. (...) Cuando la pretensión era de naturaleza dudosa, su persecución con ayuda de la justicia privada debió necesariamente ocasionar una lucha bárbara, y tuvo que suplirse con la creación de instituciones que tuviesen por fin la decisión de la disputa. Esta distinción entre el derecho o la injusticia contestable o incontestable ejerce por doquier en el origen del desenvolvimiento del derecho una influencia reguladora sobre su formación. (...) No hay proceso sino allí donde la pretensión es rebatible; cuando es evidente, la ejecución tiene lugar en seguida y es sólo el interesado quien la persigue, las autoridades no tiene para qué intervenir”<sup>115</sup>.

Distintivo del derecho antiguo era además su carácter estricto y riguroso, formal y solemne. Esto se debe, en parte, a la influencia de concepciones religiosas, pero tuvo un papel importante en la formación del derecho. Actualmente, es opinión más o menos difundida en diversos ámbitos, aquella que identifica la formalidad, la solemnidad, el rigor, como síntomas de un derecho retrógrado, como manifestaciones perniciosas del positivismo jurídico<sup>116</sup>. Si bien esta idea puede ser válida, en cierta forma y hasta cierto punto, para la época actual, debe tenerse en cuenta, por un lado, que la formalidad y solemnidad son resultado del afán de seguridad y certeza que no deja de acompañar al hombre, aun cuando a veces entre en conflicto con su afán de libertad, y que, cuando no incurren en excesos, son medios para alcanzar dichos fines.

Por otro lado, estas características del Derecho Romano arcaico deben comprenderse con la conciencia de estar analizando algo propio de una época muy lejana a la nuestra, y que en su momento tuvo su debida importancia. Así, Ihering explica que “[la influencia civilizadora de la disciplina militar sobre el pueblo romano] se halla en íntima correlación con ese espíritu de orden exterior y riguroso y con ese respeto inviolable de la forma, tan característico del pueblo romano. (...) Nada iguala a la disciplina militar para hacer comprender al hombre la necesidad del orden exterior (...). ¿De dónde nacen sino del formalismo militar el orden y la disciplina de los actos jurídicos, que tienden inexorablemente al rigor de la uniformidad (...)? El formalismo fue para el derecho romano la misma escuela de disciplina y de orden que gobernaba al pueblo en los campamentos”. Vemos entonces que el formalismo es consecuencia de ese punto de partida del orden político romano que fue la disciplina militar y, como tal, tuvo mucha importancia en la configuración del genio jurídico de este pueblo.

Se trataba, además, de un derecho predominantemente oral. Actualmente en el ámbito jurídico se tiende a asociar la oralidad con la informalidad, pero en Roma sucede que, al conjugar la oralidad con la formalidad, “para la consecución de la seguridad, necesitó desarrollar los actos jurídicos en forma de pequeñas obras teatrales y ante la presencia de todo el pueblo o de sus representantes”<sup>117,118</sup>.

---

<sup>114</sup> Ihering. *Ob. Cit.* Página 80.

<sup>115</sup> *Ibid.* Página 90.

<sup>116</sup> Tema que será tratado en capítulos posteriores del presente trabajo.

<sup>117</sup> Ihering explica que los testigos solemnes que intervenían en los actos jurídicos tienen su origen en los asistentes de la justicia privada. Así como los asistentes debían contribuir con su fuerza física a la realización del derecho incontestable, así los testigos debían garantizar el acto en que intervenían. De ahí que no se admitiera como testigo a



Era, asimismo, un derecho nacionalista, creado por y para los ciudadanos de Roma. Tenía pocas instituciones que regulaban la vida jurídica, las cuales luego se irían ampliando mediante el proceso de la interpretación, que se expondrá posteriormente.

## 2. Período preclásico: de la Ley de las XII Tablas al fin de la República

Con la promulgación de las XII Tablas en 449 a.C., comienza una nueva etapa en la historia de Roma. En este período, vivirán su apogeo las instituciones políticas republicanas, que van gradualmente decaendo a la vez que Roma se va convirtiendo en dueña del mundo, hasta que, alrededor del 27 a.C., toma forma el régimen imperial. Los siglos comprendidos en este período histórico son siglos de confrontación y guerra para Roma, dentro y fuera de su territorio; como consecuencia, también son siglos de profundos cambios.

### a) Marco histórico

Roma continúa la expansión de su dominio en la península itálica. En 396 a.C., se produce la destrucción definitiva de Veyes, importante ciudad etrusca<sup>119</sup>. Alrededor del 390 a.C., los galos saquean e incendian Roma, habiendo vencido, bajo el mando de Brenno, a los romanos liderados por Sulpicio Longo en la batalla de Allia<sup>120</sup>. Tradicionalmente se atribuye a este incendio la pérdida de las XII Tablas<sup>121</sup>. En esta coyuntura es de resaltar la figura de Marco Furio Camilo, héroe de la caída de Veyes, quien ante la desesperación de los romanos a causa del incendio de la ciudad, logra convencerlos que desistan de la emigración que pretendían. Reconstruida la ciudad, Camilo es aclamado como segundo fundador de Roma<sup>122</sup>.

Ocurre también en esta época el proceso de unificación de Italia, que tuvo varios episodios. Las Guerras Samnitas, en las que Roma enfrentó y acabó por vencer a los samnitas, rivales en la dominación de los apeninos, se desarrollaron en tres etapas: la primera, entre 343 y 341 a.C.; la segunda, entre 326 y 304 a.C.; y la tercera, entre 298 y 290 a.C.<sup>123</sup>. En la guerra contra la Liga Latina, ocurrida entre 340 y 338 a.C., Roma logra establecer su hegemonía en la región del Lacio, culminando en la disolución de la Liga<sup>124</sup>.

Entre 280 y 275 a.C., Roma lucha contra Tarento. Habiéndose solicitado por Tarento la ayuda de Pirro, rey de Epiro, éste invadió la península itálica, poniendo a Roma en peligro. Roma sale triunfante, lográndose la rendición de Tarento en 272 a.C.<sup>125</sup>.

De particular relevancia son las Guerras Púnicas, que también se pelearon en tres etapas. La primera, de 264 a 241 a.C., obliga a Roma a crear una flota bélica para luchar en el mar,

---

las mujeres, y que los testigos pudieran ser parientes de los interesados, pues, a diferencia de la función de los testigos como se conoce actualmente, en Roma no importaba lo que el testigo sabía o si era digno de credibilidad, idóneo, imparcial, etc., sino la fuerza que podía poner al servicio del mantenimiento y realización del derecho. Cfr. Ihering. *Ob. Cit.* Páginas 104 y 105.

<sup>118</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 90.

<sup>119</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 93 a 95.

<sup>120</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 96 a 100.

<sup>121</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 358.

<sup>122</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Página 99.

<sup>123</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 100 a 108.

<sup>124</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 108 a 117.

<sup>125</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 117 a 123.

culminando con la conquista de Sicilia. Destacado líder cartaginés de esta primera guerra púnica fue Amílcar Barca, padre de Aníbal, quien sería uno de los mayores rivales de Roma en toda su historia. La segunda, entre 218 y 201 a.C., es la más importante. Luego de la invasión de Italia por Aníbal, quien llevó a cabo su heroico cruce de los alpes en esta campaña, éste fue por fin derrotado en la batalla de Zama (202 a.C.) por Publio Cornelio Escipión, quien por esta victoria recibió el sobrenombre de “El Africano”. Finalmente, la tercera guerra púnica, entre 149 y 146 a.C., culmina con la destrucción total de Cartago, y Roma se convierte así en señora del mediterráneo<sup>126</sup>.

Los cambios que sufre Roma como consecuencia de las guerras de expansión se ponen de manifiesto en las figuras de los hermanos Graco y las luchas sociales que éstos promovieron. Tiberio Graco, elegido tribuno en el 133 a.C., propuso una reforma agraria; Cayo Graco, tribuno en 123 a.C., continuó las luchas de su hermano, proponiendo la distribución mensual de cereales a bajo precio para la población de la ciudad. Ambos hermanos tuvieron un final violento, como respuesta al desafío que habían lanzado contra las clases dominantes<sup>127</sup>.

Otras dos grandes guerras contra potencias extranjeras, fueron las sostenidas por Roma contra Iugurta, rey de Numidia<sup>128</sup> (ocurrida entre 112 y 105 a.C.) y Mitrídates VI, rey del Ponto<sup>129</sup>, (peleada en tres etapas: del 88 al 84.; del 83 a 81; y del 75 al 63 a.C.). El gran héroe de la llamada Guerra Iugurtina fue Cayo Mario, destacándose también su cuestor, Lucio Cornelio Sila, quien sería a su vez el destacado líder de la primera guerra contra Mitrídates<sup>130</sup>. Entre Mario y Sila surgiría después una rivalidad que daría lugar a la primera guerra civil. Sila ocupó la dictadura del 82 al 79 a.C., con un programa de dos finalidades básicas: exterminar a sus enemigos y rebajar la figura del tribunado de la plebe<sup>131</sup>.

También en estos años surge la figura de Marco Tulio Cicerón, uno de los intelectuales y políticos más grandes de la antigüedad, quien se destacó por su amplia labor como pensador, sus dotes de orador, así como por haber puesto fin a la conspiración mediante la cual Lucio Sergio Catilina pretendía derrocar a la república (63 a.C.)<sup>132</sup>.

Las reformas de Sila, que “dieron el poder a una aristocracia fanática y egoísta”<sup>133</sup>, propiciaron el surgimiento de nuevos líderes populares, entre los que destacaron Cayo Julio César y Gneo Pompeyo Magno, talentosos generales cuyas conquistas expandieron el territorio romano<sup>134</sup>. Éstos, junto con Marco Licinio Craso, formaron una alianza política conocida como el primer triunvirato, mediante la cual vinieron a ser figuras dominantes en la política de su tiempo<sup>135</sup>. Finalmente, la alianza fue quebrantada dando lugar a la guerra civil entre César y Pompeyo, de la cual habría de emerger victorioso aquél cuyo nombre llevarían en adelante los emperadores de Roma<sup>136</sup>. Julio César fue nombrado dictador vitalicio en 45 a.C., unificando en su persona distintos cargos (cónsul, tribuno, censor, sumo pontífice), colocándose así en una posición tal

<sup>126</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 101; Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 128 a 166.

<sup>127</sup> Cfr. McNall Burns. *Ob. Cit.* Páginas 232 y 233; Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 201 a 213, y 216 a 223.

<sup>128</sup> Región de lo que actualmente es Túnez y Algeria.

<sup>129</sup> Ubicado en la actual Turquía.

<sup>130</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 223 a 237, 252 a 256.

<sup>131</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 259 a 266.

<sup>132</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 280 a 289; Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 71 a 81.

<sup>133</sup> McNall Burns. *Ob. Cit.* Página 233.

<sup>134</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 307 a 319; 272 a 280.

<sup>135</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 289 a 307.

<sup>136</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 319 a 330.

que, no sin fundada sospecha, dio lugar a la acusación de querer convertirse en rey, motivo por el cual fue asesinado el quince de marzo del 44 a.C.

Entre los principales conspiradores para asesinar a César estuvo Marco Junio Bruto, descendiente de aquel mismo Bruto que había dado muerte a Tarquino el Soberbio. Pero esta vez no fue la sangre junia la triunfante, sino que César, nombrando heredero suyo a su sobrino Octavio, dejó sentadas las bases para que éste se convirtiera en el primer jefe de una nueva forma de gobierno que, bajo el estandarte romano, regiría al mundo por siglos: el Imperio<sup>137</sup>.

## b) Constitución social y política

Esta época dio a la república romana lo mejor y lo peor de sí misma: la república vive su esplendor en cuanto a forma de gobierno, expandiendo su poder y civilización hasta abrazar a casi todo el mundo antiguo, pero como consecuencia de esta misma expansión, atraviesa problemas y transformaciones que resultarían en la caída de dicho régimen. Veamos, entonces, las características sociales y políticas de la era republicana.

## i) Crisis y transformación del mundo romano

El período preclásico del Derecho Romano se caracteriza por coincidir con las luchas entre patricios y plebeyos y, concretamente, con un período de crisis que se manifiesta, de conformidad con la clasificación ofrecida por los profesores Bernal y Ledesma, en cuatro ejes: crisis agraria, de nacionalidad, esclavista, e institucional<sup>138</sup>. Todas estas crisis fueron, en cierta forma, consecuencia de la expansión de Roma mediante sus guerras de conquista.

La crisis agraria consistió en que las guerras de conquista ampliaron el *ager publicus* con las tierras de los pueblos vencidos, que “teóricamente pertenecían al Estado, pero de hecho se encontraba en manos de la oligarquía senatorial. Por otra parte, los pequeños campesinos integrantes de las legiones se veían compelidos a abandonar sus tierras al partir a las guerras de conquista. A su regreso, viéndose imposibilitados de volver a cultivarlas, las abandonaban o las perdían por deudas, partiendo a Roma e integrando la masa ociosa del proletariado que tanto pesaba sobre el Estado”<sup>139</sup>. Fue esta crisis la que se trató de resolver a través de iniciativas como las de los Gracos. También Julio César y Pompeyo fueron, en su momento, promotores de reformas agrarias<sup>140</sup>.

La crisis de nacionalidad dio lugar a la guerra social<sup>141</sup>, así llamada en virtud de haberse luchado contra los *socii* o aliados de Roma. Para Roma existían diversas situaciones jurídicas de la persona según fuera o no ciudadano romano, latino, o extranjero, y de tal situación derivaban derechos y consecuencias jurídicas distintas<sup>142</sup>. Los aliados de Roma en la península itálica tomaron las armas para exigir la igualdad. El proceso culmina en 90 a.C., cuando la ley Plautia Papiria concede la ciudadanía a todos los habitantes de la península<sup>143</sup>.

<sup>137</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 330 a 337.

<sup>138</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 104.

<sup>139</sup> *Ibid.* Páginas 107 y 108.

<sup>140</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 292 y 293.

<sup>141</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 242 a 249.

<sup>142</sup> Cfr. Iglesias. *Ob. Cit.* Páginas 85 a 89.

<sup>143</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 109 y 110.

La crisis esclavista se produjo al aumentar la oferta de esclavos<sup>144</sup> como resultado de las guerras de conquista, dando lugar a sublevaciones como las ocurridas en Sicilia entre 138 y 132 a.C., así como la famosa rebelión del gladiador Espartaco, que fue vencida en 71 a.C. por Marco Licinio Craso<sup>145</sup>.

“Contra Iugurta, los cimbrós y los teutones, Roma produjo a Mario; contra Mitrídates producirá a Sila y a Pompeyo; contra los galos producirá a César, y por obra de estos tres grandes generales, la Numidia, el Ponto y la Galia Transalpina serán provincias romanas”<sup>146</sup>. Barrow afirma que ya desde tiempos de las guerras púnicas se observan los antecedentes del personalismo<sup>147</sup>, acentuado por la reforma militar de Cayo Mario, mediante la cual el ejército romano pasa a ser un ejército profesional, más leal a sus generales que a la república. Así se entiende que la crisis institucional va ligada al surgimiento de caudillismos personales que, contando con el apoyo de las fuerzas armadas, se convierten en un peligro para la supervivencia de las instituciones republicanas<sup>148</sup>.

Las consecuencias generales de las crisis anteriormente descritas consisten en que, bajo la influencia de la civilización helenística y de otras culturas con que entra en contacto a través de su expansión conquistadora, Roma sufre profundos cambios en su constitución social: de las antiguas costumbres y virtudes se pasa al lujo, la molición y el ocio<sup>149</sup>; la antigua religión es abandonada o corrompida con el advenimiento del esoterismo oriental, a la vez que las filosofías epicúreas y estoicas, no sin extenderse también el escepticismo y descreimiento<sup>150</sup>; la economía agraria es sustituida por el industrialismo capitalista<sup>151</sup>; culturalmente, se inician los avances en la literatura y las artes que culminarían con el siglo de oro de la cultura latina, la era de Augusto<sup>152</sup>.

## ii) El gobierno republicano: las magistraturas

Conforme se fue haciendo más complejo el manejo de la cosa pública, se produjo una desmembración de las funciones consulares que dio lugar a nuevos cargos, los cuales llegarían con el tiempo a constituir la llamada carrera de los honores o *cursus honorum*. “La *lex Villia*<sup>153</sup> dictó las primeras normas al respecto, estableciendo requisitos de edad y la *lex Cornelia de magistratibus*, dictada por Sila en el 81 a.C., estableció en forma definitiva el *ordo magistratum*”<sup>154</sup>.

<sup>144</sup> Sobre la situación de los esclavos en la antigua Roma, y el ejercicio de la potestad dominical sobre ellos, véase Ihering, *Ob. Cit.*, páginas 370 a 382.

<sup>145</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 110 a 112.

<sup>146</sup> *Ibid.* Página 224.

<sup>147</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Página 63: “Puede considerarse a P. Cornelio Escipión, apodado el Africano, como ejemplo representativo del nuevo tipo de romano, a Marco Porcio Catón como la personificación del antiguo, y a Escipión Emiliano, miembro de la familia Emilia adoptado por el hijo de Escipión el Africano, como el precursor de los muchos que intentaron reconciliar las costumbres antiguas con las nuevas”.

<sup>148</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 113 a 117.

<sup>149</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 118; Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 61 a 71.

<sup>150</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 118; Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 145 a 167; McNall Burns. *Ob. Cit.* Páginas 235 y 236, 238 y 239.

<sup>151</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 112, 118 a 119.

<sup>152</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 119 y 120; Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 115 a 130; McNall Burns. *Ob. Cit.* Página 236.

<sup>153</sup> Plebiscito del año 180 a.C. “Era necesario haber servido al menos diez años en el ejército para presentarse como candidato a la cuestura; entre las magistraturas de edil, pretor y cónsul debía haber un intervalo de dos años”. Domingo. *Ob. Cit.* Página 385.

<sup>154</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 122.

### *Características*

Las magistraturas romanas tuvieron las siguientes características<sup>155</sup>:

- *Electividad*: los magistrados eran nombrados por un magistrado superior o por el pueblo reunido en comicios.
- *Anualidad*: el ejercicio de la magistratura duraba un año.
- *Colegialidad*: cada magistratura era ejercida por al menos dos titulares, pero no en forma corporativa, sino que cada titular tenía la plenitud de los poderes anejos al cargo, debiéndose sus decisiones complementarse con la aprobación del otro, o ser paralizada mediante la *intercessio*.
- *Principio de no reelección inmediata*: debía transcurrir un tiempo, determinado por las leyes, entre el ejercicio de una y otra magistratura.
- *Gratuidad*: el ejercicio de las magistraturas no era remunerado.
- *Orden jerárquico*: existía una jerarquía en las magistraturas mediante lo cual se pretendía que fueran ocupadas por ciudadanos que habían ido adquiriendo la debida experiencia.

### *Poderes*<sup>156</sup>

El ejercicio del poder en Roma, tanto en derecho público (magistrados) como privado (*paterfamilias*, tutor, etc.), muestra una realidad moderada y perfeccionada por el uso y la costumbre, distinta a la idea abstracta que, a primera vista y en sí misma, es la de un poder ilimitado<sup>157</sup>.

Los magistrados estaban investidos del *imperium* y la *potestas*. Ambos eran poderes de mando, pero únicamente el *imperium* se hallaba complementado con el poder de hacer ejecutar sus órdenes, o *coercitio*.

Los magistrados *cum imperio* o mayores eran los cónsules, tribunos, dictadores, procónsules, pretores y propretores. Los magistrados sin *imperium* o menores eran: los ediles, cuestores y censores.

---

<sup>155</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 121 a 124.

<sup>156</sup> Cfr. *Ibid.* Página 123.

<sup>157</sup> “La mayor parte de los poderes de derecho público se manifiestan bajo formas amplias, elásticas, que permiten al que los posee una actividad de las más libres, siendo el mismo funcionario y su personalidad la que fija su extensión. Estos poderes forman así un contraste chocante con los del Estado moderno, que son mecanismos independientes, en todo lo posible, de la personalidad del sujeto, y que aunque ésta varíe siempre deben producir resultados constantemente idénticos, formas estrechas, fijas y limitadas, que en vez de acomodarse a la personalidad, ésta debe plegarse a ellas y en ellas aprisionarse. (...) El cargo hace al hombre, decimos hoy; pero para el mundo romano hay que invertir el adagio: era el hombre quien hacía a la función que desempeñaba. (...) No pretendo que el sistema romano antiguo pueda y deba ser copiado por nosotros, sé muy bien cuánto ese sistema, por su carácter propio, estaba ligado a la antigua Roma, a sus hombres y a sus circunstancias”. Ihering. *Ob. Cit.* Páginas 453 a 457. Véanse además los ejemplos que sobre la actuación de los magistrados ofrece Ihering en la página 456.

El *imperium* conlleva las siguientes atribuciones:

- Mando militar.
- *Coercitio*.
  - *Vocatio*: citar y llevar ante sí.
  - *Prensio*: reducir a prisión.
- *Cognitio*.
- Convocar al pueblo en comicios.
- Convocar al senado.

La *cognitio* es el derecho a conocer en los asuntos judiciales (*iurisdictio inter privatos*). Cuando aparece la pretura, queda confiada la *cognitio* únicamente al pretor, dejándole a los cónsules únicamente “la jurisdicción llamada voluntaria porque versaba sobre asuntos de mero trámite que no implicaban litigio, como los procedimientos de adopción, emancipación y manumisiones”<sup>158</sup>. Importante era también el *ius edicendi* o derecho de publicar edictos, que tenían algunos magistrados<sup>159</sup>. El *ius gladii* o “potestad de castigar a los delincuentes con todo tipo de penas”<sup>160</sup>.

### **Clasificación**<sup>161</sup>

Las magistraturas pueden dividirse en plebeyas y patricias<sup>162</sup>. Las magistraturas patricias eran llamadas *populi romani* o del pueblo romano, y a su vez se dividen en ordinarias y extraordinarias, según se ejercieran de modo permanente o se implantaran en atención a circunstancias de un momento determinado.

A continuación se presentan las magistraturas en forma de esquema, para efectos de simplificar su estudio, explicando brevemente aquéllas que no se han tratado en secciones anteriores.

- **Magistraturas plebeyas**
  - **Tribunado de la plebe**
  - **Edilidad plebeya**: el edil plebeyo era auxiliar del tribuno. Jefes internos del municipio plebeyo, custodiaban los documentos relacionados con los derechos de la plebe, y defendían a ésta de los abusos patricios en los trabajos públicos.

<sup>158</sup> Cfr. *Ibid.* Página 123.

<sup>159</sup> Gayo. *Instituta*. 1, I, 6: “Tienen derecho de dar edictos los magistrados del pueblo romano. Este derecho está principalmente en los edictos de los dos pretores, del urbano y del peregrino, cuya jurisdicción pertenece, en las provincias, a los gobernadores de éstas; igualmente en los edictos de los ediles curules, cuya jurisdicción pertenece, en las provincias del pueblo romano, a los cuestores; pues a las provincias del César no se mandan cuestores, y por ello este edicto no se publica en ellas”. Recuérdese que Gayo escribe ya en época del Imperio; de ahí la referencia que hace a las provincias del pueblo romano y las del César, que se explicarán más adelante.

<sup>160</sup> Domingo. *Ob. Cit.* Página 444.

<sup>161</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 124 y 125.

<sup>162</sup> Recuérdese, no obstante, que parte de los resultados obtenidos por los plebeyos en su lucha con los patricios fue precisamente que gradualmente se les fue permitiendo el acceso a magistraturas que antes eran exclusivamente patricias.

- **Magistraturas patricias**

- **Ordinarias**

- **Consulado:** originalmente ejercen todas las antiguas facultades del *rex* salvo las funciones religiosas. Gradualmente se va desmembrando para dar lugar a nuevas magistraturas. A partir de la *lex Licinia de consulatu* de 367 a.C., los plebeyos pueden ser cónsules.
    - **Pretura:** producto de la misma *lex Licinia*, el pretor era originalmente un colega menor del cónsul, hasta que se independiza al confiársele las funciones jurisdiccionales. Existían dos tipos de pretor:
      - **Pretor urbano:** administra justicia entre los ciudadanos romanos.
      - **Pretor peregrino**<sup>163</sup>: desde 242 a.C., atiende litigios entre extranjeros o entre ciudadanos y extranjeros.
    - **Cuestura:** surge con el consulado. En 442 a.C. logran su acceso los plebeyos. Tuvieron múltiples funciones, resaltándose dos aspectos: financiero, como encargados de administrar el tesoro público; jurisdiccional: como administradores de justicia en procesos que conllevaban como sanción la pena de muerte.
    - **Edilidad curul:** surge junto con la pretura. Electos por los comicios por tribus. Sus funciones consistían en:
      - *Cura urbis*: ornato, conservación, habitabilidad, servicios de incendio, vigilancia, etc.
      - *Cura annonae*: en los mercados administraban justicia<sup>164</sup>, controlaban los precios, estado de las mercancías, etc.
      - *Cura ludorum*: organización y control de los espectáculos públicos.

---

<sup>163</sup> La figura del pretor peregrino “ocupa el lugar más importante dentro del estudio del derecho romano” (Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 127), ya que “su tarea consistía en crear con las costumbres de los romanos y con las costumbres de los extranjeros un derecho aceptable para ambos. Probablemente este derecho sería más liberal y estaría menos sujeto a las tradiciones locales o nacionales; tenía que satisfacer a los hombres como tales, no como ciudadanos de este o de aquel Estado. Así, (...) el *praetor peregrinus*, que podía basarse en el *ius civile* y que solía ampliarlo con derechos no romanos, creaba el “derecho de gentes”, *ius gentium*” (Barrow. *Ob. Cit.* Página 212). Además, “el hecho de que los extranjeros (...) y los ciudadanos romanos entraran en relaciones jurídicas privadas y no tuvieran inconveniente en llevar sus disputas al *praetor peregrinus*, presuponía cierta semejanza entre las concepciones jurídicas del derecho romano y del derecho extranjero” (*Ibid.* Página 211). De esta forma, el pretor peregrino estuvo a la vanguardia y ocupó el lugar decisivo en el proceso de descubrimiento y universalización del Derecho, a raíz del cual el Derecho Romano llegó a convertirse en elemento de civilización. A su vez, es de gran relevancia para nuestro estudio, ya que el pretor peregrino fue uno de los principales exponentes de la técnica jurídica del Derecho Romano.

<sup>164</sup> “Esta labor fue de gran importancia desde un punto de vista jurídico, pues al igual que los pretores, crearon derechos y desarrollaron contratos de tanta trascendencia como la compra venta”. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 127.

- ***Censura***: ordinaria pero no permanente, pues se ejercía con ocasión de efectuar los censos de la población. Llegó a tener grandísima importancia en ejercicio de la *cura morum* (cuidado de las costumbres), pues podía privar a los ciudadanos de sus derechos de elegir y ser electo, excluirlos de las centurias y de su rango militar, y a partir de 312 a.C. llega a su apogeo cuando se le autoriza a hacer la lista de los ciudadanos capaces para integrar el senado. Sólo podían ser censores quienes habían sido cónsules, pero el censor no tenía imperio militar ni poder de convocar al pueblo o senado. Eran también encargados de arrendar los impuestos públicos, administrar los inmuebles del Estado y adjudicar las obras públicas.
- **Extraordinarias**
  - ***Dictadura***
  - ***Interregno***: ejercida por un miembro del senado durante cinco días hasta la elección de los nuevos cónsules, cuando se producía una vacante en el consulado.
  - ***Prefectura urbana***: el prefecto urbano quedaba encargado de la custodia de la ciudad y de la administración de justicia cuando los cónsules se ausentaban.
  - ***Tribunado militar con potestad consular***<sup>165</sup>: el tribuno militar asumía el poder de los cónsules cuando los reemplazaban en el mando de los ejércitos.
  - ***Decenvirato legislativo***

Por su parte, el senado se convirtió en virtual gobernante a mediados del siglo IV a.C., debido a “la incompetencia de las masas populares que integraban el cuerpo comicial, unido al creciente poderío romano obtenido por la conquista, lo que hizo necesario que la orientación de la política, tanto interna como externa del Estado, se concentrara en manos de ciudadanos expertos que ya habían hecho práctica de gobierno en su calidad de exmagistrados, como eran los senadores. Sin embargo, en el siglo final de la República y debido a todas las crisis que en él se suscitaron, la autoridad del senado comenzó a tambalearse”<sup>166</sup>.

### c) Fuentes del Derecho

En este período va aumentando la actividad legislativa y normativa de otros órganos distintos a la costumbre, que no obstante sigue siendo fuente formal de derecho. “El romano, pueblo conservador, desconfió del derecho legislado y prefirió que las normas jurídicas nacieran espontáneamente como derecho consuetudinario, o que surgieran de las opiniones de prestigiados

<sup>165</sup> Accesible a los plebeyos, fue creada para contrarrestar las demandas de la clase plebeya por obtener acceso al consulado: pierde importancia cuando se logra el acceso al consulado. Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 125.

<sup>166</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 129 y 130.



jurisconsultos y de medias procesales tomadas por los magistrados más íntimamente ligados a la administración de justicia”<sup>167</sup>.

### i) Leyes

En el proceso legislativo intervenían los magistrados, los comicios y el senado. Los magistrados que tenían derecho a convocar las asambleas del pueblo presentaban su proyecto de ley, dándolo a conocer mediante la *promulgatio*, exponiéndolas al público en tablas de bronce o madera por lo menos durante veinticuatro días, durante los cuales las personas lo discutían, podía darse la *intercessio*, etc. Llegado el día señalado para votar, los comicios aprobaban (*uti rogas* – como propones) o rechazaban (*antiquo* – según el antiguo derecho) la ley propuesta. Esta votación primero se hacía de viva voz, y luego se utilizaron tablas de cera que se depositaban en urnas. Si era favorable, se convertía en ley inmediatamente, siendo luego ratificada por el senado mediante la *auctoritas patrum*. Luego cambió el sistema, ya que la *auctoritas patrum* debía darse antes de la votación de los comicios<sup>168</sup>.

Las leyes se clasificaron en<sup>169</sup>:

- *Leges rogatae*: la ley comicial, rogada por el magistrado a la asamblea popular.
- *Leges datae*: dictadas por los magistrados que tenían a su cargo la organización de las provincias y colonias, en virtud de una delegación hecha por el pueblo en su persona.
- *Leges dictae*: disposiciones sobre la administración de los bienes estatales o municipales.

Según las consecuencias que podían derivarse de su incumplimiento, Ulpiano clasificó las *leges rogatae* en<sup>170</sup>:

- *Perfectae*: su violación produce la ineficacia del acto vulnerador.
- *Minus quam perfectae*: no destruye el acto, pero impone castigo al transgresor.
- *Imperfectae*: carecen de sanción.

La doctrina posterior añade las *leges plus quam perfectae*, aquellas que tanto producen la ineficacia del acto violatorio como imponen un castigo a quien la transgredió.

### ii) Plebiscitos

En el 286 a.C., a propuesta del dictador Q. Hortensio, se dictó la *lex Hortensia de plebiscitis*, que reconoció la obligatoriedad de los plebiscitos para todo el pueblo (“*ut plebiscita universum populum tenerent*”<sup>171</sup>), y “de ese modo fueron equiparados a las leyes”<sup>172</sup>. Su proceso legislativo era muy similar al de las asambleas comiciales<sup>173</sup>.

<sup>167</sup> *Ibid.* Página 133.

<sup>168</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 131 y 132.

<sup>169</sup> Cfr. *Ibid.* Página 133.

<sup>170</sup> Cfr. *Loc. Cit.*

<sup>171</sup> Gayo. *Ob. Cit.* 1, I, 3.

### iii) Edicto de los magistrados

Los magistrados recibieron una especie de poder legislativo para establecer las normas que regirían la solución de los litigios que conocían, mediante el ejercicio del *ius edicendi* del que estaban dotados los magistrados *cum imperio*. Especial importancia jurídica tienen los edictos de los pretores, tradicionalmente clasificado en los siguientes tipos<sup>174</sup>:

- *Edicto anual o perpetuo*: redactado y publicado por el pretor al iniciar sus funciones, contenía las normas y fórmulas procesales que el magistrado implementaría.
- *Edicto traslaticio*: la parte del edicto del anterior pretor que era conservada por el nuevo, haciéndole modificaciones o añadiduras para mantenerlo actualizado a las necesidades del momento.
- *Edicto repentino*: dictado para resolver una situación excepcional no prevista en el edicto anual.

Veamos algunos ejemplos de edictos de los pretores:

“El pretor dice: ‘Si aquél de quien se alegare que tenía el esclavo en su potestad negare que lo tenía en su potestad, mandaré según lo prefiera el demandante, o bien jurar que no lo tiene en su potestad y que no ha hecho nada dolosamente para que no esté, o dar una acción sin entrega noxal’.”<sup>175</sup>.

“Respecto a aquellos que hayan arrojado o vertido, el pretor dice: ‘Daré una acción por el doble del daño que se hubiere causado o producido contra aquel que habitare allí desde donde se haya arrojado o vertido algo en un lugar por el que ordinariamente se transita o en el que se está. Si se alegare que por ese golpe murió un hombre libre, daré una acción por valor de cincuenta [áureos] <mil sestercios>. Si sobreviviere y se alegare que sufrió lesiones daré una acción por el valor que por tal causa pereciere equitativo al juez. Si se alegare que quien lo hizo fue un esclavo sin conocimiento del dueño, añadiré a la fórmula ‘o que lo entregue por el daño’.”<sup>176</sup>.

A partir de 67 a.C., con la *lex Cornelia de edictis praetorum* o *de iurisdictione*, se ordenó “que el pretor administrara justicia de acuerdo con su edicto perpetuo”<sup>177</sup>, es decir, se estableció que el edicto era de obligatoria observancia para el pretor que lo había dictado.

Así se fue integrando el llamado derecho honorario, conformado por los edictos de los pretores, de los gobernadores de provincias, y de los ediles curules<sup>178</sup>. Este derecho honorario confirmaba,

<sup>172</sup> *Loc. Cit.*

<sup>173</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 134; Domingo. *Ob. Cit.* Página 377.

<sup>174</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 134 a 136.

<sup>175</sup> Edicto del pretor sobre el régimen subsidiario de la acción noxal, en Domingo. *Ob. Cit.* Página 254.

<sup>176</sup> Edicto del pretor sobre las cosas arrojadas o vertidas, en *Ibid.*, páginas 254 y 255.

<sup>177</sup> *Ibid.* Página 374.

<sup>178</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 137.

corregía o suplía al derecho civil<sup>179</sup>, “creando un derecho paralelo más equitativo y valedero en la práctica”<sup>180</sup>.

Parte de este proceso de actualización del derecho consistió en la *interpretatio* o interpretación de las XII Tablas que, ante la insuficiencia de la ley decenviral, ensanchó y actualizó sus preceptos para conformarlos a nuevas necesidades<sup>181</sup>.

#### iv) Jurisprudencia pontifical y laica

Por “jurisprudencia” los romanos entendían<sup>182</sup> la ciencia del Derecho<sup>183</sup>, el oficio del jurista<sup>184</sup>, definiéndola como “conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto”<sup>185</sup>.

En la época monárquica, el conocimiento del Derecho se encontraba reservado a los grupos sacerdotales, especialmente el de los pontífices, situación que terminó al ocurrir el proceso llamado de secularización o laicización del Derecho, que se desarrolló en cuatro momentos históricos<sup>186</sup>:

- La promulgación de la Ley de las XII Tablas (449 a.C.).
- La divulgación de las fórmulas de la ley<sup>187</sup> y el calendario judicial (304 a.C.), atribuida a Cneo Flavio, escriba del censor Apio Claudio.
- La labor de Tiberio Coruncanio, plebeyo electo como pontífice máximo en 254 a.C., quien fue el primero en ejercer públicamente la enseñanza del Derecho.
- La publicación del *Tripertita* de Sexto Aelio Paeto (204 a.C.), obra formada por tres series de normas<sup>188</sup>:
  - Sustantivas: Ley de las XII Tablas.

<sup>179</sup> “El derecho que cada pueblo establece para sí, ése es suyo propio, y se llama derecho civil, como si dijéramos derecho propio de la ciudad”. Gayo, 1, I, 1.

<sup>180</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 43.

<sup>181</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 137 y 138.

<sup>182</sup> Es decir, “Al hablar de la jurisprudencia como ciencia del derecho debe evitarse toda confusión con la misma palabra cuando se refiere a la fuente formal del derecho en la actualidad”. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 39, nota 15.

<sup>183</sup> Cfr. *Ibid.* Página 39.

<sup>184</sup> Cfr. Iglesias. *Ob. Cit.* Página 4.

<sup>185</sup> Ulpiano, citado en *Digesto* I, 10, 2.

<sup>186</sup> Cfr. *Ibid.* Página 138.

<sup>187</sup> “Las acciones que estaban en uso entre los antiguos se llamaban acciones de la ley, ya sea porque nacieron en la ley, pues no existían todavía los edictos del pretor, de los que han salido después tantas acciones, ya sea porque se amoldaban a los términos de las leyes, por lo que se cumplían con el mismo inmutable rigor con que se cumplían las mismas leyes. De ahí que, quien al reclamar por unas cepas cortadas mencionaba la palabra ‘cepa’ en su acción, decían los juriconsultos que perdía el pleito, ya que debía decir ‘árboles’, pues la ley de las XII Tablas, en virtud de la acción que competía por las cepas cortadas, hablaba genéricamente de ‘árboles’”. Gayo, 4, 10.

<sup>188</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 139, nota 90. Pomponio, en *Digesto*, I, 2, 38, explica que “Llámase *Tripertita*, porque puesta primero una ley de las Doce Tablas, se le agrega la interpretación, y le sigue después la acción de la ley”.

- Doctrinales: interpretación de los sacerdotes.
- Procesales: acciones de la ley.

Como magistrados, jueces o consejeros, los jurisconsultos de la época participaron directamente en el descubrimiento y creación del Derecho.

#### **d) Características del Derecho**<sup>189</sup>

Las profundas transformaciones que experimentó el mundo romano en esta época se reflejaron, desde luego, en el ámbito jurídico, pasando de ser un derecho nacionalista a uno cosmopolita, pues el contacto y comercio con extranjeros provocó que el Derecho traspasara las fronteras del derecho civil, propio de los ciudadanos romanos, para abrazar también la realidad jurídica de otros pueblos, labor en la cual, como hemos dicho, desempeñó un papel importantísimo la pretura, especialmente el pretor peregrino. De ahí que el *ius gentium* y el *ius honorarium* se destaquen por encima del *ius civile*.

También se da un paso del formalismo al consensualismo, transformación que se manifiesta de modo privilegiado en la contratación, al requerirse nuevas maneras de constituir relaciones obligacionales dado el dinamismo y extensión que la nueva realidad económica tría consigo.

Importantísimo es además el proceso de laicización del Derecho, que en la sección anterior se ha expuesto. A su vez, la influencia helenística se observó también en lo jurídico, siendo que del derecho comparado se tomaron nociones e instituciones que enriquecieron el Derecho Romano.

### **3. Período clásico: del inicio del Imperio a la muerte de Alejandro Severo**

Tras el asesinato de Julio César (44 a.C.) se desencadenan eventos que culminan con la instauración del Imperio como nueva forma de gobierno. Como fecha de caída de la República e inicio del Imperio, Bernal y Ledesma en su cronología citan el 27 a.C., año en que Octavio recibe el título de Augusto<sup>190</sup>. Sin embargo, cabe considerar que la república había ya caído con el triunfo de Julio César, o bien que cayó el 7 de diciembre del 43 a.C. con la muerte de Cicerón, su “defensor más brillante”<sup>191</sup>. En todo caso, los años posteriores a la muerte de César constituyen un período de transición, que después dará lugar al período clásico de Roma, tanto en su Derecho como en su cultura, sus artes, etc., y que, para efectos de nuestro estudio, concluirán en 235 d.C., al morir el emperador Alejandro Severo.

#### **a) Marco histórico**

Para facilitar su estudio y comprensión, este período de la historia de Roma, que con criterio jurídico se denomina “clásico”, puede subdividirse con criterio político. El período clásico coincide con lo que los historiadores denominan el Principado, en atención a características de la constitución política de Roma que se expondrán en su sección correspondiente. Sin embargo,

<sup>189</sup> Cfr. *Ibid.* Página 141.

<sup>190</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 375 y 376.

<sup>191</sup> McNall Burns. *Ob. Cit.* Página 239.

también con criterio político puede subdividirse esta etapa, como lo hace Bertolini<sup>192</sup>, en la siguiente forma:

- *El Imperio Republicano*: desde Augusto Octavio (27 a.C.) hasta el llamado “año de los cuatro emperadores”<sup>193</sup>, es decir, el 69 d.C.
- *El Imperio Liberal*: desde Vespasiano (69 d.C.) hasta Marco Aurelio (180 d.C.).
- *El Imperio Militar*: desde Cómodo (180 d.C.) hasta Carino y Numeriano (284 d.C.).

Nótese que el período del Imperio Militar sobrepasa la muerte de Alejandro Severo por casi cincuenta años, es decir, abarca ya parte del período posclásico del Derecho Romano, que no es objeto de esta sección.

Puede también subdividirse según las dinastías a que pertenecieron los emperadores, siendo éstas<sup>194</sup>:

- *Julio-Claudios* (del 31 a.C. al 68 d.C.): Augusto Octavio, Tiberio, Calígula, Claudio, Nerón.
- *Flavios* (69 al 96 d.C.): Vespasiano, Tito, Domiciano.
- *Antoninos* (96 al 192 d.C.): Nerva, Trajano, Adriano, Antonino Pío, Marco Aurelio, Cómodo.
- *Severos*<sup>195</sup> (193 al 235 d.C.): Septimio Severo, Caracalla, Heliogábalo, Alejandro Severo.

### **i) El ascenso de Octavio**

Al morir, Julio César nombró heredero a su sobrino Octavio, adoptándolo como su hijo. Octavio lograría lo que su tío apenas empezó a saborear antes de que su ambición le costara la vida: establecerse como el hombre más poderoso de Roma, “dueño y señor absoluto de todo el imperio”<sup>196</sup>. En parte, el éxito de Octavio se debió al ejemplo que le proporcionó la suerte de César, haciéndole comprender que “todavía el pueblo romano no estaba preparado para aceptar una monarquía absoluta tal como su tío lo había concebido”<sup>197</sup>, y “a diferencia de su gran tío, Octavio no parece haber tenido ambiciones despóticas. Su propósito era más bien restaurar el

<sup>192</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Página 670 (Índices).

<sup>193</sup> En ese mismo año se sucedieron en el trono los emperadores Galba, Otón, Vitelio y Vespasiano. Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 475 a 482.

<sup>194</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 155.

<sup>195</sup> La dinastía de los Severos incluye en su tiempo a otros emperadores. Bernal y Ledesma señalan que fue también llamada la dinastía de los emperadores militares (*Ob. Cit.* Página 155), mientras que Bertolini incluye dentro del capítulo sobre el Imperio Militar a Cómodo, último de los antoninos. Puede considerarse el reinado de Cómodo como un período de transición, además porque este emperador no estuvo a la altura de sus ilustres predecesores que conformaron el llamado Imperio Liberal.

<sup>196</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 149.

<sup>197</sup> *Loc. Cit.*

gobierno constitucional, pero reteniendo el poder suficiente para impedir que se renovaran los desórdenes”<sup>198</sup>.

En 43 a.C., Octavio, Marco Antonio y Lépido integran el llamado segundo triunvirato, dividiéndose los territorios bajo dominio romano, y lanzando una sangrienta persecución para eliminar a sus enemigos políticos. “La víctima más famosa fue Cicerón (...). Aunque no había tomado parte en la conspiración para matar a César, se lo temía por ser el defensor más brillante de la constitución antigua”<sup>199</sup>. Bruto y Casio murieron en Filipos, Macedonia, al frente de un ejército que habían organizado para combatir a Octavio y Marco Antonio.

La alianza entre Octavio y Antonio no perduraría, y las ambiciones se enfrentaron en 31 a.C. en la batalla de Actium, de la cual Octavio emergió victorioso<sup>200</sup>. Gradualmente, y no sin el concurso del senado y las asambleas populares, fue concentrando en su persona diversas potestades que se encontraban distribuidas entre las distintas magistraturas republicanas, llegando a configurarse, de hecho si bien no de derecho, como dueño y señor de Roma. Al tomar el poder, emprendió una reforma a gran escala del gobierno romano, estableciendo una amplia burocracia, instituyendo el *Concilium Principis* para rodearse de los mejores juristas de la época como asesores personales, promulgó leyes que fomentaban su política moralizadora y nacionalista, reformó el sistema tributario y el gobierno de las provincias, etc. Su mayor logro fue la instauración de la paz, que perduraría, con algunos intervalos de agitación, durante tres siglos<sup>201</sup>. Durante el período del principado se vivió el auge de la cultura romana: en las artes y la literatura florecieron grandes figuras como Horacio, Virgilio, Petronio, Apuleyo, Marcial, Juvenal, Tácito; en la filosofía se produce el apogeo del estoicismo, con exponentes como Séneca, Epicteto, y el mismo emperador Marco Aurelio, entre otros<sup>202</sup>.

## ii) La dinastía Julio-Claudia

Luego de sostener algunas guerras contra las tribus germánicas, que luego de serios reveses culminaron con el establecimiento de la frontera romana al norte en los ríos Danubio y Rhin, fallece Augusto el 19 de agosto del 14 d.C.<sup>203</sup>. Le sucede en el trono su hijastro Tiberio (14-37), quien aumenta los poderes del senado y, durante los primeros nueve años de su principado, se muestra como un “príncipe inteligente y cuidadoso de emplear para el bien público su poder soberano: en adelante será el déspota, el tirano que inicia la degeneración del poder imperial, y prepara la tiranía de Calígula y Nerón”<sup>204</sup>. El principado de Tiberio se caracteriza por los llamados procesos de majestad, mediante los cuales el emperador dio muerte a gran cantidad de personas<sup>205</sup>.

Calígula (37-41), sobrino nieto de Tiberio, le sucede en el trono y, al igual que su predecesor, tiene un primer período en que aparece como un buen gobernante, poniendo fin a las matanzas de Tiberio, y quemando las listas de sospechosos que habían servido para señalar a las víctimas. Sin embargo, su personalidad empieza a degenerar hacia lo que no pocos estudiosos han llamado

<sup>198</sup> McNall Burns. *Ob. Cit.* Página 240.

<sup>199</sup> *Ibid.* Página 239.

<sup>200</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 360 a 364.

<sup>201</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 150 y 151; McNall Burns. *Ob. Cit.* Página 240.

<sup>202</sup> Cfr. McNall Burns. *Ob. Cit.* Páginas 241 a 246.

<sup>203</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 415 a 435.

<sup>204</sup> Bertolini. *Ob. Cit.* Página 440.

<sup>205</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 435 a 446.

demencia<sup>206</sup>, haciéndose adorar como dios, ejecutando ciudadanos adinerados para quitarles su fortuna, y demás actos que, finalmente, provocaron la conspiración que le dio muerte el 24 de enero del 41<sup>207</sup>.

Claudio (41-54) sucedió en el trono a su sobrino Calígula. Con él se inaugura “el pernicioso sistema de comprar la fidelidad del ejército”<sup>208</sup>, ya que fue colocado en el trono por los soldados pretorianos. De gran importancia son las conquistas que se consolidaron bajo el reinado de Claudio, especialmente la de Bretaña. También del tiempo de Claudio data la primera persecución contra los cristianos<sup>209</sup>. Con Nerón (54-68), hijo adoptivo de Claudio, se da un auge de las artes, pues el emperador se consideraba a sí mismo un gran artista. Habiendo sido reprimida la célebre sublevación de la reina Boudica en Bretaña, hacia finales del período de Nerón inicia la guerra de los judíos zelotios contra la dominación extranjera. Sin embargo, también Nerón incurre en excesos y abusos de poder, que conducen a que el senado lo declare enemigo público y decreta su muerte. Antes de ser tomado por sus enemigos, Nerón se da muerte el 9 de junio del 68<sup>210</sup>. Ocurre entonces el llamado año de los cuatro emperadores, entre 68 y 69, un breve período de guerra civil en que Galba, Otón y Vitelio ocupan el trono, hasta que asciende al poder Tito Flavio Vespasiano, prestigioso militar que se había destacado, junto a su hijo Tito, luchando en la guerra judaica, a la cual Tito puso fin con la famosa destrucción del Templo de Jerusalén<sup>211</sup>.

### iii) La dinastía Flavia

Vespasiano (69-79) logró estabilizar el Imperio luego de las crisis causadas por Nerón, reformó el sistema tributario y el ejército, y empezó un proceso de romanización y urbanización de las provincias occidentales, especialmente las Galias y España, concediéndoles la ciudadanía latina. También llevó a cabo grandes obras arquitectónicas y favoreció las artes, destacándose la construcción del Coliseo<sup>212</sup>. Murió el 23 de junio del 79, siendo sucedido por su hijo Tito (79-81), quien en su breve reinado concluyó los trabajos del Coliseo y tuvo que enfrentar las calamidades públicas como la erupción del Vesubio, incendios y pestes. Murió Tito el 13 de septiembre del 81, y le sucedió su hermano Domiciano<sup>213</sup> (81-96), quien promovió las artes y la cultura y sostuvo la guerra contra los dacios, pero luego degeneró en un reinado de crueldad que le hizo perecer el 18 de septiembre del 96 como víctima de una conspiración en que tomaron parte sus más cercanos colaboradores, inclusive su esposa<sup>214</sup>.

### iv) La dinastía Antonina

Con Marco Coeyo Nerva (96-98), nombrado emperador por el Senado, empieza “una época nueva para la historia del Imperio romano: es la época mejor, en que figuran los nombres de los Antoninos, y que comprende cinco reinados en los cuales la justicia no fue una vana palabra, ni la

<sup>206</sup> “La vida de Calígula es un problema psicológico cuya solución pertenece más bien a la ciencia que al crítico” dice Bertolini, en página 448 de *Ob. Cit.*

<sup>207</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 446 a 449.

<sup>208</sup> *Ibid.* Página 449.

<sup>209</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 449 a 460.

<sup>210</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 461 a 475.

<sup>211</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 475 a 486.

<sup>212</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 486 a 490.

<sup>213</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 490 a 492.

<sup>214</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 492 a 496.

gloria militar un recuerdo vano”<sup>215</sup>. Es también llamada la dinastía de los emperadores adoptivos<sup>216</sup>, ya que la sucesión se operó en ella mediante la adopción por parte del emperador de quien elegía como sucesor. Muchos consideran que esta etapa fue la más próspera de Roma<sup>217</sup>.

Nerva muere el 28 de enero del 98, habiendo pacificado el Imperio poniendo fin a las persecuciones de Domiciano, dejando como sucesor a su hijo adoptivo, Marco Ulpio Trajano, destacado general durante cuyo reinado (98-117) llegaría el Imperio romano a su máxima extensión territorial. Trajano puso en marcha la inconclusa iniciativa de Nerva de mantener a los hijos de los ciudadanos pobres a expensas del Estado, luchó contra los dacios y la guerra párthica. Trajano murió el 7 de agosto del 117. “En memoria de las virtudes civiles de este príncipe, tan raras en un conquistador, [Roma] tributó merecido honor a su nombre haciendo decir al Senado, en el advenimiento de todo nuevo César, que deseaba que fuese ‘más feliz que Augusto y mejor que Trajano’ (*felicior Augusto, melior Trajano*)”<sup>218</sup>.

Trajano y su sucesor, Adriano, eran de origen español, lo cual conlleva el advenimiento de influencias provinciales a Roma que manifiestan la cosmopolitización que en este período se desarrolla<sup>219</sup>. Adriano (117-138) se destacó por los diversos viajes que hizo a las provincias, y por proveer a la defensa de las mismas, por ejemplo, construyendo el famoso Muro de Adriano en Bretaña. Durante su reinado se recopiló y promulgó el Edicto Perpetuo, momento de gran importancia en el Derecho Romano, que se comenta más detenidamente en páginas posteriores. Adriano murió el 10 de julio de 138<sup>220</sup>.

Antonino Pío, o el Piadoso, (138-161), fue llamado así por haber logrado que el senado declarase divino a su padre adoptivo Adriano, construyéndole templos, luego de que el senado quisiera negarle al difunto emperador la apoteosis en virtud de actos crueles de sus últimos tiempos de gobierno. El gobierno de Antonino Pío es de relativa paz y escasez de hechos notables, pero son de importancia para el Derecho Romano algunas de sus constituciones que favorecieron jurídicamente a la mujer y a los esclavos. Antonino muere tras una breve enfermedad el 7 de marzo del 161<sup>221</sup>.

A Antonino le sucedieron sus hijos adoptivos Marco Aurelio (161-180) y Lucio Vero (161-169). Lucio Vero murió en oriente luchando contra los parthos. Marco Aurelio es recordado como el emperador filósofo, siendo profundo seguidor de la filosofía estoica. Escribe Marco Aurelio: “La monarquía debe poner sobre sus deberes el respeto a la libertad de los ciudadanos. El verdadero Estado es aquel regido por la igualdad natural de los ciudadanos, por la igualdad de sus derechos”<sup>222</sup>. Marco Aurelio también tuvo que combatir una epidemia y luchar en guerras, así

<sup>215</sup> *Ibid.* Página 497.

<sup>216</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 156.

<sup>217</sup> “Según Gibbon, conformaron la época más feliz de la humanidad” (Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 155); bajo los Antoninos se produce “la alianza entre la monarquía y la libertad” (Bertolini. *Ob. Cit.* Página 498), aunque “algunos historiadores han indicado que la Era Antonina fue, en cierto sentido, demasiado tranquila. La han considerado como una época de complacencia estática en la que fue perdiendo ímpetu el impulso original, hasta llegar al estancamiento. Ninguna época es en realidad estática. El que los hombres no proclamen cuáles son sus propósitos con la claridad suficiente para que los comprenda el historiador, no quiere decir que no se propongan algo” (Barrow. *Ob. Cit.* Página 168).

<sup>218</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 497 a 505.

<sup>219</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 156, y su nota 23.

<sup>220</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 505 a 515.

<sup>221</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 515 a 517.

<sup>222</sup> Marco Aurelio, citado por Bertolini en *Ob. Cit.*, página 518.



como la rebelión de Avidio Casio. Durante su reinado persiguió a los cristianos. Murió el 16 ó 21 de marzo de 180<sup>223</sup>.

El hijo y sucesor de Marco Aurelio, Cómodo (180-192), fue llamado “más cruel que Domiciano y más impuro que Nerón”<sup>224</sup>. Al igual que hemos visto suceder con otros emperadores, también el reinado de Cómodo fue prometedor y positivo en sus inicios, para luego transformarse en una tiranía que puso fin a la *pax romana* que había imperado desde tiempos de Augusto, y al esplendor que había traído la dinastía Antonina. Por eso se considera su reinado como un período de transición entre el Imperio Liberal y el Imperio Militar, por cuanto “el último de los Antoninos [fue] oprobio de aquella noble familia”<sup>225</sup>. Ante incendios y epidemias que aquejaron a Roma en su tiempo, Cómodo huyó a Laurento. Se le recuerda también por haber tomado parte en las luchas de gladiadores tan célebres en la época. Pereció, víctima de una conspiración de su concubina predilecta y del prefecto del pretorio, el 31 de diciembre de 192<sup>226</sup>.

### v) La dinastía Severa

Tras la muerte de Cómodo, sus asesinos entregaron el poder a Elvio Pertinax (193), quien infructuosamente intentó restablecer orden en la hacienda pública y combatir la corrupción de los soldados. Prohibió a los soldados portar armas en las calles de Roma, gesto que ellos tomaron como una ofensa y, entendiendo que el nuevo emperador no tenía favoritismos, le dieron muerte el 28 de marzo del 193.. Luego, los pretorianos “subastaron” el imperio, que fue “comprado” por Didio Juliano por la suma de 300 millones de sestercios. Sin embargo, como existía entonces la dualidad del ejército, desde tiempos de Augusto dividido en legiones y pretorianos, las legiones quisieron despojar a los pretorianos de su pretensión de disponer del Imperio: las legiones de Bretaña proclamaron emperador a Clodio Albino; las de Siria, a Pescennio Negro; las de Panonia, a Septimio Severo. Didio Juliano, abandonado por el senado y los pretorianos, fue declarado reo de muerte por el senado, y ejecutado en su lecho el 2 de junio del 193. Septimio Severo (193-211), quien se había ganado el favor de los pretorianos, prevaleció en la disputa por el trono, inaugurando con su reinado una nueva dinastía<sup>227</sup>.

La dinastía de los severos se basa en una política de unificación entre Italia y las provincias, que produce la romanización, proceso que tiene un momento importantísimo en 212, cuando el emperador Caracalla (211-217), llamado en realidad Marco Aurelio Antonino, concede la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio. Esta dinastía basaba su poder en el ejército, siendo entonces un paso intermedio entre el principado y las nuevas tendencias hacia el imperio absoluto<sup>228</sup>. Luego del asesinato de Caracalla, asume el poder su rival y prefecto del pretorio Macrino (217-218). Sin embargo, la tía y dos primas de Caracalla lograron influir en las legiones ubicadas en Emesa para que éstas derrocaran a Macrino y proclamaran emperador a Vario Avito Basiano, sobrino de Caracalla a quien hicieron pasar más bien por hijo suyo. La historia la recuerda con el nombre de Heliogábalo, nombre de una divinidad oriental de la cual era sacerdote desde su adolescencia. Heliogábalo (218-222) pasó sus años principalmente entregado a sus ritos decadentes y orgías, haciendo trasladar su ídolo a Roma. A los 17 años adoptó a su primo Alesiano, quien cambió su nombre por el de Marco Aurelio Alejandro. Heliogábalo, celoso de

<sup>223</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 517 a 527.

<sup>224</sup> Lampridio, citado por Bertolini en *Ob. Cit.*, página 530.

<sup>225</sup> *Ibid.* Página 536.

<sup>226</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 529 a 536.

<sup>227</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 536 a 540.

<sup>228</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 157.

que Alejandro gozaba del favor de los soldados, y que no había podido ser arrastrado a las malas costumbres de su primo, revocó la adopción, lo cual provocó que los pretorianos se alzaran en su contra, asesinandolo el 11 de marzo del 222, y proclamando emperador a Alejandro<sup>229</sup>.

Alejandro Severo (222-235) constituyó un consejo de regencia presidido por el mismísimo Ulpiano, gran jurista que tuvo a su cargo la educación política del entonces joven Alejandro, y a cuya influencia se atribuye el carácter templado y equitativo de su reinado. Hombre profundamente religioso y disciplinado<sup>230</sup>, Alejandro tenía en su capilla doméstica imágenes de grandes héroes y legisladores de la humanidad, entre ellas las de Orfeo, Abraham, Apolonio de Tiana, e incluso la de Jesús Nazareno, detalle que anuncia que el cristianismo no sería molestado durante su reinado<sup>231</sup>.

Ulpiano fue nombrado también prefecto del pretorio y, habiendo descubierto una conspiración contra Alejandro fraguada por los otros dos prefectos, Flaviano y Cresto, éstos fueron ejecutados, pero las tropas se sublevaron contra Ulpiano, dándole muerte a los pies del emperador cuando el jurista se había ido a refugiar al palacio. Más tarde, también el emperador sería víctima de una sublevación militar: las tropas, descontentas porque Alejandro había distribuido oro entre los bárbaros para apaciguar sus invasiones de Iliria y Galia, le asesinan el 20 de marzo del 235<sup>232</sup>. “A la muerte de Alejandro Severo se produce un verdadero estado de anarquía; guerras civiles, bancarrota financiera, usurpaciones, invasiones fronterizas y abandono de las provincias, caracterizan los cincuenta años que transcurren desde Severo hasta Diocleciano, en los cuales se suceden más de 50 emperadores en el trono”<sup>233</sup>, y con la muerte de Severo termina además el llamado período clásico del Derecho Romano.

## b) Constitución social y política<sup>234</sup>

La sociedad romana empieza a transformarse gradualmente durante el principado. Bajo la influencia del estoicismo, y posteriormente del cristianismo, empieza a declinar la esclavitud, con lo cual se produce una movilidad social de antiguos esclavos que ahora llegan a ocupar posiciones sociales más ventajosas. Se agudizan en esta época algunos síntomas de decadencia moral, como los denomina McNall Burns: el divorcio, la prostitución, la homosexualidad, la violencia política, así como la afición del público por los espectáculos crueles y sangrientos, como las luchas de gladiadores que, si bien existían desde tiempos anteriores, fue en esta época que empezaron a cobrar su mayor auge, aumentando a la vez su carácter de sanguinaria barbarie<sup>235</sup>.

<sup>229</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 540 a 557.

<sup>230</sup> Nos narra Bertolini, en páginas 558 y 559 de *Ob. Cit.*, que “el biógrafo de Alejandro nos pinta el régimen de su vida, que basta para probar la bondad de aquel orden de cosas: el emperador se levantaba con el alba y entraba en el *larario* (capilla doméstica) (...). Terminada la oración, pasaba Alejandro a ocuparse de los negocios de Estado con sus consejeros, después se ocupaba en la lectura, sobre todo de las obras de Platón, Cicerón, Virgilio y Horacio, alternando luego con la palestra, las unciones y el baño, los trabajos mentales. A la lectura seguía una comida sobria consistente en pan, lacticinios, huevos y vino con miel. Después del almuerzo volvía a los asuntos, que le ocupaban hasta la hora de la cena. En ciertas horas el palacio estaba abierto para todos los súbditos (...). La sabiduría y bondad fueron, ciertamente, los rasgos característicos del reinado de Alejandro Severo; pero aquella bondad suya carecía de nervio y vigor, y en un Estado en que imperaba la soldadesca mercenaria, esa bondad tenía que ser estéril”.

<sup>231</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 557 a 560.

<sup>232</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 560 a 563.

<sup>233</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 157.

<sup>234</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 152 y 153.

<sup>235</sup> Cfr. McNall Burns. *Ob. Cit.* Páginas 248 y 249.

Sabiendo que la autocracia y la monarquía eran ideas repugnantes a la mentalidad del pueblo romano, Augusto tuvo gran cuidado de mantener, al menos en apariencia, la constitución republicana, mostrándose a sí mismo como restaurador de la República. Realmente, el “emperador”<sup>236</sup> nunca fue tal en virtud de un título que fuera por sí suficiente para otorgarle todos los poderes que ostentaba; antes bien, en la persona del príncipe se reunían facultades y prerrogativas de distintas magistraturas republicanas: así, Augusto fue cónsul, tribuno, censor, senador, pontífice máximo, supremo jefe militar, etc<sup>237</sup>.

Los comicios sufrieron un proceso de degradación, pasando a ser un órgano que refrendaba la voluntad del príncipe en cuanto a las leyes y la elección de magistrados. Ambas facultades, con el tiempo, pasaron al senado. Después de la dinastía de los Flavios, los comicios ya se han extinguido. Con el tiempo, el senado tampoco escaparía a la corriente imperialista, llegando también a convertirse en un organismo sumiso a la voluntad del emperador.

Augusto dividió el gobierno de las provincias de la siguiente forma: las provincias pacificadas serían gobernadas por el senado (gobierno provincial civil), y las provincias turbulentas o amenazadas por los bárbaros<sup>238</sup> serían gobernadas por el príncipe (gobierno provincial militar). A este sistema se le conoce como diarquía o gobierno dual. Se convino además en que el mando militar de las provincias senatoriales sería ejercido, no por procónsules, sino por lugartenientes de Augusto<sup>239</sup>.

En cuanto a las magistraturas republicanas, también se fueron degradando hasta ser ocupadas por funcionarios imperiales puestos y quitados a antojo del emperador. Únicamente la pretura (urbana y peregrina) mantuvo cierto grado de independencia y fisonomía republicana en ejercicio de la jurisdicción civil, pero también sufrió un fuerte golpe a su autonomía y actividad creadora con la promulgación del Edicto Perpetuo de Adriano.

Con la reforma del ejército llevada a cabo por Augusto, se creó la llamada guardia pretoriana, cohortes con sede en Roma que formaban la guardia personal del emperador. Al frente de esta guardia surgió una nueva magistratura: el prefecto del pretorio, jefe militar que cobraría gran importancia política conforme empieza a declinar el principado. Ya se ha visto, en la exposición del marco histórico, la gran influencia que los pretorianos y sus prefectos ejercieron en el Imperio, a tal punto que, de hecho, llegaron a ser ellos, no el senado ni los comicios, quienes designaban al emperador.

### c) Fuentes del Derecho

Gayo, cuya obra “nos ofrece una información incomparable sobre el derecho romano de la época clásica”<sup>240</sup>, enseña que “El derecho del pueblo romano se funda en las leyes, en los plebiscitos, en los senadoconsultos, en las constituciones de los príncipes, en los edictos de los que tienen el derecho de dar edictos y en las respuestas de los prudentes”<sup>241</sup>.

<sup>236</sup> El título de *imperator* no significaba, en su inicio, más que comandante del ejército, general victorioso. Cfr. Domingo. *Ob. Cit.* Página 436.

<sup>237</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 150.

<sup>238</sup> Como las Galias, la España Citerior, Siria y Egipto. Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Página 417.

<sup>239</sup> Cfr. *Loc. Cit.*

<sup>240</sup> Domingo. *Ob. Cit.* Página 37.

<sup>241</sup> Gayo. *Instituta*. I, 1.

La costumbre sigue siendo fuente de derecho, y se le atribuye por parte de algunos juristas de la época el poder de derogar leyes vigentes. Por su parte, la ley comicial inicia un proceso de decadencia, destino inevitable de los comicios, dada la nueva constitución del poder. Augusto se sirvió de los comicios para proponer varias leyes como parte de su política nacionalista y moralizadora, atendiendo especialmente a temas como el matrimonio, el adulterio, la manumisión, etc<sup>242</sup>.

De particular relevancia son la *lex Iulia de iudiciis privatis* y la *lex Iulia de iudiciis publicis*, ambas de 17 a.C., que reorganizaron todo el sistema procesal civil y penal, dando paso al llamado sistema formulario, que sustituyó al antiguo sistema de las *legis actiones*<sup>243</sup>.

### i) Edictos de los magistrados

Quizá por encontrarse ya en un estado de desarrollo suficiente, o como resultado de la nueva autoridad imperial, los pretores empiezan a apoyarse cada vez más en otras fuentes, perdiendo su iniciativa y carácter creador. Ya hacia finales del siglo I el edicto no era más que la repetición de las normas del pretor anterior, y en 131 d.C. se publica el Edicto Perpetuo, también llamado Edicto de Adriano (por el emperador que ordenó su elaboración) o Edicto de Salvio Juliano (por el jurista que tuvo a su cargo la recopilación), que compilaba y organizaba los edictos de los pretores urbanos y los ediles curules, estimando la doctrina moderna que también abarcaba algunos edictos del pretor peregrino y del edicto provincial. Dicho Edicto Perpetuo se volvió obligatorio para los pretores; sólo podía ser reformado por el emperador<sup>244</sup>. De esa forma, empezó la muerte lenta del derecho honorario<sup>245</sup>.

### ii) Senadoconsultos<sup>246</sup>

Si bien el senado había tenido siempre, desde época de la monarquía, una gran influencia y ascendencia sobre el gobierno de la cosa pública, especialmente desarrollado, como hemos visto, en la era republicana, no es sino hasta el tiempo del principado que sus decisiones, llamadas senadoconsultos, obtienen carácter obligatorio, configurando así al senado como un órgano legislativo en sentido propio.

Dicho cambio se debió al crecimiento de la población, que hacía más difícil el funcionamiento de los comicios<sup>247</sup>. Inicialmente esta función la ejercía el senado por iniciativa propia o del emperador (mediante la *oratio* o epístola), hasta que la cimentación del poder imperial hizo predominar la segunda forma. En época de Caracalla, desaparece el senadoconsulto como fuente de derecho y la actividad legislativa se concentra en manos del emperador.

<sup>242</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 161.

<sup>243</sup> Cfr. *Loc. Cit.*; Domingo. *Ob. Cit.* Página 379.

<sup>244</sup> Sólo los gobernadores de provincias tuvieron la facultad de añadir cláusulas especiales en atención a las circunstancias locales del territorio que gobernaban. Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 164.

<sup>245</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 162 a 164.

<sup>246</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 164 y 165.

<sup>247</sup> Así, Bernal y Ledesma, en página 164 de *Ob. Cit.*, citan una frase de Pomponio contenida en el Digesto, como muestra de que los mismos romanos atribuían a ese motivo la potestad legislativa del senado.

### iii) Constituciones imperiales

“Constitución del príncipe es lo que el emperador establece por decreto, por edicto o por epístola. Jamás se ha dudado de que tenga fuerza de ley, ya que el mismo emperador recibe el poder en virtud de una ley”<sup>248</sup>. Las constituciones imperiales podían manifestarse así<sup>249</sup>:

- *Edictos*: promulgados en ejercicio del *ius edicendi*.
- *Decretos*: resoluciones o sentencias dictados por el emperador como magistrado o juez supremo.
- *Rescriptos*: respuestas dadas por el emperador a las consultas que le hacían los funcionarios o particulares.
- *Mandatos*: órdenes o instrucciones, generalmente de tipo administrativo, dadas por el emperador a los funcionarios públicos.

### iv) Jurisprudencia

Entendiendo por “jurisprudencia” el conjunto de opiniones emitidas por los jurisconsultos, ésta constituyó fuente de Derecho, como explica Gayo: “Respuestas de los prudentes son las sentencias y opiniones de aquellos que tienen permiso de sentar derecho. Cuando las sentencias de todos ellos son unánimes, su contenido obtiene fuerza de ley; pero si disienten, el juez puede seguir la sentencia que le plazca, y así consta en un rescripto del divino Adriano”<sup>250</sup>. “El Divino Augusto fue el primero que para que fuese mayor la autoridad del derecho, determinó que se respondiere en virtud de autorización suya”<sup>251</sup>.

Se llamó *ius publicum respondendi ex auctoritate principis* al derecho de responder en materia jurídica como si lo hiciera el príncipe mismo. Esto, junto con la formación del *Concilium Principis*, cuerpo de juristas asesores del príncipe, fueron los dos factores que determinaron que durante esta época floreciera en su esplendor la labor de los jurisconsultos clásicos<sup>252</sup>.

La labor doctrinal científica de los juristas clásicos puede agruparse de esta manera<sup>253</sup>:

- *Obras destinadas a la enseñanza*: manuales, instituciones, reglas, definiciones, dirigidas a los estudiantes del Derecho.
- *Obras sistemáticas*: comentarios a las instituciones del *ius civile*, del edicto del pretor, de las obras de los jurisconsultos antiguos, etc.
- *Obras especializadas*:

<sup>248</sup> Gayo. *Instituta*. I, 5.

<sup>249</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 166 y 167.

<sup>250</sup> Gayo. *Ob. Cit.* I, 7.

<sup>251</sup> *Digesto*, I, 2, 2, 47.

<sup>252</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 167 a 170.

<sup>253</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 171 y 172.

- *Monografías:*

- Sobre un tema en particular<sup>254</sup>.
- Sobre una determinada ley o senadoconsulto.

- *Colecciones:*

- De respuestas dadas por un jurisconsulto.
- Discusiones y problemas planteados entre maestros y alumnos para su solución.

También fue función de los jurisconsultos<sup>255</sup> la enseñanza del Derecho, que en el período clásico alcanza una organización más académica y definitiva, con miras a satisfacer la creciente demanda de juristas. La enseñanza se llevaba a cabo en *stationes* ubicados en lugares públicos destinados para ello, tanto en Roma como en algunas ciudades provinciales<sup>256</sup>.

Se hicieron famosas dos escuelas: proculeyanos y sabinianos, ambas fundadas por jurisconsultos de la época de Augusto. La escuela proculeyana recibió su nombre de Próculo, discípulo de su fundador Labeón, aunque algunos sostienen que era en realidad la continuación de la escuela serviana fundada por Servio Rufo en épocas anteriores. La sabiniana o casiana se llamó así por Cayo Casio Longino y Masurio Sabino, discípulos del fundador Capitón, aunque también se considera que es continuación de la escuela muciana fundada anteriormente por Q. Mucio Scaevola<sup>257</sup>.

#### **d) Características del Derecho**<sup>258</sup>

Culmina el proceso de transición del formalismo al consensualismo que se había iniciado en la etapa preclásica. También se abandona la oralidad a favor de la escritura, lo cual facilita la prueba y elimina la necesidad de excesiva publicidad. Todo esto se manifiesta principalmente en el ámbito de la contratación, de los actos y negocios jurídicos.

Mediante la labor del pretor peregrino, el Derecho Romano pierde su carácter nacionalista, para adquirir aspiración cosmopolita, universal, al fundirse con instituciones del *ius gentium*.

Fue además un derecho casuista, ya que la labor jurídica se enfocaba principalmente a la resolución de los casos concretos, de tal forma que no llegó a formularse teorías generales. Desapareció la rigurosidad del derecho antiguo para dar paso a mayor flexibilidad, pero siempre manteniéndose el espíritu conservador de los romanos.

---

<sup>254</sup> Por ejemplo, sobre la manumisión, la usura, etc.

<sup>255</sup> Para ampliar este tema, conociendo sobre los principales jurisconsultos del período clásico y sus obras, véanse las páginas 172 a 182 de Bernal y Ledesma, *Ob. Cit.*

<sup>256</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 172 y 173.

<sup>257</sup> Cfr. *Ibid.* Página 173, y nota 58 de la misma página.

<sup>258</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 182 a 185.

Toma gran auge la actividad creadora de los juristas, estimulada por el ambiente de paz instaurado por Augusto y las sucesivas dinastías. Por otro lado, empieza también un proceso de estatificación.

#### 4. Período posclásico: de la muerte de Alejandro Severo al ascenso de Justiniano

Comprende esta etapa desde el año 235, en que muere Alejandro Severo, hasta el 527, en que asume el poder el emperador Justiniano. Abarca, por tanto, la anarquía militar y el tiempo de los treinta tiranos, el período de cincuenta años entre la muerte de Severo y el surgimiento de Diocleciano en el 284. Sus dos principales figuras son Diocleciano y Constantino, motivo por el cual nuestro estudio dará énfasis a sus respectivos reinados.

##### a) Marco histórico

Hemos visto cómo, a la muerte de Alejandro Severo, el Imperio entra en una crisis, que Barrow describe así: “Las rivalidades aumentaban; los generales se convertían en pretendientes al Imperio; los soldados hacían y deshacían emperadores; las guerras civiles, que no eran motivadas por principios o ideales, se prolongaban durante largos años, malgastando el vigor de todo el Imperio. El emperador que salía triunfante apoyaba su poder y su seguridad en un despotismo militar, mimaba y regalaba a los ejércitos, aumentando las pagas y las gratificaciones, recompensándolos con tierras y tolerando su mezquina tiranía sobre la población civil. ‘Aplacar a la soldadesca o perecer’ era el lema imperial. Y, lo mismo que el ejército, se barbarizaban los generales y pretendientes a quienes ellos designaban. Africanos, tracios, dálmatas, un sirio, un árabe, todos vistieron la púrpura imperial de Roma. Muchos carecían de educación, muchos apenas pusieron los pies en Roma, y pocos se dieron cuenta de lo que habían heredado. La romanidad (*romanitas*) se diluyó lamentablemente”<sup>259</sup>.

Finalmente, en medio del caos imperante, las legiones del Danubio proclaman emperador a Diocleciano (284-305), quien lograría poner fin a la crisis del siglo tres. Para lograrlo, llevó a cabo una profunda reforma constitucional que dio lugar al llamado Imperio Colegiado o Tetrarquía, identificado también como Imperio Absoluto o Dominado (de *dominus*, señor), en atención a la nueva caracterización que las reformas de Diocleciano imprimen al poder imperial y al gobierno. Diocleciano asume el poder en medio de una crisis económica, y bajo la presión de las invasiones bárbaras a las fronteras del Imperio. Dispuesto a resolver estos problemas, y conciente de que no bastaba un hombre para gobernar ya todo el Imperio, en 285 asocia al mando al general Maximiano, a quien en 286 confiere la dignidad de Augusto, otorgándole el mando de Occidente. Como Césares, destinados a suceder a los Augustos, se eligió a Galerio y a Constancio Cloro<sup>260</sup>.

Las luchas contra bárbaros y persas hacían necesario que la mayor parte de los fondos del Estado se destinaran al mantenimiento de un ejército en constante crecimiento; la guerra y las invasiones empobrecían a la población, y el valor de la moneda disminuía, dando lugar a una hiperinflación, a una carestía general de artículos de necesidad básica<sup>261</sup>. Diocleciano trató de combatir la crisis monetaria y económica con dos medidas: por un lado, emprendió una reforma de la moneda corriente para combatir la inflación y, por otro, en 301 promulgó el *Edictum de*

<sup>259</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Página 170.

<sup>260</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 205; Barrow. *Ob. Cit.* Página 176; Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 597 a 601.

<sup>261</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 172 y 173.

*pretiis rerum venalium*, que establecía control de precios máximos y de salarios. El resultado de este control de precio fue, contrario a lo pretendido por Diocleciano, que la carestía aumentó en vez de disminuir, pues los bienes fueron retirados del mercado al intentar que se vendieran obligatoriamente a precios menores que el costo<sup>262</sup>. Las reformas fiscales provocaron que, a fin de que las personas no abandonaran el trabajo por estar altamente gravado, se les forzara a permanecer vinculados al mismo, configurándose entonces una sociedad de castas cerrada<sup>263</sup>.

Diocleciano, al nombrarlo Augusto, había hecho jurar a Maximiano que abdicaría el trono al hacerlo él. Así, ambos dejaron el cargo el primero de mayo del 305; Galerio y Constancio Cloro fueron elevados a la dignidad de Augustos, y como Césares fueron proclamados Valerio Severo y Maximino Daia. Diocleciano se retiró a Salona, donde pasó el resto de su vida cultivando legumbres, a pesar de que las posteriores crisis llevaron a que sus antiguos colegas le solicitaran retomar el poder<sup>264</sup>.

El 25 de julio del 306, tras una exitosa campaña contra los pitios, falleció Constancio Cloro en la ciudad de Eboraco (actual York). Su hijo Constantino, quien lo acompañaba, fue proclamado emperador por las tropas, función que correspondía a Galerio. Éste, para evitar una guerra civil, confirmó el nombramiento proclamando César a Constantino. Valerio Severo fue elevado a la dignidad de Augusto. El ejemplo de Constantino fue imitado por Magencio, hijo de Maximiano y yerno de Galerio, quien se hizo proclamar emperador por sus seguidores, llamando a su padre a retomar el poder. Surge entonces una nueva guerra civil, de la que resulta vencedor Constantino, quien reunifica el gobierno del Imperio en sí mismo<sup>265</sup>.

Entre los eventos más sobresalientes del gobierno de Constantino (323-337), se cuentan el traslado de la capital imperial y la reforma religiosa. El 11 de mayo del 330 se inaugura la Nueva Roma, ubicada en la antigua Bizancio, como nueva metrópoli del Imperio. Ya los contemporáneos de Constantino le llamaban Constantinopla (ciudad de Constantino), nombre que se oficializó después de morir el emperador. La nueva capital satisfacía condiciones políticas, religiosas, militares y estratégicas que la convertían en el sitio idóneo para ser la nueva sede del gobierno imperial, pues se lograba estar más cerca de los dos mayores peligros para el Imperio (los bárbaros del Danubio y la monarquía persa), así como de los centros comerciales que, con la conquista de Asia, se habían trasladado a oriente<sup>266</sup>.

Ya desde tiempos de Nerón se habían producido persecuciones contra los cristianos. La religión romana era, en principio, tolerante de otras religiones: “los cultos extranjeros eran sometidos a tres pruebas: 1) ¿Podían alterar la posición dominante de los cultos romanos? 2) ¿Eran peligrosos políticamente? 3) ¿Eran deseables moralmente? Si salían bien de estas pruebas, la tolerancia era absoluta”<sup>267</sup>. Por eso, resulta extraña a primera vista la oposición que el cristianismo sufrió en el mundo romano. Los estudiosos lo atribuyen al cosmopolitismo que el cristianismo representaba<sup>268</sup>, así como al papel que desempeñó el cristianismo como fuerza opositora del

<sup>262</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Página 605.

<sup>263</sup> Cfr. Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 176 a 177; Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 205.

<sup>264</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 608 a 610; Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 206.

<sup>265</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 608 a 617.

<sup>266</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 621 a 623; Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 209.

<sup>267</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Página 148.

<sup>268</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 210; Barrow. *Ob. Cit.* Página 180 a 192.



nuevo estilo político totalitario que se había instaurado<sup>269</sup>. Desde tiempos de Augusto se había dado una fuerte restauración de los cultos romanos, que durante los últimos cien años de la república habían ido perdiendo parte de su influencia. También en épocas de Augusto se inicia el culto al emperador<sup>270</sup>. “Para el romano la unidad del Imperio era de importancia vital, y el homenaje a ‘Roma y Augusto’ representaba y expresaba este ideal. Era un acto de fe política. (...) Para el cristiano, el acto de rendir homenaje a la divinidad –cualquiera que fuera el significado de esto– de Roma y Augusto, era un acto de fe religiosa, incompatible con la fe cristiana”<sup>271</sup>.

Diocleciano había perseguido al cristianismo, bajo la presión de Galerio, en aras de la unidad del Imperio que se veía amenazada por esta religión que venía a ser como un Estado dentro del Estado. Más tarde, el mismo Galerio promulgó en 311 el Edicto de Tolerancia, y en 313 Constantino promulga el Edicto de Milán, que concede igualdad de condiciones al cristianismo respecto de los demás cultos, partiendo de la neutralidad religiosa del Estado<sup>272</sup>. Constantino es comúnmente recordado como el primer emperador cristiano de Roma, pero en realidad su gobierno se caracterizó más bien por una tolerancia políticamente equilibrada; la misma fecha de su conversión es discutida por los historiadores, y ejerció como emperador el sumo pontificado del paganismo<sup>273</sup>. No fue sino hasta la época del emperador Teodosio (379-395) que el cristianismo se impuso como religión de Estado (380), ordenándose el cierre de los templos paganos (391)<sup>274</sup>.

En tiempos de Constantino se convocó el Concilio de Nicea (325), que tuvo por objeto combatir la herejía de Arriano, cuya doctrina, el arrianismo, negaba la divinidad de la Segunda Persona de la Santísima Trinidad. El Concilio adoptó el *Credo* que la Iglesia Católica sostiene hasta nuestros días, en el cual se proclama formalmente la consustancialidad del Hijo y el Padre, aceptada como verdad por la ortodoxia cristiana desde sus inicios. Sin embargo, los seguidores del arrianismo, liderados por el obispo Eusebio de Nicomedia, lograron influir posteriormente sobre Constantino, quien persiguió a los adherentes de la fe proclamada en el Concilio de Nicea, por ejemplo, desterrando a Atanasio de Alejandría, quien había sido de los principales exponentes de la doctrina trinitaria ortodoxa<sup>275</sup>.

En 335, Constantino divide el Imperio entre sus tres hijos, Constantino II (asignándole la prefectura Gálica), Constancio (el Oriente) y Constante (Italia, África y las provincias Ilíricas), y sus dos sobrinos, Dalmacio (la Tracia con Constantinopla, Macedonia y Acaya) y Anibaliano (el Ponto, Armenia y Capadocia, bajo la alta soberanía de Constancio). Muere Constantino el 22 de

---

<sup>269</sup> “Las cartas de hombres como San Ambrosio y San Agustín demuestran claramente la obra de los obispos. Se oponían a la tiranía oficial, se enfrentaban a los gobernadores provinciales, con quienes personalmente mantenían a menudo relaciones amistosas, llevaban las cuestiones a los mismos oídos imperiales, eran los árbitros en las disputas y guiaban y protegían a su grey en todas las dificultades que se les presentaban. Fue entonces [siglo V] que la Iglesia se transformó en la fuerza principal contra la pobreza y el dolor; (...) ofreció a los hombres una esperanza y la creencia de que el individuo tenía todavía valor, aunque la sociedad fuera esclava del Estado” (Barrow. *Ob. Cit.* Página 196); “estas persecuciones, lejos de liquidarlo, dieron más fuerza al cristianismo, única esperanza de una sociedad en agonía, que canalizó en él su rebeldía frente al caos y al despotismo” (Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 210; Cfr. además página 213).

<sup>270</sup> Cfr. Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 145 a 151.

<sup>271</sup> *Ibid.* Páginas 183 y 184.

<sup>272</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 210 a 212; Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 187 y 188.

<sup>273</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 617 y 618.

<sup>274</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 650 a 653; Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 212.

<sup>275</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Páginas 619 y 620.

mayo de 337. Apenas tres meses después, Dalmacio y Anibaliano morían por orden de sus primos<sup>276</sup>.

Después de los hijos de Constantino<sup>277</sup>, reina el emperador Juliano (361-363), primo de Constancio, quien le nombró su sucesor. Juliano fue llamado El Apóstata, en atención a la vuelta al paganismo que intentó llevar a cabo<sup>278</sup>. No habiendo dejado Juliano un sucesor, los jefes militares proclaman emperador a Joviano (363-364), uno de los jefes de la guardia imperial. De igual manera fue nombrado, al morir Joviano, su sucesor Valentiniano, quien en 364 asocia al Imperio a su hermano Valente, fijando éste su residencia en Constantinopla, mientras Valentiniano se establece en Milán; desde entonces, el Oriente y el Occidente tendrían cada uno su propio emperador<sup>279</sup>.

Desde el lejano 390 a.C., en que los galos incendiaron Roma, varios pueblos bárbaros se habían ido estableciendo en las provincias romanas como súbditos del emperador. Con estas poblaciones se fue “barbarizando” el ejército romano. En el siglo II se inicia un gradual movimiento de invasión de pueblos bárbaros, en parte provocada por las invasiones de los hunos. En el siglo V se acentúa: sajones en Britania, francos y borgoñeses en las Galias, visigodos en Hispania, suevos y vándalos en el África. Las guerras civiles, el despotismo imperial con su burocracia abusiva, el hambre y la pobreza, habían ido debilitando a la población. Roma había dejado de ser la capital del mundo: a la cabeza del Imperio, Constantinopla; a la cabeza del Occidente, Milán. La noche del 17 de enero del 395 muere el gran príncipe Teodosio, “el último de los emperadores romanos dignos de este nombre, y con él se cierra la historia del Imperio romano de Occidente y comienza la de su caída bajo las armas de los bárbaros. Algunos llevaron todavía el título imperial en Roma y Ravena después de Teodosio, pero no fueron ni sombra de lo que había sido éste y sus predecesores”<sup>280</sup>. Roma es saqueada en 410 por el godo Alarico, y en 455 por el vándalo Genserico. El 4 de septiembre de 476, el germano Odoacro destituye al último emperador de Occidente: Rómulo Augústulo, todavía niño, “que por una ironía del destino llevaba los nombres del fundador de Roma y de su primer emperador”<sup>281</sup>. “Roma, abandonada por sus emperadores, continuó por otra vía su gloriosa historia. Al desierto Palatino sucede el Vaticano, y desde allí la civilización latina encuentra en el obispo de Roma su nuevo moderador. El Imperio ha caído, pero el fuego sagrado de la civilización no se extingue. La Iglesia lo reconoce y lo difunde por todo el mundo bárbaro”<sup>282</sup>. Odoacro fue el primer rey germánico de Italia, rechazando la insignia imperial, la cual envió al emperador de Oriente, Zenón Isaurio. Allí mismo, cuarenta años después, la tomaría un nuevo emperador destinado a hacer perdurar, a su modo, el legado de la grandeza romana: Justiniano, el Grande<sup>283</sup>.

## b) Constitución social y política

La sociedad imperial había pasado a ser una mezcla heterogénea de pueblos y razas con etnias diferentes, con predominio del elemento helenístico a causa del desplazamiento hacia oriente. Se creó un sistema jerarquizado de castas con base en las funciones de producción y tributación. El

<sup>276</sup> Cfr. *Ibid.* Página 626.

<sup>277</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 627 a 639.

<sup>278</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 639 a 642.

<sup>279</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 643 a 660.

<sup>280</sup> Bertolini. *Ob. Cit.* Página 660.

<sup>281</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 216.

<sup>282</sup> Bertolini. *Ob. Cit.* Página 622.

<sup>283</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 215 y 216.

clima de inseguridad provocó que los terratenientes organizaran milicias para defensa de sus tierras, ante la debilidad del poder central, y cedían sus tierras en arrendamiento, dándose origen al sistema del colonato, en virtud del cual las personas quedaban ligadas a la tierra que cultivaban. Así se sientan las bases para lo que sería el feudalismo en la Edad Media. Los obreros urbanos también se hallaban en situación de cuasi-esclavitud, siendo obligados a asociarse en gremios hereditarios. Luego del fracaso del *Edictum de pretiis rerum venalium* de Diocleciano, el sistema monetario acabó por colapsar, volviéndose al sistema de permuta o trueque<sup>284</sup>. “En resumen, se instauró un socialismo de estado que petrificó la iniciativa privada, que ató a cada hombre a una función específica, pagando como precio la libertad”<sup>285</sup>.

La reforma introducida por Diocleciano buscaba, principalmente, proveer a una mejor defensa del Imperio, dividiendo su territorio en cuatro principados y regular la sucesión en el poder, de tal modo que se pusiera fin a la anarquía resultante de los pronunciamientos militares que quitaban y ponían emperadores<sup>286</sup>.

Diocleciano instituye el sistema de la tetrarquía, dividiendo el Imperio entre dos Augustos y dos Césares: todos ellos tenían el *imperium* y la potestad tribunicia, pero los Césares no podían expedir edictos, quedando la potestad legislativa en manos de los Augustos, quienes además podían ejercer la soberanía en las provincias gobernadas por los Césares, lo cual hacía de estos, en el fondo, lugartenientes de los Augustos<sup>287</sup>. Los Augustos durarían veinte años en ejercicio de su cargo, al cabo de los cuales abdicarían, pasando a ocupar su lugar los Césares, quienes a su vez nombrarían nuevos Césares para sucederles<sup>288</sup>.

El territorio se dividió en cuatro partes: Italia y el Oriente, gobernadas por los Augustos; las Galias y la Iliria, gobernadas por los Césares. Al mismo tiempo, conociendo el peligro de colocar grandes territorios bajo el mando de jefes militares, las 57 provincias que integraban el Imperio fueron divididas en 96, y éstas a su vez agrupadas en 12 diócesis<sup>289</sup>. Cada provincia era gobernada por un magistrado al que se le llamó presidente, y cada diócesis tenía un vicario, encargado de vigilar a los presidentes<sup>290</sup>. Más adelante, Constantino sustituyó las cuatro monarquías imperiales de la tetrarquía con cuatro prefecturas, con carácter puramente administrativo e independiente de la unidad o pluralidad del principado, lo cual tuvo la ventaja de sustraer la administración a las vicisitudes del poder imperial<sup>291</sup>.

Diocleciano también reformó la naturaleza misma del poder imperial, dándole carácter divino, sagrado, rodeando su corte de pompa, misterio, y ceremonia, al estilo de las monarquías orientales<sup>292</sup>. Se estableció una burocracia jerarquizada cuya autoridad emanaba como delegación

<sup>284</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 216 a 219.

<sup>285</sup> *Ibid.* Página 219.

<sup>286</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Página 600.

<sup>287</sup> Cfr. *Ibid.* Página 601.

<sup>288</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 205.

<sup>289</sup> Bertolini, en nota al pie 8 de página 601 de *Ob. Cit.*, enumera las doce diócesis de tiempos de Diocleciano, citando a Mommsen: “el Oriente, con Egipto, Siria y Mesopotamia; el Ponto; Asia; Tracia; Mesía; Panonia; Italia; África; España, con la Mauritania Tingitana; la Vienense, con la Narbonense y la Aquitania; la Galia; la Bretaña”.

<sup>290</sup> Sólo el África Cartaginense, Grecia y Asia quedaron administradas por procónsules, dependientes directos del emperador. Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Página 601.

<sup>291</sup> Cfr. Bertolini. *Ob. Cit.* Página 623.

<sup>292</sup> “Diocleciano suprimió la ficción de la delegación del poder del pueblo al emperador. (...) la corona imperial de laurel cedió el puesto a la diadema sembrada de piedras preciosas; la túnica y el manto militares se tornaron en el

del emperador, quien por decreto nombraba a los funcionarios. Dichos funcionarios eran semejantes a lo que actualmente se entiende como ministros de Estado, habiendo entre los principales uno encargado de redactar las leyes y respuestas en nombre del emperador, otro de administrar el fisco, el patrimonio de la corona, jefes de personal, etc., así como funcionarios sin oficio determinado que estaban a las órdenes directas del emperador y frecuentemente actuaban como inspectores de la administración. El emperador ya legislaba solo, reduciéndose el senado a una mera corporación honorífica o municipal, cuya labor consultiva se traslada al *consistorium sacrum*, integrado por los consejeros y amigos cercanos del emperador. La pretura y la cuestura pasan a ser cargos municipales, encargados de organizar los juegos públicos<sup>293</sup>. El consulado desaparece cuando, a partir del 567, todos los emperadores asumen el título de cónsul perpetuo, aunque desde hacía ya tres siglos el consulado había perdido relevancia política<sup>294</sup>.

La conjugación de factores políticos, administrativos, y religiosos, reflejados, respectivamente, en el absolutismo, la centralización, y la divinización de la dignidad imperial, fue el enfoque fundamental de la política implementada por Diocleciano con miras a reforzar la autoridad imperial y la unidad del Imperio, para lograr de esa manera evitar una vuelta al caos anárquico que durante décadas había amenazado la supervivencia misma del mundo romano<sup>295</sup>. Es en este contexto, por ejemplo, que se comprende mejor por qué Diocleciano fue uno de los grandes perseguidores del cristianismo y, a su vez, por qué Constantino luego favoreció tanto a la nueva religión<sup>296</sup>.

Con esta reforma, se produce una estatificación en todos los aspectos, configurándose un poder absoluto, que hace exclamar a Barrow: “el Imperio como un todo se salvó milagrosamente gracias a los esfuerzos de [Diocleciano y Constantino]. Pero para salvarse pagó un precio tan exorbitante que los historiadores se han preguntado a veces si no hubiera sido mejor que pereciese”<sup>297</sup>, pues, en efecto, “los emperadores ilíricos se vieron condenados, por estricta necesidad, a forjar un estado totalitario”<sup>298</sup>, ya que “para [resolver los problemas más graves del momento], el único gobierno posible, sería la monarquía absoluta de tipo heleno-oriental”<sup>299</sup>. “Pero sería un error el atribuir este alejamiento de Diocleciano respecto a la vida común, a una vanidad pueril. El hombre que abdicó voluntariamente la corona, y que acabó su vida con las sencillas costumbres de la juventud, no podía amar el ostentoso orientalismo. La razón de su conducta fue un hábil cálculo político: esperaba hacer más respetada y temida la autoridad real, rodeándola de brillante aureola; esperaba cerrar por este medio la era de las revoluciones”<sup>300</sup>. Constantino reformó el ejército, separando completamente la infantería de la caballería, reduciendo el número de integrantes de las legiones, y dividiendo la milicia en *palatina* y *confinante*, dispersando así el poder militar a fin de hacer más difícil la ocurrencia de pronunciamientos<sup>301</sup>.

---

vestido de seda y oro. Y al cambio de los signos exteriores correspondió el de las costumbres (...) Y tan sagrado como la persona del príncipe era cuanto le rodeaba”. Bertolini. *Ob. Cit.* Página 601.

<sup>293</sup> Al tratar sobre el desarrollo de la Iglesia cristiana en el siglo V, Barrow observa que “El obispo asumió virtualmente las funciones del magistrado de la ciudad, que por esta época no era sino un instrumento del gobierno a pesar suyo, mientras que el obispo era elegido por los habitantes”. *Ob. Cit.* Página 196.

<sup>294</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 206 a 208.

<sup>295</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 210; Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 168 a 179.

<sup>296</sup> Cfr. Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 180 a 192; Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 205.

<sup>297</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 173 y 174.

<sup>298</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 210.

<sup>299</sup> *Ibid.* Página 204.

<sup>300</sup> Bertolini. *Ob. Cit.* Página 601.

<sup>301</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 623 y 624.

### c) Fuentes del Derecho

Durante esta etapa, la costumbre y la jurisprudencia quedan supeditadas a la labor legislativa de los emperadores, configurándose un dualismo jurídico que divide las fuentes en *iura* o derecho viejo, en decadencia, y *leges* o derecho nuevo, emanado directamente de la voluntad del emperador<sup>302</sup>.

#### i) Costumbre

Desaparece la figura de la *desuetudo*, es decir, la derogación de la ley por costumbre en contrario, quedando ésta supeditada a la legislación imperial<sup>303</sup>.

#### ii) Constituciones imperiales<sup>304</sup>

Llegan a constituir prácticamente la única fuente formal de derecho, con carácter de leyes generales, llamándoseles *leges edictales*, por recibir forma de edictos. Los rescriptos se aplican sólo a casos concretos; los mandatos se reducen a instrucciones para servicios; los decretos desaparecen cuando el emperador deja de intervenir directamente en controversias.

Surgen las pragmáticas, disposiciones destinadas a regir una provincia o grupo de personas determinados, o con carácter temporal. La unidad legislativa se rompe cuando, a partir de una constitución de Teodosio II, se niega fuerza de ley a las normas dictadas por un emperador en el territorio del emperador colega, teniendo éste la facultad de enmendarlas o rechazarlas.

#### iii) Codificaciones prejustinianas<sup>305</sup>

Había mucha incertidumbre sobre la vigencia de las constituciones imperiales: si habían sido derogadas, si eran de aplicación general o no, etc. Junto con la inexistencia de un sistema de publicidad de las normas, se dificultaba mucho la administración de justicia.

De la iniciativa privada surgen las primeras codificaciones: los códigos Gregoriano (292) y Hermogeniano (325), debidas a los jurisconsultos privados Gregorio y Hermógenes, que recopilaron constituciones y rescriptos desde tiempos de Adriano. Ambas obras fueron complementadas por juristas posteriores, añadiendo constituciones hasta tiempos de Valentiniano y Valente.

A su vez, sirvieron de base para la primera codificación oficial, el Código Teodosiano, promulgado por Teodosio II en 426 d.C. Este Código contenía principalmente disposiciones de derecho público, mientras que los códigos Gregoriano y Hermogeniano contenían derecho privado, motivo por el cual el emperador Teodosio sancionó oficialmente dichos códigos, reconociéndoles plena validez a las constituciones en ellos contenidas. Las leyes posteriores dictadas por Teodosio fueron recopiladas en colecciones privadas llamadas Novelas Posteodosianas.

---

<sup>302</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 219.

<sup>303</sup> Cfr. *Ibid.* Página 219.

<sup>304</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 220 y 221.

<sup>305</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 221 a 224.

Todas estas colecciones pusieron cierto orden al caos jurídico, y prepararon el camino para la gran compilación de Justiniano.

#### iv) **Jurisprudencia posclásica**<sup>306</sup>

El despotismo político y la decadencia socioeconómica hacen decaer la labor jurisprudencial. El uso y estudio de las obras de los clásicos (Paulo, Ulpiano, Gayo, et al.) va decayendo, desde conocerse sólo a través de resúmenes con fines prácticos elaborados para facilitar el trabajo a los abogados, hasta llegar a un predominio absoluto del derecho vulgar. Los juristas desaparecen, convirtiéndose en meros ejecutores y aplicadores de la voluntad imperial.

El Código Teodosiano contenía una constitución del 426 debida a Valentiniano III y Teodosio II, que los modernos llaman “Ley de Citas”, la cual otorgó fuerza de ley a las opiniones de Papiniano, Ulpiano, Paulo, Gayo y Modestino. Los jueces, en sus sentencias, debían seguir la opinión de la mayoría de ellos; en caso de empate, prevalecía la opinión de Papiniano; a falta de opinión de Papiniano aplicable al caso concreto, debía el juez escoger a su criterio la que le pareciera más adecuada. Esto habrá contribuido al estancamiento del derecho en su época.

Por otro lado, la propagación del cristianismo hace que las mentes más brillantes de la época se dediquen, no a la ciencia jurídica, sino a la teología y filosofía. Aunque estos pensadores (tales como San Agustín, Tertuliano, San Isidoro de Sevilla, San Ambrosio, San Gregorio Magno, et al.) llegarían después a tener mucha influencia sobre instituciones jurídicas, dicha influencia no se manifiesta directamente en la jurisprudencia de su época.

#### v) **Obras de Derecho**

La escasa literatura jurídica de la época que se conserva carece de valor científico, pero es de importancia en cuanto que nos permiten conocer fragmentos de algunos textos clásicos que, de lo contrario, no se conocerían. Existen colecciones de *iura* que eran refundiciones de tratados clásicos, así como colecciones mixtas de *leges* y *iura*<sup>307</sup>.

#### vi) **Leyes romano-bárbaras**<sup>308</sup>

En la antigüedad prevaleció el sistema de la personalidad del derecho, en virtud del cual un habitante de una ciudad se regía por las normas de la comunidad a la que pertenecía. Como consecuencia, al asumir el poder los invasores bárbaros, elaboraron leyes para sí mismos, basadas en su rudimentario derecho consuetudinario, y codificaciones para sus súbditos que eran comunidades romanas o romanizadas. Esto ocurrió sobre todo en las regiones de Hispania, Italia y las Galias, en las cuales, a diferencia de Germania y Britania, los bárbaros no rechazaron gran parte de la cultura y derecho de Roma.

Después, conforme la convivencia va dando lugar al mestizaje racial, se produce el correspondiente efecto jurídico del surgimiento de codificaciones romano-bárbaras, mezclas de

---

<sup>306</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 224 a 227.

<sup>307</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 227 a 229.

<sup>308</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 229 a 232.

leyes romanas y costumbres germanas con carácter territorial en los reinos que fueron formándose. Entre las principales están<sup>309</sup>:

- **El Edicto o Código de Teodorico:** promulgado en Italia por Teodorico II, rey de los ostrogodos, alrededor del 458. Rigió tanto para romanos como para ostrogodos, es decir, aplicando el principio de la territorialidad del derecho.
- **El Código de Eurico:** promulgado en 474 por Eurico, sucesor de Teodorico II. Rigió también para romanos y godos (aunque esto se discute por la doctrina). Fue reformado en el siglo VI por el rey Leovigildo, conociéndose el nuevo texto como Código de Leovigildo.
- **El Breviario de Alarico o *Lex Romana Visigothorum*:** promulgada en Tolosa en 506 por el rey Alarico II, para uso de los súbditos galo-romanos del imperio visigótico. Es la más importante y divulgada de las compilaciones romano-bárbaras, especialmente en España y Francia, donde tuvo arraigo y aplicación hasta la Edad Media.
- **La *Lex Romana Burgundionum*:** promulgada entre 474 y 516 por el rey Gondobado de los burgundios para sus súbditos romanos. Tuvo una vigencia efímera de aproximadamente medio siglo.

Estas codificaciones hicieron sobrevivir, aunque de forma vulgarizada, el derecho romano. Las principales fuentes que se usaron para redactarlas fueron los códigos Teodosiano, Hermogeniano, Gregoriano, las Novelas Posteodosianas, resúmenes de las Instituciones de Gayo, y las Sentencias de Paulo, entre otras, mezcladas con normas y costumbres de los bárbaros.

#### d) Características del Derecho<sup>310</sup>

Al derecho de la etapa posclásica se le denomina vulgar, en el sentido de que pierde las características del derecho de los siglos anteriores debido a la ausencia de producción jurídica y, con ello, la pérdida de su estilo, pues no existía la percepción para entender e interpretar el estilo y pensamiento de los autores clásicos: “En el período vulgar, jueces y abogados de insuficiente preparación profesional resolvieron los problemas, no ya con el refinado arsenal de conceptos heredados de los clásicos, sino con un popular, y a menudo engañoso, ‘sentido común’”<sup>311</sup>; “Falta la sabia mano operadora del jurista. El vulgarismo ignora las doctas maneras de definición y tamización de lo jurídico. Prima lo vital, en todo lo que tiene de crudo y primario”<sup>312</sup>.

Se produce la confusión de conceptos fundamentales y secundarios que habían surgido con la casuística jurisprudencial de los clásicos: por ejemplo, se confunde la posesión y la propiedad, el colonato y la enfiteusis, la compraventa y la permuta, la existencia del derecho con la prueba del mismo<sup>313</sup>, etc. Las instituciones que más se vulgarizan son las de la propiedad inmobiliaria, por influencia del elemento bárbaro, que se establece en zonas obtenidas violenta o pacíficamente.

<sup>309</sup> En cuanto a esta enumeración, véase también: Jaramillo, Carlos Ignacio. El Renacimiento de la Cultura Jurídica en Occidente. Páginas 59 a 72.

<sup>310</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. Ob. Cit. Páginas 235 a 237; véase además la exposición del vulgarismo jurídico que hace Jaramillo en Ob. Cit., páginas 31 a 58.

<sup>311</sup> Guillermo Floris Margadant, citado por Jaramillo en Ob. Cit., página 35, nota al pie 23.

<sup>312</sup> Juan Iglesias, citado por Jaramillo en Ob. Cit., página 39.

<sup>313</sup> Cfr. Ibid. Página 34.

También se caracteriza por la malformación o incomprensión de figuras jurídicas principalmente en materia de contratos y régimen de responsabilidad civil<sup>314</sup>. Por su parte, el cristianismo influye especialmente en materia de familia y sucesiones. Otro factor que influye es la helenización, si bien en las academias y escuelas se tiende a conservar la pureza del pensamiento jurídico clásico.

Se dio también una tendencia a la codificación, para simplificar la labor jurídica. También por ello proliferaron los resúmenes y compendios, que contenían deformaciones y glosemas, alejando de esta forma a los practicantes y estudiosos del Derecho del pensamiento original de los juristas clásicos. La decadencia del idioma latín también contribuyó a transmutar la forma de expresión y la sustancia de instituciones jurídicas: “de análoga manera a como el latín clásico que se escribía era distinto del vulgar que hablaban las gentes, también frente al derecho clásico de Roma se formó en España y en las restantes provincias del imperio un derecho romano vulgar caracterizado por la simplificación de conceptos y normas y la mezcla de principios romanos e indígenas”<sup>315</sup>.

## 5. Período justiniano: el imperio de Justiniano

Abarca este período el gobierno del emperador Justiniano, de 527 a 565, momento de singular trascendencia ya que sienta las bases de lo que sería el carácter político y jurídico de la posterior Edad Media. En ésta etapa, el Derecho Romano adquiere la forma y características con las cuales se transformaría luego en la principal y decisiva fuerza jurídico-intelectual de la civilización occidental, perviviente hasta nuestros días.

### a) Marco histórico

Durante el reinado de Teodosio II (408-450), el poder fue ejercido por su hermana mayor Pulqueria y su marido Marciano, quien sucedió a su cuñado como emperador, reinando de 450 a 457. León I (457-474) fue designado al trono por Aspar, jefe del ejército, y le sucedió su yerno Zenón (474-491), cuya viuda designó como heredero a Anastasio (491-518). Al morir Anastasio, resulta emperador el comandante de la guardia palatina, Justino I (518-527) quien, siendo iletrado, se rodeó de consejeros, entre ellos su sobrino Justiniano, hijo de modestos campesinos educado en Constantinopla a instancias de su tío, a quien sucede en el trono, el cual ocuparía hasta su muerte el 13 de noviembre de 565<sup>316</sup>.

Poco después de su advenimiento al trono, entre 528 y 533, Justiniano emprende la magna obra que constituye su principal legado a la humanidad: la compilación del Derecho Romano, buscando revivir la grandeza del derecho clásico, a la vez que armonizándolo con los elementos helénicos y cristianos de su época. Al igual que hicimos en su momento con las XII Tablas, la elaboración de este *Corpus Iuris Civilis* se expondrá más detenidamente en el apartado sobre fuentes del Derecho de la presente sección.

Importante figura de esta época, y objeto de apasionadas discusiones para los historiadores, es la esposa de Justiniano, la emperatriz Teodora, “mujer dominante de origen humilde”<sup>317</sup> a quien se atribuye gran influencia sobre el emperador, si bien no es posible determinar hasta qué punto

---

<sup>314</sup> Cfr. *Ibid.*

<sup>315</sup> Ramón Fernández Espinar, citado por Jaramillo, en *Ob. Cit.* Página 37, nota al pie 27.

<sup>316</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 245 y 246.

<sup>317</sup> *Ibid.* Página 246.



habrá influido sobre su legislación: a juicio de Bernal y Ledesma “[Justiniano] nos presenta el derecho de la mujer notablemente adelantado en relación con el estadio evolutivo que por sí solo había alcanzado”<sup>318</sup>. Un episodio que pone de manifiesto la tenacidad de la emperatriz Teodora es el célebre “motín de Nika”, así llamado por la consigna de dicha revuelta, “nika”, que significa “vence”. Sucede que por ese tiempo estaban de moda los juegos en el estadio, habiéndose formado dos partidos rivales que participaban en las apuestas, los verdes y los azules (quizá el equivalente justiniano de nuestras modernas rivalidades Rojos/Cremas, Boca/River, Barça/Real), de tal forma que el magno príncipe destinado a dar forma al futuro jurídico de la civilización estuvo a punto de ser derrocado nada menos que a causa de un ‘súper-clásico’ tumultuoso. En el trasfondo de la rivalidad deportiva, habían causas políticas: los verdes consideraban a Ipatuius como legítimo sucesor de su abuelo, el verdófilo emperador Anastasio, en contra del azulófilo Justiniano, sucesor de Justino, a quien los verdes consideraban un usurpador. El 11 de enero de 532 estalló un tumulto en el estadio, en el que parece habían muerto algunos partidarios azules. Justiniano, para evitar sospechas de parcialidad, “quiso actuar con cierta energía (...) y esto exacerbó los ánimos”<sup>319</sup>. Justiniano se refugió en el palacio imperial mientras la situación se complicaba, y llegó a pensar en huir, pero fue disuadido por Teodora, quien además puso en marcha la estrategia que salvó el imperio: los generales Belisario y Narsés lograron, respectivamente, desalojar el estadio y corromper con sobornos a los opositores de Justiniano<sup>320</sup>.

El motín de Nika parece haber tenido, además, una nada despreciable repercusión sobre la historia jurídica: la revuelta destruyó la carrera política de Triboniano, mientras que su rival, Juan de Capadocia, “había ya perdido sus escasas dotes de hombre de ciencia ganando sin embargo como político”<sup>321</sup>. Juan de Capadocia había presidido la comisión que redactó la primera edición del Código de Justiniano entre 528 y 529, mientras que Triboniano lo hizo para la segunda edición, promulgada en 534. Quizá en alguna medida haya influido la revuelta de Nika para ocasionar ese giro en los papeles de estos dos hombres: “En la revuelta del 532 se pedía la destitución de Triboniano que se había enemistado con Juan de Capadocia, pues se aducía que trataba de introducir un derecho extraño; no es remoto pensar que Juan haya favorecido esos infundados rumores”<sup>322</sup>. “Del primer código solamente conocemos un fragmento de lo que debió haber sido su índice de materias; si esto es cierto, habría una gran diferencia entre los dos códigos que seguramente debe ser atribuida a Triboniano. Es más, pensamos nosotros que la producción del segundo código fue una iniciativa del propio Triboniano, la razón se desprende de lo que ya hemos explicado al hablar de sus conflictos habidos con Juan de Capadocia. Esto nos permite evaluar la huella de Triboniano en el *Corpus Iuris*. Así debió entenderlo el emperador, de lo contrario, no habría variado tanto ni tan profundamente el nuevo código”<sup>323</sup>.

También fue relevante Teodora con ocasión del conflicto religioso suscitado por la secta de los monofisistas, quienes sostenían que Cristo tenía una sola naturaleza, la divina, en oposición a la enseñanza de la Iglesia de Roma, que afirma que Cristo es a la vez verdadero Dios y verdadero hombre. Teodora acogió la doctrina monofisista, que generó intereses políticos en facciones deseosas de oponerse a la ortodoxia del papa, causando así tensiones a su marido, quien deseaba

<sup>318</sup> *Ibid.* Página 246, nota al pie 8.

<sup>319</sup> *Ibid.* Página 247, en nota al pie.

<sup>320</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 246 y 247, nota al pie 8.

<sup>321</sup> *Ibid.* Página 254.

<sup>322</sup> *Ibid.* Página 254, nota al pie 24.

<sup>323</sup> *Ibid.* Página 256, nota al pie 26.

conciliar las creencias de sus súbditos y obtener el apoyo del papado. Así, Justiniano se vio impedido de actuar en contra de la secta, que acabó por separarse de la Iglesia oriental<sup>324</sup>.

Por su parte, los ya mencionados generales Belisario y Narsés se destacaron en la reconquista de Italia emprendida por Justiniano en su afán de restaurar la unidad del Imperio romano, consumada en gran parte hacia el 533, si bien fue efímera, esfumándose prácticamente sus resultados a la muerte de Justiniano<sup>325</sup>, aunque Barrow señala que “todavía en el siglo XII, el Imperio Romano Oriental ejercía sobre [Italia] cierta influencia”<sup>326</sup>. Aunque efímera, la reconquista de Italia es importantísima en la medida en que permitió que el *Corpus Iuris* se introdujera en occidente: en 540 se establece la capital en Ravena, pacificándose la región en 554 gracias a Narsés, y en ese mismo año Justiniano expidió varias pragmáticas<sup>327</sup> para coadyuvar a la pacificación. Una de ellas fue solicitada por el papa Virgilio (538-555), probablemente provocado por el mismo Justiniano, pidiendo que también en occidente se aplicara el derecho del *Corpus Iuris*<sup>328</sup>.

## b) Constitución social y política

A partir del siglo VI, puede hablarse propiamente de la existencia de la civilización bizantina, consolidada como resultado del aislamiento del imperio oriental, que lo mantuvo ajeno a las influencias germanas, persas y árabes<sup>329</sup>. Sin embargo, “a pesar de todas estas novedades, el ciudadano de este imperio se sentía siempre como un romano que había recibido importante influencia del mundo helénico. Ya antes del advenimiento de Justiniano al trono del imperio, el ciudadano de oriente estaba poseído por una conciencia de nacionalismo romano que le llevaba a prever que en sus manos se encontraba el futuro de la cultura romana”<sup>330</sup>.

La estabilidad del imperio bizantino se vio favorecida por el hecho de que su civilización, siendo en gran parte oriental, era relativamente estática, además de que su geografía hacía a Constantinopla prácticamente inexpugnable, y los ingentes ingresos fiscales le sostenían en cada necesidad<sup>331</sup>. Su gobierno se parecía mucho al de la Roma post-Diocleciano, aunque más despótico y teocrático: “Justiniano encarna por vez primera la dignidad real al estilo de la Edad Media en Europa, con esa profundísima raíz teocrática que le hace hablar y actuar en nombre de la divinidad y que le hace sentir por vez primera que la fuerza y legitimidad de su poder monárquico deriva precisamente de Dios”<sup>332</sup>.

El cristianismo fue un factor muy importante en la civilización bizantina desde su fundación, diferenciándose del cristianismo de la Europa latina por cuanto que el del imperio bizantino “era más místico, abstracto y pesimista y estaba sometido más completamente al poder político”<sup>333</sup>. Se denomina “cesaropapismo” al fenómeno que consiste en que Justiniano “consideró el problema religioso como de su personal incumbencia. (...) Exigía el emperador la facultad de nombrar a

<sup>324</sup> Cfr. McNall Burns. *Ob. Cit.* Página 298; Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 247, nota al pie 8.

<sup>325</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 247 y 396.

<sup>326</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Página 209.

<sup>327</sup> *Vid. supra.*, 4. c) ii).

<sup>328</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 249, nota al pie 14; página 250, nota al pie 16.

<sup>329</sup> Cfr. *Ibid.* Página 244.

<sup>330</sup> *Ibid.* Página 245, y su nota al pie 5.

<sup>331</sup> Cfr. McNall Burns. *Ob. Cit.* Páginas 295 y 296.

<sup>332</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 247. Cfr., además, McNall Burns. *Ob. Cit.* Página 296.

<sup>333</sup> McNall Burns. *Ob. Cit.* Página 294.

los altos dignatarios de la Iglesia y llegó a considerar las herejías como verdaderos delitos de tipo civil. Varias veces convocó Justiniano a los concilios para tratar de obtener su apoyo frente al papa<sup>334</sup>. Justiniano, en su afán por establecer la unidad religiosa del Imperio conciliando la ortodoxia cristiana con herejías, se opuso en ocasiones al papa, obispo de Roma, pero ni siquiera interviniendo en la designación de los papas logró conmovir la postura de éstos en defensa de la doctrina tradicional<sup>335</sup>.

La intelectualidad bizantina se caracterizó por un marcado gusto por las discusiones teológicas, llegando a ocuparse en sutilezas que parecerían estériles y triviales<sup>336</sup>. Los emperadores bizantinos promovieron mucho la enseñanza y difusión del derecho, desarrollándose importantes escuelas de derecho en Constantinopla y Berito, que fueron las únicas que sobrevivieron a la supresión que hizo Justiniano de las escuelas anteriores, donde la mentalidad retórica, filosófica y teológica de la época había llevado a los juristas a alejarse del espíritu realista de los clásicos, favoreciendo más bien un estilo apasionado por la teoría, con dudas y discusiones hasta el infinito<sup>337</sup>.

“El imperio bizantino ha sido descrito como ‘el paraíso del monopolio, el privilegio y el paternalismo’<sup>338</sup>, con un sistema económico enteramente fiscalizado por el gobierno, con fijación de precios y salarios, control de producción, manteniendo además el sistema de gremios instaurado por Diocleciano<sup>339</sup>. Subsistía también el régimen agrícola de las postrimerías del imperio romano, con grandes latifundios, y una población agrícola compuesta casi enteramente de arrendatarios y siervos, cuyo número aumentó en el siglo V cuando el emperador Anastasio prohibió que los campesinos que habían vivido más de treinta años en una heredad la abandonaran, atándolos de esta forma a la tierra. Por otro lado, la creciente dificultad de vivir de la agricultura y la difusión del ascetismo, provocaron que muchos campesinos se enclaustraran en monasterios, donando sus tierras a las instituciones religiosas. Así, la Iglesia llegó a concentrar en sus manos gran parte de la riqueza agraria<sup>340</sup>.

### c) Fuentes del Derecho: el *Corpus Iuris Civilis*

Cuando Justiniano asume el poder, el Derecho se encuentra en un estado de estancamiento y decadencia, compuesto por una gran cantidad de *leges* y *iura* dictadas para épocas y regiones diferentes, no adaptadas a las necesidades del siglo VI ni a las reformas de Diocleciano o la cristianización del Derecho, dando lugar a contradicciones legislativas que dificultaban la práctica foral, agravadas por el hecho de que la evolución jurídica, otrora favorecida por la función pretorial, estaba en cierta manera impedida por el Edicto Perpetuo. Por otra parte, los mismos bárbaros abandonaban su derecho para adoptar el de Roma, y se gestaba la idea de restaurar la unidad espiritual y jurídica del mundo romano recurriendo a los clásicos<sup>341</sup>.

<sup>334</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 251.

<sup>335</sup> Cfr. *Loc. Cit.* notas al pie 18 y 19.

<sup>336</sup> Cfr. McNall Burns. *Ob. Cit.* Páginas 297 y 298. McNall Burns, en página 298, cita a Gregorio de Nisa, quien describía así a la Constantinopla del siglo IV: “Todos los lugares, calles, mercados, plazas y encrucijadas, están llenos de personas que hablan de cosas incomprensibles. Pregunto cuántos óbolos debo pagar y como respuesta filosofan sobre lo nato y lo innato; deseo saber el precio del pan y uno me responde: ‘El Padre es mayor que el Hijo’; inquiero si mi baño está listo y me contestan: ‘El Hijo ha sido hecho de la nada’”.

<sup>337</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 232 a 234, 245.

<sup>338</sup> McNall Burns, citando a J.W. Thompson en *Ob. Cit.* página 296.

<sup>339</sup> Cfr. *Loc. Cit.*

<sup>340</sup> Cfr. *Ibid.* Página 297.

<sup>341</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 251 y 252.

Entre 528 y 533 se elabora la mayor parte de lo que, ya en la Edad Media, llegaría a conocerse bajo el nombre de *Corpus Iuris Civilis Romani*, añadiéndose posteriormente las *novellae* o nuevas leyes. Dicha compilación de Justiniano se compone, en sentido estricto, de tres partes (Código, Digesto, Instituciones), así como las Novelas (*Novellae* o Nuevas Leyes) que fueron añadidas a ediciones posteriores<sup>342</sup>. A continuación se explican someramente<sup>343</sup>:

### ***Código***

El 13 de febrero de 528, con la promulgación de la constitución *Haec quae necessario*, Justiniano designa una comisión de diez juristas, presidida por el cuestor de Palacio, Juan de Capadocia, encargada de reunir todas las constituciones existentes al momento, organizándolas conforme al orden del Edicto Perpetuo. Como fruto de la labor de esta comisión, se promulga el 7 de abril de 529 el *Novus Iustinianus Codex*, prohibiéndose desde entonces recurrir a los códigos anteriores en la práctica.

Lo que nosotros conocemos del Código de Justiniano es únicamente la segunda edición del mismo, que fue promulgada en noviembre de 534 con el nombre de *Codex Repetitae Praelectionis* mediante la constitución *Cordi nobis*. Esta segunda edición fue elaborada por una comisión presidida por Triboniano, con el fin de armonizar el Código con las *Quinquaginta Decisiones* y con el *Digesto*, obras ambas que se habían publicado después de la primera edición.

Las *Quinquaginta Decisiones* (Cincuenta decisiones) fueron el primer intento de Justiniano de organizar las *iura*. Basándose en las enseñanzas de las escuelas proculeyana y sabiniana de la época clásica, Justiniano resolvió las controversias entre ellas, dando en algunos asuntos la razón a una u otra escuela. Probablemente se publicaron y entraron en vigor poco a poco, y luego fueron absorbidas por la segunda edición del Código.

### ***Digesto***

Digesto en latín significa ordenación, y se le llama también *Pandectas*, que en griego significa contener todo. Su elaboración fue encargada por Justiniano, mediante la constitución *Deo auctore* o *De Conceptione Digestorum* de 19 de enero de 530, a su cuestor Triboniano, quien integró una comisión de dieciséis abogados, incluyendo a Teófilo, que había participado también en la elaboración del Código. El Digesto se publicó el 16 de diciembre de 533 mediante la constitución *Tanta circa*. Se divide el Digesto en cincuenta libros, cada uno dividido a su vez en títulos y éstos en leyes.

En la constitución *Deo auctore*, Justiniano da a Triboniano las siguientes instrucciones: “Queremos que tengáis especial cuidado, para que, si encontráis en los libros antiguos algo no bien colocado, o superfluo, o defectuoso, suprimida toda innecesaria prolijidad, completéis lo imperfecto, y presentéis toda la obra con moderadas proporciones y tan acabada como sea posible; teniendo además muy en cuenta esto, que si hallareis en las antiguas leyes o constituciones, que los antiguos insertaron en sus obras, algo no bien copiado, también lo reforméis y presentéis en debida forma, de suerte que parezca que es lo verdadero y lo preferible, y como lo escrito originariamente, lo elegido y puesto allí por vosotros, y nadie se atreva a tachar

---

<sup>342</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Página 223.

<sup>343</sup> Cfr., respecto a toda esta sección, Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 252 a 256.

de incorrecta su lectura comparándola con la del antiguo derecho. (...) Y en tanto queremos que todos estos textos, una vez restablecidos, tengan fuerza de ley, que si, aun cuando hubieran sido transcritos de diferente manera en los autores antiguos, aparecieren, sin embargo, con sentido contrario en su inserción, no se impute ninguna falta a lo escrito, sino que esto se atribuya a elección nuestra”<sup>344</sup>.

Esto dio origen a las llamadas *interpolaciones* que, por corte o reducción, por modificación o agregado, se introdujeron variando el texto de los autores clásicos. Entre los siglos XV y XVII, se dio la llamada “caza de interpolaciones”, mediante las cuales los autores de esa época intentaron eliminar las variaciones introducidas por la compilación justiniana y, de esta forma, reconstruir con mayor fidelidad el derecho clásico. Por ejemplo, se identifican las interpolaciones por razones gramaticales o lógicas, cuando la interpolación atribuye a juristas clásicos instituciones o ideas que no existían antes de la era bizantina, o cuando se identifican disposiciones favorables a los intereses de los menores, de la mujer, de las causas piadosas, etc., (“favores”) que son propios también de la época justiniana y no de la clásica. Las interpolaciones se efectuaron en toda la compilación de Justiniano, pero son de mayor relevancia en el Digesto<sup>345</sup>.

### *Instituciones*

Mediante la constitución *Imperatoriam Maiestatem* de 22 de diciembre de 533, se publican las *Instituta* de Justiniano, consistente en una “puesta al día” o “actualización” de las antiguas Instituciones de Gayo, para fines didácticos en el marco de la reforma de la enseñanza y estudio del Derecho promovida por Justiniano.

### *Novelas*

Concluida la compilación de Justiniano, éste continuó emitiendo nuevas constituciones durante treinta años hasta el final de su gobierno, mediante las cuales se dieron los últimos pasos hacia la cristianización del Derecho, especialmente buscando la equidad en derecho sucesorio y de familia.

Las Novelas fueron constituciones originalmente redactadas en griego. El mismo Justiniano había declarado, en la constitución *Cordi nobis*, que “si en lo sucesivo se encontrare algo mejor y que por necesidad deba reducirse a constitución, será también establecido por nosotros, y recogido en otra compilación, que se designará con el nombre de Novelas”<sup>346</sup>. Sin embargo, nunca llegó a hacerse tal compilación oficial, sino que fueron incorporadas a colecciones privadas que, en la Edad Media, sirvieron de base a los estudios de la compilación justiniana hechos por la escuela de los glosadores y, en traducciones al latín, se incorporaron al llamado *Volumen parvum*<sup>347</sup>.

Así, aunque en sentido estricto y originalmente la compilación de Justiniano se compone únicamente del Código, el Digesto y las Instituciones, la doctrina desde hace siglos ha considerado las Novelas como parte de ella, en atención a lo que fuera la misma voluntad del gran emperador. La edición del *Corpus Iuris Civilis* de Ildefonso García del Corral, siguiendo a

<sup>344</sup> *Deo auctore*, 7. Página 169 del Tomo I de la edición de Ildefonso García del Corral.

<sup>345</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 258 y 259.

<sup>346</sup> *Cordi nobis*, 4.

<sup>347</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 223 a 227.

ediciones anteriores, incorpora en el tomo de las Novelas no sólo constituciones posteriores de Justiniano, sino además de otros emperadores.

#### d) Características del Derecho

Con la compilación justiniana se da el paso del sistema abierto al sistema cerrado del Derecho, es decir, ya no se concibe que la norma se vaya descubriendo y plasmando a través de la jurisprudencia, sino que se considera que la compilación es suficiente para su época y la posteridad<sup>348</sup>. Este cambio lo efectúa Justiniano prohibiendo tanto la elaboración de comentarios a su obra legislativa<sup>349</sup>, como el recurrir a las fuentes anteriores a dicha compilación<sup>350</sup>, llegando también a prohibir que, en la enseñanza del Derecho, los profesores se desvíen del método establecido por él en la constitución *Omnem Reipublicae*<sup>351</sup>. Se culmina así un proceso que se gestaba ya desde el Edicto Perpetuo de Adriano y la Ley de Citas, dando lugar a la mentalidad de reverencia a la ley nacida de la idea de que la seguridad jurídica podía lograrse únicamente a través del *ius scriptum* o derecho escrito<sup>352</sup>.

La compilación justiniana responde, por un lado, al afán de Justiniano de revivir el esplendor del derecho clásico, sobrepasando el vulgarismo que se había instaurado en siglos anteriores y, por otro lado, a su deseo de conjugarlo con las necesidades de su propia época. Por tanto, se caracteriza por combinar el derecho clásico con los elementos helénicos y cristianos propios de la civilización bizantina. El derecho justiniano es plenamente cristianizado, en oposición al anterior Derecho Romano pagano, especialmente en materia de familia, sucesiones y deudas<sup>353</sup>. De esta forma “se conjugaban admirablemente la filosofía cristiana y el derecho romano que son a no dudarlo, los más grandes e importantes elementos civilizadores de occidente, al lado de la filosofía de los griegos”<sup>354</sup>.

Muchos y prácticamente unánimes son los estudiosos de la historia y la civilización que han afirmado que la cultura occidental se encuentra cimentada sobre tres montes: la Acrópolis, el Palatino y el Calvario, en referencia a la filosofía griega, el Derecho Romano, y los valores y cosmovisión judeo-cristianos<sup>355</sup>, elementos que, en la compilación de Justiniano, se conjugan para proveer el basamento que sería, durante los siglos venideros, el punto de partida e inspiración de una fuerza civilizadora, madre de las hazañas y conquistas de toda una cultura que hasta nuestros días abraza al mundo entero<sup>356</sup>.

<sup>348</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 261 y 262.

<sup>349</sup> Cfr. *Ibid.* Página 256.

<sup>350</sup> Cfr. *Ibid.* Página 253.

<sup>351</sup> Cfr. *Ibid.* Página 260.

<sup>352</sup> Cfr. *Ibid.* Página 262.

<sup>353</sup> Cfr. *Ibid.* Página 257.

<sup>354</sup> *Ibid.* Página 257.

<sup>355</sup> Por ejemplo, dice el profesor Andrea Padovani de la Universidad de Bolonia, en su Prólogo a El Renacimiento de la Cultura Jurídica en Occidente de Carlos Ignacio Jaramillo, página XV: “Europa brotó en el corazón de la Edad Media, del encuentro entre las civilizaciones grecorromana, judía y germánica. Después, la fuerza espiritual suscitada por la Iglesia católica romana fue capaz de llevar a la unidad de estas tres herencias recibidas del mundo antiguo. Fue ella, quien hizo de muchos pueblos uno solo, llevando a buen puerto las aspiraciones de unidad de las gentes que el Imperio romano había asegurado únicamente en el plano político y jurídico. Además, dio respuesta a las preguntas de la filosofía griega, e incluso recogió las demandas de libertad que –aunque a veces de manera incierta y contradictoria- afloraron entre las naciones de estirpe germánica”.

<sup>356</sup> El profesor E. Christian Kopff, de la Universidad de Colorado, señala que vivimos “en un mundo unido por la influencia global de tecnología Occidental basada en ciencia Occidental y la difundida popularidad de sistemas políticos de estilo Occidental. (En el último caso siempre se privilegia a la democracia representativa, aunque la

Así llegamos nosotros al final de nuestro panorámico vistazo del desarrollo del Derecho Romano en su ‘primera vida’, observando el estado en que se encuentra al finalizar la era del emperador Justiniano, es decir, la forma bajo la cual habrá de fecundar el mundo en etapas posteriores, pues, como dice nuestro Ihering: “Tres veces Roma ha dictado leyes al mundo y tres ha servido de lazo de unión entre los pueblos: primero, por la unidad del Estado, cuando el pueblo romano se hallaba todavía en la plenitud de su poderío; después, por la unidad de la Iglesia a raíz de la caída del Imperio, y finalmente, por la unidad del derecho al adoptarse éste durante la Edad Media. La opresión exterior y la fuerza de las armas trajeron por primera vez el resultado de la propagación de la fuerza intelectual del derecho, que se sobrepone a las de las dos épocas anteriores. La importancia y la misión de Roma en la historia universal se resumen en una palabra: Roma representa el triunfo de la idea de universalidad sobre el principio de las nacionalidades”<sup>357</sup>.

## II. DESDE EL FIN DE LA ERA DE JUSTINIANO HASTA EL MOVIMIENTO CODIFICADOR DEL SIGLO XIX

Nuestra visión panorámica del Derecho Romano a través de la historia nos lleva ahora a tratar de la llamada ‘segunda vida’ del Derecho Romano. El primer gran momento de esta etapa se encuentra indisolublemente unido al surgimiento, en la Edad Media, de las Universidades, motivo por el cual, llegado a este punto, hemos de separarnos de la exposición cronológica que hasta el momento venimos haciendo, para examinar, como cuestión previa, el tema de la enseñanza y estudio del Derecho en la antigua Roma, hasta llegar al estado que guardaba en la etapa anterior a lo que se denomina el ‘renacimiento’ de la cultura jurídica en occidente.

### 1. La enseñanza del Derecho en la antigua Roma, y algunas reflexiones sobre el estudio de la noble ciencia jurídica

Como ya hemos apuntado anteriormente, se considera como el primer jurisconsulto romano a Tiberio Coruncanio, primer plebeyo en ser pontífice máximo (en 254 a.C.), pues fue él el primero en enseñar públicamente el Derecho: “de todos los que alcanzaron esta ciencia, dícese que nadie la profesó públicamente antes que Tiberio Coruncanio; pues los demás anteriores a éste procuraban mantener en secreto el derecho civil, y solamente se prestaban a evacuar consultas, más bien que a enseñar a los que querían aprenderlo”<sup>358</sup>.

“El colegio de los pontífices era, por decirlo así, la facultad de derecho en la que el futuro jurista seguía sus estudios y la corporación donde había de recibir sus grados (...). En su origen, sólo los *fili nobilem* tenían entrada en el colegio de los pontífices, que recultaba los suyos entre los *patricios*. Este estado de cosas se perpetuó hasta que en 452, tres años después de la publicación de las *legis actiones* por Flavius, y probablemente bajo la influencia de las mismas, se crearon cuatro nuevas plazas en el colegio de los pontífices, y se concedió a los plebeyos el acceso a ellas. (...) Si la entrada de los plebeyos en el colegio y el aumento de sus individuos ejerció gran influencia para la propagación de los conocimientos jurídicos, la reforma introducida por Coruncanio, que hemos señalado antes, quitó los últimos restos de dificultades que la organización de la corporación había producido hasta entonces; franqueando el obstáculo, la

---

dictadura marxista gobierna a un número igualmente impresionante de personas, y ambas se desarrollaron a partir de la tradición política Occidental)”. *The Devil Knows Latin*. Página 22. La traducción de la cita es mía.

<sup>357</sup> Ihering. *Ob. Cit.* Página 1.

<sup>358</sup> Pomponio, en *Digesto*, I, 2, 35.

jurisprudencia llegó a ser un arte y una ciencia libre. (...) A la estabilidad de doctrina de una sola corporación sucede la libertad de investigaciones personales, la emulación de fuerzas vivas y talentos prácticos. (...) Pero sería un error suponer que los discípulos de los pontífices renegasen de su doctrina y del método de sus maestros”<sup>359</sup>.

La enseñanza del Derecho en la antigua Roma surge, pues, como parte del proceso de laicización jurídica que ya se ha apuntado en la respectiva sección precedente y, al mismo tiempo, sus inicios se inscriben en el marco de las conquistas de la clase plebeya que tanto impacto habrían de tener en el desarrollo de las instituciones jurídicas, políticas y sociales de la antigua Roma, en la conformación de su sociedad y su cultura. Dicha labor de enseñanza corresponde a la función de *instituere* de los primeros jurisconsultos laicos, quienes conformaron la escuela posteriormente llamada de los *veteres*<sup>360</sup>. Dicha enseñanza “en un principio debió consistir simplemente en que el alumno se aprendiera de memoria las leyes y presenciara después cómo el maestro daba sus dictámenes, oyendo su discusión”<sup>361</sup>.

\*

Al tratar este tema, considero necesario exponer, a modo de reflexión que pueda, desde ya, empezar a encaminarnos hacia la valoración de los rasgos característicos de la vocación jurídica de los romanos que es el enfoque nuclear del presente trabajo, algunas consideraciones en torno al estudio del Derecho. Me veo inclinado, por motivos de estilo y armonía expositiva, a consignar estas reflexiones en una nota al pie de página, mas opto por incluirlas dentro del texto principal, en virtud de que, como he dicho, me parecen atinentes, como un primer pincelazo, a la elaboración de la pintura que esta obra pretende ser, vale decir, un reflejo de la vivificadora relevancia que para nuestra época tiene el estudio de la concepción jurídica romana: parte integral de ello, a mi parecer, es la enseñanza y estudio de la noble profesión jurídica y, por tanto, comparto los siguientes pensamientos al respecto, en la esperanza que puedan resultar útiles al lector que, como quedó dicho en la introducción, sea primordialmente el principiante estudioso del Derecho.

Así pues, téngase en mente lo que expone el maestro Ihering, al tratar precisamente de la importancia de la técnica jurídica en la labor profesional: “Las concepciones de unos y de otros [los juristas, por un lado y, por otro, los hombres no versados en la legislación] son, pues, esencialmente distintas. De esta diversidad, que es un hecho histórico que se reproduce en todas partes, se ha culpado a la jurisprudencia<sup>362</sup>, atribuyéndosele como consecuencia su antipatía por la concepción natural, e imputándosele también como un crimen su delicadeza, su astucia, etc., y se desea la vuelta de un concepto más sano para la apreciación de la realidad de las cosas. Semejantes juicios son perdonables en boca del vulgo, y si no se les encontrase más que en él no habría necesidad de refutarlos; pero como frecuentemente se repiten por gente instruida y hasta por juristas, que por varios motivos se han unido a la multitud ignorante, no será inútil que en un párrafo destinado especialmente a dar testimonio de los servicios y de los méritos de la jurisprudencia haga yo de un modo breve su apología. Así despertaré entre los lectores que tengan necesidad de ello un sentimiento sin el cual no se puede estudiar ciencia, y la

<sup>359</sup> Ihering. *Ob. Cit.* Páginas 538 y 539.

<sup>360</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 139 a 141; ver, además, todo el Título II del Libro I del *Digesto*: “Del origen del Derecho y de todas las magistraturas, y de la sucesión de los jurisconsultos”.

<sup>361</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 172.

<sup>362</sup> Recordemos que aquí, como en el resto de su obra, Ihering utiliza el término “jurisprudencia” en su acepción como “ciencia o conocimiento del Derecho”.



jurisprudencia menos que ninguna otra: el de la estimación por la fuerza intelectual que encierra, estimación a la que corresponde necesariamente la modestia y la desconfianza de su propio mérito”<sup>363</sup>.

El jurista es, o está llamado a ser, una criatura privilegiada de la humanidad, un exponente eminente del intelecto y la cultura. ¿Por qué? En una época afanosa de mal concebidos igualitarismos y, no sin cierta justicia y razón, recelosa de los privilegios, tal concepción de la noble profesión del jurista quizá resulte un tanto chocante. En las primeras páginas de los textos introductorios al estudio del Derecho<sup>364</sup>, en las primeras lecciones que el futuro abogado recibe al iniciar sus estudios, se pone de manifiesto que el Derecho es omnipresente en la vida humana y social, que está presente en las realidades desde las más nimias hasta las más complejas e importantes de la vida pública y privada de la persona y la sociedad. Así, lejos de ser una concepción filosófica concreta sobre la labor del jurista, o un perfil idealizado resultante de la tendencia, por lo demás tan humana y comprensible, a glorificar el propio oficio, la afirmación que da inicio a este párrafo atiende, más bien, a exigencias muy reales y concretas, muy prácticas y cotidianas, del desempeño profesional del jurista, en sus dimensiones como abogado, notario, académico. En efecto, el profesional del Derecho tiene entre sus manos, diariamente, las aspiraciones e intereses, los problemas y preocupaciones, de quienes acuden a él en busca de asesoría, defensa, instrucción, enseñanza, sabiduría. Estas circunstancias exigen del jurista múltiples destrezas y capacidades, humanas y científicas, morales e intelectuales, que trascienden el ámbito del mero conocimiento de la ley, pues debe atender los negocios jurídicos y litigios de las personas en legítima búsqueda de su bienestar, del lícito resguardo de sus intereses y derechos y, más aún, no pocas veces será responsable de procurar la tutela del patrimonio, el honor, la libertad o incluso la vida de quienes a su patrocinio se confían. De ahí que el jurista deba ser capaz de desplazarse con soltura por diversos ámbitos del conocimiento y de su aplicación, como hemos aludido en párrafos de la introducción de este trabajo que el lector recordará.

Respecto de esto, me viene a la memoria en estos momentos una reflexión que el Decano de nuestra Facultad, Dr. Milton Argueta, compartía con nosotros, sus alumnos, en una conferencia con motivo de la primera Semana Jurídica celebrada en nuestra Facultad en el año 2005: que el abogado es, en la práctica, el único profesional sobre cuya profesión todo el mundo cree saber más. Precisamente, porque el Derecho tiene relevancia en prácticamente todo aspecto de la vida de las personas, los individuos que carecen de instrucción en la ciencia del Derecho, o que poseen un conocimiento que no pasa de lo elemental y básico en cuanto aquellos aspectos jurídicos relacionados con sus propias profesiones u oficios, no sin frecuencia, entran en pugna con el jurista que, conocedor de las sutilezas propias del mundo jurídico y de los valores que éste tiende a promover y resguardar, desempeña su labor tratando de desplegar en ella la prudencia y serenidad que deben acompañarla. Por eso, como he tenido oportunidad de escuchar de boca de algunos de mis catedráticos, a quienes siempre admiraré por ser ávidos cultivadores del conocimiento académico y teórico de nuestra noble carrera, a la par que destacados y exitosos practicantes de la misma, el jurista debe guardar siempre con celo su independencia de criterio, debe actuar siempre conforme al dictado de su conciencia y su razón, que por eso precisamente es la nuestra una de las denominadas profesiones liberales, porque se ejerce con libertad y, como tal, se convierte en un campo donde la libertad se manifiesta en forma privilegiada como componente crucial de la dignidad del ser humano. Ahí donde el jurista enajena su criterio, donde arrienda su

---

<sup>363</sup> *Ibid.* Páginas 476 y 477.

<sup>364</sup> Véase, como un ejemplo entre muchos posibles, las páginas 4 y 5 de la obra *Introducción al Derecho*, de Mario I. Álvarez Ledesma.

libertad y somete su pensamiento, ha dejado de existir el Derecho pues, si la ley ha de ser instrumento y resguardo de la libertad del hombre, mal puede procurarse su cumplimiento por parte o medio de una persona que, de entrada, ha limitado o renunciado al ejercicio de ésta.

A la vez, sin embargo, por el mismo hecho de que el jurista, como asesor y defensor, procura el logro de las aspiraciones humanas en el marco de la legalidad y juridicidad, debe abstenerse de convertirse en un obstáculo a la obtención de dichos fines, pues entonces de igual forma dejaría de desempeñar la noble labor que la humanidad le encomienda: a modo de ejemplo, tómesese por un lado al notario que, guiado por su leal saber y entender, recomienda la solicitud de más documentos justificativos de la personería de un compareciente previo a la elaboración y firma de una escritura pública en que se formalice un negocio jurídico entre personas que asesora, en aras de establecer claramente la certeza y seguridad jurídicas para evitar, por ejemplo, un futuro rechazo al solicitar su inscripción en un registro público que provocaría retrasos y complicaciones a sus clientes, o evitar posibles causales de nulidad en previsión de un litigio que eventualmente podría devenir del negocio en cuestión, y hace esto aun cuando su cliente le presione y le eche en cara que con tales acciones menoscaba la celeridad con que él quisiera concluir sus negocios, y le cite pareceres y opiniones de otros notarios que ‘no ven ningún problema en eso’. Tómesese, por otro lado, al notario que hace similares recomendaciones en virtud no del resguardo de la seguridad jurídica de los negocios de sus clientes sino movido por una mentalidad en exceso legalista y formalista. En el primer caso, estaríamos ante un profesional del Derecho que se toma en serio su ejercicio profesional y ejerce la prudencia con independencia de criterio, guiado por lo que su conocimiento le aconseja; en el segundo caso, estaríamos en presencia de un leguleyo fuera de sintonía con las exigencias del medio en que sus clientes se desenvuelven y las aspiraciones que éstos han confiado en sus manos. De tal forma que entre el notario prudente y juicioso, y el ‘abogado rompe-tratos’<sup>365</sup> puede haber una línea muy sutil, una frontera muy tenue y difícil de establecer y observar en la práctica. Además, en todo caso podrían encontrarse juristas con opinión distinta o contraria, más o menos fundamentada, en virtud de la cual la actuación del notario en cuestión podría encajarse en una u otra de las categorías anteriormente mencionadas, sin que ello implique un malsano relativismo sino, por el contrario, un reflejo de la diversidad de opiniones que, precisamente en asuntos de suyo opinables (como lo es el tema de la suficiencia en documentos acreditativos de personería en concretos casos de cierta complejidad, como refleja el ejemplo utilizado), resulta incluso saludable y se constituye en una fuerza que promueve el desarrollo y descubrimiento académico, con claras e inmediatas repercusiones en la práctica.

Es muy importante, a mi parecer, profundizar en los señalamientos que hace Ihering sobre el verdadero carácter que revistió la apertura al público de la enseñanza del Derecho en la antigua Roma. ‘Pontífice’, o *pontifex*, significa “constructor de puentes” y, si bien los pontífices perdieron en aquel entonces su exclusividad sobre el conocimiento del Derecho, el estudio del mismo, su discusión e interpretación, que bien podría caracterizarse como el ‘verdadero conocimiento’ del Derecho, siguió siendo, como lo es hasta la fecha, el necesario ‘puente’ para pasar de la mera percepción natural o sentimiento jurídico común a toda persona, a la comprensión necesaria para hacer del Derecho una realidad viviente, para dar forma a ese Derecho omnipresente en la vida del hombre, pero necesitado siempre de este ‘puente’ para dejar

---

<sup>365</sup> Conciente de las diferencias entre las funciones de un abogado y las de un notario, no obstante utilizo este término, entre comillas, precisamente en atención a que, en la jerga cotidiana y popular, no se hace distinción entre una y otra dimensiones de la labor jurídica, en parte debido a que Guatemala es de los pocos países en los que la abogacía y el notariado se encuentran todavía unificados, tanto en lo que se refiere a su estudio como a su práctica.

de ser una cosa informe y vaga, a fin de que pueda desentrañarse su contenido, desenmarañarse sus complejidades y sutilezas.

Las reflexiones que anteceden me sirven para ejemplificar, ubicándolas en un marco que busca resaltar los elementos tanto teóricos como prácticos, así como la importancia e ineludible interrelación entre los mismos, que están presentes en el estudio del Derecho y, con ello, dar paso a la siguiente ‘parte’ de la reflexión en que me veo inspirado a detenerme con ocasión de exponer los inicios de la educación jurídica en la antigua Roma: explica Ihering que “se ha supuesto que los juristas se diferenciaban de los demás hombres, no tanto por la multiplicidad de sus conocimientos como por la extensión de su poder, reconociendo sólo su notoria superioridad para la aplicación del derecho. Pero todo viene a desmentir esta afirmación. Las leyes eran visibles para todos, pero los pontífices eran los que las interpretaban; la publicidad de las audiencias de los tribunales podía dar a conocer al pueblo el curso del procedimiento y las fórmulas de las acciones, pero su simple asistencia a los debates no podía enseñarle la teoría de la aplicación de esas fórmulas ni a descubrir el sentido de ellas. Y circunstancia más decisiva todavía, entre los usos populares y las leyes existía una tercera fuente de derecho, el derecho científico o *ius civile*<sup>366</sup>, del que el pontífice era única y exclusivamente dueño”<sup>367</sup>. Sin embargo, con el advenimiento de la enseñanza del Derecho abierta al público, “produjose igualmente un cambio radical en las relaciones de la jurisprudencia con el pueblo, no en el sentido de que éste llegase a ser independiente de los juristas o de que el conocimiento del derecho fuese familiar a todos, porque los juristas serán siempre necesarios, como lo son los artesanos aun después de la abolición de los gremios. El cambio de que se trata no suprimió la jurisprudencia, únicamente vino a facilitar su paso; libertad de acceso que no fue otra cosa que la posibilidad de llegar a ser jurista por medio del *estudio* o, lo que es lo mismo, que no tuvo una utilidad inmediata para el pueblo como tal, sino que, como toda supresión que resulta de la tiranía del espíritu de corporación, le fue indirectamente provechosa”<sup>368</sup>.

Es decir, que Ihering resalta, comentando este surgimiento de la instrucción jurídica en Roma, que no hemos de considerar que la laicización o ‘publicación’ del Derecho conlleva necesariamente, o en sí misma implica o consiste en, una instantánea accesibilidad del Derecho al grueso de la población. Recordemos el párrafo de Pomponio en Digesto I, 2, 35 que anteriormente hemos citado, así como la referencia a Digesto, I, 2, 5 que hemos hecho en una precedente nota al pie: lo que se abrió al público con el advenimiento de la enseñanza jurídica fue la discusión e interpretación del Derecho, esto es, el *ius civile* en su acepción original. Contrario a lo que a primera vista podría inferirse al estudiar este tema, no se trata de que los pontífices monopolizaran el conocimiento de las leyes, de los procedimientos y las acciones que constituían la vida jurídica de la época, siendo el pueblo ignorante de éstas; antes bien, debido precisamente a la publicidad y oralidad que, como hemos visto, eran características del Derecho Romano arcaico, la población sí tenía acceso al Derecho, mas no así a su interpretación, vale decir, a lo que en aquella época sería el equivalente a la doctrina especializada, al estudio profundizado y la técnica jurídica. Por eso Ihering señala que la reforma atribuida a Tiberio Coruncanio supuso, realmente, “la posibilidad de llegar a ser jurista por medio del *estudio*”, resaltando la importancia del estudio en tal manera que el énfasis en itálicas de la palabra “estudio” pertenece al original de la edición y no es, como podría pensarse en el contexto de la presente reflexión, un resaltado mío.

<sup>366</sup> Véase Digesto, I, 2, 5, donde se explica que la denominación *ius civile* o derecho civil, era aplicada originalmente al derecho nacido de la discusión e interpretación que de las XII Tablas hacían los jurisconsultos.

<sup>367</sup> Ihering. Ob. Cit., Páginas 529 y 530.

<sup>368</sup> Ihering. Ob. Cit., Página 539.

Con esto, lo que me interesa hacer ver al lector es que, aún cuando toda persona está, inevitablemente, en contacto diario con el Derecho en el desarrollo de sus actividades cotidianas (económicas, profesionales, familiares, sociales, etc.), la labor del jurista continúa siendo indispensable ya que es el profesional del Derecho el llamado a hacer realidad lo jurídico en la vida individual y social. Sin embargo, ¿cuántas veces no hemos escuchado que al abogado se le caracteriza como alguien que complica cualquier cosa que, a los ojos de los demás, resulta de lo más sencillo? “El sentido natural es el principio de todo conocimiento, pero bien pronto se adquiere la convicción de que la vista es engañosa y que no existe progreso sino a medida que se libra de la apariencia. (...) cualquier hombre, por poco instruido que sea, no se atreverá a sostener que siendo esto verdad para las otras ciencias sea mentira para [el Derecho]. ¡Y sin embargo, eso es lo que ocurre todos los días cuando se trata del derecho! La experiencia y el saber están calificados de error y de prevención, la ignorancia absoluta ensalzada con el nombre de omisión de prejuicios. Con igual motivo todo el que invoca la verdad del concepto natural para la inteligencia del derecho podría decir lo mismo de los fenómenos de la naturaleza, y sostener que la Tierra está inmóvil, que el Sol gira en torno nuestro, y que es una tontería creer que el aire tenga peso, puesto que en ese caso deberíamos sentirlo. El Sol, la Tierra y el aire están sin embargo más próximos a la apreciación natural de la gente que el derecho; pero mientras que por ellos el ignorante se refiere más bien que a sus ojos al juicio de la ciencia, en derecho, por el contrario, aun el mismo hombre instruido se hace culpable todos los días de ese jactancioso menosprecio”<sup>369</sup>.

Todos nos vestimos, mas no todos somos sastres; todos necesitamos vivienda, pero no todos somos arquitectos o ingenieros; todos buscamos mantener nuestra salud, pero no todos somos médicos. Así como necesitamos de estos profesionales, especializados y entrenados en sus respectivos ámbitos, para satisfacer los citados intereses primigenios, así el mundo necesita de los juristas para satisfacer sus anhelos de justicia, libertad, orden, seguridad, igualdad, etc. Por eso afirma también Ihering que la existencia de juristas es consecuencia de la división del trabajo. ¿Cuántas veces no hemos escuchado los populares ‘chistes de abogados’, en que, entre otras cosas, se presenta a nuestro gremio como personajes que complican la convivencia en vez de facilitarla? No son sino una muestra de la imagen vulgar que se tiene del jurista, tristemente confirmada por algunos inescrupulosos e indignos exponentes de nuestra noble estirpe. Por eso me he referido en párrafos anteriores a aquello de que, en la práctica, el abogado es el único profesional sobre cuya profesión todo mundo cree saber más, ya que, al estar en contacto con lo jurídico en las circunstancias cotidianas de su vida, toda persona indudablemente tendrá una cierta percepción natural del Derecho, y de ahí proviene el que, al estar ante el desempeño de un profesional del Derecho, se produzca en ellos la sensación de que el jurista está complicando algo que a ellos les parece muy sencillo, pues se está trastocando la percepción que ellos por intuición se habían formado: ocurre algo análogo a lo que sucede cuando, por ejemplo, vamos al médico aquejados con un dolor de garganta, y él empieza a examinar nuestros oídos y nariz, y a preguntarnos sobre si hemos estado sujetos recientemente a tensiones nerviosas: a nosotros nos parece que el dolor de garganta es algo muy sencillo que amerita un examen de, precisamente, nuestra garganta, pero el médico conoce la interconexión existente entre ella y otros órganos y sistemas del cuerpo humano, cuyo análisis requiere exámenes que sobrepasan la percepción que, por la sensación del dolor localizado, a nosotros se nos figuraba muy simple. A la vez, también por esto he mencionado la fina línea que divide al profesional prudente del ‘abogado rompe-

---

<sup>369</sup> Ihering. *Ob. Cit.* Páginas 477 y 478.

tratos’, pues el desarrollo del conocimiento y la técnica jurídica no debe convertir al jurista en una persona alejada de la realidad en que viven él y aquellos que a su criterio se confían.

Así, empieza a ponerse de manifiesto con mayor claridad la importancia de lograr esa armonía entre la teoría y la práctica, lo concreto y lo abstracto, en la labor jurídica, armonía de la que precisamente los juristas romanos son, hasta nuestros días, eminentes y excepcionales ejemplos y maestros, como se perfilará más detalladamente en el ulterior desarrollo de este estudio. Por eso he querido exponer estas reflexiones precisamente al tratar del primer surgimiento de la enseñanza del Derecho en la antigua Roma, pues el estudio de esta etapa se me presentó como un momento muy oportuno para empezar a perfilar mi análisis de las grandes lecciones que el desarrollo del espíritu jurídico romano ofrece a nuestra época ya que, como se apuntó, no es que antes de esa época el pueblo romano ignorara el Derecho: las hazañas de Flavio y Coruncanio no consistieron en ‘dar a conocer’ el Derecho a un pueblo que –por la oralidad y publicidad que lo caracterizaban y por la omnipresencia del Derecho en la vida humana– ya estaban en contacto con él desde hacía tiempo, sino en abrirle a ese pueblo la posibilidad de estudiar el Derecho, de discutirlo, de interpretarlo, pero siempre mediante una metodología de enseñanza y aprendizaje que supone un esfuerzo intelectual personal, siempre requiriéndose, a tal efecto, la adquisición de destrezas, conocimientos y habilidades que, a diferencia de la percepción natural y el sentido jurídico innato, no están en manos de toda persona y, vale decir, tampoco son accesibles a todos: y esto no es exclusivismo o elitismo injustamente discriminatorio, sino consecuencia ineludible de la natural desigualdad en la distribución de los dones, talentos y aptitudes entre los individuos. Así, el Derecho es una ‘vocación’: quien la tiene, sígala con fidelidad y entrega.

Cualquiera puede comprar leyes y códigos y memorizárselos (de hecho, en nuestro país pueden comprarse ediciones baratas de nuestra legislación en las aceras de las calles, en papelerías y farmacias, o ‘bajarse’ gratuitamente del internet); cualquiera puede, con esa memoria, titularse de abogado y notario si encuentra alguna institución que a tal farsa se preste, y presentar memoriales ante los tribunales del país, autorizar escrituras públicas, tramitar ante registros y dependencias estatales, etc.; pero el auténtico estudio del Derecho requiere mucho más que eso: “Quien no conoce los fundamentos teóricos de su actividad profesional no podrá ir más allá de los métodos o técnicas que aprendió a poner en práctica; y está demás señalar que jamás estará en posibilidad de hacer descubrimiento alguno en su campo profesional”<sup>370</sup>, a la vez que “como es evidente, el énfasis sobre la teoría no consiste en aislar la teoría de la práctica, sino en proveer los fundamentos necesarios para que la práctica sea más flexible, más consciente, menos rutinaria, más libre, y más eficaz”<sup>371</sup>, ya que “la buena formación teórica, en la cual está forzosamente involucrada la práctica, persigue proveer los elementos necesarios para que sea posible una visión que trascienda lo presente, en el espacio y en el tiempo; que amplíe horizontes en vez de cerrarlos; y que fomente la modestia intelectual ante la complejidad del mundo en que vivimos, en vez de fomentar la arrogancia y la intolerancia, que son producto de la visión estrecha y del conocimiento limitado”<sup>372</sup>. Considero que esta “modestia intelectual ante la complejidad del mundo”, opuesta a la arrogancia, va de la mano con “la modestia y la desconfianza de su propio mérito” que “corresponde necesariamente” a “la estimación por la fuerza intelectual que encierra [la jurisprudencia, entendida como ciencia o conocimiento del Derecho]” de que habla Ihering. Me parece, asimismo, que esta actitud intelectual es un punto de partida fundamental para poner a salvo la distancia que debe mediar entre el jurista prudente y juicioso y el ‘abogado rompe-tratos’

---

<sup>370</sup> Ideario de la Universidad Francisco Marroquín, Capítulo I, Párrafo 3.

<sup>371</sup> *Loc. Cit.*

<sup>372</sup> *Loc. Cit.*

a que nos hemos referido. Pienso, en fin, que las citadas aspiraciones institucionales delineadas por los fundadores de nuestra casa de estudios, en cuanto a teoría y práctica se refiere, quedan bien servidas (y con creces), en el campo del Derecho, por el arte jurídico de los juristas romanos clásicos, según trataré de exponer en este trabajo, conforme lo permitan mis limitados conocimientos y habilidades.

Como dije, ciertamente estos párrafos han supuesto un rompimiento con el estilo y la exposición cronológica que veníamos haciendo, pero este punto de nuestro recorrido me ha parecido el más oportuno para realizar estas reflexiones que ahora concluyo ya que, aún cuando extensas y discordantes (en su forma) con la exposición en desarrollo, las considero muy atinentes y concordantes con ella en su fondo. Así pues, retomemos a continuación el hilo conductor de nuestro somero vistazo al desarrollo de la educación jurídica en la antigua Roma.

\*

Durante la época clásica, la enseñanza del Derecho se va desarrollando más, adquiriendo características más avanzadas. Se llevaba a cabo en las *stationes*, escuelas especializadas ubicadas en lugares públicos destinados a tal fin por el Estado tanto en Roma como en otras ciudades, como Cesárea, Alejandría, Cartagena, Berito. El conocimiento de las escuelas en la época clásica es oscuro, pero se sabe que algunas ya existían hacia el siglo III, alcanzando su máximo florecimiento en los siglos IV y V<sup>373</sup>.

La enseñanza se perfecciona para abarcar tres etapas: primero, una introducción teórica elemental basada en los manuales como las *Institutiones* y *Enchiridia* que ya se han mencionado; segundo, el análisis de obras sistemáticas para un estudio más profundizado del derecho civil y edictal; tercero, el ejercicio práctico mediante casos para desarrollar el razonamiento y la aplicación de las fuentes con miras a soluciones concretas<sup>374</sup>.

Es en este período que se desarrollan las escuelas de juristas proculeyanos y sabinianos que ya se han expuesto en sección precedente<sup>375</sup>. Baste decir en este punto que las diferencias de opinión entre ambas escuelas no pueden explicarse satisfactoriamente como “una oposición general y uniforme de principios”, a pesar de que existen en la doctrina varias teorías sobre los orígenes de sus divergencias, sino que se trata más bien de “una diversidad de opiniones sobre puntos particulares, determinadas unas veces por razones prácticas y otras por razones teóricas”<sup>376</sup>.

<sup>373</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 172 y 173.

<sup>374</sup> Cfr. *Ibid.*

<sup>375</sup> Para una exposición sobre los principales jurisconsultos de esta época y sus obras, véanse las páginas 175 a 182 de Bernal y Ledesma, *Ob. Cit.*

<sup>376</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 175. Esta opinión de los profesores Bernal y Ledesma en torno a las divergencias entre los proculeyanos y sabinianos, luego de exponer y referirse a algunas de las teorías que buscan explicarlas (refiérase el lector a las páginas 174 y 175, con sus respectivas referencias, citas y notas al pie, de la obra en cita), nos dan ocasión para realizar otra (breve) reflexión sobre el estudio y la concepción del Derecho, en el mismo espíritu de la realizada en texto principal de páginas anteriores.

Sin pretender afirmar que el juicio de Bernal y Ledesma sea el único válido y la palabra final sobre el tema, ni negar que haya algo de cierto en las opiniones que al respecto sostienen otros destacados estudiosos, la idea de que la doctrina de los jurisconsultos romanos clásicos no pueda explicarse en forma del todo satisfactoria atribuyendo sus divergencias a una generalidad y uniformidad ni, menos aún, a una radical y absoluta oposición, entre los principios que inspiran a una y otra escuela, me parece muy sugestiva con miras a comprender mejor la concepción que del Derecho se formaban los romanos, y cómo ello influyó en su estudio y aplicación. Ciertamente, para emitir un juicio debidamente ponderado sobre este tema en particular, hace falta profundizar en las fuentes y en la doctrina especializada (labor que, en mi corta edad y experiencia, no he aún realizado) pero, confiando en la calidad de la

En la etapa posclásica<sup>377</sup>, conforme la vitalidad cultural del imperio se desplaza hacia el oriente, también cobran mayor relevancia las escuelas de Derecho orientales (Alejandría, Atenas, Cesárea, Constantinopla, Berito). Entre ellas, se destaca la de Berito, que “guió el renacimiento de la jurisprudencia bizantina en los siglos V y VI y enseñaban en ella juristas tan destacados”<sup>378</sup>. En el siglo IV, todavía muchos jóvenes orientales estudiaban el Derecho en la escuela de Roma.

Como ya se mencionó en un apartado anterior, la mentalidad filosófica, retórica y teológica de la cultura bizantina llegó en un momento a menoscabar el espíritu realista de los juristas clásicos, motivo por el cual Justiniano, en su afán de restaurar el Derecho Romano clásico, ordenó cerrar o dejar de sostener con fondos públicos muchas de las escuelas, dejando sólo las de Roma, Constantinopla y Berito. En general, las escuelas orientales de la época posclásica tuvieron el mérito de mantener vivo el Derecho Romano clásico durante la decadencia, para con ello servir de base posteriormente a la compilación justiniana<sup>379</sup>.

---

labor investigativa y el talento de los citados romanistas mexicanos, inmensamente superiores a los modestos y limitados esfuerzos de este inexperto estudiante, tomo la opinión de ellos como punto de partida para, más que afirmar, simplemente proponer para la reflexión la idea de que posiblemente el deseo de enunciar criterios de validez general para explicar las diferencias de opinión entre estas dos célebres escuelas de juristas romanos podría deberse o verse influenciado por una postura intelectual que busca tal explicación precisamente porque, en la actualidad, quizá la mayoría de opiniones divergentes en materia jurídica sí pueden atribuirse al hecho de que las mismas parten de concepciones claramente distinguibles entre sí. Vale matizar esta afirmación: si bien pueden siempre encontrarse opiniones distintas en casos o puntos concretos de la ciencia jurídica, que se deben más bien a consideraciones prácticas y teóricas propias de ‘las sutilezas’ de algunas materias del Derecho, también es cierto que, en otros puntos, quizá más generales o fundamentales, existen divergencias nacidas de puntos de vista que se ven a sí mismos como irreconciliables entre sí. Algunas corrientes de pensamiento adoptan principios generales que sirven de pauta o guía para enunciar, a veces en forma deductiva de los mismos, opiniones o puntos de vista que, al ser dichos principios generales completamente opuestos a los de otras escuelas (o, al menos, concebidos en tal sentido por quienes los sostienen), provocan interpretaciones y valoraciones igualmente conflictivas entre sí.

Con esto no quiero decir que sea ‘malo’ o negativo adherirse a principios y fundamentos que inspiren nuestra actuación y pensamiento, ni mucho menos pretendo promover un relativismo que haría inoperante e innecesaria toda discusión intelectual y diálogo académico, sino simplemente resaltar que, precisamente para que tales discusiones y diálogos sean fructíferos, deben estar inspirados por un espíritu de búsqueda de la verdad abierto a acogerla, conscientes a la vez de los distintos matices que la misma puede adquirir en casos y temas particulares. Sobre esto trataré con mayor amplitud y desarrollo en los capítulos dedicados al marco epistemológico y desambiguación de conceptos, pero creo oportuno mencionar en esta nota que es posible que la falta de uniformidad y generalidad que los profesores Bernal y Ledesma observan en las divergencias de opinión entre las escuelas de proculeyanos y sabinianos se deba precisamente al enfoque que éstos estudiosos daban al Derecho: no como un conjunto de enunciados normativos a deducirse en todo caso de principios absolutos, sino como un océano en que confluyen distintas vertientes que a su vez reflejan las diversas dimensiones que conforman al hombre y su realidad.

Como dije, este tema en particular de las dos escuelas de juristas romanos clásicos es objeto de estudio concreto por la doctrina especializada como ya lo han realizado grandes romanistas del pasado, y la presente reflexión no es más que un pensamiento que se me ocurre con ocasión de la citada opinión de Bernal y Ledesma, sin pretender abarcar el tema puntual de las dos escuelas pues, como dije, no lo he estudiado con el debido detenimiento y profundidad. Simplemente sospecho (sujeto a error de mi parte) que las divergencias entre ellas podrían ser resultado de una concepción del Derecho distinta a la separación radical que existe entre corrientes iusfilosóficas actuales, y este otro tema sí que será objeto de un acercamiento en ulteriores partes del presente estudio.

<sup>377</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 232 a 235.

<sup>378</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 233.

<sup>379</sup> Más adelante, al estudiar el surgimiento de las Universidades en la Edad Media, podremos observar cómo, a lo largo de los siglos, los centros de enseñanza han desempeñado un papel crucial para la preservación del saber en etapas de decadencia cultural, para luego convertirse en motores de reverdecimientos de la ciencia jurídica, con su consiguiente influjo beneficioso para las sociedades de su época.

Las escuelas posclásicas organizaban la enseñanza en cuatro cursos: en el primero los alumnos, llamados reclutas, estudiaban las *Instituta* de Gayo y monografías sobre derecho civil; en el segundo, los alumnos con el nombre de edictales estudiaban la parte general, procedimiento y derechos reales con base en algún comentario del Edicto Perpetuo; en el tercero, los alumnos o papinianistas analizaban los tratados sobre procedimiento y derechos reales, así como las respuestas de Papiniano; y en el cuarto, los alumnos *lytae* ('resolvedores de casos') estudiaban las cuestiones y respuestas de Paulo y realizaban prácticas ante los tribunales. Posiblemente existía además un quinto curso dedicado al estudio de las constituciones imperiales<sup>380</sup>.

Con la reforma de la enseñanza del Derecho llevada a cabo por Justiniano mediante su constitución *Omnem reipublicae*, se establecen reglas sobre disciplina y exigencia escolar, en cuanto a la capacidad de los maestros y aptitud de los alumnos, movido por el deseo de mejorar la calidad de la instrucción jurídica, para favorecer con ello la práctica y aplicación: "hemos oído que también en la muy espléndida ciudad Alejandrina, en la de los Cesarienses, y en otras, andan vagando ciertos hombres imperitos y enseñan a sus discípulos una doctrina adulterada, a los cuales con esta conminación los separamos de tal empeño, de suerte que si en lo sucesivo se atrevieren a persistir en esto, y a practicarlo fuera de las ciudades reales y de la metrópoli de los Beritienses, sean castigados con la pena de diez libras de oro, y expulsados de la ciudad, en que no enseñan, sino infringen las leyes"<sup>381</sup>; "Y hacemos saber lo mandado con bastante necesidad bajo severísimas penas, esto es, que ninguno de los que hacen sus estudios de derecho en esta esplendidísima ciudad, o en la hermosísima de los Beritienses, ejercite juegos indignos y pésimos, mejor dicho, serviles, y cuyo efecto es la injuria, ni perpetre otros atentados ya contra los mismos profesores, ya contra sus compañeros, y principalmente contra aquellos que siendo incultos llegan para estudiar leyes; pues, ¿quién llamará juegos a aquellos de que nacen crímenes? No consentimos, por tanto, en manera ninguna que se haga esto, sino que también este punto lo sometemos en nuestros tiempos al mejor orden, y lo transmitimos a todas las edades venideras, porque conviene se eduquen primero de espíritu, y después se instruyan en las letras"<sup>382</sup>; "De esta suerte los discípulos, habiéndoles sido abiertos todos los arcanos de las leyes, nada dejen por conocer, sino que estudiadas todas las compilaciones que para nosotros se han formado con el concurso de Triboniano, varón excelso, y de otros, lleguen a ser considerados como muy grandes oradores, auxiliares de la justicia, y tan excelentes defensores en los juicios como gobernadores felices en todo lugar y tiempo"<sup>383</sup>; "Comenzad, pues, con el auxilio de Dios, a enseñarles la doctrina de las leyes y a mostrarles el camino que Nos hemos encontrado, hasta tanto que se hagan excelentes ministros de la justicia y de la república, y acompañeos la más alta honra en todo tiempo"<sup>384</sup>.

Justiniano estableció la enseñanza organizada en cinco cursos: el primero, dedicado a estudiar las *Instituta* y los cuatro primeros libros del Digesto; los siguientes tres años, al estudio de los libros del Digesto; y el quinto, a la interpretación del Código<sup>385</sup>. Como ya hemos visto, Justiniano prohibió que se hicieran comentarios o interpretaciones de los textos de su compilación: "Mas esta nuestra recopilación, que con la voluntad de Dios se compondrá por vosotros, mandamos que

<sup>380</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 233. Véase también la constitución de Justiniano *Omnem reipublicae*, 1, en que el emperador describe el sistema y método de enseñanza anterior a su reforma, el cual critica y censura por considerarlo imperfecto y deficiente.

<sup>381</sup> *Omnem reipublicae*, 7.

<sup>382</sup> *Ibid.*, 9.

<sup>383</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>384</sup> *Ibid.*, 11.

<sup>385</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 234; *Omnem reipublicae*, 2 a 5.



lleve el nombre de Digesto o de Pandectas, sin que en lo sucesivo se atreva ningún jurisconsulto a aplicarle comentarios, ni a introducir confusión con su vana palabrería en el compendio del mencionado código, como se hizo en los antiguos tiempos, cuando por las contrarias opiniones de los intérpretes se perturbó casi todo el derecho; sino que baste, tan sólo a manera de índices y para explicación de los títulos, hacer ciertas observaciones que se llaman *paratitlos*, con tal que de la interpretación de ellos no se origine vicio alguno<sup>386</sup>. También dictó medidas encaminadas a preservar la integridad editorial del texto, buscando con ello evitar que se produjeran nuevamente los compendios o resúmenes tan característicos de la decadencia posclásica, que introducían deformaciones o confusiones al contenido de los textos<sup>387</sup>.

Mucho se ha criticado esta actitud del ilustre príncipe, por considerar que constituyó un paso decisivo hacia la mentalidad de culto al texto de la ley, viendo en ella un antecedente del positivismo jurídico<sup>388</sup>, y un factor coadyuvante al estancamiento y empobrecimiento del Derecho y de su ciencia<sup>389</sup>. Tales críticas serán expuestas con más detenimiento y evaluadas en secciones posteriores de la presente obra, pero baste en este momento, aparte de mencionar que ni siquiera durante la propia vida del emperador Justiniano fueron respetadas sus citadas disposiciones<sup>390</sup>, señalar que, no obstante los aspectos negativos que escuelas posteriores le han atribuido, es innegable el inmenso valor histórico que reviste la compilación justiniana, ya que su posterior ‘redescubrimiento’, como se verá a continuación, constituyó el motor detrás de un nuevo despertar de la cultura jurídica, convirtiendo la obra del príncipe de oriente en una de las principales fuerzas detrás del desarrollo jurídico de la civilización occidental.

## 2. La Edad Media: Renacimiento de la cultura jurídica<sup>391</sup> y conformación del *Ius Commune*

La llamada Edad Media abarca, en sentido amplio, los siglos V a XV d.C. Algunos historiadores subdividen su estudio en tres etapas, añadiendo algunos una cuarta fase, mientras otros, por su parte, la estudian como un solo período continuo. A su vez, las subdivisiones internas del estudio de la Edad Media varían según el país que se estudie o del cual provenga el autor que se consulte, dado que los factores y cambios sociales, políticos, culturales, económicos, jurídicos, religiosos, etc., que sirven de referencia para efectuar dichas divisiones ocurrieron en épocas y maneras distintas en los diferentes países de Europa occidental (Italia, España, Inglaterra, Francia, Alemania, etc.)<sup>392</sup>. Por este motivo, y en consonancia con el propósito introductivo que inspira el presente trabajo, prescindimos de abarcar el tema de la periodización interna de la Edad Media, así como de realizar clasificaciones y comentarios al respecto, pasando directamente a examinar el desarrollo de las escuelas jurídicas que integran el llamado ‘trinomio medieval’. Dichas

<sup>386</sup> *Deo auctore*, 12.

<sup>387</sup> Cfr. *Deo auctore*, 13; *Omnem reipublicae*, 8.

<sup>388</sup> Cfr. Rafael de Asís Roig, en su Estudio Preliminar a *El Positivismo Jurídico* de Norberto Bobbio, página 13.

<sup>389</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 260 a 262.

<sup>390</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 256; *Petit. Ob. Cit.* Página 64.

<sup>391</sup> Expresión utilizada por varios estudiosos, entre ellos el magistrado y profesor colombiano Carlos Ignacio Jaramillo, quien explica su sentido en las páginas 12 a 16 de su ya citada obra, donde apunta que con el empleo de la voz “renacimiento” no se pretende indicar que el Derecho en general, o el Derecho Romano en particular, haya dejado de existir durante la etapa previa a los siglos que componen el arco temporal de la mencionada fase histórica, sino que se le utiliza en atención a que fue hasta la Edad Media, con el surgimiento de las escuelas jurídicas que se examinarán en la presente sección, que el estudio y la enseñanza del Derecho logran salir del estado de decadencia y vulgarización en que había caído como consecuencia de las invasiones bárbaras, según se ha descrito anteriormente en el presente trabajo, con la consiguiente revitalización que ello supuso de la vida jurídica en su aplicación foral, notarial, legislativa, etc.

<sup>392</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 22 a 25.

escuelas son las de los glosadores, comentaristas<sup>393</sup> y canonistas, con las cuales la ciencia jurídica experimentó grandes y notorios avances durante la Edad Media que moldearon el Derecho, subsistiendo muchos de sus logros hasta nuestros días. Como quedó dicho, al exponer la presente sección, a diferencia de la manera en que se expuso el desarrollo del Derecho en la antigua Roma, no se seguirá una visión estrictamente cronológica, pues la misma necesita acomodarse a criterios que permitan darle mayor cohesión y efectividad<sup>394</sup>.

### **a) El estudio del Derecho en los primeros siglos de la Edad Media (siglos V a XI) y el surgimiento de las Universidades**

El término ‘Edad Media’ suele ser asociado con un general empobrecimiento de la cultura, el intelecto y el espíritu humano; sin embargo “deviene inaceptable la generalización, y la rotundidad en esta específica materia, si con ellas se aspira a inscribir a toda la Edad Media en un marco de pura y tosca incultura, brutalidad, barbarismo, prácticas inhumanas, hambre, peste, ruina, desolación, inmoralidad, oscurantismo, etc. Por el contrario, lo inculto, lo bárbaro, lo inhumano, lo ruinoso, lo oscuro, entre otras expresiones más, es justamente hacerlo, en inequívoca demostración de todo ello, y mucho más”<sup>395</sup>. Realmente, el período ‘oscuro’ de la Edad Media se circunscribe en general a los siglos V a XI, aproximadamente, y aún así con matices y altibajos, pues no todo fue pérdida e ignorancia en esa época.

Persiste hasta nuestros días una cierta tendencia de responsabilizar a la Iglesia por el ambiente de rudeza o pobreza intelectual de este período, pero los estudios objetivos y desapasionados al respecto demuestran que, si bien pueden encontrarse ejemplos aislados de una actitud contraria al cultivo intelectual<sup>396</sup>, “sería injusto, sin embargo, instruir un proceso de tendencia contra la Iglesia de la Edad Media y presentarla como sistemáticamente hostil a la instrucción. Muy por el contrario, en medio de la barbarie general, el clero fue quien conservó alguna tradición de la cultura antigua. Las únicas escuelas de aquel tiempo fueron las episcopales y las claustrales, anexas unas a los obispados y otras a los monasterios”<sup>397</sup>, y que “la Iglesia, *ab antiqua*, se preocupó por el estudio, en general, y lo que es más importante, por su estímulo y por la divulgación de lo leído y aprendido”<sup>398</sup>. Esto es relevante tenerlo en cuenta, por cuanto permite formarse un mejor entendimiento del ambiente cultural de la Edad Media y, especialmente, de la importancia que el derecho canónico tuvo posteriormente en la formación del *Ius Commune*, importante elemento en la recepción y adaptación del Derecho Romano.

<sup>393</sup> A la escuela de los comentaristas se aplican también las denominaciones de bartolistas, prácticos, conciliadores, dictaminadores, escolásticos, dialécticos, consultores, etc. De especial y difundida raigambre es el nombre de ‘**posglosadores**’ o ‘**post-glosadores**’, nombre que, sin embargo, no resulta apropiado para referirse a ellos, pues da la idea de una continuidad entre esta escuela y la de los glosadores, misma que realmente no existe, toda vez que entre ambas escuelas median diferencias que dotan a cada una de marcada sustantividad, como apunta Jaramillo en *Ob. Cit.*, páginas 368 a 372. Por este motivo, desde ya dejamos claro, con la presente nota al pie, que utilizaremos el nombre de ‘comentaristas’ para referirnos a esta escuela en la presente obra, adhiriéndonos de esa forma a la tendencia de la doctrina especializada, a la vez que haciendo ver al lector que con frecuencia encontrará en los textos de estudio jurídico el mencionado nombre de ‘posglosadores’, especialmente en libros de doctrina no especializada en el ámbito histórico medieval.

<sup>394</sup> A tal efecto, seguiremos en este apartado el orden expositivo que adopta el autor Jaramillo, cuya obra ya citada sirve de base fundamental a la presente sección, de manera análoga en que el libro de Bernal y Ledesma sirvió de base para la parte que precede, según lo ya comentado al respecto en la introducción

<sup>395</sup> Jaramillo. *Ob. Cit.* Página 22.

<sup>396</sup> Cfr. Compayré, Gabriel. *Historia de la Pedagogía*. Página 65.

<sup>397</sup> Compayré. *Ob. Cit.* Páginas 65 y 66. Véase también: Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 100 y 101, quien comenta sobre la existencia, ya en los primeros siglos de la Edad Media, de las escuelas catecúmenas y catequistas.

<sup>398</sup> Jaramillo. *Ob. Cit.* Página 100.

Los factores que dieron lugar a esta etapa oscura consisten más bien en la prolongación de algunas circunstancias ya expuestas con ocasión de la vulgarización del Derecho Romano en la etapa posclásica: “Las poblaciones, siempre en guerra, (...) carecían por completo de seguridad y de tiempo, condiciones indispensables para el estudio. Los gentiles-hombres de la época no aspiraban más que a cabalgar, a cazar y a figurar en justas y torneos. La educación física, he ahí lo que convenía ante todo para hombres cuya afición favorita era, por costumbre y por necesidad, la guerra. Por otra parte, el esclavizado pueblo no presentía la utilidad de la instrucción (...)”<sup>399</sup>, siendo también un factor importante la escasez y alto costo de los libros en aquella época, en que aún no se había inventado la imprenta, sino que la hechura de un libro requería que los textos fueran copiados a mano (labor desarrollada principalmente por monjes), y se fabricaban con pergaminos hechos de piel de animales, debiéndose invertir en la ‘industria editorial’ gran cantidad de recursos y tiempo<sup>400</sup>.

Durante los primeros siglos de la Edad Media, la educación se vuelve más universal pero, al mismo tiempo, más superficial y elemental, estructurándose en dos grandes vertientes: el *Trivium*, integrado por estudios de gramática, retórica y dialéctica; el *Quadrivium*, que comprende la aritmética, la geometría, la astronomía y la música. El *Quadrivium* se entiende como la base sobre la cual descansa el conocimiento, y el *Trivium* más como su modo de expresión, su vehículo. El estudio del Derecho quedó integrado dentro de la retórica, es decir, privándole de la sustantividad y autonomía de que anteriormente había gozado<sup>401</sup>. El Diccionario de la Real Academia define ‘retórica’ como “arte de bien decir, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover”.

Hacia el siglo XI, comienza a florecer el intercambio comercial a causa de la expansión y colonización de algunos territorios europeos, la introducción de nuevas técnicas agrícolas, y un aumento en la temperatura global que convirtió en cultivables algunas zonas boscosas. Asimismo, ocurre un aumento en la población que trae consigo un aumento en la mano de obra, la repoblación tanto de los campos como de las ciudades, que se convierten en centros comerciales y culturales. En el plano religioso, son de importancia la llamada ‘reforma gregoriana’ llevada a cabo por el papa Gregorio VII, así como la ‘reforma cluniacense’ o ‘reforma monástica’, encabezada por el Monasterio de Cluny. Gregorio VII impulsa el establecimiento de las llamadas escuelas episcopales, con lo cual empieza a disminuir el analfabetismo, y el estudio deja de ser algo excepcional como antes lo había sido, siendo que anteriormente abundaba el analfabetismo incluso entre los reyes, nobles y jueces<sup>402</sup>.

Desde los primeros siglos de la Edad Media los monasterios fueron centros dedicados, aparte de la vida religiosa, a la enseñanza, copiado de libros, creación de bibliotecas, etc<sup>403</sup>. El emperador Carlomagno, en su momento, fue un decidido impulsor de la educación<sup>404</sup>. A las escuelas monacales y episcopales, dirigidas por autoridades religiosas, se unen luego las escuelas municipales, de carácter laico, dirigidas por la autoridad competente del orden municipal<sup>405</sup>. Con el crecimiento de la población de las ciudades, y el descenso del analfabetismo, aumentó la

---

<sup>399</sup> Compayré. *Ob. Cit.* Página 66.

<sup>400</sup> Cfr. Compayré. *Ob. Cit.* Página 67; Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 153 a 159.

<sup>401</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 48 a 54.

<sup>402</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 88 a 103.

<sup>403</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 103 a 105.

<sup>404</sup> Cfr. Compayré. *Ob. Cit.* Páginas 66 a 69.

<sup>405</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 106 y 107.

demanda académica, dando lugar a la formación de escuelas, ubicadas en las mismas casas de los maestros, quienes enseñaban en estrecha relación con sus alumnos. Estas escuelas fueron agrupándose en la figura del *studium generale*, vocablo que designa el lugar o conjunto de lugares donde se impartía una enseñanza superior, a su vez llamándose *Universitates* a las asociaciones de maestros y alumnos que allí enseñaban y estudiaban; con el tiempo, los términos *studium generale* y *universitas* se convertirán en sinónimos, sin perjuicio de que su inicial diferenciación dará lugar a distintos modelos de enseñanza superior, conocidos especialmente como el modelo boloñés y el parisino<sup>406</sup>.

Con esto, ha empezado ya a gestarse el renacimiento general de la cultura en la Edad Media y, dentro de dicho marco, el concreto reverdecimiento de la cultura jurídica. En las universidades medievales se estudian disciplinas tales como Derecho<sup>407</sup>, Derecho Canónico, Teología, Filosofía, Medicina<sup>408</sup>. En cuanto al estudio y la enseñanza del Derecho, ocupa un lugar central y destacado la Universidad de Bolonia<sup>409</sup>, que gozaría de un incomparable prestigio e importancia, siendo llamada la *docta y mater legum* ('madre de las leyes'). Fue en Bolonia donde florecieron, para luego expandirse a otras latitudes del continente europeo, las principales escuelas de juristas de la Edad Media<sup>410</sup>. Dado el prestigio obtenido por la Universidad de Bolonia, acudieron a ella estudiantes de diversas nacionalidades y de distintas partes de Europa<sup>411</sup> quienes, luego de haberse instruido en la docta casa de estudios, volvían a sus lugares de origen para difundir en ellos, tanto en el ámbito académico como en la práctica jurídica, los conocimientos y avances de la ciencia del Derecho gestados en Bolonia, convirtiéndose ésta así en un crucial motor de la recepción del Derecho Romano, a la vez que, junto con la Universidad de París, inspiró la creación de nuevas universidades en otros territorios europeos, las cuales a su vez sirvieron de modelo para el posterior establecimiento de universidades en América<sup>412</sup>.

En el ambiente del resurgido interés por el estudio, vino a significar un hecho trascendental para la historia el llamado 'redescubrimiento' del Digesto de Justiniano. Se le atribuye a Irnerio (con carácter más legendario que histórico) el haber encontrado una edición del Digesto en una biblioteca de Pisa. Otros lo presentan como resultado de una búsqueda de textos antiguos en distintas bibliotecas ordenada por el papa Gregorio VII. A su vez, se sabe que dicho 'redescubrimiento' ocurrió por etapas, habiendo también discrepancias sobre el orden en que fueron encontrándose sus diversos componentes. En general, se considera que el Digesto no fue súbitamente redescubierto luego de siglos de haber estado perdido, sino que simplemente había caído en desuso y olvido por ser una obra demasiado compleja y, por tanto, inaccesible para el nivel cultural e intelectual de los primeros siglos de la Edad Media<sup>413</sup>. Por eso, con el resurgimiento del interés intelectual anteriormente esbozado, se hizo posible emprender

---

<sup>406</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 107 a 115, 128 a 131.

<sup>407</sup> Derecho Civil, utilizando aquí el término 'civil' no como designación de la concreta rama del derecho privado que actualmente estudiamos bajo este nombre, sino para diferenciarlo del Derecho Canónico o Eclesiástico; así, en este sentido el 'derecho civil' abarca también el estudio del derecho penal, procesal, público, notarial, etc., disciplinas que hasta etapas posteriores serían objeto de la especialización y sistematización que hoy conocemos.

<sup>408</sup> Sobre el ambiente académico de la Edad Media, especialmente de Bolonia, horario y calendario escolar, organización de las residencias y colegios universitarios, grados de los estudiantes, etc., véase Jaramillo, *Ob. Cit.*, páginas 145 a 169.

<sup>409</sup> Sobre el origen de la Universidad de Bolonia existen diversas teorías, expuestas y comentadas por Jaramillo en *Ob. Cit.*, páginas 116 a 128.

<sup>410</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 128 a 144.

<sup>411</sup> Cfr. *Ibid.* Página 139.

<sup>412</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 330 a 338.

<sup>413</sup> Cfr. Margadant, Guillermo F. *La Segunda Vida del Derecho Romano*. Páginas 85 a 98.

nuevamente el estudio del Digesto que, como sabemos, es un compendio de las enseñanzas del período clásico del Derecho Romano. Así, más allá de si Irnerio fue o no responsable del hallazgo físico del Digesto, se sabe que fue él el primero en estudiarlo a fondo en aquella época, divulgando su contenido como catedrático de la Universidad de Bolonia, donde el estudio del Digesto sería profundizado por sus alumnos y sucesores, conformándose de esta forma la primera de las grandes escuelas jurídicas de la etapa bajo examen: la escuela de los glosadores, así llamada en atención al género literario que predominó en su labor académica<sup>414</sup>.

Desde los primeros glosadores, la docencia universitaria del Derecho Romano durante la Edad Media se estructuró, con ligeras variaciones a lo largo del tiempo y el espacio, en cursos para analizar los diversos componentes de la compilación justiniana: Código, Instituciones, Digesto, Novelas, a su vez subdividiendo el estudio del Digesto en tres partes: *Digestum Vetus*, *Digestum Infortiatum*, *Digestum Novum*. Los maestros explicaban los textos, estableciendo distinciones y citando pasajes contradictorios, los cuales procuraba conciliar, además de ilustrar mediante ejemplos, haciendo referencia además al derecho actual de la época (*ius hodiernum*)<sup>415</sup>.

## b) Los glosadores

Con el nombre de glosadores se designa a un grupo de estudiosos del Derecho, activos entre los siglos XI al XIII, que tuvieron como sede principal la Universidad de Bolonia, y que se distinguen por haber empleado la ‘glosa’ como género literario principal y predominante en el que cristalizó su labor, así como por otras características que dotan de sustantividad y hacen viable considerar como una escuela a este conjunto de juristas, según se comentará más adelante.

La glosa fue utilizada ya en épocas anteriores, y en su origen cumplía principalmente una función gramatical, es decir, para aclarar y explicar textos: por ejemplo, en el siglo II se utilizaba para estudiar y analizar el derecho hebreo, y del siglo VI y posteriores datan algunas glosas a las Instituciones de Justiniano y textos del Derecho Romano posclásico. También se recurrió a la glosa en los primeros siglos de la Edad Media para ilustrar o anotar diversos textos jurídicos, religiosos, filosóficos, etc. Es decir que la glosa no surgió propiamente con la escuela de los glosadores, ni tampoco se extinguió al desaparecer ésta, sin perjuicio de que fueron los glosadores quienes depuraron y dieron esplendor a su utilización, a la vez que la difundieron internacionalmente<sup>416</sup>.

Es la glosa una anotación concisa, puntual y breve, insertada en un texto preexistente con el fin de recrear o explicar su contenido y alcance, y que luego evolucionó para convertirse en anotaciones interpretativas, más enriquecidas y profundizadas, del texto<sup>417</sup>.

La glosa se distingue del glosema, por cuanto aquélla es una inserción conciente destinada a la interpretación del texto y, como tal, realizada sobre el mismo con determinado orden, distinguiéndola del texto glosado, mientras que el glosema consiste en una amalgama del texto original con su interpretación, sin que pueda a primera vista distinguirse entre ambos, como producto de error o inadvertencia. A su vez, los glosemas se distinguen de las interpolaciones en que (como hemos visto en sección precedente) la interpolación se introduce concientemente, es

---

<sup>414</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 169 a 176.

<sup>415</sup> Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 153 a 156.

<sup>416</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 194 a 199.

<sup>417</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 199 a 202.

decir, con la deliberada intención de variar el contenido o significado del pasaje interpolado, y no por error, como ocurre con los glosemas<sup>418</sup>.

Las glosas pueden clasificarse de la siguiente manera<sup>419</sup>:

- Por su *ubicación física* en el texto:
  - Glosas *interlineales*: originalmente introducidas entre los renglones del texto con el fin de aclarar el significado de algunas palabras, definiéndolas o introduciendo sinónimos.
  - Glosas *marginales*: conforme los análisis efectuados se hacen más profundos, requieren mayor espacio para su ubicación y, por ende, se efectúan en los márgenes de los textos glosados.
- Por su *contenido y alcance*:
  - Glosas *gramaticales* o *reproductivas*: introducidas para definir vocablos utilizados en el texto, para fijar su alcance, o para condensar la esencia de un pasaje, reproduciéndolo en forma simplificada.
  - Glosas *interpretativas*: destinadas a aportar y enriquecer el texto, como fruto de una reflexión jurídica más elaborada y refinada.
- Por su *autor material* (independientemente de su autoría intelectual):
  - Glosas *redactadas*: realizadas directamente por su autor intelectual, frecuentemente el maestro o catedrático.
  - Glosas *reportadas*: incorporadas al texto por los alumnos a partir de las explicaciones del maestro (autor intelectual).

Para ambos tipos de glosa se incluía una sigla indicadora de su autor (por lo general las iniciales del nombre del maestro); en el caso de las glosas reportadas, a veces se anteponía la expresión *secundum* (según...). Cuando faltan dichas indicaciones, se está en presencia de glosas *anónimas*.

Aparte de las glosas, los glosadores también cultivaron otros géneros jurídico-literarios como vehículos de su labor: las *summae*, *dissensiones dominorum*, *distinctiones*, *quaestiones disputatae*, monografías, casos, *regulae iuris*, *commenta*, *ordo iudiciarius*, *solutiones contrariorum* o *concordantiae*, *dictionarium iuris*, *singularia*, etc<sup>420</sup>. El principal texto estudiado por esta escuela es, por mucho, el Digesto de Justiniano, aunque también analizaron el resto de la compilación justiniana, los *libri feudorum* o libros feudales, la *decima collatio* (colección de

<sup>418</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 210 a 218.

<sup>419</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 199 a 208.

<sup>420</sup> Para una explicación de estos y otros géneros adicionales a la glosa, véase: Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 237 a 247; Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 106 a 109.

constituciones imperiales germánicas). El espectro de los textos que analizaron se fue ampliando con el paso del tiempo<sup>421</sup>.

Como se ha dicho, se considera a Irnerio como fundador y máximo exponente de la escuela de los glosadores, aunque también es de resaltar la labor de algunos juristas de la etapa *preirneriana*, que estudiaron el Derecho Romano antes que Irnerio y prepararon el camino dentro de los primeros años del resurgimiento académico de la época: entre ellos es de especial relevancia Pepo o Pepone, *legis doctor* de Bolonia, quien junto con otros juristas serían luego conocidos como los antiguos doctores (Alberto, Iginulfo, Valfredo, Ubaldo, Rústico, et al.)<sup>422</sup>. Entre los discípulos de Irnerio destacan los llamados cuatro doctores: Búlgaro, Martino Gossia, Jacobo y Hugo. Entre Búlgaro y Martino surgen rivalidades que conllevan a la formación de dos ‘sub-corrientes’ de glosadores: los bulgarianos, más apegados al texto normativo y las enseñanzas de Irnerio; y los gosianos, favorecedores de interpretaciones más flexibles en pro de la equidad<sup>423</sup>. Entre las posteriores generaciones de glosadores, destacan figuras como Vacario, Piacentino, Pillio, Azo (Azzone, Azzon), Odofredo, Accursio, entre otros<sup>424</sup>. Accursio es la máxima figura de la fase final de esta escuela en virtud de su elaboración de la *Magna Glosa*, Gran Glosa o Glosa Ordinaria (cerca del año 1230), obra en la cual reúne lo más representativo de las glosas elaboradas por sus predecesores (aproximadamente 100,000 glosas), sin limitarse a coleccionarlas, sino adoptando criterios para discernir entre las diferentes interpretaciones y posturas adoptadas por diversos glosadores, decantando el pensamiento de dicha escuela. La Gran Glosa se convierte en el texto más influyente producido por la escuela de los glosadores, tanto en lo académico como en lo práctico, sin perjuicio de que las obras de algunos glosadores individuales se siguieran estudiando y publicando en épocas posteriores<sup>425</sup>.

Los glosadores se caracterizaron por su devoto apego a las fuentes justinianas y por asignar a las mismas una plena vigencia espacio-temporal, es decir, considerándolas un derecho vivo y aplicable. También les caracterizó una cierta concepción divina de los textos romanos, dándoles carácter de inmutabilidad (en consonancia con las aspiraciones que el mismo emperador Justiniano había albergado respecto de su compilación). Los glosadores se identificaron con la institución e ideología imperial, considerando el derecho del Imperio Romano como el único llamado a gobernar la civilización occidental. Asimismo, su análisis de las fuentes romanas tuvo carácter más exegético, es decir, encaminado a interpretar y explicar el texto, y no a ofrecer innovaciones creativas. Dicho análisis se distingue por el carácter de síntesis y concisión que tuvo la glosa, además prefiriendo lo particular por encima de la generalización o abstracción. Por otra parte, no concibieron al Derecho dentro de un contexto histórico, por cuanto que la generalidad de los intelectuales de la Edad Media, por diversas razones, no fueron buenos conocedores de la historia. No se interesaron por profundizar en temas como el derecho natural, y mostraron tan sólo un moderado interés por el derecho feudal, contemporáneo y canónico<sup>426</sup>.

Entre los principales méritos y aportes de los glosadores a la ciencia jurídica, puede mencionarse, ante todo, el haber redescubierto el valor de la jurisprudencia romana clásica, y rescatado del olvido al Digesto de Justiniano, articulando, recreando y esclareciendo la compilación justiniana. Con esto, además, tuvieron el importante papel de erradicar el uso de epítomes,

<sup>421</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 218 a 227.

<sup>422</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 176 a 187.

<sup>423</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 187 a 189; Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 102 a 105.

<sup>424</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 189 a 192; Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 109 a 114.

<sup>425</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 308 a 314; Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 114 a 116.

<sup>426</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 247 a 271.

resúmenes y demás escritos mediocres que, como vimos anteriormente, habían caracterizado la etapa previa, y deformado el contenido del Derecho Romano-Justiniano, el cual los glosadores renovaron y actualizaron, parcialmente eliminando y matizando algunas contradicciones en el texto. Con ellos el derecho de la época adquiere un carácter unitario, considerando al Derecho Romano como un verdadero *corpus* integral, y no como un conjunto de fuentes dispersas, confiriéndole así sustantividad y autonomía académica, a la vez que fomentando su internacionalización, dándole un carácter supranacional e inespacio-temporal. Contribuyeron grandemente a la secularización académica que fue posible gracias al auge de las ciudades, convirtiéndose los glosadores en protagonistas de la élite intelectual al servicio de la docencia y la divulgación del Derecho, que ellos mismos ayudaron a desarrollar, siendo precursores de la ciencia jurídica moderna en Occidente. Es importante también que, llegada la escuela a una etapa madura y estable, los glosadores dedicaron atención al derecho notarial y derecho procesal, contribuyendo así al desarrollo de estas dos disciplinas jurídicas y su práctica, a la vez que ampliando el panorama del estudio del Derecho, dando cabida a otras disciplinas tales como el derecho penal<sup>427</sup>. A su vez, realizaron aportes individuales en materias jurídicas, especialmente derecho privado, contribuyendo al desarrollo de instituciones cuya influencia se deja sentir hasta nuestros días, junto con la de contribuciones de escuelas posteriores<sup>428</sup>.

Entre las principales críticas a los glosadores, se señala su escaso conocimiento histórico y filológico, característica por lo demás generalizada en el ambiente intelectual de la Edad Media, y propia a su vez de su concepción del Derecho como autosuficiente, por lo que no se consideraba necesario recurrir a disciplinas o ciencias auxiliares para su estudio y comprensión. También se hace referencia a su marcada concentración en la compilación justiniana, así como al método rígido y limitado que adoptaron para estudiarla, con su consiguiente tendencia general a efectuar análisis meramente teóricos. Sin embargo, hay que tener en cuenta el ambiente histórico y cultural en que se desarrolló la escuela de los glosadores, así como su deliberado interés académico por la compilación justiniana, especialmente del Digesto, cuyo ‘redescubrimiento’ y estudio por parte de los glosadores es de indudable trascendencia para la ciencia jurídica y el desarrollo del Derecho en general. Asimismo, no olvidar que los glosadores no estuvieron realmente tan alejados de la práctica como a veces se señala y, especialmente en las fases posteriores de dicha escuela, estuvieron muy en contacto con la realidad jurídica de su época (por ejemplo, varios de ellos fueron nombrados jueces o peritos en procesos importantes, a la vez que emitían dictámenes para casos, etc.)<sup>429</sup>. Muchas de las críticas lanzadas contra los glosadores (o, al menos, los matices más severos de las mismas), aunque objetivamente no dejen de tener algo de razón, en general hunden sus raíces en valoraciones y puntos de vista surgidos a partir de desarrollos y épocas posteriores, por lo que dichas críticas no dejan de tener cierto carácter de ‘pedirle peras al olmo’ como se dice vulgarmente<sup>430</sup>.

La escuela de los glosadores se ‘internacionaliza’ cuando, gracias al prestigio de la Universidad de Bolonia como centro de estudios jurídicos (prestigio al que los mismos glosadores contribuyeron en gran medida), así como el nivel académico de sus exponentes, se empiezan a fundar universidades esculpidas sobre el modelo boloñés en otras partes de Europa occidental, y

---

<sup>427</sup> Véase el comentario extenso sobre los aportes generales de la escuela de los glosadores, realizado por Jaramillo en Ob. Cit., páginas 271 a 295.

<sup>428</sup> Por el carácter que inspira esta obra, omitimos reseñar aquí estos aportes concretos de los glosadores, pero refiérase el lector, nuevamente, a Jaramillo en páginas 296 a 308 de Ob. Cit.

<sup>429</sup> Cfr. Margadant. Ob. Cit. Páginas 118 y 119.

<sup>430</sup> Para un examen más detenido de las críticas a los glosadores, así como una evaluación amplia y serena de las mismas, véase: Jaramillo. Ob. Cit. Páginas 314 a 330.



varios de los glosadores pasan a ser catedráticos en estas nuevas casas de estudio. Además, como ya se había apuntado, los alumnos extranjeros que acudían a Bolonia luego regresaban a sus lugares de origen para ejercer y enseñar. Con esto, la escuela de los glosadores se convierte en importante elemento en la divulgación del Derecho Romano-Justiniano<sup>431</sup>.

Finalmente, después del fallecimiento de Accursio (alrededor de 1263) empieza a producirse un rápido declive en la escuela de los glosadores. La *Magna Glosa* se convierte en un texto tan influyente que, a pesar de su indiscutible valor académico y jurídico, trae como consecuencia una cierta pérdida de creatividad, por cuanto las últimas generaciones de glosadores ya no realizan tantos aportes nuevos y, paradójicamente, el texto justiniano se utiliza para interpretar las glosas, y no al revés como era su original cometido. El estancamiento de la escuela de los glosadores propicia el surgimiento de nuevas corrientes, dentro de las cuales destacará la de los comentaristas y los aportes de los estudiosos del derecho canónico<sup>432</sup>.

### c) Los *ultramontani*<sup>433</sup>

Reciben este nombre<sup>434</sup> un grupo de juristas franceses que, con sede en la Universidad de Orleáns, constituyeron una especie de eslabón entre los glosadores y los comentaristas. Entre otras “personas puente entre Orleáns e Italia” puede mencionarse a Francisco, el hijo de Accursio. “En Orleáns la investigación y aplicación del derecho justiniano recibieron en la segunda mitad del siglo XIII un perfil propio, de mayor cercanía a los problemas de la práctica, además de una mayor libertad de apartarse de la Gran Glosa de Accursio”<sup>435</sup>. Entre sus exponentes se encuentran Jacques de Révigny, Pierre de Belleperche, Johannes Faber (o Fauré). Esta escuela influyó en el mundo de los derechos consuetudinarios germánicos de gran parte del actual territorio de Francia.

Alumno de Révigny fue Cino de Pistoia, quien a su vez fue maestro (en la Universidad de Perugia) de quien llegaría a ser el máximo exponente de la escuela de los comentaristas: Bartolo de Sassoferrato.

### d) Los comentaristas

El desarrollo de la economía medieval y la creciente importancia del derecho municipal o estatutario (es decir, el derecho local de las distintas ciudades y regiones), dieron lugar a la necesidad de ajustar las instituciones y figuras jurídicas conforme las nuevas exigencias de los tiempos. Junto al declive de la glosa y la metodología exegética, se va formando la escuela de los comentaristas, que abarcará aproximadamente los siglos del XIII al XV<sup>436</sup>.

<sup>431</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 330 a 338; Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 116 a 118.

<sup>432</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 338 a 343.

<sup>433</sup> Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 123 y 124; Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 356 a 359.

<sup>434</sup> “*Ultramontani*” significa “más allá de las montañas”, y se aplica a estos juristas franceses ya que, vistos desde Italia, están “más allá de los Alpes”. (Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* Página 123). Por similar motivo, también se aplicó el nombre de *ultramontani* a los estudiantes extranjeros que acudían a la Universidad de Bolonia, tantos que, en 1265, se desmembró Bolonia en dos Universidades: una para los *ultramontani* y otra para los *citramontani* (italianos), cada una con su propio rector y consejo. (Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 335 y 336).

<sup>435</sup> Margadant. *Ob. Cit.* Página 123.

<sup>436</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 345 a 356.

Entre 1314 y 1357 vivió Bártolo de Sassoferrato, quien ya en vida se convirtió en uno de los juristas más prestigiosos y afamados de la historia (“*nemo iurista, nisi bartolista*” – “nadie puede ser jurista si no es bartolista” se llegó a afirmar en aquella época). Enseñó en varias universidades, entre ellas Bolonia y Perugia, y luego de morir se instituyeron cátedras en varias universidades con el objetivo de divulgar el pensamiento bartolista. Le sucedió su alumno Baldo de Ubaldis, quien se destacó también en el campo del derecho canónico, y alcanzó un prestigio y calidad equiparables a los de su maestro. En efecto, muchos de los comentaristas fueron además exponentes del estudio canónico<sup>437</sup>.

Los comentaristas adoptaron la metodología de la escolástica, muy difundida ya para su época como prototipo de la filosofía medieval, incorporando el sistema lógico-deductivo de raíces aristotélicas, comparando opiniones contrapuestas, buscando las distintas causas detrás de los fenómenos estudiados, etc. Su método fue más refinado y abierto que el de los glosadores. Estas herramientas de análisis y estudio materializaban sus resultados en los comentarios, género jurídico-literario predominante en esta escuela, más extenso y profundo que la glosa, resultante de un proceso intelectual más denso. También el objeto material de los comentaristas fue más amplio, pues no sólo se ocuparon de la compilación de Justiniano, sino además estudiaron el derecho canónico, el consuetudinario, el estatutario o municipal. Entre otros géneros jurídico-literarios que cultivaron, se encuentra el tratado, los *consilia* (dictámenes y opiniones), así como las decisiones (que consisten en comentar y analizar sentencias judiciales)<sup>438</sup>.

La escuela de los comentaristas se caracteriza por su inclinación hacia la escolástica, su visión más integral y sistemática del Derecho, a la vez que más amplia, que implicó además un mayor valor conferido a la práctica, anejo a una mayor flexibilidad y libertad en sus interpretaciones. Le dieron importancia al elemento o principio de autoridad, presente en el pensamiento escolástico. Algunos comentaristas, como Bártolo y Baldo, formulaban concretas definiciones jurídicas, algo que era ajeno al Derecho Romano. Con esta escuela se da un mayor acercamiento con el derecho canónico, que contribuirá a la interrelación que los elementos romano y canónico tendrían en la conformación del *ius commune* medieval<sup>439</sup>.

Los méritos generales más sobresalientes de esta escuela consisten en haber logrado una interconexión más armónica entre la práctica y la teoría, a la vez que contribuyendo a la sistematización temática en algunos aspectos gracias al método escolástico que utilizaron. Ayudaron al fortalecimiento del *ius commune*, que se explicará en una sección más adelante, así como a la profesionalización de un segmento de abogados, teniendo gran influencia en estimular el estudio, la profundización y divulgación del Derecho en Europa. Los comentaristas forjaron los pilares de algunas disciplinas y figuras de mucha vigencia y relevancia, a la vez que contribuyeron a la maduración de instituciones preexistentes<sup>440</sup>. Desde luego, estas líneas generales se concretaron en aportes individuales o dogmáticos en varias instituciones, especialmente de derecho privado<sup>441</sup>.

Entre algunas críticas a esta escuela destacan la deformación o malformación que surgió con el abuso del método escolástico, que se tradujo en análisis confusos y laberínticos, exagerados y estériles, especialmente en la última etapa de la escuela. Al mismo tiempo, se les critica haber

<sup>437</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 359 a 368.

<sup>438</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 372 a 393.

<sup>439</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 393 a 407.

<sup>440</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 407 a 421.

<sup>441</sup> Véase, al respecto, *Ibid.*, páginas 421 a 433.

conferido un valor exagerado a la práctica, lo cual podría parecer contradictorio con la anterior crítica de haberse ocupado en enredadas especulaciones teóricas, pero que se explica por el surgimiento de una práctica forense más acentuada, que dio lugar a que simultáneamente se produjera en algunos de sus exponentes esta otra actitud. Como consecuencia de este enfoque sobre la práctica, se les critica también el haber llegado a adoptar un estilo literario poco elegante, influido a su vez por un manejo inadecuado y vulgarizado del latín. También participaron de la carencia de sentido y conocimiento histórico ya apuntada respecto de los glosadores. Además, como parte del abuso del método escolástico hacia las últimas fases de la escuela, se les critica la asignación de un valor desmedido al principio de autoridad, llegando a sustituir la calidad por la cantidad, preocupados por sustentar sus posturas no tanto en la calidad de los argumentos y razonamientos, sino más en la cantidad de autores cuyas opiniones concordaran<sup>442</sup>. Como se puede ver, las críticas a esta escuela se enfocan más sobre las deficiencias que fue adquiriendo hacia su última fase, lo cual suele suceder con varios movimientos intelectuales que no siempre logran conservar el frescor inicial que les llevó a realizar sus primeras contribuciones.

También la escuela de los comentaristas trascendió su entorno geográfico inicial, mediante la difusión académica de sus ideas en otras naciones europeas como Francia, Alemania, España, etc. La decadencia del método de los comentaristas dio origen, a su vez, al surgimiento de un nuevo enfoque jurídico-académico en el marco del humanismo, el cual se expondrá en una sección posterior<sup>443</sup>.

#### e) Los canonistas

Durante toda la Edad Media se desarrolla, a la par de las escuelas de glosadores y comentaristas que hemos visto, la escuela de los canonistas (siglos XI al XV), a su vez subdividida en las escuelas de decretistas y decretalistas. El derecho canónico sigue existiendo como disciplina jurídica, e incluso ha tenido avances en tiempos recientes, entre ellos la promulgación en el siglo XX de dos distintos Códigos de Derecho Canónico, pero es durante la Edad Media que, primero, se perfila como disciplina propiamente jurídica independiente de la teología con que, por obvias razones, estuvo originalmente ligada y, segundo, vive su denominada ‘época de oro’. A su vez, dado el entorno político y social de la Edad Media, en esta etapa el derecho canónico realiza importantes contribuciones al Derecho en general, y sus estudiosos conviven y confluyen con los glosadores y comentaristas, incluso habiendo muchos que fueron al mismo tiempo estudiosos de ‘ambos derechos’ (*doctor utriusque iuris*, el civil y el canónico)<sup>444</sup>.

Actualmente se tiene la idea de que el derecho canónico interesa únicamente a la Iglesia, su jerarquía y sus fieles, y en cierto sentido esto es verdad, en virtud de la separación entre Iglesia y Estado que se ha venido delimitando cada vez con más claridad; sin embargo, el entorno de la Edad Media era distinto: la Iglesia era fuente de normas jurídicas de aplicación más amplia ya que ejercía jurisdicción en asuntos como, por ejemplo, el matrimonio, considerado primordialmente en su dimensión de sacramento, más allá de como un simple contrato o institución civil, o algunos delitos, considerados en su dimensión de pecados. Asimismo, la Iglesia se atribuyó jurisdicción en materia contractual ya que muchos contratos eran formalizados mediante juramentos. La jurisdicción eclesiástica también tuvo mucha aplicación en calidad de arbitraje. De esta manera, el derecho canónico llegó a confluir con el derecho romano en la

---

<sup>442</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 433 a 440.

<sup>443</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 440 a 443.

<sup>444</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 446 a 453.

conformación del *ius commune* de la Edad Media, factor importante en la recepción iusromanista y la conformación de la tradición jurídica occidental, por lo que su conocimiento es de marcada relevancia para el estudioso del Derecho en general, y del Derecho Romano en particular<sup>445</sup>.

### i) Noción y breve esbozo histórico del Derecho Canónico

“El derecho canónico es el orden jurídico de la Iglesia católica. Con ello se quiere expresar dos cosas: 1. Que el derecho canónico tiene la naturaleza y características propias de todo ordenamiento jurídico. 2. Que es derecho propio de una sociedad con una naturaleza peculiar: la Iglesia católica. *En cuanto orden jurídico*, el derecho canónico deberá tener una serie de notas y rasgos comunes a todos los restantes órdenes jurídicos. Desde ese punto de vista no tiene por qué diferenciarse de los demás... Su finalidad será la realización de lo justo *hic et nunc*... *En cuanto derecho propio de la Iglesia católica*, el derecho canónico tendrá, en cambio, algunas características que lo diferenciarán de los ordenamientos jurídicos propios de otras sociedades. La Iglesia es, efectivamente, una sociedad *sui generis*... El orden jurídico de la Iglesia católica será, en ese sentido, diferente de otros órdenes jurídicos, sin que por ello tenga que perder los caracteres de la juridicidad”<sup>446</sup>.

La gran figura del derecho canónico en la Edad Media es Graciano. Antes de Graciano, la historia del derecho canónico puede subdividirse en tres etapas<sup>447</sup>:

- Desde la fundación de la Iglesia hasta el Edicto de Milán.
- Desde al año 313 hasta el 800, en que Carlomagno es coronado por el papa León III constituyendo el Sacro Imperio Romano, un intento de restaurar el Imperio Romano de Occidente.
- Desde el principio del siglo IX hasta el Concordato de Worms (1122), mediante el cual el emperador Enrique V y el papa Calixto II pusieron fin a la controversia sobre si la investidura de papas y obispos correspondía a la Iglesia o al Imperio.

Durante toda la etapa previa a Graciano, el derecho canónico se encontraba desorganizado, integrándose con normas dictadas por los papas, los Concilios (que a su vez podían ser ecuménicos o regionales, según se convocara a ellos a representantes de todo el mundo cristiano o sólo de algún territorio), los obispos, así como algunas normas imperiales (recuérdese, por ejemplo, el ‘cesaropapismo’ que hemos visto con figuras como Constantino o Justiniano). A su vez, como la Iglesia ejercía jurisdicción en asuntos que actualmente se consideran extra-ecclesiásticos, entraba en contacto con normas de derecho romano, oriental, germánico, etc., las cuales directa o indirectamente eran incorporadas al derecho canónico. Existieron numerosas recopilaciones o colecciones de normas canónicas<sup>448</sup>, destacándose entre ellas la realizada por Dionisio el Exiguo (siglo VI), la cual por su gran utilidad obtuvo carácter oficial en el siglo VIII al ser actualizada por orden del papa Adriano I, adquiriendo aún mayor prestigio mediante su posterior entrega a Carlomagno<sup>449</sup>.

<sup>445</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 445 a 453; Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 143 a 147.

<sup>446</sup> Eduardo Molano, citado por Jaramillo en *Ob. Cit.* Página 462.

<sup>447</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 458 y 459.

<sup>448</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 463 a 469.

<sup>449</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 465 y 466.

La normativa canónica, sin embargo, continuó proliferando. Graciano, catedrático de derecho canónico en Bolonia, quiso poner orden al caos que obstaculizaba su labor didáctica, y para ello compuso su libro *Concordantia Discordantium Canonum*, mejor conocida como *Decretum Gratiani* o Decreto de Graciano, que comenzó a tener fama alrededor de 1040<sup>450</sup>. Siguieron otras compilaciones privadas y oficiales<sup>451</sup>, hasta que en 1234 se publican las Decretales de Gregorio IX<sup>452</sup>, realizada bajo encargo oficial de la Iglesia por el dominico catalán san Raymundo de Peñafort. Su nombre se debe a que las normas y decisiones dictadas por los papas recibían el nombre general de decretales, aunque podían adoptar distintos nombres y formas según su origen y finalidad<sup>453</sup>. Luego se añadieron otras colecciones, principalmente las siguientes:

- *Liber sextus*<sup>454</sup> (1297), que incluye decretales de Bonifacio VIII y un libro de 88 reglas fundamentales.
- *Clementinas*<sup>455</sup> (1317), compilación de cánones del papa Clemente V.
- *Extravagantes*<sup>456</sup>, así llamadas por contener cánones que ‘vagaban fuera’ de las compilaciones preexistentes. Se hizo una colección de Extravagantes de Juan XXII, y otra llamada de Extravagantes Comunes (Urbano IV, Martín IV, Sixto IV, et al.).

En 1500 se realiza la primera edición del *Corpus Iuris Canonici*, integrado por el Decreto de Graciano, las Decretales de Gregorio IX, el *Liber Sextus* de Bonifacio VIII, las Clementinas o *Liber Septimus* de Clemente V, las Extravagantes de Juan XII y las Extravagantes Comunes<sup>457</sup>. Las normas posteriores, como las emanadas del Concilio Tridentino entre 1545 y 1563 nunca formaron parte oficial del *Corpus Iuris Canonici*, aunque se publicaban conjuntamente en ediciones especiales del mismo, al igual que sucedió con recopilaciones posteriores tales como el *Magnum Bullarium Romanum* (1733 – 1762) y su *Continuatio* (1835 – 1857)<sup>458</sup>. El movimiento codificador finalmente influyó en la Iglesia culminando con la promulgación del primer Código de Derecho Canónico por Benedicto XV en 1917, posteriormente sustituido por el Código de Derecho Canónico vigente en nuestros días, promulgado en 1983 por el papa Juan Pablo II<sup>459</sup>, sin perjuicio de que los papas continúan emitiendo normas canónicas mediante otros documentos, además de que siguen existiendo ordenamientos canónicos particulares dictados por los obispos y otras autoridades eclesiásticas dentro de sus respectivas jurisdicciones.

Desde el Renacimiento (en el sentido de la etapa histórica así llamada, que abarca aproximadamente los siglos XV al XVII, y que no debe confundirse con el ‘renacimiento’ de la cultura jurídica en la Edad Media del cual estamos tratando en la presente sección), la influencia del derecho canónico fue decayendo por dos motivos principales: uno religioso y otro político. En

<sup>450</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 480 a 491.

<sup>451</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 491 a 493.

<sup>452</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 493 a 498.

<sup>453</sup> Véase sobre este tema: Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 469 a 474.

<sup>454</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 498 a 500. Su nombre se debe a que era considerada la prolongación de la colección de las Decretales de Gregorio IX, que estaba subdividido en cinco libros.

<sup>455</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 500 y 501. También se le llamó *Liber septimus*, por el motivo indicado en la nota anterior.

<sup>456</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 501 y 501.

<sup>457</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 502 a 506.

<sup>458</sup> Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 142 y 143.

<sup>459</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Página 503.

lo religioso, la Reforma protestante iniciada por Martín Lutero hace perder grandes territorios a la influencia de la Iglesia Católica y, con ello, se sustraen a la aplicación del derecho canónico. Pero más importante es el factor político ya que, incluso en territorios que conservaron la influencia del catolicismo, el Estado fue haciéndose cada vez más centralizado y con una organización más sólida, reclamando para la jurisdicción de los tribunales estatales varios asuntos que anteriormente estaban bajo la jurisdicción de la Iglesia. De tal forma que en algunos de los países que se apartaron del catolicismo se dejó de impartir el derecho canónico en las cátedras universitarias, y en países que conservaron su influencia católica, la aplicación del derecho canónico se fue relegando a asuntos eclesiásticos internos. Se redujo el interés de los estudiantes por el derecho canónico, pues éste fue perdiendo vigencia en la jurisdicción laica, civil o secular, y con ello los canonistas perdieron el contacto con los asuntos jurídicos extra-eclesiásticos, limitando enormemente la influencia del derecho canónico en el panorama más amplio del Derecho en general, pero su impacto sobre el *ius commune* era ya imborrable<sup>460</sup>.

## ii) Decretistas y decretalistas

El ambiente intelectual de las universidades medievales, y la labor compiladora de Graciano, dotaron al derecho canónico de sustantividad y unidad, separándolo de la teología y organizando su normativa de tal forma que se pudiera estudiar con mayor independencia y profesionalidad. Importante fue también que el derecho canónico se vio siempre como un derecho en desarrollo y evolución, contrario al carácter estático con que se miraba al derecho romano, si bien no puede negarse que también éste se usó como fuente de avances jurídicos mediante su reinterpretación y adaptación<sup>461</sup>.

Como ya se dijo, la escuela medieval de los canonistas se subdivide en dos<sup>462</sup>:

- **Decretistas:** florecen durante el siglo XII y comienzos del XIII. Deben su nombre al hecho de que se dedicaron al estudio del Decreto de Graciano. Entre sus exponentes destacan Paucapalea, Bandinelli (posteriormente papa Alejandro III), Juan Sémeca el Teutónico, Alberto Beneventano, Bartolomé de Brescia, et al.
- **Decretalistas:** de los siglos XIII y XIV, así llamados por haberse dedicado principalmente al estudio de las decretales. Destacan Bernardo de Botono, Vicente de España, Sinibaldo Fiesco, Guillermo Durantes, Juan Andrés, et al. Entre ellos también puede ubicarse a Baldo de Ubaldis.

Los canonistas no desarrollaron una metodología propia, sino que adoptaron las de otras escuelas, como los glosadores y la escolástica, de donde se desprende que también utilizaron los géneros literarios empleados por los estudiosos del derecho civil, como la glosa, el comentario, y otros ya mencionados<sup>463</sup>. Las características primordiales de los canonistas consisten en que adoptaron la técnica jurídica y la metodología propias del derecho civil de su época, siendo el derecho canónico más flexible y acomodable a las situaciones cambiantes del mundo debido en parte a la mayor facilidad de legislar en la esfera eclesiástica en virtud del amplio poder asignado al papa y los concilios. Tuvieron un mayor contacto con los problemas de la población, lo cual permitió

<sup>460</sup> Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 148 y 149.

<sup>461</sup> Cfr. Jaramillo. *Ob. Cit.* Páginas 474 a 479.

<sup>462</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 506 a 508.

<sup>463</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 508 a 513.

que formularan figuras de carácter moralizador y humanístico. El derecho canónico se formuló como un derecho de aplicación más general y universal, de carácter supranacional por aplicarse en las diversas naciones cristianas, con marcado acercamiento al derecho civil, si bien teniendo su propio carácter altamente especializado<sup>464</sup>.

Entre los fundamentales aportes y méritos de los canonistas puede mencionarse el hecho de que separaron con claridad la teología del derecho canónico, dándole además un peculiar 'status' académico a la ciencia canonista; si bien dicha separación no puede ser absoluta, por el obvio motivo de que el derecho canónico es propio de una sociedad religiosa como lo es la Iglesia Católica, sí existe la debida separación medular en cuanto al carácter propiamente jurídico de su derecho. También los canonistas contribuyeron a erradicar la dispersión e inconexión de la normativa canónica, además conciliando numerosas contradicciones que databan de la época antigua. Favorecieron la elaboración de normas y preceptos de proyección global y vigencia general. Su labor robusteció la autoridad papal y eclesiástica. Contribuyeron significativamente a la humanización de diversas instituciones de origen romano, y al enriquecimiento del contenido y la estructura de varias disciplinas jurídicas, especialmente de derecho privado<sup>465</sup>, donde pueden apreciarse varias contribuciones de carácter individual, es decir, enfocadas a concretas instituciones y figuras<sup>466</sup>.

#### f) El *Ius Commune*<sup>467</sup>

Como ya se ha apuntado con anterioridad, los derechos romano y canónico coexistieron durante la Edad Media y se influyeron mutuamente, por diversos motivos, entre los que puede mencionarse el hecho de que, desde los orígenes boloñeses tanto de la escuela de los glosadores como de los canonistas, los estudiosos de cada uno de ambos derechos tuvieron contacto a nivel académico, e incluso hubo varios de ellos que se dedicaron al estudio y cultivo *utriusque iuris*. Además, la Iglesia aplicaba el derecho romano como derecho supletorio dentro de la propia esfera canónica.

Sin embargo, hubo también tensiones entre el derecho romano y canónico, en parte motivadas por el hecho de que la normativa canónica había absorbido elementos de derecho germánico. El derecho canónico, además, daba más relevancia a la moral y a la superioridad del derecho natural. Sin embargo, "como regla general se puede decir que romanistas y canonistas lograron colaborar creativamente"<sup>468</sup>.

Con esta colaboración entre los derechos romano y canónico se conformó el *ius commune* o derecho común, substrato jurídico general de Europa occidental, que se aplicaba en ausencia de norma legislada o local-consuetudinaria que mereciera preferencia. Un factor coadyuvante de esto fue el hecho de que en las universidades se enseñaran únicamente estos dos derechos, ya que la enseñanza de los derechos locales se inició hasta en el siglo XVIII.

El derecho común se configura unas veces mediante la continuación de tendencias que ya estaban presentes en el derecho justiniano, y otras veces con aportaciones e innovaciones completamente nuevas, aunque siempre tratando de mantener un contacto con los textos del *Corpus Iuris Civilis*

<sup>464</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 513 a 522.

<sup>465</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 522 a 531.

<sup>466</sup> Véase *Ibid.* Páginas 531 a 552.

<sup>467</sup> Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 139 a 149, 157 a 178.

<sup>468</sup> *Ibid.* Página 145.

por lo menos en la forma aunque no así en el fondo. El derecho romano clásico, adaptado e incorporado a la compilación justiniana, había sido un derecho casuístico, pero ya los juristas medievales empiezan a formular teorías globales a partir de los datos casuísticos y dispersos (y a veces contradictorios) del *Corpus Iuris*. El *ius commune* también se caracteriza porque el derecho romano empieza a circunscribir su influencia predominantemente al área del derecho privado, no así al derecho público, derecho penal, etc.

Para ofrecer solamente algunos ejemplos, entre muchísimos que podrían citarse<sup>469</sup>, a título someramente ilustrativo y de ningún modo exhaustivo o profundo, puede mencionarse que hubo, entre otros avances, logros importantes en materia de contratos: bajo influencia del derecho canónico, llega a considerarse que todo pacto produce acción, es decir, que todo contrato es susceptible de tutela jurídica y judicial, en contraposición a la distinción entre pactos nudos y vestidos que existía en el derecho romano. Sin embargo, para atenuar esto, se desarrolló también la teoría del *rebus sic stantibus* y de la causa en los contratos, todo ello englobado dentro de la tendencia hacia la formulación de teorías generales del contrato, en sustitución de la tipicidad que había caracterizado al derecho romano. Además, los estudios en materia de conflictos de sistemas jurídicos, iniciados por los glosadores, se convirtieron en un importante precedente del actual Derecho Internacional Privado. Quizás sea el matrimonio la institución en que, hasta la fecha, perdura más marcadamente la influencia del derecho canónico.

En este punto debe señalarse, además, que por la conjugación entre derecho y acción (*ius* y *actio*) que se dio en el derecho romano, al referirnos al derecho romano privado se incluye también, en principio, el derecho procesal, aunque en la actualidad esta rama se considera de derecho público, distinción que precisamente hunde sus raíces en la ciencia jurídica medieval. Al respecto, la influencia del derecho canónico fue muy grande en el ámbito procesal, que desde la caída del Imperio Romano se había visto severamente dañado por la introducción de características primitivas germánicas, como las ordalías. Se creó una teoría y práctica general del derecho procesal, a la vez que se empieza a sustituir el sistema romano de la particularidad de la acción hacia el sistema moderno de acciones generales, perfilándose mejor la distinción entre derecho sustantivo (material) y adjetivo (procesal).

Es importante señalar que también durante la Edad Media empieza a configurarse como rama jurídica autónoma el derecho mercantil, bajo la presión de los gremios de comerciantes que buscaban normas propias, más adaptadas a las necesidades pragmáticas propias del tráfico comercial. Por tanto, el derecho mercantil surge en gran medida como un refugio contra la lentitud, arbitrariedad y complicaciones que a veces acompañaba la aplicación del derecho tanto local como común. Aún así, las bases del derecho mercantil (especialmente de su sistema de contratos y obligaciones) proceden del derecho romano, pero desde el siglo XVI la literatura iusmercantilista se aleja cada vez más del derecho romano. Otro factor relevante en el alejamiento entre el derecho mercantil, por un lado, y por otro el derecho romano o común, es el hecho de que la jurisdicción mercantil era ejercida frecuentemente por jueces laicos, utilizando aquí la palabra 'laico' no como distinción ante un clérigo o religioso, sino ante un jurista profesional: es decir, puede hablarse de un jurista 'laico' por el hecho de no ser monje o sacerdote, pero también se habla de jueces 'laicos' por el hecho de no tener estos formación jurídica profesional.

---

<sup>469</sup> Para ampliar el tema, refiérase el lector, entre otros, a las páginas de Ob. Cit. de Jaramillo referentes a los aportes individuales de las escuelas de glosadores, comentaristas y canonistas (ya enumeradas en notas al pie de las correspondientes páginas anteriores), así como a las páginas 159 a 178 de Ob. Cit. Margadant.



### 3. La recepción del Derecho Romano

Cuando se habla de la recepción del Derecho Romano en Europa occidental, debe tenerse en cuenta que se trata del derecho justiniano, pues el énfasis sobre el derecho romano clásico sólo se produce hasta después de la etapa medieval. Asimismo, es un derecho justiniano al que se añadieron las interpretaciones y adaptaciones de los juristas medievales (glosadores, comentaristas), así como compenetrado con el derecho canónico<sup>470</sup>.

Otro aspecto relevante que debe guardarse en mente es que la recepción del Derecho Romano se operó de modos distintos entre las diversas regiones de Europa, en virtud de las distintas circunstancias presentes a lo largo del espacio y el tiempo<sup>471</sup>. Así, en algunas partes la recepción se operó con mayor o menor intensidad, en unas se mezcló en mayor o menor grado con las costumbres y derechos locales, en algunas regiones se vio más influida la recepción por una u otra corriente intelectual o académica, en algunas partes el impacto de la recepción tuvo un posterior retroceso, etc., de tal modo que no es posible hablar de la recepción como un fenómeno uniforme, parejo y ‘monolítico’<sup>472</sup>. Al mismo tiempo, el enfoque panorámico de la presente obra hace necesario que nos abstengamos de exponer con cierto detalle las características de la recepción en regiones concretas, limitándonos a delinear sus rasgos generales, mencionando algunos aspectos relevantes, desde luego pudiendo el lector encontrar una exposición más detallada y de sustento investigativo por mucho superior en las obras que sirven de base a nuestro estudio, y que a su vez refieren a otros textos.

El alcance y contenido del concepto de recepción es discutible, pues hay quienes consideran que dentro de él debe entenderse únicamente abarcado el contenido de normas de derecho positivo o vigente, y no de métodos científico-jurídicos extranjeros, a la vez que debe distinguirse entre la recepción y la imposición de un derecho, producto de conquista o colonización<sup>473</sup>. Para los profesores Bernal y Ledesma, “se puede decir que la recepción de un derecho es la aceptación de ese sistema jurídico que se produce mediante un proceso de adaptación del pueblo que lo recibe”<sup>474</sup>. La recepción del Derecho Romano en Europa occidental comienza durante la Edad Media, prolongándose hacia siglos posteriores. Como ya hemos dicho, entre los factores principales de la recepción se encuentran la difusión de las escuelas jurídicas medievales, el *Ius Commune* y la jurisdicción eclesiástica; sin embargo, también hubo recepciones que fueron producto de corrientes posteriores, como la pandectística alemana del siglo XIX. En consecuencia, la recepción no sólo se operó en distintos momentos de una región a otra, sino además fue diferente el tipo e intensidad del influjo que el Derecho Romano alcanzó, según de dónde se origine la recepción, y los factores influyentes propios de cada región.

Para Margadant, la “segunda vida del Derecho Romano” concluye en distintas fechas para cada país, en “aquel momento en que, en cada uno de los países, activos en esta ‘segunda vida’, el derecho justiniano retrocede del escenario del derecho vigente. En algunas partes esto sucedió por la victoriosa competencia del derecho anglosajón (...), pero en la mayoría de los casos, por la promulgación de una codificación que, aunque contenga a menudo muchos elementos de derecho

<sup>470</sup> Cfr. Margadant. Ob. Cit. Página 147.

<sup>471</sup> Sobre los factores que propician y aceleran, u obstaculizan y retardan la recepción, véase: Bernal y Ledesma. Ob. Cit. páginas 274 y 275.

<sup>472</sup> Cfr. Margadant. Ob. Cit. página 182.

<sup>473</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. Ob. Cit. Páginas 273, 276 y 277; Margadant. Ob. Cit. Páginas 181 y 182.

<sup>474</sup> Bernal y Ledesma. Ob. Cit. página 273.

romano, ya es derecho legislado nacional, interpretado a la luz de nuevos principios y constantemente a la merced de la inspiración innovadora por parte de los legisladores. Desde luego, existen casos híbridos...<sup>475</sup>. Incluso, podría hablarse de una distinción entre lo que sería el período de recepción propiamente dicho, y etapas posteriores en que el Derecho Romano, una vez recibido, sirve de apoyo para la labor de juristas locales.

Además, para nuestro concreto ámbito geográfico es menester tomar en cuenta que la recepción del Derecho Romano a su vez vino ‘filtrada’ mediante nuestra correspondiente recepción del derecho español y la configuración del llamado derecho indiano (derecho legislado para las Indias, no derecho indígena), a la vez de que también desde la época colonial se estudió directamente el derecho romano, justiniano y medieval, en nuestros países<sup>476</sup> (tema al que dedicaremos una sección más adelante). Por eso, se habla de la “recepción de primer grado, que se da cuando directamente el derecho o material cultural en cuestión se arraiga y difunde”<sup>477</sup>, y la “recepción de segundo o ulterior grado, cuando algún vehículo o medio de transmisión conduce al derecho a otra comunidad que aún no lo había recibido”<sup>478</sup>.

### a) Regiones poco afectadas por la recepción

#### *Países escandinavos, Suiza, Polonia y Hungría*

Entre las regiones poco afectadas por la recepción, podemos mencionar a los países escandinavos donde, a pesar de que el Derecho Romano se enseñó en universidades como la de Upsala en Suecia, tuvo poco impacto. En Dinamarca, por ejemplo, cuando por fin se promulgó un código, éste fue de carácter tradicionalmente danés, habiéndose rechazado un anterior proyecto de elaborar un código romanista. En estos países, el Derecho Romano influyó hasta después, mas no mediante los juristas medievales, sino a través de la pandectística. Por su parte, Suiza se mantuvo al margen de la recepción romanista, a veces de modo conciente, aunque en algunas de sus regiones sí tuvo impacto el Derecho Romano, pero sin pasar de un ‘barniz terminológico’. De igual forma, el impacto iusromanista en la Edad Media fue mínimo en los países bálticos, en Polonia y Hungría. En Hungría hubo una débil recepción en el siglo XIX por la influencia en las universidades de los juristas alemanes. En Rusia continuó prevaleciendo el derecho autóctono, a pesar de la gran influencia bizantina que recibió<sup>479</sup>.

#### *Inglaterra*

Inglaterra es un caso muy especial e interesante, de relevancia no sólo en el contexto de la recepción, sino también como base para el derecho comparado, ya que en ella nace el otro gran sistema jurídico de occidente. Por eso, al abordar este tema, cabe mencionar que en torno a la existencia de, por un lado, el derecho anglosajón y, por otro, el derecho civil o civilista<sup>480</sup>, existen

<sup>475</sup> Margadant. *Ob. Cit.* Página 26.

<sup>476</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 225 y 226.

<sup>477</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 275.

<sup>478</sup> *Ibid.* Página 276.

<sup>479</sup> Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* páginas 184 a 186.

<sup>480</sup> Incluso las denominaciones que se aplican a ambos sistemas jurídicos constituyen inexactitudes que dan lugar a confusión ya que, al llamar *common law* al derecho anglosajón, se está haciendo referencia únicamente a una parte o aspecto del antiguo derecho inglés, que se conforma además por la *equity* y las leyes. A su vez, la denominación de *civil law* para designar a los derechos neo-romanistas da lugar a confusión con ‘derecho civil’, que es sólo una de las múltiples ramas que conforman la familia neo-romanista. Asimismo, tampoco resulta adecuado llamarle ‘derecho continental’, pues dicho término no toma en cuenta el neo-romanismo latinoamericano, ni tampoco la influencia de

varias nociones generalizadas, pero equivocadas: por ejemplo, el pensar que constituyen dos sistemas totalmente distintos e incompatibles, idea con frecuencia repetida por estudiantes, así como por algunos autores<sup>481</sup>. Incluso, hay quienes identifican el derecho anglosajón con el derecho consuetudinario, lo cual es inexacto dado que el derecho anglosajón es más bien un sistema de precedente judicial, que se diferencia en muchos aspectos del derecho consuetudinario propiamente dicho, a la vez que también en él existen normas legisladas. A su vez, algunos identifican el derecho civil o civilista con el positivismo jurídico, lo cual también es una equivocación. Tales inexactitudes y errores serán discutidos con más detenimiento en ulteriores partes del presente estudio, pero baste tomar este momento para señalar que “el panorama es mucho más variado de lo que cabe dentro de la popular dicotomía”<sup>482</sup>, y que el estudiante de Derecho debe conocer su propia ciencia de tal forma que esté a salvo de las confusiones al respecto con que pueda encontrarse.

La formación del derecho inglés en la Edad Media tiene como punto importante la fase desde Enrique II (1154-1189) hasta Eduardo I (1272-1307), período en el cual se comienzan a estructurar los tribunales de tal forma que permite la elaboración del derecho común por encima de los derechos consuetudinarios locales, a la vez que se organiza la formación extrauniversitaria de los juristas en los *Inns of Court*. Antes de Enrique II se da un brote de enseñanza romanista en Oxford y Canterbury, cuya figura principal es un glosador italiano, Vacario, quien inicia su labor didáctica en 1149. Vacario escribió el *Liber Pauperum*, antología de textos justinianos con sus respectivas glosas, para ser utilizado por sus alumnos. El gremio de juristas del *common law* se opuso a la enseñanza del Derecho Romano, y el rey Esteban prohibió a Vacario que siguiera enseñándolo, pero la violencia de dicha crisis anti-romanista ha sido exagerada por algunos autores, ya que incluso una generación después se seguía enseñando el Derecho Romano en Exeter, Oxford y probablemente Northampton. En tiempos de Enrique II muchos ingleses estudiaron derecho romano y canónico en Bolonia. En el siglo XIII los notarios ingleses empezaron a formar organizaciones gremiales, pero no se les permitió litigar en los tribunales del *common law*, donde los gremios de abogados tenían establecido su monopolio, pero sí litigaban ante tribunales canónicos, por lo que su contacto con el derecho canónico y romano se manifestó en la práctica notarial. Los juristas ingleses Bracton y Glanville citaron libremente textos justinianos en sus obras. Enrique III nuevamente prohibió, en 1234, la enseñanza del Derecho Romano; sin embargo, como sólo la prohibió en Londres, es posible que la medida no haya sido producto de una oposición al Derecho Romano, sino más bien para proteger la enseñanza del mismo en Oxford contra un posible éxodo de sus mejores profesores hacia Londres. Asimismo,

---

derechos no-romanos en el continente europeo. Asimismo, es posible encontrar muchos paralelismos entre el llamado derecho anglosajón y el derecho romano clásico. (Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* página 240).

Más lamentable aún es la tendencia que hace equivaler derecho civilista o continental con positivismo jurídico ya que, si bien es cierto que el positivismo tuvo influencia en la conformación actual de este sistema jurídico, especialmente en el movimiento codificador, también lo es, por ejemplo, que las codificaciones fueron en buena medida producto del iusnaturalismo racionalista, además de otros factores más decisivos que hacen errónea la identificación antes mencionada. Estos temas serán abordados ampliamente en posteriores capítulos, pero baste en este punto advertir al lector sobre los errores que podrá encontrar en el discurso de personas no versadas directa o adecuadamente en la historia y ciencia del Derecho, cuya asimilación y aceptación puede llevar hacia una malsana apreciación de un sistema jurídico que, más allá de influencias nocivas que puede recibir en su conformación y aplicación práctica, sigue participando de una tradición jurídica milenaria que precisamente un estudio a conciencia del Derecho Romano y la historia del Derecho pueden contribuir a revelar en su más profundo potencial de lozanía y esplendor.

<sup>481</sup> Cfr. *Ibid.* Página 239.

<sup>482</sup> *Ibid.* Página 239.

en el siglo XIV empieza a formarse la rama de la *equity* para flexibilizar el *common law*, y en ella se ha reconocido siempre cierta influencia romanista<sup>483</sup>.

La recepción del Derecho Romano en Inglaterra fue de intensidad mínima, pero aún así más fuerte que en los países escandinavos. Entre los factores que contribuyeron a esto se encuentra la firme organización de los tribunales ingleses, y la presión de los gremios de abogados ingleses, quienes además se encargaron de la formación de nuevos juristas. Asimismo, el interés de los señores feudales de no cambiar sistemas, además de su desconfianza del contenido promonárquico del derecho romano, tan aprovechado por muchas monarquías absolutas. También la situación geográfica de Inglaterra contribuyó a hacer más difícil que a ella llegaran las influencias de las universidades continentales. Ya en pleno Renacimiento, Enrique VIII impulsó la recepción del Derecho Romano según la tendencia continental, pero la resistencia gremial provocó que solamente lograra establecer las *Regius Chairs of Civil Law* en Oxford y Cambridge, que aún existen. De estas cátedras surgieron estudiosos ingleses del Derecho Romano que tuvieron gran desempeño principalmente en materia eclesiástica, mercantil y diplomática. Su prestigio y posición se vio debilitado luego del siglo XVII, por motivo de haberse puesto del lado del rey en el conflicto entre la Corona y el Parlamento que vivió Inglaterra en esa época. Las *Regius Chairs*, a decir de Margadant, siempre han sido eslabón entre la cultura romanista del continente y la intelectualidad inglesa<sup>484</sup>.

### *Escocia*

Escocia recibió el Derecho Romano mediante su canalización a través de la jurisdicción eclesiástica, pero también debido al hecho de que muchos escoceses estudiaron en el extranjero, y prefirieron estudiar en el continente que en Inglaterra. La enseñanza del Derecho Romano en Escocia no había tenido mucho éxito en organizarse, por lo que se iban a estudiar a Bolonia y Pisa, posteriormente a Francia y Leiden. El interés de los escoceses por el Derecho Romano también se vio favorecido por el hecho de que, en 1567, por la Reforma protestante se eliminó el derecho canónico del derecho común escocés. En el siglo XVI empieza a decaer la influencia romanista en Escocia debido al auge de reportes judiciales y legislación. Desde 1750 se hizo necesario aprobar un examen de derecho escocés para ejercer la abogacía, con lo que disminuye aún más el interés por el Derecho Romano, el cual sigue estando presente en la enseñanza universitaria, pero no así en la vida forense escocesa<sup>485</sup>.

### **b) Recepción con cierta profundidad**

#### *Holanda y sus territorios: el derecho romano-holandés*

En Holanda, el Derecho Romano también hizo su ingreso mediante los tribunales eclesiásticos y el Alto Consejo de Mechelen, Suprema Corte de la región de los Países Bajos, establecida en 1473. En 1573 se fundó la Universidad de Leiden, y en 1571, luego de la masacre de la noche de San Bartolomé, muchos intelectuales protestantes franceses huyeron hacia los Países Bajos, lo cual contribuyó a que se trasladara ahí la corriente del *Mos Gallicus*. Holanda sufrió varias transformaciones políticas en su territorio, desde conformar una unidad con la actual Bélgica, estando ambas durante un tiempo bajo dominio español, hasta configurarse en lo que actualmente

<sup>483</sup> Cfr. *Ibid.* Página 243.

<sup>484</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 243 a 247.

<sup>485</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 269 a 273.

se conoce como Holanda, territorio que, a su vez, estaba subdividido en regiones con costumbres jurídicas distintas, lo cual tuvo su influencia en el desarrollo del derecho romano-holandés, que surgió al conjugarse la influencia del Derecho Romano con los derechos autóctonos de las provincias que conformaban los Países Bajos, y posteriormente sería vehículo para la recepción romanista en países como Sudáfrica, Sri Lanka, Guayana, e incluso en el estado de Nueva York (Nuevo Ámsterdam, colonizado por los holandeses desde 1638 hasta que en 1674 fue trasladado definitivamente a Inglaterra)<sup>486</sup>. En Holanda surgió la escuela denominada *iurisprudentia elegans*, ‘hija’ del *mos gallicus*, lo cual provocó que algunos aspectos del derecho romano-holandés sean de inspiración pre-justiniana o clásica, ya que el *mos gallicus* se había caracterizado por ampliar su ámbito de análisis más allá de la compilación justiniana hacia otras fuentes y antecedentes del Derecho Romano. La *iurisprudentia elegans* se caracterizó por mezclar la erudición del *mos gallicus* con una tendencia más pragmática enfocada hacia los temas de la realidad jurídica y forense de su entorno<sup>487</sup>.

### **Francia**

En cuanto a Francia, en el sur se aplicaba sin restricciones el *Ius Commune* como derecho supletorio, y en el norte, los derechos consuetudinarios locales, de índole germánica, fueron interpretados frecuentemente con sentido romanista. Sin embargo, la corona francesa, motivada por su desconfianza hacia el derecho romano ‘imperial’, desde 1454 promovió la redacción de los derechos consuetudinarios locales para frenar su romanización, dando lugar a la promulgación de las *coutumes* de Bretaña, Normandía, Orleáns, Bourbonnais, Turena, Auxerre, Chaulny, etc., y la más importante, la *coutume* de París (primero en 1510, con versión definitiva de 1582)<sup>488</sup>.

### **Italia**

En Italia se aplicó el *Ius Commune* y, a pesar de la creciente ola de derechos locales y gremiales que se fueron promulgando, la práctica seguía nutriéndose con los estudiantes de las universidades italianas, imbuidos del Derecho Romano. Desde el siglo XVI, en la literatura jurídica tanto de Italia como de España y Francia aumenta la publicación de dictámenes y sentencias, por lo que la literatura profesoral va cediendo lugar a la literatura emanada de la práctica, en la que el elemento romanista se mezcla cada vez más con los derechos locales de las diversas regiones italianas y con iusnaturalismo. En el siglo XVII empieza a opacarse la literatura del llamado *mos italicus*, nombre aplicado al Derecho Romano basado en las interpretaciones de las escuelas medievales (especialmente de los comentaristas). El Derecho Romano ejerce un papel secundario en la doctrina del derecho mercantil, en principio una rama ajena a él, lo cual no fue obstáculo para que algunos autores lo trataran con espíritu romanista (por ejemplo, el mismo Baldo había estudiado con éxito la letra de cambio), aunque esta tendencia va palideciendo hasta llegar a la época de las codificaciones. También existió literatura de sentido romanista en el derecho penal, aunque algunos especialistas consideran esto más bien como un defecto, hasta que el marqués César de Beccaria inaugura, con su obra ‘Sobre los delitos y las penas’, la corriente del derecho penal clásico, imbuida de iusnaturalismo, la cual “no reconoce al iusromanismo como su progenitor”<sup>489 490</sup>.

<sup>486</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 341 a 356.

<sup>487</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 251 a 266.

<sup>488</sup> Cfr. *Ibid.* Página 186.

<sup>489</sup> *Ibid.* Página 232.

<sup>490</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 229 a 232.

## *Alemania*

Alemania en la Edad Media era “un mosaico de munditos políticos y culturales a menudo de cuna muy individual”<sup>491</sup>, con abundantes costumbres germánicas y feudales que, sin embargo, no contaron con fuerzas protectoras o unificadoras (como había sucedido en Francia o Inglaterra), lo cual favoreció el influjo del *Ius Commune*. De gran importancia para la influencia del Derecho Romano en Alemania fue la institución por parte del emperador Maximiliano del supremo tribunal del *Reich*, el *Reichskammergericht*, en 1495: de sus dieciséis integrantes, ocho debían ser Doctores en Derecho (es decir, imbuidos de enseñanzas iusromanistas) y los otros ocho personas de la nobleza, alejadas de la práctica jurídica diaria y, por ende, de las costumbres germánicas, las cuales sólo debían regir si eran razonables y estrictamente aplicables (o sea, no se aplicaban por analogía). Otro factor relevante fue el auge de universidades alemanas (Colonia, Erfurt, Rostock, Greifswald, etc.), que provocó una gran afluencia de jóvenes hacia los estudios jurídicos. En consecuencia, los jueces laicos fueron sustituidos gradualmente por jueces letrados; incluso en lugares donde los jueces siguieron siendo laicos, ante ellos litigaban abogados con formación romanista, los jueces pedían asesoría a las Facultades de Derecho, y se ajustaban a lo que iba siendo dictaminado por los jueces de apelación. Todo ello conllevó el predominio de la influencia romanista sobre la tradición germánica. La romanización del sistema procesal alemán se vio también coadyuvada por el *Klagspiegel* y el *Laienspiegel*, obras escritas para la práctica forense por juristas conocedores del derecho romano medieval. Sin embargo, debemos recordar que, como se dijo al principio, Alemania no fue ‘homogénea’ sino hasta después de Bismarck, por lo que la recepción fue de distintas intensidades en diferentes partes de Alemania<sup>492</sup>.

## *España y las Indias*

En España se dio la influencia del Derecho Romano mediante sus universidades medievales, como Salamanca y Palencia, aunque ya desde antes de su florecimiento se había dado la influencia directa del *Corpus Iuris* y otras obras romanistas mediante la promulgación de los fueros de Jaime I en Valencia. A mediados del siglo XIII, el rey Alfonso el Sabio de Castilla hizo compilar las Siete Partidas, con marcada influencia de la escuela de los glosadores. Aunque inicialmente las Siete Partidas carecieron de fuerza obligatoria, fueron tomadas muy en cuenta en la práctica jurídica. En 1348 fueron declaradas como derecho supletorio para León y Castilla por el Ordenamiento de Alcalá de Henares, rango confirmado por las Leyes de Toro (1505), la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805). Su importancia creció durante el Renacimiento, con las famosas glosas de Gregorio López, de índole romanista. En América las Siete Partidas fueron incluso más importantes que en España, dado que en el Nuevo Continente no tenían que ‘competir’ con derechos locales. El derecho justinianeo fue reconocido como supletorio en Navarra, Cataluña y Valencia, mas no en Aragón. Por otro lado, en España se utilizó la doctrina de los glosadores, comentaristas y canonistas para la práctica jurídica y, si bien se admitía como derecho supletorio las Siete Partidas, ello no conllevaba formalmente una admisión del *Corpus Iuris* y sus comentarios, por lo que el rey Juan II de Castilla, en 1427, limitó el uso que en la práctica podía darse a la doctrina del *Ius Commune*, estableciendo que sólo podía citarse a Bártolo y los juristas anteriores a él (derecho civil) y a Juan Andrés y los canonistas anteriores a él (derecho canónico). En 1499, se limitó a sólo dos romanistas (Bártolo y Baldo) y dos canonistas (Juan Andrés y el Panormitano). Las Leyes de Toro prohibieron expresamente la aplicación del Derecho Romano, pero éste siguió utilizándose en la práctica como derecho

---

<sup>491</sup> *Ibid.* Página 187.

<sup>492</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 187 a 190.

supletorio, y siguió teniendo influencia mediante las glosas de Gregorio López a las Siete Partidas, que en la práctica no se limitaron a ser meramente un derecho supletorio en caso de silencio de los derechos forales. En las Indias españolas, desde la fundación de sus primeras universidades (México, Lima, Guatemala), se enseñaban ambos derechos (civil y canónico), con el Derecho Romano enseñado a la manera medieval, es decir, mediante la exégesis de los textos del *Corpus Iuris Civilis*, además de que el derecho privado se inspiraba en el derecho castellano, y que en América, como se apuntó anteriormente, las Siete Partidas (y sus glosas por Gregorio López) tuvieron incluso más importancia que en España. En materia de derecho privado, hubo autores latinoamericanos cuyas obras alcanzaron amplia difusión en España, entre ellos el guatemalteco José María Álvarez, con sus ‘Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias’<sup>493</sup>.

### c) Fuerzas adversas a la recepción

Entre las fuerzas adversas a la recepción, puede mencionarse el fortalecimiento de los derechos locales promovido por los reyes de Francia, la defensa de las tradiciones jurídicas anglosajonas y danesas en Inglaterra y Dinamarca, así como la influencia de ideas contrarias no sólo al derecho romano sino al derecho en general que se dieron hacia finales de la Edad Media: se llegó a afirmar que “un buen cristiano que se respete, debe abstenerse de labores jurídicas”, actitud que repercute en algunos escritos de Martín Lutero, y la idea de que Europa, como territorio cristiano, debería aceptar la vigencia del derecho dictado por Moisés<sup>494</sup>.

## 4. La Edad Moderna

Con el nombre de Edad Moderna se designa el período de tiempo comprendido entre los siglos XV y XVIII. Inicia con el Renacimiento, nombre con que se designa “al aspecto cultural de los siglos XV y XVI, caracterizado principalmente por el ‘re-nacer’ de la cultura greco-romana”<sup>495</sup>, y concluye con la Revolución Francesa, ocurrida en 1789, acontecimiento que los historiadores toman como punto de partida para una nueva etapa conocida como Edad Contemporánea.

El Renacimiento se caracterizó por el movimiento intelectual conocido como Humanismo, que tenía como centro de interés al hombre, en contraposición a la cultura teocéntrica de la Edad Media, que tenía como centro a Dios, y en la que la teología había ocupado un lugar primordial en el quehacer intelectual<sup>496</sup>. La caída de Constantinopla en manos de los turcos en 1453 provoca la huída a Europa de muchos intelectuales bizantinos, que difunden el conocimiento del idioma griego y de los textos originales de la filosofía griega: ya en la Edad Media se había conocido en Europa la obra de Platón y Aristóteles, pero a través de comentarios y derivaciones, pues el desconocimiento del idioma griego complicaba la difusión de sus textos. Es así como el humanismo se entusiasma por el arte y la cultura de la antigua Grecia y Roma<sup>497</sup>.

El humanismo surge, en parte, como una reacción ante la decadencia de la filosofía escolástica, así como ante la despreocupación formal literaria y estética de los autores medievales. De este nuevo ambiente intelectual surge el desprecio hacia la cultura medieval que ya hemos mencionado anteriormente al tratar sobre la Edad Media: el Renacimiento, “al lado de varias

<sup>493</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 217 a 226.

<sup>494</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 191 y 192.

<sup>495</sup> *Enciclopedia Autodidáctica Océano*. Página 1913.

<sup>496</sup> Cfr. *Ibid.*

<sup>497</sup> Cfr. Gamba, Rafael. *Historia Sencilla de la Filosofía*. Página 145.

tendencias positivas, también queda caracterizado por un rasgo negativo: su aversión emocional, a menudo excesiva, a todo lo medieval<sup>498</sup>. Sin embargo, también cabe hablar de un Renacimiento filosófico puramente cristiano, impulsado por autores que adoptaron las nuevas formas y pensamientos de la época, pero sin desligarse de la doctrina tradicional del cristianismo<sup>499</sup>.

#### a) *Mos Gallicus*: el humanismo jurídico<sup>500</sup>

En el ámbito jurídico, el humanismo se refleja en la aversión y desprecio por la obra y metodología de los glosadores y comentaristas (*mos italicus*). Se configura una nueva escuela jurídica, conocida como *mos gallicus*, cultivada principalmente por pensadores franceses, que se presenta como rival del *mos italicus*. Los centros más destacados de esta nueva escuela fueron las universidades de Bourges y Valence. Como sus iniciadores se suele señalar a Alciatus, Budaeus y Zasius, culminando con Cuyacio y Donelo.

Los humanistas reprochan a los juristas medievales no sólo su latín poco elegante, sino además su ignorancia de la historia y del entorno cultural de la antigüedad mediterránea. Así, el *mos gallicus* se ocupa en estudiar el derecho justiniano desde la perspectiva del desarrollo y contexto histórico, a la vez que se enfocan sobre el Derecho Romano Pre-clásico y Clásico, es decir, el derecho republicano y clásico-imperial, etapas que consideraban más interesantes que el período de Justiniano. Para ello se valieron del estudio de fuentes extra-jurídicas que permitieran conocer mejor el entorno y desarrollo histórico de la antigua Roma. Esto conduce a una compenetración entre el estudio de la historia y del Derecho Romano, materias que hasta la fecha son en muchas maneras inseparables, como se observa incluso en el presente estudio y las obras que nos sirven de base y referencia.

Importante contribución del humanismo jurídico para nuestra materia es su labor de crítica y reconstrucción de textos, en la cual pusieron en práctica su cultivo lingüístico, filológico e histórico, logrando no sólo restaurar y hacer ediciones más fidedignas de la compilación justiniana (“se puede decir que su ideal era el de crear un texto que hubiera sido el del *Corpus Iuris*, si Triboniano y sus colegas hubiesen trabajado con más cuidado<sup>501</sup>), sino además de textos romanos extra-jurídicos que hasta el momento no se habían atendido, tales como las obras de historiadores y pensadores antiguos (Cicerón, Tito Livio, etc.), al igual que textos jurídicos posclásicos (Breviario de Alarico, Código Teodosiano, etc.), y textos orientales posteriores a Justiniano (Basílicas, *Hexábiblos*, Paráfrasis de Teófilo, etc). Destacan las ediciones de textos justinianos realizadas por autores como Dionisio Godofredo (1583), Cuyacio (1562, 1585), Scrimgerus (1558). Como parte de este esfuerzo, tuvo gran auge en esta escuela la llamada ‘caza de interpolaciones’, que desde esa época es una de las ocupaciones específicas de la ciencia iusromanista, mediante la cual buscaban restaurar el pensamiento de los juristas romanos clásicos, librándolo de las añadiduras y deformaciones introducidas por Triboniano, a quien miraban despectivamente como un hombre de poco carácter y lacayo intelectual de Justiniano, quien a su vez no era más que un dictador a los ojos de los humanistas: más elocuente que toda explicación es el título de la obra cumbre de uno de los más destacados cazadores de interpolaciones: el *Antitribonianus* de Francisco Hotomanus (1567).

<sup>498</sup> Margadant. *Ob. Cit.* página 195.

<sup>499</sup> Cfr. Gamba. *Ob. Cit.* Páginas 144 y 148.

<sup>500</sup> Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 195 a 207.

<sup>501</sup> *Ibid.* Página 197.



También a los humanistas se debe un marcado interés por la sistematización del Derecho y sus materias, partiendo de críticas de la sistemática adoptada en la compilación justiniana. Su preocupación por la sistematización configura a esta escuela como un eslabón con el iusnaturalismo racionalista, que posteriormente dará gran impulso a la sistemática jurídica y, con ello, al movimiento codificador.

La rivalidad entre *mos gallicus* y *mos italicus* desembocó finalmente en lo que podría considerarse como el triunfo del *mos italicus* en la práctica forense, pues muchos criticaron al *mos gallicus* por ocuparse demasiado en cuestiones de erudición histórica y filológica, viendo en ello esfuerzos estériles para la aplicación práctica del Derecho, la cual se veía más favorecida por la sólida tradición doctrinal e interpretativa de los juristas medievales. Con la reforma protestante se desataron muchas persecuciones y guerras religiosas en Europa, ya que en aquel tiempo se seguía el principio de que la religión del rey o gobernante debía ser la religión de los súbditos, de tal forma que en algunos países se perseguía a quienes no tuvieran la religión del rey, sea que éste permaneciera católico o se convirtiera al protestantismo. Por este motivo, muchos intelectuales de la escuela del *mos gallicus* huyeron de Francia, refugiándose en países protestantes o de tolerancia, lo cual contribuyó a la difusión internacional de esta escuela. Sin embargo, no debe pensarse que a partir de entonces la línea divisoria entre *mos italicus* y *mos gallicus* fuera la misma que entre catolicismo y protestantismo, pues el *mos gallicus* floreció también en establecimientos católicos como las universidades de Lovaina y Douai. Otro dicente ejemplo es el mismo Cuyacio, quien permaneció católico y se mantuvo al margen de las discusiones teológicas de su época, cortando las conversaciones que gravitaban hacia cuestiones de fe con su frase “*nihil hoc ad Edictum Praetoris*” (que significa algo como “esto nada tiene que ver con el Derecho Romano” o “esto nada atañe al edicto del pretor”).

La escuela del humanismo jurídico también tuvo repercusión fuera de Francia: en Friburgo/Breisgau, Basilea, Ginebra, Pisa (caso aislado entre las universidades italianas, cuna del rival *mos italicus*), algunos partidarios en la *Regius Chair* de Oxford. Como se mencionó anteriormente al tratar de la recepción, el *mos gallicus* arraigó profundamente en Holanda, donde sus criticadas tendencias eruditas fueron exitosamente matizadas con el sentido práctico para dar lugar a la nueva escuela de la *iurisprudentia elegans*, a través de la cual se prolongó hacia Guayana, Sri Lanka (Ceilán), Escocia y Sudáfrica.

#### **b) *Usus Modernus Pandectarum***<sup>502</sup>

Con el nombre de *Usus Modernus Pandectarum* (Uso Moderno de las Pandectas) se designa a una manera actualizada de aprovechar los textos justinianos que floreció principalmente en Alemania, entre 1495 (creación del *Reichskammergericht*, hecho importante en la penetración del Derecho Romano en Alemania que se explicó anteriormente en la sección dedicada a la recepción) y 1900 (entrada en vigor del Código Civil Alemán). Sin embargo, esta corriente también se desarrolló en Italia, Francia y España. Se puede considerar esta corriente como una prolongación del *mos italicus*, aunque se caracteriza por incorporar también elementos de los derechos locales y del iusnaturalismo racionalista.

El *Usus Modernus Pandectarum* es demasiado heterogéneo como para ser considerado una ‘escuela’, y por eso se refiere a él más como ‘corriente’, ya que existe disparidad entre los

<sup>502</sup> Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* páginas 277 a 284.

elementos jurídicos autóctonos que esta prolongación del *mos italicus* fue incorporando a la práctica jurídica, como consecuencia de la diversa intensidad y formas que la recepción del Derecho Romano adoptó de región a región. Esta corriente desvía el derecho justiniano hacia el *ius hodiernum* (derecho moderno o ‘derecho de hoy en día’), resultante de elementos germánicos, normas legisladas, incluyendo normas gremiales y municipales.

Entre los autores del *Usus Modernus Pandectarum* destacan Joachim Mynsinger, Andreas Gail, Nicolás Vigelius, Hermann Vultejus, Benedict Carpzov (padre e hijo; el segundo de ellos se hizo famoso como juez por su severidad, aunque las investigaciones históricas demuestran que su dura reputación era un tanto exagerada en la *vox populi*), Matthias Berlich, Georg Adam Struve, Johann Schilter, Johann Brunneman, Samuel Stryk, David Mevius, Wolfgang Lauterbach, Johann Heinecke (Heineccius), Christian Glück, así como Gottfried Wilhelm Leibniz, célebre pensador que entre sus múltiples facetas fue también romanista y iusnaturalista. Importante, entre otras cosas, por haber realizado una nueva edición del *Corpus Iuris Civilis*, es Georg August Spangenberg.

El *Usus Modernus Pandectarum* convivió en el ambiente jurídico e intelectual con los movimientos posteriores importantes en Alemania, como la Pandectística y la Escuela Histórica, que serán tratados más adelante.

### c) El iusnaturalismo y el Derecho Romano<sup>503</sup>

En los siglos XVII y XVIII surge la corriente del iusnaturalismo o derecho natural, que en muchos aspectos se diferencia de la tradición iusnaturalista ya presente desde la antigua Grecia, Roma y la Edad Media. Por estar influido en considerable medida por la filosofía racionalista, se le denomina también iusnaturalismo racionalista, como nos hemos referido a él en menciones anteriores. El tema será abordado en un capítulo posterior del presente estudio dedicado específicamente al derecho natural, pero en esta sección expondremos algunos aspectos relevantes de su relación con el Derecho Romano.

Los pensadores del iusnaturalismo racionalista buscaban un Derecho intrínsecamente válido, aplicable a todos los pueblos y en todos los tiempos, buscando deducirlo de forma lógica y racional. Esto les condujo a ocuparse mucho de la sistematización del Derecho, a la vez que, por concebir la razón como algo independiente de las circunstancias de espacio y de tiempo, no le dieron importancia a ciencias como la historia, la sociología, etc. De ahí que más adelante este iusnaturalismo chocara con corrientes como la Escuela Histórica.

En su acercamiento al Derecho Romano, consideraron irrazonables muchas instituciones y soluciones del *Corpus Iuris*, por estar íntimamente ligadas a las circunstancias de su época. Sin embargo, algunos autores iusnaturalistas buscaron basarse en el Derecho Romano al menos en cuanto éste concordara con su idea de un derecho racional. Otros, en cambio, desechaban el Derecho Romano (tanto clásico como justiniano y medieval), a favor de investigaciones y búsquedas nuevas, partiendo únicamente de la filosofía racionalista. Se configuró de esta forma un iusnaturalismo anti-romanista o por lo menos escéptico respecto del romanismo. Otro factor que influyó en el rechazo del iusnaturalismo para el Derecho Romano fue que éste estaba basado en gran parte en la elaboración casuística, mientras que los autores del derecho natural favorecían un enfoque de formulaciones abstractas y una deducción lógico-matemática.

<sup>503</sup> Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* páginas 301 a 306.

## 5. La Edad Contemporánea

En 1789 ocurre la Revolución Francesa, hecho de indiscutible trascendencia en la historia de la humanidad, que los historiadores toman como punto de partida para una nueva sección en la división por etapas del estudio histórico.

En el plano de las ideas, la Revolución Francesa se sitúa en el marco del llamado ‘siglo de las luces’, ‘iluminismo’ o ‘Ilustración’, nombre que deriva del ideal de los movimientos intelectuales de la época que pretendían ‘iluminar’ e ‘ilustrar’ mediante la instauración en la sociedad del dominio de la razón, por encima de la autoridad y la costumbre, que los pensadores de esta corriente consideraban como propios de épocas de superstición, oscurantismo e ignorancia. Durante los siglos XVI y XVII las ideas del racionalismo y el empirismo, en sus diversas manifestaciones, habían estado confinadas a medios filosóficos y universitarios muy reducidos, pero en el siglo XVIII estas corrientes empiezan a generalizarse en ambientes cultos y aristocráticos, notablemente en la corte del rey Luis XV de Francia, manifestándose principalmente en “la crítica demoledora de los principios y supuestos teóricos en que la sociedad y la monarquía se apoyaban todavía”<sup>504</sup>. Rápidamente se va extendiendo a otros países el modelo de régimen político propugnado por la Revolución Francesa, que busca basarse exclusivamente en la razón, considerando que las leyes e instituciones anteriores eran producto de desarrollos históricos (costumbres) y principios (religiosos y morales) irracionales, incompatibles con la particular concepción de la razón que los nuevos movimientos filosóficos sostenían<sup>505</sup>. En el ámbito jurídico, estas ideas se reflejan en la tendencia de crear codificaciones y constituciones, trazadas exclusivamente a la luz de la razón.

Sin embargo, desde luego que tales aspiraciones no siempre se llegaron a cumplir con la ‘pureza’ deseada por sus más radicales impulsores, y de ahí que en algunas de las codificaciones de la época se encuentren elementos romanistas y autóctonos, si bien en muchos casos ‘filtrados’ por el juicio del racionalismo, es decir, buscando incorporarlos únicamente en cuanto fueren ‘razonables’, como se comentará más adelante. A juicio de Alfonso Brañas, al hablar sobre el Código Civil guatemalteco de 1877, producto de la Revolución Liberal que fue, en líneas generales, la versión nacional de las ideas de la Ilustración, “como ocurrió en la redacción del Código de Napoleón, las nuevas ideas políticas imperantes en la época fueron serenamente tamizadas por los autores del código [guatemalteco], dando a éste la objetividad necesaria a toda ley”<sup>506</sup>.

En los capítulos posteriores correspondientes examinaremos más detenidamente estas ideas, que tienen repercusión en áreas como el iusnaturalismo, el positivismo en general y positivismo jurídico en particular, y la epistemología; en este apartado nos referimos únicamente de modo general al entorno histórico e ideológico en que se gestó esta nueva etapa de la humanidad, y las consecuencias que esto tuvo en el ámbito jurídico propiamente en cuanto atañe al Derecho Romano.

---

<sup>504</sup> Gamba. *Ob. Cit.* Páginas 178 y 179.

<sup>505</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 178 a 184.

<sup>506</sup> Brañas. *Ob. Cit.* Página 25.

**a) El movimiento codificador<sup>507</sup>**

Ya desde mediados del siglo XVII se había iniciado la tendencia de juntar en un solo ordenamiento comprensivo todas las normas referentes a ramas concretas de la práctica jurídica, en las cuales había tenido cada vez más influjo la legislación territorial y gremial, restando aplicabilidad al *Ius Commune*.

El elemento romanista de dichos ordenamientos tuvo diversas manifestaciones, dependiendo, por un lado, del ordenamiento preexistente (hasta dónde y en qué forma había llegado en él la recepción) y, por otro, de la formación profesional de los juristas encargados de redactar las formulaciones concretas (recordemos que el movimiento codificador recibió gran influjo del iusnaturalismo racionalista, no del todo amigo del romanismo, según se explicó previamente). Mucho material proveniente del *Ius Commune* entró en los códigos, especialmente los de materia civil, pero para interpretar y aplicar estas normas ya no se consideraban propiamente como Derecho Romano sino como derecho nacional legislado, interpretable y aplicable según los principios contenidos en los mismos códigos. Sin embargo, los juristas que aplicaban estos ordenamientos en la práctica estaban de alguna manera imbuidos del Derecho Romano, el cual con frecuencia aplicaban como supletorio, “con o sin autorización expresa en tales legislaciones”<sup>508</sup>, especialmente tratándose de instituciones de clara influencia romanista. Además, si los códigos remitían, para caso de dudas, a los ‘principios generales del Derecho’, muchos juristas acudían bajo ese encabezado a la literatura del *Ius Commune*.

Aunque algunos antecedentes de la codificación se remontan hasta el Renacimiento, el movimiento codificador recibe su teoría fundamental hasta cuando el iusnaturalismo racionalista se ocupa del tema de la sistematización. Margadant expone<sup>509</sup> que la teoría general de la codificación, que debe mucho al pensador inglés Jeremy Bentham, puede resumirse en los siguientes principios:

- Evitar el casuismo, conteniendo definiciones breves de sus instituciones, y la mínima cantidad necesaria de reglas concisas sobre el funcionamiento e interrelación de las mismas.
- Cubrir alguna rama del Derecho importante para el ciudadano en general (civil, penal, procesal civil o penal) o para una categoría amplia y abierta de ellos (mercantil).
- No permitir excepciones regionales.
- No dejar un amplio margen de discrecionalidad al juez.
- Evitar la referencia a otro sistema jurídico para suplir lagunas o dudas en su aplicación, las cuales deben resolverse recurriendo a los principios generales contenidos en el código mismo.

---

<sup>507</sup> Cfr. Margadant, *Ob. Cit.* páginas 309 a 322.

<sup>508</sup> *Ibid.* Página 309.

<sup>509</sup> Cfr. *Ob. Cit.* páginas 315 y 316.

- El código debe ser racional, sin inclinarse ante lo históricamente formado, salvo cuando a la luz de la razón sea tolerable y preferible consolidar lo existente que innovar, a la vez que el legislador debe abstenerse de innovar impulsivamente.

El movimiento codificador coincidió en varios aspectos con la corriente del constitucionalismo, “la tendencia general de formular constituciones”<sup>510</sup>. Se realizaron codificaciones ajenas al Derecho Romano en Dinamarca (1683), Noruega (1688), Suecia (1734). En Francia, previo a la caída de la monarquía, juristas como Colbert y D’Augesseau realizaron proyectos ordenadores que allanarían el camino para la gran codificación de Napoleón. En 1794 se promulga el Código Prusiano, que había atravesado diversas etapas y vicisitudes desde que en 1738 el padre del emperador Federico el Grande había encargado su elaboración. En la empresa del Código Prusiano (*Das Allgemeine Landrecht fuer die Preussischen Staaten*) destacan los nombres de juristas como Samuel von Cocceji, (quien inicialmente había tratado de conciliar el iusnaturalismo con el romanismo) y, en la segunda etapa del proyecto, Carl Gottlieb Suárez (Schwarz, Suaretius) y Ernst Ferdinand Klein. A lo largo del trabajo desde Cocceji hasta Suárez (ambos iusnaturalistas), se observa una gradual disminución de la influencia romanista en el Código Prusiano. En Baviera se promulgaron tres códigos a mediados del siglo XVIII, obra de Xaverius Aloysius von Kreittmayr, entre ellos el Código Civil de 1756 que estuvo en vigor hasta la promulgación del Código Civil Alemán de 1900. En Austria, la reina María Teresa encargó la formulación de un Código Civil que se promulgó finalmente en 1811, en el cual trabajaron Karl Anton von Martín (iusnaturalista y catedrático de Derecho Romano) y su discípulo y sucesor Franz von Zeiller.

Uno de los mayores y más influyentes éxitos del movimiento codificador ocurrió en Francia, con la promulgación de los *Cinq Codes* o Cinco Códigos de Napoleón: el Código Civil (1804), Código de Comercio, Código Procesal Civil, Código Penal, Código Procesal Penal. El más importante de ellos fue el Código Civil, fruto de la comisión nombrada por Napoleón e integrada por Portalis, Bigot de Praemeneau, Franchet, Maleville y Cambacères<sup>511</sup>. El Código Civil de Napoleón sirvió de base para las codificaciones civiles de otros países, como Holanda, Portugal, España, diversos cantones suizos y luego la Confederación Suiza, varios estados italianos previos a la unificación y luego la Italia unificada.

La corriente de codificación europea repercutió también en América Latina, cuyos países estaban inmersos durante el siglo XIX en el proceso independentista. En Guatemala, con el primer triunfo del liberalismo sobre el conservadurismo en 1829, se inician tendencias de codificación, para los cuales sirvió de base, en el ámbito penal, el código elaborado por el jurista y político estadounidense Edward Livingston para el Estado de Lousiana (conocido como el Código de Livingston), quien también había elaborado, en 1824, el *Civil Code of Lousiana*, basado en el Código de Napoleón. Livingston era partidario de combatir el predominio judicial, tendencia que se observa en sus codificaciones. Junto con otras leyes de índole penal (regulaciones carcelarias y procesales) entró en vigor el conjunto de legislación penal el 1 de enero de 1837, durante el gobierno de Mariano Gálvez. En 1836 se encargó al jurista Miguel Larreinaga la elaboración de un Código Civil, basado en el de Lousiana, preferido por su influencia napoleónica. Ese mismo año, por decreto del 8 de septiembre, la Asamblea Legislativa había establecido que en el Estado de Guatemala regía la Novísima Recopilación de las Leyes de España. Entre 1838 y 1839 regresa el predominio del partido conservador en el país, con lo cual se retorna a la aplicación de leyes

---

<sup>510</sup> *Ibid.* Página 315.

<sup>511</sup> Cfr. Brañas, Alfonso. *Manual de Derecho Civil*. Página 23.

españolas e indianas, derogando varias reformas del régimen liberal. Entre 1869 y 1872 se publicó la ‘Recopilación de las Leyes Patrias’, realizada por el jurista Manuel Pineda de Mont<sup>512</sup>.

El movimiento codificador finalmente triunfó en Guatemala durante el gobierno de Justo Rufino Barrios, quien había derrocado al régimen conservador mediante la llamada ‘Revolución Liberal’ de 1871. El primer Código Civil de Guatemala se promulgó en 1877. Este primer Código Civil fue elaborado por una comisión integrada por Lorenzo Montúfar, Marco Aurelio Soto, José Barberena, Ignacio Gómez, Valero Pujol, Carlos Murga, José Salazar y Joaquín Macal, la cual también tuvo a su cargo la elaboración del Código de Procedimientos y Código Penal. Respecto del Código Civil, dicha comisión en su informe expresó haber tenido a la vista los códigos de Francia, Portugal, Bélgica “y otras naciones europeas y diferentes proyectos españoles”, así como haber consultado los códigos de Chile, Perú, Colombia, México, El Salvador, Costa Rica “y otras Repúblicas del Continente”. También en 1877 se promulgaron el Código de Procedimientos, el Código de Comercio (comisión codificadora integrada por Antonio Machado, Manuel Echeverría y Esteban Aparicio) y el Código Penal de la República de Guatemala, en 1878 el Código Militar (comisión integrada por J.M. Barrundia, Cayetano Díaz y José Salazar), y en 1881 el Código Fiscal (comisión integrada por Salvador Falla, Pedro Gálvez y Jacinto Galdámez). En 1933 se promulgó un nuevo Código Civil, más tarde sustituido por el Código Civil de 1963, actualmente en vigor con sus respectivas reformas<sup>513</sup>.

Alemania recibió su Código Civil (referido a veces como el BGB, por *Bürgerliches Gesetzbuch*) en 1896, y entró en vigor el 1 de enero de 1900. Se observa entonces que el caso de Alemania constituye una codificación muy tardía respecto del desarrollo del movimiento codificador en el resto de los países de Europa: “las razones de este retraso son importantes para la historia de la vigencia del derecho justiniano –o del *Ius Commune* en general–, y debemos dedicarnos un momento a ellas”<sup>514</sup>.

## b) La codificación en Alemania

Ya hemos visto que Baviera, Prusia y Austria tenían códigos desde tiempos anteriores; a su vez, el Código Civil de Napoleón regía en Westfalia, los territorios renanos de Prusia, Hessen y Baden. A comienzos del siglo XIX, muchos juristas alemanes empezaron a promover la idea de que había llegado el momento de que en el mundo alemán existiera una sola codificación moderna y uniforme. Entre ellos destaca Anton Friedrich Justus Thibaut. Sin embargo, se desarrolló una tendencia contraria, representada principalmente por Friedrich Carl von Savigny, “quien reprochó a [Thibaut] el adoptar frente al derecho una actitud abstracta, ‘filosófica’, en vez de concreta, ‘histórica’ (...) con su recomendación de no encerrar el libre desarrollo del derecho alemán en la coraza de unos códigos y de volver transparente el derecho alemán existente mediante dogmática e investigación histórica, incluyendo en el arsenal de elementos inspiradores que es el derecho romano, para poder crear así un derecho auténticamente alemán”<sup>515</sup>.

Savigny se oponía al iusnaturalismo racionalista por carecer éste de una perspectiva histórica, y temía que la codificación conduciría a un estancamiento de la ciencia jurídica, como había llegado a ocurrir en Francia tras los cinco códigos de Napoleón. Pensaba que el iusnaturalismo

<sup>512</sup> Cfr. Luján Muñoz, Jorge. *Del Derecho Colonial al Derecho Nacional: El Caso de Guatemala*. Páginas 87 a 99.

<sup>513</sup> Cfr. Luján Muñoz. *Ob. Cit.* Páginas 101 a 105; Brañas. *Ob. Cit.* páginas 24 a 26.

<sup>514</sup> Margadant. *Ob. Cit.* Página 322.

<sup>515</sup> *Ibid.* Páginas 325 y 326.

racionalista no tenía conceptos bien definidos, defecto que debía eliminarse mediante la investigación histórica y dogmática, tarea a la que él mismo se dedicó de modo sobresaliente, allanado el camino para una futura codificación (“a sabiendas o inconscientemente”<sup>516</sup>). Savigny era un romanista, pero a la vez defendía el predominio del derecho germánico: esto, no obstante, no implica una contradicción, ya que en sus investigaciones históricas sobre el derecho germánico (en las cuales se remonta inclusive a etapas previas a Irnerio) demuestra la influencia que éste había recibido del Derecho Romano<sup>517</sup>.

### i) La Escuela Histórica

Según lo expuesto anteriormente, puede decirse que la escuela histórica surge como oposición al iusnaturalismo racionalista, por haber cometido el “grave error” de “[olvidar] o [dejar] de lado la génesis histórica del Derecho”<sup>518</sup>. Algunos estudiosos consideran que la escuela histórica o historicismo jurídico tiene sus antecedentes en el pensamiento de Giambattista Vico y de Montesquieu<sup>519</sup>. Recaséns caracteriza el historicismo jurídico como una oposición al iusnaturalismo racionalista (“las doctrinas del Derecho Natural comprendidas bajo el nombre de racionalismo”<sup>520</sup>) y distingue entre el historicismo romántico (la escuela de Savigny), el historicismo filosófico (Schelling y Hegel<sup>521</sup>), y el historicismo del tradicionalismo político (forma moderada: Burke; forma extrema: escuela de la Restauración francesa, española y alemana)<sup>522</sup>.

La posición principal de Savigny “podría sintetizarse así: sólo el estudio de la historia nos dirá a ciencia cierta lo que es el Derecho. (...) el Derecho nace del ‘espíritu del pueblo’ [*Volkgeist*], de su forma de ser y ver la vida. El verdadero Derecho no puede ser obra de ningún legislador. (...) No parece posible tampoco un concepto universal, absoluto e inmutable de justicia, sino uno relativo, al menos en términos culturales e históricos”<sup>523</sup>. A decir de Álvarez Ledesma en sus pasajes citados, la escuela histórica, como reacción pendular respecto del iusnaturalismo racionalista, “pecó por exceso”, al concebir al Derecho únicamente en términos puramente históricos. Otros exponentes de la escuela histórica en Alemania son Karl Friedrich Eichhorn, Gustav Hugo, Johann Friedrich Ludwig Goeschen, y Jacob Grimm<sup>524</sup>.

En los representantes de la escuela histórica alemana, el interés por el derecho germánico convive con el interés por el Derecho Romano (romanticismo y clasicismo, como dice Margadant), así como por la amalgamación de ambos, es decir, el derecho romano medieval. Es por eso que, como se mencionó anteriormente, no resulta contradictoria esta actitud, ya que estaban concientes de la convivencia que durante siglos había tenido el Derecho Romano con las tradiciones jurídicas de Alemania, por lo que todos estos temas fueron abordados por la escuela histórica. En general, consideraron el *Usus Modernus Pandectarum* como un derecho demasiado pragmático, apegiándose más a los métodos de la *Iurisprudentia Elegans*. También se vieron influidos por la

<sup>516</sup> *Ibid.* Página 327.

<sup>517</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 326 y 327.

<sup>518</sup> Álvarez Ledesma. *Ob. Cit.* Página 353.

<sup>519</sup> Cfr. Álvarez. *Loc. Cit.*

<sup>520</sup> Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Páginas 459 y 460.

<sup>521</sup> Dos de los principales pensadores del llamado idealismo alemán. Al respecto, véase Gamba. *Ob. Cit.* Páginas 198 a 202.

<sup>522</sup> Cfr. Ossorio. *Loc. Cit.*

<sup>523</sup> Álvarez. *Ob. Cit.* Páginas 353 y 354.

<sup>524</sup> Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 327 y 328.

filosofía de Kant, que pone acento sobre la voluntad individual expresada en un ambiente de libertad como presupuesto para una conducta moral. Tuvieron también repercusión en el extranjero: un ejemplo frecuentemente citado es la teoría sobre la posesión, que desde entonces se debate principalmente entre la postura de Savigny y la de Ihering, que ambos presentan como la concepción romana de dicha institución; ambas tesis han tenido influencia al ser incorporadas a codificaciones o jurisprudencia (en el sentido de tesis judiciales)<sup>525</sup>.

Luego de la muerte de Savigny, en la escuela histórica se van marcando tres subdivisiones. En primer lugar, una corriente enfocada más decisivamente sobre el derecho germánico, el cual exaltaban al punto de tratar de ‘rescatarlo’ de las influencias romanistas. Esta rama debía mucho a Jacob Grimm, y tuvo como influyente expositor a Georg Beseler<sup>526</sup>. Posteriormente, los puntos de vista de esta corriente, ya en forma vulgarizada, influirán en la ideología nazi, que condena el Derecho Romano, reprochándole el haber dañado el espíritu más idealista del derecho germánico, y consideraba que el individualismo del Derecho Romano chocaba con el espíritu popular alemán<sup>527</sup> –por algo Hitler daba a su ideología el nombre de *nacional-socialismo*. El punto 19 del Programa del Partido Nacional-Socialista declaraba que “Exigimos que el Derecho Romano, que sirve una visión materialista del mundo, sea reemplazado por un común Derecho Alemán”, ataque dirigido contra el Código Civil de 1900, que los nazis consideraban altamente romanizado, y veían al Derecho Romano como la expresión del derecho occidental, el marco para los sistemas económicos de la Europa libre, y un derecho judaizante.<sup>528</sup>

Una segunda corriente se enfocó sobre el estudio del Derecho Romano con orientación historicista. En ella destaca Theodor Mommsen, jurista de profesión y profundo conocedor del antiguo mundo mediterráneo, a quien debemos una edición crítica del Digesto, que sustituyó en predominio a la anterior edición de Gebauer y Spangenberg. A esta edición del Digesto hecha por Mommsen se unieron las ediciones de las Instituciones y el Código de Justiniano elaboradas por Paul Krueger, y la de las Novelas hecha por Schoell y Kroll, formando un nuevo texto fundamental del *Corpus Iuris Civilis*. Mommsen también editó y escribió varias otras obras de gran importancia para el estudio del Derecho Romano, como el *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* (empresa académica inspirada por Mommsen, en la que también participaron figuras como Kuebler), su *Corpus Inscriptionum Latinarum* (importante fuente epigráfica que hasta la fecha sigue actualizándose y publicándose), su libro sobre el derecho penal romano, una extensa Historia de Roma, etc. Otros autores de esta corriente son Voigt, Pernice, Karlowa, Bluhme, Rudorff, Mitteis, von Lingenthal, Otto Lenel. Estos estudiosos dieron énfasis al estudio, crítica y reconstrucción de textos antiguos del Derecho Romano clásico (por ejemplo, tratar de reconstruir el Edicto Perpetuo), así como a la ya conocida ‘caza de interpolaciones’<sup>529</sup>.

Con esta corriente historicista del Derecho Romano empiezan a prefigurarse algunas de las características que predominarán en la ciencia romanista durante lo que Margadant llama ‘tercera vida del Derecho Romano’<sup>530</sup>, es decir, luego de que la relevancia directa del Derecho Romano para la práctica jurídica prácticamente desaparezca durante el siglo XX. No obstante, durante el siglo XIX en Alemania todavía persiste una corriente interesada en extraer elementos romanistas

<sup>525</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 328 a 330.

<sup>526</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 330 y 331.

<sup>527</sup> Cfr. *Ibid.* Página 328.

<sup>528</sup> Cfr. Perrián, Bernardo. *A Romanistic Approach on Unified European Private Law*. Página 111. La traducción de la cita es mía.

<sup>529</sup> Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 331 a 333.

<sup>530</sup> Cfr. *Ibid.* Página 333.



útiles para la práctica, y es así como se configura la tercera corriente que surgió como subdivisión de la escuela histórica: la llamada pandectística alemana, que se expone en el apartado siguiente.

Rudolf von Ihering, ese insigne romanista ya tantas veces citado anteriormente en el presente estudio, es una figura difícil de clasificar: no pertenece ni a la corriente de los historiadores ni a la pandectística<sup>531</sup>. A juicio de algunos, Ihering “estudió el derecho romano sin la orientación idealista de la Escuela Histórica”<sup>532</sup>, y Juan Iglesias le clasifica dentro de los pandectistas<sup>533</sup>, aunque Margadant nos recuerda que “Ihering critica [a la pandectística alemana] con gracioso sarcasmo”<sup>534</sup>.

## ii) La Pandectística

Inicialmente, hubo autores que trataron de equilibrar el punto de vista dogmático (el examen de las características estructurales de una determinada institución jurídica) e histórico, como lo había hecho Savigny. A esta corriente pertenecen autores como Georg Friedrich Puchta, Kart Adolf von Vangerow, Rudorff, Muehlenbruch, Fridrich Ludwig con Keller, Arndts, Bethmann-Hollweg, Huschke, Bruns, y otros<sup>535</sup>.

Luego surge la tendencia de restringir la curiosidad histórica, “con el fin de poder interpretar el *Corpus Iuris* como un solo conjunto monolítico, armonizando a fuerza sus múltiples elementos (...) sin considerar que éstos podrían proceder de muy distintas fases del desarrollo antiguo o de diferentes corrientes de pensamiento; estos autores opinaron que sólo así se podría ofrecer a la práctica jurídica un derecho romano coherente, que pudiera contribuir a la seguridad jurídica, o sea a la previsibilidad de opiniones judiciales. Para realizar esta meta, los pandectistas forzaron los textos antiguos a entrar en una estructura dogmática, llena de conceptos de su propia creación, ajenos al derecho justiniano. Sin embargo, tampoco debemos decir que estos conceptos abstractos hayan estado totalmente incompatibles con el texto del *Corpus Iuris*, donde estuvieron a menudo en una forma ‘más bien intuitiva que elaborada’ (...), pero a veces fueron impuestos al ‘derecho romano’ en una forma que duele a un historiador del derecho”<sup>536</sup>. Para responder a las necesidades de su época, los pandectistas con frecuencia interpretaban el derecho justiniano a la luz de un resultado a conseguir ya previsto. De esta manera, podría decirse que la pandectística acaba por separarse del historicismo, y durante un tiempo se populariza por dar la impresión de que realmente el derecho romano podía aplicarse de modo ahistórico, como una sabiduría intemporal. Sin embargo, por estas mismas razones la escuela de la pandectística ha sido muy criticada posteriormente, ya que, como dice Margadant, en esta escuela se dio mucha “mercancía de contrabando, que los pandectistas transportaron bajo la bandera del derecho romano”<sup>537</sup>. A esta fase correspondieron autores como Brinz, Heinrich Bernburg y Bernard Windscheid.

También se critica a la pandectística que su “cálculo con conceptos, como un matemático calcula con sus datos cuantitativos”<sup>538</sup> “no reconoce que es imposible para el jurista teórico, o para el

<sup>531</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 333 y 334. Tan singular es Ihering, que Margadant en su obra le dedica un subtítulo especial, aunque breve.

<sup>532</sup> Domingo *et al.* *Ob. Cit.* Página 508.

<sup>533</sup> Cfr. Iglesias. *Ob. Cit.* Página 51.

<sup>534</sup> Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 333 y 334.

<sup>535</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 334 y 335.

<sup>536</sup> *Ibid.* Página 335.

<sup>537</sup> *Ibid.* Página 336.

<sup>538</sup> Ihering, citado por Margadant en *Ob. Cit.* página 337.

legislador, prever todas las combinaciones de elementos con las que la realidad pueda presentarse ante el Derecho (...). Aquel ‘cielo de los conceptos’ (...) queda demasiado lejos de esta tierra, donde personas concretas –y a menudo personas humildes cuyas tribulaciones no fácilmente son percibidas objetivamente por los académicos, jueces y legisladores– sufren de la aplicación de normas y dogmas tradicionales y abstractos. Desde luego, Windscheid no niega que el derecho debe tener una dimensión humanitaria, pero opina que es la tarea del *legislador*, no del *juez*, introducir elementos éticos y sociales en las normas. Una vez que la norma haya salido de la mano del legislador, el juez debe aplicarla fríamente, como un matemático manejando sus fórmulas”<sup>539</sup>.

El Código Civil alemán recibió mucha influencia de la obra pandectística de Windscheid, que fue la base para el primer proyecto de Código, que luego sufrió revisiones en las que también participaron germanistas y socialistas, desembocando en un segundo proyecto que fue la base para el BGB, que finalmente entró en vigor el 1 de enero de 1900. “Con la expedición del nuevo Código, empero, el derecho romano como derecho relevante para la vida forense, perdió su penúltimo baluarte importante”<sup>540</sup>. “Tras la publicación del BGB concluye la época en la que la tradición de estudio del derecho romano era directamente influyente en la práctica jurídica. En adelante constituye un elemento esencial de la historia del derecho de Europa”<sup>541 542</sup>.

### III. TENDENCIAS ACTUALES

Como último capítulo de su libro, el profesor Margadant expone una visión sobre el iusromanismo posterior a las codificaciones, esto es, luego de finalizada la ‘segunda vida del Derecho Romano’ o, por ende, una ‘tercera vida’ del mismo<sup>543</sup>. En dicha exposición, Margadant se enfoca principalmente en los aspectos de la investigación y enseñanza del Derecho Romano en dicha fase, con algunos comentarios sobre la práctica. A continuación, trasladaremos los puntos principales de la mencionada visión, publicada en 1986, añadiendo por nuestra parte algunos comentarios tomados tanto de mi experiencia personal nacida en el ámbito académico en el que me he desarrollado<sup>544</sup>, como de algunos textos más recientes que tratan sobre la ubicación y características actuales del iusromanismo, a la luz de los cuales cabría preguntarse si no estamos entrando ya, o por lo menos acercándonos, a una ‘cuarta vida’ de nuestra amada disciplina.

<sup>539</sup> *Ibid.* Página 336.

<sup>540</sup> *Ibid.* Página 338.

<sup>541</sup> Domingo *et al.* *Ob. Cit.* Página 508.

<sup>542</sup> Recuérdese, no obstante, la continuada influencia del Derecho Romano, a través del derecho romano-holandés, en Sudáfrica y otras regiones: por ello Margadant habla del “*penúltimo baluarte importante*”, y Domingo circunscribe su afirmación al ámbito europeo. Véase, al respecto: Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 341 a 356 (guardando en mente que Margadant escribe esto en 1986: no nos ocupamos en el presente estudio de desarrollos posteriores de la vida jurídica en Sudáfrica y las regiones del derecho romano-holandés, como tampoco hemos tratado sobre ellos con cierto detalle en secciones anteriores, por trascender el ámbito y finalidades de este trabajo).

<sup>543</sup> Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 373 a 383.

<sup>544</sup> En cuanto a mi experiencia personal, cabe decir que está limitada por dos factores o aspectos, que podemos llamar uno subjetivo y otro objetivo. En cuanto a lo subjetivo, o personal, porque soy no más –ni menos– que un individuo, con apenas dos años de ‘experiencia’ como integrante de un equipo de cátedra de Derecho Romano, y cinco de estudiar la noble ciencia jurídica. En cuanto a lo objetivo, o quizá ‘territorial’, porque dicha experiencia se limita a una casa de estudios en un país, (si bien no he dejado de tener cierto contacto con otras universidades como es normal cuando uno se interrelaciona con catedráticos y otros estudiantes de la carrera). Sin embargo, considero que dichas limitaciones no necesariamente hacen irrelevante mi experiencia, y precisamente por ser personal, de primera mano, me parece que es necesario incorporar al presente estudio los aportes y observaciones que a partir de ella pueda brindar, teniendo en mente, además, ese ‘pensar global, actuar local’ que tantos proponen como postura para abordar las nuevas circunstancias que conforman nuestra realidad actual.

Sobre la práctica, Margadant señala que ésta se produce en el contexto del derecho codificado, interpretado por los tribunales mediante tesis a veces de observancia obligatoria, y modificado con cierta regularidad por los legisladores. A la vez, como ya se ha señalado anteriormente, Margadant menciona que el derecho codificado aspira a ser interpretado a la luz de los principios contenidos en los códigos mismos. Dentro de esto, como él mismo dice, cabe preguntarse hasta qué punto la literatura romanista entra en el concepto de los ‘principios generales del Derecho’, a los que tantos códigos hacen referencia como criterio, al menos supletorio, de interpretación (tema este que en capítulos posteriores abordaremos con más detenimiento, y en concreto a la luz de la manera en que se halla regulado en el ordenamiento jurídico guatemalteco). Sin embargo, aunque *de iure* o de derecho, o en el plano doctrinal, bien podría argumentarse a favor de la relevancia del Derecho Romano como fuente de interpretación para la aplicación práctica, lo cierto es que, *de facto* o de hecho, son pocos los juristas que buscan sustentar sus argumentos en él, y a veces se utiliza únicamente como recurso que no pasa de lo decorativo o como muestra de erudición (real o pretendida). En lo personal, menciono aquí que considero que esto se debe a diversos factores que reclaman una revisión de la idea que del Derecho en general y del Derecho Romano en particular tienen los juristas, pero este ya es un tema más amplio y complejo que trataré en el capítulo siguiente, y en los últimos tres, que constituyen como el punto central del planteamiento que pretendo hacer mediante el presente trabajo.

En el ámbito de la investigación, señala Margadant que “observamos, sobre todo en Europa continental occidental, una actividad intensa, ya más variada y original por el hecho de verse liberada de la necesidad de producir resultados, aceptables para la práctica”<sup>545</sup>. En cambio, “en las Américas la cosecha es menos impresionante”<sup>546</sup>, y lo atribuye a diversos factores: en Canadá y Estados Unidos, por el predominio del derecho anglosajón; en Latinoamérica por lo que Margadant denomina la “relativa pobreza de las bibliotecas” en materia de literatura iusromanista secundaria<sup>547</sup>, y por la insuficiente difusión del alemán y el italiano, idiomas en los que una parte considerable de la literatura romanista está escrita. Un factor que afecta a todo el continente americano es, además, el declive en la enseñanza del latín y de la antigua cultura mediterránea.

Al respecto, me gustaría comentar lo siguiente: por la existencia en Guatemala de sectores de la población que descienden de inmigrantes europeos, y la consiguiente existencia de colegios en que se enseñan sus ‘lenguas ancestrales’, que a su vez acogen estudiantes de otras ascendencias, es común que las aulas de nuestras universidades estén pobladas con alumnos que dominan o por lo menos conocen idiomas como el alemán, italiano y francés. Incluso, en mi propia experiencia, he tenido más de algún compañero o alumno que no sólo conocen sino además enseñan esos idiomas. Señala también Margadant que el tema de la barrera lingüística es un problema que afecta no sólo a la investigación sino también a la enseñanza y aprendizaje del Derecho Romano<sup>548</sup>. Margadant, al mencionar esto, no elabora más sobre en qué maneras concretas la

---

<sup>545</sup> *Ibid.* Página 374.

<sup>546</sup> *Loc. Cit.*

<sup>547</sup> Margadant hace mención, en diversas partes de su citado libro, a los “pergaminos” de la biblioteca de la UNAM, así llamados no por ser realmente pergaminos, sino en atención a su antigüedad. Por eso Margadant habla de una “relativa” pobreza de las bibliotecas, y téngase en mente que, más de veinte años después de que Margadant realizara este ‘diagnóstico’, cabe pensar y esperar que los acervos bibliográficos de las universidades latinoamericanas hayan mejorado. Al respecto, podemos mencionar como un ejemplo la entusiasmada mención que hace Jaramillo de la relativamente reciente adquisición y reorganización de textos de literatura jurídica medieval llevada a cabo en algunas universidades colombianas (*Ob. Cit.*, páginas 360 y 361).

<sup>548</sup> Cfr. *Ob. Cit.* Página 380.

falta de acceso a otros idiomas por parte de los alumnos dificulta la enseñanza del Derecho Romano, pero considero acertado suponer que tal aspecto dependerá directamente de las fuentes y textos que cada catedrático decida utilizar en sus clases, las lecturas principales y complementarias que desee asignar, el enfoque y método que adopte para la enseñanza, etc., y sabemos que en nuestra época existe ya una adecuada y amplia literatura en español para la enseñanza del Derecho Romano. Sin embargo, y volviendo a lo que mencionaba al principio de este párrafo, en nuestro medio existe al menos el potencial inexplorado para superar las barreras lingüísticas dentro de las aulas: he visto alumnos en clase traducir para sus compañeros términos en alemán o italiano, e incluso elaborar breves glosarios para auxiliarlos en lecturas con frases sin traducir. Casos como este, además, implican el reto de fomentar en la enseñanza el interés de los alumnos por las materias, cosa que, admitidamente, es a veces difícil en el ámbito del Derecho Romano, por varios motivos que también Margadant señala y comentaremos más adelante, pero eso ya es parte del constante esfuerzo de todo catedrático, en cualquier materia. Eso en cuanto a la barrera lingüística en la enseñanza. En lo referente a la investigación, ciertamente es un tanto más difícil esperar que de nuestras aulas surjan investigadores romanistas, por diversos factores que en adelante mencionaremos, pero, considerando aisladamente el tema de la barrera lingüística, repito que, en nuestro medio, el potencial está ahí, aunque latente e inexplorado, pero existe.

Incluso en cuanto al latín, idioma que por obvias razones va relacionado con el estudio del Derecho Romano, he sido gustoso testigo de que en tiempos recientes se ha venido dando en nuestro medio un creciente interés por conocer al menos lo básico de este idioma, interés que ha alcanzado grados que, en lo personal, en un momento me hubieran parecido difíciles de creer: grupos significativos de alumnos que libre y espontáneamente han solicitado que se organicen cursos de latín; iniciativas como la de nuestro amigo el Licenciado Guillermo Fernández Durán, catedrático de Derecho Romano y Lógica Jurídica, quien organizó un curso de latín con alumnos selectos de la Facultad. Precisamente mientras escribo estas líneas, nuestra Facultad ha dado respuesta a esas tendencias organizando un Seminario de Latín Jurídico, cuyos objetivos son “I. Contribuir a la interpretación de las distintas expresiones latinas en la rama del Derecho que es su contexto; II. Trazar una historia semántica de las expresiones latinas clave en las distintas ramas del Derecho; III. Establecer el principio de una afectividad o apertura a una posterior profundización en materia de latín jurídico, en el contexto de la filosofía o la historia del Derecho”<sup>549</sup>. Puedo decir con gusto, por constarme de primera mano, que tal afectividad o apertura ya se encuentra establecida entre varios alumnos, y que en algunos de ellos la posterior profundización en el latín parece que trascenderá el contexto de la filosofía o la historia del Derecho. Hay treinta y seis alumnos inscritos en el Seminario de Latín Jurídico (número considerable en proporción a la cantidad de alumnos de nuestra Facultad), y me consta a la vez que hay otros alumnos interesados en el latín que, por algún motivo, no han querido o no han podido asignarse a este proyecto de nuestra Facultad, que esperamos sea el primero de muchos en similar línea. Cuando se piensa que el latín es ‘lengua muerta’ que no interesa a los jóvenes de hoy, veo con entusiasmo que, al menos en nuestra Facultad, ello no es así, y vislumbro lo que espero sean las primeras luces de un panorama más amplio y cada vez más prometedor.

Margadant caracteriza el campo de la investigación iusromanista durante la ‘tercera vida’ como una continuación de las tendencias señaladas por la corriente histórica del romanismo alemán: reconstrucción de las fases históricas del Derecho Romano, especialmente la arcaica; caza de

---

<sup>549</sup> Programa del Seminario de Latín Jurídico. Memorando electrónico de la Licenciada María José Lamuño de Mendoza, con fecha 12 de julio de 2007. Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín.

interpolaciones, en la que Margadant indica que se han dado algunos excesos por parte de estudiosos que tildan de bizantino o inauténtico cualquier elemento que no concuerde con sus propias ideas preconcebidas o teorías sobre lo que debía ser el derecho clásico; sin embargo, señala también que ya hacia mediados de la década de 1980 iba ‘tranquilizándose’ esta tendencia, y que los avances tecnológicos de la cibernética han venido a permitir nuevas y mejores investigaciones en materia de interpolaciones. Otras áreas de la investigación en la ‘tercera vida’ son no sólo la reconstrucción de textos sino además el estudio de su sucesiva formación; relaciones entre los textos y la realidad jurídica, entre derecho central y provincial, derecho oficial y vulgar, así como la relación del Derecho Romano con otros derechos de la antigüedad, por lo que los romanistas contribuyen también a la profundización en el conocimiento de los ordenamientos jurídicos de otras civilizaciones antiguas. Por otro lado, se profundiza la investigación de la segunda vida del Derecho Romano, así como de los elementos e influencias romanistas en las codificaciones modernas, y el romanismo convive cada vez más de cerca con la historia del Derecho, la etnología jurídica y el derecho comparado. Una parte significativa de la investigación se lleva a cabo en equipo, y bajo la coordinación de asociaciones e institutos académicos, disminuyendo las investigaciones de carácter individual, y existen numerosas revistas académicas dedicadas al iusromanismo, en las que se van publicando los avances recientes. El carácter de las investigaciones en esta etapa requiere que los romanistas tengan una dedicación de tiempo completo a ellas, tras una formación severa, con talentos lingüísticos e intuitivos que no todo mundo posee: afirma Margadant que se trata de “una élite, bien organizada”<sup>550</sup>. Además, deben estar en contacto cercano con revistas, congresos y contactos personales para mantenerse al día de los avances de la materia, “para evitar decepciones, inversiones inútiles de energía e inclusive desprestigios”<sup>551</sup>, orientándose con guías bibliográficas actualizadas y tener acceso a buenas bibliotecas, la mayoría de las cuales existen en Europa.

En el plano de la enseñanza, Margadant enumera algunas características de la llamada ‘crisis del Derecho Romano’, destacando la urgencia pragmática de muchas nuevas materias que reclaman un lugar en los planes de estudio, la falta de conocimientos históricos y lingüísticos de muchos alumnos y su falta de familiaridad con la antigüedad. Para Margadant, el factor más importante de la crisis del Derecho Romano es la casi eliminación de su utilidad para la argumentación forense, la duplicación o ‘traslape’ de algunos temas con otros cursos, y “la forma no muy animadora que varios maestros han estado dando a sus clases”<sup>552</sup>. Algunos reprochan al Derecho Romano ser de carácter individualista, materialista, y ligado a una economía esclavista (sin embargo, parece hasta irónico que haya sido en los antiguos países socialistas donde se dio énfasis al Derecho Romano, no sólo como modo de conocer los sistemas jurídicos ‘burgueses’, sino también como buen instrumento para la educación jurídica en general, incluso respecto al derecho soviético en la antigua URSS<sup>553</sup>), así como germanistas que le acusan de haber impedido el florecimiento del derecho germánico. La discusión sobre el puesto del Derecho Romano en los

---

<sup>550</sup> Margadant. *Ob. Cit.* Página 377.

<sup>551</sup> *Ibid.*

<sup>552</sup> *Ibid.* Página 378.

<sup>553</sup> Cfr. Margadant. *Ob. Cit.* página 379. Ramón López Rosa, escribiendo ya a inicios de nuestro presente siglo, y citando a Lozano Corbi, señala también que “no deja de ser paradójico que, habiendo sido el Derecho Romano núcleo capital de gran parte de las modernas legislaciones occidentales, ‘sea precisamente en los países antes llamados del Este donde se está produciendo un mayor resurgir de los estudios romanísticos, con la consiguiente afirmación, en esa zona cultural y geográfica, de un interés, cada vez más notable, por el estudio de nuestra disciplina’. Y es que el Derecho Romano se estudiaba, con carácter obligatorio e independiente, en todas las Facultades de Derecho de los países denominados socialistas, reconociéndose al Derecho Romano no sólo valor histórico sino también carácter teórico y práctico en la formación de los juristas”. (*El Derecho Romano Hoy: Cupidae Legum Iuventuti*, páginas 100 y 101).

planes de estudio de las universidades se centra sobre si debe ser obligatoria u optativa, y la cantidad de horas que se le deben dedicar: donde el Derecho Romano conserva un puesto generoso en los currícula, proveniente de una época en que tenía mayor importancia forense, esto es a veces criticado por profesores de materias más ‘actuales’. Se discute si nuestra materia pueda o deba usarse como propedéutica para el derecho civil, si no convendría colocarlo dentro del programa de historia general del Derecho, si debe colocarse al inicio o hacia el final de la carrera, o incluso dejarla únicamente para estudios de especialización o doctorado.

Margadant concluye su visión de la ‘tercera vida’ del Derecho Romano caracterizándola por un doble movimiento: disminuye la enseñanza, aumenta la investigación. Se ha propuesto el nombre de ‘neohumanismo’ para la tercera vida, en virtud de su evidente semejanza con la anterior corriente del *Mos Gallicus*. Sin embargo, Margadant señala que la tercera vida se diferencia del *Mos Gallicus* en varios aspectos: éste producía resultados de relevancia práctica, y precisamente por eso se le combatió, al considerar que presentaba un riesgo para la seguridad jurídica; trató de oponerse al *Mos Italicus*, mientras que Margadant consideraba que “el nuevo ambiente de la investigación ha venido para quedarse”<sup>554</sup>; además, la investigación moderna comprende ramas ajenas al *Mos Gallicus*, y concede importancia al derecho romano medieval, que fue rechazado por el *Mos Gallicus*. En síntesis, Margadant señala como características de la tercera vida el traslado de acento desde la enseñanza hacia la investigación, la disminución del recurso al Derecho Romano y su literatura en la práctica, y la creciente compenetración entre el romanismo y la investigación histórico-jurídica en general.

Las discusiones sobre la ubicación y características actuales que debería tener la enseñanza del Derecho Romano nos colocan al punto de examinar las posturas doctrinales que diversos autores han sostenido al respecto, en la cual necesariamente se da una revisión del concepto mismo del Derecho Romano y su significado, valor y utilidad en nuestra época. Sin embargo, no olvidemos que Margadant escribía esto hace ya más de veinte años, y desde entonces el mundo ha sufrido cambios, en los que también se han ido perfilando nuevas posturas en torno al Derecho Romano, buscándole una ubicación en las nuevas circunstancias y, dentro de esta línea, la reflexión sobre la utilidad, el valor y la importancia del estudio romanista se ha situado en nuevas latitudes que apenas podrían haberse entrevisto hace dos décadas: actualmente, se está considerando el estudio del Derecho Romano como una herramienta de gran importancia dentro de los contextos de regionalización y globalización, y esto en dos vías: como patrimonio jurídico común y como base para la formación de juristas.

En cuanto patrimonio jurídico común, el Derecho Romano es relevante para los países en que se dio la recepción de primer grado (la Unión Europea) y de segundo grado (especialmente Latinoamérica), al igual que en países que han moldeado sus modernas legislaciones sobre bases de derecho occidental a través de la influencia de las codificaciones europeas (como Vietnam o Japón), pero también en países de derecho anglosajón, el cual, a pesar de tener orígenes históricos diversos que no lo configuran propiamente como producto de una recepción romanista, tiene características y puntos en común con el Derecho Romano Clásico, las cuales en el contexto del aspecto jurídico de la globalización pueden resaltarse como puntos de contacto con la tradición jurídica neorromanista propiamente dicha del resto del mundo occidental, sin olvidar lo ya mencionado anteriormente sobre la tradición de estudio romanista que ya existe en los países del Este o de la antigua Unión Soviética, factor que suma a la relevancia que el Derecho Romano pueda tener como ‘lenguaje común’ de los juristas en las actuales circunstancias mundiales. En

---

<sup>554</sup> Ob. Cit. Página 382.

cuanto base para la formación de juristas, se resalta que el profesional del Derecho en la era de la globalización encuentra en el Derecho Romano una fuente privilegiada e insustituible para adquirir las cualidades y destrezas que las nuevas circunstancias de la práctica jurídica exigen de él<sup>555</sup>.

Por tanto, considero razonable enunciar que, en el presente momento, estamos asistiendo a una nueva configuración del Derecho Romano dentro de la cual se está reevaluando el lugar que le corresponde dentro de la ciencia jurídica y la formación profesional, descubriéndose en él nuevos brillos que gradualmente parecen ir acercando su estudio hacia una nueva relevancia práctica, que sería muy diferente de aquella tercera vida caracterizada por la investigación sin importancia práctica directa que hace veinte años describía Margadant. ¿Estamos, entonces, en el umbral de una cuarta vida del Derecho Romano? En los párrafos precedentes hemos hecho una descripción muy breve y general de las tendencias que presenta el Derecho Romano como disciplina jurídica a los inicios del tercer milenio o, más bien, de los enfoques con que está siendo considerado en el presente contexto jurídico mundial. Dentro de ellos se dan, desde luego, distintas posturas que inciden en la valoración de nuestra materia y el método recomendable para su estudio y aprovechamiento. Por enlazarse íntimamente con la vida del Derecho Romano en nuestro tiempo, dejamos este vistazo general de las tendencias actuales como último contenido de este panorama histórico del Derecho Romano, pues llegados a este punto nos ubicamos, no ya en la historia, sino en el presente. Por eso, la exposición de las tendencias ‘verdaderamente actuales’ la haremos con detenimiento en el capítulo que sigue, pues tratar sobre este tema implica ubicarnos en el panorama más amplio de la reflexión de nuestros tiempos en torno a nuestra materia.

Al inicio de este capítulo colocábamos las palabras del romanista argentino Humberto Vázquez, que nos presentaba al Derecho Romano “como esa carne de los mamudes que soterradas durante milenios bajo los hielos de Siberia, todavía sirven de alimento al hombre de hoy”. Vázquez enuncia esto en el sentido de admiración que provoca la pervivencia histórica de las instituciones romanas; en el capítulo siguiente, compartiremos algunas reflexiones sobre cómo precisamente es que el hombre de hoy puede alimentarse de este riquísimo patrimonio jurídico y cultural que es el Derecho Romano y, al hacerlo, empezaremos a ubicarnos ya con cierta claridad en los puntos fundamentales que inspiran el presente estudio.

---

<sup>555</sup> Al respecto de todo lo mencionado en este párrafo, pueden verse, entre otros: López Rosa. *Ob. Cit.*; Domingo. *Juristas Globales*; Gil Osuna, Bartolomé. *El Derecho Romano en la Integración Frente al Fenómeno de la Globalización en América Latina*; Perrián, Bernardo. *A Romanistic Approach on Unified European Private Law*; textos que se citarán y comentarán con más detalle en el capítulo siguiente.





## II

### IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO

“Toca a los romanistas, en primer término, la defensa del Derecho Romano, y no por propio bien, sino por bien que sirve a los intereses de la sociedad. Toca a los romanistas ser maestros auténticos en tal defensa, y a todas horas y en toda circunstancia... Toca a ellos ser tan insignes maestros como capaces de insuflar en los jóvenes, jóvenes escolares, un aire animador que no mueva a estos a ignorar el Derecho Romano, para no dejar de ser juristas el día de mañana”.

-Juan Iglesias<sup>556</sup>.

Ya hemos visto en el capítulo anterior cómo el Derecho Romano atraviesa una crisis desde la época de las codificaciones, llegándose a cuestionar la utilidad práctica de su estudio por motivo, entre otros, de las aspiraciones de plenitud hermenéutica que inspiran a los nuevos códigos. Durante épocas anteriores ya se habían dado corrientes contrarias al Derecho Romano, pero en cuanto seguía siendo un elemento vivo de la realidad jurídica y, por ende, se le combatía más en el plano de si debiera aceptarse o no su vigencia e influencia ante otros ordenamientos normativos de sus tiempos. Ante la consolidación de las monarquías absolutas y los Estados modernos, va perdiendo auge la aplicabilidad directa del Derecho Romano, y a partir de las codificaciones puede hablarse, con propiedad, de su pérdida de vigencia formal y directa.

En estos nuevos contextos jurídicos, por tanto, los cultivadores de la ciencia iusromanista comienzan a reflexionar sobre el lugar, fines, importancia y naturaleza que debe revestir el estudio del Derecho Romano en la formación académica y profesional de los juristas, y es por tal razón que las corrientes y posturas de la doctrina en torno a dicho tema pueden considerarse, en general, que inician durante el siglo XIX, extendiéndose a lo largo del siglo XX hasta llegar al umbral del tercer milenio en que actualmente nos encontramos. Con frecuencia sucede, en diversos terrenos y realidades, que es hasta cuando se está bajo ataque que empieza a formularse, ante la necesidad de defensa, una serie de ideas sistematizadas que busquen proveer un fundamento para la vivencia e implementación de algo, y el estudio del Derecho Romano, bombardeado en aquellas épocas por nuevas líneas de pensamiento jurídico, no ha sido la excepción. Veremos, sin embargo, que en general las posturas que se han adoptado en el tema están hasta cierto punto condicionadas por la idea o concepción que se ha de tener del Derecho Romano, pues de ahí han de partir las consideraciones elementales para sostener la necesidad y relevancia que tenga su conocimiento.

Como todo tema objeto de estudio, se hace necesario adoptar un marco general para que su exposición y tratamiento estén dotados de orden y claridad, a riesgo de caer en generalizaciones e insuficiencias que no alcanzan a dar una idea del todo fidedigna sobre el verdadero y complejo panorama de la realidad. Hecha esta salvedad, cabe advertir también que la división que haremos con motivos expositivos en ninguna manera implica que algunas de las posturas señaladas se encuentren ya superadas, ni que se considere que necesariamente *deban* serlo, así como tampoco

---

<sup>556</sup> Derecho Romano. Juvenes e antecessores, citado por Ramón López Rosa en El Derecho Romano Hoy: Cupidae Legum Iuventuti, página 109.

que las mismas han sido o son, en su momento, las únicas o predominantes. Teniendo en cuenta tal abstracción y simplificación, diremos entonces que en el presente capítulo dividiremos las posturas sobre la importancia del estudio del Derecho Romano en dos categorías: tradicionales y actuales, cada una con sus respectivas subdivisiones en diversas corrientes. A la vez, guarde en mente el lector que dichas corrientes incorporan no sólo una tesis sobre la importancia y relevancia que tiene el estudio iusromanista, sino además presuponen o contienen una particular visión del Derecho Romano en particular y del Derecho en general que sirven de plataforma para dicha tesis y como punto de partida para su implementación (cómo debe enseñarse el Derecho Romano y qué elementos o características del mismo deben resaltarse).

Posteriormente, haremos una breve exposición histórica sobre la enseñanza del Derecho Romano en Guatemala, que he decidido incluir en este capítulo ya que, aunque su sitio parecería corresponder más a un enfoque específico dentro del panorama general que se expuso en las últimas secciones del capítulo anterior, considero más apropiado ubicarlo en el capítulo presente, toda vez que se enlaza con las consideraciones que haremos al cierre del mismo sobre el Derecho Romano y la Universidad Francisco Marroquín, en la línea de ofrecer un análisis concretizado al medio académico en que la presente tesis se desarrolla, a partir de las cuestiones más generales abordadas previamente, desde luego sin perjuicio de la abstracción y aplicabilidad que las mismas puedan tener en ámbitos diversos al que, por obvias razones, trataremos de manera más detenida.

## I. POSTURAS TRADICIONALES

Recordará el lector cómo el estudio del Derecho Romano fue, durante muchos siglos, no *un* elemento importante en la formación de los juristas, sino *el* elemento fundamental del mismo: salvedad hecha de los *Inns of Court* ingleses y otros países en donde la recepción del Derecho Romano se operó de forma distinta o limitada, sabemos que desde la Edad Media, con el ‘redescubrimiento’ del Digesto, la generalidad de Europa occidental organizaba los estudios universitarios de Derecho sobre comentarios a la compilación justiniana, modelo que luego fue trasladado a otras universidades como las de América Latina. El aprendizaje de los desarrollos de cada época en el ámbito del derecho local (municipal, feudal, regio, etc.), se hacía ya en la práctica con el ejercicio de la profesión, o incorporado a la enseñanza mediante comentarios y explicaciones de los catedráticos quienes, al explicar e interpretar los textos justinianos, añadían observaciones teóricas y prácticas sobre su relación con el derecho moderno. No fue sino hasta finales del siglo XVII y durante el siglo XVIII que se fueron instituyendo cátedras de derecho nacional en el continente Europeo.

Con el advenimiento de las codificaciones, el estudio del Derecho Romano se empieza a ver cada vez más desligado de la vida jurídica contemporánea, y con ello se empieza a cuestionar la necesidad de su estudio, por haber quedado, si no anulada, al menos oscurecida y menos evidente su utilidad práctica directa. Es entonces que surgen las posturas que en este trabajo llamamos ‘tradicionales’, para plantear respuesta a dichas interrogantes, de las cuales puede decirse que en general sigue habiendo influencia en la manera en que el Derecho Romano se estudia y enseña en la actualidad.

## 1. El Derecho Romano como cultura histórico-jurídica

Para esta corriente<sup>557</sup>, el valor del Derecho Romano dentro de la formación jurídica radica en el hecho de que “es el único sistema jurídico cuyo nacimiento, crecimiento, crisis y deterioro es posible estudiar en su conjunto”<sup>558</sup>. Desde sus inicios hasta la era de Justiniano, es posible conocer el Derecho Romano en las transformaciones que sufrió durante su desarrollo, apogeo, decadencia, hasta llegar al fin de la civilización en que rigió.

En consecuencia, esta corriente pone el énfasis en el Derecho Romano no como *antecedente* del derecho actual, sino en cuanto derecho *distinto* del actual. De esta forma, su estudio permite que el estudiante desarrolle lo que se denomina ‘bilingüismo jurídico’, con lo cual adquiere la posibilidad de “comparar y valorar críticamente formas diversas de producción jurídica y de soluciones de conflictos; y, en segundo lugar, que es formativo por cuanto libera al alumno de una posible propensión a creer que el sistema actual y la *dogmática jurídica* que él emplea habitualmente, son las únicas pensables y realizables en el mundo del Derecho. El estudio del Derecho Romano podrá liberar, así, al joven jurista de un excesivo apego al Derecho positivo bajo cuyos esquemas actúa y le dará una mayor soltura a la hora de tener que enfrentarse con una labor creadora y reformadora”<sup>559</sup>.

La denominación de ‘cultura histórico-jurídica’ conlleva el riesgo de dar la impresión que esta corriente defiende el estudio del Derecho Romano como mera adquisición de conocimientos en la línea del concepto a veces superficial y vacío de ‘cultura general’ y, por ende, sería plenamente atacable desde una óptica que desprecie o infravalore la perspectiva histórica, especialmente en cuanto se concibe como irrelevante a la aplicación práctica del Derecho. Aquello de que ‘es necesario conocer el pasado para comprender el presente y construir el futuro’ es ya un *cliché* o punto común que, como tal, llega a vaciarse de sentido y contenido, aún cuando originalmente encierre profunda sabiduría y valor.

Por eso es importante resaltar que el énfasis de esta corriente no va en esa línea, precisamente porque no enfoca al Derecho Romano como antecedente o fundamento del propio Derecho actual, sino que pretende que el alumno, al conocer un sistema jurídico distinto del propio, pueda liberarse del estudio servil positivista y, con ello, amplíe su horizonte intelectual en el ejercicio de la profesión, colocándose en mejor capacidad de contribuir al enriquecimiento no sólo de su propia práctica profesional (con la capacidad de servir mejor a sus clientes), sino de la más amplia vida jurídica nacional, como abogado, notario, juez, legislador, etc. En nuestra materia concreta, esta postura describiría el sentido histórico más o menos en este sentido: “El Derecho Romano resulta, así, el más eficaz antídoto contra el *studium servile* del legalismo positivista, y supone una insustituible educación del sentido humanístico. Paradójicamente resulta, de esta manera, que el conocimiento del pasado es el remedio contra el inmovilismo, puesto que nos hace concebir como pasajeras las realidades presentes”<sup>560</sup>.

Ramón López Rosa, sobre cuya exposición basamos principalmente el presente capítulo, agrega además que dentro de esta tesis podría añadirse que “siendo el Derecho un aspecto de la cultura o de la civilización, al expresar la concepción que el hombre tiene de los valores sociales y

<sup>557</sup> Entre los expositores de esta corriente, López Rosa cita, entre otros, a Albanese, Baij, Faleciak, Gaudemet, Biscardi, Rodríguez-Ennes, Devoto. Cfr. *Ob. Cit.* Página 94, con su nota al pie número 15.

<sup>558</sup> López Rosa. *Ob. Cit.* Página 94.

<sup>559</sup> *Ibid.*

<sup>560</sup> *Ibid.* Páginas 94 y 95.

morales, nos mostrará en cada caso la fisonomía operativa de cada civilización. Incluso podemos añadir que los procesos de crecimiento y decadencia experimentados por un Derecho cuyo ciclo completo conocemos, pueden servirnos de antecedente, diagnóstico y hasta de advertencia para conocer nuestra propia situación en el mundo de hoy”<sup>561</sup>.

Sin embargo, se critica a esta postura por cuanto reduce al Derecho Romano a cumplir una función más adecuada o propia del derecho comparado, con lo cual no aparece claramente perfilado su valor actual, toda vez que la pretendida ampliación de horizontes y capacidad de valoración crítica del Derecho propio pueden lograrse mediante el conocimiento de otros sistemas jurídicos contemporáneos distintos de aquel que aprende el alumno en las aulas y aplicará en su vida profesional, los cuales, a su vez, tienen más relevancia práctica directa, especialmente en los contextos del Derecho Internacional Público y Privado, y de los procesos de regionalización y globalización.

Asimismo, se critica la idea del bilingüismo jurídico en cuanto desliga u oscurece el enfoque del Derecho Romano como filosofía clásica jurídica, llegando a ignorar su valor que Ihering caracterizaba como profunda revolución interna, transformación completa del pensamiento jurídico, y elemento de civilización moderna. En el mismo sentido, este enfoque sobre el estudio del Derecho Romano deliberadamente no toma en cuenta su trascendencia como elemento formativo del derecho occidental mediante su recepción en la Edad Media y la conformación del *Ius Commune*<sup>562</sup>.

## 2. El Derecho Romano como ordenamiento jurídico perfecto

Esta postura tiene su antecedente en la idea ya presentada durante la Edad Media que concibe al Derecho Romano como *ratio scripta* (razón escrita), válida *imperio rationis non ratione imperii* (por imperio o en virtud de la razón, no en razón o virtud del imperio o poder político), con la cual los juristas medievales defendieron el estudio y vigencia del Derecho Romano al sufrir una de sus primeras crisis, como fue la oposición que sufrió por parte de autoridades políticas que lo veían como un punto de partida justificativo de intromisiones y pretensiones imperialistas y, posteriormente, como base para el absolutismo monárquico (dicha actitud, en parte, fue un factor que limitó la recepción del Derecho Romano en Inglaterra, al ser asumida por los señores feudales en su intento de limitar el poder del rey; de ahí se entiende que, en líneas generales, vaya de la mano con las tendencias que inspiraron la redacción de la Carta Magna).

El carácter propio de la tesis que fundamenta la importancia del estudio del Derecho Romano en su supuesto carácter de ordenamiento jurídico perfecto, sin embargo, se relaciona más con el iusnaturalismo racionalista que con la doctrina jurídica medieval, en la medida en que el Derecho Romano se concibe como una conquista empírica del derecho natural. Para esta corriente, la utilidad de su estudio sería básicamente la misma que la señalada por la tesis de la cultura histórico-jurídica, pero signada por la aspiración del iusnaturalismo racionalista de descubrir un Derecho natural válido en todo tiempo y lugar: “Según esta postura, sirven por igual para superar la visión positivista del Derecho, tanto el estudio de los principios inmutables y generales que condicionan el orden jurídico, como el estudio histórico del Derecho Romano, ciclo completo y conocido. La elaboración doctrinal, a pesar de los peligros de abstracción, llegaría a los mismos resultados que el análisis histórico. Es decir, se puede mantener que el proceso de creación

---

<sup>561</sup> *Ibid.* Página 95.

<sup>562</sup> Cfr. *Ibid.*

histórica cumplido por los romanos vendría a ser o significar una conquista empírica de los mismos principios que la reflexión humana ha plasmado en el llamado Derecho Natural”<sup>563</sup>.

Vale matizar esta tesis con la consideración de que uno de los autores principales de esta corriente es Koschaker, quien concebía el derecho natural como en cierta forma relativo, tomando en cuenta el proceso de su descubrimiento histórico, y no como algo absoluto, a la manera de la tendencia general presente en el iusnaturalismo racionalista: “[el Derecho Natural] se consigue con estricto rigor histórico del parangón de los sistemas de Derecho privado que más han contribuido a la construcción de Europa y del mundo, y en cuya cúspide figura el Derecho Romano, elemento unitivo de esos sistemas”<sup>564</sup>. Es por ello que, según esta concepción, el Derecho Romano tendría un lugar importante en la formación jurídica, mientras que, por otro lado, el carácter suprahistórico o ahistórico del derecho natural en clave racionalista haría innecesario que el mismo se ‘revistiera de las galas de un derecho histórico’ como señalaba Álvaro D’Ors, y es esta precisamente una de las críticas principales que se hace a esta corriente. Ya hemos visto en el capítulo anterior cómo un sector de los juristas imbuidos de las ideas del iusnaturalismo racionalista e involucrados en los procesos de codificación en los siglos pasados concebían la utilidad del Derecho Romano únicamente en cuanto los principios generales y formulaciones teóricas de éste pudieran representar una especie de ‘atajo’ hacia el derecho natural, por lo demás rechazando aquel contenido romanista que no concordara con su particular concepción de lo que el derecho natural es o debiera ser.

Ya en 1852 declaraba Mommsen que justificar el estudio del Derecho Romano sugiriendo que es un derecho perfecto es algo banal, pero útil si no conocemos otro razonamiento con el cual defender nuestra disciplina. En opinión de Mommsen, el Derecho Romano no era perfecto, los juristas romanos no eran superiores a los juristas alemanes de mediados del siglo XIX, y la grandeza del Derecho Romano se debía más bien a la combinación de su origen nacional y su posterior desarrollo universal<sup>565</sup>. Por otra parte, el jurista español Raimundo Fernández Villaverde, en su juicio crítico a una obra del romanista José Otero Carracedo, se expresa de esta manera: “[el influjo del Derecho Romano] no ha sido por igual beneficioso para la humanidad en todos sus principios y teorías. (...) fuerza es reconocer [que el Derecho Romano] prescindió en no pocas de sus doctrinas, del carácter ético, base primordial de toda justicia; que erigió sobre el individuo el poder abrumador de la *civitas*, es decir, del Estado; que consagró en tantas de sus leyes el egoísmo y cierto frío espíritu positivista, gran propulsor y eficaz auxiliar del Pueblo Rey en la conquista del mundo, y que en fin trasladando al orden público fórmulas del civil reunidas en la *lex regia*, fundó la tiranía cesárea del Imperio, sobre la cual modelaron los glosadores y los juristas de la Edad Media al reconstruir las teorías romanas, la base que tuvo en la ciencia del Derecho, el absolutismo político”<sup>566</sup>. No es el propósito de este estudio rebatir las críticas expresadas hacia el Derecho Romano por Fernández Villaverde (aunque nos parece que varias de

<sup>563</sup> *Ibid.* Página 96.

<sup>564</sup> Europa y el Derecho Romano, citado por López Rosa en *Ob. Cit.*, página 96.

<sup>565</sup> Cfr. Periñán, Bernardo. *A Romanistic Approach on Unified European Private Law*. Páginas 107 y 108. Periñán considera que estas afirmaciones de Mommsen destruyen la mística de la importancia intrínseca del Derecho Romano al enfatizar su desarrollo posterior y minimizan el valor de la jurisprudencia clásica, pero que es comprensible dado el contexto en que Mommsen escribía: la época en que se buscaba la formación de una plataforma jurídica común para los pueblos germánicos, y el orgullo gremial de los juristas alemanes que eran los más destacados del momento.

<sup>566</sup> Citado por Justo García Sánchez en El Derecho Romano en la Formación del Jurista: Criterio defendido por un profesor hispalense en 1880, página 28. La obra comentada, en la cita y en el artículo del cual está tomada, es ¿Para qué sirve el Derecho Romano? Crítica y estudio especial de algunos de sus principales puntos, de José Otero Carracedo.

ellas son rebatibles o, por lo menos, que valdría la pena matizarlas; el lector está ya en capacidad de formarse un criterio más equilibrado al respecto luego de lo que hemos expuesto en el capítulo anterior), pero baste el ejemplo para advertir que la idea de que el Derecho Romano sea un ordenamiento jurídico perfecto tiene mucho de ilusorio.

Otra crítica a esta doctrina proviene de quienes consideran el Derecho Romano, específicamente en su fase clásica, no tanto como un dogma perfecto sino más bien como un proceder perfecto, proponiendo su importancia en el ámbito formal y no material: “Diferencia ésta de actitudes que se puede observar en el diverso camino que, a partir de la Baja Edad Media, tomaron Inglaterra y el continente europeo, pues mientras Europa continental incorpora legislativamente las instituciones del *Corpus Iuris*, los ingleses, de manera tal vez inconsciente, reproducen la forma de creación de la jurisprudencia y el Edicto, logrando un sistema original y realista”<sup>567</sup>. Es esta precisamente una de las corrientes que considero más relevantes en la actualidad, y que en cierta forma es en la que se inscribe el presente estudio, según posteriormente se expondrá.

### 3. El Derecho Romano como antecedente del derecho contemporáneo

Esta tesis es una de las más difundidas, y quizá la que más se maneja como justificativo para la inclusión del Derecho Romano en los planes de estudio universitarios<sup>568</sup>. Por tal motivo, este apartado será más extenso que los anteriores, pues añadiremos al final algunos comentarios. Según esta corriente, la importancia de conocer el Derecho Romano radica en que es un antecedente del derecho contemporáneo, especialmente en materia de derecho privado: concretamente, el derecho civil, pero también en el ámbito más general de la teoría de las obligaciones en cuanto aplicable además al derecho mercantil y otras disciplinas jurídicas. En la línea de la analogía lingüística, esta tesis vendría a proponer el estudio romanista no como un bilingüismo sino como una etimología jurídica<sup>569</sup>.

Al enfatizar su carácter de *antecedente*, y no como simplemente *distinto* del derecho actual, esta doctrina coloca al Derecho Romano en su dimensión, más adecuada al desarrollo histórico-jurídico de occidente, como elemento imprescindible de la cultura jurídica de nuestra civilización. En consecuencia, queda reivindicada también la importancia de la segunda vida del Derecho Romano, es decir, su transformación e influencia bajo la doctrina medieval y renacentista, como elemento del *Ius Commune* junto al derecho canónico, y como influencia en el movimiento codificador, por lo que su estudio y la noción de su importancia como elemento formativo histórico-jurídico quedan ampliados y colocados en una posición más adecuada a la realidad, más allá de la circunscripción a la primera vida por la que aboga la tesis de la cultura histórica-jurídica al situar su importancia en su carácter de ciclo completo conocido.

López Rosa expone una modalidad de esta tesis, que considera al Derecho Romano como “Derecho vigente y supletorio en algunas de las nacionalidades españolas de sistema jurídico especial, (...) en cuanto se puede considerar una mera supervivencia del Derecho de Pandectas existente en Alemania hasta la promulgación del BGB. (...) la utilidad del Derecho Romano se

<sup>567</sup> López Rosa. *Ob. Cit.* Página 96, con referencia a Puig Brutau, *La Jurisprudencia Como Fuente del Derecho*.

<sup>568</sup> Entre sus expositores se enumera a Scherillo, Albanese, Betti, Burdese, Dell’Oro, Feenstra, Gaudemet, Laprat, Niederländer, Ott, Pugliese, Seide y Van Oven. Cfr. López Rosa. *Ob. Cit.* Página 96, con su nota al pie número 23. Nótese que se repiten como autores de esta corriente a algunos que también se citan como opinantes en el sentido de la tesis de la cultura histórico-jurídico, como una muestra de que estas diversas corrientes no son necesariamente excluyentes entre sí, sino que pueden complementarse.

<sup>569</sup> Cfr. López Rosa. *Ob. Cit.* Páginas 96 y 97.

verá reforzada en aquellas nacionalidades que todavía lo aplican como Derecho vigente, como es el caso de Baleares, Cataluña y Navarra, aunque sea por vía supletoria<sup>570</sup>. Dicha modalidad, desde luego, resaltaría el valor del Derecho Romano únicamente en los mencionados derechos forales o especiales de España y centraría su interés en el *Corpus Iuris Civilis*, dándole, en principio, una caracterización no aplicable a otras latitudes. Sin embargo, me parece que puede plantearse, a su vez, otra modalidad de esta postura: la que resalta el carácter del Derecho Romano como derecho subyacente al actual, no sólo en cuanto a su influjo en la conformación de sus instituciones, sino además como vigente aunque en forma supletoria (y quizás remota) a través de la remisión que muchas legislaciones actuales hacen a los principios generales del Derecho y la historia fidedigna de la institución como elementos interpretativos para su aplicación<sup>571</sup> (recogida, por ejemplo, en el artículo 10 de nuestra Ley del Organismo Judicial). Puede afirmarse que con esta modalidad de la tesis en comentario, se intenta reivindicar una cierta relevancia práctica del Derecho Romano en la aplicación del actual derecho legislado.

Una crítica a la postura general del Derecho Romano como antecedente del contemporáneo es que reduce su conocimiento a mera explicación del derecho actual, ignorando su valor como elemento de crítica del mismo<sup>572</sup>. Tal crítica queda superada, al menos parcialmente, por la modalidad que defiende su carácter subyacente y supletorio, ya que con ello se abre la puerta a una cierta relevancia actual y práctica del mismo, trasladando su importancia explicativa ('etimológica') al campo de la aplicación del Derecho, trascendiendo lo teórico. No obstante, también hay quienes cuestionan la inclusión del Derecho Romano dentro del concepto de principios generales del Derecho, ya que una de las aspiraciones del movimiento codificador era que la legislación se aplique a la luz de dichos principios pero en cuanto se les concibe como elementos lógicos de la propia sistemática legal, explícita o implícitamente presentes en el propio derecho objetivo legislado, es decir, que dicha remisión interpretativa tendría por objeto el mismo sistema jurídico legislado, no los principios enunciados por los juristas romanos o los doctrinantes de su segunda o tercera vida. Con tal actitud, al desligarse el Derecho Romano de su valor interpretativo para el derecho actual, retoma su pleno vigor la crítica de que esta corriente lo reduce a una mera explicación doctrinal, y en cierta forma se retorna, para efectos prácticos, al servilismo positivista, si bien en un segundo grado, pues al concebir el derecho positivo como un conjunto autosuficiente que contiene sus propios principios, se propone una visión más amplia del mismo. Algunos estudiosos consideran que la tesis del Derecho Romano como antecedente del actual no es tanto errónea, sino incompleta<sup>573</sup>.

En lo personal, considero que si se mira la función explicativa o etimológica del Derecho Romano como una debilitación de su valor, puede estarse partiendo del supuesto (tan común en nuestra carrera y medio) que tiende a privilegiar la práctica por encima de la teoría, cosa que, por un lado, todo buen abogado sabe que no es así y, por otro, es precisamente una de los puntos fundamentales que el Ideario de la Universidad Francisco Marroquín busca combatir, incluso ejemplificándolo de modo explícito en cuanto atañe a la enseñanza del Derecho, como se verá más adelante. Sin embargo, me parece que los romanistas que hacen este señalamiento no parten de esa actitud anti-doctrinaria o anti-teórica, sino más bien de la noción de que el valor del Derecho Romano no se agota en su carácter explicativo del derecho actual, sino que va más allá,

---

<sup>570</sup> *Ibid.* Página 98.

<sup>571</sup> Al respecto, recuérdese lo que ya hemos mencionado en el capítulo anterior, y que Margadant trata también en su precitada obra, a la cual hicimos referencia en su momento.

<sup>572</sup> Cfr. *Ibid.* Página 97.

<sup>573</sup> Cfr. *Ibid.* Página 98.

y por eso, entonces, abogan por tomar conciencia de su valor como elemento de crítica y de formación jurisprudencial, profesional, del jurista.

Por otro lado, aunque permanezca la importancia interpretativa y práctica del Derecho Romano en cuanto historia fidedigna de las instituciones jurídicas, debe tomarse en cuenta que ya desde los tiempos del *mos gallicus* se llegó a ver el estudio histórico del Derecho Romano como una amenaza a la certeza jurídica (entendida como previsibilidad de las sentencias judiciales) en virtud de las divergencias entre las explicaciones que del mismo producía la investigación, y fue precisamente por eso que acabó prevaleciendo en la práctica el *mos italicus* y otras corrientes posteriores que guardan más semejanza con él, al estudiar la doctrina jurídica romana sin referencia a su contexto histórico o, al menos, sin enfatizarlo tanto como lo hacía el humanismo jurídico. En consecuencia, la postura que se adopte en la enseñanza del Derecho Romano respecto a su aplicación como factor histórico de interpretación jurídica e institucional deberá tener en consideración la manera en que ello deba enfocarse, sin excluir la posibilidad de que puedan hallarse vías intermedias o alternas entre los dos extremos que una vez representaron el *mos gallicus* y el *mos italicus*, tomando en cuenta que la ‘oposición’ entre dichas corrientes estuvo muy ligada a presupuestos filosóficos y opiniones culturales de su época, superados o superables en la actualidad, además de que ya corrientes posteriores han mostrado modos distintos de integrar el conocimiento romanista a la interpretación jurídica, tanto para fines doctrinales como prácticos (sin perjuicio de la crítica que a algunas de ellas se hizo, como ya hemos visto, por aquello de la ‘mercadería de contrabando’).

Aún así, es sabido que la relevancia práctica del Derecho Romano se encuentra ya oscurecida en nuestros tiempos (‘superada’ dirían algunos) o, al menos, no se vislumbra tan directa y clara como algunos quisieran. Quienes amamos el Derecho Romano hemos de estar concientes que nuestro personal gusto por la materia a veces tiene mucho de placer estético o espiritual que no cabe esperar o exigir de todos, y de que, en efecto, la aplicación práctica del Derecho puede –y, en buena parte, debe– apoyarse sobre los desarrollos recientes de la ciencia jurídica. No obstante, ello de ninguna manera debe conducir a abandonar o menospreciar la importancia que tiene la formación histórica y humanística del jurista en general y, en concreto, en cuanto nuestra materia es una de las fuentes principales que a ello contribuyen, pues ignorar estas dimensiones equivaldría a mutilar gravemente la comprensión que el profesional del Derecho pueda formarse sobre la compleja experiencia jurídica de la humanidad. Sin embargo, las afirmaciones anteriores sirven más bien como un comentario a las características y fines del estudio romanista según las posturas tradicionales, pero en seguida veremos que, en la actualidad, el valor del Derecho Romano empieza a redescubrirse, a resurgir, bajo nuevas formas más adaptadas a la realidad actual, en las cuales se plantea la cuestión en términos y contextos distintos.

## II. POSTURAS ACTUALES

La realidad mundial de nuestros tiempos es muy distinta de la que se vivió en el siglo XIX y parte del XX. El Derecho, lógicamente, no es ajeno a los cambios que se han producido y, dentro de ese contexto, se continúa abordando el tema de la importancia, fines y valor que la ciencia iusromanista ha de tener para el jurista de inicios del tercer milenio, dando como resultado otras corrientes y tendencias que imprimen nuevas características y señalan nuevos rumbos para nuestra materia, descubriendo con ello otras posibilidades y campos de contribución en que el estudio del Derecho Romano pueda aportar a la realidad jurídica de nuestro tiempo.



En consecuencia, en la presente sección abordaremos, como cuestión previa, una breve descripción de los aspectos jurídicos de la llamada globalización, para luego exponer las corrientes principales que algunos romanistas han señalado dentro de tal contexto. Cabe hacer la aclaración preliminar que el valor del Derecho Romano no se agota en la contribución que pueda prestar para la configuración jurídica de los procesos de globalización y regionalización que prácticamente todos los países del mundo, en una u otra forma, atraviesan en el presente, y esto, a mi criterio, queda más claramente delineado en la segunda corriente que trataremos, en cuanto ella plantea el valor actual del Derecho Romano en términos de aplicación más general e independiente del contexto de la globalización. Asimismo, no está de más recordar que la globalización es un tema complejo que, como todo fenómeno de cambio, ha sido objeto de críticas y tendencias opositoras, por diversos motivos principalmente de índole ideológica cuyo análisis y valoración no corresponden al presente estudio.

### 1. El Derecho y la Globalización

Dado el carácter general que inspira estas partes de nuestro estudio y, en concreto, el hecho de que este tema de Derecho y globalización se aborda en este punto con la exclusiva finalidad de proveer un marco de referencia muy básico a partir del cual el lector pueda comprender mejor la postura que un sector de la doctrina romanista adopta al respecto, basaremos este apartado principalmente en un breve pero bien investigado artículo del jurista Sabino Cassese, Vice-Presidente de la Corte Constitucional de Italia y catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Roma-La Sapienza, en el cual dicho autor aborda los temas de fases y modalidades de la globalización jurídica y las ‘leyes’ que gobiernan dicho proceso (‘leyes’ en el sentido de mecanismos y procesos subyacentes, no como normas jurídicas positivas), sin perjuicio de que este tema puede ser ampliado y tratado bajo distintos enfoques en otras fuentes que el lector pueda consultar.

Expone Cassese que, conforme el iusnaturalismo fue perdiendo terreno en los siglos XVIII y XIX (recordemos en este sentido lo que ya se expuso en el capítulo anterior sobre las características y aspiraciones del iusnaturalismo racionalista –que a su vez se expondrán más detenidamente en el capítulo IV de este trabajo–, y la reacción que contra ello representaron las corrientes historicistas), el pensamiento jurídico fue distinguiendo entre ‘jurisprudencia local’ y ‘jurisprudencia universal’ o ‘jurisprudencia particular’ y ‘jurisprudencia general’. El pensamiento jurídico universal o general se basó en principios comunes a diversos sistemas de derecho positivo pero, a decir de Cassese, “era universal, pero este universo era estrecho y atemporal”<sup>574</sup>, incluyéndose en dicho panorama los escritos iusromanistas, decisiones de jueces ingleses, y algunas normas de los códigos francés y prusiano<sup>575</sup>.

En el siglo XX, se perdió la línea divisoria entre jurisprudencia general y local, llegándose a plantear que “todo pensamiento jurídico es necesariamente internacional y universal”<sup>576</sup>. Sin embargo, apunta Cassese que estos autores eran positivistas y, en consecuencia, dada la identificación entre Derecho y Estado que postula tal doctrina, consideraban que un Derecho universal requiere un solo soberano o gobierno y una sola comunidad jurídica mundial. En tal sentido, la idea de universalidad se extendió en el pensamiento jurídico, pero sin afectar el relativismo de los sistemas positivos estatales.

<sup>574</sup> Cassese, Sabino. *The Globalization of Law*. Página 979. La traducción es mía.

<sup>575</sup> Cfr. *Ibid.*

<sup>576</sup> *Ibid.*, citando a Raymond Saleilles, *Le Code Civile 1804-1904*. La traducción es mía.

Hacia la segunda mitad del siglo XX comenzó a difundirse la idea de que el Derecho, especialmente el derecho privado, trascendía el dogma estatalista que había sido implementado mediante las codificaciones, con las cuales el Estado había tomado control de las normas jurídicas aplicables a relaciones privadas. En cuanto al derecho público, se observó que la extensión de sus normas e instituciones se iba produciendo a través de la imitación hecha por un Estado de las instituciones públicas de otro<sup>577</sup>.

En la actualidad se están dando procesos de transferencia jurídica mediante los cuales una norma o institución es trasladada de un sistema o contexto jurídico a otro. Estos procesos no son en sí nuevos, pero sí han aumentado en proporción e importancia durante los tiempos recientes. El autor en que nos basamos expone que los mismos adoptan cinco principales formas<sup>578</sup>:

- Transferencia directa de instituciones de un sistema jurídico nacional a otro.
- La imposición de un principio jurídico global sobre administraciones públicas nacionales.
- La imposición por parte de un órgano jurisdiccional global de un principio jurídico común, no únicamente sobre Estados sino también de sistemas jurídicos nacionales.
- Principios jurídicos trasladados desde un sistema jurídico nacional hacia el nivel global.
- Una o más instituciones se trasladan hacia otros contextos a nivel global.

Dichas formas de transferencia, a su vez, pueden producirse en dos sentidos<sup>579</sup>:

- **Horizontal:** si la norma o institución pasa de un contexto jurídico local o particular a otro contexto jurídico local o particular.
- **Vertical:** si la norma o institución pasa de un contexto jurídico local o particular a un contexto jurídico universal o general.

Existen tres instrumentos o vehículos principales que se utilizan para lograr e implementar la interacción regulatoria o normativa entre Estados, especialmente en ámbitos relacionados con el comercio<sup>580</sup>. Dependiendo de los fines que persigan, puede distinguirse entre:

- Métodos que promueven la **convergencia o uniformidad** regulatoria.
- Métodos que promueven la **cooperación** regulatoria.

La convergencia o uniformidad regulatoria se realiza principalmente a través de alguno de los siguientes mecanismos:

<sup>577</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 980 y 981.

<sup>578</sup> Cfr. *Ibid.* Página 978. Colocaremos al pie de página los ejemplos que da el autor citado, en aras del espacio, claridad y sencillez en el texto principal.

<sup>579</sup> Cfr. *Ibid.* Página 981.

<sup>580</sup> Para todo lo que sigue, consúltese: *Trans Atlantic Consumer Dialogue. TACD Briefing Paper on Mutual Recognition Agreements (MRA's)*.

- **Armonización:** mediante el cual se toman dos o más estándares o procedimientos y se convierten en uno solo.
- **Equivalencia:** mediante el cual se dejan intactos dos o más estándares o procedimientos pero se les considera como el mismo pues, en teoría, producen igual o similar resultado.

El reconocimiento mutuo, en cambio, es diferente, pues como vehículo para cooperación regulatoria, puede estar basado en armonización, equivalencia, o criterios externos tales como los estándares de la parte importadora o estándares internacionales. En un acuerdo de reconocimiento mutuo, dos o más partes acuerdan reconocer y aceptar una serie de regulaciones porque han sido armonizadas, consideradas como equivalentes, o satisfacen otros criterios externos convenidos. Es a través de estos acuerdos de reconocimiento mutuo que se lleva a cabo principalmente la transferencia *horizontal* que antes señalábamos: ellos no implican la mera aceptación por parte de un Estado de las normas que otro aplica a bienes, servicios y comercio, sino que pueden requerir un cambio en las normas del otro Estado. Tienen, además, una fuerza traslativa en virtud de que, al suscribir un similar acuerdo con otro Estado, puede ocurrir que se implementen en dicho acuerdo las mismas disposiciones convenidas en un acuerdo anterior. Al incorporar al reconocimiento los procesos productivos, su influencia se extiende a otros sectores relacionados con el comercio, tales como el medio ambiente, condiciones laborales, protección al consumidor y de seguridad, etc. Conforme se van mezclando de esta manera diversas normas nacionales, se incrementa la necesidad de marcos comunes implementados por organizaciones multilaterales<sup>581</sup>.

También se produce la transferencia *vertical* de instituciones y normas, por ejemplo, en casos como estos: el núcleo mínimo de protección y estándares laborales consagrado como norma del comercio internacional, con la pregunta relevante de si se ha hacer cumplir por un Estado individual o por la comunidad internacional; la definición de un marco de Derecho Penal Universal que establezca figuras delictivas como los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio, ante la necesidad de castigar delitos que posiblemente no se persigan (por diversos motivos, entre ellos, políticos) a nivel local, al efecto dando competencia para juzgar dichos crímenes a tribunales de otros Estados o estableciendo cortes regionales o internacionales; la expansión del principio del debido proceso y derecho de defensa, desarrollado para incluir no ya sólo a individuos sino además a Estados y entidades privadas. Se está produciendo además un aumento en la cantidad de normas relativamente uniformes de aplicación cada vez más universal, especialmente en el ámbito del comercio, pues se considera que los fenómenos que afectan el comercio internacional son de tal naturaleza que no pueden ser controlados por los Estados, sino requieren protección a nivel global<sup>582</sup>.

Por último, Cassese expone tres ejes principales a evaluar en el intento de responder la pregunta que se plantea sobre si existe un mecanismo impulsando este proceso de penetración y armonización mutua, o más bien depende de las políticas de gobiernos locales. Al respecto, menciona tres puntos:

- La coexistencia entre unidad jurídica (mundial) y diferenciación (de sus partes).

---

<sup>581</sup> Cfr. Cassese. *Ob. Cit.* Página

<sup>582</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 982 a 986.

- El proceso del patrimonio jurídico mundial y los factores que condujeron a su crecimiento.
- El equilibrio emergente entre ordenamientos locales dentro del contexto global.

Sobre el primer punto, si bien existen varios principios e instituciones de los cuales ningún sistema jurídico puede prescindir, también es cierto que cada día se hace más marcada la distancia existente entre diversos sistemas nacionales o locales. Apunta el autor citado: “Los relativistas, que creen que cada sociedad tiene su propio derecho creado por el Estado, subestiman la habilidad de los sistemas legales para adaptarse, para convivir, y por ende para cambiar. Al otro lado del espectro teórico, un grupo más reducido de universalistas, que creen que la globalización jurídica es ahora dominante, sobreestiman la unidad y uniformidad del orden jurídico global, así como su habilidad de compeler a sistemas legales nacionales”<sup>583</sup>.

Respecto al segundo tema, considera que existe una especie de ciclo: conforme aumenta la comunicación, se van haciendo más notorias las diferencias, dando lugar a instrumentos globales para corregirlas, los cuales no están exentos de defectos. Así, opina el autor citado que incluso los movimientos anti-globalización han contribuido a conformar la globalización misma al resaltar lo que consideran sus defectos, dando con ello lugar a que se formulen mecanismos mediante los cuales se pretende solucionarlos. Por último, la globalización jurídica no es un fenómeno uniforme en todos los sectores, estando más desarrollado en algunos e inexistente en otros.

## 2. El Derecho Romano como patrimonio jurídico común

En su citado estudio, López Rosa plantea esta corriente como una tercera modalidad de la postura que ya hemos expuesto y comentado en la sección anterior, del Derecho Romano como antecedente del derecho contemporáneo. Sin embargo, considero más oportuno ubicarla en el presente apartado como una postura autónoma ya que, si bien es cierto que se le puede considerar como una modalidad de la tesis anterior mencionada, también lo es que la manera en que plantea la utilidad y valor del Derecho Romano, y los fines que en ello vislumbra, le colocan ya en un nuevo contexto que, a mi criterio, merece ser tratado de modo independiente a lo que hemos clasificado como posturas tradicionales: esta corriente se inscribe en el marco del desarrollo jurídico actual, y contiene propuestas que, aún partiendo de la consideración del Derecho Romano como antecedente del contemporáneo, a mi parecer le dotan de suficiente sustantividad propia por cuanto plantea una aplicación del conocimiento iusromanista mucho más cercano a la realidad jurídica del momento, que no se limita a la explicación teórica, como se criticaba a la postura tradicional de la cual parte<sup>584</sup>.

Se entiende que esta postura encierra gran relevancia en los procesos de regionalización y globalización jurídica desde que la misma “propugna considerar al Derecho Romano como antecedente no sólo de nuestro propio sistema jurídico [el autor original se refiere al sistema español], sino Derecho histórico común a todos los pueblos de Europa continental y a las nuevas nacionalidades producto de la colonización europea en hispanoamérica y en África, e incluso a

<sup>583</sup> *Ibid.* Página 987. La traducción es mía.

<sup>584</sup> Este ‘redescubrimiento’ de una cierta relevancia práctica del Derecho Romano como elemento constitutivo de su valor actual es, por su lado, uno de los criterios que, a mi entender, separan las corrientes actuales de las tradicionales, según mencioné antes. Aún si no considera de peso suficiente las razones que en el párrafo de arriba he apuntado, permítame el lector ubicar el tratamiento de esta postura en este lugar del trabajo, siquiera en atención a su marco temporal o cronológico de relevancia.

pueblos que han asimilado la cultura europea como Turquía y Japón. El Derecho Romano constituiría así un poderoso elemento cultural para formar una conciencia jurídica común en todos los países que siguen la tradición románica, y base imprescindible para preparar la unificación jurídica del futuro”<sup>585</sup>.

Esta postura estuvo, al menos en sus inicios, relacionada con las doctrinas del ya mencionado Koschaker, “quien propició (...) una *vuelta* a Savigny y al proceder eminentemente europeo del *mos italicus*. Así, el papel del Derecho Romano consistiría en elaborar una dogmática jurídica supranacional como en otro tiempo hicieron los Comentaristas, sólo que, en lugar de partir de los estatutos locales italianos, se ha de construir un sistema que supere las legislaciones y los Códigos nacionales. De esta manera la temática del Derecho Romano se conduce al ámbito del Derecho Internacional Privado. Incluso parece como si Koschaker pretendiera, con esta dirección que el movimiento unificador englobase también a los sistemas del *Common Law*. (...) Pienso Koschaker que se aproxima la hora de la unificación legislativa universal y cree que los romanistas de todo el mundo pueden llegar a jugar un papel semejante al que desempeñó la pandectística alemana en los años que precedieron a la promulgación del BGB. Sería este un nuevo servicio a la Ciencia jurídica práctica que podría despertar un renovado entusiasmo por su estudio, y superar así el abismo que la crítica histórica ha creado entre la investigación romanística y la vida jurídica cotidiana”<sup>586</sup>.

Desde luego que la postura de Koschaker no es la única que se ubica en esta corriente, y además adolece de defectos como los que señala López Rosa al afirmar que la misma reduce la utilidad e interés del Derecho Romano a sus consecuencias en las actuales codificaciones: como habíamos apuntado, Koschaker da lugar al Derecho Romano en tanto que admite cierto recurso al estudio de los procesos históricos en el descubrimiento del Derecho Natural, mas no por ello se separa de una cierta actitud antihistórica, como señala López Rosa al criticar este punto. “Mediante el aprovechamiento de sus componentes de Derecho Natural podría conseguirse independizarlo, en cierto grado, de su fundamento europeo”<sup>587</sup> expresa Koschaker. Para López Rosa, es criticable que Koschaker “propicia el acercamiento al sistema del *Common Law*, pero no se advierte cómo se hará ello posible desde la perspectiva del estudio dogmático. Sitúa también como dos actividades polarmente distintas el Derecho de juristas (estudio práctico-dogmático) y el Derecho de profesores (estudio histórico), sin darse cuenta que el Derecho universal del futuro, si lo hubiera, podía, muy probablemente, surgir de una síntesis entre el estilo de ambas formas de actividad”<sup>588</sup>. Hemos de tener en cuenta que Koschaker escribía en una época distinta a la nuestra, y con una mentalidad más cercana al iusnaturalismo racionalista, por lo que promueve la idea de un derecho universal.

Otros autores escribiendo ya en la época de la globalización plantean el asunto en dimensiones más actuales y realistas. Así, por ejemplo, al analizar la coexistencia entre unidad y diferenciación jurídica, Cassese señala que el orden jurídico emergente en la globalización se muestra como un sistema binario, en el que las diferencias coexisten con un núcleo de principios comunes: en su opinión, el actual panorama mundial no se diferenciaría fundamentalmente de otros ejemplos históricos, dentro de los cuales cita expresamente al Derecho Romano, con su

<sup>585</sup> López Rosa. *Ob. Cit.* Página 99. Téngase en mente que, como hemos apuntado en la sección anterior, la integración jurídica global y regional no adoptan exclusivamente la forma de la unificación; antes bien, incluso puede decirse que predominan los otros mecanismos cuya básica explicación se esbozó anteriormente.

<sup>586</sup> *Ibid.* Página 99.

<sup>587</sup> Koschaker, citado por López Rosa en *Ob. Cit.*, página 99.

<sup>588</sup> López Rosa. *Ob. Cit.* Página 100.

vocación universal pero tolerante de diversas normas internas, y el derecho medieval con su *Ius Commune* que convivió con ordenamientos locales y los comunicó entre sí<sup>589</sup>.

Refiriéndose al ámbito europeo, Bernardo Perrián explica que desde 1957, año en que se firmó el Tratado de Roma como antecedente de la Unión Europea, se ha venido percibiendo la necesidad de un renovado *ius commune* en el derecho privado que ayude a eliminar obstáculos al desarrollo del mercado comunitario europeo y el intercambio de recursos. Los principios de dicho *ius commune* ya están tomando forma, influyendo sobre legislaciones nacionales y allanando el camino hacia una nueva cultura jurídica europea, en la cual “la jurisprudencia está re-emergiendo como un factor determinante, y al mismo tiempo, y para sorpresa de muchos, la tradición Romana está floreciendo de nuevo”<sup>590</sup>, lo cual dicho autor atribuye a, por un lado, la herencia romanista de las codificaciones civiles y, por otro, la base jurisprudencial del sistema jurídico anglosajón. Cita como ejemplo la labor avanzada por UNIDROIT, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, una organización intergubernamental independiente (con sede en Villa Aldobrandini en Roma), cuyo propósito es estudiar necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado y, en particular, el derecho comercial entre Estados y grupos de Estados. Nacida en 1926 como un órgano auxiliar de la Liga de Naciones, el Instituto fue reinstaurado en 1940 con base en un acuerdo multilateral<sup>591</sup>. Perrián concluye su artículo diciendo que “El Derecho Privado Europeo estándar debería ser simple, como lo fue el Derecho Romano; y si ha de prosperar y convertirse en un nuevo *ius commune*, necesitará evitar un choque con la tradición jurídica de legislaciones nacionales. Ha pasado mucho tiempo desde que el Derecho Romano era válido *ratione imperii*, pero nuevos caminos se están sentando para su renacimiento *imperio rationis*”<sup>592</sup>. Comenta también dicho autor otros aspectos sobre este renacimiento actual del Derecho Romano, los cuales citaremos y comentaremos en el apartado siguiente, por corresponder más propiamente a la segunda de las posturas actuales a tratar en este estudio.

En lo que atañe a Latinoamérica, el estudioso Bartolomé Gil Osuna plantea que “El debate científico sobre la Integración y Unificación del Derecho en América Latina no ha sido nunca abandonado, es una idea propuesta por las mismas necesidades del Continente”<sup>593</sup>, y cita las siguientes palabras de Simón Bolívar: “Los Estados del Istmo desde Panamá hasta Guatemala formarán quizás una asociación. Esta magnífica posición entre los dos mares podrá ser con el tiempo el emporio del universo. Sus canales acortarán las distancias del mundo; estrecharán los lazos comerciales de Europa, América y Asia, traerán a tan feliz región los tributos de las cuatro partes del globo. ¡Acaso sólo allí podrá fijarse algún día la capital de la tierra, como pretendió Constantino que fuese Bizancio la del antiguo hemisferio!”<sup>594</sup>, aspiración del Libertador con quizá excesivo optimismo que, evidentemente, parece muy lejana de realizarse. Ya el mismo Bolívar expresaba que “El Derecho Romano, como base de la legislación universal, debe estudiarse”<sup>595</sup>. En opinión de Gil Osuna, “el derecho uniforme es el mejor camino para lograr la Integración jurídica en el contexto de la globalización, pero es el más delicado y difícil. (...) Lo que debe buscarse es la uniformidad de los principios fundamentales para llegar, después, a la

<sup>589</sup> Cfr. Cassese. Ob. Cit. Página 988.

<sup>590</sup> Perrián. Ob. Cit. Página 109. La traducción es mía.

<sup>591</sup> Cfr. About UNIDROIT, en <http://www.unidroit.org/english/presentation/main.htm>.

<sup>592</sup> Ibid. Página 111. La traducción es mía.

<sup>593</sup> Gil Osuna, Bartolomé. El Derecho Romano en la Integración Frente al Fenómeno de la Globalización en América Latina. Página 207.

<sup>594</sup> Carta de Jamaica, Kingston, 6 de septiembre de 1815, citado por Gil Osuna en Ob. Cit., página 207.

<sup>595</sup> Citado por Gil Osuna en Ob. Cit., página 208.

unidad de los preceptos”<sup>596</sup>. Plantea el citado autor la unificación de principios en materia de obligaciones y contratos a nivel latinoamericano, dentro de la conformación de un *ius gentium* latinoamericano que, en su opinión, tiene como ventaja no sólo el patrimonio jurídico común de los países de América Latina, sino además el carácter universalista de la mentalidad de los juristas latinoamericanos, como resalta el autor citando a Castán Tobeñas y Ascarelli. Gil Osuna, como él mismo enuncia, “se sustenta en una posición fundamentalmente latinoamericanista”<sup>597</sup>, y se pronuncia decididamente a favor de la uniformidad jurídica. Ambas opiniones son, desde luego, no necesariamente compartidas por toda la doctrina, y merecen una atención más detenida y crítica que la que él mismo puede dedicarle en su ponencia citada, o la que se puede brindar en las presentes páginas. Sin embargo, nos ha parecido importante mencionar sus observaciones, en virtud de que ofrece una visión concreta sobre el ámbito latinoamericano en la línea de la postura actual sobre el Derecho Romano que estamos comentando, y porque, más allá de los planteamientos concretos a los que llega dicho autor en virtud de sus particulares opiniones al respecto, es relevante exponer la contribución que el sentido universalista del Derecho Romano puede brindar en el actual panorama mundial.

Hasta el momento hemos tratado del Derecho Romano como patrimonio jurídico común en Europa continental y América Latina, regiones en las que, por obvios motivos históricos, dicha característica aparece con más claridad e inmediación. Sin embargo, López Rosa señala en su análisis otras esferas en que se enfoca el patrimonio jurídico común romanista, o en las cuales el mismo resulta esclarecedor. Por un lado, expone que el Derecho Romano “ya no es patrimonio exclusivo de naciones asentadas en unos determinados presupuestos ideológicos, tras las últimas reformas en los antiguos países del Este. (...) no deja de ser paradójico que, habiendo sido el Derecho Romano núcleo capital de gran parte de las modernas legislaciones occidentales, ‘sea precisamente en los países antes llamados del Este donde se está produciendo un mayor resurgir de los estudios romanísticos, con la consiguiente afirmación, en esa zona cultural y geográfica, de un interés, cada vez más notable, por el estudio de nuestra disciplina’. Y es que el Derecho Romano se estudiaba, con carácter obligatorio e independiente, en todas las Facultades de Derecho de los países denominados socialistas, reconociéndose al Derecho Romano no sólo valor histórico sino también carácter teórico y práctico en la formación de los juristas”<sup>598</sup>. Menciona también, como lo hemos hecho antes, los códigos de países tan lejanos como Vietnam y Japón, que se han basado en buena medida sobre los modelos de la codificación europea y, por consiguiente, participan ya en cierta forma de la herencia romanista.

Por último, “a pesar de la influencia del Derecho Romano en los sistemas codificados o cerrados, no se puede olvidar que la jurisprudencia romana supone una actividad creadora en constante progreso y, como tal, no sólo es punto de partida de los sistemas abiertos –como el inglés o el norteamericano–, sino referente de la máxima utilidad para el proceso de creación y adaptación del Derecho a las necesidades de nuestra época, en una labor muy próxima al *Ius honorarium*”<sup>599</sup>. Ya se ha citado anteriormente cómo el sistema jurídico anglosajón o angloamericano, al poner énfasis sobre la creación o descubrimiento jurisprudencial o judicial del Derecho, entra en contacto con los modelos del Derecho Romano clásico que, si bien no es debido a una herencia histórica romanista, no obstante es un factor a tener en cuenta en la presente época, en virtud de otros desarrollos en la ciencia y enseñanza jurídica que se están dando en estos tiempos, los

<sup>596</sup> *Ibid.* Página 209.

<sup>597</sup> *Ibid.* Página 206.

<sup>598</sup> López Rosa. *Ob. Cit.* Páginas 100 y 101. Citando a Lozano Corbi, con referencia a Aparici Díaz.

<sup>599</sup> *Ibid.* Página 100.

cuales, al confluir con el romanismo, señalan a éste nuevas oportunidades y funciones que cumplir, no ya sólo en la educación y enseñanza de profesionales del Derecho, sino en la auténtica formación de verdaderos juristas. Así, el carácter del Derecho Romano como patrimonio jurídico común adquiere nuevas caracterizaciones que van más allá del legado propiamente institucional. En este punto, comienza a tomar forma otra postura actual en torno a la importancia del Derecho Romano que, si bien va de la mano en muchas maneras con la que estamos comentando, es susceptible y merecedora de tratarse por separado, en virtud de la importancia que reviste y, además, porque considero que es separable del contexto internacional y global en el que nace, para poder servir de base a planteamientos de aplicación más general, independientes del marco de globalidad o ‘transnacionalidad’ que está más vinculado a la postura que en este momento concluimos.

### 3. El Derecho Romano como fuente de formación jurisprudencial

Por lo menos, desde finales del siglo XIX, podemos encontrar opiniones como la sostenida por Leopoldo Alas<sup>600</sup>, a cuyo juicio “su excelencia [la del Derecho Romano] no está en todo el Derecho, como pretenden sus partidarios, sino exclusivamente en el modo de aplicación”<sup>601</sup>. Otro catedrático ovetense, Manuel Miguel de las Traviesas, se expresaba en estos términos: “La mejor escuela de educación, no sólo del espíritu jurídico, sino del sentido que implica el movimiento de la libre jurisprudencia (desligada de la ley) es el estudio del Derecho romano. En esta óptica se manifestó el Congreso Internacional de Ciencias Históricas, celebrado en Roma el año 1903, porque unánimemente mantuvo la necesidad de la enseñanza del Derecho romano en las Facultades de Europa, aunque contra su valor dogmático y exegético se mostraron algunos estudiosos, como Lambert. Mommsen en 1848 ya había defendido: ‘Si aspiramos a desenvolver un Derecho que sea propio para ciudadanos libres, podemos fundarlo en el Derecho del período clásico, al menos por lo que afecta al Derecho civil’<sup>602</sup>, y García Sánchez concluye su citado escrito diciendo que “Tampoco se puede olvidar que el Derecho romano es la lengua franca de los juristas europeos, y es un elemento básico para la interpretación de las normas vigentes en las naciones europeas, además de constituir *un instrumento fundamental para la formación de juristas, con especial atención al caso y solución justa del mismo*”<sup>603</sup>.

Por su parte, Periñán apunta que “Parece razonable pensar que si algún día existe un Derecho Privado Europeo unificado, enfocará su atención, conciente o inconcientemente, sobre Roma y sobre el Derecho Romano, *no necesariamente como un modelo para instituciones específicas (...) sino más bien por el ejemplo de su esquema y sus reglas. (...) Tan temprano como 1954 d’Ors hablaba de un ‘nuevo ius gentium privatum’ en la Jurisprudencia, basado en el *entrenamiento común de los juristas en los fundamentos técnicos del Derecho Romano*, más que en cualquier resurrección del *Corpus* justiniano como derecho prevaleciente. Hablar en estos términos no es tan hipotético o utópico hoy como lo era en 1954”<sup>604</sup>. En sintonía con esta idea se manifiesta*

<sup>600</sup> Doctor *utriusque iuris*, y catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Oviedo desde 1883, quizá más conocido por el público general como escritor literario, bajo su seudónimo ‘Clarín’, de obras como “La Regenta”.

<sup>601</sup> Citado por García Sánchez en *Ob. Cit.*, página 29. Alas era partidario de la corriente que mira en el Derecho Romano nada más que una “asignatura preparatoria, pero únicamente para el Derecho Civil, que encuentra su base u origen en él”. No obstante su actitud ‘escéptica’ o limitativa respecto del valor del Derecho Romano en su dimensión dogmática institucional, su opinión arriba citada constituye ya un antecedente de una postura en torno al romanismo que actualmente está cobrando nuevo vigor, definiéndose y profundizándose a la luz de la realidad contemporánea.

<sup>602</sup> Citado *Ibid.* Páginas 35 y 36.

<sup>603</sup> *Ibid.* Página 37. El énfasis en itálico es mío.

<sup>604</sup> Periñán. *Ob. Cit.* Página 110. La traducción y los énfasis en itálicas son míos.



López Rosa, al expresar que “Por nuestra parte, en cuanto Derecho clásico, concebimos al Derecho Romano no tanto como un dogma perfecto, sino sobre todo como proceder perfecto. Pensamos que al jurista contemporáneo, en cuanto modelo, le interesa más la imitación de la forma romana de creación jurisprudencial que la imitación material de sus instituciones. [...] Por ello se podría decir que, en cierta manera, la vuelta a Savigny que propiciaba Koschaker puede que sea una realidad, sólo que el modelo será el Derecho clásico y no el justiniano, del que imitaremos su perfecto proceder, es decir se tratará de una imitación formal, no material. La nueva actividad docente será, entonces, una síntesis en la que se fundirá el *Derecho de profesores* y el *Derecho de juristas*, ya que la consideración casuística es, a la vez, teórica y práctica”<sup>605</sup>.

Fernández Barreiro afirma que “cada vez es más importante la fuerza de las corrientes doctrinales, que tratan de orientar la ciencia y los sistemas jurídicos hacia los caracteres estructurales y operativos de los Derechos jurisprudenciales: es bien sabido que esa es la fisonomía que presenta la tradición jurídica europea hasta el momento de las codificaciones... si bien tampoco puede desconocerse que la llamada doctrina científica y la jurisprudencia de los tribunales han desempeñado una función verdaderamente creadora de Derecho en los sistemas jurídicos codificados. La concepción jurisprudencial del Derecho parece poder dar respuesta, además, a algunos anhelos que no es difícil de apreciar en nuestro tiempo”<sup>606</sup>.

En síntesis, podemos decir que actualmente se desarrolla, no sólo en un sector de la doctrina jurídica, sino también entre los profesionales del Derecho, una corriente de opinión que enfatiza la necesidad de dotar al profesional con las herramientas –intelectuales y técnicas– necesarias para lograr una aplicación del Derecho al caso concreto que trascienda la aplicación mecánica, ‘lógica’ y acrítica de la norma legislada, abierta al ‘descubrimiento’ de la norma mediante la consideración casuística a la luz de la realidad jurídica concebida como integrada por múltiples elementos no todos encasillados en la formulación apriorística del legislador. Tal idea es una respuesta a las manifiestas deficiencias que conlleva una concepción legalista y positivista del Derecho, no sólo ante la eventual inexistencia de una norma legislada aplicable al caso, o la posible insuficiencia de esta para normar supuestos o matices no contemplados por ella como consecuencia del desarrollo de la realidad, sino además ante la posibilidad de que su aplicación ciega pugne con criterios de justicia, equidad y conveniencia que se considere deban ser tomados en cuenta. En este sentido, puede afirmarse que la necesidad de trascender el esquema mental de aplicación servil del derecho objetivo legislado responde, por un lado, no tanto –o no sólo– a desacuerdos filosóficos o ideológicos con los presupuestos que inspiran tal actitud, sino también a necesidades muy prácticas y palpables del cotidiano desenvolvimiento de la experiencia jurídica de los individuos y la sociedad, y, por otro lado, a exigencias del Derecho objetivo en su dimensión como instrumento que tiene por punto de partida en su existencia y como centro de enfoque en su aplicación a la persona humana, entendida tanto como dotada de una naturaleza que conlleva una esfera inviolable de derechos con sus correspondientes obligaciones ante sus semejantes, como en cuanto inmersa en una concreta realidad social y cultural sujeta a variaciones en el tiempo y el espacio que reclaman las necesarias adaptaciones, no previsibles *a priori* en la formulación legislativa.

Ante tal situación, el Derecho Romano se revela actualmente como la fuente más idónea de la cual beber esas cualidades técnicas e intelectuales que exige la vivencia jurídica. En específico,

<sup>605</sup> López Rosa. *Ob. Cit.* Páginas 96 y 108.

<sup>606</sup> Fernández Barreiro. *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho*. Página 15. Citado por López Rosa en página 102 de *Ob. Cit.*

las opiniones de los estudiosos parecen apuntar unánimemente hacia el Derecho Romano Clásico como modelo del cual partir hacia la consecución de los señalados objetivos. Al denominar a esta corriente ‘el Derecho Romano como elemento de formación jurisprudencial’ he querido hacer énfasis, no tanto en lo que concretamente se llama formación jurisprudencial del Derecho en el sentido de producción normativa mediante fallos judiciales, sino más bien tomando ‘formación’ en su sentido como sinónimo de educación, enseñanza, instrucción, por considerar que es en la fase de la preparación profesional del futuro jurista en la cual tiene más directa relevancia y campo de trabajo la materia del Derecho Romano enfocada con las características anteriormente señaladas, y ‘jurisprudencial’ en el sentido de aplicación de la virtud o arte de la prudencia jurídica, es decir, el esfuerzo intelectual y práctico dirigido a la solución del caso concreto. Además, en todo caso, la contribución a la realidad jurídica que pueda lograrse mediante fallos judiciales tiene como presupuesto necesario, en virtud del principio dispositivo procesal, el alegato de los abogados de las partes, que el juez acoge o rechaza, matizándolos y añadiendo sus propias consideraciones dentro del ámbito de su potestad y competencia, y ¿quiénes serán esos abogados, quiénes serán esos jueces (o árbitros), sino los jóvenes que se forman en las aulas universitarias? Por eso, aparece claramente la necesidad de enfocar la importancia del Derecho Romano como elemento de formación jurisprudencial, primera y principalmente, en el ámbito de la formación académica, según lo señalado por López Rosa en el sentido de que tal enfoque implica una síntesis entre el derecho de profesores y el de juristas. Y ello no porque estas líneas provengan de la mente de un integrante de un equipo de cátedra de Derecho Romano, sino porque es la única manera práctica de lograr realmente extraer de esta noble materia las valiosas contribuciones que ofrece a las nuevas generaciones de profesionales del Derecho.

Tampoco podemos negar que la producción normativa judicial se encuentra limitada dentro de los sistemas jurídicos codificados o cerrados, pero a la vez no debemos olvidar que ni siquiera en los sistemas jurisprudenciales o judiciales se efectúa ésta necesariamente con la amplitud y caracteres que parecerían derivarse de su exposición abstracta o teórica y, más aún, quizá tampoco se trate de que debemos aspirar a una equiparación o imitación total de los llamados sistemas abiertos, pues cada tipo de sistema jurídico responde a su vez a motivos históricos y culturales que no pueden ignorarse sino a riesgo de lesionar las características propias de la vida jurídica de un país determinado, haciendo a semejante transformación, inviable e incluso inconveniente en la práctica.

Podría el lector, en este momento, preguntarse: entonces, ¿no resulta contradictorio o ilógico plantear tal ‘formación jurisprudencial’ sin propugnar a la vez por cambios quizá radicales en el sistema jurídico dentro del cual se ha de desenvolver? La respuesta que propongo a esta interrogante me la reservo para el último capítulo del presente estudio, por vincularse íntimamente al fondo de la tesis y, en consecuencia, requerir un tratamiento más detenido y extenso, a la vez que la exposición previa de otras nociones cuyo análisis resulta presupuesto indispensable para poder acercarnos hacia una respuesta satisfactoria. Asimismo, al haber expuesto la presente postura, se hace necesario entrar a exponer (y posteriormente analizar), precisamente esa fuente de sabiduría que en este apartado ha quedado indicada: la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico. La primera cuestión, su exposición, la abordaremos en el capítulo siguiente.

### **III. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ROMANO EN GUATEMALA**

Mediante Real Cédula de 31 de enero de 1676, el monarca español Carlos II autorizó la fundación de la primera Universidad en Guatemala, que recibió en 1687 la categoría de pontificia

a través de la Bula *Ex Suprema* del Papa Inocencio XI. Así, la Real y Pontificia Universidad de San Carlos de Guatemala, estructurada originalmente conforme al modelo salmantino (Universidad de Salamanca), inició su vida académica que continúa hasta nuestros días, habiendo atravesado numerosas vicisitudes dentro del accidentado recorrido histórico y político de nuestro país, que se han reflejado sobre la Universidad en detalles desde cambios de nombre y organización institucional, hasta el tema de la autonomía que tan relevante ha sido en el devenir histórico nacional<sup>607</sup>. La Universidad de San Carlos fue la única Universidad en Guatemala hasta 1961, año en que se fundó la primera Universidad privada<sup>608</sup>, la Universidad Rafael Landívar.

La enseñanza del Derecho en general y del Derecho Romano en particular no han sido ajenas a estos desarrollos, y a continuación se expone un panorama muy breve y general de la evolución de nuestra materia en la educación superior guatemalteca<sup>609</sup>. Someramente se hará referencia a las características generales de la enseñanza jurídica desde la época colonial hasta antes del auge de las Universidades privadas, y luego desde 1961 hasta la actualidad<sup>610</sup>, época sobre la cual hemos tenido el privilegio de escuchar el testimonio verbal y directo de una indiscutible protagonista del romanismo en Guatemala: María Luisa Beltranena Valladares de Padilla.

---

<sup>607</sup> Cfr. Cazali Ávila, Augusto. Historia de la Universidad de San Carlos de Guatemala: Época republicana (1821-1994); Lanning, John Tate. La Universidad en el Reino de Guatemala.

<sup>608</sup> Mediante Decreto 741 de agosto de 1918, se creó la Universidad Estrada Cabrera, pero ésta fue de carácter estatal. Formalmente fue suprimida por Decreto Legislativo 1308 de 28 de abril de 1924 durante el gobierno de José María Orellana, aunque ya desde el derrocamiento de Manuel Estrada Cabrera había prácticamente dejado de funcionar. Cfr. Cazali. Ob. Cit. Páginas 204 a 214.

<sup>609</sup> La historia de las ideas y de la educación en Guatemala, en concreto de la enseñanza jurídica, así como la historia del Derecho Guatemalteco, son temas apasionantes y de gran importancia para el jurista patrio, sobre los cuales aún se encuentra abierto un gran campo para la investigación, no obstante las obras de calidad que ya existen sobre dichos temas. En el presente trabajo los hemos ido abordando, y seguiremos tratando según corresponda, de una manera más bien general y contextual, limitándonos al Derecho Romano y, aún así, en líneas muy generales, en conformidad con el enfoque y finalidades de nuestro estudio.

Es mi propósito ofrecer al lector un enfoque concreto que le permita ubicar los temas expuestos en el contexto nacional, en atención al ámbito en que nace mi estudio, y no sin la influencia de mi personal afición por la historia de nuestro país. Sin embargo, tengo en mente que los temas dentro de los cuales hago referencia al ámbito nacional son, a su vez, introducciones generales y visiones panorámicas que, si bien en su aspecto más amplio resultan fundamentales para lo que en este trabajo busco plantear, su tratamiento no debe desbordar los límites de la función que cumplen en esta obra y, al mismo tiempo, no deberían desviar hacia contextos muy locales el planteamiento de alcances más generales que pretendo hacer. Pero dejo el tema sobre la mesa para futuros investigadores que quieran abordarlo (o quizá lo retomaré yo mismo en un posterior momento), esperando que el breve e incompleto resumen que trato de ofrecer en estas páginas resulte de alguna ayuda para futuros estudios más amplios y detallados al respecto.

<sup>610</sup> Dicha partición cronológica responde, no a un enfoque propiamente sistemático, sino más bien al hecho de que la primera escisión aludida se basa en que durante tal época existió sólo una Universidad en Guatemala, motivo por el cual los datos que se exponen han sido tomados de la lectura de textos que tratan sobre la Universidad de San Carlos, mientras que para el segundo período en que lo dividimos, nos hemos basado principalmente en el testimonio de la Dra. de Padilla. Se trata, entonces, de una división más en atención a las fuentes investigativas que a criterios de periodización que resultarían más aptos para exponer la historia de la educación en Guatemala en general o de la Universidad de San Carlos en particular, ello en armonía con que el carácter de nuestro estudio no es una exposición histórica de tales asuntos, sino que los mismos se abordan únicamente en función de lo que sea relevante a nuestro tema. En consecuencia, no piense el lector que la división que hacemos implica una cierta uniformidad o falta de cambios en dichas etapas (todo lo contrario, como se podrá ver): es una simplificación en aras de la exposición por la naturaleza y enfoque del presente trabajo.

## 1. Desde la colonia hasta el auge de las universidades privadas

“En el siglo diecisiete los españoles se sentían muy seguros acerca de cuáles eran las cátedras esenciales de una universidad. Una vez establecidas, no podían crearse nuevas ni abolirse antiguas sin una cédula real. (...) Las largas y minuciosamente detalladas tradiciones de Salamanca y México estaban escritas cuidadosamente en los estatutos que regían las cátedras. Estas reglas no se cambiarían durante cien años. (...) En caso de existir más de una cátedra en un solo campo, la más importante se llamaba **prima** y la secundaria **vísperas**”<sup>611</sup>. La carrera de leyes recogía la tradición medieval del estudio *utriusque iuris*<sup>612</sup>, que ya hemos visto, incorporando, para el ámbito del Derecho Civil<sup>613</sup>, las cátedras de prima de leyes, víspera de leyes e *instituta* o instituciones. Los libros de texto utilizados para tales cátedras eran: el Inforciado o *Digestum Infortiatum* (cátedra de prima), el Código o *Codex* (cátedra de vísperas), y las *Instituta* (cátedra de instituciones)<sup>614</sup>. Se observa de esta manera cómo, en los inicios de la educación superior guatemalteca, el Derecho Romano era la “base fundamental de los estudios jurídicos durante la etapa colonial, incluso en tiempos posteriores”<sup>615</sup>.

Aparte de la formación teórica inicial, los aspirantes al grado de licenciatura en Derecho obtenían su título acreditando haber realizado una pasantía de entre tres y cuatro años en el estudio de algún Abogado de la Audiencia. Con tal disposición, se pretendía suplir la falta de estudios específicos sobre el derecho de la época. Unido a la falta de vigencia directa del Derecho Romano, se pusieron de relieve las imperfecciones del sistema de estudios jurídicos, y provocó lo que podemos considerar las primeras crisis en la enseñanza romanista. Para 1802 se dispuso que “nadie podría ser recibido de abogado sin prueba de que había estudiado cuatro años las leyes del reino, en donde hubiese esas cátedras”<sup>616</sup>, refiriéndose a las normas positivas de la monarquía española. Quien dio respuesta a esa apremiante necesidad del estudio jurídico fue el presbítero Dr. Don José María Álvarez y Estrada, quien desde 1804 fungía como catedrático de Instituciones de Justiniano en la Real y Pontificia Universidad de Guatemala, publicando en 1818 su obra “Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias”, en la cual, siguiendo la exposición sistemática tradicional romana (recuérdense las Instituciones de Gayo y de Justiniano), expone ordenadamente el derecho vigente de su época. Esta obra tuvo amplia difusión no sólo en Guatemala, sino también en el resto de Hispanoamérica y en la misma España, sirviendo como libro de texto universitario y también como manual de referencia para el ejercicio de la profesión<sup>617</sup>: “la única obra de derecho civil escrita por un americano en el periodo colonial (...) en un proceso invertido de colonialismo cultural incluso llegó a servir de texto en

<sup>611</sup> Lanning. *Ob. Cit.* Página 197. Los resaltados en negrilla son del original.

<sup>612</sup> Cfr. Cazali. *Ob. Cit.* Página 25.

<sup>613</sup> Recuérdese la acepción de Derecho Civil en cuanto distinto del Derecho Canónico, no en cuanto a la materia que en la actualidad conocemos con este nombre.

<sup>614</sup> Lanning. *Ob. Cit.* Páginas 199 y 200, nota al pie número 4.

<sup>615</sup> Cazali. *Ob. Cit.* Página 25.

<sup>616</sup> *Ibid.* Página 26. No existía en la Universidad de San Carlos una cátedra de derecho real, que en Salamanca se había introducido en 1807. Cfr. García Laguardia, Jorge Mario y González, María del Refugio. *Estudio Preliminar* en Álvarez, José María, *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*. Tomo I. Páginas 30 a 32.

<sup>617</sup> La primera edición se publicó en Guatemala, por los talleres de Don Ignacio Beteta en 1818. Sucesivas ediciones fueron: México (1816), La Habana (1834), Bogotá (1836), Nuevo México (1842), México (1982, edición facsimilar de la primera reimpresión mexicana de 1826). Para todo el párrafo superior véase: Cazali. *Ob. Cit.* Página 26; *Ficha Bibliográfica No. 381* de la Asociación Para el Fomento de los Estudios Históricos en Centroamérica (AFEHC), disponible en línea en: [http://afehc-historia-centroamericana.org/index.php?action=fi\\_aff&id=381](http://afehc-historia-centroamericana.org/index.php?action=fi_aff&id=381), incluyendo un vínculo al resumen biográfico de Álvarez; Margadant. *Ob. Cit.* Página 225.

las universidades metropolitanas”<sup>618</sup>. Esta primera crisis del Derecho Romano en la Universidad de San Carlos se encuadra dentro de las reformas universitarias impulsadas en el país bajo la influencia de la Ilustración, entre cuyos elementos destacaba la crítica contra los estudios tradicionales de la ciencia jurídica, es decir, el Derecho Romano<sup>619</sup>.

Margadant, mencionando la fundación de las primeras universidades indianas (México y Lima, 1553), añade que “la abundancia de los comentarios de Vinnius y de Heineccius a las *Instituciones*, en nuestras antiguas bibliotecas, indica inmediatamente que –como en Castilla– ellos han sido los sucesivos libros de texto”<sup>620</sup>, y José María Álvarez, en el prólogo de su obra, explica que para su elaboración “he procurado acomodarme a las definiciones, principios y comentarios de las recitaciones de Heineccio; porque a más de encerrar los fundamentos generales de nuestra legislación, la experiencia de catorce años me ha enseñado que su método es el más apropiado para el aprovechamiento de la juventud. Así sin apartarme del fin primario de mi cátedra, creo haber cumplido con el auto acordado 3, tít. 1 lib. 2, ‘que previene que los catedráticos cuiden leer con el derecho de los Romanos las leyes del reino correspondientes a cada materia’”<sup>621</sup>. Otro ejemplo: la Biblioteca Ludwig von Mises de la Universidad Francisco Marroquín actualmente alberga la Colección Especial “José Cecilio del Valle”, constituida por la biblioteca privada del prócer nacional, egresado de San Carlos en Derecho Civil y Canónico y posteriormente catedrático en la misma, y cuya colección incluye obras como: la edición francesa de 1847 de las “Recitaciones del derecho civil según el orden de la *Instituta*” de Heineccio, así como la edición alemana de 1769 de los “*Elementa iuris civilis, secundum ordinem Pandectarum*” del mismo autor; el “*Alphabeticum Iuridicum, Canonicum, Civile, Theoricum, Practicum, Morale atque Politicum*” de Gil de Castejón, edición de 1730, obra sobresaliente en su época por incluir referencias tanto de autores clásicos y antiguos como de canonistas y expertos de derecho español; los comentarios de Johann Harpprecht a las instituciones de Justiniano, edición suiza de 1765; una edición de 1720 del *Codex* y una edición italiana de 1720 del *Corpus Iuris Civilis* añadida con otras novelas, cánones, las XII Tablas y escritos de ‘jurisprudencia ante-justiniana’; la edición francesa de 1750 de la “*Histoire de la jurisprudence romaine*” de Antonie Terrasson; el “Comentario académico y forense de las Instituciones imperiales” de Arnaldo Vinnio, edición alemana de 1734; la edición francesa de 1777 de “*Les Loix civiles dans leur ordre naturel*” de Jean Domat, autor para quien “el derecho romano representa, con todas sus limitaciones, la mayor aproximación histórica a un derecho natural que únicamente la Revelación permite aprehender cabalmente”, y es una sistematización del Derecho Romano, “que influyó mucho en la posterior codificación, de la que fue precedente”<sup>622</sup>: la presencia de esta obra en la biblioteca de del Valle nos permite observar que alguna presencia tuvo en ámbitos intelectuales del país el iusnaturalismo racionalista en su corriente pro-romanista.

El dictamen de censura sobre la obra de Álvarez estuvo a cargo precisamente de José Cecilio del Valle<sup>623</sup>, quien posteriormente, como Jefe de Estado de Guatemala, llevaría a cabo la importante reforma legislativa de la instrucción pública en 1832. En el Decreto de 1 de marzo de 1832, que contiene las ‘Bases del arreglo general de la Instrucción Pública en el Estado de Guatemala’, se

<sup>618</sup> García Laguardia y González. *Ob. Cit.* Página 29. Se menciona que dicha obra es anterior al Proyecto de Código Civil para la República Oriental de Uruguay redactado por Eduardo Acevedo, de 1851.

<sup>619</sup> Cfr. *Ibid.* Página 32.

<sup>620</sup> Margadant. *Ob. Cit.* Páginas 225 y 226.

<sup>621</sup> Álvarez. *Ob. Cit.* Páginas x, xi.

<sup>622</sup> Hervada, Javier. *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Página 271. Se refiere Hervada al movimiento codificador en general, no a la codificación guatemalteca en particular.

<sup>623</sup> Cfr. García Laguardia y González. *Ob. Cit.* Páginas 32 a 35.

estipula que la ‘segunda instrucción’ (previa a la universitaria) incluiría cursos de derecho natural, derecho público y constitución<sup>624</sup>. El mismo Decreto dispone la creación de la Academia de Estudios, “que por espacio de ocho años desarrolló las funciones de la antigua Universidad”<sup>625</sup>, y que dividió el estudio jurídico en cuatro años de estudio de Jurisprudencia (en el sentido de ciencia del Derecho), y tres años de pasantía, contemplando estudios de derecho civil, derecho natural y de gentes, y “otras materias específicamente legales”<sup>626</sup>. Otra importante reforma universitaria ocurrió en 1840, bajo el régimen conservador que había sucedido al gobierno liberal de del Valle, restaurándose la universidad como Nacional y Pontificia Universidad de San Carlos de Guatemala<sup>627</sup>. Todavía en esta época, el estudio de las *Instituta* convivía con el de cánones, leyes y derecho natural<sup>628</sup>.

Entre las numerosas reformas introducidas en la vida nacional por la Reforma Liberal iniciada en 1871, se cuentan desde luego diversas y significativas modificaciones al sistema educativo<sup>629</sup>. Mediante Decreto Número 140 de 1° de julio de 1875 el gobierno de Justo Rufino Barrios promulga la Ley Orgánica de Instrucción Superior<sup>630</sup>, en la cual se extingue la Pontificia Universidad de San Carlos y en su lugar se crea la Universidad de Guatemala<sup>631</sup>. Se crea asimismo la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales, en la que se imparte el curso de Derecho Romano<sup>632</sup>, formando éste parte de los cursos que son “obligatorios para los individuos que quieran optar solamente á la carrera del foro”<sup>633</sup>, estableciéndose estudios adicionales para optar al doctorado. Una destacada figura en esta etapa de la vida nacional fue don Lorenzo Montúfar, intelectual liberal y profesor de Derecho Romano que influyó, entre otros asuntos, como diputado de la Asamblea Constituyente de 1876 y miembro de la comisión que redactó la Constitución, así como miembro de la comisión codificadora nombrada por Justo Rufino Barrios en 1875, que dio como productos, entre otros, nuestro primer Código Civil, de 1877. El mismo Montúfar confesaba haberse valido de la institución romana de la dictadura transitoria para diseñar una Constitución “formada en el molde del gobernante [Barrios]”<sup>634</sup>. Por otra parte, el ‘Informe de la Comisión Codificadora al Señor Presidente de la República’ contenido en la edición príncipe del Código Civil de 1877, y conocido también como ‘El Prólogo

<sup>624</sup> Cfr. Cazali. *Ob. Cit.* Páginas 67 a 71.

<sup>625</sup> *Ibid.* Página 76.

<sup>626</sup> *Ibid.* Página 80.

<sup>627</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 111 a 124.

<sup>628</sup> Cfr. *Ibid.* Página 142.

<sup>629</sup> En el contexto de las reformas educativas de la Reforma Liberal empieza a tomar auge en el país el tema del positivismo. Jesús Amurrio, en su obra *El Positivismo en Guatemala*, expone detalladamente este tema. Al respecto, juzga que los principales líderes y gobernantes de la Revolución, Miguel García Granados y Justo Rufino Barrios, “no tenían nada que ver con el positivismo: las leyes de educación de los primeros años revolucionarios no tienen el sello positivista; pero sí la tiene, e indeleble, la de 1882” (página 65). Recuérdese, sin embargo, que el análisis de Amurrio está dirigido al positivismo filosófico, que no al jurídico, el cual, como tendremos ocasión de exponer en un capítulo posterior, tiene puntos de diferencia respecto del positivismo filosófico que le otorgan una caracterización propia.

Por otro lado, Amurrio expone también el pensamiento, entre otros autores guatemaltecos, de Valero Pujol (español, pero involucrado ampliamente en Guatemala), integrante de la comisión redactora del Código Civil de 1877, quien a juicio de Amurrio constituye un “caso especial”: “no era un profeso del positivismo. [...] Sin embargo, Pujol aprovecha o adopta alguno de los aportes del positivismo” (páginas 130 a 132).

<sup>630</sup> En *Leyes Emitidas por el Gobierno Democrático de la República de Guatemala* (Recopilación de Leyes). Tomo I: desde el 3 de junio de 1871, hasta diciembre de 1876. Páginas 374 a 379.

<sup>631</sup> Cfr. Artículo 1.

<sup>632</sup> Cfr. Artículo 33.

<sup>633</sup> Artículo 34.

<sup>634</sup> Cfr. García Laguardia, Jorge Mario. *El Constitucionalismo*, en *Historia General de Guatemala: Desde la República Federal hasta 1898*. Edición electrónica en disco compacto.

de Montúfar’, está lleno de referencias al Derecho Romano a manera de exposición de motivos del nuevo código (si bien algunas de las explicaciones e interpretaciones romanistas de Montúfar puedan lucir erróneas a la luz de la investigación moderna).

Retornando nuestro enfoque al ámbito educativo, posteriormente fue emitida la Ley Orgánica y Reglamentaria de Instrucción Pública, en 1879, luego modificada por el Decreto Número 288 de 23 de noviembre de 1882<sup>635</sup>, dictado por el General José María Orantes en su calidad de encargado de la Presidencia Constitucional de la República. Dicho cuerpo normativo, en su artículo 210 establece las cátedras para la Facultad de Derecho y Notariado<sup>636</sup>, y en su artículo 214 dispone que “El Derecho Civil se enseñará en dos años: en el primero, los alumnos aprenderán los libros 1º y 2º del Código Patrio<sup>637</sup>, y en el segundo, el libro 3º. Ambos irán precedidos del estudio de los Prolegómenos del Derecho y de la historia de los principios e instituciones contenidos en el Derecho romano y español, que se hará en los primeros meses de cada año”. Se establecía además, en el artículo 216, que “Los Catedráticos de Derecho Civil, Penal, Mercantil, Administrativo y Procedimientos Judiciales harán en sus respectivas asignaturas y en la parte que les corresponde, un estudio comparado de la legislación patria con las legislaciones extranjeras más importantes” [sic]. Vemos así cómo para esta época ya el Derecho Romano pasa de ser un curso en sí mismo, estudiándose ahora como precedente en los primeros meses antes de estudiar el Derecho Civil según contenido en el primer Código Civil patrio. Sin embargo, también es de notar que quienes aspiraran a obtener el título de Doctor en Derecho, debían, entre otros requisitos, aumentar sus conocimientos mediante el estudio del Derecho Romano, entre otras materias<sup>638</sup>.

En algún momento posterior<sup>639</sup> se reinstuyó el estudio del Derecho Romano: ya para la década de 1930 encontramos entre los destacados catedráticos de nuestra materia en San Carlos al conocido novelista y poeta guatemalteco Flavio Herrera, quien también era profesional del Derecho (egresado de la Universidad Estrada Cabrera, no de San Carlos, como frecuente y erróneamente se menciona en sus resúmenes biográficos<sup>640</sup>). Fue homenajeado por sus alumnos de Derecho Romano en 1941, mismo año en que publicó su obra ‘Cursos de Derecho Romano’, en dos tomos. Flavio Herrera falleció en 1968<sup>641</sup>.

<sup>635</sup> Leyes Emitidas por el Gobierno Democrático de la República de Guatemala y por la Asamblea Nacional Lejislativa [sic] (Recopilación de Leyes). Tomo III: desde 1º de julio de 1881 a 30 de junio de 1883. Páginas 281 a 323.

Cazali, en página 182 de Ob. Cit., fecha esta ley en 20 de abril de 1882, que en realidad corresponde a la fecha en que la Asamblea Nacional Lejislativa [sic], mediante Decreto Número 34, autorizó al Gobierno a reformar la ley de enseñanza.

<sup>636</sup> Siendo éstas: Filosofía del Derecho, Derecho Civil, Oratoria Forense y Literatura Española y Americana, Derecho Penal, Derecho Internacional, Derecho Constitucional, Derecho Mercantil, Derecho Administrativo, Economía Política, Procedimientos Judiciales, Historia Universal y Filosofía de la Historia, Práctica del Notariado. Cada una tenía un tiempo de enseñanza de una hora. Vale la pena apuntar, además, que la instrucción secundaria incluía un curso de “Filosofía Positiva” (artículo 98).

<sup>637</sup> Se refiere al primer Código Civil de la República de Guatemala, emitido en tiempos de la Reforma Liberal, en 1877.

<sup>638</sup> Además: Literatura nacional y extranjera, legislación comparada, ciencia de la legislación.

<sup>639</sup> La determinación de fechas exactas, o la elaboración de narraciones más detalladas, trasciende el enfoque del presente estudio.

<sup>640</sup> Cfr. Página principal de Biblioteca “Flavio Herrera” Online [sic], disponible en línea en: <http://www.comunicacionusac.com.gt/biblioteca/flavioherrera.htm>.

<sup>641</sup> Cfr. Diccionario de Artistas Guatemaltecos, publicado por Prensa Libre, edición de 2 de mayo de 2004. Disponible en línea en: <http://www.prensalibre.com/pl/2004/mayo/02/87307.html>.

Guatemala vivió largos años bajo los regímenes herederos de la Revolución Liberal, hasta que en 1944 ocurre la llamada Revolución de Octubre, con la cual inicia una nueva época en el país, caracterizada por la búsqueda de modernización y apertura democrática de conformidad con las nuevas corrientes políticas imperantes en el mundo, aunque, también como parte de las tendencias ideológicas mundiales, se ponen en marcha procesos que culminarán con el conflicto armado interno que por 36 años desgarró a nuestro país. Meses antes de la Revolución de Octubre, había sido derrocado el gobierno del general don Jorge Ubico Castañeda, en el contexto de un movimiento pro-democrático que contó con amplia participación estudiantil, siendo una de sus principales demandas y logros, precisamente, la autonomía de la Universidad de San Carlos. Como parte del ambiente de mayor libertad que trajo consigo la autonomía, también se produjo la creciente influencia en San Carlos de algunas corrientes ideológicas que motivaron lo que fue percibido como cierta politización en algunos sectores académicos. Durante el gobierno del general e ingeniero Miguel Ydígoras Fuentes, se dio apoyo a la educación superior privada, lo cual determinó la fundación de nuevos centros académicos.

## 2. Desde 1961 hasta la actualidad<sup>642</sup>

En 1961 se fundó en Guatemala la Universidad Rafael Landívar, dando inicio a lo que María Luisa de Padilla denomina “el auge de las universidades privadas”. La nueva Universidad asume, en grandes rasgos, el pénsum de la Universidad de San Carlos, que incluía el curso de Derecho Romano. En San Carlos los únicos catedráticos de nuestra materia que quedaban eran José Joaquín Pardo Gallardo, ilustre historiador y archivista patrio, y su hermano Federico Pardo Gallardo. La Universidad Rafael Landívar nombró catedrático de Derecho Romano a don Eduardo Enríquez Arrué, quien también desempeñó, entre otros, cargos dentro de la diplomacia nacional. El Derecho Romano desaparece del pénsum de la Universidad Rafael Landívar en 1970, año para el cual ya se había dejado de impartir también en San Carlos.

En 1976 asume María Luisa de Padilla como Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Rafael Landívar, y dentro de la reforma de pénsum que propone, se incluye la reinstauración del Derecho Romano, cátedra que fue confiada al Dr. Enrique Peña Hernández, nicaragüense miembro de la Academia de la Lengua de su país, quien se encontraba en Guatemala por motivos políticos durante el gobierno sandinista en Nicaragua. En 1983 concluye el decanato de María Luisa de Padilla en Landívar, y una nueva reforma de pénsum elimina la cátedra de Derecho Romano. A juicio de ella, la razón y motivo para ello no fue otra que la falta de catedráticos para impartirla: ya Peña Hernández había retornado a su patria luego que los cambios en la situación política lo permitieron. Las Universidades privadas que nacieron después ya no incluyen en sus programas de estudio al Derecho Romano.

En 1971 había nacido la Universidad Francisco Marroquín, “saliendo a la vida pública en un mundo convulso, abocado en muchas partes –bajo la inspiración y guía de ciertas teorías filosóficas, económicas, políticas, sociológicas y jurídicas– a la destrucción violenta de hombres e instituciones”<sup>643</sup>. En 1993 se inició en esta casa de estudios el programa de Doctorado en Derecho, que incluía el estudio del Derecho Romano como asignatura remedial para poder cursar

---

<sup>642</sup> Este apartado se basa en la [Entrevista con la Dra. María Luisa Beltranena Valladares de Padilla](#), realizada por el autor el veintiuno (21) de agosto de dos mil siete (2007) en su sede académica de la Universidad Francisco Marroquín. En su calidad de Directora del Seminario de Investigación en que se desarrolla el presente estudio, la Dra. de Padilla ha revisado y corregido el presente texto que recoge su testimonio. Otras referencias y fuentes se indican oportunamente.

<sup>643</sup> Preámbulo al [Ideario](#) de la Universidad Francisco Marroquín.



dicho programa. En 1994, el entonces Decano de la Facultad de Derecho, Eduardo Mayora Alvarado, decide implementar el curso de Derecho Romano a nivel de la licenciatura, convocando a tal efecto a María Luisa de Padilla, quien imparte la cátedra en la licenciatura de Derecho así como en la maestría de Ciencias Sociales, en coordinación con Armando de la Torre. Desde 1995, María Luisa de Padilla es titular de la cátedra de Derecho Romano en nuestra casa de estudios, y a continuación se enuncian los nombres de quienes han sido sus asistentes y auxiliares, en reconocimiento al aporte que han brindado en la enseñanza romanista de nuestra *alma mater*: Rosa Eugenia Fuentes de Semrau (1995-1996), María José Lamuño de Mendoza (1997), Ana Lucrecia Palomo Marroquín (1998), María del Pilar Bonilla de Robles (1999-2001), Guillermo Fernández Durán (2002-2005), Fausto García Delgadillo (2002 a la actualidad), Javier Enrique Ruata (2007). En 2005, al dividirse en dos secciones el segundo año de la carrera, asume como titular en una de ellas Guillermo Fernández Durán, quien ha tenido como auxiliares a los licenciados Erick Ralón Orellana y Enrique Asturias<sup>644</sup>. En 2006, yo fui convocado por la Dra. de Padilla para integrarme a su equipo de cátedra en calidad de alumno asistente. En el ciclo 2007, se sumaron a nuestro esfuerzo las asistentes adjuntas María Inés Hidalgo Morataya y María Fernanda Barillas Reyna, por haberse incrementado el volumen de trabajo en virtud de la reciente reforma del pénsum: el Derecho Romano se impartía antes en el segundo año de la carrera, ahora se imparte en el primero, motivo por el cual en 2007 el curso se impartió en ambos años, teniendo cada catedrático titular dos secciones a su cargo<sup>645</sup>. A finales del primer semestre de 2008, fui sustituido en mis funciones por José Raúl Robles Marroquín, a causa de circunstancias personales que motivaron mi indisponibilidad temporal. María Inés, María Fernanda y José Raúl fueron alumnos de la primera promoción con que tuve el gusto de desempeñarme como asistente.

En 1997 la Dra. de Padilla recibió una comisión de la Universidad de San Carlos que vino a conocer el contenido del programa de Derecho Romano, el cual para la fecha se había dividido en dos semestres: Derecho Romano I (Instituciones Políticas) y Derecho Romano II (Instituciones Jurídicas). También durante este tiempo, ella tuvo contacto con romanistas de la Universidad de Roma-La Sapienza, con quienes se coordinó la asistencia de catedráticos y posibles catedráticos guatemaltecos de Derecho Romano a diversos seminarios latinoamericanos de la materia. Entre 1963 y 1964, la Dra. de Padilla había realizado estudios de Derecho Romano en La Sapienza, durante una breve interrupción de sus estudios de la carrera en la Universidad Rafael Landívar, por motivo de encontrarse su padre, el también jurista y catedrático don Luis Beltranena Sinibaldi, fungiendo como Embajador de Guatemala ante la Santa Sede.

Actualmente, la Universidad de San Carlos tiene el curso de Derecho Romano en el segundo semestre de la carrera jurídica<sup>646</sup>, y también se imparte otra vez en la Universidad Rafael Landívar, como curso de entre-ciclo del primer semestre<sup>647</sup> (bajo el nombre de ‘Instituciones de Derecho Romano’, el cual ha sido impartido en el pasado por nuestro amigo el internacionalista Hugo Alsina Lagos, también catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad Francisco Marroquín). La Universidad Mariano Gálvez, fundada en 1966, contempla actualmente

<sup>644</sup> Agradezco a Auri Crispin, secretaria de nuestra Facultad, por esta información.

<sup>645</sup> Otro factor en el aumento de trabajo ha sido la implementación, dentro de dicha reforma, del sistema de aprendizaje basado en problemas (*PBL*, por sus siglas en inglés), en cursos de los cuales tanto la Dra. de Padilla como el Lic. Fausto García son titulares.

<sup>646</sup> Cfr. Pénsum de Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos, disponible en línea en: [http://derecho.usac.edu.gt/user\\_files/Pensum\\_Nuevo.pdf](http://derecho.usac.edu.gt/user_files/Pensum_Nuevo.pdf).

<sup>647</sup> Cfr. Pénsum de Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, disponible en línea en:

<http://www.url.edu.gt/portalurl/Archivos/05/Archivos/pensum%20Licenciatura.pdf>.

en su plan de estudios un curso de ‘Derecho Romano y Español’ en el segundo ciclo semestral de la carrera<sup>648</sup>. La Universidad Rural de Guatemala, fundada en 1995, y que ofrece la carrera jurídica con énfasis en legislación ambiental, no incluye en su programa de estudios el Derecho Romano<sup>649</sup>. La Universidad del Istmo, fundada en 1998, inauguró su Facultad de Derecho incluyendo ya los cursos de Derecho Romano I y II; una reciente reforma de p<sup>é</sup>nsum ha mantenido solamente un semestre de Derecho Romano<sup>650</sup>, con el subtítulo ‘Instituciones de Derecho Privado’. Han enseñado el Derecho Romano en la Universidad del Istmo el Dr. Humberto Grazioso Bonetto y su hermano, Lic. Aldo Grazioso, así como Juan Carlos Pellecer. La Universidad Panamericana, inaugurada en 1999, en su Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, ofrece el curso de Derecho Romano en el tercer semestre<sup>651</sup>. La Universidad Mesoamericana, también fundada en 1999, incluye el curso de Derecho Romano en su primer semestre<sup>652</sup>.

#### IV. EL DERECHO ROMANO Y LA UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUÍN

La Universidad Francisco Marroquín ha sido pionera en la revalorización del Derecho Romano como parte importante de los programas de estudio de la carrera jurídica en Guatemala. Además, se contempla dicho curso en el Área de Ciencias Jurídicas de su Escuela Superior de Ciencias Sociales (Derecho Romano I, II y III como cursos optativos del primer año)<sup>653</sup>. Por el hecho de gestarse el presente trabajo en el seno de la Facultad de Derecho de esta casa de estudios, he considerado oportuno incluir una exposición y análisis de los aspectos más sobresalientes de la concepción institucional de la Universidad Francisco Marroquín que, a mi juicio, más se relacionan con el estudio del Derecho Romano, a la luz de las posturas y consideraciones que con anterioridad se han plasmado en el actual capítulo, para ofrecer mi visión sobre cuál sea el papel que el Derecho Romano está llamado a tener en la consecución de los fines académicos e intelectuales de nuestra *alma mater*, y cómo es o podría ser el desempeño del mismo.

Tal planteamiento va de la mano con el tema de fondo que se propondrá en esta tesis, así como con la noción del enfoque y aplicación local y concreta de las ideas. Sin embargo, vale hacer dos advertencias: primero, que el énfasis a nivel local y presente que en este apartado se expone, debe tomarse sin perjuicio de la aplicabilidad más amplia que nuestras observaciones pudieran tener al extrapolarse a otros contextos de tiempo y espacio. Segundo, que en ninguna manera se pretende caracterizar al Derecho Romano como un instrumento al servicio de la filosofía institucional que la Universidad Francisco Marroquín se ha trazado, pues esto conllevaría el colocar a nuestra disciplina en la línea de fuego de ideologías y opiniones contrarias, así como reducir la riqueza y valor del iusromanismo atándole a una particular concepción o postura intelectual, en cierta

<sup>648</sup> Cfr. Página informativa de la carrera, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Mariano Gálvez, en: [http://www.umg.edu.gt/pensum.php?modulo=cabeceralect3&id\\_fact=14&id\\_facultad=7&facultad=Facultad%20de%20Ciencias%20Jur%C3%ADdicas%20y%20Sociales](http://www.umg.edu.gt/pensum.php?modulo=cabeceralect3&id_fact=14&id_facultad=7&facultad=Facultad%20de%20Ciencias%20Jur%C3%ADdicas%20y%20Sociales)

<sup>649</sup> Cfr. Carreras y programas, Universidad Rural de Guatemala, en: <http://www.urural.edu.gt/carreras/index.htm>.

<sup>650</sup> Cfr. P<sup>é</sup>nsum de Estudios de la Facultad de Derecho, Universidad del Istmo, disponible en línea en: <http://www.unis.edu.gt/665/>.

<sup>651</sup> Cfr. Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, Universidad Panamericana: [http://www.upana.edu.gt/upana/index.php?option=com\\_content&task=view&id=78&Itemid=12](http://www.upana.edu.gt/upana/index.php?option=com_content&task=view&id=78&Itemid=12)

<sup>652</sup> Cfr. Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Mesoamericana, en: <http://www.umes.edu.gt/nuestras-carreras.html>

<sup>653</sup> Cfr. P<sup>é</sup>nsum, disponible en línea en: <http://escs.ufm.edu/uploaduser/CursosCCSS.pdf>.

forma tergiversándolo<sup>654</sup>. Más aún, tal cosa sería contradictoria con los mismos principios y propósitos de nuestra *alma mater*, entre los cuales se establece que “Los directores de la Universidad Francisco Marroquín (...) fomentarán el estudio y la discusión de diversas teorías y puntos de vista, con la convicción de que sólo en esa forma es posible aproximarse al descubrimiento de la verdad. (...) Se esforzarán porque en la Universidad la docencia sea un renovado proceso de descubrimiento por parte de profesores y estudiantes, con el propósito de asegurar que haya enseñanza pero no adoctrinamiento. (...) Fomentarán el imperio de los valores de verdad, libertad y justicia”<sup>655</sup>.

Debe mencionarse, además, que el enfoque del Derecho Romano en nuestra Universidad depende, hasta cierto punto, de la concepción del Derecho que en ella se fomenta. En un capítulo posterior tendremos oportunidad de dilucidar cuál sea la noción de Derecho que subyace en la concepción institucional de nuestra academia, cuáles los conceptos sobre ‘Derecho’, ‘Ley’, ‘Justicia’, etc., que parecen inspirarla. Nos limitaremos, por el momento, en exponer cuanto de ello se vincule en forma relevante con lo que hasta este punto hemos expuesto sobre el papel del Derecho Romano en la educación jurídica.

“La misión de la Universidad Francisco Marroquín es la enseñanza y difusión de los principios éticos, jurídicos y económicos de una sociedad de personas libres y responsables”<sup>656</sup>. “La finalidad de la Facultad de Derecho no es graduar abogados que tan solo sean diestros en el manejo de las leyes, sino, ante todo, que entiendan lo que es el derecho, que este precede a la ley, y que el ideal del Estado de Derecho, al menos dentro de un sistema positivo<sup>657</sup> como el guatemalteco, es que el contenido de la ley como mero resultado de un proceso formal de creación logre realizar el derecho o por lo menos aspire a ello. (...) Independientemente de que se trate de una ley vigente, el graduado de la Facultad de Derecho debe saber por qué esa ley es buena o mala desde la perspectiva del derecho, sus incidencias y su contribución o no al tan ansiado Estado de Derecho, y no solamente conocer sus artículos y aplicarlos en casos concretos. Lo primero se logra con una sólida preparación teórica, lo segundo con una buena preparación técnica. El pênsum y los programas de la Facultad de Derecho están orientados a lograr esos fines. En cuanto a la formación teórica, a través de la cual los alumnos conocen y aprenden Derecho, se implementa desde el primer semestre y a lo largo de toda la carrera con cursos como Introducción al Derecho, Historia del Derecho, **Derecho Romano**, Filosofía del Derecho y Teoría del Estado. Mención especial merecen los cursos de Introducción al Derecho y Filosofía del

---

<sup>654</sup> Al afirmar esto, tampoco es mi intención acuerpar un relativismo en las ideas, sino meramente tomar en cuenta que de hecho existen en el mundo opiniones divergentes y contrarias en prácticamente todo ámbito (en distinta medida justificables o no), por lo que no es correcto ni conveniente identificar al Derecho Romano o defender su valor exclusivamente en relación a una corriente en cuanto ésta tenga de opinable. Baste recordar, a modo de anécdota ilustrativa, que el mismo Ludwig von Mises en una ocasión ‘acusó’ de socialistas nada menos que a los miembros de la Sociedad Mont Pelerin (según lo relata Milton Friedman en el documental *Commanding Heights: The Battle for the World Economy*).

<sup>655</sup> Declaración de Propósitos, Apartado VII del Ideario de la Universidad Francisco Marroquín, literales b), c) y e). Disponible en línea en: <http://ufm.edu.gt/ufm2007/interna.php?isbn=14179>.

<sup>656</sup> Cfr., entre otras muchas publicaciones: Sitio de red de la Universidad Francisco Marroquín, en: <http://www.ufm.edu.gt/ufm2007>.

<sup>657</sup> ¿Qué se debe entender por esta expresión “un sistema positivo como el guatemalteco”? otro punto interesante que en un capítulo sucesivo analizaremos.

Derecho, ya que su contenido permite entender el derecho como un resultado cultural de la evolución, y no como el resultado de un ejercicio racional”<sup>658</sup>.

En vista que el Derecho Romano se concibe como parte de la formación teórica, hay que exponer la idea que sobre tal formación se tiene. Al respecto, la Universidad Francisco Marroquín “pondrá énfasis en la buena formación teórica para asegurar una mayor efectividad práctica. Es un error pensar que la forma más adecuada de lograr la eficacia profesional consiste en hacer de lado la teoría y concentrar los esfuerzos en la enseñanza de técnicas específicas. Toda práctica consciente involucra la aplicación de una u otra teoría y entre más teórica es la práctica más práctica o eficaz será la teoría. Teoría y práctica son dos aspectos de la misma realidad: la acción humana, y se complementan en vez de estar en conflicto. Quien sabe hacer algo y no sabe por qué lo hace está en desventaja respecto de quien sí sabe por qué hace lo que hace. El primero no posee la teoría pertinente; el segundo sí. [...] Consecuentemente con esta orientación, y a manera de ejemplo, el pensum de la Facultad de Derecho pondrá énfasis sobre el estudio del Derecho - su naturaleza y fundamentos, o filosofía - más que en el estudio de la legislación y de las ciencias auxiliares del Derecho”<sup>659</sup>.

De lo anterior se desprenden los siguientes postulados:

- El curso de Derecho Romano se concibe como un *componente de la formación teórica*.
- La formación teórica, a su vez, se concibe como el *medio para conocer y aprender Derecho*.
- La noción de Derecho que se busca aprender mediante tal formación teórica se basa, en líneas generales, en establecer una *distinción entre Derecho y Ley*.
- En cuanto distinto de la Ley, el Derecho se concibe como:
  - *Anterior a la ley*.
  - *Resultado cultural de la evolución*.
  - *No resultado de un proceso racional*.
- En cuanto distinta del Derecho, la Ley se entiende como *mero resultado de un proceso formal de creación*.

En síntesis, podemos enunciar que en la Universidad Francisco Marroquín el estudio del Derecho Romano se concibe como *componente de una formación teórica a través de la cual se pretende que el alumno conozca y aprenda lo que es el Derecho, entendido como distinto de la Ley y anterior a la misma, como resultado cultural de la evolución y no de un proceso racional, poniéndose énfasis en dicha formación teórica con vistas a lograr una mayor efectividad práctica*.

<sup>658</sup> Facultad, en sitio de red de la Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín: <http://derecho.ufm.edu/interna.php?isbn=25>. (Página visitada el 31 de agosto de 2007). El énfasis en negrilla es mío.

<sup>659</sup> Ideario, cit.

Hemos establecido, entonces, un enunciado que condensa los postulados principales en que se sustentan la ubicación, valor y función que al Derecho Romano se atribuyen institucionalmente en la Universidad Francisco Marroquín.

Debemos ahora listar los puntos que constituyen los principales aportes que el estudio del Derecho Romano presta o debe prestar a la educación jurídica, recogiendo todos los planteamientos más relevantes de las corrientes doctrinales al respecto que anteriormente han quedado expuestas. Con ello, pasaremos luego a realizar un análisis comparativo entre, por un lado, el planteamiento del romanismo en la Universidad Francisco Marroquín y, por otro lado, las ideas que sobre el romanismo ha propuesto la doctrina, identificando sus convergencias y divergencias, así como las propuestas de la doctrina no contempladas en el planteamiento de nuestra *alma mater*, evaluando los motivos de ello, para concluir con un punto de vista personal y propositivo sobre el tema.

Como vimos antes, las diversas posturas doctrinales sobre la ubicación, valor y función del Derecho Romano en la educación jurídica, señalan algunos principales aportes del romanismo a la misma. Por haberlos expuesto anteriormente, enumero a continuación únicamente algunas palabras clave que nos traigan a orden y memoria dichos puntos, para luego entrar al análisis que previamente hemos anunciado. Son estos los siguientes:

- Conocimiento de un ciclo histórico-jurídico completo.
- Etimología jurídica.
- Bilingüismo jurídico.
- Antídoto al estudio servil positivista.
- Educación humanística.
- Derecho vigente y supletorio.
- Elemento de crítica del Derecho.
- Patrimonio jurídico común.
- Técnica jurídica.

Algunos de los temas arriba enumerados se interrelacionan, motivo por el cual pasamos a realizar nuestro análisis tomando como punto de partida los postulados del Derecho Romano según la concepción de la Universidad Francisco Marroquín que antes hemos definido, y colocando en cada apartado el correspondiente comentario en cuanto a lo afirmado por la doctrina romanista. Para ello, dividimos su exposición en ejes temáticos.

### **1. El Derecho como producto cultural e histórico**

Habiendo identificado esta concepción como uno de los componentes principales de la noción de la enseñanza jurídica en nuestra *alma mater*, salta a la vista de modo inequívoco la relevancia del estudio del Derecho Romano dentro de tal contexto.

En efecto, como señala la doctrina, al conocer el ciclo histórico-jurídico de la civilización romana, el futuro jurista estará en mejor capacidad de comprender el Derecho precisamente como sujeto a variación y evolución en el espacio y el tiempo, como receptor de influencias metajurídicas. A su vez, debe destacarse que la contribución que el Derecho Romano presta a la formación jurídica en tal sentido, no se limita únicamente a la fase comprendida entre el período arcaico y el período justiniano (primera vida), sino además debe tomar en cuenta la influencia

que el iusromanismo tuvo en la etapa desde la caída del Imperio Romano de Occidente hasta las codificaciones (segunda vida), de tal forma que, con ello, el alumno se beneficie del estudio del Derecho Romano no sólo en cuanto comprende su arco temporal de desarrollo específico, sino también como elemento e ingrediente fundamental de la propia tradición jurídica en que el estudiante se encuentra inmerso.

Se ha visto ya que únicamente nuestra casa de estudios mantiene a la fecha el curso de Derecho Romano proyectado como una materia anual, es decir, en dos semestres, mientras que otras facultades han venido disminuyendo su enfoque a un semestre o un curso extra-semestral. ¿Será entonces que se observa una tendencia hacia restringir la atención prestada dentro de la carrera al Derecho Romano? En mi opinión, sí y no. Sí, en el sentido de que, materialmente, se está dedicando menos tiempo y dedicación al estudio de la materia. No, en el sentido de que ello no necesariamente implica una falta de interés por el tema, sino puede considerarse simplemente un reflejo de la manera en que su estudio se concibe. A la luz de las posturas doctrinales que se expusieron en este capítulo, el lector podría fácilmente realizar su propio examen y derivar sus propias conclusiones sobre cuál sea la postura que otros planes de estudio parecen adoptar. Así, por ejemplo, observando que incluso el título o subtítulo de la materia en otras universidades hacen referencia expresa al estudio *institucional* del Derecho Romano, parece razonable enunciar que en ese sentido se está adoptando la postura de la *etimología jurídica*, es decir, como antecedente de las instituciones actuales en las del Derecho Romano. Se explicó ya cómo este enfoque centra su atención en la adopción legislativa de instituciones de origen romano.

He tenido oportunidad de escuchar directamente de boca de la Dra. de Padilla, quien como titular de la cátedra de Derecho Romano y Directora de Estudios de Derecho Privado en nuestra Universidad es ciertamente una autorizada fuente al respecto, la explicación de que el motivo por el cual en la Universidad Francisco Marroquín se siguen teniendo los dos semestres de Derecho Romano es precisamente por considerar que sólo de esa manera puede lograrse extraer de su estudio la visión que el mismo está llamado a aportar dentro de la formación que nuestra institución pretende brindar a sus estudiantes de Derecho: en el primer semestre, se estudian la historia e instituciones políticas de la antigua Roma, y en el segundo se abordan las instituciones propiamente jurídicas. Ello responde a que sólo así estará el alumno en mejores condiciones de comprender y valorar los conocimientos que adquiera en los cursos de Derecho Romano en su dimensión como producto cultural de la evolución histórica. En un enfoque netamente institucionalista, bien puede adquirirse la etimología jurídica que de por sí sola es ya un meritorio bagaje intelectual para el futuro profesional, pero sólo complementándolo con un previo estudio de la historia de Roma puede completarse la visión de conjunto que más enriquezca al alumno, permitiéndole efectivamente lograr uno de esos postulados de la Universidad Francisco Marroquín. Por eso se estudia en dos semestres, y aún así, permanece la limitante del tiempo que impide abordar todos los temas que se quisieran en el curso de Derecho Romano I, principalmente en cuanto se refiere a la segunda vida. Tampoco se aspira a sobrecargar de contenido a los alumnos en su primer semestre, pues ello podría tornarse contraproducente, pero sí se motiva a que profundicen por su cuenta en temas mediante la asignación o recomendación de lecturas complementarias, discusiones socráticas, etc. Asimismo, el curso de Historia del Derecho (Seminario Renacimiento de la Cultura Jurídica, anteriormente impartido por la misma Dra. de Padilla y actualmente confiado a la titularidad de la Licda. María José de Mendoza) complementa esta visión de la evolución histórica del Derecho, aunque por motivos propios de su contenido, el énfasis no se haga exclusivamente sobre la segunda vida del Derecho Romano.

En síntesis, puede decirse que el estudio del Derecho Romano en dos semestres es consecuencia necesaria del aporte que está llamado a brindar en la formación jurídica para que el alumno pueda comprender el Derecho en su dimensión de producto cultural de la evolución, y ello, a su vez, es parte fundamental de la formación teórica que nuestra Universidad pretende enfatizar. Afirma la Dra. de Padilla que este enfoque formó parte de la concepción del estudio iusromanista en nuestra casa de estudios desde que Eduardo Mayora impulsó su incorporación al pensum. Si la Universidad Francisco Marroquín tiene como un principio y postulado fundacional esencial el énfasis sobre la formación teórica (y en su Ideario lo ejemplifica precisamente con el pensum de la Facultad de Derecho), y ésta se concibe como uno de los pilares que deben sostener el perfil del alumno y, en especial, el de Derecho, entonces resulta consecuencia lógica y clarísima la importancia que se da al Derecho Romano en nuestra *alma mater*.

## 2. El Derecho como anterior a la Ley

Si la noción de Derecho que se busca transmitir en nuestra Universidad descansa, al menos parcialmente, en comprenderlo como distinto de la ley en cuanto mero resultado de un proceso formal de creación, también aparece con prístina evidencia la importancia que para la consecución de tal fin presta el Derecho Romano, a la luz de lo que la doctrina expone sobre cómo su estudio permite liberar al futuro jurista del estudio servil y positivista del derecho objetivo legislado. Al mostrarle otras formas de producción jurídica y solución de conflictos, se le pone en camino de adquirir esa ‘soltura’ para una labor creadora y reformadora, la cual (no lo olvidemos) no se manifiesta necesariamente sólo desde una ocupación legislativa formal, sino además en la judicatura, la abogacía, el notariado.

Me parece que esta afirmación merece ser explicada: si bien es cierto que al hablar de ‘creación’ y ‘reforma’ lo primero que viene a la mente es la función legislativa, téngase en vista que ello presupone precisamente entender el Derecho como equivalente a la Ley. Sin embargo, desde el momento en que éste se concibe como distinto de la legislación, cabe hablar de que la creación y reforma del Derecho, o quizá resulte más adecuado hablar de su descubrimiento y adaptación, se produce realmente en todos los ámbitos del quehacer jurídico. Piénsese, por poner ejemplos, en la labor que debe llevar a cabo un notario al momento de dar forma jurídica a la voluntad de las partes en un contrato, el trabajo de un abogado al estructurar y fundamentar un alegato para juicio, a la interpretación de las circunstancias que debe hacer al prestar asesoría, la adaptación que debe hacer el juez al resolver un caso concreto: cada situación es como un microcosmos jurídico en que el jurista debe tener en cuenta diversos factores, que siempre sobrepasan las posibilidades, previsión y contenido de la norma general y abstracta.

Por otro lado, es lícito preguntarse: ¿qué tiene que ver esto con el Derecho Romano? Responder a ello corresponde a un apartado posterior de este capítulo, pero baste ahora hacer referencia a que, si se parte de la distinción entre Derecho y Ley, el estudio iusromanista es fuente privilegiada para que el estudiante comprenda esa diferencia, como lo pretende nuestra casa de estudios, ya que no sólo le pone en contacto con instituciones, normas, procesos de producción jurídica, ideas, conceptos, etc., distintos a los del lugar y tiempo actuales, sino que le permite ver cómo se implementaban, cómo se conjugaban y manifestaban en la realidad todo ese conjunto de elementos, de tal forma que la distinción entre Derecho y Ley no se plantee únicamente en un sentido abstracto y filosófico, sino que se pueda adquirir una visión realista y práctica de otras vivencias jurídicas, dando como resultado la formación de una mentalidad que se resista a quedar encasillada en los moldes aplicados por ‘quienes no saben por qué hacen lo que hacen’ y, con ello, obtener esa ventaja de la formación teórica a que se refiere el Ideario de la Universidad.

En otras palabras, el estudio del Derecho Romano permite que la distinción entre Derecho y Ley que la Universidad busca enfatizar no se quede en algo teórico y abstracto, sino que sirva de ejemplo y base para trascender el positivismo jurídico en la actuación profesional, concreta, cotidiana, del futuro jurista. Téngase presente que una de las críticas que exponíamos anteriormente a la tesis del *bilingüismo jurídico* era que el mismo puede fomentarse mediante el estudio de otros sistemas jurídicos, del derecho comparado, sin que necesariamente el mismo deba partir del Derecho Romano. Podríamos extendernos sobre este punto, con consideraciones más o menos acertadas, pero considero que la razón por la cual el Derecho Romano, en nuestra Universidad, contribuye de modo privilegiado a considerar la distinción entre Derecho y Ley según las aspiraciones intelectuales de nuestros fundadores, va de la mano con lo expuesto sobre el valor del Derecho Romano en el numeral anterior: así como la distinción entre Derecho y Ley que inspira nuestra *alma mater* va íntimamente unida a la noción del mismo como producto cultural de la evolución, así la importancia del Derecho Romano en nuestro estudio de la carrera va necesariamente ligado a ambos aspectos. Es decir, no basta con afirmar que el Derecho y la Ley no son lo mismo, sino hace falta además proponer una explicación sobre cómo y por qué se diferencian. De no hacerlo, la función del derecho comparado expuesto en la crítica antes mencionada podría en un momento dado no ser más que una comparación positivista y legalista entre distintos sistemas y conjuntos de normas, y en tal sentido no sería satisfactoria. Es en esta perspectiva que se revela con mayor claridad el valor del Derecho Romano como antídoto al servilismo positivista: cuando se toma en cuenta no sólo que el Derecho no se agota en la Ley, sino además que el mismo se complementa con otras fuentes y características que es preciso a su vez conocer para que, en el afán por trascender el positivismo, no se caiga en un planteamiento demasiado abstracto que termine por ser inútil ante la respuesta de que ‘la ley es la ley’.

### 3. Crítica de las fuentes del Derecho

Una consecuencia necesaria de los planteamientos sobre el Derecho que hemos venido exponiendo, es que el futuro jurista debe adquirir la capacidad de evaluar críticamente las llamadas fuentes del Derecho, lo cual se expresa en lo que nuestra Universidad enuncia al afirmar que “el graduado de la Facultad de Derecho debe saber por qué esa ley es buena o mala desde la perspectiva del derecho, sus incidencias y su contribución o no al tan ansiado Estado de Derecho”<sup>660</sup>.

Con esto, las aspiraciones institucionales de nuestra casa de estudios entran en plena concordancia con lo que expone la doctrina iusromanista en el sentido de que, mediante el estudio del Derecho Romano, se adquiere precisamente esa capacidad de comparar y valorar críticamente distintas formas de producción jurídica y solución de conflictos. No se olvide, sin embargo, la crítica hecha a tal postura, citada anteriormente: que esta función puede ser cumplida por el derecho comparado, sin necesidad intrínseca de recurrir para ello al Derecho Romano. En vista de ello, vale hacer aquí la misma explicación que quedó consignada en el último párrafo del numeral que precede, añadiendo el siguiente comentario: la contribución del Derecho Romano a este aspecto no se limita al factor de constituir un Derecho distinto del nuestro, sino que va más allá, pues el sistema o conjunto de fuentes jurídicas en la concepción romana es de mayor riqueza que el difundido desde las codificaciones, y quizá en eso radique precisamente su valor: de similar forma a como exponíamos anteriormente que no basta distinguir entre Derecho y Ley,

---

<sup>660</sup> <http://derecho.ufm.edu/interna.php?isbn=26>.



también resulta de gran beneficio y utilidad al jurista conocer un Derecho que se concibe emanado de fuentes tan diversas y ricas como lo es el Derecho Romano.

Esto se expondrá con mayor detalle en la última parte de este trabajo, y el planteamiento que comentamos se relaciona mucho con lo expuesto en los dos numerales previos; sin embargo, he querido dedicarle un apartado propio, por considerar que, si bien va ligado a lo que se expuso anteriormente, la crítica de las fuentes del Derecho es un tema considerable en sí mismo, al cual además el texto institucional de nuestra *alma mater* que venimos citando le concede una mención especial y concreta, razón por la cual conviene tratarlo con alguna atención, aunque a la vez con la brevedad que permite el hecho de haber ya expuesto las consideraciones fundamentales aplicables a este aspecto del análisis, resaltando específicamente en este punto, como lo hicimos, que el aporte principal del iusromanismo en este ámbito radica, a mi entender, en la riqueza y profundidad que su sistema de fuentes ofrece.

#### **4. El Derecho Romano y la educación humanística**

Como tantas veces habremos escuchado, en expresión popularizada por el romanista Álvaro d'Ors, el Derecho Romano constituye 'las humanidades del jurista'. En la Universidad Francisco Marroquín, la educación humanística tiene un relieve muy especial, como lo pone de manifiesto Giancarlo Ibargüen en el discurso que pronunció al tomar posesión como Rector de nuestra *alma mater*, donde ofrece una concisa descripción de las características primordiales de la educación humanística:

“En el Ideario de la Universidad Francisco Marroquín se dice acertadamente que ‘la educación que pretenda contribuir al proceso de la búsqueda del perfeccionamiento humano tiene que ser una educación que garantice la libre discusión y análisis de diversas ideas y valores; tiene que ser una educación en la cual el aprendizaje sea, fundamentalmente, un proceso de descubrimiento y no de absorción mecánica de ideas o principios; tiene que ser, en suma, una educación que fortalezca y oriente las naturales inclinaciones del hombre en su intento de comprender el mundo que le rodea’. Esta es una manera de describir la educación humanista, ya que ésta consiste, ante todo, en fomentar e ilustrar el uso de la razón, y en ‘aprender a discutir, a refutar y a justificar lo que se piensa’. La verdadera educación humanista enseña a pensar y, sobre todo, a aprender a pensar por propia cuenta sobre *lo que se piensa*. Las humanidades contribuyen a cultivar el uso de la razón en el estudiante, como dice el filósofo Fernando Savater, al fomentarle su capacidad de observar, abstraer, deducir y argumentar lógicamente. (...) La educación humanista es, en esencia, una búsqueda racional de la verdad. No hay educación humanista, dice Savater, si no hay verdad que transmitir o si todo es más o menos verdad, más o menos falso. La preparación humanista es el medio idóneo para el rescate, reflexivo y no coercitivo, de los valores de la civilización occidental defendidos por nuestros fundadores: valores y principios generales como la paz y la justicia, la dignidad y el valor de las personas, la libertad y el respeto a la propiedad.

“Ahora bien, esta ‘misión rescate’ de la educación humanista en la Universidad –en el fondo, un ‘rescate del currículum’– fomenta y fortifica:

“1o. La excelencia en las artes de la lectura y la escritura. Los estudiantes deben aprender a expresarse, oralmente y por escrito, con claridad y precisión.

“2o. Un espíritu crítico abierto al debate. Los estudiantes deben desarrollar la facultad de participar activamente en discusiones razonadas, y aprender a formular preguntas relevantes y a escuchar atentamente lo que se propone.

“3o. Una visión histórica y científica del mundo. Los humanos somos historias, no ecuaciones, dice Savater. Pero no sólo somos historias, sino también lo que nos permite ser nuestra naturaleza humana. Es poco probable que tengamos éxito en nuestro designio educativo, si los estudiantes no adquieren una comprensión de la historia de las ideas que han moldeado nuestra civilización, ni de los límites que nos impone nuestra propia naturaleza”<sup>661</sup>.

Dentro de esta perspectiva, se se profundiza y muestra con más claridad la importancia que tiene el Derecho Romano, como formación humanístico-jurídica, para los alumnos de la noble carrera en nuestra Universidad. Planteada la educación humanística como medio idóneo para el rescate de los valores y principios generales de la civilización occidental defendidos por nuestros fundadores, me atrevo a decir que la misma encuentra, en el campo jurídico, su principal expresión y medio de implementación en el Derecho Romano, en virtud de que él constituye precisamente, como ya lo hemos expuesto y recordado, el punto de encuentro de todos esos valores de nuestra civilización: dentro del ámbito jurídico, el Derecho Romano no es sólo un elemento más que conforma nuestra civilización, junto con la filosofía griega y la cosmovisión judeo-cristiana, sino que –dejando a salvo las distancias, diferencias y autonomía de la filosofía, la religión y el Derecho en sus respectivos ámbitos– constituye la expresión histórica y jurídica en que todos estos elementos se conjugan en su manifestación como realidad social. También en cuanto concierne al cultivo de la excelencia en las artes de la lectura y la escritura, el Derecho Romano, aunque no vaya propiamente encaminado a ello, no deja de brindar un apreciable aporte, cuando pone al alumno en contacto con textos de los juristas y pensadores de la antigüedad, constituyéndolos en herramienta para pulir la expresión oral y escrita del joven estudiante.

La visión histórica y científica del mundo que propone la educación humanística, está de más decir que queda bien servida por el Derecho Romano, toda vez que él es esa savia que ha nutrido la tradición jurídica de occidente a lo largo de los siglos, y que, como hemos visto, está presente actualmente en ámbitos que trascienden nuestro propio contexto cultural, incardinándose en el panorama más general y universal de la experiencia jurídica de la humanidad. Dentro de la noción de educación humanística, el Derecho Romano como antecedente y elemento constitutivo no sólo de nuestro Derecho sino de nuestra civilización en general adquiere un relieve que va más allá del simple conocimiento del dato histórico y cultural, permitiendo la comprensión de su valor e importancia al ubicar al alumno en una óptica que le permita comprenderse a sí mismo como inserto en una tradición milenaria que sigue siendo necesaria y fecunda, lo cual también es importante si se considera que ya se ha demostrado que las rupturas violentas con el pasado con frecuencia resultan más nocivas que las deficiencias que pretendían solucionar: el Derecho Romano nos ofrece además un ejemplo brillante de la evolución jurídica y social hecha realidad con soltura y equilibrio.

---

<sup>661</sup> Ibargüen S., Giancarlo. El Valor de las Humanidades en la Universidad. 9 de julio de 2003. Disponible en línea en: <http://www.ufm.edu.gt/discursos/dis20030709.pdf>.

## 5. Técnica jurídica

En este punto, es preciso insistir nuevamente, aún a riesgo de redundar, en que la técnica jurídica es el tema principal del presente estudio y, en consecuencia, no se pretende agotar ni abarcar todos sus matices en este breve apartado.

Asimismo, traer a memoria lo que ya se ha dicho sobre que este análisis del Derecho Romano a la luz de los principios que inspiran a la Universidad Francisco Marroquín no conlleva la intención de unimismar ambos temas, ni supeditar uno al otro. No obstante, puede afirmarse que la necesidad de superar el legalismo positivista en la aplicación del Derecho es una aspiración que se hace cada vez más sentida y extensa, independientemente de los motivos o valores que conduzcan a plantearlo. En ese sentido, lo que se dice a continuación puede considerarse aplicable a ámbitos más extensos que el entorno de nuestra Universidad que venimos tratando.

En el capítulo siguiente se tratará sobre la técnica jurídica, pero en este momento debemos exponer que, en nuestra Universidad, se maneja el planteamiento de que “con una buena preparación técnica” se logra “conocer sus artículos [de la Ley] y aplicarlos en casos concretos”<sup>662</sup>. Puede, entonces, considerarse la preparación técnica como algo enfocado más al ámbito de la Ley que al del Derecho. Todos los aspectos antes comentados (la educación humanística, la crítica de las fuentes, la noción de Derecho como anterior a la ley y producto cultural e histórico) irían enfocados al conocimiento del Derecho. Recordando lo citado en páginas anteriores, parecería que, dada la distinción hecha entre Derecho y Ley, la preparación técnica se encamina a la aplicación de la segunda, mientras que el conocimiento del primero se encamina a proporcionar parámetros o criterios de evaluación crítica de la Ley. Esto, sin embargo, hace necesario plantearse algunas interrogantes: el enfoque institucional de nuestra *alma mater*, específicamente en cuanto a la enseñanza del Derecho, ¿concibe la formación técnico-jurídica como limitada al ámbito de la Ley o derecho objetivo legislado?, ¿limita el conocimiento del Derecho a una capacitación para la crítica externa de la Ley o, antes bien, espera que tales críticas logren tener alguna incidencia en la aplicación de la misma? Me parece que es muy importante plantearse estas cuestiones, pues considero que de la respuesta que a ellas demos dependerá en gran medida el logro de esa ‘teoría más práctica y práctica más teórica’ que nuestros fundadores postulaban como requisito indispensable para una mejor y más efectiva aplicación práctica.

Si aceptásemos que el Derecho y la Ley son cosas *absolutamente* distintas y, en consecuencia, nos limitásemos a criticar la Ley desde afuera, amén que desde la perspectiva del Derecho, pienso que estaríamos perpetuando esa nociva separación entre teoría y práctica que es precisamente una concepción que nuestros fundadores se proponían combatir, a tal efecto enunciando que se deben entender ambas como “dos aspectos de la misma realidad: la acción humana”. Entendiendo la teoría y la práctica en esa forma, necesario es que la aplicación técnica se conciba a su vez como un proceso en el cual se dan cita y confluyen todos los diversos aspectos que integran la vivencia jurídica, es decir, sin limitar la técnica a aspectos puramente legales, sino entendiéndola como una forma en que opera esa acción humana que abarca en sí misma tanto lo teórico como lo práctico. Más aún, entendiendo la técnica como *la* forma por excelencia en que la acción humana se manifiesta en la aplicación del Derecho y de la Ley. De lo contrario, nos veríamos encerrados en una crítica externa a la Ley que seguiría dependiendo de una reforma legislativa para lograr acercarla al “tan ansiado Estado de Derecho” y, con ello, irónicamente estaríamos en cierta

---

<sup>662</sup> <http://derecho.ufm.edu/interna.php?isbn=28>.

manera afirmando la veracidad de que el derecho objetivo legislado es el único realmente válido *a la hora de la hora*. “La capacidad de crítica y valoración, referida a un acto de justicia, no es una capacidad abstracta ya que no lo es tampoco la justicia, sino que se concreta en un problema, en una *quaestio iuris*. Por eso, la formación del jurista se evidencia y comprueba en la capacidad de resolver casos acertadamente, ya que es en ellos donde puede combinar las fuentes y hacer jugar el valor relativo de ellas”<sup>663</sup>.

Como he escuchado decir a la Dra. de Padilla (citando a su padre, don Luis Beltranena Sinibaldi), “la técnica jurídica es poner el tren sobre los rieles”: siguiendo la analogía, si la Ley es el riel y el Derecho es el tren, no podemos quedarnos admirando la hermosa construcción e ingeniería de la máquina mientras, a un lado, sobre los rieles transitan no más que carretones oxidados, lentos y frágiles. Cobra relevancia entonces la noción de la técnica como aplicación, pues ello pone a salvo de la tentación de pensar que la única manera de poner el tren sobre los rieles es legislando: si bien no puede negarse que esto puede hacerse necesario en determinados asuntos y circunstancias, es preciso darnos cuenta de que muchas de las limitaciones y deficiencias que se advierten en nuestro sistema jurídico son más producto de una defectuosa y pobre aplicación que de fallas en la norma legislada en sí misma.

Nuestro Decano hacía referencia a estos temas en un reciente escrito: “Desplazadas por la técnica y la práctica y cuestionadas en cuanto a su efectividad, las humanidades fueron desapareciendo de los distintos programas. Pero su ausencia marcó también cierto vacío en la formación de la persona, más que del profesional”<sup>664</sup>. Si la técnica y la práctica no se conciben como manifestaciones de la acción humana integral, es entonces cuando la formación tanto de la persona como del profesional sufren ese menoscabo que el Dr. Argueta advierte y, al momento de aplicación, ¿quién si no la persona humana, el profesional del Derecho, es precisamente quien debe materializar el Derecho y la Ley?. Por eso urge recordar que, en nuestra noble carrera, la técnica tiene apellido: es técnica *jurídica*, y lo jurídico, a su vez, implica una visión mucho más rica, amplia y extensa que los carretones oxidados de la práctica sin teoría, de la técnica sin *ius*, de la técnica *antijurídica*.

En consecuencia, es preciso que la técnica jurídica se conciba como la forma en que la persona, el profesional, aplica a un caso concreto las normas jurídicas consideradas en su más rica profundidad y amplitud. En otras palabras, el aplicador del Derecho no se limita a su conocimiento de los artículos de la ley vigente, sino que debe estar en capacidad de desentrañar todo el contenido más vasto y complejo que esos artículos llevan consigo, toda esa energía jurídica de la cual se encuentran cargados, todo ese bagaje cultural, histórico y axiológico que llevan detrás. Como decía Celso, “*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*” (“conocer las leyes no es retener sus palabras, sino su fuerza y su espíritu”): aún cuando la formación técnica se conciba como enfocada al ámbito de la Ley, ello no implica que deba dejar de lado el Derecho, pues entonces sería técnica antijurídica, y perpetuaría la escisión nociva que hace nugatorio y estéril el conocimiento del Derecho.

Es en esta perspectiva como se comprende en su máximo esplendor, el valor e importancia que el Derecho Romano está llamado a tener en la formación del futuro jurista en las aulas de la Universidad Francisco Marroquín. La idea de ‘teoría más práctica y práctica más teórica’ que

<sup>663</sup> López Rosa. *Ob. Cit.* Página 102.

<sup>664</sup> Argueta Pinto, Milton Estuardo. *Estrenamos Pensum y Método de Enseñanza*. Editorial de la *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Francisco Marroquín, No. 25, Junio 2007.

planteaban los fundadores de esta Casa de la Libertad parece ser hermana gemela de esa noción que ya hemos comentado sobre el Derecho Romano como base de una síntesis entre el derecho de profesores y el derecho de juristas, pues “la consideración casuística es, a la vez, teórica y práctica. Teórica en cuanto exige un análisis minucioso y pormenorizado del supuesto de hecho; la calificación de las instituciones jurídicas que entran en juego; el conocimiento de la masa de respuestas históricas y jurisprudenciales, legales y consuetudinarias que pueden ser aplicables al caso; y la selección crítica de las más adecuadas. Pero práctica también en cuanto habitúa en el juego de los recursos procesales, al comprometer en toda ocasión a quien se ejercita, con el supremo interés jurídico existencial de obtener sentencia favorable”<sup>665</sup>.

Así, se entiende cómo la perspectiva histórica y cultural del Derecho, y su entendimiento como no limitado a los postulados de la Ley, que se plasman en las aspiraciones institucionales de nuestra *alma mater* y en la idea de educación humanística, y la efectividad práctica que busca el profesional, la cual nuestra Universidad apoya sobre las bases de una sólida formación teórica, son temas que difícilmente encuentran una amalgamación y combinación tal como la que se produce al estudiar el Derecho Romano: parece, entonces, que el Derecho Romano sea la enseñanza fundamental en que el estudiante de la Universidad Francisco Marroquín absorba aunque sea en modo embrionario todos los elementos que, aprendiendo además a integrarlos armónicamente en su acción personal y profesional, le lleven a ser un abogado que no sea tan solo diestro en el manejo de las leyes, sino que conozca lo que es el Derecho y, más aún, sea capaz de aplicarlo.

Con lo anterior no pretendo afirmar que el Derecho Romano sea *la* clase más importante de la carrera: por el contrario, decir eso sería precisamente ir en contra de la visión integral y profunda del Derecho que se busca transmitir. Todo curso es importante a su modo y en su alcance, y pido disculpas si en los párrafos anteriores me he hecho culpable de ese excesivo entusiasmo y apasionamiento que los críticos del iusromanismo a veces señalan (con o sin razón) en los que cultivamos esta materia. Lo que sí deseo plantear es que, si todo curso tiene su particular importancia para la efectiva e integral enseñanza jurídica, es menester que a su vez cada curso sea comprendido en cuanto cuál sea precisamente esa relevancia que tiene, cuál ese aporte que debe brindar y, con ello, me parece que sí queda claro que el Derecho Romano cumple o puede cumplir funciones de esencial necesidad en el contexto de lo que exige una educación jurídica de calidad. Por eso se lo enseña en el primer año; por eso se lo contempla como integrante de la formación teórica entendida como fundamental; por eso provee elementos de juicio y crítica; por eso debe también ser base de una técnica verdaderamente jurídica.

## 6. Reflexiones finales

Hemos visto que el Derecho Romano puede estudiarse desde diversas perspectivas, adaptándolas a su vez a distintas finalidades que con ello pueden perseguirse. Por otro lado, también debe recordarse que todas las aludidas modalidades y puntos de vista no son mutuamente excluyentes, sino que pueden irse combinando para obtener un mayor y mejor rendimiento general de los aportes que el estudio iusromanista puede brindar a quien se prepara en la noble carrera. Lograr esta integración e interrelación es un reto que corresponde al catedrático en constante evolución y adaptación con miras a incrementar el fruto que de nuestra materia puede extraerse. Sin embargo, es importante hacer ver que el afán de integrar posturas no responde a un mal entendido eclecticismo, en el sentido de que a veces las posturas eclécticas se conciben en clave objetiva,

---

<sup>665</sup> López Rosa. *Ob. Cit.* Página 108.

entendiendo una cierta necesidad o utilidad en aprovechar o fusionar puntos de vista que en principio parecerían muy divergentes. En lo personal, considero que el “eclecticismo” (si se puede o se quiere llamarle así, aunque por algún motivo me incomoda el vocablo) debe verse más bien en clave subjetiva, es decir, enfocado como una consecuencia del hecho de que quien conoce, quien interpreta, quien aplica, quien actúa, es la persona humana, y ella constituye una individualidad integral: ante la integralidad de la persona humana, no cabe aferrarse a divisiones y clasificaciones que, con exterioridad a la persona, se hacen únicamente para fines didácticos o de simplificación.

Con esto tocamos un punto que será fundamental para lo que se expondrá en la parte nuclear de este estudio y que, en consecuencia, trataremos con mayor profundidad más adelante, especialmente en el capítulo sobre el marco epistemológico. Pero sirve hacerlo ver en este punto, al reflexionar luego de haber expuesto las distintas posturas doctrinales en torno al Derecho Romano: la interconexión de todas ellas responde a una necesidad derivada del reflejo y manifestación que han de tener en la acción humana, en el actuar de personas concretas cuyo ser en su unicidad no está dividido en compartimientos doctrinales; no se deriva de un mero afán doctrinal por encontrar puntos intermedios o conciliatorios entre teorías distintas y, en ese sentido, me parece que lo que intento plantear aquí va íntimamente ligado al carácter necesariamente práctico de la teoría y necesariamente teórico de la práctica, al que aluden las repetidas y extensas citas del Ideario de nuestra *alma mater* que ya hemos consignado. Como consecuencia, este enfoque también implica que al momento de concretarse en la acción y el pensamiento humanos, la persona puede y en ciertos casos debe modificar o rechazar algunos puntos o contenidos teóricos que son incompatibles con la visión de conjunto que implica la integridad del conocimiento humano.

Otro tema que me parece interesante mencionar tiene su punto de partida en lo que quedó expuesto acerca de la teoría y la práctica, fusionadas en el estudio casuístico al cual se presta el Derecho Romano: como lo señalaba López Rosa, la fusión del derecho de profesores con el derecho de juristas. Considero que tales observaciones son relevantes en el proceso que actualmente se implementa en nuestra Facultad, consistente en la utilización en la carrera jurídica del método de Aprendizaje Basado en Problemas (ABP, o *PBL* por sus siglas en inglés – *Problem-Based Learning*). En grandes rasgos, el ABP conlleva que el alumno, al exponerse a un caso concreto, sea capaz de identificar los hechos jurídicamente relevantes del mismo, a la vez que señalar cuáles son el o los problemas principales que tal caso le plantea, haciendo uso de sus conocimientos previos que considere aplicables, y señalándose metas de aprendizaje en cuanto a aspectos que sea necesario conocer para proponer soluciones al problema y que aún no conoce o no domina adecuadamente. El ABP va enfocado no tanto a la adecuada resolución del problema, sino más bien a la adquisición, ensanchamiento y profundización de conocimientos que el alumno obtiene a partir de la investigación que realiza.

El ABP no es un método que sea adecuado a todos los cursos que se imparten en la carrera, y precisamente el Derecho Romano es una de las materias en que no se ha implementado el ABP. En mi opinión, la relación entre Derecho Romano y ABP puede funcionar en dos maneras: por un lado, considero que el método se presta mucho para el aprendizaje de una técnica jurídica, en cuanto exige planteamientos concretos en los que el alumno deba tomar el marco teórico que en otros cursos ha recibido y enfocarlo hacia el tratamiento de un problema específico, similar a los que podrá encontrar en la futura vida profesional. Debe hacerse notar, no obstante, que el ABP no se concibe como un curso práctico, al menos no en el sentido de ver la práctica separada de la teoría: por ejemplo, nada menos que Teoría del Derecho es uno de los cursos que se manejan en

ABP y, asimismo, por experiencia puedo decir que aún en cursos tan prácticos como Derecho Notarial, el sistema ABP exige conocimientos teóricos sólidos y claros y, en ese sentido, en lo personal puedo decir que ayuda a subrayar esa compenetración entre teoría y práctica que es indispensable para un buen jurista. Sin embargo, sigue siendo necesario que el jurista aprenda una teoría de la técnica jurídica, y el Derecho Romano es medio privilegiado para ello, no sólo enseñándole qué es la técnica jurídica, sino también dándole ejemplos concretos de cómo la misma se ha implementado y desarrollado a lo largo del tiempo. En ese sentido, podría decirse que las destrezas que serán necesarias para un adecuado aprovechamiento por parte del alumno del método ABP deberán ser adquiridas en el curso de Derecho Romano: no por supeditar éste al método ABP, sino por concebirlos como componentes de la formación jurídica integral que nuestra Facultad busca brindar. En el primer año de haberse implementado el ABP en nuestra Facultad, he observado que, en mi opinión, los mayores obstáculos del método, que redundan en su falta de aprovechamiento por parte del alumno, radican en que la división entre aprendizaje teórico y práctico se encuentra, en la mentalidad promedio, aún muy marcada, muy lejos de aquella armónica sintonía que planteaban nuestros fundadores: así puede verse algunos que no gustan de cursos teóricos por considerarlos casi irrelevantes pero, al sumergirse en un curso más ‘práctico’ como ABP, protestan por considerar que no están obteniendo una formación teórica satisfactoria.

Ciertamente el método ABP tendrá sus pros y sus contras, y cada quien tendrá derecho a su opinión personal al respecto, mas por mi parte considero que, para que todos los cursos de la carrera rindan sus deseados frutos, es necesario que el alumno tome conciencia de la integridad de formación que un jurista requiere no sólo para efectos teóricos sino también prácticos, que a la larga son como dos caras de una misma moneda. Por otra parte, me consta también que muchos de los conocimientos teóricos que algunos consideran no estar obteniendo en algunos cursos de ABP, fueron cubiertos en el curso de Derecho Romano II, al menos en cuanto concierne a sus antecedentes doctrinales, pero cuya discusión debería haber sido punto de partida suficiente para una profundización y desarrollo de criterio jurídico. En síntesis, pienso que esta nueva modalidad de enseñanza, aún cuando no directamente implementada en el Derecho Romano, da lugar a un ambiente académico, a un planteamiento formativo, que exige que nuestra materia sea profundamente revalorizada en su dimensión tanto de introducción teórica a conceptos jurídicos fundamentales, como de análisis casuístico y técnica jurídica aplicada a situaciones concretas. Más elocuentes resultan a este respecto las palabras de nuestro ya muy citado profesor López Rosa, en las que además se hace patente la implicación de la crítica y valoración del Derecho y la Ley que nuestra Universidad promueve y de las cuales el Derecho Romano es escuela privilegiada e insustituible: “La capacidad crítica y valoración, referida a un acto de justicia, no es una capacidad abstracta ya que no lo es tampoco la justicia, sino que se concreta en un problema, en una *quaestio iuris*. Por eso, la formación del jurista se evidencia y comprueba en la capacidad de resolver casos acertadamente, ya que es en ellos donde puede combinar las fuentes y hacer jugar el valor relativo de ellas. Una buena educación jurídica, pues, está íntimamente vinculada con la casuística como método de enseñanza, con toda la complejidad, riqueza e implicaciones que éste supone. (...) La clásica pregunta *quid iuris?* Dirigida a los jurisconsultos romanos, sólo tiene sentido formulada a propósito de un caso concreto. (...) la mejor escuela jurídica sigue siendo siempre la de la jurisprudencia romana, que en modo definitivo enseñó al mundo verdades universales y métodos eficientes. [...] Desde esta concepción de la importancia del Derecho Romano en la formación jurídica, y ante el planteamiento de un hipotético problema jurídico concreto, un jurista se encuentra en la necesidad de responder cinco cuestiones fundamentales: 1. Qué criterios servirán de fundamento para resolver el problema. 2. Qué soluciones es posible aplicar. 3. Cuál o cuáles de esas soluciones son más adecuadas a la idea de

lo justo. 4.Cuál de ellas es la más ajustada a la tradición jurídica de su medio cultural. 5. Cómo se ha de proceder para que, eventualmente, el juez apruebe su solución. (...) Se advierte con claridad que esta forma de transmisión del saber es la misma que usaban los juristas romanos, y en eso radica la clave sobre el valor de nuestra asignatura, que enseñada según el método descrito por la propia jurisprudencia clásica, reúne todas las ventajas de las corrientes, o puntos de vista, que habíamos considerado anteriormente, y además, añade otras nuevas que se relacionan directa y sustancialmente con la formación universitaria”<sup>666</sup>.

La anterior cita y las reflexiones ponen de manifiesto cómo en el estudio del Derecho Romano entran en combinación las preocupaciones de nuestra *alma mater* por proveer a sus alumnos de una sólida formación teórica que los lleve a ser más efectivos en la práctica, viendo la justicia no como un valor abstracto y etéreo sino como una exigencia concreta de las multiformes circunstancias del hombre, entendiéndolo a la vez como inmerso en un concreto ámbito cultural. A la vez, se ha tratado de mostrar bases, aunque sean muy generales, en las cuales el propósito formativo de nuestra Facultad pueda apoyarse en el Derecho Romano para rendir más y mejores frutos, para mejor lograr sus objetivos. En lo personal, pienso que el método ABP se prestaría a ser empleado en Derecho Romano II –Instituciones Jurídicas–, mas no en forma uniforme y completa, sino realizando algunas adaptaciones necesarias para poner al alumno en contacto más directo con la técnica jurisprudencial del derecho clásico, y combinándolo con la necesaria exposición magistral, a modo de no abandonar la formación teórica sólida que nuestra materia debe ofrecer, especialmente ahora que se imparte en el primer año de la carrera.

Con esto concluimos nuestra mirada sobre las diversas posturas doctrinales en torno al valor y el papel del Derecho Romano en la formación jurídica, esperando además que nuestra visión adaptada al medio académico de nuestra Facultad pueda servir para continuar mejorando la enseñanza en la búsqueda de esa excelencia académica con que nuestra institución se encuentra comprometida.

---

<sup>666</sup> López Rosa. Ob. Cit. Páginas 102 y 103.



### III

## LA TÉCNICA JURÍDICA DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO

“¿De qué sirve colocar en las leyes el enunciado de prescripciones morales del orden más alto y la concepción más noble de las ideas de libertad, de justicia, etc., si esas teorías permanecen sin aplicación práctica o son de una aplicación laboriosa cuando la técnica carece de la flexibilidad necesaria para transformar lo abstracto en realidad?”.

-Rudolf von Ihering<sup>667</sup>.

“Es menester que nuestro arte de juristas descienda a la realidad, para luego plasmar ésta en conceptos de vida, en formas vivientes. En todo caso, importa mucho que los conceptos no se enajenen de su raigambre original, sino que la revelen, plásticamente, en su misma encarnadura. Un buen sistema es aquel cuyos conceptos pueden ser transferidos de la forma que son a la realidad de la que vinieron, y de tal suerte que semejante transferencia no deje de probar que ellos mismos mantienen su comunicación con el dinamismo de la vida. La *natura* debe ser vertida en conceptos, pero en términos que éstos descubran, por modo claro y terminante, el mundo vivo –entrañable– que aquélla anida. Bueno es el concepto si es expresión de un alma. El refinamiento imaginativo mata la realidad y, por lo que ahora nos interesa, no sirve a la mejor realización del Derecho”.

-Juan Iglesias<sup>668</sup>.

La palabra ‘técnica’ proviene del latín *technicus*, y ésta a su vez del griego τεχνικοζ, de τεχνη, que significa ‘arte’. El Diccionario de la Real Academia Española entiende por técnica, entre otros: “Pertenciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y de las artes. | (...) Conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte. | Pericia o habilidad para usar de esos conocimientos y recursos. | Habilidad para ejecutar cualquier cosa, o para conseguir algo”<sup>669</sup>. Independientemente de si hemos de considerar al Derecho como una ciencia o como un arte, o bien pensar que participa de características de ambos (lo cual, a su vez, dependerá de los conceptos que de ciencia o de arte adoptemos), lo cierto es que, como toda realidad en que interviene el hombre, el Derecho necesita de una técnica para ejecutarse, implementarse, aplicarse, para lograr en la realidad práctica los resultados que con él se buscan<sup>670</sup>.

Ya en la introducción citábamos a Bernal y Ledesma a efecto de manifestar que “todo derecho, para ser tal (...) debe estar provisto de una técnica jurídica, a través de la cual le sea posible elaborar, interpretar, adaptar y eliminar la norma de derecho”. Esta observación la realizan los

---

<sup>667</sup> El Espíritu del Derecho Romano. Página 483.

<sup>668</sup> Derecho Romano. Páginas 6 y 7.

<sup>669</sup> Edición en línea: <http://buscon.rae.es/draeI/>.

<sup>670</sup> “El que concede a un zapatero o a un sastre la capacidad de decidir en cuestiones de derecho, intenta dirigirse a un filósofo para que confeccione ropa o calzado. En cuanto a los juristas que participan y ayudan a propagar la idea ilusoria de un derecho popular accesible a cualquier individuo de la ciudad o del campo, y que dicen que la sociedad puede pasarse sin los conocimientos de los jurisconsultos, no puedo aconsejarles otra cosa sino que se metan a zapateros o a sastres. Botas y vestidos les enseñarán lo que la jurisprudencia no les hizo aprender, y se convencerán de que el arte más humilde tiene también su parte técnica, la cual no es otra cosa que el depósito acumulado que vino a ser el objetivo de la razón humana y que, sin embargo, no puede ser aplicada sino por el que se toma la molestia de estudiarla”. Ihering. Ob. Cit., Página 479.

mencionados profesores con ocasión de mencionar que “entre el derecho y la moral existe una zona fronteriza no tan fácil de deslindar” y que, por tanto, la técnica jurídica se da en el Derecho “a diferencia de lo que ocurre con la moral social”<sup>671</sup>. La moral social tiene otros medios de implementarse y, sobre todo si aceptamos la tesis que define el derecho en función de la *vis coactiva*, es decir, de su carácter como normativa susceptible de ser aplicada coercitivamente aún en contra de la voluntad del sujeto que no desea apegarse a la norma, hemos de ver en la técnica jurídica la herramienta primordial para lograr la implementación y aplicación del Derecho en la realidad. Principalmente por cuanto que la llamada ‘moral social’ tenderá a imponerse por sí sola mediante mecanismos como la opinión pública, mientras que el Derecho es algo tan fundamental para la vida del hombre en sociedad que existe toda una profesión con distintas ocupaciones que se encargan de conocer y aplicar el Derecho, el conocimiento de *la* técnica jurídica, o quizá de *una* técnica jurídica adecuada, ha de ser de importancia fundamental y vital para un estudiante de Derecho. A su vez, como técnica, el sujeto que la emplea desarrolla y perfecciona su destreza para manejarla únicamente con la práctica, por lo que supone un aprendizaje constante y, en muchas maneras, interminable para el jurista futuro y actual, del cual debe comenzar a imbuirse ya desde que da sus primeros pasos en el estudio de su noble oficio.

En el capítulo anterior ofrecíamos algunas consideraciones sobre la técnica jurídica como medio para la implementación del Derecho, dentro del contexto específico de las nociones que sobre el mismo subyacen en la visión institucional de la Universidad Francisco Marroquín. También en el Ideario de nuestra casa de estudios se mencionan algunos puntos referentes al aprendizaje técnico, de los cuales citamos algunos a continuación:

“Es un error pensar que la forma más adecuada de lograr la eficacia profesional consiste en hacer de lado la teoría y concentrar los esfuerzos en la enseñanza de técnicas específicas. Toda práctica consciente involucra la aplicación de una u otra teoría y entre más teórica es la práctica más práctica o eficaz será la teoría”.

“Quien no conoce los fundamentos teóricos de su actividad profesional no podrá ir más allá de los métodos o técnicas que aprendió a poner en práctica; y está demás señalar que jamás estará en posibilidad de hacer descubrimiento alguno en su campo profesional”.

“Se ha llegado a creer, por ejemplo, que los estudios humanísticos, por el hecho de que no desembocan en técnicas específicas, han de ser substituidos por estudios técnicos que sean de inmediata aplicación al desarrollo social. Esta manera de pensar también ha contribuido a que se conciban las Universidades como conjuntos de escuelas dedicadas al estudio de técnicas específicas”.

“Estimamos que si bien es cierto que el adiestramiento de técnicos en diversos campos es una importante función que compete a escuelas superiores –sean o no universitarias– no es menos cierto que las Universidades, por definición y por tradición universal, han sido y son mucho más que centros de formación de técnicos. La razón de ello es que en las sociedades humanas siempre ha habido necesidad de fomentar y apoyar instituciones de estudios superiores que se dediquen a la enseñanza y a la búsqueda de principios o de teorías cuyas consecuencias contribuyan a que la sociedad logre una vida mejor. Esta es la razón de que la investigación sea parte esencial del trabajo universitario y que la enseñanza de técnicas de aplicación sea la misión de escuelas técnicas”.

---

<sup>671</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 45.

Con el Derecho ocurre un caso quizá singular en lo que se refiere a la interrelación entre teoría y técnica: si bien la técnica jurídica es el medio para lograr la implementación real del Derecho, precisamente por ello, por ser *jurídica*, no podrá dejar de depender en grandísima medida de la noción que del Derecho se acepte. En efecto, si recordamos las funciones de la técnica antes mencionadas (elaborar, interpretar, adaptar y eliminar la norma de derecho), preciso es cuestionarse qué criterios deberán guiar tales operaciones: ¿cómo se elabora la norma?, ¿quién le elabora?, ¿cómo se determina su contenido?, ¿qué debe buscarse al interpretarla?, ¿cómo, por qué, y a qué debe adaptarse?, ¿qué adaptaciones son aceptables, y con base en qué criterios?, ¿por qué motivos habría que eliminar la norma?, y muchas preguntas similares que dependerán inevitablemente de la concepción de Derecho que posea quien ponga en práctica la técnica. Por consiguiente, también es posible y necesario cuestionarse si existe una técnica específica que, en materia jurídica, sea la más adecuada para utilizarse como herramienta para la aplicación del Derecho. Esto, por definición, hace imprescindible indagar sobre los caracteres y naturaleza propios del Derecho (y de ahí que en este trabajo debamos dedicar gran atención a las diversas escuelas de pensamiento jurídico, diversos modos de concebir y estudiar el Derecho, etc.), de tal forma que, al tratar de la técnica jurídica, se nos revela singularmente en toda su profundidad y, probablemente, en su mayor trascendencia, la íntima conexión entre teoría y práctica como elementos de una misma acción humana integral: el conocimiento y la aplicación del Derecho es, sin duda alguna, uno de los campos donde en forma más diáfana aparece la realidad del obrar humano como algo complejo, multifacético y plural pero, a la vez, necesaria y hermosamente unitario. Unidad que, además, plantea muy serios retos para ser comprendida y vivida, y que tendrá siempre un cierto sabor de aspiración, de meta por alcanzar.

Teniendo en cuenta cómo el Derecho constituye un ámbito en que la teoría y la práctica y, con ello, la técnica y su aprendizaje, se manifiestan unidas de un modo más íntimo, mutuamente necesario e inseparable que en otras áreas del saber y del obrar humanos, vale la pena matizar las afirmaciones antes citadas de nuestro Ideario, pues éstas a primera vista parecen presuponer que las técnicas específicas son, hasta cierto punto, materia de importancia secundaria en la preparación profesional. Digo ‘parecen’, porque en realidad el mismo Ideario también hace mención de la relación entre teoría y práctica como “dos aspectos de la misma realidad: la acción humana” y, como hemos dicho, en el Derecho esta relación se muestra más clara y fundamental, de donde se deriva que, al menos en el estudio jurídico, el conocimiento de una técnica específica se hace imprescindible para poder reflejar en la práctica los resultados de esa profundización teórica que se requiere en un auténtico jurista. El Derecho, que debe observar a la persona humana en su realidad integral, es un estudio humanístico que necesita de un estudio técnico para hacerse útil, no porque la utilidad se coloque como valor supremo por sí misma, sino porque precisamente lo que se busca con el Derecho es dar forma, vida y tutela a las aspiraciones del hombre individual y social. El conocimiento de la técnica jurídica es precisamente lo que el jurista necesita no sólo para poder ir más allá de lo que aprendió, sino para implementar los descubrimientos que realice en su campo profesional.

El mismo título de esta tesis indica ya que, a mi parecer, la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico es precisamente esa técnica adecuadamente *jurídica* sobre cuya búsqueda nos interrogábamos en un párrafo anterior. A su vez, dicha técnica conlleva un modelo para el aprendizaje (al cual se aludió ya en el capítulo anterior al tratar sobre la relevancia de métodos casuísticos en combinación con el aprendizaje teórico doctrinal), que puede resultar una propuesta concreta de cómo llevar a cabo simultáneamente esa profundización teórica y adiestramiento práctico necesarios para el jurista. Las explicaciones sobre cómo y por qué la

técnica jurídica del Derecho Romano Clásico tiene perenne actualidad como forma de aproximación al Derecho, las dejaremos para el final del presente trabajo, dedicando nuestra atención por el momento a exponer, primero, una teoría general de la técnica jurídica (tomada de las enseñanzas de Rudolf von Ihering, añadiéndole comentarios) y, después, los aspectos principales de la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico, enfoque central de nuestro estudio.

## I. TEORÍA GENERAL DE LA TÉCNICA JURÍDICA<sup>672</sup>

Ihering expone su teoría general de la técnica jurídica en su obra “El Espíritu del Derecho Romano”, como paso previo a exponer la técnica del Derecho Romano antiguo. Exponemos esta teoría como una explicación general de la técnica jurídica, sin perjuicio de ofrecer posteriores comentarios al respecto ya que, en efecto, el mismo Ihering se convirtió después en uno de los principales críticos de su propia teoría. Abordaremos y comentaremos más adelante algunas críticas a esta teoría general de la técnica jurídica, para encuadrar y caracterizar de mejor forma el valor que ésta tiene para nuestra materia y para los propósitos del presente estudio. Por el momento, veamos la teoría según su original formulación.

Ihering define la técnica jurídica en dos sentidos<sup>673</sup>:

- Como “la rama del arte jurídico que tiene por objeto perfeccionar la forma de la materia jurídica”.
- Como “el conjunto de procedimientos por medio de los cuales aquel fin puede alcanzarse”.

La actividad de la técnica conduce a dos fines principales:

- Simplificar el Derecho para facilitar su dominio intelectual con miras a su aplicación.
- Asegurar y facilitar la aplicación del Derecho a los casos concretos y, mejor aún, hacerlos entrar en la práctica jurídica.

Para comprender el trasfondo de la noción que Ihering tiene sobre la técnica jurídica, es necesario revisar en forma resumida las explicaciones que él mismo da como antecedentes para su definición: al comenzar su exposición de la teoría de la técnica jurídica, Ihering empieza diciendo que “el derecho existe para realizarse. (...) lo que se realiza como derecho es derecho, aun cuando no se encuentre escrito en las leyes, ni el pueblo y la ciencia hayan adquirido aún conocimiento de ello. (...) Pero no basta saber que el derecho se realiza; es preciso además saber cómo se realiza”<sup>674</sup>. Según nuestro autor, todos los ordenamientos jurídicos se realizan en todas partes de la misma manera, sin importar su contenido material, siendo entonces posible determinar de manera absoluta cómo se realiza el derecho. Para él, todo derecho busca un ideal absoluto consistente en dos condiciones que debe cumplir su realización:

- *Eficacia*: realizarse de un modo necesario, seguro y uniforme.

---

<sup>672</sup> Cfr. Ihering. El Espíritu del Derecho Romano. Páginas 471 a 525.

<sup>673</sup> Ihering. Ob. Cit. Página 483.

<sup>674</sup> *Ibid.* Página 480.

- *Eficiencia*: realizarse de una forma fácil y rápida.

Observando que a veces el progreso del ordenamiento jurídico puede hacer más difícil su aplicación, Ihering afirma que la misión del arte jurídico es disminuir esa acción natural del progreso, es decir, contribuir principalmente a la eficiencia del Derecho, así como a su eficacia. Para Ihering, “el arte jurídico camina con más rapidez que el progreso científico del fondo del derecho”, a la vez que “la ciencia no olvida que para poder encontrar su aplicación viva debe ser también un arte, y que todas sus reglas deben además responder a las exigencias de la vida”<sup>675</sup>. Entre las causas que deciden sobre los motivos de la realización del derecho, enumera:

- Causas inherentes al Derecho:
  - La organización judicial.
  - La forma del procedimiento.
  - El estado del fondo del derecho (campo principal en que se mueve la actividad de la técnica jurídica).
- Causas extrañas al Derecho:
  - El grado de cultura intelectual y moral del pueblo.
  - El desenvolvimiento de la idea del Estado y del poder público.
  - La división social.
  - La relación de poderes.
  - La fuerza moral de que goza la idea del Derecho en la conciencia del pueblo.

El fondo del Derecho ejerce la mayor influencia sobre su realización. La técnica está llamada a resolver la *cuestión de cómo debe organizarse y establecerse el Derecho para que su mecanismo simplificado facilite y asegure lo más ampliamente posible la aplicación de las reglas de derecho a los casos concretos*. De tal forma, el *objeto de toda la teoría de la técnica será el reconocimiento y prosecución de la oportunidad para la realización del Derecho*. El arte precede a la ciencia, pues ésta comienza sólo en el conocimiento, mientras que el arte se concilia con el presentimiento y el instinto.

Volviendo al tema del dominio intelectual o conocimiento del Derecho, apunta Ihering que éste se ve auxiliado por:

- *Inteligencia*, que se relaciona con la *cualidad* de los elementos del Derecho.
- *Memoria*, cuya importancia depende de la suma o *cantidad* de dichos elementos.

La dificultad o facilidad para conocer el derecho tiene importancia:

- *Subjetiva*: para quien debe conocerlo.
- *Objetiva*: en la administración de justicia.

---

<sup>675</sup> *Ibid.* Página 481.

De esta manera, la tarea de la técnica jurídica, en cuanto enfocada a la conquista del dominio intelectual sobre el Derecho, se resume en *simplificación cuantitativa y cualitativa*.

La simplificación cualitativa del Derecho consiste en que el Derecho será cualitativamente simple cuando es el punto de unión, es decir, cuando las partes, estando exactamente limitadas y separadas, sin embargo se reúnen armónicamente en una sola unidad y, por consiguiente, el pensamiento puede abrazar con tanta facilidad la parte como el conjunto. La simplificación cualitativa se alcanza mediante la *construcción jurídica*.

Por su parte, la simplificación cuantitativa procura disminuir la masa de materiales sin perjuicio de los resultados que se desean alcanzar (que Ihering llama *ley de la economía*). Sus operaciones principales son:

- Análisis de la materia, o su reducción a partes fundamentales simples.
- Concentración lógica de la materia.
- Orden sistemático de la materia.
- Terminología jurídica.
- Arte de emplear hábilmente aquello que existe (economía jurídica).

La ordenación sistemática consiste en una clasificación oportuna que permita encontrar más fácilmente los materiales recogidos. Tiene una importancia no sólo teórica, sino también práctica en cuanto que permite el fácil conocimiento y la exposición exacta de las instituciones jurídicas. Asimismo, la designación o terminología técnica, si bien no añade a su contenido, simplifica su uso al revestir la idea de una forma que ahorra empleo de palabras.

De todo lo anterior, se desprende que las tres operaciones fundamentales de la técnica son:

- Análisis
- Concentración
- Construcción

## **1. Análisis jurídico**

Ihering explica el análisis jurídico mediante su célebre analogía lingüística o analogía con el alfabeto: así como el alfabeto nace de la observación de que las palabras no son más que combinaciones variadas de determinados sonidos fundamentales, bastando entonces descubrir esos sonidos y aplicarles nombre para poder mediante ellos componer cualquier palabra, así la técnica jurídica buscará los elementos simples del Derecho para simplificar su conocimiento.

El método analítico contiene la *abstracción*, que consiste en separar lo general de lo particular, y descomponer la materia en sus partes generales y particulares o locales. De esta forma, será posible identificar entre las reglas del Derecho aquellas que son peculiares a instituciones determinadas (locales), y las que son comunes a todas (abstractas).

En ocasiones, la necesidad práctica exigirá que se sacrifique la regla abstracta en provecho de un acto particular, o que una cuestión general se resuelva de modo limitado. Las ideas abstractas producen su primera manifestación o invasión histórica en un caso concreto, con un sentido

limitado, y no es sino hasta después cuando, mediante un proceso gradual, adquiere la importancia que le corresponde según su naturaleza abstracta. Esto sucede cuando se les considera aplicables a relaciones homogéneas al caso concreto en el cual por vez primera aparecieron. Entre las causas por las cuales la aparición de las ideas abstractas se produce primero en casos específicos están:

- La urgente necesidad de dar solución a dicho caso.
- La fácil aplicación legislativa de la idea a una relación determinada mejor que a otra.
- Que el caso concreto se fundamente en una relación que sea en su momento la única en su especie.

Las dos primeras razones suponen que la regla o idea hubieran podido tener desde su origen un campo de aplicación más extenso que el de su dominio primitivo. En cambio, la tercera implica que, al momento de manifestarse la idea o regla en el caso concreto, esa situación era en efecto la única a la cual podía aplicarse ('la especie se confundía con el género')

La manera más usual como las ideas se generaliza, y que casi universalmente se reconoce como dominio de la jurisprudencia y no de la legislación, es la *extensión por analogía*. La extensión por analogía "consiste en separar de la forma local originaria lo que es general por su naturaleza y por su destino". Su base es el análisis de la materia jurídica con que nació una institución, para separar:

- Por un lado, los *elementos locales esenciales*: aquellos elementos o principios que existen únicamente en atención al fin específico de esa institución, y son por tanto *específicos*.

Ellos se convierten en *elementos independientes* del derecho: mediante el análisis lógico, su campo de aplicación queda limitado y perfectamente definido. Estos principios se reúnen en creaciones y nociones particulares que, como tales, pueden tomar forma concreta sin la cooperación de otras nociones.

En la analogía lingüística, Ihering les llama *vocales*. Como ejemplos menciona: el contrato de compraventa, la servidumbre de paso, el testamento.

- Por otro lado, los elementos *elementos locales accidentales o históricos*: los que hicieron que apareciera esa institución y que por su esencia son *abstractos*.

Se transforman en *elementos no independientes* del Derecho: el análisis lógico los convierte en principios generales que se mueven libremente y pueden combinarse con otros elementos jurídicos. Estos principios, y las nociones que de ellos se derivan, no se realizan por sí mismos, sino que están siempre sujetos a una forma concreta.

Siguiendo su analogía alfabética, Ihering les denomina *consonantes*, y menciona como ejemplos: el error, la nulidad, la tardanza.

Las letras del alfabeto jurídico son de aplicación práctica menos extensa que las del lenguaje: por eso deben ser más numerosas, pues el Derecho exige una corrección y exactitud mucho mayor.

En la línea de esta analogía, dice Ihering que la escritura sólo ofrece una reproducción muy grosera del lenguaje, pero la cual es suficiente para quien conoce la pronunciación; en cambio, para que el Derecho se pronuncie como se escribe, es preciso escribirlo como se pronuncia.

Otra diferencia entre el alfabeto jurídico y el del lenguaje radica en que éste último está ya fijo, y permanecerá igual a pesar de las transformaciones del idioma, mientras que el del Derecho nunca conseguirá una aplicación independiente del tiempo y del lugar, de la historia y de la nacionalidad. Si bien es cierto que pueden existir en Derecho nociones fundamentales de una verdad absoluta y nociones de pura forma que integran el alfabeto universal del Derecho, independientemente del pueblo que las haya descubierto y formulado, de todos modos su configuración práctica, su contenido sustancial, siempre será determinado por el derecho positivo. De esta forma, el alfabeto práctico del Derecho se caracteriza por su parte positiva histórica: cambian tanto las reglas como las ideas y las instituciones, al igual que la importancia de las letras del Derecho que poseemos se altera, y el tiempo trae nuevas y borra antiguas<sup>676</sup>.

## 2. Concentración lógica

Esta operación consiste en abstraer un principio de especies determinadas y expresarlo por medio de una fórmula nueva, lógica y más enérgica: es la concentración del volumen exterior de una masa de materia jurídica. Se mide no sólo en un elemento objetivo, sino también tiene parte en él el elemento subjetivo del que domina la materia: “allí donde apenas se aclaran muchas dudas después de largas disertaciones, el inteligente resuelve la cuestión con una sola palabra en vez de cien que emplean otros”.

Para que la jurisprudencia (entendida como ciencia o estudio del Derecho) pueda condensar la materia legislativa, es preciso que el legislador se debe llevar de un principio y lo aplique, aunque no lo reconozca o enuncie inmediatamente. Un principio se pone en vigor después de cierto tiempo de observarse en la práctica, o puede incluso caer en desuso antes de ser reconocido y enunciado en su verdadera forma.

Ihering compara la relación entre las disposiciones legislativas y el principio a que se refieren con la relación entre los puntos aislados del interior de una circunferencia y su centro: el legislador emite disposiciones separadas y casuísticas que giran en torno a un principio, el cual la ciencia jurídica descubre. Al descubrirse el principio, se reconcentra y reúne la materia jurídica antes dispersa, y el principio a su vez viene a ser fuente de nuevas reglas que son las consecuencias que el principio entra y estaban ocultas.

Sin embargo, cuanto más alejados se encuentren los puntos del centro de la circunferencia, más largo y complicado resulta el camino para llegar a ésta: aún cuando diversas reglas jurídicas emanen de un solo y único principio, no siempre llevan la marca de su origen y afinidad. Esto puede presentar tres dificultades principales:

- Puede ser que un examen superficial haga parecer las reglas extrañas entre sí y excluir toda idea de conformidad.

---

<sup>676</sup> Estas afirmaciones de Ihering merecen cierta atención y comentario especiales, los cuales le dedicaremos en el Capítulo IX de este trabajo.



- Puede ser también que el legislador en parte observe el principio y en parte se separe de él.
- También es posible el caso contrario: que una disposición parezca excepción al principio, pero que al comprender con mayor exactitud éste, se comprenda que aquélla no es en realidad una excepción.

### 3. Construcción jurídica

Previo a explicar la operación de la construcción jurídica, Ihering hace referencia a sus conceptos de alta y baja jurisprudencia, o jurisprudencia superior e inferior, así como a su noción de las instituciones como cuerpos jurídicos, basada en lo que llama el *método de la historia natural*.

#### a) Alta y baja jurisprudencia

La noción y distinción de Ihering entre alta y baja jurisprudencia, para efecto de lo que interesa a nuestro estudio, puede esquematizarse muy brevemente de la siguiente forma:

- La jurisprudencia inferior *interpreta*: no se dedica a crear algo nuevo, sino a aclarar los elementos jurídicos ya existentes. Así, sus principales tareas son:
  - Explicar la materia.
  - Resolver las aparentes contradicciones.
  - Disipar oscuridades y faltas de precisión.
  - Esclarecer el contenido de la voluntad del legislador.
  - Deducir de disposiciones existentes el principio en que están basadas.
  - Sacar de esos principios todas sus consecuencias.
- La alta jurisprudencia *construye*: la jurisprudencia inferior es su primer grado, pues para construir se debe ante todo interpretar.

#### b) Las instituciones como cuerpos jurídicos

Para Ihering, la distinción entre alta y baja jurisprudencia anteriormente referida descansa sobre una concepción particular del Derecho que él denomina de la *historia natural*: según esta visión, “la institución jurídica no es simplemente una reunión de disposiciones jurídicas aisladas que conciernen a una sola y misma relación, sino que es esencialmente distinta en sus disposiciones. Los preceptos del derecho son masas de materia, ideas que tienen una existencia sustancial; y las instituciones jurídicas, por el contrario, existencias, individualidades lógicas de seres jurídicos, que concebimos y animamos con la idea de una existencia y una vida individuales. (...) son *cuerpos jurídicos* (en oposición a la simple *sustancia* o a la *materia* jurídica”<sup>677</sup>. Los aspectos que Ihering menciona al tratar de los cuerpos jurídicos o instituciones son:

- Noción y estructura.
- Cualidades y fuerzas.
- Fenómenos de su vida.

<sup>677</sup> Ihering. *Ob. Cit.*, Páginas 505 y 506.

- Relaciones con otros cuerpos o instituciones.
- Clasificación sistemática.

Al tratara de la *noción y estructura de los cuerpos jurídicos*, nuestro autor los define no según lo que éstos producen o deben producir, sino únicamente en función de su estructura, de sus “elementos anatómicos”, que son, por ejemplo:

- El sujeto.
- El objeto.
- El contenido.
- El efecto.
- La acción.

Así, el objeto principal de las definiciones serán los derechos en el sentido subjetivo, pues debe considerarse primero al sujeto de derecho en su relación con el objeto o el contenido del derecho, lo cual presenta dificultades cuando no existe una relación íntima entre sujeto y objeto: por ejemplo, cuando el lazo entre ellos resulta de un elemento intermedio o cuando existe un concurso de varios derechohabientes sobre un solo y mismo derecho. A la cuestión de la estructura se agrega la de su relación accesoria con otros derechos, y la de la dependencia entre la acción y el derecho.

En este punto nos resultan de auxilio y complemento las exposiciones de otros autores sobre las *categorías jurídicas* o *conceptos jurídicos fundamentales*. Para los profesores Bernal y Ledesma, las categorías jurídicas “son las ideas más generales a que se puede reducir el concepto de derecho cuando es descompuesto lógicamente por la mente”<sup>678</sup>. Estas ideas categoriales son:

- El *sujeto* de derechos y obligaciones.
- El *objeto* sobre el cual recaen los derechos y las obligaciones.
- La *actividad o comportamiento* de los sujetos, que interesa al derecho en tanto que se ajusta o aparta de lo mandado, lo prohibido o lo permitido.
- La *relación* que se establece entre los sujetos, por virtud de la cual éstos adquieren derechos o contraen obligaciones.
- La *norma jurídica*, que es la forma típica de expresión del derecho y que no siempre es escrita.

Por su parte, Mario I. Álvarez, citando a Genaro Carrió, afirma que los conceptos jurídicos fundamentales “poseen una órbita de aplicación que excede el campo particular de las distintas disciplinas dogmáticas. Sirven para aislar e identificar situaciones de tipo general que, si cabe el giro, cruzan los límites que separan, en forma más o menos clara, los dominios adjudicados a aquéllas”<sup>679</sup>, y Rojina Villegas los define como aquellos que “intervienen como elementos constantes y necesarios en toda relación jurídica”<sup>680</sup>. Los principales conceptos jurídicos fundamentales son, para Álvarez:

- Persona jurídica.

<sup>678</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 19 y 20.

<sup>679</sup> Álvarez, Mario I. *Introducción al Derecho*. Páginas 202 y 203.

<sup>680</sup> *Ibid.* Página 203.

- Capacidad jurídica.
- Derecho subjetivo.
- Deber jurídico.
- Delito.
- Sanción.
- Supuesto.
- Hecho jurídico.
- Acto jurídico.

Cada disciplina o rama jurídica tendrá, por su parte, conceptos fundamentales propios: así, por ejemplo, en el Derecho Civil encontraremos los conceptos de contrato, compraventa, mutuo, etc.; en el Mercantil, los conceptos de comerciante, auxiliar de comercio, título de crédito, empresa, etc.; en el Procesal, los de caducidad, juicio, sentencia, entre otros y así sucesivamente<sup>681</sup>.

En cuanto a las *cualidades y fuerzas de los cuerpos jurídicos*, Ihering cita aspectos tales como:

- Divisibilidad o indivisibilidad de los derechos.
- Fuerza expansiva (por ejemplo, el derecho de acrecer).
- Posibilidad o imposibilidad de separar los derechos de las personas.
- Posibilidad de existencia solidaria de muchos derechos sobre el mismo objeto.
- Posibilidad de restricción o disposición del contenido regular de los derechos (por ejemplo, la dinámica de las partes esenciales y las accidentales en los negocios jurídicos).

Como ejemplos de los *fenómenos de la vida de los cuerpos jurídicos*, se mencionan:

- Suspensión de condiciones de la existencia del derecho.
- Duración perpetua o transitoria de una relación jurídica.
- Efecto retroactivo de la condición y de la ratificación.
- Intervalo entre el acto constitutivo y el nacimiento del derecho.
- Intervalo entre el acto constitutivo del nacimiento del derecho y su validez.
- Parálisis durable o pasajera de los derechos.
- Extinción parcial.
- Restablecimiento de derechos extinguidos.
- Metamorfosis o transformación en otras relaciones.
- Influencia de la extinción de la acción sobre el derecho.
- Influjo de la extinción de un crédito sobre el crédito recíproco.

Sobre las *relaciones con otras instituciones o cuerpos*, se ejemplifica mediante:

- Compatibilidad o incompatibilidad de unos cuerpos con otros.
- Concurrencia sobre el mismo objeto o la misma relación y su antagonismo.
- Desaparición de uno de los cuerpos y efectos de ella sobre los otros.

Por último, se recuerda la idea de la clasificación sistemática como última consecuencia del método de la historia natural, de la cual ya se ha tratado.

---

<sup>681</sup> Cfr. *Ibid.* Página 202.

### c) Leyes de la construcción jurídica

Ihering caracteriza la construcción jurídica como la aplicación del método de la historia natural a la materia jurídica, como el arte plástico de la jurisprudencia, cuyo objeto y fin es el cuerpo jurídico: la construcción es una operación del arte que crea, inventa y organiza; de ahí que también afirme que la misma se trata de una cuestión de talento e instintiva más que de cuidado y erudición. La construcción jurídica, según Ihering la entiende, se rige por tres leyes, que corresponden a los tres elementos que deben caracterizarla:

- Elemento *positivo*: la construcción doctrinal debe aplicarse exactamente al derecho positivo.
- Elemento *lógico*: no debe haber contradicciones del legislador ni de la ciencia consigo mismos (ley de la *unidad sistemática*).
- Elemento *estético*: la construcción debe ser sencilla, clara, transparente y natural (ley de la *belleza jurídica*).

Expliquemos brevemente cada una de estas leyes, respectivamente en cada párrafo que sigue:

Que la construcción doctrinal deba aplicarse exactamente al derecho positivo implica a su vez que el legislador debe abstenerse de construir, es decir, de formar la teoría, para no usurpar el dominio de la ciencia jurídica. La jurisprudencia (en el sentido de ciencia del Derecho) tiene, pues, libertad completa en su acción sobre la materia, bastándole conservar su fuerza práctica. Al no ligarse a forma alguna, puede incluso inventar formas nuevas.

Aunque la jurisprudencia no pueda contradecirse a sí misma, puede, sin embargo, romper con las nociones y principios que anteriormente admitía. Las construcciones deben concordar entre sí tanto como en sus diversos elementos. Una noción jurídica no admite excepción, porque un cuerpo no puede desmentirse y ser excepcionalmente otro del que es. La *prueba de la construcción jurídica* consiste para la ciencia en colocar sus creaciones doctrinales en todas las posiciones imaginables, combinarlas entre sí de todas las maneras posibles, comparando sus principios fundamentales. La ciencia no puede admitir imposibilidades jurídicas. Sin embargo, la noción de posibilidad jurídica es relativa: la ciencia emplea una fuerza para extender en lo dable el dominio de lo posible teórico, ensanchando su horizonte puesto que su propia virtud la impulsa a ello, o bien porque la energía del hecho impone como necesidad práctica lo que hasta entonces era jurídicamente imposible. La dinámica entre el dogma antiguo y la doctrina nueva implica la alternativa de que uno se someta ante el otro, pero para dar estabilidad al edificio científico es preciso llevar a cabo un arte en lo posible conciliatorio sin destruir injustificadamente sus cimientos. La conciliación, no obstante, tiene sus límites, que se van notando con el correr de las épocas, hasta que puede hacerse necesario chocar con la doctrina anterior.

La jurisprudencia posee un cierto *estilo artístico* que varía con las épocas. Así, por ejemplo, la antigua jurisprudencia romana se aficiona a la forma plástica o externa, mientras que la posterior se concentra en medios internos y principios: de ahí que la antigua enunciara la teoría del acto aparente ahí donde la posterior hablaba de ficciones jurídicas. Los caracteres artísticos de la construcción jurídica se explican brevemente:

- La construcción es *sencilla* cuanto más sea capaz de explicar relaciones complejas mediante procedimientos no complicados. Por ejemplo, la explicación de la persona jurídica.
- Es *clara* cuando hace la relación de que se trata fácil y accesible a la inteligencia.
- Es *transparente* si el asunto que entraña aparece con claridad en todas sus consecuencias.
- Es *natural* cuando no pretende derogar ni destruir los fenómenos del mundo físico o intelectual.

#### d) Los útiles de construcción jurídica

Siguiendo con su lenguaje figurado, Ihering denomina así a los medios que la técnica jurídica utiliza para llenar sus fines, concretamente, para elaborar la construcción jurídica. Los principales se resumen:

- Las *imágenes del lenguaje*, que proporcionan puntos de apoyo útiles para la inteligencia y comprensión. Consisten principalmente en personificaciones, no jurídicas, sino figuradas. Por ejemplo, hablar de derechos de los predios, o de la prenda como obligación de la cosa: los predios y cosas no pueden tener derechos o ser sujetos de obligaciones, pero el referirse a los conceptos de esa manera ayuda a entender el fondo del asunto.
- Los *actos aparentes*, a los que Ihering caracteriza como “una mentira jurídica consagrada por la necesidad”. Persigue el fin práctico de obtener un resultado aprobado por el derecho o el medio de una aplicación un tanto forzada por los medios existentes. Deben distinguirse de los *actos simulados*, pues estos últimos persiguen ocultar, sea por sustraer un acto de la curiosidad de terceros, o porque el fin que persiguen es ilícito. El acto aparente, en cambio, es un medio técnico para dar efecto jurídico a algo que no puede lograrse, o resulta más difícil, con los medios al momento existentes: así, por ejemplo, en el Derecho Romano se utilizaba la dación del hijo en *mancipium* para lograr los efectos de la adopción o la emancipación<sup>682</sup>.

De esta manera, considero que el acto aparente se configura como un empleo creativo por parte del jurista de los medios disponibles en el ordenamiento positivo para lograr fines no previstos en él, lo cual con frecuencia conlleva innovación y desarrollo. Como un ejemplo actual de este uso creativo de los medios al alcance (aunque quizá en doctrina no se encaje propiamente como un acto aparente en sentido estricto), menciono el tema del “levantamiento del velo corporativo”: mientras otros sistemas jurídicos han desarrollado procedimientos y doctrinas particulares encaminados a atribuir responsabilidad directa a los socios de una sociedad mercantil que se creó precisamente para valerse de la personalidad jurídica de ésta como medio de evadir responsabilidad personal de los socios o para encubrir operaciones ilícitas, en nuestro medio tiene cierta extensión el criterio de que tal operación no es posible en el marco legal actualmente en vigor, por lo que sería necesario emitir una ley que regule expresamente el tema. Sin embargo, con simplemente

---

<sup>682</sup> Cfr. Ihering. *Ob. Cit.* Páginas 909 y 910.

trasladarse al plano de la teoría general del negocio jurídico, resulta claro que, siendo que la constitución de una sociedad mercantil cabe dentro de tal categoría, le son aplicables las normas y causales de la nulidad o la simulación como sociedades con fines ilícitos o contrarias a normas prohibitivas expresas<sup>683</sup>.

- Las *ficciones*, cuyo objetivo consiste en allanar las dificultades inherentes a una norma o institución para aplicar nuevas reglas de derecho, dejando la doctrina tradicional intacta en su antigua forma: esquivar las dificultades en lugar de resolverlas. Por ejemplo, cuando en el derecho romano se hizo necesario conceder al comprador de los bienes de un deudor insolvente la acción de la *petitio hereditatis*, mientras que la norma únicamente daba tal facultad al heredero, en lugar de esperar a que se reformara la norma se recurrió a la ficción de considerar como *heres* al *bonorum emptor*<sup>684</sup>.
- La *extensión artificial de las nociones naturales*, por ejemplo, extender la noción de persona a las personas jurídicas, o la de cosa a la colección de cosas.
- El *efecto retroactivo*, por ejemplo, cuando se considera que un negocio jurídico anulable, al ser ratificado, produjo efectos desde su celebración original y no desde la ratificación, aunque en sentido estricto hasta ese momento se haya subsanado el defecto que impedía su validez.

#### e) Valor técnico y utilidad de la construcción jurídica

Ante la misión principal de la técnica jurídica que ya se expuso, Ihering afirma que el Derecho tal como resulta de la construcción recibe el nombre de *sistema*, haciendo radicar el valor y utilidad de la construcción en dos postulados:

- *El sistema es la forma práctica más ventajosa de una materia positiva dada*. Al erigir el Derecho en sistema, se realiza su forma práctica exterior sin disminuir su fuerza práctica interna. Se dice que es la forma más ventajosa en virtud de tres aspectos:

---

<sup>683</sup> Es esta una solución que, una vez conocida, a algunos puede parecer sencilla y evidente, pero para llegar a ella fue necesario utilizar razonamientos que van más allá de la opinión común que se circunscribe al texto de la ley. Es utilizable, por ejemplo, para demandar la nulidad de una sociedad constituida con la finalidad de aportar a ella bienes inmuebles a fin de sustraerlos del alcance de su cónyuge durante un proceso de divorcio (lo cual a su vez es comparable con la acción pauliana o revocatoria por fraude de acreedores, cuyas reglas no se ajustan a esta situación por motivo de no haber en tal caso una acreeduría en sentido propio).

Otro tema ejemplificante es la discusión que hubo sobre si los títulos de crédito regulados en el Código de Comercio eran o no *numerus clausus*: atendiendo nuevamente a la teoría general del negocio jurídico, no habría inconveniente en la creación de un título de crédito atípico. Posteriormente, la Ley del Mercado de Valores y Mercancías vino a confirmar expresamente la posibilidad de que existan títulos de crédito atípicos en nuestro ordenamiento jurídico: para algunos, fue confirmación de una posibilidad ya existente en el marco legal anterior; para otros, fue una nueva puerta abierta por la legislación a cuyo tenor literal se acogían.

Estos ejemplos de la aplicación de la teoría general del negocio jurídico (salvo el ejemplo concreto de su aplicación en el contexto del divorcio) los debo a las lecciones de derecho mercantil (societario y cambiario) que me impartió nuestro Decano, el Dr. Argueta. Puedo mencionar también el criterio, afortunadamente admitido (al menos actualmente) por el Registro Mercantil, de que es posible abstraer la figura del ejecutor especial de su regulación concreta en la normativa de la sociedad anónima, a fin de que pueda utilizarse también por otros tipos de sociedades, como institución de derecho societario general que es.

<sup>684</sup> Cfr. Ihering. *Ob. Cit.* Página 924.

- Es la forma más *visible* de la materia: si la memoria adquiere la materia como sustancia, es en cambio la intuición la que la adquiere cuando ésta se presenta como sistema: mediante la intuición, el jurista percibe los elementos aislados todos a la vez y en su totalidad, obteniendo una capacidad de ver el Derecho como expresión individual y con una impresión de conjunto. La intuición permite al jurista reconocer las instituciones jurídicas cualquiera que sea su lugar, y sabiendo la extensión y límites de sus fuerzas. De esta forma, la posibilidad objetiva y subjetiva de la intuición es requisito para el ‘golpe de vista jurídico’, es decir, la rapidez, la facilidad y la seguridad del juicio.
- Es la forma más *rápida*, la más *concentrada* y, por ende, la más *cómoda* de la materia, por lo que la sistematización permite manejar mejor el Derecho conforme lo que se ha expuesto.
- Es la forma más *transparente* de la materia: en el sistema, el contenido del Derecho aparece con claridad, revelando en plenitud lo que antes tenía de aparente: relaciones, diferencias y semejanzas, condiciones tácitas que están en el fondo de las cosas jurídicas.
- *El sistema es una fuente inagotable de materia nueva.* Mediante la especulación jurídica, la jurisprudencia logra crear doctrinas que no estaban contenidas en el derecho positivo, con lo cual complementa a éste en beneficio de la vida práctica. La sistematización abre a la ciencia su campo de actividad, más allá de los límites estrechos de la ley positiva, a la vez sin que las cuestiones prácticas necesariamente le tracen los senderos que debe seguir. Las ideas que encuentra la ciencia jurídica vienen a convertirse luego en fuerzas prácticas.

#### 4. Críticas a la Teoría General de la Técnica Jurídica

Mencionábamos al principio de esta sección que, como toda propuesta científica, la teoría general de la técnica jurídica de Rudolf von Ihering que hemos expuesto no está exenta de críticas. Más aún, algunas de ellas provienen del mismo Ihering: la historia del Derecho nos habla de un ‘primer Ihering’ y un ‘segundo Ihering’, señalando su paso de la llamada ‘jurisprudencia de conceptos’ a la ‘jurisprudencia de intereses’, el cual fue marcado precisamente por un cambio de postura respecto de uno de los puntos de su teoría de la técnica: “[la] presunción de obtener reglas del principio abstracto ha sido objeto, precisamente, de las críticas más violentas dirigidas a la jurisprudencia de conceptos, acusada de obtener las reglas jurídicas por un procedimiento meramente lógico y no a través de una valoración concreta de los intereses en juego. Uno de los mayores críticos de este procedimiento será el segundo Ihering”<sup>685</sup>. Más adelante, empero, veremos que el ‘segundo Ihering’ ya asomaba su rostro en la teoría general de la técnica (empezaba a alejarse de la jurisprudencia de conceptos en que se había formado), por lo que esta afirmación de Bobbio quizá no resulte del todo exacta.

Norberto Bobbio afirma que las cosas dichas por Ihering sobre el método de la ciencia jurídica “son indicativas de cierta mentalidad, de la mentalidad del jurista teórico que construye un bello sistema preocupándose más de la lógica y de la estética que de las consecuencias prácticas de sus

<sup>685</sup> Bobbio, Norberto. El Positivismo Jurídico. Página 136.

construcciones. Es la mentalidad que generalmente ha sido atribuida al jurista partidario del positivismo”<sup>686</sup>.

“En lo sucesivo la construcción jurídica fue considerada tan indicativa de una mentalidad, que el mismo Ihering, en la segunda fase de su pensamiento, cambiando completamente respecto a la primera, la ponía en ridículo de esta manera: ‘...pues la construcción es para un jurista moderno lo que la crinolina para una dama que se presenta en sociedad. No sé quién es el padre de esta moda. Sólo sé que hubo quien llegó al extremo de construir la misma construcción y de dar indicaciones sobre cómo hacer esto. Llegó incluso a erigir, para cumplir esta tarea, otro piso sobre el edificio de la ciencia jurídica, un piso que en consecuencia se ha llamado ‘jurisprudencia superior’. En el piso de abajo se realizan las tareas más rústicas; allí la materia prima es abatanada, curtida, puesta en adobo, en una palabra, interpretada, para pasar luego en el piso superior a las manos de los artífices juristas, quienes la modelan y le dan forma artística. Encontrada esa forma, la masa inerte se convierte en un ser vivo; mediante algún proceso místico se le insufla vida y aliento, como a la figura de arcilla de Prometeo, y el homúnculus jurídico, esto es, el concepto, llega a ser fecundo, se aparea con otros de su especie y prolifera’.”<sup>687</sup>

Bobbio considera que ‘El Espíritu del Derecho Romano’ es “la obra más representativa de la concepción que sobre la ciencia jurídica tenían los estudiosos alemanes” de la época (durante la pugna de la escuela histórica en contra de la codificación). A criterio de Bobbio, “la escuela histórica, aunque oponiéndose a la codificación, compartía las mismas exigencias que estaban en la base del movimiento en favor de la legislación, es decir, la exigencia de dar a una sociedad determinada un Derecho unitario y sistemático. También la escuela histórica compartía la crítica benthamiana al Derecho judicial: sólo que consideraba que los defectos del Derecho existente podían ser remediados mediante la ciencia jurídica más eficazmente que con la codificación, en cuanto que la primera produciría un Derecho con los mismos requisitos positivos (unidad y sistematicidad) obtenibles mediante la segunda, y además aseguraría otra ventaja –una mayor docilidad, una más fácil adaptabilidad del Derecho– que la segunda no podía procurar (es decir, el Derecho científico remediaría el defecto de la rigidez propio del Derecho legislado). En la Alemania del siglo XIX, por tanto, la función histórica de la legislación fue asumida por el Derecho científico, por consiguiente, también éste puede considerarse como un filón de la corriente del positivismo jurídico, ya que se funda en dos de sus postulados típicos: la concepción del Derecho como una realidad socialmente ‘dada’ o ‘puesta’, y como unidad sistemática de normas generales. Sólo que la doctrina del Derecho científico considera como material jurídico ‘dado’ o ‘puesto’ de forma definitiva al Derecho romano y considera que es tarea propia de la ciencia jurídica, antes que del legislador, transformar este material en un Ordenamiento jurídico unitario y sistemático”<sup>688</sup>.

Otra posible crítica concierne al uso que Ihering hace de nociones como ‘masas’, ‘cuerpos’ y ‘materias’ jurídicas: podría objetarse que dichas ideas constituyen un tratamiento de lo jurídico equivalente al que se utiliza para tratar de los seres vivientes (y, en efecto, el mismo Ihering luego ‘ridiculiza’ un tanto –como dice Bobbio al citarlo– la idea de tal ‘homúnculus jurídico’), resultando en una aplicación indebida de métodos de las ciencias naturales a la ciencia jurídica. Precisamente la aspiración de estudiar el Derecho con métodos propios de las ciencias naturales, físicas, o de la matemática, es quizá el principal error que se señala al positivismo jurídico. De tal

<sup>686</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Página 138.

<sup>687</sup> *Ibid.*, citando la página 13 de una edición italiana de *Jurisprudencia en Broma y en Serio* de Ihering.

<sup>688</sup> *Ibid.* Página 133.



suerte que, bajo este punto de vista, podría lanzarse contra la teoría de la técnica jurídica según Ihering la acusación de incurrir en esta tendencia positivista.

Reiteraremos a modo de enunciados breves las críticas que antes hemos señalado, para luego ofrecer comentarios sobre cada una:

- El ‘método de la historia natural’ que Ihering aplica al Derecho puede ser visto como aplicación de un método inadecuado al objeto de estudio, más aún, como una actitud positivista.
- La derivación de reglas a partir de un principio abstracto no toma en cuenta los intereses en juego.
- La teoría de Ihering indica la mentalidad de un jurista teórico que busca sistematizar el Derecho sin atención a las consecuencias prácticas de las construcciones doctrinales que formula: es, en efecto, la mentalidad que suele atribuirse al positivismo jurídico.
- La teoría de la técnica jurídica va dirigida a la unificación y sistematización del Derecho, considerado éste como una realidad socialmente ‘puesta’ (positiva): comparte esta aspiración con el positivismo jurídico, y precisamente la teoría de la técnica jurídica busca señalar el método apropiado para que el derecho científico cumpla la misma función que pretendía la corriente codificadora a favor del derecho legislado.

En cuanto a la crítica sobre el carácter del método de la historia natural y, por ende, de la teoría de la técnica jurídica de él derivada, no me ocuparé de indagar con mayor profundidad sobre su estatuto epistemológico, pues ello desborda el objeto de nuestro estudio. Pero en aras de ofrecer al lector puntos de partida para que por su cuenta pueda ampliar el tema y formarse criterio, cito algunas ideas relativas a Ihering y su obra:

Ihering “deparó extrañezas con los enfoques instrumentales que asumió, y, por otro lado, suscitaría un cambio de rumbo en los métodos del Derecho sobremanera decisivos. Deparó Ihering<sup>689</sup> bastantes perplejidades al servirse de corrientes discursivas demasiado peculiares de su tiempo, que no podrían mantener coherencia duradera con los métodos jurídicos por él preconizados. Así, en el cincuentenario de su fallecimiento, Wieacker pudo entrever en ello una cierta ingenuidad filosófica. Esas corrientes eran el **naturalismo biólogo, e incluso mecanicista, que le menguaban base metafísica y no eran, en el fondo, congruentes con su**

<sup>689</sup> La ortografía del apellido de nuestro autor se presenta, en diversos estudios, con esta variante. A modo de curiosidad lingüística (a las que soy tan aficionado), permítame el lector compartir lo siguiente: “No hay absoluta claridad acerca de si el apellido debe ser escrito Jhering o Ihering. El propio Ihering no resulta una guía confiable al respecto porque escribía su apellido indistintamente de una u otra forma. Por lo demás, el apellido ha subsistido hasta nuestros días en ambas variantes. En la práctica, la mayoría de los juristas alemanes escribe Jhering con J. Es así como, por ejemplo, el portal Lexexact.de menciona que la forma con I corresponde a una forma ortográfica anticuada (“*Ihering, Rudolf von: Alte Schreibweise für Jhering, Rudolf von.*”). En una carta de presentación dirigida al Parlamento Alemán, Rudolf von Ihering aclaró que su apellido debía pronunciarse en tres sílabas, lo que indicaría dos cosas: primero, que la pronunciación del apellido no era unívoca, y segundo, que el apellido debía ser pronunciado con sonido vocálico inicial. Debido a que la i es una vocal cerrada, la diferencia entre la pronunciación del sonido vocálico y del sonido consonante no es relevante en el habla cotidiana. Por eso, los juristas alemanes pronuncian indistintamente /Ie/-/riŋ/ o /je/-/riŋ/. Por otra parte, no siguen la indicación de Ihering respecto a la cantidad de sílabas, de manera que pronuncian el nombre en dos sílabas, es decir, conformando los sonidos iniciales “Ie” un diptongo”. Rudolf von Ihering, en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Caspar\\_Rudolf\\_von\\_Jhering](http://es.wikipedia.org/wiki/Caspar_Rudolf_von_Jhering).

**pensamiento**, de forma que provocarían observaciones críticas de irrefutable base (...). La innegable actualidad de Jhering en la hora actual ha de buscarse, probablemente, más en las preguntas que abrió que en las respuestas y conclusiones entonces apuntadas. Pero lo que ha de reseñarse como la contribución suya más duradera es el curso nuevo que imprimió a los caminos para encontrar el Derecho. Jhering se había formado en la jurisprudencia de conceptos, en cercanía intelectual con Savigny y Puchta, pero, en un giro rotundo, ya patente en el volumen III de su *Geist*<sup>690</sup>, esbozó un método nuevo. **Un método que abdica del primado de la lógica, busca vinculación social, critica el formalismo voluntarista y se orienta a la articulación de intereses reales.** [...] [En las obras de Ihering ‘Jurisprudencia en broma y en serio’ y ‘La voluntad posesoria’] es donde más clara y explícitamente aborda las cuestiones de carácter metodológico. Pues si bien sus ideas en este punto resultan de criterios sostenidos en otras obras más fundamentales, es en éstas donde propugna más resueltamente la sustitución del conceptualismo jurídico por la jurisprudencia finalista o teleológica. En este sentido debe afirmarse que **Jhering es un gran renovador del método jurídico. A partir de él existe una más explícita técnica jurídica.** Las cuestiones de índole metodológica han cobrado un giro peculiar, descansando desde entonces sobre bases en muchos aspectos nuevas, de forma que el sentido actual de la metodología jurídica es, en buena parte, consecuencia inmediata o mediata del cambio de sesgo por él impuesto. Tanto la jurisprudencia de intereses como los métodos sociológicos imperantes enlazan directamente con Rudolf von Jhering. **El centro de gravedad de la evolución del pensamiento jurídico, antes de Jhering, estaba en la lógica y en la norma. A partir de él se introducen elementos sociológicos, culturales e históricos como ingredientes de los intereses dignos de protección.** Y, por lo mismo, también las corrientes hoy día dominantes que tienden a incorporar al ámbito del Derecho las exigencias de la persona evidenciadas como justas y razonables, encuentran de alguna manera enlace con caminos abiertos por Jhering<sup>691</sup>.

Resulta obvio que el naturalismo biólogo y mecanicista al que alude López Jacoiste en su diagnóstico de la obra de Ihering, ocupa el trasfondo de la concepción de éste cuya crítica comentamos: las nociones del método de la historia natural, masas y cuerpos jurídicos, etc. En lo personal, no considero necesario abordar más detenidamente el tema: que se me perdone si alguno considera que es un asunto de más relevancia y requiere mayor atención, quizá incluso si alguien piensa que una postura biólogo es totalmente incompatible con otras concepciones del Derecho (por ejemplo, con la idea del Derecho como orden espontáneo nacido de la acción humana, o de un derecho natural con bases metafísicas), pero sencillamente sucede que –por motivos que espero han de quedar claros en el último capítulo– este punto no me parece un obstáculo a efectos de lo que pretendo plantear en esta tesis: no tengo inconveniente en

<sup>690</sup> Se refiere a ‘El Espíritu del Derecho Romano’, cuyo título original en alemán es *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (“El espíritu del Derecho romano en sus diferentes etapas de desarrollo”). La alusión en cita se dirige precisamente a la teoría de la técnica jurídica que estamos discutiendo pues, como indicamos, en el tercer volumen de dicha obra es donde Ihering desarrolla la noción de la técnica en general.

Que la transición de Ihering desde la jurisprudencia de conceptos hacia la de intereses comienza a gestarse con ‘El Espíritu del Derecho Romano’ se pone también de manifiesto en esta cita (de [http://es.wikipedia.org/wiki/Caspar\\_Rudolf\\_von\\_Jhering](http://es.wikipedia.org/wiki/Caspar_Rudolf_von_Jhering)): “En 1858 publica el segundo volumen de su gran obra, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, y pese a seguir a grandes trazos la dogmática jurídica alemana, puede apreciarse cierto cambio de dirección que supondría el comienzo de su segunda etapa, alejándose cada vez más de la línea conceptualista de la escuela en la que se había formado y elaborando poco a poco un pensamiento propio e innovador”.

<sup>691</sup> López Jacoiste, José Javier. *Rudolf von Ihering (1818-1892)*, en *Juristas Universales. Volumen III: Juristas del siglo XIX*, de Savigny a Kelsen. Rafael Domingo, editor. Páginas 308 y 312. Los resaltados en negrilla son míos.

considerar que estas concepciones también pueden tomarse simplemente como un uso de ‘metáforas ilustrativas’ que ayudan a facilitar la comprensión de lo que Ihering propone.

En cuanto al riesgo que tal noción pueda implicar al momento de plantear, como hemos dicho, una técnica *jurídica*, me remito a lo citado en cuanto que, en el fondo, el naturalismo biólogo no es congruente con el mismo pensamiento de Ihering: antes bien, éste implica la inserción en el análisis y la doctrina del Derecho de elementos que trascienden la mera exégesis, el formalismo voluntarista, la lógica y la norma. De esta forma, de su simple lectura se infiere que la teoría de la técnica, como Ihering la planteaba, refuta su misma crítica en cuanto no se circunscribe a un análisis lógico ni biólogo o mecanicista. Sin embargo, al exponer la teoría de la técnica, hemos enfocado nuestra atención en los que podríamos llamar aspectos formales o externos de la teoría, sin entrar a considerar esos aspectos culturales, históricos, etc., que Ihering contemplaba dentro de su concepción del Derecho: esto debido a que, al exponer en la sección siguiente la técnica del Derecho Romano Clásico, tendremos oportunidad de ver cómo ésta implica la utilización y aplicación de criterios y herramientas que van más allá, no solo de los márgenes del positivismo, sino a la vez de los márgenes que podría señalar el mismo Ihering inserto en la corriente de la escuela histórica alemana.

En este punto conviene, además, recordar que el enfoque central de nuestro estudio es concretamente la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico, en cuanto la considero como el proceder más adecuado a la realidad de lo jurídico según se verá en su momento oportuno. En ese sentido, la teoría de Ihering sirve como un punto de partida que ayude al lector a formarse una idea de lo que es en general una técnica o método jurídico, sin perjuicio de que los postulados de dicha teoría resulten o no aplicables del todo a la del Derecho Romano Clásico. No obstante, recuérdese que Ihering formula esa teoría precisamente como introducción a su estudio de la técnica jurídica del Derecho Romano Antiguo, y en ésta última basa muchas de sus propias afirmaciones: “...quiero, antes de abordar el tecnicismo *romano*, examinar *la esencia y las leyes fundamentales de la técnica jurídica en general*; pero es preciso no perder de vista que mis explicaciones sólo tienen por objeto facilitar la inteligencia del antiguo derecho romano, y que es, pues, inútil buscar en ellas lo que no debo tratar en este momento sin perder de vista el objeto de mi libro. (...) El desarrollo ulterior de la jurisprudencia romana me suministrará ampliamente ocasión de completar lo que aquí falte, y tendré motivo para dar al lector una idea de los refinados y sutiles procedimientos de una jurisprudencia que llega a su perfección más alta. Es la *enseñanza primaria* del arte jurídico la única de que ahora nos vamos a ocupar que, según acredita la historia, comienza en todas partes por elementos primarios. La teoría de la técnica, tal como voy a establecerla, aunque esté sacada del examen del derecho romano, es una verdad general para todos los pueblos”<sup>692</sup>. De lo anterior se desprende, primero, que el mismo Ihering está consciente de que la teoría de la técnica que presenta se limita a hacer inteligible el arte jurídico *antiguo* (período arcaico), y que hace falta complementar su exposición a medida que se llega a la jurisprudencia del período *clásico* (lo cual Ihering ya no hizo, pues no completó los volúmenes del ‘Espíritu...’ sobre los ulteriores períodos del Derecho Romano); y, segundo, que aún cuando su teoría de la técnica carezca de las afinaciones posteriores que debía proporcionarle el estudio de la técnica jurídica clásica, la plantea con la aspiración de ser una teoría en efecto *general*.

Sin abarcar el tema, me atrevo (y limito) a esbozar la idea muy general de que Ihering, al elaborar su teoría de la técnica, ciertamente se inspiró en el proceder de los juristas romanos (cuya

---

<sup>692</sup> Ihering. *Ob. Cit.*, Páginas 472 y 473.

admiración es más que patente a lo largo de su obra), pero tomándolo dentro de los marcos intelectuales y las necesidades propios de su época (siglo XIX). Dejo a libertad del lector, luego de haber estudiado los correspondientes temas, la tarea de formarse su propio criterio sobre si la teoría de Ihering se ajusta o no, y en qué medida, como una explicación de la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico: tal comparación y determinación no constituye el objeto de este trabajo y, más aún, quizá pueda ser un punto interesante que ocupe la atención de futuros estudios, propios o ajenos: ya vimos que el propio Ihering ha dejado pendiente la tarea de ‘complementar’ o ‘adaptar’ su teoría con el estudio de la técnica del período clásico.

Sobre la deficiencia e inadecuación que supone la derivación lógica de reglas a partir de principios abstractos, pienso que tal crítica ha quedado matizada (que tampoco es mi propósito refutar) con lo que se ha expuesto anteriormente: Ihering estaba consciente de la necesidad de incorporar otros criterios al quehacer del jurista, y su giro hacia la jurisprudencia de intereses se considera iniciado precisamente en el *Geist*: esto no lo digo como una afirmación implícita de que la jurisprudencia de intereses sea necesariamente *el* camino adecuado y, además, recuérdese que ya en el mismo *Geist* se toman en cuenta otros criterios no circunscritos a lo lógico, por lo que no se piense que *hasta* que se dio el paso a la jurisprudencia de intereses fue que se superó este asunto. Desde luego que concuerdo en que tal derivación meramente lógica atenta contra la naturaleza misma del Derecho, pero pienso a la vez que criticar la teoría de Ihering en atención a este punto equivale a no haberla estudiado en su integridad.

Tanto la anterior crítica, como sus correspondientes matizaciones con base en lo que se ha expuesto, se concatenan con el otro señalamiento según el cual la teoría de la técnica refleja una mentalidad alejada de la realidad práctica. Ya en el encabezado de este capítulo he colocado una cita de Ihering que, a mi entender, deja claro que tal acusación es un desacierto: en efecto, a lo largo de toda su obra, Ihering deja muy clara la aspiración de su teoría de la técnica como herramienta para la vida del Derecho en la realidad práctica, y afirmaciones similares a la del encabezado abundan en la obra de nuestro autor. Esta crítica del supuesto énfasis excesivo en el aspecto teórico, y su caracterización como mentalidad positivista, se dirige concretamente al tema de la construcción jurídica: Bobbio nos señala cómo el mismo Ihering ridiculizaba la noción en un posterior escrito. Confieso no haber leído aún ‘Jurisprudencia en broma y en serio’, pero me parece razonable cuestionar hasta qué punto Ihering llegó realmente a abjurar o retractarse de su propuesta de la construcción jurídica: se sabe que el estilo literario de Ihering –en concreto, según se manifiesta en ‘Jurisprudencia en broma y en serio’– contenía una exquisita vena de humor irónico y sarcástico; por experiencia propia estoy familiarizado con una especie de ‘auto-parodia’ que, según he observado, a algunos resulta chocante o al menos difícil de entender, y me atrevo a decir que talvez en este tipo de humor estaba incurriendo Ihering al ‘burlarse’ de su ‘homúnculus jurídico’, sin perjuicio de poder rechazar un abuso del mismo. Pienso que fácilmente puede quedarse a salvo del abuso de la construcción jurídica: nuevamente estaríamos ante una crítica basada en ver únicamente un aspecto aislado, sin considerar el tema en relación con la integridad del contexto en que se formula, pues a mi personal entender Ihering lo caracteriza como una herramienta dentro de su visión que tanto enfatiza la aplicación práctica del Derecho, a la vez que viendo éste como una realidad integrada por dimensiones más diversas que la norma escrita. Talvez la crítica vaya, más bien, dirigida a quienes toman la idea de la construcción doctrinal dejando a un lado todo lo demás que la propuesta de Ihering implica: es decir, considero que la crítica es válida, pero no para la teoría general de la técnica jurídica *per se*, sino para una aplicación muy parcial y limitada de la misma.

En la misma línea de pensamiento puedo comentar el señalamiento sobre la concordancia entre la finalidad de la escuela histórica y de la corriente positivista: al igual que la construcción jurídica debe entenderse en su adecuado contexto como una herramienta al servicio de la aplicación del Derecho (y no entender que el Derecho está al servicio de la aplicación de construcciones jurídicas), así también la aspiración de proveer al ordenamiento jurídico de sistematización y unidad no es necesariamente un elemento distintivo y esencialmente positivista. Ciertamente, el positivismo jurídico comparte raíces epistemológicas e ideológicas con visiones que ‘idolatan’ el orden sistemático y la unidad como reflejo de abstractas perfecciones racionalistas y matemáticas que no se adecúan a la realidad dinámica y tan *humana* del Derecho, pero rechazar tales visiones no tiene por qué implicar un abandono del valor que la sistematización tiene como facilitador del trabajo humano: por el contrario, precisamente afirmar la complejidad del Derecho implica que, para efectos prácticos, debemos valernos de herramientas que lo hagan más accesible a nuestra inteligencia limitada, y eso es precisamente lo que Ihering se propone lograr mediante su propuesta científica. Más aún, en el último capítulo señalaré cómo el concebir al Derecho como unidad es, a mi entender, la vía más saludable para superar las dificultades que la discusión teórica y filosófica presenta.

En síntesis, también considero que la crítica a los fines de sistematización y unidad<sup>693</sup> no va dirigida contra éstos por sí mismos, sino contra la concepción de ellos como fines *absolutos*: serán, más bien, fines *que se convierten en medios* o, mejor dicho, serán *herramientas* para ulteriores propósitos. El ser humano, al actuar, se propone fines y busca los medios adecuados para lograrlos: concuerdo con Ihering en que sistematizar y dar unidad a un ordenamiento jurídico son medios idóneos para su estudio (‘dominio intelectual’ diría el maestro) y su aplicación, por lo que al verlos como aspiraciones de la técnica jurídica se revela su utilidad y necesidad para el jurista, que tiene como tarea precisamente conocer y aplicar, hacer valer, el Derecho. En cambio, la unidad y sistematización se convierten en nocivos para el hombre y el Derecho cuando se les entiende como cualidades que el ordenamiento jurídico debería tener en virtud de que éste se concibe como un ideal alejado de la realidad humana. Así se expresa al respecto don Juan Iglesias, comentando la teoría de Ihering: “Sin embargo, creemos que la autoridad del Derecho está en sí mismo, y no en la sistemática, contra cuya utilidad –de razón instrumental– tampoco podríamos pronunciarnos. Sistema significa orden, simetría, claridad, unificación de los problemas, y al jurista no le debe ser permitido campar por mundos de disgregación. Esto es verdad, pero no lo es menos que las enseñanzas de la experiencia nos dan la pauta de unos métodos que no consueñan con los planes que ordena la imaginación. [...] En modo alguno cabe olvidar que nuestros planes u ordenaciones han de producirse sobre la vida real, tan sujeta a mudanzas como falta de ‘programa’.”<sup>694</sup>.

Unidad y sistematización pueden, entonces, considerarse en relación tanto con el positivismo jurídico más radical, como en relación con el humanismo y la acción humana, con la realidad del

---

<sup>693</sup> Hay que aclarar que Norberto Bobbio realmente no parece formular el punto como una crítica propiamente dicha, es decir, no hace el citado señalamiento como una especie de ‘acusación’ o ‘punto negativo’ en contra de la teoría de Ihering: Bobbio se autoproclama como positivista moderado, y la afirmación sobre el punto en comentario la realiza más bien con la intención de justificar el por qué, en su estudio, incluye a Ihering y la escuela histórica dentro del desarrollo del positivismo.

Por mi parte, he realizado los comentarios de arriba con el fin de matizar la teoría de la técnica jurídica en forma preventiva ante posibles ataques por parte de anti-positivistas extremos (o irreflexivos) que tomarían la afirmación de Bobbio como fundamento para desechar la teoría de Ihering dentro de la amplia bolsa de ‘basura positivista’ que algunos parecen tener para colocar en ella cuanto no concuerde con su propio pensamiento.

<sup>694</sup> Ob. Cit. Página 7.

hombre: nuevamente, la caracterización –y con ella la crítica– no depende de una supuesta entidad netamente objetiva de las ideas en sí mismas, sino de la elección que la persona humana realiza al entenderlas y acogerlas en su obrar. También sobre este tema será la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico la que nos provea de esclarecedoras y refrescantes enseñanzas.

También debemos preguntarnos cómo se entiende la afirmación de Ihering sobre que la técnica y la construcción deben fundarse y recaer sobre el derecho positivo. Un anti-positivista podría ver en tal postulado una consagración del positivismo jurídico, en cuanto se considera como objeto de estudio únicamente al derecho positivo. Sin embargo, es claro que Ihering no aspira a tal reduccionismo: antes bien, ya se ha comentado cómo el autor resalta la importancia de comprender el Derecho como fenómeno social y cultural. Entiendo que Ihering utiliza el término ‘derecho positivo’ en su sentido de ‘derecho vigente’; así, dirá cosas como: “El derecho es algo más que una masa de leyes”<sup>695</sup>; “La jurisprudencia inglesa, aunque fuese ignorante del [derecho romano], está impregnada del espíritu que dominó en la antigua jurisprudencia de Roma”<sup>696</sup>; “El derecho, siguiendo la idea que de él se tiene actualmente, es un organismo objetivo de la libertad humana. Ya no se dice, como se creyó en otro tiempo, que sea un conjunto de disposiciones arbitrarias que debe su origen al pensamiento del legislador, sino que es, por el contrario, como el idioma de un pueblo, producto interno y ordenado de la historia. La intención y el cálculo humano contribuyen, sin duda, a formarle, pero la una y el otro *encuentran* en cantidad mayor que *crean*, porque no depende de ellos el nacimiento y la formación de las relaciones sobre las cuales se funda la vida de la especie humana. El derecho y sus instituciones surgen a impulsos de esa vida, que es la que les conserva su incesante actividad exterior”<sup>697</sup>.

Considero que el hecho de que el jurista deba realizar su actividad dentro del ordenamiento jurídico vigente no implica en modo alguno encasillarlo y limitarlo al texto de la ley: por el contrario, pienso que el conocimiento y manejo de la técnica jurídica (que –como tanto he repetido– precisamente por ser *jurídica* requiere una amplitud y profundidad de criterio y de conocimiento que supera por mucho la visión positivista) es la herramienta por excelencia para realizar, no ya la ley, sino el Derecho, en la vida práctica. De nada nos serviría criticar la legislación si no somos capaces de encontrar, a través de modos superiores de emplear los medios a nuestro alcance, soluciones creativas e innovadoras para los problemas que en aquella observamos: pensar que necesariamente hace falta cambiar la ley sería un ilusorio navegar contra corriente y, peor aún, una actitud que implícitamente confirma la noción constructivista de la ley que tanto se critica. Por otro lado, también es cierto que en determinados casos y circunstancias la reforma legislativa sí sea quizá el único medio de realizar y mejorar el Derecho, y que navegar contra corriente es casi siempre lo propio de quien defiende la verdad, la libertad y la justicia: pero más que quedarse en lamentos teóricos y abstractos ante una realidad adversa, es preciso aprender a operar dentro del entorno dado para influirlo desde adentro, trasladando a este plano esa sana teoría, en fecunda conjugación de lo teórico y lo práctico como aspectos inseparables del obrar humano. Dar la espalda a la realidad o criticarla solo desde afuera parece una traición del hombre a sí mismo y a su potencial. La levadura no fermenta la masa si se la coloca en un recipiente separado. Ihering coloca el derecho positivo vigente como el objeto de la técnica, precisamente porque es el ordenamiento que el jurista debe aplicar e interpretar, dentro del cual debe trabajar. Pero en la aplicación, la interpretación, el trabajo, la creación, es donde el jurista debe desplegar esa amplitud y profundidad de criterio que hagan materializarse el Derecho, en lo

---

<sup>695</sup> *Ob. Cit.* Página 474.

<sup>696</sup> *Ibid.* Página 475.

<sup>697</sup> *Ibid.* Página 19.

posible, *a través* de la legislación (a veces, quizá, *a pesar* de ella): si es necesario proponer una reforma legislativa, entonces hágase, pero que el jurista sea capaz de utilizar con talento, soltura, elegancia y eficacia los recursos actualmente a su alcance en la medida en que éstos permiten realizar el Derecho, y si parecen no hacerlo es quizá más por defecto del profesional de la justicia que del ‘derecho objetivo’ como tal. También la técnica, y un conocimiento profundo e integral del Derecho, serán lo que permita que, en caso necesario, las propuestas de reforma legislativa resulten viables y eficaces.

\*

Podrían hacerse muchos comentarios adicionales con ocasión de las críticas a la teoría general de la técnica jurídica, pero supongo y espero que lo que hasta el momento se ha escrito es suficiente para dar al lector una visión balanceada del tema, de conformidad con la naturaleza y fines del presente estudio. No ha sido mi intención ejercer la defensa a ultranza de la teoría de Ihering, ni tratar de refutar las críticas de que sea objeto, sino únicamente ofrecer puntos de vista que ayuden a la comprensión y formación de criterio de los lectores. Por el contrario, las críticas que puedan hacerse a esta y cualquier noción de la técnica jurídica, en la medida que con ellas se busque ofrecer una visión más completa y auténtica de ésta, serán de lo más saludable para la vida jurídica. Hemos elegido la teoría de Ihering principalmente por estar basada en el estudio del Derecho Romano, de tal suerte que sea tal vez la que más nos sirva para comprender el tema central de nuestra obra (dejando a salvo lo ya apuntado sobre que la teoría expuesta aún no se acerca totalmente a la técnica del período clásico). También porque, como hemos visto, es un planteamiento de gran importancia en la historia del pensamiento jurídico, sobre el cual se asientan posteriores desarrollos de la metodología jurídica, por lo que he considerado valioso para el lector (especialmente el sector al que esta obra va principalmente dirigida: el novel estudiante de la noble carrera) entrar en contacto con ella mediante esta condensación simplificada.

A partir de este momento, nos concentraremos ya propiamente sobre la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico, que será plataforma de la propuesta personal que busco ofrecer en esta tesis. Espero que la lectura de este trabajo deje en el lector la clara idea de lo importante que es para el profesional del Derecho la técnica jurídica: ineludible consecuencia de ello es la vital necesidad de elaborar una teoría de la técnica cada vez más pulida y excelsa. Ahora, tomo mi camino como romanista para adentrarme en la técnica de nuestro derecho clásico, esperando haber perfilado a grandes rasgos la importancia de continuar profundizando en el estudio metodológico en el Derecho, la ‘teoría general de la técnica jurídica’.

## II. LA TÉCNICA JURÍDICA DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Al concluir su exposición de la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico, los profesores Bernal y Ledesma afirman que “conviene finalmente distinguir entre los instrumentos lógicos o de técnica jurídica empleados por los clásicos y sus sucesores, (...) y los criterios inspiradores de fondo o filosóficos, que le dieron su consistencia y personalidad al derecho romano desde la época clásica”<sup>698</sup>. Barrow afirma que “es la época del ‘derecho romano clásico’, la época en que fueron más fuertes las dos influencias que lo transformaron en un derecho mundial independiente del tiempo. Estas influencias provenían a) de los jurisconsultos; b) de la filosofía”<sup>699</sup>.

---

<sup>698</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 189.

<sup>699</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Página 214.

Por otra parte, al explicar el sentido que el concepto de *ius* tenía para los romanos, Bernal y Ledesma aclaran lo siguiente: “El término *ius* designa para los romanos el derecho en sentido objetivo, es decir la norma (*lex-ius-regula*) y en sentido subjetivo la *facultas*, entendida como el poder jurídico que concretamente pertenece a un sujeto de derecho en cierto momento; solamente que la concepción clásica de la *facultas* va inseparablemente unida a la idea de *actio*; esto es, como poder de acudir a los tribunales en demanda de justicia, de tal manera que no hay verdadera *facultas* sin la *actio* respectiva, de aquí que el derecho clásico se presente más como un sistema de acciones que de derechos subjetivos. Esta situación cambia cuando se concibe la idea general de una sola acción separada de los derechos subjetivos”<sup>700</sup>.

Las afirmaciones anteriormente citadas nos dan la clave para trazarnos el itinerario que hemos de seguir a fin de obtener una visión integral –aunque, por el carácter de este trabajo, panorámica y breve– de la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico, para con ella sentar las bases del planteamiento central de nuestro estudio. Los ejes temáticos que presentaremos son, entonces, los siguientes:

- Instrumentos lógicos o de técnica jurídica.
- Criterios inspiradores de fondo o filosóficos.
- Las acciones.

La cita de Bernal y Ledesma que antecede nos podría dar la idea de que, propiamente hablando, deberíamos ocuparnos únicamente de lo que ellos denominan instrumentos lógicos o de técnica jurídica por atender directamente al tema de nuestro estudio. Sin embargo, es necesario hacer referencia a los criterios inspiradores de fondo o filosóficos por varios motivos, entre los que destacan:

- Primero, porque uno de los instrumentos lógicos o técnicos es el empleo de argumentos abiertos a falta de precedentes, siendo precisamente tal argumentación la que da entrada a los mencionados criterios, dándoles vigor y relevancia dentro de la formulación del Derecho.

De esta forma, siendo que ante la falta de precedentes es cuando más se despliega el poder de descubrimiento, creación e innovación que entraña la técnica jurídica, dejar de un lado los criterios que inspiraron a los juristas romanos al llevar a cabo tales operaciones implicaría quedarnos con una visión incompleta y deficiente del arte jurídico que pretendemos estudiar.

- Segundo, porque los mismos autores que hemos citado subrayan la importancia del trasfondo filosófico para caracterizar al Derecho Romano Clásico y su técnica jurídica.

Por consiguiente, si nuestro propósito es estudiar este tema concreto, no podemos obviar la exposición de las nociones fundamentales que imprimieron su carácter a aquello que constituye nuestro objeto de estudio, pues ello también representaría hacer deficiente nuestro entendimiento del mismo.

---

<sup>700</sup> Bernal y Ledesma. Ob. Cit. Páginas 35 y 36.



- Tercero, porque ya hemos explicado en varios momentos previos que la técnica jurídica va íntimamente ligada –sea en su formulación (afectando su planteamiento teórico), o bien en su aplicación (afectando sus resultados prácticos)– a la concepción que del Derecho y del hombre tienen quienes la emplean<sup>701</sup>.

Por tanto, si intentamos presentar la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico precisamente como lo que hemos denominado ‘una técnica adecuadamente *jurídica*’, es absolutamente imprescindible conocer los aspectos básicos que determinan la visión jurídica y humana de quienes forjaron dicho arte.

En cuanto al tema de las acciones, es preciso exponerlo dado que, como en la época del Derecho Romano Clásico la *actio* era entendida como inseparablemente unida a la *facultas* o *ius* subjetivo, el estudio de las acciones nos proporciona un medio privilegiado para observar la técnica jurídica aplicada a la realidad, permitiéndonos ver ejemplos concretos e históricos de cómo ésta fue transformando el Derecho, manifestando así las consecuencias prácticas de los recursos técnicos y criterios filosóficos que guiaban a los juristas romanos. Complementaremos la exposición con citas tomadas del Digesto, pues “para conocer [la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico] podemos acudir a los escritos de los juristas que se conservan especialmente en el *Digesto* de Justiniano. Es verdad que los juristas bizantinos alteraron los textos originales de los clásicos, pero gracias a esas alteraciones podemos distinguir las diversas maneras de proceder de unos y otros”<sup>702</sup>.

## 1. Instrumentos lógicos o de técnica jurídica

Dentro de estos elementos, Bernal y Ledesma enumeran los siguientes<sup>703</sup>:

- Análisis casuístico.
- Integración analógica.
- Empleo de argumentos abiertos.
- Utilización de presunciones y ficciones.
- Reglas de derecho (época del sistema cerrado).
- Argumento de autoridad.

### A. Análisis casuístico

Los juristas romanos de la época clásica procedían mediante el análisis de casos concretos, a partir de los cuales elaboraron su sistema, entendiendo que el Derecho debía estar al servicio de la realidad. Las diversas soluciones jurídicas se alcanzaban con base en las diferencias en el planteamiento del problema. El caso generaba la *actio* que permitía al titular del derecho obrar en justicia, en tutela de su derecho subjetivo. Con el tiempo, la acumulación de soluciones permitió a los juristas acudir a los denominados “casos guías”, tratando de aplicar soluciones ya

<sup>701</sup> En la misma línea de pensamiento, nos dice Barrow en páginas 210 y 213 de *Ob. Cit.*, respectivamente: “La pregunta que se plantea es la siguiente: ¿Cuáles fueron las cualidades del derecho romano para que su influencia fuera tan grande y permanente? La contestación a esta pregunta pondrá de manifiesto las cualidades de los hombres que crearon este derecho”, y que los romanos desplegaron “un concepto del derecho que tiene en cuenta a los hombres como tales y no sólo como ciudadanos bajo un derecho nacional”.

<sup>702</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 186.

<sup>703</sup> Cfr. *Ob. Cit.* Página 189.

encontradas a casos idénticos, y soluciones análogas o parecidas a casos similares o semejantes<sup>704</sup>.

La estructura interna propia del género de las *responsa* o respuestas que elaboraban los juristas al analizar cada caso consistía en tres partes principales: el supuesto de hecho, la consulta, y la respuesta<sup>705</sup>. Así, por ejemplo, véanse estas dos respuestas de Escévola:

“Habiendo controversia sobre la herencia de una difunta entre el heredero instituido, y Mevio, tío paterno, y las tías paternas, Mevio, habiendo escrito una carta a sus hermanas, declaró, que sería común cualquiera cosa que le hubiese correspondido sobre la herencia, y a la carta no siguió estipulación; se preguntó, habiendo transigido el mismo Mevio con el heredero instituido, de suerte que por virtud de esta transacción fuesen a poder de él predios y algunos otros bienes, ¿podría acaso ser demandado por sus hermanas en virtud de su carta? Respondí, que podía”<sup>706</sup>.

“A uno que había de casarse le escribí esta carta: ‘Ticio a Seyo salud. Conociste que Sempronia es persona de mi agrado; y por esto, habiéndose de casar contigo por mi deseo, querría yo que estuvieras cierto de que contraes matrimonio según tu dignidad, y aunque yo sepa que Ticia, madre de la doncella, te habrá de prometer garantidamente dote, sin embargo, también yo mismo, para mejor conciliar tu afecto a mi casa, no dudo interponer mi fianza. Por lo cual sabe, que lo que quiera que de ella hubieres estipulado por esta causa, he mandado que esto lo hayas de tener salvo bajo mi fianza’. Y de este modo Ticia, que ni había mandado a Ticio, ni había ratificado lo que había escrito, prometió la dote a Seyo; pregunto, si el heredero de Ticio hubiere pagado por causa del mandato, ¿puede acaso demandar con la acción de mandato al heredero de Ticia? Respondía, que, según lo que se propone, no podía. También se preguntó, ¿y ni con la de gestión de negocios? Respondí, que ni aun con este título podía demandar en derecho; porque claramente manifiesta Ticio, que había mandado no tanto en nombre de Ticia, como porque quisiera mirar por sí. Asimismo, si el marido reclamase contra el mandante, ¿sería repelido con alguna excepción? Respondí, que nada se proponía para que haya de ser repelido”<sup>707</sup>.

El Digesto también recoge *responsa* redactadas en formas distintas:

“Paulo respondió, que el fiador que compró del acreedor una cosa obligada por derecho de prenda, demandado con la acción de mandato por el heredero del deudor, separada toda la deuda, ha de ser obligado a restituirla con los frutos, y que no ha de ser considerado semejante a un comprador extraño, porque en todo contrato debe prestar la buena fe”<sup>708</sup>.

“Respondió Paulo, que habiéndose señalado en el mandato día, dentro del cual escribió Lucio Ticio que él pagaría, no es impedimento para que también después de aquel día pueda ser demandado con la acción de mandato”<sup>709</sup>.

Nótese en los textos anteriores cómo las respuestas de los jurisconsultos se basan en casos concretos y, a la vez, hacen referencia a las acciones que pueden utilizarse para demandar, más que a preguntarse qué tipo de contrato o relación jurídica se constituyó en virtud de la situación

<sup>704</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 186 y 187.

<sup>705</sup> Domingo et al. *Textos de Derecho Romano*. Página 251, nota al pie 1.

<sup>706</sup> Digesto, 17.1.62.

<sup>707</sup> Digesto, 17.1.60.1.

<sup>708</sup> Digesto, 17.1.59.1.

<sup>709</sup> Digesto, 17.1.59.2.

fáctica descrita: esto refleja lo ya mencionado sobre la configuración del sistema clásico como un sistema basado en acciones. Modernamente, nos parecería necesario hacer referencia al análisis jurídico llevado a cabo por el jurista para arribar a su respuesta (una especie de exposición de motivos), mas recuérdese que las citas son tomadas del Digesto, para cuya redacción lo que interesaba era conservar la solución que se ofreció para el caso concreto, a fin de poder aplicarla a casos iguales o similares.

Importante también, como sabemos, fue la obra de los pretores. También éstos, partiendo de casos concretos, determinaban una norma jurídica que habría de regirlo (expresado, desde luego, en el otorgamiento de una acción), y tales soluciones quedaban consagradas en sus edictos: el edicto traslaticio es de marcada significación, pues fue uno de los instrumentos mediante los cuales se produjo en la práctica la acumulación de soluciones que fue cobrando aplicación generalizada dentro del mundo jurídico romano:

“Dice el Pretor respecto de los que hubieren arrojado o derramado alguna cosa: ‘Por tanto, si se hubiere arrojado o derramado alguna cosa en el sitio por donde vulgarmente se transita, o donde la gente se detiene, daré, contra el que allí habitare, acción en el duplo por cuanto daño con ello se hubiere causado o hecho. Si se dijera que del golpe de lo arrojado había perecido un hombre libre, daré acción de cincuenta áureos; si viviera, y se dijese que se le causó daño, daré acción para que aquel contra quien se reclama sea condenado en tanto cuanto por tal cosa pareciere justo al juez. Si se dijera que un esclavo lo hizo ignorándolo su dueño, añadiré en el juicio: o que lo dé por noxa’”<sup>710</sup>.

Vemos aquí cómo el pretor en su edicto se refiere a situaciones generales para determinar qué acciones jurídicas han de corresponder a quien se vea involucrado como sujeto concreto en ellas. Seguramente el establecimiento de esta norma general (o acciones) en un edicto aplicable a casos futuros tuvo como base o antecedente uno o varios casos concretos en que el pretor (o un antecesor suyo) tuvo que decidir sobre una reclamación por daños en virtud de cosas derramadas o arrojadas. Más adelante este mismo ejemplo concreto nos servirá para ver cómo Ulpiano toma esta solución del pretor y la extiende, mediante analogía, a casos no previstos en el edicto, y cuáles son las razones jurídicas que ve detrás de la norma.

## B. Integración analógica

La integración analógica fue para los romanos una gran herramienta para responder a nuevas necesidades que la vida presentaba, sin alterar el orden y el sistema. De esta manera, la solución de nuevas situaciones reflejaba los mismos principios y razonamientos que habían inspirado la solución del caso que le servía de base. Gracias a este recurso, se crearon figuras jurídicas semejantes a las ya existentes, añadiéndoles el adverbio de cantidad *quasi* que denota su asimilación al sistema previo: así se dio, por ejemplo, la *quasi possessio*, *quasi traditio*, *quasi usufructus*, etc<sup>711</sup>.

El vocablo ‘analogía’ proviene del griego αναλογον (analogon), que significa ‘según proporción’<sup>712</sup>. El conocimiento analógico tiene su raíz en la analogía del ser o del ente: la

<sup>710</sup> Digesto, 9.3.1.

<sup>711</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Págs 187.

<sup>712</sup> Para toda la explicación que sigue, Cfr. Lotz. *Analogía*, en *Diccionario de Filosofía*. Walter Brugger, editor. Páginas 59 a 61.

analogía del conocimiento concibe un ente por su relación con otro distinto, de donde el ser de un ente es inferido o al menos aclarado por su comparación con un ente diferente. La analogía supone dos cuestiones básicas:

- Que el ser con que se va a hacer la comparación es más conocido que el otro.
- Que entre los seres comparados hay a la vez coincidencia y diversidad:
  - Sin coincidencia no es posible la comparación.
  - Sin diversidad, la comparación da como resultado una mera repetición de lo mismo sin nueva aclaración.

Hay que distinguir entre, por un lado, el contenido conceptual o término común y análogo y, por otro, los sujetos de las relaciones análogas o analogados. Existen dos tipos principales de analogía:

- *Analogía de atribución*: en ella, lo analogado común se atribuye al análogo secundario indicando una dependencia respecto al principal. Se subdivide, a su vez, en dos:
  - *Analogía de atribución extrínseca*: en la cual se atribuye al analogado secundario sólo el nombre análogo. Por ejemplo, en el predicado ‘sano’, el analogado principal es el cuerpo humano poseedor de salud, mientras que como analogados secundarios se puede tener a los colores del rostro o al alimento, que por su relación con la salud del cuerpo reciben el nombre de ‘sanos’, pero careciendo en sí mismos de salud.
  - *Analogía de atribución intrínseca*: en que se atribuye al analogado secundario el contenido conceptual significado por el nombre análogo. Como ejemplo puede citarse la noción de ‘ente’ o ‘ser’, en la cual se predica la noción del ente como analogado principal de Dios, mientras que la criatura es un analogado secundario, pues realmente existe aunque en absoluta dependencia de Dios. Hay coincidencia en cuanto al ser, que ambos poseen, pero diversidad en cuanto que Dios posee el ser con independencia y perfección, mientras que la criatura posee el ser de modo dependiente e imperfecto.
- *Analogía de proporcionalidad*: se funda en que cada uno de los analogados encierra una relación en la cual a su vez coincide y discrepa. La proporcionalidad puede ser:
  - *Propia*: cuando la relación en ambos analogados apunta al contenido esencial común. Siguiendo el ejemplo de Dios y las criaturas, ambos guardan relación al ser, pero de manera esencialmente distinta: Dios de modo necesario, la criatura de modo contingente.
  - *Impropia*: si la relación del analogado secundario no es a dicho contenido esencial común, sino sólo a un efecto semejante de algún modo al irradiado por aquel contenido. Por ejemplo, hablamos de un prado ‘riente’ no en el sentido de que

realmente ‘ría’, sino porque nos alegra de igual manera que un rostro sonriente; es el llamado lenguaje metafórico.

Bernal y Ledesma afirman que en la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico, la analogía que se utiliza es extensiva sobre la base de proporción, y solo excepcionalmente de atribución<sup>713</sup>. La interpretación o integración analógica del Derecho puede, por su parte, adoptar dos modalidades<sup>714</sup>:

- *Analogia legis*: cuando sobre el caso concreto imprevisto en una norma se proyectan los elementos de una norma amplia, reguladora de un caso sustantivamente idéntico o semejante.
- *Analogia iuris*: cuando a dicho caso se aplica el principio que informa un conjunto de normas o al entero ordenamiento jurídico.

El Digesto nos conserva las siguientes afirmaciones de Juliano y Tertuliano, respectivamente, que hacen referencia a la analogía:

“No pueden comprenderse en las leyes o en los senadoconsultos determinadamente todos los casos; pero cuando en alguna ocasión está manifiesto su sentido, debe el que ejerce jurisdicción proceder por analogía, y de este modo proferir sentencia”<sup>715</sup>.

“Y por tanto, como es uso que se interpreten las leyes más antiguas por las posteriores, conviene también que se crea que siempre está como contenido en las leyes esto, que se extiendan además a aquellas personas y cosas que en cualquier tiempo fueren semejantes”<sup>716</sup>.

Sin embargo, es importante recordar que, “la actual tarea interpretativa, explicativa o aclaradora de la ley –de una ley tendente a abarcar la plenitud del ordenamiento jurídico vigente– difiere de la romana, ya que en Roma lo jurídico tiene carácter de consuetudinario –el cifrado en los *mores*– y logra su explanación, su marcha progresora, gracias a la interpretación de los juristas, y no ya de los jueces”<sup>717</sup>. Esto guarda vinculación con la tarea de la ciencia jurídica como la explicaba Ihering, pero también con el hecho de que, actualmente, la interpretación de la ley (y la analogía como herramienta de la misma) se concibe más como una aclaración de la ley en sí misma y por sí misma, de donde sucede que con frecuencia se corre el riesgo de desatender criterios y elementos más amplios que informan la realidad jurídica.

Podemos observar un ejemplo de analogía en la extensión que hace Ulpiano al interpretar el edicto del pretor concerniente a cosas arrojadas o derramadas:

“Lo que cayó cuando se colgaba, más bien se reputa como arrojado; pero también lo que cayó estando colgado, es lo más cierto que se tenga por arrojado. Por lo tanto, también si se hubiera derramado alguna cosa que esté colgada, aunque nadie la hubiere derramado, se ha de decir, sin embargo, que tiene lugar este Edicto”<sup>718</sup>.

<sup>713</sup> Cfr. *Ob. Cit.* Página 187.

<sup>714</sup> Cfr. Iglesias. *Ob. Cit.* Páginas 5 y 6.

<sup>715</sup> Digesto, 1.3.12.

<sup>716</sup> Digesto, 1.3.27.

<sup>717</sup> Juan Iglesias. *Ob. Cit.* Página 6.

<sup>718</sup> Digesto, 9.3.1.3.

De esta forma, Ulpiano extiende la aplicación de la norma contenida en el edicto a casos originalmente no contemplados por el mismo (ya que, en sentido estricto, las cosas no fueron arrojadas ni derramadas en los casos que menciona Ulpiano), sobre la base de una analogía en cuanto a los efectos que los hechos producen.

### C. Empleo de argumentos abiertos

Un argumento es el “razonamiento que se emplea para demostrar una proposición, o bien para convencer a otro de aquello que se afirma o se niega”<sup>719</sup>. Los juristas obtenían las soluciones buscadas “apoyándose en la justa razón, expresada en los postulados del derecho natural y en los convencionalismos de su época [...]. El pretor no duda ni por un momento en sacrificar los rigores del viejo y estricto *ius civile* para beneficiar al derecho con la aceptación de la equidad (...). En la técnica de los clásicos encontramos que lo razonable y equitativo, a la luz de la conciencia del jurista que forja el derecho, tiene un sitio preponderante. De ahí la perenidad y universalidad del derecho romano (...). Los romanos, empero, no perderán nunca de vista el bienestar del pueblo, *utilitas*, y en última instancia, la razón natural y la justicia, en la formación del derecho”<sup>720</sup>.

Con los anteriores comentarios, Bernal y Ledesma nos dan un bosquejo de la riqueza y diversidad de criterios que los romanos tenían en cuenta al forjar y descubrir el Derecho. Tales criterios tienen relevancia en la técnica jurídica, pasando a formar parte de la formulación de las soluciones de Derecho a través del empleo de argumentos abiertos, especialmente a falta de antecedentes: aunque no debemos olvidar que, aún cuando existían antecedentes, éstos a su vez tuvieron su origen en un primer caso concreto o situación social observada, en cuyo momento fue de igual manera necesario encontrarle su solución a la luz de los diversos factores que servían a los romanos para tal fin.

La próxima sección de este capítulo la dedicaremos precisamente a exponer en sus rasgos más generales e importantes las nociones de mayor relevancia que en el Derecho Romano desempeñaron el aludido papel. En este momento nos limitamos a continuar ejemplificando su empleo dentro de la técnica jurídica romana. Siguiendo con el anterior ejemplo del edicto sobre cosas arrojadas o derramadas, veamos los comentarios que hace Ulpiano sobre los factores que llevaron a determinar dicha norma:

“Nadie hay que niegue, que con suma utilidad comprendió esto el Pretor en su edicto; porque es de pública utilidad, que sin miedo y sin peligro se ande por los caminos. Y poco debe importar, que el lugar sea público, o privado, con tal que por él de ordinario se transite, porque se mira por los transeúntes, y no se procura por los caminos públicos; pues siempre deben tener la misma seguridad aquellos lugares por los que de ordinario suele transitarse. Por lo demás, si antes no pasaba la gente por aquel camino, y se arrojó o derramó alguna cosa, cuando todavía fuesen lugares excusados, y luego comenzó a transitarse por allí, no debe quedarse obligado por este Edicto”<sup>721</sup>.

<sup>719</sup> Diccionario Enciclopédico Océano.

<sup>720</sup> Bernal y Ledesma. Ob. Cit. Páginas 186 a 188.

<sup>721</sup> Digesto, 9.3.1.1-2.

De nuevo este ejemplo sencillo nos ilustra sobre el proceder jurídico del romano: para fijar la norma, el pretor tuvo en cuenta la utilidad pública, pero sin determinar la aplicación del precepto en virtud de la publicidad o no del lugar en sí, puesto que su establecimiento atiende más bien a la seguridad de las personas. Con esto podemos entrever que se concibe la norma como al servicio de la persona humana. Asimismo, la habitualidad en el uso de los caminos determina que, si tal elemento no existía, no se considere aplicable la norma, ya que en ausencia de tal uso habitual no se configura la utilidad de resguardar al transeúnte: éste no tendría en dado caso la legítima expectativa de que el Derecho le tutele al emplear un camino para un uso que no es el que habitualmente se le asigna; por contrapartida, el habitante de un edificio junto a un camino por el cual no se transita en forma habitual, no tendría por qué tener la misma precaución en arrojar o derramar cosas hacia el mismo, toda vez que lo ordinario para él es que por aquel lugar no pasen personas. Vemos entonces cómo el ejemplo, en apariencia tan prosaico, encierra consideraciones de fondo que, en última instancia, pueden vincularse con temas como la dignidad de la persona, la conveniencia social, la razonabilidad en el uso de los bienes, etc., en armónica combinación que se materializa en una norma jurídica.

También nos ilustra la siguiente cita de Modestino:

“Ninguna razón de derecho, ni la benignidad de la equidad permite, que las cosas que se introducen saludablemente por la utilidad de los hombres, las llevemos a la severidad con una interpretación más dura contra el bienestar de los mismos”<sup>722</sup>.

Con esto, el jurisconsulto nos da una pauta para la interpretación de la norma en búsqueda de favorecer la utilidad y bienestar de las personas, revelándose así éstos como valores y fines prevalecientes en la concepción del Derecho. Es decir, en un caso concreto se debe tender a la preservación de ellos, invocando en su favor (como lo hace Modestino) la *ratio iuris* y la *aequitatis benignitas*, en relación con la *utilitas* y el *commodum*. Esto significa que, cuando la norma admita diversas interpretaciones, debe adoptarse la que más esté en consonancia con la razón, la equidad, la utilidad, etc.: para ello se recurre a tales nociones en el argumento.

#### D. Utilización de presunciones y ficciones

“A fin de integrar las nuevas soluciones al orden establecido, el magistrado no duda en ‘fingir’, es decir, suponer como cierto algo que no necesariamente lo es. La ficción, muy frecuente en la técnica procesal romana, es un medio técnico-jurídico que sirve para atribuir semejantes o equivalentes consecuencias jurídicas a hipótesis varias”<sup>723</sup>. “Ejemplo de ello son las acciones útiles que proliferan en el período clásico tardío y en el postclásico. Se nota en ello la prudencia, así como las limitaciones del pretor que no cambia el *ius civile*, sino que extiende o amplía su esfera de acción”<sup>724</sup>. “Debe también destacarse la importancia de las presunciones o suposiciones que crearon los jurisconsultos romanos como medios de prueba”<sup>725</sup>.

“Cuando el hecho que el pretor quiere amparar no puede dar base a una *intentio iuris civilis*, aunque se trate de una relación jurídica civil, se recurre a la ficción de entender que se han cumplido todos los requisitos o que existen las circunstancias que para la tutela del mismo exigía

<sup>722</sup> Digesto, 1.3.25.

<sup>723</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 188.

<sup>724</sup> *Ibid.* Página 189, nota al pie 115.

<sup>725</sup> *Ibid.* Página 188, nota al pie 110.

aquel derecho. Tal es la fórmula  *ficticia* , a la que se dota de  *intentio in ius concepta* , sobre la base de tal ficción”<sup>726</sup>. Distínguense las acciones basadas en ficción de aquellas concebidas  *in factum* , por cuanto estas últimas constituyen una “verdadera innovación” en tanto que van dirigidas a la tutela de hechos no reconocidos por el  *ius civile* , mientras que la ficción sí se basa en relaciones jurídicas civiles pero que carecen de requisitos o circunstancias suficientes para dotarles por sí mismas de tutela<sup>727</sup>.

Gayo, en sus  *Instituta* , nos proporciona algunos ejemplos:

“Hay también ficciones de otro género en cierta clase de fórmulas, por ejemplo, cuando el poseedor de los bienes, en virtud del edicto, litiga con la ficción de que es heredero, pues, como es sucesor del difunto por derecho pretorio y no civil, no tiene directamente las acciones de aquél y no puede pretender que le pertenezca lo que era del difunto, ni que se le deba dar lo que debía al difunto; por lo tanto, redacta su pretensión con la ficción de que es heredero, por ejemplo, en estos términos: ...SÉ JUEZ. SI AULO AGERIO, esto es, si el mismo demandado, FUESE HEREDERO DE LUCIO TICIO Y, EN ESTE SUPUESTO, HUBIESE DE SER SUYO CIVILMENTE EL FUNDO EN CUESTION... y si se trata de acción personal se añade con parecida ficción: Y, EN ESTE SUPUESTO, NUMERIO NEGIDIO HUBIESE DE DAR A AULO AGERIO DIEZ MIL SESTERCIOS. Del mismo modo litiga también el comprador de un patrimonio en concurso, fingiéndose heredero, aunque a veces también suele litigar de otra manera, esto es, refiriendo la pretensión a nombre de la persona del vendedor y la condenación de la fórmula a su propio nombre, de modo que el demandado resulte condenado en su favor por lo que pertenecía o se le debía al difunto. Este tipo de acción se llama Rutiliana, por haberla creado el pretor Publio Rutilio, que, según se dice, fue el que introdujo también la venta de bienes en concurso. En cambio, el otro tipo de acción en que se litiga con la ficción de heredero se llama Serviana”<sup>728</sup>.

“También hay otra ficción, aquí de usucapión, en la acción que se llama Publiciana. Tiene esta acción el que, privado de la posesión, pide una cosa que le fue entregada en virtud de causa justa, pero no tuvo tiempo de usucapirla, pues, como no puede pretender que es suya en propiedad civil, se finge que usucapió la cosa, y de este modo redacta la pretensión como si se hubiese hecho propietario civil, en estos términos, por ejemplo: ...SÉ JUEZ. SI AULO AGERIO HUBIESE POSEÍDO DURANTE UN AÑO EL ESCLAVO QUE COMPRÓ Y, EN ESTE SUPUESTO, ESTE ESCLAVO EN CUESTIÓN HUBIESE SIDO SUYO EN PROPIEDAD CIVIL, etcétera”<sup>729</sup>.

“Igualmente, se finge la ciudadanía romana de un extranjero, en acciones en su pro o en su contra, siempre que en las leyes romanas se establezca una acción que parezca justo extender también a los extranjeros. Por ejemplo, en la acción de hurto en pro o en contra de un extranjero; la fórmula se redacta, en ese caso, en los siguientes términos: ...SÉ JUEZ. SI RESULTA QUE POR OBRA O POR CONSEJO DE DION, HIJO DE HERMEO, LE HA SIDO ROBADA A LUCIO TICIO UNA COPA DE ORO, POR LO QUE, EN EL SUPUESTO DE HABER SIDO CIUDADANO ROMANO, HUBIESE DEBIDO INDEMNIZAR POR HURTO, etc.; asimismo, si un extranjero litiga por un hurto sufrido, también se finge en él la ciudadanía romana. Lo

<sup>726</sup> Iglesias.  *Ob. Cit.*  Página 127.

<sup>727</sup> Cfr.  *Loc. Cit.*

<sup>728</sup> Gayo.  *Instituciones* , 4, 34 y 35.

<sup>729</sup>  *Ibid.*  4, 36.



mismo si litiga o se litiga contra él por un daño injusto de la ley Aquilia: se concede el juicio con la ficción de la ciudadanía romana”<sup>730</sup>.

“Por lo demás, alguna vez se finge que el demandado no ha sufrido pérdida del estado. En efecto, si un hombre o una mujer me deben algo en virtud de un contrato y han sufrido una pérdida de estado, la mujer, por ejemplo, por compra matrimonial, o el hombre por una arrogación, la obligación se extingue por derecho civil y no puede pretenderse directamente que él o ella deban dar algo, mas, para que no puedan de ese modo burlar a su acreedor, se introdujo contra ellos una acción útil con rescisión de la pérdida de estado, es decir, con ficción de que no han sufrido tal pérdida de estado”<sup>731</sup>.

Los ejemplos anteriores hablan por sí mismos a modo de hacernos ver cómo los pretores romanos, al conceder acciones basadas en ficción, se servían de esta herramienta de la técnica jurídica para proveer a la tutela de los derechos de las personas en situaciones concretas, haciendo extensiva la aplicación del *ius civile* para lograr de tal forma una real y eficaz implementación del derecho más allá del texto de la ley, es decir, sin ceder ante los límites del antiguo derecho que, por sí solo y por su época, no pudo prever solución a todas las situaciones susceptibles de producirse en la realidad.

### E. Reglas de derecho

Las reglas de derecho o *regulae iuris* cobran relevancia propiamente hasta la época de Justiniano, en cuya compilación se destaca su importancia, conteniéndose las *regulae iuris* principalmente en el libro 50, título 17 del Digesto. Los motivos por los cuales cobró importancia el recurso a las reglas de derecho son, principalmente<sup>732</sup>:

- La formación del sistema cerrado con la coagulación del trabajo jurisprudencial de los clásicos.
- La generalización de la acción.
- La unificación del proceso.
- La profesionalización de la labor del juez.

El mismo Digesto inicia la exposición de las reglas de derecho con esta cita de Paulo en la que se explica su concepto: “Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay. Así, pues, por medio de una regla se hace breve narración de las cosas, y como dice Sabino, es como un compendio de la causa, que tan pronto como es viciada en algo, pierde su eficacia”<sup>733</sup>.

Las *regulae iuris* reflejan algunos de los principios generales que los romanos iban extrayendo a partir del análisis casuístico, como ya se ha comentado. Veamos algunos ejemplos:

---

<sup>730</sup> *Ibid.* 4, 37.

<sup>731</sup> *Ibid.* 4, 38.

<sup>732</sup> Cfr. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 188.

<sup>733</sup> Digesto, 50.17.1.

“No se cree que quiere el que obedece al imperio de su padre o de su señor”<sup>734</sup>.

“En cuanto a la celebración de contratos una es la causa de los furiosos, y otra la de los que pueden hablar, aunque no entiendan lo que se hace; porque el furioso no puede contratar ningún negocio, y el pupilo puede hacerlos todos con la autoridad del tutor”<sup>735</sup>.

Las dos reglas anteriores se refieren al tema de la manifestación de la voluntad, concretamente en cuanto atañe al querer de quien actúa bajo órdenes de alguien a quien está sujeto (el *filius* sometido a la autoridad del *paterfamilias* o el *servus* bajo autoridad del *dominus*), la incapacidad de manifestar su voluntad por parte del furioso o interdicto, y la forma de intervenir el tutor en los negocios celebrados por el que pupilo bajo su tutela. Vemos entonces que las *regulae iuris* proveen formulaciones breves de principios y normas aplicables a diversidad de casos, en lugar de recurrir a un análisis de, por ejemplo, un caso concreto en que un furioso hubiere celebrado un negocio jurídico y en el cual deba indagarse si su manifestación de voluntad es eficaz para producir consecuencias de derecho: a partir de uno o varios casos en que se produjo tal situación, fue posible extraer la *regula* general antes citada.

“No quiere ser heredero el que quiso transferir a otro la herencia”<sup>736</sup>.

Por esta regla se establece que la cesión de derechos hereditarios implica la renuncia de la herencia, por lo que el heredero que así ha obrado no debe ser considerado como tal, para todo efecto jurídico a su favor o en su contra. Podemos imaginar que este principio se extrajo de algún caso en que un individuo, habiendo manifestado su voluntad de transferir la herencia, posteriormente quiso invocar en su favor la condición de heredero, o se accionó en su contra en calidad de heredero: al entenderse que no tenía tal calidad, se habrá denegado la acción que quiso hacer valer, o la que quiso hacerse valer en contra de él.

“Lo que es nuestro no puede ser transferido a otro sin hecho nuestro”<sup>737</sup>.

Esta regla consagra el principio de que nadie puede enajenar sino lo que es suyo y, en tal virtud, tutela el derecho de la propiedad privada.

“Al que le es lícito lo más no debe serle ilícito lo que es menos”<sup>738</sup>.

Aquí se hace referencia a la extensión y límites de la esfera de potestad, la capacidad de obrar, que pueda competir a un sujeto de derecho. Con frecuencia se suscita duda cuando una persona lleva a cabo algún acto que no está expresamente contemplado dentro de las facultades que posee, haciéndose necesario entonces evaluar la calidad y efectos de tal acto, a fin de determinar si puede razonablemente considerársele facultado para ello. Quizá ante la duda en uno de tales casos fue que se elaboró el principio que esta regla recoge.

“El que puede enajenar contra la voluntad de algunos, mucho más bien puede enajenar ignorándolo éstos, y estando ausentes”<sup>739</sup>.

<sup>734</sup> Digesto, 50.17.4.

<sup>735</sup> Digesto, 50.17.5.

<sup>736</sup> Digesto, 50.17.6.

<sup>737</sup> Digesto, 50.17.11.

<sup>738</sup> Digesto, 50.17.21.

<sup>739</sup> Digesto, 50.17.26.

El tenor literal de esta *regula* nos da la idea de que el principio que contiene se formuló con ocasión de un caso concreto en el cual una persona enajenó un bien ignorándolo o estando ausentes personas que posteriormente le reclamaron haber realizado tal enajenación, creyéndose con derecho a reclamar. Supuesto que el enajenante tenía potestad de enajenar aún contra la voluntad de los posteriores reclamantes, la pretensión impugnativa de éstos deviene improcedente. También, entonces, la regla hace referencia a la esfera de obrar de una persona, que se extiende por lógica a situaciones imprevistas (ignorancia, ausencia) que sean cualitativamente menores o menos significativas que la situación prevista (contra la voluntad). De esta manera, la regla puede expresar la aplicación extensiva de una norma a situaciones que por lógica quedan comprendidas en ella aunque no lo estén de modo explícito.

“No se entiende que se causa mora alguna allí donde no hay petición alguna”<sup>740</sup>.

Esta regla expresa la conocida norma de que, para constituir al deudor en mora, debe haber un previo requerimiento de pago por parte del acreedor. Imaginemos un caso concreto en que un acreedor exigía el pago de intereses por mora, y el deudor se oponía aduciendo que no se le había requerido el pago todavía. Ante tal situación se habrá formulado el aludido principio, que luego adquirió carta de ciudadanía como regla de derecho, aplicándose así a casos futuros y análogos.

En resumen, las *regulae iuris*, cuya importancia se manifestó principalmente ya en la época del derecho justiniano o del sistema cerrado, reflejan el proceso de depuración y refinamiento que las instituciones y normas jurídicas de la antigua Roma atravesaron a partir de la labor jurisprudencial del Derecho Romano Clásico. Como hemos comentado, nos es fácil a partir de su redacción imaginar o suponer el caso concreto con ocasión del cual los jurisconsultos clásicos las plantearon por vez primera, teniendo a la vez en mente los ejemplos específicos de *responsa* que expusimos en apartado anterior. Muchas de estas normas sobreviven hasta nuestros días, siéndonos posible encontrarlas contenidas, casi literalmente transcritas, en Códigos Civiles u otras leyes de diversos países. Así, las reglas de derecho nos proveen ejemplos de precisamente cómo la labor casuística a que se aplicó la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico fue capaz de enriquecer el mundo del Derecho, descubriendo y formulando, con ocasión de casos concretos, normas y principios cuya aplicación se fue posteriormente generalizando, además de expresarse los mismos en formas más sintetizadas, abstrayendo los elementos del caso concreto que les dio lugar.

## F. Argumento de autoridad

La autoridad, en su acepción atinente a nuestro tema, se entiende como el “Prestigio y crédito que se reconoce a una persona o institución por su legitimidad o por su calidad y competencia en alguna materia”<sup>741</sup>. Al argumento de autoridad también se le conoce como el argumento de ‘*magister dixit*’ (‘el maestro dijo’), y consiste en sostener la veracidad de una proposición sin más fundamento que el hecho de ser la opinión sostenida por un personaje eminente o muy destacado en la materia de que se trate: así, tal argumento juzga la veracidad de la afirmación según su origen, y no según los argumentos a favor y en contra. En estricta lógica, se trata de una falacia, pues la veracidad de algo no depende de quién lo sostenga. Un ejemplo es la siguiente cita de Paulo:

<sup>740</sup> Digesto, 50.17.88.

<sup>741</sup> Diccionario de la Real Academia Española, acepción tercera.

“Está ya recibido por razón de la autoridad del doctísimo varón Hipócrates, que el nacer al séptimo mes es parto perfecto; y por eso se ha de creer, que el que de justas nupcias nació al séptimo mes, es hijo legítimo”<sup>742</sup>.

Este enunciado hace referencia a la relevancia que el tiempo del nacimiento tiene sobre la determinación del *status* jurídico del hijo como nacido de justas nupcias. Se fundamenta en la autoridad del célebre médico de la antigüedad Hipócrates, y en tal sentido constituye un argumento de autoridad, ya que aún cuando modernamente puedan aportarse datos científicos tendientes a confirmar la veracidad o razonabilidad de la afirmación, o incluso en la antigüedad pudiere haberse acudido a las observaciones y razonamientos que hizo Hipócrates para pronunciarse en tal sentido, no obstante se expone la norma aduciendo en su sustento exclusivamente la autoridad del afamado médico, como lo deja claro la redacción citada.

En el sentido al que se refiere el argumento de autoridad dentro de la técnica jurídica, se entiende la misma como fundamentada en un modo de reconocimiento público a la valía de determinados hombres versados. Sobre la autoridad y alta estima de que gozaban los jurisconsultos en la antigua Roma, Marco Tulio Cicerón nos ofrece un testimonio contemporáneo: “...entre muchas singulares glorias de nuestros antepasados, es la principal la estimación que siempre dieron a la ciencia e interpretación del derecho civil tan sabiamente establecido. La cual mantuvieron en sí los hombres más principales y de más doctrina, como posesión suya, antes de esta revolución de tiempos; pero ahora ya se ha olvidado el esplendor de esta facultad, como el de todos los empleos y dignidades<sup>743</sup>; y esto con tanta mayor fealdad por haber acaecido en ocasión que la mantenía un varón insigne, que no siendo nada inferior en nobleza a sus antepasados, a todos hacía grandes y conocidas ventajas en sabiduría. Éstos, pues, son unos servicios muy agradables a todos...”<sup>744</sup>.

Para describir cómo la autoridad de los jurisconsultos influyó en la época del Derecho Romano Clásico, Barrow se expresa de esta manera: “Durante los últimos setenta años de la República, se dedicaron con afán al estudio del derecho una porción de hombres cultos e inteligentes, la mayoría de los cuales gozaba además de la ventaja de tener una experiencia práctica (...). En una época en que la vida pública y los problemas de la administración de la metrópoli y de las provincias ocupaban las inteligencias más notables del día, se imponía el conocimiento del derecho. (...) [Las contestaciones de los jurisconsultos] se citaban y publicaban con toda libertad y eran de gran autoridad, puesto que provenían de hombres preclaros, cultos y con experiencia práctica (...). Tal lugar habían alcanzado estos *jurisprudentes* en la estimación pública, tan grande era su reputación de sabiduría e integridad, tanto se respetaba su ‘autorizada opinión’, que Augusto concedió a algunos el ‘derecho de contestar’ a los problemas que les fueran expuestos, y sus opiniones influían en el juez que había de decidir el caso. De este modo ayudaban a la creación del Derecho. (...) Su influencia también fue grande en otros aspectos. Los emperadores los consultaban con regularidad, y Adriano llegó a formar un consejo jurídico para que le ayudara en asuntos legales. Publicaron una enorme cantidad de escritos, y sus aforismos se hicieron expresiones corrientes...”<sup>745</sup>.

<sup>742</sup> Digesto, 1.5.12.

<sup>743</sup> Se lamenta Cicerón de la general decadencia hacia finales de la República: recordemos que precisamente ese antiguo esplendor al que Cicerón se refiere es lo que Augusto trató de restaurar, siendo a partir de entonces que inicia lo que se considera la etapa del Derecho Romano Clásico.

<sup>744</sup> Cicerón. *De officiis*. 2, 19.

<sup>745</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 214 y 215.

El Digesto nos recoge lo que explica Pomponio: “(...) Massurio Sabino pertenció al orden ecuestre, y fue el primero que respondió públicamente, cuyo beneficio comenzó después a darse por Tiberio César; pero a él ya le estaba concedido. Y sepamos de paso, que antes de los tiempos de Augusto el derecho de responder públicamente no se daba por los Príncipes, sino que los que tenían confianza en sus estudios respondían a los que les consultaban. Y tampoco en verdad daban firmadas sus respuestas, sino que por lo regular escribían ellos mismos a los jueces, o lo manifestaban los mismos que les consultaban. El Divino Augusto fue el primero que para que fuese mayor la autoridad del derecho, determinó que se respondiese en virtud de autorización suya (...)”<sup>746</sup>.

En la época del derecho postclásico, se establecieron las llamadas leyes de citas que ya expusimos en el primer capítulo. Estas leyes de citas fueron como una solidificación o consagración oficial de la autoridad de los juriconsultos, en similar modo a como el Edicto Perpetuo lo había sido de los aportes del derecho pretorio. Del Código Teodosiano y del Breviario de Alarico provienen las siguientes palabras: “Damos fuerza a todos los escritos de Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, de tal modo que la autoridad que tiene Paulo, Ulpiano y los demás, la tenga también Gayo, y que se puedan citar pasajes de toda su obra. Consideramos también ratificada la ciencia de aquéllos cuyos tratados y opiniones utilizaron en sus obras todos los antes citados, como lo es Escévola, Sabino, Juliano y Marcelo y la de todos a quienes aquéllos tuvieron en alta consideración”<sup>747</sup>. Existe en el citado texto una especie de ‘cadena de autoridad’, en el sentido de sernos posible distinguir en él como tres generaciones o grados de juriconsultos, de los cuales algunos deben su autoridad al hecho de haber sido tenidos en alta consideración por otros que a su vez son considerados autoridades. “También bajo Justiniano cobra gran importancia el argumento de autoridad que ya se observaba entre los clásicos. Este recurso de la técnica jurídica, tan característico de la Edad Media, solo florece en un derecho hasta cierto punto evolucionado”<sup>748</sup>.

Como se dijo, en estricta lógica el argumento de autoridad es falaz, pues la verdad de un enunciado no depende de quién lo enuncie. Sin embargo, en la práctica y la vida diaria recurrimos constantemente a tal tipo de argumentos: es esto un efecto necesario de la realidad del conocimiento disperso, pues al no ser posible a cada uno abarcar personalmente todo el conocimiento disponible, ni dedicar sus recursos a la verificación personal de cada dato que conoce, se hace imprescindible contar con fuentes confiables que nos puedan proveer de información y conocimiento, sabiendo nosotros que han dedicado tiempo y estudio a conciencia para conocer lo que transmiten, y que además poseen el talento o calidad necesaria para conocer adecuadamente aquello. Es el tipo de confianza, una especie de ‘fe humana’, que depositamos en toda clase de personas: desde nuestros padres hasta nuestros catedráticos, científicos, medios informativos, etc. El extremo nocivo se encuentra en una credulidad acrítica e ingenua que lleve a la persona a ‘tragar’ cualquier cosa, sin preocuparse por la formación de un criterio personal mejor informado, sobre todo en cuestiones que atañen a los ámbitos y materias más fundamentales de la vida. Aún así, no dejará de ser necesario contar con personas de confianza que nos puedan aconsejar también en esos temas específicos.

---

<sup>746</sup> Digesto, 1.2.48.

<sup>747</sup> Código Teodosiano, 1.4.3, del 426 = Breviario de Alarico, 1.4.1. Citados en Domingo et al. Textos de Derecho Romano. Página 260.

<sup>748</sup> Bernal y Ledesma. Ob. Cit. Página 188.

## 2. Criterios inspiradores de fondo o filosóficos

Los jurisconsultos y la filosofía son las dos principales influencias que caracterizaron el Derecho Romano Clásico. Habiendo ya examinado el aspecto técnico de la labor de los jurisconsultos al tratar de los instrumentos técnico-jurídicos, debemos ahora observar los criterios filosóficos que, también mediante el oficio de los jurisprudentes, nutrieron esa concepción del mundo y del Derecho que plasmaron en su desarrollo jurídico.

Como criterios inspiradores de fondo o filosóficos, compenetrados con el elemento lógico del empleo de argumentos abiertos, Bernal y Ledesma mencionan<sup>749</sup>:

- *Iusta ratio* (justa razón).
- *Bonum et aequum* (lo bueno y equitativo).
- *Bona fides* (buena fe).
- *Ratio humana* (razón humana).
- *Ratio naturalis* (razón natural).
- *Utilitas* (utilidad).

Antes de exponer cómo estas ideas se manifestaron en el Derecho mediante la técnica jurídica, nos es necesario examinar brevemente las características de la filosofía en la antigua Roma y el papel que ella jugó en la conformación del Derecho Romano.

### A. La filosofía en Roma y su influencia en el Derecho

El imperio de Alejandro Magno y el dominio de Roma extendieron la filosofía griega a través del mundo mediterráneo, sentando las bases de la cultura occidental. “Esta propagación coincide, sin embargo, con la decadencia de la filosofía griega. Del mismo modo que el imperio de Alejandro representa la muerte del ambiente político griego, la filosofía postaristotélica representa el ocaso del genio filosófico de aquel pueblo; una reducción de sus límites y de la profundidad de sus planteamientos”<sup>750</sup>. “La época que examinamos marca la definitiva declinación de aquellos estados pequeños pero civilizados que eran las ciudades griegas (...) [que] habían representado un terreno extremadamente favorable para el surgimiento de las discusiones político-filosóficas y para la convicción general de que les correspondía a los hombres de cultura, como primer deber, el de hacer oír su palabra competente y esclarecedora sobre la dirección de los asuntos públicos. Frente a la nueva situación política esta convicción no pudo sobrevivir. (...) Al hombre de intereses filosóficos no puede quedarle sino la aspiración de encontrarse en su propio yo, en busca de una íntima perfección moral y de un afianzamiento de su propia personalidad (...). Involucrada en este propósito de elevación de los espíritus, la filosofía asume nuevas tareas: antes que nada la de sustituir las antiguas religiones populares, que han caído cada vez en mayor descrédito entre las personas instruidas. Atrae, por lo tanto, a grupos cada vez más numerosos de individuos, deseosos no ya de profundizar en los problemas teóricos generales, sino de encontrar en los estudios filosóficos una guía para su vida”<sup>751</sup>.

<sup>749</sup> Cfr. *Ob. Cit.* Página 189.

<sup>750</sup> Gamba, Rafael. *Historia Sencilla de la Filosofía*. Página 74.

<sup>751</sup> Geymonat, Ludovico. *Historia de la Filosofía y de la Ciencia*. Páginas 115 y 116. Barrow, por su parte, observa que “La escuela platónica y la aristotélica se dividieron en numerosos grupos, consagrados, no a las ideas fundamentales que habían preocupado a los fundadores (pues no se presentó ningún genio que se ocupara de ellas), sino a las cuestiones secundarias que quedaban al eliminar los grandes problemas. De este modo, la filosofía empezó

Las tres principales corrientes filosóficas que surgen entonces son el epicureísmo, el escepticismo y el estoicismo. De estos tres, nos interesa conocer los caracteres fundamentales del estoicismo<sup>752</sup>, pues “mientras que el epicureísmo no tuvo en Roma muchos adeptos, ocurrió lo contrario con el estoicismo, pues los romanos fueron estoicos por naturaleza mucho antes de que oyeran hablar del estoicismo”<sup>753</sup>, siendo que “desde el punto de vista histórico, el estoicismo ha ejercido una influencia poderosa y no puede ser subestimado”<sup>754</sup>, especialmente por cuanto que “la influencia del estoicismo sobre el derecho fue muy profunda. Estoicos fueron muchos de los romanos más cultos y muchos fueron también jurisconsultos”<sup>755</sup>. “En la civilización grecorromana del Imperio había otras muchas filosofías que un hombre podía adoptar: la cínica, el neoplatonismo, variantes del platonismo, el escepticismo y mezclas de otras muchas. Su estudio es de un gran valor. (...) Pero caen fuera del campo de esta obra, pues aquí nos ocupamos de los romanos, y la filosofía específicamente romana fue el estoicismo”<sup>756</sup>.

### a) Los romanos ante la filosofía griega

Las corrientes filosóficas y la cultura griega influyeron en Roma, pero los romanos presentaron ante ellas actitudes propias que les llevaron a imprimirles determinados caracteres. Por eso, antes de tratar del estoicismo, conviene exponer un breve apunte sobre la actitud romana ante el pensamiento de Grecia<sup>757</sup>.

Una figura importante fue el filósofo estoico Panecio, quien estuvo en Roma durante más de una década, vinculado al círculo helenizante de Escipión Emiliano, en el cual también participaban las figuras más notables de la cultura romana de la época. Aunque al principio muchos vieron con recelo la influencia de la cultura griega sobre Roma, como nociva a las *mores* romanas (recuérdese la lucha de Marco Porcio Catón, el hecho de que los filósofos y retóricos fueran en varias ocasiones expulsados o invitados a salir de la ciudad), ya desde principios del siglo II a.C. sabios griegos viajaban a Roma como preceptores de las grandes familias patricias.

El carácter de los romanos, agricultores y guerreros desde sus inicios, no era aficionado a las especulaciones demasiado abstractas, se interesaba más por las conclusiones que por las premisas, y era, como siempre se ha resaltado, un genio marcadamente práctico. De ahí que su interés principal se enfocara desde el inicio en los problemas jurídicos, y que posteriormente, al entrar en contacto con la filosofía, ésta influyera sobre el Derecho pero ‘filtrada’ o ‘transformada’ por la tendencia práctica de los romanos: el estoicismo medio asumió un carácter ecléctico, que atrajo a los romanos y a su vez se vio acentuado por el espíritu práctico de éstos. Las cualidades romanas antes aludidas nos permiten entender por qué se sintieron atraídos hacia las corrientes postaristotélicas, especialmente el estoicismo, ya que, como se apuntó, tales escuelas filosóficas se centraban no ya en planteamientos teóricos sino en el conocimiento del mundo como medio

---

a ocuparse cada vez más de los problemas inmediatos relativos a la conducta diaria del hombre, en lugar de ocuparse de las cuestiones más profundas sobre las que, en la mente del pensador, deben descansar lógicamente los fundamentos de toda conducta”. *Ob. Cit.* Páginas 162 y 163.

<sup>752</sup> Sobre epicureísmo y escepticismo, puede el lector remitirse a: Gamba. *Ob. Cit.* Páginas 78 a 83, 84 y 85; Geymonat. *Ob. Cit.* Páginas 116 a 119; Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 151 a 155; Brugger. *Ob. Cit.* Páginas 196 y 198.

<sup>753</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Página 155.

<sup>754</sup> *Ibid.* Página 165.

<sup>755</sup> *Ibid.* Página 166.

<sup>756</sup> *Ibid.* Página 167.

<sup>757</sup> Para ello nos basamos en: Geymonat. *Ob. Cit.* Páginas 121 a 123; Gamba. *Ob. Cit.* Páginas 84 y 85; Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 151 a 167.

para determinar la actitud de la persona ante la vida; es decir, eran de tipo eticista, generaban consecuencias prácticas para el día a día, de donde se comprende que el romano viera en ellas un conocimiento útil para definir su personalidad y su obrar. El interés prevalentemente práctico de los romanos tendrá su manifestación más característica, en el ámbito filosófico, con la corriente del eclecticismo.

“Ningún romano adoptaba una filosofía en su totalidad. Algunas de sus partes no le interesaban, otras las amoldaba a sus propias creencias instintivas, encontrando en ellas la exposición de lo que él nunca había llegado a enunciar por sí mismo. Tal vez sea una exageración decir que adoptaba solamente aquello que se ajustaba a los ideales romanos, ya que indudablemente los estudios filosóficos influyeron en la conducta y en el modo de pensar de muchos. Pero en realidad el romano no se interesaba mucho por la coherencia de un sistema, ni por investigar las cuestiones fundamentales de la metafísica. Le interesaban más que nada la acción y los móviles y justificación de ésta. De aquí que la filosofía romana sea principalmente ecléctica, que lo que más le interesase fuese la moral”<sup>758</sup>.

Ihering afirma que “el derecho abrió al espíritu romano un palenque para su gimnástica dialéctica, y nos explica al mismo tiempo que los romanos no se consagraron a la filosofía, puesto que el derecho daba plena satisfacción y suministraba materia útil a sus inclinaciones y vasto talento filosófico. (...) caracterizamos de antemano la jurisprudencia de que se trata diciendo que formaba el dominio intelectual trazado por la tendencia práctica del pueblo romano, en el cual se desarrollaba y desenvolvía todo su pensamiento y toda su propensión filosófica; en suma, que la jurisprudencia era la *filosofía nacional de los romanos*”<sup>759</sup>. Por eso también dice Ulpiano: “cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, deseando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas sino también con la incitación de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente”<sup>760</sup>.

## b) El estoicismo<sup>761</sup>

La escuela debe su nombre al hecho de que sus seguidores se reunían en un pórtico o *stoa* (στοα) de Atenas. Su fundador fue Zenón de Citio. La escuela abarca, aproximadamente, los años del 300 a.C. al 200 d.C., y para su estudio se subdivide en tres etapas:

- Estoicismo *antiguo*, cuyos exponentes principales fueron Zenón, su sucesor Cleantes, y Crisipo, considerado el segundo fundador del estoicismo, quien da un desarrollo pleno al sistema; también Diógenes de Babilonia, Boeto de Sidón, y otros.
- Estoicismo *medio*, que floreció en la segunda mitad del siglo II y primera del I a.C., con pensadores como Panecio de Rodas, su discípulo Posidonio de Apamea, Jasón de Nisa, y Asclepiodoto, quien es el enlace con Séneca.

<sup>758</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Página 156.

<sup>759</sup> Ihering. *Ob. Cit.* Páginas 524 y 525. El énfasis en itálicas es del original.

<sup>760</sup> Digesto, 1.1.1.

<sup>761</sup> Para toda esta sección, cfr. Brugger. *Ob. Cit.* Páginas 219 y 220; Gamba. *Ob. Cit.* Páginas 74 a 77, 85 a 88; Geymonat. *Ob. Cit.* Páginas 119 a 121, 123 y 124, 127 y 128; Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 158 a 167.



- Estoicismo *tardío*, *último* o *nuevo*, también llamado *eclecticismo estoico*, cuyos principales exponentes vivieron durante el período imperial romano. Destacan Catón el joven, Séneca, Musonio Rufo, Epicteto y el emperador Marco Aurelio. El eclecticismo tuvo su primera aparición en el estoicismo medio, y su más ilustre partidario fue Cicerón.

En opinión de Barrow, para efectos de estudiar el estoicismo en relación con Roma y su Derecho “sería inútil hablar de las limitadas enseñanzas sobre física, lógica y psicología que utilizaron los estoicos, o exponer sus contradicciones”<sup>762</sup>, mas a continuación haremos un resumen de las ideas fundamentales del estoicismo en cuanto puedan ser ilustrativas a nuestro propósito. El estoicismo se inscribe en la tendencia ya apuntada del pensamiento postaristotélico, que podemos sintetizar de la siguiente manera: el centro de la filosofía se traslada desde los problemas teóricos hacia el problema moral, lo cual implica que el saber no se considera un fin supremo del hombre sino un medio para la más segura orientación de la vida.

Los estoicos combaten la creencia platónica en un mundo separado de ideas, al igual que la afirmación aristotélica de esencias universales en el seno de las cosas, rechazando además los principios filosóficos aristotélicos de materia, forma, sustancia, etc. Para el estoicismo, el conocimiento se inicia en los sentidos; la repetición de sensaciones, con ayuda de la memoria, da lugar a las anticipaciones. Admite la existencia de nociones comunes a todos los hombres, pero no porque sean innatas en la mente o producto de una realidad universal, sino porque todos los hombres están en condiciones iguales de formárselas mediante la reflexión: su dignidad superior proviene de ese consenso entre los hombres.

El estoicismo se ubica en una postura materialista que rechaza la metafísica, atribuyendo un ser corporal a todo: Dios, el alma, las virtudes, los sentimientos, las acciones. Bajo la forma física del fuego conciben la fuerza o hálito divino que penetra todo el universo material, la divinidad inmanente en el mundo: a esta noción se denomina *panteísmo materialista*, según la cual Dios es alma y razón del mundo, aunque “Razón en este sentido significa un principio vital más bien que algo puramente intelectual”<sup>763</sup>. No sólo el mundo en su totalidad, sino cada ser (incluso los aparentemente inanimados) poseen un alma que contiene una chispa del fuego universal. Estas chispas son las *razones seminales* mediante las cuales Dios vivifica al mundo.

La anterior concepción del mundo implica a su vez el fatalismo, es decir, la creencia de que todo acontecimiento sucede como parte de un proceso de transformación de las cosas, dictado con absoluto determinismo por la razón universal. De esta manera, queda excluida la libertad. Si todo sucede de conformidad con un acontecer universal y divino, el único dominio que queda al hombre es su propia interioridad, su espíritu o libertad interior: por eso, para el estoicismo el principio de la moralidad consiste en distinguir entre lo que depende de nosotros y lo que nos es extraño. Como consecuencia, se perfila el ideal ético planteado por el estoicismo, que consiste en vivir conforme a la naturaleza: si la naturaleza es determinada de modo ajeno a nosotros, la actitud del sabio es obrar con conciencia de su destino, de su situación en el mundo. Vivir conforme a la naturaleza será, entonces, aceptar la fatalidad universal y responder con elegancia a esa certeza de la propia situación, admitir dignamente el destino que se le impone: aún hoy, en el lenguaje común, se denomina *estoico* a la persona que reacciona con entereza y serenidad ante lo adverso.

---

<sup>762</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Página 163.

<sup>763</sup> *Loc. Cit.*

Este ideal del sabio se llamó posteriormente ‘libertad’, pero entendiéndola dentro del contexto antes descrito, en relación con las dos esclavitudes que puede sufrir el hombre derivadas de dicha concepción panteísta, materialista y fatalista:

- *Esclavitud interior*: los afectos o pasiones, que se entienden como impulsos que por su desmesura alteran el solemne orden universal. Son, además, engañosas, sin objeto, causa de dolor y de menosprecio de sí mismo.
- *Esclavitud exterior*: las cosas, la varia fortuna, que no dependen de nosotros ni deben afectar a nuestra serena interioridad.

Con base en esto, la ‘libertad’ a que aspira el sabio estoico consistirá en:

- *Apatía*: que libera de la esclavitud interior llevándonos a no desear nada, lográndolo mediante la austeridad y el ascetismo.
- *Imperturbabilidad*: que libera de la esclavitud exterior llevándonos a la plena independencia frente a cualquier acontecimiento (autarquía).

Sobre el ideal ético propuesto por el estoicismo, Barrow apunta que “Ni la desgracia, ni la tribulación afligen al sabio. Es indiferente a la riqueza y a la pobreza, a las críticas y a las alabanzas. Lo hace todo obedeciendo a su conciencia. Es bondadoso con los amigos, compasivo con los enemigos, y generoso en su clemencia. Respeta a sus vecinos (...) y no hace nada por restringir su libertad. Abandonará este mundo con la conciencia de que ha soportado con serenidad tanto sus alegrías como sus tristezas y de que la muerte no oculta terrores. Éstos eran los preceptos. En realidad, el resultado era que en el mejor de los casos el sabio tendía a aislarse del mundo a pesar de las protestas de que tomaría parte en sus actividades. En el peor de los casos, adoptaba una actitud de superioridad presuntuosa, de satisfacción consigo mismo y de desprecio hacia sus semejantes”<sup>764</sup>, sobre lo que Gamba también observa que “es característico el orgullo estoico, el desdén del sabio hacia el vulgo que corre como dementado tras las sombras de lo que cree a su alcance, o se mueve como autómatas al servicio de las pasiones. Sólo el sabio se basta a sí mismo, sólo él logra la autarquía”<sup>765</sup>. El estoicismo “ofrecía un noble ideal, pero no una razón capaz de producir entusiasmo, ni tampoco un móvil de afecto o simpatía. (...) Para el sabio todo era fácil; pero ¿cómo llegar a ser sabio? Para ello no se ofrecía ningún camino”<sup>766</sup>. Ciertamente el aislamiento del mundo aleja al supuesto sabio de la realidad, y la presunción constituye en sí misma una negación de la dignidad de sus semejantes, y un desconocimiento de la propia falibilidad. También en esto el espíritu romano, más práctico y cercano a la realidad, ejercerá su influencia: a decir de Gamba, a través de la obra de Séneca “el tipo del *sabio* estoico experimenta (...) una mutación notable: ya no será aquel espíritu puramente teórico, inflexible, satisfecho de sí mismo, despreciativo con el vulgo, desesperado en el fondo de su imperturbabilidad. (...) Antes bien, el sabio senequista comprende que, como hombre, dista mucho de la grandeza y magnanimidad que su situación en el mundo le exigiría; y que el vulgo, humano como él, lleva a menudo con heroica resignación su humilde suerte. Los imperativos teóricos se humanizan, las distancias se acortan y, al calor de la idea de hermandad entre los

<sup>764</sup> *Ibid.* Página 164.

<sup>765</sup> Gamba. *Ob. Cit.* Página 77.

<sup>766</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 164 y 165.

hombres, se trueca la relación entre la teoría y la vida humana; no estará ésta al servicio de la teoría, sino aquella visión de la realidad al servicio del hombre”<sup>767</sup>.

En el estoicismo tardío, van perdiendo importancia los problemas gnoseológicos y físicos, concentrándose en el aspecto ético o moral, el cual se vuelve más pesimista: se da un desprecio cada vez más radical del mundo y de la carne, tendiendo hacia una enseñanza de tipo ascético-místico. Así vemos, por ejemplo, cómo Séneca y Epicteto plantean en tonos más tajantes el desprecio de las cosas exteriores y el refugio en la interioridad. Sin embargo, Séneca tiende más al humanismo y plantea la compasión hacia todos como parte de la hermandad entre los seres humanos. Por su parte, Marco Aurelio da expresión a una de las maneras en que la mentalidad romana se había insertado y compenetrado con el estoicismo: el fatalismo le lleva a considerar que el hombre ocupa su lugar en el mundo por un motivo que determina la providencia divina y, por tanto, está obligado a cumplir sus deberes con toda la energía necesaria.

Por otro lado, “Denomínase eclecticismo la actitud intelectual de aquellos filósofos que se limitan a examinar los resultados del pensamiento ajeno, escogiendo lo que les parece verdadero y valioso sin intentar reunir en un todo acabado los fragmentos recogidos. Si la aceptación de concepciones ajenas y diversas se realiza sin examinar su contenido de verdad, cabe hablar de *sincretismo*. Eclécticos fueron la mayor parte de filósofos grecorromanos desde el siglo I a. de J.C., muchos pensadores de la patrística (...)”<sup>768</sup>. “El eclecticismo tuvo su primera afirmación en la nueva Academia y en el estoicismo medio. Representó una tentativa de solución de la crisis que esas escuelas estaban atravesando, y reflejó una disminuida confianza –por parte de algunos de sus representantes– en los propios principios teóricos. Desde este punto de vista podemos justamente sostener que expresa un relajamiento del espíritu científico, un profundo cansancio y una falta de originalidad. Pero también expresa la refinada conciencia de los peligros que encuentra cualquier sistema filosófico abstractamente coherente, y la convicción de poder hallar, en un plano menos rígido que el de los principios generales, el camino para una comprensión recíproca y para un sustancial acuerdo sobre los problemas más interesantes para el hombre de carne y hueso”<sup>769</sup>. Marco Tulio Cicerón fue en pensador ecléctico que utilizó concepciones tanto de Platón como de Aristóteles, de los escépticos y de los estoicos. Es especialmente relevante su obra por cuanto se dedicó a hacer accesible al público romano las enseñanzas de los filósofos griegos, con lo cual no sólo enriqueció la lengua latina, sino además contribuyó a que la filosofía griega se conservara y difundiera en el espacio y el tiempo.

Barrow explica que “el estoicismo, y en especial el estoicismo romano, prestó poca atención a la base filosófica y formuló un gran cuerpo de preceptos”<sup>770</sup>. “El estoicismo romano es una actitud hacia la vida basada en unas cuantas ideas fundamentales expresadas de diferentes maneras. No es precisamente una religión, aunque pueda adoptar una forma religiosa vehemente. No es un sistema filosófico, porque sus exponentes romanos dan poca importancia a este aspecto y expresan puntos de vista difícilmente reconciliables. Tampoco es un cuerpo de doctrina ética cuidadosamente enunciada; ni menos aún un simple reflejo del estoicismo griego, puesto que en este caso, como en otros muchos, los romanos imprimieron su propio sello a lo que asimilaban”<sup>771</sup>. Asimismo, “el estoicismo vacilaba en lo que se refiere a los problemas que

---

<sup>767</sup> Gamba. *Ob. Cit.* Página 87.

<sup>768</sup> Brugger. *Ob. Cit.* Página 190.

<sup>769</sup> Geymonat. *Ob. Cit.* Página 123.

<sup>770</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Página 163.

<sup>771</sup> *Ibid.* Página 162.

pueden presentarse al hombre común, tales como Dios, la inmortalidad, el libre albedrío y la muerte”<sup>772</sup>.

### c) Influencia en el Derecho

Los enunciados del último párrafo en el apartado anterior son muy importantes para formarnos una idea adecuada del trasfondo filosófico que imbuje la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico, y sobre cómo enfocar su estudio: debemos recordar lo explicado al inicio de esta sección sobre cómo la filosofía estoica nace en una época en que el pensamiento griego se alejaba de la indagación de principios y teorías generales, concentrándose más bien en cuanto la filosofía tenía que aportar como guía para la vida; esto dio lugar al enfoque prevalente sobre la conducta humana del pensamiento en aquella época, rasgo que se vio acentuado aún más al ser asumido por los romanos que se distinguían por su genio práctico: en efecto, la insistencia del estoicismo sobre las normas de conducta fue lo que atrajo instintivamente a los juristas<sup>773</sup>. No se interesaban tanto por la coherencia y perfección sistemática de los fundamentos teóricos, sino más bien por la práctica jurídica en la vida real: “(...) fueron sus jurisconsultos más prudentes que sabios, y en sus escritos brillan más la sensatez y la cordura que el análisis filosófico y el conocimiento especulativo (...). Teniendo en cuenta que los antiguos definieron la filosofía *Humanarum divinarumque rerum notitia*, sostienen algunos que para los romanos, jurisprudencia era la filosofía de lo justo. No es creíble, sin embargo, que tuviesen tal pensamiento, porque, como se ha dicho, fueron respecto al Derecho más *prudentes* que *scientes*, y llevaron sus recelos tan allá, que desdeñaban a los filósofos, a quienes calificaban de ilusos”<sup>774</sup>. “La gran lección de los juristas romanos no residió tanto en sus definiciones como en la integración de la *ratio naturalis* a su quehacer práctico. (...) Lo que los juristas romanos pretendían era encontrar la regla correspondiente a la naturaleza de las cosas, a una concreta situación de hecho y de vida”<sup>775</sup>. De cara a nuestro estudio, esto tiene ciertas consecuencias relevantes:

- Para conocer los criterios inspiradores, conviene hacerlo mediante la observación de cómo se manifiestan en supuestos concretos, y no —o no tanto— a través de una reflexión sobre cómo se entendían a modo de intentar dar definiciones o conceptos de ellos.

A tal efecto, nuevamente será el Digesto nuestra principal fuente de referencias a ideas como las de equidad o razón natural, etc., “aunque varias de esas referencias parecen interpolaciones de la época del derecho romano-cristiano, el número de las que pertenecen a la época clásica son suficientes para observar con claridad el hecho aludido”<sup>776</sup>.

- Aún siendo el estoicismo la principal fuente filosófica de los criterios inspiradores, hay que tener en cuenta siempre los siguientes tres factores:
  - Que el principal enfoque de esta escuela era la conducta humana, mientras que sus nociones sobre los fundamentos teóricos fueron variantes, e incluso limitadas y contradictorias.

<sup>772</sup> *Ibid.* Página 164.

<sup>773</sup> *Ibid.* Página 216.

<sup>774</sup> Ferrández González, José, en nota del traductor a Petit. *Ob. Cit.* Página 20, nota 8. Las itálicas son del original.

<sup>775</sup> Hervada. *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Página 81.

<sup>776</sup> Hervada. *Ob. Cit.* Página 77.

- Lo anterior era así ya en su origen griego, y en su vertiente romana se hizo más marcado aún el enfoque sobre la aplicación y no tanto sobre la teoría, esto debido a:
  - El carácter práctico de los romanos.
  - El hecho de que las aplicaciones que presentaremos ocurren en el seno de la técnica jurídica, la cual se enfoca en los hechos, en los casos concretos, teniendo los criterios filosóficos como referencias a un todo armónico que constituye para ellos la realidad del Derecho, no como puntos de partida abstractos.
- Del último punto se desprende que, para los juristas romanos, no se trataba de definir un concepto y luego aplicarlo a la realidad, sin perjuicio de que puedan formularse definiciones o teorías sobre qué sentido daban los romanos a las nociones que aplicaban. Sin embargo, profundizar en ese tema también desborda los propósitos de nuestro estudio<sup>777</sup>, y prefiero concentrarme en los ejemplos de la aplicación, pues tendremos ocasión de abordar con mayor amplitud las nociones en otras partes de este trabajo, con relación a posteriores desarrollos del pensamiento jurídico, retomándolo además con esa perspectiva más amplia en el último capítulo.

Ya los griegos se habían percatado, en su contacto con otras culturas, de que existía un cierto fondo común de principios jurídicos entre todos los pueblos: “La filosofía griega había considerado con cierto cuidado la diferencia entre lo que era convencional (*nomos*), arbitrario, establecido por las costumbres humanas y cristalizado en las leyes, y lo que era natural (*physis*), determinado por la naturaleza conforme a un código amplio y universal (...). Fueron los viajes de los griegos los que en realidad originaron esta especulación, porque al encontrarse con diferentes costumbres en diferentes países, se dieron cuenta de que existía una vaga y remota semejanza entre ellas, como si todo proviniera de un origen común”<sup>778</sup>. Los romanos, al desarrollar el Derecho, se fijan también en esto<sup>779</sup>. Así se expresa Gayo: “Todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres usan en parte su propio derecho y en parte el derecho común de todos los hombres: pues el derecho que cada pueblo establece para sí, ése es suyo propio, y se llama derecho civil, como si dijéramos derecho propio de la ciudad; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, ése se observa uniformemente entre todos los pueblos y se llama derecho de gentes, como si dijéramos el derecho que usan todas las naciones. Así, pues, el pueblo romano usa en parte su propio derecho y en parte el derecho común de todos los hombres”<sup>780</sup>. Ulpiano dice que “El derecho privado consta de tres partes, pues está compuesto de los preceptos naturales, o de los de gentes, o de los civiles. Derecho natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales, que nacen en la tierra o en el mar, y también a las aves”<sup>781</sup>. Para Paulo, “La palabra derecho se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo

---

<sup>777</sup> Constituye un tema muy interesante y de cierta importancia, que sugiero como objeto de futuros trabajos.

<sup>778</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Página 215.

<sup>779</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 166 y 216.

<sup>780</sup> *Instituta*, I, 1.

<sup>781</sup> Digesto, 1.1.2 y 3.

que siempre<sup>782</sup> es justo y bueno, como el derecho natural; otra acepción, lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como es el derecho civil”<sup>783</sup>.

Los juristas romanos “fueron los que empezaron a relacionar el ‘derecho de gentes’ con el ‘derecho natural’, y a creer que el derecho de gentes no era sino un débil remedo del ‘derecho natural’. (...) en toda su labor para formular el derecho y para enmendar e interpretar el derecho ya existente, tuvieron una norma o criterio que los guiaba: el ideal de la justicia natural, de un bien objetivo más sublime y más comprensivo que cualquier bien ideado por el hombre”<sup>784</sup>. Recordemos, no obstante, que “para los romanos la justicia no es entendida como un elevado valor abstracto, sino como el criterio práctico conforme al cual se logra una verdadera y sana ordenación en el seno de la comunidad humana, criterio que permite resolver el concreto y específico problema presentado ante los tribunales. Lo que no apunta la definición romana de justicia es el modo de lograr el que se dé a cada uno lo suyo. Es que en esto está el constante trabajo del hombre que busca el derecho al hacer la ley y al aplicarla. La equidad, en latín *aequitas* o *aequus*, alude a la necesaria adecuación que el derecho tiene que lograr al aplicarse al caso concreto”<sup>785</sup>. Esto refuerza la necesidad de concentrarnos en ejemplos más que en definiciones, pero a continuación se explicarán de forma general algunas nociones básicas del pensamiento jurídico romano.

En la filosofía griega, se observó el orden y la armonía del universo, aplicándole categorías o denominaciones tomadas de la realidad humana: así, se habla de una ‘justicia’ cósmica, que evoca el orden y armonía de la *polis* (ciudad-estado, *civitas*). Es esta una traslación de idea y de lenguaje, que en el idioma griego no necesariamente implicaba confundir la ‘justicia’ u orden natural de las cosas inanimadas con el orden y justicia propios del hombre. En griego, la primera se llamaba *dike* y la segunda (justicia como virtud) era denominada *dikaio syne*. En cambio, en latín no existían diversas palabras para indicar los matices del pensamiento griego, sino que únicamente se utilizó *lex* y *ius*. Esto dio lugar a confusión entre los juristas, y también da lugar a confusión al momento de estudiar sus enseñanzas. Por otro lado, el pensamiento estoico es panteísta y tiene una concepción fatídica o determinista de la existencia: esto oscurece la comprensión de la libertad humana, dando como resultado que la distinción entre las leyes naturales del mundo inanimado (leyes de necesidad) y la ley natural del hombre (ley de libertad) no se establece en términos de esencia, sino de grado. Además, la idea del fuego universal, de Dios como alma y razón del mundo que ya se explicó al exponer los rasgos principales del estoicismo, implica que las diversas leyes (desde las leyes físicas hasta la moral) se entienden en sentido unitario<sup>786</sup>.

Todo lo anterior (el aspecto lingüístico y el filosófico) se refleja en el pensamiento de Séneca, quien aplica a tres órdenes el término *ius*: el orden físico, el común a todos los seres vivientes, y el específicamente humano. Séneca utiliza el término *ius naturae* en el sentido de leyes de la naturaleza, y llama *ius commune animantium* (derecho común de los seres animados) a la ley según la cual tanto hombres como animales deben ser tratados de acuerdo con su ser y su manera natural de ser y comportarse. En lo propiamente humano, Séneca llama *ius humanum* no al

<sup>782</sup> “Aun cuando se nota la huella de las enseñanzas de Celso, es seguro que el adverbio ‘siempre’ es interpolado, ya que los compiladores han querido destacar el carácter inmutable del derecho natural”. Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 41 y 42.

<sup>783</sup> Digesto, 1.1.11.

<sup>784</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Página 216.

<sup>785</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 37 y 38.

<sup>786</sup> Cfr. Hervada. *Ob. Cit.* Páginas 69 y 70.

Derecho, sino a la ley de la condición humana, que ejemplifica diciendo que el esclavo puede realizar actos de lealtad y benevolencia hacia su dueño que sobrepasan el estricto cumplimiento de sus obligaciones, ya que es esclavo en cuanto al cuerpo, mientras que en cuanto al alma sigue siendo libre, y es de su alma de donde procede la condición humana. Asimismo, llama *commune ius generis humani* (derecho común del género humano) a la comunidad de bienes nacida de que, siendo cada uno dueño de sus bienes, es llevado por el amor a sus semejantes a compartir sus bienes con los demás. Como vemos, en ninguno de los anteriores sentidos utiliza Séneca el vocablo *ius* como referencia propiamente al Derecho en cuanto lo que es debido a cada uno, ni en cuanto norma jurídica de conducta<sup>787</sup>.

Es esta confusión en los conceptos de leyes la que se observa en la definición de Ulpiano: “Ulpiano quiere dar una visión de conjunto de las *leyes* que rigen la sociedad humana. De éstas, unas derivan de instintos, que encontramos tanto en los hombres como en los animales; otras proceden de la luz natural de la razón; otras, en fin, de la elección de los hombres. Para denominarlas, usó términos que fueron utilizados por los filósofos anteriores a él: *ius naturale* (hemos visto que en Séneca tenía el sentido de leyes de la Naturaleza, lo que se adecúa a las leyes instintivas), *ius gentium* (el derecho que nace de la razón natural<sup>788</sup>), *ius civile* (el derecho positivo de una *civitas*). Por otra parte, es difícil pensar que Ulpiano entendiese que las leyes que rigen los animales fuesen propiamente derecho, dado que los romanos, siguiendo la doctrina estoica, aplicaban la justicia exclusivamente a los seres racionales, y no se encuentra en todo el *Corpus Iuris Civilis* pasaje alguno en el que se considere a los animales sujetos de derecho, sino siempre como cosas u objetos de aquél. El mismo Ulpiano dice en otro lugar del *Digesto* que un animal no puede causar injuria, pues carece de razón. Todo da a entender que Ulpiano habla genéricamente de leyes reguladoras de la sociedad humana, sin distinguir expresamente entre derecho y otros tipos de leyes; se trataría, más bien, de un uso del término *ius* en un sentido lato. Sin duda, Ulpiano, jurista puesto a poner una introducción inspirada en los filósofos, mezcló, sin la necesaria distinción, diversos tipos de leyes”<sup>789</sup>.

Por su parte, José Ferrández González, en su traducción a la obra de Petit, nos ilustra con comentarios respecto a los conceptos romanos de justicia, equidad y jurisprudencia. La noción de justicia como constante y perpetua voluntad de dar a cada quien su derecho, envuelve la noción de voluntad y la de derecho. Considera que la definición romana es más aplicable a la justicia como virtud, no así tanto a la justicia exterior o civil, la cual “se fija más en los actos que en la intención, y aprecia obra por obra, calificando ésta de buena y aquélla de mala, sin tener en cuenta la disposición general del ánimo, a no ser para determinar la responsabilidad, o bien porque el juez no puede apreciar la voluntad del hombre directamente, sino interpretándola por los hechos”<sup>790</sup>. Menciona además la opinión de Wenceslao Roces, según la cual los romanos designaban la justicia propiamente como *aequitas*, la cual es también un deber de carácter ético, pero cuya principal aplicación se da en el ámbito jurídico. La *aequitas* así entendida opera, para los juristas romanos, como factor de crítica del derecho vigente (entendiendo que no todo derecho que rige es de por sí justo), y como principio de interpretación del derecho. Aristóteles lo explicaba en relación con el carácter general y abstracto de las leyes escritas: “lo equitativo es justo, pero no lo justo que está de acuerdo con la ley escrita, siendo en realidad una corrección de

<sup>787</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 68 a 74.

<sup>788</sup> Aunque el *ius gentium* no se identifica plenamente con el *ius naturale* en sentido propio, como hemos visto, pero el sentido al que se alude en la cita de arriba era el que le daba Séneca, y en el que, a juicio de Hervada, lo toma Ulpiano.

<sup>789</sup> *Ibid.* Páginas 80 y 81. Las itálicas son del original.

<sup>790</sup> Nota del traductor en Petit. *Ob. Cit.* Página 19, nota 8.

la justicia legítima. La razón de esto es que toda ley es universal, pero sobre algunas cosas no es posible establecer ninguna afirmación universal que sea exacta. En los casos en que es necesario expresarse universalmente, pero imposible efectuarlo correctamente, la ley considera el caso usual, aunque no ignora la posibilidad de error. Y no por eso es menos exacta, porque el error no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, puesto que la materia de los asuntos públicos es de esta naturaleza desde su origen. Cuando la ley habla universalmente, y surge un caso que no está comprendido en ella, entonces es justo, cuando el legislador omitiere algo, y cometiere error debido a su carácter de universalidad, corregir la omisión, expresar lo que el legislador hubiere expresado de haber estado presente, incluyéndolo en la ley, de haber previsto el caso. De aquí que lo equitativo sea justo, y mejor que un género de justicia; no digo que sea mejor que la justicia absoluta, sino mejor que el error que surge de la universalidad de su alcance. Y ésta es la naturaleza de lo equitativo: corrección de la ley donde ella es defectuosa debido a su universalidad. Efectivamente, esta es la razón debido a la cual no está determinado todo por la ley, es decir, que sobre algunas cosas es imposible establecer una ley, de manera que se requiere decretos especiales. Porque cuando la cosa es indeterminada, también la ley lo es, como regla de plomo empleada para las molduras lesbias; como la regla no es rígida, se adapta a la forma de la piedra; también es así como el decreto se adapta a los hechos”<sup>791</sup>.

En cuanto a la definición de la jurisprudencia como conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto (“*Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*” dice Ulpiano en Digesto, 1.1.10.2), afirma lo siguiente: “Considerando que el derecho depende de los hechos, y que apreciando éstos se establece aquél, y teniendo en cuenta, además, que nadie mejor que los romanos supieron aplicar el derecho a los hechos concretos y determinados, afirma que en la definición aludida quisieron señalar esas dos partes: el hecho y el derecho. En tal caso, *Divinarum atque humanarum rerum notitia* quería decir conocimiento de los hechos, y *iusti atque iniusti scientia*, calificación de si son justos o no. Tal explicación (...) tiene algún fundamento en la historia romana y está conforme con el genio de sus jurisconsultos; pero debe dudarse igualmente que Ulpiano y Justiniano, que la copió, quisieran con dicha definición hacer la distinción indicada. La interpretación más racional de una tan enfática definición, dada acaso para enaltecer la ciencia jurídica, de la que tenían alto concepto, si bien no tan preciso como el que los intérpretes quieren señalar, parece ser la de los que estiman que la palabra *notitia* significa conocimientos generales y *scientia* conocimientos especiales; es decir, que el jurisconsulto debe tener un conocimiento general de todas las cosas divinas y humanas, y un conocimiento especial, más hondo, de lo justo y de lo injusto, o lo que es igual, simple noción de lo primero y conocimiento científico de lo segundo. Esta misma idea parece ser la del Profesor Roces, antes citado, en su aludido trabajo, al consignar que la misión de la jurisprudencia requiere un vasto conocimiento de la vida social toda, y es bien mísero y digno de lástima el jurista que sólo conozca la técnica de su Derecho sin saber nada del medio social ni de las personas a que ha de aplicarse. Y éste carácter universal de los estudios de la jurisprudencia lo habían visto magistralmente los juristas romanos en la dicha definición. El conocimiento de la vida humana en todas sus manifestaciones, y, sobre todo, *la ciencia de lo justo y de lo injusto*”<sup>792</sup>.

A la luz de lo anterior, cabe el planteamiento de cómo los romanos entendían lo justo o injusto. A tal efecto, es preciso hacer referencia al llamado *realismo jurídico*, para lo cual nos ilustran las explicaciones de Javier Hervada al tratar dicho tema con ocasión de las doctrinas de Aristóteles y

<sup>791</sup> Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, V, 11, en *Obras Filosóficas*. Páginas 231 y 232.

<sup>792</sup> *Ibid.* Páginas 20 y 21. Las itálicas son del original.



de Santo Tomás de Aquino: “¿Qué es, pues, *lo justo*? Es el precio pagado, la parte proporcional de bienes con que uno contribuye, etc., esto es, la *cosa*<sup>793</sup> que uno debe dar o recibir en justicia, sea un bien, un provecho, una carga, un mal. Esto es el *díkaiōn*, lo que los romanos llamaban *ius*, el derecho. Como se ve, el derecho no es primariamente la ley o una facultad moral, sino una cosa: lo que justamente debe uno recibir o dar. Estamos ante el *realismo jurídico*”<sup>794</sup>. “Para la concepción normativista, el derecho es, ante todo, la norma –conjunto de normas–, siendo la función del jurista interpretar y aplicar la ley; el jurista es un *legista*. Para el *realismo jurídico*, en cambio, el derecho o *ius* es ante todo la cosa justa, porque el arte del jurista es el arte del reparto justo de las cosas, averiguar en cada caso qué es *lo justo*, esto es, saber determinar en cada caso qué cosa o cosas le son debidas a un sujeto. El objeto del arte del derecho es, pues, la cosa justa, lo justo; de donde lo justo, el derecho, es lo que especifica dicho arte y, en consecuencia, el sentido primario del derecho –el analogante– es el de *lo justo* o *cosa justa*. Todo lo demás es derecho en relación con este sentido primario. Siendo la justicia la virtud de dar a cada uno lo suyo, esto es, de dar a cada cual aquella o aquellas *cosas* que le son debidas, el *ius* es precisamente la cosa que, por justicia, hay que dar a cada uno (el objeto de la justicia); pues, en efecto, la cosa debida (no la facultad de exigir, ni la ley) es lo que constituye el *derecho (ius)* de cada cual. Tal es la llamada concepción *realista* del derecho”<sup>795</sup>.

Ya los romanos tenían la noción de ‘jurisprudencia’ que se expuso y comentó anteriormente y, durante la Edad Media, Santo Tomás de Aquino contribuyó a aclarar qué sentido tiene esto. La razón humana, siendo una sola, opera sin embargo de dos modos<sup>796</sup>:

- Como razón especulativa o teórica, cuando se trata sólo de conocer. Se limita a aprehender el ser de las cosas. Opera mediante juicios lógicos (si A es igual a B y B es desigual a C, resulta que A es desigual a C).
- Como razón práctica, cuando se trata de obrar. Se trata de conocer la regla de la acción y de aplicarla. Opera mediante juicios prudenciales (supuesta la situación A, lo recto es hacer B).

El Derecho, desde la perspectiva tomista, pertenece al ámbito de la razón práctica, por lo que no cabe hablar de una lógica jurídica, sino únicamente de una prudencia jurídica o jurisprudencia, y esto, junto con el realismo jurídico, se enlaza con el sentido romano de la labor del jurista: encontrar en cada caso la regla de acción, lo justo. Tal comprensión enriquece nuestro entendimiento y valoración de la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico, y en particular del análisis casuístico que en la anterior sección se explicó únicamente en su aspecto técnico: “La razón práctica (...) versa sobre conductas, envueltas en circunstancias que son *variables*, pues se trata de la vida misma del hombre. Por consiguiente, las proposiciones con que la razón humana enuncia la ley natural no son totalmente universales por que no contienen todos los casos posibles; por eso admiten excepciones, es decir, casos en los que, por variación de las circunstancias, la regla aplicable es distinta”<sup>797</sup>. Si bien Hervada explica lo citado con ocasión de exponer la doctrina de Santo Tomás de Aquino, es aplicable a la jurisprudencia romana en cuanto que el Aquinate guarda continuidad con ciertas nociones básicas del pensamiento griego y

<sup>793</sup> De donde proviene el nombre de *realismo* jurídico, por su origen en el latín *res*, “la cosa”, de igual forma que a los derechos sobre las cosas o bienes denominamos “derechos *reales*”.

<sup>794</sup> Hervada. *Ob. Cit.* Página 61.

<sup>795</sup> *Ibid.* Página 173.

<sup>796</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 159 y 160.

<sup>797</sup> *Ibid.* Páginas 167 y 168.

romano, como se resalta en lo que hemos visto en cuanto al enfoque práctico sobre casos concretos. Asimismo, si bien la última cita hace referencia a la ley natural (por ser el tema que Hervada trata en su libro), sabemos que lo mismo puede decirse de la ley positiva, según aquello que los mismos juristas romanos nos dicen en el Digesto:

“Conviene que las leyes se establezcan, según dijo Teofrasto, sobre lo que muy frecuentemente sucede, no sobre lo inopinado”<sup>798</sup>. “Sobre lo que por casualidad puede acontecer en algún que otro caso, no se establecen leyes. Porque la ley debe adaptarse a lo que acontece frecuente y fácilmente, más bien que a lo que muy raras veces”<sup>799</sup>. “Pues los legisladores omiten, según dice Teofrasto, lo que una o dos veces sucede”<sup>800</sup> y “No se constituyen las leyes para cada persona en particular, sino para todas en general”<sup>801</sup>, de tal forma que “Ni las leyes, ni los senadoconsultos pueden escribirse de modo, que se comprendan todos los casos que de vez en cuando ocurren, sino que basta que se contengan los que ordinariamente acontecen”<sup>802</sup>. Así, tanto la visión de Santo Tomás de Aquino sobre el carácter general de los enunciados de la ley natural, como la visión de los juristas romanos sobre la generalidad de los preceptos legales, coinciden en afirmar la necesidad de atender a cada caso particular para encontrar la solución justa. Difieren, sin embargo, en cuanto que la explicación referente a la ley natural señala la necesidad del análisis casuístico en atención a la naturaleza misma del Derecho como propio de la razón práctica y atinente a la vida humana que presenta circunstancias variables, mientras que los juristas romanos en los pasajes citados hacen referencia al hecho de que las leyes se establecen con base en las conductas y hechos más reiterados en la vida social. No obstante, son visiones que confluyen hacia una consideración práctica del jurista en cada caso concreto, y realmente se complementan en virtud de la concepción unitaria del Derecho que los juristas romanos tenían, en la cual *distinguían* entre derecho civil (o positivo) y natural, pero no los *separaban* en cuanto la aplicación de *todo* el Derecho a los casos concretos.

“Pues, como dice Pedio, siempre que por la ley se ha introducido una u otra disposición, es buena ocasión para que o por la interpretación, o ciertamente por la jurisdicción, se suplan las demás que tienden a la misma utilidad”<sup>803</sup>. “En aquellos casos que no usamos de leyes escritas, conviene se guarde lo que por el uso y la costumbre se ha introducido; y si esto faltare en algún caso, entonces lo que le sea análogo y consiguiente; y si en realidad tampoco apareciere esto, entonces debe observarse el derecho que se usa en Roma. No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada, y este es el derecho que se dice establecido por la costumbre. Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron admitidas por la voluntad del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo; porque, ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con votos, o con las mismas cosas y hechos? Por lo cual también está perfectísimamente admitido, que las leyes se deroguen no solo por el voto del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso”<sup>804</sup>. También se considera que “Si se tratara de la interpretación de la ley, ha de investigarse primero, de qué derecho había usado antes la ciudad en semejantes casos; porque la costumbre es el mejor intérprete de las leyes”<sup>805</sup>. No obstante, la costumbre no se erige como el

---

<sup>798</sup> Digesto, 1.3.3.

<sup>799</sup> Digesto, 1.3.4 y 5.

<sup>800</sup> Digesto, 1.3.6.

<sup>801</sup> Digesto, 1.3.8.

<sup>802</sup> Digesto, 1.3.9.

<sup>803</sup> Digesto, 1.3.13.

<sup>804</sup> Digesto, 1.3.32.

<sup>805</sup> Digesto, 1.3.37.

único criterio de interpretación; antes bien, se afirma que “Lo que se introdujo no con razón, sino que se observó al principio por error, después por la costumbre, no tiene fuerza de ley en otros casos semejantes”<sup>806</sup>, de donde aparece que la costumbre también queda sujeta a ser evaluada a la luz de los principios de la razón (en los diversos sentidos y maneras en que puede entenderse la ‘razón’, según seguidamente se expondrá), estando conscientes que la costumbre misma puede a su vez basarse en un error. Sobre qué recaiga dicho error, o cuál sea el criterio para determinar si hay tal error, es cosa que nos reconduce a los principios que a continuación se ejemplificarán, para cuyo entendimiento estamos en mejores condiciones en vista de todo lo que hasta el momento se ha expuesto.

## B. Ejemplos de aplicación de los criterios inspiradores de fondo

Como nota previa, conviene hacer un breve apunte sobre el significado de *ratio* o ‘razón’ en latín, ya que el vocablo aparece en tres de los criterios que vamos a examinar. Ya hemos citado a Barrow en el sentido de que, dentro del pensamiento estoico, ‘razón’ se entendía más como un principio vital que como algo puramente intelectual. Valpy, en su diccionario etimológico del latín<sup>807</sup>, nos dice que *ratio* parece significar el acto o consecuencia de pensar y juzgar, de donde *ratio* es la razón del hombre, la racionalidad. Así, también *ratio* significa reflexión, razonamiento, argumento. También en latín tiene el sentido de un plan de acción, intención, propósito, pensado y elegido luego de reflexión. De igual forma, un plan, modo o manera de llevar a cabo un objetivo, resuelto por reflexión y juicio. *Ratio* es también un método, una causa, un motivo. También se llamaba *rationes* a las cuentas, los cálculos: *rationes reddere* se traduce como ‘rendir cuentas’. Por último, *ratio* también significaba ‘proporción’. En español, ‘proporción’ significa, entre otras acepciones: “Disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí”<sup>808</sup>.

De Vries afirma que, aparte de como facultad de conocimiento del hombre, “frecuentemente la palabra razón se usa en el sentido de fundamento. En la terminología filosófica razón es aquello por lo que algo tiene consistencia, ‘aquello por lo que’ algo es o se conoce. (...) En otro aspecto hay que distinguir entre la *razón objetiva* (razón ontológica) y la *razón cognoscitiva*, el *fundamento* lógico, según que se pregunte por el porqué del hecho o por el porqué de nuestro juicio sobre el hecho. La razón objetiva de un hecho contingente, distinta de lo fundado, se llama causa (o como persona: autor); la razón última ontológica, que ya no se funda en otra, se llama *fundamento originario o radical*”<sup>809</sup>.

De lo anterior tenemos que el término *ratio* o ‘razón’ tiene diversos significados, más o menos relacionados o afines. Así, la ‘justa razón’ puede ser, por ejemplo, una proporcionalidad objetiva en la distribución de bienes y derechos (‘a cada uno su derecho’, ‘a cada uno lo suyo’), un juicio que se considera apegado a la justicia, o el motivo por el cual se adoptó tal o cual solución en un caso concreto por considerarse tal arreglo como justo. Por su parte, ‘razón humana’ puede aludir tanto a la facultad cognoscitiva del hombre, como al motivo de humanidad o *humanitas* que sirve de fundamento a una solución jurídica, o una proporcionalidad apegada a la virtud de la *humanitas* o al raciocinio del hombre. ‘Razón natural’, a su vez, puede aludir al principio vital del estoicismo, o a un fundamento, causa o proporcionalidad que se ajustan a la naturaleza

<sup>806</sup> Digesto, 1.3.39.

<sup>807</sup> Cfr. Valpy, Francis Edward Jackson. *Etymological Dictionary of the Latin Language*. Página 395.

<sup>808</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>809</sup> De Vries. *Razón en Diccionario de Filosofía*. Brugger, editor. Páginas 464 y 465.

observada. En fin, al exponer los ejemplos nos podremos hacer una idea sobre en qué sentido se utiliza la palabra ‘razón’ en cada uno de ellos. Vale decir que, en cada cita, el resaltado de las palabras en itálica y negrilla es mío.

### a) *Iusta ratio*, la *justa razón*

“Si siendo alguien heredero de la mitad, hubiere dicho que es heredero de la cuarta parte, sufrirá por la mentira esta pena, que es demandado por el todo; porque no debió mentir, aseverando que él era heredero de menor porción. Pero a veces con *justa razón* puede opinar, que es heredero de una parte menor. Porque ¿qué, si no sabe que le acreció una parte, o fue instituido en una parte incierta, cómo le perjudicará su respuesta?”<sup>810</sup>.

“La palabra ‘dolo’ se ha de referir también a aquel que le dio acogida [a un esclavo ajeno], para que no se obligue otro, sino el que lo hubiere hecho con dolo malo; pero si alguno le dio refugio para guardarlo para el dueño, o llevado de humanidad o misericordia, o por otra plausible y *justa razón*, no quedará obligado”<sup>811</sup>.

“Pero esta separación de causas tiene *justa razón*, porque cuando alguno eligió la fidelidad de otro, y no se devuelve el depósito, debe contentarse con el simple importe; mas cuando deposite habiendo necesidad, crece el delito de la perfidia, y se ha de castigar la pública *utilidad* para vindicar la causa pública; porque es *inútil* quebrantar la fidelidad en causas de esta naturaleza”<sup>812</sup>.

“Si el fiador hubiere multiplicado la suma, por la que salió fiador, hechos los gastos con *justa razón*, responderá de toda ella aquel por quien salió fiador”<sup>813</sup>.

“Así, pues, el que pacta que no hará división, si no mediara alguna *razón justa*, ni podrá vender, ni hará por otra razón que se haga división; pero verdaderamente puede decirse que no se impide ciertamente la venta, sino que tiene lugar excepción contra el comprador, si hiciera división antes que dividirla el que vendió”<sup>814</sup>.

“Incurrese en la estipulación de los intereses, aunque el deudor no sea demandado, y no se considera inútil la estipulación del interés legal celebrada bajo esta condición, ‘si no se hubieren pagado los menores en su día’; porque no se promete una pena, sino un interés más crecido en *justa proporción* del capital”<sup>815</sup>.

En el original dice “*foenus uberius iusta ratione sortis promittitur*”, y don Ildefonso García del Corral lo traduce como ‘justa proporción’, precisamente porque del contexto y en virtud del tema de que se trata, aparece claramente que se está haciendo referencia a una proporcionalidad de los intereses con el capital, utilizándose entonces ‘*iusta ratio*’ en este sentido, a diferencia de los ejemplos anteriores.

“Lo que se dice: ‘si se creyera que está embarazada’, se ha de entender así, si ella dijera que está embarazada. Luego ¿qué será, si ella misma no dijera, sino que negara, pero otros dijeran, que

<sup>810</sup> Digesto, 11.1.11.3.

<sup>811</sup> Digesto, 11.3.5.

<sup>812</sup> Digesto, 16.3.1.4. Se resalta también la referencia a la *utilitas*.

<sup>813</sup> Digesto, 17.1.45.6.

<sup>814</sup> Digesto, 17.2.16.1.

<sup>815</sup> Digesto, 22.1.9.1.

estaba embarazada? Supón que lo dicen las comadronas; tampoco se puede adir en este caso la herencia. ¿Qué, si él solo lo cree? Si inducido por *justa razón*, no puede adirla, si conforme a la opinión de muchos, puede”<sup>816</sup>.

“El hijo de familia no puede hacer donación, ni aunque tenga la libre administración de su peculio; porque no se le concede la libre administración de su peculio para que lo pierda. Luego, si hiciera donación movido por *justo motivo*, ¿se podrá decir acaso que tiene lugar la donación? Y esto es lo que preferentemente se admite”<sup>817</sup>.

El original dice “*si iusta ratione motus donet*”. La misma traducción nos indica que el sentido de *ratio* aquí es, obviamente, también como motivo.

Los ejemplos citados nos permiten ver cómo el concepto de *iusta ratio* es empleado por los jurisconsultos romanos en diferentes acepciones: como motivo de obrar, como fundamento de algo, como proporcionalidad en las cosas, como cualidad de una circunstancia que por estar más allá de la voluntad o conocimiento del sujeto implica que éste no pueda ser perjudicado al tenor de la ley en virtud de la existencia de la tal ‘justa razón’. En casi todos los casos, la referencia a la justa razón conlleva una atenuación del rigor de la norma abstracta, dando lugar a excepciones o modificaciones en su aplicación. Tiene entonces, también, la función de preservar ciertas intenciones justas, permitiéndoles producir efectos jurídicos, o impidiendo un efecto adverso de la norma abstracta sobre aquél que obra por intención o motivo justo. En síntesis, puede decirse que la justa razón tiene un campo de aplicación en la apreciación que, a partir de los hechos, hace el jurista de las intenciones de los sujetos, lo cual determina que, si bien la norma jurídica en general no hace acepción de personas ni atiende a sus intenciones o los motivos de su obrar, en casos concretos éstos sí pueden tener relevancia, a fin de hacer concordar la aplicación del Derecho con las manifestaciones concretas de la acción humana.

#### b) *Bonum et aequum*, lo bueno y equitativo

“Pero no siempre se ha de rescindir lo que se hace con los menores, sino que se ha de reducir a *lo bueno y equitativo*, para que los hombres de esta edad no sean perjudicados con grande daño, no contratando nadie con ellos; y en cierto modo se les privará del comercio. Y así, a menos que o el engaño sea manifiesto, o que con tanta negligencia se hayan conducido en aquel asunto, no debe interponerse el Pretor”<sup>818</sup>.

“Es evidente, que aquellas obligaciones que se conoce que entrañan una prestación natural no se extinguen con la disminución de cabeza, porque la razón civil no puede destruir los derechos naturales. Y así la acción sobre la dote subsiste no obstante aún después de la disminución de cabeza, porque está creada por razón de *lo bueno y de lo equitativo*”<sup>819</sup>.

“Si a mí y a Ticio nos hubieres pedido dinero en mutuo, y yo hubiere mandado que un deudor mío te lo prometiera, y tú hubieras estipulado, creyendo que él era deudor de Ticio, ¿acaso te obligarás a mi favor? Lo dudo, si verdaderamente no contrataste conmigo negocio alguno; pero es más probable, que yo juzgue que te obligas, no porque te presté el dinero, –porque esto no

<sup>816</sup> Digesto, 29.2.30.3.

<sup>817</sup> Digesto, 39.5.7.1.

<sup>818</sup> Digesto, 4.4.24.1.

<sup>819</sup> Digesto, 4.5.8.

puede verificarse sino entre los que consienten—, sino porque es *bueno y equitativo* que por ti se me devuelva aquel dinero mío, que fue a tu poder”<sup>820</sup>.

“El que con injuria azota a un esclavo ajeno incurre por este solo hecho en la acción de la ley Aquilia, y en la de injurias; porque la injuria se hace con la intención, y el daño con la culpa, y pueden, por lo tanto, competir ambas; pero algunos dicen, que elegida una se extingue la otra; otros, que con la acción de la ley Aquilia se extingue la de injurias; porque dejó de ser *bueno y equitativo* que fuese condenado el que pagó la estimación; pero que si se hubiese ejercitado antes la de injuria, quedaba él sujeto a la acción de la ley Aquilia. Mas esta opinión ha de ser rechazada también por el Pretor, a no ser que se ejercitara acción por lo que además compete por la ley Aquilia; y así, es más razonable que se admita esta opinión, que le sea lícito a uno ejercitar primeramente la acción que quisiere, pero que consiga también lo que además hay en la otra”<sup>821</sup>.

“Se preguntó, si la acción de sepulcro violado le pertenecería al heredero necesario cuando no se hubiese inmiscuido en los bienes. Dije, que con derecho ejercitaba él esta acción, que fue formulada conforme a *lo bueno y a lo equitativo*. Y, sin embargo, si la ejercitare, no temerá a los acreedores de la herencia, porque, aunque esta acción corresponde por virtud de la herencia, no se adquiere, sin embargo, nada por voluntad del difunto, ni se adquiere lo que se halla en la persecución de la cosa, sino lo que en la sola vindicta”<sup>822</sup>.

En estos ejemplos observamos que las referencias a lo bueno y equitativo también van encaminadas a obtener determinados efectos jurídicos más allá del tenor estricto del derecho civil: claros ejemplos de esto son la preservación de la validez de los actos del menor (que en general no podría contratar), la subsistencia de obligaciones a pesar de la *capitis deminutio*, la procedencia de la restitución del mutuo aún mediando error por parte del mutuario. De similar modo a lo que se apuntó en cuanto a la *iusta ratio*, aquí también opera el criterio de *bonum et aequum* como atenuante del rigor de la ley, ejemplificando así la tan conocida afirmación de que la obra del pretor y de los jurisperitos ‘suavizó’ el *ius civile* para hacerlo más conforme a la realidad. Sin embargo, a mi parecer, mientras que la *iusta ratio* (en virtud de las diferentes acepciones que *ratio* puede tener) se puede apreciar tanto en motivos internos de obrar como en circunstancias externas, el *bonum et aequum* parece referirse más bien a una cualidad objetiva que inhiere en determinada solución jurídica. Considero razonable afirmar, entonces, que la *iusta ratio* en general aparece como circunstancias que modifican o exceptúan la aplicabilidad de una norma (aun conservando ésta su vigencia o valor general y abstracto), mientras que el *bonum et aequum* lo hace en cambio como una cualidad a la que debe tenderse más allá de la norma (es decir, entraña la idea de fondo de que la norma en sí no es del todo adecuada a la realidad).

---

<sup>820</sup> Digesto, 12.1.32.

<sup>821</sup> Digesto, 44.7.34.

<sup>822</sup> Digesto, 47.12.10.

c) *Bona fides*, la buena fe<sup>823</sup>

“El vendedor del fundo Geroniano había impuesto para el fundo Botriano, que retenía, la condición, de que frente a él no se ejerciera la pesca de atún. Aunque por pacto privado no puede imponerse servidumbre al mar, que por naturaleza está expedito para todos, sin embargo, como la *buena fe* del contrato exige que se guarde el pacto de la venta, las personas de los que poseen, o de los que les suceden en su derecho, están obligados por el pacto de la estipulación o de la venta”<sup>824</sup>.

“La *buena fe*, que se exige en los contratos, requiere suma equidad. ¿Pero acaso la estimamos según el mero derecho de gentes, o con arreglo a los preceptos civiles y pretorios? Por ejemplo, un reo de pena capital depositó ciento en tu poder, fue deportado, y sus bienes fueron confiscados; ¿acaso se le han de devolver a él aquellos, o se han de aplicar al fisco? Si solamente atendemos al derecho natural y al de gentes, se le han de restituir al que los dio, y si al derecho civil y al orden legal, han de aplicarse preferentemente al fisco: porque el que públicamente obró mal, también debe padecer necesidad, para que sirva de ejemplo a los demás para que les amedrenten los crímenes”<sup>825</sup>.

“Ocurre aquí también otra consideración, ¿debemos estimar la *buena fe* solamente en aquellos entre quienes se contrató, sin atender a ninguna cosa extrínseca, o también con respecto a las demás personas a quienes pertenece lo que se trata? Por ejemplo, un ladrón depositó en poder de Seyo, que ignoraba la malicia del que los depositaba, los despojos que me quitó; ¿deberá acaso Seyo restituirlos al ladrón, o a mí? Si atendemos al que por sí da y recibe, esta es la *buena fe*, que reciba la cosa depositada el que la dio; si a la equidad de todo el caso, que se consuma en virtud de todas las personas que intervienen en este negocio, se me han de devolver a mí, a quien se quitaron por acto muy criminal; y apruebo que esta sea la justicia, la cual da a cada uno lo suyo, de suerte que no sea segregado de la reclamación más justa de alguna persona”<sup>826</sup>.

“Como estuviese en venta un fundo colindante con dos vecinos, uno de estos pidió al otro que comprase aquel fundo para que le cediese la parte que estuviese junto a su fundo; después compró él mismo aquel fundo ignorándolo el vecino; se pregunta, si tendrá contra él el vecino alguna acción. Juliano escribió, que estaba confusa la cuestión de hecho, porque si solamente se trató esto, que el vecino comprase el fundo de Lucio Ticio, y lo compartiese conmigo, no competía al vecino acción alguna contra mí, que lo compré; pero si se trató que el negocio se hiciera como común, quedaré obligado por la acción de sociedad a cederte las demás partes, deducida la parte que yo te había encargado. Mas compréndese en esta acción de sociedad la *buena fe*”<sup>827</sup>.

<sup>823</sup> Las citas que se presentan a continuación corresponden a pasajes del Digesto en que el término aparece en caso nominativo, es decir, como “*bona fides*”, “*la buena fe*” (salvo D.16.3.31.1, en donde aparece en caso acusativo, “*bonam fidem*”, como objeto directo del verbo que en el caso es “estimar”); aparte, hay muchos otros pasajes en que aparece en otros casos, como el ablativo “*bona fide*”: “*por buena fe*”, “*en virtud de buena fe*”, “*mediando buena fe*”, “*de buena fe*”, “*en buena fe*”, etc. Para estos otros ejemplos, véanse, entre varios más: Digesto 2.14.7.10; 2.14.19; 3.3.34; 3.3.46.4; 3.3.46.6; 3.5.5.9; 3.5.18.2; 3.5.35; 4.2.14.5; 4.4.7.8; etc. También ejemplos en que aparece en el genitivo, “*bonae fidei*”: “*de la buena fe*”, “*perteneciente a la buena fe*”, etc. Véase, entre otros: Digesto 1.5.26; 2.14.7.5; 2.14.7.6.; 2.14.27.2; 2.14.58; 3.5.6; 3.5.37; 4.2.21.4; 4.3.11.1.; 4.6.15.3; 5.1.41; 5.3.13.4; 5.3.20.12; 5.3.20.17; 5.3.20.21; 5.3.22; 5.3.23; 5.3.25.11; 5.3.25.17; etc.

<sup>824</sup> Digesto, 8.4.13.

<sup>825</sup> Digesto, 16.3.31.

<sup>826</sup> Digesto, 16.3.31.1.

<sup>827</sup> Digesto, 17.2.52.

“No consiente la *buena fe*, que cuando por beneficio de alguna ley el comprador hubiese dejado de deber el dinero de la cosa vendida, antes que se le entregue la cosa, fuera compelido el vendedor a entregársela, y careciese de su propia cosa; pero entregada la posesión, ha de suceder, que igualmente perdería el vendedor la cosa, como cuando al que demande la cosa oponga el comprador la excepción de cosa vendida y entregada, para que se considere lo mismo que si el demandante no se la hubiese vendido, ni entregado”<sup>828</sup>.

“Al vender yo un fundo se convino, que hasta que se pagase todo el precio, el comprador tendría en arrendamiento el fundo por cierta pensión; pagado el precio ¿deberá darse por recibida la pensión? Respondió, que la *buena fe* exige, que se haga lo que se convino; pero éste no paga al vendedor más que en proporción del tiempo que no se hubiese pagado el precio”<sup>829</sup>.

“Cuando la ley prohíbe la usucapión, la *buena fe* no le aprovecha para nada al que posee”<sup>830</sup>.

“Un hijo de familia, comprador de una cosa ajena, ignorando que él había sido hecho padre de familia, comenzó a poseer la cosa que se le había entregado; ¿por qué no la usucapirá, habiendo habido *buena fe* al principio de la posesión, aunque éste por error creyese que él era tal que no podía poseer ni cosa adquirida por causa del peculio? Lo mismo se habrá de decir, también si por no leve presunción creyera que la cosa comprada fue a su poder por virtud de herencia del padre”<sup>831</sup>.

“La *buena fe* no consiente que se exija dos veces la misma cosa”<sup>832</sup>.

“La *buena fe* le concede al poseedor tanto cuanto la verdad, siempre que la ley no es impedimento”<sup>833</sup>.

“En los contratos, en que hay prestación de dolo o *buena fe*, el heredero está obligado solidariamente”<sup>834</sup>.

La buena fe es un principio jurídico general que tiene especial relevancia en los contratos y en el ejercicio de los derechos. La doctrina moderna la define así: “Convencimiento, en quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éste es verdadero, lícito y justo. El concepto tiene extraordinaria importancia en materia contractual y de derechos reales (propiedad, posesión, servidumbres, etc.), así como también en materia de prescripción”<sup>835</sup>. “La buena fe, aplicada al cumplimiento de las obligaciones contractuales. Presenta dos aspectos fundamentales: la buena fe-creencia, en cuanto conocimiento de no estar actuándose en detrimento de un interés legítimo, y la buena fe-lealtad, como intención de cumplir con los deberes jurídicos que resultan del contrato”<sup>836</sup>. Esto se refleja en los ejemplos citados, los cuales además nos muestran cómo los juristas romanos consideraban que debía apreciarse la buena fe: el ejemplo sobre la apreciación de la misma

<sup>828</sup> Digesto, 19.1.50.

<sup>829</sup> Digesto, 19.2.21.

<sup>830</sup> Digesto, 41.3.24.

<sup>831</sup> Digesto, 41.3.44.4.

<sup>832</sup> Digesto, 50.17.57.

<sup>833</sup> Digesto, 50.17.136.

<sup>834</sup> Digesto, 50.17.152.3.

<sup>835</sup> Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Página 124.

<sup>836</sup> *Loc. Cit.*



conforme a los preceptos de derecho natural y de gentes tanto como de conformidad con los preceptos civiles y pretorios nos da una idea de esa visión jurídica amplia, unitaria e inclusiva de la técnica jurídica romana, al igual que lo hace el ejemplo en que se atiende tanto a factores intrínsecos como extrínsecos, tomando en cuenta a todas las partes interesadas en el caso.

#### d) *Ratio humana*, la razón humana

No he encontrado en el Digesto cita alguna en que se utilice el término ‘razón humana’ como tal. Sin embargo, sí existen numerosos casos en que se hace referencia a, por ejemplo, qué opinión o interpretación resulta más ‘humana’, en qué casos se actúa con ‘humanidad’, así como otros en que se expresa que algo es ‘inhumano’. De tal forma que estos ejemplos nos pueden ilustrar sobre el contenido del concepto de humanidad aplicado a la jurisprudencia, y nos dan a la vez la idea de que por ‘razón humana’ no se entiende propiamente la facultad cognoscitiva del hombre, sino más bien el motivo, causa o proporcionalidad que es más conforme a ‘lo humano’, que en los ejemplos que se citarán se revela algo así como un sinónimo de ‘sentido común’, de ablandamiento del rigor de la ley, etc. Cabe destacar que don Ildefonso García del Corral en diversos pasajes traduce *humanus* como ‘equitativo’<sup>837</sup>, lo cual nos permite colegir que, al menos en determinados casos, la *ratio humana* puede entenderse como sinónimo de equidad, justicia en el caso concreto.

“Se estableció que una parte fuese mayor con relación a la cuantía de la deuda, no al número de personas. Pero si fueran iguales en el montante de la deuda, entonces ha de ser preferido el número de más acreedores; mas en un número igual de acreedores el Pretor seguirá la autoridad del que entre ellos aventaja en dignidad. Pero si todas las cosas concurriesen en todo a una igualdad, ha de elegirse por el Pretor el parecer más *humano*; porque esto es lo que puede colegirse del Rescripto del Divino Marco”<sup>838</sup>.

“Dice el Pretor: ‘Si no tuvieren abogado, yo se lo daré’. Y no sólo con estas personas suele mostrar el Pretor tal *humanidad*, sino también si hubiere alguna otra que por ciertas causas, o por excesivo influjo de su adversario, o por miedo no encuentra patrono”<sup>839</sup>.

“Dice ‘o hubiere pactado’; lo de ‘pactado’ lo entendemos de esta suerte, si pactó mediante un precio cualquiera; de otra manera, también el que impetró con ruegos que no se siguiese contra él la causa, quedaría tachado de infamia, sin que hubiera razón alguna para el perdón, lo que es *inhumano*. El que por mandato del Pretor pactó habiendo dado algún precio, no incurre en nota”<sup>840</sup>.

“Se entenderá que alguien está ausente por causa de la República tanto tiempo cuanto desempeña algún cargo; porque si se hubiere concluido su cargo, deja ya de estar ausente por causa de la República. Pero para el regreso le computaremos desde luego que dejó de estar ausente por causa de la República el tiempo en que pudo volver a la Ciudad; y será equitativo que se le dé el tiempo que la ley concedió a los que regresan. Por lo que, si se hubiere desviado algo del camino por causa de algún negocio suyo, no dudamos que este tiempo no le aprovecha, y hecho el cómputo del tiempo en que pudo volver, diremos que desde entonces dejó de estar ausente por causa de la

<sup>837</sup> En las transcripciones, he sustituido el término por “humano”, para adecuarlo más claramente a los fines de la presente ejemplificación, dejando constancia en notas al pie de lo que dicen tanto la traducción como el original.

<sup>838</sup> Digesto, 2.14.18.

<sup>839</sup> Digesto, 3.1.1.4.

<sup>840</sup> Digesto, 3.2.6.3.

República. Pero si impedido por alguna enfermedad no pudo continuar el camino, se tendrá en cuenta esta *razón de humanidad*, así como suele tenerse la de tempestad, la de navegación, y la de los demás casos fortuitos que acontecen”<sup>841</sup>.

“A veces por justos motivos y por consideración a ciertas personas se ha de suspender el conocimiento de los pleitos, por ejemplo, si se dijera que los documentos del litigio se hallan en poder de aquellos que estuvieren ausentes por causa de la República; y esto respondieron por rescripto los Divinos Hermanos, en estos términos: ‘Es *humano* que se conceda dilación por casos fortuitos, por ejemplo, porque el padre que litigaba hubiere perdido un hijo o una hija, o la mujer el marido, o el hijo su padre o madre, y que en tales casos se suspenda por algún tiempo el conocimiento del litigio”<sup>842</sup>.

“Si parte de los que juzgan en la querrela del testamento inoficioso hubiere dado sentencia contra el testamento, y parte a favor de él, lo que a veces suele suceder, será más *humano* que se siga la sentencia de aquella parte que juzgó a favor del testamento, a no ser que claramente apareciere que los jueces fallaron injustamente a favor del heredero instituido”<sup>843</sup>.

“Si alguien ejercitara una acción real, debe designar la cosa, y si la pide toda, o parte, y qué parte; porque la denominación de la cosa no significa el género, sino la especie. (...) Y si pretendiéramos que son nuestros unos vestidos, o que se nos debían dar, ¿deberemos acaso decir el número de ellos, o también el color? Y es más cierto, que una y otra cosa; porque es *inhumano*<sup>844</sup> que se nos obligue a decir si están usados o nuevos”<sup>845</sup>.

“Mas a veces está en suspenso para quien adquiriera este esclavo usufructuario, por ejemplo, si compró un esclavo y lo recibió mediante entrega, mientras no pagó el precio, sino que tan sólo dio fianza por él, se pregunta de quién sea entretanto. Y escribió Juliano en el libro trigésimo quinto del Digesto, que está en suspenso el dominio de él, y que el pago del precio declarará de quién sea; porque si se pagó de los bienes del usufructuario, fue desde un principio del usufructuario. Y lo mismo es también si acaso hubiera estipulado el esclavo que ha de pagar el dinero; porque el pago declarará para quién haya sido adquirida la estipulación. Luego hemos demostrado que está en suspenso el dominio hasta que se pague el precio. ¿Qué se dirá, pues, si, perdido el usufructo, entonces se pague el precio? A la verdad, escribió Juliano en el libro trigésimo quinto del Digesto, que aún interesaba, de dónde se haya pagado el precio. Pero Marcelo y Mauricio opinan que, perdido el usufructo, se adquirió ya el dominio para el dueño de la propiedad; pero es más *humano* el parecer de Juliano”<sup>846</sup>.

“Si se hubiere impuesto la servidumbre ‘de que permanezcan las luces del mismo modo que ahora están’, se considera que no se ha hecho prevención alguna respecto a las luces futuras; pero si se hubiera dispuesto así: ‘que no se perjudique a las luce’, es ambigua la redacción respecto a si no se ha de perjudicar a las luces que hay ahora, o tampoco a las que hubiere después. Y es más

<sup>841</sup> Digesto, 4.6.38.1.

<sup>842</sup> Digesto, 5.1.36.

<sup>843</sup> Digesto, 5.2.10.

<sup>844</sup> La traducción dice “duro”; el original dice “*inhumanum*”.

<sup>845</sup> Digesto, 6.1.6.

<sup>846</sup> Digesto, 7.1.25.1.

*humano*<sup>847</sup>, que con una palabra general se signifiquen todas las luces, ya las que hubiere al presente, ya las que aconteciere haber después del tiempo de la convención”<sup>848</sup>.

“Si interrogado alguno, si era heredero de toda la herencia, hubiere respondido, que de parte, en nada le perjudica la respuesta, si lo fuese de la mitad; cuya opinión es *humanitaria*<sup>849,850</sup>.

“Opinaron algunos, que ni el que pidiese diez ha de ser obligado a recibir cinco, y reclamar los restantes, ni el que dijese que un fundo es suyo, a perseguir en juicio tan sólo una parte; pero en uno y otro caso parece que el Pretor obrará con más *humanidad*, si compeliere al actor a recibir lo que se le ofrezca, puesto que a su ministerio corresponde disminuir los pleitos”<sup>851</sup>.

“Ticio envió a Seyo una epístola en estos términos: Quedaron en mi poder cincuenta del crédito tuyo, proveniente de contrato de mis pupilos, los que te deberé entregar en buena moneda en los Idus de Mayo; pero si no te los diere en el expresado día, entonces deberé pagar tantos intereses. Pregunto, ¿por esta caución habrá sucedido Lucio Ticio, como deudor, en lugar de los pupilos? Marcelo respondió, que les sucedió, si hubiese mediado estipulación. Asimismo pregunto, ¿si no les hubiese sucedido, estará obligado de constituto? Marcelo respondió, que queda responsable a la obligación principal; porque es más *humana* y útil esta interpretación”<sup>852</sup>.

“Pero si yo te hubiere mandado que pagues a un acreedor mío, y tú lo prometieres, y por esta causa fueras condenado, es más *humano*<sup>853</sup> que también en este caso te competa la acción de mandato”<sup>854</sup>.

“Si no restituyendo la prenda el deudor hubiera sido condenando en más de lo que importaba la computación del capital y de los intereses, ¿se libraría de la hipoteca, si hubiere pagado tanto cuanto debía? Yo no lo apruebo, ciertamente en cuanto al rigor de la ley y a la autoridad de la sentencia; porque se considera que ya el negocio pasa a comprenderse en la condena, y que por ello se debe la cantidad. Pero es más *humano*<sup>855</sup> que él quede libre de la hipoteca, dando no más que lo que realmente debe”<sup>856</sup>.

“Por lo cual, si el esclavo hubiere hecho un hurto al comprador, o a otro cualquiera, por cuyo hurto el comprador hubiere dado alguna cosa, no se manda que restituya el esclavo al vendedor de otro modo, que si le hubiere respondido de su indemnidad. ¿Qué, pues, dice Juliano, si el vendedor no hubiere querido recibir el esclavo? Dice, que no ha de ser obligado a dar alguna cosa –y no será condenado a más que al precio–, y que el comprador habrá de sufrir este quebranto por su culpa, porque pudieron entregar el esclavo por la noxa, prefirió sufragar la estimación del litigio, y me parece más *humano* con su opinión Juliano”<sup>857</sup>.

<sup>847</sup> La traducción dice “equitativo”; el original dice “*humanus*”.

<sup>848</sup> Digesto, 8.2.23.

<sup>849</sup> El original dice “*humana*”.

<sup>850</sup> Digesto, 11.1.11.6.

<sup>851</sup> Digesto, 12.1.21.

<sup>852</sup> Digesto, 13.5.24.

<sup>853</sup> La traducción dice “equitativo”; el original dice “*humanus*”.

<sup>854</sup> Digesto, 17.1.45.4.

<sup>855</sup> La traducción dice “equitativo”; el original dice “*humanus*”.

<sup>856</sup> Digesto, 20.1.16.6.

<sup>857</sup> Digesto, 21.1.23.8.

Como se apuntó al principio, ‘lo humano’ tiene, en general, el significado de ‘sentido común’, ‘razonable’, así como el de no perjudicar ni gravar excesivamente a las personas, por ejemplo, exigiéndoles requisitos irrazonables o siendo demasiado estrictos en la observancia de plazos cuando hay circunstancias que lo impiden. También se observa lo ‘humano’ como sinónimo de benignidad. En el ejemplo que hace referencia a la ‘razón de humanidad’ como enfermedad que impide al ausente regresar en el plazo normal, parece más bien que se hace referencia al hecho de que es propio de la condición humana estar sujeto a enfermedades sin que ello dependa de la voluntad del sujeto, por lo que aquí la *ratio humana* tendría el sentido de ‘causa natural’ o similar.

#### e) *Ratio naturalis*, la razón natural

A decir de Javier Hervada, “El derecho natural, la *naturalis ratio* aparece en numerosos pasajes como un elemento de interpretación del derecho y de la búsqueda de la solución justa para los casos concretos. (...) Para los romanos no hay más que un derecho –la solución justa de los casos reales–, dentro del cual juegan factores naturales (*naturalis ratio*) y factores positivos (*civilis ratio*), como en Aristóteles el derecho vigente en una ciudad es en parte natural y en parte positivo”<sup>858</sup>. Nos dice también que “...a lo largo de la compilación justiniana encontramos una serie de referencias a la *aequitas naturalis*, a la *naturalis ratio* o al *ius naturale*, que nos van mostrando una ciencia jurídica basada en el reconocimiento de que existe un derecho natural, armónicamente enlazado con el derecho positivo”<sup>859</sup>. Por tanto, luego del presente apartado hemos de añadir a nuestro estudio algunas referencias a la *aequitas naturalis*, para mejor ilustrarnos sobre este factor de interpretación jurídica.

“Entiéndense los frutos después de deducidos los gastos, que se hacen para procurarlos, recolectarlos y conservarlos. Lo que exige la *razón natural* no sólo respecto a los poseedores de buena fe, sino también respecto a los de mala fe, según también a Sabino pareció bien”<sup>860</sup>.

“Por cuyo Senadoconsulto no se hizo esto, que propiamente hubiese usufructo de cantidad de dinero; porque la *razón natural* no se puede alterar por autoridad del Senado, pero introducido este remedio comenzó a tenerse un cuasi usufructo”<sup>861</sup>.

“Ninguno de los vecinos tiene el derecho de demoler y de reedificar la pared, que por *razón natural* es común, porque no es su único dueño”<sup>862</sup>.

“Y así, si yo hubiere matado a un esclavo tuyo, que me acechaba, estaré exento de responsabilidad; porque la *razón natural* permite defenderse contra un peligro”<sup>863</sup>.

“Pueden mediar justas causas por las que deba intentarse la acción contra aquel que hubiese dado en comodato, por ejemplo, por los gastos hechos en la enfermedad de un esclavo, o por los que se hubiesen hecho después de su fuga para buscarlo y recuperarlo; porque los gastos de manutención pertenecen ciertamente por *razón natural* a aquel que lo hubiese recibido para servirse de él. Pero también lo que hemos dicho respecto a gastos de enfermedad o de fuga, debe

<sup>858</sup> Hervada. *Ob. Cit.* Página 81.

<sup>859</sup> *Ibid.* Página 77.

<sup>860</sup> Digesto, 5.3.36.5.

<sup>861</sup> Digesto, 7.5.2.1.

<sup>862</sup> Digesto, 8.2.8.

<sup>863</sup> Digesto, 9.2.4.

referirse a los gastos mayores, porque los gastos pequeños es más cierto que, así como los de manutención, corresponden al mismo”<sup>864</sup>.

“Aunque por *razón natural* deben ser alimentados los padres por su hijo, se respondió por rescripto, que, esto no obstante, no debe ser obligado el hijo a pagar las deudas de aquellos”<sup>865</sup>.

“Adquirimos el dominio de algunas cosas por derecho de gentes, que por la *razón natural* se observa igualmente entre todos los hombres, y de otras por derecho civil, esto es, por el derecho propio de nuestra ciudad; y como el derecho de gentes, más antiguo, nació con el mismo género humano, es necesario que de este se haga antes referencia”<sup>866</sup>.

“Mas lo que no es de nadie se concede por *razón natural* al que lo ocupa”<sup>867</sup>.

“Cuando alguno hubiere hecho en su nombre alguna cosa con materia de otro, opinan Nerva y Próculo, que es dueño el que la hubiere hecho, porque lo que se hizo no había sido antes de nadie. Sabino y Cassio opinan, que la *razón natural* hace más bien que el mismo que haya sido dueño de la materia sea también dueño de lo que se haya hecho de la misma materia, porque sin la materia no se podría hacer ninguna cosa; (...). Pero hay también la opinión intermedia de los que juzgan con razón, que, si la cosa pudiera convertirse en la materia, es más verdadero lo que opinaron Sabino y Cassio; y si no pudiera convertirse, que es más verdadero lo que les pareció bien a Nerva y a Próculo; (...). Pero a mí me parece, que con razón dijeron algunos que no se debe dudar que el trigo sacado de espigas ajenas es de aquel de quien también fueron las espigas; porque los granos, que se contienen en las espigas, tienen perfecta su especie, y el que trilló las espigas no hace una nueva especie, sino que descubre la que existe”<sup>868</sup>.

“Si lo que estipulamos que se nos dé fuera tal que no se pudiera dar, es evidente que la estipulación es inútil por *razón natural*; por ejemplo, si respecto a un hombre libre, o ya muerto, o sobre casas quemadas se hubiera hecho estipulación entre los que ignoren que este hombre era libre, o que había fallecido, o que las casas se habían quemado. El mismo derecho hay, si alguno hubiere estipulado que se le dé un lugar sagrado o religioso”<sup>869</sup>.

“Por cuanto la *razón natural*, cual cierta ley tácita, adjudica a los descendientes la herencia de los ascendientes, llamándolos como a una sucesión debida, por lo cual también en el derecho civil se les dio el nombre de herederos suyos, y no pueden ciertamente ser excluidos de esta sucesión por voluntad del ascendiente, sino por causas merecidas, se consideró muy justo, que también en este caso, en que por razón de la pena del ascendiente la condenación priva de los bienes, se tuviera cuenta de los hijos a fin de que por delito ajeno no sufrieran más grave pena aquellos a quienes no les alcanzaría ninguna culpa, reducidos a veces a extrema indigencia; lo que plugo que se determinara con alguna moderación, a fin de que los que por derecho de sucesión hubieran de ir a la totalidad de los bienes tuvieran de ella las porciones concedidas”<sup>870</sup>.

---

<sup>864</sup> Digesto, 13.6.18.2.

<sup>865</sup> Digesto, 25.3.5.16.

<sup>866</sup> Digesto, 41.1.1.

<sup>867</sup> Digesto, 41.1.3.

<sup>868</sup> Digesto, 41.1.7.7.

<sup>869</sup> Digesto, 41.7.1.9.

<sup>870</sup> Digesto, 48.20.7.

“Siempre que la *razón natural*, o una duda<sup>871</sup> de derecho se oponga a la equidad de la pretensión, el negocio se ha de atemperar a decretos justos”<sup>872</sup>.

En los ejemplos citados, algunas veces la *ratio naturalis* aparece, en efecto, como una referencia al derecho natural; en otras, más parece tener el significado de una consecuencia lógica o ‘naturalmente’ derivada de una determinada situación de hecho.

#### f) *Aequitas naturalis*, la equidad natural

“Es *natural la equidad* de este Edicto. Porque ¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana, como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?”<sup>873</sup>.

“Siguiendo el Pretor la *equidad natural* propuso este Edicto, en el que tomó a su cargo la protección de los menores; porque constando a todos que es frágil y débil el juicio de los de esta edad, y que está sujeto a muchos engaños, y expuesto a las asechanzas de muchos, el Pretor en este Edicto les prometió auxilio a ellos y protección contra los engaños”<sup>874</sup>.

“Pero si el esclavo, a quien en el testamento se le había mandado dar diez al heredero, y que fuera libre, recibió por codicilos puramente la libertad, e ignorando esto hubiere dado los diez al heredero, ¿podrá acaso repetirlos? Y refiere, que Celso, su padre, opinó que aquél no podía repetirlos; pero el mismo Celso, movido de *natural equidad*, opina que pueden ser repetidos. Cuya opinión es más verdadera, aunque conste, como también dice el mismo, que el que dio con la esperanza de que creía que sería remunerado por el que hubiere recibido, o de que éste se le haría más amigo para lo futuro, no puede repetir, engañado por su falsa opinión”<sup>875</sup>.

“Favorece el Pretor por este Edicto a la *equidad natural*, amparando el constituto hecho por consentimiento, porque es grave faltar a la confianza”<sup>876</sup>.

“Pero si el esclavo hubiere cobrado de un deudor del señor, preguntase si se habrá él hecho deudor del señor. Y dice Juliano en el libro duodécimo del Digesto, que no lo habrá de deducir el señor de otro modo, que si hubiese ratificado lo que se cobró. Lo mismo se habrá de decir también respecto al hijo de familia. Y considero verdadera la opinión de Juliano, porque para las deducciones del peculio atendemos a débitos naturales; mas es *equitativo por naturaleza* que se libre de la obligación el hijo o el esclavo, por esto, porque parece que cobró lo no debido”<sup>877</sup>.

“Este título contiene cierta *equidad natural* y nueva para alguna cosa, para que los que rescinden la última voluntad del padre mediante la posesión de los bienes contra el testamento, paguen por la voluntad de aquel los legados y los fideicomisos a ciertas personas, esto es, a los descendientes y a los ascendientes, y lo legado a la mujer y a la nuera a título de dote”<sup>878</sup>.

<sup>871</sup> La edición consultada de la traducción de Ildefonso García del Corral dice “*deuda* de derecho” (el énfasis es mío), pero el original dice “*dubitatio iuris*”, de donde he considerado necesario corregir la errata al transcribirlo.

<sup>872</sup> Digesto, 50.17.85.2.

<sup>873</sup> Digesto, 2.14.1.

<sup>874</sup> Digesto, 4.4.1.

<sup>875</sup> Digesto, 12.4.3.7.

<sup>876</sup> Digesto, 13.5.1.

<sup>877</sup> Digesto 15.1.11.2.

<sup>878</sup> Digesto, 37.5.1.

“En esta parte, movido el Procónsul por la *equidad natural* promete la posesión de los bienes a todos los cognados, a quienes llama a la herencia la razón de la consanguinidad, aunque no sean admitidos por el derecho civil. Y así, también los hijos de la madre habidos del vulgo, y la madre de tales hijos, y también los mismos hermanos entre sí pueden pedir en virtud de esta parte la posesión de los bienes, porque son cognados entre sí; y tanto así, que también si manumitida la que está embarazada hubiere parido, el que nace es cognado de la madre, y la madre lo es de él, y los que nacen lo son también entre sí”<sup>879</sup>.

“Si el hijo dejó de ser heredero suyo, suceden en la parte del mismo todos los nietos y las nietas nacidos bajo él, que están bajo potestad; lo que tiene lugar por *equidad natural*. Mas el hijo deja de ser heredero suyo si por la disminución de cabeza, grande o menor, salió de potestad. Pero si el hijo estuviera en poder de los enemigos, no suceden los nietos, mientras vive, por lo cual, aunque hubiere sido rescatado, no suceden todavía antes del pago del rescate; pero si hubiere fallecido mientras tanto, como está determinado que él falleció habiendo recobrado su estado, les obstará a los nietos”<sup>880</sup>.

“También se adquieren por derecho de gentes para nosotros las cosas que se hacen nuestras mediante entrega, por que nada es tan conforme a la *equidad natural* como que se tenga por válida la voluntad del dueño que quiere transferir a otro una cosa suya”<sup>881</sup>.

“Dice el pretor: ‘Le restituirás a uno lo que de él tienes en precario, o hiciste con dolo malo que dejaras de tenerlo, y por cuya cosa se reclama’. Este interdicto es restitutorio. Y contiene en sí *equidad natural*; porque le compete al que quiere revocar el precario. Porque es *equitativo por naturaleza* que uno use de mi liberalidad en tanto que yo quiera, y que yo pueda revocarla cuando hubiere cambiado de voluntad. Y así, cuando se rogó alguna cosa en precario, podemos usar no solamente de este interdicto, sino también de la acción de las palabras prescritas, que nace de la buena fe”<sup>882</sup>.

“Mas esta acción, según escribió Labeón, contiene en sí una *equidad más bien natural* que civil; falta ciertamente la acción civil; pero es *equitativo por naturaleza*, que no quede impune el que con esta esperanza se hizo más audaz, porque sabe que no puede ser castigado como esclavo por la esperanza de la inmediata libertad, ni condenado como libre, porque le hizo el hurto a la herencia, esto es, a su dueña. Mas el dueño o la dueña no pueden tener acción de hurto contra su propio esclavo, aunque después haya llegado a la libertad, o haya sido enajenado, sino si también después hubiere hurtado. Y así, el Pretor creyó que era conveniente castigar con la acción del duplo la malicia y la perversidad de los que despojan las herencias”<sup>883</sup>.

“Postliminio es el derecho por las costumbres y las leyes establecido entre nosotros y pueblos y reyes libres para recobrar de un extraño una cosa perdida, y restituirla a su estado primitivo. Porque lo que perdimos en la guerra, o aun sin guerra, si lo recobramos de nuevo, se dice que lo recobramos por el postliminio. Y esto se introdujo por *equidad natural*, para que el que injustamente era detenido por extraños recobrase su primitivo derecho luego que hubiese vuelto a sus propios confines”<sup>884</sup>.

---

<sup>879</sup> Digesto, 38.8.2.

<sup>880</sup> Digesto, 38.16.1.4.

<sup>881</sup> Digesto, 41.1.9.3.

<sup>882</sup> Digesto, 43.26.2.

<sup>883</sup> Digesto, 47.4.1.1.

<sup>884</sup> Digesto, 49.15.19.

También la *aequitas naturalis* aparece a veces como referencia al derecho natural, otras como consecuencia lógica de una situación fáctica. También, en algunos ejemplos tiene el sentido de benignidad, similar a lo que se comentaba con ocasión de la *ratio humana*.

### g) *Utilitas*, la utilidad

“Al establecerse cosas nuevas, debe ser evidente la *utilidad* de separarse de aquel derecho, que por mucho tiempo pareció justo”<sup>885</sup>.

“Convendrá que el Procónsul tenga presente, que debe evacuar todos los negocios hasta la llegada de su sucesor, como quiera que sea uno el proconsulado, y exija la *utilidad* de la provincia que haya alguien, por quien los habitantes de ella tengan despachados sus negocios; deberá, por lo tanto, administrar justicia hasta la llegada de su sucesor”<sup>886</sup>.

“Si el deudor, después que haya pactado que no se le pida el dinero, y por ello este pacto comenzó a aprovechar también al fiador, hubiere pactado que sea lícito que se le reclame, se preguntó, si acaso se habría quitado al fiador la *utilidad* del primer pacto. Pero más verdadero es, que una vez adquirida para el fiador la excepción del pacto, no puede quitársele después contra su voluntad”<sup>887</sup>.

“Este Edicto es necesario, porque redundará en grande *utilidad* de los ausentes, a fin de que, indefensos, no sufran la posesión de sus bienes, o su venta, o no pierdan la enajenación de la prenda, o la acción de la pena en que se haya incurrido, o con injusticia su propia cosa”<sup>888</sup>.

“La *utilidad* de este Título [sobre las restituciones por entero] no necesita de recomendación, pues él mismo se recomienda. Porque en este Título socorre de muchos modos el Pretor a los hombres o presas de error, o engañados, ya hayan caído en el engaño por miedo, ya por astucia, ya por la edad, ya por ausencia”<sup>889</sup>.

“Dice el pretor: ‘Si los marineros, venteros y mesoneros no restituyesen lo de cualquiera que hubieren recibido para que esté a salvo, daré acción contra ellos’. Muy grande es la *utilidad* de este Edicto, porque las más de las veces es necesario fiarse de ellos y encomendar cosas a su custodia. Y nadie juzgue que es gravoso lo establecido contra ellos; porque está en el arbitrio de los mismos el no recibir a nadie; y si esto no se hubiese establecido, se daría pie para que se concertasen con los ladrones contra aquellos a quienes reciben, como quiera que ni aun ahora ciertamente se abstengan de semejantes fraudes”<sup>890</sup>.

“Si el hijo de familia quisiera litigar por algún daño, por el cual compete acción a su padre, tan sólo le permitimos que demande, si no hubiera quien ejercite la acción en nombre del padre. Porque también a Juliano parece bien, que, si el hijo de familia estuviere ausente por causa de legación o de estudios, y hubiere sufrido hurto o daño con injuria, pueda él ejercitar la acción útil, no sea que, mientras es esperado el padre, queden impunes los delitos, porque el padre no ha de

<sup>885</sup> Digesto, 1.4.2.

<sup>886</sup> Digesto, 1.16.10.

<sup>887</sup> Digesto, 2.14.62.

<sup>888</sup> Digesto, 3.5.1.

<sup>889</sup> Digesto, 4.1.1.

<sup>890</sup> Digesto, 4.9.1.1.



volver, o porque, mientras viene, se escapa el que causó el daño. Por lo que siempre aprobé, que si la cosa no proviniera de delito, sino de contrato, deba el hijo ejercitar la acción útil, acaso reclamando un depósito, o demandando por un mandato, o pidiendo el dinero que prestó, si tal vez estuviese el padre en una provincia, pero quizá él residiera en Roma o por causa de estudios, o por otra justa causa; no sea que, si no le diéremos acción, haya de suceder que impunemente sufra el daño, y padezca necesidad en Roma por no haber recibido las asistencias que para la manutención le había destinado su padre. Y supón que es Senador el hijo de familia, que tiene su padre en una provincia; ¿acaso no aumentará la *utilidad* por razón de la dignidad?”<sup>891</sup>.

“Asimismo se comprenden en la herencia también las cosas que fueron compradas por causa de la herencia, por ejemplo, los esclavos, los ganados, y algunas otras cosas que por necesidad se compraron para la herencia. Y si verdaderamente hubieren sido compradas con dinero de la herencia, sin duda estarán comprendidas; pero si no con dinero de la herencia, habrá de verse; y opino, que también éstas se hallan comprendidas, si se tratara de grande *utilidad* de la herencia, debiendo, por supuesto, restituir el precio el heredero”<sup>892</sup>.

“Si se hubiera derribado el edificio del que cae el estilicidio, para ser reconstruido de la misma especie y calidad, exige la *utilidad* que se entienda que es el mismo; porque de otra suerte, si se interpretara algo más estrictamente, es distinto el que se levanta en el lugar que queda; y por esto, derribado el edificio perece el usufructo, aunque el solar es parte del edificio”<sup>893</sup>.

“Y por lo tanto, si entre las mías y las casas de Ticio se hallaran interpuestas tus casas, puedo imponer a las casas de Ticio la servidumbre de que no le sea lícito levantarlas más alto, aunque no se imponga a las tuyas, porque mientras tú no las levantas, existe la *utilidad* de la servidumbre”<sup>894</sup>.

“Por lo tanto, si mataste al esclavo que bajo pena prometí entregar, la *utilidad* viene comprendida en este juicio”<sup>895</sup>.

“Además de esto, si perdieron algunas utilidades, precisamente porque no se hace la exhibición, o porque tardíamente se exhibe alguna cosa, han de ser estimadas por el juez. Y por esto dice Neracio, que en la estimación se comprende la *utilidad* del actor, no cuanto valga la cosa; cuya *utilidad*, dice, será a veces menor de lo que valiere la cosa”<sup>896</sup>.

“Si habiéndose concedido la elección para dentro de cierto tiempo, el juicio se dilató hasta este tiempo, en que inútilmente se hace la exhibición, se conservará la *utilidad* del demandante. Pero si no consistió en el heredero, que no exhibiera al tiempo de aceptarse el juicio, ha de ser absuelto el heredero”<sup>897</sup>.

“Se ha de hablar ahora respecto al ministerio del juez de esta acción, si deberá atenerse a la cantidad del contrato, o si deberá aumentar, o disminuir la cantidad, para que si le hubiese importado al deudor pagar en Éfeso, más bien que en aquel lugar en que era demandado, se tenga

<sup>891</sup> Digesto, 5.1.18.1.

<sup>892</sup> Digesto, 5.3.20.

<sup>893</sup> Digesto, 8.2.20.2.

<sup>894</sup> Digesto, 8.5.5.

<sup>895</sup> Digesto, 9.2.22.

<sup>896</sup> Digesto, 10.4.9.8.

<sup>897</sup> Digesto, 10.4.10.

cuenta de esto. Juliano, habiendo seguido la opinión de Labeón, tuvo en cuenta también al actor, a quien a veces pudo interesar recibir en Éfeso. Y asó, se comprenderá también la *utilidad* del actor; porque, ¿qué, si hubiere dado dinero para ser transportado, debiéndolo recibir en Éfeso, donde debía dinero bajo pena, o mediante prendas, y las prendas fueron vendidas, o se incurrió en la pena por tu morosidad; o si se debía alguna cosa al fisco, y por ínfimo precio se vendió la cosa del que estipuló? En esta acción arbitraria se comprenderá lo que importó, y ciertamente sobre el límite legal de los intereses. ¿Qué, si solía comprar mercancías; acaso se tendrá cuenta también del lucro, y no sólo del daño? Opino que se ha de tener cuenta también del lucro”<sup>898</sup>.

“Pero si se pidiere en Éfeso, se pedirá solo la misma suma, y nada más, a no ser que hubiese estipulado alguna cosa, o si media la *utilidad* del tiempo”<sup>899</sup>.

“Si alguno hubiere contraído constituto de que dará una prenda, como se haya insinuado la *utilidad* de la prenda, debe admitirse también este constituto”<sup>900</sup>.

“Ahora se ha de ver, qué venga comprendido en la acción de comodato, ¿acaso el dolo, o también la culpa, o si también todo riesgo? Y, a la verdad, en los contratos a veces respondemos sólo del dolo, y a veces también de la culpa; del dolo, en el depósito, porque como no se trata de *utilidad* alguna de aquel en quien se deposita, con razón se responde solamente del dolo, si no medió acaso también retribución, –porque entonces, como también se halla establecido, se presta también la culpa–, o si desde un principio se convino esto, que preste, así la culpa, como el riesgo, aquel en quien se deposita. Pero cuando media *utilidad* de una y otra parte, como en la compra, en la locación, en la dote, en la prenda, en la sociedad, se presta así el dolo, como la culpa. Mas el comodato contiene las más de las veces la sola *utilidad* de aquel a quien se da en comodato; y por esto es más verdadera la opinión de Quinto Mucio, que cree, que se ha de responder así de la culpa, como de la diligencia”<sup>901</sup>.

“Tampoco es pequeña la *utilidad* de este Edicto, para que el señor, que de otro modo tiene privilegio en los contratos de un esclavo, porque cuando se obliga solamente por el peculio, se hace la estimación de este peculio deducido lo que se debe al señor, sea, no obstante, llamado a contribución por este Edicto, como acreedor extraño, si hubiere sabido que el esclavo negocia con mercancía del peculio”<sup>902</sup>.

“Pero esta separación de causas tiene justa razón, porque cuando alguno eligió la fidelidad de otro, y no se devuelve el depósito, debe contentarse con el simple importe; mas cuando deposite habiendo necesidad, crece el delito de la perfidia, y se ha de castigar la pública *utilidad* para vindicar la causa pública; porque es inútil quebrantar la fidelidad en causas de esta naturaleza”<sup>903</sup>.

“Cuando hubiere consistido en el vendedor que no se entregue la cosa, se comprende en la estimación toda la *utilidad* del comprador, que consiste solamente en la misma cosa. Porque si, por ejemplo, pudo negociar con el vino y obtener lucro, esto no se ha de estimar, no de otra suerte, que si hubiere comprado trigo, y por la circunstancia de que no hubiera sido entregado, hubiere padecido hambre su familia; porque consigue el precio del trigo, no el de los esclavos

<sup>898</sup> Digesto, 13.4.2.8.

<sup>899</sup> Digesto, 13.4.4.

<sup>900</sup> Digesto, 13.5.14.1.

<sup>901</sup> Digesto, 13.6.5.2.

<sup>902</sup> Digesto, 14.4.1.

<sup>903</sup> Digesto, 16.3.1.4.

mueritos de hambre; y no se hace mayor la obligación, porque se reclama más tardíamente, aunque crezca, si el vino valiera más hoy; y con razón, porque ya si hubiese sido dado, ya si no, lo tendría yo como comprador, porque a lo menos se ha de dar hoy lo que ya antes debió darse”<sup>904</sup>.

“Como no está completo el número de las acciones, por esto se requieren muchas veces las acciones por el hecho. Pero también a aquellas acciones, que están manifiestas en las leyes, si la ley fuera justa y necesaria, las suple el Pretor en lo que le falta a la ley; lo que hace en la ley Aquilia dando acciones por el hecho, acomodadas a la ley Aquilia; y esto lo exige la *utilidad* de aquella ley”<sup>905</sup>.

“Mas por el contrario, el que fue nombrado simplemente tutor del pupilo, o curador, si algún aumento hubiere correspondido después, se hace responsable de la pérdida, aunque se suela dar curador para el aumento; lo cual no hace que los mismos aumentos no correspondan a la curatela de los primeros, a los cuales debe corresponder toda *utilidad* de los pupilos. Así, pues, si fue nombrado, la responsabilidad se le hace común con los primeros, y si no fue nombrado, se obliga por la necesidad de la administración el que antes había sido nombrado”<sup>906</sup>.

“Si se hubiere legado el usufructo a los habitantes de un municipio, se pregunta, hasta cuándo hayan de ser amparados en este usufructo; porque si alguien los mantiene perpetuamente, ninguna será la *utilidad* de la nuda propiedad estando separado siempre el usufructo; por lo cual se halla establecido, que se han de observar cien años, que sería el más largo término de la vida”<sup>907</sup>.

“Le legué a Ticio lo que se me debe, habiendo expresado cierta cantidad o especie, o no habiéndola expresado, o, por el contrario, igualmente con la distinción, por ejemplo: ‘a Ticio, lo que le debo’; pregunto, si crees que en todo caso se ha de averiguar si se haya debido, y te ruego encarecidamente que trates las cuestiones que a esto se refieren, porque son de cada día. Respondí, que si aquel, a quien Ticio le debía, quiso remitirle la deuda, nada importa que hubiere mandado a su heredero que lo libere, o que prohíba que lo exija; porque de ambos modos ha de ser liberado el deudor, y en uno y en otro caso le compete además al deudor acción para ser liberado. Pero si también hizo mención de cien áureos, o de un fundo debido, ha de ser liberado, si se probase que verdaderamente fue deudor; mas si no debiera nada, se podrá decir que también se puede pedir lo que se expresó, como si se hubiere hecho una falsa demostración. Pero se podrá decir esto, si lego así: ‘los cien áureos, que me debe’, o: ‘esté condenado mi heredero a no reclamarle el esclavo Stico, que me debe’. Mas si dijo de este modo: ‘los cien áureos, que Ticio me debe, esté condenado a dárselos mi heredero’, también se podrá intentar que los pueda pedir, como si se hubiese añadido una falsa demostración; lo que a mí de ningún modo me parece bien, porque el testador estimó referir la palabra dar a la deuda. Mas por el contrario, si el deudor legara al acreedor, no veo ninguna *utilidad*, si le legara sin expresión de cantidad. Pero también si indicara lo que confiesa que debe, no hay ninguna *utilidad*, sino en cuanto a las especie en que se amplía el emolumento de la deuda. Mas si legó los cien áureos, que dijo que él debía, el legado es inútil, si verdaderamente los debe; pero si no fue deudor, se determinó que el legado es *útil*, porque una cantidad cierta de monedas es semejante a Stico legado con falsa demostración; y esto

---

<sup>904</sup> Digesto, 19.1.21.3.

<sup>905</sup> Digesto, 19.5.11.

<sup>906</sup> Digesto, 26.7.9.9.

<sup>907</sup> Digesto, 33.2.8.

respondió también por rescripto el Divino Pío, habiéndose legado una cierta cantidad a título de dote recibida”<sup>908</sup>.

“La *utilidad* de la caución Muciana consiste en las condiciones que están concebidas para no hacer, como, por ejemplo: ‘si él no hubiere subido al Capitolio, si no hubiere manumitido a Stico’, y en otras semejantes; y así les pareció a Aristón, a Neracio, y a Julaino; cuya opinión fue confirmada también por una Constitución del Divino Pío. Y no se determinó solamente respecto a los legados, sino que también en las herencias fue admitido el mismo remedio”<sup>909</sup>.

“Pero la Constitución del Divino Antonino se refiere a aquellos a cuyo cargo se dejó *útilmente* un fideicomiso, aunque no sean herederos; porque es igual la *utilidad*”<sup>910</sup>.

“Además de esto, añade Juliano, que se puede decir que él debe ser compelido a dar caución también por el daño pasado; porque lo que se observa estando íntegra la cosa, se hará no sin justicia también después de la ruina de la casa. Mas estando íntegra la cosa, es obligado cada cual o a dar caución por el daño que amenaza, o a quedar privado de la casa, que no defendió. Finalmente, dice, si alguno no hubiere podido estipular por el daño que amenaza a causa de lo corto del tiempo, o porque estaba ausente por causa de la república, no sin justicia habrá de cuidar el Pretor de que el dueño de la casa ruinosa o resarza el daño, o quede privado de la casa; y la *utilidad* convalida la opinión de Juliano”<sup>911</sup>.

“Lo que ilícitamente se cobró en público y en privado, se les paga con otro tanto a los que sufrieron la injusticia, mas lo que se arrancó con violencia es restituido con la pena del triplo, además de lo que son castigados con pena extraordinaria sus autores; porque una cosa exige la *utilidad* de los particulares, y otra el vigor de la disciplina pública”<sup>912</sup>.

“Los jurisconsultos ampararon con el derecho de *statuliber* al esclavo que habiéndosele dado la libertad fue substituido a un hijo en el segundo testamento; la *utilidad* admitió esto, a saber, para que fuese enajenado con su propia causa, a fin de que el hijo impúbero no invalidase el testamento del padre; cuya disposición de derecho fue extendida sin distinción de orden también al segundo o tercer substituto”<sup>913</sup>.

“Hay quienes opinan que se ha de oponer a este interdicto esta excepción: ‘lo que no se hiciera para proteger su orilla’, a saber para que si se hiciera alguna cosa por la que el agua corra de otro modo, si no obstante se hiciera para proteger la orilla, no tenga lugar este interdicto; pero esto no les parece bien a algunos, porque ni las orillas han de ser protegidas con perjuicio de los ribereños. Mas observamos este derecho, que el Pretor estime con conocimiento de causa, si debe dar esta excepción; porque las más de las veces aconseja la *utilidad*”<sup>914</sup> que se dé esta excepción”<sup>915</sup>.

<sup>908</sup> Digesto, 34.3.25.

<sup>909</sup> Digesto, 35.1.7.

<sup>910</sup> Digesto, 36.4.5.25.

<sup>911</sup> Digesto, 39.2.9.

<sup>912</sup> Digesto, 39.4.9.5.

<sup>913</sup> Digesto, 40.7.36.

<sup>914</sup> La traducción dice “conveniencia”; el original dice “*utilitas*”. Probablemente se escogió el término “conveniencia” para no dar lugar a confusión, para resaltar el distinto sentido que tiene, respecto del primer uso de la palabra “utilidad” que aparece en el párrafo siguiente, Digesto 43.13.1.7 (ver más adelante).

<sup>915</sup> Digesto, 43.13.1.6.

“Pero aunque le resulte alguna *utilidad* al que hizo alguna cosa en río público, supón, porque el río solía causarle grave daño, y devastarle los predios, si acaso le puso diques, o alguna otra defensa, para proteger su propio campo, y esto alteró en algo el curso del río, ¿por qué no se le atenderá? Y sé que muchos, para defender sus predios separaron del todo los ríos, y cambiaron los cauces; porque es conveniente que en tales casos se atienda a la *utilidad* y a la seguridad del que hace la obra, ciertamente sin perjuicio de los ribereños”<sup>916</sup>.

“Aconsejó la *utilidad*<sup>917</sup> proponer también este interdicto; porque era consiguiente, que el que usa de la servidumbre de paso propusiera él el interdicto, para que se pudiera reparar este paso. Porque ¿cómo puede de otra suerte usar cómodamente de la servidumbre de paso o de conducción, sino si la hubiere reparado? Porque, estropeado el paso, no se puede disfrutar de él con comodidad, o conducir”<sup>918</sup>.

“Examinando el interdicto relativo al agua estival, y también a la cotidiana, estimábamos que primeramente se había de determinar cuál era el agua estival, por la que se suele dar el propio interdicto con relación al tiempo del anterior estío, esto es, si se llamará agua estival por el derecho de usar de ella solamente en el tiempo de estío, o por la intención y el propósito del que la conduce, porque tuviese el designio de conducirla en el estío; o por la naturaleza de la misma agua, porque puede ser conducida solamente en el estío, o por la *utilidad* de los lugares a que fuese conducida. Así, pues, parecería bien, que el agua de denominase con propiedad por estos dos objetos, por su naturaleza, y por la *utilidad* de los lugares, a que es conducida, de suerte que, ya si la naturaleza de la misma permitiese que fuese conducida en todo tiempo del año, si la *utilidad* para la que es conducida exigiese para las personas su uso solamente en el estío, con razón se diría estival”<sup>919</sup>.

“Mas escribe Servio, que se conduce de otro modo el agua, que antes fue conducida por galería cubierta, si ahora fuese conducida por otra abierta; pero si uno hiciera alguna obra con la que mejor conserve el agua, o la contenga, no se le impide impunemente; yo aun tratándose de galería cubierta opino al contrario, si no mediara mayor *utilidad* de su adversario”<sup>920</sup>.

“Aunque en este interdicto se comprenda la reparación de una cloaca, no también la construcción de una nueva, dice, sin embargo, Labeón, que se ha de interponer igualmente el interdicto, para que no se haga violencia al que construye la cloaca, porque la *utilidad* es la misma. Porque el Pretor propuso así el interdicto para que no se hiciera violencia, de suerte que no fuese lícito hacer cloaca en sitio público; y esto les pareció bien a Ofilio y a Trebacio. Este mismo manifiesta, que se ha de decir que por este interdicto se ha de permitir limpiar y restaurar una cloaca hecha, pero que hacer una nueva debe concederlo solamente aquel a quien le corresponda el cuidado de las vías públicas”<sup>921</sup>.

“Mas respecto al comodato con razón se ha de estimar otra cosa, a saber, porque entonces se trata de la conveniencia de aquel solo que rogó la cosa para usarla; y así, el que la hubiere dado en comodato, como en la locación, si hubiere hecho algo con dolo, no perderá nada más sobre el

---

<sup>916</sup> Digesto, 43.13.1.7.

<sup>917</sup> También aquí la traducción dice “conveniencia” por “*utilitas*”.

<sup>918</sup> Digesto, 43.19.3.12.

<sup>919</sup> Digesto, 43.20.6.

<sup>920</sup> Digesto, 43.21.3.

<sup>921</sup> Digesto, 43.23.2.

precio del esclavo, antes bien debemos conducirnos con un poco más de lenidad en la interpretación del dolo malo, porque, como se ha dicho, no media ninguna *utilidad* del que da en comodato”<sup>922</sup>.

“Mas como la acción de hurto se defiere por derecho del dominio, aunque no nos competa de otra suerte sino si nos interesara, esto no obstante, mi *utilidad* ha de ser referida a la estimación de la cosa corpórea, si nada mas interesara. Y esto se admite así en cuanto a los instituidos libres bajo condición, como en los legados dejados bajo condición. De otra suerte, admitiendo cosa diversa, no se puede determinar fácilmente la cantidad. Y así, como la sola *utilidad* hace la estimación siempre y cuando dejando de haber el dominio nace la acción de hurto, en estos casos la acción de hurto no se puede referir a la estimación de la cosa corporal”<sup>923</sup>.

“Es evidente la *utilidad* y justísimo la severidad de este Edicto, porque es de público interés que no se robe nada en tales casos. Y aunque por estos delitos haya también persecuciones criminales, con razón, sin embargo, lo dio el Pretor, que estableció también las acciones forenses para estos crímenes”<sup>924</sup>.

“Y a favor del que lo denunciase, ya sea libre, ya esclavo, se establece un premio según la estimación del juez con arreglo a la cuantía de los bienes de la persona acusada, debiéndosele conceder al esclavo acaso también la libertad; porque ¿qué se dirá, si de esto resulta *utilidad* pública?”<sup>925</sup>.

“El hijo, que el cautivo tuvo bajo su potestad, puede casarse en el tiempo intermedio, aunque su padre no pudiera prestar su consentimiento para las nupcias, porque ciertamente que tampoco puede manifestar su disentimiento; luego el nieto habido estará bajo la potestad del cautivo que regresó, luego que hubiere regresado, y será heredero suyo de él en cierto modo contra su voluntad, no habiendo prestado su consentimiento para las nupcias; y no es de extrañar, porque lo hacían la condición y la necesidad de aquel tiempo, y lo exigía la pública *utilidad*”<sup>926</sup> de las nupcias”<sup>927</sup>.

En general, la *utilitas* tiene el sentido de algo que resulta provechoso, conveniente. Pueden distinguirse en los ejemplos diversas clases de utilidad: así, se hace referencia a la utilidad de los particulares, la utilidad pública, la utilidad de una provincia o de un lugar, etc., según la amplitud que alcance el provecho, o el factor en relación con el cual tal provecho se juzgue. En concreto, también se habla de utilidad como sinónimo de los fines que persigue una determinada norma, es decir, la consecuencia provechosa que una ley o un edicto persiguen. También la utilidad tiene el sentido de los fines a los que se encuentra destinado un objeto, como es el caso de los fundos o del agua estival. En cuanto a utilidad de los particulares, tiene no sólo el sentido general de lo que resulta provechoso a una persona, sino además el sentido concreto de utilidad en cuanto a ganancia o provecho que una persona recibe o espera recibir de un determinado negocio jurídico: de ahí que se haga referencia a ‘la utilidad’ para fines de la estimación pecuniaria en el ejercicio de una acción.

<sup>922</sup> Digesto, 47.2.61.6.

<sup>923</sup> Digesto, 47.2.80.1.

<sup>924</sup> Digesto, 47.9.1.1. El título se refiere a los delitos del incendio, de la ruina, del naufragio, y de barca o nave expugnada.

<sup>925</sup> Digesto, 47.10.5.11.

<sup>926</sup> La traducción dice “conveniencia”; el original dice “*utilitas*”.

<sup>927</sup> Digesto, 49.15.12.3.

### 3. Las acciones

Si recordamos que, como hemos visto, el *ius* en cuanto *facultas* no se concebía durante la época clásica sino como necesariamente unido a una *actio*, y el *ius* en sentido del realismo jurídico corresponde a *lo que es debido* a cada uno, podremos comprender entonces cómo un vistazo general a las *actiones* nos permitirá observar precisamente la manera en que la labor de los jurisprudentes y de los pretores fue dando forma a ese proceso de descubrimiento y creación del Derecho y de sus instituciones que fue la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico, pues la acción es como el producto final de la técnica jurídica, por las razones que a continuación se explican.

La *actio* o acción se entiende, según el uso romano, en dos sentidos:

- “En sentido *formal*, esto es, como instrumento que abre las puertas al proceso. Trátase de un acto de las partes enderezado al logro de la tutela jurisdiccional”<sup>928</sup>.
- “En sentido *material*, es decir, cual reclamación de un derecho –de un derecho civil obligatorio. *Actio* se traduce aquí por lo que los modernos llamamos ‘pretensión’”<sup>929</sup>.

“Falta en Roma un concepto unitario de denuncia o ‘reclamación’. Del lado formal, no hay una *actio*, sino particulares *actiones* con nombres diversos. Cada derecho se halla sellado con una *actio*, y, en cualquier caso, no hay pretensión que tenga acceso a los tribunales cuando respecto de ella no haya sido concedida una acción”<sup>930</sup>.

Durante toda la época clásica, estuvo vigente en Roma el llamado ‘procedimiento formulario’ como medio para procurar la tutela jurídica de los derechos, para hacerlos valer. Este procedimiento tenía dos fases<sup>931</sup>:

- La fase *in iure*: se sustancia ante un magistrado dotado de *imperium*, cuya misión se limita a dar acogida o denegar las alegaciones de las partes, permitiendo o no el planteamiento del proceso. En Roma, conocía de esta fase el pretor; en Italia, los consulares y *iuridici*; en las provincias, los procónsules y *praesides*.
- La fase *in iudicio* o *apud iudicem*: se sustancia ante un *iudex* o varios *iudices*, que son simples particulares, árbitros o jueces populares, quienes actúan no en virtud del *imperium* sino del *officium* que se apoya en el juramento que prestan, al ser nombrados, en que prometen fallar conforme a las reglas del derecho positivo.

La relevancia para nuestro estudio radica en que en la fase *in iure* las partes presentaban al magistrado una ‘fórmula’, que era un breve escrito en el cual exponían los hechos que alegaban y sus reclamaciones. El demandante y el demandado debatían ante el magistrado, a partir de cuyo debate la fórmula era refinada hasta alcanzar su redacción final, la cual el magistrado hace suya y traslada al juez o jueces, dándoles instrucciones sobre cómo deben fallar en caso de resultar o no

<sup>928</sup> Iglesias. *Ob. Cit.* Página 118.

<sup>929</sup> *Loc. Cit.*

<sup>930</sup> *Loc. Cit.*

<sup>931</sup> Cfr. Iglesias. *Ob. Cit.* Páginas 128 a 131.

verídicas las afirmaciones de las partes, lo cual se determinará mediante las pruebas que aporten en la fase *apud iudicem*, y dándole asimismo poder para condenar o absolver. Las citas de Gayo que hicimos en el apartado sobre las ficciones jurídicas son ejemplos de fórmulas: se designa al juez, se le dice cómo debe fallar si lo alegado por el demandante es cierto. El demandante podía solicitar la inclusión en la fórmula de *exceptiones*, afirmando hechos que contradicen o hacen inviable las pretensiones del demandado. Según la cantidad de excepciones que presente el demandado, se les denomina réplica, dúplica o tríplica. Era así como se fijaba la redacción final de la fórmula que serviría de instrucciones al juez encargado de conocer y resolver el asunto<sup>932</sup>.

Al dar lugar a la demanda, es decir, al aprobar la versión final de la fórmula, el magistrado está concediendo la *actio*, acto que constituye como la consagración jurídica o reconocimiento de un determinado *ius*, y es por esto que nos interesa estudiar las *actiones*: porque, en cuanto comportan la apertura a la tutela jurisdiccional de un derecho que se reclama en virtud de concretos supuestos fácticos, es en las acciones –plasmadas y puestas en marcha a través de la fórmula; la fórmula es como el vehículo o contenedor de la acción– donde entra en juego con todo su vigor el análisis casuístico, la determinación de lo que es debido (*ius*), y todo lo que hemos estudiado anteriormente sobre la técnica jurídica en sus dimensiones técnica y filosófica.

La labor de los jurisconsultos se manifiesta en cuanto eran con frecuencia quienes auxiliaban a las partes en la redacción de las fórmulas que presentaban ante el magistrado: por eso en varios de los pasajes del Digesto que citamos antes, se observa que un jurista da su opinión ante determinados supuestos de hecho. Hemos visto también en los ejemplos que muchas veces lo que hacen los juristas es extender la procedencia de una acción otorgada por la ley a otros supuestos en ella no contemplados, procediendo por analogía; también dan opiniones sobre cómo se debería fallar en determinados supuestos. Toda esta actividad contenida en las *responsa* era lo que se reflejaba en la fórmula que las partes presentaban al magistrado, y éste a su vez la refinaba mediante sus propias consideraciones y criterios, acogiendo o rechazando total o parcialmente las alegaciones invocadas por los particulares, lo que equivalía a concordar o disentir, total o parcialmente, con las opiniones de los jurisconsultos. Las fórmulas, entonces, servían como antecedentes para casos idénticos o análogos futuros, o el magistrado a partir de su experiencia al conocer la discusión de un determinado caso en el que otorgó una acción, incorpora tal criterio a su edicto.

De esta manera queda claro cómo las acciones son como el producto final de la técnica jurídica: al aceptarse la fórmula, se ha configurado el reconocimiento jurídico de la tutela que merece un caso concreto. Si los supuestos de hecho alegados por las partes son veraces o no, corresponderá al juez determinarlo; pero ya el magistrado ha aprobado que, ante tal situación hipotética, el Derecho debe actuar en tal o cual manera, en este u otro sentido y, con ello, se ha fijado un rumbo al desarrollo jurídico, a la vez que abriéndose nuevos caminos que hasta entonces no existían, o lo hacían de modo más restringido.

---

<sup>932</sup> Para un estudio más detallado de la fórmula y su redacción, estructura y partes, cfr. Iglesias. *Ob. Cit.* Páginas 124 a 128; Petit. *Ob. Cit.* Páginas 631 a 636.



## A. Clasificación de las acciones<sup>933</sup>

Las acciones pueden clasificarse en diversas categorías según distintos criterios, de los cuales no todos han de ocupar nuestra atención en el presente estudio. Hay dos clasificaciones de las acciones que son las más generales e importantes:

- Según su *objeto*, las acciones pueden ser:
  - ***In personam***: cuyas características principales son:
    - Sancionan toda clase de obligación.
    - Se dan únicamente contra el deudor.
  - ***In rem***: que se caracterizan principalmente así:
    - Sancionan todo otro tipo de derecho (real, sucesorio, de familia). La *actio in rem* se traduciría como ‘acción real’, mas modernamente este nombre se aplica únicamente a las acciones que procuran la tutela de derechos reales, por lo cual dicha traducción no es adecuada a la naturaleza de la *actio in rem* en el sentido romano.
    - Se dan contra toda persona que obstaculiza el ejercicio del derecho del demandante.
- Según su *origen*, hay acciones:
  - **Civiles**: se fundamentan en el *ius civile*, el cual las otorga.
  - **Honorarias**: su fundamento es la *iurisdictio* del magistrado. Hay acciones honorarias pretorianas (dadas por el pretor) y edilicias (dadas por el edil). Las más numerosas e importantes son, desde luego, las pretorianas. El magistrado las otorga para sancionar una disposición especial del edicto o para extender las acciones civiles a nuevas aplicaciones. Pueden subdividirse en:
    - **Acciones *in factum***: la acción nueva creada enteramente por el pretor, sin recurso a la analogía. Tutela un hecho no reconocido por el *ius civile*, pero que el pretor considera digno de defensa.
    - **Acciones con base civil**: las acciones que el pretor crea mediante adaptación de una acción civil preexistente, suponiendo todas ellas una cierta ampliación por vía de analogía, y pueden ser:
      - **Ficticias**: en las que se supone realizadas las condiciones que serían necesarias para que la acción fuese concedida en derecho civil. No es *in factum*, pues tutela una relación jurídica que el *ius*

<sup>933</sup> Para todo este tema, veáse: Iglesias. Ob. Cit. Páginas 118 y 119, con las remisiones que en ellas se contienen; Petit. Ob. Cit. Páginas 650 a 680.

*civile* sí reconoce, aunque el hecho no basta para dar base a una *intentio iuris civilis*.

- **Útiles:** las que se extienden, por aplicación analógica, a casos o situaciones parecidas. Se les considera en contraposición con las acciones *directas*, que son las creadas para defensa de un caso o situación determinada<sup>934</sup>.
- **Con transposición de sujetos:** se emplean con fines de representación procesal, y tienen especial significación en la transmisión de créditos. El que litiga como representante refiere la pretensión a nombre del representado, y la condena al suyo.

He aquí otras clasificaciones de las acciones:

- Según el *fin* de su ejercicio, hay acciones:
  - **Reipersecutorias:** las acciones *rei persequendae causa*, mediante las cuales se busca hacer entrar en el patrimonio de quien la ejerce un valor que ya no tiene, sin procurarle enriquecimiento.
  - **Penales:** las acciones con las que se pretende enriquecer al demandante, en el sentido de que éste reclama una satisfacción o suma de dinero a título de pena.
  - **Mixtas:** las que buscan ambos objetos anteriores, es decir, *rem et poenam*.
- Según la *extensión de los poderes que la fórmula concede al juez*, en cuanto a cómo debe valorar la pretensión, las acciones pueden ser:
  - **Bonae fidei:** si el juez puede escuchar las razones de equidad alegadas por las partes, y está facultado para decidir según ello, en buena fe.
  - **Stricti iuris:** si el juez debe limitarse a decidir si la pretensión del demandante está fundamentada en el *ius civile*, sin atender a la equidad de la sentencia.
- Según el *tiempo de vigencia* de la acción (y, por ende, del derecho que sanciona), se habla de acciones:
  - **Perpetuas:** en la época clásica, todas las acciones civiles eran de duración perpetua, salvo algunas excepciones (la *actio depensi* duraba dos años; la *querella inofficiosi testamenti* duraba cinco). Eran también perpetuas las acciones honorarias que ayudaban al derecho civil, completándolo. Fue hasta tiempos de Teodosio II que se fijó el término de treinta años para ejercitar las acciones que no tuvieran señalado plazo menor (aunque la prescripción teodosiana extingue la acción, no el derecho –al menos el derecho real).

<sup>934</sup> Petit, en cambio, considera que “las acciones *útiles* son, pues, lo mismo *ficticias* que *in factum*; pero las acciones *ficticias* son siempre *útiles*” (Ob. Cit. Página 653), mientras que Iglesias coloca las acciones útiles dentro de aquellas que “suponen una cierta ampliación, por vía de *analogía*, del cuadro civil” (Ob. Cit. Páginas 118 y 119).

- **Temporales:** las acciones honorarias tenían vigencia mientras durara el ejercicio en el cargo del magistrado que las había otorgado.
- Según su *titular*, las acciones pueden ser:
  - **Privadas:** concedidas a los particulares en cuanto tales, para amparar sus derechos subjetivos privados.
  - **Populares:** otorgadas a todo y cualquier ciudadano para defensa de un interés público.

Además, se llama ‘arbitrarias’, o *actiones arbitrariae*, a aquellas en las que el juez podía condenar al demandado a una satisfacción pecuniaria únicamente si no restituía o exhibía la cosa que el demandado reclamaba. Esto se hizo en virtud de que, anteriormente, únicamente se daban condenas pecuniarias como regla general, de donde surgió la necesidad de las acciones arbitrarias, dado que es razonable que el demandante prefiera que se le devuelva la cosa, y no que simplemente se le pague el valor de la misma en dinero. Llámense arbitrarias porque la parte correspondiente de la fórmula se redactaba en estos términos: “si no es restituido –o exhibido– según tu arbitrio, condena”.

### B. Ejemplos de fórmulas procesales<sup>935</sup>

La fórmula procesal es la que contiene la acción. Como cada fórmula atañe a un caso concreto, en su redacción se insertan además las excepciones que presente el demandado. Veamos algunos ejemplos:

“(1) Sea juez Ticio. (2) Si resulta probado que Aulo Agerio compró un esclavo y le fue entregado, y si hubiese poseído un año ese esclavo, acerca del cual se litiga, se habría convertido en su propietario civil, (3) y si ese esclavo no pertenece en propiedad civil a Numerio Negidio (4) o si Numerio Negidio vendió y entregó a Aulo Agerio el esclavo del que se trata, (5) y si en todo ello no se ha hecho nada por intimidación, (6) a no ser que este esclavo sea restituido por Numerio Negidio a tu arbitrio, (7) cuanto sea el valor del asunto, a tanto dinero tú juez condena a Numerio Negidio a favor de Aulo Agerio, si no absuévelo”.

Los números en paréntesis (tomados del texto que citamos), nos ayudan a analizar esta fórmula para ver en ella ejemplificadas varias características de las acciones según se expuso en la sección anterior:

- (1) Es el nombramiento del juez.
- (2) Es la *intentio*, aquella parte de la fórmula que recoge el contenido de la demanda. En el ejemplo, la *intentio* contiene una ficción sobre el transcurso del tiempo.
- (3) Es una excepción del demandado, la *exceptio iusti dominii* del propietario civil.

<sup>935</sup> Cfr. Domingo, et al. Textos de Derecho Romano. Páginas 289 a 294.

(4) Es la *replicatio rei traditae et venditae* del poseedor civil; el demandante, con ella, quiere decir que, aún cuando el esclavo hubiere pertenecido por derecho civil al demandado (según afirma éste mediante su anterior excepción), éste se lo vendió y entregó.

(5) Es la *triplicatio metus*, es decir, una excepción más que establece que, para pronunciar la sentencia, se debe tener en cuenta que no se haya obrado mediante intimidación.

(6) Es la cláusula arbitraria, que concede al juez la facultad de ordenar al demandado a que restituya la cosa y, sólo en caso de no restituirla, se le condenará a una sanción pecuniaria.

(7) Es la *condemnatio*, la cual, por tratarse de una acción arbitraria, procederá únicamente si el demandado no restituye la cosa.

Otro ejemplo: “(1) Sea juez Ticio. (2) Si resulta probado que Numerio Negidio debe dar a Aulo Agerio diez mil sestercios, (3) si no ha sido convenido entre Aulo Agerio y Numerio Negidio que no se pediría ese dinero durante un año, (4) o se ha hecho algo por Numerio Negidio con dolo malo, (5) condena juez a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio diez mil sestercios; si no resulta probado absuévelo”.

Las fórmulas pueden fácilmente traducirse como una pequeña historieta que nos dan la idea de cómo fueron los hechos antecedentes del caso, o cómo fue el debate *in iure*, que dio lugar a la redacción final:

–Tú me debes; págame.

–Te debo, pero no me lo pidas ahora, pues hemos convenido que no te pagara sino hasta dentro de un año.

–Cierto, pero tú has obrado con dolo malo, por lo cual no debo acogerme a tal convenio.

O, en el caso anterior:

–¡Devuélveme mi esclavo!

–No es tuyo: es mío, pues tú me lo vendiste y entregaste.

–Pero tú no has adquirido aún el dominio civil sobre él; yo soy su propietario según el derecho quirritario.

–Cierto, pero en un año de poseerlo lo adquiriré...

Vemos así cómo situaciones cotidianas, cuya ocurrencia fácilmente podemos imaginar en nuestros propios días y vida (salvo, desde luego, que actualmente ya no existe la esclavitud como institución jurídica), reclaman la tutela del Derecho, poniendo en funcionamiento la jurisdicción y, con ello, toda la labor de la técnica jurídica para hacer valer la justicia en cada caso concreto. En el primer caso, el propietario civil aún era el vendedor, por lo que, en estricto derecho, él debería haber ganado el pleito por ser, según el derecho civil, el dueño. Pero para evitar el fraude de que alguien venda algo y luego lo tome de vuelta, invocando que aún es propietario *ex iure quirritum*, se recurre a la ficción del transcurso del tiempo que determina la procedencia de la acción según los términos de la fórmula. De esta manera, la labor del pretor que redactó la fórmula, y de los jurisconsultos que suministraron a cada parte los argumentos que invocan a favor de sus respectivas pretensiones y excepciones, han desembocado en la redacción de una fórmula que sirve de instrucción al juez para fallar al examinar los hechos conforme a las pruebas que las partes le suministren: una de las partes ganará el pleito, pero ya la fórmula establece cuál

debe ser la consecuencia según cuáles supuestos fácticos (expresados a modo de condición) se verifiquen como reales y, con esto, se ha generado una norma jurídica que, a partir del caso concreto, resultará aplicable a otros idénticos o análogos, o será incorporada al edicto del pretor.

La acción de *rei vindicatio*: “Sea juez Ticio. Si resulta que la cosa litigiosa es propiedad civil de Aulo Agerio, y no es restituida a Aulo Agerio según tu arbitrio, condena juez a Numerio Negidio a pagar a Aiñp Agerio cuanto la cosa valga; si no consta, absuélvelo”.

La *hereditatis petitio*, petición de herencia: “Sea juez Ticio. Si resulta probado que la herencia de Publio Mevio es de Aulo Agerio por derecho civil, y si la cosa (=herencia) no fuese restituida por Numerio Negidio a Aulo Agerio según el arbitrio del juez, condena juez a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio tanto dinero cuanto la cosa valga, si no resulta, absuélvelo”.

La *actio legis Aquiliae*: “Sea juez Ticio. Si consta que Numerio Negidio ha matado injustamente a aquel esclavo, por lo que Numerio Negidio debe dar a Aulo Agerio tanto dinero cuanto sea el máximo valor alcanzado por el esclavo en el año anterior, tú juez condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio el doble de esa cantidad, si no consta absuélvelo”.

En este caso, puesto que parte de lo que se debe comprobar es si el esclavo fue matado *injustamente*, podemos imaginar que el demandado invoque el argumento que vimos al citar Digesto 9.2.4: “...si yo hubiere matado a un esclavo tuyo, que me acechaba, estaré exento de responsabilidad; porque la razón natural permite defenderse contra un peligro” y, de probarse que el esclavo le acechaba, Numerio Negidio sería absuelto por el juez.

Veamos ejemplos de una misma acción, la de depósito, pero una siendo concebida *in ius* y la otra *in factum*:

“Sea juez Ticio. Puesto que Aulo Agerio depositó en casa de Numerio Negidio la mesa de plata en cuestión, tú juez, condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio todo lo que según la buena fe le deba dar o hacer por ese asunto. Si no resulta así, absuélvele”.

“Sea juez Ticio. Si resulta que Aulo Agerio depositó en casa de Numerio Negidio la mesa de plata en cuestión, y que éste, con dolo malo, no se la ha devuelto, tú juez condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio el valor del asunto. Si no resulta así, absuélvele”.

La fórmula del depósito concebida *in ius* reconoce la existencia del contrato de depósito y, en consecuencia, faculta al juez a condenar al demandado a dar o hacer todo cuanto la buena fe en el cumplimiento del contrato exija. En cambio, la acción de depósito concebida *in factum* supone la existencia de un contrato que por uno u otro motivo no tiene tutela civil, y fija la condena según una estimación del valor de la cosa en cuestión. Por eso precisamente es que, en época posterior, se añadía la cláusula arbitraria, para que el juez pudiera ordenar la restitución de la cosa, y sólo en caso de desobediencia hacer la condena pecuniaria.

Una acción de mandato, que es acción *in personam*: “Sea juez Ticio. Puesto que Aulo Agerio encargó a Numerio Negidio que (...) (aquí aparecería el encargo concreto), cosa acerca de la cual se litiga, todo lo que por esta causa deba dar o hacer uno con respecto al otro según la buena fe, condena juez a uno a favor del otro, si no absuélvelo”.

La *rei vindicatio* y la *hereditatis petitio* que citamos anteriormente, son ejemplos clásicos de acciones *in rem*; nótese, entonces, la diferencia en la redacción de la fórmula respecto de las acciones *in personam* que acabamos de transcribir.

### C. Ejemplos de edictos del pretor

Veamos ahora algunos ejemplos de edictos del pretor, también tomados del Digesto. Empecemos, no obstante, con un ejemplo de edicto edilicio, para ilustrar también la actuación de los magistrados ediles en su ámbito de jurisdicción: se trata de un edicto de los ediles curules sobre venta de ganado caballar (recordemos que, entre las funciones del edil, estaba el ordenamiento de los mercados):

“Los ediles dicen: ‘Los que venden ganado caballar manifiesten abierta y claramente qué enfermedades tiene cada animal, y entréguenlos a los compradores tales cuales han sido perfectamente enjaezados para la venta. Si no se hiciese así, daremos una acción en el plazo de sesenta días para la restitución del enjaezamiento, o para la devolución de los animales por razón de los enjaezamientos; en el plazo de seis meses, para deshacer la compra por razón de enfermedad o de defecto; o en el plazo de un año, para reducir el precio de la venta. Si se vendiere una pareja como conjunto, y uno de los animales estuviere en estado de redhibición, daremos una acción para que ambos sean objeto de redhibición. (...) Lo que hemos dicho sobre el buen estado de los animales de ganado caballar, lo deben hacer también los vendedores de cualquier clase de ganado’”<sup>936</sup>.

Es interesante cómo mediante este edicto los ediles curules conceden no una sino cuatro acciones que inciden en la regulación del contrato de compraventa que tenga por objeto ganado caballar y, posteriormente, amplían la aplicabilidad de dichas normas o acciones a cualquier clase de ganado. Así, la cita nos ejemplifica el otorgamiento de acciones en virtud de la potestad del magistrado (en este caso, el edil curul), y la extensión de acciones a casos idénticos o similares. Pasemos, entonces, a ejemplos de edictos del pretor:

“Dice el Pretor: ‘Mantendré los pactos convenidos que no se hubieren hecho ni con dolo malo, ni contra las Leyes, Plebiscitos, Senadoconsultos, Edictos de los Príncipes, y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos’”<sup>937</sup>.

Este edicto reviste una suma importancia histórica, pues mediante él se consagró la validez y tutela jurídica de lo que modernamente llamamos ‘contratos atípicos’: en Roma no existió una teoría general del contrato que diera validez y reconociera efectos jurídicos a todo acuerdo de voluntades entre las partes, sino que originalmente existían tan sólo determinados contratos o figuras contractuales reconocidos y tutelados por el *ius civile*. En tal virtud, si un negocio no pertenecía a alguna de dichas figuras contractuales, o no se ajustaba a las formalidades que para su celebración exigía el derecho civil, tales pactos no tendrían reconocimiento jurídico. En cambio, mediante el edicto pretoriano que acabamos de citar, se dio tutela jurídica a los mismos, ampliando así el ámbito de la contratación al reconocer y resguardar jurídicamente a los negocios atípicos, es decir, los que no encajaban dentro de los ‘tipos’ contractuales civiles. Al mismo tiempo, el edicto establece un marco legal dentro del cual los pactos deben mantenerse, al referirse a normas legales contra las cuales no puede pactarse y, desde luego, estableciendo la

<sup>936</sup> Digesto, 21.1.38pr y 5, citado en Domingo, et al. *Ob. Cit.* Página 255.

<sup>937</sup> Digesto, 2.14.7.7.

ausencia de dolo malo como requisito para la validez de la manifestación de voluntad. Además de esta importancia histórica, el edicto es un magnífico ejemplo de cómo la labor del pretor constituye el producto, concreción, realización o ‘materialización’ de la técnica jurídica y de los criterios que la inspiran, pues es precisamente con ocasión de este edicto que el Digesto cita a Ulpiano en aquellas palabras que ya vimos: “Es natural la equidad de este Edicto. Porque ¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana, como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?”<sup>938</sup>.

“Dice el Pretor: ‘Los que por Ley, Plebiscito, Senadoconsulto, Edicto, o Decreto de los Príncipes tienen prohibición de abogar, a no ser por ciertas personas, éstos, no aboguen en derecho ante mí por otro más que por quien les fuere lícito’”<sup>939</sup>.

“Dice el Pretor: ‘El que reclamare en nombre de otro que se le dé una acción, defienda a este a arbitrio de buen varón; y a aquel, contra quien litigare, dé fianza a arbitrio de buen varón de que ratificará esto el mismo a quien pertenece el negocio’”<sup>940</sup>.

“Dice el Pretor: ‘Si alguno hubiere administrado los negocios de otro, o los negocios que hubieren sido de cualquiera al morir, daré acción por esta causa’”<sup>941</sup>.

“Dice el Pretor: ‘Contra aquellos o aquellas que se dijere que han sido disminuidos o disminuidas de cabeza después que con ellos se trató o contrató alguna cosa, daré acción lo mismo que si esto no hubiere sucedido’”<sup>942</sup>.

Este edicto refleja el criterio que antes citábamos, según el cual “Es evidente, que aquellas obligaciones que se conoce que entrañan una prestación natural no se extinguen con la disminución de cabeza, porque la razón civil no puede destruir los derechos naturales”<sup>943</sup>. No corresponde aquí exponer el significado de ‘obligación o prestación natural’, pero baste observar que el edicto citado no limita la acción otorgada según si el pacto o contrato se refería a obligaciones o derechos naturales, sino se refiere en general a “alguna cosa”.

“Dice el Pretor: ‘Si los marineros, venteros o mesoneros no restituyesen lo de cualquiera que hubieren recibido para que esté a salvo, daré acción contra ellos’”<sup>944</sup>.

“Dice el Pretor: ‘Si alguno pidiere lo que por justa causa es entregado por quien no es dueño, y aun no fue usucapido, daré acción’”<sup>945</sup>.

“Dice el Pretor: ‘El que fuere acusado de haber acogido a un esclavo o a una esclava, ajeno o ajena, y de haberle persuadido con dolo malo a alguna cosa, con lo que le hiciera pero a él, o a ella, daré contra él acción por el duplo de cuanto importare esta cosa’”<sup>946</sup>.

---

<sup>938</sup> Digesto, 2.14.1.

<sup>939</sup> Digesto, 3.1.1.8.

<sup>940</sup> Digesto, 3.3.33.3.

<sup>941</sup> Digesto, 3.5.3.

<sup>942</sup> Digesto, 4.5.2.1.

<sup>943</sup> Digesto, 4.5.8.

<sup>944</sup> Digesto, 4.9.1.

<sup>945</sup> Digesto, 6.2.1.

<sup>946</sup> Digesto, 11.3.1.

“Dice el Pretor: ‘Respecto de aquella cosa sobre la cual se hubiere deferido juramento, no daré acción ni contra el mismo, ni contra aquel a quien pertenece la cosa’”<sup>947</sup>.

“Dice el Pretor: ‘Contra aquel que hubiere sido emancipado o desheredado, o que se abstuvo de la herencia de aquel en cuya potestad hubiere estado al morir éste, por razón de aquella cosa que con él se hubiere contratado, cuando él estuviese bajo su potestad, ya si hubiere contratado con su voluntad, ya si con mandato de aquel bajo cuya potestad estuviere, ora si la cosa se hubiere convertido en provecho del peculio del mismo, ora si en el del patrimonio de aquel en cuya potestad hubiere estado, con conocimiento de causa daré acción por cuanto puede hacer’”<sup>948</sup>.

“Dice el Pretor: ‘Si en nombre de un pupilo o de una pupila se pidiere tiempo para deliberar si le conviene retener la herencia, y se hubiere dado; si pareciere que hay justa causa, prohibiré que mientras tanto se disminuyan los bienes, a no ser con conocimiento de causa a arbitrio de hombre bueno’”<sup>949</sup>.

“Después dice el Pretor: ‘Si en el lugar en que se denunció que no se hiciese ninguna obra nueva, se dio fianza por la cosa de que se trata, prohibo, respecto a aquello por lo que se dio caución, o respecto de lo que en ti consiste que no se dé fianza, que se haga violencia para que no le sea lícito a uno hacer la obra en aquel lugar’”<sup>950</sup>.

“Después dice el Pretor: ‘Por la obra que se hiciere en río público o en su ribera, mandaré que se dé fianza por diez años’”<sup>951</sup>.

“Dice el Pretor: ‘Si este pupilo hubiere llegado a su tutela, o esta pupila fuere casadera, y fuesen debidamente defendidos, mandaré, que se separen de la posesión los que poseen los bienes’”<sup>952</sup>.

“Dice el Pretor: ‘No se dé acción por razón de lo que se hubiere contratado después que aquél, cuyos bienes hubieren sido vendidos, hubiere tomado la resolución de defraudar, sabiéndolo el que contrató’”<sup>953</sup>.

“Dice el Pretor: ‘Por lo que se hubiere hecho por causa de defraudación daré acción, contra el que no hubiere ignorado el fraude, al curador de los bienes, o a aquel a quien conviniera darle la acción sobre este asunto, dentro del año en que hubiere habido facultad para ejercitarla; y esto observaré también contra el mismo, que cometió el fraude’”<sup>954</sup>.

“Dice el Pretor: ‘Lo que Lucio Ticio hizo para defraudar, sabiéndolo tú, en los bienes de que se trata, lo restituirás a ellos, si por el motivo de que se trata debe competerle al acreedor, o tener éste, acción en virtud de mi Edicto, si no hace más de un año desde que tuvo facultad para ejercitar su acción sobre el asunto de que se trata; a veces permitiré con conocimiento de causa la acción por el hecho, aunque no haya conocimiento’”<sup>955</sup>.

---

<sup>947</sup> Digesto, 12.2.7.

<sup>948</sup> Digesto, 14.5.2.

<sup>949</sup> Digesto, 28.8.7.

<sup>950</sup> Digesto, 39.1.20.9.

<sup>951</sup> Digesto, 39.2.15.2.

<sup>952</sup> Digesto, 42.4.5.2.

<sup>953</sup> Digesto, 42.5.25.

<sup>954</sup> Digesto, 42.8.1.

<sup>955</sup> Digesto, 42.8.10.



“Dice el Pretor: ‘De aquellos bienes, cuya posesión fue dada por virtud de mi Edicto a uno, debes restituírle lo que de los mismos bienes posees, o poseyeres, como heredero o como poseedor, si nada hubiese sido usucapido, y lo que con dolo malo hiciste que dejaras de poseer’”<sup>956</sup>.

“Dice el Pretor: ‘Si alguno hubiere hecho con dolo malo que otro no esté en posesión de los bienes con permiso mío, o del que tenía esta jurisdicción, darñe contra él la acción por el hecho por cuanto importa la cosa por causa de la que hubiere sido puesto en posesión’”<sup>957</sup>.

“Dice el Pretor: ‘Vedo que se haga violencia para que no poseais, como las poseeis, las casas de que se trata, y que no poseeis uno por otro con violencia, ni clandestinamente, ni en precario. No daré este interdicto respecto a las cloacas; y no permitiré que se ejercite esta acción por más que por cuanto importare la cosa, dentro del año, desde el primer momento en que haya habido posibilidad de ejercitarla’”<sup>958</sup>.

“Dice el Pretor: ‘Vedo que se haga violencia para que no disfrutéis a ley de locación o de conducción de la superficie, de que se trata, y de la que no disfrutáis uno por otro ni con violencia, ni clandestinamente, ni en precario; y si respecto a la superficie se pidiere alguna otra acción, la daré con conocimiento de causa’”<sup>959</sup>.

“Dice el Pretor: ‘Vedo que se haga a uno violencia para que no conduzca, así como se le permitió, el agua que se le permitió conducir de un depósito por aquel que tuvo derecho para ello. Y cuando se le interpusiere interdicto por hacerse una obra, mandaré que se dé caución de daño que amenaza’”<sup>960</sup>.

---

<sup>956</sup> Digesto, 43.2.1.

<sup>957</sup> Digesto, 43.4.1.

<sup>958</sup> Digesto, 43.17.1.

<sup>959</sup> Digesto, 43.18.1.

<sup>960</sup> Digesto, 43.20.1.38.



## **II**

# **LAS PRINCIPALES CORRIENTES DEL PENSAMIENTO JURÍDICO**



## IV

### EL DERECHO NATURAL

“Para distinguir la ley buena de la mala no tenemos más norma que la de la naturaleza. No sólo lo justo y lo injusto, sino también todo lo que es honesto y lo torpe se discierne por la naturaleza. La naturaleza nos dio así un sentido común, que esbozó en nuestro espíritu, para que identifiquemos lo honesto con la virtud y lo torpe con el vicio. Pensar que esto depende de la opinión de cada uno y no de la naturaleza, es cosa de locos”.

-Marco Tulio Cicerón<sup>961</sup>.

“...contra la Escuela Clásica del Derecho Natural<sup>962</sup> ha de comprenderse privativamente dirigida la iterativa frase de Windscheid: ‘Ya hemos despertado del sueño del derecho natural’. (...) La consabida proposición de Beling, ‘ya hemos despertado del sueño del derecho positivo’, ha de entenderse cual una superación del positivismo –que no de la positividad del derecho– y un retorno al iusnaturalismo objetivo”.

-Hernán Valencia Restrepo<sup>963</sup>.

Pasamos ahora a exponer, siempre en forma general e introductoria, los aspectos principales de las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico. Para comprender mejor el tema, se hace necesario incluir algunas nociones básicas sobre filosofía en general, filosofía del Derecho en particular, etc. Sin embargo, debido al enfoque adoptado en el presente estudio, dejaremos el tratamiento de dichas ideas para capítulos posteriores, concretamente, en la parte tercera de este trabajo. En esta segunda parte, abordaremos únicamente las tres principales corrientes de pensamiento jurídico, cuya exposición será dividida en dos ejes fundamentales<sup>964</sup>:

- **Historia y exponentes:** en que se hará una panorámica reseña del desarrollo a través del tiempo de cada corriente examinada, incluyendo las diversas escuelas o subdivisiones que dentro de ellas se han manifestado, mediante una descripción general de las ideas y doctrinas de algunos de los más influyentes y representativos pensadores y autores que las han expuesto. Vale aquí la misma observación hecha en el primer capítulo, en el sentido de que la división de la historia en etapas no es taxativa y, en cierta forma, tiene algo de arbitrario. En consecuencia, pueden existir traslapes temporales en el surgimiento de corrientes, doctrinas o teorías que, para efectos meramente expositivos, se obviarán para ubicar algunos temas en una división o etapa histórica en general más adecuada a su desarrollo principal, sin perjuicio de que tenga antecedentes en épocas previas, y repercusiones incluso en nuestros tiempos.

---

<sup>961</sup> *De legibus*, I, 16. Citado por Javier Hervada en *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, página 67.

<sup>962</sup> El autor denomina ‘Escuela Clásica del Derecho Natural’ a aquella corriente que, en el presente trabajo, denominaremos más bien ‘iusnaturalismo racionalista’, ‘Escuela Moderna’, ‘iusnaturalismo constructivista’, etc., reservando el término de ‘escuela clásica’ o ‘iusnaturalismo clásico’ como equivalente de la corriente que el autor citado denomina ‘iusnaturalismo objetivo’.

<sup>963</sup> *Nomoárquica, Princiपालística Jurídica o los Principios Generales del Derecho*. Páginas 18 y 20.

<sup>964</sup> Para ello nos hemos inspirado en la manera de exponer de Norberto Bobbio en su obra *El Positivismo Jurídico*, en la cual también divide el tratamiento de su materia en “orígenes históricos” y “doctrina”.

- **Doctrina:** en que se expondrán de manera concisa los puntos más relevantes o fundamentales de lo que cada corriente aporta como noción del Derecho, su naturaleza y funciones, etc. Es preciso advertir desde este momento que tal explicación, por su forma y fines, necesariamente incurrirá en generalizaciones que el lector no debe tomar como válidas y absolutas respecto de todo el conjunto de opiniones y doctrinas representadas en cada corriente, ya que éstas son categorías enunciadas para propósitos de estudio, en la cual quedan englobadas posturas y teorías que incluso llegan a contradecirse o pugnar entre sí sobre determinados aspectos.

La dilucidación y aclaración de tales discrepancias, a efecto de promover la formación de criterio en torno a las mismas, será posible, primero, a través de la referencia que el lector haga a las explicaciones aportadas en la sección de Historia (incluyendo la consulta de material bibliográfico adicional que en ella se señale) y, especialmente, a través del análisis posterior que efectuaremos en los capítulos que integran la tercera parte de este estudio.

Buscando preservar en lo posible un orden cronológico que considero adecuado a nuestra materia, especialmente en cuanto pretenda facilitar al lector la síntesis e interrelación de los temas tratados, refiriéndolos entre sí y con el panorama histórico del Derecho Romano ofrecido en el primer capítulo, se expondrán en esta segunda parte, en su orden, el Derecho Natural o Iusnaturalismo, el Positivismo Jurídico o Iuspositivismo, y el Análisis Económico del Derecho, en atención a la cronología de las etapas históricas en que cada corriente fue apareciendo o demarcándose con mayor sustantividad. Empecemos, entonces, a tratar sobre el Derecho Natural.

## I. HISTORIA Y EXPONENTES

Actualmente el término ‘iusnaturalismo’ se emplea para designar a toda teoría que admite el derecho natural en oposición al positivismo. Sin embargo, debe distinguirse claramente entre la llamada *concepción clásica* o *escuela clásica* (término que, a su vez, unas veces designa el iusnaturalismo escolástico o por él influido, y otras veces se refiere a la orientación aristotélico-tomista), y la *concepción moderna* del derecho natural.

Incluso en etapas históricas remotas pueden encontrarse opiniones y posturas emparentadas con las diversas corrientes de pensamiento jurídico que en este trabajo exponremos. Por ejemplo, ya en el antiguo Egipto se pueden identificar nociones que podríamos considerar como inspiradas por la idea de un derecho natural; las tensiones entre derecho natural y ley humana (o ‘positivismo’) que se presentan en la célebre tragedia “Antígona” del teatro griego; algunos juristas romanos tocan el tema de la utilidad de maneras en las que alguien podría vislumbrar atisbos de un remoto ‘análisis económico’ del Derecho. Sin embargo, no cabe duda que es la doctrina del derecho natural la que más influencia y extensión tuvo en la humanidad durante siglos, y sigue teniéndola en la actualidad. No obstante ello, tal doctrina no ha sido uniforme: ha sufrido variaciones y dado lugar a diversas opiniones que van desde sutiles diferencias más abstractas que prácticas, hasta posturas que, aún englobándose dentro de una misma categoría general como ‘iusnaturalistas’, tienen en realidad profundas oposiciones entre sí, tan distantes como los puntos de partida epistemológicos en los que se sustentan. El desarrollo y diversidad de teorías iusnaturalistas a lo largo de los siglos ha sido tal, que varios pensadores, algunos quizá dejándose llevar por un cierto escepticismo o pesimismo intelectual, o basados en un superficial

conocimiento del tema, han llegado a ver en dichas discrepancias un punto de partida para rechazar la idea misma de que exista tal cosa como un derecho natural<sup>965</sup>.

La diversidad que existe dentro de la corriente iusnaturalista también incide en dar lugar a obstáculos y malentendidos en el diálogo y discusión académicos, ya que va unido a la existencia de conceptos ambiguos o equívocos, de los cuales se desprenden prejuicios y divergencias conceptuales que hacen difícil en ocasiones la búsqueda del conocimiento y la verdad para el estudiante de Derecho. Por eso, espero resulte de utilidad la exposición que a continuación iniciaremos, como una especie de manual o referencia sencilla (una ‘guía de supervivencia’ diría alguno), a fin de que el lector pueda tener presente la amplitud de panorama que esta corriente implica y, con ello, esté en mejores posibilidades de formarse criterio al respecto, y de entenderse mejor con autores e interlocutores de la ciencia jurídica y la filosofía.

## 1. Antigüedad

Ya hemos mencionado antes cómo la civilización occidental se erige sobre tres grandes legados que son como elementos constitutivos de la misma: la filosofía griega, el Derecho Romano, el pensamiento cristiano. En efecto, “La noción de derecho natural, tal como ha llegado hasta nosotros, es el resultado de dos contribuciones fundamentales: la filosofía griega, con su continuación romana, y el pensamiento cristiano. La filosofía pagana antigua aportó los elementos básicos para construir la teoría del derecho natural; el pensamiento cristiano (...) contribuyó a su comprensión, al aclarar una serie de conceptos”<sup>966</sup>.

### A. Grecia<sup>967</sup>

Decimos que algo es *natural* cuando se le entiende como inherente al ser del hombre, no como factor extrínseco. Es por ello que podemos situar el inicio de la teoría del derecho natural en la antigua Grecia ya que, al iniciarse en ella el pensamiento propiamente filosófico, se abandona el pensamiento mítico en virtud del cual el derecho natural se entendía como mandato extrínseco de los dioses.

La antigua Grecia atraviesa un período mítico en el cual la justicia y el derecho se personifican como deidades, expresando ya la idea de que éstos se basan no sólo en la ley y la convención humanas, sino en realidades anteriores a ella. Las palabras que utilizaron los griegos (que también eran el nombre que daban a las diosas que personificaban tales ideas) para designar la justicia y el derecho fueron:

- *Thémis* (Θεμις): voluntad de los dioses, que originariamente significó “lo que está establecido como regla”. Se atribuyó un carácter sagrado, de revelación divina mediante

<sup>965</sup> Al respecto, el estudioso Javier Hervada comenta lo siguiente: “En el lenguaje filosófico, las palabras ‘natural’ y ‘naturaleza’ se han utilizado y se utilizan en sentidos diversos (...). De ahí derivan, sin duda, dificultades y problemas; pero, sin negar esto, no parece menos cierto que algunos autores han exagerado la dificultad, ni han faltado quienes hayan pretendido ver ahí una razón para poner en duda la posibilidad misma del derecho natural. (...) es preciso advertir que la denominada por Thomasio *difficilis quaestio de natura naturae* –la difícil cuestión de la naturaleza o esencia de la naturaleza– es, por lo menos en parte, una cuestión artificiosamente aumentada”. Historia de la Ciencia del Derecho Natural. Páginas 26 y 27.

<sup>966</sup> Hervada. Ob. Cit. Páginas 37 y 38.

<sup>967</sup> Cfr. Hervada. Ob. Cit. Páginas 37 a 64.

oráculos, a las normas tradicionales que regían a las ciudades griegas, sin distinguir entre preceptos morales y jurídicos.

- *Dike* (Δίκη): *logos* o razón que gobierna el mundo. La idea conlleva reconocer que existe un orden propio del cosmos, interior a él, es decir, se empieza a abandonar la concepción voluntarista que implica una medida exterior al mundo, para pasar a considerar que existe un orden inherente al ser, no gobernado por las divinidades desde fuera, aún cuando a dicho orden interior se atribuya un origen divino.

La aplicación práctica de la *dike*, o sea, la justicia en cuanto virtud moral, fue denominada *dikaiosyne*.

Se considera como los primeros filósofos a los pensadores denominados presocráticos, antecedentes de la teoría del derecho natural, la cual inicia con los pensadores sofistas. Los sofistas establecen una distinción entre ley positiva (*nómos*) y naturaleza (*physis*), siendo los primeros en hablar sobre la naturaleza como medida de conducta. Cada sofista tiene su pensamiento propio, unidos por algunos rasgos comunes entre los que sobresale el haber inaugurado el período *antropológico* del pensamiento griego, es decir, dedicando sus reflexiones al hombre, variando la tendencia del período anterior, *cosmológico*, más enfocado sobre el cosmos. Su pensamiento no es propiamente jurídico, sino moral y político.

De su idea de *nómos* y *physis*, derivaron los sofistas una distinción entre lo justo por naturaleza o justo natural, y lo justo por ley o justo legal, entendiendo por justicia el orden conforme a una y otra. Sin embargo, incurren en lo que se denomina *falacia naturalista*, que consiste en elevar a la categoría de regla de lo moral y lo justo lo que no es más que un hecho, trasladando indebidamente el *ser* al *deber ser*: por ejemplo, afirmando que es justo que el más fuerte domine al más débil, entendiendo la justicia como armonía entre hechos y fuerzas. Exponían también los sofistas una contraposición entre lo justo natural y lo justo legal, afirmando que el *nómos* artificial debe ceder ante la *physis* natural. Aunque parezcan coincidir en esto con algunos iusnaturalistas, los sofistas no pueden propiamente ser considerados como tales, ya que más bien defendían, no el derecho natural, sino un naturalismo ético y jurídico, tomando naturaleza no como un deber-ser sino como una realidad empírica. Por partir de la naturaleza empírica del hombre (su constitución sensible), y no de la naturaleza en cuanto esencia como principio de operación, se llega a confundir el derecho con la fuerza: confundir lo físico con lo justo implica desconocer el dominio de la razón sobre la fuerza.

Es hasta con Aristóteles (384 – 322 a.C.) que toma forma lo que propiamente se puede considerar una teoría del derecho natural, aportando categorías y conceptos que le sirven de base, a través de su pensamiento ético y metafísico. Aristóteles precisa y depura algunos conceptos que ya se manejaban con anterioridad a él (justicia, lo justo, justo natural, etc.), enfocándolos según eran entendidos en el foro, en el conjunto de relaciones jurídicas entre los hombres, sabiendo distinguir entre la justicia propia del juez y del jurista, y la justicia en su acepción moral como vivencia de las virtudes. Con ello, Aristóteles da el paso de la filosofía moral y política a la filosofía del derecho o jurídica:

- Justicia no es orden cósmico (*dike*), sino que cada cual esté en posesión de su derecho.
- La virtud de la justicia (*dikaiosyne*) consiste en el hábito de dar a cada uno lo suyo.



- Lo justo no es el orden social armónico (orden político), sino cada cosa que a cada cual se atribuye.
- Lo justo natural no se ajusta a una pretendida armonía natural entre poderes o entre poderes y ciudadanos, sino lo que por naturaleza corresponde a las personas según una medida natural.

La principal aportación de Aristóteles consiste en haber aclarado la noción de *natural* y *naturaleza* aplicable al derecho natural: trascendiendo la falacia naturalista en que habían incurrido los sofistas, y la vaguedad o imprecisión de otros pensadores anteriores, Aristóteles afirma que por naturaleza ha de entenderse la esencia como principio de operación, basada en una estructura y entidad radicales de la cual están dotados los seres, inteligibles mas no experimentables: nuestra inteligencia los capta, a través de los datos proporcionados por los sentidos, pero sobrepasándolos, ya que los sentidos sienten, pero no deducen ni intuyen. Así, se habla de una realidad *metafísica* (más allá de lo físico), que es real pero no empírica o sensible, sino inteligible. Anteriormente, el otro gran filósofo griego, Platón, había establecido una separación entre las ideas y lo empírico, haciendo quedar a las ideas como arquetipos, como ejemplares fuera del ser. Aristóteles, en cambio, coloca la forma o idea dentro de las cosas, y con ello se entiende que la justicia y el derecho natural no son ideales o arquetipos, sino parte del derecho real existente, la justicia como una proporción real en las cosas<sup>968</sup>. Entre las causas o principios del ser, Aristóteles habla de la causa final, de tal modo que, si la justicia es una igualdad o proporción, éstas, en cuanto naturales, se han de medir según la naturaleza del hombre y las cosas, y según su finalidad.

Para Aristóteles, el bien del ser, su perfección, consiste en la plena realización de su esencia o naturaleza, que es en lo que reside el ser de las cosas. En consecuencia, serán buenas o malas las acciones humanas según concuerden o no con la naturaleza humana. El principio formal del hombre es la razón, por lo que el bien del hombre consiste en conformarse con la recta razón, que a su vez se conceptúa como un justo medio entre un exceso y un defecto. Dicho justo medio se encuentra en la finalidad de los actos: por ejemplo, la inclinación natural del hombre a comer tiene por fin alimentarse para preservar la salud, de donde será malo comer más de la cuenta (exceso) o el ayuno (defecto) en la medida en que estas conductas puedan dañar la salud. Se denomina *virtud* al hábito de obrar el bien, de vivir según el justo medio entre dos vicios opuestos, y las virtudes se entienden como fundamento de la ética: el bien que el hombre debe obrar no es un ideal, sino el bien concreto alcanzable en la práctica.

Al tratar sobre el derecho natural, Aristóteles no filosofa sobre la ley, sino sobre lo justo como objeto de la virtud de la justicia. Lo justo es la cosa justa debida a un sujeto porque le corresponde. No se refiere al orden implantado por las leyes, sino al implantado por la virtud de la justicia, referida al reparto de bienes que existen en la sociedad y el intercambio de éstos. Se plantea así el llamado *realismo jurídico*: lo justo no es la ley o una facultad moral, sino la *cosa* que uno debe dar o recibir en justicia (un bien, un provecho, una carga, un mal, etc.). Por ello se le llama *realismo*: en cuanto derivado de la palabra latina *res*, que significa *cosa*. Señala Aristóteles la distinción entre lo justo natural y lo justo legal: es justo natural aquello que lo es

---

<sup>968</sup> Platón tampoco admitiría la idea del derecho natural como un derecho ideal o una idea de Derecho, ya que para él “lo arquetípico del Derecho es la justicia ideal, siendo el derecho (la ley) lo real existente”. Hervada. *Ob. Cit.* Página 58.

por naturaleza, teniendo la misma fuerza en todas partes e independiente de las resoluciones de los hombres en un sentido u otro; es justo legal aquello que, siendo indiferente en principio, deja de serlo en virtud de una ley positiva. En el contexto del realismo jurídico, el derecho natural es aquello que, en una relación entre dos sujetos distintos (alteridad) es debida al uno por el otro en razón de igualdad o proporción medida por la naturaleza de las cosas y no por acuerdo o convención de los hombres. Justo natural no es igual a ley natural (y, por tanto, no cabe hacer equivaler la distinción entre justo natural y legal a aquella entre ley natural y positiva), pero sí la presupone: la ley es norma o regla, criterio, de la justicia. Aristóteles llama ley particular a la determinada por cada pueblo (siendo algunas escritas y otras no escritas), y ley común a la que es según naturaleza, la que todos intuyen que por naturaleza es justo o injusto aunque no haya mutuo consentimiento o acuerdo entre las personas.

La filosofía estoica vino a complementar algunos puntos que Aristóteles no había explicado completamente. Esta corriente filosófica inicia en Grecia y continúa en Roma (entre los siglos III a.C. y II d.C.). Los pensadores estoicos se ocuparon del derecho natural en la medida en que se relaciona con la ética, pero sólo Cicerón se ocuparía propiamente del Derecho. En líneas generales, el estoicismo concibe al mundo (cosmos) como formado por dos principios: un elemento espiritual, divino, inmanente al mundo, que produce todas las cosas y les da forma, y un elemento material o sustrato de todas las cosas. La naturaleza sería un conjunto armonioso de seres regidos por un principio inteligente, el *lógos* divino, ley eterna e inmanente al universo, representada por la razón divina, la cual se manifiesta en el hombre mediante la recta razón (*recta ratio*, *órthos lógos*), y el orden humano consiste en obrar conforme a esta recta razón. La contribución del estoicismo consiste, entonces, en identificar la ley natural con los dictámenes de la recta razón humana, y enlazar la ley natural con la razón divina. Sin embargo, no distingue entre el fundamento divino de lo natural y las leyes naturales, y su noción de razón o *lógos* es de índole panteísta, es decir, de un sistema según el cual la totalidad del universo es el mismo Dios.

## B. Roma<sup>969</sup>

En Roma, hubo varios autores influidos por el estoicismo. El que más se ocupó del tema jurídico fue Marco Tulio Cicerón, aunque más que filosofía jurídica hace filosofía política, tratando de las leyes en cuanto sirven para organizar la *civitas*. Para Cicerón, el fundamento universal del derecho y las leyes, su naturaleza, reside en la naturaleza del hombre. Existe una ley natural anterior al derecho positivo, ínsita en la naturaleza humana y emanada de los dictados de la recta razón, teniendo como origen o fuente una ley eterna, la sabiduría divina. De la ley eterna se hacen partícipes los hombres mediante la razón, que los hace socios de la divinidad. Cicerón recoge además la idea de que la ley natural no es producto de opinión, sino que está impresa en la naturaleza, en el alma, de tal modo que sus principios son universales. El oscurecimiento parcial de tales principios en algunos hombres y pueblos se debe al error y la mala voluntad. Sólo es ley, propiamente, la buena ley, aquella que está de acuerdo con la naturaleza; las demás no merecen llamarse ley, porque son íntimamente falsas.

Otro pensador romano que, aunque trate sólo incidentalmente de la ley natural, debe tenerse presente por reflejar ideas y usos lingüísticos que influyeron en los juristas romanos y la doctrina, es Séneca. Al tratar de la ley natural o del derecho natural, Séneca participa de una confusión entre el orden de la naturaleza en cuanto referida al mundo, los animales y el hombre, que tiene su origen en las diferencias entre los idiomas griego y latín, en cuanto a las palabras que cada uno

<sup>969</sup> Cfr. Hervada. *Ob. Cit.* Páginas 64 a 81.

utilizaba para referirse al orden natural, animal o inanimado, el orden humano, las leyes instintivas, la ética, el derecho, etc., a la par que de confusiones conceptuales en ellos existentes. De esto trataremos con detenimiento en el capítulo dedicado a la desambiguación de conceptos. Séneca aplica el término *ius* a tres órdenes: el físico, el común a todos los seres vivientes, y el específicamente humano. En sus obras, aplica el término *ius naturae* a las leyes de la naturaleza; habla de un *commune ius animantium*, que parece tener el sentido de leyes comunes a los seres animados (hombres y animales), morales y en parte instintivas respecto del hombre, e instintivas en los animales. En lo propiamente humano, se refiere a *ius humanum* (ley de la condición humana), *ius commune generis humani* (comunidad de bienes entre todo el género humano, que establece la unión de amor universal entre los hombres – idea de extracción estoica), *ius gentium* (derecho natural, en alusiones incidentales que no permiten elaborar una descripción adecuada de su concepto).

Los juristas romanos, quienes dieron nacimiento al arte del Derecho, también manejaron, e integraron en el oficio del jurista, el derecho natural. Sabemos que sus obras principales nos han llegado, parcialmente, de modo fragmentario e interpolado a través de la compilación de Justiniano, pero es posible formarse una idea de su pensamiento. Entre los nombres que los juristas romanos dieron al derecho natural podemos mencionar, como ya sabemos, los siguientes: *ius gentium*, *ius commune*, *ius naturale*. También emplearon las voces *ratio naturalis* y *aequitas naturalis*, para referirse al derecho natural en cuanto factor de interpretación del derecho.

Ya hemos visto cómo los romanos acudieron a las normas de la razón común para regular casos no previstos en los derechos propios de cada pueblo: el derecho natural se consideró como un derecho vivo, una parte del derecho vigente y aplicado. También sirvió el derecho natural como un factor de adaptación y humanización del *ius civile*, por considerársele prevalente sobre este último.

Gayo describió el *ius gentium* como aquel que la razón natural ha establecido entre todos los hombres y es observado por todos los pueblos. Paulo habló de que el derecho natural es siempre justo y bueno, por fundarse en la naturaleza de las cosas. Ulpiano se refirió al derecho natural como aquel que la naturaleza enseña a todos los animales, es decir, común a todos los seres vivientes, distinguiéndolo del derecho de gentes, usado por todos los pueblos humanos. Con esto, Ulpiano aparentemente se ubica en la confusión anteriormente señalada al tratar de Séneca. Sin embargo, se sabe que los romanos aplicaban la justicia únicamente en el ámbito de los seres racionales, por lo que es difícil imaginar que Ulpiano quisiera caracterizar las ‘leyes’ que rigen a los animales como propiamente derecho: más bien parece ser que Ulpiano quiso dar una visión de conjunto de todas las leyes que rigen a la sociedad, y es por ello que toma en cuenta en parte las ‘leyes’ que en el hombre proceden del instinto, rasgo en común con los animales.

En los juristas romanos, no existe una separación o tensión entre lo ideal y lo real, entre el derecho natural y el positivo, sino que existe un único derecho consistente en la solución justa del caso real, en la cual entran en juego tanto factores naturales como positivos.

### C. Cristianismo<sup>970</sup>

Si bien es cierto que el cristianismo no puede reducirse a una filosofía, escuela de pensamiento o sistema ético, también lo es que supuso un punto de partida en el pensamiento al introducir una

<sup>970</sup> Cfr. Hervada. *Ob. Cit.* Páginas 82 a 108.

situación nueva del hombre y un conjunto de verdades especulativas y prácticas que la razón ha ido profundizando y desarrollando. En cuanto concierne al derecho natural, el cristianismo brinda tres aportes fundamentales:

- El concepto de persona, inexistente en la filosofía anterior.
- Una noción más exacta de Dios, su relación con el hombre y el universo creado, así como del orden universal y el orden moral.
- Un sentido profundo de la dignidad humana.

El cristianismo no rompe con el pensamiento pagano respecto al derecho natural, sino que lo perfecciona. Ya desde los primeros tiempos se tuvo la noción de que la fe y la razón no se contradicen, porque la verdad es una sola y uno es su origen, Dios. La fe no sustituye a la razón sino que la enriquece y potencia: por eso el cristianismo aceptó cuanto de verdad se contenía en la filosofía pagana.

El núcleo de la doctrina cristiana se halla contenida en la Biblia o Sagrada Escritura, y en la Tradición. La Biblia se divide en Antiguo Testamento y Nuevo Testamento.

En el Antiguo Testamento, conjunto de libros recibidos como inspirados por Dios primero por el pueblo hebreo y luego por el cristianismo, se contiene la Revelación divina hecha antes de Cristo. En el Antiguo Testamento se presenta a la ética y el derecho natural como enseñadas positivamente por Dios a su pueblo, es decir, el derecho natural se contiene dentro del derecho divino positivo. Las verdades fundamentales que en dichos libros se enseñan son las siguientes:

- Dios existe como ser personal y, por tanto, es distinto del mundo. Para que el derecho natural sea verdaderamente natural es necesario que tenga su fundamento próximo en la naturaleza humana, sin que el hombre se confunda con Dios ni con la Naturaleza. Es también necesario que sea un orden del hombre como ser libre, y si Dios no fuese distinto del hombre, la libertad no sería más que la conciencia de una ley necesaria. El mundo no procede de la sustancia divina, sino que es creado por Dios y, en consecuencia, el derecho natural es propio de la naturaleza humana, es distinto del *lógos* divino, aunque sea reflejo y participación del mismo.
- El hombre es un ser personal, creado a imagen y semejanza de Dios: dotado de razón y libertad, es sujeto de moralidad. Forma parte de la naturaleza pero no se reduce a ser una parte de ella, sino que ha sido creado para dominarla y custodiarla. La razón permite discernir el bien del mal, y la libertad permite elegir entre lo justo e injusto, bueno y malo. Sólo para un ser libre e inteligente puede existir un derecho natural.
- La naturaleza humana es buena. Sin embargo, al discernir entre el bien y el mal, parece que hay cosas naturales buenas y malas. Pero aunque tanto lo bueno como lo malo proceda del ser del hombre, lo bueno se enraíza en la naturaleza en cuanto tal, mientras que lo malo en un desorden o defecto (naturaleza caída), producto del pecado original. De ahí que el derecho natural no se pueda asentar en la naturaleza empírica del hombre, sino en la naturaleza en sentido de su esencia como principio de operación. La deficiencia

humana no es esencial, sino de estado: el hombre preserva, aunque debilitado, la capacidad de dominar el mal y la injusticia.

Así, la ética natural y derecho natural se fundan en la naturaleza humana, no empírica, sino como universal metafísico: este es el punto de contacto con la doctrina de Aristóteles, que permitió que la teoría aristotélica y la enseñanza bíblica se fundieran posteriormente en la filosofía medieval.

- Dios es el fundamento último del derecho natural. Si bien el Antiguo Testamento no habla de un orden natural, sí se refiere a un orden de obrar dado al hombre por creación, la facultad de discernir entre el bien y el mal, lo justo y lo injusto. Aunque la ley eterna y la ley natural sean cosas distintas, una es reflejo (participación) de la otra.
- Un compendio del derecho natural. Los Diez Mandamientos o Decálogo aparecen como el mejor resumen de la ética natural y, en cuanto tienen de jurídico, del derecho natural: un compendio de principios básicos de moral personal y social, entre ellos preceptos fundamentales de derecho natural.
- Se presenta el amor al prójimo como primera y suprema ley de la vida social. Si el amor tiene por causa la semejanza, tal norma conlleva el reconocimiento de una igualdad básica por encima de diferencias accidentales. De ahí proviene además la llamada regla de oro que, formulada en sentido negativo, se expresa como “no hagas a otro lo que no quisieras que otro te hiciese a ti”.

La figura central del cristianismo es Jesús de Nazaret (Jesucristo), cuya vida y enseñanzas se hallan contenidas en el Nuevo Testamento, junto con la historia de la primitiva Iglesia y los escritos de los Apóstoles, enviados por Cristo a predicar el Evangelio. El Nuevo Testamento y otros escritos de autores cristianos antiguos no son propiamente obras de filosofía, de Derecho ni de filosofía jurídica; sin embargo, es preciso conocerlos en nuestra materia en virtud de la influencia que el cristianismo ha tenido en la conformación de las ideas y doctrinas sobre el derecho natural.

En el Nuevo Testamento se refuerzan ideas ya contenidas en el Antiguo, tales como el concepto de persona y la dignidad humana: el hombre es un ser racional, objeto del amor de Dios y superior en dignidad a las demás criaturas, una dignidad individual que lo hace irreducible a un mero individuo de la especie o parte de un todo. Se refuerza también la idea de la igualdad radical entre todos los hombres. Jesucristo enseñó expresamente que los Diez Mandamientos constituyen el núcleo básico de la ley de Dios: la ley natural permanece como base de la moral y, como ley tanto de la naturaleza como de Dios, debe también prevalecer sobre la ley positiva que contenga dictados contrarios a ella.

Es de resaltar la importancia que tuvo en la doctrina del derecho natural las enseñanzas de San Pablo, especialmente en su Epístola a los Romanos, en donde expresa que, así como los judíos tenían la ley de Moisés y los cristianos la ley de la gracia, también los gentiles tienen una ley de Dios escrita en sus corazones que se manifiesta por los dictámenes de la conciencia: existe una ley inscrita en el ser del hombre, una ley natural cuyo contenido es el mismo que la moral escrita en el Decálogo, y tiene su principio en el discernimiento del bien y del mal.

Después de los apóstoles, se desarrolla la doctrina cristiana a través de escritores denominados Padres de la Iglesia (Patrística), quienes aluden a la ley natural en un contexto teológico y moral, no jurídico ni filosófico, teniendo como fuentes filosóficas más propias el estoicismo, el platonismo ecléctico popular y el neoplatonismo. Entre los principales autores de la Patrística se menciona a San Justino, Clemente de Alejandría, San Ireneo de Lyon, Atenágoras, Tertuliano, Orígenes, San Juan Crisóstomo, San Jerónimo, San Gregorio Magno, entre otros. Sus principales afirmaciones pueden resumirse en afirmar la existencia de una ley natural común a todos los hombres, invariable en todo tiempo y lugar, que no es sólo una exigencia de la naturaleza sino además una expresa voluntad de Dios, a fin de que el hombre se comporte de conformidad con su condición de criatura racional, y que la ley humana debe obedecerse salvo cuando contradiga la ley natural.

El más destacado pensador de la Patrística es San Agustín de Hipona, quien plantea la ley natural como copia de la ley eterna, que es la razón o voluntad de Dios que establece el orden de todo el universo. La ley eterna es una y universal, pero se manifiesta de modos distintos en los distintos seres: en los irracionales, como necesidad ciega; en los racionales como deber moral. El hombre participa de la ley eterna conociendo la ley natural por medio de su razón y acatándola activamente mediante su libertad. San Agustín alude a los límites entre la moral y el derecho, al enseñar que, si bien nada es justo que no derive de la ley natural, ello no implica que la ley positiva deba realizar todas las exigencias de la ley natural, sino únicamente prohibir y castigar aquello que sea preciso reprimir para obtener el fin propio del derecho, que es la paz social.

Los cristianos presentaron ante la sociedad pagana una vivencia de la ley natural en su conjunto. Sin embargo, existieron tres puntos principales en que se mostraba una mayor diferencia entre el paganismo y el cristianismo: el culto a Dios (fueron los cristianos quienes plantearon por primera vez la libertad de las conciencias frente al Estado, pidiendo que se les reconociera dicha libertad y, a la vez, el reconocimiento del verdadero Dios por parte de la sociedad y el Estado, conllevando la conformación de la ley civil a la ley natural); el matrimonio (destacándose el rechazo al adulterio y el divorcio como contrarios a la ley divina); la vida humana (exponiendo la contracepción, el aborto y el infanticidio como graves atentados contra la ley natural).

## 2. Edad Media<sup>971</sup>

Recordando la división en líneas generales de la Edad Media según la crisis cultural de sus primeros siglos, y el posterior renacer de la cultura en general y la cultura jurídica en particular, puede hablarse primero de una época de transición marcada por un subsumirse la ley natural en la ley divina o evangélica, hasta nuevos desarrollos que se dieron tanto en el ámbito jurídico como en el teológico y filosófico. Asimismo, la filosofía escolástica que predominó en la época culminó con una de las figuras centrales de la doctrina del derecho natural: Santo Tomás de Aquino.

El concepto de *ius gentium* sufrió cambios durante la Edad Media. Como hemos visto, algunos autores antiguos le identificaban con el derecho natural; sin embargo, a la vista de que como parte del *ius gentium* se consideraban instituciones tales como la esclavitud, la guerra, y otras que chocaban con la noción de, por ejemplo, la libertad e igualdad de todo ser humano, la idea del derecho de gentes fue variando hacia una noción que le separaba y distinguía del derecho natural, que por ser *semper bonum et aequum*, no podía incluir instituciones nacidas de la evolución

---

<sup>971</sup> Cfr. Hervada. Ob. Cit. Páginas 109 a 193.

histórica. La tendencia fue considerar el *ius gentium* como un derecho positivo común a todas las gentes, conteniendo en germen lo que posteriormente se llamaría derecho internacional. Un autor importante de la época, San Isidoro de Sevilla, contribuye a este nuevo enfoque sobre el *ius gentium*, afirmando, entre otros aspectos, que el mismo posee una universalidad de hecho por provenir de las costumbres humanas, y no la universalidad propia del derecho natural derivado de la naturaleza humana según el orden establecido por el Creador.

La compilación de Justiniano, de continuada influencia en esta época, tiene ya influencia cristiana, y se mantiene la noción de que el derecho natural y el positivo no son realidades separadas y opuestas (dualismo), sino factores complementarios del orden jurídico (monismo). Durante la crisis cultural de los primeros siglos del medioevo, toma auge el llamado *agustinismo político*, tendencia que subsume lo natural en lo sobrenatural. La Iglesia empezó a influir en la legislación de los pueblos germánicos que invadieron el Imperio Romano, básicamente luchando por la incorporación y reconocimiento de normas y principios de derecho natural. Sin embargo, esta influencia no se produjo en nombre de la ley de la naturaleza, sino bajo la bandera de la llamada *lex evangelica*, en la cual quedó subsumida la *lex naturalis* al entender la sociedad cristianizada como regida por la *lex evangelica* (principios morales contenidos en la ley divina; el derecho natural perfeccionado por la ley de la gracia), y la ley mundana (las normas propias de cada reino): este sistema recibió el nombre de *utraque lex* (las dos leyes). En consecuencia, autores de la época de Carlomagno y del siglo XI (tales como Alcuino, Rábano Mauro, Jonás de Orleáns, Hincmaro de Reims, Ivo de Chartres), no hacen referencia directa a la ley natural, sino se mueven más bien en un binomio entre la ley de Dios y la ley de los hombres, afirmando la prevalencia de la ley divina.

### A. Juristas

Habiéndose estudiado anteriormente lo referente a las escuelas jurídicas medievales, baste resaltar en este apartado que los juristas de la Edad Media pueden considerarse iusnaturalistas. Irnerio afirma que el derecho es triple: el estatuido por las leyes, el estatuido por las costumbres, y el establecido por la naturaleza. Los glosadores hacen aportaciones escasas a la teoría del derecho natural, preocupados como lo estaban más por aclarar los textos romanos que por formular teorías. Propusieron diversas explicaciones sobre el derecho natural y el derecho de gentes según Ulpiano y otros juristas romanos, entre las cuales puede mencionarse una distinción entre lo natural según instinto (*secundum modum sensualitatis*) y lo natural según la razón (*secundum modum rationis*). Así, se entiende que el movimiento de un instinto natural que induce a los animales a hacer algo constituye una ley del obrar impresa en la naturaleza; por su parte, puede llamarse natural al *ius gentium* pero aclarando que es común a los hombres establecido por industria humana; es también natural el contenido en la ley mosaica y evangélica, al igual que aquello que es máximamente equitativo; por último, el derecho natural puede llamarse civil en cuanto que, por ejemplo, es contra derecho natural que no se cumplan los pactos. Se afirma también que es nulo un rescripto imperial que vaya contra un derecho natural.

De mejor calidad es el tratamiento que del derecho natural hicieron los canonistas. Autores como Rufino distinguen tres tipos de normas dentro del derecho natural: los mandatos (lo provechoso o el bien al que el hombre está ordenado), las prohibiciones (cuyo objeto es lo dañoso), y las demostraciones (que señalan lo conveniente). Sólo los mandatos y prohibiciones son taxativas e invariables, mientras que las demostraciones admiten cambios por razón de las circunstancias y situaciones históricas, pudiendo añadirse a ellas las costumbres que modifican y mejoran el

estado de naturaleza. La tradición canonista va progresivamente abandonando la noción ulpiana, ciñendo el derecho natural únicamente al hombre.

Puede decirse que tanto legistas como canonistas, circunscritos a explicar textos, carecieron de las claves filosóficas que les permitieran aclarar mejor la noción de derecho natural. Más que una deficiencia, ello debe atribuirse al hecho de que estos autores no eran filósofos y, además, al estado cultural de su tiempo. Es así como, a decir de Hervada, de la expresión derecho natural expusieron “una multiplicidad de significados (...) que hoy nos resulta farragosa y de escaso interés”<sup>972</sup>. Los juristas medievales siguieron el método exegético, dirigido a aclarar y explicar textos, basándose para ello en autores que adolecían de confusiones terminológicas que serían aclaradas hasta por escuelas posteriores. Cabe recordar que para estos autores la cuestión del derecho natural no era algo meramente teórico, sino que constituía parte integral e importante de la ciencia jurídica, siendo que el derecho natural se consideraba vivo, real y vigente.

## **B. Teólogos**

A finales del siglo XI y sobre todo durante el siglo XII se empieza a perfilar la teología como una ciencia sistemática. En la escolástica incipiente encontramos autores como Pedro Abelardo, quien fue el primero en utilizar la expresión *ius positivum* en contraposición al *ius naturale*. En el siglo XIII, con el auge de la escolástica, se asiste a una clarificación de conceptos que perfila la terminología que serviría de fundamento a una teoría completa del derecho natural que culmina con Santo Tomás de Aquino.

Destaca la figura de San Alberto Magno, quien reaccionó contra las posturas anteriores, exponiendo que existe únicamente un derecho natural: el derecho propio del hombre, siendo lo demás leyes de la naturaleza. La justicia natural pertenece al orden metafísico, mientras que el derecho natural pertenece al orden ético, es decir, deriva de la naturaleza específica del hombre, de la razón, pero no en su aspecto ontológico o constitutivo de su ser, sino en su aspecto dinámico y moral, o sea, como principio de las acciones humanas. Con él se diferencian claramente lo metafísico, lo físico y lo moral, siendo la ley natural aquella dictada por la razón del hombre. Precisa que el derecho natural se limita a las primeras reglas de suyo evidentes, mientras que las reglas conocidas discursivamente ya no son naturales sino puestas por el hombre.

## **C. Santo Tomás de Aquino**

Figura cumbre del pensamiento medieval, así como uno de los más grandes teólogos y filósofos de la historia, Santo Tomás de Aquino presenta una teoría acabada del derecho natural. Por ello su enseñanza merece ser expuesta con cierto detenimiento y extensión, puesto que recoge y supera muchas de las teorías elaboradas con anterioridad, a la vez que es punto de partida para doctrinas posteriores, además del valor que tiene por sí misma.

Durante los siglos anteriores a él, había predominado la tendencia de subsumir lo natural en lo sobrenatural (agustinismo político, cierta acentuación excesiva de puntos básicos de la doctrina cristiana), lo cual tuvo influencia en la teoría del derecho: la justicia quedaba subsumida en la santidad, el derecho natural en la *lex evangelica*, con lo cual los dictados de la razón natural perdían autonomía en la práctica.

---

<sup>972</sup> Ob. Cit. Página 138.



Ante tal situación, Santo Tomás de Aquino explica que la dimensión sobrenatural del hombre no corresponde al género de las substancias, sino que es un enriquecimiento no substancial, del género de los accidentes: lo sobrenatural perfecciona o eleva lo natural, pero no lo cambia ni lo destruye, de tal forma que la naturaleza humana conserva íntegras sus exigencias de orden y justicia, con lo cual la ley y el derecho naturales persisten en su integridad, siendo conocibles por la razón natural, común a creyentes y no creyentes, y la Revelación perfecciona la razón humana pero no la sustituye. De igual forma, el pecado original no corrompió la naturaleza humana, sino la hirió y la debilitó. Por eso, en virtud de la ignorancia, el error y la mala voluntad, al hombre le resulta más difícil conocer y cumplir el derecho natural, pero éste permanece en su integridad.

También distingue Santo Tomás entre la santidad evangélica y la justicia: la justicia es la virtud del reparto justo de las cosas exteriores (dar a cada quien lo suyo). La justicia ordena al hombre en las cosas relativas a otro (alteridad): por eso, mientras en las demás virtudes se tiene en cuenta el ánimo de la persona al obrar, en la justicia importa el objeto, lo que se hace, aun sin tener en cuenta cómo se hace. Con ello se distingue el derecho como objeto de la justicia, haciéndose posible la separación entre la cosa justa y el ánimo con que se da; sin embargo, ser justo en sentido de virtud, la justicia en cuanto virtud, sí exige ambos elementos: la cosa y el ánimo.

Los *fundamentos metafísicos* de la enseñanza de Aquino pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Dios tiene el ser por sí mismo; los demás seres lo tienen por participación en virtud de haber sido creados por Dios, de tal modo que los seres son vestigios divinos, siendo el hombre más que vestigio, imagen de Dios.
- El orden del universo es participación del orden divino, y el hombre como imagen de Dios tiene un orden impreso en su ser: el orden moral es el orden del ser humano; obrar conforme al orden moral es perfeccionarse.
- Las cosas existen objetivamente con independencia del pensar humano. En consecuencia, el orden moral como orden del ser es un orden objetivo: no producto inmanente de la conciencia, sino exigencias objetivas de la naturaleza humana, expresadas en la ley natural.
- La norma del obrar radica en la naturaleza, la esencia como principio de operación. El devenir del ser, o mero hecho de existir, no es un devenir normante sino normado.
- Una de las cuatro causas del ser es la causa final. El principio de finalidad es importante ya que en el fin de los actos humanos se fundamenta la moralidad. Todo ser es ordenado, con un orden impreso en él que le es intrínseco: el orden consiste en la recta disposición de las cosas al fin, de donde se ve que el orden en el obrar humano reside en el fin del hombre. Lo que esté de acuerdo con los fines del hombre que le son propios por naturaleza, es moralmente recto.

Por su parte, los *fundamentos gnoseológicos* de su teoría los podemos resumir:

- El entendimiento está ordenado a conocer las cosas objetivamente: la verdad consiste en la adecuación del entendimiento humano y las cosas, la correlación entre el conocimiento y la realidad de lo conocido.
- La inteligencia humana es infalible si entra en contacto directo con la realidad. El error proviene de insuficiencia de los datos o de falta de inmediatez: puede haber equivocación al razonar o error en los datos.
- El conocimiento de la verdad no es sólo una cuestión de entendimiento, sino que tiene cierto papel la voluntad: el hombre puede cerrarse voluntariamente a la verdad.
- Puede haber error en el conocimiento de la ley natural si no se conoce bien qué es el hombre, su dignidad, sus fines, o cuando el hombre se cierra voluntariamente a la verdad.
- El entendimiento humano conoce al entrar en contacto con el ser: carece de ideas innatas, y produce conceptos e ideas mediante la elaboración que el intelecto hace a partir de los datos que le proporcionan los sentidos. Los primeros principios que rigen el proceso de conocimiento (no contradicción, identidad, tercero excluido) no son innatos, sino captados de modo inmediato y evidente a partir de la noción del ser aprehendida.
- La razón opera de dos modos: razón teórica o especulativa (cuando sólo conoce), y razón práctica (cuando se trata de obrar, conociendo y aplicando la regla de acción).
- La razón práctica tiene dos objetos distintos:
  - Lo factible: obras exteriores hechas por el hombre. Sus reglas de operación son las de cada arte concreto, siendo el arte lo que capacita para hacer bien lo factible.
  - Lo agible: conducta humana de valor moral. Su norma es la ley, natural y humana. Para ello, la razón es habilitada por dos hábitos buenos:
    - La sindéresis: hábito de los primeros principios.
    - La prudencia: hábito de saber obrar bien.
- La razón especulativa opera por juicios lógicos (si A es igual a B y B es desigual a C, resulta que A es desigual a C); la razón práctica opera por juicios prudenciales (supuesta la situación A, lo recto es hacer B). De ahí que, en esta perspectiva, no cabe hablar de lógica jurídica sino de prudencia jurídica o jurisprudencia, dado que el derecho pertenece a la razón práctica.

Santo Tomás entiende la *ley eterna* como razón divina en cuanto dirige todos los actos y movimientos. Es *ley* porque constituye un acto de imperio y medida del gobierno de todas las cosas por Dios; es *eterna* porque existe en Dios y no en el tiempo. No podemos conocer directamente la ley eterna pero, al igual que podemos conocer a Dios mediante su reflejo en las cosas creadas, podemos conocer la ley eterna mediante su irradiación en las leyes físicas y la ley natural del hombre. Ley eterna (en cuanto está en Dios) y ley natural (en cuanto se participa en

las criaturas) son dos modos distintos de ser de la misma ley, convirtiéndose así la ley eterna en principio de toda verdadera ley: la ley humana que se aparte de la recta razón no es ley sino violencia.

La *ley natural* se entiende como participación de la ley eterna en la criatura racional, luz de la razón natural por la cual el hombre en su conducta discierne lo bueno de lo malo. Su obligatoriedad última y fundamental no radica en la razón ni en la naturaleza humana, sino procede de Dios.

Plantea además la ley natural no como un hábito, sino como una operación de la razón: la razón es la potencia, la operación son las proposiciones imperativas y los hábitos son la sindéresis (capacidad de juzgar rectamente, en cuanto a los primeros principios) y la prudencia (en cuanto a las conclusiones derivadas de los primeros principios).

El precepto fundamental de la razón práctica es que se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal. En él se fundan todos los demás preceptos, cuyo orden es paralelo al de las inclinaciones naturales, observándose tres niveles de tendencias naturales: el instinto de conservación, la tendencia a la perpetuación de la especie, la tendencia a conocer la verdad respecto de Dios y vivir en sociedad.

Los preceptos de la ley natural son de por sí evidentes, pero ello no implica que de hecho sean conocidos por todos. Siendo evidente toda proposición cuyo predicado pertenece a la esencia del sujeto, puede ser que no sea evidente para alguien que ignore la definición del sujeto. Algunos preceptos pueden ser conocidos por todos, mientras otros sólo sean accesibles mediante el estudio. Además, como la razón sólo es infalible en lo que respecta a los primeros principios, puede haber error en las conclusiones que de ellos se deriven cuando no sea total o adecuadamente conocida la realidad a partir de la cual se concluye.

Sobre la universalidad de la ley natural, Santo Tomás explica que, dado que las proposiciones con que la razón humana enuncia la ley natural no contienen todos los casos posibles, admite excepciones en virtud de que las circunstancias pueden variar en casos concretos, dando lugar a que la norma aplicable sea distinta en tal caso. La ley natural es común a todos los hombres en cuanto a los primeros principios. En cuanto a las conclusiones, es la misma en la generalidad de los casos, pero puede variar por razón de las circunstancias, o en cuanto a su conocimiento, éste puede fallar en casos concretos por fallo en el razonamiento o por ignorancia o perversión de la razón debida a pasiones o malos hábitos.

En cuanto a la inmutabilidad de la ley natural, expone que, por ser expresión del orden de las tendencias naturales, sus preceptos son siempre los mismos sin mutación dado que es igual la naturaleza humana de todos los hombres en todo tiempo y lugar. La mutación podría ocurrir por adición o por sustracción. Rechaza el cambio por sustracción, pues no puede dejar de ser recto lo que la ley natural prescribe. En cambio, puede variar al añadirse a la materia que regula ciertas prescripciones de la ley positiva divina o humana. Sin embargo, tal afirmación no debe tomarse como contradictoria con el principio ya expuesto de que no puede la ley positiva prescribir algo que contraría la ley natural. En efecto, la cuestión se resuelve distinguiendo en la ley natural dos clases de preceptos: los que provienen de una inclinación natural de modo que prohíben lo contrario (por ejemplo, el precepto de respetar el honor ajeno, que prohíbe la injuria, la difamación, etc.), y aquellos en los que no existe tal prohibición, que dan capacidades y posibilidades al hombre a la vez que dejando a la industria humana la misión de regular con más

precisión dichas capacidades según la utilidad y necesidad de los tiempos (por ejemplo, el régimen de los contratos). Sólo en esta segunda clase de preceptos cabe una mutación parcial de la ley natural.

Al planteamiento sobre si puede borrarse la ley natural del corazón del hombre, Santo Tomás responde distinguiendo entre los primeros principios y las conclusiones que de ellos se derivan. Los primeros principios, dependientes del hábito de la *sindéresis* (hábito innato al hombre), son indelebles. En cambio, los preceptos que son conclusiones y dependen de la virtud de la prudencia, pueden borrarse de la conciencia por hábitos corrompidos que impiden la recta comprensión, de tal modo que puede hablarse de una parcial debilidad de la ley natural en cuanto a los preceptos concluidos de los primeros principios.

Entendiendo como ley no simplemente un mandato que reúne requisitos formales, sino aquél que vincula la responsabilidad personal del hombre obligándole en conciencia como norma de su obrar, es preciso que para que obligue al hombre reúna los requisitos de que el poder de quien emana sea legítimo y que su contenido sea justo.

La ley humana deriva de la ley natural de dos modos:

- Por **conclusión**, cuando el contenido de la ley humana se deriva como la conclusión de un juicio o silogismo práctico: por ejemplo, que deba castigarse tal conducta delictiva, derivado del principio de ley natural de que todo mal debe repararse y expiarse. Tienen su fuerza a la vez de la ley natural y de la ley humana, por lo que únicamente pueden variar en cuanto tengan de componente humano.

Según Santo Tomás, este tipo de normas constituyen el *ius gentium*, el cual es, pues, derecho positivo.

- Por **determinación**, que es opción entre distintas posibilidades abiertas al hombre de cumplir muchos preceptos de ley natural: por ejemplo, que el castigo para el delito deba ser tal o cual pena. Este tipo de normas reciben su fuerza de la ley humana, siendo por tanto derogables y variables.

Actualmente la palabra ‘derecho’ se aplica a las normas, la cosa justa, y la facultad moral de exigir. Para la concepción normativista, el derecho es primordialmente la norma, siendo la función del jurista interpretar y aplicar la ley. En cambio, para el realismo jurídico, derecho es ante todo la cosa justa, y el arte del jurista es el arte del reparto justo de las cosas, saber determinar en cada caso qué cosas le son debidas a un sujeto. Santo Tomás, en esta perspectiva, entiende que la ley es la medida de lo justo y, por su parte, el derecho natural es el conjunto de cosas que deben ser dadas a quien tiene un título sobre ellas según la naturaleza de las cosas.

El derecho o lo justo es resultado u objeto de una acción adecuada a otra. Lo adecuado al hombre puede serlo de dos maneras:

- Por **la naturaleza de las cosas**, por ejemplo, dar tanto para recibir otro tanto.
- Por **convención o mutuo acuerdo**, por ejemplo, cuando alguien se manifiesta satisfecho con recibir tanto. Esto, a su vez, puede realizarse de dos formas:

- Por *convenio privado*, como un contrato o pacto entre particulares.
- Por *convención pública*, cuando todo el pueblo consiente en que algo se considere adecuado a otro, o así lo ordena quien tiene a su cargo el cuidado del pueblo y lo representa. Esto es derecho positivo.

#### D. Siglos XIII al XV

La época posterior a Santo Tomás estuvo marcada por dos corrientes en creciente y aguda oposición:

- El *voluntarismo*, representada principalmente en su tiempo por la llamada escuela franciscana media o agustinismo franciscano, a la cual dio pie San Buenaventura, basándose en teorías de San Agustín. La potencia humana superior y primera es la voluntad, estando la razón al servicio de ella. El bien y el mal en sentido ético no tienen un fundamento real en la naturaleza humana, sino que provienen de la voluntad del superior: la ley es ante todo un mandato, y el derecho natural sería obligatorio como mera voluntad de Dios (positivismo teonómico), careciendo el hombre y las cosas de un orden esencial (se produce cierta confusión entre derecho natural y derecho divino positivo). A criterio de Hervada, el voluntarismo es raíz del relativismo moral, el positivismo jurídico y el subjetivismo.
- El *intelectualismo*, tendencia del aristotelismo de San Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino. Parte del supuesto que los seres tienen una estructura esencial-racional, entendiendo la razón como potencia principal a la cual se subordinan la voluntad y el sentimiento y, con ello, toda acción y conducta humana. La razón es regla o medida del actuar humano, que consiste en obrar según la recta razón; de ahí también que la ley deba ser racional. En la ética, ello implica que hay cosas buenas o malas en sí mismas, mandadas o prohibidas en virtud de tales cualidades. En esta doctrina el derecho natural aparece como verdaderamente natural, pues lo bueno y lo justo serán propiamente naturales si la razón natural expresa lo que es bueno y malo en sí.

Voluntarismo e intelectualismo representan mucho más de lo que se desprende de los brevísimos resúmenes anteriores, pues son posiciones que dominan todo el sistema filosófico. A su vez, son direcciones u orientaciones que adquieren diversos grados y matices a través de distintos autores y épocas. Se suele dividir en intelectualismo extremo y moderado, y voluntarismo extremo y moderado, con posiciones variables aún dentro de cada grupo.

Durante esta época sobresalen autores como Egidio Romano (con posturas intermedias entre las escuelas tomista y franciscana); Juan Duns Escoto; los comentaristas; la escolástica tardía (luego de la decadencia de finales del siglo XIII, la escolástica renace en los siglos XIV y XV, centrándose más en problemas particulares que en cuestiones generales como se hacía anteriormente).

Merece resaltarse la figura de Guillermo de Ockham, franciscano inglés y voluntarista extremado que dio gran auge al *nominalismo*, corriente según la cual los conceptos universales carecen de fundamento real, siendo no más que generalizaciones mentales o simples nombres con los cuales se designa una multiplicidad de seres singulares: sólo el ente o ser singular es real. En

consecuencia, dejan de tener consistencia real la esencia y naturaleza de los seres y del hombre, y los dictados de la razón natural no se consideran reflejos de la exigencia de la naturaleza humana sino de la voluntad divina o manifestaciones de la conciencia subjetiva de cada hombre. El derecho natural es producto de la voluntad incondicionada de Dios. Ockham fue un pensador muy influyente que señala un punto de ruptura con la tradición anterior, y germen del positivismo y relativismo posteriores.

### 3. Renacimiento<sup>973</sup>

En el primer tercio del siglo XVI se produce la llamada Segunda Escolástica, dentro de la cual se encuadra la Escuela Española del Derecho Natural y, posteriormente, surge la transición hacia la Escuela Moderna del Derecho Natural. El contexto histórico a partir del cual se comprende esta escuela es la reforma protestante iniciada por Lutero, y las guerras religiosas que le siguieron.

#### A. La Reforma

La reforma protestante dividió a Europa en dos modos muy distintos de comprender teológicamente la situación del hombre en la tierra. Esta revolución religiosa no podía menos de conllevar un profundo cambio cultural. Incidiendo sobre la concepción de la naturaleza humana (la cual considera corrompida por el pecado), tuvo incidencia además sobre el derecho natural.

Martín Lutero se proclamaba partidario de Ockham, y el voluntarismo le lleva a atribuir a Dios una voluntad sin medida. Consideraba al libre arbitrio como esclavo del pecado y de Satanás, afirmando que la salvación se produce no por las obras sino por la fe en Cristo que hace a los hombres extrínsecamente justos. A consecuencia del pecado, la razón y la voluntad están corrompidas: la razón, pues siempre yerra, no es capaz de dictar a la voluntad (“mala e inútil”) cosa alguna recta.

Lutero también expone la teoría de los dos reinos: el reino espiritual y el temporal, separados completamente entre sí. La ley, incluida la ley natural, pertenece al orden temporal, sin trascendencia para el orden de la salvación: queda limitada a un plano exclusivamente profano, a la felicidad humana. La ley natural no sería más que una semilla de lo honesto (extrínseco e intramundano) sembrada en la mente humana para vivir en paz los hombres. Su postura es antecedente de muchas corrientes que acuden exclusivamente a los datos revelados para enunciar los preceptos naturales, con escepticismo incluso sobre la posibilidad misma de construir un sistema de derecho natural basado en la razón.

Otro reformador, Juan Calvino, considera la ley natural más como un sentimiento que como una proposición normativa o dictamen de razón: no es un juicio claro sobre el bien y el mal, sino únicamente un sentir que hace inexcusable al hombre que obra mal, pero insuficiente para ser guía positiva de su conducta. La ley natural se llega a confundir con la conciencia, se vuelve subjetiva. Tiende a ceñirse al derecho divino positivo, prescindiendo del derecho natural, por considerar que todo sistema de derecho natural se debe basar más en el Decálogo que en los dictámenes de la razón.

Para un seguidor de Lutero, Felipe Melancthon, la ley natural es un dictamen objetivo de la razón, y concibe la ley divina en términos más cercanos a la noción de ley eterna de la

---

<sup>973</sup> Cfr. Hervada. *Ob. Cit.* Páginas 195 a 247.

Escolástica, ubicándose en una postura más afín al intelectualismo. Melancton no confunde la ley divina positiva con la ley natural, y atenúa el fideísmo luterano. Otros autores protestantes trataron sobre el derecho natural, desarrollando breves sistemas del mismo que son realmente exposiciones del Decálogo. Destacan autores como Johann Oldendorp, Nikolaus Hemming, Benedikt Winkler.

## **B. Escuela Española**

Desde el siglo XVI, y durante casi tres siglos, el derecho natural tuvo un papel muy relevante en determinados aspectos del pensamiento. Los cambios que se estaban operando en el mundo hicieron que se recurriera mucho al derecho natural: por ejemplo, en el tema de la tolerancia y libertad de conciencia en el contexto de las guerras religiosas; sobre el trato con los pueblos conquistados y colonizados con el descubrimiento de América, y la libertad de navegación y de comercio al florecer el intercambio marítimo por el mismo motivo (naciendo además el derecho internacional). A su vez, el derecho natural se vio influenciado por la lucha entre absolutismo y constitucionalismo, la teoría de los derechos del hombre, mezclándose en algunos ámbitos con la filosofía política. En esta época es cuando se crean en universidades alemanas las primeras cátedras de Derecho Natural como disciplina independiente. Sin embargo, también ocurrió que la teoría del derecho natural se fragmentó en diversas corrientes que la entendieron de diferente forma, al igual que en la Europa protestante fue perdiendo terreno la concepción clásica (especialmente la aristotélico-tomista) ante el auge de la concepción moderna.

Se produjo un alejamiento de las bases metafísicas que condujo al positivismo. Su origen estuvo en varios factores:

- La filosofía se orientó (especialmente a partir de Descartes) hacia la subjetividad, tomando luego un sesgo anti-metafísico con el empirismo y el utilitarismo.
- La mentalidad burguesa con su ideal de una felicidad sensible e intramundana.
- El progresivo antropocentrismo, con sus secuelas de agnosticismo y relativismo, exaltando al hombre como centro del universo y relativizando la verdad objetiva, sustituyéndola por la opinión subjetiva.

Gradualmente cristalizó el traspaso desde una concepción trascendente del derecho natural (doctrina clásica) hasta una concepción inmanente al hombre (doctrina moderna). Las diferentes escuelas no fueron simples diferencias de matices dentro de una noción común de derecho natural, sino divergencias notables y aún radicales en la idea misma del derecho natural.

Entre los siglos XVI y XVII se produce el llamado Segundo Siglo de Oro de la Escolástica, o Segunda Escolástica. Concretamente, se da en España una de las épocas más brillantes de la doctrina sobre el derecho natural. Entre sus iniciadores destaca el Cardenal Tomás de Vío, autor de comentarios a la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino, así como de obras sobre cuestiones económicas y sociales. Son protagonistas los teólogos-juristas españoles del siglo XVI, que conforman la Escuela Española del Derecho Natural: Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Gabriel Vázquez, Francisco Suárez, entre otros. Aparte de los teólogos-juristas, sobresalieron también en España juristas como Fernando Vázquez de Menchaca, Gregorio López, Alberto Bologneto, Fernando de Mendoza, y otros.

Francisco de Vitoria, dominico, estudió bajo maestros nominalistas en París. Sus obras, muchas de las cuales permanecen inéditas, tuvieron su origen en la labor que desarrolló como catedrático y conferencista en París, Valladolid y Salamanca. Se le considera restaurador del tomismo y padre del renacimiento teológico español. Ciñéndose en buena medida a las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino, su originalidad radica en haber aplicado esta perspectiva al análisis de cuestiones relevantes en su época. Puso de relieve la existencia de un derecho natural y de gentes que rigen las relaciones entre los Estados. Entiende que la obligatoriedad de la ley natural no proviene en última instancia de la razón humana sino de la existencia de un Dios legislador; aún así, afirma que la ley natural obliga en cuanto que nos presenta algo como bueno o malo, aunque no se conozca que se trata de un precepto formalmente divino.

Domingo de Soto, también educado por nominalistas (en la Universidad Complutense de Alcalá de Henares), pasó al tomismo por influencia de Vitoria. Su mérito principal consiste en su excelente explicación del sistema tomista y su modo de profundizar en él. Con más claridad que Vitoria, manifiesta también, por un lado, el enlace ontológicamente necesario entre ley natural y ley eterna, a la vez que, por otro, la obligatoriedad inmediata de la ley natural en cuanto natural.

Luis de Molina, jesuita, fue probablemente “el más jurista de los teólogos-juristas españoles de la época”<sup>974</sup>. Para Molina, la obligación del derecho o justo natural proviene de la misma naturaleza del objeto y de ahí pasa al precepto. Distingue con gran precisión entre *obligación* y *precepto*: el precepto es dictamen de la razón, que señala como obligatoria una conducta, pero esta obligatoriedad no proviene en sí de la razón, sino de la naturaleza de la cosa; no obstante, al mismo tiempo funda la obligatoriedad en Dios.

Gabriel Vázquez considera la naturaleza humana como origen próximo y suficiente del orden moral, a la vez que dicho orden tiene un origen primero y eterno que es Dios, por ser en quien se funda y origina todo ser. Profesa una postura extremadamente objetivista, que algunos señalan como preparadora del terreno para una futura desvinculación del derecho natural respecto de Dios. Sin embargo, no llega a dar el paso necesario para tal desvinculación, cual es el de admitir la posibilidad real (no sólo hipotética) de que la criatura sea inteligible sin la existencia de Dios.

Francisco Suárez, jesuita español de gran importancia en la filosofía y la teología, cambia la noción de *ius* como cosa justa al de *derecho sobre la cosa*, derecho subjetivo o facultad moral sobre la cosa, giro que tendría marcada relevancia. Sobre la esencia de la ley mantiene una postura de voluntarismo moderado: la ley eterna es un decreto libre de la voluntad de Dios. Suárez amplía la materia del derecho natural, al considerar que forman parte de los preceptos de derecho propiamente natural no ya sólo aquellos que se pueden conocer sin discurso o con un grado elemental de él, sino todos aquellos preceptos cuya obligación tenga intrínseca unión con el objeto y la naturaleza, aunque su conocimiento necesite del discurso humano, tanto si es sencillo como si es complicado: en otras palabras, lo que para Santo Tomás sería derecho positivo con cierto vigor de derecho natural por concluirse de éste, para Suárez es derecho natural. Considera asimismo que la ley natural es inmutable, en el sentido que cabe hablar únicamente de una mudanza impropia o extrínseca por cambios en el objeto o materia sobre los que recae la ley natural (el ‘supuesto de hecho de la norma’). También rechaza que la ley natural admita la epiqueya o interpretación equitativa, por considerar que la epiqueya es enmienda de la ley o de lo justo legal, lo cual no cabe ante la ley natural puesta en la recta razón: “aunque cese la obligación

---

<sup>974</sup> Hervada. *Ob. Cit.* Página 229.



de la ley, no es por la epiqueya, sino por la mudanza de la materia”<sup>975</sup>. Señala que el derecho de gentes es simplemente derecho positivo humano.

#### 4. Edad Moderna<sup>976</sup>

En el siglo XVII se inicia el auge del pensamiento moderno, dentro del cual se ubica el surgimiento de la llamada Escuela Moderna del Derecho Natural, o mejor dicho, el iusnaturalismo moderno, pues más que una escuela se trata de una corriente dentro de la cual se dan múltiples opiniones en puntos fundamentales que hacen impropio considerarle una escuela.

##### A. El Iusnaturalismo Moderno

En 1661 en la Universidad de Heidelberg se instituye la primera cátedra de Derecho Natural: éste pasa a ser una disciplina autónoma y con características propias, independiente del lugar que antes ocupaba como parte de los tratados de derecho, de filosofía política o teología moral. Anteriormente, todas las ciencias estaban de alguna forma vinculadas con la teología como su más radical e íntima explicación, ya que la sociedad era cristiana y tomaba de la religión cristiana los principios supremos del pensamiento: alrededor de la época moderna surge el fenómeno de la confesionalidad del Estado, en el que cada Estado asumía una religión como la propia y la de sus ciudadanos; sin embargo, no es a este fenómeno a lo que se debe la manera en que el pensamiento cristiano permeó todas las manifestaciones de la vida cultural, política y jurídica, sino a que desde hacía siglos, la sociedad misma, como sociedad cristiana, constituía una realidad prejurídica que informó el derecho. Es preciso distinguir entre la autonomía científica y la explicación última de la realidad: por ejemplo, los juristas defendieron la autonomía científica de la ciencia jurídica, pero sin negar la explicación última de la teología. En cambio, bajo el pensamiento moderno la teología es sustituida por el derecho natural como ciencia suprema de la vida del hombre en sociedad: ya no se concibe al mismo como componente de un sistema de leyes divinas y humanas que rigen a la sociedad, sino se da una ruptura entre ellos.

Varios factores contribuyeron al fenómeno del derecho natural moderno:

- La situación histórica de las guerras religiosas provocaron que muchos buscaran principios comunes a todos los hombres, independientes de una religión concreta, como base para el entendimiento pacífico: estos principios fueron los del derecho natural.
- La influencia protestante, que imprime una marcada escisión entre lo natural y lo sobrenatural.
- El laicismo, postulando la autonomía del saber racional frente a los datos de la fe religiosa.
- El racionalismo, actitud intelectual de exagerada confianza en la razón, que busca construir todas las ciencias (incluso las morales) sobre el modelo matemático, con similar método e iguales rigor y certidumbre: así, al considerar que todo el universo tiene una estructura racional necesaria, se emprende la búsqueda de leyes racionales de la conducta humana.

<sup>975</sup> Suárez, citado por Hervada en Ob. Cit., página 243.

<sup>976</sup> Cfr. Hervada. Ob. Cit. Páginas 249 a 295.

Los tratados de derecho natural nacidos en esta época son más bien tratados de moral social, no tanto de derecho. El derecho natural se utilizó para promover importantes cambios políticos y sociales: las leyes naturales y el derecho natural se invocaron para defender posturas tan disímiles y opuestas como el absolutismo, el constitucionalismo, el liberalismo, el primitivo socialismo. La ciencia del derecho natural se transforma cada vez más en filosofía política y social, además de ser en buena medida filosofía moral.

Dentro de la falta de uniformidad en cuanto a cómo el iusnaturalismo moderno entiende el derecho natural, es posible señalar dos corrientes:

- Se entiende el derecho natural como libertad natural, ausencia natural de vínculos y, en consecuencia, la esfera de poder que tiene el hombre en virtud de sus fuerzas naturales. No es ley sino poder físico. La ley de la naturaleza sería, más bien, las prescripciones propias de la razón en orden al adecuado establecimiento del orden social cuando el hombre pasa al estado civil o social, abandonando el estado asocial o natural en que se encontraba anteriormente dentro del cual ejercía el antemencionado ‘derecho natural’.
- Se entiende el derecho natural como la recta razón, dictamen que señala la norma adecuada a la naturaleza humana, sus fines, bienes y tendencias.

Otra característica de la visión moderna consiste en que, a diferencia de la unicidad o unidad del Derecho que anteriormente se consideraba (la sociedad regida por un sistema de leyes, en parte natural y en parte positiva), pasa a concebirse el derecho natural y el derecho positivo como dos ordenamientos distintos e incluso enfrentados: el ideal será que el derecho positivo se limite a recoger el derecho natural. Al considerar el derecho natural como ordenamiento absolutamente distinto al positivo, se le coloca en un “callejón sin salida”: o era vigente con características peculiares distintas de las propias del derecho positivo, o era un ideal de derecho más que un derecho vigente. De ahí que algunos entiendan el derecho natural como ética o moral social, otros como un ideal de orden jurídico, pero en ningún caso admitiéndole un carácter de propio y estricto derecho vigente.

En la doctrina anterior (especialmente la aristotélico-tomista), existe un intento constante de armonizar naturaleza e historia, inmutabilidad esencial y variabilidad accidental, principios y casos concretos. El iusnaturalismo racionalista, en cambio, considera la universalidad y la inmutabilidad del derecho natural con mucha más rigidez que antes: el derecho natural se vuelve ajeno al tiempo y a la historia; una vez descubierta la norma racional y plasmada en un código, estará dado para siempre el derecho que deba regular en forma racional la vida de los pueblos.

El razonamiento propio de la razón práctica se va sustituyendo por un razonamiento especulativo, mediante conclusiones lógicas derivadas unas de otras desde unos primeros principios hasta los más pequeños detalles de la vida social. El logicismo vuelve al derecho ajeno a la vida práctica. En la doctrina clásica, el centro del derecho natural eran los primeros principios; en la doctrina moderna, lo más importante fueron las derivaciones de los principios, que consideraba el sistema de leyes naturales sociales.

Existen, además, otras opiniones que caracterizan al iusnaturalismo moderno (sin perjuicio de las particularidades propias de cada autor):

- La distinción entre un estado natural del hombre (anterior a la sociedad, en que el hombre es un individuo absoluto, titular de todo posible derecho y soberano de sí) y un estado civil o social (surgido del acuerdo de voluntades entre los hombres: el hombre es, entonces, un ser sociable, pero ya no es *socio* por naturaleza).
- La sociedad y el poder no se fundamentan en la naturaleza, sino en la voluntad humana: nacen de un *pacto social* mediante el cual acuerdan formar la sociedad (pacto de unión) y someterse a una autoridad dándose una organización política (pacto de sujeción). A su vez, el pacto de sujeción se concibe de dos modos:
  - Sumisión incondicionada e irreversible a una autoridad absoluta.
  - Otorgamiento por parte de los súbditos a los gobernantes de ciertos poderes limitados, conservando aquéllos un núcleo de derechos naturales inalienables.
- La naturaleza como punto de partida del derecho natural ya no se considera en el sentido metafísico de la doctrina clásica, sino en cuanto a la naturaleza empírica del hombre y, dentro de ella, la tendencia psicológica que cada autor considera más característica.
- El derecho y la moral se consideran dos esferas separadas de la normatividad de la conducta humana: la moral atañe únicamente a lo íntimo del hombre.

Examinemos a continuación, en forma breve y general, los principales rasgos de las enseñanzas de los autores más influyentes del derecho natural moderno. Se suele señalar a Hugo Grocio como el pensador que puso el fundamento de la escuela moderna del derecho natural, pero quienes la configuraron fueron tres autores: Pufendorf, Thomasio y Wolff.

#### a) Grocio

El holandés Hugo Grocio fue el gran precursor del derecho natural moderno. De particular influencia fue su obra *De Iure Belli ac Pacis libri tres*. Esta obra no es propiamente un tratado de derecho natural, sino un tratado del derecho de lo que hoy llamaríamos relaciones internacionales, escrito con la intención de tratar en forma sistemática el derecho que rige las relaciones entre los pueblos y entre sus gobernantes, tanto natural como divino y positivo consuetudinario (primera sistematización del derecho internacional).

En los prolegómenos de esta obra, Grocio desarrolla una noción de derecho natural sobre bases ideológicas nuevas respecto de la tradición anterior. La tradición escolástico-tomista se fundaba en la doctrina de la *participación* y consideraba la ley natural como participación de la ley eterna. El voluntarismo, por su parte, no tenía la noción de la ley natural como participación de la ley eterna, pero aún así la consideraba vinculada con Dios en cuanto que emanaba de Su voluntad. Grocio, en cambio, afirma que el derecho natural fluye de principios internos del hombre y es el dictamen de la recta razón que indica la conveniencia o no de los actos humanos con la naturaleza racional del hombre. Con esto, el derecho natural quedaría vinculado a Dios únicamente en cuanto se conciba la razón humana como participación creada de la razón divina. Sin embargo, el protestantismo rechaza esta idea de la participación, y con ello se concluye que el derecho natural fluye inmediatamente del hombre: Grocio concluye que el derecho natural existiría con toda su

fuerza aunque no existiese Dios. Con esto el derecho natural quedó desvinculado de sus fundamentos teológicos.

Para Grocio, la fuente del derecho natural es la tendencia del hombre a vivir en sociedad, a la cual es inherente la facultad de saber y de actuar según unos principios generales. Si bien es cierto que Grocio considera un doble origen del derecho que emana de la socialidad humana (la naturaleza del hombre y la libre voluntad de Dios), considera la naturaleza humana como origen primero del derecho natural. Entiende que Dios quiso libremente que tuviéramos los principios internos de donde fluye el derecho natural, pero que existirían de todos modos aunque Dios no existiese: dicha hipótesis es, en el pensamiento de Grocio, simplemente falsa y blasfema, pero no imposible (a diferencia de como manejaban la misma hipótesis los escolásticos españoles), de donde se admite la posibilidad de entender totalmente el derecho natural sin necesidad de Dios. Esta postura resultó muy atractiva en el contexto cultural de su época, tan preocupado por encontrar un sistema de convivencia en medio de divisiones religiosas y cada vez más invadido de escepticismo y secularismo.

Según Grocio, los actos mandados o prohibidos por el derecho natural son debidos o ilícitos *per se*, mandados o prohibidos por Dios, mientras que los del derecho positivo son obligatorios o ilícitos por mandato o prohibición del legislador. El derecho natural es absolutamente inmutable, de modo que ni Dios mismo podría cambiarlo. Para probar que algo es de derecho natural, Grocio señala un doble método:

- Deductivo, *a priori*: mostrando la conveniencia o inconveniencia necesaria con la naturaleza racional y social.
- Inductivo, *a posteriori*: probando que se tiene como de derecho natural por todas las gentes, pues un efecto universal requiere una causa asimismo universal. En este caso la prueba no superará el ámbito de la probabilidad.

## b) Pufendorf

Samuel von Pufendorf fue autor del primer tratado sistemático de derecho natural como ciencia autónoma, titular de la primera cátedra de Derecho Natural en Heidelberg, y decisivo en su contribución para implantar el racionalismo en el Derecho. Su obra principal es *De iure naturae et gentium libri octo*, publicada en 1672, de la cual años después apareció en compendio titulado *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*.

Se propuso configurar como ciencia propia el derecho natural y construir un sistema completo de sus principios, normas y conclusiones. Postuló la autonomía del derecho natural frente a la teología, no como autonomía meramente científica, sino autonomía en los mismos principios. Intentó aplicar a las ciencias morales el método analítico-sintético que la corriente galileo-cartesiana había aplicado con éxito a las ciencias físicas, buscando hacer del derecho natural una ciencia empírico-deductiva, con el rigor de una ciencia matemática y la certeza de una ciencia experimental.

Pufendorf distingue entre ciencias físicas y ciencias morales, señalando a estas últimas como objeto los entes morales, que forman el mundo de la libertad y la voluntad, en contraposición a los entes físicos dominados por la causalidad y la necesidad. El actuar moral se determina por la libertad, vinculada moralmente a normas o leyes (mandatos), siendo los entes morales valorables

en términos de moralidad, no ajenos en sí a una valoración ética: con esto señala a la ciencia del derecho natural un ámbito propio con leyes propias.

Se inclina por una concepción voluntarista de la ley natural. No existen cosas buenas o malas en sí mismas, sino en la medida en que Dios libremente lo ha determinado de esa forma. Su punto de partida fue la naturaleza empírica y contingente del hombre, no la naturaleza entendida metafísicamente.

### c) Thomasio

Christian Thomas o Thomasius es considerado el primer representante de la Ilustración alemana. La obra que con más pureza expresa su pensamiento es *Fundamenta iuris naturae et gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique secernuntur principia honesti, justi ac decori*.

El punto más típico de su doctrina es la distinción y separación entre moral y derecho, concretamente, en tres esferas de actuación del hombre, fundada cada una en principios y preceptos fundamentales propios, constituyendo así tres órdenes tanto distintos como separados:

- La moral (lo honesto), referido a la interioridad del hombre, ordenado a su propia perfección, y que no engendra coacción por parte del Estado, por pertenecer al fuero interno que no puede ser objeto de coacción.
- El Derecho (lo justo), caracterizado por la coacción, la exterioridad (se limita a los actos externos) y la alteridad (se refiere siempre a dos o más sujetos). El Derecho no se entiende como una parte, aunque específica, de la moral, ni se le enlaza objetivamente con ella.
- Los usos sociales (lo decoroso o socialmente conveniente), también referido a relaciones de alteridad, pero no a obligaciones de justicia y, por tanto, tampoco es coactivo.

Al enunciar la coacción como elemento característico del derecho, Thomasius distingue leyes en sentido amplio (todo tipo de leyes, incluso aquellas que son consejos por carecer de *imperium*, capacidad de mandato coactivo), y leyes en sentido estricto (imperativas en sentido estricto, sólo éstas son leyes jurídicas).

Thomasio pone de relieve lo que Hervada considera “una de las más flagrantes paradojas de la Escuela moderna del Derecho Natural”<sup>977</sup>: que a la vez que esta corriente dio lugar a una gran expansión e influencia del derecho natural, llevándolo a ocupar un primer plano en el pensamiento social, político y jurídico, lo despojaban de su contenido propiamente jurídico, transformándolo en una moral social.

### d) Wolff

Christian Wolff, matemático pasado a la filosofía, fue quien más rigurosamente aplicó el método científico al derecho natural y a la ética, distinguiéndose por su racionalismo extremado y rigidez conceptual. Entre sus obras sobresale su tratado *Ius naturae methodo scientifica pertractatum* y sus *Institutiones iuris naturae et gentium*.

---

<sup>977</sup> Hervada. *Ob. Cit.* Página 285.

Wolff expone también una dimensión inmanentista de la ley natural al afirmar que la esencia del hombre da *razón suficiente* de la misma, dejando a un lado la teoría de la participación y el enlace necesario con Dios. En el inmanentismo, la acción de Dios debería limitarse a crear al hombre, y luego la ley natural fluiría del ser del hombre sin necesidad de acción divina alguna, por lo que Dios no sería propiamente el autor de la ley natural; sin embargo, Wolff y otros autores tratan de sostener una relación entre Dios y la ley natural que resulta más bien artificial: dicen que, puesto que Dios sí existe, entonces es autor de la ley natural, pero que aunque no existiese la ley natural existiría.

Para Wolff, el derecho natural, en sentido propio, no es la ley natural sino los derechos subjetivos naturales, la *facultas agendi*. Su elemento fundamental es la obligación, de la cual nace el derecho: el derecho lo entiende como la facultad de hacer los actos necesarios para cumplir con la obligación prescrita por la ley. A partir de esto, Wolff distingue categorías de obligaciones y derechos:

- Originarios o innatos, provenientes de las obligaciones naturales cuyo origen reside en la esencia del hombre.
- Derivados, nacidos de las obligaciones que derivan de las obligaciones naturales.

Al enlazar los derechos con las obligaciones de este modo, traslada a los primeros las características de las segundas, y así considera que los derechos naturales son, al igual que sus obligaciones naturales: universales, absolutos, innatos, inmutables y coercibles. Se distancia del individualismo, dando notable importancia a las sociedades y comunidades en el contexto de la vida humana, considerándolas como totalidades distintas de sus miembros.

Con Wolff alcanza su máxima expresión el afán racionalista de formular un sistema de derecho natural: el autor presenta un sistema rigurosamente elaborado con una serie ininterrumpida de silogismos. Procedió sólo por método deductivo a partir de axiomas o definiciones, intentando dar a cada norma de derecho natural la certidumbre de las leyes matemáticas y, al conjunto de normas, la coherencia rigurosa de un sistema cerrado.

## **B. Otros autores**

Thomas Hobbes, de gran renombre dentro de la filosofía política, incluyó dentro de su pensamiento político una original teoría sobre el derecho natural que contenía los primeros destellos de positivismo. De sus obras destacan el *Leviathan* y *De Cive*. Hobbes niega que el hombre sea sociable por naturaleza, antes bien afirma que es asocial y que la sociedad civil surge únicamente en virtud del miedo mutuo que existe entre los hombres en el ‘estado natural’ (el cual entiende como un estado de guerra y miseria permanentes, guerra de todos contra todos, una vida embrutecida, solitaria y corta), por lo cual resulta que la sociedad tiene una causa útil, cual es la de dar paz y seguridad.

Según Hobbes, derecho (en sentido subjetivo: *right, ius*) y ley (*law, lex*) son términos opuestos: el derecho consiste en la libertad de hacer u omitir; la ley prescribe y determina una y otra cosa. En el estado natural, el hombre no tenía leyes, ni siquiera una ley natural, sino un derecho natural o *right of nature*, derecho sobre todas las cosas, omnímodo y absoluto, sin obligaciones ni leyes. En el estado natural no había justicia ni injusticia, pues éstas se originan con la sociedad: lo justo

e injusto con productos de la ley, y la ley es producto del poder. Donde no hay poder, no hay ley; donde no hay ley, no hay injusticia.

En la teoría de Hobbes, la ley natural sí existe, pero no es otra cosa sino los convenientes artículos de paz dictados por la razón, contenidos en el tratado de paz que constituye el contrato social mediante el cual se origina la sociedad civil al salir del estado natural de guerra. Con ello cambia sustancialmente la noción de ley natural: son reglas racionales del contrato social, que no rigen en el estado natural. Se trata más de reglas lógicas o reglas convenientes de paz que de verdaderas leyes; son conclusiones o teoremas concernientes a la conservación y defensa de uno mismo. Para él, la ley fundamental de la naturaleza tiene dos ramas: buscar la paz, y, si no se puede encontrar, defenderse a sí mismo por todos los medios posibles. El primer precepto natural es la renuncia al derecho omnímodo y absoluto de cada hombre en el estado natural de guerra, renuncia que supone el sometimiento a un poder absoluto (de donde se conoce a Hobbes como el gran teórico del absolutismo).

Considerando que la sociedad dimana de la voluntad humana, y que la ley es producto de un poder, se deriva que la ley natural no es ley en sentido propio y estricto, y tampoco es un conjunto de normas jurídicas naturales, sino el *supuesto racional* o razonable del derecho positivo, único derecho o ley en sentido propio. Sin embargo, afirma Hobbes que las leyes naturales proceden de Dios por la Sagrada Escritura y que, bajo este aspecto, son verdaderas leyes en cuanto ley divino-positiva, por emanar del poder de Dios. Expone asimismo que las leyes naturales únicamente obligan en el fuero de la conciencia, con lo cual reduce el derecho natural a la moral. Son, además, inmutables y eternas: nunca lo que prohíben puede ser lícito, ni ilícito lo que mandan (en el fuero de conciencia, ya que pueden dejar de cumplirse en el fuero externo cuando los demás las incumplen y el cumplirlas podría dejar a quien tal hiciera en situación de inferioridad respecto de los otros).

Otro autor que ofrece una noción muy peculiar de la ley natural es Baruch Spinoza, para quien la ley natural es la ley del estado de naturaleza, pero entendiendo como lo natural humano, en cuanto principio de orden y del obrar moral, no lo racional sino lo físico. Toma la naturaleza en sentido biológico-físico, afirmando que no existe diferencia entre los hombres y los demás seres de la naturaleza, ni entre los hombres dotados de razón y los que carecen de ella, ni entre los sensatos, los fatuos y los locos. Quien obra según las leyes de su naturaleza lo hace con pleno derecho, pues obra según la determinación de la naturaleza, bajo cuyo imperio cualquiera tiene sumo derecho natural a desear cuanto le parezca útil y le es permitido arrebatarlo de cualquier manera: el derecho de cada uno es tanto como su fuerza, fundiendo en un solo concepto el poder moral con el poder físico.

Leibniz, filósofo de pensamiento original, ofrece una cierta vuelta a la metafísica y, en cuanto al derecho natural, su pensamiento se acerca un tanto a los planteamientos del iusnaturalismo clásico. Sin embargo, su derecho natural es sobre todo moral, afirmando que la justicia es la caridad del sabio y también la virtud de hacer lo bueno, con lo cual confunde moral y derecho.

### **C. Oposición y persistencia de la doctrina anterior**

La orientación de la escuela moderna fue objeto de oposición por parte de diversos sectores, tanto del campo protestante (autores como los teólogos luteranos Valentín Alberti y Valentín Veltheim, que se opusieron a la idea de derivar el derecho natural de la sola razón, debiendo tomarse como bases la Revelación divina y el estado de justicia natural anterior al pecado), como desde el

campo católico (autores como Anselmo Desing, quien considera al derecho natural racionalista no como dictamen de la razón sino como un derecho civil u opinión humana con adornos de filosofía y teología moral, y busca reafirmar las tesis clásicas, especialmente de Santo Tomás).

La doctrina anterior del derecho natural persistió en amplios sectores de la ciencia jurídica y moral. Especial mención merece la canonística de la época, aunque no faltaron algunos canonistas que, en un ámbito sólo local, estuvieron influidos por la corriente racionalista.

## 5. Edad Contemporánea

Recordando la partición cronológica que hemos hecho en anteriores capítulos, en que para fines de estudio hemos ubicado el inicio de la edad contemporánea en la Revolución Francesa (1789, siglo XVIII), iniciamos esta sección exponiendo los rasgos fundamentales del pensamiento de uno de los filósofos más importantes de la historia, activo durante el último tercio del siglo XVIII: Immanuel Kant.

### A. Kant<sup>978</sup>

Con Kant se inicia una nueva corriente filosófica, llamada filosofía crítica. La teoría crítica del conocimiento traslada el centro de atención desde el objeto conocido al sujeto cognoscente, cambiando la interpretación filosófica de la realidad: esta nueva actitud se denominó *idealismo*, *idealismo trascendental* o *idealismo crítico*. Entre sus diversas e importantes obras, son de marcado interés para nuestra materia su *Crítica de la razón práctica* y *La metafísica de las costumbres*, en la cual desarrolló Kant sus ideas sobre el derecho. A pesar de ser un filósofo muy original, pueden reconocerse en su pensamiento una serie de influencias:

- *El luteranismo*. Kant acepta la noción de la fe como acto de voluntad sin motivo intelectual, sin fundamento teórico. Así, afirma que la libertad, la inmortalidad del alma y la existencia de Dios son objeto de fe, racionalmente indemostrables. También traslada la tesis luterana del libre examen (según la cual la conciencia es libre para interpretar las Sagradas Escrituras) al plano de la moral, afirmando que la conciencia es autónoma y obedece únicamente a leyes que se da a sí misma.
- *La metafísica de Wolff*. Kant la denominó metafísica dogmática, porque se desarrolla con plena confianza en la razón sin haberla estudiado críticamente, y porque intenta conocer el ser mediante la sola razón, *a priori*, independientemente de la experiencia. Si bien Kant abandonó la metafísica wolffiana, mantuvo la idea de que la metafísica tiene que ser *a priori*, interpretando metafísico como más allá de la experiencia y no, como lo hacía la metafísica aristotélica, como más allá de lo físico teniendo todo conocimiento su origen en la experiencia de los sentidos.
- *Isaac Newton*. El gran científico describió la ciencia moderna como explicación de fenómenos físicos mediante la construcción de leyes necesarias que el entendimiento halla a partir de la experiencia que presenta hechos dispersos: la experiencia da contenido real al pensamiento, pero el espíritu humano da a los hechos su comprensibilidad. En forma análoga explicó Kant el conocimiento humano: es causado por la actividad del

<sup>978</sup> Cfr. Hervada. *Ob. Cit.* Páginas 297 a 310.



entendimiento mediante formas *a priori*, siendo su materia los datos empíricos dispersos y diversos.

- *David Hume*. Este filósofo empirista limitó el conocimiento humano a los fenómenos, cuestión que Kant aceptó, pero reaccionando frente al empirismo que llevaba a negar la posibilidad de una ciencia universal. Kant pretendió haber encontrado, mediante combinación y superación, una síntesis entre racionalismo y empirismo.
- *Rousseau*. En concreto, se señala que Kant adoptó de Rousseau la absolutización de la conciencia: la idea de que la conciencia moral es un absoluto, regla única de la acción y fundamento de las certezas metafísicas; de que la moralidad reside en la pureza de intención, sin referencia a la materia o al objeto de los actos humanos.

El punto de partida de Kant es la crítica o análisis del pensamiento humano, planteándose cómo es posible el conocimiento. Somete a crítica la razón especulativa y práctica, y su modo de conocer. Sin embargo, ello no implica que su pensamiento parta de una duda sobre todo conocimiento; al contrario, su sistema es también una reacción ante el factor de escepticismo del empirismo de Hume.

Kant considera que hay dos hechos que se imponen por sí mismos a una conciencia racional: hay conocimientos verdaderos (hecho especulativo, el hecho de la ciencia), y hay obligaciones morales (hecho práctico, el hecho de la moral). Kant no se pregunta si esos hechos son posibles, sino cómo son posibles. El conocimiento se produce por una conjunción de los datos de experiencia, diversos y dispersos, con la actividad de la razón, mediante formas de intuición sensible (espacio y tiempo) y las categorías o formas del intelecto, todas ellas *a priori*. Nuestro pensamiento tiene una intervención activa, creadora, en el acto de conocimiento: no conocemos la cosa en sí (*noumenon*), sino la cosa tal como nos aparece (*phaenomenon*) una vez recreada por nuestro entendimiento, conformadas por las formas *a priori*.

En lo concerniente a la razón práctica, Kant trata de descubrir los principios *a priori* para guiar la acción. Antes de Kant, el centro de la moral era el bien: una acción es buena o mala según se ordene o no al bien, de tal forma que el criterio de la acción está fuera del sujeto o, al menos, fuera de la conciencia del sujeto. En cambio, según Kant, se debe encontrar un criterio dentro del propio sujeto que sea *a priori*, independiente de toda experiencia. Tal criterio es el deber: la moral kantiana es una moral del deber, no del bien. Considera que la moralidad del acto reside no en su materia (objeto) sino en su forma (la intención, el motivo). La forma *a priori* del obrar humano es el deber, el sentido de la obligación: la acción humana será moral cuando se mueva sólo por la obligación del deber, y no se trata sólo de obrar *conforme al deber*, sino de obrar *por deber*. Al imperativo del deber por el deber le denominó Kant *imperativo categórico*, hecho racional que no se deduce de otro hecho. Entendió el deber como una ley que proviene *a priori* de la razón autónomamente (no de un legislador, ni siquiera Dios) y se impone por sí misma a todo ser racional. A la regla subjetiva de la acción la llamó *máxima*. La primera ley del obrar moral, según Kant, es “Obrar siempre según una máxima que puedas erigir en ley universal”. De esta fórmula fundamental deduce otras tres:

- “Obrar siempre como si la máxima de tu acción tuviera que ser erigida en ley universal de la naturaleza”.

- “Obra siempre de tal manera que trates lo humano, en ti o en otro, como un fin y jamás como un medio”.
- “Obra siempre como si tú fueras al mismo tiempo legislador y súbdito en la república de las voluntades libres y racionales”.

Distinguiendo entre moral y derecho, Kant ve el criterio distintivo en el *motivo* de la acción. La norma que convierte una acción en deber y que además hace de este deber el motivo del obrar, es una norma moral. La norma que consiente otro motivo de obrar que la idea misma del deber es una norma jurídica. Define legalidad o ilegalidad de la acción como la mera coincidencia o no de la acción con la ley; y moralidad la define como la coincidencia entre el móvil del obrar y la idea de deber impuesto por la ley. El derecho es norma heterónoma pues impone al sujeto deberes exteriores, cuya razón de deber no proviene del sujeto; por eso versan también siempre sobre acciones externas.

En el pensamiento de Kant hay distinción entre moral y derecho pero, al examinar si en él existe también separación entre ambos, Hervada lo plantea dependiendo de lo que se entienda por separación: si por separación se entiende que se trata de dos normativas diferentes y que lo moral y lo jurídico pueden ser aspectos distintos de la misma norma, Kant sostiene la separación; pero si por separación se entiende que el deber moral no recae sobre la ley jurídica, entonces en Kant hay distinción pero no separación, pues afirma que la ley jurídica también debe ser cumplida por imperativo categórico interno, por prescripción moral. El deber moral y el jurídico son distintos por razón de los motivos de su cumplimiento, pero ambos confluyen en una misma ley. Este punto es muy importante, pues con ello Kant atribuye al derecho un fundamento necesario y absoluto: desde considerar que se debe cumplir el derecho sólo porque es un deber, sin tomar en cuenta si es lo justo o adecuado al bien común, hasta considerar que la ley es obligatoria por ser ley, sea justa o injusta, hay apenas un paso: paso que dará el positivismo jurídico. Además, se critica a la postura kantiana el hecho de romper toda relación entre el derecho y los fines naturales del hombre, entre el derecho y las exigencias de la persona humana, diluyéndose el tema de la legitimidad de la ley humana al atribuirle carácter absoluto.

Por derecho o *ius*, Kant entiende la ciencia o teoría del derecho, el conjunto de leyes susceptibles de ser plasmadas en una legislación exterior. Cuando tal legislación se da en la realidad se llama ciencia o teoría del derecho positivo. Cuando es arte, es decir, cuando se conoce el derecho para aplicarlo en la práctica, se llama jurisprudencia; en caso contrario se denomina ciencia del derecho, nombre que corresponde también al conocimiento sistemático de la teoría del derecho natural, aun cuando el jurisconsulto tiene que formular en ella los principios inmutables de toda legislación positiva: para Kant el derecho natural no es un derecho existente, objeto de jurisprudencia (no es aplicable en la práctica), sino es el conjunto de principios inmutables de toda legislación positiva, los principios *a priori*. Así como en la escuela racionalista el derecho natural dejó de ser jurisprudencia (como lo era en la concepción clásica) para transformarse en moral, con Kant el derecho natural se transforma en filosofía del derecho.

Entendido como realidad, el derecho tiene por objeto únicamente la relación externa y práctica entre personas y en tanto sus acciones puedan tener recíproco influjo, mediata o inmediatamente. Es una relación entre los arbitrios de dos personas (no entre el arbitrio de una y el deseo de otra, como en la beneficencia o clemencia). El derecho es formal por su esencia y se desentiende de los contenidos: prescribe cómo debe hacerse, no lo que debe hacerse. Establece el que llama principio general del derecho, o principio formal *a priori*: “Una acción es conforme a derecho

(justa) cuando, según ella o según su máxima, la libertad de arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general”. Kant sostiene que al derecho va unida la coacción sobre aquel que viola libertad. La coacción no es mera consecuencia del derecho, sino algo que entra en su definición: la resistencia que se opone a lo que obstaculiza un efecto, favorece a ese efecto. Por tanto, la coacción es conforme a derecho en cuanto reprime lo que al derecho se opone, de forma tal que la coacción favorece la libertad.

Kant distingue dos clases de leyes externas: aquellas cuya vinculación puede ser conocida *a priori* por la razón, incluso sin legislación externa, a las que llama leyes naturales; y aquellas que no serían leyes sin una legislación externa real, que llama leyes positivas. Al ser conocidos *a priori*, el derecho y las leyes naturales son reglas formales sin contenido, contrapuestas a la legislación real, las cuales son por su naturaleza leyes de contenido. Con Kant aparece lo que puede llamarse *objetivismo jurídico*: un nuevo modo de fundamentar el derecho positivo proveyéndole de un fundamento racional, pero dichos presupuestos racionales no son el derecho natural como se conocía hasta antes de Kant: en este sentido, Kant no es iusnaturalista y su filosofía abre una nueva vía a la filosofía del derecho.

## B. Siglo XIX<sup>979</sup>

A partir del siglo XIX, se produce lo que Hervada no duda en llamar “una pausa” en la historia del derecho natural: tras el desplome de la escuela moderna y la rápida expansión del positivismo, un sector amplio del pensamiento jurídico rechazó el derecho natural. No obstante que desde el siglo XIX se sigue escribiendo sobre el tema, sólo progresivamente y con esfuerzo ha ido reconquistando posiciones el derecho natural.

El siglo XIX se caracterizó, en cuanto afecta a nuestro tema, principalmente por los siguientes factores:

- El predominio del racionalismo y el empirismo. Posteriormente, el racionalismo fue repudiado por las corrientes historicistas y vitalistas de la época romántica. Desde Kant, como vimos, la ciencia del derecho natural se convirtió en filosofía del derecho, desapareciendo toda regla o principio a deducirse del ser del hombre, los cuales se sustituyeron con principios formales *a priori*.
- El movimiento codificador. A pesar de ser en buena medida producto del racionalismo y de la escuela moderna del derecho natural, la codificación trajo consigo un desinterés por el iusnaturalismo, al considerar que, una vez plasmado en códigos el derecho racional, era innecesario acudir a otras fuentes, más allá de admitir la referencia a algunos principios abstractos.
- La escuela histórica, expresión reaccionaria contra el racionalismo y el derecho natural racionalista. Viendo el origen del derecho en el espíritu del pueblo, sostiene que el derecho vive prácticamente en la costumbre, que es expresión inmediata de la conciencia jurídica popular. Así desaparece toda idea de derecho natural, aun cuando se diga que Savigny reconocía además un elemento universal de naturaleza moral como un fondo de justicia que, no obstante, sólo a través de las manifestaciones históricas puede descubrirse.

<sup>979</sup> Cfr. Hervada. *Ob. Cit.* Páginas 311 a 316.

- El positivismo filosófico (distinto –recordémoslo una vez más– del positivismo jurídico), que propugna la renuncia a buscar las causas últimas, limitándose a descubrir las leyes que expresan las relaciones constantes e invariables de los fenómenos. Puesto que lo fenoménico en derecho es el derecho positivo, el positivismo prescinde del derecho natural, y no faltan quienes lo atacan directamente como algo a erradicar definitivamente de la ciencia y arte del derecho. Dentro de la historia del positivismo jurídico, se verán sucesivas innovaciones metodológicas: escuela de la exégesis, escuela histórica, dogmática jurídica, jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia de intereses, sociología jurídica, etc.

En Italia se produjo el último suspiro de la escuela moderna en la llamada ‘escuela filosófica’, con autores como Pietro Baroli, Giampaolo Tolomei, Giovanni Carmignani, C. Bon-Compagni, F.A. de Luca, entre otros. Hubo también autores independientes como Gian Domenico Romagnosi, Carlo Cattaneo, y Antonio Rosmini, figura que suscita interés hasta nuestros días por su pensamiento en que intentó compaginar el idealismo con la doctrina católica.

Dentro del idealismo, surge la corriente llamada krausismo, con K.C.F. Krause y sus discípulos como D.A. Roeder y Heinrich Ahrens, floreciendo más ampliamente en España mediante pensadores como Francisco Giner de los Ríos. El krausismo entiende el derecho natural como filosofía del derecho, ciencia que expone los principios cardinales del derecho, concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre, considerada en sí misma y en sus relaciones con el orden universal de las cosas: el derecho natural se ocupa del derecho en cuanto tiene de permanente.

### **C. Resurgimiento de orientación tradicional<sup>980</sup>**

Incluso las ciencias eclesiásticas sufrieron una profunda decadencia desde finales del siglo XVIII, haciendo creer que habían terminado las escuelas de orientación tradicional. Sin embargo, un grupo de jesuitas españoles emigrados a Italia luego de la expulsión de la Compañía de Jesús de España, formaron un conjunto de discípulos que impulsaron, aunque con inicios relativamente modestos, el resurgimiento de estas escuelas, el cual en el siglo XX alcanzaría una importante expansión. Entre sus autores podemos mencionar a Luigi Taparelli d’Azeglio, Matteo Liberatore, Guglielmo Audisio. Otros continuadores fueron Adolf Trendelenburg, Tommaso Zigliara, Santo Schiffini, Georg von Hertling, R. Fernández Concha, José Mendive, J. Prisco. Durante el tiempo del krausismo, también hubo autores iusnaturalistas de orientación tradicional en el ámbito universitario español.

Estas escuelas, por las circunstancias históricas, se caracterizaron por adoptar un modo de estudiar el derecho natural similar al de la escuela racionalista y las obras de filosofía del derecho. Sus autores se presentaron como tratadistas de filosofía social o jurídica. El derecho natural clásico (integrado en la ciencia jurídica) había desaparecido. Los tratados de derecho natural se centraron en la organización de la sociedad y el derecho público, y en cuanto al derecho privado, en las materias que la filosofía social de la época involucró con las anteriores. Así se dice que los neoescolásticos aceptaron la transmutación del derecho natural en filosofía social y jurídica, poco coherente con la tradición aristotélica y escolástica: en esa medida son válidas para los neoescolásticos algunas de las críticas que se han vertido contra la escuela moderna.

<sup>980</sup> Cfr. Hervada. *Ob. Cit.* Páginas 316 a 320.

Aunque la existencia del derecho natural es un hecho universal y racional, que no nace ni depende de ninguna religión, a la vez ha sido recogida por el cristianismo pues, como hemos visto, su doctrina acepta como propias las verdades fundamentales sobre el hombre que el pensamiento humano ya había conocido con mayor o menor perfección (como, en este caso, desde la antigua Grecia y Roma se tenía noción del derecho natural). Es por ello que, en los últimos siglos en que se ha oscurecido la idea del derecho natural, ha sido el magisterio de los Papas quizá la principal fuerza mantenedora de la idea de ley natural. Otro factor que ha influido en esto es que, a partir del siglo XIX, en que la sociedad se ha vuelto más secularizada y plural, para dirigirse a ella los Papas han recurrido a un lenguaje que de suyo pueda ser común a cristianos y no cristianos: el lenguaje de la ética y el derecho naturales. La teoría del derecho natural que los Papas han utilizado ha sido la de orientación tradicional, especialmente la tomista, es decir, la orientación prevalente en la historia que va desde Aristóteles a Santo Tomás, pasando por los estoicos. Algunos sectores contemporáneos malinterpretan estos hechos creyendo que el derecho natural es propio de la religión, o de la religión católica en particular, llegando a veces a invocar la libertad religiosa frente a los dictados del derecho natural.

#### **D. Primera mitad del siglo XX<sup>981</sup>**

El positivismo jurídico ha sido la dirección dominante dentro de la ciencia del derecho. Dentro del mismo pueden distinguirse diversas corrientes y matices, que se estudiarán en el capítulo siguiente. Ante la ineficacia del positivismo jurídico para defender al hombre y sus valores, y por el vaciamiento que produce de la ciencia jurídica, han surgido corrientes y teorías favorables a encontrar correctivos. Las teorías que, sin llegar al derecho natural en sentido propio (entenderlo como una parte del derecho), quedan más o menos en un positivismo mitigado, conforman el llamado objetivismo jurídico.

Dentro del objetivismo jurídico, cabe mencionar a Rudolf Stammler, quien propone un derecho natural en sentido kantiano, buscando establecer un método formal universalmente válido que permita determinar cuándo la substancia necesariamente mudable del derecho históricamente condicionado sea objetivamente justo: un derecho inmutable en la forma pero mutable en su contenido. Algunos han considerado a Stammler restaurador del derecho natural, al menos restaurador dentro del ambiente dominado por el positivismo.

El italiano Giorgio del Vecchio, conserva ciertos rasgos idealistas de raíz kantiana aunque evolucionó hacia posturas cercanas al tomismo. Gustav Radbruch, luego de la experiencia del régimen nazi, se proclamó partidario de un derecho supralegal, una doctrina del derecho justo que se acerca a la doctrina del derecho natural. También se señalan huellas iusnaturalistas en François Gény. Especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, se multiplicaron los autores que de una u otra manera hablan de derecho natural: entre ellos muchas teorías diversas que tienen de común afirmar que las relaciones de vida o el objeto regulados por el derecho tienen una estructura objetiva que debe tenerse en cuenta (autores como Fechner, Coing, Maihoffer, Stratenwerth, Welzel, Luypen, Kauffman, Sprenger, Neusüb, entre otros, algunos de ellos apoyados o al menos afines al existencialismo). También existen los partidarios de la estimativa jurídica y la axiología (como Reale, Goldschmidt, García Máynez, Recaséns Siches, Rodríguez Paniagua, etc.). Hay también pensadores con posiciones no encuadrables en corrientes o escuelas (entre ellos Hart, Fuller, Henkel, Cahn, Bodenheimer, Brecht, Marcic). A juicio de Hervada, el

<sup>981</sup> Cfr. Hervada. *Ob. Cit.* Páginas 323 a 329.

objetivismo jurídico, si bien reacciona contra el positivismo, se considera insuficiente porque le hace falta un factor propiamente jurídico (no extrajurídico) que evite el derecho injusto, insuficiente o incorrecto: los condicionamientos objetivistas no dejan de quedar al albur de estimaciones relativas, el consenso o el pacto. El jurista sigue careciendo de elementos propios de su ciencia para decir lo justo, quedando reducido a decir lo legal, error fundamental del positivismo.

El positivismo extremo tuvo tan graves obstáculos prácticos, que se hizo necesario incorporar un “iusnaturalismo camuflado”, imponiendo la *ratio naturalis* por distintas vías como la equidad, el espíritu del ordenamiento, los principios generales del derecho, etc. No faltan juristas que siguen aceptando el derecho natural como un factor intrínseco al derecho (como Federico de Castro o José Castán Tobeñas, o algunas sentencias de altos tribunales de Alemania que hacen expresa llamada al derecho natural para resolver casos concretos). Un sector de la ciencia jurídica que conserva una importante corriente iusnaturalista es el Derecho Internacional (autores como Le Fur y Verdross, por ejemplo). El ámbito donde más se conserva la escuela clásica de juristas iusnaturalistas es el derecho canónico.

Aunque el marxismo, que ve el derecho como producto de la clase dominadora, es también enemigo del derecho natural, no han faltado en autores neomarxistas algunos intentos de acercamiento a la teoría del derecho natural. Por ejemplo, E. Bloch considera que el derecho natural ha sido periódicamente la voz de los oprimidos y expresión de su dignidad ofendida. En la sociedad comunista final habrá un núcleo de derecho natural: el derecho natural objetivo (solidaridad entre todos los hombres) y subjetivo (la regla fundamental marxista de distribución de bienes y cargas: de cada uno según su capacidad, a cada uno según su necesidad).

También se produjo en el siglo XX un vigoroso renacer de las escuelas de orientación tradicional, como parte del nuevo florecimiento de la filosofía aristotélico-tomista en todos los terrenos. El autor que más se ha destacado en propugnar la vuelta al derecho natural clásico (el de los juristas romanos, Aristóteles y Santo Tomás de Aquino) es el francés Michel Villey, con quien se ha producido un retorno a la teoría del derecho natural como ciencia del derecho, apartándose significativamente de la filosofía política y social.

## II. DOCTRINA

Hemos presentado hasta el momento, a modo de exposiciones resumidas, los puntos más relevantes de las teorías de los pensadores más importantes e influyentes a lo largo de la historia de la ciencia del derecho natural, al igual que breves comentarios sobre las enseñanzas de otros autores, y un panorama general del desarrollo histórico del iusnaturalismo.

Con esto, pasemos ahora a hacer un intento de sintetizar en breves espacios lo que podríamos considerar como los puntos fundamentales del iusnaturalismo: guarde en mente el lector, como se ha repetido ya tantas veces a lo largo del presente trabajo, que lo que se expondrá a continuación no es más que una visión general, simplificada, en aras de su estudio, sin olvidar la amplísima gama de diferencias y matices que es posible encontrar a través del tiempo y de los distintos autores, de los cuales las páginas anteriores nos han dado ya alguna idea.

## A. Nociones generales y comunes

En su tesis doctoral, el Dr. Milton Argueta nos ofrece una enumeración de lo que denomina “nociones comunes a todo Derecho Natural”, a las cuales añade comentarios que hacen referencia a algunos de los matices que dentro de las doctrinas iusnaturalistas pueden hallarse respecto de dichas nociones comunes. De su escrito citamos textualmente los enunciados siguientes<sup>982</sup>:

- [El Derecho Natural] es un Derecho *a priori* respecto del Derecho Positivo; esto es, es un Derecho anterior a cualquier Derecho formulado deliberadamente por el hombre, capaz de dar un contenido propio a las nociones de justo e injusto y de señalar derechos y obligaciones preconstituidos respecto de una ley puesta por un legislador que lo haga;
- Es un Derecho *universal*, ya que se aplica a todos los hombres y en todas partes; es un Derecho común a la especie humana;
- Es un Derecho *inmutable*, permanece constante e invariable en el tiempo;
- La *racionalidad* de su conocimiento; es decir, sus postulados se conocen por medio de la razón.

Los comentarios del Dr. Argueta son los siguientes:

- Si bien se acepta que es un Derecho *a priori* respecto de la norma puesta, subyace a este reconocimiento toda la discusión existente sobre su origen: Dios o la razón.
- Si bien se acepta su *universalidad*, hay divergencia en cuanto a los argumentos de esa aceptación: para unos, la *universalidad* se deduce de la naturaleza humana, común para todos los hombres de todas las épocas (todos los hombres son iguales) en tanto que para otros, se deduce de un legislador supremo cuya ley eterna en la parte de la ley natural de la que participa el hombre, es congruente con la naturaleza de éste último, de quien el ser supremo es también creador.
- Si bien se acepta su *inmutabilidad*, algunos prefieren denominarla *permanencia* y un gran sector, se pronuncia porque la misma no sea entendida como *rigidez*, admitiendo que el Derecho Natural puede ser flexible, en cuanto a los principios secundarios se refiere. Para esta corriente, únicamente los principios primarios gozarían de *inmutabilidad* propiamente dicha.
- Y en cuanto a la *racionalidad*, debe recordarse que para un sector del iusnaturalismo, la misma se identifica con la facultad creadora de la razón.

Me permito en este momento añadir algunos comentarios personales sobre los puntos relacionados:

- Sobre el carácter *a priori* del derecho natural respecto del derecho positivo, es preciso además tener en mente las distintas maneras en que tal característica puede ser entendida.

<sup>982</sup> Argueta Pinto, Milton Estuardo. Análisis del Concepto de Derecho. Páginas 24 a 27.

Ciertamente puede decirse que es un derecho *a priori* en el sentido de que, por encontrarse inscrito en la naturaleza humana (sin entrar al punto en la discusión sobre su origen), su existencia precede a la formulación de normas jurídicas sea escritas (por vía de legislación) o consuetudinarias (por vía jurisprudencial o vivencia reiterada), sin que ello obste a que tales normas puedan reflejar o recoger las normas del derecho natural u oponerse a las mismas. Asimismo, enunciar la característica *a priori* en un sentido extremado, estaría realmente fundado en considerar el derecho positivo y el natural como dos ordenamientos distintos, postura que no se ajustaría a la concepción clásica, en la cual sólo cabe hablar de la distinción entre normas naturales y normas de formulación humana, pero encontrándose ambas clases de normas integradas en un solo ordenamiento en el cual tienen armónica y simultánea vigencia plena.

Asimismo, en cuanto a su origen (“Dios o la razón”), me parece que la discusión estriba en dos puntos fundamentales: la doctrina de la participación, y la naturaleza de la razón humana. Si se entiende esta última como participación de la razón divina, en última instancia la discusión no tendría mucho sentido, y atendería más a la forma en que se puede conocer el derecho natural, que no al origen del mismo. En cambio, si –como bien apunta el Dr. Argueta– la razón se vincula con el carácter creador o con su función dentro de un análisis y conocimiento fenoménico como le atribuye el racionalismo, la discusión sí se traslada ya al campo del origen del derecho natural, especialmente si se desconoce, prescinde o niega de la existencia de Dios.

En este punto entra también la tensión o armonía que pueda percibirse entre, por un lado, la legítima autonomía científica de la filosofía y de la ciencia jurídica y, por otro, la indagación de las causas últimas. Ya hemos visto cómo durante una época la teología ofrecía explicaciones de las causas últimas en cuanto que, por dedicarse al conocimiento de Dios y su obrar, siendo que de Él reciben su ser todas las cosas, se veía a la teología como la explicación última de la realidad, sin perjuicio de que cada ciencia (la jurídica incluida) posee sus propios métodos y principios a la luz de los cuales conoce, maneja y aplica aquellas materias y objetos que son propios de su ámbito concreto. En cambio, las reacciones anti-religiosas de siglos posteriores llevaron a plantear la cuestión no en términos de una legítima y necesaria autonomía científica, sino en los de una separación absoluta, radical, y no pocas veces violenta, frente a la teología y demás aspectos religiosos. Mucho de esto tiene que ver con el tema de la unidad e integridad del conocimiento humano, que plantharemos en un capítulo posterior, pero también tienen un papel factores culturales que, en nuestra época, tienen gran relevancia: predomina una mentalidad según la cual la religión se reduce a un ámbito meramente privado de la conciencia, considerándose ilícito recurrir a ella para explicar la realidad. Si bien es necesario encontrar puntos comunes de la razón humana y natural para el diálogo dentro de una sociedad plural y libre, también es cierto que existen posturas extremas que, llegando a ver la religión como superstición irracional, niegan a la teología todo papel que pueda tener en la explicación racional del mundo, y de ahí que surja, por lo menos, una incomodidad (cuando no un total rechazo o desprecio) con atribuir a Dios el origen del derecho natural.

- La cuestión sobre la *inmutabilidad* del derecho natural tiene también mucho que ver con lo que antes se ha comentado respecto a la postura que se acoja en cuanto a su origen. En efecto, tanto si el derecho natural se considera originado en la naturaleza humana como si



se atribuye su origen más alto a Dios (teniendo en cuenta matices distintos que la opinión puede adquirir según el grado de incidencia y relación que a Dios se reconozca o no con la naturaleza humana), en el fondo habría que reconocer que el hombre, aún teniendo una naturaleza inmutable, es a su vez un ser inmerso en el tiempo y el espacio y, por tanto, sujeto en su vida a variaciones de modo y circunstancias que pueden hacerse relevantes también en su vivir jurídico, en perfecta congruencia con su misma naturaleza, y esta es, en líneas generales, la exposición que hace la doctrina clásica.

En cambio, hemos visto ya que la escuela moderna, bajo la influencia del racionalismo constructivista, lleva a plantear el derecho natural como dotado de una rigidez que no tenía dentro de la doctrina anterior. A mi entender, dicha rigidez no se encuentra justificada realmente en el carácter inmutable de la naturaleza humana como tal, sino más bien en la naturaleza y características que tales corrientes atribuyen al derecho natural considerado en sí mismo: si el derecho natural no es otra cosa que normas del obrar humano que aspiran a tener la certeza y validez universal de las leyes físicas o matemáticas, resulta claro que, al igual que este tipo de normas, habrá el derecho natural de tener una inmutabilidad absoluta, de índole más bien abstracto, ajena a las variaciones de la vida humana en el tiempo y el espacio: ajena, simplemente, a la vida humana.

Otro aspecto que cabe mencionar en este punto es el concerniente a sobre qué recaen las posibles mutaciones del derecho natural, y de qué forma se producen. No es realmente mutación, en sentido estricto, la variación que pueda admitir la regla de derecho natural al ser aplicada a un caso concreto, dotado de circunstancias propias que no pueden preverse en la formulación general y abstracta de la norma. Por otro lado, están también las adaptaciones que puedan sufrir las normas derivadas del derecho natural, o aquellas normas relativas a materias que, por su misma índole, quedan al libre arbitrio y determinación del hombre, si bien enunciando que tampoco puede ejercerse tal determinación a tal punto que entre en conflicto con el derecho natural. Me parece muy importante (y en posteriores capítulos lo trataremos con más detenimiento) tener en mente el gran espacio de posibilidades que en lo jurídico se abren al hombre en materias sujetas a su libre determinación, ámbito en el cual tendrá gran relevancia el tema de la conveniencia. Es precisamente este uno de los puntos en que considero que las doctrinas modernas dan mayor conflicto pues, al pretender que el derecho natural sea absolutamente inmutable y pueda prever todas las posibilidades de futura aplicación de la norma, el contenido de las normas jurídicas dependerá muchísimo de la opinión o postura concreta que sustente un pensador o un legislador, pudiendo éste a su vez apelar a un supuesto derecho natural como fundamento último de su modo de pensar, de tal forma que aquellas materias opinables incluidas en el ámbito de la libre determinación del criterio y conveniencia humana, quedan sustraídas de un diálogo sano y razonable, dejándoselas a merced de la opinión de una persona o grupo con poder de hecho o de derecho para imponer su propia visión a los demás y, en consecuencia, se menoscaba la libertad humana y se dificulta la convivencia pacífica.

Dejo hasta aquí los comentarios que me ha parecido oportuno ofrecer en este momento sobre los aspectos de la doctrina del derecho natural que se han expuesto. Ciertamente hay muchos más comentarios que hacer, y más que profundizar y detallar sobre los que ya se han compartido, pero opto por dejarlo para un momento posterior dentro del presente estudio, por motivo de vincularse más estrechamente con los planteamientos centrales de la tesis.

Queda, entonces, expuesto a panorámicos rasgos el devenir histórico de la ciencia del derecho natural, así como los puntos nucleares de su doctrina. En el capítulo siguiente, haremos lo mismo en cuanto al positivismo jurídico.

## V

# EL POSITIVISMO JURÍDICO

“...el positivismo ha tratado de borrar la distinción entre normas de recta conducta y normas de organización y ha insistido en que todo cuanto se define correctamente como derecho es de la misma naturaleza, y en particular que la concepción de la justicia no tiene nada que ver con la determinación de lo que es la ley. De la intuición de que no existen criterios positivos de justicia los positivistas jurídicos concluyen erróneamente que no puede haber tests objetivos de justicia de cualquier tipo (y, por lo demás, piensan que la justicia no es cuestión de conducta justa, sino un problema de justicia distributiva); y que, como dice significativamente Gustav Radbruch, ‘si nadie puede averiguar lo que es justo, alguien tiene que determinar lo que es legal’”.

-Friedrich A. Hayek<sup>983</sup>.

“...para poder realizar un balance del positivismo jurídico, para poder determinar aquello que debe ser conservado y aquello que debe ser abandonado, o como suele decirse respecto de las doctrinas, para poder determinar lo que está vivo y lo que está muerto, será necesario rechazar la idea de que este movimiento sea un bloque monolítico, y distinguir en él algunos aspectos esencialmente diferentes”.

-Norberto Bobbio<sup>984</sup>.

Para este capítulo, como ya lo indicamos, seguiremos la exposición de Norberto Bobbio en su obra “El Positivismo Jurídico” (lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra). Por el mismo motivo, aun conservando el formato de exponer primero el desarrollo histórico y luego los puntos doctrinales, el presente capítulo se diferenciará del anterior principalmente en un aspecto: dada la larga tradición del pensamiento iusnaturalista, y las diversas corrientes que dentro del mismo se han dado, la exposición histórica del capítulo anterior necesariamente debía ser más extensa; en cuanto al positivismo, en cambio, su desarrollo histórico es relativamente más reciente, y aunque Bobbio lo trata con cierto detenimiento, permite ser expuesto con mayor brevedad.

En cambio, en lo que atañe al contenido doctrinal del positivismo jurídico, nos basaremos también en los puntos principales que señala Bobbio en su obra, agregando otras observaciones que el mismo autor realiza, así como apuntes de otros autores y personales. Bobbio expone detenidamente los aspectos doctrinales en su libro, ofreciendo apuntes específicos sobre el desarrollo histórico de cada uno, pero dado el carácter y finalidad del presente estudio, optaremos más bien por aspirar a la síntesis y brevedad resaltando únicamente lo que considero relevante en el contexto de mi propósito, remitiendo como siempre al lector al material donde pueda ampliar los temas.

Por último, como cuestión previa de necesaria aclaración antes de abordar el tema, se ofrece a continuación una breve referencia al positivismo filosófico y al positivismo jurídico, señalando los puntos que ambos tienen en común, así como los que tienen de diferencia y carácter propio. Tal diferenciación será importante para el desarrollo de ciertos aspectos en la parte argumentativa

---

<sup>983</sup> Derecho, Legislación y Libertad, Páginas 241 y 242.

<sup>984</sup> El Positivismo Jurídico, Página 237.

de esta tesis, motivo por el cual se volverá a tratar en el capítulo dedicado a la desambiguación de conceptos.

## I. POSITIVISMO FILOSÓFICO Y POSITIVISMO JURÍDICO

En algunos aspectos, puede considerarse que el positivismo jurídico representa la traslación al ámbito del Derecho de los postulados del positivismo filosófico; sin embargo, a su vez existen ciertas diferencias entre los positivismos filosófico y jurídico que hacen necesario tener en mente una clara distinción entre ellos, a fin de delimitar y comprender de mejor manera los caracteres del positivismo jurídico, particularmente en cuanto atañe a su papel dentro del pensamiento iusfilosófico.

El positivismo filosófico nace en el siglo XIX; su principal representante fue Augusto Comte. Su nombre deriva del latín *positus*, que significa lo puesto, con lo cual hace referencia a que el positivismo “no sólo exige a toda ciencia que parta de hechos tomados en el sentido de objetos perceptibles, sino también que se limite a comprobarlos y enlazarlos con leyes. [...] La filosofía es sólo la reunión de las ciencias positivas”<sup>985</sup>. La implicación del carácter *puesto* de los hechos conlleva que sólo aquellos que sean empíricamente verificables interesan al conocimiento humano.

Augusto Comte fue profesor de matemáticas y secretario del pensador Claude-Henri de Rouvroy conde de Saint-Simon, iniciador de un movimiento en pro de una revolución científico-social que recibe el nombre de socialismo utópico o sansimonismo. Víctima durante su vida de por lo menos dos crisis nerviosas (una de ellas una enfermedad mental que le llevó a ser internado en un manicomio), Comte acabó sus días fundando una nueva religión, la ‘religión de la humanidad’, con él mismo como pontífice<sup>986</sup>. Comte enunció la llamada *ley de los tres estados*, según la cual toda ciencia atraviesa tres fases en su desarrollo<sup>987</sup>:

- La fase *teológica*, que explica los acontecimientos recurriendo al influjo sobrenatural de dioses o de Dios.
- La fase *metafísica*, que trabaja con conceptos universales esenciales y fuerzas de la naturaleza.
- La fase *positiva*, que se ciñe a describir los hechos y su regularidad.

Comte profundizó y desarrolló la filosofía positiva, ya iniciada por Saint-Simon. En muchos aspectos, el positivismo filosófico recoge y cristaliza ideas ya presentes en el racionalismo de la Ilustración: así, pensadores de procedencias y tradiciones tan diversas como Ludovico Geymonat y Rafael Gamba, concuerdan en afirmar lo siguiente: “quedan transplantados en el positivismo – si bien con muchas limitaciones– algunos gérmenes vitales del pensamiento ilustrado. Son gérmenes que se expresan en el interés de los más eximios positivistas por la crítica de las ciencias, por las investigaciones concretas y por las situaciones reales, así como en la fe que los positivistas –a imagen y semejanza de los ilustrados– tienen en el hombre y en sus posibilidades de transformar y dominar la naturaleza. Gérmenes que también las corrientes racionalistas de

<sup>985</sup> Brugger, Walter. *Diccionario de Filosofía*. Página 434.

<sup>986</sup> Cfr. Geymonat, Ludovico. *Historia de la Filosofía y de la Ciencia*. Páginas 547 y 548.

<sup>987</sup> Cfr. Brugger. *Ob. Cit.* Página 434.

nuestra época intentarán asumir como propias, estimando que constituyen uno de los legados más vivos del pensamiento de la Ilustración”<sup>988</sup>; “[La *Enciclopedia*, “la gran obra constructiva a que se aplicaron los prohombres de la Ilustración”] tuvo la importancia simbólica de ser el primer libro de lo que se ha llamado espíritu cientificista, hijo del racionalismo. (...) Un filósofo posterior, Augusto Comte (...) supo captar muy bien la concepción implícita en la Ilustración y en el cientificismo”<sup>989</sup>.

Podemos sintetizar los aspectos fundamentales del positivismo filosófico, según lo concibe Comte, en los enunciados siguientes<sup>990</sup>:

- El objeto de la filosofía no consiste en elaborar una concepción exhaustiva y sistemática del ser en general ni del mundo de la naturaleza (tarea que incumbe, más bien, a las diversas ciencias), siendo misión de la filosofía determinar el desarrollo de cada ciencia y captar, desde dentro de ella, su línea directriz.
- Todo conocimiento, para ser auténtico, debe fundarse por entero sobre la experiencia, es decir, la ciencia se reduce a un conocimiento fenoménico y causal, quedando fuera todo lo relativo a consideraciones valorativas, ontológicas, metafísicas, por estar fuera de lo que se puede captar mediante los sentidos y sujetarse a verificación empírica. Toda proposición no verificable empíricamente ha de considerarse metafísica y desechada de las ciencias.
- La ciencia se convierte en el principal objeto de la investigación filosófica, cada disciplina debe apartarse de indagar las causas o esencias de los fenómenos, limitándose a buscar las leyes de los mismos que pueden inferirse a partir de su observación y experimentación.
- Debe excluirse, asimismo, toda referencia a lo absoluto, pues ello por definición trasciende el mundo de la experiencia: una ciencia fundada en la experiencia no puede ser sino ciencia de lo relativo.

Según Geymonat “cabe observar, sin embargo, que con el correr de los años, el término [positivismo, filosofía positiva] fue asumiendo un significado muy distinto del que le daban Saint-Simon y Comte, y que acabó designando un movimiento orientado a la exaltación de los hechos contra las ideas, de las ciencias experimentales contra las teóricas, y de las leyes físicas y biológicas contra las construcciones filosóficas”<sup>991</sup>.

Después de la Segunda Guerra Mundial, aparece en torno al llamado Círculo de Viena, liderado por Shlick, el neopositivismo, que también recibe los nombres de positivismo lógico o filosofía analítica (este último término utilizado en la actualidad para agrupar toda corriente que considera que la filosofía consiste en análisis lógico). Para ésta, la tarea de la filosofía no consiste en proporcionar conocimientos que sobrepasen el ámbito de las ciencias naturales y el margen de éstas, sino en mostrar, mediante el análisis del lenguaje, que los problemas o asertos metafísicos

<sup>988</sup> Geymonat. *Ob. Cit.* Página 549.

<sup>989</sup> Gamba. *Ob. Cit.* Páginas 179 y 180.

<sup>990</sup> Cfr. Geymonat. *Ob. Cit.* Páginas 550 y 551; Argueta Pinto. *Ob. Cit.* Páginas 36 y 37.

<sup>991</sup> Geymonat. *Ob. Cit.* Página 548.

carecen de sentido por apoyarse en errores de lógica del lenguaje. Afirma, además, que las valoraciones e imperativos éticos no son más que expresiones emocionales o de sentimientos<sup>992</sup>.

Pero, ¿es el positivismo jurídico la aplicación al Derecho del positivismo filosófico? Guido Fassò considera que no. En su opinión, “En realidad, lo que viene siendo llamado ‘positivismo jurídico’ es formalismo. Y el formalismo jurídico no había tenido que esperar al positivismo para ser practicado, e incluso hundía sus raíces en consideraciones no positivistas, naturalistas y kantianas”<sup>993</sup>. Según Fassò, el positivismo se fue extendiendo en la cultura europea más como mentalidad genérica que como doctrina concreta, y el término ‘positivismo’ se aplicó a toda teoría que no fuera o no pudiera considerarse metafísica: así, se acuñó el término ‘positivismo jurídico’ para designar una vertiente del formalismo, reconduciéndosele semánticamente al positivismo filosófico, lo cual es inadecuado. El positivismo filosófico presentaba escaso interés por el Derecho, al cual consideraba como uno más entre tantos fenómenos sociales y, por tanto, como objeto de estudio dentro de la sociología. Para explicar, Fassò alude a dos elementos que pueden ser calificados como ‘positivos’:

La positividad de *un efectivo y concreto comportamiento humano*. En este sentido, el dato verdaderamente positivo sería la efectiva observancia de una norma jurídica por parte de los miembros de la sociedad.

Algunos juristas utilizaron el método comparativo, abstrayendo conceptos generales a partir de los datos suministrados por la observación histórica o etnográfica de las instituciones jurídicas de distintas épocas y países, con lo cual permanecían en el ámbito de la sociología y, con ello, dentro del auténtico y propio positivismo.

La positividad constituida por *la existencia formal de una norma*. Aquí se habla de ‘positivo’ en el sentido tradicional del lenguaje jurídico como validez o vigencia formal de la norma independientemente del hecho de que sea o no observada en sociedad.

Otros juristas emplearon también un método abstracto y generalizador, pero aplicándolo a los datos tomados de ordenamientos jurídicos ‘positivos’ en este segundo sentido, es decir, tomando en cuenta únicamente la validez formal de la normativa estudiada.

Las dos maneras de estudiar el Derecho antes descritas tienen en común el prescindir de los valores, es decir, no considerar el aspecto ético o axiológico del Derecho, contraponiéndose al iusnaturalismo. Pero se diferencian e incluso se contraponen, en cuanto que el positivismo filosófico va unido al dato histórico (si bien realizando una función abstracta y generalizadora), mientras que el ‘positivismo jurídico’ prescinde de la historia, asumiendo un carácter antihistórico en virtud de su formalismo. “Pero el sólo hecho de que [la expresión ‘positivismo jurídico’] viniera a indicar prevalentemente, aunque no exclusivamente, la teoría que reconoce carácter jurídico solamente a las normas establecidas por una autoridad soberana (...) revela que la ‘positividad’ a la que el positivismo jurídico se refería, era la concepción formal de las normas, al estar establecidas por un ente al que se atribuía el poder exclusivo de crear Derecho. (...) La convicción de la mayor parte de los juristas de la segunda mitad del siglo XIX de ser positivistas (...) no era, sin embargo, debida solamente al equívoco derivado del término ‘Derecho positivo’. Aparte de que el hecho de referirse solamente al Derecho positivo significaba rechazar el

<sup>992</sup> Cfr. Brugger, Walter. *Ob. Cit.* Páginas 434 y 435; Argueta Pinto. *Ob. Cit.* Páginas 38 y 39.

<sup>993</sup> Fassò, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho 3. Siglos XIX y XX.* Página 153.

Derecho natural, e incluso el repudio de la aborrecida metafísica, más bien que de la filosofía, el operar sobre las normas positivas ofrecía, o parecía ofrecer, la posibilidad de la construcción (...) de una *ciencia* del Derecho. (...) podía elaborarse una teoría formal de las normas y de las instituciones jurídicas como sistema racional semejante a los de las ciencias de la naturaleza, ante cuyos cultivadores los juristas sufrían –y sufren– una especie de complejo de inferioridad. Y el limitar este sistema al Derecho positivo, además de permitir valerse del afortunado nombre de éste, simplificaba mucho el problema, al hacer lógicamente homogéneo el objeto de la ciencia por construir, aunque esta simplificación en sí misma, a causa de la complejidad del fenómeno ‘Derecho’, podía ser considerada como arbitraria”<sup>994</sup>.

## II. HISTORIA Y EXPONENTES

### 1. Derecho natural y Derecho positivo a través de la historia<sup>995</sup>

Que es posible distinguir el derecho natural del derecho positivo es algo que se ha conocido desde siempre. Sin embargo, ha variado la manera en que tal distinción se concibe y explica, así como la forma en que se consideran o no interrelacionados el derecho natural y el positivo: desde considerarlos como elementos de un mismo ordenamiento jurídico, hasta afirmar que existe oposición entre ellos. Veamos resumidamente las diversas explicaciones que sobre el particular se han manejado a lo largo del tiempo.

#### A. El pensamiento clásico

En cuanto al contenido conceptual, la distinción entre derecho natural y positivo se encuentra ya en el pensamiento griego y romano. Ya en Sócrates y los sofistas se encuentra el problema de la distinción entre aquello que es por naturaleza (*physis*) y lo que es por convención o establecido por el hombre (*thesis*). Aristóteles denomina al derecho positivo “derecho legal” (*nomikón díkaion*) y al natural le llama *physikón*, sirviéndose de dos criterios para distinguirlos:

- El derecho natural tiene la misma eficacia en todas partes; el derecho positivo tiene eficacia únicamente en las comunidades políticas en que se ha establecido.
- El derecho natural prescribe acciones cuyo valor no depende del juicio que sobre ellas emita el sujeto (no importa que parezcan buenas para unos y malas para otros – bondad objetiva); el derecho positivo prescribe acciones que, antes de ser reguladas, es indiferente que se realicen de una forma u otra, pero una vez reguladas deben realizarse conforme lo prescrito por la norma.

En cuanto al derecho romano, a juicio de Bobbio la distinción entre *ius gentium* y *ius civile* responde a los siguientes criterios:

- El *ius civile* pertenece a un determinado pueblo (es particular); el *ius gentium* no tiene confines, (es universal).
- El *ius civile* es establecido por el pueblo; el *ius gentium* por la razón natural (*naturalis ratio*).

<sup>994</sup> *Ibid.* Páginas 152 y 153.

<sup>995</sup> Cfr. Bobbio, Norberto. *El Positivismo Jurídico*. Páginas 35 a 42.

- El derecho natural es inmutable en el tiempo; el derecho positivo cambia en el espacio y el tiempo: una norma puede ser creada de la nada y modificada por otra ley o por costumbre abrogativa.
- El derecho natural establece lo que es bueno y equitativo (*bonum et aequum*): el juicio sobre él se funda en un criterio moral; el derecho positivo establece lo que es útil: su juicio se funda en un criterio económico o utilitario).

## B. El pensamiento medieval

La primera utilización de la fórmula *ius positivum* se atribuye a Abelardo, según quien la principal característica de éste es la de ser creado por los hombres, mientras que el derecho natural es creado por algo (o alguien) superior (como la naturaleza o Dios).

Esta misma distinción se encuentra entre los diversos autores medievales, y ya hemos visto cómo Santo Tomás de Aquino explica la relación entre la ley humana y la ley natural, cómo se deriva la humana de la natural por conclusión o por determinación. Es de hacer notar, por otra parte, que Santo Tomás no llama ley positiva a la ley natural, pues la ley divina también la considera positiva en cuanto Dios la ha establecido.

## C. El pensamiento de los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII

Para Grocio, el derecho natural es un dictamen de la recta razón dirigido a mostrar que un acto es moralmente censurable o necesario, según se conforme o no a la naturaleza racional del hombre y, como consecuencia, prohibido u ordenado por Dios como autor de la naturaleza.

Glück, en el siglo XVIII, afirma que la distinción entre derecho natural y positivo se funda en el modo en el que accede a nuestro conocimiento: derecho natural se dice al conjunto de todas las leyes conocidas mediante la razón tanto a partir de la naturaleza como de las cosas, exigidos por la naturaleza humana como condiciones y medios de consecución de sus propios fines; se llama positivo al conjunto de leyes que se fundan sólo en la voluntad declarada de un legislador, declaración a través de la cual se conocen.

El derecho natural se limitaría a lo que se demuestra *a priori*; el derecho positivo tiene su ámbito allí donde la decisión sobre si una cosa es derecho o no depende de la voluntad del legislador.

## D. Criterios de distinción

Bobbio recopila seis criterios de distinción entre derecho natural y positivo, basándose en lo anteriormente expuesto:

- Antítesis *universalidad-particularidad*.
- Antítesis *inmutabilidad-mutabilidad*.
- Antítesis *natura-potestas* o *populus* (fuente del derecho).



- Antítesis *ratio-voluntas* (modo de conocer el derecho: por la razón o por promulgación).
- Por el objeto, el derecho natural regula comportamientos buenos o malos en sí mismos, el positivo regula objetos cuya justicia depende del hecho de estar regulados de determinada manera.
- Por la valoración de las acciones, el derecho natural establece lo bueno, el positivo lo útil.

### E. Noción básica del positivismo jurídico y su origen

Hasta el surgimiento del positivismo jurídico, existió la discusión sobre la relación y prevalencia entre el derecho natural y el positivo. Con la aparición del positivismo jurídico, tal discusión cesa de tener sentido, toda vez que al derecho natural y al positivo ya no se les reconoce la categoría de derecho en el mismo sentido pues, según la fórmula sintética propuesta por Bobbio: “El positivismo jurídico es la doctrina según la cual no existe más Derecho que el positivo”<sup>996</sup>.

El origen de esta concepción está ligado a la formación del Estado moderno, surgido con la disolución de la sociedad medieval. En esta época ocurre el llamado *proceso de monopolización de la producción jurídica por parte del Estado*: la sociedad asume una estructura monista en la cual el Estado deja de ser simplemente una fuente más de normas jurídicas dentro de una sociedad pluralista, y pasa a ser, en cambio, el único que establece el Derecho directamente a través de la legislación o indirectamente a través del reconocimiento y control de las normas de formación consuetudinaria. Por eso afirma Bobbio que “cuando identificamos al Derecho con las normas establecidas por el Estado, no damos una definición general de Derecho, sino que damos una definición propia de la situación histórica particular en la que vivimos”<sup>997</sup>. Un gran precedente de este cambio lo ve Bobbio en la compilación de Justiniano, que marcó el paso del Derecho Romano como derecho de formación social a derecho cuya validez se fundamenta en la voluntad del príncipe.

Para Bobbio, como precursor directo del positivismo jurídico puede considerarse a Hobbes<sup>998</sup> (cuyo pensamiento, en sus aspectos jurídicos, hemos reseñado ya en el capítulo anterior), encontrando en la definición de Derecho dada por este autor (“Derecho es un mandato de aquel o aquellos que tienen el poder soberano, dado a quien o quienes son sus súbditos, declarando pública y claramente qué puede hacer cada uno de ellos y qué tiene que abstenerse de hacer”) la expresión de dos caracteres típicos de la concepción positivista del Derecho, a saber:

- *Formalismo*: se define el Derecho sólo en relación con la autoridad que establece las normas, sin hacer referencia a las acciones que regulan, el contenido ni los fines de las mismas.
- *Imperativismo*: se define el Derecho como un mandato (orden o prohibición).

A criterio de Bobbio, la justificación histórica para la visión de Hobbes y el Estado absolutista consiste en una reacción, como búsqueda de reestablecer la paz y el orden, ante la anarquía que reinaba en Inglaterra y Europa como consecuencia de las guerras de religión. Las codificaciones,

<sup>996</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Página 44.

<sup>997</sup> *Ibid.* Página 46.

<sup>998</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 51 a 54.

en cambio, no son producto del absolutismo sino de la Ilustración y la concepción liberal del Estado, y Bobbio explica este traslado del dogma de la omnipotencia del legislador desde el absolutismo al liberalismo de acuerdo a ciertos factores<sup>999</sup>:

- El aspecto absolutista de la omnipotencia del legislador consiste en eliminar todo poder intermedio, atribuyendo al legislador un poder pleno, ilimitado y exclusivo.
- El aspecto liberal de la teoría consiste en que, al establecer el legislador normas iguales para todos, se protege a los ciudadanos de la arbitrariedad de que podrían ser víctimas si el poder judicial pudiera establecer normas extraídas del sentido de equidad del juez o de la vida social.
- A su vez, para evitar la arbitrariedad del legislador, el pensamiento liberal establece ciertos mecanismos constitucionales, principalmente:
  - La separación de poderes: el poder legislativo se atribuye a un cuerpo colegiado (no al príncipe o poder ejecutivo), y el gobierno está subordinado a la ley.
  - La representatividad: el poder legislativo se ejerce por todo el pueblo a través de sus representantes.

Señala Bobbio que la relación estrecha entre el absolutismo y el liberalismo respecto de la teoría de la monopolización del Derecho por parte del Estado puede observarse en el hecho de que muchos antipositivistas han dirigido su crítica no tanto contra los teóricos del absolutismo sino contra los pensadores típicamente liberales, como Montesquieu y Beccaria. De Montesquieu se resalta que, como propugnador del principio de separación de poderes, sostuvo la subordinación de los jueces a la ley como una medida para salvaguardar dicha separación a fin de garantizar la seguridad jurídica; de lo contrario, si el juez tuviera libertad para decidir conforme a criterios distintos a los que le da la ley, se convertiría en legislador. Beccaria, por su parte, aparte de sostener que el juez debe ceñirse a la ley (recuérdese su famoso principio de legalidad en materia penal: ‘no hay delito ni pena sin ley’), afirma incluso que el juez no debe interpretar la ley, pues la interpretación le daría a ésta un sentido distinto al dado por el legislador. Beccaria expone la conocida ‘teoría del silogismo’, según la cual el juez al resolver no crea nada nuevo, sino se limita a hacer explícito lo que estaba implícito en la ley como premisa mayor.

Los autores racionalistas del siglo XVIII no llegaron a un positivismo jurídico estricto: antes bien, puede considerarse opinión común entre ellos que, en el caso de existir lagunas en la ley (situaciones o relaciones que el legislador omitió regular), debe recurrirse, para resolverlas, al derecho natural, atribuyéndole de esta manera una función y aplicabilidad supletorias (el mismo Hobbes, por ejemplo, afirmaba la imposibilidad de establecer leyes generales que prevean todas las situaciones, debiéndose en dado caso acudir a la ley de la equidad natural)<sup>1000</sup>.

## 2. Los orígenes del positivismo jurídico

Veremos ahora cómo fueron surgiendo las principales corrientes que dieron forma al positivismo jurídico, principalmente en Alemania, Francia e Inglaterra.

<sup>999</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 55 a 58.

<sup>1000</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 58 a 60.

## A. Alemania<sup>1001</sup>

La oposición que en el plano filosófico produjo el historicismo como reacción contra el racionalismo, se reflejó en lo jurídico con el surgimiento de la Escuela Histórica del Derecho que se opuso a las tesis del iusnaturalismo racionalista. Con esto, la escuela histórica preparó el camino para el positivismo. Téngase en mente, no obstante, que esta reacción se produjo directamente contra el iusnaturalismo racionalista, contra sus “mitos” (como el estado de naturaleza, el contrato social, la ley natural, etc.).

El alemán Gustavo Hugo plantea el derecho natural como filosofía del derecho positivo, un conjunto de conceptos jurídicos generales elaborados sobre la base del derecho positivo existente en cualquier Estado. Hugo señala a Montesquieu como antecedente de lo que llama filosofía del derecho positivo, y su nuevo modo de entender el derecho ejerció notable influencia sobre el inglés John Austin, considerado el fundador del positivismo jurídico estricto.

Veamos a continuación los principales caracteres del historicismo, y la forma en que cada uno desplegó su influencia en el ámbito jurídico:

- *Individualidad y variedad del hombre.* El historicismo no considera a la humanidad en abstracto (como lo hace el racionalismo), sino que atiende a la existencia de muchos hombres distintos entre sí por diversos factores (raza, clima, período histórico, etc.).

En lo jurídico, esto implica considerar que el Derecho no es producto de la razón, sino un fenómeno social que se desarrolla en la historia, variando en el tiempo y el espacio.

- *Irracionalidad de las fuerzas históricas.* En contraposición al racionalismo, para el historicismo el resorte fundamental de la historia no es la razón, el cálculo, la valoración racional, sino el elemento pasional y emotivo del hombre, el impulso, la pasión, el sentimiento. Así, por ejemplo, rechaza la idea racionalista de que el Estado haya surgido de una decisión consciente de dar origen a una organización política.

El Derecho surge, no del cálculo racional, sino de un sentimiento de justicia en el corazón del hombre y expresado directamente a través de formas jurídicas primitivas y populares.

- *Pesimismo antropológico.* Mientras el racionalismo es optimista y cree que el hombre puede mejorar la sociedad y transformar el mundo con su razón, el historicismo adopta más bien una postura de desconfianza ante la capacidad de mejora humana.

Es necesario conservar los ordenamientos jurídicos existentes: detrás de los cambios y nuevas instituciones hay improvisaciones nocivas. De ahí la oposición que, como hemos visto, ofreció la escuela histórica contra el movimiento codificador en Alemania.

- *Amor por el pasado.* El historicismo, al desconfiar del futuro de la humanidad, exalta e idealiza el pasado: a diferencia del racionalismo, que se burlaba de la ingenuidad e ignorancia de los antiguos, los historicistas se interesan por los orígenes de la civilización y las sociedades primitivas.

<sup>1001</sup> Cfr. Bobbio. *Ob. Cit.* Páginas 61 a 77.

Surgen los 'germanistas', interesados en rescatar el antiguo derecho germánico de la influencia del Derecho Romano, la cual consideraban nociva.

- *Sentido de la tradición.* El historicismo resalta la validez de las instituciones que se han ido formando a lo largo del tiempo, rechazando la introducción de instituciones nuevas. El racionalismo, en cambio, propugnaba la aplicación de la razón humana para superar aquello que los hombres respetaban mecánicamente.

Se da mayor valor a la costumbre frente a la ley como fuente de producción de normas jurídicas, por considerar que la costumbre, al nacer directamente del pueblo, expresa mejor su sentimiento de justicia y su espíritu.

Sin embargo, aún cuando la escuela histórica puede considerarse precursora del positivismo, ello sólo es cierto en cuanto que representa una crítica radical contra la concepción racionalista del derecho natural ya que, por otro lado, al destacar la importancia de la costumbre como fuente de derecho, también la escuela histórica es precursora de corriente anti-positivistas (como la escuela sociológica y la escuela realista).

El hecho histórico que da origen al positivismo es, más bien, el movimiento codificador, que constituye la realización política del dogma de la omnipotencia del legislador: si el Derecho es tanto producto de la autoridad como de la razón, debe legislarse (positivizarse) el derecho racional para que tenga vigor, contra la costumbre que se considera nociva herencia de la época medieval.

La ocupación francesa de Alemania puso al país en contacto con el Código de Napoleón, que llamaba particularmente la atención por su consagración legislativa del principio de igualdad ante la ley, mientras que en Alemania todavía se reconocían clases sociales en una situación casi feudal. Surge la figura de Antonio Federico Justo Thibaut, quien apoya y defiende la idea de llevar a cabo la codificación en Alemania, aduciendo que la misma sería beneficiosa tanto para los juristas y estudiosos del Derecho como para los ciudadanos corrientes, ya que simplificaría las normas jurídicas al dotarlas de perfección formal (enunciados claros y precisos) y perfección sustancial (regulación de todas las relaciones sociales). También ve en ello la ventaja de contribuir a la unificación política de Alemania: da la vuelta al argumento historicista que considera la codificación como artificial y arbitraria, afirmando por su parte que las diversidades locales del derecho no son naturales sino que se deben al arbitrio de los distintos príncipes que las imponen.

Savigny contradice a Thibaut, oponiéndose a la codificación. Si bien Savigny enuncia que no se opone en principio a la idea de codificar, sino que únicamente considera que Alemania no se encuentra en un momento histórico apropiado para llevarla a cabo, a juicio de Bobbio sí incurre en una oposición de principio, debido a que su argumento se basa en distinguir como fuentes del Derecho sustancialmente tres:

- *El Derecho del pueblo:* propio de las sociedades en formación, no conviene en esta etapa la codificación porque impediría el proceso natural de desarrollo y organización del Derecho.

- *El Derecho científico*: propio de las sociedades más maduras, la codificación tampoco es necesaria ni oportuna en este momento porque los fines que persigue están asegurados perfectamente por el derecho de juristas.
- *El Derecho legislativo*: propio de las sociedades en decadencia, tampoco debe codificarse, pues se cristalizaría y perpetuaría un derecho ya decadente.

En consecuencia, se observa que los fundamentos de la postura de Savigny sí excluyen en principio la codificación y, en efecto, lo que él propone es escapar de la progresiva decadencia jurídica mediante la promoción de un derecho científico más robusto por obra de los juristas, mientras que la codificación haría más grave la crisis de la ciencia jurídica en Alemania.

## **B. Francia**<sup>1002</sup>

En 1804 entró en vigor el Código de Napoleón, la cual juntamente con la compilación de Justiniano es la que más influencia ha tenido en la legislación y el pensamiento jurídico. Es precisamente en Francia, patria de la Ilustración, donde triunfa la idea de la codificación, inspirada como sabemos en las ideas racionalistas que buscaban formular un derecho sencillo y unitario. La exigencia de sencillez y unidad era especialmente sentida en Francia, que se encontraba dividida en dos partes: la septentrional, regida por costumbres locales (*droit coutumier*), y la meridional, regida por el derecho común romano (*droit écrit*). Ya en numerosos textos legislativos de la Revolución Francesa se hace referencia explícita a la necesidad de promover una legislación breve, sencilla y unitaria. A criterio de Bobbio, el *Code civil* se fue alejando progresivamente de su inspiración original, ilustrada y iusnaturalista, para aproximarse a la tradición jurídica francesa del derecho romano común.

El redactor de los primeros proyectos para el Código francés fue Cambacérès, quien presentó tres proyectos:

- El primero, presentado en agosto de 1793, se inspiraba en tres principios fundamentales: reaceramiento a la naturaleza, humanidad y simplicidad, buscando garantizar los dos postulados de igualdad ante la ley y libertad personal. No tuvo éxito, porque la Asamblea tenía asuntos más importantes de que ocuparse en el momento, y porque los diputados lo consideraron poco ‘filosófico’ y excesivamente ‘jurídico’ (concedía demasiado a particularidades técnicas).
- El segundo proyecto, que presentó el 9 de septiembre de 1794, era más sencillo e incluía solamente principios esenciales para guiar a los legisladores posteriores o a los jueces al establecer la norma específica aplicable a un caso concreto. Los tres principios que lo guiaban eran: ser dueño de sí mismo (personas), tener suficientes bienes para satisfacer sus propias necesidades (derechos reales), y poder disponer de estos bienes en su propio interés y en el de su familia (obligaciones). Su mismo autor se dio cuenta que suscitó muchas hostilidades y el proyecto fue abandonado.
- El tercer proyecto, presentado el 24 de junio de 1796, presenta mayor elaboración técnica y una notable atenuación de las ideas iusnaturalistas, debido a la oposición de los juristas tradicionales (quienes para la época habían recobrado cierta autoridad). Tampoco fue

<sup>1002</sup> Cfr. Bobbio. *Ob. Cit.* Páginas 79 a 103.

aprobado, pero fue el único de los proyectos elaborados por Cambacérès que tuvo cierta influencia sobre el proyecto definitivo del Código Civil.

Hubo un cuarto proyecto en 1799, obra del juez Jacqueminot, que ni siquiera fue discutido. El proyecto definitivo fue obra de una comisión nombrada por Napoleón compuesta por cuatro juristas: Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneau y Portalis. Éste último desempeñó el papel más importante dentro de la comisión: era un liberal moderado, crítico del pensamiento de Kant y de lo que consideraba el abuso del espíritu filosófico, adoptando una postura que no presentaba un rechazo tan frontal y tajante contra la cultura pasada. El mismo Napoleón presidió 57 de las 102 sesiones en que se discutió el proyecto, aportando personalmente soluciones a varias de las controversias que surgieron. Se ha comprobado que el Código está principalmente basado en el *Tratado de Derecho Civil* del jurista Pothier.

El artículo 4 del Código establecía que “El juez que rehusare juzgar bajo pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia”. Por su parte, el artículo 9 del libro preliminar del proyecto (el cual fue eliminado del texto definitivo por obra del Consejo de Estado) señalaba que “En las materias civiles, el juez, a falta de leyes precisas, es un ministro de la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural y a los usos adoptados en el silencio de la ley positiva”. El dogma de la omnipotencia del legislador implica a su vez el de la plenitud del ordenamiento jurídico, según el cual no existen lagunas en la ley y, en caso de insuficiencia, oscuridad o silencio, la solución debe extraerse de la misma ley (autointegración) sin recurrir a fuentes externas y ajenas a la ley (heterointegración).

Se ha señalado que el Código de Napoleón consagró estas dos posturas típicas del positivismo jurídico, pero en realidad ello fue obra de los intérpretes del Código, y no era la intención original de sus redactores, como lo demuestra el artículo 9 del proyecto que fue suprimido, y el mismo Portalis lo declaraba en un discurso pronunciado al presentar el proyecto ante el Consejo de Estado, en el cual expresamente dice cosas tales como que “una gran cantidad de cosas son, por tanto, abandonadas al imperio del uso, a la discusión de los hombres cultos, al arbitrio de los jueces. [...] a falta de texto preciso sobre cualquier materia, un uso antiguo, constante y bien establecido, una serie no interrumpida de decisiones similares, una opinión o una máxima adoptada, tienen valor de ley. [...] si la previsión del legislador es limitada, la naturaleza es infinita”. La intención de los redactores del Código al establecer el artículo 4 era evitar que los jueces se abstuvieran de resolver, y con el artículo 9 dejaban la puerta abierta al poder creador del juez; al eliminar el artículo 9, los intérpretes entendieron el artículo 4 en el sentido de que se prohibía la heterointegración del Derecho, con lo cual se fundamentó la escuela de la exégesis, según la cual el Código contiene en sí las soluciones a todo caso futuro posible, debiéndose fundar las resoluciones en la intención del legislador.

La escuela de la exégesis provocó el estancamiento del Derecho y de la ciencia jurídica, perdiendo ésta su capacidad creadora. Esta escuela se limitó a una interpretación pasiva del Código, y a ella se opuso la escuela científica, que proponía una elaboración autónoma de datos y conceptos jurídicos cuya calidez fuese independiente del mismo Código. Las razones que dieron origen a la escuela de la exégesis son diversas:

- La misma existencia de codificación hace más sencillo resolver, si no todas, al menos la mayoría de controversias, por lo que los operadores del Derecho fácilmente dejan de lado otras fuentes de Derecho cuyo manejo es más complicado que el de un Código.

- Favorece el argumento de autoridad: al expresar la voluntad del legislador, se ve como lo mejor el atenerse al dictado de la autoridad soberana.
- Como justificación jurídico-filosófica puede citarse la doctrina de la separación de poderes, según la cual el dejar al juez una facultad creadora de Derecho violaría la esfera de poder atribuida en forma exclusiva al legislador.
- El principio de la certeza del Derecho exige que los ciudadanos puedan ajustar su conducta conociendo de antemano las normas y las consecuencias de sus actos, lo cual hace necesario abandonar una interpretación creativa en aras de un silogismo que haga explícito lo que ya implícitamente contiene la ley.
- Un motivo de naturaleza política, cual fueron las presiones ejercidas por el régimen napoleónico con el fin de que en las Escuelas de Derecho (sometidas al control directo de las autoridades políticas) se enseñara únicamente el derecho positivo<sup>1003</sup>, dejando aparte las teorías generales del Derecho y las concepciones iusnaturalistas.

Según Bonnacase, la historia de la escuela de la exégesis se puede dividir en tres períodos: inicios (1804 a 1830), apogeo (1830 a 1880) y declive (1880 a finales del siglo XIX). Durante el apogeo surgen los principales exponentes de esta escuela, entre ellos: Alexandre Duranton, Charles Aubry, Frédéric Charles Rau, Jean Demolombe, y Troplong, considerado el ‘filósofo’ o teórico de la escuela exegética. Los principales caracteres de dicha escuela pueden resumirse en cinco puntos:

- Inversión de las relaciones tradicionales entre derecho natural y derecho positivo. Los exégetas no llegan a negar el derecho natural, pero devalúan su importancia y significado práctico reduciéndolo a una noción privada de interés para el jurista. Existe un derecho natural distinto al positivo, pero es irrelevante mientras no esté incorporado a la ley.

También se rechaza la concepción tradicional sobre la aplicabilidad subsidiaria del derecho natural en caso de lagunas del derecho positivo: como vimos, se considera que las lagunas deben resolverse con apoyo únicamente en la ley (principio de plenitud).

- Concepción rígidamente estatalista del Derecho. Sólo son normas jurídicas las establecidas o reconocidas por el Estado. El principio de omnipotencia del legislador no es una negación genérica del derecho natural, sino conlleva la negación de toda otra fuente de Derecho (consuetudinario, judicial, científico, etc.).
- Interpretación de la ley está fundada en la intención del legislador, puesto que el único Derecho es el contenido en la ley. La voluntad del legislador puede distinguirse en:
  - *Voluntad real*: se busca cuando la situación sí está regulada, pero su tenor no se desprende claramente del texto legislativo. Se recurre principalmente a investigaciones históricas para saber qué quiso decir el legislador.

---

<sup>1003</sup> “Yo no conozco el Derecho civil, enseño el Código de Napoleón” es la famosa sentencia que mejor ilustra este punto, atribuida a Bugnet. Cfr. Bobbio. *Ob. Cit.* Página 97.

- *Voluntad presunta*: se busca cuando el legislador omitió regular la situación. Se recurre a la analogía y a los principios generales del Derecho para establecer cuál habría sido la voluntad del legislador si hubiera previsto el caso en cuestión.

Hacia finales del siglo XIX se contraponen a esta interpretación aquella basada en la voluntad de la ley, que se distingue del primer método:

- La voluntad de la ley se concibe en sentido objetivo, entendido como el contenido normativo que la ley tiene en sí misma, independientemente de las intenciones de sus autores (sentido subjetivo).
  - Desvincula la interpretación de la ley del contexto histórico en que surgió, permitiendo una interpretación progresiva o evolutiva, que toma en cuenta el cambio de las condiciones históricas y sociales. El método de la voluntad del legislador, en cambio, liga la interpretación al momento de la promulgación de la ley, produciendo una interpretación estática y conservadora.
- Culto al texto de la ley. El intérprete debe estar rigurosamente subordinado a las disposiciones de los artículos del Código.
  - Respeto al argumento de autoridad. Atribuyéndose al legislador el poder de establecer lo que es justo e injusto, argumentando para ello (entre otras cosas) que conviene evitar que se produzcan discusiones interminables que impedirían el cumplimiento de las funciones del Derecho, es lógico que el argumento de autoridad tendrá gran relevancia (ligada, a mi parecer, con el principio de certeza jurídica).

En la escuela de la exégesis, también tuvo significativa importancia el argumento de autoridad referido, no ya al 'legislador', sino a algunos de los primeros comentaristas del Código.

### C. Inglaterra<sup>1004</sup>

A pesar de haberse llevado a cabo la codificación en Francia, no se construyó en ese país una teoría de la misma. En cambio, aunque en Inglaterra no triunfó la corriente codificadora, fue ahí donde apareció su más amplia teoría: la elaborada por Jeremy Bentham. También inglés es el otro gran teorizador de la codificación, John Austin. Apunta Bobbio que “el primero es un filósofo (con una buena dosis de abstracción) y un radical; el segundo es un jurista (sensible a las exigencias técnicas) y un conservador”<sup>1005</sup>, de donde se derivan diferencias que se observarán en la manera en que cada uno concibe la codificación. Un gran componente del pensamiento de estos autores lo constituye la crítica que cada uno realiza al derecho judicial.

#### a) Bentham

La teoría de Bentham tuvo más influencia en el continente que en Inglaterra, en parte debido a que el mismo Bentham tenía influencias intelectuales continentales, inscribiéndose su pensamiento en el marco de la Ilustración. Bentham rechazaba el iusnaturalismo por ser

<sup>1004</sup> Cfr. Bobbio. *Ob. Cit.*, Páginas 105 a 129.

<sup>1005</sup> *Ibid.*, Página 129.



contradictorio con la filosofía empirista que profesaba, pero compartía con los racionalistas la idea de que es posible encontrar una ética objetiva, fundada en un principio objetivamente válido y científicamente verificado a partir del cual se pudieran deducir todas las normas del comportamiento humano. La diferencia radica en que, para Bentham, el punto de partida no era la naturaleza humana (concepto que no compartía por considerarlo no susceptible de verificación experimental), sino en el hecho empíricamente verificable de que todo hombre busca su propia utilidad. De ahí que la ética de Bentham sea una ética utilitarista.

Las ideas de Bentham sobre la codificación se contienen, principalmente, en sus obras *Papers upon Codification and Public Instruction* (1817), *Cartas al conde Toreno sobre el proyecto de Código penal* (publicadas en 1822), *Codification Proposals* (1823), *De l'organisation judiciaire et de la Codification* (publicada en 1823 por su discípulo Dumont). Sus ideas alcanzaron madurez hacia 1811, luego de atravesar tres fases:

- Primero, se propone una reforma y reorganización del Derecho inglés en sus distintas ramas. Siendo un derecho basado en el sistema de precedentes judiciales, no existía una línea uniforme de desarrollo legislativo, sino una pluralidad de líneas judiciales, cada una interrumpida en un punto y sustituida por otra, con la posibilidad de que la anterior fuera retomada. Esto resultaba caótico e inaceptable para un racionalista como Bentham, quien desarrolla su crítica contra el derecho judicial en polémica contra su defensor, el jurista Blackstone (quien, por su parte, consideraba el derecho judicial como fundado en el derecho natural y expresión de éste).
- En la segunda fase, proyecta una especie de Digesto del Derecho inglés que habría debido contener, expuestas sistemáticamente, sus reglas constituyentes y los principios fundamentales del ordenamiento jurídico inglés.
- En la tercera fase, propone una reforma radical mediante una completa codificación en tres áreas: civil, penal y constitucional<sup>1006</sup>. Su idea era que sus propuestas sirvieran no sólo a Inglaterra, sino a todo el mundo civilizado: se puso en contacto con gobernantes de diversos países, sin hallar éxito para sus tentativas.

Cinco son los defectos fundamentales que Bentham señala en su crítica del *common law* o derecho judicial, importantes pues recogen los motivos que estuvieron detrás de la oposición del movimiento ilustrado ante el sistema entonces vigente:

- *Falta de certeza*. Según Blackstone, el juez está vinculado al precedente a condición que éste sea razonable. Para Bentham, tal razonabilidad no es un criterio objetivo sino una valoración personal del juez que abre la puerta a la arbitrariedad. Que el juez pretenda que no crea derecho sino meramente redescubre y enuncia un derecho preexistente, es para Bentham una ficción intolerable.
- *Retroactividad*. Cuando el juez resuelve un caso cuya regulación no se deduce de precedentes, está creando una nueva norma, lo cual equivale a ordenar hacia el pasado en ese caso, violándose con ello el principio jurídico liberal de la irretroactividad de la ley,

<sup>1006</sup> Es importante su proyecto de código constitucional, pues contiene los principios que inspiraron las constituciones democrático-liberales del siglo XIX, pudiéndose considerar a Bentham, políticamente, como el fundador del radicalismo democrático decimonónico. Cfr. Bobbio. *Ob. Cit.* Página 109.

pues el ciudadano no puede saber que una ley posterior declarará ilegítimo su comportamiento.

- *No estar fundado en el principio de utilidad.* Para Bentham, el juez debe resolver los conflictos teniendo en cuenta los intereses en juego, y exige que tal valoración no se haga caso por caso, sino de una vez por todas, en términos generales, por el legislador, ya que, a diferencia de éste, el juez no puede crear un sistema completo de normas que se funden en algunos principios básicos (en primer lugar, el de la utilidad).
- *Falta de capacitación.* El juez debe resolver toda controversia que se le presente, pero no está capacitado específicamente en todos los campos regulados por el Derecho. En cambio, al producirse legislativamente, se elimina ese inconveniente puesto que las leyes serían redactadas por individuos o comisiones debidamente capacitados.
- *Falta de control.* El pueblo no puede controlar el Derecho que producen los jueces. En cambio, si emana del Parlamento, sí puede haber control, o decirse que el Derecho es expresión de la voluntad popular.

Bentham tenía ideas muy personales, aunque poco prácticas, sobre cómo debía redactarse un Código. No quería confiarlo a una comisión de juristas (jueces y abogados), pues pensaba que éstos estaban interesados en mantener la situación caótica existente ya que de ella derivaban sus beneficios profesionales, por lo que estarían opuestos a un Derecho simple y claro. Además, porque creía que para que un Código fuera unitario, coherente, simple y válido como ley universal, debía a su vez ser obra de una sola persona con principios estables e ideas claras. Se debería llevar a cabo un concurso público para la presentación de proyectos y propuestas de reformas, cuyo ganador recibiría el encargo de redactar el Código sin remuneración por su trabajo. Esta persona podía incluso ser extranjera: Bentham expresa esto a favor de sí mismo, pero lo justifica afirmando que un extranjero está en mejor capacidad de dar a un pueblo leyes apropiadas, pues está libre de prejuicios locales, con lo cual al mismo tiempo afirma la idea racionalista del legislador universal.

Bentham exigía en un Código cuatro requisitos:

- *Utilidad:* todas sus disposiciones deben ser valoradas y tomadas teniendo en cuenta la utilidad que acarreará al mayor número posible de ciudadanos.
- *Plenitud:* no debe contener lagunas, pues ello abriría la puerta nuevamente al derecho judicial con todos sus inconvenientes.
- *Posibilidad de conocimiento:* debe ser redactado en términos claros y precisos que le permitan ser conocido por todos los ciudadanos.
- *Justificación:* debe ir acompañada de una motivación que indique la finalidad de la ley, porque sólo así se hace comprensible. Considera Bentham que la ley es tal no sólo porque la establezca una autoridad, sino porque se establece con determinados motivos, cognoscibles racionalmente. La motivación es útil no sólo para los ciudadanos, sino también para magistrados y la enseñanza del Derecho.

## b) Austin

John Austin representa el punto de contacto entre las distintas corrientes que contribuyeron a la aparición del positivismo jurídico, en especial de la escuela histórica alemana y el utilitarismo inglés. Al igual que Bentham, abandonó la práctica forense a causa de la repulsa y desagrado que le provocaban tal ambiente y la moralidad de los abogados. Se dedicó a estudios filosóficos, como parte del grupo de utilitaristas surgidos en torno a Bentham. Ejerció la cátedra de *Jurisprudence* en la Universidad de Londres, de la cual se retiró en 1832. Pasó algunos años en París y Alemania, volviendo a Inglaterra en 1848. En vida publicó *The province of Jurisprudence determined* (1832), y póstumamente su esposa publicó su *Lectures on Jurisprudence*, que llevaba como subtítulo *The philosophy of positive law*, que era como Austin designaba su propio pensamiento y enseñanza (filosofía del derecho positivo).

Austin distingue entre jurisprudencia y ciencia de la legislación, entendiendo que la segunda estudia el Derecho tal y como debería ser teniendo en cuenta ciertos principios asumidos como criterios de valoración (lo que Bentham llamaba ‘jurisprudencia censoria’). Para Austin, la jurisprudencia (que Bentham denominaba ‘jurisprudencia expositiva’) estudia el derecho vigente tal y como es efectivamente, subdividiéndola en:

- *Jurisprudencia general*, que estudia los principios, nociones y conceptos comunes a todos los ordenamientos jurídicos. Es esta en la que Austin se interesa principalmente.
- *Jurisprudencia particular*, que estudia las características propias de un determinado ordenamiento jurídico.

Se ha discutido sobre la influencia que en el pensamiento de Austin tuvo la escuela histórica alemana: a criterio de Bobbio, las coincidencias entre Austin y la escuela histórica son más bien limitadas y superficiales, reducibles a lo siguiente:

- Rechazo del derecho natural como derecho verdadero y estricto.
- Considerar la efectividad del derecho existente en una sociedad como fundamento de su validez.
- Determinar en el Derecho aquello que efectivamente es el objeto de la ciencia jurídica.

Respecto de lo demás, observa Bobbio que Austin y la escuela histórica divergen profundamente en lo referente a presupuestos filosóficos y concepciones jurídicas. Por ejemplo, lejos del homenaje que la escuela histórica rendía al derecho consuetudinario como expresión del *Volkgeist*, Austin ve en la ley la forma típica del Derecho y el fundamento último de toda norma jurídica, defendiendo a la vez la reforma del Derecho mediante la legislación, concluyendo Bobbio que Austin “estaba íntegramente en la línea directriz del pensamiento hobbesiano o benthamiano”<sup>1007</sup>. En sustancia, lo que Austin hizo fue conciliar la escuela histórica con el pensamiento de Bentham: resalta un único carácter del historicismo que es la crítica anti-naturalista, dejando de lado aspectos más peculiares y exigencias de fondo, añadiéndole un concepto que le es extraño (el de utilidad general).

<sup>1007</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Página 116.

Austin define el derecho positivo o la ley<sup>1008</sup> como un mandato general y abstracto, definiendo mandato como expresión de un deseo, caracterizado (a diferencia de otros deseos) por el hecho de que, en el mandato, la persona a quien se expresa está sujeta a padecer algún mal por obra de aquel que emite el deseo en caso de que éste sea incumplido (sanción). El mandato implica el concepto de sanción y de deber. Con base en esta noción de ley, Austin clasifica las leyes de la siguiente manera:

- Leyes divinas
  - Reveladas
  - No reveladas
- Leyes humanas
  - Leyes positivas (derecho positivo): mandatos emanados del soberano en una sociedad política independiente (Estado). El Estado es *político* porque se compone de un número relevante de personas sujetas a un superior común, y no depende de otras entidades sociales. Comporta en su interior una estructura jerárquica: la subordinación de la masa de sus miembros a un superior soberano. Para que haya soberanía deben darse dos requisitos:
    - El hábito de obediencia de los individuos al superior.
    - La ausencia de toda relación de subordinación y obediencia del superior respecto de cualquier otro superior humano.
  - Moralidad positiva: establecida por un sujeto humano que no tiene la calidad de soberano. Se subdivide a su vez en:
    - Leyes propiamente dichas: porque tienen la estructura de un mandato. Se distinguen tres categorías:
      - Leyes que regulan la vida de los individuos en el estado de naturaleza: no son jurídicas porque no hay Estado.
      - Leyes que regulan las relaciones entre los Estados (derecho internacional): no son jurídicas porque la comunidad internacional se basa en relaciones de coordinación y no de subordinación.
      - Leyes de las sociedades menores: como las de las familias, corporaciones, etc. No son jurídicas porque el superior del que emanan no es soberano.

---

<sup>1008</sup> Existe una dificultad lingüística en la traducción: Austin usa el término inglés *law* que significa al mismo tiempo *ley* (en sentido general de norma) y *derecho* (en sentido específico de norma jurídica). En cambio, para indicar *la ley* (en el sentido de derecho emanado del órgano legislativo del Estado, contrapuesto a la costumbre), en inglés se usa el término *statute*. (Bobbio. Ob. Cit. Página 117).

- Leyes impropriamente dichas: carecen del carácter de mandatos, son establecidas por la opinión pública. Hoy las llamaríamos ‘costumbre social’. No son mandatos ya que éstos deben provenir de un superior concreto, mientras que la opinión pública como fenómeno social no tiene concreción, no se reduce a una persona o grupo determinados.

La concepción de Austin sobre el derecho positivo conlleva tres principios que son típicos del positivismo jurídico:

- *Positivismo*: el objeto de la jurisprudencia es el Derecho que es, no el que debería ser.
- *Imperativismo*: la norma jurídica tiene la estructura de un mandato.
- *Estatalismo*: el Derecho lo establece el soberano de la comunidad política independiente (el órgano legislativo del Estado).

Estos tres principios no dependen lógicamente entre sí, sino que son recíprocamente autónomos. Así, hay autores que sostienen la concepción imperativista pero rechazan la estatalista.

El concepto de ley en Austin suscita la pregunta sobre cómo consideraba el derecho judicial. Austin no niega la juridicidad de éste, pero a la vez no considera que ello esté en contraposición con su concepción: en efecto, recurre a la noción de ‘autoridad subordinada’, según la cual los jueces crean derecho, pero esto no excluye su estatalidad, ya que es un derecho establecido por el soberano en forma mediata, mientras que el derecho legislativo lo es de forma inmediata.

El derecho judicial y el legislativo, según Austin, no se diferencian en sus fuentes sino en su modo de producción: el legislativo se integra con normas generales y abstractas que regulan un número indeterminado de casos futuros; el judicial se produce como normas particulares emanadas para regular una controversia singular y específica.

Tampoco se identifican el derecho legislativo y el judicial como el emanado del soberano y de los jueces, respectivamente, ya que el soberano también puede establecer normas para resolver un caso singular (y entonces actúa como juez), y el juez puede establecer normas de carácter general en virtud del valor de precedente que su decisión puede asumir (y entonces actúa como legislador).

Antes de desarrollar su propia crítica al derecho judicial, Austin refuta algunas objeciones que considera no válidas, entre ellas, dos formuladas por su maestro Bentham:

- Sobre que la producción judicial no puede estar controlada por la comunidad política, mientras que el legislativo sí, Austin señala que la posibilidad de control no depende de la naturaleza judicial o legislativa del Derecho, sino del tipo de constitución propia del órgano productor de Derecho: así, en una monarquía absoluta existe una producción de normas que no admite control alguno, mientras que la producción judicial puede ser controlada si los jueces son electos democráticamente.

Bobbio critica esta refutación de Austin, diciendo que Bentham planteaba la cuestión refiriéndola a un ideal Estado democrático, mientras que Austin la refiere a la realidad de hecho.

Por mi parte, yo señalo lo siguiente:

- Tanto si los jueces como los parlamentaristas fueren electos democráticamente, una vez delegado en ellos el poder de ‘crear Derecho’ es muy difícil, si no es que prácticamente imposible, que se dé un auténtico control de su producción normativa por parte de la comunidad política<sup>1009</sup>, especialmente si tanto jueces como legisladores operan dentro de un marco o mentalidad que, por más que la Constitución consagre ciertos principios y derechos inviolables, en la práctica deja la puerta abierta para juegos de arbitrariedad. Ejemplos abundan, en nuestro propio medio; tal mentalidad es, precisamente, la de un tajante positivismo jurídico.
- En el fondo de ambas posturas (Bentham y Austin), se entrevé que ambos autores atribuyen cierto carácter de deseable al hecho de que exista un control de la producción jurídica por parte de la comunidad política. Esto, en principio, es algo sano. Sin embargo, no se olvide que la de las mayorías es la peor tiranía...
- En cuanto a la objeción benthamiana de que el derecho judicial estaría creado por los jueces sin ningún criterio objetivo, Austin lo refuta diciendo que los jueces no son libres de actuar como quieran, ya que se ven limitados por tres factores:
  - El sistema de precedentes.
  - La autoridad soberana que puede suspenderlo en sus funciones si viola normas existentes.
  - Los órganos judiciales superiores que anulan las decisiones dictadas en forma arbitraria.

Al respecto, también me permito formular un comentario personal: a mi entender, con esta refutación Austin no está resolviendo realmente el problema de la falta de criterios objetivos, pues se limita a señalar que existen una serie de lo que podríamos llamar ‘contrapesos a la arbitrariedad’ de un juez en particular, pero con ello no se excluye *per se* que tales controles puedan, a su vez, resultar también arbitrarios. Es decir, lo único que Austin señala es que la arbitrariedad de un juez concreto puede verse limitada en sus efectos, pero eso no es garantía de que tales limitaciones ejerzan una tutela efectiva conforme a criterios objetivos (que el control no resulte también arbitrario, o bien, ‘el remedio peor que la enfermedad’). En tal sentido, considero que Bentham es más acertado al insistir en la necesidad de criterios objetivos, si bien no esté del todo en acuerdo con la opción concreta que como tal criterio señala.

---

<sup>1009</sup> Esta observación la hago, como diría Bobbio, refiriéndome a la realidad de hecho y, si se quiere, no sin cierto escepticismo en cuanto a ‘un ideal Estado democrático’: ello en armonía con lo que, ya en la introducción al presente estudio y en capítulos posteriores, se expone sobre el afán de no hacer ‘escisiones indebidas’ entre lo ideal y lo real, lo abstracto y lo fáctico.

Las objeciones que presenta Austin contra el derecho judicial pueden exponerse en los siguientes puntos:

- Es menos accesible a su conocimiento que el derecho legislativo.
- Se produce con menor ponderación, mientras que el legislativo puede elaborarse tras una deliberación madura.
- A menudo es emitido *ex post facto*, es decir, luego de acaecido el hecho que regula.
- Es impreciso e incoherente, por la masa de documentos en que se contiene, y la dificultad de extraer de los casos una regla general.
- Es más difícil averiguar su validez, ya que puede haber normas distintas que regulan una misma cuestión, emitidas por diversos jueces en tiempos y lugares distintos. Para resolverlo, Austin propone las siguientes posibles soluciones:
  - Número: se sigue la regla aplicada mayor cantidad de veces.
  - Elegancia: se elige la que resuelve la cuestión en forma más técnica y equitativa.
  - Coherencia: se aplica la que más armonice con el ordenamiento jurídico en su conjunto.
  - Autoridad: del juez que haya adoptado la norma en su decisión.
- Es menos comprensible, pues no regula categorías abstractas sino casos concretos, por lo que debe usarse un difícil proceso de abstracción para obtener de dichos casos la regla general.
- No es autosuficiente, sino debe siempre remendarse por normas legislativas, y el derecho legislativo que se emite para cumplir esta función integradora es decadente como el derecho judicial que debe integrar.

Para fundamentar su postura en torno a la codificación, Austin enuncia que en el proceso o ley histórica del desarrollo jurídico pueden distinguirse seis pasos agrupables en tres fases:

- Moralidad positiva
  - Fase prejurídica en que sólo existen normas consuetudinarias.
- Derecho judicial
  - Primero, los jueces acogen y hacen valer como Derecho las normas de moralidad positiva.

- Luego, los jueces integran las normas de costumbre transformadas en Derecho con otras elaboradas por ellos con base en el principio de analogía.
- Por último, los jueces crean ellos mismos el Derecho según sus propios criterios de valoración.
- Derecho legislativo
  - Primero se usa de forma ocasional para integrar el derecho judicial en materias concretas.
  - Finalmente, la ley se convierte en la única fuente de producción del Derecho, regulando en forma sistemática, general y abstracta todas las relaciones sociales (codificación).

Austin también criticó el Código de Napoleón, aduciendo que carece de definiciones técnicas de los términos jurídicos utilizados, que no toma suficientemente en cuenta el Derecho Romano como mayor tradición jurídica continental, así como que no se concibió como un Código totalizador por haber admitido fuentes subsidiarias sin eliminar todo el Derecho preexistente, dando lugar a una situación de ambigüedad e incertidumbre, además de haberse redactado muy deprisa. Para Austin, es mejor el derecho judicial que un mal Código, por lo que este debe ser una reformulación de todo el derecho vigente, hecho coherente y unitario: se preocupa más de la forma que del contenido; la codificación debe ser una vestimenta nueva para el derecho que ya rige. Bentham concebía la codificación como un instrumento de progreso político-social, mientras que para Austin lo era de progreso técnico-jurídico.

Austin refuta catorce objeciones contra la codificación, de las cuales las más relevantes son:

- Todo código es incompleto y no puede resolver todos los casos futuros.
  - Austin responde que si bien es incompleto, el código tiene menos lagunas que el derecho judicial.
- Para acercarse a la plenitud, todo código debe consistir en tal cúmulo de normas numerosas y minuciosas, que se hace imposible a la mente humana conocerlo y abarcarlo en su totalidad.
  - Austin dice que la plenitud se entiende no como regular todos los casos considerados individualmente, sino en establecer normas que sean aplicables a categorías de casos.
- Un código es inalterable, sus normas no se adaptan a los cambios que se producen en la sociedad.
  - Para Austin, es más inalterable aún el derecho judicial, ya que el sistema de precedentes consagra normas emitidas en una época histórica anterior, las cuales perviven más aún al recurrirse a ellas mediante analogía en vez de una libre actividad creadora.



- El derecho codificado es menos dúctil, no se aplica con facilidad a los casos concretos.
  - Austin afirma que la menor ductilidad es una ventaja, ya que favorece la certeza jurídica.
- Lejos de reducir las controversias, las favorece, ya que crece el número de casos que admiten soluciones distintas, pudiéndose subsumirlos en diversas normas mediante la analogía. Los defectos del derecho legislado son más evidentes y más difíciles de remediar, precisamente en virtud de hallarse expresados en términos claros y precisos.
  - Austin piensa que la codificación elimina equívocos y ambigüedades, haciendo imposibles las controversias fundadas en meros sofismas de interpretación. Considera que esto contribuiría a subir el nivel ético de la profesión, ya que los leguleyos se basan en aprovechar las oscuridades del Derecho, mientras que un Derecho más científico y ordenado atraería a la profesión a personas de mayor nivel intelectual y moral, que actualmente se alejan de ella por ser un ambiente desagradable.

Con esta última postura, Austin contradice a Savigny, quien por el contrario pensaba que la codificación pondría en crisis a la ciencia jurídica. La mayor dificultad para la codificación no era tanto en justificarla en el plano teórico, sino elaborar un procedimiento para garantizar su eficaz realización. A diferencia de Bentham, Austin piensa que el Código no puede ser obra de una persona (pues no puede tener el conocimiento exhaustivo de todo el Derecho), pero tampoco de una comisión (porque sus integrantes, pudiendo tener principios y concepciones distintos, tal vez produzcan una legislación incoherente): plantea una solución intermedia, cual es que el proyecto se elabore por una persona, y luego sea sometido a revisión y corrección por parte de una comisión. También en cuanto a la accesibilidad, Bentham pensaba que debía ser accesible a todos, mientras que Austin considera que sólo debe ser accesible a los juristas, pues para ser comprensible por todos tendría que ser demasiado simple, y se encontraría en constante discusión y crítica por parte de la opinión pública que exigiría constantes reformas.

### III. DOCTRINA

Explica Norberto Bobbio que el positivismo jurídico nace del movimiento histórico en favor de la legislación, se realiza cuando la ley se convierte en la única fuente (o fuente absolutamente prevalente) del Derecho, y su resultado último lo representa la codificación. Para entender, entonces, el positivismo jurídico, empezamos por transcribir lo que este autor denomina las ‘ideas-madres’ que están detrás del movimiento codificador, las cuales califica como “de impronta netamente racionalista”. El dar prevalencia a la ley como fuente del Derecho atiende a dos factores<sup>1010</sup>:

- Expresa una concepción específica del Derecho como ordenamiento racional de la sociedad. Un ordenamiento racional sólo puede nacer de normas generales y coherentes establecidas por el poder soberano, así como el orden del universo reposa sobre leyes naturales, universales e inmutables.

---

<sup>1010</sup> Cfr. Bobbio. *Ob. Cit.* Páginas 131 a 132.

- Nace del propósito del hombre de modificar la sociedad. Así como es posible controlar la naturaleza mediante el conocimiento de sus leyes, así también puede transformar la sociedad mediante la renovación de las leyes que la rigen, de donde se hace necesario que el Derecho sea establecido concientemente según una finalidad racional. El derecho consuetudinario no puede incidir sobre la sociedad para modificarla, puesto que es inconsciente e irreflexivo, expresa y representa la estructura actual de la sociedad.

Luego expone el autor los puntos básicos o caracteres fundamentales del positivismo jurídico, que son siete, agrupables en tres aspectos bajo los cuales puede examinarse el positivismo jurídico. Los presentamos a continuación, complementando la exposición de Bobbio con otras referencias y comentarios<sup>1011</sup>:

- Como *método* o forma de abordar el estudio del Derecho:
  - Sobre el modo de aproximarse al estudio del Derecho, el positivismo considera al Derecho como un hecho y no como un valor. En consecuencia, debe ser estudiado como se estudia cualquier dato o fenómeno de la naturaleza, absteniéndose de emitir juicios de valor sobre él: el Derecho es Derecho sin importar si es bueno o malo.

Por su parte, la Teoría Ecológica, originada por el argentino Carlos Cossio, considera que el objeto de la ciencia jurídica no es la norma *per se* sino la conducta humana, que se conoce *a través* de normas. De tal suerte que, añadiendo el elemento de la conducta humana, se busca lograr una mayor comprensión del fenómeno jurídico: para la egología, la ciencia jurídica estudia el Derecho positivo entendido como conducta humana en interferencia intersubjetiva<sup>1012</sup>.

- De cómo se considere el Derecho deriva también el criterio sobre su validez. Una de las posturas dentro del positivismo es el llamado *formalismo jurídico*: la validez del Derecho se determina por su estructura formal, no por su contenido.

Hans Kelsen, profundizando en el tema de la validez del Derecho, considera que el ordenamiento jurídico es un sistema de normas vinculadas entre sí en atención a un principio de jerarquía: todas las normas tienen un origen común de la cual se deducen; su validez está determinada por la norma que le antecede jerárquicamente. La norma fundamental es la Constitución, que deriva su validez de las Constituciones que le anteceden hasta llegar a la primera constitución, punto en el cual la validez de ésta radica no ya en una norma positiva sino en una norma supuesta: la ciencia jurídica no afirma la validez de la norma fundamental, sino toma como un supuesto que ésta es válida (punto de los más criticados de la teoría kelseniana)<sup>1013</sup>.

<sup>1011</sup> Cfr. Bobbio. *Ob. Cit.* Páginas 141 a 143.

<sup>1012</sup> Cfr. Argueta Pinto. *Ob. Cit.* Páginas 63 y 64.

<sup>1013</sup> Cfr. Argueta Pinto. *Ob. Cit.* Páginas 60 a 63. Otros criterios de validez, que por el carácter de este trabajo no expondremos en detalle, son: la regla de reconocimiento, que es un hecho, a diferencia de la norma supuesta de Kelsen (postura de Herbert Hart); reglas lingüísticas de reconocimiento, hechos sociales que el uso del lenguaje reconoce como normas válidas (Alexander Peczenik); la actividad de los jueces (Stephen Munzer).

- Como *teoría* del Derecho:
  - Sobre la definición del Derecho, el positivismo lo define en función de la *vis coactiva* o elemento de la coacción, considerando que, puesto que el Derecho es un hecho, sólo lo es aquél que está en vigor y se puede imponer por la fuerza<sup>1014</sup>.
  - En cuanto a las fuentes del Derecho, el positivismo jurídico postula que la única fuente, o fuente absolutamente prevalente, es la legislación, emanada de un Estado soberano a través de su órgano legislativo. A partir de esta noción se formula toda una teoría sobre las relaciones entre la ley y la costumbre, ley y derecho judicial, ley y derecho consuetudinario. Además, el problema de las llamadas fuentes presuntas o aparentes, como la equidad y la naturaleza de las cosas o de los hechos.

Para Kelsen, no es que el Estado cree un ordenamiento jurídico objetivo debiendo a su vez someterse a éste, sino que Derecho y Estado son una misma cosa: si el Derecho debiera justificar al Estado, se estaría ante un juicio de valor con carácter ético o moral, que no cabe dentro de una teoría pura del Derecho. Además, Kelsen también introduce variantes respecto a la tradicional postura de la soberanía, ya que considera que el Derecho nacional no es autónomo sino que está sometido al Derecho internacional: luego, si Derecho y Estado son una misma cosa, y el Derecho nacional está sometido al internacional, no puede hablarse de un Estado soberano en el sentido en que, por ejemplo, lo referíamos al tratar de la teoría de Austin<sup>1015</sup>.

- Respecto de la teoría de la norma jurídica, el positivismo considera la norma como un mandato (teoría imperativista del Derecho). El imperativismo puede considerarse en dos vertientes:
  - *Imperativismo ingenuo*, que considera el Derecho como un conjunto de mandatos dirigido por el soberano a los ciudadanos, sin analizar la estructura del imperativo jurídico.
  - *Imperativismo crítico*, que establece como caracteres del imperativo jurídico que la norma es un imperativo hipotético y su destinatario no son los ciudadanos sino los jueces.

Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho, considera a la norma como un juicio hipotético, que enlaza un supuesto de hecho que es conducta humana a determinada consecuencia jurídica: si se produce la conducta, entonces se genera la consecuencia.

- Sobre la teoría del ordenamiento jurídico, el positivismo afirma que el conjunto de normas jurídicas goza de *coherencia* (no existen antinomias, normas contradictorias o contrarias, puesto que es implícito al Derecho que una o ambas

---

<sup>1014</sup> Señala Bobbio que esta doctrina no es exclusiva del positivismo jurídico: más bien, suele decirse que el primero en formularla fue Thomasius. (Página 142).

<sup>1015</sup> Cfr. Argueta Pinto. *Ob. Cit.* Páginas 66 a 71.

de ellas no son válidas) y *plenitud* (no existen lagunas, puesto que de la normas explícita o implícitamente contenidas en el Derecho se puede derivar la decisión de cualquier caso).

- En cuanto al método de la ciencia jurídica (problema de la interpretación en sentido amplio: interpretación, integración, construcción, creación del sistema normativo), el positivismo sostiene la teoría de la interpretación mecanicista, según el cual el jurista se limita a declarar el contenido de la norma, no de producir o crearlo.
- Como *ideología* del Derecho:
  - Respecto de la teoría de la obediencia, no se pueden hacer generalizaciones, pero dentro del positivismo hay un conjunto de posturas que convergen en la teoría de la obediencia absoluta a la ley en cuanto tal. Se trata de una afirmación de tipo más bien moral o ideológico, que no científico.

En la conclusión general a su obra<sup>1016</sup>, Bobbio resalta que la distinción entre los tres caracteres del positivismo jurídico es necesaria a fin de poder realizar una crítica sobre el mismo, tomando en cuenta a su vez que no toda postura que reciba la etiqueta de ‘positivista’ participa de todos los aspectos que se han expuesto. Afirma que la aceptación del método iuspositivista no conlleva necesariamente la aceptación de la teoría, y la aceptación del método y la teoría a su vez tampoco implica la de la ideología, mientras que aceptar la ideología sí presupone aceptar tanto la teoría como el método. A su entender, la crítica al positivismo tendrá entonces diversos aspectos según al carácter al cual se refieran:

- La crítica del método será un juicio de conveniencia, en cuanto el método no es más que un medio para alcanzar un fin, habrá que valorar si dicho medio es idóneo para alcanzarlo.
- La crítica de la teoría será un juicio de veracidad, pues la teoría pretende describir la realidad, de donde su valoración ha de consistir en verificar si existe correspondencia entre realidad y teoría.
- La crítica de la ideología será un juicio de valor, pues la ideología no describe la realidad sino pretende influir en ella, por lo que deberá decirse si es buena o mala, justa o injusta, etc.

Para Bobbio, “la manera más eficaz de criticar una ideología consiste en demostrar que produce una realidad contraria a los valores socialmente aceptados”<sup>1017</sup>. Con base en ello, y distinguiendo entre la versión fuerte o extrema, por un lado, y la versión débil o moderada, por otro, del positivismo ético, afirma sobre el primero que muy pocas veces ha sido sostenido coherentemente hasta sus últimas consecuencias por los filósofos, y que históricamente no se ha dado una conexión permanente entre positivismo jurídico y positivismo ético. Sobre la versión moderada, sostiene que sí se encuentra relacionado históricamente con el positivismo jurídico, pero que las críticas dirigidas contra él por el iusnaturalismo no están justificadas, toda vez que la ideología positivista no implica la ‘estadolatría’ y el totalitarismo político y, más aún, tales

<sup>1016</sup> Cfr. Bobbio. *Ob. Cit.* Páginas 237 a 241.

<sup>1017</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Página 239.

acusaciones pueden ser invertidas al considerar que, teniendo como valores propios del Derecho el orden, la igualdad formal y la certeza, el positivismo proporciona un apoyo ideológico a favor del Estado liberal y no del Estado totalitario o tiránico.

En lo personal, me parece cuestionable el punto de partida que toma Bobbio para hacer una crítica de la ideología, por los siguientes motivos:

- Porque toda ideología necesariamente se basa en determinados presupuestos teóricos sobre el hombre y la sociedad, cuya veracidad es a su vez analizable y criticable, aspecto que Bobbio no toma en consideración, limitándose en cambio a hacer una distinción entre la descripción de la realidad (teoría) y el propósito de influir en ella (ideología), sin tomar en cuenta que ese mismo propósito se fundamenta en un modo concreto de entender y concebir esa realidad sobre la que se busca ejercer influencia, de donde su crítica a la ideología aparece como, al menos, incompleta y limitada.
- Porque tomar como referencia los valores socialmente aceptados implica olvidar que dichos valores, a su vez, son resultado de otras ideologías o modos de pensar que en la sociedad se encuentran difundidos, por lo que criticar una ideología en relación con ese factor le resta vigor y eficacia a la ideología misma, toda vez que no entra a cuestionar la ‘batalla de ideas’ que tendría que emprender para lograr su pretendida influencia en la sociedad, sino que se conforma con evaluar su propia ‘bondad’ o ‘justicia’ a la luz de una situación de hecho predeterminada quizás por ideologías con presupuestos teóricos distintos a los propios.
- Porque, si se entiende que la crítica de la ideología ha de ser un juicio de valor, no puede hacerse la misma tomando como criterio su concordancia con valores que, a su vez, pueden proceder de otras ideologías, pues entonces el juicio que se emita no guardará coherencia con el sistema de valores que la propia ideología lleva implícito en sí.

Quizás lo que Bobbio quería expresar era que, como juicio de valor, debe hacerse con base en los valores socialmente aceptados puesto que éstos constituyen la opinión o sentir de la mayoría. Tal forma de verlo es comprensible, pero no resuelve el problema de la procedencia de esos valores difundidos en la sociedad, la cuestión de que tales valores pueden estar fundamentados en ideologías diversas de tal modo que si se toman como criterio de juicio, se hace nugatoria la finalidad misma que Bobbio atribuye a la ideología como influencia social. Menos aún responde a la interrogante sobre si tales valores difundidos corresponden o no a la realidad del hombre (en cambio, adopta una postura un tanto relativista-positivista que toma ‘el hecho’ de que esos valores sean socialmente aceptados como manifestación suficiente de ‘la realidad’ o criterio de bondad y justicia: ¿cómo, entonces, se espera influir en la sociedad si de antemano se supedita el juicio sobre la propia influencia a lo ya existente en el medio que se busca cambiar?).

- El mismo razonamiento nos conduce a rechazar la noción de que el positivismo no sea necesariamente un fundamento del totalitarismo o la tiranía: es cierto que no lo es de modo *necesario*, pero, si se enuncia que el juicio de valor debe fundamentarse en los valores aceptados socialmente<sup>1018</sup>, se abre la puerta a la tiranía de las mayorías. Si bien es

<sup>1018</sup> Criterio que el mismo Bobbio utiliza para emitir criterio sobre la ideología, además de afirmar que “la teoría iuspositivista está relacionada con *concepciones éticas relativistas*” (página 238; el énfasis es del original) como

cierto que la formulación constitucional o legislativa (¡‘positiva’!...) de ciertos derechos fundamentales busca salvaguardar de tales excesos y que tanto gobernantes como gobernados se apeguen a la ley (y esto es, en líneas generales, la defensa que hace Bobbio), también lo es que el mismo criterio de formalismo jurídico que postula el positivismo nos debe hacer cuestionar: ¿qué pasaría si –¡por voluntad del pueblo!– se deroga tal artículo de la Constitución...?

El mismo Bobbio nos da la pauta para reforzar este argumento, al afirmar que “la ideología jurídica del nazismo era absolutamente contraria al principio iuspositivista de que el juez debe decidir exclusivamente con arreglo a la ley, y sostenía en cambio que el juez debía decidir con arreglo al interés político del Estado (en particular, frente al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la ideología nazi sostuvo que debían considerarse delito todos los actos contrarios al ‘sano sentimiento popular’ –*gesundes Volksempfinden*– aunque no estuvieran previstos por la ley)”<sup>1019</sup>: es decir, la ideología jurídica del nazismo tomaba como criterio de valor los valores socialmente aceptados, o bien, aun cuando el *gesundes Volksempfinden* no fuere un concepto del todo equivalente a ‘valores socialmente aceptados’, por lo menos es igual de vago y relativo...<sup>1020</sup>.

En cuanto al aspecto teórico, Bobbio separa las seis teorías iuspositivistas tratadas, de la siguiente forma:

- A)
  - Teoría coactiva del Derecho
  - Teoría legislativa del Derecho
  - Teoría imperativa del Derecho.
- B)
  - Teoría de la coherencia del ordenamiento jurídico.
  - Teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico.
  - Teoría de la interpretación lógica o mecanicista del Derecho.

Entiende que la *teoría iuspositivista en sentido estricto* es aquella que acoge integralmente las seis teorías, y la *teoría iuspositivista en sentido amplio* como la que acepta únicamente las tres primeras (que, para Bobbio, son los pilares fundamentales de la teoría, mientras que las del grupo B son de importancia secundaria). En lo personal, Bobbio se declara partidario del positivismo en sentido amplio, rechazando el sentido estricto, por considerar que la compatibilidad de normas no es un criterio de validez de las mismas, con lo que rechaza la teoría de la coherencia; que en la mayor parte de casos (salvo el derecho penal) no existe norma general excluyente o norma de clausura (exclusión de la analogía, etc.), con lo que rechaza la teoría de la plenitud; y que la interpretación del Derecho por un juez siempre implica elección y, por consiguiente, la introducción de valoraciones personales, rechazando así la teoría de la interpretación lógica o mecanicista.

---

argumento para sustentar que la aceptación del método y la teoría no implican la de la ideología del positivismo ético.

<sup>1019</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Página 240.

<sup>1020</sup> Bobbio, en otra parte de su obra, rechaza la *falacia ad Hitlerum* consistente en afirmar que algo es malo sólo por el hecho de relacionarse con Hitler o el régimen nazi. Considero no haber incurrido en esta falacia con el anterior señalamiento: simplemente quise dar la vuelta al argumento de Bobbio quien, por su propio lado, parece haber recurrido a una variante de dicha falacia en su citado argumento a favor de que el positivismo no sea visto como fundamento de la tiranía.

Sobre el positivismo como método, Bobbio postula que “la ciencia o es avalorativa o no es ciencia”, por lo que se debe aceptar el método positivista si se pretende hacer ciencia jurídica o teoría del Derecho: si el objetivo es otro, no se hará ciencia sino filosofía o ideología del Derecho. Existen dos sentidos en que se puede entender la palabra ciencia<sup>1021</sup>:

- Sentido *propio o clásico*: la ciencia es conocimiento por las causas, caracterizado por llegar a conocimientos ciertos, generales, metódicos y sistemáticos, es decir, relacionados y unidos entre sí por principios, conceptos generales y teorías. En este sentido, la filosofía puede considerarse una ciencia.
- Sentido *restringido o moderno*: la ciencia es un saber por las causas, al igual que en el sentido clásico, pero caracterizado por ser un conocimiento fenoménico y positivo. Bajo esta acepción, la filosofía no es ciencia sino saber metacientífico.

Vemos entonces que Bobbio se fundamenta en el sentido restringido o moderno de entender la ciencia para afirmar que el único método concebible para hacer ciencia del Derecho es el positivista, por ser pura y simplemente el método científico.

---

<sup>1021</sup> Cfr. Hervada. Lecciones de Filosofía del Derecho. Páginas 10 a 12.





## VI

### EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA TEORÍA JURÍDICA DE FRIEDRICH A. HAYEK

*“Indeed, I have come to the position that the economic approach is a comprehensive one that is applicable to all human behavior, be it behavior involving money prices or imputed shadow prices, repeated or infrequent decisions, large or minor decisions, emotional or mechanical ends”.*

-Gary Becker<sup>1022</sup>.

*“Initially, a lot of insight in the law is gained by the understanding that people make choices and, therefore, economists are able to contribute to the understanding of the law. Once lawyers get familiar with the basic concepts of economics, however, their superior understanding of the object of study will enable them to surpass economists working in the same field. Lawyers will be able to refine the method and thereby improve on the study of the particular object. Over time this will be required in order to advance law and economics”.*

-Heico Kerkmeester<sup>1023</sup>.

El análisis económico del Derecho no es propiamente una corriente de pensamiento jurídico, sino más bien consiste en “la aplicación de la teoría económica y de métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e impacto de la ley [o el Derecho] y las instituciones legales [o jurídicas]. Explícitamente considera a las instituciones jurídicas no como dadas fuera del sistema económico sino como variables dentro de éste, y observa los efectos de cambiar una o más de ellas sobre otros elementos del sistema. [Las instituciones jurídicas son consideradas] como pertenecientes a las elecciones a explicarse”<sup>1024</sup>. Se analiza el Derecho en cuanto integrado tanto por la legislación como por la jurisprudencia, los tratados, y el derecho consuetudinario, además de estudiar el surgimiento de dichas normas y, particularmente, *sus efectos*<sup>1025</sup>. El análisis económico del Derecho, o *Law and Economics*, aspira a aplicar el enfoque económico no sólo a aquellas áreas jurídicas directamente vinculadas con aspectos económicos (como podrían serlo, por ejemplo, leyes de competencia, regulación de industrias, derecho del trabajo, derecho fiscal, entre otros), sino a todas las ramas del Derecho.

Al adoptar conceptos y métodos tomados de las ciencias económicas, el análisis económico del Derecho hereda las controversias a las cuales éstos están sujetos en su disciplina madre: hace media generación predominaba el modelo económico denominado neoclásico<sup>1026</sup>, pero en la

---

<sup>1022</sup> *The Economic Approach to Human Behavior*. Página 8.

<sup>1023</sup> *Methodology: General*. Página 384 en *The Encyclopedia of Law and Economics*.

<sup>1024</sup> Mackaay, Ejan. *History of Law and Economics*. Página 65. La traducción es mía. Recuérdese el aspecto lingüístico, ya previamente apuntado, sobre la traducción del inglés al español de palabras como *law*, *right*, *legal*, etc.

<sup>1025</sup> Cfr. Kerkmeester, Heico. *Methodology: General*. Página 384.

<sup>1026</sup> Carlos Sabino, en su *Diccionario de Economía y Finanzas* (edición en línea: <http://paginas.ufm.edu/Sabino/dic.htm>) nos explica lo siguiente: “**Neoclásicos**. Suele llamarse así al conjunto de economistas que desarrollaron, en la segunda mitad del siglo XIX, el análisis marginal, complementando, profundizando y haciendo más general la teoría económica creada por los clásicos. El concepto de utilidad marginal significó para la ciencia económica una verdadera revolución que permitió comprender mucho mejor el proceso de

actualidad los economistas están divididos en su marco teórico, dando lugar a diversas corrientes y escuelas dentro del análisis económico del Derecho. De igual forma, se han ampliado las fuentes de donde la disciplina toma inspiración (tales como la opción pública o *public choice*, y la teoría de juegos)<sup>1027</sup>. Los autores consideran que, conforme los juristas vayan familiarizándose más con los conceptos básicos de la economía, su superior entendimiento del objeto de estudio (el Derecho) les permitirá sobrepasar a los economistas que trabajan en la misma materia. Con el paso del tiempo, tal desarrollo será necesario para el avance del análisis económico del Derecho.

Es una disciplina de aparición relativamente reciente (en relación con el desarrollo del iusnaturalismo y el iuspositivismo), pero supone un enfoque de marcado interés y creciente influencia, que abordaremos en esta parte del presente estudio por motivos que se harán más claros en la parte argumentativa del mismo, así como por ser una disciplina con difusión en nuestra casa de estudios.

Primeramente haremos una exposición del desarrollo histórico del análisis económico del Derecho, haciendo referencia a las principales escuelas o corrientes que se pueden observar dentro del movimiento general, su metodología y objeto, y los temas relevantes que ocupan su estudio, para luego exponer lo referente a algunos postulados teóricos en los que se sustenta, así como a las principales proposiciones que sobre la materia jurídica ofrece esta disciplina, y los valores que lleva implícitos. Esta parte estará conformada principalmente por traducciones resumidas de algunos escritos que integran la *Encyclopedia of Law and Economics*<sup>1028</sup> (por lo que la numeración de las páginas que se da en las notas al pie corresponde a dicha obra general), y se incluirán al pie definiciones de términos económicos para facilitar su lectura por parte del público no familiarizado con ellos. Luego incluiremos en este capítulo, por vincularse en cierta forma con el enfoque bajo examen, una exposición de la teoría jurídica de Friedrich A. Hayek, aunque él no hace propiamente análisis económico del Derecho.

## I. HISTORIA Y EXPONENTES<sup>1029</sup>

La actual encarnación del análisis económico del Derecho se originó en Estados Unidos a finales de la década de 1950, y encontró aceptación en el entorno jurídico a partir de la década de 1970, especialmente a través de los escritos del juez y catedrático Richard Posner. Sin embargo, existen antecedentes que se remontan a épocas anteriores.

---

intercambio, así como la forma en que realizan sus elecciones económicas los consumidores y productores y el modo en que se determinan los precios en el mercado.

Los neoclásicos no fueron una escuela en sí, como otras que se centraron alrededor de una figura principal o se desarrollaron en una determinada universidad, sino un movimiento teórico que contó con variados aportes independientes -no siempre perfectamente compatibles- que realizaron personalidades y grupos de trabajo diferentes. F.Y. Edgeworth, Irving Fisher y Alfred Marshall, en Inglaterra, junto con los fundadores de la Escuela de Lausanne y la Escuela Austríaca deben contarse entre sus figuras principales.

“Gracias a los neoclásicos la economía adquirió la verdadera consistencia de una ciencia, pues se desarrollaron sistemáticamente los aportes anteriores y se les dio a los nuevos aportes teóricos una apropiada formalización matemática. Las principales afirmaciones de los neoclásicos se mantuvieron sin discusión hasta la aparición de las críticas que -desde el punto de vista de la macroeconomía- realizó John M. Keynes en los años treinta. A pesar de los cambios ocurridos desde esa época puede decirse, sin exageración, que el núcleo principal del aporte neoclásico se mantiene hasta nuestros días, habiendo pasado a formar parte integral del cuerpo teórico de la ciencia económica”.

<sup>1027</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 65 a 67.

<sup>1028</sup> Disponible en línea en: <http://encyclo.findlaw.com/>.

<sup>1029</sup> Cfr. Mackaay. *History of Law and Economics*. Páginas 65 a 94.

## 1. Precursores y antecedentes

Ya en la Europa del siglo XIX podemos encontrar un movimiento de cierta amplitud cuya ambición era mostrar cómo un mejor entendimiento del Derecho podía lograrse utilizando conceptos y métodos económicos. La economía como ciencia puede considerarse que se remonta a finales del siglo XVIII, con la aparición de la importante obra de Adam Smith *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (o ‘La riqueza de las naciones’). Aún así, desde épocas más remotas se encuentran autores que analizan la conducta humana como resultado de elección racional<sup>1030</sup>, o que realizan cálculos racionales de los costos y beneficios de determinadas políticas y ofrecen consejos prácticos de política económica a gobernantes: así, puede considerarse como precursor temprano del análisis económico del Derecho a Nicolás Maquiavelo y a los cameralistas alemanes activos entre los siglos XV y XIX.

David Hume considera la ley o el Derecho como un conjunto de convenciones a las cuales los hombres han aprendido a ajustarse a fin de posibilitar la cooperación en un mundo de escasez y previsión limitada. Adam Smith toma en cuenta el efecto incentivo de la ley; en un modo utilitarista, ve la ley como instrumento para promover el bien común. Otros pensadores del siglo XVIII pueden considerarse precursores: por ejemplo, Beccaria, al estudiar el efecto disuasivo de las sanciones penales, o Bentham, al aplicar el cálculo de penas y placeres a una variedad de cuestiones jurídicas. Sin embargo, todos estos escritos no constituyeron un entendimiento sistemático de la ley conforme a un modelo de elección racional.

## 2. La primera ola

Lo que Mackaay denomina la ‘primera ola’ del análisis económico del Derecho tuvo su origen en Europa, pero llegó a Estados Unidos a través del movimiento institucionalista (de aparición anterior). Su cuestionamiento fundamental era cómo se determinan la propiedad y otros derechos, histórica y funcionalmente, a través de distintas sociedades. La respuesta tradicional, consistente en que tales derechos son dados por el orden natural, resultó insatisfactoria a ciertos pensadores,

---

<sup>1030</sup> La teoría de la elección racional es uno de los pilares de la ciencia económica. Trataremos de ella más adelante en la sección de Doctrina en el presente capítulo, especialmente en cuanto su relevancia para el análisis económico del Derecho; sin embargo, dada su importancia, adelantemos en este punto la siguiente explicación que nos da Sabino, en *Ob. Cit.*: “**Elección.** Acto de preferir un objeto o un curso de acción a los otros posibles. La existencia de individuos que realizan elecciones, escogiendo entre diferentes alternativas, es central para la ciencia económica, ya que el proceso de elección es el principio sobre el cual pueden explicarse los complejos procesos que se dan en un mercado. Para ello la economía supone que los seres humanos efectúan elecciones *racionales*, escogiendo entre variadas posibilidades la forma de usar los escasos recursos disponibles de modo de maximizar su utilidad o su productividad.

“A causa de que las necesidades humanas son, en principio, infinitas, y que por lo tanto no pueden nunca satisfacerse por completo, el individuo debe escoger la mejor forma de utilizar los recursos disponibles para alcanzar los fines que persigue. El proceso de elección se presenta entonces cuando la persona escoge la forma en que obtendrá sus ingresos y el modo en que los gastará, o decidiendo los bienes y servicios que producirá por sí mismo y los que obtendrá en el mercado; del mismo modo existirá un proceso de elección para la empresa, cuando sus directivos decidan qué producir, en qué cantidades y con qué insumos.

“El proceso de elección es, esencialmente, un proceso de decisión individual: los grupos, instituciones o el sector público en su conjunto no son capaces de realizar elecciones, pues no son entes individuales con capacidad de pensamiento y con voluntad propia. Las decisiones que se toman en estos casos dependen de las elecciones individuales que hacen los miembros de tales grupos así como del proceso de negociación que se entabla entre ellos. El estudio de estos procesos, en particular dentro del sector público, ha dado origen a una escuela de economía, el Public Choice, que procura entender la forma en que se producen tales elecciones aplicando la metodología básica de la ciencia económica”.

ya que tal respuesta no lograba explicar la variación de los derechos en el tiempo y el espacio, por lo que pensaban que los cambios en los derechos de propiedad<sup>1031</sup> debían reflejar cambios en las condiciones económicas: su tesis central, que fue ganando aceptación, era que los derechos dependían de las condiciones económicas y sociales<sup>1032</sup>.

El movimiento se originó entre economistas: entre sus primeros participantes se cuentan autores como John Commons, Gustave de Molinari, Carl Menger, Gustav Schmoller, Werner Sombart, Adolph Wagner. Hacia la década de 1870 empezó a influir en juristas, entre los cuales Mackaay menciona a Wilhelm Arnold, Otto von Gierke, Henry Maine, e incluso a nuestro Rudolf von Ihering. Los adherentes a este enfoque realizaron diversos estudios históricos en temas como la propiedad inmueble y contratos para su explotación, mostrando cómo las instituciones variaban, por ejemplo, en relación con la densidad poblacional, la calidad del suelo y el tipo de explotación. En sus obras pueden encontrarse consideraciones sobre costos relativos de transacción, pero a la vez la aceptación de la sabiduría contenida en instituciones que han evolucionado a través de la historia (tema luego presente también en la obra de Hayek). Las explicaciones que ofrecían los autores de la primera ola pueden considerarse económicas por cuanto se basaban en lo que hasta este día son los pilares del razonamiento económico: costos y beneficios para individuos que eligen racionalmente en un entorno de recursos escasos.

El declive de este primer movimiento es atribuible a dos factores principales:

- La creciente especialización de las ciencias sociales condujo a que los economistas centraran su atención a materias incuestionablemente relacionadas con mercados.
- La falta de claridad que fue adquiriendo la metodología ‘económica’ del movimiento: algunos autores se fueron alejando del modelo estrictamente individualista de elección racional hacia conceptos tales como el ‘espíritu nacional’, ‘motivos socio-psíquicos’, ‘voluntad colectiva’, o ‘la vida psicológico-moral de los pueblos’. Tales conceptos fueron mal vistos por los economistas que, por su parte, se iban especializando más.

Por otro lado, las conclusiones a que llegaban sus proponentes no convencieron a la comunidad jurídica, la cual siguió considerando que los factores económicos son insuficientes por sí solos para dar cuenta de todas las aspiraciones y tendencias del espíritu humano que se reflejan en el Derecho. Hacia la década de 1930, el movimiento se fue desvaneciendo para dar paso a la sociología del Derecho y el realismo jurídico.

---

<sup>1031</sup> La expresión ‘estructura de derechos de propiedad’ no se utiliza en su sentido jurídico o legal: más bien, quiere decir ‘autoridad de decisión’, o sea, el poder verdadero de controlar el uso de un bien y de apropiarse de sus frutos. ‘Derechos de propiedad’ en sentido económico es un término descriptivo, más general que ‘derecho de propiedad’ o ‘dominio’ en el ámbito jurídico.

<sup>1032</sup> Vemos en esto un clarísimo ejemplo de los efectos que tuvo el paso del iusnaturalismo clásico al iusnaturalismo racionalista: éste último, al plantear el derecho natural en los términos rígidos y ahistóricos que ya hemos estudiado en el capítulo correspondiente, no estaba ya en condiciones de explicar las variaciones que en el tiempo y el espacio pueden darse incluso en derechos considerados de origen natural. El problema señalado quizá hace referencia a lo que en la doctrina de Santo Tomás de Aquino sería la derivación de la ley humana por conclusión o determinación de la ley natural.

### 3. La segunda ola

Mackaay subdivide esta fase en cinco etapas:

- Inicios
- Paradigma propuesto (1958-1973)
- Paradigma aceptado (1973-1980)
- Paradigma cuestionado (1976-1983)
- El movimiento conmocionado (1983 en adelante)

#### A. Inicios

Ya en la década de 1930 se pueden citar estudios que reviven el vínculo entre la Economía y el Derecho. Entre ellos se menciona, en el Reino Unido, a Arnold Plant, quien investigó aspectos económicos de la propiedad intelectual; su pupilo Ronald Coase, que trató sobre aspectos de naturaleza económica de derecho societario. Pero el renacer del análisis económico del Derecho ocurrió en la Universidad de Chicago, de la mano de Aaron Director en la década de 1940. Director era un economista, asignado a la Escuela de Derecho en Chicago. En el Departamento de Economía había tenido colegas sobresalientes como Frank Knight, George Stigler y Milton Friedman. El grupo de economistas de Chicago llegó a adoptar un enfoque distinto sobre el análisis económico, que insistía en generar predicciones que se pudieran someter a prueba, y en llevar a cabo investigación empírica a propósito de esas pruebas.

Aaron Director aplicó puntos de vista económicos a casos jurídicos, particularmente en asuntos de legislación antimonopolios. Sus esfuerzos llevaron, durante las décadas de 1940 y 1950, a una variedad de estudios sobre otras materias jurídicas con claras connotaciones económicas: derecho societario, quiebras, regulación del mercado de valores, derecho del trabajo, impuesto sobre la renta, regulación de servicios públicos, responsabilidad extracontractual. A este período, Posner y otros estudiosos lo denominan el ‘antiguo’ o ‘viejo’ análisis económico del Derecho (*old law and economics*), en contraste con el ‘nuevo’ análisis que surgió en la década de 1960.

El nuevo análisis surgido en los años sesenta tenía por objeto aplicar lo económico a doctrinas y temas jurídicos fundamentales tales como contratos, propiedad, responsabilidad extracontractual, derecho penal, es decir, se distingue por aplicar la economía de mercado a instituciones, normas y procedimientos jurídicos que en determinadas materias no son usualmente vistos como influencias sobre el comportamiento de mercado (como la responsabilidad extracontractual y el derecho penal), pero que de hecho son definidos en términos de fallas de mercado. Una influencia fueron las iniciativas de Gary Becker de analizar comportamiento no de mercado (*non-market behaviour*) con herramientas económicas: Becker llegaría a afirmar que “*the economic approach is a comprehensive one that is applicable to all human behavior*”<sup>1033</sup>, y ganó el Premio Nobel de Economía en 1992. El mismo Posner opina que la insistencia de Becker sobre la relevancia de la economía en una sorprendente cantidad de conducta no de mercado abrió amplios terrenos del sistema jurídico al análisis económico.

Durante la misma época (40s y 50s), otros estudios abrieron caminos en áreas que luego pasaron a formar parte del análisis económico del Derecho: Duncan Black, con su estudio sobre procesos electorales; Scott Gordon, antecesor de la economía del medio ambiente con sus estudios sobre la

<sup>1033</sup> Citado por Mackaay en página 73 de Ob. Cit.

administración de recursos escasos en propiedad común; Tiebout, quien sentó las bases para la economía del federalismo; Downs, que propuso una teoría económica de la democracia y con ello abrió la puerta a la economía de instituciones políticas, luego seguido por Buchanan y Tullock, quienes iniciaron la corriente del *public choice* u opción pública.

## B. Paradigma propuesto (1958-1973)

Es durante esta etapa que el análisis económico se introduce en las principales áreas del Derecho. Un paso importante fue la creación, en 1958, del *Journal of Law and Economics*, con Aaron Director como su primer editor. Poco tiempo después, Ronald Coase se mudó a Chicago y pasó a ser editor de dicha publicación. Se pueden señalar tres artículos importantes que marcaron un rumbo para el movimiento en su época:

- Ronald Coase publicó en 1960 su artículo sobre el costo social *The Problem of Social Cost* (el conocido ‘Teorema de Coase’). Su propuesta nuclear es que las externalidades<sup>1034</sup> no justifican la intervención gubernamental, sino meramente indican que los derechos de propiedad no están adecuadamente especificados. Cuando lo están, y las partes pueden negociar sin costo, la especificación de los derechos es suficiente para obtener un resultado óptimo o eficiente.

Este artículo también fue importante por atraer atención al concepto de costos de transacción<sup>1035</sup>: implica el costo de identificar potenciales contratantes, llegar a un acuerdo con ellos, y de supervisar el cumplimiento del contrato. Problemas de información y problemas de comportamiento estratégico<sup>1036</sup> resultan de la imposibilidad

---

<sup>1034</sup> Carlos Sabino, en *Ob. Cit.*, define así el término “externalidades”: “Las externalidades, también conocidas como *efectos externos, economías externas y utilidades* (o desutilidades) *externas*, son efectos económicos colaterales de las acciones de unas personas sobre otras que no se expresan en un precio, es decir, que son externos al mercado. Si una empresa contamina el ambiente, arrojando residuos a un río, por ejemplo, su actividad produce entonces una externalidad negativa sobre quienes habitan cerca del mismo o utilizan sus aguas para pescar; si una persona coloca una obra de arte en su jardín, a la vista de todos los que pasen por la calle, produce entonces en los transeúntes una externalidad de signo positivo, pues estos podrán disfrutar del bien sin haber tenido que pagar por ello.

“Las externalidades surgen en los casos donde no existe un mercado para el intercambio de bienes o servicios: si existieran derechos de propiedad definidos sobre el río del ejemplo anterior, la empresa contaminante se vería en la obligación de pagar a su dueño una cantidad determinada por el uso de sus aguas como vertedero. Pero, dado que no existen derechos de propiedad sobre una gran cantidad de bienes y no se genera un mercado alrededor de ellos se producen entonces efectos externos al mercado que no son compensados por intercambios mercantiles. En este sentido el tratamiento económico de la externalidad se aproxima, por lo tanto, al de los bienes públicos”.

<sup>1035</sup> “**Costos de transacción.** Aquellos costos derivados de la búsqueda de información, de la negociación, la vigilancia y la ejecución del intercambio. Los costos de transacción, por lo tanto, son los que implica la realización de una transacción adecuada para ambas partes: obtención de información, tiempo que se gasta en el proceso, costos legales y otros asociados a la incertidumbre. Los costos de transacción no se incorporan directamente a los precios sino en los casos en que es posible determinar anticipadamente su magnitud aproximada. Estos, en consecuencia, son mucho mayores en situaciones donde no existe un mercado amplio y competitivo, cuando no hay seguridad física o legal para realizar las operaciones comerciales o cuando la inestabilidad política y social aumenta la incertidumbre sobre el resultado de las transacciones. La existencia de altos costos de transacción es un factor que estimula a las empresas a buscar la integración vertical”. Sabino. *Ob. Cit.*

<sup>1036</sup> Una definición de comportamiento estratégico es la siguiente: “Comportamiento estratégico es el término general para acciones tomadas por empresas [o, en un sentido más amplio, por personas] con el propósito de influir en el entorno de mercado en el cual compiten. El comportamiento estratégico incluye acciones para influenciar a los rivales a actuar en forma cooperativa para incrementar las ganancias conjuntas, así como acciones no-cooperativas para aumentar las ganancias de la empresa a expensas de sus rivales”. *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*. Página 81. Disponible en línea en:

de supervisar por completo a la otra parte contratante, o de las dificultades de la acción colectiva. El concepto ha sido ampliado, de tal forma que actualmente se discute exactamente a qué se refieren los costos de transacción.

- Armen Alchian escribió sobre la razón de los derechos de propiedad en su artículo *Some Economics of Property Rights* (publicado en 1965 pero ya en circulación durante los años 50), en donde examina las diferencias entre propiedad pública y privada, tratándolas como variables económicas que pueden ser manipuladas.
- Guido Calabresi, en 1961, publica *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts*, sobre la regulación de la responsabilidad extracontractual como un sistema para inducer el nivel adecuado de precaución en actividades que puedan causar daño a otras personas, considerando tanto el costo del daño como el costo de administrar el sistema.

Estos artículos dieron inicio a una gran cantidad de obras entre los economistas que versaban sobre temas jurídicos. La literatura de este período fue principalmente obra de economistas. El énfasis sobre los derechos de propiedad llevó a que el movimiento fuera denominado el ‘enfoque de derechos de propiedad’ (*property rights approach*), término que se desvaneció en años posteriores para dar lugar al más amplio de ‘análisis económico del Derecho’.

Unos cuantos aportes de este período fueron juristas, como Calabresi y Manne. La cualidad distintiva del trabajo de Calabresi fue mostrar el potencial de sencillos principios económicos para racionalizar todo un cuerpo de Derecho, y para desarrollar una base coherente para su reforma. Henry Manne, por su parte, contribuyó organizando, a partir de 1971, seminarios breves e intensivos de economía para abogados y jueces, y de Derecho para economistas, que fue uno de los eventos que marcó el paso hacia una nueva etapa.

### C. Paradigma aceptado (1973-1980)

En esta fase, el análisis económico del Derecho empieza a penetrar en las aulas de las escuelas de leyes. Tres fueron los eventos significativos que llevaron a que la disciplina de *Law and Economics* ganara terreno entre juristas, marcando la entrada de dicho movimiento a los estudios jurídicos en Estados Unidos:

- La fundación, en 1972, del *Journal of Legal Studies* en la Universidad de Chicago. Se trata de una revista de investigación académica interdisciplinaria sobre Derecho e instituciones jurídicas. Enfatiza enfoques de ciencias sociales, especialmente de economía, ciencia política y psicología, publicando además obras de historiadores, filósofos, y otros que se interesan en la teoría jurídica<sup>1037</sup>.
- La primera edición, también en 1972, de la obra de Richard Posner *Economic Analysis of Law*, una introducción a esta disciplina.

---

<http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>. Recuérdese que, dado el carácter del análisis económico del Derecho, esta definición de comportamiento estratégico (centrada en el ámbito de la competencia empresarial en mercados) adquiere un alcance mucho más amplio, en armonía con las aspiraciones de la disciplina de extender conceptos económicos a materias jurídicas incluso no relacionadas directamente con la economía o con conducta de mercados.

<sup>1037</sup> Cfr. <http://www.journals.uchicago.edu/page/jls/brief.html>.

- La organización, desde 1971, de los ya mencionados *Economics Institutes for Law Professors* de Henry Manne.

El libro de Posner debió en parte su éxito al hecho de estar escrito por un jurista para juristas, en un estilo sencillo que ponía al alcance de los estudiosos del Derecho los conceptos económicos fundamentales para el análisis, facilitando el aprendizaje y la aplicación de estas herramientas al tratamiento de problemas legales. La obra analizaba doctrinas jurídicas conocidas a través de todo el panorama del Derecho. Su sustancia era la tesis de la eficiencia del *common law*: que todas las normas del tradicional *common law* reflejan una lógica de eficiencia que, como asunto de juicio normativo, era deseable que lo hicieran. La agenda investigativa que Posner señala consiste en utilizar conceptos tomados de la economía neoclásica para discernir cuáles sean las normas eficientes contenidas en el *common law* y determinar si éste de hecho se conforma a tal lógica.

#### **D. Paradigma cuestionado (1976-1983)**

Ya desde la década de 1970 fue criticado el enfoque de Chicago sobre el análisis económico del Derecho, particularmente por los institucionalistas. Hacia finales de la década, se organizaron diversos simposios para examinar lo que el análisis económico debía aportar a la teoría del Derecho. Los debates congregaron a las mentes más brillantes de Estados Unidos que apoyaban el análisis económico, así como sus opositores. Posner defendió su disciplina ante filósofos del Derecho como Dworkin y Fried, o contra pensadores como Horwitz y Kennedy, al igual que críticas más amistosas por parte de juristas en la tradición de Yale como Calabresi y Kronman, o economistas de la escuela austriaca como Rizzo. Las discusiones pusieron de manifiesto algunas debilidades de la tesis de eficiencia como Posner la había propuesto, principalmente las siguientes seis:

- La eficiencia no puede ser el fundamento para la distribución de derechos de propiedad, ya que para cualquier distribución puede hallarse una asignación eficiente de recursos. Por tanto, la tesis de la eficiencia es circular.
- La tesis de la eficiencia aparenta ser no-falseable. Al encontrarse un arreglo aparentemente ineficiente, pueden invocarse costos anteriormente desconocidos para dar cuenta y explicación de ello. Para poner a prueba una teoría y exponerla al riesgo de ser refutada, deben delimitarse los costos que se tomarán en consideración.
- El carácter ahistórico de la tesis de la eficiencia. La tesis sugiere que para cualquier problema dado hay una solución eficiente. Una vez descubierta, no hay motivo para alejarse de ella. En cambio, el Derecho tiende a evolucionar a través del tiempo, de tal suerte que una solución considerada satisfactoria ayer puede no resultar hoy: ¿cómo se explica el cambio? Además, las diferencias persistentes entre sistemas jurídicos modernos son desconcertantes: si existe una tendencia hacia la eficiencia y la solución eficiente a cualquier problema jurídico es única, entonces los sistemas jurídicos deberían converger. El análisis económico del Derecho necesita tratar dichas cuestiones.



- Una crítica planteada especialmente por los economistas de la escuela austriaca es el problema de la subjetividad de los valores<sup>1038</sup>. Para determinar soluciones eficientes como lo visualiza Posner, se requiere que los beneficios resultantes de un cambio de norma sean comparados contra las pérdidas, a fin de poder elegir la norma que prometa el resultado óptimo. ¿Sobre qué escala han de medirse las pérdidas y beneficios que suceden a personas diferentes?

En la práctica jurídica siempre ocurren comparaciones interpersonales de valor, y el sentido común logra tales comparaciones en la práctica, pero según sus críticos, siguen siendo sospechosas a nivel científico: la lógica de incentivos y la lógica de distribución de riesgos no conducen a conclusiones de política carentes de ambigüedad para la maximización del bienestar.

- Sobre el origen de la lógica de eficiencia, se plantea que si el *common law* refleja tal lógica como afirma Posner, ha de ser posible formular una teoría que explique el origen de la misma. Hasta el momento ninguna ha encontrado aceptación general.
  - Se sostiene que los jueces con desempeño durante los años en que se formaron las doctrinas del *common law* en el siglo XIX estaban imbuidos de valores *laissez faire*<sup>1039</sup> que congenian con normas jurídicas eficientes.

<sup>1038</sup> “**Valor.** La palabra valor ha ido adquiriendo acepciones diferentes en la historia de la economía. Ya en la antigüedad Aristóteles distinguía entre el llamado valor *de uso* de un objeto, que es aquella utilidad o beneficio que presta a su propietario, y el valor *de cambio*, que puede definirse como la cantidad de alguna otra mercancía, usualmente la que se utiliza como dinero, por la que puede intercambiarse dicho bien. La economía política clásica retuvo por lo general esta distinción; se acepta que David Ricardo formuló la llamada teoría del valor-trabajo cuando postuló que el valor de una mercancía depende de la cantidad total de trabajo que es necesario para su producción. Ricardo y otros autores, como Marx, siguieron esta línea de pensamiento en la búsqueda de un fundamento *objetivo* para el valor, de una medida invariante para el mismo. En realidad, según el enfoque que posteriormente se impuso, tal teoría del valor es realmente una teoría del costo de producción y, en definitiva, de la forma en que se distribuye el ingreso entre los diferentes factores de producción.

“En efecto, el aporte teórico que los neoclásicos hicieron a fines del siglo XIX, al centrarse en el problema de la determinación del precio y no en el del costo de los factores, permitió desarrollar una teoría del valor que se acepta hoy casi unánimemente, con la sola excepción de los marxistas. Según esta teoría el valor de una mercancía es equivalente al precio de la misma y se define en los intercambios del mercado según la utilidad marginal que ella posea para quienes la demanden y la maximización de beneficios que produzca para quienes la ofrezcan. La teoría del valor devino entonces una teoría de la asignación de recursos escasos en condiciones de competencia y se alejó de la pretensión de encontrar una medida objetiva para el mismo; por tal motivo se la conoce como teoría *subjetiva* del valor y se la establece, actualmente, sobre la base general del principio de utilidad”. Sabino. *Ob. Cit.*

<sup>1039</sup> “Expresión francesa que literalmente significa “dejar hacer” y que se emplea en economía para indicar una posición totalmente opuesta al intervencionismo estatal. En Francia, durante la segunda mitad del siglo XVIII, se utilizó frecuentemente la frase “laissez faire, laissez passer” (dejar hacer, dejar pasar), como un lema que simbolizaba la oposición de los fisiócratas a los rígidos controles estatales propios del mercantilismo. Retomada la idea por Adam Smith y los economistas clásicos ingleses, el *laissez faire* pasó a representar una síntesis de las ideas políticas y económicas liberales que abogaban por la libertad económica, el fin de la discrecionalidad de los gobernantes, el constitucionalismo y la ausencia de intervención estatal en el comercio exterior y en las prácticas mercantiles.

“El *laissez faire* sintetizó por eso, durante algunas décadas, el pensamiento político liberal opuesto a las monarquías absolutas y al conservatismo. Pero, hacia finales del siglo XIX, comenzó a ser duramente cuestionado por la emergente ideología socialista, la cual creyó encontrar en el liberalismo un modo de pensar que favorecía la explotación de los trabajadores por parte de los capitalistas. Durante otro siglo, aproximadamente, las ideas representadas en el *laissez faire* se encontraron siempre en retroceso, en especial cuando se aceptó de un modo general la existencia del llamado Estado de Bienestar, el papel del sector público en la economía, el intervencionismo y la planificación. La nueva reacción contra la moderna expansión del Estado llevó nuevamente al liberalismo, aunque no a una posición de prescindencia completa del sector público en la vida económica: de allí que los nuevos

- También se afirma que debido a las limitaciones procesales dentro de las cuales operan los jueces, éstos no tienen libertad para fomentar políticas redistributivas, ni están sujetos a intensa presión de grupos de interés (todo ello, a diferencia de un Congreso o Parlamento).

Sin embargo, críticos observan que, por ejemplo, las políticas judiciales proseguidas por cortes modernas al decidir sobre el alcance que debe darse a los derechos humanos proclamados en constituciones claramente tienen efectos distributivos, y su ‘eficiencia’ en el sentido que le da Posner no sería fácil de demostrar. Asimismo, se señala que lo que las partes exigen de las cortes no es la imposición de una norma eficiente, sino la imposición de cualquier norma que reduzca la incertidumbre y, puesto que tal norma facilita la contratación racional, sus efectos a largo plazo serán los eficientes.

- En cuanto a cuestiones distributivas, se plantea que aún cuando se acepte que las normas principales del *common law* reflejan una lógica de eficiencia, mucha legislación moderna tiene un obvio propósito redistributivo, y que con frecuencia la ciudadanía exige políticas redistributivas de parte de sus representantes. Entonces, el análisis económico del Derecho también debería ocuparse de investigar el funcionamiento y los límites de dichos procesos.

#### **E. El movimiento conmocionado (1983 en adelante)**

Los debates expuestos en la sección anterior no derrumbaron el análisis económico al estilo Chicago. Al contrario: Posner continúa publicando sus libros; siguen floreciendo el *Journal of Law and Economics* y el *Journal of Legal Studies*; desde 1979 continúa publicándose un informe anual de investigaciones bajo el título de *The Research in Law and Economics*; muchos de los primeros exponentes del análisis económico del Derecho han sido nombrados jueces (como el mismo Posner, Bork, Breyer, Calabresi, Easterbrook, Scalia – algunos de ellos ya no reconocen su propia pertenencia al movimiento). En general, se dice que la década de 1980 fue un período de maduración y consolidación para el análisis económico del Derecho en Estados Unidos.

Los debates han permitido que salgan a relucir puntos de vista distintos de la estricta economía neoclásica. Actualmente existen diversas corrientes como el *Chicago Law and Economics*, la teoría de la opción pública, el institucionalismo y neo-institucionalismo, el análisis económico de la Escuela Austriaca. En 1981 se fundó el *International Review of Law and Economics*, y en 1985 en la Universidad de Yale el *Journal of Law, Economics and Organization*.

#### **4. Temas y corrientes**

Expondremos a continuación algunos apuntes muy breves sobre los temas más relevantes que forman parte de la agenda de investigación común del análisis económico del Derecho. En las diversas propuestas relativas a estos temas es que se manifiestan las divergencias de las escuelas o corrientes que dentro de la disciplina pueden identificarse, las cuales se expondrán en la sección siguiente del presente capítulo.

---

liberales han sido llamados, frecuentemente, *neoliberales*, para marcar las distancias precisamente con la posición algo ingenua y sin matices del *laissez faire*”. Sabino. *Ob. Cit.*

### ***Instituciones***

Afirmaba Coase que no tiene mucho sentido que los economistas discutan el proceso de intercambio sin especificar el entorno institucional dentro del cual éste ocurre, puesto que ello afecta los incentivos a la producción y los costos de transacción. Puede considerarse que todo el análisis económico del Derecho, en la medida en que busca elucidar la razón de las normas jurídicas existentes, conlleva una forma de análisis institucional.

Las instituciones responden a la observación de que, en la realidad, las situaciones son con frecuencia muy complejas como para que los actores económicos ordinarios encuentren la configuración teóricamente óptima y, en consecuencia, se simplifican a fin de que sean manejables. Las instituciones son, entonces, las restricciones desarrolladas por el hombre que estructuran la interacción humana. Consisten en restricciones formales (normas, reglas, constituciones, por ejemplo) y restricciones informales (normas de comportamiento, convenciones, códigos de conducta auto-impuestos, etc.), y las características para hacerse cumplir.

Las instituciones simplifican el problema de decisión de los agentes económicos, al imponer restricciones sobre la conducta de cada uno que la hacen sustancialmente predecible para los demás. Al seguir patrones de comportamiento institucionalizados, distintos individuos logran coordinar más completamente sus acciones y planes. Esto se debe a que las instituciones limitan las opciones que están disponibles al individuo, reduciendo así la incertidumbre sobre lo que los demás van a hacer.

Pero la fijeza es también su debilidad: al momento de su creación, una institución puede ser escogida para proveer el mejor resultado general en vista de las circunstancias del momento, pero conforme las circunstancias varían, las instituciones pueden representar resultados menos que óptimos, mas su fijeza hace difícil que sean instantáneamente ajustadas: el beneficio de fijeza y estabilidad se obtiene a riesgo de que, con el paso del tiempo, no sea adecuado. El esfuerzo general por tomar en cuenta la asimetría en la información y otros costos de transacción, a la vez que preservar la suposición de que los individuos maximizan su utilidad, está siendo llamado 'economía neo-institucional'.

### ***Historia***

Puesto que las instituciones son fijas a corto plazo y evolucionan a largo plazo, dejan un rastro que puede ser estudiado. A partir de la conexión entre instituciones e historia, los estudios históricos proporcionan una dimensión empírica al análisis económico del Derecho. Richard Epstein, por ejemplo, llega a considerar que la mayor esperanza de avance en la disciplina proviene de un estudio más atento de la evolución (sea por crecimiento o declive, o ambos) de instituciones particulares y los entornos sociales.

### ***Derecho comparado***

Por motivos similares a los que impulsan los estudios históricos, se ve también la necesidad de realizar estudios comparativos ya que, si la teoría económica del Derecho es sólida, debería sostenerse al ser aplicada al Derecho de diferentes países, al igual que al de distintas épocas. En el marco jurídico, se ha señalado como un error el aceptar el proceso jurídico estadounidense como un trasfondo indiscutido y erigir modelos o generalizar observaciones sobre la eficiencia

del Derecho sin considerar la contingencia y relatividad de dicho trasfondo: el análisis económico del Derecho durante mucho tiempo estuvo enraizado en la tradición del *common law*.

En la actualidad, la disciplina ha trascendido hacia otros países y, por ende, a otros sistemas jurídicos. La recepción del análisis económico en nuevos países por lo general presenta un patrón común:

- Una primera publicación notable genera un interés más amplio entre estudiosos del Derecho.
- Ocurre la consolidación conforme el análisis económico se empieza a enseñar en las escuelas y facultades de Derecho (ya no sólo en las carreras de economía) y los estudiosos jóvenes eligen temas de análisis económico para sus tesis.

Algunos observan la dificultad de introducir la disciplina en países todavía afectados por el formalismo del siglo XIX, del cual consideran que el análisis económico del Derecho es un oponente directo. Mackaay considera que, para tener éxito, el enfoque económico debe convencer a sus críticos de que puede evitar los aspectos negativos del formalismo sin provocar nuevos perjuicios por sí mismo: se requiere, entonces, no sólo una mente abierta por parte de los estudiosos tradicionales del Derecho hacia un nuevo método, sino además una adaptación creativa por parte de quienes lo practican.

### ***Comportamiento estratégico***

El modelo neoclásico no ha dado relevancia a este tipo de conducta. No obstante, algunos temas (como la formación de la voluntad o toma de decisiones en sociedades mercantiles o asociaciones de diversa índole, las reglas de resolución de conflictos entre propietarios de inmuebles vecinos, etc.), se explican en un análisis económico como medios para evitar, o por lo menos reducir, el comportamiento estratégico en situaciones de monopolio bilateral. Según Coleman, toda norma intenta corregir alguna forma de lo que se percibe como fallas del mercado; de ahí que, si se considera el comportamiento estratégico como una falla de mercado, será importante para los analistas económicos del Derecho tomar en consideración el peligro de tal conducta como explicación de algunas instituciones jurídicas.

### ***Racionalidad limitada***

Los psicólogos observan que el razonamiento humano no se conforma de hecho con los postulados de la teoría de elección racional en muchas maneras. Por ejemplo, no derivamos la adecuada inferencia estadística a partir de una serie de ocurrencias de cierto evento, sino que atribuimos una relevancia indebida a los más recientes; pedimos más por algo que vendemos que lo que estaríamos dispuestos a pagar para comprarlo. Sobre si estas consideraciones deberían llevar a un rechazo del modelo de elección económica, se considera que tal conclusión sería prematura, proponiendo en cambio que las fuerzas del mercado inducen a la racionalidad en cuanto penalizan decisiones irreflexivas o irracionales.

### ***Incertidumbre, descubrimiento y espíritu emprendedor***

Estos son temas que ocupan un lugar central en las investigaciones de la escuela austriaca, y conducen a una visión sobre el derecho de la competencia muy distinto del que se deriva del

modelo de equilibrio de mercado que es central en la economía neoclásica. El modelo de equilibrio supone una situación en la cual todo el conocimiento se supone dado y todas las potenciales transacciones se presume han sido consideradas. Para la escuela austriaca, en cambio, el conocimiento no está dado sino que debe ser descubierto. La esencia del problema económico es el descubrimiento de nuevos productos, servicios y formas de hacer las cosas, por lo que se ocupan de indagar y determinar las condiciones necesarias para dicho proceso de descubrimiento. Este punto de vista tiene consecuencias para el alcance de la normativa legal que afecta la competencia.

Hayek ha insistido en la naturaleza subjetiva de la información que los actores económicos utilizan para hacer sus planes y tomar sus decisiones. La información sobre planes de consumo y producción es revelada y continuamente actualizada a través del mecanismo de precios. No es posible estimar correctamente la información fuera del entorno de mercado en el cual se revela. Esto no es menos cierto para los jueces en un sistema jurídico que lo que era para los gobernantes dirigiendo una república socialista. Así, por ejemplo, la escuela austriaca en general no tiene una opinión favorable de la 're-ingeniería' judicial de los contratos.

### ***Opción Pública***

La Opción Pública o *Public Choice* es la aplicación del modelo de elección racional a fenómenos políticos, el área de la ciencia política y el derecho público. Consiste en una teoría general sobre cómo los intereses privados operan en el ámbito público.

La opinión de que el papel del gobierno es corregir las fallas del mercado está implícita en el modelo neoclásico que subyace a la principal corriente del análisis económico del Derecho, que concuerda con la difundida noción del gobierno en función del bien público: que el gobierno actúa como árbitro imparcial de las relaciones sociales, interviniendo para corregir lo que se ha desviado en el funcionamiento del mercado y otras fuerzas sociales.

La opción pública duda de estos puntos de vista, y cuestiona la suposición subyacente de que personas quienes en sus asuntos privados se presumen egoístas se comportarían en forma distinta al asumir una función o cargo públicos. Así, esta disciplina propone una visión de la política en función del interés privado, un mundo en que los actores en papeles políticos actúan para maximizar algo de interés directo para ellos, pero definido en maneras particulares a sus roles: se asume que los políticos maximizan sus posibilidades de ser reelectos; los burócratas, el tamaño y poder de su oficina; los votantes, el beneficio que extraen de programas gubernamentales; y los grupos de interés, los programas que confieren beneficios a sus miembros.

Una conclusión de la opción pública es la tesis de la ignorancia racional de los votantes. Dado que el votante no puede esperar que su voto individual haga una diferencia entre un proyecto político y otro, carecen de interés por informarse apropiadamente sobre las diferencias entre ellos. El discurso político dirigido a tales votantes consistirá en consignas generales y la imagen de los políticos. Por contraste, cuando oponentes políticos se encuentran divididos respecto a un programa que directamente afecte a un grupo o sector particular de votantes, éstos tienen mucho interés en informarse acerca de la postura de cada político sobre el tema y prometer su voto a aquél que más los beneficiará. En consecuencia, la opción pública predice que los políticos generalmente adoptarán programas cuyos beneficios son visibles y recaerán sobre grupos concentrados, mientras que su costo se dispersa lo más amplia e imperceptiblemente posible. Las

acciones de los grupos de interés diseñadas para obtener beneficios para sus miembros que no estén disponibles en el mercado ha recibido el nombre de caza de rentas o *rent-seeking*.

### ***Regulación económica***

La regulación económica se refiere a restricciones legales sobre el comportamiento de los actores en el mercado, elaboradas por legisladores, cortes o agencias administrativas. La cuestión que se plantea es si dicha regulación en efecto mejora el bienestar general. Dentro del análisis económico del Derecho, la respuesta vino a ser considerada cada vez más como negativa, particularmente en cuanto a lo que hasta entonces se consideraba el caso más claro que reclamaba la intervención gubernamental: el monopolio natural. Se demostró que con frecuencia los monopolios regulados ‘capturan’ a la agencia reguladora que los supervisa, en detrimento del público que debía acoger precios más altos de lo necesario.

Se presenta el argumento de que los efectos externos o no contratados son un fenómeno siempre presente en la vida social, y que por sí solos no pueden considerarse motivo suficiente para la intervención del gobierno. Lo que cuente como una externalidad accionable (una que sí amerite intervención) depende de cómo se definan en una sociedad los límites de los derechos de propiedad. Si las intervenciones del gobierno no son por sí solas benéficas, se necesita una teoría que explique cómo surgen y cuáles son benéficas y cuáles no. El punto de vista que actualmente parece prevalecer es que la regulación no siempre tiene por qué ir en detrimento del interés público: el definir y velar por los derechos de propiedad y los contratos, así como desarrollar normas de responsabilidad extracontractual, sostiene al mercado en lugar de obstaculizarlo.

### ***Teoría de juegos***

La teoría de juegos es una herramienta matemática para estudiar las interacciones entre personas, en las cuales la elección de una persona depende de lo que decidan los demás y viceversa. Ha sido utilizada en economía y en filosofía moral desde hace cierto tiempo, y se ha introducido además en el análisis jurídico. Sirve, entre otras cosas, para determinar patrones recurrentes de interacción humana, llevando al hombre a adoptar normas que son modelos para derechos de propiedad y contratos. En esta forma, la teoría de juegos proporciona un entendimiento del orden espontáneo.

### ***Vínculos con la sociología jurídica***

Algunos autores han reclamado que existan acercamientos más cercanos entre el análisis económico del Derecho y la sociología jurídica: se busca más apertura hacia varias formas de ‘fragilidad humana’, una sensibilidad atribuida a los sociólogos, a quienes sin embargo se critica por ocuparse en demasía en el trabajo de observación sin tener una teoría adecuada que guíe tales observaciones.

Posner ha afirmado que no ve mucho uso para la introducción de ideas sociológicas al análisis económico del Derecho. Algunos sociólogos también critican, por otras razones, el vínculo entre su disciplina y la del análisis económico. Sólo la experiencia dirá si el enfoque económico tiene las ventajas competitivas que afirma tener sobre otros métodos, o si darán mejores resultados formas ‘enriquecidas’ del mismo.

## 5. Conclusión

Ejan Mackaay cierra su exposición de la historia y temas del análisis económico del Derecho con los comentarios que a continuación también resumimos:

Debe convencerse a los juristas de que esta disciplina es un complemento útil, más aún esencial, a las tradicionales destrezas jurídicas. Donde la ley cambia rápidamente, como en nuestros días, los juristas estarán inevitablemente involucrados en alguna forma de elaboración de políticas. La trayectoria de los juristas que manejan tal cambio basándose únicamente en habilidades jurídicas y práctica legal es, a lo sumo, decepcionante en opinión de Mackaay. Pero al cuestionarse sobre si los consejos de políticas que ofrecen los juristas-economistas es confiable, cita a Alessi quien afirmó que las soluciones de mercado en un mundo con derechos de propiedad limitados y costos de transacción siempre aparentan ser ineficientes en relación con algún ideal, dando como resultado un sesgo en pro de que la acción del gobierno imponga reglas que supuestamente mueven el sistema hacia el ideal.

Uno de los enunciados más dignos de resaltarse derivado del análisis económico del Derecho es que muchas instituciones que son esenciales para el funcionamiento de la sociedad civil tienen una validez que es independiente de una formulación en derecho legislado. Así, las instituciones que son producto de procesos de evolución quizá no sean las mejores concebibles y se piense en reformarlas, pero la interferencia innecesaria y a destiempo puede a su vez causar gran daño: la reforma debería hacerse con cautela, basándose en el mejor conocimiento disponible. Consejos sobre reforma o innovación institucional parece haberse dado con frecuencia por economistas que desconocen la dinámica del Derecho, y por juristas con muy poco conocimiento del funcionamiento de la economía. Mackaay considera que los juristas-economistas sólo deberían intentar ofrecer consejos sobre políticas conforme la disciplina va adquiriendo mayores sustentos empíricos, siendo entonces el punto crucial que la disciplina del análisis económico del Derecho se ocupe en más trabajo empírico que sea capaz de desmentir falsas premisas.

## 6. Escuelas<sup>1040</sup>

Una escuela de pensamiento en el quehacer científico consiste en un grupo de pensadores que adoptan un enfoque común, incluyendo premisas teóricas compartidas, sobre qué y cómo investigar en un campo particular. El término escuela también se utiliza para designar las ideas que tales pensadores defienden. Originalmente se designaba una escuela en función de un pensador importante, fundador de la escuela, y sus discípulos, pero actualmente el vínculo con un líder intelectual común no es esencial para considerar una escuela. Asimismo, puede ser que los miembros de una escuela reconozcan o no su propia vinculación a ella. La conveniencia de resumir el pensamiento de una escuela a través de sus ideas comunes no debe conducir al error de olvidar que también existen diferencias entre los pensadores que la integran.

‘Movimiento’ es un concepto más amplio que ‘escuela de pensamiento’, en cuanto designa a un extenso grupo de personas que de forma menos compacta que una escuela comparte una serie de fines científicos, prácticos y, particularmente, políticos. El análisis económico del Derecho puede considerarse un movimiento más que una escuela.

---

<sup>1040</sup> Cfr. Mackaay, *Schools: General*. Páginas 402 a 413.

No todas las diferencias de opinión indican la existencia de distintas escuelas. El término escuela debe reservarse para situaciones en las que varias diferencias fundamentales de opinión convergen para formar enfoques que son incompatibles entre sí a un nivel relativamente fundamental. En la *Encyclopedia of Law and Economics* se clasifican distintas ‘escuelas’:

- La Escuela Austriaca
- Institucionalismo
- Nueva Economía Institucional o Neoinstitucionalismo
- El Enfoque de Derechos de Propiedad (*property rights approach*)
- Teoría de Juegos aplicada al Derecho
- Análisis Económico del Derecho comparado o análisis comparativo
- Análisis económico experimental del Derecho
- Análisis económico del Derecho y desarrollo

Del listado anterior, las ‘escuelas’ del desarrollo y comparativa son más bien campos de investigación en los cuales se aplica la disciplina. La teoría de juegos y la economía experimental son enfoques y herramientas que complementan el análisis, pero tampoco constituyen realmente escuelas. Por tanto, como escuelas puede hablarse de las siguientes, que para efectos expositivos clasificaremos en dos grupos:

- Escuelas mayores o actuales
  - Escuela austriaca
  - Institucionalismo
  - Neoinstitucionalismo
  - Escuela de Chicago
- Escuelas menores o históricas
  - Enfoque de derechos de propiedad (*property rights approach*)
  - Escuela de New Haven
  - Escuela de Friburgo

### A. Escuelas mayores o actuales

Damos este nombre al grupo de escuelas que a continuación se presentan, en virtud de que constituyen las principales corrientes del análisis económico del Derecho en la actualidad.

#### a) Escuela austriaca<sup>1041</sup>

Su fundador es Carl Menger, quien en 1871 publicó su primer libro ‘Principios de Economía Política’. Entre sus figuras más destacadas están Ludwig von Mises y Friedrich A. Hayek. Expondremos a continuación los puntos fundamentales de teoría económica que distinguen a esta escuela de otras. En cuanto a la aplicación de estos puntos al ámbito jurídico, más adelante en el capítulo se ofrecerá un resumen de los aspectos centrales de la enseñanza de Hayek, quien más

---

<sup>1041</sup> Cfr. Cachanosky, Juan Carlos. La Escuela Austríaca de Economía. Disponible en línea en: <http://www.hacer.org/pdf/cacha.pdf>.



allá de limitarse al análisis económico, presenta toda una teoría del Derecho que vale la pena conocer.

El primer aspecto en el que la escuela austriaca difiere de la teoría prevaleciente en su época es la teoría del valor. Los economistas clásicos<sup>1042</sup> consideraban que el ‘valor en cambio’ (el precio) está determinado por el costo de producción: los bienes valen lo que cuesta producirlos. Una corriente posterior, la escuela de Cambridge, planteó la teoría de la utilidad marginal<sup>1043</sup> para complementar la teoría del costo de producción. La escuela austriaca, en cambio, tomó la teoría

---

<sup>1042</sup> Sabino. Ob. Cit.: “**Escuela clásica.** Nombre genérico con que se designa al conjunto de académicos, hombres de negocios, filósofos y economistas británicos que, entre 1750 y 1850 aproximadamente, formularon los principios de la nueva ciencia de la economía e hicieron importantes consideraciones sobre política económica. Junto con la figura de David Hume y la labor fundadora de Adam Smith, es preciso destacar los aportes de David Ricardo, Thomas Malthus, James Mill, Nassau Senior, John Stuart Mill y Jeremy Bentham, para sólo mencionar los nombres más conocidos.

“En el centro de la preocupación de los economistas clásicos estuvo el problema de la riqueza, de su origen y distribución, así como el análisis del valor; el estudio de la renta de la tierra, del comercio internacional y de la acción interventora del Estado resultaron otros tantos temas fundamentales en sus escritos. Los clásicos, al igual que los marxistas, designaron a la naciente ciencia económica con el término de economía política y se interesaron vivamente en los temas de política económica que se discutían en la época. La mayoría de ellos adoptó una posición reformadora, oponiéndose a las instituciones y prácticas del mercantilismo restrictivo dominante en aquellos años, abogando por la libertad de comercio y modificando los hábitos de pensamiento dominantes en los siglos anteriores.

“Las concepción del mercado y de la “mano invisible” que produce sus equilibrios, tal como las presenta Adam Smith en *La Riqueza de las Naciones*, constituyen un cambio radical, una verdadera revolución científica que postula por primera vez la existencia de fenómenos sociales que son producto de las elecciones de los individuos pero que no responden, en su resultante final, a los designios específicos de ninguno de ellos. Las indagaciones acerca del valor, por otra parte, generaron una amplia polémica que duraría muchos años: en la obra de Smith, y de algunos de sus continuadores, hay argumentos tanto a favor de la teoría subjetiva como en pro de la teoría objetiva del valor, aunque la mayoría de los clásicos -y de los marxistas- se inclinaron por esta última.

“Al proponer los temas, los conceptos básicos y algunos de los instrumentos fundamentales de la naciente ciencia, los clásicos abrieron un camino al entendimiento humano que ha resultado también sumamente fructífero para el desarrollo de las ciencias sociales y humanas en su conjunto”.

<sup>1043</sup> Sabino. Ob. Cit.: “**Utilidad marginal.** Este concepto resulta crucial para la ciencia económica, tanto es así que está en la base, y ha dado el nombre, a toda una corriente de pensamiento, el marginalismo. La utilidad marginal se refiere al aumento o disminución de la utilidad total que acompaña al aumento o disminución de la cantidad que se posee de un bien o conjunto de bienes y es, matemáticamente, igual a la derivada de la curva que describe la función de utilidad a medida que aumentan los bienes a disposición del consumidor.

“Cuando un individuo adquiere unidades adicionales de una mercancía la satisfacción o utilidad que obtiene de las mismas va, desde luego, aumentando; pero dicho aumento no es proporcional o constante, pues cada vez resulta menor la utilidad obtenida de la última unidad considerada. Llegará un punto en que, por lo tanto, se alcance el máximo de utilidad y, a partir de este punto, podrá haber incluso una utilidad negativa, pues unidades adicionales del bien resultarán en definitiva una molestia, produciéndose entonces una desutilidad. Es posible que a una persona le guste tener un perro, o tal vez dos o tres, pero es casi seguro que estará dispuesta a pagar para que alguien se lleve a su décimo o vigésimo perro.

“Este comportamiento del consumidor queda expresado entonces en lo que se llama la *Ley de la utilidad marginal decreciente*, que puede ser enunciada diciendo que a medida que el consumo de una mercancía aumenta en un individuo, manteniéndose constante todo lo demás, su utilidad marginal derivada de esta mercancía decrecerá. La ley de la utilidad marginal decreciente sirve para explicar el comportamiento de la demanda: Los gastos de una persona en los diferentes bienes reflejan su escala de preferencias y el nivel de su renta; de la ley enunciada se sigue que la utilidad total, obtenida del gasto de un ingreso dado, alcanzará su máximo cuando el gasto se distribuya de un modo tal que cada unidad de gasto (unidad monetaria) determine utilidades marginales iguales para todos ellos; debido a que los precios de los bienes difieren debiera decirse, para enunciar la afirmación anterior con más exactitud, que la utilidad en realidad se maximiza cuando las utilidades marginales de los bienes son proporcionales a los precios relativos de ellos. Esta es la condición de equilibrio para el individuo, considerado como consumidor. La ley de la utilidad marginal decreciente permite entender, entonces, cómo opera la demanda de un determinado bien o servicio, pues no es la utilidad que una mercancía aisladamente produce la que determina su demanda, sino la utilidad marginal que ésta posea para él en las circunstancias concretas en que se produce su elección”.

de la utilidad marginal para proponer una nueva teoría del valor: no son los costos los que determinan los precios, sino que por el contrario, son los precios de los bienes finales los que determinan los precios de los bienes de producción, o sea los costos, que de esta forma son el resultado de la existencia de precios esperados. La teoría del costo de producción asignaba al valor un origen objetivo; la utilidad marginal introducía un factor subjetivo que también tiene un papel junto al objetivo, pero en la enseñanza de los austriacos viene a significar que en la determinación de precios intervienen solamente factores subjetivos: cada parte en un intercambio lo realiza porque valora más lo que recibe que lo que entrega, y no le interesa si la otra parte incurrió en costos altos o bajos.

Una consecuencia de esta teoría es que, si los precios se determinan por valoraciones subjetivas, es más fácil entender que sus fluctuaciones reflejan cambios en las preferencias de los individuos (la escuela austriaca adopta también el individualismo metodológico). Como el problema económico consiste en asignar recursos productivos a la producción de bienes y servicios prioritarios, los precios, al reflejar cuáles serían esas prioridades, se convierten en la información esencial para lograr tal objetivo. Los austriacos consideran los precios y costos como síntesis de información dispersa, necesaria para una eficiente asignación de recursos. Por el mismo motivo de que tal información no es estática sino en constante cambio, conciben el mercado como un proceso por el cual la asignación de recursos se va adaptando a los cambios de información que reflejan las fluctuaciones de los precios. Este enfoque del mercado como *proceso* es distinto al tradicional estudio del mercado en situaciones de *equilibrio*: para el modelo de equilibrio, los precios son variables que ‘limpian’ el mercado al hacer que oferta y demanda sean iguales.

La teoría del valor de la escuela austriaca tuvo importantes repercusiones en el ámbito epistemológico, lo cual a su vez influirá en la teoría jurídica de Hayek. Resumidamente, sus puntos principales son:

- Los elementos en las ciencias naturales no deciden cómo responder ante un estímulo (comportamiento determinado); en ciencias sociales, por el contrario, los individuos son libres de decidir (comportamiento deliberado).
- La predicción en ciencias naturales sobre cómo actuará la variable dependiente puede alcanzar gran precisión si se conoce la totalidad de variables independientes. Aún si no se conocen, se tiene un conocimiento probabilístico de cómo actuará la dependiente.
- En ciencias sociales, la predicción se dificulta no sólo por la gran cantidad de variables, sino porque siempre queda por conocer la decisión individual.
- La recolección de datos históricos y estadísticos en ciencias naturales permite someter a prueba una hipótesis y proyectar a futuro sus resultados, puesto que los elementos se seguirán comportando igual debido a su determinismo.
- En ciencias sociales, los datos reflejan una situación singular de tiempo y lugar a las cuales ciertos individuos eligieron dar determinadas respuestas en ese momento. Pero no puede proyectarse a futuro ni someterse a prueba una teoría, pues el individuo, sus circunstancias y valoraciones, están en constante cambio.

**b) Institucionalismo**<sup>1044</sup>

Desde sus inicios a finales del siglo XIX, la economía institucional se ha preocupado de analizar las interrelaciones entre procesos económicos y jurídicos. Su énfasis se centra en el papel de las instituciones en el sistema económico. El institucionalismo surge como una crítica a las doctrinas económicas formalistas de su época, entendiendo por formalismo el pensamiento deductivo abstracto del análisis económico tradicional, que entronizaba la razón universalmente válida, asumía el comportamiento pasivo y racional de maximización de utilidad, y se enfocaba sobre el equilibrio de asuntos como el comportamiento de los consumidores y la teoría de productividad marginal. En contraposición, el institucionalismo propuso un análisis de tipo inductivo.

Los postulados principales del institucionalismo son:

- El comportamiento económico está fuertemente condicionado por el ambiente institucional dentro del cual se lleva a cabo la actividad económica y, simultáneamente, el comportamiento económico afecta la estructura del ambiente institucional.
- La interacción mutua entre las instituciones y el comportamiento de los actores económicos es un proceso evolutivo, de donde se deriva la necesidad de un enfoque evolutivo para la ciencia económica.
- Al analizar los procesos evolutivos, se enfatiza el papel que tienen las condiciones impuestas por la tecnología y las instituciones monetarias del capitalismo de mercados mixtos.
- Se da relevancia a conflictos dentro de la esfera económica de la sociedad en vez de al orden armonioso inherente al libre juego inconsciente, cooperativo y espontáneo de los actores económicos dentro del mercado.
- Existe una necesidad clara de canalizar los conflictos inherentes en las relaciones económicas, mediante la estructuración de instituciones para establecer un mecanismo de control social sobre la actividad económica.
- El institucionalismo requiere un enfoque interdisciplinar que involucra la psicología, sociología, antropología, y Derecho, que ayude a comprender el comportamiento de los actores económicos y, con ello, a generar suposiciones más acertadas para describirlo.

Entre los temas centrales del institucionalismo, se encuentran: la naturaleza evolutiva del Derecho y la economía; la tensión entre continuidad y cambio en las relaciones jurídico-económicas; la interdependencia del Derecho y la economía, de donde se resalta el conflicto y el problema del orden; el Derecho como un asunto fundamentalmente referente a la creación y recreación de derechos; la naturaleza problemática de la eficiencia (véanse las críticas a la tesis de la eficiencia planteadas anteriormente, y más adelante); la importancia del análisis institucional comparativo.

---

<sup>1044</sup> Cfr. Medema, Steven G.; Mercurio, Nicholas; Samuels, Warren J. *Institutional Law and Economics*. Páginas 418 a 449.

El institucionalismo no distingue entre las normas jurisprudenciales, legislativas, burocráticas o administrativas, sino que las ve a todas como manifestaciones de la interrelación entre el gobierno y la economía, o entre procesos jurídicos y económicos. En lugar de preocuparse por hallar soluciones de equilibrio y óptimas, se enfoca en los procesos que dan lugar a las estructuras jurídicas, la conducta y el desempeño económico. Considera que un mercado es reflejo de las estructuras de poder que le da forma y opera a través de él: por eso cuestiona la confianza ciega en un ‘mercado’ abstracto, ya que afirmar que una solución de mercado es óptima implica dar validez a una particular estructura de ley, derechos y poder.

### c) Neoinstitucionalismo<sup>1045</sup>

El neoinstitucionalismo es una empresa interdisciplinaria que combina economía, Derecho, teoría de la organización, ciencia política, sociología y antropología para entender las instituciones de la vida social, política y comercial. A pesar de incorporar elementos de diversas ciencias sociales, su principal ‘lenguaje’ es la economía. La meta del neoinstitucionalismo es explicar qué son las instituciones, cómo surgen, qué propósitos sirven, cómo cambian y cómo deberían reformarse (si es que deberían ser reformadas para empezar).

Como movimiento, el neoinstitucionalismo se remonta a la década de 1970, influido por escritos como el estudio de Coase sobre las sociedades (o ‘firmas’), y de Hayek sobre el conocimiento, entre otros. Tiene en común con el institucionalismo algunos puntos como:

- Enfocarse más en la acción colectiva que la individual.
- Preferir un enfoque evolutivo de la economía.
- Enfatizar la observación empírica sobre el razonamiento deductivo.

Sin embargo, a diferencia del antiguo institucionalismo, este movimiento no adopta métodos diversos sino se adhiere estrictamente al individualismo metodológico, fundamentando sus explicaciones en términos de las metas, planes y acciones de individuos. Difiere de la economía neoclásica al insistir en que el análisis de políticas debe guiarse por el análisis institucional comparativo, en lugar de comparar los resultados de la vida real con el modelo hipotético de equilibrio general.

Coase argumenta que, mientras el análisis económico del Derecho demuestra cómo la economía es importante para el estudio del Derecho, la economía neoinstitucional se enfoca en la importancia de las instituciones que son relevantes para comprender el sistema económico. Según Coase, con el tiempo el análisis económico y el neoinstitucionalismo se distanciarán el uno del otro y se convertirá cada vez más en ámbitos especializados<sup>1046</sup>.

---

<sup>1045</sup> Cfr. Klein, Peter G. *New Institutional Economics*. Páginas 456 a 479.

<sup>1046</sup> Cfr. Kerkmeester. *Ob. Cit.* Página 384.

**d) Escuela de Chicago**<sup>1047</sup>

Ya hemos expuesto con anterioridad cómo la Universidad de Chicago fue pionera en el análisis económico del Derecho, así como los rasgos generales de las enseñanzas de autores como Posner y Coase, y la gran difusión que esta escuela tiene en la disciplina bajo examen. Por eso, en este punto presentaremos únicamente algunos rasgos y comentarios generales a modo de complemento.

Al preguntarse si la escuela de Chicago pertenece o no a la corriente de la economía neoclásica, Warren Samuels afirma que sí, atribuyéndole caracteres de “variante”, “tendencia más conservadora” y “vanguardia extrema” de la economía neoclásica, pero a la vez señalando que Chicago se considera a sí misma como heterodoxa respecto de otras escuelas de economía tradicional. En general, esta escuela se basa en lo que Samuels califica como fuerte análisis neoclásico, llevándolo a nuevas e innovadoras aplicaciones. No obstante, el mismo autor opina que, en comparación con el resto del neoclasicismo económico, Chicago se encuentra un tanto más cercano al institucionalismo, al dar énfasis a los temas del control y la organización del sistema económico.

La llamada vieja escuela de Chicago (que incluye autores como Frank Knight, Henry Simons y Jacob Viner) tiene muchos puntos de doctrina fundamental en común con la denominada nueva escuela (cuyo representante más destacado es Milton Friedman), pero a la vez presentan diferencias significativas relativas a práctica, políticas, teoría y metodología. En opinión de Samuels, la vieja escuela reconocía más complejidades y problemas que las que abarcan la atención de la nueva corriente.

Resumiendo los puntos fundamentales en que puede sintetizarse la visión de la escuela de Chicago, el mismo Milton Friedman enuncia:

- En política económica:
  - La creencia en el libre mercado como medio para la organización de recursos.
  - El escepticismo sobre la intervención gubernamental en asuntos económicos.
  - El énfasis en la cantidad de dinero como factor clave de inflación.
- En ciencia económica:
  - El uso de la teoría económica como herramienta para analizar muchos problemas concretos, en vez de limitarse a verla como estructura matemática abstracta.
  - La insistencia en someter a prueba empírica las generalizaciones teóricas, rechazando tanto la teoría sin hechos como los hechos sin teoría.

---

<sup>1047</sup> Cfr. Samuels, Warren J. *The Chicago School of Political Economy: A Constructive Critique* en *The Chicago School of Political Economy*. Páginas 1 a 18.

## B. Escuelas menores o históricas

A este grupo de escuelas les denomino de esta forma por consistir en fases del movimiento que luego fueron absorbidas por otras corrientes, o por tratarse de escuelas que estuvieron vigentes en un momento determinado y luego, por diversos factores, han perdido su terreno o importancia.

### a) Enfoque de derechos de propiedad (*property rights approach*)

Ya vimos anteriormente que bajo este nombre designaron los economistas a los intentos de resolver cuestionamientos propiamente en la economía. Por ejemplo, para explicar el comportamiento de una sociedad mercantil, debe observarse la 'estructura de derechos de propiedad' en todos sus niveles. Aquí, la expresión 'estructura de derechos de propiedad' no se utiliza en su sentido jurídico o legal: más bien, quiere decir 'autoridad de decisión', o sea, el poder verdadero de controlar el uso de un bien y de apropiarse de sus frutos.

'Derechos de propiedad' en sentido económico es un término descriptivo, más general que 'derecho de propiedad' o 'dominio' en el ámbito jurídico. Al utilizarse el vocablo en el *property rights approach*, se ha generado confusión con el significado legal o jurídico del mismo. Este enfoque ya no constituye una escuela separada, sino que ha sido absorbido en el análisis económico del Derecho conforme a la primera unificación que de la disciplina llevada a cabo por Posner.

### b) Escuela de New Haven

Surgida en la Universidad de Yale, esta escuela ha atraído a practicantes liberales que adoptan la metodología común de la escuela de Chicago pero a la vez creen que hay necesidad de una mayor intervención estatal a fin de subsanar problemas relacionados con las fallas del mercado.

La escuela se remonta a los escritos de Calabresi, quien considera que debe darse relevancia a la justicia y a problemas distributivos al analizar económicamente el Derecho, sin limitarse a la eficiencia que subraya el modelo neoclásico. Como postulados centrales de esta variante pueden considerarse:

- El papel central de los problemas distributivos.
- Las fallas del mercado tienen un papel más prevalente que el que le atribuye la disciplina de Chicago.
- La intervención gubernamental se espera pueda corregir las fallas del mercado, aunque puede no tener éxito en todas las circunstancias.

Las diferencias, en opinión de Mackaay, parecen ser más de tinte político. Por eso afirma que no se le puede considerar propiamente una escuela, ya que las premisas teóricas y métodos que el grupo de New Haven adopta no son suficientemente distintas de las de la corriente más difundida de la disciplina.

### c) Escuela de Friburgo

La escuela de Friburgo u ordoliberalismo fue fundada en la década de 1930 y tuvo influencia en los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Su enfoque se centraba en:

- El rol propio del gobierno en una sociedad abierta que había evolucionado a partir de las anteriores estructuras feudales.
- Prevenir que facciones controlen el Estado.
- Política de competencia fomentada por el Estado.

Para el ordoliberalismo, la paradoja de que el Estado fuese a la vez un proveedor de privilegios especiales y un garantizador de la competencia se resuelve mediante el diseño constitucional. Con tal enfoque, se acercan a la disciplina de la opción pública y el grupo de la economía política constitucional.

## II. DOCTRINA<sup>1048</sup>

Más que a ofrecer una doctrina sobre el Derecho, el análisis económico va encaminado, como su nombre lo indica, a examinar el fenómeno jurídico a la luz de los principios y la teoría propios de la ciencia económica. En consecuencia, se hace necesario exponer cuáles son estos puntos de partida en que se basa la disciplina, teniendo en cuenta además que existe divergencia de opiniones y metodologías dentro de la misma economía, dando lugar a los enfoques aportados por las diversas escuelas que ya hemos expuesto en sus rasgos más generales y característicos.

Se ha argumentado que los practicantes de esta disciplina siguen un enfoque pragmático y ecléctico que dificulta encajarlos en una determinada escuela cuyas reglas sigan fielmente. El acercamiento económico al Derecho se basa en un número limitado de suposiciones que a su vez pueden cambiar si se presenta un conjunto de suposiciones alternativas que se ajuste mejor al objeto de estudio. Un repaso de la metodología del análisis económico del Derecho debe concentrarse en las ideas compartidas por la vasta mayoría de personas que se desempeñan en este campo.

Lo que podríamos considerar “doctrinas” del análisis económico del Derecho serán resultado de los enfoques que se adopten y, más aún, dado que esta disciplina no se enfoca en decir *qué es* el Derecho sino más bien *cómo es* o *qué efectos tiene* en términos económicos, en la presente sección conviene exponer mejor los postulados en que se sustenta dicho análisis, en lugar de ofrecer puntos doctrinales que, por un lado, ya se ha hecho referencia a algunos al tratar en forma general de algunos temas y escuelas y, por otro, abarcarían mucho espacio en virtud de que, como análisis, esta disciplina ofrece teorías y recomendaciones sobre prácticamente todo el panorama jurídico.

Un punto en que sí nos interesa considerar el análisis económico más allá de como una simple descripción de los efectos económicos de las normas legales, es en cuanto tenga que decir sobre *cómo debería ser* el Derecho. Sin embargo, también en este punto se desborda el enfoque y

---

<sup>1048</sup> Cfr. Mackaay, Ejan. *Schools: General*. Páginas 408 y 409; Kerkmeester, Heico. *Methodology: General*. Páginas 383 a 394.

finalidad de este trabajo, ya que los enunciados prescriptivos que al respecto ofrece el análisis económico del Derecho abarcan la totalidad de ramas jurídicas, por lo que conviene tratar del tema no sólo en una forma más general que permita entrever sus implicaciones como herramienta de acercamiento al Derecho, sino además hacerlo en la parte argumentativa de la obra. Al respecto, hay que tener en cuenta la distinción entre el análisis económico *positivo* (que se limita al *ser*: decir cómo es el Derecho o las normas jurídicas, y cuáles son sus efectos) y el análisis económico *normativo* (que abarca el *deber ser*: ofrece recomendaciones sobre cómo el Derecho o las normas jurídicas deberían ser), así como las posturas que existen en torno a ambos y su posible interrelación o no:

- Una postura es que *ambos son posibles*: el análisis positivo, al observar y predecir los efectos de las normas jurídicas, permite hacer proposiciones normativas tales como que regla sería la más eficiente.
- Otro sector sostiene que *únicamente es posible un análisis positivo*, ya que la eficiencia es un hecho objetivamente determinable, mientras que afirmar que una norma es deseable implica introducir un juicio valorativo que no forma parte del análisis económico.
- Un punto de vista más radical consiste en que la economía es una ciencia estrictamente positiva, mientras que el Derecho es estrictamente normativo, por lo que la economía y el Derecho *jamás podrían ir juntos*.

Sobre el tema hay quienes afirman que el análisis económico siempre es normativo, al menos implícitamente, ya que al enfocarse sobre la eficiencia, presupone que el Derecho debería ser eficiente o, por lo menos, que la eficiencia es una característica deseable. Contra el contenido normativo del análisis económico se vierten muchas críticas, principalmente de quienes insisten en atribuirle a la disciplina un carácter de sesgo ideológico, en concreto, considerándola como una corriente conservadora y derechista. Asimismo, hay quienes ven con recelo o cautela el énfasis sobre la eficiencia, por los peligros que el erigirla en criterio de juridicidad o, más bien, el someter el Derecho a criterios de conveniencia y eficiencia, pueda conllevar en menoscabo de criterios de justicia, equidad, libertad, etc.

Pasando entonces a exponer las premisas fundamentales del análisis económico del Derecho, primero debemos recordar el papel que dentro de la ciencia económica desempeña la teoría de la elección racional, según ya hemos apuntado anteriormente: Gary Becker argumenta que la economía debe definirse no en referencia a su objeto, sino a su método, siendo este método el enfoque de elección racional. Como componentes de dicha teoría, o derivados de ella, se erigen los cuatro pilares del análisis económico del Derecho:

- Elección racional
- Individualismo metodológico
- Equilibrio
- Preferencias estables

## 1. Elección racional

La hipótesis de la elección racional asume que los individuos al decidir buscan racionalmente maximizar sus satisfacciones, o sus beneficios por encima de sus costos según los perciben o



consideran. Esta hipótesis es esencial en cuanto que, para regular la sociedad mediante normas e incentivos, es necesario asumir que las personas se comportan en modos predecibles: ayuda a formular predicciones sobre la manera en que puede esperarse que los individuos reaccionen ante los cambios en su entorno.

Sin embargo, esta premisa es cuestionada principalmente en dos aspectos:

- *Habilidad para procesar información*: la investigación psicológica muestra que las decisiones de las personas tienden a desviarse del modelo de elección racional particularmente en situaciones que suponen pocas probabilidades o gran complejidad: parece que no tenemos la estructura intelectual para llevar a cabo los cálculos que la presunción de plena racionalidad nos atribuye.
- *Falta de información*: en la vida real, los individuos se enfrentan a decisiones cargadas de riesgo e incertidumbre: con frecuencia no están bien informados de lo que está en juego. Hay debate sobre qué signifique la racionalidad en un contexto en el cual los tomadores de decisiones no están conscientes de la extensión de su propia ignorancia.

Algunos sostienen que estos problemas de información pueden incorporarse al análisis mediante la suposición de que, puesto que adquirir y procesar información tiene un costo, un individuo racional deliberadamente limitará su recolección de información.

Anteriormente vimos cómo el análisis económico del Derecho conlleva la aplicación de la teoría económica a conductas que normalmente no se consideran como comportamientos de mercado. Muchas críticas cuestionan directamente tal aplicabilidad de la teoría de elección racional a asuntos jurídicos de los cuales la mayoría no son decisiones de mercado. No obstante, defensores de la disciplina señalan que el análisis económico del Derecho ha demostrado precisamente que muchas decisiones que producen consecuencias jurídicas sí tienen cierto carácter de decisión de mercado (*market-choice-like quality*): por ejemplo, las sanciones monetarias aplicables en caso de incumplimiento de contratos o de responsabilidad extracontractual pueden tomarse como precios implícitos sobre determinadas conductas. Así, por ejemplo, si una parte contratante se da cuenta que incumplir el contrato le puede representar un beneficio de Q10,000.00, y que por incumplirlo tendrá que pagar daños y perjuicios de una cláusula penal por Q5,000.00, entonces le resultará beneficioso su incumplimiento<sup>1049</sup>.

Por otro lado, como una alternativa al modelo de elección racional se ha propuesto la existencia de usos sociales como base para explicar la conducta humana: en algunos casos, las mejores predicciones provienen de la suposición de que los individuos eligen ciertas conductas porque es lo normal hacerlo de tal forma, en vez de basar sus acciones en una evaluación de costos y beneficios orientada a resultados. Se muestra además que (contrario a lo que predice el teorema de Coase) los individuos no negocian hacia una solución eficiente sobre la base de derechos claramente definidos que funcionan como punto de partida para negociar, sino que simplemente siguen reglas sociales que con frecuencia, aunque no siempre, ayudan a obtener resultados eficientes. Incluso, se han hecho muchos intentos por mostrar que los usos sociales en sí mismos pueden ser a su vez resultado de elecciones racionales.

---

<sup>1049</sup> Cfr. Ulen, Thomas S. *Rational Choice Theory in Law and Economics*. Página 797.

## 2. Individualismo metodológico

Este postulado señala que todo análisis debe sustentarse en términos del comportamiento individual, la conducta de individuos. Todos los fenómenos colectivos deben explicarse como composiciones o efectos perversos de decisiones individuales.

Del individualismo metodológico pueden señalarse los siguientes caracteres, que sirven a la vez para aclarar en qué consiste:

- La unidad básica de análisis es la acción individual: la acción de actores colectivos como sociedades o estados debe analizarse en términos individuales.
- El individualismo metodológico es sólo una herramienta de análisis que por sí misma no tiene implicaciones éticas en el sentido de que los intereses individuales *deban* ser maximizados.
- El individualismo metodológico no requiere que los individuos únicamente tienen en cuenta sus propios intereses al tomar decisiones. Si bien es cierto que en gran parte del análisis económico la suposición de racionalidad implica tal tipo de conducta, este es un ejemplo de una suposición que puede enmendarse sin violar la esencia de un análisis económico: en el contexto del derecho de familia, por ejemplo, usualmente se asume que los padres son altruistas hacia sus hijos.
- El individualismo metodológico no implica que los individuos toman sus decisiones en forma aislada de los demás. Por el contrario, la idea de que los individuos eligen en un contexto de interacción social se hace explícito al utilizar la teoría de juegos como un método de análisis económico.

### A. El parámetro: utilidad o dinero

Hablar del individualismo metodológico conlleva necesariamente tratar sobre cuál es o debe ser el parámetro para medir la conducta de maximización que los individuos llevan a cabo pues, como lo plantea Kerkmeester: “si las personas maximizan, *¿qué maximizan?*”.

El primer parámetro que se utiliza mucho en el análisis económico es la utilidad, que se refiere a las preferencias individuales. Los que sostienen este parámetro afirman que todo puede medirse en términos de utilidad: el ocio, el amor, los sentimientos altruistas, la adhesión a normas, etc. Lo que los individuos prefieren y hasta qué punto lo prefieren es una cuestión de gusto personal en el que la economía no interfiere.

Los principales argumentos a favor del parámetro de utilidad se basan en el axioma de la utilidad marginal decreciente, en virtud del cual se afirma que la utilidad obtenida de unidades sucesivas de un bien disminuye: si el doble de cantidad de dinero no rinde el doble de cantidad de utilidad, un individuo preferirá la certeza de esa cantidad particular por encima de una apuesta con el cincuenta por ciento de probabilidad de recibir el doble de la cantidad y cincuenta por ciento de no recibir nada.

Sin embargo, el axioma no siempre se sostiene, pues puede ser que algunos individuos no sean evasores de riesgo sino tener una actitud neutral hacia el riesgo, o incluso ser buscadores de riesgo en el sentido de que prefieran una apuesta con cierto valor esperado por encima de la certeza de dicho valor. Para esto, se ha formulado también una teoría de elección racional de toma de decisiones bajo incertidumbre, que toma en cuenta los factores de actitud hacia el riesgo, las preferencias por los posibles resultados, y estimaciones de la probabilidad de que ocurra cada posible resultado<sup>1050</sup>.

Existen, en cambio, otros dos factores resaltables en contra del parámetro de utilidad:

- Es difícil realizar comparaciones interpersonales si se toma un parámetro tan subjetivo como la utilidad. Para contrarrestar esta crítica, se defiende el uso del criterio del óptimo de Pareto<sup>1051</sup>: la definición de que un cambio resultará en una mejora Pareto si al menos una persona quedará mejor y ninguna quedará peor que antes evita la necesidad de hacer comparaciones interpersonales. Una solución es óptimo de Pareto si ya no pueden hacerse más mejoras de Pareto.
- La suposición de que un individuo busca maximizar su utilidad es verdadera en cuanto enunciado lógico, pero es claramente no realista como enunciado empírico. La utilidad no es observable, sino únicamente se le invoca porque es necesaria para que el modelo tradicional funcione.
- El hecho de que todos los comportamientos puedan explicarse en términos de utilidad es tanto una ventaja como una desventaja de su uso: la única manera de determinar la función de utilidad de un individuo es observando su comportamiento. Sin embargo, si la función de utilidad que de esa manera se deriva ha de ser utilizada para predecir el comportamiento de ese mismo individuo, inevitablemente se incurrirá en circularidades. No importa qué tan inusual sea el comportamiento de alguien, siempre se podrá ‘explicar’ asumiendo que aumenta su utilidad. Esta crítica ayuda a subrayar la importancia de la suposición que hace la teoría de la elección racional sobre que las preferencias individuales se presumen estables durante el período bajo examen.

La alternativa más obvia para el parámetro de utilidad es el parámetro de dinero, el cual presenta algunas ventajas:

---

<sup>1050</sup> Cfr. Ulen. *Ob. Cit.*, Páginas 806 y siguientes.

<sup>1051</sup> Sabino. *Ob. Cit.*: “**Óptimo**. Concepto acuñado por Wilfredo Pareto para designar una situación en que se ha alcanzado la mejor asignación de recursos posible: cualquier cambio produciría, en consecuencia, una posición inferior. El concepto se utiliza, en principio, tanto para aludir al producto que es posible conseguir con un conjunto de factores dado, como a la utilidad que obtiene un consumidor con unos ingresos determinados. Cuando en una situación se pretende alcanzar más de un objetivo, puede lograrse el óptimo para uno de ellos pero no así para los restantes; si se obtiene simultáneamente un óptimo para todos los objetivos considerados se habla entonces del *optimum optimorum*, el óptimo de los óptimos.

“En la Economía del Bienestar se emplea también el concepto de *distribución óptima* u *óptimo social*. Tal situación se alcanzaría cuando la distribución de los ingresos llega a un punto en que cualquier cambio implicaría una desutilidad para alguno de los individuos. Este concepto, sin embargo, supone la posibilidad de hacer comparaciones intersubjetivas entre las utilidades de los individuos, por lo que su aplicación a situaciones concretas se considera fuertemente cargada de juicios de valor”.

- En circunstancias normales, las personas prefieren más dinero por encima de menos dinero, y siempre les gusta tener más. Ya que ciertos individuos pueden constituir una excepción a esta regla, se evita la circularidad inherente en la afirmación de que los individuos maximizan utilidad.
- Es más fácil hacer comparaciones interpersonales con dinero que con utilidad: aunque un dólar pueda no significar lo mismo para A que para B, al menos sigue siendo el mismo dólar, es decir, hay un parámetro objetivo. Midiendo en voluntad de pagar, se enuncia que si los bienes y otros recursos están en las manos de las personas que estaban dispuestas a pagar más por ellos, entonces se ha incrementado la riqueza.

Por su parte, también el parámetro dinero está sujeto a críticas:

- La voluntad de pagar no es una expresión pura de las preferencias que tiene un individuo hacia un bien en particular: puede ser que A tenga más preferencia por un bien que la que tiene B, y aún así B esté dispuesto a pagar más por él por la sencilla razón de que tiene más dinero o poder adquisitivo.
- El parámetro dinero tiene un elemento especulativo, ya que los precios de oferta que uno necesita saber para determinar la voluntad de pagar no siempre son observables.

Un problema con ambos parámetros es que los individuos pueden tener preferencias perversas (utilidad: por ejemplo, torturando a alguien), o gustos caros (dinero). Para propósitos positivos, esto no es un problema, pero causa dificultades al momento en que la maximización de utilidad se considera como algo que deba promoverse.

Se han propuesto parámetros alternativos, que proporcionan mejores oportunidades para comparaciones interpersonales. Por ejemplo, el concepto de bienes primarios o funciones (*functionings*). Las funciones se refieren a lo que los bienes pueden hacer por las personas, que no es sólo proveer utilidad individual, sino otros beneficios como escapar de la muerte, recibir apoyo, incrementar la auto-estima, participar en la vida comunitaria, etc. No es que esos bienes no puedan medirse en términos de utilidad, sino que ellos mismos pueden medirse más objetivamente que lo que puede medirse la utilidad. Sin embargo, estos enfoques alternativos son más complicados, por lo que se duda de si sus beneficios superan el costo de una mayor complejidad.

## B. Críticas

Presentamos a continuación algunas críticas, no al individualismo metodológico *per se*, sino más bien contra las suposiciones referentes a la maximización de utilidad o riqueza.

- Las ideas sobre la conducta de maximización se basan en suponer que los deseos y oportunidades se dan independientemente. Sin embargo, puede suceder que los deseos se vean influidos por las oportunidades: un ejemplo común es que las personas piden más por algo que venden que lo que estarían dispuestos a pagar por adquirirlo ellos.
- Unido a la problemática de cómo se relacionan los deseos y las oportunidades, se enuncia el llamado *sour grapes effect* o ‘efecto de las uvas agrias’, basado en la fábula sobre un

zorro que, cuando descubrió que no lograba alcanzar ciertas uvas que quería, dejó de quererlas porque estaban agrias de todos modos. Este efecto es importante para un juicio sobre la suposición de la maximización de riqueza, y también entra en conflicto con la suposición de las preferencias estables.

- Lo unidimensional de medir en utilidad o dinero hace a un lado la complejidad de la motivación humana: se pone mucha atención a variables medibles, en perjuicio de otros factores que desempeñan un papel no menos importante en determinar la acción humana. Se señala igualmente que los analistas económicos del Derecho no toman en consideración la empatía que caracteriza las relaciones humanas.

Las anteriores críticas se basan en la idea de que las suposiciones sobre la maximización de utilidad o dinero no proveen una descripción realista de las complejidades del obrar humano en el mundo real. En respuesta, hay quienes afirman que las suposiciones pueden hacerse más acordes con la realidad: por ejemplo, Becker ha realizado trabajos sobre los gustos, que demuestran una voluntad de incorporar la posibilidad de cambios de preferencias al modelo económico. También hay quienes responden que la falta de realismo en las suposiciones no es necesariamente algo malo.

Muchas críticas ha suscitado el principio de maximización de riqueza de Posner, notablemente las vertidas por Ronald Dworkin. Algunas de ellas son:

- La voluntad de pagar por un objeto no se determina sólo por la preferencia hacia el mismo, sino también por la capacidad de pago. Así, un bien escaso puede acabar en manos de un hombre rico que apenas lo necesita, en vez de en manos de un pobre que lo necesita desesperadamente pero no puede pagar la misma cantidad: esta situación es conforme con el principio de maximización de riqueza, pero al mismo tiempo no se ha maximizado la utilidad total.
- La maximización de riqueza puede conducir a resultados que se consideran injustos, como es el caso con el ejemplo anterior, pero también puede darse injusticia en casos donde la utilidad total se maximiza pero no se divide igualmente.
- El principio de maximización de riqueza interfiere con la autonomía individual garantizada por derechos individuales. Por ejemplo, si A valora más un bien que B, siendo B su propietario, un dictador benevolente podría maximizar la riqueza despojando a B del bien para dárselo a A.
  - Esta crítica lleva implícita la afirmación de que el análisis económico del Derecho no reconoce derechos individuales, lo cual es falso especialmente si se toma en cuenta la relevancia que en la disciplina tiene la noción de los derechos de propiedad. El mismo Dworkin mitigó esta crítica, y Posner ha insistido en que el principio de maximización de riqueza está en conformidad con la autonomía individual. Por otro lado, no debe olvidarse que el análisis económico normativo del Derecho no se agota en el principio de Posner.

### 3. Equilibrio

Se presume que las interacciones humanas tienden hacia un equilibrio, descrito por la teoría de juegos y, más elaboradamente, por la teoría económica de los mercados según la cual los ajustes implícitos de precios en el proceso de competencia tienden a igualar la oferta y la demanda de un bien o servicio.

Los equilibrios no resultarán únicamente en mercados explícitos (como el mercado de valores y mercancías, por ejemplo), sino también en mercados implícitos, tales como el ‘mercado’ de actividades delictivas o el ‘mercado’ del matrimonio, que en el análisis económico del Derecho son más que sólo metáforas.

### 4. Preferencias estables

Las preferencias no están determinadas al nacer, por necesidad biológica, para permanecer fijas durante la vida; antes bien, se forman y reforman durante la juventud y pueden variar más lentamente conforme la edad avanza. De esta manera pueden tomarse en cuenta y explicarse las influencias culturales. Sin embargo, para formular predicciones sobre cómo los individuos reaccionarán ante el cambio, debe presumirse que sus preferencias permanecerán constantes a corto plazo, y quien afirme que las preferencias han cambiado debe aducir evidencia a tal efecto.

### 5. Características generales de las normas jurídicas

Como una aplicación del análisis económico al surgimiento, implementación y observancia de las normas jurídicas, ofrecemos a continuación un resumen de lo que Louis Kaplow considera como características generales de las mismas<sup>1052</sup>.

#### A. Las normas jurídicas: reglas y estándares (principios jurídicos)

Como punto de partida, se considera preciso diferenciar las normas en reglas y estándares (utilizando esta denominación como traducción directa de *rules* y *standards*, aunque un modo más adecuado de referirse a estos últimos sería ‘principios’). A primera vista, y desde un punto de vista jurídico, podría parecer que la diferenciación entre ambas es la misma que entre legislación y sentencias judiciales, es decir, que las reglas serían propias del derecho legislado y los estándares se formulan en el derecho adjudicado o resoluciones de casos concretos. En general, esto puede ser cierto, pero, para efectos del análisis económico, conviene identificar como factor diferenciador exclusivamente el hecho de si la norma recibe contenido *ex ante* (antes del hecho) o *ex post* (después del hecho). En ese sentido, se entiende que una norma será más cercana a una regla mientras más orientación avanzada provea. Así, por ejemplo, una resolución judicial puede constituirse en regla a pesar de no tratarse de derecho legislado, en la medida en que sirva para proveer a las personas de información avanzada sobre cómo fallarán los tribunales. Esto puede considerarse más usual en el derecho anglosajón, en que tanta relevancia tienen los precedentes jurisprudenciales, pero incluso en el sistema de derecho continental puede producirse que una resolución judicial adquiera carácter de regla, aún cuando la misma no esté formalmente revestida de los requisitos que la ley establece para erigirla en “doctrina legal obligatoria”: si provee información avanzada en virtud de la cual los individuos puedan planificar su conducta, será una regla, sin importar los caracteres formales que conlleve su origen y validez. Algunos

---

<sup>1052</sup> Cfr. Kaplow, Louis. *General Characteristics of Rules*. Páginas 502 a 523.

ejemplos de lo anterior pueden encontrarse en nuestro país, tales como ciertos criterios sobre la procedencia del recurso de casación que, aún sin ser doctrina legal, han cobrado vigencia generalizada en la práctica forense.

El precedente puede considerarse como la conversión, al menos parcial, de un estándar en una regla. Luego de experiencia acumulada, o después de conocer de un solo caso, un tribunal puede emitir un criterio que guiará las adjudicaciones futuras. En ese momento, y en esa extensión, se habrá establecido una regla. Incluso las interpretaciones jurídicas de menor autoridad, desde discusiones en opiniones judiciales hasta declaraciones públicas de agencias de implementación, tenderán a guiar hasta cierto grado los comportamientos y adjudicaciones futuras.

Vale la pena preguntarse por qué el uso de precedentes sea superior a una previa promulgación de reglas. La carga principal de usar una regla, que consiste en incurrir costos de formulación adicionales, se soporta cuando el precedente se establece. Pero mientras tanto, antes de que se emita el precedente, se pierden los beneficios de una guía de comportamiento mejor y más barata, y de una adjudicación más sencilla. La principal ventaja del retraso es que se puede recabar más información en el ínterin (información sobre la norma óptima o sobre la importancia de resolver un asunto), pero muchos precedentes se emiten con poca más información que la que existía inicialmente. Además, la forma más eficiente de recabar información puede ser comisionar un estudio para empezar en vez de esperar a que un caso suceda para que se ventile ante un tribunal relevante. Una vez se haga disponible más información a través de cualquier medio, no está claro por qué el sistema legal deba esperar aún más tiempo en vez de emitir una norma inmediatamente.

En cambio, hacer las normas jurídicas más parecidas a reglas desde el inicio no implica que no puedan ser modificadas si surge nueva información. La posibilidad de reforma reduce los beneficios de las reglas, pero de ello no se sigue que no habrá beneficios provenientes de dar orientación a la conducta mientras tanto. Con los estándares, el cambio puede ocurrir implícitamente, pero la posibilidad de reforma también incrementará el costo y dificultad de predicción.

También es importante distinguir la cuestión sobre hasta qué grado el contenido se determina *ex ante*, que concierne al nivel de precisión con que la norma se formula o aplica. La opinión generalizada es que los estándares son inherentemente más precisos o sutiles que las reglas porque dejan abierta la posibilidad de considerar todos los factores posibles, mientras que las reglas, sin importar su grado de detalle, proveen una resolución definitiva que no está abierta a reconsideración. Sin embargo, señala Kaplow que, desde un punto de vista de análisis económico, tal presunción implica que los jueces dedicarán recursos virtualmente ilimitados al estudio de los casos para aplicar tales normas: dicha suposición es irracional, implausible e inconsistente con el funcionamiento real de los sistemas legales. En efecto, como resultado de la ley, la costumbre, o la aplicación del sentido común, un juez puede muy bien considerar muchísimo menos que todos los factores relevantes concebibles.

Cuánto detalle se incorpore a las normas es una cuestión de elección, y no es cierto que los sistemas en que predominan las reglas tiendan a ser particularmente simples mientras que los esquemas en que predominan los estándares sean extremadamente precisos en su operación real. La cuestión sobre cuánto refinamiento sea óptimo al formular y aplicar la norma es lógica y prácticamente distinto de la cuestión sobre si un determinado grado de precisión sea mejor especificado previamente (reglas) o dejado a la adjudicación (estándares).

El costo inicial de formular reglas será mayor que el de formular estándares, ya que se integran con mayor especificación avanzada. Las reglas serán más baratas de interpretar para los individuos al decidir sobre su propia conducta, y para los jueces a la hora de aplicarlas al comportamiento pasado. Las reglas tenderán a producir comportamiento más conforme a las normas que lo que lo harían los estándares equivalentes, ya que los individuos podrán aprender las normas a menor costo y con mayor exactitud antes de actuar, por lo que habrá tendencia a que se comporten más de acuerdo con dichas normas. Este efecto deseable de las reglas sobre la conducta puede sostenerse aún cuando los estándares resulten ser más precisos en la adjudicación, ya que cualquier refinamiento concretado en la aplicación de estándares influirá sobre la conducta únicamente en la medida en que las partes puedan predecir de antemano los detalles relevantes, y con frecuencia las partes no realizan dichas predicciones adecuadas.

Las reglas son preferibles cuando particulares actividades son frecuentes, y los estándares son mejores cuando el comportamiento varía tan grandemente que cualquier escenario particular es relativamente raro. El costo añadido de las reglas, en la etapa de su formulación, se soporta sólo una vez, mientras que los beneficios relativos de las reglas (menores costos y mayor observancia para los individuos privados y menores costos de adjudicación) pueden producirse con frecuencia o casi nunca, según el caso.

La frecuencia de una actividad puede ser alta aún cuando las adjudicaciones reportadas sean pocas ya que, por ejemplo, las reglas pueden conducir a que incontables individuos observen la ley a muy bajo costo. Aún cuando la observancia sea imperfecta, puede que haya poca adjudicación a pesar de actividad frecuente porque la probabilidad de daño es baja, la detección de daño es poco probable, o la mayoría de disputas legales sean arregladas rápidamente. Las controversias pueden ser frecuentes en apariencia pero no indicar que las condiciones sean favorables para el uso de reglas: por ejemplo, hay muchas disputas por negligencia pero algunas de ellas se basan en situaciones únicas que, *ex ante*, eran altamente improbables de llegar a producirse. A mayor frecuencia del comportamiento a normarse, mayor valor tendrá el formular la norma con gran cuidado. En la medida en que una adjudicación es relevante únicamente a un caso singular, no será muy valioso gastar recursos sustanciales para considerar la variedad de factores a fin de llegar a una determinación precisa.

## **B. La precisión de las normas**

La precisión de un mandato o norma concierne al grado de detalle y diferenciación que conlleva. A mayor grado de precisión, mayores serán los costos de formular las normas y aplicarlas en casos concretos, y mayor los costos de las personas para interpretarlas para propósitos de conformar su conducta a la norma. Pero de ello no se sigue que los costos de precisión deban ser minimizados: antes bien, el grado de precisión debe ser optimizado, a efecto de lo cual se hace muy útil y relevante un análisis económico.

La mayor precisión en las normas es una de las principales fuentes de complejidad legal, que también se ve afectada por el hecho de si una norma se formula como una regla o un estándar, pues éste último deja más campo abierto a posteriores aplicaciones y, con ello, se hace más difícil de interpretar. A su vez, las leyes o dictámenes jurídicos mal redactados serán más confusos, por lo que será más costoso extraer menos información. Sin embargo, también es posible que la mayor complejidad reduzca costos: si un régimen más complejo es exitoso en desincentivar manipulaciones transaccionales (encontrar formas de evadir las normas en beneficio propio), las



personas pueden al final gastar menos en aprender las complicaciones de las normas y en realizar arreglos para evadirlas.

Las normas más detalladas tienden a ser más costosas para el gobierno de promulgar, para las personas de interpretar, y para los jueces y demás autoridades (policía, oficinas públicas, etc.) de aplicar e implementar. Los costos de interpretación privada serán incurridos únicamente si las partes tienen interés en hacerlo (por ejemplo, contratar a un abogado para que emita un dictamen jurídico sobre un tema o caso concreto). Por otro lado, los mandatos o normas más precisas generalmente resultarán en mejor comportamiento, ya que si el costo de determinar la sanción o efecto relevante es muy alto, las personas no se interesarán en conocer sobre las normas.

Para sugerir cómo debe determinarse cuándo sea deseable mayor precisión, el autor que resumimos señala diversos escenarios. Si tanto los costos de formulación como de adjudicación son bajos, tienden a ser deseables normas más precisas siempre y cuando el costo de las personas para obtener información no sean prohibitivamente altos. La existencia de altos gastos para cumplir con la ley no es una señal poco ambigua de que las normas sean excesivamente detalladas o complejas. Bajos gastos totales pueden indicar que pocos individuos se molestan en aprender los detalles de la ley, en cuyo caso cualquier costo ulterior de formulación o adjudicación será en su mayor parte un desperdicio. Altos gastos totales, en cambio, puede reflejar que muchos individuos contemplan acciones cuya deseabilidad depende del tipo de acto; en este caso, ahorrar costos de cumplimiento eliminando la precisión de la norma puede ser un error ya que se sacrificarán significativos beneficios de conducta. Asimismo, la inobservancia general no necesariamente indica que las reglas sean indebidamente complejas: siempre y cuando aquellos pocos para quienes las reglas son importantes sí se enteren de los detalles, los beneficios de la precisión serán logrados con poco costo en relación con los demás. En otro contexto, si los costos de información privada son bajos, pero el costo de diferenciar actos en la adjudicación es alto, puede o no ser deseable que haya normas más detalladas. Se puede incurrir en costos adicionales de adjudicación aún cuando el mayor detalle en la norma afecte únicamente el comportamiento de pocos individuos.

La precisión de las normas guarda relación directa con la certeza en la adjudicación. Al momento de actuar, los individuos serán inducidos a informarse sobre los detalles de su situación únicamente si, en una posterior adjudicación, su conducta será diferenciada de la de otros. Si, en cambio, los actos individuales serán asignados casi al azar a diferentes categorías legales, o si no se hará ningún esfuerzo para refinar la clasificación de los actos, la situación es muy parecida a si la norma misma no hiciera las distinciones refinadas para empezar. Un asunto central al evaluar estas cualidades de la adjudicación es el incentivo de las partes en litigio para realizar gastos en su propio beneficio: si a las partes libremente se les permite llevar a cabo ulteriores esfuerzos en un litigio, gastarán excesivamente debido a que los beneficios privados provenientes de influir favorablemente en el resultado excederán cualquier beneficio social que se derive de mayor exactitud en la aplicación de las normas.

### **C. Cambio en las normas: transición y retroactividad**

Las normas de transición, que incluyen la determinación sobre si una norma se ha de aplicar retroactivamente o no, se refiere no a la forma y contenido de normas sustantivas, sino al problema de cómo se ha de manejar el cambio legal. El cambio en la ley afectará positiva o negativamente los resultados de acciones previas. Siempre que exista incertidumbre sobre las políticas de gobierno (sobre reformas legislativas, nueva regulación o desregulación, decisiones

judiciales, prioridades de gasto público, expropiaciones, aranceles, etc.) la resolución de tal incertidumbre creará ganadores y perdedores. Un aspecto importante del problema de transición se refiere a la elección *ex ante* de actores privados bajo incertidumbre. La posibilidad de cambio legal afectará tanto los incentivos a la inversión como la imposición de riesgos, y éstos efectos incentivos y costos de asumir riesgos a su vez serán afectados por el hecho de si se prevé dar algún tipo de 'alivio' de transición.

Si las personas son de actitud neutral hacia el riesgo: supóngase que exista una probabilidad de cincuenta por ciento de un cambio legal adverso. Anticipando dicha posibilidad, y asumiendo por el momento que no habrá compensación, exención u otro alivio para aquellos que hayan invertido antes de la transición, las personas invertirán menos que lo que de otra forma harían. En cambio, suponiendo que se anticipa que habrá un completo alivio de transición (por ejemplo, compensación total), los inversionistas esperan un retorno positivo seguro, por lo cual probablemente invertirán más a que si no fuera a haber alivio: la probabilidad de dicho alivio induce a sobre-inversión ineficiente. Desde la perspectiva del inversionista, el riesgo de futuras acciones gubernamentales es similar a varios riesgos de mercado y riesgos naturales. Las decisiones privadas son eficientes cuando los actores soportan los costos y beneficios completos de sus acciones. El alivio de transición, entonces, no corrige una externalidad sino que la crea.

Para determinar cuándo es eficiente la aplicación retroactiva de un cambio legal, supóngase que un producto se prohíbe al descubrir que es peligroso, entonces es muy probable que la producción anterior del mismo también resultó en peligro. En ese caso, imponer responsabilidad retrospectiva tenderá a ser eficiente, para que los inversionistas *ex ante* hubieran tenido los incentivos adecuados para tomar en consideración el aspecto de seguridad al producir su bien. Generalizando: cuando el gobierno descubre nueva información sobre las condiciones que han existido desde hace mucho, con frecuencia será necesaria la aplicación retroactiva a fin de proveer los adecuados incentivos *ex ante*, pero cuando existe un cambio de circunstancias que hace indeseable el uso futuro sin afectar lo deseable de la conducta pasada, la retroactividad será ineficiente.

El alivio de transición es ineficiente aún cuando las personas tienen aversión al riesgo. En este caso, el alivio tiene la ventaja de reducir los costos de asumir riesgos. Pero arreglos privados (tales como propiedad diversificada, contratación de seguros, asignación contractual de riesgos, etc.) también están disponibles. Estos mecanismos tienen ventajas sistemáticas sobre el alivio de transición, ya que con frecuencia se implementan de tal forma que preservan incentivos total o parcialmente y, aun cuando el alivio de transición fuera sólo parcial, las personas tomarían acciones para mitigar aún más el riesgo. Tales acciones pueden empeorar sus incentivos, pero parte del costo resultante lo soportaría el gobierno. El alivio gubernamental contra riesgos creados por el gobierno tiende a ser ineficiente en relación con los incentivos a la inversión privada y la mitigación de riesgos.

El análisis anterior es más aplicable a las normas que regulan el comportamiento. En cambio, para las normas de aplicación supletoria (como las normas relativas a contratos que rigen en ausencia de disposición específica de las partes) el análisis es un tanto diferente. Si una norma supletoria es reformada, puede ser que la norma anterior deba regir los contratos preexistentes, pues las partes tal vez no pactaron algo específico en el contrato precisamente en virtud de que sabían que podían apoyarse en las normas supletorias. En cambio, si la norma supletoria se cambia porque nueva información sugiere que la mayoría de partes en un contrato tienen preferencias distintas que las que antes se consideraban, y que muchos contratos no contienen

disposiciones especiales al respecto simplemente porque era más costoso pactar lo específico, puede ser mejor aplicar la nueva norma supletoria a los contratos preexistentes.

También el análisis da por sentado que al existir un cambio legal, se asume que está bien concebido, y se pregunta cómo el alivio de transición afecta la conducta particular. Pero no se puede asumir que el gobierno siempre actúa en forma apropiada, y el alivio de transición puede afectar también la conducta gubernamental. Un argumento familiar es que el alivio de transición, particularmente el requerir una compensación, da al gobierno incentivos adecuados porque entonces el gobierno soporta el costo completo de sus acciones. Si puede asumirse que el gobierno siempre se comporta debidamente, entonces un régimen que niega compensación es mejor para los incentivos de los inversionistas afectados. Pero si no puede hacerse tal suposición sobre la conducta gubernamental, puede desearse atribuir responsabilidad al gobierno. A menos que algún tribunal pueda determinar cuándo el gobierno o los inversionistas se han comportado inadecuadamente, lo cual probablemente sea muy difícil en la mayoría de contextos de transición, debe reconocerse que cualquier solución será un compromiso: si se requiere algún alivio, pueden mejorar los incentivos del gobierno, pero empeorar los de los inversionistas.

El argumento anterior, sin embargo, es incompleto. La suposición implícita es que el gobierno, al igual que el inversionista privado, recibe los beneficios de sus acciones. Pero los beneficios de la mayor parte de acciones gubernamentales son recibidos por ciudadanos particulares. Así, hacer que la legislatura o una agencia de gobierno pague las pérdidas de transición cuando pocos si es que alguno de sus beneficios son recibidos directamente puede sistemáticamente sesgar decisiones contra cualquier cambio. De tal forma que, si requerir compensación haría mejor o peor el comportamiento del gobierno, depende de qué teorías sobre dicho comportamiento sean más acertadas, si son los beneficios o los costos los que están más concentrados, y otros factores.

## 6. Valores en el análisis económico del Derecho<sup>1053</sup>

Denis Brion, profesor de Derecho en la Universidad de Washington, realiza un análisis de lo que él identifica como valores subyacentes en las diversas corrientes y escuelas del análisis económico del Derecho, los cuales afirma que son de carácter heterogéneo y, además, que pueden aplicarse hacia una heterogeneidad de propósitos.

Para su exposición, Brion también parte de la distinción que ya hemos señalado entre el análisis económico *positivo* (que él denomina *descriptivo* o *explicativo*) y el *normativo* (al que se refiere como *prescriptivo*).

Para el análisis positivo o descriptivo, identifica dos grandes corrientes:

- La corriente principal, que se basa en cierto número de principios particulares, a saber:
  - La naturaleza humana se postula como el *homo economicus* interesado en sí mismo que busca maximizar su utilidad<sup>1054</sup>.

---

<sup>1053</sup> Cfr. Brion, Denis J. *Norms and Values in Law and Economics*. Páginas 1041 a 1054.

<sup>1054</sup> Ténganse en mente, al respecto, las aclaraciones que sobre el individualismo metodológico se han hecho anteriormente en este capítulo.

- El mercado es el paradigma de la interacción humana.
- El criterio de evaluación de la interacción humana es la eficiencia en la asignación de recursos para la actividad productiva.
- El modo general de análisis adopta el modelo estático de equilibrio de la microeconomía neoclásica, con la presunción tácita de una provisión relativamente fija de recursos a asignarse y de individuos participantes en la actividad de mercado, con propósitos y parámetros de utilidad también relativamente fijos y racionalmente ordenados (preferencias estables).
- El análisis institucional, en el cual:
  - Las instituciones y no el mercado son el entorno de actividad.
  - La acción humana es relacional e interdependiente.
  - Se plantea un proceso de constante evolución, en vez de un proceso tendiente al equilibrio.
  - Se describe la acción económica en términos de conflicto en vez de en términos de la resultante cooperación dentro de un modelo de mercado.
  - Las instituciones son el medio para controlar este conflicto inherente.
  - El criterio de evaluación es la eficacia de las instituciones para minimizar costos de transacción, sirviendo así para maximizar la riqueza.

En cuanto al análisis prescriptivo o normativo, el autor señala seis modelos, afirmando que en el entendimiento general, este análisis se ha identificado con la Escuela de Chicago, la cual a su vez no es en sí misma homogénea en cuanto a las prescripciones que ofrece ni a sus valores subyacentes. También, dentro de la corriente principal del análisis normativo, ubica a dos ramas de la Escuela de Chicago y el enfoque de Yale, de los cuales afirma que sus valores son mutuamente inconsistentes y, en consecuencia, caracteriza a esta corriente principal más como un debate que como un emprendimiento colectivo para refinar un modelo científico social uniforme bajo un conjunto de principios comunes.

- Un elemento sustancial de la Escuela de Chicago tiene como principios de los cuales procede:
  - La propiedad privada es un derecho que emerge espontáneamente a partir de las interacciones entre individuos debido a que la cooperación tiende a incrementar el bienestar individual. De esta manera, la propiedad privada ocupa un lugar primordial en el esquema de valores sociales.
  - El método preferido para la asignación de recursos es el mercado libre.
  - El papel del Estado se entiende que debe ser mínimo, principalmente limitado a la protección de derechos.

- La distribución de riqueza se determina de acuerdo a atributos individuales.
- El criterio principal de evaluación es la eficiencia Pareto.
- Los fundamentos filosóficos de este enfoque se basan en el individualismo:
  - La autonomía del individuo es el máximo valor político y social.
  - El arreglo social óptimo es el que establece la máxima libertad de acción individual.
  - Las instituciones públicas se limitan a la protección de la autonomía individual.
- Otro elemento de la Escuela de Chicago, principalmente identificado con el trabajo de Richard Posner, procede de un distinto conjunto de principios:
  - El bien más alto es la maximización de la riqueza social en conjunto.
  - Rechaza el concepto de derechos inherentes o naturales.
  - La acción del mercado se ve como un valor de segundo orden que sirve al fin primario de maximizar la riqueza social agregada.
  - La técnica analítica básica es el análisis de costo-beneficio.
  - Las instituciones colectivas tienen un papel sustancial en el logro de la maximización de riqueza.
  - La titularidad de los recursos es contingente, no un derecho protegido del individuo.
  - Los recursos deben ser dirigidos, sea por la acción del mercado o por la acción superviniente de instituciones colectivas, hacia el usuario más productivo.
  - La función del proceso judicial consiste en imitar al mercado en la solución de disputas. En consecuencia, el patrón de distribución de la riqueza es analíticamente irrelevante.
  - El criterio primordial de evaluación es la riqueza social agregada.
  - Esta corriente de la Escuela de Chicago se basa en valores jerárquicos.
- Un tercer elemento difundido, identificado con la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, tiene como principios subyacentes:
  - Rechaza el concepto de derechos naturales o inherentes.

- Se atribuye un papel sustancial a instituciones tanto públicas como privadas, pero con preponderancia al papel de las instituciones públicas.
- Las instituciones públicas son el entorno discursivo mediante el cual los valores primordiales de la sociedad se determinan.
- Los fines son de naturaleza colectiva en vez de individualista, por lo que también este enfoque es de carácter jerárquico, pero diferenciándose de la rama jerárquica de la Escuela de Chicago en dos aspectos:
  - Prefiere conceptos más cualitativos de utilidad para bienestar social en vez de medidas más cuantitativas de riqueza total.
  - Da gran relevancia al patrón de distribución de la riqueza en la determinación del bienestar social.

Entre los enfoques alternativos a la corriente principal del análisis prescriptivo, el autor menciona:

- Un enfoque nacido de los estudios críticos del Derecho (*critical legal studies*, a su vez una disciplina considerablemente heterogénea), según el cual:
  - Los valores se eligen en un entorno social.
  - El entorno adecuado para esta elección es la comunidad inmediata.
  - El Derecho debe promover las tendencias altruistas y cooperativas de la naturaleza humana por encima de sus tendencias de interés propio y competitividad.
  - La distribución de la riqueza debe tender hacia la igualdad.
  - El orden social es de naturaleza relacional, no jerárquica ni transaccional.
  - El determinante adecuado para el uso de la propiedad no es el interés propio de su titular sino los valores emergentes de la comunidad en que se ubica.
  - Se basa este enfoque en los valores de la comunidad o comunalidad.
  - Un ‘análisis económico social del Derecho’ (*Social Law and Economics*), similarmente basado en valores de comunalidad, enfatiza la distribución equitativa de riqueza, la garantía amplia de la dignidad humana, y la solidaridad.
- Aunque la mayor parte del trabajo de Posner se fundamenta en valores jerárquicos, también ha ofrecido explicaciones de la acción humana basadas en su concepto de bioeconomía:
  - La acción humana está determinada, movida por apetitos y atributos naturales imbuidos en la naturaleza humana.

- La acción humana es resultado del individuo que se ocupa en la maximización racional de la satisfacción de estos impulsos.
- Por postular que la acción humana está determinada, algunos han señalado que este enfoque conlleva una fuerte afinidad con la tradición del derecho natural.
  - Desborda el enfoque del presente trabajo indagar más sobre el concepto de bioeconomía y sobre cuál sea la ‘tradición del derecho natural’ a la que hace referencia Brion. Sin embargo, considero necesario advertir que, dado el trasfondo de determinismo que puede entreverse en la breve explicación que hemos traducido, cabe pensar que la supuesta afinidad es en relación con alguna variante del iusnaturalismo racionalista, ya que sería incompatible una visión determinista con la tradición iusnaturalista clásica que tanto enfatiza el libre albedrío. Además, quizá un estudio más detenido del tema nos llevaría a detectar en esta corriente (en la medida en que se considere vinculada con el iusnaturalismo) diversas manifestaciones de la ya comentada falacia iusnaturalista, pues al hablar de impulsos y apetitos parece estarse limitando a observar la naturaleza empírica del hombre.
- Una visión de liberalismo clásico se basa en:
  - Los dos valores primordiales de la libertad individual y la dignidad humana.
  - El mercado libre es una institución importante mediante la cual los individuos ejercen su derecho a la libertad.
  - El Estado desempeña un papel económico importante, protegiendo y fomentando la dignidad humana al proteger la titularidad de los individuos y mantener a éstos en la tenencia de un nivel mínimo de riqueza.
  - Combina valores derivados tanto de la individualidad como de la jerarquía.

Entre otros enfoques mixtos, Brion menciona a John Rawls, quien en su *A Theory of Justice* se basa en un fundamento individualista para su concepto de la prioridad de la libertad, mientras que la presunción a favor de una distribución igualitaria de la riqueza y el papel del Estado tanto para mantener un sistema de libertades como para intervenir en el patrón de distribución de riqueza, se basan en un fundamento jerarquista.

Por su parte, menciona también a Margaret Jane Radin, quien desarrolló un enfoque mixto mediante su concepto de ‘*property for personhood*’ (‘propiedad para la personalidad’): se basa en valores individualistas para afirmar que ciertos tipos de propiedad, por ser centrales a la definición del individuo, deben protegerse de enajenación privada y de expropiación pública. En cambio, se basa en valores comunitarios para afirmar que la definición de individuo (y por ende la determinación de qué propiedad tenga el nexo requerido con la personalidad) toma lugar en el proceso social.

### III. LA TEORÍA JURÍDICA DE FRIEDRICH A. HAYEK

Friedrich August von Hayek fue uno de los más destacados representantes de la Escuela Austriaca, a la vez que Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de su natal Viena. En tal virtud, y siendo que se le conoce y reconoce tanto por sus aportes a la ciencia económica como por sus ideas en los ámbitos jurídico y social, he considerado conveniente incluir una exposición general de sus enseñanzas en materia jurídica como último punto en este capítulo. Sin embargo, es preciso aclarar desde el inicio que la teoría jurídica de Hayek no es propiamente un análisis económico del Derecho en el sentido en que se ha expuesto anteriormente, sino algo más amplio: como bien indica Gabriel Zanotti, “hay un tema que se extiende a lo largo de todos los planteamientos de Hayek. Dicho tema es su tesis sobre el orden espontáneo (...). Con ocasión del debate sobre el cálculo económico, Hayek elabora con relativa claridad una teoría del mercado *como proceso* espontáneo (...). Lentamente, sin tenerlo deliberadamente pensado –conjeturamos–, Hayek comienza a tener una cosmovisión general de otros temas en función de esa ‘espontaneidad’ que había descubierto *con ocasión* de la teoría económica. Hay que aclarar, por ende, que **no es esta una visión de la economía que se extiende a otras áreas. Por el contrario, es una teoría del conocimiento, que a su vez fundamenta la teoría del orden espontáneo**, la que se elabora desde un caso particular de la misma: la economía. Por eso subrayamos *con ocasión de*, en contraposición a *como causa de*”<sup>1055</sup>.

En un capítulo posterior, tendremos ocasión de abordar más detenidamente esa teoría del conocimiento de la cual parte Hayek. La principal obra en la que Hayek articula sus posturas sobre el Derecho es *Law, Legislation and Liberty* (‘Derecho, Legislación y Libertad’), subtitulada ‘Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política’. Quizá la idea central en el planteamiento de Hayek sea su modo de concebir y entender la noción de *orden*<sup>1056</sup>, la cual, desde luego, es a su vez íntimamente vinculada con el Derecho. Hayek entiende por ‘orden’ “una situación en la que una multiplicidad de elementos de diverso género se hallan en tal relación unos con otros, que del conocimiento de alguna parte temporal o espacial del conjunto podemos aprender a formarnos expectativas sobre otras partes del mismo conjunto, o, por lo menos, expectativas con una buena posibilidad de resultar acertadas”<sup>1057</sup>. Hayek plantea la existencia de dos tipos de orden<sup>1058</sup>:

- Orden *construido*, para el cual usa el término griego *taxis*, que posee las siguientes características:
  - Es un arreglo exógeno, es decir, creado por fuerzas ajenas al sistema (un orden artificial).
  - Es una disposición deliberada realizada por alguien.
  - Sirve a los fines de su creador.

<sup>1055</sup> Zanotti, Gabriel J. Introducción Filosófica al Pensamiento de F.A. Hayek. Páginas 13 y 14. El énfasis en negrilla es mío.

<sup>1056</sup> Zanotti afirma que “debe aclararse cuál es el eje central de nuestra interpretación de Hayek. Para nosotros hay un tema que se extiende a lo largo de todos los planteamientos de Hayek. Dicho tema es su tesis sobre el orden espontáneo”. *Ibid.* Página 13.

<sup>1057</sup> Hayek, Friedrich A. Derecho, Legislación y Libertad. Página 58.

<sup>1058</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 59 a 62.



- Es un orden concreto, su existencia puede percibirse intuitivamente por simple observación.
- Es relativamente simple, o por lo menos limitado a grados tan moderados de complejidad que quien los ha creado está en condiciones de dominar.
- Orden *espontáneo* o, en término griego, *cosmos*, caracterizado por:
  - Es un equilibrio endógeno, que se forma desde dentro.
  - Es fruto de la acción de muchos hombres, pero no resultado de un proyecto humano (producto de acción humana, no de intención humana – carece de finalidad).
  - No se puede decir que tenga un objeto particular, si bien nuestra conciencia de su existencia puede ser extremadamente importante porque podemos perseguir con éxito una gran variedad de objetivos diferentes.
  - Es un orden abstracto, en el sentido de que no se impone a nuestros sentidos sino que debe ser descubierto por nuestra inteligencia: no se percibe intuitivamente, sino debe reconstruirse mentalmente rastreando las relaciones que existen entre los elementos. También es abstracto en cuanto que puede persistir aunque cambien todos los elementos que contiene e incluso el número de tales elementos: para preservarse sólo se necesita mantener cierta estructura de relaciones o que elementos de un cierto tipo sigan relacionados de determinada manera.
  - No es necesariamente complejo, pero puede alcanzar cualquier grado de complejidad.

La formación de órdenes espontáneos resulta del hecho de que sus elementos se ajustan a ciertas reglas en sus respuestas al entorno en que se encuentran. Las reglas o normas que determinan un orden espontáneo o *cosmos* son distintas de las que se precisan para regular una organización o *taxi*. En el orden espontáneo existen y operan normas sin que sean explícitamente conocidas por quienes las siguen. Sin embargo, no toda regularidad en el comportamiento de los elementos asegura un orden general, de donde se hace importante saber qué clase de reglas de conducta producirán un orden en la sociedad: la sociedad sólo puede existir si, mediante un proceso de selección, se han desarrollado reglas que conducen a los individuos a comportarse de tal modo que haga posible la vida social. Hayek explica que hay que distinguir entre el carácter espontáneo del orden resultante y el origen espontáneo de las reglas en que se basa: un orden espontáneo puede fundamentarse tanto en reglas que surgen en forma deliberada como no deliberada, o sólo en una clase de dichas reglas. La manifestación particular del orden y las reglas dependerá de las circunstancias concretas conocidas sólo por los individuos que respetan las reglas y las aplican a los hechos que sólo ellos conocen. Así, cobran particular interés las normas legales, por tratarse de normas que pueden ser modificadas deliberadamente<sup>1059</sup>.

---

<sup>1059</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 66 a 68.

Al tratar de las reglas de los órdenes espontáneos (*cosmos*) y de la organización (*taxis*), Hayek distingue entre, por un lado, reglas y, por otro, mandatos específicos mediante los cuales dirigen las acciones de individuos. Es muy importante en la teoría de Hayek la noción del conocimiento limitado y disperso (nadie puede conocer todo, nadie conoce todo): de aquí surge que, al utilizar reglas, se logra utilizar mejor el conocimiento disperso, ya que el que diera un mandato no conoce las circunstancias concretas en que actúa el destinatario del mandato, ni posee su mismo conocimiento y habilidad. Conforme más amplios y complejos son los grupos sociales, más se hace necesario basarse en reglas y no en mandatos específicos, hasta llegar a afirmar que un orden espontáneo debe necesariamente basarse sólo en reglas, pues cuanto más complejo es el orden a que se aspira, tanto mayor será la parte de las diversas acciones que deberá ser determinada por circunstancias que desconocen quienes dirigen todo el conjunto. Incluso en una organización, los mandatos sólo determinan funciones que debe desarrollar cada miembro, los fines a conseguir, y ciertos aspectos generales de los métodos a emplearse, dejando a cada individuo la decisión de los detalles sobre su respectivo conocimiento y habilidad.

Las reglas de organización siempre son subsidiarias de los mandatos, pues están dirigidas a conseguir objetivos asignados y presuponen que el puesto de cada individuo en una estructura fija está asignado imperativamente: sin la asignación de una función, y la determinación de los fines mediante mandatos particulares, la regla abstracta no es por sí misma suficiente para decir al individuo lo que debe hacer.

Las reglas de un orden espontáneo, en cambio, deben ser independientes de cualquier objetivo, y ser las mismas, si no para todos, al menos para enteras clases de miembros no designados individualmente. Deberán ser aplicables a un número desconocido e indeterminable de personas y situaciones. Así, las reglas generales del Derecho en que se basa un orden espontáneo tienden a un orden abstracto cuyo contenido particular o concreto no es conocido o previsto por nadie<sup>1060</sup>.

Las nociones de orden espontáneo y orden creado o deliberado, así como el hecho de que pueden existir tanto reglas de surgimiento espontáneo como reglas deliberadamente concebidas, sin que a su vez se encuentren necesariamente vinculados los tipos de orden resultantes con el origen de las reglas en que se basa, sirve de fundamento a Hayek para desarrollar su teoría jurídica. En este sentido, entiende legislación como “creación deliberada de normas”<sup>1061</sup>, mientras que el Derecho jamás ha sido inventado, entendiéndolo éste a su vez como “un conjunto de normas de conducta sancionables”<sup>1062</sup>. Vemos entonces que el análisis de Hayek, al tratar sobre el Derecho, se basará en una concepción objetiva del mismo como conjunto de normas, a la vez que haciendo referencia a la *vis coactiva* al definirlo en función de su carácter sancionable o coercible. Con esto, queda claro que el concepto de Derecho que Hayek toma para enunciar sus postulados supone e implica la existencia de límites para las conclusiones a las que pueda llegar<sup>1063</sup>, lo cual, sin ser algo negativo, debe tenerse en cuenta al momento de evaluar sus afirmaciones, para:

<sup>1060</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 71 a 75.

<sup>1061</sup> *Ibid.* Página 97.

<sup>1062</sup> *Ibid.* Página 98.

<sup>1063</sup> El mismo Hayek, al explicar los fundamentos teóricos que él aplica a su análisis, nos indica que “Todo modelo define una cierta gama de fenómenos que pueden ser producidos por el tipo de situación que él representa. Podemos no estar directamente en condiciones de confirmar que el mecanismo causal que determina el fenómeno en cuestión es el mismo que el del modelo. (...) La peculiaridad de estos tipos de modelos es que, puesto que tenemos que sacar deducciones de lo que sabemos de ciertos factores que contribuyen al fenómeno y no sabemos nada de otros, nuestras conclusiones y predicciones se referirán también sólo a algunas propiedades del fenómeno en cuestión (...). Rigurosamente hablando, como hemos visto, esto vale para todas las explicaciones, las predicciones y los modelos” (Hayek. *Grados de Explicación*, en *Estudios de Filosofía, Política y Economía*. Páginas 49 y 50) y que “Tales teorías

- No esperar de él cosas que su visión del Derecho simplemente no ofrece o no puede ofrecer, criticándole por considerar que se ha quedado corto.
- No extender el significado e importancia de sus postulados más allá de los límites que se hallan determinados por su misma visión del Derecho, atribuyéndole alcances que tampoco puede tener.

Es decir, ni por deficiencia ni por exceso debe desfigurarse la visión jurídica de Hayek y, en consecuencia, lanzarle elogios o ataques que no amerita. Esta advertencia nos será útil para mejor comprender y valorar el relevante aporte que este pensador hace al entendimiento de lo jurídico<sup>1064</sup>.

Hayek considera que el derecho jurisprudencial, como el *common law*, es necesariamente abstracto: a pesar de surgir de casos concretos, es abstracto porque, citando a Lord Mansfield, el *common law* “no consiste en casos particulares, sino en principios generales, que son ilustrados y explicados por esos casos”: es parte de la técnica del juez el que de los precedentes que le guían debe poder derivar reglas de significado universal que pueden aplicarse a nuevos casos. El juez para resolver debe considerar las expectativas razonables que tenían las partes al momento, por ejemplo, de contratar. Tales expectativas se basan en costumbres o reglas anteriores: en un litigio, la expectativa de por lo menos una de las partes ha quedado sin atender; el juez deberá decirles qué es lo que debería haber guiado sus expectativas, no porque alguien les hubiera dicho con antelación que siguieran aquella regla, sino porque tal era la costumbre que tenían que reconocer como consolidada. De esta forma, Hayek sostiene que el juez actúa como preservador de un orden previo que se ha visto perturbado, mientras que, para un gobernante que busca resultados particulares concretos, no será fácil emitir normas generales y abstractas, por estar acostumbrado a dar órdenes específicas y guiarse por las necesidades del momento. El hecho de que un legislador emita normas generales y abstractas responde, según Hayek, únicamente a que se han basado en el modelo de normas judiciales.

Sin embargo, a pesar de su visión claramente favorable al *common law*, Hayek no participa de la discusión airada entre derecho legislado y derecho judicial en los términos en que lo hacían, por ejemplo, Austin y Bentham; antes bien, Hayek afirma que “el desarrollo del derecho jurisprudencial es en cierto modo una vía de sentido único: cuando ya se ha recorrido un trecho considerable en una dirección, con frecuencia no es ya posible volver sobre los propios pasos al percatarse de que algunas consecuencias de las decisiones precedentes son patentemente indeseables. El que el derecho que así se ha desarrollado tenga ciertas propiedades deseables no prueba que será siempre un buen derecho, o que alguna de sus normas no pueda revelarse como muy inadecuada. Por lo tanto, no significa que se pueda prescindir totalmente de la

---

nos proporcionan esquemas ya listos, que nos dicen que, cuando observamos determinados tipos de fenómenos, debemos esperar otros determinados tipos, pero sólo éstos. Mostrarán su valor a través del modo en que hechos aislados que han sido descubiertos empezarán a tener sentido, ocuparán los *nichos* que la teoría ofrece y sólo éstos. En algunos aspectos, estas teorías pueden parecer poco más que esquemas de clasificación, esquemas que indican por anticipado sólo aquellos fenómenos o combinaciones de fenómenos que las teorías permiten que se produzcan. Indican la gama de fenómenos que es posible esperar” (*Ibid.* Página 52).

<sup>1064</sup> “La teoría del orden espontáneo está lejos de ser una respuesta omnisciente: eso sería contradictorio consigo misma. Pero tampoco deja absolutamente a oscuras estos interrogantes...”. Zanotti. *Ob. Cit.* Página 28.

legislación”<sup>1065</sup>. Otros motivos que Hayek invoca a favor de las ‘correcciones legislativas’ sobre el ‘derecho espontáneo’ son<sup>1066</sup>:

- “El proceso de desarrollo jurisprudencial del derecho es necesariamente gradual y puede resultar demasiado lento para poder adaptarse con la debida rapidez a circunstancias enteramente nuevas”.
- “No sólo es difícil sino también indeseable que las decisiones jurisprudenciales inviertan una tendencia ya consolidada y que ahora se descubre que produce consecuencias perniciosas y está francamente equivocada”.
- El juez en realidad no puede modificar el Derecho, o a lo sumo puede hacerlo sólo gradualmente: aunque se reconozca que otra norma distinta a la consolidada sea mejor o más justa, sería injusto aplicarla a hechos ocurridos cuando se consideraba válida una norma diferente. En tales casos, es mejor que la nueva norma se promulgue antes de ser aplicada y sólo a casos futuros.

Hayek denomina *nomos* a lo que considera la “ley de la libertad”, que identifica con el derecho de formación judicial o jurisprudencial; en cambio, llama *thesis* a la “ley de la legislación”, identificándola con el derecho legislado. En su teoría, el *nomos* constituye “normas de recta conducta”, mientras que el *thesis* se integra por “normas de organización”<sup>1067</sup>.

Al derecho tal como emerge del proceso jurisprudencial pertenecen necesariamente las siguientes propiedades<sup>1068</sup>:

- Está formado por reglas que gobiernan la conducta de los individuos en sus relaciones con los demás.
- Dichas reglas son aplicables a un número desconocido de casos futuros.
- Las reglas contienen prohibiciones que delimitan el ámbito protegido de cada persona o grupo organizado de personas.
- Estas reglas están concebidas para durar indefinidamente, aunque siempre sujetas a revisión a la luz de una consideración más atenta de sus interacciones con las demás reglas.
- Cada regla será válida sólo en cuanto parte de un sistema de reglas que se modifican mutuamente.
- Las reglas logran el efecto pretendido de asegurar la formación de un orden abstracto en la actividad humana sólo mediante su aplicación universal; su aplicación a un caso particular no puede decirse que tenga un objetivo específico distinto del que tiene el sistema normativo en su conjunto.

<sup>1065</sup> Hayek. Derecho, Legislación y Libertad. Página 116.

<sup>1066</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 116 y 117.

<sup>1067</sup> Cfr. *Ibid.* Primera Parte, Capítulos V y VI.

<sup>1068</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 153 y 154.

Las normas de recta conducta se diferencian de las normas de organización en lo siguiente:

- Las primeras derivan de las condiciones de un orden espontáneo que nadie ha creado; las segundas se proponen deliberadamente la creación de una organización orientada a alcanzar determinados objetivos.
- Las primeras son descubiertas, sea porque son la articulación de conductas ya observadas en la práctica o porque se las considera como un complemento necesario de las normas ya establecidas para que el orden que en ellas se basa pueda funcionar con fluidez y eficiencia.
- Por el contrario, las normas de organización son invención libre de la mente proyectiva del organizador.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Hayek identifica el *nomos* con el derecho privado, y el *thesis* con el derecho público, aunque “no se circunscribe Hayek a señalar que las normas del orden espontáneo coinciden con el concepto de Derecho privado y que las normas de las organizaciones deliberadamente creadas corresponden a la noción del Derecho público, sino a demostrar que la eficacia de éste depende de que el segundo no opere, por así decirlo, en sentido contrario al primero”<sup>1069</sup>. “En la realidad factual los órdenes sociales, los espontáneos y los deliberadamente creados, se entrecruzan y que las normas de los unos y de los otros no pueden separarse como en apartados estancos. Pero conceptualmente sí es factible considerarlos separadamente y, a ese efecto, puede decirse que la Constitución de los poderes del Estado y las normas del Derecho administrativo son, fundamentalmente, normas de organización (...). Pero, a raíz del surgimiento de doctrinas políticas, sociales y económicas, cuyo común denominador es el afán por corregir lo que se considera como aberraciones derivadas del comportamiento de los individuos, dejados a su libre albedrío, el Derecho público ha venido a entenderse como el instrumento idóneo para generar cierto estado de cosas que realizaría determinados ideales de justicia social (...). Las normas del Derecho público siempre inciden en el funcionamiento de los órdenes espontáneos de la sociedad. Puede incidir en el sentido de sustentar el funcionamiento de los órdenes espontáneos, o en sentido contrario”<sup>1070</sup>.

Para realizar un análisis más a fondo de la teoría jurídica de Hayek, podemos valernos de lo que postula la llamada ‘teoría tridimensional del Derecho’ o ‘tridimensionalismo jurídico’, según la cual el Derecho puede estudiarse bajo tres aspectos que conforman un fenómeno complejo y unitario: como norma (dimensión *normativa*), como hecho (dimensión *fáctica*), como valor (dimensión *valorativa* o *axiológica*). Podemos, desde esta perspectiva, tratar de formarnos una idea global sobre el carácter de la teoría jurídica de Hayek. (Los párrafos que siguen se encuentran en forma idéntica en una sección del capítulo siguiente, inmersos en el subtítulo sobre la desambiguación del concepto de ‘Derecho’; estimo necesario y útil transcribirlos íntegramente en ambas ubicaciones, perdonándome el lector la repetición).

Hayek, enmarcando al Derecho en su teoría del orden espontáneo, lo define desde la dimensión *normativa*: dice Hayek que “El derecho, entendido en el sentido de un conjunto de normas de

---

<sup>1069</sup> Mayora, Eduardo. *Iusnaturalismo y órdenes espontáneos*. Página 57; Cfr. Hayek. *Ob. Cit.* Páginas 69 a 75.

<sup>1070</sup> *Ibid.* Páginas 59 y 60.

conducta sancionables, es sin duda tan antiguo como la propia sociedad”<sup>1071</sup>. Hayek, a primera vista, no se mueve más allá de la dimensión normativa del Derecho, y toda la exposición que hace en el capítulo IV de ‘Derecho, Legislación y Libertad’, titulado ‘Cambios en el concepto de ley’, se encamina a examinar los caracteres de las normas, y cómo a lo largo de la historia se pasó desde un concepto del Derecho entendido como algo a ser descubierto y no creado por el hombre, hasta “la concepción del positivismo jurídico en su integridad, según la cual toda ley deriva de la voluntad de un legislador”, voluntad humana deliberada, la cual “es fruto de la falacia voluntarista típica del constructivismo”<sup>1072</sup>.

Sin embargo, me parece que en Hayek la dimensión normativa se presenta en cuanto el Derecho se erige en conjunto de normas luego de haber atravesado lo que Hayek denomina proceso de articulación de conductas: es en tal proceso que, como se ha expuesto, interviene el juez, y Hayek lo presenta como una observación de la realidad, basado en las costumbres generales que determinan las razonables expectativas de las partes que acuden al juez. En ese sentido, considero válido afirmar que, en esa fase previa a la articulación normativa, la noción de ‘Derecho’ que subyace en Hayek se ubica más bien en lo que, a la luz de la teoría tridimensional, sería la dimensión *fáctica*: el juez observa los hechos (dimensión fáctica), a partir de lo cual articula la conducta para formular la norma (dimensión normativa), pero ya en el estado fáctico o pre-articulado se trata de ‘Derecho’ en la concepción de Hayek: “estas reglas podrían no ser conocidas ni aún descubiertas, pues existe un largo camino entre el mero ‘saber cómo’ comportarse o ser capaz de reconocer que los actos de los demás se ajustan o no a una práctica aceptada, y poder formular verbalmente esas reglas”<sup>1073</sup>.

Por último, cabe preguntarse si existe alguna dimensión valorativa o axiológica en el planteamiento del Derecho según la teoría del orden espontáneo. Dice Hayek que “la importancia de las normas de conducta se debe al hecho de que la observancia de ciertos valores conduce a la formación de complejas estructuras fácticas, y que en ese sentido algunos hechos importantes dependen de la vigencia de valores que, sin embargo, no son mantenidos porque se sea conscientes de sus consecuencias prácticas. (...) A menudo se olvida que los hechos que se derivan de sostener ciertos valores no son aquellos a los que están ligados los valores que guían la acción de diversos individuos, sino un modelo que comprende las acciones de muchos individuos, un modelo que los agentes pueden desconocer y que ciertamente no era el objetivo de sus acciones. Pero preservar este orden emergente o modelo de relaciones que nadie se proponía crear, pero cuya existencia se reconoce como condición necesaria para poder alcanzar eficazmente una multitud de fines individuales, se considera a su vez un valor. (...) si esta situación se considera como un valor, ello significa que este valor sólo puede alcanzarse si la gente se guía en sus acciones por otros valores (las normas de conducta) que, dado el desconocimiento de sus funciones, hay que considerar como valores supremos. De este modo, el orden que de esta forma se produce es un valor que es el resultado no intencionado y no conocido de la observancia de otros valores. (...) Toda sugerencia sobre las modificaciones o mejoras que hay que aportar a un orden global tiene que tener en cuenta los valores que son indispensables para que ese orden exista, ya que sería de todo punto incoherente tratar de mejorar algún aspecto particular de ese orden y al mismo tiempo proponer unos medios que destruirían los valores sobre los que el mismo se basa”<sup>1074</sup>. Apunta también que “La libertad sólo puede preservarse

<sup>1071</sup> Hayek. *Ob. Cit.* Página 98.

<sup>1072</sup> *Ibid.* Página 99.

<sup>1073</sup> *Ibid.* Página 98.

<sup>1074</sup> *Ibid.* Páginas 141 a 143.

ateniéndose a ciertos principios, y se destruye siguiendo la mera conveniencia o eficacia”, subtítulo bajo el cual explica que “los beneficios de la civilización se basan en el uso de un conocimiento más amplio que el que pueda emplearse en cualquier esfuerzo deliberadamente concertado (...). Puesto que el valor de la libertad se basa en las oportunidades que proporciona para realizar acciones no previstas e impredecibles, raramente estamos en condiciones de apreciar lo que perdemos como consecuencia de una restricción particular de la libertad. (...) El hecho de que la libertad sólo pueda preservarse si se la considera como un principio supremo que en ningún caso debe sacrificarse por conveniencias particulares es algo que comprendieron perfectamente los grandes pensadores liberales del siglo XIX, uno de los cuales [Benjamín Constant] llega incluso a definir el liberalismo como ‘sistema de principios’”<sup>1075</sup>.

Al capítulo V de la obra en cita Hayek lo titula “Nomos: la ley de la libertad”, e inicia afirmando que “Debemos ahora tratar de describir más a fondo el carácter distintivo de aquellas normas de recta conducta que emergen de los esfuerzos de los jueces en la solución de los conflictos y que durante mucho tiempo proporcionaron el modelo que los legisladores trataron de emular. Ya hemos señalado que el ideal de la libertad individual parece haber florecido principalmente en aquellos pueblos en que, por lo menos durante largos periodos, prevaleció una ley hecha por los jueces”<sup>1076</sup>. En conclusión, pienso que Hayek en su visión del Derecho sí plantea una dimensión valorativa, la cual se identifica con su ideal de libertad individual, como ausencia de coacción arbitraria. Si el ‘objetivo’ o finalidad del Derecho es mantener un orden espontáneo como medio para la realización de los fines personales de cada individuo, y tales fines se alcanzan mejor en un marco de libertad individual que permite un mejor uso del conocimiento disperso, es claro que tal libertad se erige como el máximo valor que Hayek destaca en su concepción jurídica.

Sin embargo, también hemos visto que Hayek expone la relevancia de otros valores en el Derecho, aparte del valor supremo de la libertad que emerge de su planteamiento. Interesante resulta un párrafo en el que Hayek se refiere a un cuestionamiento en cierta forma cercano a lo que en Hervada hemos visto con la denominación de ‘falacia naturalista’: “Por supuesto, jamás se ha negado que la existencia de normas en un determinado grupo humano es un hecho. Lo que se ha cuestionado es el hecho de que de la circunstancia de que las normas son efectivamente obedecidas pueda deducirse que deban serlo. La conclusión es ciertamente posible, pero sólo si tácitamente se da por supuesto que se desea que el grupo siga existiendo. Ahora bien, si se desea esta continuación del grupo, o incluso se supone su ulterior existencia como entidad dotada de cierto orden, entonces se sigue que ciertas reglas de conducta (no necesariamente todas las que de hecho ahora se observan) deben seguir siendo seguidas por sus miembros”<sup>1077</sup>. Ahora bien, ¿qué criterios nos ayudarían a determinar si tal o cual norma debe seguirse observando? Hayek no ofrece respuestas, quizá porque espera que éstas surjan precisamente de la observación de la realidad de cada grupo social, quizá porque sus criterios van implícitos en el resto de sus enseñanzas, que no pasan de ser estudios políticos, sociales y económicos, los cuales –aún siendo de inestimable valor y agudeza intelectual– no dan el ‘salto’ para hacer planteamientos más profundos e importantes sobre el deber ser del Derecho, más allá de las consideraciones normativas y fácticas que ya se han resumido (recuérdese que incluso la dimensión valorativa de Hayek –sobre la libertad– podría interpretarse como basada en la observación –fáctica– de las consecuencias beneficiosas producidas por un sistema que tutela la libertad individual).

---

<sup>1075</sup> *Ibid.* Páginas 80 a 82.

<sup>1076</sup> *Ibid.* Página 123.

<sup>1077</sup> *Ibid.* Página 107.

Hayek hace referencia explícita a la falacia naturalista en la siguiente cita: “Nunca he pretendido defender lo que hoy se ha dado en llamar la falacia genética o naturalista. En modo alguno afirmo que el resultado de la selección de los hábitos de comportamiento tenga por qué ser siempre reputado ‘bueno’, al igual que nunca me atrevería a afirmar que otros entes que han conseguido superar con éxito la prueba de la evolución –por ejemplo, la especie de las cucarachas– tengan algún valor moral. Insisto, sin embargo, en que, nos guste o no, de no quedar condicionado nuestro comportamiento por las instituciones tradicionales a las que vengo haciendo referencia, nuestra actual civilización (inseparable a su vez de la sociedad extensa) quedaría privada de toda posibilidad de sobrevivir (mientras que el ‘desastre’ ecológico que significaría la extinción de las cucarachas en modo alguno afectaría de modo esencial al futuro de nuestra especie). Afirmo, igualmente, que si la humanidad se negara a asumir las mencionadas tradiciones –al impulso quizá de alguna errada apreciación (derivada probablemente de alguna falacia naturalista) acerca de lo que debe considerarse acorde con la razón–, condenará a la muerte y a la miseria a gran parte de la población actual. Sólo teniendo en cuenta esta situación podrá el individuo decidir lo que más le conviene, puesto que sólo entonces dispondrá de la requerida información sobre lo que es bueno y correcto. Aunque es indudable que no puede determinarse lo que es correcto a partir sólo de los simples hechos, ideas erróneas acerca de lo que es razonable y bueno pueden cambiar los hechos y circunstancias en que vivimos; puede destruir, quizá irremediablemente, no sólo el actual prototipo humano altamente evolucionado, sino también los sofisticados centros urbanos sobre los que normalmente descansa nuestra civilización, así como las obras de arte y edificios (que, como es sabido, tantas veces son las víctimas preferidas del furor destructivo del reformismo ideológico o utópico), las tradiciones, las instituciones y los esquemas de convivencia sin los cuales los frutos de la civilización a los que hoy estamos habituados no sólo no habrían llegado a aparecer, sino que incluso, de ser destruidos, tampoco sería posible reconstruir”<sup>1078</sup>.

Algunos, talvez –como se dice– ‘pidiéndole peras al olmo’, esperarían que Hayek hiciera planteamientos que su ‘estatuto epistemológico’ simplemente no ofrece, porque no se trata de los aspectos que él está interesado en examinar y, ante la falta de tales, lanzarían contra Hayek acusaciones fundadas más en sus propias expectativas insatisfechas que en el honesto proyecto intelectual de Hayek que, como obra humana, tiene desde luego sus limitaciones: quizá una de las mayores preocupaciones al leer a Hayek sea pensar que, tal y como plantea su visión del Derecho, deja espacio abierto al relativismo que tanto daño ha provocado en muchos ámbitos, entre ellos el jurídico. Pero el mismo Hayek ofrece una advertencia contra el relativismo, atribuyéndolo a interpretaciones erróneas de la teoría de la evolución y, al tratar el tema, hace referencia a los valores y la ética, con lo cual nos ofrece, siempre dentro de su misma visión, una postura que enlaza con lo tratado en los tres párrafos anteriores, permitiéndonos en cierto modo ‘cerrar’ nuestra exposición de la teoría de Hayek: “En la mayoría de los casos, las posturas relativistas sobre cuestiones de historia, cultura o ética derivan de interpretaciones erróneas de la ya considerada teoría evolucionista. Pero la conclusión básica según la cual toda nuestra civilización y todos los valores humanos son resultado de un largo proceso de evolución, en el curso del cual los valores, una vez que la actividad humana crea finalidades diversas, siguen cambiando, a la luz de nuestro conocimiento actual parece inevitable. Probablemente se pueda concluir que nuestros valores actuales existen solo como elementos de una determinada tradición cultural, y tienen significado sólo dentro de una cierta fase evolutiva más o menos larga, ya sea que dicha fase incluya algunos de nuestros antepasados pre-humanos, ya sea que esté limitada a ciertos periodos de la civilización humana. No tenemos motivos para atribuir a esos valores una

<sup>1078</sup> Hayek. *La Fatal Arrogancia*. Página 219.



existencia eterna más de los que tenemos para atribuirla a la propia raza humana. Existe, pues, sólo un posible sentido en el que legítimamente podemos considerar relativos los valores humanos y hablar de la posibilidad de su ulterior evolución. Pero esta visión general dista mucho de cuanto afirman el relativismo ético, cultural, histórico y la ética evolucionista. En una palabra, aunque sepamos que todos esos valores son relativos a algo, no sabemos a qué. Podemos señalar el tipo general de circunstancias que los hicieron lo que son, pero desconocemos las condiciones particulares a las que se deben los valores que poseemos, y no sabemos cuáles serían nuestros valores si las circunstancias hubieran sido diferentes. Muchas de las conclusiones ilegítimas son fruto de esa errónea interpretación que presenta la teoría evolucionista como la afirmación empírica de una tendencia. Apenas reconocemos que esa interpretación no nos ofrece nada más que un esquema de explicación que, si conociéramos todos los hechos que han actuado a lo largo de la historia, podría ser suficiente para explicarnos determinados fenómenos, resulta evidente que las pretensiones de las diversas clases de relativismo (y de ética evolucionista) carecen de fundamento. Aunque podamos decir con razón que nuestros valores están determinados por una clase de circunstancias definibles en términos generales, mientras no logremos establecer qué circunstancias particulares produjeron los valores existentes, o mientras no consigamos establecer cuáles serían nuestros valores en un determinado conjunto de circunstancias distintas, de esta afirmación no se sigue ninguna conclusión significativa. Conviene hacer una breve referencia a lo muy radicalmente opuestas que son las conclusiones prácticas que se derivan del mismo planteamiento evolucionista si se asume que podemos o no podemos en realidad conocer las circunstancias hasta el punto de sacar conclusiones específicas de nuestra teoría. Mientras la tesis de un conocimiento suficiente de los hechos concretos produce generalmente una especie de presunción intelectual que engañosamente hace creer que la razón puede juzgar todos los valores, la percepción de la imposibilidad de tal conocimiento completo induce a adoptar una actitud de humildad y respeto ante esa experiencia del género humano en su conjunto, de la que los valores y las instituciones de la sociedad existente son un precipitado”<sup>1079</sup>.

Queda abierta la cuestión de identificar tales valores de la sociedad existente, y cuestionarse si los cambios que parecen atravesar constituyen una legítima ‘evolución’ de los mismos, o bien peligrosos antivalores que de alguna manera amenazarían a la civilización: tal discusión exige la escucha de diversas voces, entre ellas ciertamente la del Derecho. También observa Hayek que “La tan discutida cuestión del ‘relativismo moral’ está, pues, claramente ligada al hecho de que todas las normas morales (y jurídicas) contribuyen a un orden fáctico que ningún particular tiene, en lo esencial, capacidad de cambiar. Porque dicho cambio exigiría cambios en las normas que observan los otros miembros de la sociedad, en parte de forma inconsciente o por puro hábito, y que, si hubiese de crearse una sociedad viable de un tipo diferente, tendrían que sustituirse por otras normas que nadie tiene poder para imponer. No cabe, pues, un sistema moral absoluto, independiente del tipo de orden en el que vive una persona, y la obligación que tenemos de respetar determinadas normas se deriva de los beneficios que debemos al orden en que vivimos. (...) Hay, indudablemente, numerosas formas de sociedades tribales o cerradas que se fundan en sistemas normativos muy diferentes. Lo único que aquí sostenemos es que tan sólo conocemos un tipo de dichos sistemas normativos, desde luego aún muy imperfecto y susceptible de bastante perfeccionamiento, que hace posible el tipo de sociedad abierta o ‘humanista’ en la que cada persona cuenta como tal y no sólo como un miembro de un grupo particular, y en la que pueden existir por tanto normas de conducta universales, que se aplican por igual a todos los seres humanos responsables. Sólo si aceptamos un orden universal tal como un objetivo, es decir, si queremos avanzar por la senda que caracteriza a la civilización occidental desde los antiguos

---

<sup>1079</sup> Hayek. *La Teoría de los Fenómenos Complejos*, en *Estudios de Filosofía, Política y Economía*, Páginas 78 a 80.

estoicos y el cristianismo, podremos argumentar que este sistema moral es superior a otros y, al mismo tiempo, intentar perfeccionarlo mediante una incesante crítica inmanente”<sup>1080</sup>.

Si bien es cierto que el Derecho, considerado como orden espontáneo, no puede decirse que responda a fines u objetivos concretos, él mismo afirma que, en cierto sentido, el Derecho sirve a la formación de un orden espontáneo, o es condición necesaria para la misma. Así, el ‘orden’ no se identifica con la obediencia a las normas en forma independiente del contenido y características de las mismas, sino que el orden al que sirve el Derecho consiste en hacer posible una cierta correspondencia entre las acciones de diferentes sujetos. Al discutir este punto, pone de relieve la importancia de la economía en la comprensión del Derecho, con lo cual se encuentra el enfoque que ha justificado tratar de la doctrina de Hayek en este capítulo: “Sólo si se reconoce claramente que el orden de las acciones es un estado de hecho, distinto de las normas que contribuyen a su formación, puede comprenderse que *un tal orden abstracto puede ser la finalidad de las normas de conducta*. Así, pues, comprender esta relación es una condición necesaria para comprender el derecho. Pero la función de explicar esta relación causal se ha confiado en los tiempos modernos a una disciplina que se ha apartado completamente del estudio del derecho y que, por lo general, es poco conocida por los estudiosos del derecho, lo mismo que el derecho es poco conocido por los estudiosos de la teoría económica. La demostración que hacen los economistas del hecho de que el mercado produce un orden espontáneo es considerada por la mayoría de los juristas con recelo, e incluso como un mito”<sup>1081</sup>.

La anterior cita nos da lugar a realizar unos comentarios con los cuales cerrar adecuadamente el capítulo. Se observa cómo Hayek habla de la importancia de la teoría económica para comprender el Derecho. Sin embargo, el énfasis no lo coloca necesariamente en la aplicación de teorías y herramientas de la economía a problemas jurídicos (que, como hemos visto, es el enfoque principal de lo que propiamente se denomina análisis económico del Derecho), sino más bien se concentra en la comprensión del proceso de mercado en cuanto orden espontáneo como punto de partida para mejor comprender otros órdenes de este tipo, entre ellos el Derecho: como bien recordaba Zanotti, citado al inicio de esta sección, el planteamiento de Hayek sobre el Derecho no es una visión económica trasladada al campo jurídico, sino la aplicación de una teoría del conocimiento y del orden de las acciones humanas que, habiendo sido descubierta mediante el estudio de la economía, puede de igual manera ser aplicada a otros ámbitos en la medida en que, en cuanto teoría, no se agota en uno de los temas concretos para cuya explicación puede aplicarse. El alejamiento de la disciplina económica del estudio del Derecho al que se refiere Hayek, claramente se ha ido superando desde la época en que nuestro autor hacía tal diagnóstico, como lo demuestra precisamente la exposición del desarrollo del análisis económico del Derecho que hemos resumido. No se olvide, sin embargo, que –al igual que Kerkmeester en la cita que encabeza el presente capítulo– también Hayek menciona la mutua ignorancia entre el Derecho y la economía, el desconocimiento del uno por parte de los estudiosos del otro, que constituye un obstáculo al enriquecimiento que ambas disciplinas pueden brindarse recíprocamente. Es de suma importancia, entonces, que la cooperación que la teoría económica pueda brindar a la comprensión del Derecho no se convierta en lo que algunos –con mayor o menor razón– han denominado ‘imperialismo económico’, menoscabando características y cualidades propias de lo jurídico. Sólo si se comprende que el análisis económico del Derecho sirve para coadyuvar al conocimiento de una realidad que de por sí es mucho más compleja que los aspectos que

---

<sup>1080</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Páginas 214 y 215.

<sup>1081</sup> Hayek. *Ob. Cit.* Página 145. El énfasis en itálica es del original.

constituyen el objeto propio de la ciencia económica, se estará en capacidad de que esta disciplina contribuya realmente a dicha mejor comprensión.



# **III**

## **PERENNE ACTUALIDAD DE LA TÉCNICA JURÍDICA DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO**



## VII

### DESAMBIGUACIÓN DE CONCEPTOS

*“The difficulty which we encounter is not merely the familiar fact that the current political terms are notoriously ambiguous or even that the same term often means nearly the opposite to different groups. There is the much more serious fact that the same word frequently appears to unite people who in fact believe in contradictory and irreconcilable ideals. Terms like ‘liberalism’ or ‘democracy’, ‘capitalism’ or ‘socialism’, today no longer stand for coherent systems of ideas. They have come to describe aggregations of quite heterogeneous principles and facts which historical accident has associated with these words but which have little in common beyond having been advocated at different times by the same people or even merely under the same name”.*

-Friedrich A. Hayek<sup>1082</sup>.

*“Ev’rybody’s talking about Bagism, Shagism, Dragism, Madism, Ragism, Tagism, Thisism, Thatism, ism, ism, ism... All we are saying is give peace a chance”.*

-John Lennon<sup>1083</sup>.

En el discurso académico, en el diálogo, en la discusión intelectual, o en la lectura de un texto, con frecuencia nos encontramos con términos que tienen o pueden entenderse en diversos significados, ya sea porque así los admitan, o porque diversos pensadores se los atribuyen, lo cual depende de varios factores: del contexto en que se utilicen, del trasfondo filosófico o ideológico de quien los utiliza, etc. Ello dificulta desde la comprensión de una lectura hasta el sano diálogo intelectual que, destinado a enriquecer el entendimiento humano, se torna casi imposible u hostil en virtud del desacuerdo en cuanto al significado de ciertos términos, lo que muchas veces ignoramos, lanzándonos a hablar de cosas que nuestros interlocutores no entienden en el mismo sentido que nosotros, y quizá nosotros mismos no hemos previamente reflexionado sobre nuestro modo de comprenderlos.

Popper afirma que “lo que debería interesarnos son las teorías, la verdad, los argumentos. Si tantos filósofos y científicos piensan todavía que los conceptos y los sistemas conceptuales (y sus problemas de significado, o el significado de las palabras) son comparables en importancia a las teorías y a los sistemas teóricos (y a los problemas de su veracidad, o al de la verdad de las declaraciones), entonces están sufriendo el mismo error principal que Platón. Porque los conceptos son, en parte, medios para formular teorías, y en parte, medios para resumir teorías. En cualquier caso, su significación es primordialmente instrumental, y siempre pueden sustituirse por otros conceptos”<sup>1084</sup>. Esto nos ayuda a formarnos una idea más adecuada de la importancia que tiene la claridad de conceptos en la discusión racional, ya que no se trata de buscar que un solo significado resulte el total y completamente adecuado a una palabra, sino más bien de

---

<sup>1082</sup> *Individualism and Economic Order*. Páginas 2 y 3. Desde luego que, en este estudio, nuestro enfoque no es sobre la política, sino sobre el Derecho, pero debemos examinar otros conceptos en virtud de que se vinculan con la experiencia jurídica y su conocimiento. Además, lo que dice Hayek en la cita de arriba sobre términos en política es perfectamente aplicable a términos en cualquier otra ciencia o disciplina, y en ese sentido es ilustrativo de los propósitos de este capítulo, siendo a su vez la idea general que deseo que el lector tenga en mente.

<sup>1083</sup> “Give Peace A Chance” (1969).

<sup>1084</sup> Popper, Karl. *Conocimiento: Subjetivo Contra Objetivo*, en *Escritos Selectos*. Páginas 79 y 80.

exponer las diversas teorías, explicaciones, nociones, etc., de que a veces se halla imbuida cada palabra, cada ‘concepto’, a fin de que nuestra reflexión no se convierta en una especie de ejercicio semántico, sino que sirva adecuadamente hacia una mejor aproximación a la verdad: en efecto, también Popper dice que “Los lenguajes humanos tienen en común con los lenguajes animales las dos funciones inferiores del lenguaje: 1) la autoexpresión y 2) la capacidad de enviar señales. (...) Las dos más importantes funciones de los lenguajes humanos son: 3) la función *descriptiva* y 4) la función *argumentativa*. Con la función descriptiva del lenguaje humano emerge la idea regulativa de *verdad*, es decir, de una descripción que se apega a los hechos. Otras ideas regulativas o evaluativas son: el contenido, el contenido de verdad y la verosimilitud. La función argumentativa del lenguaje humano presupone la función descriptiva: los argumentos son, fundamentalmente, acerca de descripciones; critican descripciones desde el punto de vista de las ideas regulativas de verdad, contenido y verosimilitud. (...) Sin el desarrollo de un lenguaje descriptivo exosomático –un lenguaje que, como una herramienta, se desarrolla fuera del cuerpo– *no puede haber objeto* de nuestra discusión crítica. (...) Es a este desarrollo de las funciones superiores del lenguaje al que debemos nuestra calidad de seres humanos, nuestra razón. Porque nuestros poderes de razonamiento no son sino poderes de argumentación crítica”<sup>1085</sup>. Asimismo, que “La adopción del racionalismo [crítico, según se explicará adelante] implica, además, que existe un medio de comunicación común, un lenguaje de razón común; establece una especie de obligación moral respecto a ese lenguaje, la obligación de conservar sus normas de claridad y de emplearlo de tal modo que retenga su función de vehículo de la argumentación”<sup>1086</sup>.

El presente capítulo se inserta principalmente en la finalidad introductoria-pedagógica de este trabajo, con miras de proveer a los lectores de un listado de conceptos relevantes cuyo esclarecimiento les resulte útil a lo largo de sus estudios de la noble carrera jurídica, sin ignorar que, por trascender muchos ellos del ámbito jurídico, su utilidad se puede extender a otros terrenos del saber. De igual manera será provechoso el contenido de este capítulo para sentar una base que permita tratar y comprender con mayor claridad lo que se planteará en los dos capítulos subsiguientes y últimos de la presente obra.

Para el efecto, nos basaremos en varias fuentes: desde el Diccionario de la Real Academia Española hasta diccionarios especializados de filosofía y otras materias, escritos de algunos pensadores, entre otras. Ciertamente hay muchos términos utilizados en la presente obra que requerirían esclarecimiento para hacerla accesible a un público lo más amplio posible, mas el propósito de este capítulo no es ofrecer un glosario ‘interno’ de nuestro trabajo, sino examinar conceptos que de alguna manera se relacionan con la filosofía del Derecho y con los temas que trataremos más adelante, que considero más útil y necesario aclarar. No precisaré necesariamente para cada concepto el sentido que deba adoptarse, precisamente porque algunos de ellos presentan diversidad de significados, no meramente por influjo ideológico, sino también porque es posible enfocarlos desde varios puntos de vista: estos aspectos se tratarán para cada concepto en específico. Los términos no se presentarán en sistematización alguna más allá de una sencilla ordenación alfabética, para facilitar su referencia.

Debido a que los conceptos examinados guardan, en mayor o menor grado, estrecha vinculación entre sí, es necesario aclarar que se presentan en apartados distintos a fin de favorecer el orden y claridad en la exposición, pero que el capítulo debe ser leído y comprendido como un todo: por ejemplo, al tratar de las nociones de ‘Derecho’, ‘Ley’, ‘Natural, Naturaleza’, ‘Moral’,

<sup>1085</sup> *Ibid.* Páginas 74 a 76. Las itálicas son del original.

<sup>1086</sup> Popper. *La Defensa del Racionalismo*, en *Escritos Selectos*. Página 47.



‘Positivismo’, o de ‘Libertad’ y ‘Liberalismo’, el lector encontrará párrafos que quizá parezcan corresponder mejor a otro apartado, o que cabría incluir en varios, pero que en aras de la exposición se han consignado donde he juzgado más conveniente; de ahí que el lector deba remitirse entre uno y otro, complementando entre sí lo que en cada apartado se explica.

## 1. Constructivismo y evolucionismo

En algunos de los conceptos que en este capítulo se presentan, una de las distinciones que hemos de ver implicará hacer referencia al constructivismo versus el evolucionismo. No es que todas las nociones a examinarse se subdividan según estas dos corrientes de pensamiento, y, en algunas, la distinción que atiende a estas dos tradiciones intelectuales es solamente una entre varias diferenciaciones que se pueden considerar en atención a otros criterios. Es Hayek quien principalmente hace referencia a estos temas, y en cuya obra el contraste entre las doctrinas o modos de ver que se derivan de cada una de ellas se presenta como un tema recurrente, a tal punto que se podría plantear que la consideración de evolucionismo frente a constructivismo es quizá el principal punto de partida en la obra y pensamiento de Hayek para diferenciar lo que ha sido como las dos principales o más influyentes corrientes de pensamiento en occidente durante los últimos siglos: así, Hayek utilizará la referencia a constructivismo versus evolucionismo para exponer dos tradiciones o conceptos de individualismo, de liberalismo, etc., con la consiguiente gama de doctrinas, opiniones, proposiciones e ideas que de cada una se origina. Conviene, entonces, exponer ahora las características principales de dicho enfoque, para que el lector las tenga en mente y pueda comprender mejor lo que en las siguientes páginas se explica.

Hayek presenta construcción y evolución como “dos formas de considerar la estructura de las actividades humanas que conducen a conclusiones muy diferentes en relación tanto con la explicación de las mismas como con las posibilidades de modificarlas deliberadamente”<sup>1087</sup>. Anteriormente hemos presentado distinciones y comparaciones, mas nunca en forma de ‘cuadro’; para el punto en cuestión, en cambio, sí me parece interesante presentar un cuadro comparativo de lo que Hayek afirma sobre cada corriente, para que tal visualización haga más fácil ver los profundos contrastes que señala<sup>1088</sup>:

<b>Constructivismo</b>	<b>Evolucionismo</b>
“Se basa en concepciones que se han revelado falsas, pero que resultan tan lisonjeras a la vanidad humana que han alcanzado gran influencia y son mantenidas constantemente incluso por gente que sabe que se trata de mera ficción, aunque crean que ésta es inofensiva”.	“Aunque pocos se atreven a cuestionar sus contenidos básicos cuando se formulan de manera abstracta, conduce en algunos aspectos a conclusiones tan poco gratas que pocos son los que se atreven a seguirlo hasta el final”.
“Nos proporciona la sensación de un poder ilimitado para realizar nuestros deseos”.	“Nos lleva a la convicción de que existen limitaciones en lo que deliberadamente podemos efectuar, y al reconocimiento de que algunas de nuestras actuales pretensiones son ilusorias”.
Su consecuencia “ha sido siempre que el	“Ha sido siempre el reconocimiento de los

<sup>1087</sup> Hayek, Friedrich A. Derecho, Legislación y Libertad. Página 25.

<sup>1088</sup> Todas las citas son tomadas de *Ibid.* Páginas 25 y 26. Véase también: Hayek. Clases de Racionalismo, en Estudios de Filosofía, Política y Economía. Páginas 135 a 151.

hombre ha limitado de hecho la esfera de lo que puede realizar”.	límites de lo posible lo que ha permitido al hombre hacer pleno uso de sus poderes”.
“Sostiene que las instituciones humanas sólo pueden servir a los objetivos del hombre si han sido deliberadamente diseñadas para estos fines, a menudo también que el hecho de que una institución exista es prueba de que ha sido creada para un fin, y siempre que hay que remodelar la sociedad y sus instituciones todos nuestros actos tienen que ser guiados por fines conocidos. Para la mayoría de la gente estas proposiciones parecen casi evidentes y su aceptación constituye la única actitud digna de un ser racional. Y, sin embargo, la subyacente idea de que toda institución positiva es fruto de previa intencionalidad, y de que sólo tal intencionalidad la hace o puede hacerla adecuada a nuestros propósitos, es errónea en gran medida”.	“Sostiene que el modelo de orden social que tanto ha incrementado la eficacia de la acción humana no se debía solamente a instituciones y prácticas inventadas o diseñadas para tal objetivo, sino que en gran medida respondía a un proceso en el que ciertos comportamientos que al principio fueron adoptados por otras razones, o incluso de manera puramente accidental, se conservaron porque permitían al grupo en que habían surgido prevalecer sobre otros grupos”.
“Esta opinión radica originariamente en una propensión profundamente arraigada en el pensamiento primitivo a interpretar toda regularidad observada en sentido antropomórfico y como resultado de la intención de una mente pensante. Pero justamente cuando el hombre estaba en vías de emanciparse de esta concepción ingenua, vino a reforzarla el apoyo de un influyente enfoque filosófico con el que se asoció estrechamente la pretensión de liberar a la mente humana de todo falso prejuicio, y que se convirtió en la concepción dominante de la Era de la Razón”.	“Lenta y gradualmente ha venido progresando desde la antigüedad, si bien durante algún tiempo ha quedado casi totalmente marginado por el mayor atractivo del enfoque constructivista (...). Desde su primer desarrollo sistemático en el siglo XVIII, esta concepción debió enfrentarse no sólo al antropomorfismo del pensamiento primitivo, sino también, y en mayor medida, al refuerzo que estas concepciones ingenuas recibieron de la nueva filosofía racionalista. En realidad, fue el desafío planteado por esta filosofía lo que condujo a la formulación explícita de la concepción basada en la evolución”.

Hayek aplica la denominación de *racionalismo constructivista* a la corriente comentada en la columna izquierda anterior. Ya esto requiere una breve aclaración: Hayek denomina racionalismo constructivista a la tradición filosófica de pensadores entre los que destacan Descartes, Hobbes y Rousseau. Brugger denomina *racionalismo gnoseológico* a la doctrina defendida especialmente por Descartes, Espinosa y la filosofía de la Ilustración. Se ve, entonces, que aún refiriéndose a la misma corriente, Hayek usa el término ‘constructivista’ para destacar o aludir a la característica del racionalismo cartesiano que enfatiza el diseño deliberado y la posibilidad de ‘construir’ la sociedad con base en él, mientras que Brugger le apellida ‘gnoseológico’ por estudiar principalmente los postulados cartesianos en cuanto al modo de conocer y el criterio de verdad. Brugger también usa el término *racionalismo clásico* para referirse a esta tendencia, y Hayek

emplea además el de *racionalismo cartesiano*. Brugger menciona además otros tipos de racionalismo<sup>1089</sup>:

- Racionalismo *teológico*: no es otro tipo de racionalismo, sino más bien la aplicación del racionalismo cartesiano al ámbito de la teología. Juzga la fe y la revelación a la medida de la razón puramente humana, no admitiendo nada que rebase sus fronteras.
- Racionalismo *ético*: así como el racionalismo gnoseológico menoscaba el conocimiento sensorial frente al entendimiento, así el racionalismo ético perjudica a la voluntad y a las fuerzas emocionales, afirmando que sólo el conocimiento y la ciencia del bien son lo decisivo para la conducta moral. Su representante típico, según Brugger, es Sócrates.
- Racionalismo *crítico*: aun teniendo el mismo nombre de ‘racionalismo’, el racionalismo crítico en realidad es opuesto al racionalismo cartesiano. Según el racionalismo crítico, los enunciados de la ciencia no pueden demostrarse ni verificarse; se proponen, más bien, como hipótesis y se mantienen mientras no se muestre su falsedad. Su principal exponente es Karl Popper, y el mismo Hayek es en alguna medida seguidor del racionalismo crítico<sup>1090</sup>.

Karl Popper, movido “a examinar más detenidamente las pretensiones de un racionalismo excesivo y abogar por un racionalismo autocrítico y modesto que reconozca tener ciertas limitaciones”<sup>1091</sup>, distingue dos posiciones racionalistas:

- “El racionalismo acrítico o total puede describirse como la actitud de la persona que dice: ‘No estoy dispuesto a aceptar nada que no pueda defenderse por medio del argumento o de la experiencia’. También podemos expresarlo en la forma del principio según el cual toda suposición que no pueda apoyarse, ya sea en la argumentación o en la experiencia, tiene que descartarse. Digo ‘descartarse’ para abarcar los puntos de vista siguientes:
  - Que tal suposición sería falsa.
  - Que sería acientífica (o impermisible), aunque quizá resultara accidentalmente verdadera.
  - Que sería ‘carente de sentido o sin significado’.

En este punto es fácil darse cuenta que este principio de un racionalismo acrítico es incongruente, dado que como a su vez no puede apoyarse en argumentos válidos o en la experiencia, implica que tendría que ser descartado. (...) El racionalismo acrítico es, por tanto, lógicamente insostenible, y puesto que un argumento puramente lógico puede demostrarlo, es posible derrotarlo con la misma arma que ha elegido: el argumento”<sup>1092</sup>.

<sup>1089</sup> Cfr. Brugger. *Ob. Cit.* Páginas 461 y 462.

<sup>1090</sup> Cfr. Zanotti. *Ob. Cit.* Capítulos III y IV; y varias referencias del mismo Hayek, como la contenida en *Ob. Cit.* Página 26, nota al pie 1.

<sup>1091</sup> Popper, Karl. *La Defensa del Racionalismo*, en *Escritos Selectos*. Página 33.

<sup>1092</sup> *Ibid.* Páginas 33 y 34.

- “El racionalismo crítico (...) con su hincapié en la argumentación y la experimentación, con su lema: ‘es posible que yo esté en el error, y acaso tú estés en lo correcto, en lo cierto; y si ambos hacemos un esfuerzo, quizá podamos acercarnos más a la verdad’ (...). Está muy ligada a la idea de que todo el mundo está expuesto a cometer errores, los cuales puede detectar la persona misma que los comete, u otras personas, o la persona misma con la ayuda de la crítica de otras personas. Por tanto, propone la idea de que nadie debería ser su propio juez, y también sugiere la idea de la imparcialidad. (...) Su fe en la razón es una fe, no sólo en nuestra propia razón, sino también –e incluso en mayor medida– en la de otros. Así, un racionalista, aun si se cree intelectualmente superior a otros, rechazará toda pretensión de ser una autoridad, pues sabe perfectamente que, si su inteligencia es superior a la de otros (lo cual sería para él muy difícil de juzgar), lo es únicamente en tanto sea capaz de aprender de la crítica, así como de los errores propios y de los ajenos, y que sólo podemos aprender en esta forma si tomamos en serio a los otros y sus argumentos”<sup>1093</sup>.

Vemos que el término ‘racionalismo’ se utiliza incluso para corrientes opuestas entre sí, de las cuales Hayek es acérrimo opositor de una y seguidor de la otra, y que una misma corriente recibe nombres diversos como ‘racionalismo constructivista’, ‘cartesiano’, ‘clásico’ o ‘gnoseológico’. También advierte Brugger que algunos autores utilizan ‘racionalismo’ como sinónimo de ‘intelectualismo’, aclarando que no deben confundirse los términos, siendo que este último se refiere a una situación preeminente de la razón y del espíritu sin limitación a lo específicamente humano del concepto y del pensar discursivo<sup>1094</sup>: refiérase el lector a lo explicado sobre intelectualismo y voluntarismo en el capítulo IV de este trabajo, y en tal virtud es posible encontrar autores que llamen ‘racionalistas’ a pensadores como Aristóteles o Santo Tomás de Aquino, sin que desde luego ello constituya ubicarlos en la tradición cartesiana. Hayek añade que “Los aspectos de la tradición cartesiana que hemos calificado de constructivismo se designan también a menudo simplemente como racionalismo, lo cual puede también generar confusión. Por ejemplo, se ha hecho habitual referirse a los primeros críticos de esta tradición, especialmente a Bernard Mandeville y David Hume, como anti-racionalistas, y ello ha provocado la impresión de que estos ‘anti-racionalistas’ estuvieron menos interesados en sacar eficaz partido de la razón que quienes reivindicaban para sí especialmente el nombre de racionalistas. Lo cierto, en cambio, es que los llamados anti-racionalistas insistían en el hecho de que para dar a la razón la mayor eficacia posible se necesita tener en cuenta los límites de los poderes de la razón consciente, y reconocer que podemos servirnos de procesos de los que no somos conscientes –consideración de la que carece el racionalismo constructivista. Por tanto, si racionalismo significa tratar de buscar la mayor eficacia posible de la razón, también yo soy racionalista. Si, en cambio, con este término se pretende indicar que la razón consciente debe determinar toda acción particular, yo no soy racionalista, y considero ese racionalismo muy poco racional. Seguramente, una de las tareas de la razón consiste en decidir hasta dónde debe llegar el control, o en qué medida ese control puede la razón confiarle a otras fuerzas que no puede controlar completamente. Por lo tanto, en relación con esto, es preferible no distinguir entre ‘racionalismo’ y ‘anti-racionalismo’, sino entre racionalismo constructivista y racionalismo evolucionista, o, en palabras de Karl Popper, entre racionalismo ingenuo y racionalismo crítico”<sup>1095</sup>.

<sup>1093</sup> *Ibid.* Páginas 45 y 46.

<sup>1094</sup> Cfr. Brugger. *Ob. Cit.* Página 316.

<sup>1095</sup> Hayek. *Ob. Cit.* Página 51.

Hayek, tratando sobre lo que llama ‘los dogmas del racionalismo cartesiano’, señala los siguientes<sup>1096</sup>:

- La ‘duda metódica’ induce a no aceptar como verdad lo que no pueda derivarse lógicamente de premisas ‘claras y distintas’. La característica dominante del movimiento cartesiano es el rechazo como ‘mera opinión’ de todo aquello cuya verdad no puede demostrarse según los criterios racionalistas. En lo jurídico, esto lleva a privar de validez toda norma de conducta que no pueda justificarse a partir de premisas claras y distintas, es decir, quedan como superstición irracional las normas basadas en, por ejemplo, la tradición.
  - “Descartes utiliza la duda para eliminar los conocimientos meramente probables o verosímiles y hacer pie en lo evidente. Lo evidente es lo que no puede ponerse en duda, como la famosa proposición ‘pienso, luego soy’. ¿Qué hay en esta proposición que me obliga a aceptarla como verdadera?, se pregunta Descartes en la cuarta parte del *Discurso*: ‘No hay nada que me asegure que digo la verdad, sino que veo muy claramente que para pensar es preciso ser’. Es decir, que lo evidente, o sea, lo claro y distinto, elimina toda posibilidad de duda”<sup>1097</sup>.
- Dado que la razón se define como deducción lógica derivada de premisas explícitas, la acción racional significa sólo las acciones en cuanto determinadas totalmente por una verdad conocida y demostrable.
- En consecuencia, las instituciones y prácticas que no han sido diseñadas de esta manera sólo accidentalmente pueden resultar beneficiosas. Tal postura conduce a atribuir el origen de todas las instituciones culturales al diseño deliberado: un ejemplo de esto son las teorías que fijan el origen de la sociedad en un ‘contrato social’ que, aunque no siempre pretendían ser una exposición histórica de lo que realmente pasó, se planteaban como criterio para decidir si las instituciones existentes debían o no ser aprobadas como racionales.

Descartes presenta así los cuatro preceptos de su método<sup>1098</sup>:

- El primer precepto, que consta de dos partes:
  - Primero, el principio de la evidencia como criterio de verdad: “No admitir jamás como verdad cosa alguna sin conocer con evidencia que lo era”.

Risieri Frondizi, en sus notas a la edición del ‘Discurso del Método’ que utilizo como referencia, señala como caracteres de la evidencia:

- Se opone a la probabilidad y a la verosimilitud. Descartes no admite ningún grado válido intermedio entre la certidumbre absoluta y la ignorancia. Descartes escribe que “Toda ciencia es un conocimiento cierto

<sup>1096</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 27 a 30.

<sup>1097</sup> Frondizi, Risieri. Nota 42 a la Segunda Parte en Descartes, René. *Discurso del Método*. Página 143.

<sup>1098</sup> Cfr. y citas tomadas, salvo indicación distinta, de Descartes, René. *Discurso del Método*. Segunda Parte. Páginas 82 y 83.

y evidente. (...) Por la presente regla rechazamos todos los conocimientos tan sólo probables, y establecemos que no se debe dar asentimiento sino a los perfectamente conocidos y respecto de los cuales no cabe dudar”<sup>1099</sup>.

- Se define por los caracteres esenciales de claridad y distinción<sup>1100</sup>.
  - “Llamo conocimiento claro al que se presenta de un modo manifiesto a un espíritu atento”<sup>1101</sup>.
  - “Entiendo por conocimiento distinto el que es tan preciso y tan diferente de todos los demás que sólo comprende lo que manifiestamente aparece al que lo considera como es debido”<sup>1102</sup>.
- Segundo, las condiciones necesarias para lograr la evidencia: “evitar cuidadosamente la precipitación y la prevención y no comprender, en mis juicios, nada más que lo que se presentase a mi espíritu tan clara y distintamente que no tuviese motivo alguno para ponerlo en duda”.
  - “La precipitación consiste en aceptar como verdadero lo que aún no es evidente, estos es, claro y distinto”<sup>1103</sup>.
  - “La prevención es el vicio opuesto a la precipitación. Consiste en negarse a aceptar una idea a pesar de ser clara y distinta”<sup>1104</sup>.
- “Dividir cada una de las dificultades que examinare en tantas partes como fuese posible y en cuantas requiriese su mejor solución”.
- “Conducir ordenadamente mis pensamientos, comenzando por los objetos más simples y más fáciles de conocer, para ir ascendiendo poco a poco, como por grados, hasta el conocimiento de los más compuestos; y suponiendo un orden aun entre aquellos que no se preceden naturalmente unos a otros”.
  - “Será *simple* una idea que precede a otra en el orden de la deducción. Los objeto más simples son los que Descartes llama *naturalezas simples*, que son elementos indivisibles y que constituyen el último término del conocimiento. Escribe Descartes en las *Reglas*: ‘Sólo llamamos simples aquellas cuyo conocimiento es tan claro y distinto que no pueden ser divididas por la mente en varias cuyo conocimiento sea más distinto’”<sup>1105</sup>.
- “Hacer en todo enumeraciones tan completas y revisiones tan generales que estuviera seguro de no omitir nada”.

<sup>1099</sup> Cfr. Frondizi. Notas 36 y 37 a la Segunda Parte en Descartes. *Ob. Cit.* Página 141.

<sup>1100</sup> Cfr. *Ibid.*

<sup>1101</sup> Descartes, citado por Frondizi en *Ibid.* Página 142, nota 40.

<sup>1102</sup> Descartes, citado por Frondizi en *Ibid.* Página 142, nota 41.

<sup>1103</sup> Frondizi. *Ibid.* Página 142, nota 38.

<sup>1104</sup> Frondizi. *Ibid.* Página 142, nota 39.

<sup>1105</sup> Frondizi. *Ibid.* Página 143, nota 47.

Por su parte, al tratar del racionalismo gnoseológico, apunta Brugger que “La disgregación de la síntesis aristotélico-escolástica de alma y cuerpo, iniciada en el nominalismo tardío, y la consiguiente separación entre conocimiento sensorial e intelectual, llevó a Descartes a la doctrina de las ideas innatas. Pero si los conceptos no debían obtenerse de la experiencia por abstracción e inducción, sino que en el fondo eran de la misma especie que las ideas creadoras de Dios, había de resultar posible con el auxilio de aquéllos un tratamiento apriorístico-deductivo de todas las ciencias. Esta concepción del racionalismo se vio corroborada por el ideal científico de la matemática, que por entonces cautivaba a los espíritus, según el cual todo conocimiento cierto es consecuencia necesaria de principios necesarios y a priori del entendimiento. Para el racionalismo la única fuente del conocimiento humano es la razón. Las sensaciones no pasan de ser *ideas confusas*. (...) El racionalismo gnoseológico no hace justicia a la totalidad del conocimiento humano, que es indebidamente restringido por él en dos aspectos: primero, no reconociendo la substantividad del conocimiento sensorial y, en consecuencia, haciendo degenerar el conocimiento conceptual en vacío formalismo, a lo cual va ligada la falta de comprensión histórica frecuentemente señalada en el racionalismo; segundo, limitando, a pesar de la aparente aproximación de los conceptos humanos a las ideas divinas, el conocimiento racional al modo específicamente humano del pensar discursivo-conceptual y convirtiendo esta limitación en norma suprema de todo conocer y de todo ser”<sup>1106</sup>.

Dice Popper que “La actitud racionalista se caracteriza por la importancia que atribuye al argumento (la discusión) y a la experiencia. Pero ni la argumentación ni la experiencia pueden establecer la actitud racionalista; pues sólo quienes estén dispuestos a considerar la argumentación o la experiencia, y que por tanto ya han adoptado esta actitud, serán convencidos por la argumentación y por la experimentación. En otras palabras, si cualquier argumentación o experiencia ha de ser eficaz, debe adoptarse primero una actitud racionalista y, por tanto, la actitud racionalista no puede basarse en el argumento o la experimentación. (Y esta consideración es muy independiente de si existen o no argumentos racionales convincentes que favorezcan la adopción de la actitud racionalista). Hemos de concluir de esto que ningún argumento racional tendrá un efecto racional en un hombre que no desee adoptar una actitud racional. Por consiguiente, un racionalismo total es insostenible. Pero esto significa que quien adopte la actitud racionalista lo hace así porque ya ha adoptado, consciente o inconscientemente, alguna proposición, o decisión, o creencia, o conducta; adopción que puede llamarse ‘irracional’. Ya sea que esta adopción sea provisional o conduzca a un hábito establecido, podemos describirla como una irracional *fe en la razón*. (...) el racionalismo crítico, que reconoce el hecho de que la actitud racionalista fundamental resulta (al menos provisoriamente) de un acto de fe, de fe en la razón”<sup>1107</sup>. Sobre la elección entre un racionalismo crítico y un irracionalismo (un rechazo de esa moderada fe en la razón que reconoce sus propios límites), afirma el autor que “La elección que se nos presenta no es simplemente un asunto intelectual, ni cuestión de gusto. Constituye una decisión moral. Porque la cuestión de si adoptamos alguna forma más o menos radical de irracionalismo, o de si adoptamos esa mínima concesión al irracionalismo al que he llamado ‘racionalismo crítico’, afectará profundamente toda nuestra actitud hacia los demás seres humanos, y hacia los problemas de la vida social. El racionalismo está estrechamente vinculado a la creencia en la unidad de la humanidad. El irracionalismo, que no está obligado a seguir ninguna regla de congruencia, puede combinarse con cualquier clase de creencia, incluso en la fraternidad de todos los hombres; pero el hecho de que puede combinarse fácilmente con una creencia muy diferente, y especialmente el hecho de que se presta fácilmente a apoyar la

<sup>1106</sup> Brugger. *Ob. Cit.* Páginas 461 y 462.

<sup>1107</sup> Popper. *Ob. Cit.* Páginas 36 a 38.

romántica creencia en la existencia de un cuerpo social elegido, en la división de los hombres en líderes y dirigidos, en amos naturales y esclavos naturales, demuestra claramente que hay una decisión moral implícita en la elección entre el irracionalismo y el racionalismo crítico”<sup>1108</sup>.

Pasando al tema del evolucionismo, Hayek explica que parte de la percepción de que existe una formación de pautas regulares en las relaciones humanas que no son resultado de un proyecto consciente de las acciones humanas. Entre sus exponentes nombra a Bernard Mandeville, David Hume, Adam Smith, Adam Ferguson, Edmund Burke, entre otros. El evolucionismo, según Hayek, recibió gran impulso de las escuelas históricas de lingüística y Derecho, citando como uno de sus principales autores a F.C. von Savigny. Hayek aclara algunos malentendidos en torno al concepto de evolución<sup>1109</sup>:

- No se trata de un concepto que las ciencias sociales han tomado de la biología. Por el contrario, fue Darwin quien aplicó a la biología un concepto en gran medida tomado de las ciencias sociales<sup>1110</sup>: fue la discusión de ciertas formaciones sociales como el lenguaje y la moral, el derecho y el dinero, lo que permitió en el siglo XVIII formular claramente los paralelos conceptos de evolución y formación espontánea de un orden.
  - La desconfianza hacia el concepto de evolución en las ciencias sociales proviene del ‘darwinismo social’ que algunos pensadores del siglo XIX introdujeron. Sin embargo, “existen diferencias importantes entre la manera en que el proceso de selección natural actúa en la transmisión cultural que conduce a la formación de las instituciones sociales y la forma en que lo hace en la selección de las características biológicas innatas y en su transmisión a través de la herencia fisiológica. El error del ‘darwinismo social’ consistió en centrar la atención en la selección de los individuos más bien que en la de las instituciones y de las costumbres, así como en la selección de las capacidades innatas de los individuos más bien que en las transmitidas culturalmente”<sup>1111</sup>.
- La teoría de la evolución no se basa en el descubrimiento de ‘leyes de la evolución’. A lo sumo, se puede hablar de leyes de evolución en un sentido especial de la palabra ‘ley’, que no debe entenderse como una secuencia necesaria de estadios o fases particulares por los que el proceso de evolución debe pasar y que por extrapolación conduciría a predecir el futuro curso de la evolución. La teoría de la evolución sólo aporta la descripción de un proceso cuyos resultados dependen de un conjunto muy amplio de hechos particulares, demasiado numerosos para poder ser enteramente conocidos, lo cual no permite predecir el futuro. En consecuencia, señala Hayek que debemos limitarnos a ‘explicaciones de

<sup>1108</sup> *Ibid.* Página 39.

<sup>1109</sup> Véase, además de lo que sigue: Hayek. La Teoría de los Fenómenos Complejos, en Estudios de Filosofía, Política y Economía. Páginas 70 a 73.

<sup>1110</sup> “...debemos despejar el campo de un malentendido bastante común acerca de sus contenidos. Con frecuencia se ha presentado como si consistiera en un postulado sobre la sucesión de especies particulares de organismos que mutaban gradualmente uno en otro. Pero esta no es la teoría de la evolución, sino una aplicación de la teoría a sucesos particulares que han tenido lugar sobre la tierra durante los últimos dos mil millones de años. La mayor parte de las aplicaciones incorrectas de la teoría evolucionista (en particular en la antropología y en las demás ciencias sociales) y sus diversos abusos (por ejemplo, en la ética) se deben a esta errónea interpretación de su contenido. (...) La concepción básica de la teoría es sumamente simple, y sólo en su aplicación a circunstancias concretas se manifiesta su extraordinaria fertilidad y la gama de fenómenos que puede explicar”. Hayek. La Teoría de los Fenómenos Complejos. Páginas 70 y 71.

<sup>1111</sup> Hayek. Ob. Cit. Página 45.



principio' o predicciones que sólo permiten fijar el modelo abstracto que el proceso de evolución seguirá en el futuro.

- Las pretendidas leyes de la evolución nada tienen que ver con la auténtica teoría de la evolución que pretende dar cuenta del proceso: derivan, más bien, de las concepciones del historicismo de Comte, Hegel y Marx, que plantean la necesidad de una evolución en 'fases' o 'etapas' predeterminadas.

Queda vista la distinción y contrastes que Hayek presenta entre el evolucionismo y el constructivismo (racionalismo constructivista, y demás nombres que se le aplican). Hemos, además, presentado comentarios y descripciones de otros autores sobre el racionalismo cartesiano, incluyendo los postulados del mismo René Descartes, para ampliar nuestra visión y comprensión de él. Como se dijo, la antítesis evolucionismo-constructivismo está explícitamente señalada por Hayek en forma constante en la mayoría de sus obras, y sobre ella fundamenta su exposición de los distintos enfoques con que se abordan los cuestionamientos sociales, políticos, económicos, jurídicos, etc., siendo, en efecto, las dos corrientes de pensamiento que más han influido sobre dichos temas en los recientes siglos. Por eso, dado que Hayek será una de nuestras principales referencias para el presente capítulo, es conveniente que el lector tenga en mente lo que se ha expuesto en este primer apartado, a la vez que recordar el enfoque concreto sobre el que Hayek proyecta su análisis: él se enfoca en la manera en que cada una de las tradiciones intelectuales mencionadas estudian y comprenden la sociedad y su funcionamiento, especialmente en cuanto a la formación y naturaleza de las instituciones sociales y jurídicas, así como su relación con la acción humana y el uso del conocimiento en la sociedad. Es decir, se limita a estudiar aspectos de teoría política, e incluso el Derecho lo estudia en esa dimensión política y social.

Del distinto aspecto que cada autor enfatiza en sus reflexiones surgen a su vez diversas distinciones y categorías que proponen como resultado de las mismas: así, por ejemplo, al tratar sobre el liberalismo, Hayek planteará la existencia de un liberalismo evolucionista (inglés o clásico) y un liberalismo constructivista (continental o racionalista), basado en lo que se ha expuesto sobre la manera en que cada corriente considera el origen y funcionamiento de las instituciones sociales y jurídicas, mientras que Ratzinger nos hablará de una corriente anglosajona y otra radical, basándose más en la concepción que cada una tiene de la libertad y la razón, aspectos que Hayek desde luego también aborda, pero en una perspectiva un tanto diferente, como se verá en su momento. Ambas distinciones coinciden en algunos aspectos (como lo que podríamos llamar la 'ubicación geográfica' de las corrientes: Inglaterra y el continente europeo; o los pensadores principales que representan cada una), pero difieren en cuanto al contenido que les atribuyen: Hayek dirá que los pensadores del liberalismo evolucionista se inspiraron más en la tradición de la *common law* inglesa que en el derecho natural<sup>1112</sup>, mientras Ratzinger destacará la tendencia hacia el iusnaturalismo presente en la corriente anglosajona, aspecto que coincide en señalar Edgar Bodenheimer refiriéndose a autores como Locke y Montesquieu<sup>1113</sup>; también Ratzinger y Bodenheimer presentan la teoría política de la separación de poderes y la democracia constitucional como aspectos principales de lo que Ratzinger llama corriente anglosajona, mientras que Hayek atribuye tales puntos más al liberalismo continental. ¿Están dando distintos nombres a unas mismas corrientes de pensamiento y, al atribuirles contenidos y características diversas, alguno estará menos equivocado que otro?, o bien ¿están

<sup>1112</sup> Cfr. Hayek. Ob. Cit. Página 42.

<sup>1113</sup> Cft. Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho. Páginas 172 a 180.

tratando de temas distintos, y proponiendo categorías conceptuales para designar realidades diferentes, aún cuando en algunas líneas generales puedan éstas coincidir? La respuesta a estos cuestionamientos desborda los propósitos de nuestro estudio<sup>1114</sup>, e incluso del presente capítulo (por referirse ya a temas más concretos, más allá de la exposición general que en él buscamos), pero he querido hacer mención de esto porque este es precisamente el tipo de cuestionamientos que uno debe plantearse al emprender la noble y fascinante aventura del conocimiento, cuestionamientos que el presente capítulo suscitará en el lector, y para cuya resolución y esclarecimiento busca proveer algunas herramientas o puntos de partida.

## 2. Derecho

¿Qué es el Derecho? He ahí una pregunta que el hombre se ha planteado durante siglos, y a la cual ha ofrecido una amplia diversidad de respuestas. Al estudiante de la noble carrera, ya desde el primer semestre en cursos como Introducción al Derecho se le pide que enuncie un concepto antes de iniciar el estudio de la materia, como luego de haber estudiado algunas de las principales nociones y discusiones en torno al tema. Nuestro Decano el Dr. Milton Argueta dedica su tesis doctoral precisamente a este tema, y afirma que “Se han escrito muchas páginas y se han dictado innumerables conferencias tratando de formular la respuesta [a la pregunta ‘¿Y qué es Derecho?’], pero ¿se ha dado alguna que sea universalmente aceptada? Es decir ¿existe un concepto unívoco de *Derecho*? ¿O es, como decía el filósofo, que todo depende de donde se mira? La proliferación de distintas escuelas de pensamiento jurídico pareciera sustentar esta última aseveración. Si bien el común denominador de todas ellas es que su estudio es el *Derecho*, cabría preguntarse si entienden lo mismo por *Derecho*. La respuesta a esta última interrogante determinará la posibilidad de responder si existe un concepto unívoco de *Derecho*. A lo largo de las siguientes páginas se pretenderá demostrar que tal concepto universal no existe. Respecto de las cuatro escuelas estudiadas en él, no es posible formular un concepto de *Derecho* que comunique a todos lo mismo”<sup>1115</sup>. Así, las interrogantes que plantea el citado autor son: “¿Es posible formular un concepto unívoco del Derecho? o ¿El concepto de Derecho estará determinado por el origen y la finalidad que se acepten respecto del mismo?”<sup>1116</sup>.

Veamos primero las acepciones de ‘derecho’ que recoge el Diccionario de la Real Academia Española (citamos sólo las relevantes a nuestra materia): “Justo, legítimo. | Facultad del ser humano para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida. | Facultad de hacer o

<sup>1114</sup> A mi entender, un esbozo de posible respuesta sería la siguiente: Hayek analiza concretamente doctrinas políticas liberales, Ratzinger aborda el aspecto más general de diversas nociones de libertad y sus consecuencias en el pensamiento político, y Bodenheimer se ocupa específicamente de la escuela moderna del derecho natural (a la cual, por cierto, él llama ‘escuela clásica del derecho natural’, en clara divergencia con la terminología de otros autores, como la de Hervada que adoptamos en el capítulo IV: he ahí otro ejemplo de un término, si no necesariamente ambiguo, por lo menos utilizado en sentido completamente distinto por algunos autores). El diferente punto de vista o fines de la reflexión les llevan, entonces, a plantear categorías conceptuales diversas, las cuales en algunos aspectos coinciden porque, históricamente, las ideas que examinan se han manifestado en forma vinculada, o han tenido algún grado de recíproca influencia, en algunos pensadores, corrientes o subcorrientes intelectuales, etc. Un ejemplo de ello es que Ratzinger coloca el marxismo como una consecuencia o variante de lo que llama corriente radical, mientras que jamás podría considerarse tal sistema de pensamiento como una doctrina política liberal al modo en que lo examina Hayek y, no obstante ello, también el mismo Hayek trata en diversas obras sobre cómo el racionalismo constructivista y el liberalismo continental llegan a dar lugar a postulados de índole socialista. Quizás sea que, tanto los pensadores mencionados como las corrientes en el ejemplo dado, llegan a un mismo ‘lugar’, o por lo menos a una misma ‘región’, aunque por caminos distintos, o caminos que en algún punto convergen o tienen ‘veredas’ que los interconectan.

<sup>1115</sup> Argueta. *Ob. Cit.* Páginas 1 y 2.

<sup>1116</sup> *Ibid.* Página 27.

exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella. | Consecuencia natural del estado de una persona, o de sus relaciones con respecto a otras. | Acción que se tiene sobre una persona o sobre una cosa. | Justicia, razón. | Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva. | Ciencia que estudia estos principios y preceptos. | Facultad que abraza el estudio del derecho en sus diferentes órdenes”<sup>1117</sup>.

El Dr. Argueta afirma que no existe un concepto unívoco de Derecho, decantándose por responder en sentido afirmativo a la segunda de las interrogantes que plantea, es decir, afirma que el concepto de Derecho está determinado por el origen y la finalidad que se acepten respecto del mismo. Expone asimismo que no sólo es imposible formular un concepto unívoco de Derecho entre las cuatro corrientes que él analiza (iusnaturalismo, iuspositivismo, orden espontáneo o

<sup>1117</sup> También el Diccionario contiene, entre otras, las definiciones siguientes: “**Derecho administrativo**: Parte del ordenamiento jurídico, que regula la Administración Pública, su organización y sus servicios, así como sus relaciones con los ciudadanos”; “**Derecho adquirido**: El creado al amparo de una legislación y que merece respeto de las posteriores”; “**Derecho canónico**: Conjunto de normas jurídicas promulgadas o reconocidas por los órganos eclesiásticos competentes que determinan la organización de la Iglesia y regulan la vida de los fieles católicos en cuanto corresponde al fuero externo, de acuerdo con los fines propios de la institución eclesial”; “**Derecho cesáreo**: derecho civil”; “**Derecho civil**: El que regula las relaciones privadas de los ciudadanos entre sí. | Derecho romano”; “**Derecho común**: Derecho civil”; “**Derecho comunal**: Derecho de gentes”; “**Derecho constitucional**: El derivado de la Constitución”; “**Derecho consuetudinario**: El introducido por la costumbre”; “**Derecho criminal**: Derecho penal”; “**Derecho de acrecer**: Derecho de uno o varios coherederos o colegatarios a la porción o parte de la herencia a la que otro u otros renuncian o no pueden adquirir”; “**Derecho de autor**: El que la ley reconoce al autor de una obra para participar en los beneficios que produzca su publicación, ejecución o reproducción, y que alcanza, en algunos casos, a los ejecutantes e intérpretes”; “**Derecho de avería**: En el comercio de varios países ultramarinos, cierto repartimiento o gabela impuesto sobre los mercaderes o las mercancías, y el ramo de renta compuesto de este repartimiento y derecho”; “**Derecho de cerramiento**: Facultad de todo propietario de inmuebles de cerrar estos”; “**Derecho de ejecución**: El de autor que corresponde a los ejecutantes o intérpretes de obras musicales o literarias”; “**Derecho de gentes**: Derecho natural que los romanos admitían entre todos los hombres, a diferencia del que era peculiar de sus ciudadanos. | Derecho internacional”; “**Derecho de rectificación**: El que concede o reconoce la ley de imprenta a la persona aludida expresamente en un periódico para contestar desde este a las alusiones que se le hayan dirigido”; “**Derecho divino**: El que procede directamente de Dios, o por ley natural, o por medio de la Revelación”; “**Derecho escrito**: Ley escrita y promulgada, a diferencia de la establecida por tradición y costumbre”; “**Derecho internacional**: El que regula las relaciones entre los Estados”; “**Derecho mercantil**: El que especialmente regula las relaciones que conciernen a las personas, los lugares, los contratos y los actos del comercio terrestre y marítimo”; “**Derecho municipal**: El que regula el régimen de los concejos o municipios, como corporaciones y en relación con los vecindarios respectivos”; “**Derecho natural**: Conjunto de primeros principios de lo justo y de lo injusto, inspirador por la naturaleza y que como ideal trata de realizar el derecho positivo”; “**Derecho no escrito**: Derecho consuetudinario”; “**Derecho penal**: El que establece y regula la reprensión o castigo de los crímenes o delitos, por medio de la imposición de penas”; “**Derecho personal**: El que relaciona entre sí los sujetos y no está atribuido a las personas sobre las cosas”; “**Derecho político**: El que regula el orden y funcionamiento de los poderes del Estado y sus relaciones con los ciudadanos”; “**Derecho positivo**: El establecido por las leyes vigentes”; “**Derecho procesal**: El relativo a los procedimientos civiles y criminales”; “**Derecho público**: El que tiene por objeto regular el orden general del Estado y sus relaciones, ya con los súbditos, ya con los demás Estados”; “**Derecho real**: El que se tiene sobre las cosas”; “**Derecho subsidiario**: El que se aplica en defecto de otra norma”; “**Derechos civiles**: Derechos fundamentales”; “**Derechos fundamentales**: Los que, por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, suelen ser recogidos por las constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior”; “**Derechos humanos**: Especialmente en el ámbito internacional, derechos fundamentales”; “**Conforme a derecho**: Conforme a la norma aplicable”; “**Dar derecho**: Hacer justicia, desagraviar”; “**De derecho**: con arreglo a derecho. | Utilizado para indicar lo que es legítimo en comparación con lo que existe meramente, pero con abstracción de esta cualidad. Se contrapone a *de hecho*”; “**Estar alguien a derecho**: Estar conforme a derecho”; “**Estar alguien en su derecho**: tener derecho”; “**Hacer derecho**: Estar a derecho u obrar con justicia”; “**Usar alguien de su derecho**: Utilizar las facultades que la norma le otorga. | Ejercer su libertad lícitamente en cualquier línea”.

doctrina de Hayek, análisis económico), sino que incluso cada corriente alberga subdivisiones o escuelas que a su vez ofrecen distintos conceptos de Derecho. El análisis efectuado por el Dr. Argueta consiste en estudiar cada una de las corrientes de pensamiento que presenta, indagando si es posible encontrar un concepto unívoco de Derecho que pueda formularse a partir de ellas; es decir, no estudia definiciones de autores concretos (aunque, desde luego, hace citas y referencias en cuanto se encuadran en alguna de las escuelas analizadas), sino que busca identificar y abstraer de todas ellas elementos que sean comunes u homogéneos de tal suerte que puedan considerarse indicativos de una universalidad en el concepto de Derecho. Por eso resulta interesante y útil iniciar este apartado haciendo referencia a dicho trabajo, ya que en él su autor ha querido descubrir las nociones más generales posibles de ‘Derecho’, agrupándolas en cuatro categorías amplias, al mismo tiempo sin olvidar la gran diversidad que incluso en cada categoría puede hallarse (y es esto, precisamente, la principal dificultad que el autor señala en su trabajo, y uno de los motivos que le llevan a afirmar que resulta probada su tesis en cuanto a la inexistencia de un concepto unívoco de Derecho). Así, una vez vista esta aproximación a lo más generalizado en cuanto al concepto de Derecho, pasaremos luego a exponer otras definiciones de autores específicos. A continuación sintetizo a modo de esquema las conclusiones del Dr. Argueta:

- **Iusnaturalismo:** “no es posible formular un concepto de Derecho por sí mismo, que fuera distinto o mas bien, independiente, del de Derecho Natural. Según se ve, lo que es el Derecho y para qué sirve está en función del Derecho Natural y así lo estará también el concepto que lo explique. Para el iusnaturalismo entonces el Derecho es el Derecho Natural y no pudiendo formularse un concepto unívoco de Derecho Natural, tampoco puede formularse un concepto unívoco del Derecho *a secas*”<sup>1118</sup>.
  - **Dualismo:** existen “dos ordenamientos jurídicos opuestos y que incluso pueden llegar a ser contradictorios uno respecto del otro: el Derecho Natural y el Derecho Positivo”<sup>1119</sup>. “...a lo largo de las incidencias del Derecho Natural en el tiempo, se ha mantenido que el mismo sirve como una especie de marco de referencia para el Derecho Positivo, entendiéndose esto en el sentido que éste es elaborado en forma congruente con los principios de aquél”<sup>1120</sup>. “..existen dos clases de ‘derecho’, de las cuáles, una, el Derecho Positivo, está supeditada a la otra, la que se encuentra en un plano superior, la constituida por el Derecho Natural”<sup>1121</sup>.
  - **Monismo:** “el Derecho es solo uno, un solo sistema jurídico compuesto por dos áreas: el Derecho Natural y el Derecho Positivo”<sup>1122</sup>. “Para quienes sostienen el criterio monista, la idea del marco de referencia es substituida por la de ‘núcleo básico’ o fundamental de cada sistema de Derecho”<sup>1123</sup>. “...no existe referencia externa hacia un plano superior, sino mas bien interna; las directrices de ‘la

<sup>1118</sup> Argueta. *Ob. Cit.* Páginas 29 y 30. Las divergencias en la noción de Derecho Natural a las que alude el Dr. Argueta las expone en la sección subtitulada “Nociones comunes” en su obra, que ya hemos citado y comentado en el capítulo IV de este trabajo; refiérase el lector a ellas, y al resto de la exposición y comentarios sobre el iusnaturalismo que en dicho capítulo hemos presentado.

<sup>1119</sup> *Ibid.* Página 27.

<sup>1120</sup> *Ibid.* Página 28.

<sup>1121</sup> *Ibid.* Página 29.

<sup>1122</sup> *Ibid.* Página 28. Apunta también el Dr. Argueta que “la idea del monismo, aunque obviamente en sentido contrario, es la que sustenta Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho*”, es decir, que el derecho es solo uno: el derecho positivo.

<sup>1123</sup> *Ibid.* Página 28.

*justicia*, *'lo justo'* y *'el acto justo'* radican en el fuero interno del Derecho, constituyen su esencia o núcleo fundante”<sup>1124</sup>.

- **Iuspositivismo:** “Si el Estado es el único creador de Derecho, una respuesta muy amplia sería que el Derecho es la creación del Estado. ¿Toda creación? O mas bien ¿Cualquier creación? No; la connotación jurídica la brinda el *'empaquetado'* de la creación: el aspecto formal de la norma. En tal sentido, para el positivismo jurídico el Derecho es una norma”<sup>1125</sup>. Sin embargo, plantea el autor una divergencia en cuanto al origen y finalidad se refieren:
  - **Positivismo jurídico clásico:** “En el positivismo jurídico *clásico* se estimó que la no consideración de valores de ninguna índole garantizaban la certeza o seguridad jurídica”<sup>1126</sup>. “...si se es partidario del positivismo jurídico *clásico* el Derecho realiza la certeza o seguridad jurídica mediante el logro de la *justicia legal*”<sup>1127</sup>.
  - **Neopositivismo:** “Las escuelas *neopositivistas* con su alejamiento del normativismo y la inclusión de aspectos metajurídicos en sus consideraciones ya no permiten seguir sosteniendo estos criterios”<sup>1128</sup>. “...si se es partidario del *neopositivismo* el Derecho pueden tender a la realización de valores, obviamente precedidos por una noción totalmente distinta a la de la *justicia legal*: la de la *justicia ideal*. Con ello, el iusnaturalismo parece recuperar terreno”<sup>1129</sup>.
- **Orden espontáneo o teoría de Hayek:** “Dentro de la concepción del orden espontáneo, el Derecho es una parte del sistema normativo sobre el que el primero descansa. Como tal, se compone también de normas de conducta. Sin embargo, éstas se diferencian de cualesquiera otras normas de conducta que también integran el sistema normativo, en virtud del protagonista del proceso espontáneo de su gestación y del motivo por el que el proceso se implementa. Si bien todas las normas de conducta son el resultado de un proceso espontáneo de selección a través del la implementación de un mecanismo de prueba y error, las normas de conducta que integran el Derecho se caracterizan porque ese proceso lo lleva a cabo un Juez con ocasión de resolver un conflicto que ha perturbado el orden espontáneo”<sup>1130</sup>.

En cuanto a la finalidad del Derecho, el Dr. Argueta propone “considerar que para Hayek, y aunque no lo exprese así, el Derecho tiene un fin mediato y un fin inmediato”<sup>1131</sup>, para aclarar lo que considera “una aparente contradicción”<sup>1132</sup> en el pensamiento de Hayek:

- “El *fin mediato* sería la conservación del orden espontáneo”<sup>1133</sup>.

<sup>1124</sup> *Ibid.* Página 29.

<sup>1125</sup> *Ibid.* Página 76.

<sup>1126</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1127</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1128</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1129</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1130</sup> *Ibid.* Páginas 125 y 126.

<sup>1131</sup> *Ibid.* Página 123.

<sup>1132</sup> *Ibid.* Página 122.

<sup>1133</sup> *Ibid.* Página 123. El énfasis en negrilla es mío.

- “...y el *fin inmediato* sería servir de medio para la realización de los personales fines de cada individuo mediante la protección de sus legítimas expectativas”<sup>1134</sup>.

“...ni el orden espontáneo ni las normas de conducta (de las cuales el Derecho forma parte) persiguen por sí mismos fines particulares; mas bien, a través de un esquema general, promueven la consecución de fines particulares, dejando la tarea de conseguirlos a cada quién. Pero el orden general únicamente subsiste si se fundamenta en normas generales de conducta, de las cuáles el Derecho forma parte”<sup>1135</sup>.

- **Análisis Económico:** “El Análisis Económico del Derecho no es una Filosofía del Derecho; su objetivo no es estudiar ni discernir sobre la esencia y naturaleza del Derecho para arribar a una conclusión sobre lo que es. Su objetivo es otro; es proponer una forma de analizarlo en su función de *moderador* de las relaciones entre individuos. Como disciplina, no entra a discutir qué es el Derecho; parte de algo ya dado, precisamente el Derecho, para proponer una nueva forma de analizarlo. [...] Así pues, el Derecho es una información más a disposición del individuo, pudiendo en determinado momento ser o no ser un incentivo para actuar (...). En mi opinión, concebir al Derecho como información puede ser considerado como algo común entre las escuelas Positivista y Normativa [del Análisis Económico]: en el primer caso, informa lo que pasa al actuar; en el segundo caso, corrige, informando qué debería de pasar. El Derecho, entonces, es información susceptible de ser analizada económicamente”<sup>1136</sup>. En cuanto a la finalidad del Derecho, el autor distingue entre dos planteamientos:
  - **Escuela Positivista:** “Para la Escuela Positivista, el Derecho debe ser un incentivo para actuar, es decir, debe de formar parte de la información que aliente al individuo a actuar para lograr su mayor beneficio y en tal sentido, su función es la de facilitar la internalización de las externalidades, la de reducir los costos de transacción y la de hacer eficaz el sistema de contratos. El Derecho sirve entonces como un medio para lograr la máxima eficiencia en la asignación de recursos a través de transacciones voluntarias”<sup>1137</sup>.
  - **Escuela Normativa:** “la Escuela Normativista no considera la eficiencia como el único objetivo a lograr y, confiriéndole una mayor relevancia a las imperfecciones del mercado, considera que el Derecho es el medio a través del cual se pueden corregir esas imperfecciones, ya sea para buscar una solución que simule ser la que hubiera alcanzado el mercado, o para proponer otras soluciones, todo depende de la corriente de que se trate dentro de esta escuela en un momento determinado”<sup>1138</sup>.

Ya hemos visto en anteriores capítulos el concepto de Derecho según la concepción del realismo jurídico, que a continuación volvemos a transcribir: “¿Qué es, pues, *lo justo*? Es el precio pagado, la parte proporcional de bienes con que uno contribuye, etc., esto es, la *cosa*”<sup>1139</sup> que uno debe dar

<sup>1134</sup> *Loc. Cit.* El énfasis en negrilla es mío.

<sup>1135</sup> *Ibid.* Páginas 123 y 124.

<sup>1136</sup> *Ibid.* Páginas 170 y 173.

<sup>1137</sup> *Ibid.* Página 174.

<sup>1138</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1139</sup> De donde proviene el nombre de *realismo* jurídico, por su origen en el latín *res*, “la cosa”, de igual forma que a los derechos sobre las cosas o bienes denominamos “derechos *reales*”.

o recibir en justicia, sea un bien, un provecho, una carga, un mal. Esto es el *dikaion*, lo que los romanos llamaban *ius*, el derecho. Como se ve, el derecho no es primariamente la ley o una facultad moral, sino una cosa: lo que justamente debe uno recibir o dar. Estamos ante el *realismo jurídico*<sup>1140</sup>. “Para la concepción normativista, el derecho es, ante todo, la norma –conjunto de normas–, siendo la función del jurista interpretar y aplicar la ley; el jurista es un *legista*. Para el *realismo jurídico*, en cambio, el derecho o *ius* es ante todo la cosa justa, porque el arte del jurista es el arte del reparto justo de las cosas, averiguar en cada caso qué es *lo justo*, esto es, saber determinar en cada caso qué cosa o cosas le son debidas a un sujeto. El objeto del arte del derecho es, pues, la cosa justa, lo justo; de donde lo justo, el derecho, es lo que especifica dicho arte y, en consecuencia, el sentido primario del derecho –el analogante– es el de *lo justo* o *cosa justa*. Todo lo demás es derecho en relación con este sentido primario. Siendo la justicia la virtud de dar a cada uno lo suyo, esto es, de dar a cada cual aquella o aquellas *cosas* que le son debidas, el *ius* es precisamente la cosa que, por justicia, hay que dar a cada uno (el objeto de la justicia); pues, en efecto, la cosa debida (no la facultad de exigir, ni la ley) es lo que constituye el *derecho* (*ius*) de cada cual. Tal es la llamada concepción *realista* del derecho”<sup>1141</sup>. Es decir, para el realismo jurídico, el concepto primario de Derecho es “la cosa justa”, y de este sentido analogante reciben, por analogía, el nombre de Derecho todas las demás cosas que con él se relacionan: la norma que determina, refleja o sanciona lo justo, la facultad de exigir la cosa justa, etc.

Eduardo García Máynez, con connotaciones normativistas, enuncia las siguientes acepciones de Derecho:

- Derecho **objetivo**: “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. (...) En las frases: Pedro es estudiante de *derecho*, el *derecho* romano es formalista, las ramas del *derecho* público, la palabra se emplea en sentido objetivo. El tecnicismo puede usarse para designar tanto un precepto aislado como un conjunto de normas, o incluso todo un sistema jurídico. Decimos, verbigracia: derecho sucesorio, derecho alemán, derecho italiano”<sup>1142</sup>.
- Derecho **subjetivo**: “El derecho subjetivo es una función del objetivo. *Éste es la norma que permite o prohíbe; aquél, el permiso derivado de la norma*. El derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer (o de omitir) *lícitamente* algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud”<sup>1143</sup>.
- Derecho **vigente**: “Llamamos orden jurídico vigente al conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias. El derecho vigente está integrado tanto por las reglas de origen consuetudinario que el poder público reconoce, como por los preceptos que formula. La vigencia deriva siempre de una serie de supuestos. Tales supuestos cambian con las

<sup>1140</sup> Hervada. *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Página 61.

<sup>1141</sup> *Ibid.* Página 173.

<sup>1142</sup> García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Página 36.

<sup>1143</sup> *Loc. Cit.*

diversas legislaciones. En lo que toca al derecho legislado, su vigencia encuéntrase condicionada por la reunión de ciertos requisitos que la ley enumera”<sup>1144</sup>.

- Derecho **positivo**: “Las locuciones *derecho vigente* y *derecho positivo* suelen ser empleadas como sinónimos. Tal equiparación nos parece indebida. No todo derecho vigente es positivo, ni todo derecho positivo es vigente. La vigencia es atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él. La positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no vigente. La costumbre no aceptada por la autoridad política es derecho positivo, pero carece de validez formal. Y a la inversa: las disposiciones que el legislador crea tienen vigencia en todo caso, mas no siempre son acatadas. (...) La posibilidad de que exista un derecho dotado de vigencia, pero desprovisto de eficacia, sólo es admisible en los casos a que acabamos de aludir, o sea, cuando se trata de preceptos jurídicos aislados. (...) Esta separación entre positividad y validez formal no puede admitirse en relación con todo un sistema jurídico”<sup>1145</sup>.
- Derecho **natural**: “Problema muy debatido por los juristas es el concerniente al llamado *derecho natural*. Suele darse esta denominación a un orden intrínsecamente justo, que existe al lado o por encima del positivo”<sup>1146</sup>. García Máynez enumera siete posible formas de concebir el derecho natural<sup>1147</sup>:
  - Derecho formalmente válido, sin positividad ni valor intrínseco.
  - Derecho intrínsecamente valioso, dotado además de vigencia o validez formal, pero carente de positividad.
  - Derecho intrínsecamente válido, no reconocido por la autoridad política y desprovisto de eficacia.
  - Derecho formalmente válido, sin valor intrínseco, pero provisto de facticidad.
  - Derecho positivo, formal e intrínsecamente válido.
  - Derecho intrínsecamente válido, positivo, pero sin validez formal.
  - Derecho positivo (consuetudinario), sin vigencia formal ni validez intrínseca.

Don Juan Iglesias, por su parte, nos dice que “El Derecho es norma de convivencia. Por el Derecho se logra la vida en común, que es tanto como decir la sociedad política. La relación entre Derecho y sociedad política es íntima. La sociedad política se forja a través del Derecho, y éste se convierte en realidad social y positiva merced a la organización. La organización que establece el Derecho –el Estado, por modo principal, aunque no único– y el Derecho mismo se subordinan al Derecho natural. El Derecho positivo –el Derecho históricamente determinado– ha de descansar

---

<sup>1144</sup> *Ibid.* Página 37.

<sup>1145</sup> *Ibid.* Páginas 38 y 39.

<sup>1146</sup> *Ibid.* Página 40.

<sup>1147</sup> *Ibid.* Páginas 44 y 45.



en principios de Moral. El juicio sobre la justicia que asiste a los preceptos positivos viene formulado por el Derecho natural”<sup>1148</sup>. Con esto, expone además lo siguiente:

- “En su *acepción objetiva*, la palabra *Derecho* se traduce por ‘ordenamiento jurídico’, y se define como el conjunto de normas que regulan la convivencia social”<sup>1149</sup>.
- “En *sentido subjetivo*, la palabra *derecho* significa ‘facultad’, ‘poder’ o ‘autorización’ reconocida a los particulares miembros de la comunidad por el ordenamiento jurídico – *facultas agendi*. Tal reconocimiento importa la tutela de intereses dignos de protección, y fortalece el carácter legítimo de las normas que lo sancionan”<sup>1150</sup>.

Como romanista, Iglesias nos aclara algo que, de cara a nuestro estudio, es importante recordar: “No convienen a lo romano esas nociones actuales, enraizadas en la concepción liberal decimonónica, que trabajan con los binomios sociedad-derecho objetivo, de un lado, e individuo-derecho, de otro. No reza con lo romano la moderna teoría de la ‘estatalidad del Derecho’ y, por otra parte, lo que nosotros llamamos ‘derecho subjetivo’ sólo puede definirse en Roma por la idea de ‘poder’. Poder personal, y no simplemente ‘facultad’. (...) Poder apto para proyectarse legítimamente, en línea firme y rotunda, sobre las cosas o las personas”<sup>1151</sup>.

Mario Álvarez Ledesma expone y esquematiza la llamada ‘Teoría Tridimensional del Derecho’<sup>1152</sup>, la cual concibe al fenómeno jurídico en tres manifestaciones:

- Dimensión *fáctica*: concibe al fenómeno jurídico como hecho social, un acontecer que se presenta en la realidad social.
- Dimensión *normativa*: reconoce al fenómeno jurídico en su presencia estrictamente jurídica, estudiándolo como norma y conjunto de normas.
- Dimensión *axiológica* o *valorativa*: concibe al Derecho como un valor y como portador y garantizador de otros valores superiores.

Complemento de la teoría tridimensional del Derecho según la expone Álvarez, es la noción de que el estudio del Derecho así entendido se puede hacer desde:

- **Dos perspectivas científicas:**
  - Desde *dentro* de lo jurídico: a través de la ciencia jurídica y sus ramas, que se encargan del Derecho haciendo de lo jurídico su objeto de estudio, ocupándose tanto del ser como del deber ser del fenómeno jurídico.

<sup>1148</sup> Iglesias. *Ob. Cit.* Página 4.

<sup>1149</sup> *Loc. Cit.* El énfasis en negrilla itálica es mío.

<sup>1150</sup> *Loc. Cit.* El énfasis en negrilla itálica es mío.

<sup>1151</sup> *Ibid.* Páginas 4 y 5.

<sup>1152</sup> Cfr. Álvarez Ledesma, Mario I. *Introducción al Derecho*. Páginas 48 a 59, donde incluye esquemas muy ilustrativos y claros.

- Desde *fuera* de lo jurídico: a través de otras ciencias sociales, que al concentrarse sobre el Derecho a través de su propia metodología, reciben el nombre de disciplinas o ciencias auxiliares del Derecho.

- **Dos niveles de conocimiento:**

- En el plano del *ser*: nivel fáctico o positivo, estudiando el Derecho como es o se presenta en la realidad.
- En el plano del *deber ser*: nivel filosófico, que se concentra en cómo debe o debería ser el Derecho.

Álvarez, tomando todo esto en cuenta, define el Derecho como “un sistema normativo de regulación de la conducta social, producido y garantizado coactivamente por el poder político de una autoridad soberana, que facilita y asegura la convivencia o cooperación social, y cuya validez (obligatoriedad) está condicionada por los valores jurídicos y éticos de los cuales es generador y portador, respectivamente, en un momento y lugar histórico determinado”<sup>1153</sup>.

Con base en la consideración tridimensional del Derecho, Álvarez cita el concepto o definición de Derecho según diversos autores, clasificándolos según la dimensión desde la cual conceptúan el Derecho:

- Desde la dimensión *fáctica*:

- Edgar Bodenheimer: “El Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo”<sup>1154</sup>.
- Giuseppe Lumia: “...el derecho no es más que un instrumento de control social, una de las muchas técnicas con las que se realiza el control social, y quizá no la más importante aunque sí ciertamente la más típica”<sup>1155</sup>.
- Rudolff Stammler: “El Derecho es la modalidad formal de la voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable”<sup>1156</sup>.

- Desde la dimensión *normativa*:

- Hans Kelsen: “El Derecho es el orden coactivo y soberano de la conducta”<sup>1157</sup>.
- Rafael Rojina Villegas: “El Derecho es un sistema o conjunto de normas que regula la conducta humana, estatuyendo facultades, deberes y sanciones”<sup>1158</sup>.

---

<sup>1153</sup> *Ibid.* Página 61.

<sup>1154</sup> *Teoría del Derecho*, citado por Álvarez en *Ob. Cit.* Página 59.

<sup>1155</sup> *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, citado por Álvarez en *Ob. Cit.* Página 59.

<sup>1156</sup> *Filosofía del Derecho*, citado por Álvarez en *Ob. Cit.* Página 59.

<sup>1157</sup> *Teoría Pura del Derecho*, citado por Álvarez en *Ob. Cit.* Página 60.

<sup>1158</sup> *Introducción al Estudio del Derecho*, citado por Álvarez en *Ob. Cit.* Página 60.

- Elías Díaz: “Sistema normativo dotado de coacción formalizada e institucionalizada”<sup>1159</sup>.
- Desde la dimensión *valorativa*:
  - Giorgio del Vecchio: “El Derecho es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento”<sup>1160</sup>.
  - Javier Hervada: “El arte del Derecho es el arte de lo justo”<sup>1161</sup>.
- Según *dos o más de las tres dimensiones*:
  - Miguel Villoro Toranzo: “Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica”<sup>1162</sup>.
  - Eduardo García Máynez: “Derecho es un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público”<sup>1163</sup>.

En la perspectiva de la tridimensionalidad, podemos añadir a la lista de definiciones dada por Álvarez, con base en lo antes expuesto de las conclusiones del Dr. Argueta: respecto del Análisis Económico del Derecho, tomando la aseveración del Dr. Argueta en cuanto que para esta disciplina el Derecho no es más que información susceptible de ser analizada económicamente, resulta evidente que tal concepto de Derecho, en el marco de la tridimensionalidad, se ubicaría en la dimensión *fáctica*. La teoría de los órdenes espontáneos, en cambio, parece entender el Derecho desde su dimensión *normativa*, pero sobre Hayek es necesario ofrecer algunos comentarios a partir de un examen más detenido de sus planteamientos, dada la relevancia de su teoría en nuestro ámbito académico y en el presente trabajo:

Hayek, enmarcando al Derecho en su teoría del orden espontáneo, lo define desde la dimensión *normativa*: dice Hayek que “El derecho, entendido en el sentido de un conjunto de normas de conducta sancionables, es sin duda tan antiguo como la propia sociedad”<sup>1164</sup>. Hayek, a primera vista, no se mueve más allá de la dimensión normativa del Derecho, y toda la exposición que hace en el capítulo IV de ‘Derecho, Legislación y Libertad’, titulado ‘Cambios en el concepto de ley’, se encamina a examinar los caracteres de las normas, y cómo a lo largo de la historia se pasó desde un concepto del Derecho entendido como algo a ser descubierto y no creado por el hombre, hasta “la concepción del positivismo jurídico en su integridad, según la cual toda ley deriva de la

<sup>1159</sup> Sociología y Filosofía del Derecho, citado por Álvarez en Ob. Cit. Página 60.

<sup>1160</sup> Filosofía del Derecho, citado por Álvarez en Ob. Cit. Página 60.

<sup>1161</sup> Introducción Crítica al Derecho Natural, citado por Álvarez en Ob. Cit. Página 60.

<sup>1162</sup> Introducción al Estudio del Derecho, citado por Álvarez en Ob. Cit. Página 60.

<sup>1163</sup> Filosofía del Derecho, citado por Álvarez en Ob. Cit. Página 60.

<sup>1164</sup> Hayek. Ob. Cit. Página 98.

voluntad de un legislador”, voluntad humana deliberada, la cual “es fruto de la falacia voluntarista típica del constructivismo”<sup>1165</sup>.

Sin embargo, me parece que en Hayek la dimensión normativa se presenta en cuanto el Derecho se erige en conjunto de normas luego de haber atravesado lo que Hayek denomina proceso de articulación de conductas: es en tal proceso que, como se ha expuesto, interviene el juez, y Hayek lo presenta como una observación de la realidad, basado en las costumbres generales que determinan las razonables expectativas de las partes que acuden al juez. En ese sentido, considero válido afirmar que, en esa fase previa a la articulación normativa, la noción de ‘Derecho’ que subyace en Hayek se ubica más bien en lo que, a la luz de la teoría tridimensional, sería la dimensión *fáctica*: el juez observa los hechos (dimensión fáctica), a partir de lo cual articula la conducta para formular la norma (dimensión normativa), pero ya en el estado fáctico o pre-articulado se trata de ‘Derecho’ en la concepción de Hayek: “estas reglas podrían no ser conocidas ni aún descubiertas, pues existe un largo camino entre el mero ‘saber cómo’ comportarse o ser capaz de reconocer que los actos de los demás se ajustan o no a una práctica aceptada, y poder formular verbalmente esas reglas”<sup>1166</sup>.

Por último, cabe preguntarse si existe alguna dimensión valorativa o axiológica en el planteamiento del Derecho según la teoría del orden espontáneo. Dice Hayek que “la importancia de las normas de conducta se debe al hecho de que la observancia de ciertos valores conduce a la formación de complejas estructuras fácticas, y que en ese sentido algunos hechos importantes dependen de la vigencia de valores que, sin embargo, no son mantenidos porque se sea conscientes de sus consecuencias prácticas. (...) A menudo se olvida que los hechos que se derivan de sostener ciertos valores no son aquellos a los que están ligados los valores que guían la acción de diversos individuos, sino un modelo que comprende las acciones de muchos individuos, un modelo que los agentes pueden desconocer y que ciertamente no era el objetivo de sus acciones. Pero preservar este orden emergente o modelo de relaciones que nadie se proponía crear, pero cuya existencia se reconoce como condición necesaria para poder alcanzar eficazmente una multitud de fines individuales, se considera a su vez un valor. (...) si esta situación se considera como un valor, ello significa que este valor sólo puede alcanzarse si la gente se guía en sus acciones por otros valores (las normas de conducta) que, dado el desconocimiento de sus funciones, hay que considerar como valores supremos. De este modo, el orden que de esta forma se produce es un valor que es el resultado no intencionado y no conocido de la observancia de otros valores. (...) Toda sugerencia sobre las modificaciones o mejoras que hay que aportar a un orden global tiene que tener en cuenta los valores que son indispensables para que ese orden exista, ya que sería de todo punto incoherente tratar de mejorar algún aspecto particular de ese orden y al mismo tiempo proponer unos medios que destruirían los valores sobre los que el mismo se basa”<sup>1167</sup>. Apunta también que “La libertad sólo puede preservarse ateniéndose a ciertos principios, y se destruye siguiendo la mera conveniencia o eficacia”, subtítulo bajo el cual explica que “los beneficios de la civilización se basan en el uso de un conocimiento más amplio que el que pueda emplearse en cualquier esfuerzo deliberadamente concertado (...). Puesto que el valor de la libertad se basa en las oportunidades que proporciona para realizar acciones no previstas e impredecibles, raramente estamos en condiciones de apreciar lo que perdemos como consecuencia de una restricción particular de la libertad. (...) El hecho de que la libertad sólo pueda preservarse si se la considera como un principio supremo que en

---

<sup>1165</sup> *Ibid.* Página 99.

<sup>1166</sup> *Ibid.* Página 98.

<sup>1167</sup> *Ibid.* Páginas 141 a 143.

ningún caso debe sacrificarse por conveniencias particulares es algo que comprendieron perfectamente los grandes pensadores liberales del siglo XIX, uno de los cuales [Benjamín Constant] llega incluso a definir el liberalismo como ‘sistema de principios’”<sup>1168</sup>.

Al capítulo V de la obra en cita Hayek lo titula “Nomos: la ley de la libertad”, e inicia afirmando que “Debemos ahora tratar de describir más a fondo el carácter distintivo de aquellas normas de recta conducta que emergen de los esfuerzos de los jueces en la solución de los conflictos y que durante mucho tiempo proporcionaron el modelo que los legisladores trataron de emular. Ya hemos señalado que el ideal de la libertad individual parece haber florecido principalmente en aquellos pueblos en que, por lo menos durante largos periodos, prevaleció una ley hecha por los jueces”<sup>1169</sup>. En conclusión, pienso que Hayek en su visión del Derecho sí plantea una dimensión valorativa, la cual se identifica con su ideal de libertad individual, como ausencia de coacción arbitraria. Si el ‘objetivo’ o finalidad del Derecho es mantener un orden espontáneo como medio para la realización de los fines personales de cada individuo, y tales fines se alcanzan mejor en un marco de libertad individual que permite un mejor uso del conocimiento disperso, es claro que tal libertad se erige como el máximo valor que Hayek destaca en su concepción jurídica.

Sin embargo, también hemos visto que Hayek expone la relevancia de otros valores en el Derecho, aparte del valor supremo de la libertad que emerge de su planteamiento. Interesante resulta un párrafo en el que Hayek se refiere a un cuestionamiento en cierta forma cercano a lo que en Hervada hemos visto con la denominación de ‘falacia naturalista’: “Por supuesto, jamás se ha negado que la existencia de normas en un determinado grupo humano es un hecho. Lo que se ha cuestionado es el hecho de que de la circunstancia de que las normas son efectivamente obedecidas pueda deducirse que deban serlo. La conclusión es ciertamente posible, pero sólo si tácitamente se da por supuesto que se desea que el grupo siga existiendo. Ahora bien, si se desea esta continuación del grupo, o incluso se supone su ulterior existencia como entidad dotada de cierto orden, entonces se sigue que ciertas reglas de conducta (no necesariamente todas las que de hecho ahora se observan) deben seguir siendo seguidas por sus miembros”<sup>1170</sup>. Ahora bien, ¿qué criterios nos ayudarían a determinar si tal o cual norma debe seguirse observando? Hayek no ofrece respuestas, quizá porque espera que éstas surjan precisamente de la observación de la realidad de cada grupo social, quizá porque sus criterios van implícitos en el resto de sus enseñanzas, que no pasan de ser estudios políticos, sociales y económicos, los cuales –aún siendo de inestimable valor y agudeza intelectual– no dan el ‘salto’ para hacer planteamientos más profundos e importantes sobre el deber ser del Derecho, más allá de las consideraciones normativas y fácticas que ya se han resumido (recuérdese que incluso la dimensión valorativa de Hayek –sobre la libertad– podría interpretarse como basada en la observación –fáctica– de las consecuencias beneficiosas producidas por un sistema que tutela la libertad individual).

Hayek hace referencia explícita a la falacia naturalista en la siguiente cita: “Nunca he pretendido defender lo que hoy se ha dado en llamar la falacia genética o naturalista. En modo alguno afirmo que el resultado de la selección de los hábitos de comportamiento tenga por qué ser siempre reputado ‘bueno’, al igual que nunca me atrevería a afirmar que otros entes que han conseguido superar con éxito la prueba de la evolución –por ejemplo, la especie de las cucarachas– tengan algún valor moral. Insisto, sin embargo, en que, nos guste o no, de no quedar condicionado nuestro comportamiento por las instituciones tradicionales a las que vengo haciendo referencia,

---

<sup>1168</sup> *Ibid.* Páginas 80 a 82.

<sup>1169</sup> *Ibid.* Página 123.

<sup>1170</sup> *Ibid.* Página 107.

nuestra actual civilización (inseparable a su vez de la sociedad extensa) quedaría privada de toda posibilidad de sobrevivir (mientras que el ‘desastre’ ecológico que significaría la extinción de las cucarachas en modo alguno afectaría de modo esencial al futuro de nuestra especie). Afirmo, igualmente, que si la humanidad se negara a asumir las mencionadas tradiciones –al impulso quizá de alguna errada apreciación (derivada probablemente de alguna falacia naturalista) acerca de lo que debe considerarse acorde con la razón–, condenará a la muerte y a la miseria a gran parte de la población actual. Sólo teniendo en cuenta esta situación podrá el individuo decidir lo que más le conviene, puesto que sólo entonces dispondrá de la requerida información sobre lo que es bueno y correcto. Aunque es indudable que no puede determinarse lo que es correcto a partir sólo de los simples hechos, ideas erróneas acerca de lo que es razonable y bueno pueden cambiar los hechos y circunstancias en que vivimos; puede destruir, quizá irremediablemente, no sólo el actual prototipo humano altamente evolucionado, sino también los sofisticados centros urbanos sobre los que normalmente descansa nuestra civilización, así como las obras de arte y edificios (que, como es sabido, tantas veces son las víctimas preferidas del furor destructivo del reformismo ideológico o utópico), las tradiciones, las instituciones y los esquemas de convivencia sin los cuales los frutos de la civilización a los que hoy estamos habituados no sólo no habrían llegado a aparecer, sino que incluso, de ser destruidos, tampoco sería posible reconstruir”<sup>1171</sup>.

Algunos, talvez –como se dice– ‘pidiéndole peras al olmo’, esperarían que Hayek hiciera planteamientos que su ‘estatuto epistemológico’ simplemente no ofrece, porque no se trata de los aspectos que él está interesado en examinar y, ante la falta de tales, lanzarían contra Hayek acusaciones fundadas más en sus propias expectativas insatisfechas que en el honesto proyecto intelectual de Hayek que, como obra humana, tiene desde luego sus limitaciones: quizá una de las mayores preocupaciones al leer a Hayek sea pensar que, tal y como plantea su visión del Derecho, deja espacio abierto al relativismo que tanto daño ha provocado en muchos ámbitos, entre ellos el jurídico. Pero el mismo Hayek ofrece una advertencia contra el relativismo, atribuyéndolo a interpretaciones erróneas de la teoría de la evolución y, al tratar el tema, hace referencia a los valores y la ética, con lo cual nos ofrece, siempre dentro de su misma visión, una postura que enlaza con lo tratado en los tres párrafos anteriores, permitiéndonos en cierto modo ‘cerrar’ nuestra exposición de la teoría de Hayek: “En la mayoría de los casos, las posturas relativistas sobre cuestiones de historia, cultura o ética derivan de interpretaciones erróneas de la ya considerada teoría evolucionista. Pero la conclusión básica según la cual toda nuestra civilización y todos los valores humanos son resultado de un largo proceso de evolución, en el curso del cual los valores, una vez que la actividad humana crea finalidades diversas, siguen cambiando, a la luz de nuestro conocimiento actual parece inevitable. Probablemente se pueda concluir que nuestros valores actuales existen solo como elementos de una determinada tradición cultural, y tienen significado sólo dentro de una cierta fase evolutiva más o menos larga, ya sea que dicha fase incluya algunos de nuestros antepasados pre-humanos, ya sea que esté limitada a ciertos periodos de la civilización humana. No tenemos motivos para atribuir a esos valores una existencia eterna más de los que tenemos para atribuirlos a la propia raza humana. Existe, pues, sólo un posible sentido en el que legítimamente podemos considerar relativos los valores humanos y hablar de la posibilidad de su ulterior evolución. Pero esta visión general dista mucho de cuanto afirman el relativismo ético, cultural, histórico y la ética evolucionista. En una palabra, aunque sepamos que todos esos valores son relativos a algo, no sabemos a qué. Podemos señalar el tipo general de circunstancias que los hicieron lo que son, pero desconocemos las condiciones particulares a las que se deben los valores que poseemos, y no sabemos cuáles serían nuestros

<sup>1171</sup> Hayek. *La Fatal Arrogancia*. Página 219.

valores si las circunstancias hubieran sido diferentes. Muchas de las conclusiones ilegítimas son fruto de esa errónea interpretación que presenta la teoría evolucionista como la afirmación empírica de una tendencia. Apenas reconocemos que esa interpretación no nos ofrece nada más que un esquema de explicación que, si conociéramos todos los hechos que han actuado a lo largo de la historia, podría ser suficiente para explicarnos determinados fenómenos, resulta evidente que las pretensiones de las diversas clases de relativismo (y de ética evolucionista) carecen de fundamento. Aunque podamos decir con razón que nuestros valores están determinados por una clase de circunstancias definibles en términos generales, mientras no logremos establecer qué circunstancias particulares produjeron los valores existentes, o mientras no consigamos establecer cuáles serían nuestros valores en un determinado conjunto de circunstancias distintas, de esta afirmación no se sigue ninguna conclusión significativa. Conviene hacer una breve referencia a lo muy radicalmente opuestas que son las conclusiones prácticas que se derivan del mismo planteamiento evolucionista si se asume que podemos o no podemos en realidad conocer las circunstancias hasta el punto de sacar conclusiones específicas de nuestra teoría. Mientras la tesis de un conocimiento suficiente de los hechos concretos produce generalmente una especie de presunción intelectual que engañosamente hace creer que la razón puede juzgar todos los valores, la percepción de la imposibilidad de tal conocimiento completo induce a adoptar una actitud de humildad y respeto ante esa experiencia del género humano en su conjunto, de la que los valores y las instituciones de la sociedad existente son un precipitado”<sup>1172</sup>.

Queda abierta la cuestión de identificar tales valores de la sociedad existente, y cuestionarse si los cambios que parecen atravesar constituyen una legítima ‘evolución’ de los mismos, o bien peligrosos antivalores que de alguna manera amenazarían a la civilización: tal discusión exige la escucha de diversas voces, entre ellas ciertamente la del Derecho. También observa Hayek que “La tan discutida cuestión del ‘relativismo moral’ está, pues, claramente ligada al hecho de que todas las normas morales (y jurídicas) contribuyen a un orden fáctico que ningún particular tiene, en lo esencial, capacidad de cambiar. Porque dicho cambio exigiría cambios en las normas que observan los otros miembros de la sociedad, en parte de forma inconsciente o por puro hábito, y que, si hubiese de crearse una sociedad viable de un tipo diferente, tendrían que sustituirse por otras normas que nadie tiene poder para imponer. No cabe, pues, un sistema moral absoluto, independiente del tipo de orden en el que vive una persona, y la obligación que tenemos de respetar determinadas normas se deriva de los beneficios que debemos al orden en que vivimos. (...) Hay, indudablemente, numerosas formas de sociedades tribales o cerradas que se fundan en sistemas normativos muy diferentes. Lo único que aquí sostenemos es que tan sólo conocemos un tipo de dichos sistemas normativos, desde luego aún muy imperfecto y susceptible de bastante perfeccionamiento, que hace posible el tipo de sociedad abierta o ‘humanista’ en la que cada persona cuenta como tal y no sólo como un miembro de un grupo particular, y en la que pueden existir por tanto normas de conducta universales, que se aplican por igual a todos los seres humanos responsables. Sólo si aceptamos un orden universal tal como un objetivo, es decir, si queremos avanzar por la senda que caracteriza a la civilización occidental desde los antiguos estoicos y el cristianismo, podremos argumentar que este sistema moral es superior a otros y, al mismo tiempo, intentar perfeccionarlo mediante una incesante crítica inmanente”<sup>1173</sup>.

Regresando a la tridimensionalidad, esta teoría se presenta con una cierta aspiración a conciliar las divergencias y confrontaciones entre las varias escuelas y corrientes de pensamiento jurídico: a juicio de Álvarez, “la tridimensionalidad del Derecho nos ofrece una visión más rica del

<sup>1172</sup> Hayek. *La Teoría de los Fenómenos Complejos*, en *Estudios de Filosofía, Política y Economía*, Páginas 78 a 80.

<sup>1173</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Páginas 214 y 215.

fenómeno jurídico y, sobre todo, nos ayuda a *evitar la confusión de los planos en los que el Derecho se expresa*, dando lugar a disputas inútiles cuyo origen no es otro que la unilateralidad desde la que intenta definirse el Derecho. Esto, además, nos subraya la *multiplicidad expresiva del Derecho* como **fenómeno complejo**, cuya presencia toca distintos ámbitos de la vida social. Cabe aclarar, que el Derecho es en sí mismo **un todo**, una **unidad monolítica** que, para efectos de su aprehensión y comprensión, admite y justifica este análisis teórico que disgrega sus dimensiones, pero que en la realidad social posee una *presencia única* pero de *contenido complejo* (fáctico y normativo), evidenciado por *tres dimensiones que se hallan en un juego e interacción constantes*<sup>1174</sup>.

Javier Hervada, en cambio, ubica el tridimensionalismo como una corriente del positivismo jurídico<sup>1175</sup>, entendiendo éste último en un sentido que él mismo caracteriza como “muy genérico” y “amplísimo”. Así explica Hervada sus motivos: “En otro sentido, muy genérico, se entiende por positivismo toda teoría del derecho que no admita un verdadero derecho natural, e.d., conforme a la teoría clásica. Según este sentido amplísimo puede decirse que la ciencia jurídica del siglo XX es en general positivista, aunque admita que el derecho está subordinado a la ética o a ciertas condiciones objetivas –lógicas, ontológicas, o axiológicas– que debe respetar. Este positivismo en sentido amplio abarca numerosas posiciones ‘objetivistas’ (*objetivismo jurídico* o conjunto de doctrinas que admiten unos condicionamientos objetivos del derecho), que han dado lugar a un curioso fenómeno del lenguaje. Hay autores que llaman derecho natural a esos condicionamientos, mientras otros –con más razón a nuestro juicio– niegan que tal calificación sea correcta; de donde se deriva que hay quienes llaman iusnaturalistas y defensores del derecho natural a autores (como Welzel o Cahn), que expresamente niegan ser tal cosa. Tras algo más de un siglo de positivismo, la insatisfacción por su ineficacia ante la indefensión del hombre y de sus valores, ha provocado la aparición de una serie de corrientes y teorías favorables a encontrar los oportunos correctivos. Todas aquellas propuestas que no llegan al derecho natural en sentido propio (e.d., una parte del derecho) aunque usen esa denominación, y se quedan en un positivismo más o menos mitigado, forman el llamado objetivismo jurídico. (...) El objetivismo jurídico representa una reacción frente al positivismo y es fruto del convencimiento generalizado de las graves consecuencias que éste tiene en la ciencia jurídica. Pero, a su vez, es una reacción insuficiente, porque deja sin resolver el defecto central del positivismo: la falta de un factor jurídico –no extrajurídico– que evite el derecho injusto, insuficiente o incorrecto. A fin de cuentas, los condicionamientos objetivistas no impiden la prepotencia ni la injusticia, pues todo queda al albur de las estimaciones relativas, del consenso o del pacto. El jurista sigue careciendo de elementos propios de su ciencia para decir *lo justo*, quedando reducido a decir *lo legal*, que es el error fundamental del positivismo”<sup>1176</sup>.

El señalamiento que hace Hervada del tridimensionalismo como variante –aunque quizá muy mitigada– del positivismo, parece justificarse cuando se observa cómo Álvarez Ledesma, luego de exponer la teoría tridimensional, explica las nociones de derecho objetivo, positivo y natural: “El *Derecho objetivo* es la norma o conjunto de normas. Cuando éstas son producidas de acuerdo con los procedimientos determinados para ello por la autoridad competente, en un momento y lugar histórico determinados, reciben el nombre de **Derecho positivo**. (...) El *Derecho positivo* que **rige en un momento histórico determinado**, recibe el nombre de **Derecho vigente**. (...) Cuando se alude al **otro Derecho**, es decir, al conjunto de principios morales previos a cualquier

<sup>1174</sup> Álvarez. *Ob. Cit.* Páginas 57 y 58. Todos los énfasis en itálicas y negrillas son del original.

<sup>1175</sup> Cfr. Hervada, Javier. *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Páginas 323 y 324.

<sup>1176</sup> *Ibid.* Páginas 324, 326 y 327.



*autoridad (no es derecho objetivo ni positivo) que rigen en cualquier lugar y momento de la historia (Derecho siempre vigente y en todas partes), de los que se derivan parámetros de justicia o virtud personal, estamos hablando del denominado **Derecho natural**. Derecho que se ha considerado por algunos como **sinónimo de justicia***<sup>1177</sup>. Se ve claramente que Álvarez de ninguna manera se acerca a la noción del derecho natural como parte del derecho, del derecho vigente (por el contrario, expresamente le llama ‘otro Derecho’ –con lo que adopta una postura dualista–, a la vez que negándole objetividad y positividad, conceptos que él vincula directamente con la creación formal del Derecho por parte de la autoridad política), con lo cual se coloca, efectivamente como señala Hervada, en una postura muy alejada del iusnaturalismo clásico. Además, lo caracteriza como un conjunto de principios morales, con lo cual niega la doctrina clásica de que el derecho natural constituye auténtico Derecho, y esto, junto con la mención que hace de la virtud personal, incurre en la confusión entre la justicia en sentido moral o subjetivo y la justicia en sentido jurídico u objetivo, que ya hemos visto en capítulos anteriores. También, al hablar del derecho natural considerado como vigente siempre y en todas partes, se niega –o al menos se oscurece– la doctrina sobre la derivación de la ley humana por conclusión o determinación presente en la formulación del iusnaturalismo clásico en la tradición aristotélico-tomista, acercándose más bien al carácter ahistórico, suprahistórico o antihistórico del iusnaturalismo racionalista o moderno: cosa, por lo demás, perfectamente comprensible al ver que se considera al derecho natural como otro derecho y no como parte del derecho.

En conclusión, hemos en este apartado, ofrecido al lector un panorama de diversos sentidos en que se entiende la palabra ‘Derecho’, distintos conceptos o definiciones según varios autores o corrientes de pensamiento. Parece claro que no existe un concepto unívoco de Derecho, pero a la vez se han presentado algunas doctrinas que intentan dar solución a tal problemática: así, para la teoría tridimensional, no es que no haya un concepto unívoco, sino que más bien existen conceptos unilaterales que no agotan la descripción de un fenómeno complejo, y la discusión entre tales conceptos dispares se hace inútil al considerar que se refieren a tan sólo una de las dimensiones en que el Derecho como fenómeno complejo –pero a la vez realidad unitaria– se manifiesta. Para el realismo jurídico, el problema parece solucionarse considerando que el Derecho tiene como sentido primario ‘la cosa justa’, el cual se erige en concepto analogante que da lugar a conceptos analogados o sentidos secundarios, entre los cuales quedarían comprendidos los sentidos objetivo (conjunto de normas) y subjetivo (facultad) usualmente señalados por la doctrina. Con base en la teoría tridimensional, hemos buscado esclarecer la ubicación y enfoque que la teoría del orden espontáneo y el análisis económico del Derecho tienen como noción o forma de estudio de lo jurídico, dedicando una especial atención a la teoría de Hayek. El panorama ofrecido no es en modo alguno exhaustivo, pero he tratado de darle la variedad y amplitud necesarias –y, supongo y espero, suficientes– para que cumpla los ya expresados propósitos de este capítulo, siendo que, por ser el Derecho el objeto principal de nuestro estudio, su noción o concepto requiere especialísima atención y esclarecimiento, los cuales, si bien no se han logrado del todo en este apartado, al menos espero que resultarán ahora menos confusos para el lector.

### 3. Filosofía<sup>1178</sup>

El Diccionario de la Real Academia Española define ‘filosofía’ como “Conjunto de saberes que busca establecer, de manera racional, los principios más generales que organizan y orientan el

<sup>1177</sup> Álvarez. *Ob. Cit.* Páginas 69 y 70. Todos los énfasis en itálicas y negrillas son del original.

<sup>1178</sup> Cfr. Hervada, Javier. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Páginas 1 a 56.

conocimiento de la realidad, así como el sentido del obrar humano”. También se le entiende en otras acepciones como “doctrina filosófica”, “manera de pensar o de ver las cosas”. Se ve, entonces, que la filosofía puede entenderse desde su sentido concreto como una disciplina intelectual hasta una noción más vaga en cuanto sinónimo de actitud ante la vida: de ahí que – como pondrá de relieve más adelante el autor en que principalmente basamos el presente apartado– realmente toda persona actúa en su vida de conformidad con principios filosóficos implícita o explícitamente definidos y conocidos, más o menos congruentes o no, según sea la conciencia y conocimiento de cada sujeto. Luego de acercarnos a una noción de filosofía, pasaremos a caracterizar la filosofía del Derecho.

La filosofía nace de la tendencia del hombre a un saber radical y último en su aspiración de conocerse a sí mismo y el mundo que le rodea. Se presenta como tensión hacia la sabiduría más que como sabiduría lograda: en efecto, la palabra ‘filosofía’ se origina en el griego *philia*, amor, y *sophia*, sabiduría, de donde la filosofía, etimológicamente, significa amor o búsqueda de la sabiduría, atribuyéndose a Pitágoras ser el primero en adoptar el nombre de ‘filósofo’, estudioso o amante de la sabiduría, por considerar demasiado presuntuoso denominarse a sí mismo ‘sabio’.

Hasta la Edad Media, la filosofía no era una ciencia unitaria, sino el conjunto de conocimientos universales: no hay realidad que escape al interés del filósofo. Así, la filosofía abarcaba todos los saberes conocidos: metafísica, física, matemática, lógica, ética, política, astronomía, etc., intentando conocer todo ente en profundidad, en sus causas y principios hasta los más radicales y últimos. Entre los siglos XIV y XVII se configura la distinción entre filosofía y ciencia, reservándose esta última denominación a las ciencias particulares, exactas y experimentales. La filosofía estudia toda la realidad, pero de modo distinto que lo hacen las ciencias:

- La filosofía estudia toda la realidad, mientras las ciencias estudian aspectos parciales de ella.
- La filosofía estudia la realidad en sus causas últimas y principios supremos; las ciencias lo hacen según sus causas y principios inmediatos.
- La ciencia es un saber fenoménico (de ‘fenómeno’: lo observable y verificable) y positivo, mientras la filosofía es un saber metacientífico, que va más allá de las causas y principios inmediatos.

La filosofía sólo puede describirse, mas no definirse. Hay pensadores que opinan que no hay solución definida para dar una noción de la filosofía, y que la misma pregunta de ¿qué es la filosofía?, es una cuestión filosófica. Sin embargo, lo cierto es que la filosofía busca la explicación última y definitiva de todo lo real, independientemente de hasta dónde se considere que pueda llegar tal explicación y hasta qué punto pueda ser definitiva: cualquier sistema filosófico, sin importar cómo responda a estas cuestiones, “llega a un desvelamiento de lo real, a unas causas y a unos principios que se tendrán como los últimos accesibles, porque se entenderá que no es posible que nuestro conocimiento llegue más lejos, o por defecto de éste –más allá estará lo incognoscible– o porque no existe nada ulterior”<sup>1179</sup>. “No cabe duda de la existencia de grandes divergencias acerca de la naturaleza de los principios que [las filosofías] proponen; para unas, por ejemplo la de Marx, es la Materia; para otras, como la de Hegel, es el Espíritu; y para otras aún, la Sabiduría (Spinoza), etc. Pero poco importa aquí que una filosofía sea materialista,

<sup>1179</sup> *Ibid.*, Página 7.

idealista o panteísta, ya que siempre tiende a explicar el universo por sus causas supremas. Tal vez el único sistema de pensamiento excluido de esta definición sea el escepticismo, que hace consistir la sabiduría en la duda respecto de todas las cosas. Pero, dado que enseña las razones del dudar y puesto que las reduce a unos capítulos principales, también cabría admitir que el escepticismo busca las razones últimas de las cosas”<sup>1180</sup>.

La filosofía no es una disciplina única, sino un conjunto de disciplinas, entre las cuales se puede contar: la metafísica, la gnoseología, la filosofía de la naturaleza, la filosofía antropológica, la lógica, etc. La filosofía aspira a proporcionar al hombre, en lo racionalmente posible, tres cosas principales:

- La explicación más íntima del mundo.
- El sistema de valores en el que fundar su conducta.
- El fin supremo y el sentido último de la vida humana.

La filosofía tiene una función crítica y fundamentadora respecto de las ciencias particulares, ofreciendo una crítica racional, metódica y sistemática de toda actividad humana, entre ellas de las ciencias, ofreciéndoles a su vez los fundamentos teóricos y prácticos para su desarrollo:

- En cuanto a las ciencias del hombre, todas ellas implican diversos postulados filosóficos sobre la naturaleza del hombre y los fines que le son propios. Toda ciencia humana lleva presupuestos filosóficos por lo menos implícitos, de los cuales dependen su orientación y conclusiones. Así, por ejemplo, aún cuando el marxismo o la teoría kelseniana del Derecho se presentan como ciencia y no como filosofía, son en realidad posturas filosóficas toda vez que sólo son pensables a la luz de unos presupuestos ontológicos y gnoseológicos concretos.
- Para las ciencias de la naturaleza, la filosofía incide en problemas que las ciencias en cuanto tales no pueden resolver porque escapan a su método y a su estatuto epistemológico: por ejemplo, de la biología no pueden sacarse conclusiones éticas, ni la física puede demostrar la condición creada o increada del universo.

La filosofía no es ‘ciencia’ en el sentido moderno de la palabra (saber fenoménico y positivo), pero sí lo es en el sentido clásico: en este sentido, ciencia se define como conocimiento por las causas y se caracteriza por llegar a conocimientos ciertos, generales, metódicos y sistemáticos, relacionados y unidos entre sí por principios, conceptos generales y teorías. Así, en sentido clásico la filosofía es la ciencia de la radicalidad y ultimidad de la realidad.

Algunos pensadores han planteado corrientes empiristas y sensistas que reducen todo conocimiento a la experiencia, pero tal reducción es en sí misma no experimental sino racional, ya que ninguna ciencia empírica está en condiciones de proporcionar tal deducción: es decir, la proposición de fundamentar todo conocimiento en la experiencia es en sí misma una proposición filosófica. La filosofía parte de lo sensible, de la experiencia, para llegar a lo metaempírico o inteligible.

---

<sup>1180</sup> Verneaux, citado por Hervada en Ob. Cit. Páginas 7 y 8, nota al pie 20.

Por último, cabe explicar que la filosofía se divide en dos vertientes:

- Filosofía *especulativa*: su concepto fundamental es el ser. Se termina en el puro conocer, sin ordenarse a la acción. Tiene dos objetos:
  - El conocimiento del ser: los entes y cuál es su sentido, así como sus últimas causas.
  - Los principios del conocimiento: el modo de conocer, perteneciendo a este ámbito la gnoseología o teoría del conocimiento. Investiga cómo participan nuestros sentidos y nuestra razón en la obtención del saber, y en qué grado se puede llamar saber a nuestro conocimiento.
- Filosofía *práctica*: se ordena a la acción, al obrar y al hacer. Busca los principios fundamentales que rigen la acción humana. Su objeto es la conducta humana, no tanto como hecho describible sino como deber-ser (ética). Su concepto fundamental no es el ser, sino el bien o valor, la virtud. Sus temas centrales son la libertad, la ley, el deber.

### ***Filosofía del Derecho***

Algunos autores, como Bobbio, sostienen que es inútil o imposible dar una definición de filosofía del Derecho. Sin embargo, esto se debe principalmente a que bajo el título de ‘filosofía del Derecho’ se han presentado diversidad de estudios que corresponden más bien a otras áreas, tales como la metodología jurídica o la teoría general del Derecho, lo cual da lugar a confusión pues se le denomina ‘filosofía del Derecho’ a asuntos que pertenecen a otras disciplinas. En cambio, una vez dada una noción de qué es la filosofía, resulta sencillo describir la filosofía del Derecho como el saber filosófico que tiene como objeto propio la realidad jurídica. Esta es, en efecto, la postura que adopta Hervada al definir la filosofía del Derecho como “el conocimiento de la realidad jurídica en sus últimas causas y en su más íntimo ser”<sup>1181</sup>. Para Hervada, la ciencia jurídica nos da a conocer la realidad jurídica tal como se encuentra positivizada y formalizada, permitiéndonos conocerla en sus causas próximas e inmediatas y según fuentes positivas: legislación, jurisprudencia de los tribunales, contratos, etc. La ciencia jurídica no penetra en las causas últimas ni en la más íntima esencia de la realidad jurídica. Junto al conocimiento científico que proporciona la ciencia jurídica, cabe el saber filosófico sobre la realidad jurídica, que lo proporciona la filosofía del Derecho.

Otros autores, como Mayer, Bender y Del Vecchio, también enlazan la noción de filosofía del Derecho con la definición de filosofía:

- Mayer, tras describir la filosofía como la aspiración a conocer la realidad como totalidad homogénea, define la filosofía del Derecho como “la aspiración a lograr una representación total y unitaria del Derecho”<sup>1182</sup>. En opinión de Hervada, Mayer parte de un concepto demasiado angosto de la filosofía.

<sup>1181</sup> Ob. Cit. Página 27.

<sup>1182</sup> Filosofía del Derecho, citado por Hervada en Ob. Cit. Página 21.

- Para Bender, “la filosofía del derecho es el conocimiento del derecho por sus causas últimas y universales”<sup>1183</sup>. Aplica la noción más clásica de la filosofía.
- Del Vecchio, por su parte, concibe la filosofía como el estudio de lo universal y de los primeros principios, de donde “la filosofía del derecho es la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de justicia tomado de la pura razón”<sup>1184</sup>. Es una definición de ‘resonancias kantianas’, a decir de Hervada, quien considera asimismo que no parece responder a toda la amplitud temática de la filosofía del Derecho.

Por otro lado, hay autores que no realizan tal enlace, aunque existe sin duda una relación implícita entre su noción de filosofía del Derecho y el sistema filosófico que profesa cada uno de dichos autores (con la previa lectura de los capítulos IV y V del presente estudio, el lector podrá entrever el trasfondo filosófico que subyace en algunas de las definiciones que a continuación se citan):

- Para Heydendreich, “es el tratado sobre la determinación de la propia conciencia de cada hombre por la libertad externa, y de la identidad de esa conciencia en todos los demás”<sup>1185</sup>.
- Según Gros, se trata de “la ciencia de aquello que es determinado por la razón práctica como legislación de la libertad externa”<sup>1186</sup>.
- Para Hegel, la filosofía del Derecho “tiene por objeto la Idea del Derecho, o sea el concepto del Derecho y su realización”<sup>1187</sup>.
- Ahrens considera la filosofía jurídica como una rama de la filosofía general, y dice que “es la ciencia que expone los principios cardinales del derecho, concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre, considerada en sí misma y en sus relaciones con el orden universal de las cosas”<sup>1188</sup>.
- Giner de los Ríos considera que “la filosofía del derecho es la ciencia que considera el derecho como permanente, esto es, en sí, prescindiendo de los cambios del mismo, que son asunto de su historia”<sup>1189</sup>.
- Según Stammler, “entendemos por Filosofía del Derecho aquellas doctrinas generales que se pueden proclamar dentro del campo jurídico con un alcance absoluto”<sup>1190</sup>.

<sup>1183</sup> *Philosophia Iuris*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 22.

<sup>1184</sup> *Lezioni di filosofia del diritto*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 22.

<sup>1185</sup> *Metapolitische Prolegomena für das natürlliche Staatsrecht*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 22.

<sup>1186</sup> *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 22.

<sup>1187</sup> *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 23.

<sup>1188</sup> *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho*, página 1, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 23.

<sup>1189</sup> *Principios de Derecho Natural*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 23, nota al pie 17.

<sup>1190</sup> *Tratado de Filosofía del Derecho*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 23.

- Cesarini Sforza considera que “se puede, pues, definir la filosofía del derecho como aquella parte de la filosofía que estudia la experiencia jurídica, en su universalidad, como acto de vida”<sup>1191</sup>.
- Para Vanni, “la filosofía del derecho es la ciencia que, mientras integra las ciencias jurídicas en la unidad de sus más generales principios, reúne al mismo tiempo el derecho al orden universal, en cuya relación explica su formación histórica en la sociedad humana e indaga desde el punto de vista ético sus exigencias racionales”<sup>1192</sup>.
- Filomusi Guelfi la define como “la ciencia de la suprema razón del derecho, la ciencia de la absoluta idea del derecho”<sup>1193</sup>.
- Según López de Oñate, “la filosofía del derecho es la filosofía en cuanto estudia la experiencia jurídica en su totalidad y en su complejidad, encuadrándola en el sistema de la realidad conforme su significado ideal”<sup>1194</sup>.
- Mendizábal la describe como “el conocimiento racional y sistemático de los sumos principios normativos que rigen la conducta moral del hombre y de las colectividades humanas, en cuanto tienden a la realización del bien individual con subordinación al bien social”<sup>1195</sup>, confundiendo la filosofía del derecho con la ética social.
- De igual forma Ruiz Giménez no distingue entre filosofía del derecho y ética social, al plantear que “la Filosofía jurídica es el saber supremo y total, obtenido a la luz natural de la razón, sobre el orden de los actos humanos en relación al bien común o fin social”<sup>1196</sup>.
- Para Hurtado, “la filosofía del derecho tiene por objeto el conocimiento de la realidad jurídica en su universalidad por sus principios y causas supremas”<sup>1197</sup>.
- Sancho Izquierdo la define como “aquella parte de la Filosofía que investiga las últimas verdades del fenómeno jurídico”<sup>1198</sup>.
- Martínez Doral se plantea una definición descriptiva de la filosofía del Derecho, en tres pasos<sup>1199</sup>:
  - Primero, puede definirse como “la pretensión de trascender la experiencia jurídica inmediata, en busca de los principios fundamentales que la justifican”.
  - Definiéndola por las causas extrínsecas, entiende que la filosofía del Derecho “es la pregunta por la realidad de lo jurídico, en el horizonte de la totalidad de lo que existe”.

<sup>1191</sup> *Filosofía del diritto*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 24.

<sup>1192</sup> *Lezioni di filosofia del diritto*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 24.

<sup>1193</sup> *Corso di filosofia del diritto*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 24.

<sup>1194</sup> *Filosofía del Derecho*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 24.

<sup>1195</sup> *Tratado de Derecho Natural*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Páginas 24 y 25.

<sup>1196</sup> *Introducción a la Filosofía Jurídica*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 25.

<sup>1197</sup> *Filosofía del Derecho* en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 25.

<sup>1198</sup> *Filosofía del Derecho* en *Gran Enciclopedia Rialp*, citado por Hervada en *Ob. Cit.* Página 25.

<sup>1199</sup> En su obra *La estructura del conocimiento jurídico*, de la cual cita Hervada en *Ob. Cit.* Página 26.

- Por último, tras afirmar que la filosofía del Derecho tiene por objeto la conducta humana bajo el prisma de la juridicidad, ofrece la siguiente definición: “Filosofía del derecho es la ciencia que tiene por objeto la proposición de las exigencias normativas, que regulan la convivencia externa de los hombres”. Según Martínez Doral, la filosofía del Derecho es especulativa por el modo de conocer, pero práctica por su fin.

De acuerdo con la definición de Martínez Doral, los temas fundamentales de la disciplina son tres:

- El Derecho (problema *lógico*): su objeto es la definición del Derecho.
- La justicia (problema *axiológico*): indaga la fundamentación más radical de lo jurídico.
- La teoría del saber jurídico (problema *gnoseológico*): trata de construir una teoría sobre el particular tipo de conocimiento que es el saber acerca del Derecho).

La reflexión filosófica sobre el Derecho está presente a lo largo de toda la historia, desde la antigua Grecia. Sin embargo, es hasta el siglo XIX que aparecen tratados específicos bajo la denominación de ‘filosofía del Derecho’, pues antes la filosofía sobre el Derecho se halla en obras de diversa índole. La idea comúnmente presentada al respecto consiste en que, antes del siglo XIX, el nombre clásico de la disciplina sería ‘ciencia del derecho natural’, y sus tratadistas no habrían tocado otro tema que el derecho natural, hasta que la negación del derecho natural y el repudio del racionalismo (escuela histórica, incipiente positivismo) hace que tales tratados se conviertan en disquisiciones filosóficas sobre el derecho positivo y cambien el nombre anterior de la ciencia por el de filosofía del Derecho. Esto es parcialmente verdad, pero cae en el grave error de confundir lo ocurrido desde la segunda mitad del siglo XVII hasta finales del siglo XVIII con la historia anterior de más de veinte siglos, ya que es hasta con el iusnaturalismo moderno (propriadamente, con Pufendorf) que surgen en sentido estricto manuales o tratados de derecho natural y se empieza a hablar de la ciencia del derecho natural como disciplina autónoma. Los autores anteriores a la mencionada época trataban no sólo de derecho natural sino de derecho positivo, además porque consideraban el derecho natural parte del derecho vigente, por lo que no puede considerarse que durante la antigüedad y la Edad Media existiera propiadamente una disciplina llamada Derecho Natural ni pueda llamársele ciencia del derecho natural al trabajo de los autores de esas edades: hacían filosofía jurídica, sin que existiese el nombre de filosofía del Derecho ni constituyese una disciplina autónoma. Es decir, la denominación de filosofía del Derecho se empezó a utilizar para referirse a la disciplina del Derecho Natural en sentido moderno, y también se pasó a entender como filosofía sobre el derecho positivo. Con el kantismo, el derecho natural ya no era entendido como derecho, sino como formas y principios *a priori* del derecho y, correlativamente, el conocimiento de éste se consideró filosofía del Derecho.

En cuanto a la *iuris naturalis scientia* o ciencia del derecho natural, en el siglo XIX fue entendida como sinónimo de ética o filosofía moral, sin referencia a la filosofía del Derecho. En otros autores, aparece como ciencia jurídica. Otros han considerado la ciencia del derecho natural como ética social y a la vez filosofía del Derecho, entendiendo que ésta última es parte de dicha ética. Algunos sostienen que la ciencia del derecho natural y la filosofía del Derecho son dos

denominaciones de una misma disciplina, mientras que otros piensan que la ciencia del derecho natural es una parte de la filosofía del Derecho. Hervada concluye que se trata de dos disciplinas distintas: si bien la filosofía del Derecho se ocupa del derecho natural, lo hace de modo filosófico, mientras que la ciencia del derecho natural, considerando éste como una parte del derecho vigente, es una disciplina distinta que se ocupa de tal derecho no según el método filosófico sino según el método jurídico. A juicio de Hervada, llamar ciencia del derecho natural a la filosofía del Derecho proviene de una doble confusión:

- De confundir la ciencia del derecho natural con filosofía moral.
- De confundir la materia de la ciencia del derecho natural con la materia propia de la filosofía jurídica. La filosofía del Derecho no se ocupa sólo del derecho natural, sino de todo el Derecho: también el positivo, y otros temas como la justicia, la gnoseología jurídica y los principios de la legislación. En cambio, la ciencia del derecho natural sí se ocupa únicamente de éste, dividiéndose en teoría general del derecho natural y sistema de los derechos naturales.

Puesto que la filosofía no es una disciplina unitaria, sino un conocimiento que se descompone en una serie de disciplinas o ciencias filosóficas, el autor se plantea la relación de la filosofía del Derecho con la filosofía en general. Se han ofrecido tres posibles respuestas:

- La filosofía del Derecho se confunde con una de las ciencias filosóficas tradicionalmente aceptadas, como la ética, o es una parte de ellas, por ejemplo, ética social.
- El estudio filosófico del Derecho afecta varias ciencias filosóficas (metafísica, teoría del conocimiento, etc.), por lo que la filosofía del Derecho está formada por la suma de materiales procedentes de lo que sobre el Derecho dicen las diferentes ciencias filosóficas.
- La filosofía del Derecho es una ciencia filosófica específica, distinta de las demás ramas de la filosofía, con un objeto formal propio y distinto. Esto plantea la cuestión de saber cuál sea esa perspectiva formal de la filosofía del Derecho.

Para Hervada, el estudio filosófico de la experiencia jurídica requiere la aplicación a la realidad jurídica de múltiples saberes filosóficos, como la metafísica, la gnoseología, la lógica, etc. Su característica formal es que es *jurídica*, es decir, estudia el Derecho en cuanto Derecho, no en cuanto factor político o ético, configurándose así como una rama específica de la filosofía, distinta de la filosofía política y de la filosofía moral o ética. El autor lo caracteriza de la siguiente manera:

“El derecho, además de otros modos que no son del caso, puede estudiarse como fenómeno político-social (instrumento y límite del poder, elemento del Estado) y en relación a la ética (teoría moral de la justicia y conductas éticamente justas); en un caso es objeto de la filosofía política, en el otro lo es de la filosofía moral. Ninguna de estas perspectivas es la propia de la filosofía del derecho, que se distingue por su perspectiva jurídica. Decir perspectiva jurídica quiere decir *la perspectiva del jurista* (que se distingue del político y del moralista). ¿Quién es el jurista? El jurista es el que trata del derecho desde la perspectiva de su cumplimiento o su satisfacción. Esta es la perspectiva de la filosofía jurídica. La filosofía del derecho es la ciencia filosófica del derecho en cuanto derecho, la filosofía sobre la realidad jurídica desde la



perspectiva del oficio de jurista. Cuando se filosofa sobre la realidad jurídica desde una perspectiva jurídica (en cuanto objeto del oficio del jurista), la filosofía se hace jurídica, esto es, filosofía del derecho. La filosofía del derecho es filosofía *jurídica*. Los saberes filosóficos requeridos por la filosofía del derecho son múltiples, pero hay una unidad formal: la perspectiva jurídica. Ello permite a la filosofía del derecho constituirse en una ciencia filosófica unitaria. Esto pone de manifiesto cuán importante es para la filosofía del derecho mantenerse rigurosamente en los términos de esa formalidad, sin decantarse hacia la filosofía política o hacia la filosofía moral, las dos perennes tentaciones del filósofo del derecho”<sup>1200</sup>.

Por último, el autor indaga la dimensión especulativa y práctica de la filosofía del Derecho. La realidad jurídica es, sobre todo, una praxis: la realización del derecho, su cumplimiento. Por eso la ciencia del derecho es ciencia de la conducta humana y su núcleo central es la acción jurídica o acto de dar satisfacción al derecho. Ello requiere un saber práctico, que es el arte del derecho o jurisprudencia. La ciencia del derecho, en su aspecto científico-sistemático, es general y con cierto grado de abstracción (la dogmática jurídica) pero dirigido también a la realización del derecho, aunque no inmediatamente práctico: es un saber especulativamente práctico. Tanto el arte jurídico o jurisprudencia como la ciencia jurídica van íntimamente ligados, pues son grados del saber jurídico o ciencia de la realización del derecho, ciencia de la práctica jurídica. Algunos autores plantean que la filosofía del Derecho es un nivel o grado más de la ciencia de la práctica jurídica. Hervada, en cambio, considera que, si bien el saber filosófico del Derecho es necesario para el jurista, no es un nivel de la ciencia del jurista, sino saber filosófico sobre la ciencia y el hacer del jurista. La filosofía del Derecho es especulativa, orientada a conocer la realidad jurídica, pero no a construirla o realizarla. Sin embargo, la filosofía del Derecho puede mejorar y transformar la realidad jurídica en cuanto que, al conocer los presupuestos, el fundamento y el sentido de la acción, está en capacidad de criticarla, valorarla y darle sentido. La filosofía del Derecho proporciona al jurista la explicación última de la realidad jurídica, su más profundo sentido y su más alta orientación, ningún sistema científico está desconectado ni es independiente de algún sistema filosófico: tanto la interpretación como la forma de desarrollar la función del jurista dependen de la filosofía.

A algunos juristas les parece que no es necesaria la filosofía del Derecho: dicen que basta saber las leyes y aplicarlas. Sin embargo, incluso esa actitud presupone una filosofía del Derecho: el positivismo legalista. Como todo hombre tiene una filosofía aunque sea rudimentaria y vulgar, así todo jurista opera al menos con rudimentos filosóficos. Operar con rudimentos filosóficos implícitos no es algo deseable: para ejercer con competencia, con sentido y conocimiento de causa de su oficio, el jurista debe conocer la filosofía del Derecho, pues este enriquece el oficio del jurista, dándole mayor profundidad, luces, penetración y un conocimiento más completo. La filosofía jurídica no tiene por objeto ideales, sino realidades. Parte del conocimiento de la experiencia jurídica y llega a lo metaempírico de lo real. La filosofía elabora conceptos, capta principios y establece relaciones, pero no desligado de la realidad: no es una construcción racional, sino filosofía sobre la praxis jurídica o realización y cumplimiento del Derecho.

#### 4. Individualismo

Por ‘individualismo’ se entiende, según el Diccionario de la Real Academia, “tendencia a pensar y obrar con independencia de los demás, o sin sujetarse a normas generales”, “tendencia filosófica que defiende la autonomía y supremacía de los derechos del individuo frente a los de la

<sup>1200</sup> Hervada. *Ob. Cit.* Páginas 49 y 50.

sociedad y el Estado”. La primera acepción se refiere a la conducta humana; la segunda, a un rasgo general de diversas corrientes de pensamiento. Nell-Breuning nos presenta tres acepciones de ‘individualismo’ (una de las cuales identifica con el ‘liberalismo’, por lo que lo expuesto a continuación será necesario tenerlo en mente al momento de leer el apartado sobre el liberalismo, como complemento de su examen). Para Nell-Breuning, el individualismo puede entenderse de tres maneras<sup>1201</sup>:

- Como “una acentuación del valor de la personalidad del hombre, el cultivo y desarrollo de la misma en oposición al gregarismo humano, a la ‘masificación’; y ello entendido en sentido lato, es decir, no sólo de la personalidad individual, sino también de las familias de grandes prendas y de otros grupos en los que se cultiva y fructifica –‘en’ y ‘para’ el todo superior– la conciencia de la propia clase y del propio valor”.
- Como “la opinión que concede excesivo relieve al individuo o a grupos particulares con menoscabo de la vinculación a la comunidad situada por encima de ellos y aspira ya a una humanidad de ‘señores’ (*Nietzsche*), ya a la anarquía (*Proudhon*)”.
- Como “una concepción de la sociedad que realza al individuo hasta el punto de reducir la sociedad a una suma de entes individuales, despojándola del carácter de totalidad o unidad. Según dicha concepción, el derecho y la libertad de movimiento de los individuos deben únicamente encontrar sus límites en el derecho igual de los demás, pero no en obligaciones internas para con la comunidad. Y sólo puede haber ‘orden’ cuando el interés particular individual bien entendido conduce –como es de esperar– a una especie de ‘coordinación’, a una *harmonia praestabilita*. (...) Este individualismo (llamado en política ‘liberalismo’) dominó en el siglo XIX la sociedad y la economía (...)”.

En opinión de Nell-Breuning, con el individualismo-liberalismo “en realidad ocurre que los más fuertes devoran a los más débiles, y en lugar de una muchedumbre ‘libre’ aparece el ejercicio despótico e irresponsable del poder bajo las apariencias de libertad e igualdad. Este individualismo (...) fue decayendo con [el siglo XIX], pero perdura como individualismo de grado superior bajo el ropaje del colectivismo y acrecentado hasta lo gigantesco”. Estas duras palabras, a primera vista, para un lector en el ámbito académico de la Universidad Francisco Marroquín pueden parecer una crítica frontal, directa y agresiva –quizá desechable como ‘prejuicio falaz’– contra la llamada ‘filosofía de la libertad’, y entonces ciertamente le sorprendería de sobremanera toparse con que nadie menos que F.A. Hayek estaría de acuerdo con ella: en efecto, Hayek identifica dos tradiciones de liberalismo y de individualismo (siempre en el marco de su binomio constructivismo-evolucionismo), de las cuales una (la corriente constructivista, según la visión de Hayek) se haría perfectamente merecedora del sombrío diagnóstico de Nell-Breuning: así, se pone de manifiesto nuevamente la necesidad de efectuar una desambiguación como a la que este capítulo se propone contribuir.

En su tesis de licenciatura presentada ante nuestra Facultad, Sasha Maldonado Solórzano aborda los temas de individualismo y colectivismo, ofreciendo primero dos nociones de individualismo: citando a Raymie Strata, enuncia que el individualismo “sostiene que el individuo es la unidad primaria de la realidad y el máximo estándar de valor. No niega que las sociedades existen o que las personas se benefician de la vida en sociedad, pero parece que la sociedad es una colección de individuos, no algo más grande y poderoso que ellos. (...) La base del individualismo radica en el

<sup>1201</sup> Nell-Breuning, *Individualismo*, en Brugger. *Ob. Cit.* Página 305.

derecho moral propio de buscar su propia felicidad. Esta búsqueda requiere un grado alto de independencia, iniciativa y responsabilidad propia. Pero el verdadero individualismo conlleva la cooperación con otros a través del intercambio, que facilita la búsqueda personal de la felicidad de cada individuo, pero este intercambio no solo se manifiesta en cuanto al intercambio de mercaderías, también en cuanto a conocimiento y relaciones amistosas. El intercambio es esencial para la vida; provee al individuo de bienes y valores que necesita, creando un ambiente en el cual el intercambio florece; es de suma importancia y de interés para el individuo”<sup>1202</sup>; citando a Ayn Rand, expresa que “El individualismo tiene al hombre –a todo hombre– como independiente, una entidad soberana que posee un Derecho inalienable a su propia vida, un derecho derivado de su naturaleza como ser racional. El individualismo sostiene que una sociedad civilizada, o cualquier otra forma de asociación, cooperación o coexistencia pacífica entre los hombres, solamente puede ser alcanzada con base en el reconocimiento de los derechos individuales –y en que un grupo, como tal, no tiene más derechos que aquéllos derechos individuales de sus miembros”<sup>1203</sup>. Seguidamente, la citada autora presenta descripciones de diferentes tipos de individualismo, que a continuación parafraseamos<sup>1204</sup>:

- Individualismo *histórico-social*: según el cual la libertad y el derecho de propiedad son anteriores al pacto social por medio del cual se forma el gobierno. En tal sentido, presupone la aceptación de las teorías contractualistas sobre el origen de la sociedad. Está presente en autores como John Locke. Del individualismo histórico-social se derivan las siguientes doctrinas:
  - El único poder legítimo es el que los ciudadanos libremente han delegado al gobierno.
  - La función propia del Estado es proteger los derechos de los ciudadanos y, especialmente, el de propiedad.
- Individualismo *metafísico*: que enuncia la sociedad como un conjunto de individuos, sin que tal conjunto se tenga como un super-individuo: no existe la sociedad por encima de los individuos que la componen<sup>1205</sup>. Como sólo los individuos piensan y actúan, la acción

<sup>1202</sup> Citado por Maldonado Solórzano, Sasha en Desarrollo Histórico Filosófico de la Noción Individualista y Colectivista y su Influencia en Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Página 2.

<sup>1203</sup> Citada por Maldonado en Loc. Cit.

<sup>1204</sup> Cfr. Ibid. Páginas 3 a 7.

<sup>1205</sup> A propósito de este capítulo, me ha parecido interesante un comentario que hace Zanotti sobre el individualismo metodológico, que se vincula con el individualismo ontológico o metafísico: “El individualismo metodológico es entonces la clara ‘advertencia’ de que las ciencias sociales, para ‘comprender’ sus órdenes espontáneos, usan un método ‘compositivo’ que ‘comprende’ desde los individuos y sus interacciones hasta el ‘modelo general’ del orden espontáneo en cuestión. Este ‘desde’ no implica un inductivismo contradictorio con todo lo que está diciendo Hayek, sino que no se puede ‘comprender’ lo que es un mercado, por ejemplo, si no se entiende que con esa palabra designamos un conjunto de individuos que interactúan de tal o cual modo. Suponer lo contrario implica suponer que hay ‘algo’ que ‘actúa’ o ‘piensa’ más allá o independientemente de los individuos, lo cual lleva, directamente, al totalitarismo. Este tema ha sido denodadamente defendido por los austriacos, principalmente por el peligro totalitario que ven en la posición contraria. Sin embargo, hay que tener en cuenta un problema interno al mismo planteamiento austriaco. Los órdenes espontáneos presuponen hipótesis auxiliares de tipo ‘sistémico’ de las cuales se predicen ‘procesos’ que no pueden predicarse de los individuos en lo particular. Es ‘el mercado’ el que economiza los recursos, no un individuo aislado. ¿Entonces? Pues son necesarias, en mi opinión, dos aclaraciones, una ontológica y otra lingüística.

“a) El orden social –según Santo Tomás– no es una sustancia que anule a los individuos, pero tampoco supone sólo un conjunto de individuos ‘interpretados’ bajo una palabra. Suponer esto último implicaría un individualismo

de cada individuo recibe influjo de la acción y el pensamiento de sus prójimos, dando lugar a innovaciones no realizadas por una mente de grupo, sino logradas por individuos. Según Maldonado, este individualismo no debe confundirse con el egoísmo ni con la individualidad del mismo individuo (actividad consciente del individuo).

- Individualismo *jurídico*: los derechos y obligaciones corresponden primordialmente a individuos, considerándose los derechos de la colectividad sólo de modo secundario. Junto con el individualismo metafísico, el jurídico fundamenta la oposición a cualquier forma de totalitarismo que apele a una especie de super-voluntad colectiva a la que deban someterse las voluntades individuales.
- Individualismo *político*: afirma que la sociedad es un conjunto de individuos racionales, generadores de deseos y preferencias, y únicos jueces y defensores de sus intereses. Sus premisas principales son:
  - La legitimidad y autoridad del gobierno derivan del consentimiento individual de sus ciudadanos.
  - La representación no representa sectores, sino intereses individuales.

ontológico y una hermenéutica nominalista que se ha expandido por ambientes liberales clásicos sin necesidad alguna, produciendo discusiones con otras tradiciones de pensamiento (...). El orden social supone interacciones entre individuos, los cuales se encuentran por ende bajo una *relación*. Una relación entre dos individuos no anula su individualidad; es más, la supone. Pero la 'relación en sí misma considerada' (y aquí entra Husserl) va más allá de una mera suma de individuos. Pero tampoco es una sustancia que los anula. Pues en ese caso tampoco hay relación. Lo que queremos decir con esto es que si el colectivismo metodológico supone el colectivismo ontológico (Hegel, Marx) y si el individualismo metodológico supone el individualismo y nominalismo ontológico (Hume), ambos son errores ontológicos que relegan al olvido la fecundidad de la vieja y noble categoría aristotélica de *relación*.

“b) Lingüísticamente, hay que distinguir entre diferentes tipos de términos universales y ver de qué sujeto se predica cada acción (sujeto como categoría gramatical). Un término universal no es un término colectivo. ‘Cardumen’ es un ejemplo de este último: conjunto de peces, pero cada pez no es un cardumen. ‘Ser humano’ es un universal que es predicado de sus individuos: Juan es ser humano, Pedro es ser humano... Ahora bien, hay veces que en ciencias sociales se usan términos colectivos para designar una determinada interacción sin que ello signifique necesariamente un colectivismo ontológico. Para ir a un ejemplo importante, yo puedo hablar de tal o cual mercado, pero los individuos que lo componen no son ellos mismos ‘mercado’. Cuando designo a un proceso designo al proceso en cuanto tal, aunque ese proceso no sea inteligible sino en tanto determinada interacción de personas.

“En este caso, hay predicados que son privativos de ciertos ‘procesos’ o interacciones, y otros predicados son privativos de persona, y hay que tener cuidado de eso cuando se escribe. Es aquí donde aparecen las consecuencias políticas, tan temidas o queridas. Un gobierno no ‘habla’, ‘piensa’, etc. Podemos decir que un mercado ‘establece’ los precios, pero en ese caso nos referimos al resultado del proceso... La *no* aclaración de estas cuestiones es lo que produce consecuencias que después se transmiten a lo político” (Zanotti. *Ob. Cit.* Páginas 52 a 54).

Hayek, aunque no refiriéndose directamente a ‘la sociedad’ y ‘el individuo’, da la siguiente explicación que en algo se relaciona con lo apuntado por Zanotti: “El orden de las acciones en un grupo es, por dos motivos, algo más que la totalidad de las regularidades observables en las acciones de los individuos, y no puede reducirse enteramente a ellas. Y esto no sólo en el sentido trivial de que un conjunto es algo más que la mera *suma* de sus partes, sino que también presupone que estos elementos estén ligados entre sí de modo particular. Es algo más también porque la existencia de esas relaciones esenciales para la vida del conjunto no se puede explicar completamente a través de la interacción con un mundo externo tanto de las partes individuales como del todo. Si existen estructuras recurrentes y persistentes de un cierto tipo (es decir, que muestran un cierto orden), ello se debe a los elementos que responden a influencias externas, que se afrontan de manera que sea posible la preservación o el restablecimiento de ese orden; y de esto, a su vez, pueden depender las oportunidades que los individuos tienen de preservarse a sí mismos”. (Hayek. *Evolución de los Sistemas de Reglas de Conducta*, en *Estudios de Filosofía, Política y Economía*. Página 121).

- El fin del gobierno es proporcionar satisfacción de las necesidades particulares y proteger los derechos individuales.
- Individualismo *antropológico*: plantea al hombre como ser capaz de labrar su propio destino y fundamentalmente responsable de lo que le pasa en la vida. De él deriva la oposición liberal a que el ciudadano espere que el gobierno resuelva sus problemas, y el rechazo a la tendencia de culpar a la sociedad o al Estado del propio fracaso.
- Individualismo *económico*: la forma más efectiva de lograr el bien común y la prosperidad general es permitirle al ciudadano libertad de producir, consumir e intercambiar, con mínima intervención del Estado. Supone la propiedad privada de los medios de producción. Un destacado exponente es Adam Smith. De él se derivan la oposición a la interferencia estatal en la economía, y la defensa del capitalismo de libre mercado.
- Individualismo *metodológico*<sup>1206</sup>: afirma que los intentos por explicar los fenómenos sociales deben hacerse en términos individuales. Destaca las siguientes premisas:
  - La sociedad, las instituciones y los grupos están formados por individuos; las tradiciones, costumbres, ideologías y lenguaje son formas en que los individuos actúan, piensan y hablan.
  - Cualquier proposición debe reducirse a los individuos para que tenga sentido.
  - En la sociedad sólo los individuos son reales; los fenómenos sociales son construcciones mentales.
  - Las instituciones sociales deben explicarse por los fines individuales de las personas que en ellas se encuentran.
- Individualismo *religioso*: describe la actitud de las personas que niegan la limitación de una creencia en particular, o niegan someterse a una autoridad religiosa en particular, llamándose a sí mismos ‘pensadores libres’.

Sobre este último tipo de individualismo (el religioso) conviene hacer una aclaración que sirve también a los propósitos de este capítulo: da lugar a confusión la cita que la autora hace luego de describir el individualismo religioso en los términos que anteriormente parafraseamos, pues cita seguidamente la encíclica ‘*Mater et Magistra*’ de Juan XXIII, a su vez citada por Manuel Ayau en su ensayo sobre el individualismo. La cita es la siguiente: “...el principio fundamental de esta concepción consiste en que *cada uno de los seres humanos es y debe ser el fundamento, el fin y el sujeto* de todas las instituciones en las que se expresa y actúa la vida social: cada uno de los seres humanos visto en lo que es y en lo que debe ser según su naturaleza intrínsecamente social, y en el plan providencial de su elevación al orden sobrenatural”<sup>1207</sup>. Según la autora, este es el

<sup>1206</sup> Véase además los apuntes que sobre individualismo metodológico, en el contexto del análisis económico del Derecho, ofrecemos en Capítulo VI, II, 2.

<sup>1207</sup> Juan XXIII. *Mater et Magistra*, citado por Manuel Ayau en *Individualismo*, disponible en línea en: <http://www.biblioteca.cees.org.gt/topicos/web/topic-075.html>. El énfasis en itálica es de Manuel Ayau. La cita parece corresponder al número 219 de la encíclica, que en la versión en línea publicada por la Santa Sede aparece de

concepto propuesto por el individualismo religioso. Sin embargo, en la encíclica se está haciendo referencia (al hablar de “esta concepción” o “esta doctrina” según las citas) propiamente a la doctrina social de la Iglesia, y Ayau lo presenta como la ‘posición católica’ sobre el individualismo, del cual él en su citado ensayo acepta la definición como “Sistema filosófico que considera al individuo como fundamento y fin de todas las leyes y relaciones morales y políticas”<sup>1208</sup>. Es decir, parece que Manuel Ayau trata de resaltar la coincidencia entre la doctrina social de la Iglesia y la definición de individualismo que él acepta (contraponiéndolo a su utilización como sinónimo de egoísmo), y que de ninguna manera –ni Ayau ni Juan XXIII– están proponiendo tal enunciado como un concepto de individualismo religioso. Entiendo que puede considerarse como tal únicamente en el sentido que, aceptando la definición de individualismo que adopta Ayau, y comparándola con la cita de la encíclica, parece que ambas básicamente coinciden y, siendo la doctrina social de la Iglesia enunciada por una institución religiosa, quedaría entonces como una acogida del individualismo en un contexto o perspectiva relacionado con la religión, y en ese sentido podría hablarse de ‘individualismo religioso’ –aunque no resulte del todo adecuado el término–: pero, primero, ello depende enteramente del concepto de individualismo con el que Ayau lo compara, el cual no coincide del todo con otros conceptos de individualismo como los que se han presentado anteriormente y, segundo, nada tiene que ver con la noción de individualismo religioso enunciada por Sasha Maldonado en el párrafo que en su tesis precede a la cita en cuestión<sup>1209</sup>. De lo anterior, entonces, podrían enunciarse no uno sino dos conceptos de ‘individualismo religioso’:

---

modo distinto al transcrito por Ayau: “El principio capital, sin duda alguna, de esta doctrina afirma que el hombre es necesariamente fundamento, causa y fin de todas las instituciones sociales; el hombre, repetimos, en cuanto es sociable por naturaleza y ha sido elevado a un orden sobrenatural”. Parece tratarse de una divergencia en la traducción (y he encontrado –también en línea– otras traducciones que concuerdan con la citada por Ayau), pero nos hace dable preguntar ¿qué relevancia tendría, qué diferencia haría, hablar de ‘el hombre’ o de ‘cada uno de los seres humanos’?, pues, en efecto, por ‘el hombre’ podría expresarse un concepto más abstracto del ser humano que no necesariamente se refiere a él como individuo: de aclaración nos sirve la versión oficial de la encíclica en latín, que dice “*Cuius doctrinae illud est omnino caput, **singulos homines** necessarie fundamentum, causam et finem esse omnium socialium institutorum; homines dicimus, quatenus sunt natura congregabiles, et ad ordinem rerum evecti, quae naturam exsuperant et vincunt*” (el resaltado en negrilla es mío). Así, parece entonces que el sentido del enunciado sí es el de referirse al hombre singular, individual.

Cfr. en línea en: [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_xxiii/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_sp.html) (español);

[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_xxiii/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater\\_lt.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_lt.html) (latín).

<sup>1208</sup> Ayau. *Ob. Cit.*

<sup>1209</sup> Menos aún al considerar que la autora describe el individualismo religioso como “la actitud de (...) aquellas personas que se hacen llamar ‘pensadores libres’ que además aceptan el Cristianismo, pero no declaran su fidelidad a ningún credo” (*Ob. Cit.* Página 7). Ligar tal noción de individualismo religioso con la doctrina social de la Iglesia sería radicalmente contradictorio y opuesto tanto con la doctrina de la Iglesia como con la postura de ‘libre pensador’ pues, sin ir muy lejos, la misma encíclica citada por Ayau y Maldonado inicia afirmando que “Madre y Maestra de pueblos, la Iglesia católica fue fundada como tal por Jesucristo para que, en el transcurso de los siglos, encontraran su salvación, con la plenitud de una vida más excelente, todos cuantos habían de entrar en el seno de aquella y recibir su abrazo. A esta Iglesia, *columna y fundamento de la verdad* (1Tim 3,15), confió su divino fundador una doble misión, la de engendrar hijos para sí, y la de educarlos y dirigirlos, velando con maternal solicitud por la vida de los individuos y de los pueblos, cuya superior dignidad miró siempre la Iglesia con el máximo respeto y defendió con la mayor vigilancia” (el énfasis en itálico es del original). ¿Cómo podría una institución que se reconoce ‘columna y fundamento de la verdad’ coincidir con una postura intelectual que rechaza la adhesión a credo alguno? ¿Realmente ‘aceptan el Cristianismo’ quienes ‘no declaran su fidelidad a ningún credo’? ¿Por qué limitar tal actitud al cristianismo? ¿Pueden haber ‘libres pensadores’ budistas, islámicos, judíos, etc.?

- Primero, en el sentido que se identifica con la actitud de los proclamados ‘libres pensadores’, como rechazo de sometimiento a cualquier creencia, credo o autoridad religiosa en particular.
- Segundo, en el sentido que trataría de ver la concepción particular de individualismo en cuanto sistema filosófico que considera al individuo como fundamento y fin de todas las leyes y relaciones morales y políticas, reflejado de alguna manera en la doctrina social de la Iglesia Católica.

El primer sentido haría referencia al individuo frente a todas las religiones (no adhiriéndose a ninguna), y el segundo haría referencia a la doctrina católica frente a una noción concreta de individualismo. Se ve, entonces, que no son lo mismo.

En lo anterior hemos visto ya un par de referencias al hecho de que el individualismo se confunde con egoísmo, y es precisamente ese problema el que enfoca Manuel Ayau en su citado ensayo, partiendo de una observación prácticamente igual a la que inspira este capítulo, y consiguientemente buscando desambiguar la noción de individualismo. El Diccionario de la Real Academia define ‘egoísmo’ como “Inmoderado y excesivo amor a sí mismo, que hace atender desmedidamente al propio interés, sin cuidarse del de los demás”. Nos dice Ayau: “Las discusiones religiosas, de ética, económicas y sociales, se vuelven más confusas debido a problemas de semántica y el mal uso, muchas veces intencional, de ciertas palabras. Por ejemplo, hoy día se habla despectivamente de individualismo, porque se le confunde con egoísmo. Se le considera antidemocrático y vil. En el diccionario, individualismo tiene varias definiciones: ‘Egoísmo de cada cual en los efectos, en los intereses, etc.’. También contiene la siguiente definición: ‘Sistema filosófico que considera al individuo como fundamento y fin de todas las leyes y relaciones morales y políticas’. Cuando se habla de sistemas de organización social, contrastando el individualismo con los sistemas colectivistas (socialistas), el sentido de la palabra es el de la última definición citada, y no la de simple sinónimo de egoísmo. Tal juego de semántica ha sido muy útil a los destructores de la base moral y ética de la civilización cristiana occidental. Es como sinónimo de egoísmo que primero se introduce en los argumentos y una vez introducido tal concepto y uso del vocablo, se introduce el colectivismo como la bondadosa antítesis. Como táctica dialéctica, se utiliza enseguida para catalogar el sistema individualista como el sistema basado en el egoísmo. Por otra parte, la escuela filosófica colectivista es la doctrina que considera la colectividad (la ‘sociedad’) como fin y fundamento de todas las leyes y relaciones morales y éticas, supeditando el ser individual al interés colectivo, según la interpretación del gobierno (sea electo y representativo, o no lo sea). Evidentemente no puede ser una persona colectivista e individualista al mismo tiempo y cuando se nos habla de un término medio, una tercera posición alejada de ‘extremos’, nunca se define esta posición por una simple razón: no existe. O es la sociedad o el individuo el ‘fundamento y fin’”<sup>1210</sup>.

Al preguntarse ¿qué sistema se funda en el egoísmo?, el fundador y rector emérito de nuestra Universidad responde que “Ya que indefectiblemente la práctica del colectivismo significa quitarle a unos para repartirlo entre otros por medios coercitivos, parecería ser evidente que si se buscara cuál sistema se funda en el vicio del egoísmo y la envidia, estos últimos deberán considerarse como inherentes al sistema colectivista, nunca a la escuela individualista que sostiene que la salvación espiritual del hombre y su bienestar material son responsabilidades individuales, que las virtudes son de los individuos, y no responsabilidad ‘colectivas’ o ‘sociales’.

<sup>1210</sup> Ayau. Ob. Cit.

En cambio, es tan fácil eludir la responsabilidad individual culpando al sistema, a ‘los otros’, discurriendo sistemas para que ellos (‘los ricos’) paguen (siempre coercitivamente) por las comodidades que individualmente no hemos podido adquirir. Si algún sistema se basa en el egoísmo, definitivamente es el sistema colectivista, y no el individualista. Bajo este último existen las virtudes individuales y responsabilidades sociales; en el colectivismo la responsabilidad y la virtud se despersonalizan y la ‘Sociedad’ (el Estado) asume las responsabilidades, y utópicamente, las virtudes. Sólo en un sistema individualista puede el hombre tener responsabilidades sociales. En el sistema colectivista, el Estado es el responsable por la sociedad, la colaboración individual carece de voluntariedad, y por lo tanto, no puede existir virtud ni responsabilidad”<sup>1211</sup>. Hayek explica por qué prefiere describir la condición de libertad como “un estado en el que cada uno puede emplear su propio conocimiento para sus propios fines” en lugar de “la clásica expresión de Adam Smith según la cual ‘todo hombre, mientras no viole las leyes de la justicia, debe ser libre de perseguir sus intereses a su manera’”, diciendo que “La razón de mi preferencia es que esta última fórmula sugiere innecesaria y desafortunadamente, sin pretenderlo, una conexión entre el tema de la libertad individual y el egoísmo. En realidad, la libertad de perseguir los propios fines es tan importante para el perfecto altruista como para el más empedernido egoísta. El altruismo, para ser virtud, no supone ciertamente que el individuo tenga que seguir la voluntad de otro. Pero es claro que gran parte del pretendido altruismo se manifiesta como un deseo de hacer que los demás sirvan los fines que el ‘altruista’ considera importantes. (...) No existe una relación necesaria entre altruismo y acción colectiva, o entre egoísmo y acción individual”<sup>1212</sup>.

La explicación de Ayau deja entrever que el individualismo como sistema de organización social no se confunde con el egoísmo, que es más bien un vicio moral, cuyo opuesto (la virtud) considera más factible precisamente en un modelo social individualista, puesto que la virtud es personal, individual, como perfeccionamiento del obrar moral de la persona humana. El enunciado sería, entonces, que de un modelo de organización social individualista no se sigue necesariamente la promoción o entronización del egoísmo –aparte de que, de por sí, individualismo y egoísmo no son lo mismo–, en similar forma a como Mackaay explicaba que el individualismo metodológico no es más que una herramienta de análisis que por sí misma no tiene implicaciones éticas, es decir, que del individualismo metodológico no se sigue que la maximización de los intereses individuales sea ética o moralmente deseable, pues como método de estudio no va enfocado a realizar semejantes aseveraciones. En cambio, Maldonado –antes de iniciar su exposición de los tipos de individualismo que antes hemos citado– expresa que “deseo aclarar que las descripciones siguientes no representan distintas clases o nociones de individualismo, sino que solamente son diferentes representaciones del mismo pensamiento enfocado a distintas ramas de la vida humana y su influencia”<sup>1213</sup> y posteriormente agrega que “a lo largo de los años el individualismo ha estado concebido como un todo, histórico-social, metafísico, jurídico, antropológico y económico. Por tal motivo, la noción del Individualismo cambia según el área de estudio”<sup>1214</sup>. Nótese que en la segunda cita no menciona los individualismos político, metodológico y religioso como manifestaciones del mismo individualismo concebido como un todo. Esto me parece congruente con lo mencionado antes, ya que, aún cuando las variantes que la autora sí incluye en la segunda cita se han manifestado de forma vinculada en determinados pensadores o momentos históricos, no siempre es así, al igual

---

<sup>1211</sup> *Ibid.*

<sup>1212</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Página 80.

<sup>1213</sup> Maldonado. *Ob. Cit.* Página 3.

<sup>1214</sup> *Ibid.* Página 7.



que no lo hacen las variantes que omite en la segunda cita: uno puede, por ejemplo, encontrar personas que utilizan el individualismo metodológico en el estudio de la sociedad, pero que no participan del individualismo religioso (en la primera acepción que hemos identificado), o que rechazan el individualismo histórico-social por no estar de acuerdo con las teorías contractualistas del origen de la sociedad, pero que sí abrazan el individualismo económico. Asimismo, por la vinculación que el individualismo económico tiene con el liberalismo ‘del mismo apellido’, resulta un interesantísimo contraste el tan mencionado ejemplo de China, país que ha alcanzado grandes índices de desarrollo económico mediante la gradual transición hacia una economía de mercado, reduciendo la intervención estatal, pero que políticamente sigue rigiéndose por un modelo de organización y gobierno nada ‘individualistas’ en los otros sentidos. Tal parece, entonces, que el individualismo no es *per se* una realidad monolítica, que sus variantes no son manifestaciones de un mismo todo en diferentes planos o dimensiones de la realidad, sino que más cabe hablar de diferentes ‘individualismos’ que no siempre van de la mano –ni en la teoría ni en la práctica– y que incluso pueden llegar a ser compatibles con posturas que se contraponen a otros ‘tipos’ de individualismo.

Hayek expone lo que él denomina ‘individualismo verdadero’ e ‘individualismo falso’, identificando el primero con la corriente evolucionista, y el segundo con la corriente constructivista<sup>1215</sup>. Hayek enfoca el individualismo verdadero en dos sentidos:

- En un sentido *primario*, como *una teoría de la sociedad*, un intento por comprender las fuerzas que determinan la vida social del hombre.
- En un sentido *secundario*, como *un conjunto de máximas políticas* derivadas de tal visión de la sociedad.

Explica Hayek que el individualismo verdadero no es sinónimo de anarquismo (el cual, en cambio, es producto del pseudo-individualismo racionalista al cual se opone): el auténtico individualismo no se opone a la organización social o asociación, no postula ni basa sus argumentos en la existencia de hombres aislados y autosuficientes, sino que únicamente se opone al uso de la coacción para provocar la organización o asociación, de donde deriva su demanda de una estricta limitación de todo poder coercitivo o exclusivo.

Señala dos postulados básicos del auténtico individualismo:

- Que no existe otro camino hacia la comprensión de los fenómenos sociales sino mediante el entendimiento de las acciones individuales dirigidas hacia otras personas y guiadas por su conducta esperada.
  - Este argumento se dirige contra las teorías colectivistas de la sociedad que pretenden comprender directamente a los conglomerados sociales como entidades *sui generis* que existen independientemente de los individuos que las componen.
- Que al rastrear los efectos combinados de acciones individuales, se descubre que muchas de las instituciones sobre las que descansan los logros humanos han surgido y están funcionando sin una mente diseñadora y directora.

---

<sup>1215</sup> Para todo lo que sigue, Cfr. Hayek, Friedrich A. *Individualism: True and False*, en *Individualism and Economic Order*. Páginas 1 a 32.

- Se contraponen al pseudo-individualismo racionalista que conduce al colectivismo práctico, según el cual las instituciones sociales son producto de un diseño deliberado.

Según Hayek, el individualismo verdadero presenta un sistema de organización social que permite dar mayor libertad a todos, a diferencia del individualismo falso que lleva a dar libertad únicamente a los ‘buenos y sabios’. Para Hayek, las posturas individualistas de autores como Adam Smith y otros, se han malinterpretado pensando que postula el *homo oeconomicus* en el sentido de que el hombre de por sí actúa en forma racional y economizadora, cuando en realidad, lo que el individualismo implica es que, mediante el sistema de propiedad privada, el hombre se ve más y mejor inducido a comportarse en forma racional y económica, independientemente de que así se conduzca de hecho en la práctica.

Asimismo, el verdadero individualismo no afirma que dicho sistema de organización social no sea susceptible de mejorarse, ni postula la existencia de una ‘armonía natural de intereses’ independiente del marco institucional, sino que, por el contrario, está consciente de que existen conflictos de intereses y, en tal virtud, plantea que las instituciones, normas y principios deben servir como salvaguardia contra el abuso y el dominio de unos sobre otros. Por otro lado, cuando el individualismo verdadero se refiere al ‘yo’ (el ‘*self*’), no necesariamente limita tal noción al individuo en cuanto tal, sino que incluye a su familia y amigos y, como lo entiende Hayek, puede incluso extenderse a cualquier interés del hombre. Hayek explica esto en la perspectiva del conocimiento: dado que el hombre únicamente conoce (o, por lo menos, conoce mucho mejor) los efectos de sus acciones sobre sí mismo y sobre su círculo inmediato, es mejor que guíe su acción según las consecuencias más inmediatas que le resultan cognoscibles y, en esa medida, le interesan, en vez de obligarlo a guiar su actuar conforme a los mandatos de alguien que supuestamente entiende mejor las consecuencias de la acción sobre la sociedad como un todo. Sin embargo, también dice Hayek que las conclusiones del individualismo no necesitan basarse en suponer que cada persona realmente conoce mejor su propio interés sino que, por el contrario, vale decir que se basa en que nadie sabe realmente quién sabe mejor, de donde la mejor manera de averiguarlo es dejar que cada quien intente ver qué puede lograr, dando lugar a un sistema en que cada contribución individual pueda ser probada y corregida por los demás. Para que tal sistema pueda funcionar, son necesarias dos cosas:

- Que el individuo tenga una esfera de responsabilidad claramente delimitada. Esto no debe tomar la forma de asignación al individuo de fines específicos que debe lograr, ni de otorgarle recursos específicos seleccionados por alguna autoridad. La esfera de responsabilidad debe determinarse como resultado de las actividades y la planificación del propio individuo. Esto se logra a través del establecimiento de principios formales que permitan a cada individuo conocer la diferencia entre lo tuyo y lo mío, de donde deriva el conocimiento de la esfera de responsabilidad de cada cual.
- Que la importancia relativa de los distintos resultados que el individuo puede lograr debe corresponder a la importancia relativa para los demás de los efectos más remotos y desconocidos de la acción individual.

Como corolario de tales planteamientos, emerge la cuestión de la colaboración social:

- El Estado deliberadamente organizado, por un lado, y el individuo, por el otro, no son las únicas realidades de tal forma que deban suprimirse todas las formaciones y asociaciones intermedias (como buscaba la Revolución Francesa), sino que las convenciones no obligatorias de la vida social deben considerarse como factores esenciales para la preservación del funcionamiento ordenado de la sociedad humana. Así, el verdadero individualismo cree en la familia, en las pequeñas comunidades y grupos, en la autonomía local y las asociaciones voluntarias.
- El individuo, al participar en los procesos sociales, debe estar preparado y dispuesto para ajustarse a cambios y someterse a convenciones que no son producto de diseño inteligente, cuya justificación en el caso particular puede no ser reconocible, y que al individuo con frecuencia podrán aparecer como ininteligibles e irracionales. Es decir, que tanta importancia como los órdenes societarios intermedios revisten las tradiciones y convenciones que evolucionan en una sociedad libre y que, aún sin ser susceptibles de aplicación coactiva, establecen normas flexibles y normalmente observadas que hacen más predecible el comportamiento de otras personas.

El liberalismo inglés (descendiente del verdadero individualismo) y el liberalismo continental (descendiente del individualismo falso racionalista) estuvieron, respectivamente, uno en contra y el otro a favor de la centralización, el nacionalismo y el socialismo, puesto que, en el falso individualismo, se considera que todo orden debe ser deliberadamente creado y que esto puede lograrse sólo mediante la centralización de las decisiones en una autoridad política omnipotente.

Otros dos puntos de diferencia entre el individualismo verdadero y el falso es que el primero no sólo cree en la democracia, sino que puede afirmar que los ideales democráticos surgen de los principios básicos de tal individualismo. Sin embargo, mientras que el individualismo verdadero afirma que todo gobierno debe ser democrático, no comparte la creencia supersticiosa de la omncompetencia de las decisiones mayoritarias, particularmente rechazando la idea de que el poder absoluto es legítimo cuando se origina en el pueblo: es decir, también el poder de la mayoría debe estar restringido, y no debe aceptarse como verdadera toda opinión mayoritaria por el simple hecho de ser tal: al contrario, puede ocurrir que la opinión que actualmente es minoritaria se convierta en el futuro en la de la mayoría. El segundo punto de diferencia concierne a la igualdad: el verdadero individualismo no es igualitario en el sentido de tratar de hacer a todos iguales, sino que postula un trato igual: se opone a los privilegios y el proteccionismo, y niega al gobierno la facultad de limitar lo que los capaces o afortunados pueden lograr. Ningún hombre o grupo de hombres debe tener el poder de decidir lo que deba ser el estatus de otro hombre, y considera esta noción como una condición tan esencial de la libertad, que no debe sacrificarse en aras de un sentido de justicia o envidia.

Hayek concluye diciendo que la actitud fundamental del verdadero individualismo es una de humildad ante los procesos mediante los cuales la humanidad ha logrado cosas que no han sido diseñadas ni entendidas por ningún individuo y que son más grandes que las mentes individuales. Afirma Hayek que el verdadero individualismo nos enseña que la sociedad es mayor que el individuo únicamente en la medida en que es una sociedad libre; en la medida en que es controlada o dirigida, la sociedad está limitada a los poderes de las mentes individuales que la controlan o dirigen.

Se observa que Hayek considera el individualismo que él llama verdadero ante todo como una teoría de la sociedad (y, en tal sentido, se liga al individualismo metodológico), y en un sentido

secundario como un conjunto de postulados políticos derivadas de tal visión de la sociedad, mientras que su oposición al individualismo racionalista implicaría a su vez un rechazo de las doctrinas del origen contractualista de la sociedad, en cuanto éstas son de índole constructivista. A su vez, de la exposición de Hayek sobre el individualismo no se derivan necesariamente consideraciones de tipo ético, moral, religioso, etc.: antes bien, ya hemos citado cómo Hayek se opone a las posturas relativistas que, en cierta medida, van vinculadas con otros tipos de individualismos que quedaron mencionados.

## 5. Justicia

En el Diccionario de la Real Academia, se encuentran algunas acepciones de justicia, entre ellas: “Una de las cuatro virtudes cardinales, que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece. | Derecho, razón, equidad. | Conjunto de todas las virtudes, por el que es bueno quien las tiene. | Aquello que debe hacerse según derecho o razón. | Pena o castigo público. | Poder judicial. | Atributo de Dios por el cual ordena todas las cosas en número, peso o medida. Ordinariamente se entiende por la divina disposición con que castiga o premia, según merece cada uno”. Por ‘justicia conmutativa’, el Diccionario entiende “La que regula la igualdad o proporción que debe haber entre las cosas, cuando se dan o cambian unas por otras”; y por ‘justicia distributiva’, “La que establece la proporción con que deben distribuirse las recompensas y los castigos”.

La primera gran distinción que debe hacerse sobre la justicia es que de ella puede hablarse en sentido moral, en sentido religioso, y en sentido jurídico. Moralmente, la justicia es una virtud, concretamente, una de las virtudes cardinales (las demás son: prudencia, fortaleza y templanza) que son principio de las demás virtudes. En sentido religioso, se utiliza ‘justicia’ para referirse no ya a una sola virtud moral, sino al conjunto de todas ellas, de donde justicia viene a entenderse como sinónimo de ‘santidad’. Las dos acepciones anteriores se distinguen claramente del sentido jurídico, que Javier Hervada explica de la siguiente manera, exponiendo la enseñanza de Santo Tomás de Aquino: “el Aquinate distingue claramente entre santidad evangélica y la justicia temporal que es propia del derecho. El derecho es objeto de la justicia, que es la virtud del reparto justo –dar a cada uno lo suyo– de las cosas *exteriores*, las propias de la vida social terrena. Pues bien, mientras las demás virtudes perfeccionan al hombre solamente en aquellas cosas que le conciernen en sí mismo, de modo que no se califica a algo de recto sino en atención a cómo el agente lo hace, la justicia ordena al hombre en las cosas relativas a otro, de modo que su objeto es la cosa debida al otro (por ejemplo, la remuneración debida por un servicio prestado); en consecuencia, lo justo es lo medido por la deuda, aun sin tener en cuenta cómo (con qué ánimo) obra el agente. En otras palabras, mientras en las demás virtudes la medida es el ánimo del agente (cómo obra), en la justicia la medida es la cosa, lo que se hace. Lo cual no hay que malentenderlo: si bien señala la distinción entre moral y derecho, de modo que cabe la separabilidad entre la ‘cosa justa’ y el ‘ánimo’ con que se da, la virtud –ser justo en sentido de virtud– exige ambos elementos: cosa justa y ánimo justo”<sup>1216</sup>. De esta manera, la justicia en sentido jurídico se limita a lo temporal, lo terrenal, lo externo, independientemente del ánimo con que obre la persona: es esta la justicia que atañe al Derecho; de ahí que, por ejemplo, la entrega coaccionada de un bien debido en virtud de un contrato realice la justicia, aún cuando el obligado no haya tenido la voluntad de cumplir con su obligación. En cambio, la justicia en cuanto virtud, en sentido moral, mira también al interior del hombre al actuar, a su voluntad personal de realizar el acto justo.

<sup>1216</sup> Hervada. Historia de la Ciencia del Derecho Natural. Páginas 155 y 156.

Santo Tomás de Aquino, así como basa su filosofía en Aristóteles (de ahí el nombre de tradición aristotélico-tomista), recoge la noción de justicia empleada por los juristas romanos, abordando todo el tema de la justicia en la cuestión 58 de la *Secunda Secundae*. En el artículo 1, analiza directamente la definición de justicia dada por Ulpiano, partiendo de objeciones formuladas contra la misma. Por su importancia, entonces, transcribo a continuación el artículo 1, cuestión 58, de la segunda sección de la segunda parte de la Suma Teológica, en que Santo Tomás se plantea “¿Está definida correctamente la justicia diciendo que ‘es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho’?”:

“**Objeciones** por las que parece que la justicia se define inadecuadamente por los jurisperitos, cuando dicen que *es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho*:

1. La justicia es *el hábito que dispone a obrar lo justo y por el que se realizan y se quieren las cosas justas*, según dice el Filósofo [Aristóteles] en V *Ethic*. Pero la voluntad designa la potencia o, también, el acto. Luego se dice inconvenientemente que la justicia es la voluntad.
2. La rectitud de la voluntad no es la voluntad; de lo contrario, si la voluntad fuese su rectitud, se seguiría que ninguna voluntad sería perversa. Sin embargo, según Anselmo en el libro *De veritate, la justicia es rectitud*. De ahí que la justicia no es voluntad.
3. Sólo la voluntad de Dios es perpetua. Si la justicia es perpetua voluntad, se concluye que la justicia está sólo en Dios.
4. Todo lo perpetuo es constante, porque es inmutable. Carece de sentido, entonces, que se pongan ambas cosas en la definición de la justicia; a saber: no sólo lo *perpetuo*, sino también lo *constante*.
5. Dar a cada uno su derecho pertenece al príncipe. Si la justicia, pues, es la que atribuye su derecho a cada uno, se sigue que la justicia no esté sino en el príncipe, lo cual es inadmisibile.
6. Y además dice Agustín, en el libro *De moribus Eccles.*, que *la justicia es el amor que tan sólo sirve a Dios*. Luego no es la que da a cada uno lo que es suyo.

**Respondo:** La definición de la justicia antes dicha es correcta si se la entiende bien. Pues, al ser toda virtud hábito, que es el principio del acto bueno, es necesario que la virtud sea definida mediante el acto bueno sobre la misma materia de la virtud. Pues bien: la justicia tiene como materia propia aquellas cosas que se refieren a otro, según se verá luego (a.2.8).

Por lo tanto, el acto de la justicia, referido a la propia materia y al sujeto, se expresa cuando se dice que *da su derecho a cada uno*; porque, como dice Isidoro en el libro *Etymol.*, *llámase justo porque guarda el derecho*. Pero, para esto, es decir, para que cualquier acto sobre alguna cosa sea virtuoso, se requiere que sea voluntario, que sea estable y que sea firme, porque el Filósofo dice, en II *Ethic.*, que para el acto de la virtud se requiere: primero, que *se obre sabiendo*; segundo, *eligiendo y por un fin debido*; y

tercero, que *se obre indefectiblemente*. Mas el primero de estos requisitos se incluye en el segundo, porque *lo que se hace por ignorancia es involuntario*, como se dice en III *Ethic*. Por eso se pone en primer lugar, en la definición de la justicia, *la voluntad*, para mostrar que el acto de la justicia debe ser voluntario; y se añade lo de la *constancia y perpetuidad* para designar la firmeza del acto. Por consiguiente, la definición predicha es una definición completa de la justicia, excepto que se pone el acto en lugar del hábito, el cual es especificado por aquél, pues el hábito se dice para el acto. Y si alguien quisiera reducir la definición a su debida forma, podría decir que *la justicia es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho*. Y esta definición es casi igual a aquella que pone el Filósofo en V *Ethic.*, diciendo que *la justicia es el hábito según el cual se dice que uno es operativo en la elección de lo justo*.

### **A las objeciones:**

1. *Voluntad* designa aquí el acto, no la potencia. Es costumbre en los autores, en efecto, el definir los hábitos por medio de sus actos. Así, Agustín, *In Ioann.*, define la fe como *creer lo que no ves*.
2. Ni tampoco la justicia es esencialmente la rectitud, sino tan sólo causalmente; pues es el hábito por el que uno obra y quiere rectamente.
3. La voluntad puede llamarse perpetua en doble sentido: primero, desde la parte del mismo acto que dura perpetuamente, y así sólo la voluntad de Dios es perpetua. En segundo lugar, desde la parte del objeto, es decir, porque uno quiere perpetuamente hacer algo. Y esto se requiere para la razón de la justicia. Pues no es suficiente para la razón de la justicia que uno quiera en un momento observar la justicia en algún negocio, porque apenas se halla alguien que quiera obrar injustamente en todas las cosas; pero sí se requiere que el hombre tenga perpetuamente y en todas ellas la voluntad de observar la justicia.
4. Puesto que *perpetuo* no tiene sentido de duración perpetua del acto de la voluntad, no es superfluo añadir *constante*. Resulta así que, del mismo modo que al decir *voluntad perpetua* se expresa que alguno obra con propósito perpetuo de conservar la justicia, así también, al decir *constante*, se expresa que persevera firmemente en este propósito.
5. El juez da a cada uno lo que es suyo, actuando como el que manda y el que dirige; porque *el juez es lo justo animado y el príncipe es el guardián de lo justo*, como se afirma en V *Ethic*. Pero los súbditos dan a cada uno lo que es suyo, actuando como el que ejecuta.
6. Así como en el amor de Dios se incluye el amor al prójimo, como se ha dicho anteriormente (q.25 a.1), así también, en el servicio del hombre a Dios, se incluye que dé a cada uno lo que debe”.

Hayek también comenta la definición ulpiana de justicia, diciendo que el carácter tautológico de ésta sólo puede eliminarse a través de la siguiente interpretación: “Lo que las normas de recta conducta de hecho hacen es expresar en qué condiciones tal o cual acción estará comprendida en el ámbito de lo permitido; pero dejando a los particulares determinar, bajo dichas normas, sus propios ámbitos reservados. En términos jurídicos, las normas no confieren derechos a personas

singulares, sino que establecen las condiciones con arreglo a las cuales cabe adquirir dichos derechos. Cuál será el ámbito de derechos de cada cual dependerá en parte de sus actos y en parte de hechos que escapen a su control. Las normas únicamente sirven para permitir a cada cual deducir, de hechos verificables, los límites del ámbito que él y otros han logrado reservarse para sí.<sup>1217</sup>

Álvarez Ledesma nos ofrece un panorama de la noción de justicia a través de distintas épocas y pensadores<sup>1218</sup>, cuyo resumen<sup>1219</sup> presento a continuación. En su exposición, Álvarez incluye autores que no tratan directamente de la justicia, sino de filosofía política en torno a los derechos inalienables del hombre; aquí sólo consignaremos muy brevemente lo que sí se refiere a la justicia:

- En autores griegos como Homero y Hesiodo, se observa la transición de la idea de justicia como mandato divino hacia la justicia como fuerza racionalizadora y ordenadora de la realidad.
- En los filósofos presocráticos predominan dos ideas:
  - La vinculación del orden universal divino con la justicia.
  - Un naturalismo del que se deriva una ley eterna a la que deben someterse las conductas humanas.
- Los sofistas ven la ley sólo como producto humano, y el edificio social basado en el interés y la conveniencia. Lo justo resulta por naturaleza y no por ley, evidenciándose la posible oposición entre lo natural (*physis*) y lo convencional (*nomos*).
- Sócrates considera la justicia como sinónimo de ley positiva, en cuanto ésta se basa en las leyes no escritas fundadas en la voluntad divina. Sin embargo, considera que la obediencia a las leyes es un deber moral aunque sean injustas, pues es preferible padecer una injusticia que cometerla.
- Platón mira la justicia como virtud, referida tanto al individuo como al Estado, y sólo los individuos justos hacen posible un Estado justo:
  - En el individuo, la justicia es la relación armónica entre las distintas virtudes humanas: sabiduría, templanza y valor.
  - En el Estado, la justicia es armonía y equilibrio que debe existir entre los diversos estamentos que lo componen.
- Para Aristóteles la justicia también es una virtud que puede referirse al hombre o a las instituciones sociales:

<sup>1217</sup> Hayek. Derecho, Legislación y Libertad. Páginas 230 y 231, véase nota 16 en página 231.

<sup>1218</sup> Véase Álvarez Ledesma. Ob. Cit. Páginas 332 a 362.

<sup>1219</sup> Cfr. Ibid. Páginas 362 a 371.

- El hombre justo es el que no peca ni por exceso ni por defecto, buscando el término medio entre dos polos opuestos.
- A nivel institucional, la justicia puede ser:
  - Distributiva, que se ocupa del reparto de los honores y los bienes.
  - Correctiva o sinalagmática, que busca que en las relaciones de cambio y obligaciones voluntarias e involuntarias se produzca siempre, respectivamente, una igualdad como paridad (justicia conmutativa) y como correspondencia (justicia judicial).
- En Roma, conocemos ya la noción de justicia en Ulpiano como constante y perpetua voluntad de dar a cada quien su derecho. Para Cicerón, el derecho y la justicia se fundan en la ley natural que es suprema, inmutable y anterior a la ley positiva y al Estado.
- San Agustín formula la tripartición entre ley eterna, ley natural y ley humana: cuando la ley humana se aparta de la natural, deja de ser justa. La justicia es lo que distingue al Estado, por ejemplo, de una asociación de ladrones.
- Para Santo Tomás, la ley humana es justa cuando toma de la ley eterna el poder de obligarnos en nuestro fuero interno o cuando está ordenada al bien común.
- Para Hugo Grocio, el derecho natural es expresión de la razón, siendo ésta la que nos dicta lo que es justo e injusto: es justo lo que se demuestra conforme con la naturaleza social del hombre.
- Para Thomas Hobbes, la justicia no existe sino hasta que surge el Estado: la justicia requiere del soberano como una voluntad superior que la imponga.
- Tomasio distingue entre lo *honesto*, que es la base de la ética; lo *decoroso*, que es el principio de la política; y lo *justo*, que es el principio central del Derecho, que se ocupa de la paz exterior y las relaciones que de él derivan pueden hacerse coercitivas.
- De Soto define la justicia siguiendo a Ulpiano, como el hábito en el que con voluntad perpetua y firme se da a cada uno lo suyo. Entiende la justicia como virtud moral específica con dimensión social, pues se ocupa de los actos exteriores y las cosas.
- Suárez concibe la justicia desde una óptica metafísica y teológica, definiéndola como una constante afirmación de la superioridad del espíritu sobre la materia: para ser justo, el orden jurídico debe mantenerse dentro del orden moral.
- Para Hume, la justicia es un concepto artificial, convencional, que deriva totalmente de la utilidad. Si bien los hombres poseen un instinto de justicia, ésta se explica sólo en sociedad como un sentimiento general de interés común. Pero si desaparece la utilidad que reporta, la justicia también desaparece.



- Para Kant, la justicia es libertad: la libertad que debe coexistir con la de los demás en términos de una ley universal. El Estado actúa con justicia si cumple el contrato social, es decir, respetando la libertad negociada. El proceder de una persona es injusto si impide el ejercicio de la libertad de los demás, y ello sucede cuando su libertad no coincide con una ley universal. La ley universal se expresa en aquel principio de Kant, “obra de modo que la máxima de tu voluntad pueda valer, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal”, y “obra de suerte que no trates nunca a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, sólo como medio, sino siempre al mismo tiempo como fin”.
- Savigny, dentro del historicismo jurídico, considera que el Derecho nace del espíritu del pueblo, de su forma de ser, de donde la justicia se presenta como histórica y relativa al Derecho de cada pueblo.
- Para Stammler, la justicia no es un elemento accesorio sino consustancial a la existencia del Derecho positivo: un Derecho relativamente justo es aquél que cumple con los criterios de lo que se considera como justo en un espacio y momento histórico dados.
- Para Del Vecchio, la justicia es un sentimiento humano que tiene un carácter práctico, y debe aplicarse a las relaciones jurídicas y a la integración del Derecho positivo.
- Radbruch pasó de una postura en la que afirmaba que la justicia debe ceder ante la seguridad jurídica, a posteriormente afirmar que es la justicia la que debe prevalecer sobre la seguridad jurídica si en algún momento ambos valores entraren en conflicto.
- Kelsen piensa que el tema de la justicia pertenece a la ética, y que en nada afecta la validez del Derecho: éste no debe ni necesita ser justo para ser Derecho, ya que la justicia es relativa y de ahí que resulte inútil pretender encontrar por medios racionales una norma de conducta justa con validez absoluta.
- Hart piensa que la justicia no es una virtud individual sino pública, una forma en que son tratadas clases de individuos y un parámetro para la crítica de las instituciones sociales. Define la justicia como el derecho que tienen los individuos entre sí a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. La considera como un segmento de la moral, una de las distintas virtudes con que puede calificarse al Derecho: un Derecho injusto puede poseer otras cualidades.
- Para Rawls, la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, el elemento determinante de la estructura básica de la sociedad. Más que un asunto de estricta moralidad, la justicia es una actitud, una disposición de ánimo que facilita el desempeño de las instituciones sociales, las que tienen a su cargo la distribución de derechos y deberes fundamentales, así como de las ventajas que resultan de la cooperación social.
- Rawls lleva a cabo el ejercicio hipotético de ubicar a personas libres y racionales en un estado de radical igualdad, donde por vía de un equilibrio reflexivo decidirán las reglas que han de regir la sociedad, partiendo del propósito común de procurar la mayor libertad posible para todos, y a su vez que las desigualdades sirvan en beneficio de todos. Surge entonces una concepción general de justicia que se resume así: los bienes serán repartidos

a todos por igual, y en caso de una distribución desigual ésta se justificará sólo si tiene por objeto e beneficio de todos y cada uno de los individuos. Cuando la sociedad ha alcanzado un cierto nivel de desarrollo y se ha logrado el respeto de las libertades básicas, será posible aplicar unos principios de justicia más específicos:

- Cada persona ha de tener un derecho igual al sistema total más amplio posible de iguales libertades básicas que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos.
- Las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que satisfagan dos condiciones:
  - Deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentran en la posición menos aventajada.
  - Deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades.
- Los principios de justicia han de estar categorizados en orden lexicográfico<sup>1220</sup> y, por tanto, la libertad sólo puede ser restringida en beneficio de la libertad. Hay dos casos de posible restricción:
  - Una libertad menos extensa tiene la consecuencia de reforzar el sistema total de libertad compartido por todos.
  - Una libertad inferior a la igual ha de ser necesariamente aceptable para los ciudadanos con esa menor libertad.

Norberto Bobbio, al tratar del positivismo ético, presenta dos concepciones de la justicia en que esta corriente del positivismo jurídico busca fundamentar la obediencia absoluta a la ley. Conviene recordar lo apuntado por Hayek sobre que, en el positivismo jurídico, predomina ampliamente la visión de la justicia como justicia distributiva, no como conducta humana<sup>1221</sup>:

- Concepción *escéptica* o *realista* de la justicia: la justicia es la expresión de la voluntad del más fuerte que desea sólo la obtención del beneficio propio (la noción ya vista en algunos pensadores sofistas). A esto comenta Bobbio que “si identificamos la justicia con la voluntad del más fuerte, dado que la ley es por definición la voluntad del soberano, es decir, del sujeto (o del grupo) más poderoso de la sociedad, estamos obligados a decir que la ley siempre es justa. Pero, tal como observa Rousseau, que en el comienzo del *Contrato social* critica esta concepción, no podemos afirmar el deber absoluto o de conciencia de obedecer a la ley: si ésta es solamente la voluntad del más fuerte, yo la obedeceré sólo *porque* no puedo evitarlo (esto es, no por convicción, sino por constricción), y sólo *hasta que* no pueda evitarlo (esto es, mientras quien manda sea efectivamente el más fuerte)”<sup>1222</sup>.

<sup>1220</sup> “Por orden lexicográfico entiendo Rawls, simplemente, la lógica con que están sistematizadas las palabras de un diccionario”. Álvarez. *Ob. Cit.* Página 361.

<sup>1221</sup> Cfr. Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Página 242.

<sup>1222</sup> Bobbio. *El Positivismo Jurídico*. Página 231.

- Concepción *convencionalista* de la justicia: la justicia es lo que los hombres han acordado que deben considerar como justicia. Esta concepción proviene del relativismo ético, y tiene su expresión más característica en el pensamiento de Hobbes, para quien no existe un criterio objetivo para distinguir lo justo de lo injusto y, por tanto, si se prescinde de lo que ha sido establecido positivamente será justo aquello que cada cual hace según impulsos o interés personal: la única manera de resolver una controversia entre dos sujetos sin recurrir a la fuerza sería designar un árbitro y acordar que su decisión sea considerada justa, independientemente de su contenido. Así, el acto mediante el cual los hombres salen del estado de naturaleza consistirá precisamente en atribuir a un solo sujeto (el soberano) el poder de establecer lo que es justo y lo que es injusto, de manera que será justo lo que el soberano ordene e injusto lo que él prohíba. El deber de obedecer las leyes tiene como límite el caso de que éstas vayan contra el contenido del contrato social: cuando el mandato del soberano pone en peligro la vida del súbdito, puesto que el contrato social se estipula precisamente para garantizar la seguridad de la vida<sup>1223</sup>.

Hayek afirma que “en sentido estricto, sólo la conducta humana puede calificarse de justa o injusta. Si aplicamos estos calificativos a una situación, sólo adquirirán significado en la medida en que quepa atribuir a alguien la responsabilidad de haberla causado o de permitirla. Un mero hecho, o una situación que nadie puede cambiar, podrán ser buenos o malos, pero no justos o injustos. (...) La naturaleza no puede ser justa ni injusta. Nuestro inveterado hábito de interpretar el mundo físico en una perspectiva animista o antropomórfica a menudo nos conduce a tal abuso lingüístico y nos lleva a buscar un agente responsable de cuanto nos afecta, pero, salvo que creamos que alguien pudo y debió organizar las cosas de otra forma, carece de sentido describir una situación fáctica como justa o injusta. Ahora bien, si nada que no esté sujeto al control humano puede ser justo (o moral), desear que algo lo sea no es necesariamente un argumento válido para someterlo a control humano; porque hacerlo podría ser de suyo injusto o inmoral, al menos en los casos en que se vea afectada la conducta de otro ser humano. En determinadas circunstancias, podría constituir un deber legal o moral propiciar un cierto estado de cosas que, entonces, con frecuencia cabrá calificar de justo. Que en tales casos el término ‘justo’ se refiere de hecho a las acciones y no a los resultados se aprecia al considerar que sólo puede aplicarse a las consecuencias del comportamiento de alguien que haya podido determinarlas. Presupone no sólo que aquellos cuyo deber supuestamente consiste en propiciar dicho estado pueden realmente hacerlo, sino que los medios por los que pueden lograrlo también son justos o morales. (...) Evidentemente, no sólo pueden ser justas o injustas las acciones de personas individuales, sino también las acciones concertadas de muchos individuos o las acciones de organizaciones. El gobierno sería una de esas organizaciones; la sociedad, no. Y, aunque el orden social se verá afectado por la actuación gubernamental, en la medida en que continúe siendo un orden espontáneo, los resultados particulares del proceso social no pueden ser justos o injustos. Esto significa que la justicia o injusticia de las obligaciones que impone el gobierno sobre los particulares ha de valorarse a la luz de normas de recta conducta y no en función de los resultados particulares que se seguirán de su aplicación a un caso individual. (...) Sólo suscitan problemas de justicia, por tanto, aquellos aspectos del orden de las acciones humanas que pueden someterse a normas de recta conducta. (...) Las normas de recta conducta se refieren a aquellas acciones de personas que afectan a otros. (...) Resulta tentador, por supuesto, denominar ‘justo’ un estado de cosas por el hecho de que cuantos contribuyeron a él actuaron de forma justa (o, al menos, no injusta); pero sería equívoco hacerlo cuando, como ocurre en un orden espontáneo, el

<sup>1223</sup> *Ibid.* Páginas 231 y 232.

estado resultante no era la meta deliberada de las acciones individuales. Puesto que sólo las situaciones que son fruto deliberado de la voluntad humana pueden considerarse justas o injustas, los resultados particulares de un orden espontáneo no podrán ser justos ni injustos: si el hecho de que A tenga mucho y B poco no es el resultado intencionado o previsto de la acción de alguien, no podrá hablarse de justicia o injusticia. Veremos que lo que se denomina justicia ‘social’ o ‘distributiva’ carece de hecho de significado en el seno de un orden espontáneo y que tan sólo cobra relevancia dentro de una organización”<sup>1224</sup>.

Sobre la justicia, considera Hayek también que ésta “no consiste en alcanzar un equilibrio de los intereses particulares en juego en un caso dado, ni siquiera de los intereses de una clase de personas determinable, ni tiene por objeto producir un estado particular de cosas que quepa considerar justo. No se ocupa de los resultados que de hecho producirá una acción particular. (...) el concepto de justicia no tendría cabida en una sociedad de seres omniscientes, ya que cada acción habría de juzgarse en función de su capacidad para producir unos efectos conocidos y dicha omnisciencia lógicamente incluiría el conocimiento de la importancia relativa de los distintos efectos. Como toda abstracción, la justicia es una adaptación a nuestra ignorancia, a la inherente ignorancia de hechos concretos que ningún avance científico podrá eliminar por completo”<sup>1225</sup>. Regresando al comentario de Hayek sobre la definición de justicia dada por Ulpiano, se observa que él analiza la justicia –en cuanto dar a cada quien su derecho– en una perspectiva bajo la cual cada quien determina su derecho, lo adquiere de tal modo que los demás deban respetarlo, en un marco de normas de recta conducta. De esta manera, también la noción de Hayek sobre la justicia parece circunscribirse a la acción individual dentro de un orden espontáneo: el *ius suum* que debe darse a cada quien se adquiere conforme a las condiciones señaladas por normas de recta conducta, sin hacer referencia a otros *iura* que al individuo puedan corresponder, por ejemplo, por naturaleza. Por otro lado, cuando Hayek se refiere a la justicia como abstracción, lo hace en alusión a que “tanto porque carecemos del conocimiento de una jerarquía común de la importancia de los distintos fines de los diferentes individuos, como porque carecemos del conocimiento de los hechos particulares, el orden de la Gran Sociedad deberá ser resultado del cumplimiento de normas abstractas e independientes de los fines. (...) Las normas de recta conducta no están, pues, determinadas por la ‘voluntad’ o el ‘interés’, ni por cualquier pretensión similar de alcanzar objetivos concretos, sino que se conforman en virtud del perseverante esfuerzo (la *constants et perpetua voluntas* de Ulpiano) por dotar de coherencia a un sistema de normas heredado por cada generación”<sup>1226</sup>. Con esto, Hayek amplía el ámbito de la definición ulpiana, ya que proyecta la *constants et perpetua voluntas* sobre la coherencia del sistema normativo, más allá del caso concreto (*cuique*) al que alude la formulación original de Ulpiano. Tal parece, entonces, que Hayek entiende la justicia como abstracción en el mismo sentido por el que postula la abstracción y generalidad de las normas: la coherencia del sistema normativo va ligada a su carácter abstracto, es decir, a que no busca fines *per se*, sino que señala a los individuos un marco dentro del cual buscar sus fines propios, atribuyéndole una esfera de responsabilidad y un ámbito inviolable de libertad individual; al actuar dentro de tal marco, el individuo delimita una esfera de derechos que los demás deben respetar. Entonces, la justicia como abstracción iría de la mano con la preservación de las condiciones de un orden espontáneo, y la justicia como atributo de la conducta humana recaería sobre el respeto a los resultados que cada quien obtiene actuando dentro de dicho contexto. Ello va en la línea de lo que también afirma sobre que “el planteamiento del constructivismo racionalista no puede llegar a ningún

<sup>1224</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Páginas 220 a 222.

<sup>1225</sup> *Ibid.*, Páginas 232 y 233.

<sup>1226</sup> *Ibid.*, Página 233.

criterio de justicia. Si admitimos que el derecho no es nunca completamente fruto de un plan, sino que es juzgado y probado dentro de un sistema de reglas de justicia que nadie ha inventado y que ha dirigido el pensamiento y las acciones de los hombres incluso antes de que esas reglas se expresaran en palabras, obtenemos si no un criterio positivo, sí un criterio negativo de justicia que nos permite, gracias a la eliminación progresiva de todas las reglas que son incompatibles con el resto del sistema, acercarnos gradualmente (aunque tal vez no llegar nunca) a la justicia absoluta”<sup>1227</sup>.

## 6. Ley

El Diccionario de la Real Academia recoge, entre otras, las siguientes acepciones de ‘ley’: “Regla y norma constante e invariable de las cosas, nacida de la causa primera o de las cualidades y condiciones de las mismas. | Cada una de las relaciones existentes entre los diversos elementos que intervienen en un fenómeno. | Precepto dictado por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados. | En el régimen constitucional, disposición votada por las Cortes [en Guatemala, por el Organismo Legislativo] y sancionada por el jefe de Estado. | (...) Estatuto o condición establecida para un acto particular. | Conjunto de las leyes, o cuerpo del derecho civil. | Cada una de las disposiciones comprendidas, como última división, en los títulos y libros de los códigos antiguos, equivalente a los artículos de los actuales”.

Nell-Breuning enumera los sentidos siguientes<sup>1228</sup>:

- En el lenguaje usual, se equipara en gran parte la ley con la norma. En este sentido, todas las ciencias y artes tienen sus leyes (normas). Así, se habla por ejemplo de las leyes del pensamiento o de la lógica, cuya infracción destruye la inferencia y conduce a consecuencias falsas.
- Las leyes de la naturaleza, que describen los procesos naturales: por ejemplo, las ‘leyes de Newton’ sobre el movimiento de los cuerpos.
- También en la sociedad humana se pueden observar procesos regulares susceptibles de describirse mediante ‘leyes’. Pueden estas leyes considerarse en dos aspectos:
  - En parte se trata de regularidades o funciones (enunciados “si... entonces...”), como se usa en el ámbito de la economía, la politología, la sociología, etc.
  - Otra parte de estas leyes son enunciados de experiencia, debidas a que las personas actúan conforme a ciertas regularidades, sin necesidad estricta, que se denominan leyes en un sentido amplio.
- Un ejemplo, la ‘ley de Gresham’ en la economía: ‘el dinero malo ahuyenta al bueno’.
- En un sentido superior, se entiende por ley una norma que impone un deber moral o jurídico. Aquí se incluye la ley moral, así como la ley jurídica.

<sup>1227</sup> Hayek. Los resultados de la acción del hombre pero no de un plan humano, en Estudios de Filosofía, Política y Economía. Página 161.

<sup>1228</sup> Nell-Breuning. Ley, en Brugger. Ob. Cit. Páginas 331 a 332.

Hayek, en su capítulo sobre los cambios en el concepto de ley<sup>1229</sup>, hace referencia a reglas fácticas y reglas normativas:

- Las reglas fácticas son reglas descriptivas, que afirman la regular recurrencia de ciertas secuencias de acontecimientos (incluso acciones humanas). De una proposición que sólo contenga una descripción fáctica no se puede inferir ninguna consecuencia válida sobre lo que deba hacerse.
- Las reglas normativas afirman que tales secuencias ‘deben’ producirse.

Como vinculado al tema de las ‘leyes’ en las ciencias sociales, podemos considerar el planteamiento de Hayek sobre las predicciones de patrones o *pattern predictions*<sup>1230</sup>, que Zanotti explica así: “Se trata de las predicciones emergentes de planteamientos de órdenes espontáneos: las *pattern predicciones*, que no son cuantitativas sino cualitativas, y en ese sentido generales. Se pueden encontrar con un caso negativo particular, lo cual no descarta la teoría, pero sí implica replantearla. Por ejemplo, si el orden espontáneo aplicado al factor trabajo me dice que hay una tendencia a la igualación de los salarios en condiciones de libre mercado, esa tendencia a la igualación es en sí misma una predicción general. Y ello implica una capacidad de apreciación hermenéutica global de una determinada situación (este método sería rechazado por el positivismo, dado que no hay en este caso estadísticas ni econometría). (...) Por ejemplo, dado el teorema de la igualación de los salarios, se puede predecir que el salario real de EE UU será mayor si tiene una política inmigratoria cerrada”<sup>1231</sup>.

En las ciencias, una regla o ley se utiliza para derivar de ciertas afirmaciones sobre condiciones existentes otras afirmaciones sobre lo que sucederá (predicción)<sup>1232</sup>. Existen complejas discusiones y distintos puntos de vista sobre el carácter de las predicciones (y, por ende, de las leyes) en las ciencias naturales, físicas o sociales, el grado de certeza que éstas pueden tener, la posibilidad de expresar las ‘leyes’ en forma matemática, etc. No corresponde tratar de tales discusiones aquí, pero, en líneas generales, puede afirmarse que, en las ciencias naturales y físicas, las ‘leyes’ que describen los procesos que aquéllas estudian tienen (o aspiran a) un cierto carácter de necesidad: como las leyes de Newton sobre el movimiento de los cuerpos. En cambio, las ‘leyes’ enunciadas por las ciencias sociales describen procesos más complejos en los que se halla involucrada una cantidad mucho mayor de ‘variables’ (entre ellas, la suprema ‘variable’ de la libertad humana), por lo que las predicciones que de ellas se derivan tendrán más bien el carácter de predicción de patrones como señala Hayek. Recuérdese cómo Hayek, desde esta perspectiva, criticaba la concepción de Comte, Marx y Hegel según la cual las ‘leyes’ de la sociedad poseen el mismo carácter necesario que las de las ciencias naturales. Así, las leyes de las ciencias naturales presentan un carácter de necesidad, mientras que las leyes de las ciencias sociales tienen carácter de tendencia general (por ejemplo, la ‘ley de la oferta y la demanda’).

En cuanto a la palabra ‘ley’ utilizada para referirse a las leyes de la moral, la ley natural, el Derecho, etc., todas ellas tienen en común que no se cumplen de modo necesario, automático,

<sup>1229</sup> Cfr. Hayek. Derecho, Legislación y Libertad. Páginas 105 a 107.

<sup>1230</sup> Véase Hayek. La Teoría de los Fenómenos Complejos. Páginas 22 a 42. Juan Marcos de la Fuente, en su traducción, transforma el “*Pattern recognition and pattern prediction*” del original en “Modelos de reconocimiento y modelos de predicción”.

<sup>1231</sup> Zanotti. Ob. Cit. Páginas 38 y 39.

<sup>1232</sup> Cfr. Hayek. Grados de Explicación, en Estudios de Filosofía, Política y Economía. Página 41.

sino que prescriben conductas cuyo cumplimiento dependerá de la voluntad, de la libertad, de cada persona. Dice Hayek que “No es casual que nosotros empleemos el mismo término de ‘ley’ para designar tanto las invariables leyes que gobiernan la naturaleza, como las normas que regulan la conducta del hombre. Unas y otras se concebían al principio como algo que existe con independencia de la voluntad humana. (...) Por otro lado, la creencia de que todas las leyes que gobiernan la acción humana son fruto de una actividad legislativa le resulta tan obvia al hombre moderno, que afirmar que la ley es anterior a la actividad de dictar leyes ofrece casi el carácter de una paradoja. Sin embargo, no cabe la menor duda de que la ley ha existido durante muchas épocas antes de que al hombre se le ocurriera poder crearla o modificarla”<sup>1233</sup>. En otra parte de la citada obra, afirma también que “Tendremos que considerar en este libro cómo estas dos clases de reglas [las reglas de los órdenes espontáneos y las de la organización] han suministrado el modelo de dos concepciones de la ley totalmente distintas y cómo esto ha dado origen a que autores que emplean el mismo término de ‘ley’ en realidad estén hablando de cosas diferentes. Esto se manifiesta palmariamente en el contraste que observamos a lo largo de la historia entre aquellos para los que ley y libertad son inseparables y aquellos para los que ambas cosas son irreconciliables. Observamos una gran tradición que va desde la antigua Grecia y Cicerón, a través de la Edad Media, hasta los liberales clásicos tales como John Locke, David Hume, Immanuel Kant y los moralistas escoceses, e incluyen a varios estadistas americanos de los siglos XIX y XX, para los que ley y libertad no pueden existir separadamente; mientras que para Thomas Hobbes, Jeremy Bentham y muchos pensadores franceses y los modernos representantes del positivismo jurídico la ley significa necesariamente una usurpación de la libertad. Este aparente conflicto entre las corrientes de grandes pensadores no significa que llegaron a conclusiones opuestas, sino simplemente que empleaban el término ‘ley’ en sentidos diferentes”<sup>1234</sup>. Hayek, entonces, utiliza el término ‘ley’ para referirse en general a las normas de conducta (donde se presenta también el problema de traducción antes apuntado: ‘law’ en el título de la obra citada se traduce en español como ‘derecho’, pero en el texto se utiliza también la palabra ‘ley’, como ocurre en la cita anterior), y reserva el término ‘legislación’ (*‘legislation’*) para referirse propiamente a aquellas normas promulgadas por una autoridad política, es decir, a la creación deliberada de normas (lo que, en otros autores, se denomina también ‘ley’). ¿Existe algún concepto de ‘ley natural’ en Hayek? Sí, aunque nada tiene que ver con la ‘ley natural’ en el sentido clásico (aristotélico-tomista) o sentido metafísico: para Hayek, entendiendo por ‘ley’ normas de conducta, y entendiendo ‘natural’ como aplicable a “todo aquello que ha crecido espontáneamente y no ha sido diseñado deliberadamente por un sujeto”, unificando estos dos sentidos de ‘ley’ y ‘natural’, se puede denominar ‘ley natural’ a la “moral tradicional, fruto de una evolución espontánea”<sup>1235</sup>.

El *Corpus Iuris Civilis*, en las *Instituta*, explica que “consta nuestro derecho o del escrito o del no escrito, como entre los griegos, de leyes escritas y no escritas. Es derecho escrito la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones de los emperadores, los edictos de los magistrados, las respuestas de los jurisconsultos”<sup>1236</sup>, teniendo aquí la palabra ‘ley’ la concreta acepción de “lo que el pueblo romano constituye, interrogándole un magistrado senador, por ejemplo, un cónsul”<sup>1237</sup>, con lo cual la utilización del término ley queda en este contexto reducida al ámbito del *ius civile*, y sólo como uno entre varios tipos de *ius scriptum*. Se dice también que “Procede del no escrito, el derecho que el uso convalidó. Pues las costumbres constantes,

<sup>1233</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Página 99.

<sup>1234</sup> *Ibid.* Página 75.

<sup>1235</sup> Hayek. ‘Natural’ frente a ‘artificial’, Apéndice A en *La Fatal Arrogancia*. Página 371.

<sup>1236</sup> *Instituta*, 1.2.3.

<sup>1237</sup> *Ibid.*, 1.2.4.

aprobadas por el consentimiento de los que las siguen, semejan a la ley”<sup>1238</sup>, sobre lo cual comenta Juliano que “No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada, y este es el derecho que se dice establecido por la costumbre. Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron admitidas por la voluntad del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo; porque, ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con votos, o con las mismas cosas y con hechos? Por lo cual también está perfectísimamente admitido, que las leyes se deroguen no solo por el voto del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso”<sup>1239</sup>.

Santo Tomás de Aquino define la ley como “una regla y medida de nuestros actos según la cual uno es inducido a obrar o dejar de obrar; pues *ley* deriva de *ligar*; porque obliga en orden a la acción. Ahora bien, la regla y medida de nuestros actos es la razón, que, como ya vimos, constituye el primer principio de los actos humanos, puesto que propio de la razón es ordenar al fin, y el fin es, según enseña el Filósofo [Aristóteles], el primer principio en el orden operativo”<sup>1240</sup> y luego como “una ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad”<sup>1241</sup>. Al plantear la promulgación como correspondiente a la esencia de la ley, y decir que el promulgar corresponde a quien tiene el cuidado de la comunidad, Santo Tomás no está haciendo referencia exclusiva a la autoridad política legislativa (de lo contrario, ¿no parecería contradictorio con sus nociones de ley eterna, ley natural, ley divina?), y al respecto aclara que “La promulgación de la ley natural consiste en el hecho mismo de que Dios la implantó en las mentes de los hombres para que así la pudieran conocer naturalmente. Los que no asisten a la promulgación de una ley están obligados a observarla en cuanto, una vez promulgada, la conocen, o pueden conocerla, por medio de otros”<sup>1242</sup>. “Siendo la ley regla y medida, puede, como ya se ha dicho, existir de dos maneras: tal como se encuentra en el principio regulador y mensurante, y tal como está en lo regulado y medido. Ahora bien, el que algo se halle medido y regulado se debe a que participa de la medida y regla. Por tanto, como todas las cosas que se encuentran sometidas a la divina providencia están reguladas y medidas por la ley eterna, según consta por lo ya dicho, es manifiesto que participan en cierto modo de la ley eterna, a saber, en la medida en que, bajo la impronta de esta ley, se ven impulsados a sus actos y fines propios. Por otra parte, la criatura racional se encuentra sometida a la divina providencia de una manera muy superior a las demás, porque participa de la providencia como tal, y es providente

<sup>1238</sup> *Ibid.*, 1.2.9.

<sup>1239</sup> Digesto, 1.4.32.1.

<sup>1240</sup> *Suma Teológica*, II, 1, cuestión 90, artículo 1. Añade que “Siendo la ley una especie de regla y medida, se dice que se encuentra en algo de dos maneras. Primera, como en el principio mensurante y regulador. Y ya que medir y regular es propio de la razón, de esta manera la ley sólo se encuentra en la razón. Segunda, como en lo medido y regulado. Y de este modo se encuentra en todas las cosas que obedecen a alguna inclinación consiguiente a una ley; de donde resulta que cualquier inclinación debida a una ley puede llamarse ella misma ley, aunque no esencialmente, sino por participación. Y es así como la inclinación de los miembros a la concupiscencia es llamada *ley de los miembros*”. En vinculación con esto último, añade más adelante (cuestión 91, artículo 6) que “...la inclinación de la sensualidad, a la que llamamos fomes, en los demás animales tiene, sin más, la condición de ley, aunque sólo sea en la medida en que cabe en ellos la ley de acuerdo con sus inclinaciones directas. Para los hombres, en cambio, no es ley en este sentido, puesto que más bien entraña una desviación de la ley de la razón. Pero desde el momento en que, por obra de la justicia divina, el hombre ha sido destituido de la justicia original y del vigor de la razón, el ímpetu mismo de la sensualidad, bajo cuyo impulso cae, adquiere para él carácter de ley, de una ley penal y consiguiente a la ley divina por la que fue destituido de su dignidad propia. (...) la inclinación de la sensualidad tal como se da en los demás animales está ordenada al bien común, es decir, a la conservación de la naturaleza en la especie o en el individuo. Y esto vale también para el hombre cuando su sensualidad se somete a la razón. Pero la sensualidad es llamada fomes en cuanto se sale del orden de la razón”.

<sup>1241</sup> *Ibid.*, artículo 4.

<sup>1242</sup> *Loc. Cit.*



para sí misma y para las demás cosas. Por lo mismo, hay también en ella una participación de la razón eterna en virtud de la cual se encuentra naturalmente inclinada a los actos y fines debidos. Y esta participación de la ley eterna en la criatura racional es lo que se llama ley natural. (...) la luz de la razón natural, por la que discernimos entre lo bueno y lo malo —que tal es el cometido de la ley—, no es otra cosa que la impresión de la luz divina en nosotros. Es, pues, patente que la ley natural no es otra cosa que la participación de la ley eterna en la criatura racional”<sup>1243</sup>. Sobre la ley humana, afirma el autor que “...así como en el orden especulativo partimos de los principios indemostrables naturalmente conocidos para obtener las conclusiones de las diversas ciencias, cuyo conocimiento no nos es innato, sino que lo adquirimos mediante la industria de la razón, así también, en el orden práctico, la razón humana ha de partir de los preceptos de la ley natural como de principios generales e indemostrables, para llegar a sentar disposiciones más particularizadas. Y estas disposiciones particulares descubiertas por la razón humana reciben el nombre de leyes humanas, supuestas las demás condiciones que se requieren para constituir la ley, según lo dicho anteriormente. Por eso dice Tulio en la *Retórica* que ‘en su origen el derecho procede de la naturaleza; luego, con la aprobación de la razón, algunas cosas se convirtieron en costumbres; finalmente, estas cosas surgidas de la naturaleza y aprobadas por la costumbre, fueron sancionadas por el temor y el respeto de las leyes’”<sup>1244</sup>.

## 7. Liberalismo

El Diccionario de la Real Academia expone ‘liberalismo’ en dos acepciones: “Actitud que propugna la libertad y la tolerancia en las relaciones humanas”, “Doctrina política que defiende las libertades y la iniciativa individual, y limita la intervención del Estado y de los poderes públicos en la vida social, económica y cultural”. El liberalismo, en su sentido más amplio, como corriente exalta y promueve la libertad individual. Sin embargo, el mismo término tiene diferentes significados, que han ido variando a lo largo de la historia. F.A. Hayek, en un artículo escrito en 1973 para la enciclopedia italiana ‘*Enciclopedia del Novicento*’<sup>1245</sup>, ofrece una descripción del liberalismo en cuanto a sus diferentes conceptos, su desarrollo histórico, y su contenido doctrinal en cuanto a temas como libertad, igualdad, justicia, el Derecho y la ley, política, etc. De estos aspectos, nos enfocaremos únicamente en la parte conceptual, sin interesarnos mucho a efectos de este capítulo el desarrollo histórico y, por otro lado, estando el contenido doctrinal del liberalismo expuesto en otras partes correspondientes de nuestro estudio. Además, por su relación intrínseca con el concepto de ‘libertad’, es preciso que el lector se refiera además al apartado siguiente de este capítulo, en que se exponen nociones sobre tal concepto.

<sup>1243</sup> *Ibid.*, cuestión 91, artículo 2. Añade que “También los animales irracionales, además de la criatura racional, participan de la razón eterna a su manera. Pero la participación que hay en la criatura racional se recibe mediante la inteligencia y la razón, y por eso se llama ley con toda propiedad, puesto que la ley es cosa de la razón, como ya vimos (q.90 a.1). En cambio, la participación que se da en la criatura irracional no es recibida racionalmente, y, en consecuencia, no puede llamarse ley sino por asimilación”.

<sup>1244</sup> *Ibid.*, artículo 3. Añade que “La razón humana por sí misma no es regla y medida de las cosas. Pero los principios que adquiere naturalmente son reglas generales que han de servir de medida para todas las acciones humanas. La razón natural es, pues, regla y medida de estas acciones, aunque no lo sea de las cosas naturales. La razón práctica versa sobre lo operable, que es singular y contingente, y no sobre lo necesario, como la razón especulativa. Por eso las leyes humanas no pueden alcanzar aquella infalibilidad que tienen las conclusiones científicas obtenidas por demostración. Aunque tampoco es necesario que toda medida sea absolutamente infalible y cierta, sino sólo en cuanto cabe en su género”.

<sup>1245</sup> Mi referencia inmediata es una transcripción en formato electrónico de dicho artículo (en inglés), proporcionada como material de lectura para el curso de Filosofía de Hayek, que cursé en 2005. El título es *Liberalism*, y el documento consta de 25 páginas. Hayek aborda también el tema en el capítulo IV de Los Fundamentos de la Libertad.

Hayek, en el mencionado escrito, enfoca el liberalismo únicamente en cuanto a su dimensión de ideas políticas, sin adentrarse en aspectos filosóficos del mismo. Así, señala que existen dos principales corrientes o tradiciones del liberalismo:

- Liberalismo *inglés, clásico* o *evolutivo*: hunde sus raíces en la antigüedad clásica, y toma su forma moderna en los siglos XVII y XVIII como la doctrina política de los *whigs* ingleses. En el siglo XIX, la libertad individual asegurada por un gobierno bajo la ley en Gran Bretaña sirvió como modelo para el movimiento liberal. Se llega a articular como una doctrina política definida.
- Liberalismo *continental* o *constructivista*: constituye una interpretación de la libertad y del gobierno bajo la ley hechos a la luz de una visión racionalista y constructivista, muy diferente a lo que Hayek llama evolucionismo predominante en Gran Bretaña. Tal acercamiento se deriva de la filosofía racionalista, y su mayor influencia la logra a través de los pensadores de la Ilustración, culminando con la Revolución Francesa. Hayek resalta que el racionalismo exigía una reconstrucción deliberada de la sociedad de conformidad con principios de la razón. A diferencia de la corriente inglesa, el liberalismo continental no se articula como una doctrina política, sino más bien consiste en una actitud mental general, exigiendo la emancipación de todo prejuicio y creencia que no pueda justificarse racionalmente, escape de la autoridad religiosa y monárquica.

Dos nociones básicas del liberalismo son la libertad individual de acción y la igualdad, que cada corriente entiende de modo diverso: así, por ejemplo, mientras para la corriente inglesa el valor principal era la libertad individual en el sentido de protección jurídica contra la coacción arbitraria, la tradición continental pone el énfasis en la autodeterminación de cada grupo sobre su propia forma de gobierno. Con todo lo anterior, queda claro que es importante distinguir entre ambas corrientes de liberalismo, ya que cada una tiene un trasfondo filosófico muy distinto que les hace llegar a conclusiones y posturas también diferentes.

Otra importante aclaración terminológica es que, dado que en los Estados Unidos de América no se desarrolló un movimiento liberal comparable al que se dio en Europa (en parte, según Hayek, porque los ideales del liberalismo europeo ya se encontraban expresados en las instituciones estadounidenses desde su fundación, y porque el sistema político de Estados Unidos no favorecía el crecimiento de partidos basados en ideologías), el término ‘liberal’ tiene una connotación distinta en ese país: lo que en Europa se llama o llamaba *liberal*, en Estados Unidos es llamado *conservador*, mientras que en tiempos recientes, en Estados Unidos se usa *liberal* para designar lo que en Europa se llamaría *socialismo*. Añade Hayek que, en el caso de Europa, también es cierto que ninguno de los partidos políticos denominados *liberales* se adhieren actualmente a los principios liberales del siglo XIX.

Las raíces de lo que Hayek llama liberalismo clásico, inglés o evolutivo, se remontan a la antigüedad clásica y la Edad Media. Los antiguos griegos –especialmente los atenienses durante el período clásico de los siglos V y IV a.C.– ya poseían la noción de la libertad bajo la ley, expresada en el concepto de *isonomía* que significa igualdad ante la ley, concepto que aún Aristóteles describe aunque sin usar la denominación antigua. Según Hayek, las características principales del sistema griego eran la protección del dominio privado del ciudadano ante o contra el Estado, y que los poderes de la asamblea popular para cambiar las leyes estaban estrictamente limitadas (aunque también es posible encontrar en aquella época intentos de la asamblea de

luchar contra las restricciones a su acción arbitraria). Estos ideales liberales fueron desarrollados posteriormente, en especial por la filosofía estoica, la cual los extendió más allá de los límites del Estado a través de su noción de una ley de la naturaleza que limita los poderes de todo gobierno, y determina la igualdad de todo hombre ante tal ley. A su vez, los ideales griegos de libertad fueron transmitidos a la modernidad principalmente mediante los escritos de autores romanos, entre los cuales Hayek destaca como el más importante a Cicerón, además del historiador Tito Livio y el emperador Marco Aurelio. Los pensadores del siglo XVI y XVII se inspiraron en estas y otras fuentes antiguas. Otro factor que Hayek pone de relieve dentro de las raíces antiguas del liberalismo clásico es, precisamente, nuestro Derecho Romano, al que atribuye las siguientes características:

- Altamente individualista.
- Centrado en una concepción muy estricta de la propiedad privada.
- Un Derecho en el cual –antes de la compilación justiniana– había interferido muy poco la legislación, siendo considerado más como una restricción sobre los poderes del gobierno que como un ejercicio de los mismos<sup>1246</sup>.

La tradición de libertad bajo la ley perdura en la Edad Media, extinguiéndose en el continente europeo con el surgimiento de la monarquía absoluta. En la época medieval, la idea de libertad bajo la ley recibió un fuerte apoyo de la creencia en una ley o Derecho existente en forma independiente y por encima de todo gobierno<sup>1247</sup>, que en el continente se desarrolló bajo el iusnaturalismo, y en Inglaterra bajo el *common law*. La doctrina del liberalismo inglés se difundió mediante los escritos de pensadores como Montesquieu y Voltarie (sí: franceses), y recibió fundamentos intelectuales en la filosofía escocesa, como David Hume y Adam Smith. La Revolución Francesa provoca una interrupción en el liberalismo inglés, pues los simpatizantes de dicha revolución querían importar a Inglaterra el modelo del liberalismo continental o constructivista, lo cual provocó la reacción de autores como Edmund Burke. Después de la era napoleónica, autores como T.B. Macaulay reinician el movimiento liberal y, paralelamente, se desarrolla el pensamiento de Bentham, influido más bien por la tradición continental. En la segunda mitad del siglo XIX, hubo una intensa discusión intelectual en torno a los principios básicos del liberalismo: Herbert Spencer afirmó en extremo el Estado mínimo individualista, mientras que John Stuart Mill criticó principalmente la tiranía de la opinión más que las acciones del gobierno, promoviendo a la vez la justicia distributiva y una actitud general con simpatías a aspiraciones socialistas, preparando la transición de gran parte de los intelectuales liberales hacia un socialismo moderado. Esa tendencia se fortaleció mediante la influencia de T.H. Green, quien enfatizó las funciones positivas del Estado ante la concepción de libertad predominantemente

---

<sup>1246</sup> Sugiero aquí otro interesante tema para futuros trabajos: un estudio dirigido a exponer y evaluar las afirmaciones de Hayek sobre el Derecho Romano y la manera en que lo caracteriza, a la luz de una confrontación con las fuentes históricas y jurídicas de la antigua Roma. También, por similar línea, podría sugerirse un estudio comparativo entre, por un lado, la propuesta constitucional que hace Hayek en ‘Derecho, Legislación y Libertad’ y, por otro lado, la estructura y forma de gobierno, y el modo de producción jurídica, en la Roma Republicana.

<sup>1247</sup> Recuérdese que Hayek, al hablar de la Edad Media, nos refiere entonces al iusnaturalismo clásico, en cuyo caso debe usarse con cautela el término ‘independiente’, toda vez que el Derecho Natural era entonces concebido como parte del derecho vigente, sin haberse desarrollado aún la noción del derecho natural y el positivo como dos ordenamientos distintos: más bien, me parece que la afirmación de Hayek debe entenderse en el sentido de que el gobierno no puede alterar el derecho natural, y es precisamente en esa noción donde se ubica, a mi juicio, el carácter que éste tiene como limitativo de la arbitrariedad que Hayek enfatiza.

negativa de los antiguos liberales. Hayek afirma que, al momento de escribir su trabajo, los defensores del liberalismo clásico eran pocos, la mayoría de ellos economistas, y que el nombre *liberal* se empezaba a usar, incluso en Europa, para designar aspiraciones esencialmente socialistas.

En Alemania, el movimiento liberal recibió mucha influencia de pensadores como Immanuel Kant, Wilhelm von Humboldt y Friedrich Schiller. El liberalismo alemán fue principalmente un movimiento constitucionalista y, en el norte de Alemania, tuvo mayor influencia la tradición inglesa, mientras que en el sur influyó más la tradición continental. Tanto en Alemania como en Italia, el movimiento liberal se identificó con el movimiento en pro de la unificación nacional, a tal punto que, una vez lograda la unificación, la atención se dirigió más bien hacia el fortalecimiento de los nuevos Estados.

Ya se ha mencionado cómo Hayek considera que una importante distinción entre el liberalismo inglés y el continental consiste en que éste último era más bien una actitud mental general que una doctrina política articulada. También señala Hayek que, en tal virtud, se resalta en la tradición continental la aspiración al llamado pensamiento libre, expresado en una fuerte tendencia anti-clerical, anti-religiosa y anti-tradicionalista, de tal forma que tanto en Francia como en otros países europeos de tradición católica, el continuo conflicto del liberalismo continental con la Iglesia se volvió tan característico que para muchos aparecía como el distintivo principal del liberalismo. En cambio, Hayek expresa que “en modo alguno se sigue que el liberal haya de ser ateo. Antes al contrario, y a diferencia del racionalismo de la Revolución francesa, el verdadero liberalismo no tiene pleito con la religión, siendo muy de lamentar la postura furibundamente antirreligiosa adoptada en la Europa decimonónica por quienes se denominaban liberales. Que tal actitud es esencialmente antiliberal lo demuestra el que los fundadores de la doctrina, los viejos *whigs* ingleses, fueron en su mayoría gente muy devota. Lo que en esta materia distingue al liberal del conservador es que, por profundas que puedan ser sus creencias, aquél jamás pretende imponerlas coactivamente a los demás. Lo espiritual y lo temporal son para él esferas claramente separadas que nunca deben confundirse”<sup>1248</sup>.

Fruto del conflicto que el liberalismo francés y la Iglesia sostuvieron en el siglo XIX es la carta encíclica ‘*Libertas Praestantissimum*’ del Sumo Pontífice León XIII sobre la libertad y el liberalismo. En ella, León XIII expone ideas fundamentales de la doctrina católica sobre la libertad, afirmando que “La libertad, don excelente de la Naturaleza, propio y exclusivo de los seres racionales, confiere al hombre la dignidad de estar en manos de su albedrío y de ser dueño de sus acciones. Pero lo más importante en esta dignidad es el modo de su ejercicio, porque del uso de la libertad nacen los mayores bienes y los mayores males. [...] Nos hemos hablado ya en otras ocasiones, especialmente en la encíclica *Immortale Dei*, sobre las llamadas libertades modernas, separando lo que en éstas hay de bueno de lo que en ellas hay de malo. Hemos demostrado al mismo tiempo que todo lo bueno que estas libertades presentan es tan antiguo como la misma verdad, y que la Iglesia lo ha aprobado siempre de buena voluntad y lo ha incorporado siempre a la práctica diaria de su vida. La novedad añadida modernamente, si hemos de decir la verdad, no es más que una auténtica corrupción producida por las turbulencias de la época y por la inmoderada fiebre de revoluciones. Pero como son muchos los que se obstinan en ver, aun en los aspectos viciosos de estas libertades, la gloria suprema de nuestros tiempos y el fundamento necesario de toda constitución política, como si fuera imposible concebir sin estas

---

<sup>1248</sup> Hayek. Los Fundamentos de la Libertad. Página 517.

libertades el gobierno perfecto del Estado, nos ha parecido necesario, para la utilidad de todos, tratar con particular atención este asunto”<sup>1249</sup>.

En dicha encíclica, ofrece el Papa una visión sobre tres ‘grados’ del liberalismo, cuyo estudio nos puede resultar esclarecedor para formarnos un criterio sobre esta corriente. Recordemos, no obstante, que la exposición de Hayek en que nos hemos venido basando se enfoca en el aspecto político de la doctrina liberal, mientras que León XIII analiza los presupuestos filosóficos y sus consecuencias a la luz de la revelación divina. De entrada veremos que León XIII parece referirse concretamente a lo que Hayek denomina liberalismo continental o constructivista, pues inicia haciendo referencia al racionalismo filosófico. Los tres grados de liberalismo, conforme al magisterio de León XIII, se caracterizan así:

- Liberalismo de *primer grado*: “El naturalismo o racionalismo en la filosofía coincide con el liberalismo en la moral y en la política, pues los seguidores del liberalismo aplican a la moral y a la práctica de la vida los mismos principios que establecen los defensores del naturalismo. Ahora bien: el principio fundamental de todo el racionalismo es la soberanía de la razón humana, que, negando la obediencia debida a la divina y eterna razón y declarándose a sí misma independiente, se convierte en sumo principio, fuente exclusiva y juez único de la verdad. Esta es la pretensión de los referidos seguidores del liberalismo; según ellos no hay en la vida práctica autoridad divina alguna a la que haya que obedecer; cada ciudadano es ley de sí mismo. De aquí nace esa denominada moral independiente, que, apartando a la voluntad, bajo pretexto de libertad, de la observancia de los mandamientos divinos, concede al hombre una licencia ilimitada. Las consecuencias últimas de estas afirmaciones, sobre todo en el orden social, son fáciles de ver. Porque, cuando el hombre se persuade que no tiene sobre sí superior alguno, la conclusión inmediata es colocar la causa eficiente de la comunidad civil y política no en un principio exterior o superior al hombre, sino en la libre voluntad de cada uno; derivar el poder político de la multitud como de fuente primera. Y así como la razón individual es para el individuo en su vida privada la única norma reguladora de su conducta, de la misma manera la razón colectiva debe ser para todos la única regla normativa en la esfera de la vida pública. De aquí el número como fuerza decisiva y la mayoría como creadora exclusiva del derecho y del deber”<sup>1250</sup>.
- Liberalismo de *segundo grado*: “Obligados por la fuerza de la verdad, muchos liberales reconocen sin rubor e incluso afirman espontáneamente que la libertad, cuando es ejercida sin reparar en exceso alguno y con desprecio de la verdad y de la justicia, es una libertad pervertida que degenera en abierta licencia; y que, por tanto, la libertad debe ser dirigida y

<sup>1249</sup> León XIII. *Libertas Praestantissimum*. Párrafos 1 y 2. Disponible en línea en: [http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_20061888\\_libertas\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_20061888_libertas_sp.html).

La actitud anti-autoritaria que señala Hayek, incluía desde luego un rechazo a la autoridad religiosa, considerándola enemiga de la libertad. Ante esto, el citado Papa, en párrafo 4 de la encíclica afirmaba: “...así como ha sido la Iglesia católica la más alta propagadora y la defensora más constante de la simplicidad, espiritualidad e inmortalidad del alma humana, así también es la Iglesia la defensora más firme de la libertad. La Iglesia ha enseñado siempre estas dos realidades y las defiende como dogmas de fe. Y no sólo esto. Frente a los ataques de los herejes y de los fautores de novedades, ha sido la Iglesia la que tomó a su cargo la defensa de la libertad y la que libró de la ruina a esta tan excelsa cualidad del hombre. La historia de la teología demuestra la enérgica reacción de la Iglesia contra los intentos alocados de los maniqueos y otros herejes. Y, en tiempos más recientes, todos conocen el vigoroso esfuerzo que la Iglesia realizó, primero en el concilio de Trento y después contra los discípulos de Jansenio, para defender la libertad del hombre, sin permitir que el fatalismo arraigase en tiempo o en lugar alguno”.

<sup>1250</sup> *Ibid.* 12.

gobernada por la recta razón, y consiguientemente debe quedar sometida al derecho natural y a la ley eterna de Dios. Piensan que esto basta y niegan que el hombre libre deba someterse a las leyes que Dios quiera imponerle por un camino distinto al de la razón natural”<sup>1251</sup>.

- Liberalismo de *tercer grado*: “estos liberales afirman que, efectivamente, las leyes divinas deben regular la vida y la conducta de los particulares, pero no la vida y la conducta del Estado; es lícito en la vida política apartarse de los preceptos de Dios y legislar sin tenerlos en cuenta para nada”, respecto a lo cual responde que, por un lado, “es absolutamente contrario a la naturaleza que pueda lícitamente el Estado despreocuparse de esas leyes divinas o establecer una legislación positiva que las contradiga”, y que “el poder político y el poder religioso, aunque tienen fines y medios específicamente distintos, deben, sin embargo, necesariamente, en el ejercicio de sus respectivas funciones, encontrarse algunas veces. Ambos poderes ejercen su autoridad sobre los mismos hombres, y no es raro que uno y otro poder legislen acerca de una misma materia, aunque por razones distintas. En esta convergencia de poderes, el conflicto sería absurdo y repugnaría abiertamente a la infinita sabiduría de la voluntad divina; es necesario, por tanto, que haya un medio, un procedimiento para evitar los motivos de disputas y luchas y para establecer un acuerdo en la práctica”<sup>1252</sup>.

Por otra parte, Carlos Sabino define así el liberalismo: “Dícese de la doctrina filosófica que considera a la libertad como uno de los valores supremos del hombre, afirmando que es posible organizar la vida económica y política de las sociedades alrededor de ese principio fundamental. Para el liberalismo es por ello conveniente y necesario que los individuos desarrollen sin trabas todas sus potencialidades y su pensamiento, de modo tal que puedan alcanzar las metas que ellos mismos se tracen para contribuir a su bienestar e, indirectamente, al de la sociedad en su conjunto. Para que esto así suceda, sin embargo, es preciso que exista un marco normativo adecuado, de modo que la libertad de acción de unos individuos no afecte los derechos de los otros a actuar de la misma manera; en otro caso se arribaría a una anarquía salvaje, donde los más fuertes o poderosos despojarían de su libertad al resto de los individuos.

“El liberalismo económico, en consecuencia, favorece una economía de mercado donde se reduzca a lo indispensable la intervención estatal. Identificado a veces con la posición del *laissez faire*, el liberalismo moderno no niega por completo, sin embargo, el papel del Estado en la economía: la acción pública puede ser conveniente para la provisión de ciertos bienes y servicios públicos y para ayudar de diversos modos al proceso productivo, y es realmente indispensable para proveer el marco jurídico y normativo dentro del cual puede desarrollarse una economía libre de mercado. Pero toda intervención, de acuerdo al liberalismo, debe ser convenientemente analizada y estudiada, limitando las funciones del Estado a aquéllas que no pueden ser provistas por los particulares puesto que, al controlar innecesariamente la actividad económica, lo único que se obtiene es una reducción de la satisfacción de los consumidores y un desarrollo económico más lento y menos diversificado”<sup>1253</sup>.

Sobre el llamado ‘neoliberalismo’, también Sabino nos dice que es una “Corriente política de pensamiento que comparte los fundamentos filosóficos y doctrinarios del liberalismo, pero que se

<sup>1251</sup> *Ibid.* 13.

<sup>1252</sup> *Ibid.* 14.

<sup>1253</sup> *Diccionario de Economía y Finanzas*. <http://paginas.ufm.edu/SABINO/DIC-L.htm>.

aparta de las proposiciones concretas defendidas por el liberalismo clásico hasta comienzos del siglo XX. El neoliberalismo acepta que el Estado puede tener un papel definido en la economía, especialmente en cuanto a la conservación de los equilibrios macroeconómicos y el desarrollo de una limitada política social, pero comparte con los liberales de los siglos XVIII y XIX su misma convicción sobre las virtudes de una economía de libre mercado y las ventajas de un ordenamiento que estimule el desarrollo libre de la persona humana en todos los campos de actividad.

“En realidad, como se podrá apreciar, las diferencias entre liberalismo y neoliberalismo se refieren más a un problema surgido de la evolución histórica de las ideas que a una diferencia de fondo: luego de que el liberalismo clásico quedó reducido a un papel secundario, ante el auge del socialismo, los nuevos liberales intentaron expresar que sus propuestas se habían actualizado y no eran una mera repetición de lo que se proponía un siglo atrás. A este cambio de denominación contribuyó también el hecho de que, en los Estados Unidos, el término liberal pasó a significar una política de fuerte expansión del sector público y de creación del Welfare State opuesta a las ideas liberales clásicas. De allí que en este país se suele distinguir entre el liberalismo y sus opuestos, el liberalismo clásico, el neoliberalismo o, como a veces se lo llama, la *nueva derecha*”<sup>1254</sup>.

El liberalismo puede enfocarse desde diversos puntos de vista, o tener distintas consecuencias según el ámbito de la vida y el saber humano en que se aplique: así, ha recibido algunos ‘apellidos’, hablándose de liberalismo *económico*, liberalismo *filosófico*, liberalismo *moral*, liberalismo *político*, etc. Pero, ¿son todos ‘los liberalismos’, en el fondo, lo mismo? Quizás se trate de aplicaciones de un ideal de libertad a diversos aspectos de la realidad –en cuya situación habría que examinar también el contenido del concepto de libertad en cada caso, tema cuya complejidad no nos permite abarcarlo en el presente estudio–, o quizás se trate de un mismo término usado para designar cosas distintas. Mencionemos, por ejemplo, que Hayek que tanto admira el liberalismo clásico o inglés y sigue sus doctrinas en muchos aspectos de sus propias enseñanzas, es a la vez un gran opositor del racionalismo constructivista y, lejos de atribuir a la razón el carácter casi omnipotente que tales corrientes le asignan, Hayek insiste –como uno de los principales fundamentos de sus enseñanzas– sobre el carácter limitado de la razón y el conocimiento humanos. También el mismo Hayek menciona la doctrina del iusnaturalismo clásico, particularmente a Santo Tomás de Aquino, entre las raíces del liberalismo inglés, y afirma que los pensadores de la escolástica española proponían un sistema de política en esencia liberal, particularmente en el campo económico: en cambio, ciertamente ni Santo Tomás ni los jesuitas españoles de la escolástica concuerdan con la absoluta autonomía de la razón ante toda autoridad que fundamenta postulados de algunos tipos de liberalismo, ni están de acuerdo con un liberalismo moral que planteara una autonomía del hombre sin sujeción a normas morales objetivas.

Es decir, ciertos postulados de algunos tipos o manifestaciones de liberalismo son incompatibles con otros sistemas filosóficos, e incluso hay oposición en aspectos muy relevantes entre el liberalismo inglés con el continental, mientras que otras propuestas del liberalismo sí son conciliables con filosofías distintas o, al menos, el hecho de que no las contradigan no implica necesariamente que puedan afirmarse también desde ellas. Cabe preguntarse, entonces, si por ‘liberalismo’ ha de entenderse propiamente un sistema filosófico, una doctrina política, una actitud intelectual genérica, una serie de postulados económicos, etc. De conformidad con lo que

---

<sup>1254</sup> *Ibid.*

hemos visto, parece claro que el liberalismo puede entenderse como cualquiera de los anteriores, y que en cada sentido o dimensión no constituye manifestación en distintos ámbitos de un mismo concepto universal o realidad unitaria, sino usos de un mismo término para designar cosas distintas, aunque en algún momento histórico se hayan manifestado en forma vinculada, o algún pensador sostenga simultáneamente diversos ‘liberalismos’. ¿Se puede, por ejemplo, ser liberal en lo económico sin serlo en lo moral?, ¿ser liberal en lo político sin serlo en lo filosófico? Parece ser, entonces, que ante el vocablo ‘liberalismo’ estamos en presencia de una situación similar a la que vimos respecto del ‘individualismo’: que no se trata de un concepto universal o realidad unitaria, sino que se aplica en sentidos distintos a una diversidad de materias.

## 8. Libertad

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “Libertad” se puede entender, entre otras acepciones, en las siguientes: “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. (...) Falta de sujeción y de subordinación. Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres. (...) Condición de las personas no obligadas por su estado al cumplimiento de ciertos deberes”. Asimismo, entre otros usos de la palabra, el referido Diccionario recoge la “libertad del espíritu”, entendida como “Dominio o señorío del ánimo sobre las pasiones”. Pocas palabras son susceptibles de utilizarse en tan diversos sentidos como “libertad”, siendo un término que no sin frecuencia se adultera o vacía de contenido, invocándosele para la justificación de las más diversas posturas u opiniones, que a veces son completamente contradictorias entre sí. ¿Resulta esto de modos distintos de entender la libertad, o más bien de enfatizar diversos matices o manifestaciones de una sola libertad unitaria? Sin pretender agotar el tema, veamos a continuación algunas nociones que nos permitan dilucidar un criterio más balanceado al respecto.

Friedrich A. Hayek, al tratar el tema en el primer capítulo de su importante obra ‘Los Fundamentos de la Libertad’, aclara que “Esta obra hace referencia a aquella condición de los hombres por la que la coacción que algunos ejercen sobre los demás queda reducida, en el ámbito social, al mínimo. Tal estado lo describiremos a lo largo de nuestra investigación como estado de libertad. (...) El estado en que un hombre no se halla sujeto a coacción derivada de la voluntad arbitraria de otro o de otros se distingue a menudo como libertad ‘individual’ o ‘personal’”, siendo ésta “un estado apetecible por razones diferentes de aquellas que nos hacen desear otras cosas también denominadas ‘libertad’. Veremos que, estrictamente hablando, esas varias ‘libertades’ no son diferentes especies del mismo género, sino condiciones enteramente distintas, a menudo en conflicto unas con otras, y que, por tanto, deberían ostentar claras diferenciaciones. Aunque en algunos de los restantes sentidos pueda ser legítimo hablar de diferentes clases de libertad, tales como ‘libertad de’ y ‘libertad para’, en nuestro sentido la ‘libertad’ es una, variando en grado pero no en clase. En dicho último sentido, la ‘libertad’ se refiere únicamente a la relación de hombres con hombres. (...) La libertad, por tanto, presupone que el individuo tenga cierta esfera de actividad privada asegurada; que en su ambiente exista cierto conjunto de circunstancias en las que los otros no puedan interferir”<sup>1255</sup>. Es decir, Hayek al definir la libertad como ausencia de coacción arbitraria aclara que se refiere a la libertad únicamente en un sentido social, en condición de alteridad entre seres humanos. En consecuencia, el mismo autor distingue este sentido de libertad de otros en los que se utiliza el mismo vocablo:

<sup>1255</sup> Hayek, Friedrich A. Los Fundamentos de la Libertad. Páginas 31 a 34.



- Libertad *política*: que Hayek describe como “la participación de los hombres en la elección de su propio gobierno, en el proceso de la legislación y en el control de la administración”<sup>1256</sup>. Esto deriva de la aplicación del concepto de libertad a un grupo de hombres considerados en conjunto a quienes se otorga una especie de libertad colectiva; mas un pueblo libre no es necesariamente un pueblo de hombres libres, siendo que nadie necesita participar de dicha libertad colectiva para ser libre como individuo: por ejemplo, Hayek menciona que las personas que por motivo de extranjería o edad no pueden ejercer el voto en un pueblo libre, no por ello dejan de disfrutar de completa libertad como individuos.
- Libertad *interior, metafísica o subjetiva*: que Hayek entiende como referida a “la medida en que una persona se guía en sus acciones por su propia y deliberada voluntad, por su razón y permanente convicción más bien que por impulsos y circunstancias momentáneas”<sup>1257</sup>. Esta noción, por encontrarse más emparentada con la libertad individual en el sentido antes descrito, tiende a confundirse más con ella. Sin embargo, Hayek establece la diferencia entre una y otra al observar que “lo opuesto a ‘libertad interior’ no es la coacción ajena, sino la influencia de emociones temporales, la debilidad moral o la debilidad intelectual. (...) El que una persona sea o no capaz de escoger inteligentemente entre distintas alternativas o de adherirse a la resolución adoptada es un problema distinto del de si otras gentes le impondrán su voluntad. No obstante, claramente se vislumbra que no deja de haber cierta conexión entre tales planteamientos, puesto que las condiciones que para unos constituyen coacción son para otros meras dificultades ordinarias que han de superarse de acuerdo con la fuerza de voluntad de las personas afectadas. En esa medida la ‘libertad interior’ y la ‘libertad’ en el sentido de ausencia de coacción determinarán conjuntamente hasta dónde una persona se aprovechará de su conocimiento de las oportunidades”<sup>1258</sup>. No obstante ello, Hayek afirma que debe distinguirse entre libertad interior y libertad individual, aún cuando vayan relacionadas en su manifestación concreta en la vida del hombre.
- Libertad *como poder*: es decir, “la facultad física de ‘hacer lo que uno quiere’, el poder de satisfacer nuestros deseos o la capacidad de escoger entre las alternativas que se abren ante nosotros”<sup>1259</sup>. Hayek expone que la confusión entre libertad como poder y libertad como ausencia de coacción ha dado lugar a que se suprima la libertad individual en nombre de la libertad como poder, ya que se habla de libertad como ausencia de limitación, mas no entendiendo limitación como coacción ejercida por otros hombres, sino en general como todo factor externo que impide la realización del propio poder. Tal confusión conduce a la identificación de libertad con riqueza, sobre lo cual Hayek afirma que “Aunque libertad y riqueza sean dos realidades que la mayoría de nosotros deseamos, y aunque a menudo necesitemos de ambas para obtener lo que apetecemos, sin embargo siguen siendo diferentes. El que yo sea o no dueño de mí mismo y pueda o no escoger mi propio camino, y el que las posibilidades entre las que yo pueda o no escoger sean muchas o pocas, son dos cuestiones totalmente distintas”<sup>1260</sup>.

---

<sup>1256</sup> *Ibid.* Página 35.

<sup>1257</sup> *Ibid.* Página 37.

<sup>1258</sup> *Ibid.* Páginas 37 y 38.

<sup>1259</sup> *Ibid.* Páginas 38 y 39.

<sup>1260</sup> *Ibid.* Página 41.

Explica el mismo autor que “Por ‘coacción’ queremos significar presión autoritaria que una persona ejerce en el medio ambiente o circunstancias de otra. (...) La coacción, sin embargo, no puede evitarse totalmente, porque el único camino para impedirlo es la amenaza de coacción. (...) La coacción que el poder público debe utilizar para dicho fin se reduce al mínimo, y resulta tan inocua como sea posible mediante la subordinación a normas generales conocidas, de forma que en la mayoría de los casos el individuo no necesita ser objeto de coacción a menos que por sí mismo se coloque en una situación como consecuencia de la cual dicho individuo sabe que tal coacción tiene que ocurrir”<sup>1261</sup>.

El jurista romano Florentino define ‘libertad’ como “la natural facultad de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza, o por la ley”<sup>1262</sup>. Al decir “lo que place a cada cual”, resulta provechoso recordar lo que Hayek explica sobre la distinción entre libertad como poder y libertad como ausencia de coacción arbitraria. Al hablar de la fuerza o la ley como prohibitivas de la libertad, tal definición se entrelaza con lo explicado por Hayek acerca de la coacción, y de la función que cumplen las normas generales: en efecto, parece ser que, en su esencia, la definición del jurisconsulto romano concuerda con la de Hayek, en cuanto considera la libertad como ausencia de coacción externa a la vez que, por fuerza o ley, no cabe legítimamente entender cualquier factor externo como nos llevaría a plantear la confusión con la libertad como poder, sino más bien se hace referencia a factores ejercidos por otros hombres. Es más, esta cita de Florentino se contiene en el Digesto en la parte donde se empieza a tratar de la distinción entre el hombre libre y el esclavo, es decir, haciendo referencia a la libertad únicamente en su aspecto individual externo, social: el mismo Hayek expresa que “De lo expuesto se deduce que el significado de libertad que hemos adoptado parece ser el original de la palabra. El hombre, o al menos el hombre europeo, entra en la historia dividido en libre y esclavo. Y esta distinción tenía un significado muy concreto. La libertad del libre puede haber diferido ampliamente, pero siempre dentro de un grado de independencia que el esclavo en modo alguno poseyó. Significó en todo momento la posibilidad de que una persona actuase según sus propias decisiones y planes, en contraste con la posición del que se hallaba irrevocablemente sujeto a la voluntad de otro, quien, de modo arbitrario, podía coaccionarle para que actuase o no en forma específica. La expresión que el tiempo ha consagrado para describir esta libertad es, por tanto, ‘independencia frente a la voluntad arbitraria de un tercero’”<sup>1263</sup>. Así, continúa Florentino en el Digesto: “La esclavitud es una constitución del derecho de gentes, por la que alguno está sujeto contra la naturaleza al dominio ajeno”<sup>1264</sup>.

Por su parte, Walter Brugger explica la libertad diciendo que “este término significa, en general, exención de trabas, exención de determinación procedente del exterior, con tal de que dicha exención vaya unida a una cierta facultad de autodeterminarse espontáneamente. Según sea la índole de dichas trabas, distínguense varias clases de libertad”<sup>1265</sup>, y enumera:

- Libertad *física* o *de acción*: corresponde a los seres vivos que apetece conscientemente (hombres y animales), y también, en menor escala, a los vegetales, en tanto que a su obrar no se oponen estorbos exteriores materiales.

<sup>1261</sup> *Ibid.* Páginas 45 y 46.

<sup>1262</sup> Digesto, 1.5.4.

<sup>1263</sup> Hayek. *Ob. Cit.* Página 33.

<sup>1264</sup> Digesto, 1.5.4.1.

<sup>1265</sup> Brugger, Walter. *Libertad* en Brugger. *Ob. Cit.* Página 335. Para lo que sigue, cfr. *Ibid.* Páginas 335 y 336. Véase también Willwoll. *Libertad de la voluntad*, referido al libre albedrío, en *Ibid.* Páginas 337 a 339.

- Libertad *moral*, que se entiende en dos sentidos:
  - En *sentido amplio o lato*: la facultad de poder resolverse a algo sin que lo impidan causas exteriores psíquicamente influyentes, por ejemplo, una amenaza.
  - En *sentido restringido*: la facultad de poder resolverse a algo sin que exista obligación contraria.
- Libertad *psicológica*: que no excluye la atadura física ni la obligación moral e incluso es un supuesto de esta última, consiste en la facultad de poder resolverse a algo sin ataduras psíquicas antecedentes al acto de la decisión que necesiten unívocamente la volición en un sentido determinado; en otros términos, es la facultad de ‘querer como se quiera’.

Al tratar la ya citada distinción entre libertad individual y libertad interior, dice Hayek que “Es muy importante mantener los dos conceptos independientes, por la relación que el de ‘libertad interior’ tiene con la confusión filosófica que deriva del término ‘libre albedrío’”<sup>1266</sup>. Sobre el libre albedrío, dice Santo Tomás de Aquino: “En el hombre hay libre albedrío. De no ser así, inútiles serían los consejos, las exhortaciones, los preceptos, las prohibiciones, los premios y los castigos. Para demostrarlo, hay que tener presente que hay seres que obran sin juicio previo alguno. Ejemplo: Una piedra que cae de arriba; todos los seres carentes de razón. Otros obran con un juicio previo, pero no libre. Ejemplo: Los animales; la oveja que ve venir al lobo juzga que debe huir de él, pero lo hace con un juicio natural y no libre, ya que no juzga analíticamente, sino con instinto natural. Así son los juicios de todos los animales. En cambio, el hombre obra con juicio, puesto que, por su facultad cognoscitiva, juzga sobre lo que debe evitar o buscar. Como quiera que este juicio no proviene del instinto natural ante un caso concreto, sino de un análisis racional, se concluye que obra por un juicio libre, pudiendo decidirse por distintas cosas. Cuando se trata de algo contingente, la razón puede tomar direcciones contrarias. Esto es comprobable en los silogismos dialécticos y en las argumentaciones retóricas. Ahora bien, las acciones particulares son contingentes, y, por lo tanto, el juicio de la razón sobre ellas puede seguir diversas direcciones, sin estar determinado a una sola. Por lo tanto, es necesario que el hombre tenga libre albedrío, por lo mismo que es racional. (...) La elección es lo propio del libre albedrío, y por eso se dice que tenemos libre albedrío, porque podemos aceptar algo o rehusarlo, y esto es elegir. De este modo, la naturaleza del libre albedrío debe ser analizada a partir de la elección. En la elección coinciden en parte la facultad cognoscitiva y en parte la facultad apetitiva. Por parte de la facultad cognoscitiva, se precisa la deliberación o consejo, por el que se juzga sobre lo que ha de ser preferido. Por parte de la facultad apetitiva se precisa el acto del apetito aceptando lo determinado por el consejo. (...) lo que en la percepción intelectual es el entendimiento con respecto a la razón, eso mismo es en el apetito la voluntad con respecto al libre albedrío, que no es otra cosa que la facultad de elección. Esto resulta claro por la correlación de sus actos y de sus objetos. Pues *entender* implica la simple percepción de una cosa. Por eso, y en rigor, sólo entendemos los principios que se conocen por sí mismos sin un proceso comparativo. *Razonar* consiste propiamente en pasar del conocimiento de una cosa al conocimiento de otra. Por eso, el objeto propio del razonamiento son las conclusiones a las que se llega por medio de los principios. Por parte del apetito, *querer* significa el simple deseo de algo. Por eso se dice que la voluntad tiene por objeto el fin, deseado por sí mismo. *Elegir* significa querer una cosa para conseguir otra. Por eso, su objeto propio son los medios que llevan al fin. Ahora bien, lo que en el orden cognoscitivo es el principio con respecto a la conclusión, a la que

<sup>1266</sup> Hayek. *Ob. Cit.* Página 38.

asentimos por los principios, eso mismo es en el orden apetitivo el fin con respecto a los medios deseados por razón del fin. Es evidente que, así como el entendimiento se relaciona con la razón, así también lo hace la voluntad con la facultad electiva, esto es, el libre albedrío. Se demostró (q.79, a.8) que entender y razonar son actos de una misma potencia, al igual que el reposo y el movimiento. Por eso, una misma potencia es también la que elige y la que quiere. Consecuentemente, la voluntad y el libre albedrío no son dos potencias, sino una”<sup>1267</sup>.

En otra parte de la Suma Teológica, se cuestiona Santo Tomás sobre los factores que pueden influir sobre la voluntariedad de los actos humanos, entre los cuales analiza la violencia, el miedo, la concupiscencia, la ignorancia<sup>1268</sup>. No corresponde a nuestro estudio profundizar en tal tema, pero queda claro cómo la libertad interior o metafísica, la libertad en cuanto ligada a la potencia humana de la voluntad personal (si se quiere, la libertad en su sentido más pleno, rico y trascendente), va mucho más allá de la simple ausencia de coacción. Hayek limita su tratamiento de la libertad a esta última, precisamente porque, dado que se define en relación con la alteridad del hombre en sociedad con sus semejantes, es la noción de libertad más adecuada al contexto de las ciencias sociales en que Hayek ubica su análisis. Pero esto de ninguna manera excluye una noción más plena de libertad, en su sentido metafísico, ni implica necesidad de suplantarse una noción por otra, sino que simplemente constituye la elección de un concepto de libertad que resulta adecuado al ámbito del análisis en que se emplea.

Ahora bien, también dice Hayek que “debe evitarse la sugerencia de que, debido al empleo de la misma palabra, dichas ‘libertades’ son diferentes especies del mismo género. He ahí el origen de un peligroso disparate, de una trampa verbal que conduce a la más absurda de las conclusiones. La libertad en el sentido de poder, es decir, la libertad política, y la libertad interior no son de la misma clase que la libertad individual; (...). Ahora bien, sugerir que hay en ellas un elemento común que nos autoriza a hablar del efecto que dicho cambio produce en la libertad implica un enorme confucionismo, es decir, la más cruda clase de realismo filosófico, que da por sentado que, describiéndose dichas condiciones con la misma palabra, debe existir un elemento común en ellas. Nosotros queremos esa clase de libertades por razones diferentes y su presencia o ausencia tienen diferentes efectos”<sup>1269</sup>. Sin embargo, me parece válido cuestionar hasta qué punto realmente la libertad interior y la libertad individual sean cosas *absolutamente* separadas: por un lado, ya hemos visto cómo el mismo Hayek afirma que “la ‘libertad interior’ y la ‘libertad’ en el sentido de ausencia de coacción determinarán conjuntamente hasta dónde una persona se aprovechará de su conocimiento de las oportunidades” y, por otro, al insistir en que las aludidas ‘libertades’ no son especies de un mismo género, Hayek cita al pie a Lord Acton diciendo que “Si cometiéramos el descuido de identificar la libertad con el poder, obviamente amamantaríamos a la tiranía, de la misma forma que incurrimos en la anarquía cuando equiparamos la libertad con la falta de limitaciones”<sup>1270</sup>, cita que se refiere únicamente a la confusión con la libertad como poder en el sentido descrito por Hayek, de donde no se infiere que también excluya la libertad interior o, incluso, la libertad política. Por lo demás, Hayek dice que “aunque ‘libertad política’ y ‘libertad interior’ son usos alternativos de un término hace tiempo establecido, que deben utilizarse con alguna cautela sin causar confusión, es cuestionable si debería tolerarse el uso de la palabra ‘libertad’ en el sentido de ‘poder’”<sup>1271</sup>, de donde nos da la idea que, en efecto, es más bien la confusión específica de la libertad como poder contra la cual nos quiere advertir. Más

<sup>1267</sup> Aquino, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Parte I, Cuestión 83, Artículos 1, 3 y 4.

<sup>1268</sup> *Ibid.* Parte II, Primera Sección, Cuestión 6.

<sup>1269</sup> Hayek. *Ob. Cit.* Páginas 42 y 43.

<sup>1270</sup> *Ibid.* Página 42, nota al pie 25.

<sup>1271</sup> *Ibid.* Página 42.

bien, en lo personal me parece que Hayek deliberadamente se distancia o abstiene del debate filosófico o metafísico que busca profundizar más en la libertad porque, como se dijo, la enfoca únicamente en su aspecto social, del individuo en cuanto relacionado con otros individuos, no en cuanto a la interioridad del hombre en sí: es decir, para los efectos que Hayek busca con su análisis, no le es ‘necesario’ ahondar en dimensiones más profundas de la libertad, pues considera suficiente analizar ésta en su manifestación y configuración social externa, ya que es ella la que directamente atañe al actuar del individuo en sociedad. El Derecho, en cambio, que no es una ciencia social, sí toma en cuenta otras dimensiones de la libertad: así, por ejemplo, en cuanto la libertad va unida a la voluntad humana, en el Derecho se consideran los llamados ‘vicios de la declaración de voluntad’ (tema que en nuestro Código Civil se regula en los artículos 1,257 al 1,268), entre los cuales se contempla no sólo la coacción o violencia, sino además el error, la intimidación, en diversas modalidades y causas: así es como la formación interna de la voluntad tiene relevancia sobre la vida jurídica –aún cuando únicamente se le pueda conocer en cada caso concreto a partir de los hechos y las pruebas que razonablemente muestren la existencia de circunstancias internas que, de otro modo, serían inaccesibles al conocimiento humano–, de tal forma que la labor del jurista va en cierto modo encaminada a tutelar el ejercicio de la libertad en un sentido más amplio que la mera ausencia de coacción arbitraria externa.

La libertad es uno de los valores principales cuya búsqueda ha impulsado a la humanidad desde hace siglos, quizá presentándose como el más importante. Hace algunos años, el entonces Cardenal Joseph Ratzinger abordaba el tema de la libertad –examinándolo desde un punto de vista filosófico, lo cual nos pone a salvo de quienes nos sentiríamos incómodos con introducir ‘argumentos religiosos’ en nuestro estudio, cosa que sería inadecuada– y realizaba al respecto algunas reflexiones que nos pueden resultar de provecho: a su entender, actualmente la actitud promedio entiende la libertad como el derecho y la posibilidad práctica de hacer todo lo que deseamos y de no tener que hacer algo que no deseamos (citando a modo ilustrativo de esta manera de concebir la libertad el ideal que imaginaba Marx en la futura sociedad comunista): algo parecido a la confusión de libertad como poder, de libertad como ‘amamantadora de tiranía y anarquía’ de que nos hablaban Hayek y Lord Acton. Planteaba Ratzinger estas preguntas: si nuestra voluntad es el único criterio para nuestra acción, y esta voluntad estaría en capacidad de querer hacer cualquier cosa, *“How free in fact is our will? And how rational is it? – And, is an irrational will truly a free will? Is irrational freedom truly freedom? Is it really a good thing? Does not the definition of freedom, as being able to decide to do anything and being able to do what we decide, have to be expanded to include the connection with reason, with mankind as a whole, in order to avoid becoming tyranny and unreason? And will not seeking for the common reason of all men, and thus the mutual compatibility of freedoms, be a part of the interplay of reason and the will? It is obvious that the question of truth is concealed within the question of the rationality of the will and its relation to reason. We are brought up against such questions, not merely by abstract philosophical reflections, but also by our quite concrete situation in a society in which the demand for freedom is indeed unbroken yet doubts concerning all previous forms of movements for freedom and systems for ensuring freedom appear in ever more dramatic form. Let us not forget that Marxism, as the one great political force of our twentieth century, made its appearance with the claim to be bringing a new world of freedom and of free people”*<sup>1272</sup>. Es con ocasión de estas reflexiones que el autor describe algunas ideas que se vinculan con la filosofía política y la filosofía del Derecho, que a continuación se resumen<sup>1273</sup>: la Ilustración planteaba la emancipación de la razón frente a la autoridad, que debía someterse a la crítica racional. Sólo lo

<sup>1272</sup> Ratzinger, Joseph. *Truth and Tolerance*. Páginas 232 y 233. La traducción es mía.

<sup>1273</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 236 a 245.

que puede comprenderse racionalmente debía tener continuidad. Este programa filosófico tenía su manifestación política, en virtud de la cual no debería existir otra autoridad más que la razón; Ratzinger considera tal concepción manifestada en dos vertientes:

- La corriente anglosajona, más inclinada al derecho natural, con tendencia hacia la democracia constitucional como el único sistema que realísticamente asegura la libertad. La escuela del iusnaturalismo racionalista critica la ley positiva y los sistemas de gobierno según el criterio de los derechos inherentes a la existencia humana, que son previos a todo ordenamiento legal. La idea de los derechos humanos se opone al absolutismo estatal y a la voluntad arbitraria del derecho positivo. En opinión de Ratzinger, lo específicamente moderno e ‘ilustrado’ de esta concepción radica en que los derechos naturales del hombre se conciben como opuestos al Estado y a las instituciones: el individuo tiene derechos *ante* la sociedad, derechos que deben protegerse *de* la sociedad. En este detalle se enlaza esta vertiente con la segunda corriente.
- La dirección radical señalada por Rousseau, que a la larga aspira a verse libre de cualquier norma o gobierno. Para Rousseau, cualquier cosa creada por la voluntad y la razón es contraria a la naturaleza, la corrompe y contradice: su concepto de naturaleza es antimetafísico. El ansia de libertad toma aquí su forma más radical: el radicalismo político, opuesto a la forma ‘domesticada’ de la libertad democrática, se ha manifestado en movimientos a lo largo de los dos siglos pasados. Así, por ejemplo, la Revolución Francesa inició con una idea de democracia constitucional, para luego tender hacia conceptos anárquicos de libertad, transformándose en el proceso en una sanguinaria tiranía.
  - Rousseau plantea el origen de la sociedad en el ‘contrato social’, que da solución a la dificultad de “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”<sup>1274</sup>. Su noción de libertad y de naturaleza se pone de manifiesto cuando afirma que “La transición del estado natural al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, sustituyendo en su conducta la justicia la instinto y dando a sus acciones la moralidad de que antes carecían. (...). El hombre puede su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desea y puede alcanzar, ganando en cambio la libertad civil y la propiedad de lo que posee. Para no equivocarse acerca de estas compensaciones, es preciso distinguir la libertad natural, que tiene por límites las fuerzas individuales, de la libertad civil, circunscrita por la voluntad general. (...) Podríase añadir a lo que precede la adquisición de la libertad moral, que por sí sola hace al hombre verdadero dueño de sí mismo, ya que el impulso del apetito constituye la esclavitud, en tanto que la obediencia a la ley es la libertad”<sup>1275</sup>.
  - Si bien al leer la explicación que hace Rousseau del contrato social se observa que considera el estado civil como más deseable que lo que denomina estado natural, tal característica la plantea en un marco más bien

<sup>1274</sup> Rousseau, Jean-Jacques. *El Contrato Social*, en Amurrio, Jesús. *Clásicos del Pensamiento Político*. Páginas 141 y 142.

<sup>1275</sup> Cfr. *Ibid.*, Páginas 145 y 156.

ideal o conceptual, mientras que en lo fáctico, en la realidad, critica con cierta severidad la manera en que se conducen los asuntos públicos<sup>1276</sup>, a tal grado que afirma Rousseau que “si los abusos de esta nueva condición [el estado civil] no le degradasen a menudo hasta colocarle en situación inferior a la en que estaba [el estado natural], debería bendecir sin cesar el dichoso instante en que la quitó para siempre”<sup>1277</sup>. En otras obras<sup>1278</sup>, afirma que “Tal fue o debió de ser el origen de la sociedad y de las leyes, que dieron nuevas trabas al débil y nuevas fuerzas al rico, aniquilaron para siempre la libertad natural, fijaron para todo tiempo la ley de la propiedad y de la desigualdad, hicieron de una astuta usurpación un derecho irrevocable, y, para provecho de unos cuantos ambiciosos, sujetaron a todo el género humano al trabajo, a la servidumbre y a la miseria”<sup>1279</sup>; “Toda nuestra sabiduría consiste en preocupaciones serviles; todos nuestros usos no son otra cosa que sujeción, incomodidades y violencia. El hombre civilizado nace, vive y muere en esclavitud; al nacer le cosen en una envoltura; cuando muere, le clavan dentro de un ataúd; y mientras que tiene figura humana, le encadenan nuestras instituciones”<sup>1280</sup>; “Antes que las preocupaciones y las leyes sociales alteren nuestra inclinación natural, consiste la felicidad, así de los niños, como de los hombres, en el uso de su libertad (...). Aquel que hace lo que quiere es feliz si se basta a sí propio (...). No pudiendo cada uno de nosotros vivir sin los demás, se torna otra vez miserable y débil. Fuimos criados para ser hombres; las leyes y la sociedad nos han vuelto a sumir en la infancia. (...) Importantes son estas consideraciones, y sirven para resolver todas las contradicciones del sistema social”<sup>1281</sup>.

- El marxismo se inscribe también en una línea radical: critica la libertad democrática como mera libertad aparente, y promete una libertad mejor y más radical, que presenta dos aspectos:
  - El marxismo asume que la libertad es indivisible: sólo existe cuando es la libertad de todos. Así, se vincula con la igualdad, y para que la libertad exista debe primero reestablecerse la igualdad. Aun teniendo como fin la ilimitada libertad del individuo, primero debe prevalecer el establecimiento de la libertad común, los derechos de la sociedad frente a los del individuo.

<sup>1276</sup> Cfr., por ejemplo, *Ibid.* Página 150.

<sup>1277</sup> *Ibid.* Página 145.

<sup>1278</sup> El psiquiatra Enrique Rojas, que se ha dedicado a estudiar el tema de la voluntad, afirma que “Rousseau, en dos célebres libros suyos, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres* y *Emilio o de la educación*, afirma que la civilización ha envilecido al hombre y que hay que permitir casi todos sus comportamientos, salvo aquellos que vayan claramente contra las normas sociales vigentes o sean contrarias al hombre. El problema está en delimitar con exactitud cuáles son esos comportamientos que desvían al hombre actual. Sus pretensiones pedagógicas se dirigen hacia una *permisividad* que comienza en el siglo XVIII y que, más tarde, ha ido adquiriendo una amplitud que hacen desequilibrarse a este hombre. La voluntad –dice Rousseau– está cautiva cuando se la sujeta, se debe hacer lo que uno quiera...”. Rojas, Enrique. *La Conquista de la Voluntad*. Edición electrónica.

<sup>1279</sup> Rousseau. *Discurso Sobre el Origen de la Desigualdad Entre los Hombres*. Página 39.

<sup>1280</sup> Rousseau. *Emilio*. Página 17.

<sup>1281</sup> *Ibid.* Páginas 79 y 80.

- También asume el marxismo que la libertad del individuo depende de la estructura del todo, y que por tanto la lucha por la libertad del individuo pasa primero por la lucha a favor del cambio de la estructura del mundo.

La libertad del individuo a la que tiende el marxismo la describe Marx con las siguientes palabras: *“to do one thing today, another tomorrow, to go shooting in the morning and fishing in the afternoon and in the evening look after the cattle, to indulge in criticism after dinner, just as the fancy takes me”*<sup>1282</sup> (es esta la cita aludida anteriormente al caracterizar lo que Ratzinger considera como la idea promedio actual de libertad). Al respecto, añade el autor: *“As to the question of what this structure would look like and, hence, what the rational means to achieve it would be, Marxism runs out of breath at that point. For a blind man could see that none of the structures that have been constructed, for the sake of which the renunciation of freedom is demanded, truly render freedom possible. But intellectuals are blind where their mental constructs are concerned. That is why they could dispense with any realism and continue to struggle for a system whose promises just could not be kept. People took refuge in mythology: the new structures would produce a new man –for indeed, the promises could only work with new men, with quite different men. If the moral character of Marxism lies in promoting solidarity and in the idea of the indivisibility of freedom, in its heralding of a new man a lie could be seen that also paralyzes the initial moral effort. Partial truths are made subordinate to a lie, and thus the whole thing comes to grief: the lies about freedom cancel out the element of truth. Freedom without truth is no freedom”*<sup>1283</sup>.

En similar espíritu comenta Hayek: *“...hace relativamente pocos años no abundaban los que confundían formalmente esta ‘libertad’ sin cortapisas, esta libertad que significa omnipotencia [la libertad como poder], con la libertad individual que un orden social puede asegurar. Sólo cuando tal confusión fue deliberadamente cultivada como integrante de los argumentos socialistas se hizo peligrosa. Una vez que se admite la identificación de libertad con poder, no hay límites a los sofismas por los que el atractivo que ejerce la palabra libertad se utiliza como justificación de medidas que destrazan la libertad individual, como tampoco se les ve fin a los fraudes de quienes exhortan a las gentes a abdicar de la misma. Con la ayuda de tal equívoco, la noción de poder colectivo en la esfera pública ha sido sustituida por la libertad individual, y, de esta forma, en los estados totalitarios, la libertad ha sido suprimida en nombre de la libertad”*<sup>1284</sup>. Nuevamente, entonces, se pone de manifiesto el peligro de confundir libertad con poder, con la aspiración de una omnipotencia del hombre.

## 9. Moral

El Derecho coexiste con otros órdenes normativos, entre los cuales está la moral o ley moral. En cuanto orden normativo, algunos pensadores aplican a la moral categorías similares o análogas a las que se aplican al Derecho: así, hay quienes tratan de la existencia de una ley moral objetiva y universalmente válida (similar al derecho natural, el cual algunos consideran una parte de la ley moral), otros plantean la moral en términos relativistas, otros hablan de moral ideal o crítica y moral social, también llamada positiva o vigente, etc. El Diccionario de la Real Academia, como acepciones de la palabra ‘moral’, enumera: “Perteneiente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia. | Que no pertenece al campo de

<sup>1282</sup> Karl Marx y Friedrich Engels, citados por Ratzinger en Ob. Cit. Página 232.

<sup>1283</sup> Ratzinger. Ob. Cit. Página 242.

<sup>1284</sup> Hayek. Ob. Cit. Página 39.



los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia. | Que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano. | Ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia. | Conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a *físico*. | Ánimos, arrestos. | Estado de ánimo, individual o colectivo. | En relación a las tropas, o en el deporte, espíritu, o confianza en la victoria”. Así, en el sentido de *moral* como no perteneciente al campo de los sentidos, se habla, por ejemplo, en el Derecho de *persona moral* como sinónimo de *persona jurídica*, contrapuesto a la *persona física, individual o natural*. Como estado de ánimo o espíritu, se usa en las expresiones usuales tales como ‘la moral del equipo’ en los deportes, ‘la moral del equipo de trabajo’, es decir, en el sentido de la motivación como sinónimo de optimismo y esfuerzo, etc. No son estas propiamente las acepciones que interesan a nuestro tema. Por otro lado, la moral o moralidad, referida a la bondad o malicia de las acciones humanas, también es objeto de la filosofía y de la teología ‘apellidadas’ *moral*.

Para De Vries, “La ley moral es la ley que ordena el bien y prohíbe el mal moral. Puédese llamar también *norma de moralidad*, pero por norma de moralidad se suele entender el *principio de moralidad*, que determina la esencia de lo moralmente bueno, sin explicar su cualidad de debido o impuesto. La ley moral, en cambio, significa la obligatoriedad de lo bueno y, por cierto, una obligatoriedad que no se ha originado primeramente por una ley positiva (estatal o eclesiástica), ni por mera *convención* humana, sino que, con independencia de todo arbitrio, es necesaria en virtud del orden de la ‘naturaleza’ o del ser; por eso se llama ley natural y, en contraposición con la ley natural física, recibe el nombre de ley moral natural. Sólo la parte de la ley natural que contiene exigencias de la justicia es derecho natural. El fundamento de la ley moral radica en aquella *exigencia* (deber) que va unida, no a todos los valores morales ciertamente, pero sí a los que son necesarios en orden a la bondad moral del hombre; el mal, por el contrario, esencialmente lo que no debe ser. El positivismo moral niega toda exigencia moral y todo bien moral, que sean independientes de la voluntad del hombre. Otros consideran el deber solamente como interpretación (falsa) de un impulso sentimental. La ética de los valores fundamenta la exigencia moral (deber) en el valor, en oposición a la interpretación corriente del imperativo categórico de Kant, pero separa el valor del orden ontológico. La expresión ‘ley natural’ indica, en oposición a esta concepción, que el valor y la exigencia moral se apoyan en el orden del ser, por cuanto el bien, como consumación de las disposiciones que han de realizarse todavía en el ser del hombre (Potencia) encuentra su norma en el ser. Como el hombre conoce el bien como algo que debe realizar, se siente obligado a él. Esto aclara suficientemente, para muchos moralistas, la ley moral”<sup>1285</sup>. Continúa diciendo el autor citado que “La ley moral es cognoscible en principio para el hombre. Así se explica la amplia coincidencia en los rasgos fundamentales de la conciencia moral. Pero cuando se trata de aplicaciones difíciles de los principios morales, no sólo es posible, según hemos dicho ya<sup>1286</sup>, que en el juicio moral surjan diferencias legítimas de acuerdo con las nuevas circunstancias, sino que pueden también abrirse paso concepciones erróneas”<sup>1287</sup>.

Schuster complementa la exposición hablando de moralidad como “la conducta del hombre basada en la libre determinación con respecto a la ley moral. Muchas veces se llama *ethos* la

<sup>1285</sup> De Vries. *Ley moral*, en Brugger. *Ob. Cit.* Páginas 332 y 333.

<sup>1286</sup> Se refiere el autor a lo que afirma en un párrafo anterior: “En tanto una exigencia moral resulta de la naturaleza (‘metafísica’) del hombre así entendido, se mantiene inmutable por completo, aunque la forma concreta de su cumplimiento pueda depender de circunstancias temporales (...). En general hemos de decir: cuanto más concreta es una norma, tanto más está sometida a cambios”. *Ibid.* Página 333.

<sup>1287</sup> *Loc. Cit.*

peculiaridad del modo de pensar ético propio de un pueblo, clase social, etc., determinada por el predominio de un valor. *Moralmente* buena es la acción libre del hombre que afirma el valor ético objetivo y la ley moral; moralmente mala es la que los contradice. Moralmente *indiferente* es una acción libre que según su objeto no es buena ni mala. Sin embargo, el obrar libre del hombre en su situación concreta es siempre bueno o malo, porque por lo menos la intención que lo preside no es moralmente indiferente, sino buena o mala. Portadores del valor o desvalor moral son, primero, la decisión libre de la voluntad; en segundo lugar, la conducta virtuosa resultante de ella, y, por último, la persona o *sujeto ético*<sup>1288</sup>. Dicho autor señala dos valores morales presentes en la acción humana:

- Valor *subjetivo* de lo moral: el carácter valioso de la intención moral, la cual consiste en la afirmación radical de la ley moral. La acción individual es moralmente buena, no sólo a causa de la concordancia accidental con la ley moral, sino en cuanto nacida de la intención ética.
- Valor *objetivo* de lo moral: determinado por el valor ético del objeto a que la acción moral se dirige y del que recibe su sello.

En el tema de la fundamentación objetiva de la ley moral, entran en juego las mismas consideraciones que en torno al derecho natural se vierten en el sentido de que tiene su última y radical fundamentación en Dios pero, en cuanto la ley moral también está ‘inscrita’ en la naturaleza (metafísica, no empírica) del hombre, es en esta medida accesible al conocimiento humano mediante la razón natural. De ahí que también se encuentren posturas que niegan la objetividad o la existencia misma de tal ley moral, por considerar (al igual que se hace respecto del derecho natural) que la existencia de una ley moral objetiva no es empíricamente comprobable, que no se puede fundamentar ‘científicamente’, o que es un tema propio o exclusivo de la religión, etc.

Etimológicamente, la palabra ‘moral’ se vincula con el latín *mos, moris*, que significa ‘manera, modo, costumbre’ (recuérdense los significados de la expresión *mores maiorum* estudiados en el primer capítulo). Algunos autores llegan a identificar la moral enteramente con las costumbres. Así, por ejemplo, Álvarez Ledesma al exponer que “hemos hecho alusión a la **moral** en tanto *el conjunto de reglas de conducta con carácter incoercible, socialmente aceptadas, que prescriben lo que está bien o mal, lo que hay de bueno o malo (lo que debemos o no hacer) en nuestra relación con los demás*. Nos hallamos pues ante la **moral social, positiva o vigente**. (...) La moral y el Derecho son creaciones humanas, de tal suerte, *lo histórico y cultural también afecta a la moral social*, sujetándola a las transformaciones que en todo orden produce el paso del tiempo y a las distintas cosmovisiones que los hombres o civilizaciones poseen. En este sentido podría hablarse de un *relativismo moral*, aunque, evidentemente, su variabilidad no es absoluta ni uniforme. Hay valores que las sociedades conservan por siglos y que son moldeados muy paulatinamente por el tiempo, aunque en general la mayoría de los valores morales tienden a mantenerse durante periodos más largos que las normas jurídicas. (...) Es menester considerar que *normalmente dentro de las mismas sociedades perviven más de un tipo de moral social*. Diferentes grupos dentro de ese colectivo de personas sostienen pautas morales diversas, que obedecen a múltiples circunstancias como el nivel socioeconómico, la religión, las costumbres y tradiciones, etcétera. Sin embargo, no sólo puede hablarse sino hasta corroborarse la existencia de

<sup>1288</sup> Schuster. *Moralidad*, en Brugger. *Ob. Cit.* Página 376.

una moral social dominante vía una encuesta, es decir, preguntando a la gente cuál actitud le parece dotada de corrección moral y cuál no”<sup>1289</sup>.

Por su parte, Schuster señala la relevancia de las costumbres sociales sobre la moralidad en un marco muy distinto al que propone Álvarez: “Agréganse a las leyes de la moralidad las reglas de la *costumbre* que o aplican los preceptos de aquélla a determinadas situaciones actuales, poseyendo en este caso igual fuerza obligatoria que dichos preceptos o, lo que es más frecuente, prescriben ciertas acciones dentro de una clase social o de un pueblo, sin que en conciencia se imponga una necesidad que obligue rigurosamente”<sup>1290</sup>. Vemos que ambos planteamientos prevén una cierta mutabilidad de la moral pero, mientras la visión que presenta Schuster lo presenta como un cambio dependiente de circunstancias temporales según la concreción de la aplicación, siempre encuadrado en un marco de ley moral objetiva, Álvarez no señala a la mutabilidad de la moral social más límites que la opinión mayoritaria. En principio, me parece que la exposición de Álvarez es criticable desde la perspectiva de Hayek por cuanto plantea al Derecho y a la moral social como ‘creaciones humanas’: aunque Álvarez no explica en qué sentido los caracteriza como tales, podría haber como trasfondo una postura constructivista. Por otro lado, recuérdese la cita de Hayek en el apartado sobre ‘Derecho’ en este capítulo referente a la evolución de los valores sociales y las posturas relativistas: ella nos ayuda a matizar el aparente relativismo del planteamiento de Álvarez. Es necesario, además, tener en cuenta que el citado autor se está refiriendo precisamente a una moral *positiva*, es decir, a la observación de ciertas conductas humanas que se producen *de hecho*, tratándose entonces del ser en cuanto fáctico y observable, no del ser en su dimensión ontológica: es decir, Álvarez se refiere bajo el término ‘moral social’ o ‘positiva’ a conductas y modos de pensar humanos que de hecho se presentan, pero de ello no cabe deducir planteamientos normativos o del ámbito del *deber ser*; tal cosa implicaría claramente los peligros de caer en un supuesto de la falacia naturalista, y de someter al hombre y a la sociedad a los vaivenes de la opinión mayoritaria, contra lo cual Hayek y tantos otros pensadores ya nos han advertido. Por tanto, al hablar de ‘moral social’ o ‘positiva’, se está haciendo referencia a costumbres y opiniones que de algún modo prevalecen en determinados órdenes societarios, o sea, a algo cercano a la ‘opinión pública’, pero que nada nos dice sobre la bondad o maldad de dichas costumbres, porque su observación va enfocada meramente a constatar la existencia (‘positiva’) de tales costumbres y opiniones, sin indagar más allá sobre su carácter ‘moral’ en el sentido del bien o el mal.

El término ‘moral social’, entonces, permanece en el ámbito fáctico, sin traspasar hacia el deber ser: esto, de por sí, no parece tener nada de peligroso, salvo que se trate de entender lo ‘moral’ en un sentido que necesariamente tendría que contraponerse a otros de los sentidos antes vistos: a mi entender, no hay contradicción entre aplicar el término ‘moral’ a las opiniones o costumbres que *de hecho* se pueden observar en un grupo social, y aplicarlo también a una ley moral objetiva: el primero pertenece al ámbito del ser, el segundo al del deber ser y, como tal, sirve también de parámetro para evaluar la ‘moral positiva’. Por eso es que se les ‘apellida’ y se les describe explicando su contenido, su objeto, su fundamento y su ámbito: para poder comprender que en cada caso se usa ‘moral’ en sentidos distintos. En cambio, si ambas visiones se quisieran tomar como ‘la’ noción de ‘moral’, para no violar el principio de no-contradicción habría que afirmar que una de ambas posturas es falsa: o la moral se basa en la opinión mayoritaria o es independiente de ella; o señala normas de conducta objetivas (aunque variables según circunstancias y concreción), o es de por sí variable por carecer de fundamentos ontológicos

<sup>1289</sup> Álvarez Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 87 y 88. Los resaltados en itálicas y negrillas son del original.

<sup>1290</sup> Schuster. *Ob. Cit.* Página 377.

(quedando lo ‘no-absoluto’ de su mutabilidad reducido al mero factor de cuánto tiempo tardan en cambiar). Como dije, entiendo la noción de moral social o positiva precisamente como eso: positiva, limitada a lo fáctico, sin necesaria trascendencia hacia el deber ser. Pero, si alguien quisiera optar por entender la moral positiva como ‘la’ moral *per se*, ciertamente prefiero defender y adherirme a una postura que me ponga a salvo de la tiranía de las mayorías.

El mismo Álvarez no acepta la noción de ‘moral social’ como ‘la’ moral según lo que acabamos de plantear (pero era necesario hacer esos comentarios, porque hay quienes sí lo entienden de ese modo), ya que nos presenta seguidamente la noción de ‘moral ideal o crítica’, como “aquellos principios o reglas de orden ideal que son parámetro de bondad o maldad, criterios de correcto o incorrecto para justificar o condenar la conducta humana”<sup>1291</sup>. Esta noción se acerca más a la noción de moral como ley moral objetiva que antes expusimos. Sin embargo, no queda claro en qué sentido se habla de un ‘orden ideal’: recordando que se trata de órdenes normativos, podría quizás referirse a una aplicación a la moral de una visión similar a la que hace el iusnaturalismo moderno sobre el derecho natural como ‘derecho ideal’ (refiérase el lector a las explicaciones de ello en el capítulo IV, para darse una idea de en qué sentido se aplicaría una noción semejante hacia el tema de la moral). Álvarez cita a Carlos S. Nino, para exponer lo que considera la vinculación entre la moral social y la moral crítica: “La moral positiva sólo concierne al razonamiento del hombre ‘prudente’, quien está principalmente preocupado por las reacciones sociales que pueden provocar sus actos. El hombre ‘moral’ –cuyo razonamiento práctico está dirigido a *justificar* sus actos y decisiones– se preocupa sólo por los dictados de una moral ideal. Paradójicamente, la moral positiva se genera sólo a través de los actos y actitudes del hombre moral y no del hombre prudente. Una moral social se mantiene sólo en la medida en que hay cierta convergencia en los juicios morales críticos que la gente está dispuesta a formular. De modo que es equivocado aislar completamente la moral ideal de la moral social”<sup>1292</sup>.

¿Qué sentido tiene la distinción que menciona Nino entre el ‘hombre prudente’ y el ‘hombre moral’? Ya hemos visto que, en la perspectiva clásica, la prudencia se entiende como el hábito de saber obrar bien, propio de la razón práctica y, en tal sentido, es la virtud moral a la que atañe la aplicación de la recta razón al obrar<sup>1293</sup>. Desde esta perspectiva, entonces, no cabe hacer distinción entre un hombre prudente y un hombre moral, puesto que la prudencia es precisamente una virtud moral. Más parece que, al referirse al ‘hombre prudente’ como aquél que “está principalmente preocupado por las reacciones sociales que pueden provocar sus actos”, Nino está usando la expresión como sinónimo de persona que se mueve basado en ‘el qué dirán’, lo cual es congruente con la noción de moral social como vinculada a la opinión pública. En cuanto al hombre moral, cuando se dice que busca ‘justificar’ sus actos y decisiones, cabe preguntarse: ¿justificarlos ante qué o quién?, ¿en qué sentido se dice ‘justificar’? Parece haber en esa expresión una referencia a un contexto de alteridad. Hemos visto antes la distinción entre la justicia como virtud moral y la justicia en sentido objetivo o jurídico (*‘suum cuique tribuere’*); también hemos visto que la ley moral es más amplia que lo concerniente a la justicia. Entonces, si se entiende la justicia en su sentido de alteridad, tal parece que la noción de Nino confunde la ‘moral ideal’ con la ‘ley natural’ (adoptando la noción citada por De Vries como aquella parte de la ley moral referida a la justicia), con lo cual quedaría reducido el ámbito de tal moral, la cual no sólo atañe a los actos externos y objetivos del hombre, sino que abarca, no ya sólo la justicia de

<sup>1291</sup> Álvarez. *Ob. Cit.* Página 89.

<sup>1292</sup> Nino, citado en *Loc. Cit.*

<sup>1293</sup> Véase la exposición que, siguiendo a Aristóteles, hace Santo Tomás sobre la virtud de la prudencia en las cuestiones 47 a 51 de la segunda sección de la Segunda Parte (la famosa ‘*Secunda Secundae*’) de la *Suma Teológica*.

sus actos, sino la bondad o maldad de éstos, y no sólo en un contexto de alteridad y externo, sino también en cuanto a su obrar individual e interno: de ahí que, por ejemplo, en el ámbito moral pueda hablarse de la maldad de un pensamiento ('desear o planear la muerte de un inocente'), mientras que en el ámbito jurídico únicamente repercutirá si el deseo se pone por obra, externalizándose en la comisión de un delito de homicidio.

Por último, al decir Nino que "la moral positiva se genera sólo a través de los actos y actitudes del hombre moral y no del hombre prudente" y que "Una moral social se mantiene sólo en la medida en que hay cierta convergencia en los juicios morales críticos que la gente está dispuesta a formular", lo entiendo en el sentido de que las opiniones que dan lugar a la moral social constituyen en sí mismas juicios de la moral crítica. Sin embargo, esto invita a cuestionarnos ¿qué validez propia, entonces, tendrá la moral crítica o ideal, si a la larga será de todos modos la opinión mayoritaria la que se tome como manifestación del contenido de aquélla? ¿Acaso esa 'cierta convergencia' de que habla Nino no parece más bien un equivalente de la erección del criterio cuantitativo ('opinión de la mayoría') como fundamento de la moral 'ideal'? Habría que leer la obra de Nino de la cual Álvarez toma la cita para entender mejor la tesis de aquél autor y estar en capacidad de dar respuesta a los interrogantes que he planteado –y no sería intelectualmente honesto de mi parte ofrecer un juicio crítico sobre una obra de la cual no he leído más que una cita aislada– pero considero válido decir que, por lo menos tal y como aparece en Álvarez, más me da la impresión de que la 'moral ideal' de que trata son 'principios o reglas' provenientes de algún tipo de reflexión de un grado quizá solo levemente superior a moverse por 'el qué dirán': si el hombre moral es el que se preocupa por justificar sus acciones, ¿cuántas veces no hemos nosotros mismos tratado de 'justificar' –interiormente o ante otro– acciones que, a la larga y en el fondo, sabemos que no son correctas? Así, queda entonces: abierta la cuestión de cuál es el fundamento de lo que Álvarez denomina moral ideal, pendiente la aclaración de en qué consiste y cómo opera esa estrecha vinculación entre la moral ideal y la moral social que señala: desborda nuestro propósito ocuparnos de ello en este trabajo<sup>1294</sup>.

Sobre la moral cabe citar también la siguiente reflexión de Hayek, quien comenta que la afirmación de David Hume "las reglas de la moral no son conclusiones de nuestra razón", "se aplica, desde luego, a todos nuestros valores, que son los fines a los que la razón sirve, pero que la razón no puede determinar. Esto no significa que la razón no tenga ninguna función para decidir los conflictos entre valores –y todos los problemas morales son problemas creados por conflictos entre valores. Pero nada demuestra mejor el limitado papel de la razón a este respecto que un análisis más atento del modo en que resolvemos tales conflictos. La razón sólo puede ayudarnos para ver las alternativas que tenemos delante, cuáles son los valores en conflicto y cuáles de ellos son verdaderos valores últimos y cuáles, como a menudo sucede, son sólo valores intermedios que reciben su importancia del servicio que prestan a otros valores. Sin embargo, una vez cumplida esta función, la razón ya no puede ayudarnos. Debe aceptar como dados los valores a los que tiene que servir"<sup>1295</sup>. La afirmación de Hume la entiende Hayek como vinculada con "la

<sup>1294</sup> Quizá interese a algún lector que quiera tratarlo en su propio estudio de licenciatura.

<sup>1295</sup> Hayek. *Clases de Racionalismo*, en *Estudios de Filosofía, Política y Economía*. Páginas 141 y 142. En páginas 95 y 96 de *Los Fundamentos de la Libertad*, Hayek repite esta misma idea central, comentando la misma afirmación de Hume, con alguna variación añadida como esta: "En cualquier fase de nuestra evolución, el sistema de valores dentro del cual hemos nacido suministra los fines que nuestra razón debe servir. Esta existencia de una armadura de valores implica que, aunque debemos esforzarnos para mejorar nuestras instituciones, nunca podemos esperar rehacerlas en su totalidad y que en nuestros esfuerzos para mejorarlas tenemos que dar por demostrado mucho de lo que no entendemos. Siempre hemos de trabajar dentro de un cuadro de valores e instituciones que no fue hecho por nosotros. En especial, nunca podemos construir sintéticamente un nuevo cuerpo de normas morales o hacer que la

máxima escolástica *ratio non est iudex, sed instrumentum*<sup>1296</sup>, y su sentido se aclara al explicar Hayek que dicha frase de Hume iba “dirigida contra el racionalismo constructivista de su tiempo”<sup>1297</sup>; y si bien en ese contexto se refiere específicamente a la moral, nos termina de ilustrar lo que en otro ensayo comenta con ocasión del derecho, sobre que “en el siglo XVIII, esta vieja tradición del derecho natural fue sustituida por otra muy distinta, una visión que en el espíritu del entonces emergente racionalismo constructivista interpretaba lo ‘natural’ como producto de la razón intencionada. Finalmente, como reacción a este racionalismo cartesiano, los filósofos morales británicos del siglo XVIII, partiendo de la teoría de la *common law* y de la del derecho natural, crearon una teoría social que convirtió en tema central los resultados no intencionados de las acciones individuales”<sup>1298</sup>. Es decir, según Hayek lo que Hume buscaba resaltar al decir que las normas de la moral no son conclusiones de nuestra razón es el rechazo al racionalismo constructivista que, como hemos visto, plantearía la moral como resultado de la razón intencionada del hombre. A mi parecer, con ello no se está necesariamente rechazando la idea de una ley moral objetiva que sea cognoscible mediante la razón; simplemente se señala que no es la razón humana la que la *crea*. No obstante, también Hayek explica que la conclusión concreta a la que Hume de hecho llegó es “que nuestras creencias morales no son naturales en el sentido de que no son innatas, ni una invención deliberada de la razón humana, sino un ‘artificio’ en el sentido especial en que Hume introduce este término, es decir, un producto de la evolución cultural, como diríamos ahora. En este proceso de evolución sobrevivió lo que resultó propicio para la mayor eficacia del esfuerzo humano, mientras que lo menos eficaz fue superado. Como ha señalado recientemente un autor con cierta sorna: ‘Las normas de la moral y la justicia son lo que Hume llama ‘artificios’; no son ordenadas por la divinidad, ni forman parte integral de la naturaleza humana original, ni son reveladas por la razón pura. Son el resultado de la experiencia práctica de la humanidad, y la única consideración en la lenta prueba del tiempo es la utilidad que cada regla moral pueda demostrar hacia la promoción del bienestar humano (...)’”<sup>1299</sup>. Añade Hayek que “Sin embargo, la transición de la explicación al ideal no le induce [a Hume] a ninguna confusión ilegítima de la explicación y la recomendación. Nadie fue más crítico ni más explícito en lo tocante a la imposibilidad de una transición lógica del ser al deber ser, acerca del hecho de que ‘un principio activo nunca podrá fundarse en otro inactivo’. Lo que [Hume] trata de demostrar es que ciertas características apreciables de la sociedad moderna dependen de condiciones que no se crearon para obtener estos resultados, a pesar de lo cual son sus presupuestos indispensables. Son instituciones ‘ventajosas para el público, aunque... los inventores no pensarán en ese propósito’. Hume demuestra, en efecto, que una sociedad ordenada sólo puede desarrollarse si los hombres aprenden a obedecer ciertas reglas de conducta”<sup>1300</sup>. La distinción entre la evolución de las normas (morales o jurídicas) como *explicación*, versus las derivaciones que de tal explicación se trasladarían al ámbito del *deber ser* –distinción que el mismo Hayek hace, e identifica además en el pensamiento de Hume– es muy importante de tener en mente al momento de evaluar el esquema global del pensamiento hayekiano, concretamente en su aplicación a lo jurídico. Se aclarará en los siguientes dos capítulos, al tratar sobre los grados de

---

obediencia a las conocidas dependa de nuestra comprensión o de las implicaciones de dicha obediencia en un momento dado”.

<sup>1296</sup> Hayek. *Clases de Racionalismo*. Página 141.

<sup>1297</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1298</sup> Hayek. *Los resultados de la acción del hombre pero no de un plan humano*, en *Estudios de Filosofía, Política y Economía*. Página 156.

<sup>1299</sup> Hayek. *La filosofía jurídica y política de David Hume (1711-1776)*, en *Estudios de Filosofía, Política y Economía*. Páginas 171 y 172.

<sup>1300</sup> *Ibid.*, Página 172.

explicación, la perspectiva del conocimiento y, desde luego, sobre la noción jurídica romano-clásica.

Hayek, en su acercamiento a la moral desde la perspectiva que él mismo denomina “evolucionista empírica”<sup>1301</sup>, se refiere a la moral dentro de “las reglas de conducta que han madurado como parte de [nuestra civilización heredada] y que constituyen a la vez el producto y la condición de la libertad. De todas esas convenciones y costumbres del intercambio humano, las normas morales son las más importantes, aunque no en absoluto las únicas significativas. Nos comprendemos mutuamente, convivimos y somos capaces de actuar con éxito para llevar a cabo nuestros planes, porque la mayor parte del tiempo los miembros de nuestra civilización se conforman con los inconscientes patrones de conducta, muestran una regularidad en sus acciones que no es el resultado de mandatos o coacción y a menudo ni siquiera de una adhesión consciente a reglas conocidas, sino producto de hábitos y tradiciones firmemente establecidas. La observancia general de dichas convenciones es una condición necesaria para el orden del mundo en que vivimos, para la capacidad de encontrar nuestro propio camino, aunque desconozcamos su significado y no seamos tan siquiera conscientes de su existencia”<sup>1302</sup>. También en esto Hayek está lejos de plantear la existencia de parámetros objetivos de moralidad al estilo de las corrientes que reconocen una ley moral natural pero –al igual que con lo antes citado sobre la ambigüedad del relativismo, y en complemento con tales nociones–, Hayek nos pone en alerta contra las corrientes que quisieran destruir normas morales y valores que se encuentran profundamente arraigados en nuestra civilización. Cierto que tampoco se trata de aferrarse a lo tradicional sólo por serlo, y es sana la discusión de si aquello que se encuentra arraigado en un grupo social es realmente conforme a la razón y la verdad, pero Hayek nos enseña a ser muy cautelosos, incluso quizá desconfiados, ante los intentos de ‘innovación’ y ‘progreso’ que más bien plantean rupturas violentas que a la larga resultan contraproducentes y retrógradas<sup>1303</sup>. Muy clara es esta idea de nuestro autor: “Hay una gran verdad que jamás se han cansado de subrayar todos los grandes apóstoles de la libertad con excepción de la escuela racionalista: la libertad no ha funcionado nunca sin la existencia de hondas creencias morales, y la coacción sólo puede reducirse a un mínimo cuando se espera que los individuos, en general, se ajusten voluntariamente a ciertos principios”<sup>1304</sup>.

<sup>1301</sup> Cfr., *inter alia*: Hayek. Los Fundamentos de la Libertad. Página 93.

<sup>1302</sup> *Ibid.* Página 94.

<sup>1303</sup> “También es importante que el vigor de la presión social y de la fuerza del hábito que asegura su observancia sea variable. Esta flexibilidad de las normas voluntarias hace posible la gradual evolución y el espontáneo desarrollo que permite posteriores experiencias conducentes a modificaciones y mejoras. Tal evolución solamente es posible con reglas que ni son coactivas ni han sido deliberadamente impuestas; reglas susceptibles de ser rotas por individuos que se sienten en posesión de razones suficientemente fuertes para desafiar la censura de sus conciudadanos, aunque la observancia de tales normas se considera como mérito y la mayoría las guarde. A diferencia de cualesquiera preceptos coactivos impuestos de manera deliberada y que sólo pueden cambiarse discontinuamente y para todos al mismo tiempo, las reglas de la clase que nos ocupa permiten un cambio gradual y experimental. La existencia de individuos y grupos que observan simultáneamente normas parcialmente diferentes proporciona la oportunidad de seleccionar las más efectivas”. *Ibid.* Página 95. ¿Qué pertenece a la ‘moral social’ o, quizá mejor dicho, a costumbres sujetas a legítimos y necesarios cambios en el tiempo y el espacio, y qué pertenece a la naturaleza del hombre?, y, en relación con el mismo cuestionamiento, ¿cuál es la diferencia o frontera entre el cambio gradual experimental, y un permisivismo que de por sí sea negativo?

<sup>1304</sup> *Ibid.* Páginas 94 y 95.

## 10. Natural, Naturaleza

“En el lenguaje filosófico, las palabras ‘natural’ y ‘naturaleza’ se han utilizado y se utilizan en sentidos diversos, a veces muy relacionados y difíciles de distinguir; no son, pues, palabras *unívocas*. (...) De ahí derivan, sin duda, dificultades y problemas; pero, sin negar esto, no parece menos cierto que algunos autores han exagerado la dificultad, ni han faltado quienes hayan pretendido ver ahí una razón para poner en duda la posibilidad misma del derecho natural. Siendo, a no dudarlo, importante, es preciso advertir que la denominada por Thomasio *difficilis quaestio de natura naturae* –la difícil cuestión de la naturaleza o esencia de la naturaleza– es, por lo menos en parte, una cuestión artificiosamente aumentada, pues sólo algunos de los sentidos de los términos analizados nos interesan realmente. Distingamos, en primer lugar, una cuestión meramente lingüística, para ver después, resumidamente, las posibles diferencias en la significación concreta de los términos cuando se han usado para aplicarlos al derecho”<sup>1305</sup>. Afirmar Hervada que, tanto en el lenguaje vulgar como en el filosófico, se han detectado hasta veinte significados o modalidades de las palabras ‘natural’ y ‘naturaleza’. Las nociones de ‘natural’, ‘naturaleza’, son importantes no sólo en cuanto atañen al concepto de derecho natural, sino también porque van ligadas con aspectos importantes de la teoría de Hayek, como veremos más adelante.

El Diccionario de la Real Academia señala, entre otras, las siguientes acepciones de ‘naturaleza’: “Esencia y propiedad característica de cada ser. | (...) Conjunto, orden y disposición de todo lo que compone el universo. | Principio universal de todas las operaciones naturales e independientes del artificio. En este sentido la contraponen los filósofos al arte. | Virtud, calidad o propiedad de las cosas. | (...) Instinto, propensión o inclinación de las cosas, con que pretenden su conservación y aumento. | (...) En sentido moral, luz que nace con el hombre y lo hace capaz de discernir el bien del mal”. De la palabra ‘natural’, el citado Diccionario enumera estos sentidos: “Pertenciente o relativo a la naturaleza o conforme a la cualidad o propiedad de las cosas. | (...) Hecho con verdad, sin artificio, mezcla ni composición alguna. | Espontáneo y sin doblez en su modo de proceder. | (...) Regular y que comúnmente sucede, y, por eso, fácilmente creíble. | Que se produce por las solas fuerzas de la naturaleza, como contrapuesto a sobrenatural y milagroso. | (...) Genio, índole, temperamento, complexión o inclinación propia de cada uno. | Instinto e inclinación de los animales irracionales”.

Hervada enumera seis acepciones<sup>1306</sup>:

- En la antigüedad, **la naturaleza se entiende como *cosmos***, con resabios panteístas. Según Werner Jaeger, en el antiguo pensamiento griego “el mundo se revela como un *cosmos*, o, dicho en castellano, como una comunidad de las cosas, sujetas a orden y justicia. (...) la idea de cosmos se halla en principio –aunque no en el sentido riguroso que tuvo posteriormente– en la concepción de Anaximandro de un acaecer natural gobernado por la eterna *diké*. (...) El concepto del cosmos ha sido hasta nuestros días una de las categorías más esenciales de toda concepción del mundo, aunque en sus modernas interpretaciones científicas haya perdido gradualmente su sentido metafísico originario”<sup>1307</sup>.

<sup>1305</sup> Hervada. *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Páginas 26 y 27.

<sup>1306</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 28 y 29.

<sup>1307</sup> Jaeger, Werner. *Paideia: los Ideales de la Cultura Griega*. Páginas 159 y 160.



- ‘Natural’ y ‘naturaleza’ se refieren, en otros casos, **genéricamente al ser del hombre**, sin mayores precisiones o especificaciones. En este sentido utilizan los términos algunos autores medievales previos a la Escolástica, entre ellos algunos glosadores.
- También por ‘natural’ se entiende **lo que corresponde a las fuerzas, potencias o aptitudes de que están dotados los individuos**. Así, por ejemplo, Spinoza identifica el *ius naturae* con la potencia física, considerando ‘natural’ cuanto el hombre puede y quiere. En la antigüedad, pensadores como Gorgias y Calicles consideraban ‘natural’ el dominio de los fuertes sobre los débiles. Estas posturas incurren en la falacia naturalista de elevar el ser al deber-ser: el derecho pertenece al deber-ser, la fuerza es un simple hecho.
- También se ha usado el término ‘natural’ como **sinónimo de ‘racional’**: es este el sentido que tiene en el iusnaturalismo moderno o racionalista, que considera el derecho natural como producto immanente de la razón humana. Para esta misma corriente, **‘naturaleza’ significa el ‘estado de naturaleza’ previo al estado civil** o estado de sociedad, con todas las distintas visiones sobre tal estado de naturaleza que ya hemos visto en los autores de dicha época.
- Modernamente, especialmente en autores de habla alemana, se ha extendido la expresión **‘naturaleza de las cosas’**, que Hervada considera como formas de objetivismo jurídico y como un término bajo el cual se comprenden simultáneamente factores distintos, carente de significado preciso.
- La noción metafísica de ‘naturaleza’ es **‘la esencia en cuanto principio de operación’**, presente en la tradición de Aristóteles y Santo Tomás. La naturaleza es medida de orden y proporción: de orden, porque es principio de operación y toda operación tiende a un fin, por lo que comporta un orden ínsito en ella; de proporción, porque siendo lo que constituye al hombre como hombre, es criterio de lo que al hombre corresponde como tal. La esencia del hombre es un *universal*, no un simple constante y general: lo general y constante admite excepciones, pues califican a cosas que *de hecho* se dan o siempre o casi siempre, pero que *de suyo* pueden no darse; en cambio, la esencia es lo que hace al hombre ser hombre y no otro ser.

Lotz enuncia las siguientes acepciones<sup>1308</sup>:

- La **peculiaridad de un viviente**, resultante o surgida de su nacimiento.
- En sentido amplio, **el modo de ‘ser’ de cada ente** tal como le corresponde por su origen. Aunque a veces no se distingue entre ‘naturaleza’ y ‘esencia’, en sentido estricto la naturaleza añade a la esencia un momento dinámico, es decir, la naturaleza se aplica a la esencia en cuanto principio de desarrollo del ente, fundamento interno de sus dimensiones activa y pasiva.
- Como principio de operación, la naturaleza es **el plan constructivo entrañado en todo ser** y, por lo mismo, la norma determinante de su obrar. En los seres irracionales, tal

<sup>1308</sup> Lotz. *Naturaleza*, en Brugger. *Ob. Cit.* Páginas 384 a 386.

norma es seguida necesariamente; en el hombre, ser racional, de modo que invita a su libertad.

- También se entiende naturaleza como **la totalidad de los seres sujetos al devenir**. De ordinario representa el conjunto de los seres espaciotemporales en tanto que se producen, desarrollan y unen para constituir el orden de la naturaleza.

También Lotz realiza las siguientes distinciones:

- Entre **naturaleza** y **espíritu**: en la naturaleza se encuentran comprendidos los seres que se desenvuelven de manera inconsciente e impulsivo-instintiva, de la cual el hombre participa en algunos estratos de su ser, pero a la vez se distingue en cuanto portador del espíritu, es decir, de la vida consciente y libre.
- Entre **naturaleza** y **cultura**: la naturaleza denota el estado del hombre y de todas las cosas tal como de suyo resulta de las leyes naturales y se renueva de modo no histórico en el ciclo del nacer y el perecer. En cambio, la cultura resulta del hombre, desarrollándose a partir de su intervención proyectante y plasmadora, con lo cual el hombre se realiza como ser histórico luchando por su constante y superior desenvolvimiento.
- Entre **natural** y **sobrenatural**: lo natural designa el conjunto de seres creados con todo cuanto pertenece a su naturaleza como elementos constitutivos (alma, cuerpo, miembros íntegros), como propiedad, disposición, fuerza operativa (entendimiento, voluntad), etc. Lo sobrenatural, por otra parte, designa la participación de las naturalezas espirituales creadas en la naturaleza divina, que según la revelación cristiana se opera mediante la gracia de la filiación.

También Hayek señala que “el término ‘natural’” es “fuente de muchas controversias y erróneas interpretaciones. El significado original de la raíz latina de ‘natural’, lo mismo que de la raíz griega de su equivalente ‘físico’, deriva de verbos que denotan distintos tipos de crecimiento (*nascor* y *phyo*, respectivamente). De ahí que pueda designarse adecuadamente como ‘natural’ todo aquello que ha crecido espontáneamente y no ha sido diseñado deliberadamente por un sujeto. En este sentido, nuestra moral tradicional, fruto de una evolución espontánea, es algo natural, no artificial, y por ello podemos justamente considerar tales normas tradicionales como ‘ley natural’”<sup>1309</sup>. Vemos que aquí Hayek atribuye a ‘natural’ un sentido muy concreto, distinto al de otras acepciones que antes hemos expuesto, y de ello deriva a su vez una acepción de ‘ley natural’ que es también muy peculiar (como complemento, véase lo referente al concepto hayekiano de ‘ley’ en la correspondiente sección anterior de este capítulo). Este sentido de ‘ley natural’ que menciona Hayek equivale, como se observa de la cita, a la moral tradicional que el autor considera fruto de evolución espontánea, con lo cual no necesariamente debe entenderse como sinónimo de la ‘moral social’ vista en Álvarez: la ‘moral social’ según ese concepto se basa más bien en la opinión de la mayoría, mientras que la ‘moral tradicional’ de Hayek es fruto de procesos sociales evolutivos; así, la opinión mayoritaria puede fácilmente cambiar, y no necesariamente reflejar las costumbres y valores que tradicionalmente se encuentran arraigados.

Cuando Hayek compara su concepto de ‘ley natural’ con el modo en que suele entenderse, tampoco hace referencia a la ley natural del iusnaturalismo clásico (de fundamento metafísico),

<sup>1309</sup> Hayek. ‘Natural’ frente a ‘artificial’, Apéndice A en *La Fatal Arrogancia*. Página 371.

sino que afirma que “el término ‘natural’ suele reservarse para designar las tendencias innatas e instintivas, las cuales se hallan a menudo en conflicto con normas de conducta más evolucionadas. Si el término natural se reserva para estas tendencias innatas, y si –lo que es peor– se considera ‘bueno’ tan sólo lo que contribuye a preservar una situación existente, (...) tendremos entonces que calificar de ‘innaturales’ y ‘malos’ incluso los primeros pasos dados hacia el establecimiento de normas superiores y la consiguiente adaptación a nuevas condiciones, es decir, los primeros pasos hacia la civilización”<sup>1310</sup>. Posteriormente en el mismo escrito, Hayek identifica tal noción de ‘natural’ (que no es la que él acoge) con ‘lo instintivo’, haciendo referencia a las dicotomías instinto-razón y natural-artificial: se entiende, entonces, que esas dicotomías se basan, por un lado, en considerar la razón como creadora de órdenes deliberados (la postura del racionalismo constructivista que Hayek tanto ataca) y, por otro, en considerar lo ‘natural’ como ‘instintivo’. Es decir, la visión que Hayek critica es una que considera lo ‘natural’ en forma empírica o, más bien, que mira lo ‘natural’ del hombre únicamente en su parte instintiva (esa dimensión de su ser que el hombre comparte con los animales irracionales, algo cercano a la ‘ley de los miembros’ o ‘ley de la sensualidad’ en Santo Tomás, o a la noción antimetafísica de la naturaleza en Rousseau). Considerando esto, se ve que la tradición aristotélico-tomista a su manera acoge ambos sentidos de ‘natural’, pero resaltando el carácter racional de la naturaleza humana, de donde ‘lo otro natural’ (el instinto) es parte de su naturaleza pero sujeto y ordenado por la razón. Hayek, en cambio, no sólo adopta por sí mismo una diferente noción de lo ‘natural’, sino que la dicotomía que critica se basa también en una noción antimetafísica de lo natural y la naturaleza (limitada a la naturaleza empírica del hombre a la vez que, sin negar que éste sea racional, se ven tanto su ‘naturaleza’ como su ‘razón’ en sentidos muy peculiares a dicha corriente): recordando la figura de Rousseau, aparece con claridad que las “dicotomías análogas” que señala Hayek son planteamientos del racionalismo constructivista. En resumen, ni Hayek ni la postura que él critica dan el ‘salto metafísico’ que, en la visión clásica, parece dar respuesta a las dificultades planteadas. Esto, sin embargo, no quiere decir que el planteamiento de Hayek sea erróneo o deba rechazarse, sino únicamente que se observan los límites de sus premisas y conclusiones, y pueden señalarse posturas alternativas –o complementarias<sup>1311</sup>– que, en conjunción con las otras discutidas, aclaren y enriquezcan nuestro entendimiento.

En otro lado, Hayek también se refiere a la dicotomía natural-artificial, aunque de modo un tanto distinto: “Se trata de la división de los fenómenos entre aquellos que en términos modernos son ‘naturales’ y los que son ‘artificiales’. Los términos griegos originales, que al parecer fueron introducidos por los sofistas en el siglo V antes de Jesucristo, eran *physei*, es decir, ‘por

<sup>1310</sup> *Ibid.* Páginas 371 y 372.

<sup>1311</sup> Comentando el pensamiento de Hayek, dice Zanotti (*Ob. Cit.* Página 40): “La desventaja de un aristotelismo liso y llano es que no provee instrumentos para una hermenéutica, con lo cual las críticas post-modernas a un planteamiento universalista (una ciencia de la acción humana válida para todo lugar tiempo) se incrementan. A su vez, los planteamientos neokantianos nos producen inconvenientes a la hora de analizar el ‘realismo de los supuestos’ de la teoría austriaca. Si, por tora parte, queremos evitar el tema del realismo de los supuestos, podemos llevar el planteamiento austriaco a un instrumentalismo casi positivista, como de algún modo le sucede a Friedman. (...) Le fenomenología de las ciencias sociales inspirada en Husserl no es ajena a Hayek; al contrario, pensamos que es el camino que fortifica su epistemología. Pero no fue el camino que él recorrió. (...) seguiremos más de cerca ese camino hayekiano, advertidos ya de sus límites”.

Hayek, por su parte, considera que “El lenguaje científico y filosófico corriente está tan profundamente influido por la tradición aristotélica, tan ajena a su vez al concepto de evolución, que las distintas dicotomías y contrastes no sólo son incapaces de captar correctamente los procesos subyacentes a los problemas y conflictos que analizamos en el capítulo primero, sino que incluso constituyen un obstáculo para su adecuado conocimiento”. (*Ob. Cit.* Página 371). Sin embargo, como expuse arriba, a mi entender la dicotomía analizada por Hayek (basada en identificar lo natural con lo instintivo) no es de raigambre aristotélica.

naturaleza' y, frente a él, bien *nomô*, traducido mejor como 'por acuerdo', o bien *thesei*, que aproximadamente significa 'por decisión deliberada'. El uso de dos términos con significados algo diferentes para expresar la segunda parte de la división indica la confusión que ha venido afectando a la discusión desde entonces"<sup>1312</sup>. La distinción en cuestión, según Hayek, puede entenderse de dos maneras:

- Entre objetos que existen independientemente y objetos que son resultado de la *acción* humana.
- Entre objetos que surgen independientemente de toda *intención* humana y objetos que surgen como resultado de la misma.

“La confusión entre estos dos significados condujo a una situación en la que un autor podía argüir que cierto fenómeno es artificial por ser resultado de la acción humana, mientras que otro podía calificarlo de natural por no ser evidentemente resultado de una intención explícita. (...) un gramático latino, Aulo Gelio, tradujo los términos griegos *physei* y *thesei* por *naturalis* y *positivus*, vocablos de los que la mayor parte de las lenguas europeas derivaron los términos para designar dos clases de ley. Posteriormente se produjo un desarrollo prometedor en la discusión de estas cuestiones por obra de los escolásticos medievales al advertir la existencia de esa categoría intermedia de fenómenos que son 'resultado de la acción humana pero no de la intención humana'. En el siglo XII algunos de estos autores empezaron a incluir en el término *naturalis* todo aquello que no es resultado de invención humana o de creación deliberada; y, con el tiempo, se fue reconociendo de manera creciente que muchos fenómenos sociales caen dentro de esta categoría. (...) Sin embargo, estos comienzos de un enfoque evolucionista quedaron marginados en los siglos XVI y XVII por el racionalismo constructivista, con el resultado de que tanto el término 'razón' como la expresión 'ley natural' cambiaron completamente de significado. El término 'razón', que incluía la capacidad de la mente para distinguir entre el bien y el mal, es decir, entre lo que se ajusta y lo que no se ajusta a las normas establecidas, vino a significar la capacidad para construir tales normas deduciéndolas de premisas explícitas. El concepto de 'ley natural' se convirtió en el de 'ley racional', pasando con ello a significar casi lo contrario de lo que había significado. Este nuevo derecho natural de carácter racionalista, propugnado por Grocio y sus sucesores, compartía con sus contrarios positivistas la idea de que toda ley es producto de la razón o, por lo menos, que puede ser plenamente justificada mediante ella, y difiere de ella sólo en el supuesto de que la ley puede derivarse lógicamente de premisas *a priori*, mientras que el positivismo la consideraba como una construcción deliberada basada en el conocimiento empírico de los efectos que podría tener en la realización de objetivos humanos deseables"<sup>1313</sup>.

Como vemos en este otro análisis, Hayek no realiza la vinculación de lo natural con lo instintivo que antes veíamos, sino que se limita a considerar lo natural en relación con la existencia y surgimiento de los objetos según se vinculen o no con la acción e intención humanas. Es, entonces, una noción más amplia de lo 'natural'. Hayek afirma que “en el tratamiento de los problemas sociales por parte de los escolásticos tardíos, los jesuitas españoles del siglo XVI, el término *naturalis* se convirtió en un término técnico empleado para designar aquellos fenómenos que no son producto de creación deliberada por la voluntad humana. En la obra de uno de ellos, Luis de Molina, por ejemplo, se explica que el 'precio natural' se denomina así porque 'resulta de

<sup>1312</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Página 39.

<sup>1313</sup> *Ibid.* Páginas 40 a 42.

la propia cosa sin consideración a ley o decreto alguno, sino que depende de muchas circunstancias que influyen sobre él, tales como los sentimientos humanos, su estimación de diferentes usos, a menudo incluso como consecuencia del simple gusto o capricho”<sup>1314</sup>. Esto se vincula con la noción que Hayek presenta del iusnaturalismo clásico: “hasta la reinterpretación racionalista, en el siglo XVII, la expresión ‘derecho natural’ se empleó para designar un orden o una regularidad que no era producto intencionado de la voluntad humana. (...) Su empleo en esta acepción fue heredado del estoicismo, luego retomado en el siglo XII, y finalmente, bajo su enseñanza, los escolásticos españoles desarrollaron los fundamentos de la génesis y funcionamiento de las instituciones sociales que se forman espontáneamente. (...) Sin embargo, en el siglo XVIII, esta vieja tradición del derecho natural fue sustituida por otra muy distinta, una visión que en el espíritu del entonces emergente racionalismo constructivista interpretaba lo ‘natural’ como producto de la razón intencionada”<sup>1315</sup>. Así, parece que Hayek interpreta el iusnaturalismo clásico como básicamente coincidente con su teoría del orden espontáneo<sup>1316</sup>; mas sabemos que no es del todo así, pues hemos visto ya la fundamentación metafísica del iusnaturalismo clásico (de la cual carece Hayek), lo cual no impide valorar las observaciones que hace dicho autor, pero sí tomarlas de tal modo que estemos conscientes que la teoría iusnaturalista previa al racionalismo cartesiano de ninguna manera se circunscribe a las dimensiones que, en lo antes citado, Hayek enfoca. El mismo Molina –a quien Hayek cita en apoyo de su exposición– dice también que “El derecho natural lo define Aristóteles como aque que tiene la misma fuerza de obligar en todas partes, y no de que se le quiera o no reconocer depende su fuerza de obligar, sino de la misma naturaleza de la cosa que se ordena; y como la cosa tiene la misma naturaleza en todas partes y ante todos los hombres, el Derecho natural tiene siempre la misma fuerza de obligar. Conviene, pues, advertir esta magnífica distinción entre el Derecho natural y el positivo: que la obligación del Derecho natural nace de la misma naturaleza del objeto, de donde pasa al precepto, y por esta razón debe decirse que las cosas prohibidas en Derecho natural, se prohíben por ser malas, y no, en cambio, que son malas por estar prohibidas, y asimismo que las cosas buenas se ordenan por su bondad o necesidad, y no, al contrario, son buenas por estar ordenadas”<sup>1317</sup> y que “no sólo la ley natural se deriva de la ley eterna de Dios, sino que también el precepto por cuya razón aquélla obliga es un precepto de la ley eterna de Dios, que nos es dado a conocer por la ley natural, como acto externo de la ley eterna de Dios y

<sup>1314</sup> Hayek, citando a Molina, en *Ibid.* Página 41.

<sup>1315</sup> Hayek. Los resultados de la acción del hombre pero no de un plan humano, en Estudios de Filosofía, Política y Economía. Páginas 155 y 156.

<sup>1316</sup> También afirma Hayek que “el positivismo jurídico (...) se enorgullece de haber eludido la influencia de aquella concepción ‘metafísica’ del ‘derecho natural’, de cuyo empleo deriva, como hemos visto, toda la comprensión teórica de los fenómenos sociales. Así lo demuestra el hecho de que el concepto de derecho natural contra el que ha reaccionado la jurisprudencia moderna coincide con la adulterada concepción racionalista, que interpretaba el derecho natural como una construcción deductiva de la ‘razón natural’ y no como el resultado no intencionado de un proceso de desarrollo, en el que la prueba de qué es la justicia no es la voluntad arbitraria de nadie, sino la incompatibilidad de todo un sistema de normas heredadas pero sólo en parte explicadas. Sin embargo, el temor a la contaminación por lo que se consideraba una concepción metafísica no sólo condujo la teoría jurídica hacia ficciones mucho menos científicas, sino que de hecho tales ficciones han privado al derecho de todos los lazos con la justicia que habían convertido al propio derecho en claro instrumento para el estímulo de un orden espontáneo” (*Ibid.* Página 159) y “Que Savigny continuara y retomara la tarea de los viejos teóricos del derecho natural quedó oculto por el hecho de dirigir, justamente, su teoría contra las teorías racionalistas del derecho natural de los siglos XVII y XVIII. (...) El derecho natural al que se oponía no era el derecho natural que debía ser descubierto, sino el que se derivaba deductivamente de la razón natural. Aunque se hubiera rechazado el término ‘natural’ para la vieja escuela histórica, derecho y justicia seguían siendo objetos dados que había que descubrir y explicar” (*Ibid.* Páginas 162 y 163).

<sup>1317</sup> Luis de Molina, citado por Javier Hervada en Ob. Cit. Página 230.

como ley escrita por Dios en nuestros corazones, según el testimonio de San Pablo; por lo cual, la ley natural es ley de Dios”<sup>1318</sup>.

En síntesis, no me parece desacertado afirmar que el marco general del planteamiento de Hayek va, como es constante en su pensamiento, de la mano con su contraste entre el evolucionismo y el racionalismo constructivista, de donde se sigue que su noción de ‘natural’ y ‘naturaleza’ (matizando el sentido de ‘instintivo’ que adopta en ‘La Fatal Arrogancia’, más amplio como aparece en ‘Derecho, Legislación y Libertad’) va directamente enfocado a combatir las tesis constructivistas y voluntaristas del racionalismo, así como la noción de ‘ley o derecho natural’ como ‘ley o derecho racional’ que en dicha corriente encontramos y, dentro del enfoque hayekiano, lo natural y la naturaleza quedan circunscritos y ligados, básicamente, a su tesis del orden espontáneo. A su vez, según explica el mismo Hayek al hablar de su agnosticismo<sup>1319</sup>, esta postura no le permite entrar a discutir el tema de la fundamentación de la ley natural en Dios, tema por lo demás tan constante en la ciencia del derecho natural, y que el racionalismo constructivista también rechaza. Es este uno de los motivos por los que Hayek se limita a analizar el Derecho como orden espontáneo, como producto de la acción humana pero no de la intención humana, y de la misma forma analiza la moral. A primera vista, parecería que el rechazo de Hayek al voluntarismo, el intencionalismo, el finalismo y el papel de la ‘razón’ en el Derecho le llevaría a chocar con el uso de similares o análogas nociones en el iusnaturalismo clásico en cuanto la ley natural se concibe como ligada a la razón y la voluntad divinas, los fines de la naturaleza en cuanto creada por Dios, etc. No obstante, recordemos que todo el planteamiento de Hayek contra tales nociones gira en torno a su rechazo del abuso de la razón *humana* y el constructivismo y voluntarismo que de tal abuso derivan: más allá de lo humano, Hayek no entra a discutir porque, como él dice, no forma parte de la estructura de su pensamiento ni de su concepción del mundo. Igualmente, la postura hayekiana va ligada al tema del carácter limitado y disperso del conocimiento *humano*, y alguna luz nos da lo que Hayek dice al hablar de los escolásticos españoles, refiriéndose en concreto a una enseñanza de Juan de Lugo: “estos antepasados nuestros pensaban y ‘actuaban convencidos de la ignorancia y la falibilidad de la humanidad’, y, por ejemplo, argüían que el ‘precio matemático’ preciso al que en justicia puede venderse una mercancía sólo Dios lo conoce, porque depende de un número de circunstancias que excede las que un hombre puede conocer, y que por lo tanto la determinación del ‘precio justo’ debe dejarse al mercado”<sup>1320</sup>. Se trata de una tesis sobre la determinación del precio justo por el mercado, en virtud de que el conocimiento humano es limitado y disperso, pero que admite la existencia de un conocimiento perfecto en Dios: Hayek concuerda desde luego con dicha tesis, pero su marco teórico no le permite incluir el ‘factor divino’. También Hayek resalta la ignorancia y falibilidad de nuestro conocimiento, y afirma que “ha llegado el momento de tomar más en serio nuestra ignorancia. Como Popper y otros estudiosos han puesto de manifiesto, ‘cuanto más aprendemos sobre el mundo, y más profundo es nuestro conocimiento, tanto más consciente, específico y articulado será el conocimiento de lo que no sabemos, el conocimiento de nuestra ignorancia’. En muchos campos hemos realmente aprendido bastante para saber que no podemos conocer todo lo que deberíamos para obtener una explicación completa de los fenómenos”<sup>1321</sup>. Tal parece, entonces, que la teoría de Hayek no sería incompatible con el

<sup>1318</sup> Luis de Molina, citado *Ibid.* Página 231.

<sup>1319</sup> “En lo que a mí respecta, debo decir que me considero en igual medida incapacitado tanto para negar como para afirmar la existencia de ese Ser sobrenatural que otros denominan Dios. (...) No puedo atribuir significado preciso a palabras que en la estructura de mi pensamiento, o en mi concepción del mundo, carecen de sentido”. Hayek. La Fatal Arrogancia. Página 368.

<sup>1320</sup> Hayek. Derecho, Legislación y Libertad. Página 41.

<sup>1321</sup> Hayek. La Teoría de los Fenómenos Complejos, en Estudios de Filosofía, Política y Economía. Página 81.

iusnaturalismo clásico<sup>1322</sup>, sino que simplemente no se relaciona con él en modo directo ya que la cosmovisión hayekiana no incluye elementos que sirven de fundamentación a dicha corriente, recordando además que la noción del derecho natural clásico es anterior al cristianismo y compartida por pensadores de diversos trasfondos filosóficos y religiosos.

## 11. Positivismo

No repetiremos aquí la explicación que ya se ha hecho en el capítulo V, apartado I, del presente trabajo al tratar sobre el positivismo filosófico y el positivismo jurídico: a esas páginas refiero al lector dentro de los propósitos del actual capítulo. Baste aquí recordar el criterio expuesto por Guido Fassò, de conformidad con el cual el positivismo jurídico recibe este nombre en virtud del generalizado entusiasmo que el positivismo filosófico provocó en su época como mentalidad general antimetafísica y avalorativa, que como tal y en líneas generales se llegó a identificar con una forma de estudiar el Derecho consistente en circunscribir la ciencia jurídica a la norma vigente positiva, independientemente de su observancia efectiva (que sería otra forma de ‘positividad’, más interesante al positivismo filosófico que estudia el Derecho únicamente en cuanto fenómeno social) y de los valores que la norma persigue o contiene. Esta metodología, siguiendo a Fassò, se denomina propiamente *formalismo jurídico*, que como tal es anterior al positivismo filosófico, y presenta frente a éste las diferencias que en la mencionada sección de esta obra se han consignado.

Por su parte, dentro de la teoría tridimensional del Derecho, el formalismo jurídico tiene su lugar en cuanto va dirigido a estudiar la norma en esa manera aislada antes descrita, circunscribiendo su objeto de estudio y su ámbito de análisis a una de las tres dimensiones del Derecho que señala dicha teoría, sin que ello implique afirmar que el Derecho se agota en la norma formalmente válida o que consiste únicamente en ella. Es decir que, para el tridimensionalismo, la validez formal de la norma es tan sólo una de las perspectivas en las que puede estudiarse el Derecho – limitándose a lo que sería una de las manifestaciones concretas del Derecho como fenómeno complejo y realidad unitaria– pero de ello no se sigue que el Derecho no involucre a su vez las dimensiones fáctica y axiológica.

Por último, recordemos también que el ‘positivismo jurídico’ puede ser entendido, según señalaba Bobbio, como método de estudio del Derecho, como teoría del Derecho, o como ideología del Derecho, de donde a la vez derivan distintas consecuencias que dicha mentalidad tendrá sobre el oficio del jurista (o legista...) –véase la sección III del capítulo V. Asimismo, se habla de positivismo jurídico en un sentido amplio, cuando se le identifica con cualquier corriente que niegue la postura del iusnaturalismo clásico, es decir, que no considere el derecho natural como derecho auténtico y vigente.

En consecuencia, cuando se trate del positivismo jurídico, sea leyéndolo en algún autor, en escucha de un interlocutor o exponiendo el propio pensamiento, sea que se trate a favor o en contra del mismo, es preciso formarse un criterio –para tenerlo en mente– sobre qué sentido de positivismo jurídico se está adoptando, qué contenido y características se le está atribuyendo, etc., a fin de no incurrir en malentendidos como, por ejemplo, criticar el positivismo jurídico como enteramente identificable con el positivismo filosófico, entenderlo como necesariamente

---

<sup>1322</sup> Al respecto, me parece imprescindible y muy enriquecedor referirnos a la tesis del Dr. Eduardo Mayora, Iusnaturalismo y órdenes espontáneos, en específico a su Capítulo VI, intitulado ‘Complementariedad de las Teorías’.

vinculado a lo que Bobbio denominaba positivismo jurídico en cuanto ideología del Derecho, o atribuir a sus postulados el sentido que Álvarez Ledesma llamaba postura unilateral en menoscabo de otras dimensiones jurídicas que puedan tenerse en consideración, etc.

## 12. Religión

La película ‘Mar Adentro’, del director español Alejandro Amenábar, tiene como protagonista a Ramón Sampedro (interpretado por el conocido actor Javier Bardem), personaje que padece tetraplejia, girando la cinta en torno a su defensa de la eutanasia, invocando lo que él considera su derecho a morir. Un momento de la película que me llamó particularmente la atención ocurre cuando Sampedro comparece junto a su abogado ante un tribunal de justicia, y éste último defiende la pretensión de su cliente afirmando que la negativa a permitirle el suicidio asistido solamente se puede fundamentar con argumentos metafísicos y, por tanto, religiosos: en consecuencia, dada la libertad religiosa y de conciencia que consagra el ordenamiento jurídico, parecería que no puede ‘jurídicamente’, ‘en Derecho’, negársele a Sampedro la solicitud que presenta. En dicho argumento del abogado, podemos identificar la influencia del positivismo filosófico en cuanto que lo metafísico y lo religioso quedan reducidos a una misma cosa (siendo, en realidad, asuntos distintos), subyaciendo en tal identificación la idea de que ni lo metafísico ni lo religioso son empíricamente comprobables y, por tanto, ambos quedarían considerados como superstición<sup>1323</sup> indigna de fundamentar postulados científicos o, en este caso, legales. Nos hace recordar lo que expresa Javier Hervada: “Una deficiente interpretación del hecho que acabamos de reseñar [se refiere Hervada al tratamiento de la ley natural hecha por algunos Papas] ha provocado en algunos contemporáneos la creencia de que el derecho natural es algo propio y particular de la religión católica [o, podríamos añadir, de la religión en general], llegando a veces a invocar la libertad religiosa frente a los dictados del derecho natural. Es esto un desconocimiento de la realidad. El derecho natural, en cuanto orden jurídico real, es común a todos los hombres de todas las épocas; y en cuanto idea captada por el pensamiento humano es anterior al cristianismo y, en cualquier época, común a hombres de distintas religiones. Ni Aristóteles, ni Cicerón, ni Ulpiano fueron cristianos; el estoico Marco Aurelio les persiguió; Averroes fue musulmán, Maimónides judío, Ahrens, laicista, etc. Es más, sobre todo a partir de la división religiosa de Europa, el derecho natural se ha utilizado como el lenguaje común a católicos y protestantes, cristianos y no cristianos (cristianos, judíos y turcos como decían en el siglo XVIII), creyentes y no creyentes”<sup>1324</sup>. El presente párrafo –con la referencia a la película y la cita de Hervada– nos sirve a modo de introducción que nos ubique adecuadamente en la conveniencia de dedicar al concepto de ‘religión’ algunas líneas en este trabajo, al darnos una idea de la vinculación que tiene este tema con el ámbito jurídico<sup>1325</sup>.

<sup>1323</sup> Hayek nos dice que “No pretendo infravalorar el mérito de la persistente e infatigable lucha de los siglos XVIII y XIX contra creencias cuya falsedad puede demostrarse, pero debemos pensar que extender el concepto de superstición a todas las creencias que no son verdaderamente demostrables carece de justificación y a menudo puede resultar dañoso. El que no debemos creer en nada cuya falsedad se haya demostrado, no significa que debemos tan sólo creer aquello cuya verdad se ha evidenciado. Hay buenas razones para que cualquier persona que desee vivir y actuar con éxito en sociedad acepte muchas creencias comunes, aunque el valor de esos argumentos tenga poco que ver con su verdad demostrable. Tales creencias pueden basarse también en experiencias pasadas sobre las que resulta imposible hallar una evidencia. (...) Un mundo esterilizado de creencias, purgado de todos los elementos cuyos valores no pueden demostrarse positivamente, probablemente no sería menos mortal que su equivalente estado en la esfera biológica”. *Los Fundamentos de la Libertad*. Página 97.

<sup>1324</sup> Hervada. *Ob. Cit.* Páginas 320 y 321.

<sup>1325</sup> Quizá ni haga falta aclarar previamente que este texto lo escribe un futuro jurista, no un teólogo, por lo que mi tratamiento del tema tal vez no tenga la profundidad que a algunos parezca necesaria, circunscrita como lo está, además, a los fines propios de este capítulo. Me parece oportuno considerar a la vez que, aún cuando la cita de



El Diccionario de la Real Academia ofrece las siguientes acepciones de ‘religión’: “Conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto. | Virtud que mueve a dar a Dios el culto debido. | Profesión y observancia de la doctrina religiosa. | Obligación de conciencia, cumplimiento de un deber. | Orden (instituto religioso)”. Nos habla también de la ‘religión natural’ como “La descubierta por la sola razón y que funda las relaciones del hombre con la divinidad en la misma naturaleza de las cosas”. Por su parte, cuando Barrow trata de las virtudes y la religión de los antiguos romanos, expresa que “En todo catálogo de virtudes figura en primer lugar alguna constancia de que el hombre debe reconocer su subordinación a un algo externo que ejerce una ‘fuerza vinculatoria’ sobre él, a la que se llamó *religio*, término que tiene una amplia aplicación. De un ‘hombre religioso’ se decía que era un hombre de la más alta *pietas*, y *pietas* es parte de esa subordinación de la que hemos hablado. Se es *pious* respecto a los dioses si se reconocen sus derechos; se es *pious* respecto a los padres, los mayores, los hijos y los amigos, respecto a la patria y a los bienhechores y respecto a todo lo que puede provocar el respeto y quizás el afecto, si se reconocen sus derechos sobre uno y se cumple con el deber en conformidad con ellos”<sup>1326</sup>. Así, entonces, la religión se entiende principalmente como el conjunto de creencias sobre la divinidad, así como las normas de conducta y prácticas de culto que de aquéllas se derivan y, también, como una virtud, que se considera como una dimensión de la virtud de la justicia: “La *justicia* es la virtud moral que consiste en la constante y firme voluntad de dar a Dios y al prójimo lo que les es debido. La justicia para con Dios es llamada ‘la virtud de la religión’”<sup>1327</sup>, expresión que refleja en alguna medida las nociones expuestas por Barrow sobre la *religio* como reconocimiento de derechos que vinculan al hombre.

El origen de la palabra *religio* se atribuye al latín *re-legere* o bien *re-ligare* y, según Lotz en el Diccionario Filosófico de Brugger, “Lingüísticamente es más acertado buscar en ‘re-legere’ que en ‘re-ligare’ el origen del vocablo latino ‘religio’. Atendiendo a su etimología, religión significa entonces un constante ‘re-volver-se’, un cuidadoso y concienzudo considerar algo. Aquello en torno a lo cual gira la consideración debe merecer este esmero, y aun exigirlo, conforme a su dignidad. Cuál sea este ser, podría indicarlo la otra interpretación del término religión: religación, y, precisamente, al origen primero y fin último. Porque este Primero y Último posee mayor trascendencia que todo lo demás, es digno de que se le considere diligentemente por encima de todo. [...] Religión equivale a *veneración de Dios*”<sup>1328</sup>. El mismo autor señala tres características generales de la religión<sup>1329</sup>:

- “En la religión, el hombre entero se vuelve a Dios; por eso comprende todas sus fuerzas anímicas superiores: conocer, querer, sentir. Mas porque la religión no tanto es un saber cuanto una entrega, aparece principalmente como obra de la voluntad inserta en el sentimiento, ve el Ser absoluto de Dios como Valor absoluto. (...) De hecho, el Valor absoluto coincide con el Ser absoluto, como también la entrega religiosa está vivificada

---

Hervada se enmarca específicamente en una postura en la línea del iusnaturalismo clásico, incluso un iusnaturalista moderno o un tridimensionalista jurídico –o cualquier persona de serenidad intelectual promedio– estarían de acuerdo en rechazar las posturas reduccionistas y en extremo simplificadas que él critica y que subyace en el argumento fílmico mencionado.

<sup>1326</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Páginas 23 y 24.

<sup>1327</sup> *Catecismo de la Iglesia Católica* (en adelante, *CEC*), número 1807.

<sup>1328</sup> Lotz. *Religión*, en Brugger. *Ob. Cit.* Página 475 y 476.

<sup>1329</sup> *Ibid.* Página 476.

por el saber que ciertamente no se presenta en forma racional-discursiva, sino intuitivo-totalizadora o vivencial”.

- “Desde lo espiritual, la religión proyecta también sus rayos sobre la vida sensitiva y el cuerpo; así se procura la expresión visible en la palabra, el ademán y el símbolo. De ahí, que una religión de pura interioridad repugne a la naturaleza del hombre y deba marchitarse; por supuesto, los gestos meramente exteriores no significan menos la muerte de la auténtica religión”.
- “Por último, puesto que el hombre está inscrito esencialmente en la comunidad, la religión no puede reducirse a un asunto privado del individuo; antes bien, la comunidad ha de fomentarla, siendo asimismo de notar que la vida religiosa no llega a pleno desenvolvimiento sino en la comunidad”.

De todo lo dicho, Lotz señala dos aspectos o dimensiones de la religión, que reflejan las nociones que previamente se citaron:

- La religión del *espíritu subjetivo*: religión como acción y conducta.
- La religión en el sentido de *espíritu objetivo y objetivado*: religión como doctrina, comunidad, instituciones, usos, que es fuente primordial o precipitado y substrato de la primera.

Explica Lotz que la religión aparece en toda la historia y pre-historia, y que en ningún caso deriva de manifestaciones no religiosas (con que a veces se le confunde), tales como:

- *Animismo*: la creencia en almas y espíritus y su veneración.
- *Animatismo*: la creencia en un alma o fuerza material que lo domina todo invisiblemente.
- *Totemismo*: creencia en el parentesco del individuo o de un grupo con un *tótem* (casi siempre un animal).
- *Magia y hechicería*: que pretenden con sus conjuros poner a su servicio un poder superior, al paso que el hombre religioso se somete suplicante a él. Acciones parecidas a las de la magia, sin referencia a un poder superior, no son magia, sino que brotan de una concepción primitiva de las fuerzas naturales y de su gobierno.

También distingue Lotz entre, por un lado, la religión como tributar honores a Dios y, por otro, algunas expresiones presentes en el antiguo paganismo:

- Tributar honores también a fuerzas naturales personificadas.
- La *idolatría*, que consiste básicamente en confundir a la divinidad con su imagen.
- El *fetichismo*, en que se veneran como algo personal cosas materiales no a causa de su relación de imagen, sino de un poder superior mágicamente atribuido como ínsito en ellas.

También se menciona el llamado *sucedáneo de la religión*, actitud vivencial consistente en trasladar a los valores terrenales (el dinero, el poder, el placer, etc.) el carácter absoluto de Dios, abrazándolos con entusiasmo religioso.

Todo lo anterior lo ubica Lotz en el ámbito de la *religión natural*, a la que ya hemos aludido citando el Diccionario de la Real Academia, y que Lotz caracteriza como aquella “que brota de la naturaleza espiritual creada del hombre”. El deísmo, que niega cualquier intervención de Dios, considera intraspasable el espacio de la religión natural: Rast, en la misma obra citada, describe el deísmo diciendo que “El deísmo, aparecido en Inglaterra en la segunda mitad del siglo XVI, reconoce un Dios personal creador, pero niega su ulterior influjo en el mundo, rechazando, por lo tanto, la conservación y el concurso de Dios con las criaturas, el milagro y toda revelación sobrenatural. No existe religión revelada, sino únicamente una religión racional o natural. El deísmo inglés condujo en Francia a la Ilustración materialista y atea. En Alemania tuvo adeptos desde mediados del siglo XVIII”<sup>1330</sup>. En contraposición a la religión natural, expone Lotz la *religión positiva* como aquella “establecida o, por lo menos, determinada en sus detalles por un acto positivo histórico, primero de Dios (Revelación) y, luego, también del hombre (leyes escritas o no escritas). (...) La religión revelada, especialmente la cristiana, muestra más claramente en qué actitudes se despliega la vida religiosa”<sup>1331</sup>, siendo éstas:

- La *fe*: a la cual corresponde, en la religión natural, la vivencia de Dios cuidadosamente alimentada y cada vez más profundamente arraigada. El Catecismo de la Iglesia Católica define la fe como “la virtud teologal por la que creemos en Dios y en todo lo que Él nos ha dicho y revelado, y que la Santa Iglesia nos propone, porque Él es la verdad misma”<sup>1332</sup>.
- La *esperanza*: que en la religión natural se manifiesta como el aspirar a Dios como fin último con la confianza en su asistencia. En el *CEC*, la esperanza es descrita como “la virtud teologal por la que aspiramos al Reino de los cielos y a la vida eterna como felicidad nuestra, poniendo nuestra confianza en las promesas de Cristo y apoyándonos no en nuestras fuerzas, sino en los auxilios de la gracia del Espíritu Santo”<sup>1333</sup>.
- La *caridad*: que en la religión natural es el abrazar a Dios con amor indestructible. El *CEC* la define como “la virtud teologal por la cual amamos a Dios sobre todas las cosas por Él mismo y a nuestro prójimo como a nosotros mismos por amor de Dios”<sup>1334</sup>.

Estas actitudes principales de la vida religiosa son entendidas en el ámbito cristiano católico como virtudes teologales, es decir, virtudes “infundidas por Dios en el alma de los fieles para hacerlos capaces de obrar como hijos suyos y merecer la vida eterna”, que “fundan, animan y caracterizan el obrar moral del cristiano”<sup>1335</sup>. Se ve que estas tres virtudes o actitudes van más allá de las nociones vagas que comúnmente se tienen sobre ellas: la fe no es mera aceptación abstracta y pasiva de doctrinas o preceptos, sino que se funda en la autoridad de Dios<sup>1336</sup> y se

<sup>1330</sup> Rast. *Deísmo*, en Brugger. *Ob. Cit.* Páginas 153 y 154.

<sup>1331</sup> Lotz. *Ob. Cit.* Página 477.

<sup>1332</sup> *CEC*, 1814.

<sup>1333</sup> *Ibid.* 1817.

<sup>1334</sup> *Ibid.* 1822.

<sup>1335</sup> *Ibid.* 1813.

<sup>1336</sup> “Se dice, ante todo, que la fe es la respuesta de obediencia a Dios. Ello conlleva reconocerle en su divinidad, trascendencia y libertad suprema. El Dios, que se da a conocer desde la autoridad de su absoluta trascendencia, lleva

vincula con la razón humana<sup>1337</sup>; la esperanza no es un abstracto optimismo humano, sino que se fundamenta también en Dios y a Él se dirige; la caridad no es mera filantropía, sino auténtico amor a Dios y a los hombres. Estas mismas actitudes principales de la vida religiosa están presentes, bajo la forma que adoptan en tal contexto y cosmovisión, en las religiones orientales, de lo cual nos sirven como ejemplo algunas enseñanzas del ‘Bhagavad-Gita’, texto sagrado de la religión védica hindú:

- Sobre la fe se dice que, de conformidad con los tres modos de naturaleza adquiridos por el alma en el cuerpo, la fe puede ser de tres tipos: en bondad, en pasión o en ignorancia: los hombres en el modo de bondad adoran a los semidioses; en el modo de pasión, adoran a los demonios; en el modo de ignorancia, adoran fantasmas y espíritus. La Suprema Personalidad de la Divinidad (Krishna) está presente en el corazón de todo hombre como la Superalma, y hace estable la fe del que desea adorar a algún semidios, para que pueda ser devoto de esa particular deidad, pero en realidad todos los beneficios proceden únicamente de Krishna<sup>1338</sup>.
- Sobre la caridad o el amor, según el Bhagavad-Gita dice Krishna que “Si alguno me ofrece con amor y devoción una hoja, una flor, fruta o agua, lo aceptaré”, y comenta el Swami Prabhupada que “Ninguno, entonces, puede verse privado de la conciencia de Krishna, porque es tan fácil y universal. (...) Krishna quiere sólo servicio amoroso y nada más”<sup>1339</sup>. Así, es el amor lo que abre el camino del devoto hacia la ‘conciencia de Krishna’.

Hemos hecho estas referencias para mostrar un cierto fondo común que existe en las religiones: “Los hombres esperan de las diversas religiones la respuesta a los enigmas recónditos de la condición humana, que hoy como ayer, conmueven íntimamente su corazón: ¿Qué es el hombre, cuál es el sentido y el fin de nuestra vida, el bien y el pecado, el origen y el fin del dolor, el camino para conseguir la verdadera felicidad, la muerte, el juicio, la sanción después de la muerte? ¿Cuál es, finalmente, aquel último e inefable misterio que envuelve nuestra existencia, del cual procedemos y hacia donde nos dirigimos?”<sup>1340</sup>. Las religiones ofrecen sus respuestas a

---

consigo la credibilidad de aquello que revela. Desde la fe el hombre da su *asentimiento* a ese testimonio divino. Ello quiere decir que reconoce plena e integralmente la verdad de lo revelado, porque Dios mismo es su garante. Esta verdad, ofrecida al hombre y que él no puede exigir, se inserta en el horizonte de la comunicación interpersonal e impulsa a la razón a abrirse a la misma y a acoger su sentido profundo. Por esto el acto con el que uno confía en Dios siempre ha sido considerado por la Iglesia como un momento de elección fundamental, en la cual está implicada toda la persona. Inteligencia y voluntad desarrollan al máximo su naturaleza espiritual para permitir que el sujeto cumpla un acto en el cual la libertad personal se vive de modo pleno. En la fe, pues, la libertad no sólo está presente, sino que es necesaria”. Juan Pablo II. Carta encíclica *Fides et Ratio*, sobre las relaciones entre la fe y la razón, 13.

<sup>1337</sup> “En efecto, la fe es de algún modo ‘ejercicio del pensamiento’; la razón del hombre no queda anulada ni se envilece dando su asentimiento a los contenidos de la fe, que en todo caso se alcanzan mediante una opción libre y consciente”. Juan Pablo II. *Ob. Cit.*, 43.

<sup>1338</sup> Cfr. Bhaktivedanta Swami Prabhupada. *Bhagavad-Gita As It Is*. Páginas 396 y 397, 770 a 773.

<sup>1339</sup> *Ibid.* Página 487. La traducción es mía.

<sup>1340</sup> Concilio Vaticano II. Declaración *Nostra Aetate*, sobre las relaciones de la Iglesia con las religiones no cristianas, 1. Añade el mismo documento (2): “Ya desde la antigüedad y hasta nuestros días se encuentra en los diversos pueblos una cierta percepción de aquella fuerza misteriosa que se halla presente en la marcha de las cosas y en los acontecimientos de la vida humana y a veces también el reconocimiento de la Suma Divinidad e incluso del Padre. Esta percepción y conocimiento penetra toda su vida con íntimo sentido religioso. Las religiones a tomar contacto con el progreso de la cultura, se esfuerzan por responder a dichos problemas con nociones más precisas y con un lenguaje más elaborado. Así, en el Hinduismo los hombres investigan el misterio divino y lo expresan mediante la inagotable fecundidad de los mitos y con los penetrantes esfuerzos de la filosofía, y buscan la liberación

tales cuestionamientos y, a diferencia de la visión del positivismo filosófico o de algunas posturas racionalistas (emparentadas, como hemos visto, con el deísmo), emerge –también desde el punto de vista religioso– una clara diferenciación entre el conocimiento especulativo de la razón humana (que incluye el conocimiento metafísico, ya presente desde los antiguos filósofos griegos) y el conocimiento que es propio de la fe: Juan Pablo II, en su magisterio y citando el del Concilio Vaticano I, lo expresa diciendo que “El Concilio Vaticano I enseña, pues, que la verdad alcanzada a través de la reflexión filosófica y la verdad que proviene de la Revelación no se confunden, ni una hace superflua la otra: ‘Hay un doble orden de conocimiento, distinto no sólo por su principio, sino también por su objeto; por su principio, primeramente, porque en uno conocemos por razón natural, y en otro por fe divina; por su objeto también porque aparte aquellas cosas que la razón natural puede alcanzar, se nos proponen para creer misterios escondidos en Dios de los que, a no haber sido divinamente revelados, no se pudiera tener noticia’. La fe, que se funda en el testimonio de Dios y cuenta con la ayuda sobrenatural de la gracia, pertenece efectivamente a un orden diverso del conocimiento filosófico. Éste, en efecto, se apoya sobre la percepción de los sentidos y la experiencia, y se mueve a la luz de la sola inteligencia. La filosofía y las ciencias tienen su puesto en el orden de la razón natural, mientras que la fe, iluminada y guiada por el Espíritu, reconoce en el mensaje de la salvación la ‘plenitud de gracia y de verdad’ (cf. *Jn* 1, 14) que Dios ha querido revelar en la historia y de modo definitivo por medio de su Hijo Jesucristo (cf. *1 Jn* 5, 9: *Jn* 5, 31-32)”<sup>1341</sup>. En la perspectiva védica hindú, explica el Swami Prabhupada que “Mientras discutimos el tema del cuerpo y del conocedor del cuerpo, el alma y la Superalma, hemos de encontrar tres diferentes tópicos de estudio: el Señor, la entidad viviente, y la materia. En cada campo de actividades, en cada cuerpo, hay dos almas: el alma individual y la Superalma”<sup>1342</sup>. Cada alma es un conocedor: el alma individual es conocedor falible y subordinado; la Superalma es conocedor infalible y superior<sup>1343</sup>. El Bhagavad-Gita enumera entre el ‘conocimiento’ un catálogo de virtudes, así como la búsqueda filosófica de la verdad absoluta<sup>1344</sup>. Sólo desde el positivismo filosófico y posturas afines –según sus características y postulados fundamentales que ya hemos visto– puede considerarse que la filosofía y la religión sean una misma cosa: la visión antimetafísica que reduce el ámbito de la filosofía, dejando fuera lo que no sea comprobable empíricamente, conduce entonces a identificar y hacer coincidir, como sinónimos, todo tipo de conocimiento que esté más allá de lo verificable.

En resumen, hemos visto que la religión tiene el sentido primario de veneración de Dios, que va ligado a y envuelto en un conjunto de creencias, normas morales y prácticas de culto que, en lo

---

de las angustias de nuestra condición mediante las modalidades de la vida ascética, a través de profunda meditación, o bien buscando refugio en Dios con amor y confianza. En el Budismo, según sus varias formas, se reconoce la insuficiencia radical de este mundo mudable y se enseña el camino por el que los hombres, con espíritu devoto y confiado pueden adquirir el estado de perfecta liberación o la suprema iluminación, por sus propios esfuerzos apoyados con el auxilio superior. Así también los demás religiones que se encuentran en el mundo, es esfuerzan por responder de varias maneras a la inquietud del corazón humano, proponiendo caminos, es decir, doctrinas, normas de vida y ritos sagrados. La Iglesia católica no rechaza nada de lo que en estas religiones hay de santo y verdadero. Considera con sincero respeto los modos de obrar y de vivir, los preceptos y doctrinas que, por más que discrepen en mucho de lo que ella profesa y enseña, no pocas veces reflejan un destello de aquella Verdad que ilumina a todos los hombres. Anuncia y tiene la obligación de anunciar constantemente a Cristo, que es ‘el Camino, la Verdad y la Vida’ (*Jn.*, 14,6), en quien los hombres encuentran la plenitud de la vida religiosa y en quien Dios reconcilió consigo todas las cosas. Por consiguiente, exhorta a sus hijos a que, con prudencia y caridad, mediante el diálogo y colaboración con los adeptos de otras religiones, dando testimonio de fe y vida cristiana, reconozcan, guarden y promuevan aquellos bienes espirituales y morales, así como los valores socio-culturales que en ellos existen”.

<sup>1341</sup> Juan Pablo II. *Ob. Cit.*, 9.

<sup>1342</sup> Bhaktivedanta Swami Prabhupada. *Ob. Cit.* Página 640. La traducción es mía.

<sup>1343</sup> Cfr. *Ibid.* Página 641.

<sup>1344</sup> Cfr. *Ibid.* Página 648.

individual y social, van de la mano con dicha veneración, con consecuencias prácticas en la vida del hombre en cuanto la religión abarca la totalidad de su ser. Existe una religión natural que se manifiesta en todas las etapas históricas del hombre y se limita al ámbito de la razón (de ahí que la concepción deísta no vaya más allá de la religión natural), y la religión positiva o revelada, que se origina en un acto revelador de Dios (noción que el deísmo rechaza): como religión revelada, el cristianismo confiesa a la persona histórica de Jesús de Nazaret como verdadero Dios y verdadero hombre, el Hijo de Dios vivo y encarnado. La religión busca dar respuestas a profundos interrogantes del ser humano, pero se distingue de la filosofía en su origen y en su objeto, sin que las verdades estudiadas por cada una se confundan ni se hagan superflua la una a la otra.

Hayek, quien se proclamaba agnóstico, afirma no obstante que “la visión religiosa según la cual la moral está determinada por procesos que nos resultan incomprensibles es mucho más acertada (aunque no exactamente en el sentido pretendido) que la ilusión racionalista según la cual el hombre, sirviéndose de su inteligencia, inventó la moral que le permitió alcanzar unos resultados que jamás habría podido prever. (...) hasta el agnóstico tendrá que admitir que debemos nuestros esquemas morales, así como la tradición que no sólo ha generado la civilización, sino que ha hecho posible nuestra supervivencia, a la fidelidad a tales requerimientos, por más infundados científicamente que puedan parecernos”<sup>1345</sup>. Hayek enfoca su comentario sobre la religión circunscribiéndose al papel que ésta ha tenido y puede tener contribuyendo a preservar las costumbres benéficas dentro de un orden espontáneo, la relevancia que las creencias religiosas (en concreto, de las normas morales que de ellas emanan) han tenido en el conformarse la civilización. Como él mismo admite, su visión agnóstica no le permite indagar sobre otros aspectos de la religión o de la fe, pero, en la medida en que su comentario se relaciona con el tema general de las normas de conducta de un orden espontáneo, puede resultar un complemento o punto de partida para ulteriores reflexiones en torno a la religión y el Derecho<sup>1346</sup>, tema inagotable que, no obstante, plantea importantes cuestionamientos también en nuestra época actual<sup>1347</sup>.

<sup>1345</sup> Hayek. *La Religión y los Guardianes de la Tradición*, en *La Fatal Arrogancia*. Página 365.

<sup>1346</sup> “En lo que a mí respecta, debo decir que me considero en igual medida incapacitado tanto para negar como para afirmar la existencia de ese Ser sobrenatural que otros denominan Dios. (...) No puedo atribuir significado preciso a palabras que en la estructura de mi pensamiento, o en mi concepción del mundo, carecen de sentido. (...) Durante mucho tiempo he dudado si debería incluir aquí esta nota personal, pero al fin me decidí a hacerlo considerando que el apoyo de un agnóstico declarado puede ayudar a otras personas religiosas más convencidas a seguir avanzando en la búsqueda de conclusiones con las que pueda estar de acuerdo”. *Ibid.* Página 368.

<sup>1347</sup> También nos sirven de guía las siguientes afirmaciones de la doctrina de la Iglesia Católica sobre la justa autonomía de la realidad terrena: “Muchos de nuestros contemporáneos parecen temer que, por una excesivamente estrecha vinculación entre la actividad humana y la religión, sufra trabas la autonomía del hombre, de la sociedad o de la ciencia. Si por autonomía de la realidad se quiere decir que las cosas creadas y la sociedad misma gozan de propias leyes y valores, que el hombre ha de descubrir, emplear y ordenar poco a poco, es absolutamente legítima esta exigencia de autonomía. No es sólo que la reclamen imperiosamente los hombres de nuestro tiempo. Es que además responde a la voluntad del Creador. Pues, por la propia naturaleza de la creación, todas las cosas están dotadas de consistencia, verdad y bondad propias y de un propio orden regulado, que el hombre debe respetar con el reconocimiento de la metodología particular de cada ciencia o arte. Por ello, la investigación metódica en todos los campos del saber, si está realizada de una forma auténticamente científica y conforme a las normas morales, nunca será en realidad contraria a la fe, porque las realidades profanas y las de la fe tienen su origen en un mismo Dios. Más aún, quien con perseverancia y humildad se esfuerza por penetrar en los secretos de la realidad, está llevado, aun sin saberlo, como por la mano de Dios, quien, sosteniendo todas las cosas, da a todas ellas el ser. Son, a este respecto, de deplorar ciertas actitudes que, por no comprender bien el sentido de la legítima autonomía de la ciencia, se han dado algunas veces entre los propios cristianos; actitudes que, seguidas de agrias polémicas, indujeron a muchos a establecer una oposición entre la ciencia y la fe”. Concilio Vaticano II. Constitución pastoral *Gaudium et Spes*, sobre la Iglesia en el mundo actual, 36.

## *Dogma*

Vinculado con el tema de la religión, se encuentra el concepto de ‘dogma’, al cual conviene dedicar algunas líneas. El Diccionario de la Real Academia recoge las siguientes acepciones de ‘dogma’: “Proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia. | Doctrina de Dios revelada por Jesucristo a los hombres y testificada por la Iglesia. | Fundamento o puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión”. Así, por ejemplo, en el Derecho se habla de la ‘dogmática jurídica’ en el sentido de proposiciones, principios, fundamentos o puntos capitales, del análisis estructural de las instituciones jurídicas, etc.

Bajo el influjo de las corrientes antimetafísicas y antirreligiosas como el positivismo y ciertas manifestaciones del racionalismo, a la palabra ‘dogma’ se le ha atribuido un contenido o influjo más bien peyorativo o despectivo, quedando como sinónimo de afirmación irracional, superstición, o incluso de mentira. A mi entender, tal caracterización peyorativa de ‘dogma’ tiene su origen en la consideración ya antes aludida de que todo lo no verificable empíricamente sea rechazado como irracional, así como en la rebelión del pensamiento de la Ilustración contra toda autoridad, incluida la autoridad religiosa, precisamente porque el término ‘dogma’ es más comúnmente utilizado en el ámbito religioso, concretamente, en la Iglesia Católica: de ahí que las actitudes y mentalidades del positivismo filosófico y del pensamiento ilustrado (cuyos vínculos ya se señalaron en su momento) hayan dado lugar a la connotación negativa que el vocablo ‘dogma’ reviste actualmente en algunos ámbitos intelectuales o en el lenguaje común.

En el sentido propiamente religioso, se esclarece así el concepto de ‘dogma’: “El Magisterio de la Iglesia ejerce plenamente la autoridad que tiene de Cristo cuando define dogmas, es decir, cuando propone, de una forma que obliga al pueblo cristiano a una adhesión irrevocable de fe, verdades contenidas en la Revelación divina o verdades que tienen con éstas un vínculo necesario. (...) Los dogmas son luces en el camino de nuestra fe, lo iluminan y lo hacen seguro. De modo inverso, si nuestra vida es recta, nuestra inteligencia y nuestro corazón estarán abiertos para acoger la luz de los dogmas de la fe. (...) Existe un orden o ‘jerarquía’ de las verdades de la doctrina católica, puesto que es diversa su conexión con el fundamento de la fe cristiana”<sup>1348</sup>. De estas nociones deriva el dogma sus caracteres como ejercicio de autoridad –autoridad magisterial de la Iglesia–, como verdad cuya creencia es obligatoria para los fieles, como expresión del contenido de la Revelación divina: no hace falta mayor comentario para ver cómo y por qué estas características del dogma resultan chocantes para determinadas posturas (tanto posturas intelectuales en el sentido propio de adhesión y sostenimiento de concretos postulados filosóficos, como actitudes genéricas basadas más bien en un inadecuado y vago conocimiento) que niegan o se oponen a nociones como autoridad, obligatoriedad, verdad, Revelación, etc.

En efecto, tal actitud implica también el traslado –aunque quizá no sin exageración– al ámbito de la fe de una idea que, en el campo de los demás saberes humanos, resulta perfectamente válida y saludable en su justa dimensión: la del rechazo de una mentalidad acrítica ante los postulados del pensamiento y del conocimiento, es decir, la afirmación de que se debe tener una ‘mentalidad abierta’. De esta actitud deriva la sana apertura al diálogo intelectual, en búsqueda de la comprensión mutua y el encuentro de puntos comunes, de cooperación en la profundización sobre las diversas materias cognoscibles, a fin de aumentar y mejorar nuestro entendimiento de la realidad. En el ámbito de la religión católica, esta mentalidad abierta se basa en la distinción entre

---

<sup>1348</sup> *CEC*, 88 a 90.

las cuestiones o materias *opinables* y las *no opinables* (en donde se ubica precisamente el dogma), y está presente, incluso, en la teología: “Conscientes de la influencia que sus investigaciones y afirmaciones ejercen en la enseñanza catequética, los teólogos y los exegetas tienen el deber de estar muy atentos para no hacer pasar por verdades ciertas lo que, por el contrario, pertenece al ámbito de las cuestiones opinables o discutidas entre expertos”<sup>1349</sup>. El mismo magisterio de los Papas ha afirmado y defendido una mentalidad abierta: “en las materias opinables, dejadas por Dios a la libre discusión de los hombres, está permitido a cada uno tener la opinión que le agrada y exponer libremente la propia opinión. La naturaleza no se opone a ello, porque esta libertad nunca lleva al hombre a oprimir la verdad. Por el contrario, muchas veces conduce al hallazgo y manifestación de la verdad”<sup>1350</sup>; “La defensa de la religión católica exige necesariamente la unidad de pensamiento y la firme perseverancia de todos en la profesión pública de las doctrinas enseñadas por la Iglesia. Y en este punto hay que evitar dos peligros: la connivencia con las opiniones falsas y una resistencia menos enérgica que la que exige la verdad. Sin embargo, *en materias opinables es lícita toda discusión moderada con deseo de alcanzar la verdad*, pero siempre dejando a un lado toda sospecha injusta y toda acusación mutua”<sup>1351</sup>. Por su parte, también el Derecho Canónico da expresión jurídica a estos principios: “Los fieles laicos tienen derecho a que se les reconozca en los asuntos terrenos aquella libertad que compete a todos los ciudadanos; sin embargo, al usar de esa libertad, han de cuidar de que sus acciones estén inspiradas por el espíritu evangélico, y han de prestar atención a la doctrina propuesta por el magisterio de la Iglesia, evitando a la vez presentar como doctrina de la Iglesia su propio criterio, en materias opinables”<sup>1352</sup>.

De lo anterior (y de la nota al pie que precede) aparece, entonces, que aquellas materias no opinables, entre las cuales se encuentra el dogma, se encuentran reguladas y establecidas, mientras que en las demás materias, opinables, existe un amplísimo margen de libertad, en

<sup>1349</sup> Juan Pablo II. Exhortación apostólica *Cathechesi Tradendae*, 61.

<sup>1350</sup> León XIII. *Libertas Praestantissimum*, 18.

<sup>1351</sup> León XIII. Carta encíclica *Inmortale Dei*, sobre la constitución cristiana del Estado, 23. El énfasis en itálicas es mío.

<sup>1352</sup> *Código de Derecho Canónico*, Libro II, Parte 1, Canon 227. En los cánones 747 a 755 se establecen normas sobre la función de enseñar de la Iglesia, de las cuales las siguientes citas resultan ilustrativas para aclarar el tema del ‘dogma’ que exponemos en la presente sección: “749 § 1. En virtud de su oficio, el Sumo Pontífice goza de infalibilidad en el magisterio, cuando, como Supremo Pastor y Doctor de todos los fieles, a quien compete confirmar en la fe a sus hermanos, proclama por un acto definitivo la doctrina que debe sostenerse en materia de fe y de costumbres. | § 2. También tiene infalibilidad en el magisterio el Colegio de los Obispos cuando los Obispos ejercen tal magisterio reunidos en el Concilio Ecuménico y, como doctores y jueces de la fe y de las costumbres, declaran para toda la Iglesia que ha de sostenerse como definitiva una doctrina sobre la fe o las costumbres; o cuando dispersos por el mundo pero manteniendo el vínculo de la comunión entre sí y con el sucesor de Pedro, enseñando de modo auténtico junto con el mismo Romano Pontífice las materias de fe y costumbres, concuerdan en que una opinión debe sostenerse como definitiva. | § 3. Ninguna doctrina se considera definida infaliblemente si no consta así de modo manifiesto. | 750 Se ha de creer con fe divina y católica todo aquello que se contiene en la palabra de Dios escrita o transmitida por tradición, es decir, en el único depósito de la fe encomendado a la Iglesia, y que además es propuesto como revelado por Dios, ya sea por el magisterio solemne de la Iglesia, ya por su magisterio ordinario y universal, que se manifiesta en la común adhesión de los fieles bajo la guía del sagrado magisterio; por tanto, todos están obligados a evitar cualquier doctrina contraria. | (...) 752 Se ha de prestar un asentimiento religioso del entendimiento y de la voluntad, sin que llegue a ser de fe, a la doctrina que el Sumo Pontífice o el Colegio de los Obispos, en el ejercicio de su magisterio auténtico, enseñan acerca de la fe y de las costumbres, aunque no sea su intención proclamarla con un acto decisorio; por tanto, los fieles cuiden de evitar todo lo que no sea congruente con la misma. | 753 Los Obispos que se hallan en comunión con la Cabeza y los miembros del Colegio, tanto individualmente como reunidos en Conferencias Episcopales o en concilios particulares, aunque no son infalibles en su enseñanza, son doctores y maestros auténticos de los fieles encomendados a su cuidado, y los fieles están obligados a adherirse con asentimiento religioso a este magisterio auténtico de sus Obispos”.



consonancia con la doctrina sobre la autonomía de las realidades terrenas. Me ha parecido importante exponer estos temas, no con ánimo de ‘pontificar’, sino debido a que, como expuse en el párrafo introductorio de la presente sección, la religión (y, con ella, el concepto de dogma) no dejan de tener una cierta vinculación con la reflexión filosófica en torno al Derecho, así como en otros ámbitos del pensar y el quehacer del hombre, de donde resulta importante y útil que el estudioso del Derecho –especialmente si es creyente– tenga por lo menos algunas nociones básicas al respecto, a fin de evitar tantos equívocos que de uno y otro lado del panorama del pensamiento suelen presentarse en estos asuntos, como en otros, según la finalidad de este capítulo.

### 13. Verdad<sup>1353</sup>

“Que existe la verdad es evidente por sí mismo, puesto que quien niega que la verdad existe está diciendo que la verdad existe; pues si la verdad no existe, es verdadero que la verdad no existe”<sup>1354</sup>. El Diccionario de la Real Academia define ‘verdad’, en las acepciones relevantes a nuestro tema, como “Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente. | Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa. | Propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna. | Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente”.

De Vries explica que “Verdad, en la acepción más general, expresa una conformidad entre ser e inteligencia (*adaequatio rei et intellectus*) y, en su sentido más profundo, una perfecta compenetración de ambos”<sup>1355</sup>, y enuncia diversos significados de verdad:

- Verdad **del conocimiento**: “al hombre, la verdad se le presenta en primer lugar como verdad de su conocer. Esta *verdad del conocimiento (verdad lógica)* culmina en el juicio y consiste en que el pensar se asimila al objeto real, en cuanto que lo expresa como existente y absoluto. Así pues, la verdad humana (al menos en el conocimiento teórico) no impone su norma al ser sino que, por el contrario, está medida y ‘legitimada por el ser’. La verdad no exige que el pensamiento reproduzca el ente según todas sus determinaciones, lo que sería un *conocimiento adecuado*, sino que basta un *conocimiento inadecuado*, siempre que los aspectos que son pensados y afirmados se encuentren realmente en el ente. Con otras palabras, la verdad exige únicamente una asimilación al objeto formal considerado en cada caso”<sup>1356</sup>.
- Verdad **antepredicativa**: “en analogía con la verdad del juicio, puede llamarse también verdadero un concepto en tanto presupone un juicio verdadero y, con mayor razón, aquella manifestación memoria o revelación del propio ser que posibilita la verdad del juicio”<sup>1357</sup>. La verdad antepredicativa es anterior al juicio “pero, en este caso, la verdad se da naturalmente en la aprehensión infalible de los singulares simples y sensibles, o bien, en la captación de los principios primeros y eternos. En la verdad antepredicativa no existe aún el desdoblamiento del sujeto y objeto, propio del juicio. Antes de la

<sup>1353</sup> Este tema lo trataremos también en el capítulo siguiente: en él y en este se aborda el tema de la verdad con un enfoque más adecuado a los propósitos de cada capítulo, pero las exposiciones son –desde luego– mutuamente complementarias.

<sup>1354</sup> Aquino, Santo Tomás de. *Suma Teológica*, I, cuestión 2, artículo 1.

<sup>1355</sup> De Vries. *Verdad*, en Brugger. *Ob. Cit.* Páginas 563 y 564.

<sup>1356</sup> *Ibid.* Página 564.

<sup>1357</sup> *Loc. Cit.*

predicación, el hombre elabora solamente *conceptos* que expresa en términos. Estos términos son las materias para elaborar un juicio en el cual se da la *verdad predicativa*, propia de la razón que discurre, uniendo términos”<sup>1358</sup>.

- Verdad *del ser, ontológica* u *óntica*: “conviene al ser mismo y denota una conformidad de éste con el conocimiento intelectual. No es esencial al ente la verdad entendida como conformidad efectiva con nuestro modo de pensar; en este sentido hablamos, por ejemplo, de ‘verdadero oro’ queriendo significar que el metal así caracterizado es realmente aquello que creemos que es, mientras que oro ‘falso’ es algo brillante, sí, como el oro, pero que en realidad no lo es. Cuando la verdad ontológica se considera, junto con la unidad y la bondad, como uno de los atributos ‘trascendentales’, es decir, propos sin excepción de todo ente, con ello se significa primariamente aquella conformidad de todo ente con el pensamiento, en cuya virtud puede devenir objeto de éste”<sup>1359</sup>.
- Verdad *en sentido ético* (veracidad, amor a la verdad): “significa no sólo la coincidencia del hablar con la persuasión interna (en contraposición a la mentira), sino también la coincidencia de la acción externa con la actitud interna (en contraposición a la ficción), así como el enjuiciamiento honrado de sí mismo (en contraposición al autoengaño) y la voluntad leal de llegar al conocimiento de la verdad”<sup>1360</sup>.
- Verdad *divina*: “como *verdad subsistente*, es verdad ontológica, verdad cognoscitiva y veracidad a una. En relación con la criatura, la verdad de Dios no es acomodación del conocimiento a un objeto previamente dado, sino *verdad creadora*, es decir, acomodación de la criatura a la idea de Dios. Una analogía humana con la verdad creadora de Dios es la verdad *práctica* humana en el juicio de conciencia que precede a la acción, así como la planificación en la acción artística y técnica”<sup>1361</sup>.

De interés a nuestra materia es la siguiente caracterización que hace Daros de *la verdad en la mentalidad romana*: “El romano considera al saber, y en concreto a la filosofía, como un saber para ser ‘honesto’, o sea, virtuoso, virtud que no se desentiende de lo útil. En otras palabras, no saber por saber, no la verdad por la verdad, sino *saber para vivir* estoicamente, frugalmente, en un Estado que da a cada uno lo suyo. Para el saber práctico, no siempre necesitamos certezas absolutas. A Cicerón le es suficiente en materia de verdad, un criterio probabilista o verosímil, confiando estoicamente en la Naturaleza que crea las cosas perfectas o tiende a llevarlas a la perfección. Más que interesarse por las ideas innatas, Cicerón se interesa por las ‘*semina innata virtutum*’, que la Naturaleza ha puesto en todos los hombres y que se manifiestan en el consentimiento universal. Más que el sistema perfectamente científico le interesa su capacidad de aplicación: una idea es buena si es realizable, aplicable, provenga de donde proviniera. La puerta al eclecticismo científico estaba abierta y fundada en esta actitud práctica. (...) Sin embargo, la actitud práctica que guiaba la investigación científica del romano no lo convertía en un pragmatista moderno, puesto que la actitud práctica del romano estaba ubicada en un contexto religioso que admitía lo metafísico, al menos como lo religioso y misterioso de la vida”<sup>1362</sup>.

<sup>1358</sup> Daros, W.R. *Verdad, Error y Aprendizaje*. Página 14.

<sup>1359</sup> De Vries. *Ob. Cit.* Páginas 564 y 565.

<sup>1360</sup> *Ibid.* Página 565.

<sup>1361</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1362</sup> Daros. *Ob. Cit.* Páginas 14 y 15.

Daros nos ofrece una exposición sobre la verdad en distintos filósofos y escuelas a lo largo de la historia, que a continuación transcribimos en sus partes más relevantes:

- “Según *Tomás de Aquino*<sup>1363</sup>, las cosas fuera del alma son inteligibles sólo en potencia, esto es, *pueden* ser iluminadas (por el intelecto *agente*); pueden volverse inteligibles dentro del alma (y así el intelecto es *posible*); finalmente puede entenderlas, hacerlas suyas (y así el intelecto es *pasivo*: *padece el pasaje* de la potencia al acto). (...). Tomás de Aquino no identificó a la luz de la inteligencia con la *verdad*, sino con aquello (medio, instrumento) con lo cual la inteligencia humana puede llegar a la verdad. Esta implica: a) lo que aportan los sentidos (materia de la verdad); y b) lo conocido adecuadamente (forma de la verdad). (...) Con Tomás de Aquino queda netamente dividida: a) la *Verdad Divina* (que es Dios); b) de la  *semejanza de esa Verdad* que es la luz de la inteligencia humana<sup>1364</sup>; c) de la *verdad humana*: ésta es un juicio de *adecuación* –realizado por la inteligencia del hombre– entre la concepción que yace en esa inteligencia y la cosa a la cual esa concepción se refiere<sup>1365</sup>. (...) En la concepción de Tomás de Aquino, la Verdad Primera es indudablemente *objetiva*:

<sup>1363</sup> “La palabra verdad puede tomarse en dos sentidos. Uno, en cuanto que por su verdad decimos que una cosa es ‘verdadera’. Y en este sentido la verdad no es un hábito —género de la virtud—, sino cierta adecuación del entendimiento o del signo con la cosa entendida y significada; o también de la cosa con su regla, como se dijo en la *Primera Parte* (q.16 a.1.2; q.21 a.2). En otro sentido, puede llamarse verdad a aquello por lo que alguien la dice y, según esto, por ella decimos que uno es ‘veraz’. Tal verdad o veracidad es necesariamente una virtud, porque el mismo hecho de decir verdad es acto bueno” (*Suma Teológica*, II, 2, cuestión 109, artículo 1).

<sup>1364</sup> “La relación que lo conocido tiene con el entendimiento puede ser esencial o accidental. Es esencial cuando su propio existir depende del entendimiento; y accidental en cuanto que es cognoscible por el entendimiento. Ejemplo: Una casa tiene relación esencial con el entendimiento de su constructor; y accidental con cualquier otro entendimiento del que no dependa.

Pues bien, el juicio sobre una cosa se fundamenta en lo que es esencial en ella, no en lo que en ella es accidental. Por eso, cualquier cosa se dice que es absolutamente verdadera según la relación que tiene con el entendimiento del que depende. Por eso también, se dice que las cosas artificiales son llamadas verdaderas por su relación con nuestro entendimiento. Así, se dice que una casa es verdadera cuando se asemeja a la imagen que hay en la mente del constructor; y que una frase es verdadera cuando expresa un pensamiento verdadero.

“Asimismo, se dice que las cosas son verdaderas por asemejarse a la imagen de las especies que hay en la mente divina. Ejemplo: Se dice que una piedra es verdadera piedra cuando posee la naturaleza propia de la piedra, según la concepción previa existente en el entendimiento divino. Por lo tanto, la verdad principalmente está en el entendimiento; secundariamente está en las cosas en cuanto que se relacionan con el entendimiento como principio.

“Según todo esto, la verdad puede ser definida de varias maneras. Pues Agustín, en el libro *De Vera Relig.*, dice: *La verdad es aquello con lo que se pone al descubierto lo que algo es*. E Hilario dice: *Verdadero es el ser que desvela, que deja en evidencia*. Todo eso se refiere a la verdad en cuanto que está en el entendimiento. A la verdad de algo en cuanto relacionado con el entendimiento pertenece la definición que Agustín da en el libro *De Vera Relig.*: *La verdad es la semejanza total con el principio; en ella no hay ninguna disimilitud*. Y aquella definición que da Anselmo: *Verdad es la coherencia sólo perceptible por la mente*; pues coherencia es lo que concuerda con el principio. También la definición que da Avicena: *La verdad de una cosa es la propiedad del ser que está afinado en ella*. Cuando se dice: *Verdad es la adecuación entre objeto y entendimiento*, esto incluye los dos aspectos indicados” (*Ibid.*, I, cuestión 16, artículo 1).

<sup>1365</sup> “Como toda cosa es verdadera en cuanto que tiene la forma propia de su naturaleza, es necesario que el entendimiento, en cuanto que conoce, sea verdadero en cuanto tiene la imagen de lo conocido, que es la forma del entendimiento en cuanto que conoce. Y por eso, la verdad se define como la adecuación entre el entendimiento y el objeto. De ahí que conocer tal adecuación sea conocer la verdad. Esto no lo conocen de ninguna manera los sentidos; pues aunque la vista tenga la imagen de lo visible, sin embargo, no conoce la adecuación existente entre lo visto y lo que aprehende de él. No obstante, el entendimiento puede conocer la adecuación existente entre él y lo conocido; pero no la aprehende por conocer de algo *aquello que es*, sino cuando juzga que hay adecuación entre la realidad y la forma que de tal realidad aprehende. Entonces, en primer lugar conoce y dice lo verdadero. Y esto lo hace componiendo y dividiendo; pues en toda proposición, la forma indicada por el predicado o la aplica a alguna cosa concretada en el sujeto, o la separa de ella. Así, parece bien que sea verdadero el sentido al sentir algo, o que lo sea el

- Dios es verdad absoluta para Él, prescindiendo de que el hombre lo reconozca o no<sup>1366</sup>.
- La semejanza de la primera verdad (o sea, la luz de la inteligencia humana) también es objetiva en el sentido de que:
  - El hombre no puede ser privado de ella sin dejar de ser hombre.
  - La luz del intelecto es el objeto formal por medio del cual el sujeto-hombre conoce las demás cosas. (...).
- La verdad *humana* es el encuentro entre la *inteligibilidad* de la cosa, participada por la luz del intelecto y la *cosa* real, sensible. Esta verdad también es *objetiva*, resultado del objeto de la inteligencia (luz participada) y de los objetos-cosas que percibimos. El hombre es el sujeto del acto de percibir, pero no es el criterio de verdad ni de la inteligencia de las cosas. Cuando el hombre decide y afirma el ser de las cosas sin conocerlas entonces yerra. Porque *errar* es afirmar y decir que es lo que no es, y que no es lo que es. Errar no es ignorar, o sea, carecer de un objeto de conocimiento. Errar es una actividad –de la que el sujeto es responsable– por la que el hombre afirma o niega lo que ignora<sup>1367</sup>.
- **Guillermo de Ockham** “suprimió la *luz* del intelecto por creerla innecesaria, pues él daba al intelecto cierta actividad para plasmar algo, semejante e interno, al ver una cosa externa. La idea –lo inteligible– quedó convertida en una semejanza fingida por el que conoce. La verdad es la inteligibilidad de la cosa, pero esa inteligibilidad la da el hombre a la cosa poniéndole un nombre. Para Ockham, la idea es la cosa individual con capacidad evocadora universal. La verdad, en consecuencia, es la adecuación entre lo que el hombre plasma de la cosa y la cosa misma; pero con Ockham se perdió el sentido de objetividad que posee la verdad de las cosas por los medios objetivos que utiliza el sujeto cognoscente. En realidad, según Ockham no conocemos las cosas (el ser de las cosas) sino solo algo a lo que le ponemos un nombre. El ser de las cosas se reduce entonces a ese nombre (nominalismo) que tienen las cosas<sup>1368</sup>.
- Para **Descartes**, “la verdad es un supuesto indudable (...) que cree encontrarla donde se halla lo evidente y lo cierto, procediendo con exactitud, al modo como lo hacen los

---

entendimiento conociendo de algo *lo que es*; pero no porque conozca o diga lo verdadero. Lo mismo cabe decir de frases complejas o incomplejas.

“Así, pues, la verdad puede estar en el sentido, o en el entendimiento que conoce de algo lo que es, o en una cosa verdadera. Pero no como lo conocido en el que lo conoce, que es lo que conlleva el nombre de *verdadero*; ya que la perfección del entendimiento es lo verdadero como conocido. Por lo tanto, hablando con propiedad, la verdad está en el entendimiento que compone y divide; no en el sentido o en el entendimiento que conoce de algo *lo que es*” (*Ibid.*, I, cuestión 16, artículo 2).

<sup>1366</sup> “...la verdad se encuentra en el entendimiento en cuanto que aprehende las cosas como son; y en las cosas en cuanto que son adecuables al entendimiento. Todo esto es así en Dios en grado sumo. Pues su ser no sólo se conforma a su entendimiento, sino que también es su mismo entendimiento. Y su conocer es la medida y causa de cualquier otro ser y entendimiento. Y El mismo es su ser y su conocer. Por lo tanto, en El no sólo está la verdad, sino que El mismo es la primera y suma verdad” (*Ibid.*, I, cuestión 16, artículo 5).

<sup>1367</sup> Daros. *Ob. Cit.* Páginas 15 a 17.

<sup>1368</sup> *Ibid.* Página 18.

matemáticos. Como el error es posible y frecuente, se debe partir de algo evidente que ninguna ‘experiencia haya hecho incierto’ y deducir luego consecuencias por vía racional. Ahora bien, el fundamento de toda verdad se halla en el objeto de una intuición, o sea ‘en un concepto que forma la inteligencia pura y atenta con tanta facilidad y distinción que no queda ninguna duda sobre lo que entendemos’. Descartes admite que la inteligencia está capacitada para buscar la verdad porque está dotada de ‘primeros principios’ desde que el hombre nace. A partir de estos principios, aplicados a la experiencia sensible, si se procede con método los hombres pueden avanzar rápidamente. (...) Importa resaltar que la verdad causa como efecto una persuasión o certeza que excluye la duda. Con frecuencia, pues, el tema de la *verdad* se reduce al tema de la *certeza* la cual implica un aspecto psicológico de firmeza que no se incluye en el concepto de verdad. (...) El problema de la verdad fue reducido también a ser el problema de un *juicio consciente* acerca de la *adecuación* entre lo que el hombre percibe y lo que el hombre afirma”<sup>1369</sup>.

- “El *empirismo*, especialmente con *D. Hume*, redujo aún más el fundamento de la verdad a un criterio inmanente. Para Hume, todo lo que existe es particular y sensible. La mente percibe lo particular y tiene *impresiones* (sensaciones, pasiones, emociones); las *ideas* son solo tenues imágenes de esas impresiones. Las ideas generales o abstractas no son sino ideas individuales consideradas bajo un cierto aspecto. Lo que el hombre percibe son cosas singulares que pueden ser o no ser, pero que –cuando las percibimos– de hecho son. No existe, pues, fundamento para una idea universal, para un ser necesario inteligible en sí. (...) El origen y fundamento del *sentido* se halla en lo que se percibe. Lo que no es perceptible, en principio, carece de sentido y de valor. La inteligibilidad que, para otros filósofos, se halla en las ideas –en particular en la idea del ser– se halla ahora, según Hume, en lo percibido. Lo percibido –los hechos, dirán luego los positivistas– llevan en sí su propia inteligibilidad, es un absoluto que no requiere nada más, que excluye toda interpretación ajena al hecho mismo. El hecho explica y se explica en sí mismo. La razón o mente ni siquiera genera inteligibilidad (pues no posee ninguna idea innata como pretendía Descartes); simplemente *encadena, conecta* percepciones o ideas de un modo ciego, instintivo. (...) Este instinto está relacionado con la observación y la experiencia, pero su origen está en la Naturaleza humana y nada más se puede decir al respecto. De esta manera, Hume cerraba toda pregunta metafísica acerca de lo que constituye las condiciones de posibilidad de la inteligencia. *De hecho* los hombres conocen con sus inteligencias y no cabe una pregunta ulterior. (...) la filosofía de D. Hume lleva a una duda escéptica (*sceptical doubt*) respecto de los fundamentos últimos acerca de la verdad”<sup>1370</sup>.
- “*Kant* admite que ‘la verdad es la conformidad de un conocimiento con el objeto’. Pero los objetos poseen un doble aspecto:
  - Uno inteligible dado por las formas o categorías del entendimiento de modo que con ellas se puede obtener objetos lógicos, pero vacíos respecto de la experiencia sensible.
  - Un aspecto material o sensible dado por la experiencia a través de la sensibilidad.

<sup>1369</sup> *Ibid.* Páginas 18 a 20.

<sup>1370</sup> *Ibid.* Páginas 20 a 22.

Por este último aspecto (conocimiento de la materia), no existe un criterio universal de verdad independientemente de los datos de los sentidos. Pero el conocimiento, prescindiendo del contenido y ateniéndonos solo a las formas, puede establecer leyes de verdad. De ello se encarga la lógica trascendental o a priori. Es lógicamente falso lo que se pone en contradicción con las leyes del pensar, es decir, contra el entendimiento mismo. Esta es la condición negativa de posibilidad de la verdad: *ningún conocimiento puede ser verdadero si es contradictorio* con las leyes universales y formales del entendimiento y de la razón. Esta es la *verdad trascendental*, a priori, independiente de los datos de la experiencia sensible, y esta verdad trascendental es la condición de posibilidad de la verdad empírica, la precede y la hace posible. La verdad acorde con la lógica formal es exacta, en sus conceptos, pero es insuficiente para conocer la verdad de las cosas sensibles. El pensar lógicamente con verdad, pero sin tener datos materiales o sensibles hace a los razonamientos del hombre, *vanos* y genera ilusiones sofisticadas. Dado que para Kant, la realidad no es cognoscible en sí misma (no es ella misma portadora de su inteligibilidad) sino que la inteligibilidad se halla en las categorías a priori del entendimiento y en la síntesis a priori de la razón, establece entonces dos criterios de verdad:

- Los criterios extrínsecos o subjetivos de la verdad de un juicio no residen en el juicio mismo, sino en el *consenso* del juicio de un hombre con el de los demás hombres. Esta coincidencia de todos los juicios, a pesar de la diversidad de los sujetos entre sí, descansa en un *fundamento común*, esto es, *en el objeto* con el que concuerdan todos. La verdad, en este sentido, es la superación del *egoísmo lógico*, la superación del propio punto de vista para atenerse también al punto de vista de los otros, lo que constituye un modo amplio de pensar las cosas. (...) Mas este criterio extrínseco no genera certeza absoluta sino solo persuasión de verdad.
- Para alcanzar el saber, con convicción y certeza, el hombre debe recurrir a un criterio intrínseco y objetivo de verdad y este se halla en la *evidencia* intelectual. Esta evidencia se alcanza cuando se advierte la no contradicción en la forma de pensar del entendimiento. (...) Kant no se refiere al principio de no contradicción en un sentido metafísico, esto es, por basarse en el *ser* (indeterminado y fundamento de todo lo que es). Se refiere a él, por el contrario, como a un principio lógico al que los juicios han de plegarse para ser formalmente verdaderos. Kant da al principio de no contradicción el valor de principio universal y plenamente suficiente de todo conocimiento analítico; pero su utilidad no va más lejos. En este sentido, el criterio objetivo de verdad es la adecuación de las representaciones entre sí en un juicio según las leyes generales del entendimiento y de la razón. El fundamento del conocer se halla ante todo, pues, en la *verdad trascendental* que posibilita la verdad empírica. (...)

Toda la filosofía de Kant ha sido una búsqueda de los *fundamentos* del conocer y ella los ha hallado en las *verdades trascendentales* que constituyen la Naturaleza del entendimiento y de la razón. El principio de no contradicción, como el de causalidad, son las reglas o normas establecidas por la naturaleza del entendimiento, dirá Kant. De este modo, Kant transfiere a la *Naturaleza* (en este caso, del entendimiento) lo que antes se atribuía al *ser* de la inteligencia. La Naturaleza y sus leyes, en efecto, se convirtieron, en la época moderna, en el sustituto tanto de Dios como del ser metafísico. Puesta la Naturaleza, Kant –y en general, los hombres de la modernidad– parecen no necesitar nada

metafísico que la explique, aunque necesiten trascender lo físico con lo trascendental (convertido frecuentemente en una *ley*), fundamento de la objetividad y universalidad del conocimiento, especialmente del conocimiento científico. La exigencia de Dios, del alma inmortal, y de la libertad se constituyen para Kant en lo más ‘metafísico’ (u opuesto a lo sensible), en el último límite del conocimiento, más allá del cual es imposible transitar. (...) Dios, alma y libertad constituyen, como red sistemática de ideas establecidas por la Naturaleza, la *verdad suprema trascendental* que cierran las condiciones de posibilidad para conocer y pensar. Ella constituye el fundamento último del filosofar kantiano”<sup>1371</sup>.

- **Hegel** afirma que “la filosofía es *ciencia objetiva de la verdad*, ciencia de su necesidad, conocer conceptual, no un simple opinar ni una urdimbre de opiniones. Por otra parte, indudablemente es un hecho, bastante fundamentado, que hay y ha habido diversas filosofías. Pero *la verdad es única*: el instinto de la razón posee esta fe y este sentimiento insuperables”<sup>1372</sup>. “Pero Hegel ha hecho de la razón, no una facultad del conocer o pensar del sujeto humano, sino del todo: la realidad y el pensamiento en todas sus formas y en su devenir histórico. *Razón o Idea* –como la llama Hegel– es todo, en cuanto la totalidad tiene un movimiento viviente e instintivo (de tesis, antítesis y síntesis superada que se convierte en una nueva tesis) el cual lleva a la totalidad a su pleno desarrollo en el devenir histórico. (...) *la Razón es la verdad; la verdad es el todo*. El conocimiento del *entendimiento*, por el contrario, es un conocimiento subjetivo de formas abstractas, separadas de lo real y, entonces, la verdad es pensada como una adecuación entre lo real y las formas entendidas. (...) Conocer con razón una cosa es *conocer su historia*, su inicio, su desarrollo, su fin. La verdad es verdad porque va determinándose; porque ‘posee el impulso a desarrollarse’. (...) La Idea o Razón es la totalidad germinalmente viviente que se desarrolla en forma creciente. Básicamente *la verdad es la vida*. La vida es Idea (Razón, Totalidad) y la ‘Idea es Verdad’. La filosofía es ahora, en Hegel, el conocimiento del devenir histórico: es este devenir. Siendo todas las cosas, a la vez, causas y efectos de sí mismas, productoras y efectos, cuanto más progresa el desarrollo más progresa la filosofía; cuanto más describe y produce este desarrollo más *verdadera* es. (...) *La verdad es el todo en creciente desarrollo dialéctico y por este desarrollo todo es verdad*. Solo cabe el *error* para el entendimiento que –oponiéndose a la Razón– considera a las cosas no en su desarrollo, sino estática y fragmentariamente, en partes separadas; en *formas* separadas de sus *contenidos*, en formas abstractas sin su desarrollo dialéctico en lo concreto (...). Cada fragmento sin el todo es irreal, irracional y falso.

“La verdad es, pues, la unidad”; la totalidad hecha sistema dialéctico y este sistema es el *fundamento* de la verdad. (...) La verdad es histórica, evolutiva pero –también y al mismo tiempo– superadora de lo histórico, absoluta, única y verdadera como el todo. (...) La *verdad* es causa y efecto de la razón que (al producir y ser producida como unidad, como totalidad, con relaciones con el todo) es inteligible en sí y por sí misma. (...) Es un *error* creer que la verdad está en el sujeto (y se confunde entonces verdad con creencia y con conciencia ingenua), o bien creer que la verdad está en los objetos: entonces el pensamiento del entendimiento va a los objetos, reproduce el contenido de las sensaciones, lo hace contenido adecuado del pensamiento y se satisface con él como su fuese la verdad. Mas ningún dato u objeto limitado es verdadero (como pretende el

<sup>1371</sup> *Ibid.* Páginas 22 y 23.

<sup>1372</sup> Hegel, citado por Daros *Ibid.* Página 24.

empirismo) si no es visto en su devenir y en la totalidad sistemática de la Idea o Razón en la que adquiere verdad y sentido”<sup>1373</sup>.

- *Nietzsche* toma como punto de partida la vida en cuanto esta es irracional. “La *verdad*, como fundamento, se asentó entonces en lo *irracional* que es, sin embargo, por ejemplo en F. Nietzsche, *voluntad de poder*. La verdad es voluntad de poder y solo se entiende el mundo (o cualquiera de sus aspectos), solo se *hace inteligible* el mundo cuando se admite como fuerza única, fundamental y cósmica la voluntad de poder. (...) Según Nietzsche, la mayor parte del pensar consciente de un filósofo está guiada de modo secreto por sus instintos y es forzada por éstos a discurrir por determinados carriles. *La verdad está en los instintos* que son expresión de la voluntad de poder; pero la mayoría de los hombres *necesita crearse ficciones*, apariencias, valores diferentes de la vida a los cuales le da el nombre de verdad. Existe, pues, una *verdad fundamental* que es la voluntad de poder, vital, ciega e instintiva; y una *voluntad aparente*, en realidad una ‘no-verdad’ que es mortífera, que busca la claridad conceptual y la prudencia y que los hombres toman como criterio para vivir. (...) Nietzsche ha dejado abierta la puerta a una *verdad inconsciente y vital*, fundamento de toda verdad, contrapuesta y encubierta con una *verdad aparente o consciente*, producto de una ‘mala conciencia’, al tener que reprimir el buen instinto de libertad y explotación, encarcelándolo en lo interior, y considerando bueno lo que reprime la vida. (...) La *verdad*, según Nietzsche, no es nada intelectual, no es iluminación o adecuación mental entre lo pensado y lo sentido; sino *es vida y la vida es poder*, apropiación, ofensa, dureza, avasallamiento de lo extraño y más débil, explotación”<sup>1374</sup>.
- Comentando el *pragmatismo* de *W. James*, afirma el autor que “La temática de la *búsqueda de la verdad* como una cuestión de *fundamentos*, en nuestros tiempos, se mueve, salvo excepciones, dentro de un clima intelectual con los presupuestos del inmanentismo. Este *inmanentismo* toma como base la aceptación de una concepción de la vida: a) por una parte, como *evolutiva* (fundamentalmente biológica y darwinianamente competitiva y selectiva en la lucha por la sobrevivencia); y b) por otra, como radicalmente *práctica*, centrada en la importancia de los instrumentos, los *medios* y elaboraciones antes que en el valor de los fines (fines que, en última instancia, se reducen a algo natural: la sobrevivencia). Estos dos aspectos constituyen las *verdades fundamentales* que dan luz para comprender al hombre y al mundo. (...) La *verdad es la utilidad* que un conocimiento presta para organizar o reorganizar la experiencia. La verdad no es una cuestión de fines, sino de medios exitosos, de útiles, de instrumentos. La verdad, en el pragmatismo, no es vista como una cualidad de luz estática inherente a la idea: la verdad es el proceso de su validación. (...) La verdad y el fundamento de la vida no se hallan ‘en algo sobre los objetos’, ni en la adecuación del conocimiento, sino en la *actuabilidad*, en la actuación que es posibilitada por una idea. La verdad y la vida se basan en lo que podemos hacer, operar. (...) La verdad para cada hombre es lo que halla en aquel momento con el máximo de realización y satisfacción para él; la verdad *abstracta* es la realización y satisfacción posible a la larga. Pero la verdad y el fundamento en que se apoyan la vida y la filosofía debería ser siempre la *realización, la actuabilidad* (actual o posible)”<sup>1375</sup>.

<sup>1373</sup> *Ibid.* Páginas 24 y 25.

<sup>1374</sup> *Ibid.* Páginas 25 y 26.

<sup>1375</sup> *Ibid.* Página 27.



- Para el *positivismo lógico* y la *filosofía analítica*, “Preguntar cuál es la naturaleza de un objeto material es *requerir una definición* de un objeto material, o sea, es preguntar ‘de qué modo las proposiciones relativas a objetos materiales se han de traducir como proposiciones referentes a contenidos sensoriales’. El filósofo no está empeñado, pues, en investigaciones empíricas o metafísicas. El filósofo se ocupa de las definiciones de las palabras correspondientes a cosas; es un analista del lenguaje, de los usos y modos de decir. En este contexto, el problema del fundamento filosófico de la *verdad* se halla en el uso correcto del lenguaje, y el *error* consiste en confusiones lógicas empleando el lenguaje. (...) No tiene sentido preguntar qué lenguaje –vale lo mismo para una geometría– es verdadero y cuál es falso. ‘Mientras estén libres de contradicción todos ellos son verdaderos’. En sí mismos los lenguajes o las geometrías no se refieren a nada fuera de ellos mismos. Se los puede emplear para razonar sobre el mundo físico, pero ello depende del *uso* que hagan los hombres y no de los sistemas de lenguaje o de geometría en sí mismos. (...) La *verdad*, pues, es la verdad de un enunciado o de un sistema de enunciados y consiste en su coherencia o concordancia, en el uso, con los actos enunciados. (...) ‘La verdad es la ausencia de contradicción’. (...) La verdad de algunas proposiciones no se hallan en que expresan correctamente un hecho, sino que son verdaderas porque están correctamente construidas, es decir, porque concuerdan con nuestras definiciones, arbitrariamente establecidas en los usos del lenguaje”<sup>1376</sup>.

Luego de su exposición que acabamos de citar, Daros afirma que “La *verdad*, en última instancia, es metafísica; no esta o aquella verdad, sino el *fundamento último de la inteligibilidad y el ser* de todo ente. Luego la verdad puede adjetivarse de muchas maneras *análogas* (como el *ser* mismo es pensado y mentado en cada ente sin ser ninguno de ellos, aunque sea el fundamento de todos ellos)”<sup>1377</sup>. Así, dice el autor que puede hablarse, entre otras, de:

- Verdad *gramatical*: una oración es verdadera cuando se ajusta a las reglas gramaticales.
- Verdad *lógica*: los enunciados y razonamientos son verdaderos cuando se ajustan a la coherencia o no contradicción.
- Verdad *empírica*: los enunciados o teorías acerca de nuestro mundo son verdaderos cuando se ajustan a una realidad refutable en ese mundo.
- Verdad *histórica*: las interpretaciones del pasado son verdaderas cuando se adecuan a la realidad de ese pasado.
- Verdades *morales*: las conductas humanas expresan verdades morales cuando se adecuan a valores morales.

Continúa el citado autor: “En general, se puede afirmar, entonces, que el concepto de *verdad* remite al *fundamento –cualquiera este sea– en cuanto éste es entendido como tal o en cuanto da sentido inteligible* al resto del sistema que pretende explicar, en última instancia, un problema o validar una visión intelectualmente comprensible del mundo, de la sociedad, del hombre, de las conductas, de modo que carece de sentido preguntarse por algo anterior a ese fundamento. Mas no es indiferente el fundamento que se establezca como punto de referencia, en sí o por sí mismo

<sup>1376</sup> *Ibid.* Páginas 28 y 29.

<sup>1377</sup> *Ibid.* Página 30.

inteligible, sede de la verdad. Este fundamento que constituye a la verdad determinará también la concepción del hombre. El hombre (individual y socialmente) se cerrará entonces en la *inmanencia* de él mismo (de las acciones, de las percepciones, etc.) o de la sociedad (del lenguaje, de los sistemas) o se abrirá a un punto de referencia *trascendente* donde la verdad es la *inteligibilidad del ser* que fundamenta la imposibilidad lógica de la contradicción, el valor objetivo y moral de reconocer la verdad, etc. Aunque nuestra sociedad parezca basarse en valores *materiales* (y los necesita como el hombre necesita su base biológica), en realidad, en cuanto es humana se basa en valores tan abstractos y *espirituales como la verdad y la justicia* (que es el reconocimiento de la verdad del ser de cada cosa, persona o acontecimiento por lo cual se respeta o se da a cada uno lo suyo). Si la mentira, el doble discurso, la corrupción social y moral generalizada originan el desprecio también generalizado se debe a que los hombres suponen y presuponen –como condición de posibilidad para establecer una sociedad humana– el valor de la verdad, de la objetividad, de la justicia y de su búsqueda constante, de modo que el error y la corrupción constituyen la excepción y no la regla de conducta”<sup>1378</sup>.

Por su parte, Francisco Pérez de Antón comenta que “podríamos decir que existe una verdad *infallible* o *absoluta*, fuera del alcance del hombre, debido a su limitación como ser finito, y otra verdad *disponible* o *relativa*, basada en el conocimiento imperfecto. Pues bien, la única verdad que puede utilizar el hombre es la segunda, siempre y cuando sea demostrable. (...) Bien Supremo y Verdad Suprema sólo pueden darse simultáneamente en el Creador. Pero en el hombre, debido a las limitaciones que Aquél le impuso, la verdad precede al bien. Y aunque sepamos muy poco de ella, debemos esforzarnos en usarla, si queremos ser moralmente íntegros. Y fundar la moralidad sobre los sentimientos, como decía Balmes, es destruirla: ‘La razón es fría, pero ve claro; darle calor y no ofuscar su claridad; las pasiones son ciegas, pero dan fuerza; darles dirección y aprovechar su fuerza’. (...) el sistema de libre empresa no afirma ser poseedor de la verdad única, no porque no exista, sino porque sólo poseemos una parte de ella. Y por esa misma causa pone en tela de juicio los razonamientos a medias, sea que procedan de las emociones, sea que nazcan de los sofismas. Así y todo, los hombres libres no temen la verdad, apartándose del dogmatismo y llevando su análisis hasta donde aquélla se pueda hacer indivisible. Ese proceso, sin embargo, sólo es posible llevarlo a cabo en libertad, pues, cuando la coacción está presente, existe siempre el peligro de que la mentira se imponga por la fuerza. En otras palabras, la libertad es inseparable de la verdad, ya que permite a ésta última sostenerse por sí misma”<sup>1379</sup>. Vemos entonces que, para este autor, el uso que de la verdad hace el hombre está limitado a lo que él denomina ‘verdad humanamente disponible’, que acertadamente vincula a la naturaleza limitada del ser humano y, por tanto, a la imperfección de su conocimiento. En la perspectiva de un creyente, sin embargo, se concibe también la accesibilidad a la verdad infalible en cuanto libremente *revelada* por Dios y, así, Juan Pablo II afirmaba que “La fe y la razón son como las dos alas con las cuales el espíritu humano se eleva hacia la contemplación de la verdad”<sup>1380</sup>.

Karl Popper explica la búsqueda de la verdad mediante una imagen metafórica, que también citaremos más adelante: “La situación de la verdad en el sentido objetivo, como correspondencia con los hechos, y su papel como principio regulador, puede compararse al pico de una montaña que está siempre, o casi siempre, envuelto en nubes. El montañista no sólo tiene dificultades para llegar hasta la cima; acaso no sepa cuándo ha llegado, porque acaso sea incapaz de distinguir, en medio de las nubes, entre el pico más alto y otros picos menos altos. No obstante, esto no afecta a

<sup>1378</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1379</sup> Pérez de Antón, Francisco. *La Libre Empresa*. Páginas 45 a 47.

<sup>1380</sup> Carta Encíclica *Fides et Ratio*, sobre las relaciones entre Fe y Razón, Introducción.

la existencia objetiva de la cima, y si el montañista dice: ‘Tengo algunas dudas acerca de si llegué a la verdadera cima’, entonces reconoce, por implicación, la existencia objetiva de la cima. La idea misma del error, o de la duda (en su sentido normal y recto), implica la idea de una verdad objetiva que podemos no alcanzar”<sup>1381</sup>; “sólo por respeto a este objetivo, el descubrimiento de la verdad, podemos decir que, aunque somos falibles, esperamos aprender de nuestros errores. Sólo la idea de la verdad es la que nos permite hablar sensatamente de errores y de crítica racionalista, y la que hace posible la discusión racionalista: es decir, la discusión crítica en busca de errores, con el serio propósito de eliminar tantos de ellos como podamos, para acercarnos más a la verdad”<sup>1382</sup>. Así, la idea misma del error –y de la falibilidad– implica la idea de una verdad objetiva como la norma a la que casi podremos llegar”<sup>1383</sup>. Sobre la verdad, también afirma Popper que “ninguna autoridad humana puede establecer la verdad por decreto: que debemos todos someternos a la verdad; que *la verdad está por encima de toda autoridad humana*”, y quienes rechazan esto “ponen en peligro la idea de la objetividad del conocimiento, y la de que debe haber normas comunes de crítica o racionalidad”; hay que “aceptar que todo conocimiento humano es humano: que está mezclado con nuestros errores, con nuestros prejuicios, nuestros sueños y nuestras esperanzas: que lo único que podemos hacer es buscar a tientas la verdad, aunque esté más allá de nuestro alcance. (...) Si aceptamos que no existe ninguna autoridad más allá del alcance de la crítica que se encuentre dentro del campo de nuestro conocimiento, por muy lejos que haya penetrado en lo desconocido, entonces sí podremos retener, sin peligro, la idea de que la verdad está más allá de la autoridad humana. Y debemos retener esta idea. Porque sin esta idea no puede haber normas objetivas de búsqueda de la verdad; sin ella, no habrá crítica para nuestras investigaciones; no habrá sin ella ese buscar a tientas lo desconocido; sin ella, no habrá búsqueda del conocimiento”<sup>1384</sup>. Esto implica, para el ámbito concreto del Derecho, que un elemento de crítica, un criterio de juridicidad, debe ser la verdad, la búsqueda de la verdad, contra la cual toda opinión –incluso la sostenida por la ‘soberanía popular’– debe contrastarse, pues ninguna autoridad humana está por encima de la verdad.

La búsqueda de la verdad reviste una cierta importancia especial en nuestros tiempos, sobre todo dado que en la opinión pública y algunos ambientes intelectuales predominan un relativismo o escepticismo que llegan a ver la misma idea de ‘verdad’ como una imposición abusiva e injusta, que en aras de la libertad debe rechazarse a fin de que cada quien determine ‘su’ verdad y viva conforme a ella: tal actitud hace inútil el diálogo intelectual y cierra al hombre muchas puertas hacia la mejor comprensión de sí mismo, de su entorno, y la convivencia pacífica con sus semejantes. El escudo de la Universidad Francisco Marroquín presenta las tres palabras ‘*Veritas, Libertas, Iustitia*’, de donde se desprende que en esta Casa de la Libertad, la Verdad –o su búsqueda– tiene una relevancia primordial, tal como lo confirmaba y subrayaba nuestro Rector, interpretando las intenciones de los fundadores de nuestra institución<sup>1385</sup>: “Esto no quiere decir que todo lo que diga un estudiante sea razonable o verdadero; o, lo que es lo mismo, que cada quien tiene su verdad igualmente respetable. Los fundadores de la Universidad Francisco Marroquín comprendían esto muy bien al rechazar, por ejemplo, las acciones violentas motivadas por ‘verdades’ particulares y antojadizas. La educación humanista es, en esencia, una búsqueda

<sup>1381</sup> Popper. Verdad y Aproximación a la Verdad, en Escritos Selectos. Página 201.

<sup>1382</sup> Juan Pablo II afirma que “Creer en la posibilidad de conocer una verdad universalmente válida no es en modo alguno fuente de intolerancia; al contrario, es una condición necesaria para un diálogo sincero y auténtico entre las personas. Sólo bajo esta condición es posible superar las divisiones y recorrer juntos el camino hacia la verdad completa” (Ob. Cit., 92).

<sup>1383</sup> Popper. Ob. Cit. Página 206.

<sup>1384</sup> Popper. Conocimiento sin Autoridad, en Escritos Selectos. Página 60.

<sup>1385</sup> Cfr. Ibarguén, Giancarlo. El Valor de las Humanidades en la Universidad. Página 1, nota al pie 1.

racional de la verdad. No hay educación humanista, dice Savater, si no hay verdad que transmitir o si todo es más o menos verdad, más o menos falso. (...) Sólo conociendo la verdad nos ganaremos la libertad que tanto anhelamos y que debemos guardar como un tesoro divino”<sup>1386</sup>.

---

<sup>1386</sup> *Ibid.* Páginas 4, 5 y 9.

## VIII

### EL MARCO EPISTEMOLÓGICO

*“Of science and the human heart / There is no limit / There is no failure here sweetheart / Just when you quit... // I am you and you are mine / Love makes nonsense of space / And time... will disappear / Love and logic keep us clear / Reason is on our side, love...”.*

-Bono (Paul David Hewson)<sup>1387</sup>.

“...toda historia (...) no [es] en definitiva sino historia de hombres, que son los auténticos protagonistas de la vida y por ende de la historia como reflejo de ella. (...). El hombre es el gran heredero. No abandona su pasado. (...) Así como según el proverbio árabe, el hombre no puede saltar fuera de su sombra, así también el pasado, aunque hecho de distancias y allende el horizonte, está siempre presente en nosotros y nos acompaña como nuestra sombra. (...) El presente está montado sobre el pasado como esa figura de la torre humana que hace la familia de acróbatas en el circo. Ese trashumante que es el hombre recorre siglo tras siglo un larguísimo camino, pero un camino singular que, conforme se va haciendo, se va enrollando sobre sí mismo y, colgado a la espalda del caminante, como una mochila, de camino se transforma en equipaje. El hombre en su vida, un camino indudablemente, es al par viajero, camino y equipaje. Lo que le ha pasado al hombre, lo que nos ha pasado a nosotros, no es algo que se fue, sino por el contrario, porque nos pasó queda operante dentro de nosotros, como queda de la herida la cicatriz, o como en el dulzor de la uva de otoño, queda prisionero el sol del verano”.

-Humberto Vázquez<sup>1388</sup>.

‘Epistemología’ significa teoría de la ciencia; proviene del griego *επιστημη* (‘conocimiento’), y el Diccionario de la Real Academia la define como “Doctrina de los fundamentos y métodos del conocimiento científico”. Algunos autores utilizan el término como sinónimo de ‘gnoseología’<sup>1389</sup> o teoría del conocimiento, otros consideran la epistemología como una subdivisión o rama de la gnoseología, y hay quienes señalan ámbitos concretos, distintos o incluso independientes para una y otra disciplina. De Vries, tratando de la gnoseología, expresa que “En parte la diversidad de las direcciones se expresa también en los nombres diferentes de la gnoseología: *teoría del conocimiento*, *noética* (teoría del pensamiento), *epistemología* (propriadamente, teoría de la ciencia), *criteriología* (doctrina de las características que distinguen entre ‘verdadero’ y ‘falso’)”<sup>1390</sup>. El campo de la epistemología, de la gnoseología, da para muchísima, muy estimulante y a la vez compleja discusión, a la cual no es nuestro propósito unirnos en el presente trabajo (por no estar, además, debidamente calificados para hacerlo): únicamente pretendo en este capítulo ofrecer una exposición de los puntos más fundamentales, generales y básicos que han de guiar la reflexión y propuesta personal que constituyen el núcleo central de esta tesis, no siendo mi cometido proponer un modelo epistemológico o teoría acabada y completa –cosa que, por lo demás, no me dejaría de parecer muy pretencioso de mi parte–, sino tan sólo sentar puntos de partida muy elementales en los que apoyo mi comprensión, como se dice, ‘parándome sobre los hombros de gigantes’.

<sup>1387</sup> “*Miracle Drug*” (del álbum “*How To Dismantle an Atomic Bomb*”) de U2.

<sup>1388</sup> Filosofía de la Pervivencia del Derecho Romano. Páginas 8 y 9.

<sup>1389</sup> El Diccionario de la Real Academia, al definir ‘gnoseología’, utiliza dos acepciones: “Teoría del conocimiento. | Epistemología”.

<sup>1390</sup> De Vries. Gnoseología, en Brugger. Ob. Cit. Página 271.

Conviene, para fines ilustrativos y de aclaración, hacer referencia al significado de ‘gnoseología’, aceptando a tal efecto su general equivalencia o sinonimia con ‘epistemología’, al margen por el momento de discusiones más especiales sobre la delimitación de ambas. Así, De Vries nos dice que ‘gnoseología’ presenta tres acepciones principales:

- “En el sentido más amplio gnoseología equivale a teoría del conocimiento y puede significar cualquier investigación del conocimiento humano, bien sea la investigación de la psicología empírica sobre el origen y el desarrollo regular de las funciones cognoscitivas, bien la investigación filosófico-psicológica de los actos y facultades del conocimiento, bien la *metafísica del conocimiento*, que sitúa el conocimiento en el contexto total del ser. La lógica, en cambio, generalmente no se designa como gnoseología”<sup>1391</sup>.
- “En un sentido menos amplio tiene por objeto la validez o, más exactamente, la validez ontológica o verdad del conocimiento, y también los *límites del mismo*. Ciertamente también la lógica pregunta por la validez del pensamiento, pero se limita a las condiciones de validez, que se fundan en la ordenación recíproca de los contenidos de pensamiento. La gnoseología, en cambio, plantea la pregunta por la validez última y decisiva de los contenidos de pensamiento y, más precisamente, de los contenidos del juicio, la cual consiste en la coincidencia de éstos con el objeto. Gnoseología en este sentido es también *crítica del conocimiento*”<sup>1392</sup>.
- “En el uso fáctico la palabra gnoseología tiene un sentido más estricto todavía. Se refiere al conocimiento de los objetos, en tanto éstos se contraponen al sujeto en la percepción sensible y en conjunto constituyen el mundo exterior. Así se presupone sin más planteamientos la distinción de sujeto, objeto y relación cognoscitiva; entonces ya no es posible una fundamentación última de la verdad del conocimiento. Y esto ha de decirse con mayor motivo todavía cuando en la física cuántica se ponen como base reflexiones gnoseológicas. Por eso es recomendable evitar el nombre de gnoseología para la pregunta filosófica fundamental de la verdad del conocimiento y usar a este respecto la expresión ‘crítica del conocimiento’”<sup>1393</sup>.

Un pensador de mucha influencia en la epistemología es Sir Karl Popper; según él, la palabra ‘conocimiento’ o ‘pensamiento’ tiene dos significados:

- “*Conocimiento o pensamiento en el sentido subjetivo*, que consiste en un estado mental o de conciencia, o en la disposición para comportarse o reaccionar”<sup>1394</sup>.
- “*Conocimiento o pensamiento en el sentido objetivo*, que consta de problemas, teorías y argumentos como tales. El conocimiento, en este sentido objetivo, es del todo independiente de la pretensión de alguien de saber; también es independiente de la creencia de alguien, o de su disposición a asentir, a afirmar algo o a actuar. El

<sup>1391</sup> *Ibid.* Página 269. A menos que se indique distinto, en todas las citas que siguen las itálicas son del original.

<sup>1392</sup> *Ibid.* Páginas 269 y 270.

<sup>1393</sup> *Ibid.* Página 270.

<sup>1394</sup> Popper. *Conocimiento: Subjetivo Contra Objetivo*, en *Escritos Selectos*. Página 63.

conocimiento, en el sentido objetivo, es *conocimiento sin cognosciente: es conocimiento sin sujeto que conoce*<sup>1395</sup>.

Con base en esta consideración, Popper expone su tesis de que “La epistemología tradicional ha estudiado el conocimiento o el pensamiento en un sentido subjetivo: en el sentido del empleo ordinario de las frases ‘Yo sé, o conozco’ o ‘Estoy pensando’. (...) el *conocimiento científico* simplemente no es conocimiento en el sentido del empleo ordinario que damos a la frase ‘Yo sé’. Mientras que el conocimiento en el sentido de ‘Yo sé’ pertenece a lo que yo llamo el ‘mundo número 2’<sup>1396</sup>, el mundo de los *sujetos*, el conocimiento científico pertenece al mundo número 3, al mundo de las *teorías objetivas*, de los problemas objetivos, de los argumentos objetivos”<sup>1397</sup>. Para Popper, “lo propio de la epistemología es el estudio de los problemas científicos y de las situaciones problemáticas, el estudio de las conjeturas científicas (que para mí es otra expresión para referirme a las hipótesis o teorías científicas), de las discusiones de índole científica, de los argumentos críticos y del papel que desempeña la evidencia en los argumentos; y, por tanto, de las publicaciones periódicas científicas y de los libros, y de los experimentos y su evaluación en la argumentación científica; o, en pocas palabras, que el estudio de un mundo número 3 *en gran medida autónomo* de conocimiento objetivo tiene una importancia decisiva para la epistemología. (...) Una epistemología objetivista que estudie el mundo número 3 puede ayudarnos a arrojar una gran luz sobre el mundo número 2, el mundo de la conciencia subjetiva, especialmente sobre los procesos de pensamiento subjetivo de los científicos; pero *lo contrario no es verdad*. (...) el mundo número 3 es en gran medida autónomo, aunque actuamos constantemente sobre él y aunque él actúa constantemente sobre nosotros; es autónomo, pese a que es producto nuestro y aunque tiene un fuerte efecto de retroalimentación sobre nosotros; es decir, sobre nosotros, en tanto que habitantes del mundo número 2 e incluso en tanto que habitantes del mundo número 1. (...) mediante esta interacción entre nosotros y el mundo número 3 es como crece el conocimiento objetivo”<sup>1398</sup>. Así, la epistemología sería propiamente la teoría del conocimiento científico, considerando éste en un sentido objetivo, es decir, como el cuerpo de discusiones y teorías que ocupan el quehacer intelectual del hombre<sup>1399</sup>.

De las descripciones y explicaciones antes citadas, aparece claro el amplísimo panorama que ocupa a la teoría del conocimiento y de la ciencia, ligándole a cuestiones tan importantes y profundas como lo son la capacidad misma de conocer, el modo de conocer, las explicaciones e interpretaciones que el hombre es capaz de formular según el objeto de conocimiento, etc. Se comprende así –por un lado– lo complejo e inagotable del tema, características que nos conducen a tratarlo desde la perspectiva general y básica que antes decíamos, pero –al mismo tiempo– se pone de manifiesto la fundamental importancia que reviste el exponer aunque sea nociones muy elementales y sencillas del marco epistemológico en que se inscribe nuestro estudio ya que, como empresa intelectual aunque modesta, es preciso encuadrarla en un contexto referencial que en

<sup>1395</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1396</sup> “...sin tomar demasiado en serio las palabras ‘mundo’ o ‘universo’, podemos distinguir entre los siguientes tres mundos o universos: primero, el mundo de los objetos físicos o de los estados físicos; segundo, el mundo de los estados de conciencia, o estados mentales o, quizá, de las disposiciones conductuales para actuar; y tercero, el mundo de *los contenidos objetivos del pensamiento*, especialmente el de los pensamientos científico y poético y el de las obras de arte” (*Ibid.* Página 61).

<sup>1397</sup> *Ibid.* Página 63.

<sup>1398</sup> *Ibid.* Páginas 66 y 67.

<sup>1399</sup> Popper dice que “lo que llamo el ‘mundo número 3’ tiene, por cierto, mucho en común con la teoría platónica de las Formas o las Ideas y, por tanto, también con el Espíritu Objetivo de Hegel, aunque mi teoría difiere radicalmente, en algunos aspectos decisivos, de la de Platón y de la de Hegel” (*Ibid.* Página 61), y explica tales diferencias en páginas 77 a 82 del texto en cita, al cual refiero al lector que quiera profundizar en ello.

alguna medida contribuya a comprender y dar razón de su contenido, sustentar sus posturas, justificar sus propuestas, a la vez que dejar abierta la puerta para la depuración y refinamiento de que puede y debe ser objeto mediante la ulterior crítica y continuada reflexión. En consecuencia de todo lo anterior, nuestra exposición en este capítulo, a la vez que aspirando a la brevedad y sencillez, se enfoca sobre tres temas principales: el hombre, el conocimiento, la verdad; concretamente, podemos decir que se dirige a exponer en rasgos básicos y generales la concepción que adopto y me he formado sobre la persona humana, las características de su razón o racionalidad y –con ello– del conocimiento que alcanza por tal medio. En papel, quizás ‘suena’ profundo y ambicioso: en realidad, se verá que los postulados que expondré son de poquísima o nula originalidad y, espero, de una claridad y sencillez suficientes para colocar al lector en capacidad de mejor comprender lo que busco plantear.

Por otro lado, hablar de Roma, de su Derecho y de su técnica jurídica, es hablar de uno de los elementos principales de la tradición intelectual de Occidente, del legado cultural de nuestra civilización. Es por ello que se hace necesario, antes de iniciar nuestro tratamiento de los principales aspectos del marco epistemológico, dirigir nuestra atención a la tradición del pensamiento occidental, no solo por la relevancia que tiene en cuanto nuestro estudio se enfoca sobre uno de sus referentes esenciales, sino además porque –como se verá más adelante– el tema de la tradición occidental ocupa un sitio de profunda importancia en ámbitos más amplios y diversos que lo jurídico. Para expresarlo de alguna manera, diremos que explorar la tradición de Occidente nos proporciona una visión global de ese mundo de conocimiento objetivo con el que interactuamos y, a la vez, nos permite descubrir las claves para que esa interacción resulte fructífera en el avance del conocimiento.

Mi padre (a quien debo mis primeras nociones sobre la configuración cultural de Occidente y mi gusto por la antigüedad clásica) solía resaltar –como característica fundamental para mi formación– la diferencia, importancia e interdependencia entre ‘aptitud’ y ‘actitud’, recordándome que no basta con poseer una serie de capacidades, cualidades y atributos personales y circunstanciales –intelectuales, físicos, morales, económicos, educativos, etc., según a cada cual haya tocado en suerte– (la aptitud<sup>1400</sup>), sino que, a fin de mejor tender al éxito y realización personal, debe ello necesariamente complementarse con las adecuadas disposiciones internas, perspectivas existenciales y motivaciones de conducta (la actitud<sup>1401</sup>) que nos permitan hacer buen uso de nuestras aptitudes, sacarle mejor provecho a nuestras capacidades, hacer fructificar nuestros talentos, en la búsqueda de una vida balanceada que tiene como presupuesto el cultivo de una personalidad integral: por ejemplo, la aptitud intelectual de un hombre apático y pusilánime, ¿de qué sirve, realmente, a él mismo y a los demás? Se trata de una idea en realidad muy sencilla y elemental pero que, quizá por lo mismo, es con muchísima frecuencia olvidada, pasada por alto, o conocida en teoría sin la lucha por ponerla en práctica.

En nuestra visión de la unidad de la acción humana, de la integridad del hombre, la anterior apreciación tiene como consecuencia que, si el marco epistemológico trata de dar una idea de las aptitudes del hombre y de su conocimiento que tomamos como referentes para nuestro estudio, la exposición somera del legado intelectual de occidente constituiría el punto de partida para

<sup>1400</sup> Que el Diccionario define como “Capacidad para operar competentemente en una determinada actividad. | Cualidad que hace que un objeto sea apto, adecuado o acomodado para cierto fin. | Capacidad y disposición para el buen desempeño o ejercicio de un negocio, de una industria, de un arte, etc. | Suficiencia o idoneidad para obtener y ejercer un empleo o cargo”.

<sup>1401</sup> Que el Diccionario define como “Postura del cuerpo humano, especialmente cuando es determinada por los movimientos del ánimo, o expresa algo con eficacia. | (...) Disposición de ánimo manifestada de algún modo”.



expresar al menos una parte o aspecto de la actitud que consideramos más sana para potenciar y promover el fructuoso ejercicio de nuestras reflexiones, al situarnos frente a una actitud mental, una disposición intelectual, que es a la vez presupuesto y consecuencia de una manera de ver y concebir nuestra realidad que nos permitirá comprenderla mejor, insertándonos en ella con mayor plenitud y armonía, de forma tal que tendamos hacia un fortalecimiento y mejora de nuestra capacidad para contribuir mediante una creativa innovación que guarde sintonía con el modo en que las sociedades funcionan y se desarrollan.

## I. EL LEGADO DE OCCIDENTE

En la segunda parte de este trabajo, en que expusimos las principales corrientes del pensamiento jurídico, tuvimos ocasión de aproximarnos a la continuidad existente entre el pensamiento de la antigüedad grecorromana y la cultura cristiana del medioevo, habiendo examinado también en la primera parte el vínculo entre los derechos Romano y Canónico en la conformación del *Ius Commune*, remontándonos asimismo a la influencia de la filosofía griega tanto sobre la antigua Roma y su Derecho Romano Clásico como en su pervivencia y consolidación en la corriente de la filosofía aristotélico-tomista. Vimos, como una entre varias teorías del Derecho, la propuesta por Friedrich A. Hayek, y en el anterior capítulo este autor se fue configurando como uno de nuestros principales referentes para la desambiguación de conceptos en busca de una comprensión más depurada de los mismos. A lo largo de toda la dimensión histórico-expositiva de este trabajo, y también con el énfasis e incisividad especial con que lo señala Hayek, se fue perfilando ante nuestros ojos la profunda –y no del todo beneficiosa– revolución intelectual operada principalmente en los siglos XVIII y XIX.

¿A qué viene esta remembranza resumida de nuestro estudio hasta el momento que acabamos de hacer? Pues responde a algo de lo que el lector, al evocar los temas a que hicimos referencia, probablemente ya se ha percatado: en efecto, vienen a nuestra memoria cosas como que, por ejemplo, Hayek se refiere a la antigua Grecia y al romano Cicerón como grandes precursores del liberalismo clásico o evolutivo, cita con favorable actitud el Derecho Romano Clásico –y el proceder de los juristas en la formulación de las normas, es decir, su técnica jurídica– en una perspectiva del Derecho que tutela y potencia la libertad individual, menciona a Santo Tomás de Aquino y la escolástica española tardía como contribuyentes del liberalismo clásico e incluso precursores de una teoría social evolutiva; nos viene a la memoria el iusnaturalismo clásico con su fundamentación del Derecho metafísica y a la vez profundamente enraizada en la experiencia de la realidad del hombre como sujeto participante de la dimensión espacio-temporal, la consideración de la utilidad particular y pública que ocupaba el examen jurídico de los romanos clásicos sin pugnar con otros principios y fuentes reconocidas de juridicidad. En fin, nos vienen a la mente muchas realidades e ideas que, durante siglos, fecundaron el panorama intelectual y jurídico cotidiano de toda una civilización, hasta que el mundo cambió con aquellas corrientes de pensamiento en que Hayek y otros pensadores identifican un como gen de familia que les distingue: el racionalismo constructivista.

En todo lo anterior, parece entreverse, como emergiendo de entre las brumas del tiempo y del pensamiento, un trasfondo de ideas también ‘emparentadas’ cuya interconexión puede intuirse, siendo susceptible de aclaración, articulación y desarrollo: es a esto que puede contribuir nuestro estudio, enfocado concretamente, como hemos elegido, en el arte jurídico del Derecho Romano Clásico –que se revela como el elemento ‘ordenador’ por excelencia de esa tradición de Occidente–, y en la concepción del Derecho que tal proceder conlleva, presupone, manifiesta y desarrolla.

Ciertamente, en el enfoque de nuestro estudio ni corresponde ni es posible una exposición de la tradición intelectual de occidente que haga justicia a la riqueza y valor de la misma, pero sí es necesario ofrecer un resumen de los puntos básicos, características más generales y sobresalientes, a fin de introducir debidamente al lector en un tema cuyo estudio e importancia se han de proyectar y profundizar, en cierta manera, a través de toda su formación intelectual, humana y cultural. Una fuente la encontramos en la obra ‘El Genio de Occidente’ de Louis Rougier, donde nos ofrece lo que Hayek califica como un “claro y coherente relato”<sup>1402</sup>, “la primera buena discusión en conjunto sobre el desenvolvimiento de aquellas concepciones que han conducido a la formación de las sociedades libres de Occidente”<sup>1403</sup>, “un valioso punto de partida para todos aquellos que se preocupan por comprender y preservar la civilización occidental”<sup>1404</sup>. Sin embargo, también Hayek nos advierte que “Los especialistas encontrarán inevitablemente algunas cosas que criticar en una obra que se aventura en campos tan diversos”<sup>1405</sup>, como por ejemplo, que “Para el Profesor Rougier, las ideas que produjeron nuestra civilización, ideas que él retrotrae magistralmente a sus inicios en la Antigüedad y en la Edad Media, culminan esencialmente en el racionalismo del siglo XVIII, y ante todo en el de la Ilustración francesa. Este punto de vista es ampliamente aceptado tanto en Francia como fuera de ella. Creo, sin embargo, que para poder aceptar plenamente este alto elogio de los logros de los pensadores de la Ilustración, es preciso trazar una distinción entre dos diferentes tipos de racionalismo, y quizá incluso admitir que algunos de los *philosophes* de Rougier llevaron su racionalismo demasiado lejos. De hecho, esto lo ha reconocido el propio Rougier en *Les Paralogismes du rationalisme* (1920), una de sus primeras obras y la que estableció su reputación académica”<sup>1406</sup>. Ya en el capítulo anterior veíamos esa distinción entre los dos tipos de racionalismo a que alude Hayek y, más adelante, veremos una perspectiva distinta sobre la Ilustración, sustentada por otro sector de pensadores, entre ellos E. Christian Kopff en su obra ‘*The Devil Knows Latin*’, cuyo subtítulo, ‘*Why America Needs the Classical Tradition*’, nos deja más que clara su finalidad de ofrecer un argumento a favor de la justa valoración del legado de Occidente, con lo cual se erige en otra útil fuente para nuestra exposición.

Grecia, Roma, Cristianismo. Atenas, Roma/Bizancio, Jerusalén/Roma. Filosofía, Derecho, Religión. Razón, Orden, Espíritu. Y otros elementos, de diversa procedencia, amalgamados en la conformación de nuestro mundo. Desde luego que la civilización occidental no se reduce ni se limita a lo que ha heredado de la antigüedad grecorromana y del cristianismo y, en efecto, Rougier expone en su obra el desarrollo global de occidente hasta épocas relativamente recientes. Sin embargo, el tratamiento que hemos de dar al tema se enfoca directamente sobre estos elementos porque son las tres influencias más fundamentales y generales de nuestra cultura, las claves para entender nuestra civilización, de las cuales los demás ingredientes que la conforman son –en cierta manera– consecuencia. Asimismo, conviene resaltar esa advertencia que hace Hayek relativa a los ya expuestos dos tipos de racionalismo, de donde derivan a su vez dos modos distintos de enfocar la tradición intelectual de occidente: para algunos, ésta encuentra expresión culminante en el racionalismo de la Ilustración francesa, que vendría a prolongarse dentro de su continuidad, casi como una especie de plenitud; para otros, los ideales del dicho

<sup>1402</sup> Hayek. Presentación a Rougier, Louis. El Genio de Occidente. Página 19.

<sup>1403</sup> *Ibid.* Página 16.

<sup>1404</sup> *Ibid.* Página 18.

<sup>1405</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1406</sup> *Ibid.* Página 17.

racionalismo y la Ilustración representan, más bien, el mayor rechazo, traición y abandono del legado cultural de occidente<sup>1407</sup>.

Hayek traza los rasgos generales de la tradición intelectual de Occidente en el marco de su distinción entre los ‘dos racionalismos’ que tanto caracteriza su pensamiento. Muy útiles nos resultan estas palabras de Hayek, pues nos proporcionan un breve y sencillo ‘mapa general’ de las ideas occidentales, enmarcándolas en dos grandes corrientes, sin perjuicio de que –por su misma generalidad y sencillez– dicha exposición pueda estar abierta a críticas y matizaciones:

- El racionalismo constructivista lo caracteriza como “la que se remonta a Platón en la antigua Grecia y que fue retomada por Descartes y Hobbes en el siglo XVII y que, con Rousseau, Hegel y Marx, y posteriormente con el positivismo filosófico y jurídico, condujo al culto de la razón cada vez más pronunciado. (...) ha influido en las concepciones de algunos de sus mayores filósofos [de la tradición occidental], entre ellos incluso Immanuel Kant<sup>1408,1409</sup>.
- El racionalismo crítico “también se remonta a la antigüedad clásica, a Aristóteles y Cicerón, que ha sido transmitida a nuestra edad moderna principalmente a través de la obra de Santo Tomás de Aquino. (...) los adversarios del racionalismo cartesiano, como Montesquieu, David Hume y los filósofos escoceses de su escuela, en particular Adam Smith, (...) construyeron una auténtica teoría de la sociedad y del papel de la razón en el desarrollo de la civilización. En su forma más pura, encontramos la filosofía política de esta escuela también en Alexis de Tocqueville y en Lord Acton (...). Entre los filósofos contemporáneos es sobre todo Karl R. Popper quien ha proporcionado nuevas bases filosóficas importantes a este filón de pensamiento”<sup>1410</sup>.

En esto, como en casi todo tema de discusión, es necesario distinguir y matizar, a fin de no incurrir en juicios generales y absolutos que resulten no del todo adecuados al caso; mas para efectos de nuestro estudio y materia, baste traer a la memoria que en reiterados momentos de anteriores capítulos hemos expuesto asuntos como: la afinidad y relación –de algún modo, cierta continuidad– entre el pensamiento ilustrado y el positivismo filosófico; el cambio rotundo que significó el iusnaturalismo racionalista o moderno respecto del iusnaturalismo clásico; la marcada diferencia entre cómo se concibe la relación teoría-práctica antes y después del racionalismo constructivista (es decir, la tendencia en exceso teórica, abstracta, antihistórica –desapegada de la realidad– que se abre paso con aquel cambio intelectual, en contraposición a la armonía buscada en las épocas anteriores); el desprecio por la costumbre y la tradición (jurídica, filosófica, religiosa, política, etc.) que caracterizó a la Ilustración y al positivismo. Estos aspectos, por mencionar sólo algunos, nos dejan claro que –al menos en cuanto hemos visto y concierne a nuestros temas– es más verosímil y razonable aceptar la postura que la época que presenció el advenimiento del racionalismo constructivista, la Ilustración, el positivismo filosófico, marca una notable ruptura con concepciones previas que, especialmente en la ciencia del Derecho, mantenían pervivencia y desarrollo desde la antigüedad y la Edad Media. De esta manera, se

<sup>1407</sup> Véanse, por ejemplo, lo que expone Kopff en *Ob. Cit.*, especialmente su Capítulo VII.

<sup>1408</sup> Sobre Kant, cuando Hayek reconoce su contribución al liberalismo, añade que “Debemos mucho también a los grandes clásicos liberales alemanes, Kant y Humboldt, que sin embargo, como sucedió con Bentham y los utilitaristas ingleses, no consiguieron liberarse completamente de la fatal atracción de Rousseau y del racionalismo francés” (*Estudios de Filosofía, Política y Economía*. Página 150).

<sup>1409</sup> *Ibid.* Páginas 149 y 150.

<sup>1410</sup> *Ibid.* Página 150.

comprende mejor el modo en que expondremos el tema que nos ocupa. A la vez, es necesario recordar que, en virtud de la complejidad que reviste el desarrollo de las ideas a lo largo del tiempo, las rupturas como las mencionadas no siempre son totales, los puntos de vista tanto internos (los de los pensadores y protagonistas en su época) como externos (los criterios que adoptemos al estudiarlos en retrospectiva) siempre presentan matices y variaciones, de tal modo que la generalización y uniformidad con que se tratan algunos temas no hace plena justicia a lo complejo del acontecer; no obstante, insisto en que –conforme lo que se ha venido exponiendo a lo largo de este estudio–, responde mejor a la realidad, se acerca más a la verdad, afirmar que –al menos en lo jurídico y filosófico, iusfilosófico– la Ilustración (con sus movimientos filosóficos precursores, sucesores y emparentados) representa la transición hacia el generalizarse de paradigmas y modos de pensar completamente distintos a los que habían nutrido y definido el pensar y quehacer jurídicos en Occidente desde la antigüedad y, por ende, puede hablarse en tal contexto de un giro respecto a la tradición occidental, de un rechazo o abandono de la misma.

El tema del legado de la cultura occidental podemos tratarlo tanto en relación con el panorama general de la cultura y el pensamiento en sus sentidos más amplios, como en referencia más directa al ámbito jurídico. Ya hemos visto el panorama jurídico en anteriores capítulos, por lo que interesa ahora exponer los aspectos más esenciales, resaltables y generales.

## 1. Grecia

“Cuando indagamos el origen –en lo humano– de nuestra cultura –de esta que llamamos occidental, que es también la cultura que ha predominado en el mundo civilizado– nos remontamos siempre hasta la Grecia antigua, y de allí no pasamos”<sup>1411</sup>. La cultura de la antigua Grecia se caracteriza por un sano humanismo, desarrollándose en torno al hombre: “este espíritu humanista liberó en Grecia al pensamiento del armazón mítico-mágico”<sup>1412</sup> con que se presenta en los pueblos anteriores y exteriores a Grecia, e hizo posible la reflexión puramente filosófica. (...) Sólo en Grecia se plantean racionalmente las cuestiones y sólo allí la razón fue utilizada como un medio adecuado de penetrar en la realidad. Los griegos tomaron conocimiento del valor de la actividad racional, *descubrieron la razón*”<sup>1413</sup>; “Esta mentalidad no se originó con los griegos, pero ellos fueron los primeros en desarrollarla sistemáticamente. La contribución griega a la civilización occidental consistió en dar sustancia a la palabra ‘razón’”<sup>1414</sup>.

Queda así expuesto el primer gran rasgo que caracteriza a la civilización occidental, cual es la valoración de la razón humana como medio del cual se sirve el hombre para indagar sobre sí mismo y su entorno. Antes de seguir exponiendo su desarrollo en occidente, cabe hacer referencia a su relación y contraste con la cultura oriental, para darnos una visión más amplia. Gamba, refiriéndose al ámbito concreto de la filosofía, expresa que “Se ha discutido largamente si es justo hacer comenzar la filosofía con la cultura griega, despreciando cuanto de filosófico

<sup>1411</sup> Gamba, Rafael. *Historia Sencilla de la Filosofía*. Página 37.

<sup>1412</sup> Según Rougier, “El mito que fundamenta la civilización de Occidente es el mito de Prometeo. Prometeo fue el héroe filantrópico que se atrevió a desafiar la voluntad de Zeus, al robar fuego del cielo para dárselo a los mortales (...). Esta historia prefigura el espíritu de Occidente. Expresa el espíritu de rebelión contra las prohibiciones de dioses celosos, que simbolizan los temores de pueblos primitivos ante la presencia de fuerzas naturales que los dominan y aterrorizan. (...) La civilización occidental es producto de esta actitud. Prometeo significa la negación a quedar satisfecho con la condición humana tal como está, insistir en la posibilidad de mejorar las cosas y moldearlas para que se ajusten a las necesidades y sueños del hombre”. *Ob. Cit.* Páginas 21 y 22.

<sup>1413</sup> Gamba. *Ob. Cit.* Página 38.

<sup>1414</sup> Rougier. *Ob. Cit.* Página 22.

pueda haber en las más antiguas culturas orientales. No puede dudarse de que en los libros sagrados indios, por ejemplo, se oculta un gran caudal de sabiduría. Según unos, la filosofía comienza en Grecia porque el pueblo griego *descubrió la razón*. Admiten los que esto opinan que los antiguos egipcios conocían, por ejemplo, medios geométricos para la agrimensura (...); que los caldeos sabían astronomía; que los indios y chinos poseían profundos conocimientos éticos y psicológicos. Pero suponen que tales conocimientos, aunque fuera racional su origen, eran poseídos ambientalmente, no como productos de la razón, sino como revelaciones mágicas, o como ‘secretos de la naturaleza’ casual o sobrenaturalmente revelados<sup>1415</sup>. (...) En las antípodas de esta teoría se encuentra otra que quiere descubrir la más profunda sabiduría en los textos sagrados de la India, y no ve en la cultura griega más que una reducción de proporciones y de horizontes respecto a la filosofía oriental, que le habría proporcionado su auténtica profundidad. (...) Aunque la verdad no se halla siempre en el término medio, como acontece con la virtud, sí parece encontrarse en este caso. Es cierto que en los libros sagrados de Confucio y en los Vedas se halla toda una concepción del Universo expresada en mil máximas éticas y psicológicas. No lo es menos que el hombre ejercitó desde su origen la facultad racional, que no es monopolio de invención de ningún pueblo. Sin embargo, ha de afirmarse también que es en Grecia donde por primera vez aparece un planteamiento verdaderamente filosófico, es decir, donde se concibe a la realidad como asequible a la razón, y a ésta como el instrumento adecuado para lograr una concepción del Universo”<sup>1416</sup>. Rougier, por su parte, comenta que “A diferencia del oriental, que aceptaba en silencio los mandatos de dioses y los dictados de reyes, el griego trataba de entender el mundo en que vivía. (...) En lugar de los adivinos, profetas, visionarios y astrólogos del Oriente, encontramos entre los griegos una clase de hombres completamente nueva: dialécticos, sofistas, filósofos e intelectuales que trataban de persuadir por medio de la razón (...). Los griegos sustituyeron la rutina empírica del pensamiento oriental por la ciencia de la demostración. A esta ciencia no le satisface la evidencia de los sentidos que describe el *cómo* de las cosas; busca la evidencia intelectual que pueda explicar el *porqué*”<sup>1417</sup>. Sin embargo, “La sabiduría oriental, por otra parte, influye sobre numerosos temas del pensamiento griego, con lo que, indirectamente, habremos de entrar en contacto con su contenido y con su espíritu”<sup>1418</sup>; “Los griegos estaban convencidos de que sus conocimientos eran ampliamente superiores a los de los bárbaros del Este. Eran conscientes de sus deudas para con el Oriente, pero sabían que habían hecho buen uso del préstamo”<sup>1419</sup>. Más adelante volveremos sobre el tema de la diversidad de

<sup>1415</sup> Contrastando oriente y occidente, comenta Rougier que “En lugar de la geometría práctica de los egipcios, tenemos la geometría axiomática y deductiva de los pitagóricos; en lugar de los cálculos de los comerciantes fenicios, la teoría de los números; en lugar de la astronomía descriptiva y numérica de los babilonios, la astronomía teórica y explicativa de Eudoxo, Hiparco y Tolomeo (...). Nos encontramos con que, primero los filósofos de Mileto, y luego los atomistas, sustituyen las teogonías de Homero y Hesíodo por la ciencia de la física, que tiene como meta la explicación de todos los fenómenos, tanto celestiales como terrestres, por medio de causas puramente naturales. En lugar de la medicina mágica y sacerdotal de Oriente, Asclepio y sus seguidores desarrollan una ciencia de la curación basada en observaciones clínicas. Las leyendas narradas por los poetas fueron sustituidas por la historia narrativa de Herodoto y la historia interpretativa de Tucídides y Polibio. Aparecen nuevas palabras que no tienen equivalentes en las antiguas lenguas orientales: teoría, demostración, lógica y silogismo. Estos términos registran el ‘salto cuántico’ del espíritu humano logrado por Grecia. Los griegos descubrieron el poder del pensamiento deductivo, las reglas de la demostración”. *Ob. Cit.* Página 23.

<sup>1416</sup> Gamba. *Ob. Cit.* Páginas 38 y 39.

<sup>1417</sup> Rougier. *Ob. Cit.* Página 23.

<sup>1418</sup> Gamba. *Ob. Cit.* Página 39.

<sup>1419</sup> Rougier. *Ob. Cit.* Página 47. Añade el autor (*Loc. Cit.*) que “Nadie lo ha expresado mejor que el emperador romano Juliano, quien observó: ‘El conocimiento de los fenómenos celestes fue perfeccionado por los griegos sobre la base de anteriores observaciones efectuadas por los bárbaros en Babilonia. La geometría, que desciende de la geodesia egipcia, produjo las enormes mejoras que hemos presenciado. Fueron nuevamente los griegos quienes elevaron la aritmética de los mercaderes fenicios al rango de ciencia. Por último, fueron también los griegos quienes,

culturas y civilizaciones, proyectado hacia la actualidad; baste en este momento la breve referencia que encuadra la naturaleza y significado de la antigua Grecia en su época histórica, como cuna de la civilización occidental.

Según Karl Popper, el aporte griego no se limita a ese ‘descubrimiento de la razón’, sino que se complementa con la tradición de la discusión crítica: “¿En qué estriba esta tan llevada y traída ‘racionalidad’ de los presocráticos? La sencillez y la osadía de sus preguntas es parte de ella, pero mi tesis es que el punto decisivo lo constituye la actitud crítica que (...) se desarrolló por vez primera en la escuela jónica. Las preguntas que los presocráticos trataban de contestar eran primordialmente de índole cosmológica, pero también había preguntas referentes a la teoría del conocimiento. (...) Existe por lo menos un problema filosófico en que todos los pensadores están interesados: el de entender el mundo en que vivimos; y por ende, entendernos a nosotros mismos (que somos parte de ese mundo) y nuestro conocimiento de él. (...) ¿Cuál fue el secreto de los antiguos filósofos? Sugiero que fue una *tradición: la tradición de la discusión crítica*. (...) *la historia del problema del cambio es la historia de un debate crítico, de una discusión racional*<sup>1420</sup>. Las nuevas ideas se proponen como tales, y surgen como resultado de la crítica abierta. Hay pocos cambios subrepticios, si acaso los hay. Y en vez del anonimato, encontramos una historia de las ideas y de sus creadores. (...) ¿Cómo explicar este fenómeno? *Lo que tenemos que explicar es el surgimiento de una tradición*. Es una tradición que permite o anima las discusiones críticas entre varias escuelas y, por más asombroso que parezca, en el seno de una misma escuela. Pues en ninguna parte, fuera de la escuela pitagórica, encontramos una escuela consagrada a conservar una doctrina. En vez de ello, encontramos cambios, nuevas ideas, modificaciones y rotundas críticas al maestro. (...) Si buscamos los primeros indicios de esta nueva actitud crítica, de esta nueva libertad de pensamiento, llegamos hasta la crítica que hace Anaximandro al pensamiento de Tales. (...) Esto sugiere, en mi opinión, que fue Tales quien fundó la nueva tradición de libertad de pensamiento –basada en una nueva relación entre maestro y discípulo<sup>1421</sup>–. (...) Parece haber sido capaz de tolerar la crítica. Y lo que es más, parece haber creado la tradición de que uno debería tolerar la crítica. (...) Y me parece una explicación más fácil y sencilla de suponer que el maestro alentaba la actitud crítica. (...) Fue aquélla una importantísima innovación. Significó el rompimiento con la tradición dogmática que permitía sólo *una* doctrina, y la introducción, en vez de ella, de una tradición que admite una *pluralidad* de doctrinas, las cuales tratan de aproximarse a la verdad por medio de la discusión crítica. (...) nos lleva a abrazar la tradición de las conjeturas atrevidas y de la crítica libre, la tradición que creó la actitud racional o científica y, con ella, nuestra civilización occidental, la única civilización basada en la ciencia (aunque, por supuesto, no únicamente en la ciencia)”<sup>1422</sup>.

---

al unir estas tres disciplinas, aplicaron la geometría a la astronomía, combinaron la aritmética con ambas, y descubrieron las relaciones armónicas que en ellas se fundamentan”.

<sup>1420</sup> “Lo que movió a los hombres a filosofar fue (...) *la admiración*, y lo que históricamente les admiró fue, ante todo, *el cambio* y la multiplicidad de individuos, experiencias que parecen contradecir vivamente a la inmutabilidad y unidad de las ideas. Pues bien, los primeros filósofos procuraron encontrar en el mundo físico –en la realidad material siempre cambiante que nos rodea– un fondo estable, un sustrato permanente al que todas las sustancias se redujeran, algo ante lo que la multiplicidad y el cambio se convirtieran en apariencias”. Gamba. *Ob. Cit.* Página 41.

<sup>1421</sup> “Las expresiones *pedagogía*, *liceo* y *academia* proceden de la educación griega. En el mundo ateniense la academia era un jardín donde Platón se reunía con sus discípulos, y en el liceo Aristóteles paseaba con sus alumnos y todos hablaban sobre temas diversos. Entonces, enseñar consistía en formar a un ciudadano para el diálogo entre el maestro y sus discípulos, que admiraban las respuestas de aquél, y a la vez, le discutían ardentemente sus teorías”. Rojas, Enrique. *Ob. Cit.* Edición electrónica.

<sup>1422</sup> Popper. *Los Comienzos del Racionalismo*, en *Escritos Selectos*. Páginas 25 a 29. También Kopff se refiere a la tradición crítica en su argumento de que la tradición es la mejor fuente de creatividad: “...in the sixth century B.C., on the coast of Asia Minor, in a successful mercantile emporium called Miletus. A man named Thales started talking

Rougier, en los capítulos I y II de su citada obra, expone el panorama de los frutos que el uso de la razón en Grecia, el racionalismo griego, tuvo en los diversos ámbitos de la ciencia a los que dio origen: la lógica, la geometría axiomática y deductiva, la física, la matemática, la geografía, la ciencia de la estética y la teoría de las proporciones, la democracia y el imperio de la ley, la economía monetaria, la ética, la escritura fonética y la democratización de la cultura, la libertad de pensamiento y ausencia de dogmatismo religioso, etc. A dicha obra referimos al lector para que conozca de modo introductorio estos aspectos del legado occidental, ya que trasciende el enfoque de nuestro estudio dedicarles más atención directa. Sí debemos, en cambio, exponer algunas ideas básicas de interés más vinculado a nuestro estudio.

En Atenas tuvo origen la idea de democracia, que para Rougier “puede definirse como gobierno de leyes, a diferencia del concepto de un gobierno de hombres. Puesto que vivían bajo el imperio de la ley, los griegos decían que eran hombres libres. A diferencia de los persas y los bárbaros, los griegos no estaban sujetos a la voluntad arbitraria de los déspotas. (...) La democracia, por otro lado, significa igualdad ante la ley; es un gobierno para ricos y pobres. Aristóteles, al igual que Platón antes de él, declaró que ‘la democracia se basa en la libertad’, lo que sólo es posible ‘donde todos son iguales’. (...) Los griegos reservaban el término *polis* para una ciudad gobernada por la ley. (...) La simple obediencia a una autoridad superior fue reemplazada por la discusión entre iguales; la solidaridad no provenía de la fuerza sino de la persuasión”<sup>1423</sup>. De la democracia griega, Rougier señala cuatro características<sup>1424</sup>:

- La discusión libre y razonada de las leyes y los asuntos públicos: en contraposición a las decisiones inapelables de sacerdotes y reyes, las cuestiones son decididas mediante el voto de la asamblea. Es importante, no obstante, referir que “Aristóteles condena la clase de gobierno en que ‘el pueblo impera y no la ley’, así como aquel en que ‘todo viene determinado por el voto de la mayoría y no por la ley’. Para Aristóteles, tal gobierno no es el estado libre, ‘pues cuando el gobierno está fuera de las leyes no existe estado libre, ya que la ley debe ser suprema con respecto a todas las cosas’. Un gobierno que ‘centra todo su poder en los votos del pueblo no puede, hablando con propiedad, llamarse democracia, pues sus decretos no pueden ser generales en cuanto a su extensión”<sup>1425</sup>. También decía Aristóteles que “Es de la máxima importancia que leyes bien inspiradas definan todos los puntos que puedan, dejando los menos posibles a la resolución de los jueces, pues la

---

*about the world as a rational system, comprehensible to human minds, without including the gods in his explanations. For instance, he explained that earthquakes are due to giant waves in the ocean on which the earth rested, and not to the will of Poseidon, the Greek god of earthquakes and the sea. He even suggested that everything in the world started out as water.*

*“What happened next was unusual. Another Milesian, Anaximander, accepted Thales’ rather unlikely presuppositions: that the world is rational and can be understood by humans, that you can make sense of it without bringing in the gods, that the multiplicity of the world can be reduced to a single element. But he rejected the notion that the many different things of this world all come from one of the elements we know. The basis of our world must be different from any one element, though capable of producing them all. So Anaximander hypothesized that the known elements of our world developed out of an unknown element, which he called the Boundless or Infinite. He accepted some of Thales’ basic presuppositions, subjected those ideas to critical analysis, and then added his own contribution.*

*“Finally, he taught all this to someone else.*

*“This is how tradition works. The first step is handing down the deposit. Then comes the critical evaluation of what was learned. Both steps are necessary for a truly humane assimilation of the past”.* Ob. Cit. Páginas 4 y 5.

<sup>1423</sup> Rougier. Ob. Cit. Páginas 35 a 37.

<sup>1424</sup> Cfr. Ibid. Páginas 37 y 38.

<sup>1425</sup> Hayek, citando a Aristóteles. Los Fundamentos de la Libertad. Página 221.

decisión del legislador no es particular, sino general y previsor, mientras que los miembros de la Asamblea y del jurado centran su deber en solucionar adecuadamente los casos determinados que se les plantean”<sup>1426</sup>.

- La publicidad otorgada a las más importantes manifestaciones de la vida civil: todo asunto importante de interés general se discutía abiertamente y en público, con participación de la ciudadanía.
- El continuo control popular de las acciones de los magistrados: los que ejercen el poder son responsables de sus acciones.
- La igualdad ante la ley: expresada con la palabra griega *isonomía* (que carece de equivalente exacto en otras lenguas occidentales<sup>1427</sup>), según la cual cada ciudadano es igual a cualquier otro ante la ley, sustituyendo los lazos de subordinación por los de reciprocidad. “La historia del concepto en la Grecia antigua ofrece una interesante lección, dado que probablemente entraña el primer caso de un ciclo que las civilizaciones parecen repetir. Cuando apareció por vez primera, describía el estado que Solón había establecido antes en Atenas al otorgar al pueblo ‘leyes iguales para los altos y los bajos’ y ‘ningún control de la vida pública que no fuese la certeza de ser gobernados legalmente y de acuerdo con normas preestablecidas’. La *isonomía* fue contrastada con el gobierno arbitrario de los tiranos y llegó a ser una expresión familiar en canciones populares de borrachos que celebraban el asesinato de uno de tales déspotas. El concepto parece ser más viejo que el de *democracia*, y la exigencia de igual participación de todos en el gobierno tal vez fuera una de sus consecuencias. (...) Después de la implantación de la democracia, el término continuó usándose por algún tiempo, primero como justificación de aquella y más tarde para disfrazar de manera creciente el carácter que asumió, ya que el gobierno democrático pronto llegó a olvidar la propia igualdad ante la ley, de la que derivara su razón de ser. Los griegos entendieron claramente que los dos ideales, aunque relacionados, no eran lo mismo. Tucídides habló sin ninguna duda sobre la ‘*isonomía* oligárquica’, y Platón incluso usó el término *isonomía* más bien en deliberado contraste con *democracia* que para justificarla. (...) Frente a tales antecedentes, ciertos famosos pasajes de Aristóteles aparecen como vindicación del ideal tradicional, aunque ya no use el término *isonomía*”<sup>1428</sup>.

Sobre la lógica, expresa Rougier que “La dialéctica de Platón se ocupaba del ámbito de la verdad, y en manos de Aristóteles se convirtió en un método para demostrar la necesidad lógica de una proposición, partiendo de otras proposiciones previamente aceptadas por todos los disputantes. Con el objeto de refutar sofismas creó Aristóteles la lógica –las reglas del pensamiento coherente– (...). Aristóteles desarrolló la lógica de clases. Los estoicos avanzaron más y desarrollaron la lógica de proposiciones. Las reglas de argumentación resultantes permitieron a los estudiosos griegos exponer sus disciplinas en forma de teorías deductivas basadas en

<sup>1426</sup> *Loc. Cit.* La cita corresponde a la *Retórica* de Aristóteles.

<sup>1427</sup> Hayek, en páginas 218 y 219 de *Los Fundamentos de la Libertad*, nos explica: “La palabra *isonomía* fue importada en Inglaterra, procedente de Italia, al final del siglo XVI, con el significado de ‘igualdad de las leyes para toda clase de personas’. Poco tiempo después se utilizó libremente por los traductores de Tito Livio, en la forma anglicanizada de *isonomy*, para describir un estado de igualdad legal para todos y de responsabilidad de los magistrados. Continuó el uso de la palabra durante el siglo XVIII, hasta que ‘igualdad ante la ley’, ‘gobierno de la ley’ e ‘imperio de la ley’ la desplazaron gradualmente”.

<sup>1428</sup> Hayek. *Ob. Cit.* Páginas 219 a 221.



axiomas”<sup>1429</sup>. “En la filosofía *del conocimiento* cabe distinguir dos ciencias: la *lógica* y la *teoría del conocimiento*. (...) Esas formas y leyes del pensamiento son el objeto de la lógica. Para estudiarlas no es necesaria salir del pensamiento mismo: al lógico no le interesa que lo pensado esté de acuerdo con la realidad, sino que esté de acuerdo con las leyes del pensamiento. Imaginemos el siguiente razonamiento: ‘Los cuadrúpedos son racionales. Las aves son cuadrúpedos. Luego las aves son racionales’. En él todo lo que se afirma es falso; sin embargo, para la lógica es un razonamiento válido, porque está trazado según las reglas del silogismo. Supongamos este otro: ‘Algunos españoles son andaluces. Algunos españoles son sevillanos. Luego los sevillanos son andaluces’. Todas las proposiciones son en él verdaderas, pero lo son por causalidad, porque la consecuencia es ilógica: lógicamente es rechazable. Cabe, pues, que fuera de la lógica nos planteemos otra pregunta sobre el conocimiento en general: ¿corresponde el pensamiento con la realidad o nos engaña en sus datos? ¿O se tratará, incluso, de una creación de la mente? A esta pregunta trata de responder la otra rama de la filosofía del conocimiento: la epistemología o teoría del conocimiento”<sup>1430</sup>.

Por último, considerar lo que Rougier apunta sobre la ética como ciencia en el racionalismo griego: “El racionalismo no sólo gobernó el pensamiento griego; también tendía a gobernar la conducta, proporcionando así un fundamento intelectual a las opiniones morales. Sócrates enseñaba que la virtud es una ciencia y que conocer lo bueno es desear lo bueno. (...) La meta de la ética es la realización del mayor bien posible al vivir en conformidad con la naturaleza. Puesto que el hombre es por naturaleza razonable, se deduce que vivir la vida en conformidad con la razón es moral. La virtud más estimada era la moderación –controlar las propias pasiones, subordinación de las facultades al control de la razón. (...) Así como la moderación era la primera virtud para el individuo, la justicia era la primera virtud del ciudadano”<sup>1431</sup>. Esto responde a que “entre sujeto y objeto no se tiende sólo el puente del conocimiento, sino también el de la acción. Si en el conocimiento el objeto impresiona al sujeto transmitiéndole su imagen, en la acción es el sujeto quien reacciona sobre el objeto modificándolo. Pues bien, el obrar, como el pensar, está también sometido a sus normas, que son inmutables y universales. El niño, al mismo tiempo que conoce la noción de verdadero y falso, y antes de llegar a las de lógico e ilógico, aprende a distinguir las de bueno y malo, la licitud o ilicitud de los actos. Pues bien, la parte de la filosofía que estudia las leyes de la licitud o moralidad de los actos y su fundamento es la *ética*”<sup>1432</sup>.

Rougier concluye su exposición diciendo que “Hemos dedicado todo este espacio al racionalismo griego porque es el fundamento de nuestra civilización occidental. Sin él, las revoluciones científicas, industriales y técnicas de los siglos XVII, XVIII y XIX no habrían sido posibles; la idea misma de gobierno mediante leyes públicamente discutidas y adoptadas por medio de procedimientos generalmente aceptados no habría surgido. Sin él, el concepto de la autonomía de la persona humana, destinada a desarrollar sus facultades y moldear su destino, quizá nunca habría prevalecido. Sin este racionalismo griego quizá nunca habríamos escapado del mito y la magia con todas sus supersticiones, tabúes y restricciones. (...) El racionalismo no era, por supuesto, la única corriente que operaba en el mundo griego. Junto al espíritu de Apolo estaba el espíritu de Dioniso. Las restricciones impuestas por la sabiduría iban acompañadas de arrebatos de insensatez. (...) Para nuestros propósitos, es suficiente recordar aquellos aspectos de la mente

<sup>1429</sup> Rougier. *Ob. Cit.* Página 24.

<sup>1430</sup> Gamba. *Ob. Cit.* Página 24.

<sup>1431</sup> Rougier. *Ob. Cit.* Páginas 41 y 42.

<sup>1432</sup> Gamba. *Ob. Cit.* Página 25.

griega sin los cuales nunca se habría producido la civilización occidental. (...) Nadie ha resumido mejor que Ernest Renan la contribución griega a la civilización occidental: ‘Nuestra ciencia, nuestras artes, nuestra literatura, nuestra filosofía, nuestro código moral, nuestro código político, nuestra diplomacia, nuestro derecho marítimo e internacional, son de origen griego. El marco de referencia cultural creado por Grecia es susceptible de incremento indefinido, pero es en sí completo en sus diversos componentes. El progreso consistirá en desarrollar constantemente aquello que Grecia ha engendrado, en ejecutar el diseño, podríamos decir, que ella nos trazó’”<sup>1433</sup>.

“Gran parte del conocimiento en que nos basamos para perseguir nuestros fines es un subproducto no intencionado de otros que exploran el mundo en direcciones diferentes de las que nosotros perseguimos porque les mueven otros fines; ese conocimiento no estaría a nuestra disposición si sólo se persiguieran los fines que nosotros consideramos deseables. Poner como condición de pertenencia a una sociedad el hecho de que uno apruebe y sostenga deliberadamente los fines concretos que persiguen otros miembros, eliminaría el factor principal que lleva al progreso de esa sociedad. Si el acuerdo sobre objetos concretos fuera condición necesaria para la paz y el orden, y la disconformidad un peligro para el orden de la sociedad; si la aprobación y la censura dependieran de los fines concretos a los que tienden acciones particulares, las fuerzas del progreso intelectual quedarían en gran medida marginadas. Aunque la existencia de acuerdos sobre los fines pueda facilitar, bajo algunos puntos de vista, el curso de la vida, la posibilidad de desacuerdo o, en el límite, la falta de la obligación de estar de acuerdo sobre los fines particulares, es la base del tipo de civilización que surgió cuando los griegos desarrollaron el pensamiento independiente de los individuos como el método más eficaz para el progreso del espíritu humano”<sup>1434</sup>.

## 2. Roma

¿Qué podemos decir sobre Roma y su papel en la civilización occidental, que no se haya dicho ya en otras partes de este estudio, o no corresponda más bien al siguiente capítulo? Pues, como apuntábamos, hemos de señalar en este apartado un breve recuento de sus contribuciones más fundamentales y generales. Rougier identifica como tales: el orden, la universalidad, y la implementación de las condiciones para que éstos se extendieran por vastos territorios. “Si la contribución griega a la civilización occidental fue establecer el principio de la libertad, la de Roma fue establecer el principio del orden. Sin orden la libertad degenera en libertinaje, y la democracia en anarquía”<sup>1435</sup>. Desde luego que el orden encuentra su expresión por excelencia en el Derecho Romano, pero es este uno de los puntos en que –como señalaba Hayek– se puede entrar en discusión con Rougier, pues él nos habla de que “Para que pueda proteger al ciudadano contra todo acto de poder arbitrario, es esencial que la ley esté codificada en una forma precisa y bien organizada. (...) ningún pueblo ha realizado la inmensa coordinación y unificación de la ley efectuada por juristas romanos desde tiempos muy remotos hasta la época de Justiniano. Los *Códigos*, el *Digesto* y los *Institutos* son, en verdad, la herencia legal de Occidente. No menos notable que la codificación del derecho romano fue su creciente carácter humanitario y universal”<sup>1436</sup>, carácter cuyo progresivo desarrollo e implementación explica el autor, como ya sabemos, mediante el desenvolvimiento del *ius honorarium* y el *ius gentium*.

<sup>1433</sup> Rougier. *Ob. Cit.* Páginas 47 a 49.

<sup>1434</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Página 314.

<sup>1435</sup> Rougier. *Ob. Cit.* Página 51.

<sup>1436</sup> *Ibid.* Páginas 51 y 52.

Como buen francés, Rougier enfatiza el valor e importancia que reviste la organización de la normatividad jurídica, llegando a utilizar la palabra ‘codificación’ que, como ya hemos visto, no resulta del todo adecuada a la realidad del Derecho Romano y, más aún, no es en modo alguno su rasgo más importante y destacable. De ‘codificación’ puede hablarse, *lato sensu* (es decir, en un sentido distinto a la noción propia del movimiento codificador del siglo XIX), en la Ley de las XII Tablas, el Edicto Perpetuo, las compilaciones privadas prejustinianas y las leyes romano-bárbaras y, en un sentido más formal, en el *Corpus Iuris Civilis*. No puede negarse que, en efecto, el Derecho Romano aspiró a una coordinación y unificación que resultaron favorables a su implementación, desarrollo y funcionamiento, pero debe tenerse en mente, por un lado, que la mentalidad romana respecto de la ‘codificación’ difiere considerablemente de la que inspiró las codificaciones posteriores hijas del iusnaturalismo racionalista y, por otro, que la contribución de los juristas romanos radica no tanto en su labor ordenadora del Derecho cuanto en su función de descubrimiento, creación y desarrollo del mismo, como hemos expuesto en el capítulo sobre la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico. A este hecho alude Rougier al tratar sobre el carácter humanitario y universal que fue perfilándose en el Derecho Romano, pero la naturaleza y enfoque de su obra no le permiten dar mayor énfasis a que tal desarrollo fue producto no sólo de las circunstancias históricas que él señala, sino además –y quizás, sobre todo– de un modo de concebir y entender el Derecho y su dinámica interna, sin el cual es posible que la configuración del *ius* como elemento de la civilización occidental jamás se hubiera dado: si entendemos la humanización como producto de la adaptación del derecho antiguo mediante el derecho honorario, y la universalización como producto de la adaptación del entorno jurídico romano en su relacionarse con otros pueblos y culturas, hemos a la vez de tener claro que tales consecuencias fueron posibles gracias a la manera en que los romanos entendían el Derecho; bien podría haber sucedido que –por más que las circunstancias hicieran necesarias dichas adaptaciones– si los romanos hubieran tenido concepciones jurídicas distintas a las que tuvieron, tal vez la dinámica y transformación del Derecho no se habrían producido, y el Derecho Romano no habría logrado quizás la trascendencia e importancia que hasta la actualidad reviste. Esto quedará más claro –espero– en el siguiente capítulo.

También Rougier hace referencia al elemento iusnaturalista en el Derecho Romano, señalando su importancia en cuanto que “La idea, propugnada posteriormente por escritores como Hugo Grocio, de que existen derechos que pertenecen por origen y esencia a la naturaleza misma del hombre, se inspiró en Cicerón y los grandes juristas romanos, y con el tiempo inspiró a muchos otros: John Locke, los filósofos del siglo XVIII, y los próceres de las revoluciones norteamericana y francesa. Condujo a la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, que a su vez inspiró todas las constituciones de los siglos XIX y XX”<sup>1437</sup>. Fácilmente se ve que la exposición de Rougier incurre en inexactitudes como dejar fuera todo el desarrollo del iusnaturalismo en la Edad Media, ‘saltándose’ hasta Grocio y la corriente iusnaturalista moderna, con lo cual parece establecer entre ella y el iusnaturalismo de la antigua Roma una continuidad que –a la luz de lo que estudiamos en el capítulo IV– es, si no del todo inexistente, al menos necesitada de la debida matización respecto de la manera distinta de concebir el derecho natural presente en el iusnaturalismo ‘post-Grocio’ frente a la corriente clásico-medieval<sup>1438</sup>.

<sup>1437</sup> *Ibid.* Página 53.

<sup>1438</sup> Como apuntaba Hayek en su presentación a Rougier (antes citada), algunos de los enunciados de este autor requieren ser contrastados con la distinción entre los famosos ‘dos tipos de racionalismo’. En esa línea, sobre el particular arriba comentado observa Hayek que “Como ya vimos, los escolásticos españoles tardíos empleaban el término ‘natural’ en sentido técnico para describir lo que nunca había sido ‘inventado’, proyectado deliberadamente, sino que había evolucionado en respuesta a las necesidades de las situaciones. Pero también esta tradición perdió su

Resalta también Rougier el universalismo romano, diciendo que “Lo que Grecia concibió y ajustó a las necesidades de pequeñas ciudades-estado, Roma, fiel a su vocación como pacificadora y administradora de pueblos por medio de la ley, extendió a los confines de su imperio. (...) lo admirable en su caso no es el hecho de que establecieran un imperio, sino que supieran cómo preservarlo. Los déspotas de Asia sabían cómo conquistar pueblos, pero los imperios orientales eran precarios porque invitaban a la rebelión, basados como estaban en la opresión y la servidumbre. La ciudad de Rómulo pudo construir un imperio estable porque sabía tratar a los conquistados como asociado, aliados y amigos. (...) En lugar de explotar a las provincias por derecho de conquista, Roma ofrecía la protección de sus derechos en virtud de la ley de las naciones. Gracias a esta política de asimilación, Roma pudo llevar la civilización a los rudos pueblos que conquistaba. (...) Roma plantó sus tribunales, sus baños, sus bibliotecas y sus teatros por todo el Mediterráneo y lo transformó en un foro pacífico donde se intercambiaban las ideas, las costumbres y los productos de los tres continentes. La Ciudad (*urbs*) se convirtió en Universo (*orbis*) porque supo cómo expandir sus muros para abarcar un imperio. Y en el proceso, el mundo perdió algo de su antigua aspereza. (...) Roma creó el ecumenismo –la unidad a la que nunca cesan de aspirar los pueblos hartos de guerras. La universalidad de Roma inspiró el ideal de ‘un mundo’, originariamente un mundo romano, pero con el tiempo y como resultado de las conquistas de Carlomagno, un mundo cristiano. El avión y la comunicación por satélite han completado la unificación física del mundo iniciada por los romanos con su sistema de caminos<sup>1439</sup>. A medida que se achica el mundo, reclama a gritos una organización internacional que regule la vida de la humanidad por medio del derecho”<sup>1440</sup>. De esta manera, se pone de relieve la importancia que tuvo Roma en la expansión de la civilización occidental, configurando ésta no como la imposición de culturas y leyes a otros pueblos, sino como la coexistencia de diversidad de costumbres y expresiones culturales en el contexto de la unidad basada en principios comunes a todos ellos: “El Imperio Romano proporcionó un ambiente extraordinariamente favorable para congregar una amplia gama de experiencias humanas”<sup>1441</sup>.

Roma representa, en cierta manera, la verdadera ‘cuna’ de la civilización occidental, en el sentido de que fue Roma la que, al asumir la cultura griega, la extendió a nuevos y vastos confines, poniéndola en contacto con otros pueblos en el marco de su universalismo, de tal forma que fue así como el ‘racionalismo griego’ del que se hablaba en páginas anteriores vino a establecerse

---

fuerza cuando, en el siglo XVII, el ‘derecho natural’ vino a entenderse como el diseño de la ‘razón natural’” (Derecho, Legislación y Libertad, Página 112); “...estos comienzos de un enfoque evolucionista quedaron marginados en los siglos XVI y XVII por el racionalismo constructivista, con el resultado de que tanto el término ‘razón’ como la expresión ‘ley natural’ cambiaron completamente de significado. El término ‘razón’, que incluía la capacidad de la mente para distinguir entre el bien y el mal, es decir, entre lo que se ajusta y lo que no se ajusta a las normas establecidas, vino a significar la capacidad para construir tales normas deduciéndolas de premisas explícitas. El concepto de ‘ley natural’ se convirtió en el de ‘ley racional’, pasando con ello a significar casi lo contrario de lo que había significado. Este nuevo derecho natural de carácter racionalista, propugnado por Grocio y sus sucesores, compartía con sus contrarios positivistas la idea de que toda ley es producto de la razón o, por lo menos, que puede ser plenamente justificada mediante ella, y difiere de ella sólo en el supuesto de que la ley puede derivarse lógicamente de premisas *a priori*, mientras que el positivismo la consideraba como una construcción deliberada basada en el conocimiento empírico de los efectos que podría tener en la realización de objetivos humanos deseables” (*Ibid.* Página 42).

<sup>1439</sup> Cuánto más cierto resulta esto a la luz del impresionante desarrollo que la tecnología de las comunicaciones ha tenido desde que Rougier escribiera esas páginas; cuánto más, entonces, se pone de relieve la necesidad de redescubrir la sabiduría de nuestros antepasados romanos, de su Derecho Romano y su dinámica interna como elemento de nuestra civilización, en un mundo cada vez más pequeño e interdependiente.

<sup>1440</sup> Rougier. Ob. Cit. Páginas 53 a 57.

<sup>1441</sup> *Ibid.* Página 58.

como pilar de una civilización que abarca dimensiones espacio-temporales por mucho superiores a las pequeñas ciudades-estado en que se originó. De similar manera, Roma con su expansión y su universalidad configuró el entorno para la propagación del cristianismo. Así, Roma contribuye a la conformación de la cultura occidental en dos niveles o formas: con sus propias contribuciones (Derecho, universalismo, etc.) y –a través de ellas– como vehículo y medio para la difusión de los otros dos ingredientes fundamentales de Occidente. Ihering lo expresa así en sus famosos párrafos iniciales de ‘El Espíritu del Derecho Romano’: “Tres veces Roma ha dictado leyes al mundo y tres ha servido de lazo de unión entre los pueblos: primero, por la unidad del Estado, cuando el pueblo romano se hallaba todavía en la plenitud de su poderío; después, por la unidad de la Iglesia a raíz de la caída del Imperio, y finalmente, por la unidad del derecho al adoptarse éste durante la Edad Media. La opresión exterior y la fuerza de las armas trajeron por primera vez el resultado de la propagación de la fuerza intelectual del derecho, que se sobrepone a las de las dos épocas anteriores. La importancia y la misión de Roma en la historia universal se resumen en una palabra: Roma representa el triunfo de la idea de universalidad sobre el principio de las nacionalidades. Podrán gemir dolorosamente los pueblos bajo el peso de las cadenas materiales e intelectuales con que Roma los esclaviza, y sostener rudos combates antes de poder sacudir su yugo; pero la ventaja que la historia y los pueblos recogen de estas luchas la llevan en los mismos males que han tenido que atravesar. Fruto de los primeros combates de Roma victoriosa fue la restauración de la unidad del antiguo mundo. Era necesario que los hijos de la vieja civilización viniesen a reunirse en Roma para que, reanudada la historia, surgiese la nueva civilización cristiana: porque el cristianismo, al que ella había preparado la senda, es donde la dominación romana encuentra su justificación. Sin el centralismo de la Roma pagana la Roma cristiana no hubiera nacido. La segunda dominación universal de Roma produjo la educación moral y religiosa de los nuevos pueblos; el romano hacía mucho tiempo que había desaparecido, quedando sólo el yermo solar de su grandeza. Por segunda vez el mundo recibió sus leyes, a pesar de que entre ellas y la antigua Roma mediaba ya un abismo. Cuando por tercera vez las nuevas generaciones se remontaron hasta Roma a buscar sus leyes, entonces la Roma antigua fue quien se las dio. La vida romana, la esencia íntima de Roma, resucitó bajo una forma más preciosa y más original que todo lo que el pueblo romano había legado de notable a la posteridad en las artes y en las ciencias; se vio germinar la flor más bella, madurar el más opino fruto de su espíritu”<sup>1442</sup>.

### 3. Cristianismo

La aparición del cristianismo “se produce cuando el espíritu grecolatino estaba agotado en sus fuentes creadoras y vivía del recuerdo de las escuelas de la decadencia griega. El final estaba anunciado por su propia disolución interna. Pero en el momento elegido no se había producido la ruina política del Imperio romano, que, antes bien, vivía todavía momentos de plenitud. De este modo, aquel mundo relativamente homogéneo, civilizado y pacífico fue el mejor vehículo para la difusión de la nueva fe, y el Cristianismo alcanza así a guiar y proteger al mundo antiguo en la caída del Imperio romano, salvando cuanto de la cultura clásica podía salvarse, para sacar de aquella universal tragedia una nueva civilización: la civilización cristiana”<sup>1443</sup>. “El cristianismo

<sup>1442</sup> Ihering. *Ob. Cit.* Páginas 1 y 2.

<sup>1443</sup> Gamba. *Ob. Cit.* Páginas 95 y 96. Geymonat apunta por su parte que “Al comienzo de la era cristiana el imperio romano llevó a término el proceso de unificación político-cultural del mundo mediterráneo, pero una profunda crisis minaba las bases mismas del colosal edificio; estalló con particular violencia en el siglo III y en breve tiempo logró que todos comprendieran la espantosa catástrofe que se delineaba en el horizonte. Las causas económicas de esta crisis son bien conocidas: decadencia general de las fuerzas productivas del imperio (...); rápida disminución del nivel de vida de los trabajadores libres (...) y su progresivo acercamiento a las condiciones de vida de los esclavos, pesadez del aparato burocrático central, aumento de las tasas, corrupción de los funcionarios, etc. También se conoce

marca la división más profunda en la historia del pensamiento. Aunque sería un error creer que el cristianismo es meramente una filosofía o una escuela de pensamiento (es mucho más), desempeña un papel decisivo en este orden, inaugurando una nueva era en la historia general del pensamiento y, dentro de ella, una nueva era filosófica. Además, respecto a nuestra civilización occidental, el cristianismo es, con el pensamiento griego, uno de sus componentes fundamentales, de tal suerte que nuestra civilización –aun en aquellas de sus manifestaciones que parecen más alejadas de él– resulta incomprendible sin su base cristiana. Podrá tratarse –parafraseamos a Chesterton– de verdades cristianas que se han vuelto locas, pero es imposible comprenderlas sin esa base. Siendo mucho más que una filosofía o un sistema ético, el cristianismo supone un punto de partida en el pensamiento por implicar una situación nueva del hombre, y ofrecer un conjunto de verdades especulativas y prácticas que la razón humana irá profundizando y desarrollando”<sup>1444</sup>.

Sobre qué es el cristianismo, Gamba nos ofrece las siguientes nociones<sup>1445</sup>:

- “No es una filosofía, sino una religión”.
- “Es, en primer lugar, un conjunto de verdades reveladas para que el hombre conozca de su situación en el mundo lo necesario para salvarse”.
- “En segundo, una ley cuyo cumplimiento condiciona su salvación”.
- “Es propiamente una *buena nueva*, un hecho feliz y gratuito que viene a cambiar –dentro de la misma verdad religiosa del pueblo judío– la situación del hombre en el mundo al darle la posibilidad y el medio de una efectiva salvación eterna”.
- “Secundariamente, el Cristianismo es un nuevo espíritu, un espíritu de amor sobrenatural que, desbordando el móvil divino de la redención, debe penetrar las relaciones de los hombres entre sí y con el mismo Dios, encarnado en la persona de Cristo”.

“El cristianismo aportó tres cosas fundamentales. Por una parte, el concepto de persona, inexistente en la filosofía de la época anterior (...). Por otra, presentó una noción mucho más exacta de Dios, de sus relaciones con el hombre y con el universo creado, así como del orden universal y, de modo específico, del orden moral. Por último, y como consecuencia de lo anterior, el cristianismo trajo consigo un sentido profundo de la dignidad del hombre”<sup>1446</sup>.

---

el aspecto estrictamente político de la crisis. Basta con recordar: desde el punto de vista interno, la desaparición cada vez más radical de toda libertad (...), la falta de reglamentación para la sucesión de los emperadores, la transformación de los ejércitos en instrumentos de poder personal de sus jefes, etc.; desde el punto de vista externo, la amenazadora presión a lo largo de las extensísimas fronteras, de los llamados pueblos ‘bárbaros’, a los que no se podía contener sino con sacrificios militares y financieros continuos, verdaderamente demasiado pesados para las disminuidas reservas del imperio” (*Ob. Cit.* Página 125). Cuando Gamba se refiere al entorno del imperio romano durante la aparición del cristianismo, se refiere (a diferencia de Geymonat) más bien a la etapa del principado: Cristo nace en tiempos de Augusto, es crucificado bajo el gobierno de Tiberio y, para la época de Nerón, ya San Pedro se había asentado en Roma (y sufrido ahí el martirio), contemporáneamente con la predicación y viajes apostólicos de San Pablo.

<sup>1444</sup> Hervada. *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Página 82.

<sup>1445</sup> Todas las citas de Gamba. *Ob. Cit.* Páginas 95 y 96.

<sup>1446</sup> Hervada. *Loc. Cit.*

Rougier presenta como principales contribuciones del cristianismo la rehabilitación moral del esclavo, del trabajo manual y de las artes mecánicas: “el cristianismo, al declarar que todos los hombres descienden de la misma pareja, que todos son hijos de Dios, que todos fueron igualmente redimidos por la pasión de Cristo, y que como hermanos todos son igualmente valiosos, estableció la dignidad de los hombres sin excepción de raza, condición o nacionalidad. (...) El esclavo cristiano es, ante Dios, el igual de un hombre rico, de un hombre libre, y de su propio amo. (...) La Iglesia recomendó la liberación de esclavos como la forma más alta de caridad y la forma más aceptable de penitencia; condenó la esclavitud de prisioneros; comprometía sus recursos para el rescate de los cautivos; y adoptaba a los niños abandonados. Enseñó un nuevo respeto por la persona humana, y los emperadores cristianos, si bien es cierto que muchas veces vacilaban, finalmente suprimieron los combates de gladiadores y los abominables circos donde había fluido tan libremente la sangre de los mártires. El cristianismo revolucionó las posiciones sociales de esclavos y *humiliores* al proporcionar una ratificación religiosa de su dignidad individual; todo hombre, creado a imagen de Dios, posee un alma libre”<sup>1447</sup>. “La proclamación de la dignidad por igual de todos los hombres condujo inevitablemente a la rehabilitación del trabajo manual y de las artes mecánicas”<sup>1448</sup>. ¿No fue Jesús un carpintero, no fueron los primeros discípulos humildes pescadores, y San Pablo un fabricante de tiendas de campaña? (...) Una reiterada recomendación de la Iglesia era que el artesano realizara su trabajo con entusiasmo y diligencia. Los antiguos creían que un hombre libre debía ser un hombre de medios que no tuviera que trabajar, a fin de que pudiera dedicar sus energías a los asuntos de estado. Este era un tipo de ocio muy diferente al de las masas de libertos atestados en las grandes ciudades de la Roma Imperial. (...) Sin raíces y sin trabajo, vivían de la caridad pública, de distribuciones gratuitas, y de los réditos de la corrupción política, pasando sus días en el teatro, el circo o el anfiteatro, reclamando *panem et circenses*. Los primeros cristianos se oponían a este ocio corruptor, declarando, en las palabras de San Pablo, que ‘si alguno no quiere trabajar, que tampoco coma’. Obispos y sacerdotes daban ejemplo. (...) Durante toda la Edad Media, el trabajo de obreros y artesanos fue honrado en pie de igualdad con el de otros funcionarios públicos. (...) Esta glorificación de la mano de obra cualificada fue uno de los factores responsables de la larga serie de útiles inventos perfeccionados durante la Edad Media. [...] El desarrollo de la tecnología promovió la investigación científica”<sup>1449</sup>.

En la Reforma protestante, que escindió el cristianismo en dos grandes vertientes al romper la unidad con Roma, se desarrolló el pensamiento del reformador Juan Calvino, que Rougier comenta así: “La ética calvinista fomentó en tal grado el espíritu y la práctica del capitalismo que

<sup>1447</sup> Rougier. *Ob. Cit.* Página 75 y 76.

<sup>1448</sup> El valor del trabajo en general, no ya sólo del manual y de las artes mecánicas, sigue siendo proclamado por la Iglesia; así se expresaba Juan Pablo II en la Introducción a la encíclica *Laborem Exercens*: “Con su trabajo el hombre ha de procurarse el pan cotidiano, contribuir al continuo progreso de las ciencias y la técnica, y sobre todo a la incesante elevación cultural y moral de la sociedad en la que vive en comunidad con sus hermanos. Y ‘trabajo’ significa todo tipo de acción realizada por el hombre independientemente de sus características o circunstancias; significa toda actividad humana que se puede o se debe reconocer como trabajo entre las múltiples actividades de las que el hombre es capaz y a las que está predispuesto por la naturaleza misma en virtud de su humanidad. Hecho a imagen y semejanza de Dios en el mundo visible y puesto en él para que dominase la tierra, el hombre está por ello, desde el principio, *llamado al trabajo*. *El trabajo es una de las características que distinguen* al hombre del resto de las criaturas, cuya actividad, relacionada con el mantenimiento de la vida, no puede llamarse trabajo; solamente el hombre es capaz de trabajar, solamente él puede llevarlo a cabo, llenando a la vez con el trabajo su existencia sobre la tierra. De este modo el trabajo lleva en sí un signo particular del hombre y de la humanidad, el signo de la persona activa en medio de una comunidad de personas; este signo determina su característica interior y constituye en cierto sentido su misma naturaleza” (el énfasis en itálicas es del original).

<sup>1449</sup> Rougier. *Ob. Cit.* Páginas 76 y 77, 78, 82.

el éxito empresarial a menudo era interpretado como prueba de elección divina. A pesar de su creencia en que las acciones del hombre no alteran las elecciones de Dios, el calvinismo marcó un retorno al antiguo concepto semítico de premios en este mundo para los justos. (...) La glorificación del trabajo necesariamente tuvo como resultado un respeto por la riqueza. La ética protestante (...) engendró una nueva mentalidad, totalmente desconocida para el hombre de la Edad Media (...) el afán de lucro con miras al enriquecimiento personal. (...) el movimiento que había recibido su impulso inicial de la ética de Calvino se emanciparía de los límites impuestos por la teología protestante. Una implacable necesidad interna obligaría al sistema capitalista a seguir su propio curso, liberado de las creencias religiosas que lo habían apoyado en sus comienzos”<sup>1450</sup>. Hayek lo describe así: “Fue parte del *ethos* de la Sociedad Abierta el hecho de que fuera mejor invertir el propio patrimonio en instrumentos que hicieran posible producir más a costes inferiores en lugar de distribuirlo entre los pobres, o preocuparse de las necesidades de millares de personas desconocidas en lugar de atender a las necesidades de unos pocos vecinos conocidos. Desde luego, estas ideas no se desarrollaron porque quienes fueron los primeros en seguirlas comprendieron que de este modo proporcionaban mayores beneficios a sus semejantes, sino porque los grupos y las sociedades que así obraban prosperaban más que las demás; por consiguiente, esto se transformó gradualmente en el ‘deber’ moral reconocido de la ‘vocación’ a comportarse de este modo. Este *ethos* en su forma más pura considera como deber primario perseguir del modo más eficaz posible el propio fin elegido libremente sin preocuparse de su papel en la compleja red de las actividades humanas. Es la idea que ahora suele definirse como ética calvinista, aunque esto es algo engañoso, pues prevalecía ya en las ciudades mercantiles de la Italia medieval y la enseñaban los jesuitas españoles muchos antes de Calvino”<sup>1451</sup>.

En el ámbito jurídico, Bernal y Ledesma señalan que “El tema sobre la influencia del cristianismo en el derecho ha sido muy discutido y presenta algunas dificultades. Son varios los romanistas que minimizan el papel del cristianismo dentro del ámbito jurídico. Es evidente, que la idea de confraternidad era ya predicada en cierta medida por algunos filósofos estoicos. Sin embargo, es innegable que muchos sectores del derecho público y privado se transformaron substancialmente por influencia cristiana. (...) el cristianismo produjo tal serie de impactos sobre el derecho anterior, que lo vino a transformar en sus raíces y en sus instituciones. (...) Algunos de los autores más destacados en la materia (Troplong, Maritain, Toynbee, Biondi, etcétera) consideran que los hechos civilizadores más importantes de la antigüedad fueron el derecho romano y el cristianismo”<sup>1452</sup>; “La influencia cristiana es patente, especialmente en todas aquellas materias del derecho en las que se refleja de un modo u otro la personalidad humana y la trascendencia y dignidad del hombre”<sup>1453</sup>. Los citados autores resumen así los aportes del cristianismo al Derecho<sup>1454</sup>:

- “Desde un punto de vista del derecho público, amplió la tendencia helenista de universalización, rechazando toda preferencia por razón de raza, nacionalidad, sexo o religión, aunque no podemos olvidar que llegó un momento en que se alió con el poder imperial y sancionó en la práctica las medidas intolerantes de éste frente a herejes y apóstatas”.

<sup>1450</sup> *Ibid.* Páginas 143 y 145.

<sup>1451</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Página 350. En páginas 274 y 275, nota al pie 15, Hayek proporciona ejemplos de las aludidas enseñanzas de los jesuitas españoles.

<sup>1452</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 213 a 215.

<sup>1453</sup> *Ibid.* Página 214, nota al pie 29.

<sup>1454</sup> *Ibid.* Página 214.



- “Desde un punto de vista del derecho privado dejó su huella en muchas instituciones configuradas hasta entonces con una reglamentación ajena a su ideología, como las manumisiones, la legitimación de los hijos, los alimentos, la personalidad de las fundaciones pías y otras. Encontramos verdaderos cambios en materia de matrimonio y divorcio; la indisolubilidad del matrimonio, principio básico del derecho canónico, era ajena a la mentalidad de la sociedad pagana clásica. El cristianismo también influyó en el derecho penal convirtiendo en *crimina* una serie de actuaciones que atentaban contra la moral cristiana”.

Al igual que con la exposición de Grecia y Roma, no es posible abarcar aquí más que un breve e incompleto resumen de los aportes fundamentales del cristianismo como componente de nuestra civilización occidental. Sin embargo, sí se hace necesario citar algunas explicaciones que ayuden a mejor comprender el papel del cristianismo, ya que por su carácter religioso presenta aspectos especiales que requieren al menos una sencilla explicación en el contexto de nuestro estudio. Nos referimos a las dimensiones o manifestaciones del cristianismo en los ámbitos de la cultura y el pensamiento.

En el panorama que venimos abarcando, el cristianismo desarrolla su mayor influencia durante la Edad Media. Al respecto, cabe aclarar que “Durante la Edad Media, los principios supremos del pensamiento y del régimen de la sociedad se tomaron directamente de la religión cristiana y, desde otro punto de vista, de la teología. No fue el caso siquiera de ese fenómeno, que nace por [la segunda mitad del siglo XVII y siglo XVIII], conocido con el nombre de confesionalidad del Estado, en cuya virtud el Estado asumió una religión como la propia suya y la de sus ciudadanos. Fue un hecho más radical y profundo y, a la vez, más espontáneo y vital. La sociedad era cristiana y vivía y se conformaba socialmente de acuerdo con los principios básicos del cristianismo. Más que una asunción formal y jurídica de estos principios, lo que hubo fue una vivencia y una cultura, una mentalidad que se plasmó en una vida; dicho de otro modo, era una realidad prejurídica que informó el derecho. Ciertamente esta mentalidad y esta cultura, que eran cristianas, estaban matizadas y tipificadas por el régimen de la cristiandad, que no representa necesariamente la única forma histórica de sociedad cristiana; pero, en cualquier caso, fueron una cultura y una mentalidad cristianas, que permearon todas las manifestaciones de la vida cultural, política y jurídica, según un modelo histórico que tuvo sus luces y sus sombras”<sup>1455</sup>. Lo que esto significa es que la influencia del cristianismo durante aquella época, primero, no se debió a una imposición ‘desde afuera’ o ‘desde arriba’ de los principios cristianos, sino a su vivencia generalizada por parte de la sociedad; y, segundo, que la forma concreta de organización social y política que durante aquella época se instauró no es ni la mejor ni la única manera en que se organiza una sociedad conforme a los principios cristianos. Esto último es importante ya que, así como con frecuencia se incurre en la falacia de ‘atar’ el derecho natural a la religión (y atacarlo como tal), tampoco es infrecuente que se presente erróneamente al cristianismo como ‘atado’ a nociones y concepciones sociopolíticas determinadas.

En el campo del pensamiento, se han presentado cuatro tesis principales sobre la relación entre la filosofía y la religión cristiana, o la llamada ‘filosofía cristiana’<sup>1456</sup>:

<sup>1455</sup> Hervada. *Ob. Cit.* Página 251.

<sup>1456</sup> “Una segunda posición de la filosofía es la que muchos designan con la expresión filosofía cristiana. La denominación es en sí misma legítima, pero no debe ser mal interpretada: con ella no se pretende aludir a una filosofía oficial de la Iglesia, puesto que la fe como tal no es una filosofía. Con este apelativo se quiere indicar más bien un modo de filosofar cristiano, una especulación filosófica concebida en unión vital con la fe. No se hace referencia simplemente, pues, a una filosofía hecha por filósofos cristianos, que en su investigación no han querido

- **Identidad:** como su nombre lo indica, esta postura identifica el cristianismo con la filosofía, “presentándolo como una ‘versión popularizada del saber filosófico’. Pero esta teoría, que se llamó gnosticismo, fue rechazada como herética por la Iglesia, que siempre defendió la sustantividad, la concreción real y viva del hecho religioso e, incluso, la interpretación lo más literal posible de los textos sagrados”<sup>1457</sup>.
- **Ininfluencia:** es la postura antitética a la de la identidad, que pregona la “absoluta independencia de religión y filosofía. En la Edad Media se llamó a esta postura ‘teoría de las dos verdades’, y tuvo muy pocos defensores dentro del Cristianismo (...). Según tal teoría, hay una verdad religiosa y otra filosófica que pueden aparecer no sólo como diferentes, sino como contradictorias, y ser ambas admitidas a un mismo tiempo, porque pertenecen a órdenes diferentes. Esta concepción fue modernamente renovada por determinados filósofos que han supuesto que la fe pertenece al sentimiento y no puede tener una fundamentación racional. Unos y otros –medievales y modernos– fueron también condenados por la Iglesia, que no admite, como es lógico, que procediendo de Dios tanto el contenido de la fe como la razón, puedan oponerse entre sí”<sup>1458</sup>.
- **Incompatibilidad:** esta opinión afirma “la imposibilidad de una filosofía cristiana. El cristiano –dicen sus defensores– posee de antemano la certeza de una concepción del Universo que le depara la fe, y su filosofía tiene que terminar en eso necesariamente. El cristiano sólo puede hacer apologética, nunca verdadera filosofía, esto es, libre y sincera búsqueda racional de la estructura y sentido del Universo. El filósofo aparece en el hombre en tanto que desaparece su fe. Esta teoría pugna con la experiencia histórica de la Edad Media cristiana, en la que (...) se construyen profundos y diversos sistemas filosóficos que aún perviven, y hoy mismo orientan el pensamiento de parte de los filósofos, incluso entre los no cristianos”<sup>1459</sup>.
- **Influencia parcial:** “El dogma cristiano no es una filosofía, ni es algo irracional, ni tampoco impone al pensador unas soluciones filosóficas determinadas. Son objeto del dogma aquellas verdades reveladas o inspiradas cuyo conocimiento conviene a nuestra salvación, casi todas las cuales son de carácter supraracional. Este orden superior conocido por la fe, puesto que pertenece al mismo mundo que el que es objeto de la investigación racional, influye, naturalmente, en la filosofía cristiana, pero con una influencia parcial, estableciendo sólo unos hitos muy generales, dentro de los cuales cabe una ilimitada posibilidad de soluciones filosóficas.

Cabe todavía interpretar de diverso modo esta *parcial influencia* del contenido de la fe sobre la filosofía, y ello es cuestión discutible y discutida entre los autores cristianos:

---

contradecir su fe. Hablando de filosofía cristiana se pretende abarcar todos los progresos importantes del pensamiento filosófico que no se hubieran realizado sin la aportación, directa o indirecta, de la fe cristiana” (Juan Pablo II, *Fides et Ratio*, 76).

<sup>1457</sup> Gamba. *Ob. Cit.* Página 96.

<sup>1458</sup> *Ibid.* Páginas 96 y 97.

<sup>1459</sup> *Ibid.* Página 97.

- Según unos, se trata de una influencia indirecta, meramente negativa; la fe advierte al filósofo creyente cuándo ha errado en sus conclusiones, indicándole únicamente lo que no debe sostener, nunca lo que debe afirmar<sup>1460</sup>.
- Según otros, esta influencia parcial tiene también un cierto carácter positivo. La fe orienta, aunque en un sentido muy general, a la razón, deparándole unas directrices fundamentales que marcan una dirección al pensamiento. Esto tampoco prejuzga el sistema filosófico en sí, porque si a un peregrino que quiera arribar, por ejemplo, a Jerusalén se le dice que debe caminar hacia Oriente, no se le exime, ciertamente, del trabajo de buscar su camino.
- Según otros, en fin, la fe depara a la filosofía incluso algunos contenidos que, aunque racionales, no hubieran sido hallados –o no lo fueron, al menos– sin la ayuda de la revelación<sup>1461</sup>. Tal, por ejemplo, la definición de Dios como el ser cuya esencia es existir, que dio Jehová de sí mismo en el monte Sinaí (*Ego sum qui sum*), y que ha servido de base a la teología racional del Cristianismo.

Pero en cualquiera de estas interpretaciones la influencia de la fe sobre la filosofía –negativa o positiva– es solamente parcial e indirecta, dejando ancho campo a la libre especulación filosófica<sup>1462</sup>. Recordemos nuestro ejemplo del lago profundo, en el que el conocimiento por fe de lo que hay en su fondo no exime, sino más bien estimula, el esfuerzo por penetrar con la vista en las oscuras aguas, más allá de donde alcanzan los rayos solares. De hecho, el impulso filosófico, lejos de adormecerse durante los siglos

---

<sup>1460</sup> “Corresponde al Magisterio indicar, ante todo, los presupuestos y conclusiones filosóficas que fueran incompatibles con la verdad revelada, formulando así las exigencias que desde el punto de vista de la fe se imponen a la filosofía. Además, en el desarrollo del saber filosófico han surgido diversas escuelas de pensamiento. Este pluralismo sitúa también al Magisterio ante la responsabilidad de expresar su juicio sobre la compatibilidad o no de las concepciones de fondo sobre las que estas escuelas se basan con las exigencias propias de la palabra de Dios y de la reflexión teológica. La Iglesia tiene el deber de indicar lo que en un sistema filosófico puede ser incompatible con su fe. En efecto, muchos contenidos filosóficos, como los temas de Dios, del hombre, de su libertad y su obrar ético, la emplazan directamente porque afectan a la verdad revelada que ella custodia” (Juan Pablo II. *Fides et Ratio*, 50).

<sup>1461</sup> “La Revelación propone claramente algunas verdades que, aun no siendo por naturaleza inaccesibles a la razón, tal vez no hubieran sido nunca descubiertas por ella, si se la hubiera dejado sola. En este horizonte se sitúan cuestiones como el concepto de un Dios personal, libre y creador, que tanta importancia ha tenido para el desarrollo del pensamiento filosófico y, en particular, para la filosofía del ser. A este ámbito pertenece también la realidad del pecado, tal y como aparece a la luz de la fe, la cual ayuda a plantear filosóficamente de modo adecuado el problema del mal. Incluso la concepción de la persona como ser espiritual es una originalidad peculiar de la fe. El anuncio cristiano de la dignidad, de la igualdad y de la libertad de los hombres ha influido ciertamente en la reflexión filosófica que los modernos han llevado a cabo. Se puede mencionar, como más cercano a nosotros, el descubrimiento de la importancia que tiene también para la filosofía el hecho histórico, centro de la Revelación cristiana. No es casualidad que el hecho histórico haya llegado a ser eje de una filosofía de la historia, que se presenta como un nuevo capítulo de la búsqueda humana de la verdad” (*Ibid.*, 76).

<sup>1462</sup> “La Iglesia no propone una filosofía propia ni canoniza una filosofía en particular con menoscabo de otras. El motivo profundo de esta cautela está en el hecho de que la filosofía, incluso cuando se relaciona con la teología, debe proceder según sus métodos y sus reglas; de otro modo, no habría garantías de que permanezca orientada hacia la verdad, tendiendo a ella con un procedimiento racionalmente controlable. De poca ayuda sería una filosofía que no procediese a la luz de la razón según sus propios principios y metodologías específicas. En el fondo, la raíz de la autonomía de la que goza la filosofía radica en el hecho de que la razón está por naturaleza orientada a la verdad y cuenta en sí misma con los medios necesarios para alcanzarla. Una filosofía consciente de este ‘estatuto constitutivo’ suyo respeta necesariamente también las exigencias y las evidencias propias de la verdad revelada” (*Ibid.*, 49).

cristianos, reverdeció en ellos, dando lugar a una profunda especulación que de destaca sobre todas por su sinceridad y continuidad”<sup>1463</sup>.

Por último, nos será provechoso citar lo que explica Gamba sobre las “dos actitudes generales de la filosofía cristiana que perdurarán a lo largo de los siglos, rivalizando en muchos casos y, en el fondo, complementándose mutuamente”<sup>1464</sup>. En el mundo antiguo, se acusaba a los cristianos de irracionistas. Los apologetas cristianos presentaron dos reacciones:

- “Unos se esforzaban en demostrar la falsedad de tal impugnación, procurando conciliar la antigua filosofía y la nueva fe. (...) Representa la primera posición, entre los apologetas del siglo I, San Justino Mártir, que trata en sus obras de presentar a la filosofía clásica como antesala y preparación de la fe cristiana; las doctrinas de Platón y de Aristóteles deben mucho, según él, a la revelación primitiva y a influencias mosaicas y de los profetas. Así, lejos de haber contradicción entre la ciencia antigua y la nueva fe, debe considerarse a ésta como la coronación de la vieja filosofía y el alumbramiento de la verdad plena de que estaba preñada”<sup>1465</sup>.
- “Otros, en cambio, se refugiaban en la pureza de la fe y en la sencilla relación del alma con Dios, despreciando las vanas construcciones del saber profano, los estériles sistemas de la filosofía que nada resuelven ni nada valen ante el saber revelado. (...) representada por Tertuliano. Para este exaltado apologeta la antigua filosofía es, ante Dios, pura insensatez. (...) Ningún autor cristiano ha defendido posteriormente esta extremosa e irracional actitud de Tertuliano, pero ella es, como la de San Justino, el prelude e inspiración de una gran corriente de pensamiento”.

“Mirando hacia atrás puede reconocerse en Tertuliano un eco de la actitud platónica y en San Justino de la aristotélica. Platón, como Tertuliano, se refugiaba en la íntima y secreta experiencia del alma y descubría la única verdad en un mundo superior ante el cual cuanto en éste nos rodea es sombra efímera y desdeñable. Aristóteles, con San Justino, valora, en cambio, la ciencia humana, empírica, y la realidad concreta, para penetrar a su través en el ser y en la verdad. Del mismo modo, hacia delante, asistiremos a la acción y reacción de dos grandes corrientes de pensamiento cristiano: una que se recluirá en la íntima y serena relación del alma en gracia con Dios, desentendiéndose en general de la naturaleza y su estructura, y otra que leerá la verdad en el fondo de lo creado, y en su ordenado y profundo dinamismo el secreto de la salvación. La primera, que predominará en la tradición de los primeros siglos de la Iglesia, hallará en San Agustín su más alto representante y en la mística su coronación; la segunda, que dominará en el siglo de oro de la Escolástica, encontrará en Santo Tomás un genial expositor. Platonismo agustiniano y aristotelismo tomista serán así los dos grandes cauces por los que discurrirá el esfuerzo filosófico del hombre medieval, prolongando los dos más grandes sistemas de la antigüedad y preparando las complejas construcciones de la filosofía moderna”<sup>1466</sup>.

Con estas breves notas acerca de la relación entre la filosofía y la religión cristiana, sobre las amplias posibilidades de especulación filosófica que se abren aún dentro de la perspectiva de la

<sup>1463</sup> Gamba. *Ob. Cit.* Páginas 97 y 98.

<sup>1464</sup> *Ibid.* Página 99.

<sup>1465</sup> *Ibid.* Páginas 99 y 100.

<sup>1466</sup> *Ibid.* Páginas 100 y 101.

fe<sup>1467</sup>, nos queda más claro –entre otras cosas– el sentido y valor que tenga, por ejemplo, citar a Juan Pablo II: a la vez que no se trata de prescindir de su rango como ‘líder religioso’ ni menoscabar o ignorar el valor que sus enseñanzas tienen en cuanto magisterio de quien fuera Sumo Pontífice de la Iglesia Católica, tampoco se trata de apelar a tales circunstancias como fundamento de argumentación, es decir, que ni la referencia a su pensamiento ni el contenido de éste deben tomarse como ‘argumentos religiosos’, sino como expresión del pensamiento de un brillante filósofo de profesión que –aparte de su figura como autoridad religiosa– goza también de una estatura intelectual de gran significación para nuestro tiempo. Piénsese, si se quiere, en cómo cualquier texto de historia del pensamiento hace referencia a San Agustín o Santo Tomás de Aquino, sin que por ello esté presentando argumentos religiosos, sino más bien refiriéndose a la contribución que al pensamiento y las ideas han dado estos y otros pensadores cristianos desde una perspectiva que permite una gran amplitud de propuestas filosóficas. Rechazarlos o ‘hacerles el feo’ a sus planteamientos por el mero hecho de ser creyentes, cristianos, sería muestra de un prejuicio irracional e injusto.

Por último, cabe apuntar que el cristianismo, a pesar de ser indiscutiblemente un elemento de la civilización occidental, no se limita a esa esfera cultural<sup>1468</sup>. “*The view that Catholic and Eastern Christianity is not the Christianity of the Bible but is based upon an amalgamation of the Bible with Greek philosophy and Roman law is a commonly held opinion today*”<sup>1469</sup>: tal opinión nos da una idea muy clara de hasta qué punto los tres elementos de la cultura occidental que venimos comentando se han compenetrado mutuamente, y no faltan quienes vean la expansión del cristianismo hacia otras culturas como una especie de ‘imperialismo religioso’ de Occidente. Sin embargo, geográficamente el cristianismo no nace en Occidente, sino en el Cercano Oriente, donde entran en contacto Asia, África y Europa, con sus respectivas tradiciones: así, la ‘interculturalidad’ es parte de la forma original del cristianismo. En los primeros siglos el cristianismo se expandió tanto a oriente como a occidente, y no es sino hasta con la aparición del Islam y sus conquistas que el cristianismo queda concentrado en Europa. Pero aún lo ‘europeo’ no es una masa monolítica: el cristianismo ha atravesado procesos de ‘inculturación’ primero en el mundo grecorromano, luego en las expresiones culturales de los pueblos germánicos, eslavos y romances<sup>1470</sup>. Además, el cristianismo desde su aparición nace con el sello de la universalidad,

<sup>1467</sup> Complementétese todo esto con lo visto en el capítulo anterior (al tratar de los conceptos de ‘Religión’ y ‘Dogma’) sobre la perspectiva cristiana en cuanto a la libertad de pensamiento, las materias opinables, la legítima autonomía del hombre, la sociedad y la ciencia, etc.

<sup>1468</sup> Para lo que sigue, Cfr. Ratzinger. *Ob. Cit.* Páginas 55 a 79, 85 a 95, 193 a 197.

<sup>1469</sup> *Ibid.* Página 90.

<sup>1470</sup> “La cultura y la fe no sólo no se oponen, sino que mantienen entre sí relaciones semejantes a las que existen entre el fruto y el árbol. Es un hecho histórico innegable que las Iglesias cristianas, tanto de Oriente como de Occidente, favorecieron y propagaron entre los pueblos, a lo largo de los siglos, *el amor a la propia cultura y el respeto a la de los demás*. Así fue como se edificaron magníficas iglesias y lugares de culto llenos de riquezas arquitectónicas y de imágenes sagradas, como los íconos, fruto de oración y penitencia, así como de gusto y refinada técnica artística. Precisamente por este motivo se redactaron tantos documentos y escritos de índole religiosa y cultural, en los que se expresó y se afinó el genio de pueblos en crecimiento hacia una identidad nacional cada vez más madura. (...) La experiencia histórica demuestra que el anuncio de la fe cristiana no sólo no *mortificó*, sino que, al contrario, *integró y exaltó* los auténticos valores humanos y culturales típicos del genio de los países evangelizados, y también contribuyó a su *apertura recíproca*, ayudándoles a superar los antagonismos y a crear *un patrimonio espiritual y cultural común*, presupuesto de relaciones de paz estables y constructivas. Quien quiera trabajar eficazmente en la edificación de una auténtica unidad europea no puede prescindir de estos datos históricos, que tienen una elocuencia indiscutible. Como ya afirmé en otra ocasión, ‘la marginación de las religiones, que han contribuido y siguen contribuyendo a la cultura y al humanismo de los que Europa se siente legítimamente orgullosa, me parece que es al mismo tiempo una injusticia y un error de perspectiva’ (...). En efecto, el Evangelio no lleva al empobrecimiento o

conforme al mandato recibido de Cristo antes de su Ascensión: “Id y haced discípulos de todas las naciones, bautizándoos (...) y enseñándoos a guardar todas las cosas que os he mandado”<sup>1471</sup>. Ratzinger considera el encuentro de culturas con el cristianismo como un proceso de morir y renacer, como un ‘éxodo’ a través del cual la cultura recibe de vuelta lo que había perdido, renovado: el cristianismo nunca surge de lo que tenemos, de nuestra experiencia, sino que es un ‘evento’ que nos viene de afuera<sup>1472</sup>: “*Nobody is born a Christian, not even in a Christian world and of Christian parents. Being Christian can only ever happen as a new birth. Being a Christian begins with baptism, which is death and resurrection (Rom 6), not with biological birth*”<sup>1473</sup>.

El pensamiento y la cultura de Grecia ya habían entrado en contacto con la fe bíblica desde antes de la aparición del cristianismo, es decir, durante el Antiguo Testamento. El hecho de que las decisiones fundamentales de los primeros Concilios se expresen con algunos términos filosóficos griegos no implica encasillar la fe en una teoría filosófica, sino más bien sirven para dar expresión verbal a dos aspectos esenciales de la fe bíblica:

- Asegurar su realismo, evitando una interpretación simbólica o mitológica.
- Asegurar su racionalidad, ya que, aún cuando la fe va más allá de la razón, no obstante la fe bíblica apela a la razón y afirma estar diciendo la verdad, abrirle al hombre el acceso al corazón mismo de la realidad.

Ratzinger demuestra este punto con el ejemplo de una palabra puramente filosófica y no bíblica que entró en el Credo: *homoousios* (‘consustancial’), utilizada para expresar que Jesucristo es ‘*homoousios to Patri*’ (‘consustancial al Padre’). ¿Se trata de la ‘canonización’ de una filosofía ajena a la fe?, ¿de la elevación al estatus de dogma de una teoría metafísica que pertenece a sólo una cultura? De conformidad con Ratzinger, lo que el uso de *homoousios* implica es expresar que, al decir de Jesús de Nazaret que es ‘Hijo de Dios’, se afirma una verdad sobre su ser, una realidad, y no un decir alegórico o poético como en otras religiones de su época se hablaba de ‘hijos de Dios’ o ‘hijos de los dioses’. Al reflexionar sobre esto, el autor ve un significativo valor del encuentro entre el cristianismo y la filosofía griega: “[*The Bible*] lays claim to something more. It regards man as being able to recognize truth and means to confront him with truth itself, to open for him the truth that stands before men as a person in Jesus Christ. **The distinguishing mark of Greek philosophy was that it did not rest content with traditional religions or with the images of the myths; rather, in all seriousness, it put the question about truth. So perhaps at this point we may be able to recognize the hand of providence –why the encounter between the faith of the Bible and Greek philosophy was truly ‘providential’**”<sup>1474</sup>. Por su parte, Juan Pablo II señalaba que “El hecho de que la misión evangelizadora haya encontrado en su camino primero a

---

desaparición de todo lo auténtico que cada hombre, pueblo y nación reconocen y realizan como bien, verdad y belleza” (Juan Pablo II. Encuentro con Representantes del Mundo de la Cultura, 24 de mayo de 2002, 4 y 5).

<sup>1471</sup> Mateo, 28:19.

<sup>1472</sup> “*For the Greeks, Christianity was, as Paul says, ‘foolishness’, that is to say, barbarism, as compared with their own level of culture. The Greek mind bequeathed to Christianity important forms of thinking and speaking, yet not without encountering great resistance: the Christian way of understanding things had to be won from Greek thought at the cost of serious struggles, in which the Greek heritage was appropriated and extensively reshaped. Yes, there is a ‘Christian Plato’, but there was always also an ‘anti-Christian Plato: from Plotinus down to its latest forms, Platonism opposed Christianity most strongly and saw itself as its opposite’*” (Ratzinger. Ob. Cit. Página 86).

<sup>1473</sup> *Ibid.* Página 87.

<sup>1474</sup> *Ibid.* Página 95. El resaltado en negrilla es mío.

la filosofía griega, no significa en modo alguno que excluya otras aportaciones. Hoy, a medida que el Evangelio entra en contacto con áreas culturales que han permanecido hasta ahora fuera del ámbito de irradiación del cristianismo, se abren nuevos cometidos a la inculturación. Se presentan a nuestra generación problemas análogos a los que la Iglesia tuvo que afrontar en los primeros siglos. (...) cuando la Iglesia entra en contacto con grandes culturas a las que anteriormente no había llegado, no puede olvidar lo que ha adquirido en la inculturación en el pensamiento grecolatino. Rechazar esta herencia sería ir en contra del designio providencial de Dios, que conduce su Iglesia por los caminos del tiempo y de la historia. Este criterio, además, vale para la Iglesia de cada época, también para la del mañana, que se sentirá enriquecida por los logros alcanzados en el actual contacto con las culturas orientales y encontrará en este patrimonio nuevas indicaciones para entrar en diálogo fructuoso con las culturas que la humanidad hará florecer en su camino hacia el futuro”<sup>1475</sup>.

Nos ha parecido muy valioso compartir las reflexiones que hemos resumido en los anteriores párrafos, no sólo porque contribuyen a darnos una visión más exacta del cristianismo en cuanto elemento de la civilización occidental, de su relación con ésta y su lugar dentro de ella (y más allá de ella), sino además porque considero que nos ponen de relieve cómo nuestra cultura encierra en sí el potencial de crecimiento, de enriquecimiento mutuo, a través de su contacto con otras culturas y tradiciones, sin que éstas ni aquélla pierdan lo que les identifica. Si bien es cierto que en los comentarios citados se hace tratamiento específico de la religión, también lo es que constituyen una referencia a valores y riquezas de nuestra tradición cultural e intelectual que, como hemos visto, son fundamentales a ésta y se manifiestan de una u otra forma en todas las expresiones culturales de Occidente: grandes temas entre los cuales destacan la búsqueda de la verdad como entendimiento racional de la realidad del hombre y de su entorno (originado en el racionalismo griego), y la noción de la universalidad del espíritu humano con respeto a las legítimas diversidades en el tiempo y el espacio (que vemos magistralmente reflejado en el Derecho Romano).

#### 4. Individuo y cultura

El Diccionario de la Real Academia nos define ‘cultura’ como “Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico. | Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.”, de donde podemos extraer que la noción de cultura hace referencia, en una acepción, al individuo y, en otra, a un contexto espacio-temporal y humano más amplio: la cultura que se extiende, manifiesta y abarca grupos sociales de mayor o menor extensión. Por ‘civilización’, el Diccionario entiende el “Estadio cultural propio de las sociedades humanas más avanzadas por el nivel de su ciencia, artes, ideas y costumbres”. Pero entre las dimensiones individual y social de la cultura existe una estrechísima interrelación: “La cultura tiene que ver con nuestra historia y naturaleza, es todo aquello que cada uno poseemos, lo que hemos adquirido con el tiempo, es nuestra inversión. Nuestros padres, abuelos y antepasados nos han transmitido elementos importantes para dar forma a la cultura; a la vez, nosotros realizamos un trabajo similar con nuestros hijos y con las futuras generaciones, somos portadores y productores de cultura; de nosotros dependerá en gran parte la forma de vida de las futuras generaciones y las relaciones que entre ellos se establezcan”<sup>1476</sup>. “*In the first place, culture has to do with perceptions and values. It is an attempt to understand the world and the existence of man within it; an attempt, however, not*

<sup>1475</sup> Juan Pablo II. *Fides et Ratio*, 72.

<sup>1476</sup> Barrera Santos, Russed Yesid. *Negociación y Transformación de Conflictos*. Página 18.

*of a purely theoretical nature, but rather guided by the fundamental interest of our existente. This understanding is meant to show us how to go about being human, how a man takes his proper place in this world and responds to it, so as to improve himself, to live his life succesfully and happily. This question, in turn, does not in the great cultures refer to the individual alone, as if each person could work out for himself a pattern of coping with the world and with living. Each can do this only with the help of others (...). Culture is concerned with understanding, which is a perception that opens the way for practical action, that is, a perception of which the dimension of values, of morality, is an indispensable part*<sup>1477</sup> y “Estructurada por el entorno en el que para cada sujeto transcurre la infancia y pubertad, la mente va a su vez condicionando la preservación, desarrollo, riqueza y variedad de las tradiciones que otras mentes más tarde asimilarán. Al ser transmitidos en el contexto del entorno familiar, ese conjunto de hábitos queda sometido a la influencia de una pluralidad de condicionamientos morales a los que pueden ajustar su comportamiento quienes, ajenos a la colectividad en cuestión, se incorporan a ella más tarde”<sup>1478</sup>.

Aquello de que ‘debemos aprender del pasado para comprender el presente y construir el futuro’ resulta tan trillado y *cliché* que ha quedado vacío de significado; sin embargo, entraña una idea muy sencilla y a la vez potente, que Kopff desarrolla en toda su obra citada, expresándola en palabras como estas: “*anyone who cannot explain how his situation of today relates to his deeds of yesterday will not be able to understand the connection between the self he once was and his present self. He will be an alienated man. Moreover, each individual life is a part of larger wholes –family, profession, nation, civilization– in the midst of which the narrative of that life is lived out. The healthy individual, therefore, must be able to recount not only the individual story, the story of his self, but also the narrative of each of those larger wholes, in which that self finds itself (...). Denied these stories by the present education system, students become like the anti-heroes of modern novels: people trapped in a world they cannot understand, bit players in a drama whose basic themes remain a mystery to them*”<sup>1479</sup>. Es decir, el conocimiento de nuestro legado cultural constituye algo de vital importancia para nuestra comprensión de nosotros mismos y de nuestra realidad, una pieza clave en la interpretación de nuestra existencia, cuya ignorancia conlleva el peligro de hacernos caer en la alienación, entendida ésta como el “proceso mediante el cual el individuo o una colectividad transforman su conciencia hasta hacerla contradictoria con lo que debía esperarse de su condición. (...) Estado mental caracterizado por una pérdida del sentimiento de la propia identidad”<sup>1480</sup>. Así se expresa al respecto el sociólogo Yesid Barrera: “Es importante señalar que el concepto de cultura involucra a todas las ciencias, los saberes aprendidos tanto técnicos como científicos, la filosofía, la religión, etcétera, y que todas ellas sumadas, representan un valioso argumento para la vida: sin embargo, cuando no sabemos qué hacer y cómo actuar frente a nuestra realidad, la cultura puede representar una gran riqueza que no tenemos donde gastarla”<sup>1481</sup>. Para saber cómo mejor ‘invertir’ nuestra riqueza cultural (y cómo aumentarla), es preciso conocerla. Además, estando la cultura ligada a la acción práctica en cuanto le provee valores y parámetros morales, el conocimiento de nuestro propio trasfondo cultural y la comprensión del de otros se erige en algo sumamente necesario para la vida cotidiana de cada individuo, pues la tradición contribuye a darle algunos de los criterios de su acción que han permitido a las sociedades sobrevivir y desarrollarse.

<sup>1477</sup> Ratzinger. *Ob. Cit.* Páginas 60 y 61.

<sup>1478</sup> Hayek. *Entre el Instinto y la Razón*, en *La Fatal Arrogancia*, Página 213.

<sup>1479</sup> Kopff. *Ob. Cit.* Páginas 11 y 12.

<sup>1480</sup> *Diccionario de la Real Academia Española*.

<sup>1481</sup> Barrera Santos. *Ob. Cit.* Página 19.



Lo anterior lo confirma, desde la perspectiva psiquiátrica, Enrique Rojas diciendo que “La *cultura* es para el hombre el asidero donde ir una y otra vez a refugiarse, a buscar alimento para su conducta, para saber a qué atenerse. Su fin consiste en ayudarlo para que su vida sea más humana, tenga más relieve y le revele sus verdaderas posibilidades. Pero *para educar la voluntad hacia la cultura es menester estimular la inquietud por sus distintas fuentes: la literatura, el arte, la música*, etc., y todo ello al servicio del ser humano, para hacerlo más maduro, completo y con un mejor desarrollo en su totalidad. Sin cultura está uno perdido, sin el equilibrio suficiente. La cultura, como superestructura, se forma de acuerdo con una determinada concepción del hombre, que puede ser variable. De ahí que surjan diversos tipos de cultura: la hedonista, la marxista, la permisiva, la psicoanalítica, la relativista, etc. Ahora bien, la mejor, la más completa, es aquella que se inspira en las mejores raíces de Europa. (...) quiero subrayar de modo sintético esas bases culturales: el *mundo griego*, de él procede todo el pensamiento filosófico; el *mundo romano*, que nos legó el Derecho y las leyes; el *pensamiento hebreo*, con su amor a las tradiciones, el nuevo concepto de familia y todas las ideas del Talmud y del Zoar, libro que recoge la sabiduría de muchos célebres rabinos; el *crístianismo*, que aportó un nuevo concepto del hombre basado en el amor y en el sentido trascendente; hasta llegar al *Renacimiento*, de una influencia decisiva con el *Quattrocento* italiano y Dante, Boccaccio y Petrarca como figuras más representativas, y el invento de la imprenta por Guttemberg en el siglo XV. Por tanto, conducir la voluntad hacia la cultura, hacia los valores, es una tarea que hay que saber ofrecer, como *camino hacia la libertad personal y al crecimiento interior*. Este debe ser el móvil, el tirón para acercarnos a todo lo que esté relacionado con lo cultural, no para el lucimiento personal de cara a la galería, sino para ser más dueño de uno mismo. Es más, para mí *no hay felicidad sin amor, trabajo y cultura*”<sup>1482</sup>.

La época en que vivimos nos presenta retos especiales y difíciles como individuos, caracterizada como lo está por el hecho de que el mundo cambia rápidamente, a una velocidad que hace difícil una adecuada asimilación del mismo: “Nos encontramos en un mundo en plena transformación (...) constituyendo la mayor sorpresa, la velocidad con que [el cambio] se presenta en escena. (...) Nos ha tocado vivir un momento especial de aceleración en la historia de la humanidad, cambios que aparecen y se traducen en otros sin que los propios actores de los mismos alcancen a procesarlos, lo cual lleva a una acumulación desordenada, apareciendo una transformación que genera movimientos en cadena, produce impactos a todos los niveles de la sociedad, conflictos, desviaciones, caos y diferentes impactos en los grupos sociales”<sup>1483</sup>. Estas circunstancias del mundo actual hacen más grave ese peligro de alienación personal en que se encuentra el individuo que no es capaz de comprender adecuadamente su propio entorno y relacionarlo con su personal existencia, que se dirija al fracaso un individuo que no busque comprender su entorno y las raíces de éste, al igual que una sociedad que las desconozca y rechace. De esta manera, las características del cambio manifestadas en el momento presente se erigen en otro factor importantísimo que nos indica la imperiosa necesidad de reencontrarnos con la herencia cultural que ha dado forma a la civilización en la que vivimos y asimilarla, la civilización cuyos avances han propiciado estas nuevas circunstancias en que, paradójicamente, más parecemos alejarnos de esas raíces que nos dan la clave para comprendernos, precisamente cuando más necesitamos de ellas.

---

<sup>1482</sup> Rojas. *Ob. Cit.* Edición electrónica.

<sup>1483</sup> *Ibid.* Páginas 79 y 80.

## 5. Tradición y progreso

Karl Popper afirma que “Cuantitativa y cualitativamente, con mucho, la fuente más importante de nuestro conocimiento –aparte del conocimiento innato– es la tradición. La mayoría de las cosas que sabemos las hemos aprendido mediante el ejemplo, porque nos las dijeron, por la lectura de libros, al aprender a hacer crítica, a aceptar y a hacer la crítica, y por aprender a respetar la verdad. El hecho de que la mayoría de las fuentes de nuestro conocimiento sean tradicionales condena como fútil el antitradicionalismo. Pero este hecho no debe esgrimirse para apoyar una actitud tradicionalista; cada fragmento de nuestro conocimiento tradicional (y hasta nuestro conocimiento innato) está abierto al examen crítico, y puede descartarse. Sin embargo, sin la tradición, el conocimiento sería imposible. El conocimiento no puede empezar desde la nada, desde hacer *tabula rasa* ni desde la observación. El avance del conocimiento consiste, principalmente, en la modificación del conocimiento previo. Aunque a veces podemos avanzar, por ejemplo en arqueología, mediante una observación fortuita, la importancia del descubrimiento dependerá generalmente de su poder para modificar nuestras teorías anteriores”<sup>1484</sup>.

Por su parte, Kopff nos dice que “*We talk of creativity and the future, but we ignore the discipline of learning the rudiments of the past. I maintain that the past is our most important source of creativity. True creativity is always the acquisition of the old in order to fashion beautiful and meaningful things for the present. If we wish not to be a culture marked by servility, a terrible intellectual and moral error born in the absence of creativity, we must conserve the past. Tradition is, as the philosopher Josef Pieper viewed it, a challenge*”<sup>1485</sup>. Este autor contrapone dos posturas ante la tradición tomando como ejemplo una cita de Nietzsche (como arquetipo del modernista: “El hombre que diverge de la tradición es una víctima; el que no lo hace es un esclavo”) y otra de Aristóteles (“Vivir de acuerdo al modo de vida de tu país no es esclavitud, es salvación”): ante esta profunda división, describe el autor la actitud general de los que desprecian el legado intelectual de occidente, diciendo que “*they feel that if they can only free themselves from the trammels of tradition in religion, science, art, and politics, true fulfillment will be theirs. For them tradition is merely memorizing what others have accomplished. Fulfillment, in their eyes, comes to those who have rejected the past, the handed-down, the socially constructed, in order to enter into a reality that is individualistic, innovative and free. There is nothing innovative and free, however, in flopping about on a table in a pool of water. Tradition is not a cage. It is the goldfish bowl that keeps us alive*”<sup>1486</sup>.

La figura de la pecera (*‘goldfish bowl’*) proviene de la referencia que hace Kopff a la obra *‘The Poet and the Lunatics’* de G.K. Chesterton: su protagonista, el poeta Gabriel Gale, conoce a un brillante científico dedicado a la causa de emancipar al hombre de la tradición y el convencionalismo social. Durante una discusión con el científico en una reunión informal, Gale se da cuenta que aquél está loco, y hace salir a todos de la casa antes de que el científico la haga explotar. Gale explica después a sus amigos que sus sospechas se alertaron al ver a tres peces quedándose sin aliento en un charco de agua sobre una mesa en la biblioteca: de acuerdo con su filosofía, el científico había ‘liberado’ a los peces de su pecera. Lo que plantea Kopff con esta imagen es que la tradición, concretamente la tradición intelectual de Occidente, constituye para nosotros –para nuestras ideas, nuestra civilización y cultura– un entorno en el cual mantenerse

<sup>1484</sup> Popper, Karl. *Conocimiento sin autoridad*, en *Escritos selectos*. Páginas 57 y 58.

<sup>1485</sup> Kopff, E. Christian. *Ob. Cit.* Página xvi.

<sup>1486</sup> *Ibid.* Páginas 3 y 4.

vivos, como requisito necesario para desarrollarse, para crecer, pues de ninguna manera se plantea la tradición en un sentido estático sino, antes bien, se le ve como fuente por excelencia de nuevos descubrimientos. Esta metáfora de la pecera me hace pensar además en la película ‘*Big Fish*’, donde su protagonista Edward Bloom lee de un artículo de Enciclopedia que explica que “*Kept in a small bowl, the goldfish will remain small. With more space, the fish can grow double, triple or quadruple its size*”<sup>1487</sup>, y así, toda la película nos muestra su exploración y descubrimiento del mundo, convencido de que está destinado a cosas grandes<sup>1488</sup>: estas dos referencias, tomadas del arte, me parece que se complementan para expresar una idea muy básica e importante, cual es la de que la tradición intelectual y cultural de nuestra civilización constituye el medio adecuado dentro del cual desarrollar nuestro pensamiento, con una capacidad de innovación y crecimiento que sólo pueden provenir de un adecuado conocimiento de dicho legado, ya que ello nos abre la posibilidad de realizar mayores y mejores descubrimientos, al ampliar nuestro horizonte –mental, intelectual, cultural, existencial, etc.– y profundizar nuestra comprensión<sup>1489</sup>. No sólo nos mantiene vivos, sino que nos ayuda a crecer: la tradición no es sólo pecera, es pecera grande...

Kopff explica de modo muy sencillo el ‘funcionamiento’ de la tradición: primero se transmite el depósito a una nueva generación, luego se realiza una evaluación crítica de lo aprendido. Afirma el autor que ambos pasos son necesarios para una asimilación verdaderamente humana del pasado. Después (“*Then, but only then*”), puede producirse la respuesta creativa que continúa y renueva la tradición. Luego, se empieza de nuevo: enseñando, aprendiendo, absorbiendo, criticando, creando. La creatividad sólo es posible como el estadio final de una larga y rigurosa absorción de las enseñanzas y descubrimientos del pasado. El autor se define a sí mismo como conservador, pero antes de hacerse blanco de ciegos ataques ideológicos por parte de tantos ‘innovadores’ y ‘progresistas’, Kopff distingue entre un conservadurismo que se aferra a lo

---

<sup>1487</sup> El guión de la cinta, escrito por John August con base en la novela de Daniel Wallace, se encuentra disponible en línea en: <http://imsdb.com/scripts/Big-Fish.html>.

<sup>1488</sup> Al leer el citado artículo, dice el personaje: “*It occurred to me then, that perhaps the reason for my growth was that I was intended for larger things*”.

<sup>1489</sup> Entre varios ejemplos que ofrece Kopff, me ha llamado particularmente la atención el siguiente: “*Most people understand that in order to participate in science students need a long and rigorous education. Few people think this about religion and democracy, and I am puzzled by this as was Socrates. Even about science, there is an idea that it is a species of tag-team wrestling, where the participant needs to be in touch with only the previous generation to play. Creative people want to do science, not waste their time studying past mistakes. The fundamental presuppositions of science have not changed, however, since the sixth century B.C., so studying the history of science is not a waste of time. The long story of how brilliant minds have tried out different strategies all with the same end in mind, understanding the cosmos, is not irrelevant. It may, in fact, lead to some important new discoveries. “Take Werner Heisenberg, who propounded the Uncertainty Principle in Quantum Physics. As a student in the early years of the twentieth century, he was fascinated by the discoveries and theories of recent physicists like Max Planck and Albert Einstein. How, Heisenberg wondered, could light be sometimes a ray and sometimes a particle? This observation did not seem to fit the theory of physical atomism, itself the descendent of an ancient theory, that formed the basis of eighteenth and nineteenth century science. Heisenberg’s father, however, had insisted that his son receive a solid classical education. Inducted into the militia after the end of World War I, young Heisenberg passed his free time by reading Plato’s Timaeus, a work on the structure of the physical world, written in very difficult Greek of the fourth century B.C. Heisenberg found that Plato rejected physical atomism and looked upon matter as a mathematical construct. For Heisenberg this insight was an epiphany. Once he stopped trying to make light fit into the confines of physical atomism and thought about it in the language of mathematics, Heisenberg began to understand the new physics. As Galileo, another great reader of Plato, had put it, ‘The book of Nature is written in the language of mathematics’. Heisenberg was not a Platonist. Heisenberg’s thinking becomes creative, however, when he stepped out of the confines of his own age and attached himself to the tradition of science, stretching out over the millennia from Athens to Munich—and which is still alive in our own universities today! ”. (Ob. Cit. Páginas 7 y 8).*

existente aun desafiando la moralidad y el sentido común y, en cambio, un conservadurismo que atañe a los primeros principios que se descubren en la historia<sup>1490</sup>. De ahí que el autor señale la crítica como requisito previo y necesario de la creatividad: es decir, no postula una aceptación ciega y servil de la tradición, sino que incentiva su análisis y discusión; no plantea la creatividad o innovación aislada, *ex nihilo*, sino que busca sustentarla en un aprovechamiento del conocimiento ya adquirido y probado, del camino ya recorrido. Algún parentesco guardan estas ideas con el racionalismo crítico de Popper, con el evolucionismo social de Hayek y sus teorías sobre el uso del conocimiento en la sociedad. Quizá aquí convenga hacer otra desambiguación de conceptos: declara Kopff que “*I believe in the creativity of conservatism*”, y habla de “*the ‘temperate conservatism’ condemned by T.S. Eliot, clinging to what exists in defiance of morality and common sense. The conservatism I favor is concerned with first principles. These first principles are not spun out of thin air but rather discovered in history*”<sup>1491</sup>. Este ‘conservadurismo creativo’, atento a principios históricos, se asemeja mucho a lo que Hayek presenta como la auténtica postura liberal, mientras que el conservadurismo que Hayek critica se puede identificar con el ‘*temperate conservatism*’ que Kopff y Eliot condenan.

En efecto, dice Hayek que si bien los conservadores “advirtieron claramente la importancia de instituciones formadas espontáneamente tales como el lenguaje, el derecho, la moral y diversos pactos y contratos, anticipándose a tantos modernos descubrimientos, de tal suerte que habría sido de gran utilidad para los liberales estudiar cuidadosamente sus escritos”, también es cierto que “por lo general, los conservadores reservan para la evolución del pasado la admiración y el respeto que los liberales sienten por la libre evolución de las cosas. Carecen del valor necesario para dar la alegre bienvenida a esos mismos cambios engendrados de riqueza y progreso cuando son coetáneos. He aquí la primera gran diferencia que separa a liberales y conservadores. Lo típico del conservador (...) es el temor a la mutación, el miedo a lo nuevo simplemente por ser nuevo”<sup>1492</sup>. El énfasis que hace Kopff sobre los principios descubiertos en la historia nos indica claramente cómo su postura (que él llama ‘conservadora’) no es aquel conservadurismo que Hayek critica, sino por el contrario se acerca mucho al planteamiento liberal hayekiano, como se desprende de estas citas de Hayek: “Como [el conservador] desconfía tanto de las teorías abstractas como de los principios generales, no logra percatarse de cómo funcionan esas fuerzas espontáneas que constituyen el fundamento de la libertad (...). El establecer normas y principios generales presupone haber comprendido cómo operan aquellas fuerzas que coordinan las respectivas actuaciones de los componentes de la sociedad. Ahora bien, esta teoría general de la sociedad, y sobre todo del mundo económico, es lo que les falta a los conservadores. (...) El conservador, esencialmente oportunista y carente de principios generales (...). Al decir que el conservador no tiene principios, en modo alguno pretendemos afirmar que carezca de convicciones morales; todo lo contrario, ordinariamente las tiene y muy arraigadas. De lo que adolece es de falta de principios políticos que le permitan colaborar lealmente con gentes cuyas valoraciones morales difieran de las suyas (...)”<sup>1493</sup>.

También Kopff rechaza el conservadurismo que se aferra a lo existente aunque tal aferrarse contradiga la moralidad y el sentido común; este es otro punto en el que coincide con Hayek, quien nos dice que “Uno de los aspectos para mí más recusables de la mentalidad conservadora es su oposición, por principio, a todo nuevo conocimiento, por temor a las consecuencias que, a

<sup>1490</sup> Cfr. todo lo anterior, *Ibid.* Páginas 5 a 9.

<sup>1491</sup> *Ibid.* Página 9.

<sup>1492</sup> Hayek. *Los Fundamentos de la Libertad*. Páginas 509 y 510.

<sup>1493</sup> *Ibid.* Páginas 510 a 512.

primera vista, parezca haya de producir (...). Reconozco que, mortales al fin, también los científicos se dejan llevar por modas y caprichos, por lo que siempre es conveniente recibir sus afirmaciones con cautela y hasta con desconfianza. Ahora bien, nuestra crítica deberá ser siempre racional, y, al enjuiciar las diferentes teorías, habremos de prescindir necesariamente de si las nuevas doctrinas chocan o no con nuestras creencias preferidas<sup>1494</sup>. Siempre me han irritado quienes se oponen, por ejemplo, a la teoría de la evolución o a las denominadas explicaciones ‘mecánicas’ del fenómeno de la vida, simplemente por las consecuencias morales que, en principio, parecen deducirse de tales doctrinas, así como quienes estiman impío o irreverente el mero hecho de plantear determinadas cuestiones. Los conservadores, al no querer enfrentarse con la realidad, sólo consiguen debilitar su posición. Las conclusiones que el racionalista deduce de los últimos avances científicos encierran frecuentemente graves errores y no son las que en verdad resultan de los hechos; ahora bien, sólo participando activamente en la discusión científica podemos, con conocimiento de causa, atestiguar si los nuevos descubrimientos confirman o refutan nuestro anterior pensamiento. Si llegamos a la conclusión de que alguna de nuestras creencias se apoyaba en presupuestos falsos, estimo que sería incluso inmoral seguir defendiéndola pese a contradecir abiertamente la verdad”<sup>1495</sup>. Vemos entonces otro aspecto en el que el ‘conservadurismo’ de Kopff se acerca más al liberalismo de Hayek que al conservadurismo que ambos autores rechazan.

En la visión del evolucionismo social que desarrolla Hayek, la tradición tiene una relevancia capital: “el beneficioso funcionamiento de la sociedad libre descansa, sobre todo, en la existencia de instituciones que han crecido libremente. Es probable que nunca haya habido ningún intento de hacer funcionar una sociedad libre con éxito sin una genuina reverencia por las instituciones que se desarrollan, por las costumbres y los hábitos y por ‘todas esas seguridades de la libertad que surgen de la regulación de antiguos preceptos y costumbres’. Aunque parezca paradójico, es probable que una próspera sociedad libre sea en gran medida una sociedad de ligaduras tradicionales. La estima de la tradición y las costumbres, de las instituciones desarrolladas y las

---

<sup>1494</sup> Con frecuencia se señala una relación entre religión y conservadurismo; no concierne a nuestro estudio analizar el tema con detenimiento, pero, por la importancia que tiene dentro de todo lo que estamos comentando, conviene hacer referencia a la visión cristiana de la investigación científica (Que también debe complementarse con lo del capítulo anterior en la sección sobre ‘Religión’ y ‘Dogma’): en el magisterio de Juan Pablo II se refiere que “[Galileo] declaró explícitamente que las dos verdades, la de la fe y la de la ciencia, no pueden contradecirse jamás. ‘La Escritura santa y la naturaleza, al provenir ambas del Verbo divino, la primera en cuanto dictada por el Espíritu Santo, y la segunda en cuanto ejecutora fidelísima de las órdenes de Dios’, según escribió en la carta al P. Benedetto Castelli el 21 de diciembre de 1613. El Concilio Vaticano II no se expresa de modo diferente; incluso emplea expresiones semejantes cuando enseña: ‘La investigación metódica en todos los campos del saber, si está realizada de forma auténticamente científica y conforme a las normas morales, nunca será realmente contraria a la fe, porque las realidades profanas y las de la fe tienen origen en un mismo Dios’ (*Gaudium et spes*, 36). En su investigación científica Galileo siente la presencia del Creador que le estimula, prepara y ayuda a sus intuiciones, actuando en lo más hondo de su espíritu” (Juan Pablo II. *Discurso a la Pontificia Academia de las Ciencias*, 10 de noviembre de 1979, citado en nota 29 de la Encíclica *Fides et Ratio*). “‘Todos los hombres desean saber’ y la verdad es el objeto propio de este deseo. Incluso la vida diaria muestra cuán interesado está cada uno en descubrir, más allá de lo conocido de oídas, cómo están verdaderamente las cosas. El hombre es el único ser en toda la creación visible que no sólo es capaz de saber, sino que sabe también que sabe, y por eso se interesa por la verdad real de lo que se le presenta. Nadie puede permanecer sinceramente indiferente a la verdad de su saber. Si descubre que es falso, lo rechaza; en cambio, si puede confirmar su verdad, se siente satisfecho. Es la lección de san Agustín cuando escribe: ‘He encontrado muchos que querían engañar, pero ninguno que quisiera dejarse engañar’. Con razón se considera que una persona ha alcanzado la edad adulta cuando puede discernir, con los propios medios, entre lo que es verdadero y lo que es falso, formándose un juicio propio sobre la realidad objetiva de las cosas. Este es el motivo de tantas investigaciones, particularmente en el campo de las ciencias, que han llevado en los últimos siglos a resultados tan significativos, favoreciendo un auténtico progreso de toda la humanidad” (Juan Pablo II. *Fides et Ratio*, 25).

<sup>1495</sup> *Ibid.* Página 515.

reglas cuyo origen y exposición razonada desconocemos, no significa desde luego –como Thomas Jefferson creía con una falsa concepción característica de los racionalistas– que nosotros ‘adscribamos a los hombres de las edades precedentes una sabiduría mayor que la humana y... supongamos que lo hecho por ellos está por encima de toda enmienda’. Lejos de presumir que los creadores de las instituciones eran más sabios que nosotros, el punto de vista evolucionista se basa en percibir que el resultado de los ensayos de muchas generaciones puede encarnar más experiencias que la poseída por cualquier hombre en particular”<sup>1496</sup>. Refiriéndose a la tradición de occidente, Hayek afirma cosas como que “Ha transcurrido ya bastante tiempo desde que fue reinstaurado el ideal de libertad que inspiró la moderna civilización occidental y cuya parcial realización hizo posible sus efectivos logros. En realidad, durante casi un siglo los principios sobre los que la civilización fue edificada se han desmoronado entre crecientes negligencias y olvidos. Los hombres, en vez de tratar de mejorar el conocimiento y aplicación de aquellos principios básicos, se han dado, más a menudo, a buscar órdenes sociales sustitutivos. (...) En la lucha por la estructuración moral de los pueblos del mundo, la falta de creencias firmes coloca a Occidente en gran desventaja. El estado de ánimo de los dirigentes intelectuales de Occidente se ha caracterizado largamente por la desilusión frente a sus principios, el menosprecio de sus logros y la exclusiva preocupación de crear ‘mundos mejores’<sup>1497</sup>. (...) Una gran parte de los pueblos del mundo ha imitado la civilización occidental y adoptado sus ideales en los momentos en que Occidente comenzaba a mostrarse inseguro de sí mismo y perdía la fe en las tradiciones que le dieron el ser. (...) En consecuencia, los hombres pertenecientes a países menos adelantados, en su tarea de proveer de ideas a sus propios pueblos, no asimilaron, durante el periodo de aprendizaje en el mundo occidental, la manera en que Occidente edificó su civilización, sino más bien los utópicos sistemas que su propio éxito engendró a manera de alternativa<sup>1498</sup>. Tal situación es particularmente trágica, pues aunque las creencias sobre las que dichos discípulos de Occidente están operando faciliten una más rápida copia de sus realizaciones, también les impiden alcanzar

<sup>1496</sup> Hayek. Los Fundamentos de la Libertad. Páginas 93 y 94.

<sup>1497</sup> Ante el tema concreto del abandono por parte del continente europeo de sus raíces, Juan Pablo II se expresó con palabras que de alguna manera podemos extrapolar al tema general que Hayek apunta sobre el abandono de Occidente de su propia herencia y principios: “yo, Juan Pablo, hijo de la nación polaca que se ha considerado siempre europea, por sus orígenes, tradiciones, cultura y relaciones vitales; eslava entre los latinos y latina entre los eslavos; Yo, Sucesor de Pedro en la Sede de Roma, una Sede que Cristo quiso colocar en Europa y que ama por su esfuerzo en la difusión del cristianismo en todo el mundo. Yo, Obispo de Roma y Pastor de la Iglesia universal, desde Santiago, te lanzo, vieja Europa, un grito lleno de amor: *Vuelve a encontrarte. Sé tú misma*. Descubre tus orígenes. Aviva tus raíces. Revive aquellos valores auténticos que hicieron gloriosa tu historia y benéfica tu presencia en los demás continentes. Reconstruye tu unidad espiritual, en un clima de pleno respeto a las otras religiones y a las genuinas libertades. Da al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios. No te enorgullezcas por tus conquistas hasta olvidar sus posibles consecuencias negativas. No te deprimas por la pérdida cuantitativa de tu grandeza en el mundo o por las crisis sociales y culturales que te afectan ahora. Tú puedes ser todavía faro de civilización y estímulo de progreso para el mundo. Los demás continentes te miran y esperan también de ti la misma respuesta que Santiago dio a Cristo: ‘lo puedo’” (Juan Pablo II. Acto Europeo en Santiago de Compostela, 9 de noviembre de 1982, 4).

<sup>1498</sup> Relacionado con esto, y de particular interés, resultan las palabras que dirigió Hayek a un público japonés durante el acto académico que dio origen a su ensayo Clases de Racionalismo (en Estudios de Filosofía, Política y Economía, página 149): “Creo que no me equivoco si pienso que el culto al uso explícito de la razón, que ha sido un elemento tan importante para el desarrollo de la civilización europea en los últimos trescientos años, no ha desempeñado el mismo papel en la evolución japonesa. No se puede negar que el uso intencionado de la razón como instrumento crítico ha sido tal vez la causa principal, en los siglos XVII, XVIII y XIX, del desarrollo más rápido de la civilización europea. Era, pues, natural que cuando los estudiosos japoneses comenzaron a estudiar las diversas corrientes del pensamiento europeo fueran atraídos sobre todo por las escuelas que parecían representar la tradición racionalista en su forma más extrema y explícita. Para quienes buscaban el secreto del racionalismo occidental, el constructivista y que considero una errónea e ilegítima exageración de un elemento característico de la tradición europea, se presentó como la vía más prometedora para el descubrimiento de ese secreto”.

sus propias y personales contribuciones. No todo lo que es resultado del desarrollo histórico de Occidente puede o debería trasplantarse a otras creaciones culturales. Toda civilización que, bajo la influencia de Occidente, surja en aquellos lugares alcanzará más rápidamente forma apropiada si se le permite desarrollarse que si viene impuesta desde arriba. (...) En los países de Occidente todavía parece que se registra amplia coincidencia sobre ciertos valores fundamentales. Ahora bien, tal acuerdo ya no es explícito; y si aquellos valores han de recuperar todo su vigor, es urgente e ineludible reinstaurarlos y reivindicarlos sin reservas”<sup>1499</sup>.

Se plantea así la necesidad de una toma de conciencia sobre la identidad de nuestra civilización, tema que, como se observa en todo lo comentado hasta el momento, está ligado tanto a la identidad individual de cada uno de nosotros como a su proyección a nivel social, colectivo, entendido como resultado de las acciones de multitud de individuos que reflejará las actitudes de ellos, siendo moldeada por los referentes que tengan sobre sí mismos y el mundo que les rodea. Al tocar este punto, se hace necesario que –así como hemos ido en nuestra consideración desde la cultura en su relación con el individuo, hacia la tradición cultural como fuente de progreso, enfocando el riesgo de alienación individual y colectiva que conlleva su ignorancia y desatención– tratemos ahora brevemente sobre la cultura, la civilización, en su desarrollo interno y sus relaciones con otras culturas.

## 6. El contexto multicultural

El mundo siempre ha sido un escenario de encuentro entre diversas culturas; a lo largo de los siglos se ha producido un intercambio cultural que ha resultado mutuamente enriquecedor para sus protagonistas<sup>1500</sup>: la historia de la antigua Roma nos proporciona un excelente ejemplo de ello. Sin embargo, el tema de lo ‘multicultural’, lo ‘intercultural’, ha adquirido nuevos relieves y dimensiones en nuestra época, en parte debido a los retos que plantea el proceso de globalización propiciado de modo especial por los avances en la tecnología de las comunicaciones y el desarrollo comercial: “El concepto de multiculturalismo que expresa la multiplicidad de culturas como un conjunto de fenómenos sociales derivados de la convivencia y coexistencia de personas con distintos bagajes culturales, diferentes formas de percibir, sentir, pensar y actuar. Los efectos de un nuevo paradigma, llamado globalización, acentúan y promueven con mayor intensidad el acercamiento entre diferentes culturas, la apertura de fronteras para productos y mercancías lleva un mensaje que colinda con la libre circulación de personas”<sup>1501</sup>.

El multiculturalismo, la interculturalidad, aparte de sus manifestaciones y dinámica a nivel global, se presentan también con características determinadas en nuestro contexto nacional, de donde surge que un adecuado enfoque de estos temas es de directa relevancia para nosotros, como miembros de la humanidad en general, y como guatemaltecos. Por otro lado, en nuestra época tristemente siguen habiendo quienes deseen explotar la identidad cultural (nacional, étnica, religiosa, etc.) de los grupos sociales como fuente para continuar promoviendo el odio y las

<sup>1499</sup> Hayek. Los Fundamentos de la Libertad. Páginas 19 a 21.

<sup>1500</sup> “El multiculturalismo no es una condición singular de la cultura moderna, es la condición normal de toda cultura, el multiculturalismo es inevitable, el mundo como un todo se divide en sociedades, comunidades, grupos, familias, cada uno con su propia cultura. Ni siquiera el cristianismo en la edad media consiguió el monopolio de las identidades simbólicas, en este sentido todos somos multiculturales, somos el resultado del entrecruzamiento de nuestros rasgos culturales (religión, lugar de nacimiento, escuela, idioma, etc). Toda sociedad es potencialmente multicultural, característica aún más sobresaliente en las sociedades contemporáneas” (Barrera Santos. Ob. Cit. Página 15).

<sup>1501</sup> Ibid. Página 14.

divisiones, la discriminación, las confrontaciones y el sufrimiento entre los seres humanos. A partir de todos los motivos comentados, entre otros, se nos revela con claridad que una reflexión sobre los elementos constitutivos de nuestra cultura deba necesariamente complementarse con una reflexión sobre la pluralidad cultural en las circunstancias de nuestro tiempo, pues los retos y oportunidades que nuestra época pone ante nosotros así lo requieren para bien de la humanidad. Ciertamente no pretendo realizar una gran ni original contribución a dicha reflexión, sino únicamente citar con brevedad algunas ideas básicas que ubiquen al lector en un aceptable primer acercamiento a esa perspectiva que decíamos.

Los problemas y retos que nos plantea lo intercultural, lo multicultural, a mi entender no son más que manifestaciones concretas y a nivel social de lo que para el hombre ha sido un reto constante a lo largo de los siglos en todas las dimensiones de su existencia, también en lo individual: la búsqueda de ese justo medio del que ya nos hablaba la filosofía griega. En efecto, se plantea actualmente el reto de distinguir y balancear asuntos como: la valoración y estima de la propia identidad cultural a la vez que estando abiertos a valorar lo que otras culturas puedan enseñarnos; apreciar los aportes y grandezas de la propia cultura sin que ello nos conduzca a un complejo de superioridad que resulte un obstáculo para el diálogo y convivencia con otros trasfondos; conservar aquello que constituye lo esencial y más característico de nuestra cultura sin caer en un ciego conservadurismo que nos haga temer el necesario y legítimo cambio; como paso previo, identificar y conocer qué es lo esencial de nuestra cultura, mediante el cuestionamiento y la reflexión con serenidad racional y amplitud de miras; saber identificar y valorar cuanto de bueno, útil y verdadero hay en cada cultura, sin caer en un relativismo que traicione el carácter mismo de la cultura como producto humano; y muchos otros planteamientos que surgen en nuestra época, con variantes matices de dificultad e importancia. La resolución de dichos retos requiere un esfuerzo constante y compartido, en cierta forma interminable y universal. Se hace necesario tener una mentalidad muy abierta pero, a la vez, sin que ésta apertura convierta la mente en recipiente que todo lo trague, para lo cual debe desarrollarse la capacidad de examen y valoración crítica de lo que aprendemos, así como de los mismos criterios que nos sirven para tal evaluación. Considero que las ideas que hemos compartido en la sección precedente de este capítulo son un saludable punto de partida que nos coloque en el camino de un equilibrado amor por la tradición y por la libertad, por la herencia y por el cambio, por lo propio y por lo ajeno: lecciones que –si bien articuladas en la teoría por pensadores más o menos recientes (los que hemos citado, y muchos otros)– encuentro reflejadas ya en la sabiduría práctica de la antigua Roma, concretada magníficamente en su arte del Derecho, de donde vemos otra valiosísima enseñanza que nuestro pasado romano –en sí mismo y como parte de nuestra tradición cultural– nos enseña con indiscutible actualidad para el momento presente: la unidad del género humano y la razón común, la universalidad, la igualdad y fraternidad, el respeto y valoración del otro, son ideas profundamente enraizadas en la civilización de Occidente, ideas que la han forjado y caracterizado. Como occidentales, estamos privilegiadamente equipados para afrontar los retos que la humanidad atraviesa actualmente; para lograr la convivencia y la comprensión entre los hombres, basta con recordar y asumir nuestro propio trasfondo cultural. De ahí que esa desilusión de Occidente, ese olvido –o rechazo– de su propia identidad y raíces, entrañe un peligro que –no queramos exagerar, pero tampoco permanecer en una cómoda ignorancia que haga que los hechos nos tomen por sorpresa– puede llegar a amenazar la subsistencia no ya sólo de nuestra civilización, sino hasta de la misma posibilidad de que las diversas civilizaciones y culturas puedan coexistir en planos de igualdad y respeto.

Una noción fundamental que debe guiar la reflexión sobre la cultura y, con ello, el diálogo y la convivencia multicultural, es la conciencia del carácter histórico de la cultura: “Las culturas no



son, se hacen, se van construyendo, con ciertos períodos marcados de generación en generación, el multiculturalismo es la convivencia en un mismo espacio social de personas identificadas con culturas variadas, y se da como consecuencia de cambios y nuevas formas de vida e intercambio”<sup>1502</sup>. La cultura evoluciona, en una forma que está más allá del control racional del hombre: “Es más inexacto suponer que el hombre racional crea y controla su evolución cultural que la suposición contraria de que la cultura y la evolución crean la razón. (...) La ciencia evidencia que no fue esa realidad psíquica que denominamos mente lo que originó la aparición del orden civilizado, y menos aún que, llegada a cierto grado de desarrollo, asumiera el control de su evolución futura. (...) Tanto desde el punto de vista lógico como desde el psicológico e histórico, la costumbre y la tradición deben, pues, quedar ubicadas *entre* el instinto y la razón. No derivan de lo que solemos denominar ‘inconsciente’; no son fruto de la intuición, ni tampoco de la aprehensión racional. Aunque en cierto modo se basan en la experiencia –puesto que tomaron forma a lo largo de nuestra evolución cultural–, nada tienen que ver con algún comportamiento de tipo racional ni surgen porque se haya advertido conscientemente que los hechos evolucionaban de determinada manera”<sup>1503</sup>. Estar conscientes del carácter histórico de la cultura – y, además, de su ubicación ‘entre el instinto y la razón’– implica una apertura al cambio y transformación de la cultura, a la vez que la capacidad de, mediante el diálogo y la reflexión, evaluar críticamente los caracteres de las culturas: “*Society progresses through time, and culture therefore has to do with history. Culture develops along the way, through the encounter with new realities and the assimilation of new perceptions. It is not closed up in itself but is affected by the impetus of time’s onward flow, in which the confluence of different currents, the processes of union are important. The historical character of culture signifies its capacity for progress, and that implies its capacity to be open, to accept its being transformed by an encounter. (...) Each particular culture not only lives out its own experience of God, the world, and man, but on its path it necessarily encounters other cultural agencies and has to react to their quite different experiences. This results, depending always on the degree to which the cultural agent may be closed or open, inwardly narrow or broad in outlook, in that culture’s own perceptions and values being deepened and purified. That may lead to a profound reshaping of that culture’s previous form, yet this does not necessarily involve any kind of violation or alienation. In a positive case, it may be explained by the potentially universal nature of all cultures, which is concretized in the acceptance of what is other and the change of what is its own. A process of this kind can in fact lead to a breaking open of the silent alienation of man from the truth and from himself that exists within that culture. This can represent the healing Pasch for a culture, which through an apparent death comes to new life and becomes then for the first time truly itself*”<sup>1504</sup>.

Me parece de vital importancia tener en cuenta siempre el carácter histórico de la cultura, como una noción que guíe nuestra reflexión. Esto tiene relevancia directa para nuestra materia y nuestro estudio, pues al analizar el Derecho Romano debemos recordar que los mismos juristas romanos estaban concientes tanto de la universalidad de ciertos aspectos del Derecho (*ius naturale*) como de la mutabilidad de tantas y tan amplias realidades insertas en la historicidad de las culturas y civilizaciones particulares (*ius civile*), así como de los aspectos jurídicos de cierta generalización entre los pueblos que de alguna manera se han entendido como un intermedio entre los dos factores anteriores (*ius gentium*); de ello se deriva que también habrán aspectos del mismo Derecho Romano que respondan propiamente a la configuración histórica de la sociedad romana en un momento determinado. Sirve también la noción en otros ámbitos y niveles: recordar el

<sup>1502</sup> *Ibid.* Página 15.

<sup>1503</sup> Hayek. *Ob. Cit.* Páginas 212 y 213.

<sup>1504</sup> Ratzinger. *Ob. Cit.* Páginas 62 y 63.

carácter histórico de la cultura nos resulta esclarecedor en cosas tan diversas desde un análisis de ciencia social hasta una conversación informal con un extranjero. Es también importante en el contexto multicultural –nacional y global– en el que vivimos, para comprenderlo, asumirlo y encauzarlo<sup>1505</sup>. “Hay que evitar confundir la legítima reivindicación de lo específico y original de [la cultura] con la idea de que una tradición cultural deba encerrarse en su diferencia y afirmarse en su oposición a otras tradiciones, lo cual es contrario a la naturaleza misma del espíritu humano”<sup>1506</sup>; “Las culturas, estando en estrecha relación con los hombres y con su historia, comparten el dinamismo propio del tiempo humano. Se aprecian en consecuencia transformaciones y progresos debidos a los encuentros entre los hombres y a los intercambios recíprocos de sus modelos de vida. Las culturas se alimentan de la comunicación de valores, y su vitalidad y subsistencia proceden de su capacidad de permanecer abiertas a la acogida de lo nuevo. ¿Cuál es la explicación de este dinamismo? Cada hombre está inmerso en una cultura, de ella depende y sobre ella influye. Él es al mismo tiempo hijo y padre de la cultura a la que pertenece”<sup>1507</sup>.

\*

En resumen, todo lo que se busca plantear con lo hasta aquí expuesto consiste en esa profunda necesidad que tenemos de retomar y conocer a fondo los grandes valores e ideales que han sido el trasfondo y motor de la civilización occidental y de su desarrollo. Se concibe la tradición intelectual de Occidente como el entorno más propicio para el descubrimiento y el avance pues, a la vez que se le valora y venera, se le acoge no en un modo estático de estéril admiración, sino con una actitud que genera innovación y creatividad a partir del asombro –que ya desde la antigüedad se identifica como impulso del afán humano por conocer mediante su razón–, conscientes de que, precisamente por tratarse de una tradición, espera el aporte de las nuevas generaciones que en ella se forman y que gracias a ella prosperan, abierta a la sana crítica de lo recibido que nos haga valorarlo y comprenderlo más y mejor, depurando y potenciando su aprovechamiento con los nuevos elementos que en su constante crecimiento se incorporan; un crecimiento no ajeno, sino en armoniosa continuidad, con la herencia que ha evolucionado a lo largo de los siglos. Se considera la importancia de conocer nuestro trasfondo cultural no sólo por lo que dice a su valor como fuente y medio de progreso científico e intelectual, sino además por la relevancia fundamental que tiene en la conformación de los marcos referenciales de la existencia de cada individuo, su desarrollo integral como persona y su adecuada relación con el medio en que se desempeña, en relación con lo que de él obtiene y lo que a él aporta, contemporáneamente y de cara a las generaciones futuras.

---

<sup>1505</sup> “Reconocer la diferencia como base importante en la sociedad, para buscar la mejor forma de vivir y compartir con otros, es una creación colectiva de los individuos, la cual emerge de su propia autonomía, y es, una práctica sana, todo a través de intercambios y equilibrios, definidos por la propia acción de cada integrante, lo que permite estabilidad y armonía, insumos necesarios en la convivencia. [...] La diferencia entre los seres humanos es parte de la vida, de su cultura, genera un espacio de crecimiento y desarrollo humano y de la comunidad, es importante diferenciarnos por nuestras propias características de seres pensantes, y se hace necesaria la diferencia para estimular el intelecto y la creatividad del animal racional”. Barrera Santos. *Ob. Cit.* Páginas 12 y 19.

<sup>1506</sup> Juan Pablo II. *Fides et Ratio*, 72. He sustituido “el pensamiento indio” por “la cultura” entre corchetes, a fin de extrapolar la afirmación al contexto más amplio y general de la multiculturalidad. Extrapolación que, por lo demás, en ninguna manera violenta el sentido original del texto, en el cual seguidamente se añade: “Lo que se ha dicho aquí de la India vale también para el patrimonio de las grandes culturas de la China, el Japón y de los demás países de Asia, así como para las riquezas de las culturas tradicionales de África, transmitidas sobre todo por vía oral”.

<sup>1507</sup> *Ibid.*, 71.

## II. ¿HAYEK? – INSERCIÓN EN UN LEGADO Y POTENCIACIÓN MUTUA

A la luz de lo comentado surgen varias interrogantes: ¿cuál es o ha de ser nuestro punto de partida: Aristóteles, Santo Tomás, Hayek...?, ¿qué sucede con las contradicciones o incompatibilidades que parece haber entre algunas teorías mencionadas o algunos de sus aspectos?; esas contradicciones o incompatibilidades, ¿son reales o aparentes?, ¿son obstáculos insalvables?; más aún, ¿existe realmente una continuidad o –por lo menos– puntos de posible contacto entre las posturas citadas?, ¿es posible conciliarlas?, ¿es *saludable*?... ¿es *necesario*?; ¿es que acaso queremos ‘consagrar’ el iusnaturalismo clásico y el liberalismo evolutivo como las cimas del pensamiento y la doctrina, como las únicas, absolutas y definitivas respuestas?, ¿acaso no hay quienes afirman, más bien, que estas corrientes son completamente incompatibles y opuestas?; ¿qué tienen que ver con la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico? Mi respuesta a estas cuestiones no ha de ser directa ni aspira a ser definitiva: mi pensamiento al respecto se esclarecerá con lo que en este capítulo y el siguiente se expone, lo cual dará elementos al lector para que a su vez se forme su propio criterio.

En cuanto a Hayek, hay que decir que –por la constante referencia que a sus enseñanzas hemos hecho– parecería que se erige como el principal fundamento de lo que en esta tesis se plantea. Tal apreciación es –en cierto sentido y hasta cierto punto– razonable, si no del todo verdadera, pero en otro sentido no lo es. Me explico: lo que usualmente se entiende como teoría jurídica de Hayek es, precisamente, lo que bajo tal denominación hemos expuesto, es decir, la doctrina contenida principalmente en su obra ‘Derecho, Legislación y Libertad’, de donde se derivaría que una visión ‘hayekiana’ del Derecho debe partir de lo que en la obra de Hayek se expone y, de igual manera, circunscribirse a concebir el Derecho en los términos y dimensiones que dicho autor toma en cuenta. Sin embargo, yo no pienso que eso sea así: por un lado, ya hemos comentado anteriormente cómo la teoría de Hayek tiene limitaciones (algunas de las cuales él mismo estaba consciente) y cómo –no obstante el valor que indudablemente tiene– su teoría de ninguna manera agota el tema del Derecho ni explica completamente lo jurídico (cosa que, por lo demás, estoy seguro que jamás fue lo que Hayek pretendió, según quedará claro al profundizar en los presupuestos epistemológicos de su obra). Reducir el tratamiento ‘hayekiano’ del Derecho a lo que el mismo Hayek expone sobre ello me parece, por el contrario, algo muy ‘anti-hayekiano’, por motivos que en este capítulo se verán. Pero, entonces, ¿sí es mi intención realizar un enfoque ‘hayekiano’ del Derecho en general, de la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico en particular? La respuesta es, de alguna manera, irrelevante: juzgará el lector luego de verlo.

A mi entender, lo que realizo más bien se explica así: la teoría jurídica de Hayek –contenida principalmente, como se dijo, en ‘Derecho, Legislación y Libertad’– es un aporte muy valioso al entendimiento del Derecho que, sin embargo, se queda corto en determinados aspectos. No se puede entender a un autor si no se entiende su epistemología (y de ahí que, por mi parte, haya decidido escribir el presente capítulo), de donde un enfoque auténticamente ‘hayekiano’ del Derecho no puede ni debe limitarse a lo que Hayek ya expuso, sino que precisa remontarse a un ‘nivel’ o ‘dimensión’ a la vez superior y previo: los presupuestos epistemológicos de Hayek, su teoría del conocimiento y su antropología filosófica, que son el fundamento de su teoría del orden espontáneo, de la cual la teoría jurídica es a su vez una derivación, recordando con Zanotti que “Hayek comienza a tener una cosmovisión general de otros temas en función de esa ‘espontaneidad’ que había descubierto *con ocasión* de la teoría económica. (...) Para Hayek esto es básico en procesos tales como la moneda, el mercado, el lenguaje, la ley entendida como

*common law...*”<sup>1508</sup>; que la cosmovisión del orden espontáneo “no es una visión de la economía que se extiende a otras áreas. Por el contrario, es una teoría del conocimiento, que a su vez fundamenta la teoría del orden espontáneo, la que se elabora desde un caso particular de la misma: la economía”<sup>1509</sup>, y que “el orden de mercado es *un caso* de orden espontáneo; (...) por ende la noción de orden espontáneo es más amplia que el proceso de mercado, y su estudio es el objeto, en cierto sentido, de todas las ciencias sociales”<sup>1510</sup>. Así se perfila con mayor claridad que lo que Hayek piensa del Derecho, siendo resultado de esa cosmovisión más general, se limita al Derecho en su manifestación social, en su dimensión de orden espontáneo: es, por decirlo de alguna manera, una visión ‘sociológica’ del Derecho, que abarca solamente un aspecto del fenómeno jurídico. En el capítulo anterior, al relacionar a Hayek en la perspectiva de la teoría tridimensional del Derecho, veíamos la complejidad de su postura como formulada al parecer en la dimensión norma, pero a la vez con contenido en la dimensión valor, y ambos elementos fundamentados –según mi entender– en la dimensión hecho: tal parece que Hayek trae al suelo el tridimensionalismo. Sin embargo, yo considero que ello es muestra de la unicidad del Derecho, en el sentido que aún examinándolo en una de sus ‘dimensiones’ inevitablemente nos habremos de trasladar a las otras dos, pero en esencia la teoría jurídica de Hayek sigue estando anclada en la dimensión hecho, sigue siendo una visión sociológica, según ha quedado claro que el orden espontáneo se presenta como objeto de estudio de las *ciencias sociales*, que el orden espontáneo es –por su propia definición– un *fenómeno social*. El Derecho participa de la naturaleza de fenómeno social –y, por tanto, tiene aspectos de orden espontáneo– pero no se *limita* a ser un fenómeno social, no se *agota* en esa dimensión. En dicha línea, la teoría del orden espontáneo resulta una herramienta muy útil para conocer y comprender el Derecho, pero insuficiente.

A propósito de lo antedicho, bien cabe traer a mente otras consideraciones: refiriéndose a un ensayo de Antonio Argandoña en que dicho autor criticaba a Hayek, dice Zanotti que “es un ejemplo ‘paradigmático’ de la reacción de alguien que ve en Hayek algo muy valioso, *pero* que le falta algo igualmente valioso. Mi actitud hacia este tipo de críticas siempre ha sido difícil. A las personas formadas en un paradigma más o menos neotomista, que le piden a Hayek lo que le falta y me ven como un aliado potencial, siempre he contestado: ¿Por qué le piden lo que no puede dar? ¿Qué valor académico puede tener algo así? Agreguémoslo nosotros como podamos, pero poner a Hayek un 2 en ese supuesto examen es, como diría Caldwell, una crítica *externa* que a nada conduce”<sup>1511</sup>. Algunos pensadores catedráticos de la Universidad Francisco Marroquín escribieron ensayos en debate con Argandoña, a los cuales se refiere y se suma Zanotti: por ejemplo, Julio César de León Barbero “hacia el final de su ensayo [‘F.A. Hayek: ¿Enemigo de la dignidad y la libertad del hombre?’] hace su pregunta central: ¿por qué Hayek ‘necesita’ una fundamentación trascendente? ¿Es que no puede haber una fundamentación que no sea metafísica? Aguda pregunta. Clinton López lo sigue cuando más o menos había dicho: si Argandoña quiere agregarle a Hayek sus aditamentos neotomistas, que lo haga, pero Hayek *no* los necesita. [...] Aquí es donde cuenta el comentario de Clinton López. Si ‘agregamos’ Santo Tomás a Hayek o a Mises, ¿cuál es el resultado? ¿Una completa transformación, o un aditamento relativamente indiferente? Montar el edificio de racionalidad austriaca sobre la racionalidad tomista implica una transformación radical, efectivamente, del edificio austriaco, pero innecesaria. Ni Aristóteles, ni San Agustín, ni Tomás ni ningún otro autor clásico ‘vieron’ lo que Mises y Hayek vieron con respecto a la acción humana en el mercado. Por ende no se le agrega a

<sup>1508</sup> Zanotti. *Ob. Cit.* Página 14.

<sup>1509</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1510</sup> *Ibid.* Página 45.

<sup>1511</sup> *Ibid.* Páginas 79 y 80.

esa noción clásica algo que estaba contenido en ella históricamente, sino un despliegue conceptual nuevo que obedece a una conciencia histórica absolutamente diferente. Montar a los austriacos sobre Tomás no es hacerle decir a Tomás lo que no dijo ni minimizar la visión original de los austriacos. Es conformar un nuevo paradigma que responde a nuestra conciencia histórica. Nuevo paradigma que, tal vez, ni los tomistas ni los austriacos podrían haber descubierto solos, aislados, enojados, sin diálogo”<sup>1512</sup>.

Es, al examinar la epistemología de Hayek, cuando se descubren en ella posibilidades inexploradas de las que el mismo Hayek quizás ni estuvo consciente, es entonces cuando se desencadena un potencial que permite trascender lo que Hayek originalmente planteaba: la epistemología hayekiana contiene el germen de su propio crecimiento y profundización. Zanotti nos ofrece algunas pautas sobre la posible relación entre Hayek y otras teorías (en concreto, la tradición aristotélico-tomista), lo cual nos permite tender hacia un diálogo mutuamente enriquecedor, una compaginación, un insertarse en el marco más amplio y rico del milenario y universal legado intelectual de nuestra civilización: en dicha línea, el mencionado autor realiza valiosas observaciones tales como que “la teoría del orden espontáneo no es en sí misma neokantiana (...). Una teoría del orden espontáneo puede ser perfectamente compatible con la teoría de la causa final y con el realismo moderado de Santo Tomás, así también como con su teoría sobre la Providencia (...). Esto no implica, desde luego, que la teoría del orden espontáneo se derive del pensamiento de Santo Tomás, sino que no se contradice con él (...). Una vez afirmado que el orden espontáneo como tesis no se fundamenta necesariamente en Kant, se produce transitivamente toda una re-interpretación del pensamiento de Hayek que, sin traicionarlo, lo transforma de raíz. Una teoría del orden espontáneo fundada en Tomás ‘bañará’ de Santo Tomás también a sus tres aplicaciones básicas, lo cual implicará, a su vez, toda una aplicación contemporánea de tesis metafísicas de Tomás que éste ni soñaba en su tiempo. Así, toda la epistemología de Hayek se mantiene a la vez enriquecida con una antropología filosófica que fundamenta perfectamente lo limitado del conocimiento humano; explica también su libre albedrío y da la clave de la inteligibilidad de la conducta humana en su espiritualidad. (...) tampoco se deduce de Santo Tomás la teoría de la *common law* espontánea, pero no es contradictoria con la prudencia legislativa y la noción de derecho natural contenida en Santo Tomás. Que Hayek haya afirmado que su concepto de ley no es compatible con un ordenador Providente no importa: en sí misma lo es, por más que Hayek lo haya negado. Una enseñanza de todo esto es que cuando se reconstruye a un autor, su teoría en sí misma, como diría Popper, se independiza de él”<sup>1513</sup>.

El énfasis que en lo citado hace Zanotti sobre Santo Tomás y Kant se debe a que dichos comentarios los realiza en el contexto específico de examinar “dónde puede haber choques entre el/los planteamiento/s de Hayek con el cristianismo católico y dónde no”<sup>1514</sup>, tema de obligada discusión en virtud de la oposición que algunos señalan a causa del “agnosticismo metafísico neokantiano”<sup>1515</sup> de Hayek (recuérdese que en el capítulo anterior citamos algunas declaraciones de Hayek sobre su postura agnóstica y su actitud ante la religión). Sobre el particular, Zanotti llega a afirmar que “allí donde el pensamiento de Hayek *no se contradiga* con el cristianismo católico, ello no implica que ese punto se pueda afirmar desde el cristianismo católico”<sup>1516</sup> y que “Lo esencial de Hayek es ‘en sí’ no contradictorio con una filosofía a su vez no contradictoria

<sup>1512</sup> *Ibid.* Páginas 81 y 82.

<sup>1513</sup> *Ibid.* Páginas 17 a 19.

<sup>1514</sup> *Ibid.* Página 13.

<sup>1515</sup> *Ibid.* Página 18.

<sup>1516</sup> *Ibid.* Página 13.

con la fe católica. Por ello no importa lo que Hayek y los hayekianos piensen al respecto, pero tampoco importa lo que piensen algunos católicos que ven sólo la cizaña sin separarla del trigo”<sup>1517</sup>. Ese análisis de Zanotti resulta para nosotros muy valioso porque, más allá de la relevancia directa que tiene sobre el tema concreto relacionado con el cristianismo, sus observaciones –al ‘independizar’ la teoría de Hayek ‘en sí’, como el autor dice– abren la puerta para trasladar el pensamiento hayekiano hacia un panorama más amplio, un potencial más profundo, ya que permite ponerlo en contacto de nuevas maneras con otras corrientes de pensamiento, entre ellas la filosofía clásica, con lo cual a la vez –como también afirma Zanotti– se da la posibilidad de que el pensamiento antiguo (pensemos de modo especial en la filosofía griega, grecorromana y, desde luego, el pensar jurídico romano) encuentre aplicaciones actuales, contemporáneas, que en su lejana época original ni en sueños se vislumbraban. Hayek mismo hace constante referencia a las enseñanzas de los pensadores griegos, romanos y cristianos de la antigüedad y el medievo, reconociendo su influencia generalizada y profunda en nuestra civilización y en el propio pensamiento hayekiano<sup>1518</sup>, herencia que él acoge y sitúa concretamente en el liberalismo clásico y las teorías evolutivas de la sociedad; pero debemos adentrarnos más en el estudio de todas estas realidades en forma tal que nos aproximemos a descubrir cómo la vinculación de Hayek con la tradición intelectual de occidente es –o puede ser– más profunda, rica y prometedora de lo que él mismo estaba conciente y, al mismo tiempo, planteémonos la posibilidad de que a partir de Hayek seamos capaces de insuflar a esa misma tradición nuevos alientos de dinamismo y vitalidad.

### III. NOCIONES FUNDAMENTALES

Pasamos, como última parte de este capítulo, a exponer los puntos de partida sobre la concepción del hombre, el conocimiento y la verdad que guían nuestra reflexión. Se trata de temas complejos, profundos y delicados, sobre los cuales no puedo ni pretendo pronunciar la última palabra: antes bien, mi exposición se basará casi por completo en citas de autores, en que he buscado además textos sencillos y accesibles. Como se ha dicho, se ofrecen nociones muy básicas y generales que sirvan como marco de referencia; ciertamente éstas son susceptibles de depuración y refinamiento mediante la discusión que se ha dado, se da y se dará mientras el ser humano sea ser humano. Sin embargo, no corresponde a los propósitos de este trabajo adentrarnos en tal discusión.

#### 1. El hombre

Iniciemos con un ilustrativo ‘palabrerío’ del romanista argentino Humberto Vázquez: “¿Quién es el hombre? ¿Qué ente es ese que llamamos Hombre, que hace equilibrio sin red sobre el mundo...? Microcosmo operativo y ético que itenera el tiempo sin un signo cierto. ¿Qué tiene que armar su propio proyecto de vida, nadando azorado en el piélago del mundo que es su circunstancia? No es fácil definirlo. Porque hombre es el hombre primitivo, valga la redundancia, de barbas hirsutas, de greñas despeinadas... Hombre es también el pigmeo de Nueva Guinea y el famélico gigantón de Namibia, de Nigeria o el Zaire que mueren a miles con los ojos abiertos sobre la tierra calcinada del África; hombres fueron los profetas y patriarcas del Antiguo Testamento: Jeremías, Isaías, Jacob, Moisés. Hombre fue el místico medieval, como Juan de la

<sup>1517</sup> *Ibid.* Página 19.

<sup>1518</sup> Véase, por ejemplo: Los Fundamentos de la Libertad, páginas 19, 23, 87, 108, 123, 131, 154, 215, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 236; Derecho, Legislación y Libertad, páginas 40, 41, 58, 60, 74, 77, 97, 108, 109, 110, 123, 131, 159, 166, 188, 199, 203, 204, 205, 227, 231, 233, 243, 274, 275, 330, 367, 503, 538; Estudios de Filosofía, Política y Economía, páginas 59, 105, 149, 150, 153, 155, 160, 354, 429.

Cruz o Teresa de Jesús; Hombres fueron los filósofos griegos Aristóteles, Platón o Sócrates; Hombre fue el revolucionario de París: Danton, Marat, Roberpierre; Hombre es el Santo Padre, el Papa, y el monaguillo que voltea las campanas llamando a misa; Hombre fue Trotsky y el anarquista; Hombre es Maradona, el mejor futbolista del mundo; Hombre es la Madre Teresa de Calcuta y sus opuestos: Madonna o la Cicciolina; Hombre es el canillita que vocea sus diarios en la peatonal o el chofer del minibús... Un ingrediente mínimo de comunidad tendrá que existir entre esos puntos extremos de la variación humana... Los antiguos y medievales tenían su definición mínima del hombre, creo que hasta hoy no superada: Hombre es el animal racional<sup>1519</sup>.

“El hombre puede ser estudiado desde muchos puntos de vista. Cuando este *punto de vista* es el *metafísico*, la pregunta es por *el ser del hombre*: ¿qué es el hombre? ¿qué es lo que constituye su ser específico de hombre? ¿qué es la vida del hombre? ¿qué es el alma y qué origen tiene? Estos y muchos más son los interrogantes que indagan las últimas causas del ser del hombre y que justifican plenamente el nombre de metafísica del hombre”<sup>1520</sup>.

“La primera especificación del hombre que se nos muestra con claridad es que es un ser vivo y, al plantearnos qué es la vida, lo primero que se nos ofrece es que éste término designa una propiedad que poseen algunos seres: que son capaces de moverse por sí mismos con una finalidad interna en sus operaciones. La *vida* es, pues, la *capacidad de automoción*, entendiendo el movimiento no sólo en el aspecto locativo sino como movimiento metafísico o paso de potencia a acto: crecer, alimentarse, etc. No todos los seres vivos tienen la misma calidad de vida. Cada tipo de vida se caracteriza por el *grado de inmanencia* o capacidad del viviente de realizar las operaciones *desde sí mismo*, íntimamente relacionado con su mayor o menor *autonomía* o posibilidad de moverse por sí mismo. Hay tres tipos de vida:”<sup>1521</sup>

- “La *vida vegetativa*, propia de las plantas, en la que la autonomía e inmanencia de sus actividades son mínimas; simplemente la de *ejecución* de un movimiento, como es el crecer que, aunque procede de dentro de la planta, depende totalmente de factores externos a la misma como las condiciones ambientales o los nutrientes de que disponga. Sus operaciones propias son nutrirse, crecer y reproducirse”.
- “Un segundo tipo de vida, superior a la anterior, lo constituye la *vida sensitiva* correspondiente a los animales. En ella, además de tener la capacidad de la *ejecución*, el término de lo ejecutado es inmanente al animal, queda dentro de él mismo. Por ejemplo, un perro ve una manzana y la *forma* de manzana queda en su conocimiento. Ese

<sup>1519</sup> Humberto Vázquez. Filosofía de la Pervivencia del Derecho Romano. Páginas 4 y 5. El subrayado es del original. (Sí: tal vez lo cité sólo por la mención de El Diego...).

<sup>1520</sup> Fernández de Córdova, Pilar. Treinta Temas de Iniciación Filosófica. Página 152. Añade la autora: “A esta ciencia se le han dado también otros nombres como psicología racional que etimológicamente viene del griego *psyque* = alma y *logos* = ciencia, es decir, ciencia del alma; o el de antropología filosófica que también tiene sus raíces etimológicas en el griego: *anthropos* = hombre y *logos* = ciencia, ciencia del hombre; a la palabra antropología se le añade la de filosófica para diferenciar el estudio filosófico del hombre de cualquier otro estudio con finalidades arqueológicas u otras. También es importante establecer las diferencias entre psicología racional y psicología experimental. La psicología experimental es aquella que se vale de la observación, descripción y medición sistemática de las leyes y causas inmediatas para estudiar los fenómenos psíquicos y sus causas próximas. La racional o metafísica se pregunta por las causas últimas y sigue un método discursivo: la psicología racional inquiriere qué es la inteligencia mientras que la experimental ‘mide’ la inteligencia. Ambas psicologías se complementan”. Los resaltados en itálicas son del original.

<sup>1521</sup> *Ibid.* Páginas 153 y 154. Los resaltados en itálicas son del original.

movimiento que es el conocer la manzana, aunque tiene su origen externo al animal, posee mayor grado de inmanencia que los movimientos de la vida vegetativa porque el conocimiento es interior al animal. Las actividades que le son características son el conocimiento y el apetito sensitivos”.

- “Por último, el mayor grado de inmanencia lo tiene la *vida intelectual* en la que se incluye el hombre. El hombre se da a sí mismo la *ejecución*, la *forma* y el *fin* del movimiento. Le son propios el conocimiento intelectual y el apetito que sigue a este conocimiento y, cuando realiza alguna de estas operaciones, las hace con el fin que él se fija y, no sólo esto, sino que el conocimiento intelectual tiene mayor inmanencia que el sensitivo porque así como éste capta objetos particulares y concretos, aquél se refiere a lo universal y abstracto. Un perro ve *una mesa*; el hombre, además de ver una mesa, sabe que es una mesa y tiene el *concepto universal de mesa*”.

“La vida se da en un cuerpo con una organización y, en cuanto el grado de organización es mayor, el tipo de vida puede ser más perfecto ya que dispone de diversidad de órganos para realizar sus operaciones. Sin embargo, el principio de la vida no es el cuerpo ya que, si lo fuera, cualquier cuerpo tendría vida”<sup>1522</sup>. La filosofía aristotélico-tomista ve en el ‘alma’ el principio radical de cualquier operación que realice el ser vivo, asumiendo cada alma las funciones del alma o almas inferiores. Las operaciones (como nutrirse, ver o pensar) no las realiza el alma directamente, sino a través de principios próximos llamados potencias o facultades, que se pueden clasificar en:

- Potencias *orgánicas*: las que residen en un órgano. Por ejemplo, la potencia de nutrirse de las plantas reside en las raíces; la potencia de ver, reside en el ojo.
- Potencias *inorgánicas*: las que no se ubican en ningún órgano del cuerpo. Por ejemplo, la inteligencia y la voluntad.

El alma es la energía radical que tiene las potencias como instrumentos a través de los cuales ejercita sus operaciones o facultades, es el principio unificador del cuerpo vivo. En esta teoría, tanto los vegetales como los animales tienen ‘alma’ en cuanto principio de vida que es inmaterial, pero que, a su vez, es un alma *no espiritual*, ya que la espiritualidad implica total independencia de la materia en su ser y en sus operaciones. El hombre, en cambio, se entiende como un ser vivo compuesto de alma y cuerpo, alma espiritual y cuerpo material. Se trata de una unión sustancial, no meramente accidental (como la de un caballo y su jinete), ya que aunque “a lo largo de la historia de la filosofía, uno de los puntos difíciles de resolver ha sido el del modo como se realiza esa unión. (...) hay una gran *interdependencia entre cuerpo y alma* hasta el punto de constituir *un solo ser: un hombre*. (...) las operaciones del hombre, ya sean de la vida vegetativa como crecer, ya de la vida sensitiva como oír, ya de la vida intelectual como pensar, no las puede realizar ni el cuerpo solo ni sólo el alma y así pasa que si a una persona le duela la cabeza le es difícil pensar y si tiene paz en el alma come con más apetito que si no la tiene. (...) El alma es lo que da vida al cuerpo. (...) El hombre es cuerpo y alma unidos, cuando se separan por la muerte dejan de ser un hombre. Alma y cuerpo son dos sustancias incompletas que sólo en su íntima unión constituyen la sustancia completa hombre”<sup>1523</sup>.

<sup>1522</sup> *Ibid.*, Página 154. Los resaltados en itálicas son del original.

<sup>1523</sup> *Ibid.*, Página 156. Los resaltados en itálicas son del original.



El alma humana no sólo es inmaterial como la de todos los seres vivientes, sino que es espiritual. Es espiritual porque no depende de la materia ni en su ser ni en sus operaciones. Como el obrar sigue al ser, dado que el hombre es un ser racional, que piensa y quiere, su alma es espiritual. Entender y querer con actos propiamente humanos que se ejercen con total independencia del cuerpo. El acto de entender es espiritual por tres razones<sup>1524</sup>:

- *Porque conoce ideas abstractas y universales*: lo abstracto y universal es espiritual porque no tiene materia; luego el acto que las capta y la facultad que lo realiza tienen que ser espirituales.
- *Porque es capaz de reflexionar sobre sí mismo*: el conocimiento intelectual es capaz de saber que sabe, qué sabe y cómo sabe, y esto no lo puede hacer un conocimiento sensible y corpóreo (el ojo ve, pero no sabe que ve, qué ve y cómo ve).
- *Porque puede conocerlo todo*: un conocimiento sensible es ejercido por una facultad orgánica que no puede ser afectada más que por cuerpos según la naturaleza de la facultad: la vista, afectada por la luz.

El alma humana espiritual es también inmortal, pues la muerte no es otra cosa que la corrupción de un ser vivo. La corrupción de un ser puede darse de dos maneras<sup>1525</sup>:

- *Por sí mismo*: como una leche que se agría. Esto no sucede con el alma espiritual, ya que es simple y no tiene partes en las que se pueda dar disgregación que es la corrupción.
- *Por su dependencia de un ser corruptible*: como sucede con el alma de los vegetales y los animales. Tampoco sucede con el alma espiritual pues ésta no depende de nada material.

“Respecto al destino eterno del alma humana, la filosofía sólo puede añadir que un alma separada del cuerpo tiene un modo de obrar diferente a cuando estaba unida a él y que su voluntad libre queda fijamente adherida al fin a que tendía en el momento de la muerte. Todo lo demás relativo a esta cuestión queda a juicio de la teología”<sup>1526</sup>. La inmortalidad del alma fue tema que ocupó de modo muy especial las reflexiones de Sócrates y Platón, y “es Platón el que ordena el pensamiento de su maestro y ofrece sobre este asunto no una, sino varias argumentaciones”<sup>1527</sup>.

<sup>1524</sup> *Ibid.* Página 161.

<sup>1525</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1526</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1527</sup> Gómez Pérez, Rafael. *Memoria del Futuro*. Página 65. Así explica el autor, citando pasajes del diálogo *Fedón* de Platón: “Primera argumentación: las cosas surgen de sus contrarios. Así, si de la vida surge la muerte de la muerte tiene que surgir la vida. ‘Si todo lo que ha tenido vida muriera y estando muerto permaneciera en el mismo estrado sin revivir, ¿no llegaría necesariamente el caso de que todas las cosas tendrían un fin y que no habría ya nada que viviera? Porque si de las cosas muertas no nacen las vivientes y si éstas mueren a su vez, ¿no sería absolutamente inevitable que todas las cosas fueran finalmente absorbidas por la muerte?’

“A cualquiera se le ocurre objetar que eso es precisamente lo que ocurre: empezó la vida, se transmite durante un tiempo y al final todo quedará absorbido en la no existencia. Lo que le sucede a un individuo les ocurrirá a todos.

“Quizá por eso, en el diálogo se introduce enseguida una segunda argumentación, basada en la idea socrática de que ‘nuestra ciencia no es más que reminiscencia’. Sócrates argumenta con un ejemplo, el de la idea de igualdad. Comparamos cosas sensibles que nos parecen iguales, pero para eso es preciso tener la idea inteligible de igualdad de forma previa, porque no deriva de lo sensible. Es preciso que hayamos visto antes, en otra vida, la igualdad en sí. Y lo mismo hay que decir de la belleza en sí, la justicia, la santidad. Por eso conocer es reconocer, recordar lo que ya se

Comentando sobre la naturaleza social del hombre, dice Fernández de Córdova que ésta “está fundamentada en la comunidad de naturaleza con los demás hombres (...). El hombre es *el ser que nace y vive más desprotegido* y con mayores necesidades ante el medio natural que le rodea. Sin embargo, posee un valor que lo sitúa por encima de todos los demás seres del mundo y busca soluciones para remediar sus necesidades. El hombre es *un ser con una gran riqueza de posibilidades* que ninguno de ellos individualmente es capaz de agotar ni en una pequeña medida. Sus necesidades, la comprensión intelectual de las mismas y la atracción que le impele hacia los demás seres de su naturaleza, *le llevan a agruparse con los otros hombres para unir esfuerzos* y procedimientos conducentes a mejorar sus condiciones de vida no sólo para vencer los peligros primarios y allegar los elementos absolutamente vitales, sino también para lograr un nivel de vida de acuerdo a su dignidad (...). Ahora bien, *la sociabilidad es una característica esencial del hombre pero no es su esencia* y por tanto la persona y la humanidad del hombre no se agotan en su función social. La sociedad debe estar al servicio del hombre y no al revés ya que la unidad de cada hombre consigo mismo es una unidad sustancial mientras que la unidad de unos hombres con otros formando la sociedad es una unidad de orden en la que cada individuo que la compone tiene sus operaciones propias además de las sociales”<sup>1528</sup>.

Aunque ya hemos apuntado brevemente sobre la moralidad de los actos humanos en el capítulo anterior, es preciso aquí referirnos a lo siguiente, por la relación que tiene con el carácter social del hombre y su relevancia para nuestro estudio: explica Zanotti que autores de la escuela escocesa como Ferguson, Hume y Smith “captaron una dimensión del obrar humano que no se aplica a la dicotomía clásica altruismo-egoísmo (bueno, heroico lo primero; malo, execrable lo

---

vio. ‘Nuestras almas existían antes de este tiempo, antes que apareciesen bajo esta forma humana; y, mientras carecían de cuerpo, sabían’.

“La cuestión es: de ser cierto eso, se probaría la pre-existencia de las almas, pero no la inmortalidad. Sócrates advierte entonces que la no mortalidad quedó probado con la primera argumentación, pero por si acaso afronta una tercera.

“Esta tercer argumentación se basa, primero, en un análisis de qué cosas se disuelven y cuáles no. Aclarado esto, ver a qué categoría pertenece el alma humana. Se disuelven y disocian las cosas compuestas, no las simples. Eso, de lo que se acaba de hablar, la igualdad en sí, la belleza, la bondad ‘y toda existencia esencial, por ser pura y simple permanece la misma en sí, sin sufrir la menor alteración o el menor cambio’. Son ‘cosas’ que sólo pueden ‘percibirse por el pensamiento, porque son inmateriales y nunca se las ve’ con los ojos corporales.

“El alma humana pertenece a esa categoría de realidades invisibles. Es, por eso, inmaterial: ‘Nuestra alma se asemeja mucho a lo que es divino, inmortal, inteligible, simple e indisoluble, siempre igual y siempre parecido a sí mismo’. Y añade: ‘este ser invisible que va a otro medio semejante a ella, excelente, puro, invisible, es decir, a los infiernos, cerca de un dios emporio de bondad y de sabiduría, un paraje al que espero irá mi alma dentro de un momento, si a Dios le place, ¿un alma tal y de tal naturaleza no haría más que abandonar el cuerpo y se desvanecería reduciéndose a la nada como cree la mayoría de los hombres?’

“Si el alma se ha preparado para su separación del cuerpo, ‘va hacia un ser semejante a ella, divino, inmortal, lleno de sabiduría, cerca del cual, libre de sus errores, de su ignorancia, de sus temores, de sus amores tiránicos y de todos los demás males anezos a la naturaleza humana goza de la felicidad’”.

Ante las objeciones de sus interlocutores, Sócrates continúa argumentando: “...el alma es lo que da vida al cuerpo; el alma *es* vida; su contrario es la muerte. Por tanto el alma, que es vida, ‘no admitirá nada que sea contrario a lo que ella lleva consigo’. Si a lo que no admite nunca la idea de la muerte lo llamamos inmortal, queda demostrado que el alma es inmortal. Sócrates multiplica los ejemplos para que se le crea: lo impar nunca será par; el fuego nunca será frío.

“¿Demostrado? Simmias apunta que sí pero que ‘la grandeza del asunto y la debilidad natural del hombre me infunden una especie de desconfianza a pesar mío’. Se puede notar que ésta es la ‘sensibilidad’ también actualmente extendida, como en cualquier tiempo de la historia humana. Aristóteles, en las contadas ocasiones en que se refiere al tema de la inmortalidad del alma, deja caer que sería de desear, pero no encuentra, o no da, los argumentos que él mismo había oído de labios de Platón” (*Ibid.*, Páginas 67 y 68).

<sup>1528</sup> *Ob. Cit.* Página 163. Los resaltados en *italicas* son del original.

segundo) ni tampoco a la noción de racionalidad ‘computacional’ (como diría Kirzner) de la microeconomía convencional. El ser humano puede tener acciones evidentemente heroicas en cuanto a su nivel de caridad y desprendimiento, pero habitualmente las tradiciones sociales se plasman sobre la base de seres humanos normales que no son ni santos ni criminales absolutos. Esta dimensión del obrar humano (que no estuvo lehor de las intuiciones de Santo Tomás cuando éste afirma que la ley humana para seres humanos, la mayor parte de los cuales no son perfectos en la virtud: I-II Q. 96) significa sencillamente que la mayor parte de nosotros, en nuestra vida diaria, actuamos por beneficio propio en el sentido de querer progresar en nuestra propia situación y en la de nuestro entorno más cercano (familia, grupo de amistades, etc.) sin perjudicar al ‘vecino’ ni entrar en guerra con él. Tampoco nos mueve habitualmente un tipo de acción heroica en cuanto al altruismo, ‘súper-erogatoria’ como se dice actualmente. Este ‘intermedio’ de virtud, esa acción ni santa ni criminal (esa acción fruto del corazón humano herido pero no destruido por el pecado, diríamos desde cierta visión religiosa) es lo que estos autores llamaron ‘egoísmo’ y que hoy podríamos llamar egoísmo racional, si se quiere (porque sería ‘irracional’, en cierto sentido, entrar en guerra). Yo prefiero llamarla sencillamente acción humana con nivel moral promedio. ¿Pero qué es lo importante de esto? Que son estas acciones, este tipo de acción humana, lo que está detrás de las tradiciones, instituciones humanas ‘normales’. Esta conclusión, en el conjunto de una cosmovisión del orden social, es fundamental”<sup>1529</sup>.

Esa intuición de Santo Tomás a que se refiere Zanotti en la cita anterior también puede resultar muy útil a nuestro estudio, por lo que vale la pena añadirla aquí: “La ley, según ya expusimos (q.90 a. 1.2), es instituida como regla y medida de los actos humanos. Mas la medida debe ser homogénea con lo medido por ella, como se señala en X *Metaphys.*, pues diversas cosas tienen diversa medida. Por lo tanto, las leyes deben imponerse a los hombres en consonancia con sus condiciones, ya que, en expresión de San Isidoro, *la ley ha de ser posible según la naturaleza y según las costumbres del país*. Ahora bien, la capacidad de obrar deriva del hábito o disposición interior, pues una cosa no es igualmente factible para quien no tiene el hábito de la virtud y para el virtuoso, como tampoco lo es para el niño y para el hombre maduro. Por eso no se impone la misma ley a los niños y a los adultos, sino que a los niños se les permiten cosas que en los adultos son reprobadas y aun castigadas por la ley. De aquí que también deban permitirse a los hombres imperfectos en la virtud muchas cosas que no se podrían tolerar en los hombres virtuosos. Ahora bien, la ley humana está hecha para la masa, en la que la mayor parte son hombres imperfectos en la virtud. Y por eso la ley no prohíbe todos aquellos vicios de los que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos de los que puede abstenerse la mayoría y que, sobre todo, hacen daño a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir, tales como el homicidio, el robo y cosas semejantes. (...) La ley humana trata de conducir a los hombres a la virtud, pero no de golpe, sino gradualmente. Por eso no impone de pronto a la masa de imperfectos aquellas cosas que son propias de los ya virtuosos, obligándoles a abstenerse de todo lo malo. Pues de otro modo los imperfectos, al no poder soportar estas imposiciones, caerían en males mayores. Y así se dice en Prov 30,33: *Quien se suena demasiado, sacará sangre*. Y en Mt 9,17 se afirma que *si el vino nuevo*, es decir, los preceptos de la vida perfecta, *se echan en odres viejos*, en los hombres imperfectos, *se rompen los odres y se derrama el vino*; esto es, los preceptos son transgredidos y los hombres caen en males mayores. (...) La ley natural es una participación de la ley eterna en nosotros; pero la ley humana queda muy por debajo de la eterna. Por eso dice San Agustín en I *De lib. Arb.*: *Esta ley que se da para gobernar los Estados concede y deja impunes muchas cosas que son castigadas por la divina providencia. Pero por el hecho de*

<sup>1529</sup> Zanotti. *Ob. Cit.* Páginas 24 y 25.

*que no lo haga todo no se la debe desaprobar en lo que hace. De aquí que tampoco puede la ley humana prohibir todo lo que prohíbe la ley natural*<sup>1530</sup>.

Las dos reflexiones anteriores se relacionan, además, con otra consideración que Hayek nos ofrece sobre el hombre y su participación en el orden social: “Las teorías racionalistas de la planificación se basaron necesariamente en presumir la existencia de una cierta propensión del individuo para la acción racional, así como en la natural inteligencia y bondad de dicho individuo. La teoría evolucionista, por el contrario, demostró cómo ciertos arreglos institucionales inducirían al hombre a usar su inteligencia encaminándola hacia las mejores consecuencias y cómo las instituciones podrían concebirse de tal forma que los individuos nocivos hicieran el menor daño posible. La tradición antirracionalista se mostró aquí más cerca de la tradición cristiana de la falibilidad y maldad del hombre, mientras que el perfeccionismo del racionalismo está en irreconciliable conflicto con dicha tradición cristiana. Incluso la tan celebrada ficción del *homo oeconomicus* no fue un aspecto original de la tradición evolucionista inglesa. En puridad, apenas se exagera al afirmar que, según el punto de vista de esos filósofos británicos, el hombre es por naturaleza perezoso e indolente, imprevisor y malgastador, y que sólo a la fuerza de las circunstancias se debió su comportamiento económico o el cuidadoso aprendizaje que le llevó a ajustar sus medios a sus fines. El *homo oeconomicus* fue explícitamente introducido por el joven Mill, juntamente con muchas otras ideas que pertenecen más bien al racionalismo que a la tradición evolucionista”<sup>1531</sup>. En algo nos anuncia una porción del análisis que podremos abordar en el capítulo siguiente considerar los párrafos anteriores en relación con lo que nos dice Ulpiano al hablar del Derecho según la definición de Celso como *ars boni et aequi*: “cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, **deseando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas sino también con la incitación de los premios...**”<sup>1532</sup>.

Humberto Vázquez perfila su ‘filosofía de la pervivencia del Derecho Romano’, “fundamentándola en la Filosofía de la razón vital de Ortega y Gasset y en la Filosofía de la historia de Guillermo Dilthey, porque desde ellas surge una nueva visión del hombre como protagonista de la vida y personaje esencial de la historia. De esa tríada: Hombre, Vida como realidad primera y Razón Histórica, ha de surgir nuestra teoría acerca de la mismidad del hombre,

<sup>1530</sup> Suma Teológica, II, 1, cuestión 96, artículo 2. Las itálicas aparecen en la fuente consultada. En el artículo 3 añade: “Ya vimos (q.54 a.2; q.60 a.1; q.62 a.2) que las virtudes se distinguen específicamente por razón de sus objetos. Ahora bien, cualquier objeto de una virtud puede ordenarse tanto al bien privado de una persona cuanto al bien común de la sociedad. Un acto de fortaleza, por ejemplo, puede hacerse, ya sea para defender la patria, ya sea para salvar el derecho de un amigo, etc. Mas la ley se ordena al bien común, según ya expusimos (q.90 a.2). No hay, por lo tanto, virtud alguna cuyos actos no puedan ser prescritos por la ley. Salvo que la ley humana no se ocupa de todos los actos de todas las virtudes, sino sólo de aquellos que se refieren al bien común, ya sea de manera inmediata, como cuando se presta directamente algún servicio a la comunidad, ya sea de manera mediata, como cuando el legislador adopta medidas para dar a los ciudadanos una buena educación que les ayude a conservar el bien común de la justicia y de la paz. (...) La ley humana no prohíbe preceptivamente todos los actos viciosos, como tampoco prescribe todos los actos virtuosos. Pero, así como prohíbe algunos actos de cada uno de los vicios, también preceptúa algunos actos de cada una de las virtudes. (...) Un acto puede atribuirse a la virtud de dos maneras: o porque realiza algo objetivamente virtuoso; y así se considera acto de justicia hacer cosas rectas, y acto de fortaleza hacer obras valerosas; o porque realiza las obras de virtud según el modo propio del hombre virtuoso. En el primer sentido, la ley impone algunos actos de virtud. En el segundo sentido, el acto virtuoso procede siempre de la virtud, y no cae bajo el precepto de la ley, sino que es precisamente el fin al que la ley conduce. (...) No hay virtud cuyos actos no puedan ser ordenados al bien común de manera inmediata o mediata, como acabamos de decir”.

<sup>1531</sup> Hayek. Los Fundamentos de la Libertad. Página 92.

<sup>1532</sup> Digesto, 1.1.1. El resaltado en negrillas es mío.

a partir de una concepción dual de su esencia”<sup>1533</sup>, la cual explica diciendo que “Nuestro argumento nuevo para explicar esa perdurabilidad del Derecho Romano, se fundamenta en esa mismidad de la naturaleza humana, a partir de una concepción dual de su esencia: la una biológica, irracional, natural y ahistórica, que engendra fatalmente formas de vida invariables que se van repitiendo en el tiempo... La otra humana, racional, cultural e histórica, que engendra formas de vida variables y mudables que se van diversificando en el tiempo, pero de las que el hombre es heredero. El Derecho Romano ha sido alumbrado, parido por esas formas de vida, las unas y las otras”<sup>1534</sup>. La esencia que él llama biológica describe al hombre como “Un mamífero del período coceno, bípedo, cuadrmano, sexuado, arrojado indiscriminadamente sobre las anfractuosas rugosidades de la tierra, cumpliendo sus más primarias necesidades fisiológicas todos los días”<sup>1535</sup>.

En el presente estudio, no nos estamos basando directamente en Ortega y Gasset ni Dilthey, pero de alguna inspiración nos puede servir el enfoque de Vázquez. Sin embargo, cabe observar que la dualidad de esencia en el hombre que éste señala se limita a la naturaleza empírica (esencia biológica) y el hecho de que el hombre se encuentra inmerso en el devenir histórico (esencia humana, en el lenguaje de Vázquez). Le falta a Vázquez hacer referencia a la esencia metafísica del hombre (noción cuya ausencia –como hemos visto– entraña el peligro de abrir la puerta a la falacia naturalista) y, además, yo pienso que más correcto que la ‘concepción dual de la esencia’ es una concepción en la que se mire al hombre, no como dotado de dos esencias (Vázquez no llega a afirmarlo tan explícitamente, pero alguna confusión interpretativa podría derivarse del lenguaje que utiliza) –ya que, entendiendo la esencia como aquello por lo que algo es lo que es, jamás podría concebirse un ser dotado de dos esencias– sino más bien considerando que, el hombre, en su esencia única de hombre, es un ser cuya vida y obrar se manifiesta en las diversas dimensiones de las cuales participa. Hemos visto que “la vida natural del hombre está constituida de la triple manifestación vegetativa, sensitiva e intelectual”<sup>1536</sup> siendo sin embargo el hombre una unidad sustancial de alma y cuerpo: es decir, no se trata de que el hombre tenga una ‘esencia vegetal’ que le provea la vida vegetativa, una ‘esencia animal’ que le provea la vida sensitiva y una ‘esencia racional’ que le provea la vida intelectual, sino que posee una sola y misma esencia humana, esencia de hombre, cuya alma espiritual como principio de vida “asume las funciones de (...) las almas inferiores”<sup>1537</sup>. De igual modo, no hay en el hombre ‘dos esencias’ de las cuales una le haga tener la misma corporalidad en todo tiempo y lugar y otra le haga tener manifestaciones culturales e históricas que varían en el tiempo y el espacio, sino una sola esencia –su ser de hombre– que le hace participar, tomar parte, desenvolverse y manifestarse, tanto dentro de la atemporalidad y espiritualidad de la vida intelectual como en la temporalidad y materialidad del mundo físico, insertándolo en el devenir histórico. Además, considerando al hombre como unidad sustancial de cuerpo y alma –no como un cuerpo unido a un alma o un alma encerrada en un cuerpo–, y recordando los sencillos ejemplos y el propio saber experiencial sobre la íntima y estrecha relación entre cuerpo y alma, puede fundamentarse mejor la perspectiva del conocimiento humano.

El alma es espiritual, y no depende de la materia ni en su ser ni en sus operaciones; el cuerpo es material, ocupa un lugar en el espacio y existe en el tiempo. Pero, como unidad sustancial de ambas, el hombre puede con su conocimiento trascender la materia (de ahí la posibilidad de la

<sup>1533</sup> *Ob. Cit.* Página 3.

<sup>1534</sup> *Ibid.* Página 7.

<sup>1535</sup> *Ibid.* Página 8.

<sup>1536</sup> Fernández de Córdova. *Ob. Cit.* Página 154.

<sup>1537</sup> *Ibid.* Página 155.

metafísica) pero, al mismo tiempo, le resulta perfectamente ‘natural’ dar lugar con su acción a manifestaciones con variación espacio-temporal: así, lo ‘histórico’ en el hombre no se perfila como algo enteramente cambiante, casi en oposición con la inalterabilidad biológica que señala Vázquez, sino en armonía con el hecho de que el hombre, siendo siempre el mismo, actúa en el tiempo, en el espacio, y, con ello, dentro del devenir: el cambio no es ‘ajeno’ al hombre, pero tampoco le determina a nivel de esencia. La esencia inmutable y ‘ahistórica’ del hombre sería, más bien, su esencia metafísica; por otro lado, la ‘esencia biológica’ de Vázquez tampoco podría ser ahistórica e inmutable, pues en cuanto participante de la vida sensitiva, de lo físico, esa ‘esencia’ del hombre estaría sujeta a evolución biológica.

En cuanto al calificativo de ‘racional’ que Vázquez adscribe a su ‘esencia humana’, hemos visto que en la visión aristotélico-tomista lo racional hace referencia, por el contrario, a la capacidad de conocimiento espiritual y, con ello, independiente del tiempo. Parece haber, entonces, una incompatibilidad ante la ‘razón histórica’ de que habla Vázquez: considero que este punto se resuelve haciendo énfasis nuevamente en la íntima y estrecha relación e interdependencia del cuerpo y el alma que forman *un solo ser*, el hombre, y, a la vez, esta noción de interdependencia y de unidad sustancial nos da luz para comprender mejor aquellas realidades humanas que se constituyen ‘entre el instinto y la razón’ como citábamos antes de Hayek, dentro de cuya categoría caen las realidades históricas y culturales a que hace referencia Vázquez. A mi entender, con estas consideraciones quedan mejor integradas las nociones e ideas que hemos expuesto. Es un tema que requiere mayor y mejor reflexión: ojalá algún lector se anime a retomarlo y profundizarlo. Yo me limito a exponer cuanto de ello sea elemental y básico con miras a los propósitos del presente trabajo.

## 2. El conocimiento

“El hombre, ser con conciencia del mundo que le rodea, tiene dos reacciones ante éste: conocimiento y apetito. Tanto uno como otro pueden pertenecer al plano sensible o al inteligible según que su objeto sea particular y concreto, como un árbol, o universal y abstracto, como el concepto árbol. El ámbito sensible lo comparte el hombre con el animal, el inteligente es propio de la persona o individuo racional”<sup>1538</sup>. “El hombre se ve rodeado de cosas que conoce de modo inmediato con los sentidos. (...) Tenemos un *conocimiento sensible* y un *conocimiento intelectual*. (...) Por este poder ‘ver’ más allá de lo que presentan los sentidos, el hombre se mueve en la realidad de las cosas que son y se pregunta sobre *eso qué es*. A esa pregunta puede contestarse, por lo menos, de tres modos: de una manera espontánea, de una manera científica o de una manera filosófica y cada una de estas tres formas de responderse le conducirá a un conocimiento determinado: *espontáneo, científico o filosófico*:

- El más sencillo es el *conocimiento espontáneo*. Es aquel que tenemos cuando vemos un puñado de trigo y sabemos que es trigo y que si lo sembramos y regamos nacerán espigas de trigo. Ese conocimiento lo adquirimos *por la experiencia*.
- También tenemos el *conocimiento científico* que es el que va más allá y se pregunta por las causas que hacen que nazcan esas espigas. Estudiando agronomía llegaríamos a conocer todas las condiciones que debemos procurar a las semillas sembradas para que crezcan lo mejor posible. Este es un conocimiento científico que ha buscado las causas del hecho del nacimiento del trigo, las *causas próximas o inmediatas*.

<sup>1538</sup> Fernández de Córdova. *Ob. Cit.* Página 169.

- También nos podemos preguntar por otras causas: las *causas últimas*. Desde este aspecto, nos preguntaríamos cómo es que una cosa que es semilla deja de ser semilla para ser espiga. ¿Qué es lo que hace posible esa transformación? ¿Qué hay en ese ente que permite que lo que antes era semilla de trigo pase a ser espiga de trigo? El conocimiento que ahonda buscando respuestas a estas preguntas es el *conocimiento filosófico*<sup>1539</sup>.

En cuanto al conocimiento sensible, se dice que el sujeto conoce uno varios aspectos del objeto mediante unas potencias que son los *sentidos*; los aspectos conocidos son los *sensibles*: por ejemplo, el color que capta el ojo, es un sensible. Los sentidos pueden ser<sup>1540</sup>:

- **Externos**: ponen en contacto directo con el mundo circundante. Cada sentido tiene su objeto propio. La reacción del sentido ante el estímulo se llama *sensación*, que es la unidad más simple de conocimiento. Mediante la sensación se captan accidentes del objeto y, a través de ello, aspectos de su naturaleza. Los sentidos externos se consideran cinco: vista, oído, olfato, gusto, tacto.
- **Internos**: permiten tener un conocimiento sensible más perfecto que el proporcionado por los sentidos externos. Los sentidos internos se consideran cuatro:
  - **Sentido común**<sup>1541</sup>: recibe las reacciones de los sentidos externos y cumple las siguientes funciones:
    - Captar y comparar sensaciones diferentes, distinguirlas entre sí y unirlas en un mismo objeto: por ejemplo, en un terrón de azúcar distinguir el color blanco (vista) y el sabor dulce (gusto), y unirlos en el mismo objeto (el terrón de azúcar).

<sup>1539</sup> *Ibid.* Páginas 35 y 36.

<sup>1540</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 170 a 172.

<sup>1541</sup> "...la pluralidad de sensaciones se unifica formando lo que se denomina percepción. Como la percepción no puede realizarla ninguno de los sentidos externos, tiene que existir un sentido nuevo que sea capaz de unificar las sensaciones, al cual, por unificar todos los datos recibidos de los sentidos externos, Aristóteles le llamó sentido común (*koiné aisthesis*). (...) Se puede pensar que en el sentido común se produce ya por lo tanto la primera captación de la substancia (y de la causalidad) (...). Esa primera captación es lo que en la psicología contemporánea se denomina síntesis sensorial o también organización primaria de la percepción, en la cual entra también, como elemento extrínsecamente asociado a ella, la palabra en tanto que 'sonido' (no en tanto que signo). El modo en que se realiza esta organización primaria ha enfrentado entre sí a la psicología asociacionista, que deriva del mecanismo cartesiano y del empirismo inglés de los siglos XVII y XVIII, y a la psicología de la forma, que deriva de la filosofía racional kantiana y de la neoaristotélica de Brentano (...) Estas dos escuelas acentúan, o bien la espontánea asociación de las sensaciones con la correlativa pasividad del intelecto (sensismo y empirismo), o bien la función estructurante de formas coexistentes o preexistentes ('estructuralismos' intelectualistas o materialistas). En ambos casos se pierde la continuidad entre intelecto y sentidos, puesto tan de manifiesto por la psicología filosófica aristotélica y por diversas corrientes de la psicología científica contemporánea. Por lo que se refiere al correlato fisiológico del sentido, la neurofisiología holista o totalista triunfa por el momento sobre la 'localista', pues no se han logrado aislar puntos o circuitos neuronales determinados a los que corresponda estrictamente la síntesis sensorial, y más bien parece que en dicha síntesis interviene toda la corteza cerebral. (...) El sentido común es, por todo esto, principio único y término final de toda sensibilidad exterior. Es decir, los sentidos externos se diversifican a partir de una raíz que les es común (el sentido común) y sus actividades diversas revierten a esa raíz común, de donde se unifican sus objetos respectivos". Choza, Jacinto. *Manual de Antropología Filosófica*, citado *Ibid.* Páginas 176 a 178.

- Captar los actos directos de los sentidos externos ejerciendo una conciencia sensible: el animal siente que ve, que huele, que tiene frío.

El acto por el que el sentido común reúne un conjunto de sensaciones captando varios aspectos de un objeto concreto recibe el nombre de *percepción*.

- **Imaginación:** es la facultad capaz de conservar y reproducir algo que en un momento estuvo presente pero que en ese momento no lo está. Sus funciones son:
  - Conservar las sensaciones recibidas por los sentidos externos y el sentido común.
  - Combinar distintas percepciones archivadas.
  - Reproducir dichas percepciones sin la presencia del objeto.

En el hombre la imaginación está influida por la inteligencia y por ello tiene más posibilidades y riqueza y puede ser gobernada por la voluntad.

- **Estimativa:** capta y estima o valora la utilidad o nocividad de las cosas percibidas antes de experimentarlas. Es el elemento cognoscitivo que desata los apetitos y las funciones motoras que siguen a éstos. En lenguaje ordinario se le llama *instinto*. Sus funciones son:
  - Estimar o valorar lo percibido.
  - Dirigir la acción práctica respecto a lo percibido y valorado.
  - Adquirir experiencia sobre lo valorado y la acción que llevó a la práctica.

Por la estimativa huye del fuego un animal o hace el nido un pájaro. En el hombre, recibe el nombre de *cogitativa* (de *cogitare*, pensar) porque es valoración el hombre la basa en la experiencia obtenida de muchos juicios particulares emitidos a partir de muchos datos sensibles.

- **Memoria:** la facultad que conserva y reproduce algo como pasado. A diferencia de la imaginación (que no hace la relación temporal), lo propio de la memoria es el reconocimiento de los recuerdos como algo pasado. Son sus funciones:
  - Conservar percepciones.
  - Reproducir percepciones en ausencia del objeto.
  - Reconocerlas como pasadas.

Con base en lo anterior, se entiende que la ‘sensación’ es “la impresión real, consciente y de origen externo –un excitante externo– causada en el sentido por una cualidad de un objeto”, y la



‘percepción’ es “el conjunto de sensaciones, imágenes y recuerdos que nos evoca y representa un objeto”<sup>1542</sup>.

Propio del hombre como ser racional es el conocimiento inteligible, realizado por la inteligencia cuyo objeto “en general, es el ser, pero en su estado de facultad del hombre, compuesto de cuerpo material y alma espiritual, su objeto propio es el ser de las cosas materiales tal y como se presentan a través de los sentidos, es decir, la naturaleza de las cosas sensibles como universal y abstracta. (...) Su objeto es el ser de las cosas sensibles: la noción de ser y la esencia de un ente concreto son nociones universales y, por tanto, espirituales, por lo que el acto de entender y la facultad que lo realiza, que es la inteligencia, son espirituales. La inteligencia necesita los sentidos corpóreos porque éstos le presentan el objeto material sobre el que la inteligencia trabaja, pero la inteligencia no está unida a ningún órgano corporal”<sup>1543</sup>. La inteligencia tiene tres operaciones:

- “*La simple aprehensión o concepto que es la captación de la esencia de una cosa. Todavía no hay conocimiento de una verdad pues la verdad es la adecuación de la mente con el objeto y para que haya adecuación tiene que haber comparación que todavía no la hay. La inteligencia humana es finita e imperfecta y necesita un proceso de varios actos para llegar a la verdad. En esta primera operación todavía no la ha alcanzado aunque ya ha captado su esencia, por ejemplo, la de reloj, lápiz o elefante; sin embargo, no hay sino la representación de un objeto en la inteligencia*”<sup>1544</sup>.
- “*El juicio en el que la inteligencia junta dos ideas o conceptos afirmando su identidad o las separa, negándola; por ejemplo, la plata es un metal, el gorrión no es mamífero; esto es una matera; esto no es una campana. El acto del juicio requiere unos pasos previos de la inteligencia:*
  - La aprehensión de las dos ideas que se compararán en el juicio.
  - La comparación entre ambas para ver su conveniencia o su disparidad.
  - La visión intelectual de esa relación.
  - La afirmación o negación mental de la conveniencia.

Muchos filósofos niegan el último paso porque lo consideran aprehendido en el tercero”<sup>1545</sup>.

- “*El razonamiento por el que partiendo de verdades conocidas, la inteligencia llega a conclusiones desconocidas. El razonamiento está compuesto de varios juicios que objetivamente dependen los unos de los otros. La verdad del razonamiento se basa en la de los juicios y en la correcta dependencia de unos y otros. Por ejemplo, yo sé que ‘todos*

---

<sup>1542</sup> *Ibid.* Página 171.

<sup>1543</sup> *Ibid.* Páginas 180 y 181.

<sup>1544</sup> *Ibid.* Página 181. Las itálicas son del original.

<sup>1545</sup> *Ibid.* Páginas 181 y 182. Las itálicas son del original.

los planetas giran alrededor del sol’ y que ‘Marte es un planeta’ luego llego a algo que antes desconocía: que ‘Marte gira alrededor del sol’”<sup>1546</sup>.

Fernández de Córdova, siguiendo “el pensamiento de Santo Tomás basado en Aristóteles”, explica el proceso del conocimiento poniendo de relieve que “es importante resaltar la gran *interdependencia que hay entre los sentidos y la inteligencia* como resultado de la *unidad* del hombre. El considerar al hombre como una *dualidad* de cuerpo y alma, dualidad afirmada por Descartes, ha llevado a la filosofía, a lo largo de la historia, a *grandes errores* como el racionalismo o el empirismo que, en líneas generales, han pretendido reducir el conocimiento humano a sólo la inteligencia o a sólo los sentidos”<sup>1547</sup>. Explica el proceso del conocimiento en cinco pasos o fases<sup>1548</sup>:

- “El conocimiento empieza en los sentidos que, una vez son actuados por la cosa sensible produce un fantasma o especie impresa sensible resultado de sensaciones, percepciones, imágenes y recuerdos, y que es el producto final presentado por los sentidos externos e internos a la inteligencia. En este momento la inteligencia es actuada y comienza a elaborar el concepto de un objeto”.
- “Para ello, la inteligencia realiza una serie de actos que conducen a la abstracción por la que separa lo inteligible de lo sensible. La abstracción es una de las funciones propias de la inteligencia. Requiere, en la inteligencia del hombre, una parte activa que es la que abstrae, llamada entendimiento agente y una pasiva o entendimiento paciente”.
- “El entendimiento agente es como una luz que ilumina la imagen presentada por los sentidos y hace resaltar lo que tiene de inteligible. La forma inteligible del objeto se imprime en el entendimiento paciente como una forma intencional que tiende a ser conocida y, sobre ella, el entendimiento paciente elabora el concepto o especie expresa inteligible”.
- “La especie impresa y la especie expresa son el medio a través del cual y en el cual, la inteligencia conoce la realidad. (...) Esa especie expresa es un concepto universal, objeto propio de la inteligencia<sup>1549</sup> que, directamente no conoce más que lo universal”.
- “Pero si se quedara en este punto, su conocimiento sería muy imperfecto puesto que lo que existe en la realidad no son conceptos universales sino objetos concretos que el hombre conoce. Entonces, ¿cómo conoce lo singular? Para conocer lo singular, la inteligencia, como por una cierta reflexión –un volverse sobre sí misma– realiza un

<sup>1546</sup> *Ibid.* Páginas 182. Las itálicas son del original.

<sup>1547</sup> *Ibid.* Página 184. Las itálicas son del original.

<sup>1548</sup> *Ibid.* Páginas 182 y 183.

<sup>1549</sup> “Cuando decimos que la inteligencia tiene por objeto lo universal, estamos abreviando un estado de cosas que – en realidad– es más complejo. En principio, la inteligencia tiene por objeto la esencia de cada cosa (su operación en un *intus legere*). A su vez, la esencia –cuando está abstraída– tiene la propiedad de ser universal. El cometido de conocer al individuo *sub natura communi* –y, por tanto, de percibir en concreto el acto y la potencia, las causas, la sustancia y los accidentes– corre por cuenta de la cogitativa, sentido interno que es racional por participación. Por ser una facultad sensible (actúa mediante un órgano), capta lo particular, por ser participativamente racional, puede ‘ver’ la esencia universal realizada en el particular. Incluso la persuasión de que algo determinado existe es obra de la cogitativa. Sin esta facultad, los conceptos intelectuales del entendimiento no tendrían una correspondiente experiencia a la cual volver”. Llano, Alejandro. *Gnoseología*, citado *Ibid.* Página 186.

proceso muy semejante al descrito hasta ahora pero en sentido inverso. (...) En esta fase tiene un papel decisivo la cogitativa de la que se dijo que era un sentido interno muy relacionado con la inteligencia. Esta vuelta a lo singular recibe el nombre de regreso al fantasma y es un conocimiento indirecto de la inteligencia con el que se cierra el proceso de la simple aprehensión”.

Todo lo anterior hace relación al conocimiento humano a nivel individual y, como tal, son puntos básicos de gnoseología según la metafísica de Aristóteles y Santo Tomás. Sin embargo, para fines de nuestro estudio es necesario ampliar el panorama hacia las repercusiones sociales del conocimiento, y es aquí donde entra Hayek, de la mano con los autores de la escuela escocesa, particularmente en cuanto éstos y aquél han esculpido la teoría de los órdenes espontáneos, la cual –como apunta Zanotti– “No se trata, contrariamente a ciertos autores de otras tradiciones, de sistemas eminentemente metafísicos aplicados luego al tema social (como es el caso de Aristóteles, Platón, San Agustín, Santo Tomás, Leibniz, Spinoza, Hegel, Marx, etc.), sino de una especie de intuición básica y fundamental, independientemente de su ubicación del todo coherente o no con otros elementos del ‘sistema’ (esto explica que Hume hable de lo natural en cuanto al tema social y luego niegue las esencias en su gnoseología)”<sup>1550</sup>.

Zanotti analiza la teoría del conocimiento que sirve de trasfondo a Hayek, partiendo de la consideración de que “el orden espontáneo en Hayek presupone *fuertes* premisas de teoría del conocimiento. (...) El autor que más influye en esos presupuestos gnoseológicos es, en nuestra opinión, Kant, interpretado de modo tal que podríamos hablar en Hayek de un neokantismo *sui generis*. De algún modo Hayek advierte en todos nosotros ciertas pautas de comportamiento en lo social no aprendidas, abstractas, previas a todo contenido concreto de experiencia, que son de algún modo *a priori*. Esto explica por qué el orden espontáneo no presupone un aprendizaje específico: al contrario, la capacidad de aprendizaje –limitada, pero contrapuesta a nuestra ignorancia total– es innata al hombre, y explica órdenes sociales dinámicos que se van ‘armando’ solos”<sup>1551</sup>. Expone también dicho autor que los autores de la escuela escocesa “unen [la característica de lo que Zanotti ha llamado ‘acción humana con nivel moral promedio’ (vista en el apartado anterior de este capítulo)] a lo limitado de su conocimiento. No necesitamos entrar en complicados detalles de teoría general del conocimiento ni tampoco coincidir con todos los detalles de la gnoseología de estos autores para comprender esta cuestión. Se trata sencillamente de la constatación experiencial (no hemos dicho experimental), de lo poco que sabemos de las motivaciones y valores últimos de los demás seres humanos. Si quisiéramos dar a esto una fundamentación filosófica más profunda, que excede el marco de estos autores, deberíamos decir que la creación esconde un margen de misterio proporcional al creador (J. Pieper), que la inteligencia humana no puede penetrar la totalidad de ese misterio, y menos aún la profundidad del misterio del corazón humano”<sup>1552</sup>.

El conocimiento limitado y disperso es uno de los pilares de la teoría de Hayek y, como tal, tiene repercusiones para su análisis del Derecho en cuanto orden espontáneo: explica Zanotti que “Las instituciones humanas son fruto ‘de la acción humana, mas no del designio humano’. Dado lo limitado de nuestro conocimiento, no se formaron como el escultor esculpe su estatua. No hubo un plan pensado por una mente humana ni por un grupo de personas, y luego ejecutado, que diera

<sup>1550</sup> Zanotti. *Ob. Cit.* Páginas 23 y 24. Sobre Ferguson, Hume y Smith, dice Zanotti que “estos autores están lejos de ubicarse en una tradición filosóficamente unívoca en cuanto a gnoseología y metafísica. [El orden espontáneo] Se trata de un aspecto del problema social que identificaron con relativa claridad” (*Loc. Cit.*).

<sup>1551</sup> *Ibid.* Páginas 14 y 15.

<sup>1552</sup> *Ibid.* Página 25.

lugar a tal o cual institución exitosa. Los planificadores tampoco hubieran podido controlar a esa naturaleza humana con nivel moral promedio. Hubieran exigido, tal vez, acciones supererogatorias, altruismos fuera del promedio (...), pero esa exigencia se habría colapsado frente a una conducta humana promedio y a nivel masivo. Por eso esas instituciones no fueron fruto del ‘diseño’ humano, pero sí, obviamente, fruto de la acción humana. Pero una acción humana limitada, en cuanto a su conocimiento y en cuanto a su moral. En este caso, no porque sea imposible o no deseable una acción humana heroicamente caritativa (todo lo contrario), sino porque esta última no puede ser la base de un orden ‘sistémico’ que trate de moderar los efectos de ese corazón humano limitado”<sup>1553</sup>.

“Si la capacidad cognoscitiva del hombre fuera casi la de Dios, entonces el ser humano podría planificar todo casi perfectamente. Si el hombre no tuviera ninguna capacidad de aprendizaje, todo, incluida la sociedad humana, sería un absoluto caos. Pero el punto es que si en situaciones de conocimiento sumamente imperfecto –error, incertidumbre, ignorancia de la propia ignorancia– hay de algún modo una tendencia hacia un resultado (que nadie en particular podría haber planeado), entonces tiene que haber algo en el conocimiento humano que sea el anverso de esa ignorancia. Ese ‘algo’ no está dado por cursos escolares de ningún tipo, sino por *disposiciones innatas de aprendizaje*. (...) Ante todo, Hayek ve una relación entre la primacía de lo abstracto, lo universal, y lo particular. Eso nada tiene que ver con algo así como ideas innatas. Tiene que ver con un tema básico para la teoría del conocimiento: el modo en que el ser humano interpreta la realidad. Cualquier conjunto inconexo de datos aislados sería ininteligible para la mente humana, si no fuera por una ‘clave’, por un criterio unitivo, previo a esos datos, que los ordene. Esa clave no es un dato más. Los datos son particulares; esa clave, más universal, y a eso se refiere Hayek, es ‘lo abstracto’. (...) Para Hayek, estas disposiciones, *a priori* y abstractas, se encuentran sobre todo en tres ámbitos:

- Uno, el lenguaje, en cuanto a la capacidad de articulación lingüística.
- El segundo ámbito está en la etología actual, que encuentra patrones o pautas de conducta en los animales que, trasladadas a los mamíferos superiores, implican una serie de disposiciones innatas de conducta que les permiten acciones muy precisas en circunstancias específicas. Hayek no tiene ni siquiera necesidad de aclarar que no está aplicándolo directamente al ser humano, pero sí que está haciendo una analogía evolutiva con nuestra capacidad de adaptación al medio y cierto tipo de respuestas (...).
- El tercer punto de apoyo lo encuentra en el anti-inductivismo de Popper, que no es tanto una cuestión específicamente metodológica cuanto la clara afirmación de que toda observación se hace merced a una teoría general previa. Las hipótesis no surgen de observaciones; es, más bien, al revés. Obviamente, ni Popper ni Hayek están pensando en una alta teoría científica innata en la mente humana. Más bien piensan que la capacidad, incluso a nivel precientífico, de unir datos aislados bajo un común criterio interpretativo implica una disposición previa de aprendizaje sin el cual cualquier descubrimiento y consiguiente progreso serían imposibles”<sup>1554</sup>.

Según Zanotti, lo que Hayek ha pretendido es recordarnos “que hay una disposición innata en el ser humano para proceder abstractivamente. Esa capacidad se desplegará en: a) su lenguaje; b)

<sup>1553</sup> *Ibid.*, Página 26.

<sup>1554</sup> *Ibid.*, Páginas 30 y 31.

sus capacidades de aprendizaje; c) su capacidad de subsumir lo particular en lo universal. Así puesto, es algo relativamente innegable, excepto que se piense en el paso siguiente, que es el segundo intento de [el ensayo ‘La primacía de lo abstracto’ de Hayek]. Esa disposición innata, desplegada en esas tres fases, es lo que implica que ese conocimiento limitado, sujeto al error y a la incertidumbre, no termine en un completo caos. La relación con el orden espontáneo se hace, allí, diáfana. (...) En tercer lugar, aparece una relación, que Hayek da por sentada, entre lo que él está proponiendo y las categorías *a priori* de Kant. Esto (...) nos indica el *status* filosófico último de la teoría del conocimiento de Hayek según el mismo Hayek. Él se proclama kantiano. Esto, por un lado, da coherencia y fortaleza conceptual a su tesis. (...) Lo que nos corresponde comentar es si ‘lo habitualmente interpretado de Kant’ es necesariamente el fundamento de lo que Hayek está diciendo. Que no tenemos ideas innatas, pero sí disposiciones innatas de aprendizaje, es algo que difícilmente hoy alguien negaría. Pero ¿se fundamenta necesariamente desde Kant? (...) El punto es que el apriorismo kantiano fue, para el mismo Kant, la base para negar una metafísica racional donde temas como el libre albedrío y la finalidad son básicos. Básicos para la fundamentación de una conducta racional. Pero si se niega una metafísica racional, no tenemos las bases para el fundamento último del acto de elección racional. (...) Hayek ha sido clarísimo en oponerse con vigor a una interpretación positivista o computacional de la acción humana (...) Pero lo paradójico es que el positivismo fue una de las tantas salidas coherentes de la negación kantiana del *status* científico de la metafísica”<sup>1555</sup>. Por eso Zanotti expone “otras bases para la fundamentación de las disposiciones innatas de aprendizaje”<sup>1556</sup>:

- “Que el conocimiento humano es limitado lo sabemos por una experiencia personal. Es discutible hasta dónde es limitado, pero a efectos de lo que estamos viendo es importante que destaquemos que no podemos conocer con certeza las valoraciones y pensamientos de las demás personas. Por supuesto, las podemos conocer conjeturalmente, pero eso nos conduce a un margen de error del cual no podemos escapar en los procesos sociales”.
- “También es importante que ese margen de error incluye nuestra propia ignorancia acerca de lo que no sabemos. No es cuestión de que un computador asuma lo que no sabemos como un dato y extrapole sus consecuencias para el futuro; el tema es que muchas veces perdemos oportunidades porque ignoramos lo que ignoramos, y de eso no puede ‘salvarnos’ ningún computador”.
- “Por otra parte, es verdad que nuestra evolución influye en nuestra conducta, dada nuestra unidad cuerpo/mente. A pesar de lo poco que se sabía de etología en su época, Santo Tomás hablaba ya de un sentido interno en los animales, la estimativa, para distinguir lo útil de lo inútil. Como cada modo de ser se articulaba en su pensamiento como una bisagra con un modo de ser superior, nada le costó concluir que la misma capacidad (llamada ‘cogitativa’) se encontraba en el hombre, pero haciendo de puente entre el conocimiento sensible y el intelectual. Con las actuales conjeturas del sistema nervioso central y las funciones del hipotálamo, nada nos cuesta asumir que gran parte de nuestras disposiciones innatas de aprendizaje forman parte de ese sentido interno. Excepto, por

---

<sup>1555</sup> *Ibid.* Páginas 31 y 32. Zanotti, en su obra, hace referencia concreta a la elección racional en la fundamentación última de la economía como ciencia, pero su reflexión es, sin duda alguna, relevante a nivel general para entender el pensamiento de Hayek, dado que hace relación a toda la teoría del orden espontáneo (en este aspecto particular, a sus presupuestos gnoseológicos).

<sup>1556</sup> *Ibid.* Páginas 32 a 34.

supuesto, las específicamente intelectuales, pero aún estás, en cuanto ‘disposiciones a’, son disposiciones innatas”.

- “De igual modo, que se necesite algún tipo de enfoque previo, una prototeoría para encarar cualquier tipo de observación empírica, es absolutamente necesario a partir de que la realidad es conocida pero limitadamente. Esto es, la realidad cognoscible es potencialmente infinita, pero lo que podemos conocer, finito. Entonces se desprende la necesidad de un ‘enfoque’ que seleccione lo que se va a observar y lo que no. Ese enfoque tiene que ver con nuestra capacidad de forjar conjeturas explicativas que guían nuestra observación y son de ese modo previas a ella. Y esa capacidad de teorizar emana naturalmente de las disposiciones innatas intelectuales de conocimiento”.

Finaliza Zanotti esos comentarios señalando que “Nada de lo que acabamos de decir implica la teoría de las categorías *a priori* interpretadas kantianamente, pero sin embargo todo lo que dijimos es compatible con la primacía de lo abstracto señalada por Hayek”<sup>1557</sup>. Zanotti considera que el ensayo ‘La primacía de lo abstracto’ es “una excelente síntesis de la teoría del conocimiento de Hayek que siempre se presupone en su teoría del orden espontáneo”<sup>1558</sup> y, por su parte, Hayek mismo ofrece un resumen de dicho enfoque haciendo explícita referencia a su relevancia dentro de la teoría jurídica del autor: “Conexas con el incierto significado del término ‘racionalismo’ están las opiniones que generalmente se mantienen a propósito de la actitud frente a la ‘abstracción’ característica del ‘racionalismo’. El término se emplea a menudo también para significar una indebida pasión por la abstracción. Sin embargo, el rasgo característico del racionalismo constructivista es el hecho de que el mismo no se encuentra a gusto con la

---

<sup>1557</sup> *Ibid.* Página 34. Añade el autor seguidamente que “Esto es importante, volvemos a reiterar, para la elaboración de una teoría de la acción humana no positivista, lo cual es esencial en la Escuela Austriaca”. Todo el análisis de Zanotti que hemos citado va de la mano con lo que explica en su misma obra sobre que “En la medida en que Kant sea incompatible con la armonía razón/fe del cristianismo católico, y en la medida que la teoría del conocimiento de Hayek sea kantiana, en esa medida ese aspecto del pensamiento de Hayek será incompatible con el cristianismo católico” (página 17). En el contexto de nuestro estudio, como ya indicábamos antes, este análisis es relevante porque (más allá del punto concreto del cristianismo católico) permite enlazar a Hayek, en niveles más profundos, con esa tradición intelectual de Occidente que tiene como principales referentes a Aristóteles y Santo Tomás, de la cual el mismo Hayek se reconoce heredero según lo antes referido. Recordando, a la vez, que dicha tradición intelectual es mucho más rica, variada, y matizada, que lo que se desprende de esos dos pensadores –aún siendo ellos como sus pilares centrales–, y que debe acogerse en la actitud de dinamismo creativo que de ella misma surge.

Sobre las implicaciones para la teoría de la acción humana, expone Zanotti que “Una teoría del orden espontáneo fundada en Tomás (...) da la clave para la inteligibilidad de la conducta humana en su espiritualidad, lo cual es la clave para la elaboración *a priori* de conjeturas sobre su conducta, depurado ese *a priori* de todo idealismo y convertido en una filosofía de la ciencia antipositivista correctamente fundada. Este tema es clave para el pensamiento católico actual, y no se ha visto lo importante que es Hayek para todo esto precisamente porque el problema de su agnosticismo metafísico neokantiano oscurece el panorama desde el principio” (página 18).

Por otro lado, en referencia a Santo Tomás, me parece oportuno aclarar, como el mismo Zanotti lo hace, que se trata de ‘una filosofía no contradictoria con el cristianismo católico’ (cfr. página 17), pero que tampoco constituye necesariamente una filosofía ‘derivada de’ el cristianismo católico ni es su filosofía ‘oficial’: ya hemos citado cómo Juan Pablo II en su magisterio afirma que “La Iglesia no propone una filosofía propia ni canoniza una filosofía en particular con menoscabo de otras” (*Fides et Ratio*, 49), aunque también expone que “el Magisterio ha elogiado repetidamente los méritos del pensamiento de santo Tomás y lo ha puesto como guía y modelo de los estudios teológicos. Lo que interesaba no era tomar posiciones sobre cuestiones propiamente filosóficas, ni imponer la adhesión a tesis particulares. La intención del Magisterio era, y continúa siendo, la de mostrar cómo santo Tomás es un auténtico modelo para cuantos buscan la verdad. En efecto, en su reflexión la exigencia de la razón y la fuerza de la fe han encontrado la síntesis más alta que el pensamiento haya alcanzado jamás, ya que supo defender la radical novedad aportada por la Revelación sin menoscabar nunca el camino propio de la razón” (*Ibid.*, 78).

<sup>1558</sup> *Ob. Cit.* Página 29.

abstracción, que no reconoce que los conceptos abstractos son un medio para vencer la complejidad de lo concreto que nuestra mente es incapaz de dominar plenamente. El racionalismo evolucionista, en cambio, reconoce que la abstracción es el único instrumento con el que nuestra mente puede tratar una realidad cuya plena comprensión se le escapa. Ello se debe a que el racionalismo constructivista concibe la ‘abstracción’ como una propiedad que pertenece sólo a los pensamientos o conceptos conscientes, mientras que en realidad se trata de una característica que poseen todos los procesos que determinan la acción mucho antes de que aparezcan en el pensamiento consciente o se expresen en el lenguaje. Siempre que un cierto *tipo* de situación evoca en un individuo una *disposición* a adoptar un cierto *esquema* de respuesta, se presenta esta relación básica que calificamos de ‘abstracta’. No hay duda de que la peculiar capacidad de un sistema nervioso central consiste precisamente *no* en hacer que a un estímulo particular le corresponda una respuesta particular, sino más bien en posibilitar a ciertas clases de configuraciones de estímulos ciertas disposiciones hacia una clase de acciones, y que sólo la superposición de muchas de estas disposiciones especifica la acción particular que ha de resultar. (...) consideraremos la ‘abstracción’ no sólo como una propiedad que, en mayor o menor grado, poseen todos los procesos mentales (conscientes o inconscientes), sino como la base misma de la capacidad del hombre para moverse con éxito en un mundo que conoce muy imperfectamente, una adaptación a su ignorancia de la mayor parte de los hechos particulares que integran el medio en que vive. (...) Nosotros no actuamos nunca, ni podemos actuar, con un conocimiento completo de todos los hechos que constituyen una situación particular, sino siempre singularizando como relevantes sólo algunos de sus aspectos; no mediante la elección consciente de una selección deliberada, sino gracias a un mecanismo sobre el que no ejercemos un control deliberado. (...) nuestra constante insistencia sobre el carácter no racional de muchas de nuestras acciones no significa despreciar o criticar este modo de obrar, sino, por el contrario, señalar uno de los motivos que lo hacen eficaz; y tampoco significa sugerir que deberíamos tratar de comprender a fondo por qué hacemos lo que hacemos, sino indicar que esto es imposible, y que podemos servirnos de gran cantidad de experiencia, no porque tengamos esa experiencia, sino porque, sin conocerla, ha sido incorporada en los esquemas de pensamiento que nos guían en nuestro obrar”<sup>1559</sup>.

Sobre el carácter limitado del conocimiento humano, Hayek explica que “el racionalismo constructivista, que desconoce todo límite en la aplicación de la razón consciente, ha dado origen en su historia, una y otra vez, a una auténtica rebelión contra la razón. En efecto, la secuencia por la que se pasa de una sobrevaloración de los poderes de la razón a la desilusión, y de ésta a una violenta reacción contra la guía de la razón abstracta y a una exaltación de los poderes de la voluntad particular, lejos de ser sorprendente, parece más bien inevitable. (...) La rebelión racionalista contra la razón, si así podemos llamarla, suele dirigirse contra las abstracciones del pensamiento. No reconoce que todo pensamiento debe permanecer abstracto en varios grados y que por lo tanto nunca podrá por sí mismo determinar plenamente las acciones particulares. La razón es simplemente una disciplina, una visión de las limitaciones de las posibilidades de éxito

<sup>1559</sup> Hayek. Derecho, Legislación y Libertad. Páginas 51 a 53. La relevancia para la teoría jurídica la expresa al decir que “Esta ‘primacía de lo abstracto’, como en alguna parte la he llamado, se presupondrá constantemente a lo largo de esta obra. (...) El principal objetivo de nuestra insistencia sobre las normas que rigen nuestras acciones es poner de relieve la importancia central del carácter abstracto de todos los procesos mentales” (página 52); “Las normas son un medio para hacer frente a nuestra ignorancia constitutiva. No habría necesidad de ellas entre seres omniscientes que coincidiesen en la importancia relativa de cada uno de los distintos fines. Cualquier examen del orden moral o jurídico que omita la consideración de este hecho pierde de vista el problema central. La función de las normas de conducta como medio para superar el obstáculo que represente nuestra ignorancia de todos los hechos individuales que deben determinar el orden general...” (página 194).

de nuestras acciones, que a menudo sólo nos dice lo que no podemos hacer. Esta disciplina es necesaria precisamente porque nuestro intelecto no es capaz de captar la realidad en toda su complejidad. Aunque el uso de la razón extiende el ámbito de los fenómenos que podemos dominar intelectualmente, lo consigue limitando la medida en que podemos prever los efectos de nuestras acciones, y por tanto limitando también a ciertos aspectos generales el grado en que podemos forjar el mundo a nuestra voluntad. (...) El racionalismo constructivista rechaza esta disciplina de la razón, porque se equivoca pensando que la razón puede dominar directamente todos los particulares, y por tanto se ve llevado a preferir lo concreto a lo abstracto, lo particular a lo general, debido a que sus defensores no comprenden que de este modo limitan el alcance del verdadero control que ejerce la razón. (...) Fue la incapacidad de reconocer que la abstracción ayuda a nuestra mente a progresar más de lo que que progresaría si intentara dominar todos los particulares, la que produjo una multitud de escuelas filosóficas enemigas de la razón abstracta – filosofías de lo concreto, ‘vitalistas’, ‘existencialistas’ – que exaltan la emoción, lo particular y lo instintivo, siempre demasiado dispuestas a apoyar emociones tales como las de raza, nación o clase. De este modo el racionalismo constructivista, en su empeño por someterlo todo a un control racional, en su preferencia por lo concreto y su negativa a someterse a la disciplina de reglas abstractas, acaba coincidiendo con el irracionalismo”<sup>1560</sup>.

Juan Roberto Brenes, catedrático de Filosofía de Hayek en nuestra casa de estudios, ha planteado lo que denomina la tesis de la perspectiva del conocimiento, así como la pirámide invertida del conocimiento, cuyas explicaciones me permito transcribir a continuación: “Consideramos que a mayor amplitud del orden societario, mayor debe ser la profundidad que brinden los conocimientos con los cuales se aborda esa realidad. Esta tesis puede llamarse **perspectiva del conocimiento**. Sostenemos que con mayor abstracción se obtiene una mejor perspectiva, si es que el científico es capaz de un desplazamiento intelectual a lo alto de la pirámide invertida del conocimiento. El vértice de esta pirámide es el tipo de conocimiento que toca puntualmente la realidad. En ese punto se apoyan todos los órdenes científicos porque es el contacto con las cosas mismas, en la cotidianidad de la persona. En el primer nivel de organización de conocimientos podríamos colocar las actividades cotidianas del ser humano que requieren combinación de experiencias y procedimientos. Entre ellas podemos mencionar: la elaboración de alimentos, la construcción de viviendas, la confección de vestimenta o el dominio de los cultivos. A un nivel de abstracción mayor, por la complejidad de los fenómenos que pretende sistematizar y por la posibilidad misma de sistematización, podríamos encontrar las ciencias particulares. Y en el umbral entre lo concreto y lo abstracto: la matemática, la manipulación de la cantidad, totalmente desencarnada, desprovista de cualquier materialidad. A ese nivel de abstracción se tiene una buena perspectiva, pero todavía incompleta. Cuando pasamos del análisis de la realidad con el modelo más abstracto de las ciencias particulares a la indagación de las causas y finalidades, surge una nueva dimensión que se caracteriza por buscar vías de inteligibilidad de la realidad comprendida y por brindar mayor perspectiva. Esa perspectiva es la filosofía. La primera de esas filosofías es, precisamente, la más práctica: la filosofía práctica o ética. Y más arriba, la ética especial, hoy más conocida como filosofía política. Y más allá, la gnoseología, la epistemología y las demás especialidades que, a mayor abstracción, conducen a una visión amplísima para otear futuros e interpretar pasados. Y, por último, la madre de las filosofías: la metafísica. Es entonces cuando la filosofía se eleva y amplía la perspectiva que todas las ciencias particulares juntas no podrían lograr jamás. Cuando se llega por la metafísica a los linderos de lo inefable, requerimos de otro tratamiento sistemático. Esta vez no de un dato de las ciencias particulares o de la sabiduría humana: es un dato del Creador. La Revelación y su tratamiento sistemático es el

---

<sup>1560</sup> *Ibid.*, Páginas 53 a 56.



contenido específico de la teología. Aquí se goza de una perspectiva superior aún. Lo que Dios ha dicho al ser humano es muy relevante para enfocar los grandes temas de la persona y sus relaciones con el entorno.

“De la pirámide invertida que hemos descrito resulta que el científico, ante la duda –ese estado de la mente en el que falta información y la voluntad no termina de inclinarse por uno u otro lado– lo mejor que puede hacer es preguntar al colega. El físico consulta al físico, el economista al economista. Pero el hecho de la unidad de la experiencia invita a la unidad de la ciencia y al contraste de pareceres. Muchos de los grandes avances en las ciencias han sido resultado de incontables horas de verdaderas discusiones entre profesionales de diversas especialidades. En este caso se trata de una consulta vertical: el físico pregunta al matemático y luego al filósofo y luego al teólogo y a Dios mismo. Con este entrecruzarse de los órdenes científicos, que no mezclarse, obtenemos una perspectiva completa y madura; prudente, en suma. Al utilizar la pirámide invertida del conocimiento como una herramienta para analizar la realidad podemos preguntar, por ejemplo, por la creación. El teólogo dará su explicación, el biólogo nos la explicará por medio de la evolución y alguien, con visión más puntual, podrá aclarárnosla tan sólo a través de la genética. Sin confusión de órdenes, sin mezcolanzas imprudentes, cada uno contribuirá a dar la visión completa que la humanidad necesita, poco a poco. Otra de las utilidades de esta pirámide invertida del conocimiento la vemos cuando tenemos que tomar decisiones dentro de un orden societario. Teniendo en cuenta el centro del orden<sup>1561</sup>, podemos ver que una ciencia particular no basta para tomar ciertas decisiones puesto que estas ciencias no incluyen en su espectro un conocimiento sobre la totalidad de la persona. Por lo tanto, hay que subir de nivel cuanto sea posible en esta pirámide a fin de tener el criterio correcto para decidir. Más necesario será ese ascenso cuantas más personas podamos prever que se verían afectadas por esa decisión o cuanto más profundas sean las modificaciones previsibles. Es así como se muestra la relación entre la magnitud del orden y la perspectiva del conocimiento”<sup>1562</sup>.

Esta perspectiva del conocimiento constituye un modo de considerar la relación entre el hombre y su modo de conocer y explicar la realidad, su entorno, que es congruente con el postulado fundamental que en él subyace, cual es que el hombre es capaz de conocer la realidad, pero que a la vez su conocimiento es limitado y disperso, en virtud del carácter finito del hombre y de su razón, y de los diversos grados de complejidad en que la realidad se manifiesta<sup>1563</sup>;

<sup>1561</sup> “En los órdenes societarios, por oposición a los moleculares, a los astronómicos y demás órdenes existentes, el núcleo de esas interacciones es un sujeto al que identificamos como persona, esto es, un sujeto con dos capacidades esenciales: inteligencia y voluntad. En consecuencia, no es posible hablar de un agregado cuando se trata de sujetos con inteligencia y voluntad individual, ya que estos son incomprensibles como un todo que actúa en un sentido único y uniforme. (...) De modo que la persona humana es la única entidad a considerar tanto como fundamento como en cuanto a finalidad de toda actividad en el mundo”. Brenes, Juan Roberto. La Teoría de los Órdenes Societarios. Página 4.

<sup>1562</sup> Brenes. Ob. Cit. Páginas 9 a 11.

<sup>1563</sup> Hayek dice (Grados de Explicación, en Estudios de Filosofía, Política y Economía) que “La discusión sobre el método científico se ha inspirado casi completamente en el ejemplo de la física clásica. La razón de ello reside principalmente en el hecho de que ciertos aspectos del método científico pueden ilustrarse fácilmente con ejemplos tomados de ese campo. U en parte también en la creencia de que, al ser la física la más desarrollada de todas las ciencias empíricas, debe lógicamente servir de modelo a todas las demás ciencias. Sea cual fuere la verdad de esta segunda consideración, no debería hacernos perder de vista la posibilidad de que algunos de los procedimientos característicos de la física pueden no ser de aplicabilidad universal, y que los de alguna de las demás ciencias, ‘naturales’ o ‘sociales’, pueden diferir de los de la física, no porque sean menos avanzados, sino porque la situación de sus campos difiere significativamente del de la física. Más en particular, lo que consideramos como el campo propio de la física podría muy bien ser la totalidad de los fenómenos en los que el número de variables de diverso tipo, significativamente conexas, es suficientemente pequeño que permite estudiarlas como si fueran un sistema

consiguientemente, el conocimiento de dicha realidad implica recurrir a diversos grados de abstracción en su estudio, interpretación y explicación, que tienen por objeto distintos aspectos o ‘niveles’ de la realidad. El hombre es capaz de salir de su ignorancia, pero siempre deberá estar consciente de que ignora, es decir, no ignorar que ignora, no ignorar lo que ignora: “ha llegado el momento de tomar más en serio nuestra ignorancia. Como Popper y otros estudiosos han puesto de manifiesto, ‘cuanto mas aprendemos sobre el mundo, y más profundo es nuestro conocimiento, tanto más consciente, específico y articulado será el conocimiento de lo que no sabemos, el conocimiento de nuestra ignorancia’. En muchos campos hemos realmente aprendido bastante para saber que no podemos conocer todo lo que deberíamos para obtener una explicación completa de los fenómenos. Estos límites pueden no ser absolutos. Aunque de algunos fenómenos complejos jamás podremos saber tanto como podemos saber de los fenómenos simples, podemos al menos reducir en parte el límite cultivando deliberadamente una técnica que tienda a objetivos más limitados como la explicación, no de los eventos individuales, sino exclusivamente de la aparición de ciertos modelos u órdenes”<sup>1564</sup>; “Ciertamente no parece improbable que, cuando el avance de las ciencias afecte a fenómenos cada vez más complejos, las teorías que proporcionan exclusivamente explicaciones de principio, o que describen tan sólo una gama de los fenómenos que ciertos tipos de estructuras pueden producir, se convertirán en la regla en vez de la excepción. (...) Y cuanto más nos movemos en el reino de lo extremadamente complejo, más probable es que nuestro conocimiento sea sólo de principio y que proporcione un esquema significativo en vez de los detalles. Especialmente cuando tengamos que habérmolas con la extrema complejidad de la actividad humana, la esperanza de obtener predicciones específicas de los detalles parece tener escaso fundamento. Podría parecer imposible para un cerebro humano especificar en detalle ‘ese modo de obrar, sentir y pensar canalizado a través de una sociedad por un número y una infinita variedad de modos de pensar potenciales’ que, en palabras de un eminente antropólogo, constituye la esencia de la cultura”<sup>1565</sup>.

---

cerrado, del que podemos observar y controlar todos los factores determinantes; y podríamos vernos inducidos a considerar ciertos fenómenos como situados fuera de la física, precisamente porque no se encuentran en esa situación. Si así fuera, sería ciertamente paradójico tratar de introducir las metodologías posibilitadas por esas especiales condiciones dentro de disciplinas consideradas distintas por el hecho de que en sus campos específicos no prevalecen esas condiciones” (páginas 35 y 36).

“Frente a la variedad y la complejidad de semejante situación nuestra imaginación no puede sugerir reglas más precisas que las indicadas, ningún control sistemático nos ayudará a resolver el problema. (...) El punto de vista actual con frecuencia parece considerar una tal situación como más allá de los límites de explicación del método científico (al menos en el sentido actual de las técnicas de observación), y parece aceptar que por el momento la ciencia se detiene aquí. Si así fuera, sería muy grave. No existe ninguna garantía de que algún día estaremos en condiciones, física o conceptualmente, de tratar fenómenos de todo grado de complejidad, ni de que fenómenos de todo grado de complejidad superior a este límite puedan no ser muy importantes” (páginas 41 y 42).

“...si el término modelo se emplea para indicar que el mismo muestra siempre algunas, no todas, de las características del original (de modo que la copia exacta de una máquina no podría propiamente definirse como un modelo), esto en realidad pone de manifiesto un aspecto importante que poseen todas las explicaciones aunque en grados muy distintos. (...) Todo modelo define una cierta gama de fenómenos que pueden ser producidos por el tipo de situación que él representa. Podemos no estar directamente en condiciones de confirmar que el mecanismo causal que determina el fenómeno en cuestión es el mismo que el del modelo. (...) La peculiaridad de estos tipos de modelos es que, puesto que tenemos que sacar deducciones de lo que sabemos de ciertos factores que contribuyen al fenómeno y no sabemos nada de otros, nuestras conclusiones y predicciones se referirán también sólo a algunas propiedades del fenómeno en cuestión” (páginas 49 y 50).

<sup>1564</sup> Hayek. La Teoría de los Fenómenos Complejos, en Estudios de Filosofía, Política y Economía. Página 81.

<sup>1565</sup> Hayek. Grados de Explicación. Página 56.

### 3. La verdad

En el capítulo anterior se ha examinado ya el concepto, noción, idea o definición de ‘verdad’. En este momento, nos limitaremos a incluir algunos breves apuntes sobre la cognoscibilidad de la verdad, es decir, la manera en que la verdad se conoce o puede ser conocida, ya que formarnos una idea adecuada –aunque sea en rasgos muy amplios y generales– sobre este tema nos será muy útil, no sólo para guiar la reflexión que pretendemos hacer en este estudio, sino en términos que a su modo resultan aplicables a todo ámbito del saber y el vivir.

Ya Aristóteles decía que “La ciencia, que tiene por objeto la verdad, es difícil desde un punto de vista y fácil desde otro. Lo prueba la imposibilidad que hay de alcanzar la completa verdad, y la imposibilidad de que se oculte por entero. Cada filósofo explica algún secreto de la naturaleza. Lo que cada cual en particular añade al conocimiento de la verdad no es nada, sin duda, o es muy poca cosa, pero la reunión de todas las ideas presenta importantes resultados. De suerte que en este caso sucede a nuestro parecer como cuando decimos con el proverbio: *¿quién no clava la flecha en una puerta?* Considerada de esta manera, esta ciencia es cosa fácil. Pero la imposibilidad de una posesión completa de la verdad en su conjunto y en sus partes, prueba todo lo difícil que es la indagación de que se trata. Esta dificultad es doble. Sin embargo, quizá la causa de ser así no está en las cosas, sino en nosotros mismos. (...) Es justo, por lo tanto, mostrarse reconocidos, no sólo respecto de aquellos cuyas opiniones compartimos, sino también de los que han tratado las cuestiones de una manera un poco superficial, porque también éstos han contribuido por su parte”<sup>1566</sup>.

También el filósofo nos ofrece esta importante reflexión: “Los que escuchan a otro están sometidos al influjo del hábito. Gustamos que se emplee un lenguaje conforme al que nos es familiar. Sin esto, las cosas no nos parecen ya lo que nos parecen; se nos figura que, por lo que tienen de nuevo, las conocemos menos, y nos son más extrañas. Lo que nos es habitual, nos es, en efecto, mejor conocido. (...) Hay hombres que no admiten más demostraciones que las de las matemáticas; otros no quieren más que ejemplos; otros no encuentran mal que se invoque el testimonio de los poetas. Los hay, por último, que exigen que todo sea rigurosamente demostrado; mientras que otros encuentran este rigor insoportable, ya porque no pueden seguir la serie encadenada de las demostraciones, ya porque piensan que es perderse en futilidades. Hay, en efecto, algo de esto en la afectación de rigorismo en la ciencia. Así es que algunos consideran indigno que el hombre libre lo emplee, no sólo en la conversación, sino también en la discusión filosófica. Es preciso, por lo tanto, que sepamos ante todo qué suerte de demostración conviene a cada objeto particular; porque sería un absurdo confundir y mezclar la indagación de la ciencia y la del método; dos cosas cuya adquisición presenta grandes dificultades. No debe exigirse rigor matemático en todo, sino tan sólo cuando se trata de objetos inmateriales. Y así, el método matemático no es el de los físicos; porque la materia es probablemente el fondo de toda la naturaleza. Ellos tienen, por lo mismo, que examinar ante todo lo que es la naturaleza. De esta manera verán claramente cuál es el objeto de la física, y si el estudio de las causas y de los principios de la naturaleza es patrimonio de una ciencia única o de muchas ciencias”<sup>1567</sup>.

Santo Tomás de Aquino, al preguntarse si hay o no una sola verdad como criterio de todo lo verdadero, expone que “En cierto modo una es la verdad por la que todo es verdadero, y en cierto modo no lo es. Para probarlo hay que tener presente que, cuando algo se atribuye a muchos

<sup>1566</sup> Aristóteles. *Metafísica*, II, 1.

<sup>1567</sup> *Ibid.*, III, 3.

unívocamente, aquello mismo se encuentra en cada uno propiamente, como *animal* se encuentra en cualquier especie de animal. Pero cuando algo se dice de muchos análogamente, aquello mismo se encuentra en uno solo de ellos propiamente, por el que son denominados todos los demás. Como *sano* se dice del animal, de la orina y de la medicina, no porque la salud esté en el animal sólo, sino porque por la salud del animal se llama medicina sana porque la produce, y orina sana porque la manifiesta. Y cuando la salud no está ni en la medicina ni en la orina, sin embargo, en ambas hay algo por lo que una la produce y otra la manifiesta. Se ha dicho (a.1) que la verdad está primero en el entendimiento y después en las cosas, en cuanto que están orientadas hacia el entendimiento divino. Por lo tanto, si hablamos de la verdad en cuanto que está en el entendimiento, según su propia razón, en muchos entendimientos creados hay muchas verdades; lo mismo que en un solo entendimiento si conoce muchas cosas. Por eso, la Glosa al Sal. 11,2: *¡Cuán pocas son las verdades entre los hombres!*, etc., dice que así como por una sola cara humana resultan muchas imágenes en un espejo, así para una sola verdad divina resultan muchas verdades. Y si hablamos de la verdad según está en las cosas, todas serían verdaderas con una sola verdad, a la que cada una se asemeja según su propia entidad. De este modo, aun cuando sean muchas las esencias o formas de las cosas, sin embargo, una sola es la verdad del entendimiento divino, según la cual todas las cosas son llamadas verdaderas<sup>1568</sup>. (...) El alma no juzga todas las cosas según la verdad de cada una, sino según la verdad primera reflejada en ella como en un espejo según los primeros principios. De ahí se sigue que la verdad primera es mayor que el alma. Y, sin embargo, también la verdad creada, presente en nuestro entendimiento, es mayor que el alma, no absolutamente, sino en cierto modo, esto es, en cuanto que la perfecciona. Así, también puede decirse que la ciencia es superior al alma. Pero es verdad que ningún ser subsistente es superior al alma. Sólo Dios”<sup>1569</sup>.

Hace referencia también a la verdad creada o verdad de lo enunciable, sobre la cual explica lo siguiente: “La verdad de lo enunciable no es más que una verdad del entendimiento. Pues lo enunciable está en el entendimiento y en la palabra. En cuanto que está en el entendimiento, en sí mismo contiene verdad. En cuanto que está en la palabra, es un enunciable verdadero si expresa la verdad del entendimiento; no por alguna verdad existente en el enunciable como en su sujeto. Ejemplo: Se dice que la orina es sana, no por la salud que contiene, sino porque indica la salud existente en el animal. Igualmente, como se dijo (a.1), las cosas son llamadas verdaderas por la verdad del entendimiento. Por eso, si ningún entendimiento fuera eterno, ninguna verdad lo sería. Pero, porque el único entendimiento eterno es el divino, sólo en El la verdad es eterna. Tampoco por eso se sigue que algo sea eterno como Dios, pues la verdad del entendimiento divino es el mismo Dios. (...) Porque nuestro entendimiento no es eterno, tampoco lo es la verdad de los enunciados formados por nosotros, sino que empezó. Y antes de que existiera la verdad, no era verdadero decir que tal verdad no existiese, a no ser por el entendimiento divino, el único en el que la verdad es eterna. Pero ahora es verdadero decir que entonces la verdad no existía. Y que algo no es verdadero, no lo es más que por la verdad que ahora hay en nuestro entendimiento; no

<sup>1568</sup> La referencia al entendimiento divino se aclara con lo que dice Santo Tomás en *Suma Teológica*, I, cuestión 16, artículo 1, donde expone esta objeción: “Lo que es verdadero, lo es por la verdad. Así, pues, si la verdad está sólo en el entendimiento, nada será verdadero más que cuando es conocido; y éste es uno de los errores de los antiguos filósofos cuando decían: *Es verdadero todo lo que lo parece*. De ser así, cosas contradictorias serían simultáneamente verdaderas si a diversos pensadores simultáneamente les pareciera que cosas contradictorias son verdaderas”, a la cual él responde: “Los antiguos no sostenían que las especies naturales provenían de algún entendimiento, sino de la casualidad. Y porque consideraban que lo verdadero conlleva relación con el entendimiento, se vieron obligados a construir la verdad de las cosas en relación con nuestro entendimiento. De todo lo cual se seguían una serie de inconvenientes que el Filósofo menciona en IV *Metaphys*. Estos inconvenientes no se dan si la verdad de las cosas la constituimos en relación con el entendimiento divino”.

<sup>1569</sup> *Ibid.*, I, cuestión 16, artículo 6.

por alguna verdad que provenga de la cosa. Porque ésta es la verdad del no ser, pues el no ser nada tiene en sí que sea verdadero, sino sólo por parte de nuestro entendimiento cuando lo concibe. Por eso, decir que la verdad no existía sería verdadero en tanto en cuanto concibamos el mismo no ser como previo a su ser”<sup>1570</sup>.

Sobre si la verdad es o no inmutable, el Aquinate considera que “propriadamente la verdad está en el entendimiento, y las cosas son llamadas verdaderas por la verdad que hay en algún entendimiento. Por lo tanto, la mutabilidad de la verdad hay que analizarla con respecto al entendimiento, cuya verdad consiste en que tenga conformidad con las cosas conocidas. Y dicha conformidad puede cambiar de dos maneras, lo mismo que cualquier otra semejanza, según el cambio de uno de los términos de la comparación. Una manera, por parte del entendimiento, que se tenga una u otra opinión de una misma cosa. La otra manera, si, manteniendo la misma opinión de una cosa, esa cosa no cambia. Por lo tanto, si hay algún entendimiento en el que no pueda darse un cambio de opinión, o al que no se le escape nada, en él la verdad es inmutable. Como se demostró (q.14 a.15), un entendimiento así lo es el divino. Por eso, la verdad del entendimiento divino es inmutable. En cambio, la verdad de nuestro entendimiento es cambiante. No porque ella esté sometida a mutación, sino porque nuestro entendimiento pasa de la verdad a la falsedad. Así, puede decirse que las formas son cambiantes. Pero la verdad del entendimiento divino, criterio de que todo lo demás sea o no sea verdadero, es completamente inmutable”<sup>1571</sup>.

De particular relevancia para el jurista es la consideración que hace Santo Tomás sobre la verdad en cuanto a la razón especulativa y en cuanto a la razón práctica: “[La razón especulativa] versa principalmente sobre cosas necesarias, que no pueden comportarse más que como lo hacen, y por eso tanto sus conclusiones particulares como sus principios comunes expresan verdades que no admiten excepción. La razón práctica, en cambio, se ocupa de cosas contingentes, cuales son las operaciones humanas, y por eso, aunque en sus principios comunes todavía se encuentra cierta necesidad, cuanto más se desciende a lo particular tanto más excepciones ocurren. Así, pues, en el orden especulativo, la verdad es la misma para todos, ya sea en los principios, ya en las conclusiones, por más que no sea conocida por todos la verdad de las conclusiones, sino sólo la

<sup>1570</sup> *Ibid.*, I, cuestión 16, artículo 7.

<sup>1571</sup> *Ibid.*, I, cuestión 16, artículo 8. Sobre la mutabilidad de la verdad, véase los ejemplos de estas objeciones y respuestas que da Santo Tomás:

Objeción: “Si cambia la verdad de un enunciado, en grado sumo cambiaría si cambiase lo enunciado. Pero ni así cambia. Pues, según Anselmo, la verdad es una determinada rectitud por la que algo cumple lo que de él hay en la mente divina. La proposición *Sócrates está sentado*, de la mente divina recibe el significado de estar sentado Sócrates; y también el mismo significado cuando no está sentado. Luego la verdad de la proposición en nada cambia”. Respuesta de Santo Tomás: “La proposición no sólo contiene verdad como otras cosas de las que se dice que la contienen, en cuanto que cumplen lo que está ordenado por el entendimiento divino, sino que se dice que contiene verdad de un modo especial, en cuanto que expresan la verdad, del entendimiento, la cual consiste en la conformidad entre el entendimiento y la cosa. Anulada dicha conformidad, cambia la verdad de la opinión y, consecuentemente, la verdad de la proposición. Así, pues, la proposición *Sócrates está sentado*, al estar sentado la proposición será verdadera por la verdad del hecho, en cuanto que lo indica; y también por la verdad del significado, en cuanto que expresa una opinión verdadera. Pero al levantarse Sócrates, la primera verdad permanece y cambia la segunda”.

Objeción: “Donde hay una misma causa, hay un mismo efecto. Pero una misma cosa es causa de estas tres proposiciones: *Sócrates está sentado*, *estará sentado*, *estuvo sentado*. Luego la misma verdad hay en las tres. Por lo tanto, la verdad de tales proposiciones permanece inmutable. Lo mismo que la verdad de cualquier otra proposición”. Respuesta de Santo Tomás: “La acción de estar sentado de Sócrates, que es la causa de la verdad de la proposición *Sócrates está sentado*, no es tenida por igual mientras Sócrates está sentado que después ó antes de estar sentado. De ahí que la verdad causada por el hecho sea tenida de diversas maneras; y de diversas maneras se expresa con proposiciones en presente, en pretérito o en futuro. De ahí no se sigue que, aun cuando una de las tres proposiciones sea verdadera, la misma verdad permanezca invariable”.

de los principios llamados ‘concepciones comunes’. Pero en el orden práctico, la verdad o rectitud práctica no es la misma en todos a nivel de conocimiento concreto o particular, sino sólo de conocimiento universal; y aun aquellos que coinciden en la norma práctica sobre lo concreto, no todos la conocen igualmente. Por tanto, es manifiesto que, en lo tocante a los principios comunes de la razón, tanto especulativa como práctica, la verdad o rectitud es la misma en todos, e igualmente conocida por todos. Mas, si hablamos de las conclusiones particulares de la razón especulativa, la verdad es la misma para todos los hombres, pero no todos la conocen igualmente. Así, por ejemplo, que los ángulos del triángulo son iguales a dos rectos es verdadero para todos por igual; pero es una verdad que no todos conocen. Si se trata, en cambio, de las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad o rectitud ni es la misma en todos ni en aquellos en que es la misma es igualmente conocida. Así, todos consideran como recto y verdadero el obrar de acuerdo con la razón. Mas de este principio se sigue como conclusión particular que un depósito debe ser devuelto a su dueño. Lo cual es, ciertamente, verdadero en la mayoría de los casos; pero en alguna ocasión puede suceder que sea perjudicial y, por consiguiente, contrario a la razón devolver el depósito; por ejemplo, a quien lo reclama para atacar a la patria. Y esto ocurre tanto más fácilmente cuanto más se descende a situaciones particulares, como cuando se establece que los depósitos han de ser devueltos con tales cauciones o siguiendo tales formalidades; pues cuantas más condiciones se añaden tanto mayor es el riesgo de que sea inconveniente o el devolver o el retener el depósito. Así, pues, se debe concluir que la ley natural, en cuanto a los primeros principios universales, es la misma para todos los hombres, tanto en el contenido como en el grado de conocimiento. Mas en cuanto a ciertos preceptos particulares, que son como conclusiones derivadas de los principios universales, también es la misma bajo ambos aspectos en la mayor parte de los casos; pero pueden ocurrir algunas excepciones, ya sea en cuanto a la rectitud del contenido, a causa de algún impedimento especial (como también en algunos casos fallan las causas naturales debido a un impedimento); ya sea en cuanto al grado del conocimiento, debido a que algunos tienen la razón oscurecida por una pasión, por una mala costumbre o por una torcida disposición natural. Y así cuenta Julio César en *VI De bello gallico* que entre los germanos no se consideraba ilícito el robo a pesar de que es expresamente contrario a la ley natural<sup>1572</sup>.

Juan Pablo II, en su encíclica sobre la fe y la razón, afirma que “toda verdad alcanzada es sólo una etapa hacia aquella verdad total que se manifestará en la revelación última de Dios<sup>1573</sup>”, y que “El hombre tiene muchos medios para progresar en el conocimiento de la verdad, de modo que puede hacer cada vez más humana la propia existencia. (...) el deseo de verdad pertenece a la naturaleza misma del hombre. El interrogarse sobre el por qué de las cosas es inherente a su razón<sup>1574</sup>”, aunque las respuestas que se han ido dando se enmarcan en un horizonte que pone en

<sup>1572</sup> *Ibid.*, I, 2, cuestión 94, artículo 4.

<sup>1573</sup> *Fides et Ratio*, 2. En el mismo párrafo afirma que la Iglesia “ha recibido como don la verdad última sobre la vida del hombre”, lo cual “la obliga a responsabilizarse del anuncio de las certezas adquiridas, incluso desde la conciencia de que toda verdad alcanzada es sólo una etapa hacia aquella verdad total que se manifestará en la revelación última de Dios”, y seguidamente cita a San Pablo: “Ahora vemos en un espejo, en enigma. Entonces veremos cara a cara. Ahora conozco de un modo parcial, pero entonces conoceré como soy conocido (1 Co 12, 12)”. Más adelante, recuerda también que “además del conocimiento propio de la razón humana, capaz por su naturaleza de llegar hasta el Creador, existe un conocimiento que es peculiar de la fe. Este conocimiento expresa una verdad que se basa en el hecho mismo de que Dios se revela, y es una verdad muy cierta porque Dios ni engaña ni quiere engañar” (8).

<sup>1574</sup> “No se puede pensar que una búsqueda tan profundamente enraizada en la naturaleza humana sea del todo inútil y vana. La capacidad misma de buscar la verdad y de plantear preguntas implica ya una primera respuesta. El hombre no comenzaría a buscar lo que desconociese del todo o considerase absolutamente inalcanzable. Sólo la perspectiva de poder alcanzar una respuesta puede inducirlo a dar el primer paso. De hecho esto es lo que sucede normalmente en la investigación científica. Cuando un científico, siguiendo una intuición suya, se pone a la

evidencia la complementariedad de las diferentes culturas en las que vive el hombre”<sup>1575</sup>. Explicando que “en diferentes contextos culturales y en diversas épocas, se han alcanzado resultados que han llevado a la elaboración de verdaderos sistemas de pensamiento”, advierte a su vez que “Históricamente esto ha provocado a menudo la tentación de identificar una sola corriente con todo el pensamiento filosófico. Pero es evidente que, en estos casos, entra en juego una cierta ‘soberbia filosófica’ que pretende erigir la propia perspectiva incompleta en lectura universal. En realidad, todo *sistema* filosófico (...) debe reconocer la prioridad del *pensar* filosófico”<sup>1576</sup>. Afirma además que “Es cierto que no toda verdad alcanzada posee el mismo valor. Del conjunto de los resultados logrados, sin embargo, se confirma la capacidad que el ser humano tiene de llegar, en línea de máxima, a la verdad”<sup>1577</sup>.

El citado autor hace referencia además a “diversas formas de verdad”, así: “Las más numerosas son las que se apoyan sobre evidencias inmediatas o confirmadas experimentalmente. Éste es el orden de verdad propio de la vida diaria y de la investigación científica. En otro nivel se encuentran las verdades de carácter filosófico, a las que el hombre llega mediante la capacidad especulativa de su intelecto”<sup>1578</sup>. En fin están las verdades religiosas<sup>1579</sup>, que en cierta medida hunden sus raíces también en la filosofía. Éstas están contenidas en las respuestas que las diversas religiones ofrecen en sus tradiciones a las cuestiones últimas”<sup>1580</sup>. Además, comenta que “El hombre no ha sido creado para vivir solo. Nace y crece en una familia para insertarse más tarde con su trabajo en la sociedad. Desde el nacimiento, pues, está inmerso en varias tradiciones, de las cuales recibe no sólo el lenguaje y la formación cultural, sino también muchas verdades en las que, casi instintivamente, cree. De todos modos el crecimiento y la maduración personal implican que estas mismas verdades puedan ser puestas en duda y discutidas por medio de la peculiar actividad crítica del pensamiento. Esto no quita que, tras este paso, las mismas verdades

---

búsqueda de la explicación lógica y verificable de un fenómeno determinado, confía desde el principio que encontrará una respuesta, y no se detiene ante los fracasos. No considera inútil la intuición originaria sólo porque no ha alcanzado el objetivo; más bien dirá con razón que no ha encontrado aún la respuesta adecuada” (*Ibid.*, 29).

<sup>1575</sup> *Ibid.*, 3.

<sup>1576</sup> *Ibid.*, 4. Añade que “En este sentido es posible reconocer, a pesar del cambio de los tiempos y de los progresos del saber, un núcleo de conocimientos filosóficos cuya presencia es constante en la historia del pensamiento. Piénsese, por ejemplo, en los principios de no contradicción, de finalidad, de causalidad, como también en la concepción de la persona como sujeto libre e inteligente y en su capacidad de conocer a Dios, la verdad y el bien; piénsese, además, en algunas normas morales fundamentales que son comúnmente aceptadas. Estos y otros temas indican que, prescindiendo de las corrientes de pensamiento, existe un conjunto de conocimientos en los cuales es posible reconocer una especie de patrimonio espiritual de la humanidad. Es como si nos encontrásemos ante una *filosofía implícita* por la cual cada uno cree conocer estos principios, aunque de forma genérica y no refleja. Estos conocimientos, precisamente porque son compartidos en cierto modo por todos, deberían ser como un punto de referencia para las diversas escuelas filosóficas. Cuando la razón logra intuir y formular los principios primeros y universales del ser y sacar correctamente de ellos conclusiones coherentes de orden lógico y deontológico, entonces puede considerarse una razón recta o, como la llamaban los antiguos, *orthòs logos, recta ratio*”.

<sup>1577</sup> *Ibid.*, 29.

<sup>1578</sup> “En cuanto a las verdades filosóficas, hay que precisar que no se limitan a las meras doctrinas, algunas veces efímeras, de los filósofos de profesión. Cada hombre, como ya he dicho, es, en cierto modo, filósofo y posee concepciones filosóficas propias con las cuales orienta su vida. De un modo u otro, se forma una visión global y una respuesta sobre el sentido de la propia existencia. Con esta luz interpreta sus vicisitudes personales y regula su comportamiento. Es aquí donde debería plantearse la pregunta sobre la relación entre las verdades filosófico-religiosas y la verdad revelada en Jesucristo. Antes de contestar a esta cuestión es oportuno valorar otro dato más de la filosofía” (*Ibid.*, 30).

<sup>1579</sup> “...no hay que olvidar que la Revelación está llena de misterio. Es verdad que con toda su vida, Jesús revela el rostro del Padre, ya que ha venido para explicar los secretos de Dios; sin embargo, el conocimiento que nosotros tenemos de ese rostro se caracteriza por el aspecto fragmentario y por el límite de nuestro entendimiento. Sólo la fe permite penetrar en el misterio, favoreciendo su comprensión coherente” (*Ibid.*, 13).

<sup>1580</sup> *Ibid.*, 30.

sean ‘recuperadas’ sobre la base de la experiencia llevada que se ha tenido o en virtud de un razonamiento sucesivo. A pesar de ello, en la vida de un hombre las verdades simplemente creídas son mucho más numerosas que las adquiridas mediante la constatación personal. (...) Cada uno, al creer, confía en los conocimientos adquiridos por otras personas<sup>1581</sup>. En ello se puede percibir una tensión significativa: por una parte el conocimiento a través de una creencia parece una forma imperfecta de conocimiento, que debe perfeccionarse progresivamente mediante la evidencia lograda personalmente; por otra, la creencia con frecuencia resulta más rica desde el punto de vista humano que la simple evidencia, porque incluye una relación interpersonal y pone en juego no sólo las posibilidades cognoscitivas, sino también la capacidad más radical de confiar en otras personas, entrando así en una relación más estable e íntima con ellas. (...) No se ha de olvidar que también la razón necesita ser sostenida en su búsqueda por un diálogo confiado y una amistad sincera. El clima de sospecha y de desconfianza, que a veces rodea la investigación especulativa, olvida la enseñanza de los filósofos antiguos, quienes consideraban la amistad como uno de los contextos más adecuados para el buen filosofar<sup>1582</sup>.

Una consecuencia de las anteriores reflexiones a que llega el autor es que “los filósofos son los primeros que comprenden la exigencia de la autocrítica, de la corrección de posibles errores y de la necesidad de superar los límites demasiado estrechos en los que se enmarca su reflexión. Se debe considerar, de modo particular, que la verdad es una, aunque sus expresiones lleven la impronta de la historia y, aún más, sean obra de una razón humana herida y debilitada por el pecado. De esto resulta que ninguna forma histórica de filosofía puede legítimamente pretender abarcar toda la verdad, ni ser la explicación plena del ser humano, del mundo y de la relación del hombre con Dios”<sup>1583</sup>. Citando a su antecesor Pío XII, expone que incluso las “opiniones que se apartan más o menos del recto camino (...) alguna vez en esos mismos falsos sistemas se esconde algo de verdad”<sup>1584</sup>, y exhorta que “se nota una difundida desconfianza hacia las afirmaciones globales y absolutas, sobre todo por parte de quienes consideran que la verdad es el resultado del consenso y no de la adecuación del intelecto a la realidad objetiva. Ciertamente es comprensible que, en un mundo dividido en muchos campos de especialización, resulte difícil reconocer el

---

<sup>1581</sup> Karl Popper, en similar línea y con referencia concreta al empirismo, dice: “El problema de la validez del empirismo puede expresarse, en términos generales, como sigue: ¿es la observación la fuente fundamental de nuestro conocimiento de la naturaleza? (...) El problema de la fuente de nuestro conocimiento se ha replanteado recientemente así: Si hacemos una afirmación, debemos justificarla; y esto significa que debemos contestar las preguntas siguientes: *¿Cómo lo sabe? ¿Cuáles son las fuentes de su afirmación?* Esto, según sostiene el empírico, equivale a su vez a otra pregunta: *¿Qué observaciones (o recuerdos de observaciones) subyacen en su afirmación?* (...) Existe una razón sencilla por la que esta tediosa secuencia de preguntas jamás llega a una conclusión satisfactoria; a saber: cada testigo tiene que hacer siempre un amplio uso, en su informe, de su conocimiento de personas, lugares, cosas, maneras de utilizar el lenguaje, convencionalismos sociales, etc. No puede confiar simplemente en sus ojos o en sus oídos, especialmente si su informe se usará para justificar cualquier aseveración que necesite justificarse. Pero este hecho, por supuesto, suscitará siempre nuevas preguntas en cuanto a las fuentes de aquellos elementos de su conocimiento que no son de inmediata observación. Por todo esto, el programa de seguir el rastro de todo conocimiento hasta sus orígenes, en la observación, es lógicamente imposible de llevar a cabo en toda su magnitud: nos llevaría hasta una regresión infinita.

“Lo más sobresaliente acerca del programa ‘observacionista’ de preguntar por las fuentes de información –aparte del tedio que causa– es su flagrante violación del sentido común. Porque si dudamos de la veracidad de una afirmación, el procedimiento normal sería ponerla a prueba, y no preguntar por sus fuentes de información; y si descubrimos alguna corroboración independiente, aceptaremos a menudo esa aseveración sin más, sin molestarnos en absoluto por averiguar sus fuentes”. (Conocimiento sin Autoridad, en Escritos Selectos, Páginas 49, 50 y 51).

<sup>1582</sup> Juan Pablo II. Ob. Cit., 31, 32 y 33.

<sup>1583</sup> Ibid., 51.

<sup>1584</sup> Ibid., 54. Popper afirma que “Si nos tomamos el trabajo de buscarla, a menudo podemos encontrar una idea verídica, merecedora de que se le conserve, en una teoría filosófica que deba rechazarse como falsa” (Conocimiento sin autoridad, en Escritos Selectos, página 59).



sentido total y último de la vida que la filosofía ha buscado tradicionalmente. No obstante, a la luz de la fe que reconoce en Jesucristo este sentido último, debo animar a los filósofos, cristianos o no, a confiar en la capacidad de la razón humana y a no fijarse metas demasiado modestas en su filosofar. La lección de la historia del milenio que estamos concluyendo testimonia que éste es el camino a seguir: es preciso no perder la pasión por la verdad última y el anhelo por su búsqueda, junto con la audacia de descubrir nuevos rumbos. La fe mueve a la razón a salir de todo aislamiento y a apostar de buen grado por lo que es bello, bueno y verdadero. Así, la fe se hace abogada convencida y convincente de la razón”<sup>1585</sup>. En relación con el contexto multicultural del que antes tratábamos, el autor comenta que “Las culturas, cuando están profundamente enraizadas en lo humano, llevan consigo el testimonio de la apertura típica del hombre a lo universal y a la trascendencia. Por ello, ofrecen modos diversos de acercamiento a la verdad, que son de indudable utilidad para el hombre al que sugieren valores capaces de hacer cada vez más humana su existencia”<sup>1586</sup>.

Sobre la metafísica, declara Juan Pablo II que “No quiero hablar aquí de la metafísica como si fuera una escuela específica o una corriente histórica particular. Sólo deseo afirmar que la realidad y la verdad trascienden lo fáctico y lo empírico, y reivindicar la capacidad que el hombre tiene de conocer esta dimensión trascendente y metafísica de manera verdadera y cierta, aunque imperfecta y analógica. En este sentido, la metafísica no se ha de considerar como alternativa a la antropología, ya que la metafísica permite precisamente dar un fundamento al concepto de dignidad de la persona por su condición espiritual. La persona, en particular, es el ámbito privilegiado para el encuentro con el ser y, por tanto, con la reflexión metafísica”<sup>1587</sup>.

Karl Popper nos ofrece algunos apuntes esclarecedores, basándose en “la teoría de la verdad y de la correspondencia de una afirmación con los hechos, de Tarski” la cual afirma que “rehabilitó la teoría de la correspondencia de la verdad absoluta u objetiva, que se había vuelto sospechosa. Tarski reivindicó la utilización libre de la idea intuitiva de la verdad como correspondencia con los hechos”<sup>1588</sup>. Popper señala “tres rivales de la teoría de la correspondencia de la verdad”<sup>1589</sup>:

- “La teoría de la coherencia, que confunde la consistencia con la verdad”.
- “La teoría de la evidencia, que confunde ‘lo que se sabe ser verdad’ con la ‘verdad’”.
- “La teoría pragmática o instrumentalista, que confunde lo útil con lo verdadero”.

Estas teorías son subjetivistas “en el sentido de que *surgen de la posición subjetivista fundamental que puede concebir el conocimiento sólo como una especie de estado mental, o como una disposición, o como una clase especial de creencia*, caracterizada, por ejemplo, por su historia o por sus relaciones con otras creencias. (...) Todas [las teorías subjetivistas] afirman, más o menos, que la verdad es lo que nos justifica para creer o aceptar, de acuerdo con ciertas reglas o con ciertos criterios, los orígenes o fuentes de nuestro conocimiento, o según la confiabilidad, la estabilidad, el éxito biológico o la fuerza de convicción, o bien según la imposibilidad de pensar en forma diferente. La teoría objetivista de la verdad [donde pertenece la

<sup>1585</sup> Juan Pablo II. *Ob. Cit.*, 56.

<sup>1586</sup> *Ibid.*, 70.

<sup>1587</sup> *Ibid.*, 83.

<sup>1588</sup> Popper. *Verdad y Aproximación a la Verdad*, en *Escritos Selectos*, Página 198.

<sup>1589</sup> *Ibid.* Página 199.

de Tarski] nos lleva a tener una actitud muy diferente. Esto puede comprobarse con el hecho de que nos permite expresar aseveraciones como la siguiente: una teoría puede ser verdadera aunque nadie crea en ella, y aunque no tengamos razones de peso para aceptarla o para creer que es verdadera; y otra teoría puede ser falsa, aunque tengamos comparativamente buenas razones para aceptarla. (...) En la búsqueda del conocimiento, nos dedicamos a descubrir teorías verídicas, es decir, las que correspondan mejor a los hechos; mientras que en la búsqueda de teorías que sean meros instrumentos poderosos para ciertos propósitos, en muchos casos nos servimos ampliamente de teorías que sabemos falsas”<sup>1590</sup>.

Utiliza Popper esta imagen ilustrativa: “La situación de la verdad en el sentido objetivo, como correspondencia con los hechos, y su papel como principio regulador, puede compararse al pico de una montaña que está siempre, o casi siempre, envuelto en nubes. El montañista no sólo tiene dificultades para llegar hasta la cima; acaso no sepa cuándo ha llegado, porque acaso sea incapaz de distinguir, en medio de las nubes, entre el pico más alto y otros picos menos altos. No obstante, esto no afecta a la existencia objetiva de la cima, y si el montañista dice: ‘Tengo algunas dudas acerca de si llegué a la verdadera cima’, entonces reconoce, por implicación, la existencia objetiva de la cima. La idea misma del error, o de la duda (en su sentido normal y recto), implica la idea de una verdad objetiva que podemos no alcanzar”<sup>1591</sup>; “sólo por respeto a este objetivo, el descubrimiento de la verdad, podemos decir que, aunque somos falibles, esperamos aprender de nuestros errores. Sólo la idea de la verdad es la que nos permite hablar sensatamente de errores y de crítica racionalista, y la que hace posible la discusión racionalista: es decir, la discusión crítica en busca de errores, con el serio propósito de eliminar tantos de ellos como podamos, para acercarnos más a la verdad”<sup>1592</sup>. Así, la idea misma del error –y de la falibilidad– implica la idea de una verdad objetiva como la norma a la que casi podremos llegar”<sup>1593</sup>. En cambio, todas las teorías subjetivistas “son irrefutables (en el sentido de que pueden evadir fácilmente cualquier crítica). Porque siempre es posible sostener el punto de vista de que todo cuanto decimos acerca del mundo, o todo lo que escribimos acerca de los logaritmos, podría sustituirse por una afirmación de creencia. Así, podríamos sustituir la afirmación ‘La nieve es blanca’ por ‘Creo que la nieve es blanca’, o quizá por ‘A la luz de toda evidencia disponible, pienso que es racional creer que la nieve es blanca’”<sup>1594</sup>.

También Popper se pregunta si “¿podemos hablar realmente de *mejor* correspondencia? ¿Existe algo como *grados* de verdad?” y, como resultado de su reflexión, ofrece “una lista no sistemática de seis tipos de casos en que nos inclinaremos a dictaminar que una teoría  $t_1$  ha sido superada por  $t_2$ , en el sentido de que  $t_2$  parece –hasta donde sepamos– corresponder mejor a los hechos que  $t_1$ , en algún sentido”<sup>1595</sup>:

- “ $t_2$  hace aseveraciones más precisas que  $t_1$ , y estas aseveraciones más precisas soportan pruebas más precisas”.

<sup>1590</sup> *Ibid.* Páginas 200 y 201. Las itálicas son del original.

<sup>1591</sup> *Ibid.* Página 201.

<sup>1592</sup> Juan Pablo II afirma que “Creer en la posibilidad de conocer una verdad universalmente válida no es en modo alguno fuente de intolerancia; al contrario, es una condición necesaria para un diálogo sincero y auténtico entre las personas. Sólo bajo esta condición es posible superar las divisiones y recorrer juntos el camino hacia la verdad completa” (*Ob. Cit.*, 92).

<sup>1593</sup> Popper. *Ob. Cit.* Página 206.

<sup>1594</sup> *Ibid.* Páginas 202 y 203.

<sup>1595</sup> *Ibid.* Páginas 209 y 210. Las itálicas son del original.

- “ $t_2$  toma en cuenta y explica más hechos que  $t_1$  (que incluirían, por ejemplo, el caso anterior, y en la que, siendo iguales otros factores, las aseveraciones de  $t_2$  son más precisas”.
- “ $t_2$  describe o explica los hechos con mayor detalle que  $t_1$ ”.
- “ $t_2$  ha pasado pruebas en las que  $t_1$  ha fracasado”.
- “ $t_2$  ha sugerido nuevas pruebas experimentales, no consideradas antes de que se diseñara  $t_2$  (y que no sugirió  $t_1$ , y quizá, incluso inaplicables a  $t_1$ ); y  $t_2$  ha pasado bien estas pruebas”.
- “ $t_2$  ha unificado o conectado entre sí varios problemas hasta entonces inconexos o no relacionados”.

“Esto sugiere que aquí combinamos las ideas de verdad y del contenido en una sola: la idea del grado de la mejor (o de la peor) correspondencia con la verdad o de mayor (o menor) parecido o similitud con la verdad”<sup>1596</sup>; “nuestra idea de aproximación a la verdad, o de verosimilitud, tiene el mismo carácter objetivo y el mismo ideal de principio regulador que la idea de la *verdad* objetiva o absoluta. (...) la idea de verosimilitud es de la mayor importancia en los casos en que sabemos que tenemos que trabajar con teorías que son, *a lo sumo*, aproximaciones, es decir, de las que sabemos bien que no pueden ser verdaderas. (Esto ocurre con frecuencia en las ciencias sociales). En estos casos podemos seguir hablando de mejores o peores aproximaciones a la verdad”<sup>1597</sup>.

\*

Todas las explicaciones que acabamos de transcribir en esta sección sobre las nociones fundamentales del marco epistemológico desde luego que dan muchísimo que discutir, pero no corresponde a nuestro estudio abordar tal empresa. Espero que el haber puesto al lector en contacto con citas directas de algunos cuantos pensadores significativos le haya transmitido algunas ideas básicas que le resulten de utilidad, no sólo para su comprensión de los planteamientos que haré en el siguiente capítulo con que culmino mi trabajo, sino además para su personal enriquecimiento intelectual y humano; desde luego, confío en que todo lo expuesto suscite en el lector más inquietudes y cuestionamientos, en búsqueda de cuya aclaración se coloque en un camino que le conduzca a mayor profundización en los diversos temas expuestos, a la formación de un criterio personal cada vez más refinado y, sobre todo, más cercano a la verdad y la libertad.

Puesto a resumir lo que constituye el marco de mi pensamiento, éste tendrá que ser necesariamente muy general, y puedo decir en tal sentido lo siguiente: que el hombre, confiando en la capacidad de su razón para conocer el mundo que le rodea, se lanza a la búsqueda de la verdad. Reconoce a la vez que su razón no puede darle la explicación última y definitiva de la realidad, pero se vale de sus sentidos y su inteligencia para aproximarse cada vez más a la verdad. Entiende que los objetos de su conocimiento, mientras más complejos sean, requerirán de mayor esfuerzo de su parte para ser comprendidos y que, proporcionalmente, esa comprensión será más

---

<sup>1596</sup> *Ibid.* Página 210.

<sup>1597</sup> *Ibid.* Páginas 212 a 214.

susceptible de refinarse y profundizarse mediante la reflexión y crítica en que él, como sujeto, colabora con sus semejantes: así, no es lo mismo captar la verdad sobre una manzana, una silla, una mesa, que sobre la sociedad, el conocimiento, la mente, etc. También entiende que, así como se enriquece su comprensión al confluir sobre un mismo objeto el estudio de diversos individuos dedicados a la misma ciencia o disciplina, también hay objetos de conocimiento cuya verdad requiere de un esfuerzo interdisciplinar, multidisciplinar, para ser cada vez mejor vislumbrada y que, por ello, dichas disciplinas no pueden pretender que su explicación sea la única y la última sobre dicho objeto, ignorando el aporte de las demás, buscando erigir su aporte en la exclusiva fuente de verdad sobre el objeto explicado. Se puede hablar de la existencia de distintos grados de explicación y formas de verdad, que derivan de la manera distinta en que el objeto de conocimiento puede ser captado por el hombre y de las distintas causas por las que éste puede indagar en relación con dicho objeto, lo cual conlleva el valerse aquél de diversos métodos a los que corresponden a su vez diversos tipos o modos de conocimiento, los cuales se complementan y combinan para proporcionar al hombre una visión más acabada, una comprensión más cercana a la verdad, del objeto. El hombre es también capaz de abrirse a una verdad que le trasciende, acogiéndola en la fe como acto que no contradice ni anula, sino más bien supone, su razón y su libertad, pero incluso esa verdad, aunque conocida con la certeza que de la fe dimana, es susceptible de ser comprendida con cada vez mayor y mejor profundidad.

Todo ello, según espero, se comprenderá mejor en el siguiente capítulo al ver una aplicación concreta de este modo de ver sobre un objeto específico: el Derecho. Pero, ¿y qué es el Derecho? Tal vez digamos, con Popper, que no nos debe interesar tanto el concepto, cuanto la verdad...

## IX

### PERENNE ACTUALIDAD DE LA TÉCNICA JURÍDICA DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO

“Yo espero, por razones muy concretas, que en nuestra edad, la curiosidad por lo eterno e invariable que es la filosofía, y la curiosidad por lo voluble y cambiante que es la historia, alguna vez se articulen y se abracen”.

-José Ortega y Gasset<sup>1598</sup>.

“...ha de ser explicada la naturaleza del Derecho, y ella ha de ser sacada de la naturaleza del hombre”.

-Marco Tulio Cicerón<sup>1599</sup>.

“...si el hombre pudiese perfectamente conocer por sí mismo todas las realidades visibles e invisibles, necio sería creer en lo que no vemos. Pero nuestro conocimiento es tan débil que ningún filósofo pudo jamás descubrir a la perfección la naturaleza de un solo insecto. En efecto, leemos que un filósofo vivió treinta años en soledad para conocer la naturaleza de la abeja”.

-Santo Tomás de Aquino<sup>1600</sup>.

Llegamos al último capítulo de nuestro estudio, en el cual todo lo que hasta el momento hemos venido estudiando desembocará en el planteamiento principal, que ya en anteriores páginas hemos comentado, y que ahora podemos formular así: *la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico refleja y a la vez promueve una concepción del Derecho, un modo de entender lo jurídico, que se acerca más a la realidad y, en consecuencia, se erige para el profesional del Derecho como el modelo de proceder en su labor que más se ajusta al objeto de la misma, como una técnica ‘auténticamente jurídica’.*

El presente capítulo lo dividiremos en tres secciones: primero, expondremos una recopilación de citas de Friedrich A. Hayek en las que dicho autor se refiere al Derecho Romano, a juristas o pensadores romanos; segundo, haremos una serie de reflexiones sobre diversos temas; y tercero, haremos una exposición referente a la interpretación y fuentes del Derecho según el ordenamiento jurídico vigente en Guatemala.

La razón para hacer la recopilación de Hayek sobre el Derecho Romano estriba en varios motivos, principalmente los siguientes (no en orden de importancia): que se trata de un pensador cuyas enseñanzas constituyen un pilar institucional en nuestra Universidad Francisco Marroquín, de donde se sigue que lo que él ha pensado sobre el Derecho Romano es de fundamental importancia para mejor comprender nuestra materia en el contexto de la visión institucional de nuestra casa de estudios, proporcionando un adecuado enfoque para la misma como punto de

---

<sup>1598</sup> Citado por Humberto Vázquez en Filosofía de la Pervivencia del Derecho Romano. Página 3.

<sup>1599</sup> *De Legibus*, I, 5, 17.

<sup>1600</sup> Sobre el Credo, Prólogo, 7.

partida para su aprendizaje y discusión dentro de la labor académica. Desde luego, y como se verá, ello no implica limitar o reducir el Derecho Romano a lo que Hayek dice sobre él, ya que – como el mismo Hayek seguramente admitiría– las lecciones que el romanismo nos ofrece van más allá de lo que este autor en su momento logró captar pero, con todo, sus reflexiones y afirmaciones en torno al Derecho Romano constituyen valiosas aportaciones al entendimiento no sólo de nuestra materia sino del Derecho en general, y a su vez contienen bases e intuiciones susceptibles de ulterior desarrollo y expansión, como a lo que pretendemos contribuir en nuestra limitada posibilidad con este trabajo. Además, si bien Hayek hace varias referencias al Derecho Romano a lo largo de sus escritos, estas se encuentran dispersas según las diferentes obras y contextos en los cuales se realizan, por lo que espero que una recopilación sencilla de las mismas resultará de gran ayuda para los estudiosos tanto del Derecho Romano como del pensamiento de Hayek. Por otro lado, esas citas servirán de base o referencia para buena parte de las reflexiones que incluiremos en la segunda sección de este capítulo. Ya hemos comentado en el capítulo anterior en qué sentido nuestro estudio puede o no considerarse ‘hayekiano’, así como una aproximación a ubicar a Hayek dentro del contexto más amplio de la tradición intelectual –y jurídica– de Occidente: sirvan tales nociones para ayudar a comprender entonces otro motivo por el cual incluir la recopilación aludida. Por último, cabe recordar que esta recopilación no es ni sistemática ni exhaustiva: faltarán más citas, y podrían organizarse de acuerdo con criterios que faciliten su referencia, estudio, incluso acompañándolas de aparatos bibliográficos, comentarios y remisiones a otras partes de la obra de Hayek que complementen las nociones correspondientes, etc. Pero esa labor la dejo para otros.

En cuanto a las reflexiones, constituyen en cierta manera la parte central de nuestra tesis, ya que en ellas vamos a considerar los aspectos y argumentos que nos hacen sostener el pensamiento que en el presente trabajo exponemos. Sin embargo, trataré de no limitarme a exponer por qué pienso lo que expongo (e, incluso, tal vez dicha parte de la reflexión resulte breve), sino que pretendo además mostrar algunas de las consecuencias que –a mi entender– tienen estas nociones para el entendimiento del Derecho tanto a nivel teórico como práctico, tomando en cuenta que la comprensión jurídica necesariamente ha de reflejarse no sólo en el trabajo individual del abogado o notario, sino también en el desempeño de la función judicial, la labor legislativa, y demás funciones públicas. En esta línea de pensamiento, cito algunas enseñanzas de don Luis Beltranena Sinibaldi: “...nos encontramos con que es indispensable CREAR Y DESARROLLAR una TÉCNICA JURÍDICA (...) porque ésta ya no es en este caso particular un simple conocimiento del derecho civil, del penal, es el conocimiento de los principios que rigen la TÉCNICA JURÍDICA para obtener y producir las leyes o los mecanismos legislativos o los ordenamientos jurídicos que más se acomodan a un modo de ser peculiar de la sociedad en una situación dada y en un momento histórico dado. Este es el papel importantísimo que va a desempeñar la Técnica Jurídica (...). Nosotros no hemos, dentro del progreso social o jurídico, logrado desarrollar una técnica jurídica tan avanzada que nos permitiera a nosotros producir tan buenas leyes como se están produciendo tan buenos aeroplanos, camiones, y tractores que es lo que nos falta. ¿Por qué? Porque hay que llegar y hay que avanzar dentro de la tecnificación a fases todavía mucho más avanzadas y lamentablemente el conocimiento de estas cosas es como sucede en la Física y Metafísica que no podemos nosotros construir aparatos que dependen esencialmente de conocer la bomba atómica, o los reactores atómicos, o los proyectiles dirigidos, si no conocemos esencialmente todos los principios básicos donde radica la Física y la Metafísica contemporánea. Pues lo mismo sucede con el Derecho. La Técnica Jurídica tiene que basarse a su vez en el conocimiento y en las bases filosóficas para que pueda aplicarse convenientemente”<sup>1601</sup>. Con esto

---

<sup>1601</sup> Beltranena Sinibaldi, Luis Francisco. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. Tomo II. Páginas 5 y 6.

se pone de manifiesto, por un lado, la importancia de estudiar el desarrollo del pensamiento jurídico a lo largo de la historia que hemos hecho en los capítulos precedentes, de depurar nuestro entendimiento de conceptos básicos, y de formarnos una idea de cómo proceder para conocer y explicar la realidad en que vivimos y sobre la cual actuamos. Es claro también que la manera en que entendamos el Derecho tendrá consecuencias sobre nuestro modo de abogar, de notarizar, de juzgar, de legislar, etc., (con las diferencias inherentes a cada función particular), y que la conveniencia de la técnica jurídica dependerá de que la idea de Derecho en que se basa y que desarrolla sea la más adecuada a la realidad. También apunta el citado jurista guatemalteco que “No basta simplemente con el campo puramente especulativo para que nosotros podamos decir que de aquí vamos a sacar ordenamientos jurídicos completamente satisfactorios. Cualesquiera que sean las soluciones que nosotros pudiéramos tener como principio general, tienen forzosamente que adaptarse a las circunstancias reales, empíricas, de la sociedad para las cuales han sido dados esos ordenamientos y este problema de adaptación es un problema de técnica jurídica de los más difíciles de realizar muchas veces”<sup>1602</sup>, pensamiento en que se refleja a su vez la importancia del elemento histórico, del cambio espacio-temporal en el Derecho que requiere atención y constituye una condición de la eficacia del ordenamiento jurídico.

En la tercera sección, nos ocuparemos de examinar el tema de las fuentes y la interpretación del Derecho, partiendo para ello del ordenamiento jurídico guatemalteco vigente, sobre el cual se enfocará nuestro análisis. Ello responde al afán de que la visión que desarrollamos en esta tesis pueda concretarse en observaciones que resulten de aplicabilidad en el desempeño de la profesión jurídica dentro de nuestro entorno, armonizando de esta forma con la sinergia entre teoría y práctica que tanto hemos resaltado. A la vez, la mayor parte de cuanto se diga con ocasión de reflexionar sobre el ordenamiento jurídico nacional y estudiarlo, tiene relevancia y aplicabilidad en otros contextos, por motivo de que el trasfondo de desarrollo histórico y científico del Derecho ha provocado que muchos países compartan los mismos fundamentos básicos –incluyendo el sistema de fuentes e interpretación– que nuestro derecho nacional, según conocemos ya con la dimensión histórico-expositiva de este estudio. Nuestro ordenamiento jurídico indudablemente se basa en el derecho escrito, en la legislación (*lato sensu*), y muchos confunden esto con afirmar que nuestro derecho es ‘positivista’: quizás por esto desde ya algunos lectores puedan cuestionarse cómo un modo no-positivista de entender el Derecho sea posible de tener aplicaciones prácticas en nuestro medio.

Así, nuestra exposición en la sección tercera deberá incluir el cuestionarnos ¿qué significa un ‘sistema positivista’?, ¿es ‘positivista’ el sistema jurídico guatemalteco?, y otras interrogantes que, según espero, nos llevarán a sustentar que el tan llevado y traído ‘positivismo’ parece ser más bien una mentalidad que una característica ‘inherente al sistema’: sin negar la influencia que la doctrina jurídica positivista ha tenido sobre su conformación, y conscientes de las limitaciones que ello conlleva, pero que, aún dentro de dichas limitaciones, otra mentalidad es posible, y que su desarrollo en beneficio de la vida jurídica es, como toda empresa del hombre, un reto que se va logrando a pasos y con dificultades, y quizá no del todo alcanzable, no del todo poseída en un momento concreto: es, sin más, esa lucha por el Derecho a la cual, con Ihering y otros, nos referíamos en la introducción a nuestro trabajo. Queramos nosotros dar un primer paso...

---

<sup>1602</sup> *Ibid.* Página 10.

## I. HAYEK SOBRE EL DERECHO ROMANO

“El derecho romano, que tan profunda influencia ha ejercido sobre el derecho occidental, fue aún en menor medida fruto de una legislación deliberada. Como cualquier otro derecho primitivo, se formó en un tiempo en que se consideraba que ‘el derecho y las instituciones de la vida social habían existido siempre, y nadie se preguntaba por su origen. La idea de que los hombres pueden crear el derecho es ajena al pensamiento de los pueblos primitivos’. Sólo en épocas muy posteriores apareció ‘la ingenua creencia de que todo derecho debe basarse en la legislación’. En efecto, el derecho civil romano clásico, en el que se basa la compilación final de Justiniano, es casi enteramente fruto de los descubrimientos de los juristas, y sólo en una muy pequeña parte producto de la legislación. Por un proceso muy parecido al que más tarde seguiría el desarrollo de la *common law* inglesa, con el que la principal diferencia consiste sólo en el decisivo papel que en el derecho romano desempeñaban los juristas (*jurisconsulti*), más que las decisiones de los jueces, se desarrolló un sistema jurídico gracias a la gradual expresión de las concepciones prevalentes de justicia, más que por obra de la legislación, sólo al finalizar este desarrollo, en Bizancio más que en Roma, y bajo la influencia del pensamiento helenístico, el resultado de este proceso fue codificado bajo el emperador Justiniano, cuya labor se consideró después falsamente como el modelo de un derecho creado por un gobernante como expresión de su propia ‘voluntad’”<sup>1603</sup>.

“Por lo que hace al tema que aquí nos interesa, consideraremos la distinción entre derecho privado y derecho público como equivalente a la que existe entre reglas de recta conducta y reglas de organización (y por tanto, en consonancia con el planteamiento anglosajón dominante y en contraste con la práctica continental europea, colocaremos el derecho penal bajo el derecho privado y no bajo el derecho público). En todo caso, hay que notar que los términos familiares de derecho ‘privado’ y derecho ‘público’ pueden originar confusión. Su parecido con los términos bienestar privado y bienestar público puede sugerir erróneamente que el derecho privado está al servicio únicamente del bienestar de los individuos particulares, y que sólo el derecho público sirve al interés general. Incluso la clásica definición romana según la cual el derecho privado tiene como fin la utilidad de los ciudadanos, mientras que el derecho público se ocupa de la condición del estado romano, puede conducir a esa interpretación. La idea de que sólo el derecho público tiene como fin el bienestar público es correcta sólo si ‘público’ se interpreta en un sentido especial, es decir, como lo que concierne a la organización del aparato de gobierno, y por tanto la expresión ‘bienestar público’ se entiende no como sinónimo de ‘bienestar general’, sino como término que designa aquellos fines particulares por los que la organización del gobierno está particularmente interesada”<sup>1604</sup>.

“La interpretación de la sociedad como un organismo se ha empleado casi invariablemente para apoyar concepciones jerárquicas o autoritarias, para las que la concepción más general del orden espontáneo no ofrece apoyo alguno. En efecto, desde que Menenio Agripa, durante la primera secesión de la plebe romana, empleó la metáfora orgánica para justificar los privilegios de un grupo particular, esa metáfora tuvo que emplearse innumerables veces para este fin. La idea de asignar unos puestos fijos a elementos particulares según sus distintas ‘funciones’, y el carácter mucho más concreto de las estructuras espontáneas de la sociedad, hace que la concepción

<sup>1603</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Página 110.

<sup>1604</sup> *Ibid.* Página 166. En nota al pie al párrafo citado, observa Hayek que “Ulpiano, *Digesto*, 1,1,2, define el derecho privado como *ius quod ad singulorum utilitatem spectat* y el derecho público como *ius quod ad statum rei romanae spectat*”.



orgánica tenga un valor muy problemático para la teoría social. De ella se ha abusado más incluso que del término ‘orden’, en el sentido de orden construido o *taxis*, y con frecuencia se ha empleado para defender la concepción de un orden jerárquico, la necesidad de ‘grados’, la relación entre mandato y obediencia, o el mantenimiento de posiciones establecidas de determinados individuos, razón por la que justamente se ha hecho sospechosa”<sup>1605</sup>.

“En el siglo II después de Cristo, un gramático latino, Aulo Gelio, tradujo los términos griegos *physei* y *thesei* por *naturalis* y *positivus*, vocablos de los que la mayor parte de las lenguas europeas derivaron los términos para designar dos clases de ley”<sup>1606</sup>.

“Observamos una gran tradición que va desde la antigua Grecia y Cicerón, a través de la Edad Media, hasta los liberales clásicos tales como John Locke, David Hume, Immanuel Kant y los moralistas escoceses, e incluyen a varios estadistas americanos de los siglos XIX y XX, para los que ley y libertad no pueden existir separadamente; mientras que para Thomas Hobbes, Jeremy Bentham y muchos pensadores franceses y los modernos representantes del positivismo jurídico la ley significa necesariamente una usurpación de la libertad. Este aparente conflicto entre las corrientes de grandes pensadores no significa que llegaran a conclusiones opuestas, sino simplemente que empleaban el término ‘ley’ en sentido diferentes”<sup>1607</sup>.

“...examinaremos los atributos distintivos de lo que los teóricos de la política consideraron durante mucho tiempo simplemente *el derecho*, es decir el derecho de los juristas, el *nomos* de los antiguos griegos o el *ius* de los romanos [En nota al pie:] Véase, por ejemplo, lo que dice el gramático Servius, siglo IV d.C. (...): ‘*Ius generale est, sed lex est species; ius ad non scriptum pertinet, leges ad ius scriptum*’. Se ha sugerido con cierta justificación (...) que fue gran desgracia que Cicerón tradujese el término griego *nomos* por *lex* y no por *ius*. Sobre el empleo por parte de Cicerón del término *lex*, véase sobre todo *De legibus*, II, V-VI, (...): ‘*Est lex iustorum iniustorumque distinctio... nec vero iam aliam esse ullam legem puto non modo habendam, sed ne appellandum quidem*’<sup>1608,1609</sup>.

“Que la principal preocupación del gobierno deba dirigirse no hacia necesidades particulares conocidas sino hacia las condiciones para preservar un orden espontáneo que permita a los particulares satisfacer sus necesidades de forma que los gobernantes ignoran es algo que la historia ha demostrado ampliamente. En efecto, para los autores clásicos cuyas ideas proporcionaron la base fundamental del ideal moderno de libertad, los estoicos y Cicerón, utilidad pública y justicia eran sinónimos. Y, en las frecuentes ocasiones en las que se invocó la

<sup>1605</sup> *Ibid.* Página 77.

<sup>1606</sup> *Ibid.* Página 40.

<sup>1607</sup> *Ibid.* Páginas 74 y 75.

<sup>1608</sup> “La ley es la distinción entre lo justo y lo injusto (...) y ahora veo que ninguna otra ley puede ser considerada como tal, ni siquiera ser llamada con ese nombre”. El pasaje que Hayek omite citar –donde aparecen los “...”– dice así: “*ad illam antiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam, ad quam leges hominum diriguntur, quae supplicio inprobos adficiunt, defendunt ac tuentur bonos*” (“modelada por la naturaleza, principio antiquísimo de todas las cosas, regla de las leyes humanas, que impone penas a los malvados y defiende y garantiza a los buenos” – Versión castellana de D. Francisco Navarro y Calvo en *Obras Completas de Marco Tulio Cicerón*. Tomo VI). Así, vemos que al referirse a *lex*, en ese contexto, como “modelada por la naturaleza” y “regla de las leyes humanas”, se está refiriendo Cicerón al derecho natural, pero ello no quita la ‘desgracia’ de la traducción a que se refiere Hayek, refiriéndose a Álvaro D’Ors.

<sup>1609</sup> Hayek. *Ob. Cit.* Página 123, y nota al pie 1.

*utilitas publica* en la Edad Media, a lo que generalmente se apelaba era simplemente a la preservación de la paz y la justicia”<sup>1610</sup>.

“Es engañoso considerar utilitaristas a todos aquellos autores que aceptan la existencia de ciertas instituciones en razón de su utilidad, ya que escritores como Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino o Mandeville, Adam Smith o Ferguson, cuando hablan de utilidad, la conciben como favorecedora de una especie de selección natural de las instituciones, no determinada conscientemente por los hombres. Cuando en el pasaje citado en la nota 9 Cicerón habla de la justicia como ‘*habitus animi, communi utilitate conservata*’, no alude a un utilitarismo de tipo constructivista, sino a una especie de utilitarismo evolucionista”<sup>1611</sup>.

“Al parecer, el obligado empleo del término ‘voluntad’, en lugar de ‘opinión’, surge con el pensamiento cartesiano y sólo se populariza a través de Rousseau. Los antiguos griegos no podían incurrir en esta confusión, porque la palabra que en su idioma correspondía a voluntario (*boulomai*) hacía referencia al logro de un objeto particular y concreto (...). Cuando Aristóteles (*Política*, 1287) exige que sea la ‘razón’ y no la ‘voluntad’ la que gobierne, esto significa claramente que todos los actos de coacción deberían estar regulados por normas abstractas, no por fines particulares. Hallamos ya este contraste en la antigua Roma entre *voluntas* y *habitus animi*, término este último que traduce el *héxis psyches* aristotélico. (Véase en particular el interesante contraste entre la definición de justicia que da Cicerón: ‘*iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem*’ en *De inventione*, 2,52, 161, y la fórmula, más conocida, de Ulpiano: ‘*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*’)”<sup>1612</sup>.

“En términos jurídicos, las normas no confieren derechos a personas singulares, sino que establecen las condiciones con arreglo a las cuales cabe adquirir dichos derechos. Cuál será el ámbito de derechos de cada cual dependerá en parte de sus actos y en parte de hechos que escapen a su control. Las normas únicamente sirven para permitir a cada cual deducir, de hechos verificables, los límites del ámbito que él y otros han logrado reservarse para sí. [En nota al pie:] Sólo a través de esta interpretación cabe eliminar el carácter tautológico de la célebre fórmula de Ulpiano (*Dig.*, I, 1.10): ‘*iustitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*’ [*sic*]. Resulta de cierto interés advenir que Ulpiano en esta frase sustituye por el término *voluntas* otro más antiguo que describía una actitud mental. Véase el pasaje de Cicerón ya citado en la nota 9 del capítulo anterior”<sup>1613</sup>.

“Nuestra ignorancia sobre los efectos de la aplicación de las normas a personas particulares hace posible la justicia en una sociedad espontánea de hombres libres. [En nota al pie:] Sospecho que también es a esta ignorancia a la que se refería Cicerón cuando argüía que no es la naturaleza ni la voluntad, sino la debilidad intelectual, la madre de la justicia. Véase *De Re Publica*, 3, 13: ‘*Iustitiae non natura nec voluntas, sed imbecillitas mater est*’. A esto, al menos, parece aludir en muchos otros pasajes en los que se refiere a la *humani generis imbecillitas*”<sup>1614</sup>.

<sup>1610</sup> *Ibid.* Página 188.

<sup>1611</sup> *Ibid.* Página 204, nota al pie 13.

<sup>1612</sup> *Ibid.* Página 199, nota al pie 9.

<sup>1613</sup> *Ibid.* Página 231, y nota al pie 16.

<sup>1614</sup> *Ibid.* Página 330, y nota al pie 19. Es dudoso si puede atribuirse a Cicerón la frase que Hayek cita: el *De Re Publica* ha sido en buena medida reconstruido a partir de fragmentos citados por autores posteriores. Concretamente, la cita se contiene en párrafos de Lactancio que “se creen inspirados, o talvez copiados, de los de Cicerón, desgraciadamente perdidos” (Navarro y Calvo. *Ob. Cit.* Página 118). Además, más bien parece que la cita se atribuye

“Las normas de recta conducta no están, pues, determinadas por la ‘voluntad’ o el ‘interés’, ni por cualquier pretensión similar de alcanzar objetivos concretos, sino que se conforman en virtud del perseverante esfuerzo (la *constans et perpetua voluntas* de Ulpiano) por dotar de coherencia a un sistema de normas heredado por cada generación”<sup>1615</sup>.

Hayek encabeza el capítulo IV de la obra en cita con la frase de Julio Paulo ‘Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat’, a lo cual en pie de página añade: “Julius Paulus, jurista romano del siglo III d.C., en *Digesto* 50-17-1: ‘Lo justo no deriva de la norma, sino que es la norma la que procede de lo que se considera justo’. Véase también la observación del comentarista del siglo XII Franciscus Accursius en su alusión al Digesto, I.1.1, pr.9: ‘Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius’”<sup>1616</sup>. En nota al pie 46 de página 243, Hayek remite a estas citas de Paulo y Accursio cuando en el texto principal dice que “Contrariamente a la tradición más antigua, que consideraba que la justicia es prioritaria respecto al derecho, y que al menos algunas partes de éste estaban limitadas por las concepciones de la justicia, la teoría de que el legislador es el creador de la justicia se convirtió en la tesis más característica del positivismo jurídico”<sup>1617</sup>.

“Los clásicos entendieron bastante mejor los requisitos de la libertad. Cicerón cita a Catón, para el que la constitución romana era superior a la de otros pueblos porque ‘se basaba en el genio de muchos hombres y no en el de un solo hombre; no se instituyó en una generación, sino durante un largo periodo de varios siglos y muchas generaciones de hombres. Pues... nunca ha existido un hombre poseedor de tan gran genio que nada le escapara; ni los poderes convenidos de todos los hombres, viendo en un determinado momento, podrían hacer toda las provisiones de futuro necesarias, sin la ayuda de la experiencia y la gran prueba del tiempo’. Ni la Roma republicana ni Atenas, las dos naciones libres del mundo antiguo, podrían, por lo tanto, servir de ejemplo a los racionalistas. En opinión de Descartes, fuente de la tradición racionalista, Esparta fue quien proporcionó el modelo, pues su grandeza ‘no se debió a la preeminencia de cada una de sus leyes en particular..., sino a la circunstancia de que, emanadas todas ellas de un único individuo,

---

a Filo, uno de los interlocutores en el diálogo, quien “sostiene la opinión de aquellos que piensan que no puede gobernarse la república sin la injusticia, y negando enérgicamente que tal sea su sentir, defiende la causa de la injusticia contra la justicia, tratando de demostrar con razones verosímiles y con la experiencia, que la primera es útil al gobierno de los Estados, mientras que la segunda les es completamente inútil”, según el resumen del argumento del tercer libro del *De Re Publica* que da San Agustín, citado por Navarro y Calvo en página 105.

El párrafo es: “Todos los que tienen potestad de vida y muerte sobre el pueblo, son tiranos; mas prefieren tomar el nombre de Júpiter Óptimo, y se llaman reyes. Cuando algunos hombres distinguidos por su riqueza, su cuna o su influencia, se apoderan del mando de la República, forman una facción, pero se les da el nombre de próceres. Si el pueblo tiene la potestas suprema y todo lo dirige, dícese entonces que impera la libertad, y en realidad impera la licencia. Cuando todos se temen recíprocamente, el hombre al hombre, la clase a la clase, porque ninguno confía en sí mismo, fórmase una especie de pacto entre el pueblo y los grandes, y tiene principio esa forma de gobierno que elogiaba Scipión. Así es que la justicia no nace de la naturaleza ni de la voluntad, sino de la debilidad” (Traducción de Navarro y Calvo. *Ob. Cit.* Página 119).

<sup>1615</sup> Hayek. *Ob. Cit.* Página 233.

<sup>1616</sup> *Ibid.* Página 97, y asterisco al pie de página.

<sup>1617</sup> *Ibid.* Página 243. La misma referencia a Paulo y Accursio la hace cuando dice que “toda la concepción según la cual el derecho es sólo lo que ha querido un legislador y que la existencia del propio derecho presupone una manifestación anterior de voluntad de un legislador es de hecho falsa y tampoco se puede poner coherentemente en práctica. El derecho no sólo es muy anterior a la legislación e incluso a un Estado organizado: toda la autoridad del legislador y del Estado deriva de concepciones anteriores de la justicia, y ningún sistema de derecho articulado puede aplicarse a no ser dentro de una estructura de normas de justicia generalmente reconocidas aunque a menudo no articuladas” (*Los Resultados de la Acción del Hombre Pero No de un Plan Humano*, en *Estudios de Filosofía, Política y Economía*. Página 160).

tendían a un fin único’. Y Esparta llegó a constituir el ideal de libertad tanto para Rousseau como para Robespierre y Saint Just y la mayoría de los actuales partidarios de la ‘democracia social’ o totalitaria”<sup>1618</sup>.

“Neracio, uno de los últimos juristas romanos, citado en el *Corpus iuris civilis*, llegó tan lejos que exhortaba así a los jurisconsultos: ‘Rationes forum quae constituuntur inquiri non oportet, alioquin multa quae certa sunt subvertuntur’. (‘Debemos evitar la inquisición acerca de las razones de nuestras instituciones, pues de otro modo muchas cosas que son ciertas se trastocarían’). Aunque a este respecto los griegos fueron algo más racionalistas, no carecen en absoluto de una similar concepción del desarrollo de la ley. Véase, por ejemplo, el orador ático Antifón, (...) donde escribe que hay leyes ‘que tiene la característica de ser las más antiguas de este país, lo que constituye la más segura demostración de su bondad, pues el tiempo y la experiencia muestran a la humanidad lo imperfecto’”<sup>1619</sup>.

“A lo largo del siglo XVII la influencia de los escritores latinos reemplazó en gran medida la directa influencia de los griegos, por lo que es inexcusable examinar brevemente la tradición derivada de la República romana. Las famosas leyes de las XII Tablas, inspiradas en una consciente imitación de las leyes de Solón, constituyen el fundamento de su concepción de la libertad. La primera de aquéllas estipula que ‘ningún privilegio o *status* será establecido a favor de personas privadas, en detrimento de otras, contrario a la ley común de todos los ciudadanos, que todos los individuos, sin distinción de rango, tienen derecho a invocar’<sup>1620</sup>. Tal fue la concepción fundamental bajo cuyos auspicios se formó gradualmente el primer sistema totalmente desarrollado de derecho privado, mediante un proceso muy similar al que dio origen a la *common law*, sistema muy diferente en espíritu al del último Código de Justiniano, que determinó el pensamiento legal del continente.

“El principio inspirador de las leyes de la Roma libre nos ha sido transmitido principalmente por las obras de historiadores y oradores de aquel período, quienes una vez más llegaron a ejercer influencia durante el Renacimiento latino del siglo XVII. Tito Livio –cuyo traductor hizo que la gente se familiarizara con el término ‘isonomía’, término que el mismo Tito Livio no usó y que proporcionó a Harrington la distinción entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres–, Tácito y, sobre todo, Cicerón llegaron a ser los principales autores a través de los cuales se difundió la tradición clásica. Para el moderno liberalismo, Cicerón se convirtió en la principal autoridad y a él debemos muchas de las formulaciones más efectivas de la libertad bajo la ley. A

<sup>1618</sup> Hayek. Los Fundamentos de la Libertad. Página 87.

<sup>1619</sup> *Ibid.* Página 87, nota al pie 17. Al transcribir la cita he corregido un par de errores tipográficos de la edición que manejo.

<sup>1620</sup> La cita que hace Hayek no está tomada (al menos no directamente) de las XII Tablas: corresponde, según pie de página 31, a “*The Civil Law*, ed. S.P. Scott, Cincinnati 1932, p. 73”. En la edición de las XII Tablas que manejamos, no hemos encontrado en ‘la primera de ellas’ disposición similar a lo mencionado por Hayek, aunque sí existe la disposición 5 (de la Tabla I) que establece “que tuvieran el mismo derecho los *nexi, Mancipi, fortes y sanates*” (conocida mediante un fragmento de Festo): así, se establece igualdad de derechos entre personas de distintas condiciones (para cuya explicación, ver nota al pie 3 en página 21 de Domingo, et al. Textos de Derecho Romano).

Una referencia al privilegio se contiene en la Tabla IX, 1.2. (reconstruida a partir de una referencia en Cicerón: *De Legibus* 3.4.11; 3.19.44), en el sentido de que “No se propongan leyes especiales contra nadie. No se decida sobre la pena de muerte de un ciudadano si no es por los comicios centuriados”. Se trata del famoso *privilegia ne inroganto*, que Bernal y Ledesma explican así: “En los orígenes, el privilegio derivaba de normas dictadas por los comicios, que imponían al particular una pena no prevista por leyes anteriores” (Ob. Cit. Página 45). No es sino hasta la época imperial que la noción de ‘privilegio’ se acerca en Roma más a su sentido actual de ‘derecho singular permisivo’. En su forma original –la que se prohibió en las XII Tablas– el privilegio estaría más bien relacionado, como su opuesto, con el moderno principio de legalidad en materia penal.

él pertenece el concepto de la reglas generales, de las *leges legum* que gobiernan la legislación; el de la obediencia a las leyes si queremos ser libres y el de que el juez haya de ser tan sólo la boca a través de la cual habla la ley. En ningún otro autor se ve más claramente que, durante el período clásico del Derecho romano, se comprendió sin lugar a dudas la inexistencia de conflictos entre la ley y la libertad y la dependencia de esta última de ciertos atributos de la primera; de la generalidad y certeza de la ley. Cicerón, paladinamente, opone restricciones al poder discrecional de la autoridad. Este período clásico fue también un período de completa libertad económica al que Roma debió en gran medida su prosperidad y fuerza.

“Durante el siglo II después de Cristo, sin embargo, el socialismo de Estado avanzó rápidamente, y, con su desarrollo, la libertad que había creado la igualdad ante la ley fue progresivamente destruida al propio tiempo que se iniciaban las exigencias de otra clase de igualdad. Durante el Bajo Imperio los estrictos preceptos legales fueron debilitándose y cediendo ante una nueva política social en que el Estado incrementó su intervención en la vida mercantil. Las consecuencias de esta evolución, que había de culminar bajo la égida de Constantino, condujo, en palabras de un distinguido estudioso del Derecho romano, a que ‘el imperio absoluto proclamara, juntamente con el principio de equidad, la autoridad de la voluntad imperial libre de las barreras de la ley. Justiniano, con sus doctos profesores, llevó tal proceso a la cima de sus conclusiones’. A partir de este momento, quedó relegada al olvido durante mil años la idea de que la legislación debe servir para proteger la libertad del individuo. Más tarde, cuando el arte de legislar fue redescubierto, el Código de Justiniano, con sus ideas de un príncipe que está por encima de las leyes, sirvió de modelo en el continente”<sup>1621</sup>.

## II. REFLEXIONES

Cuando expusimos en el capítulo III la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico, hicimos referencia no sólo a sus instrumentos lógico-técnicos, sino además vimos –mediante ejemplos de su aplicación concreta, según citas del Digesto– los criterios inspiradores de fondo o filosóficos que los juristas romanos incorporaban a su labor, que les servían de guía, trasfondo y marco para la misma. Hemos también hecho referencia a cómo la noción de Derecho, los postulados iusfilosóficos, que se adopten, tendrán inmediata consecuencia en el desempeño de la profesión jurídica en sus diversas manifestaciones: “Tanto la interpretación del derecho como la forma de desarrollar la función del jurista dependen de la filosofía. (...) A algunos juristas les puede parecer que no es así. A ellos les basta –dicen– saber las leyes y aplicarlas. Pero esta actitud es ilusoria. Tal actitud presupone ya una filosofía del derecho: el positivismo legalista. Así como todo hombre tiene una filosofía, aunque rudimentaria y vulgar (es decir, no científicamente estructurada), así también todo jurista opera con unos rudimentos filosóficos, a veces con contenidos poco coherentes entre sí. La pretensión de estar libre de la filosofía jurídica es una pretensión vana. Son muchas las decisiones jurídicas que dependen de unos supuestos filosóficos”<sup>1622</sup>.

Es más que clara la necesidad de que aquí expongamos algunas ideas básicas y fundamentales sobre el Derecho, siempre en la línea de esa unidad entre teoría y práctica que tanto hemos querido resaltar, pues éstas se nutren mutuamente: podemos expresar, entonces, que la consideración de esa perenne actualidad de la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico que da nombre a nuestro estudio no pretendemos descubrirla principalmente en una aplicación en

<sup>1621</sup> Hayek. Los Fundamentos de la Libertad. Páginas 223 y 224.

<sup>1622</sup> Hervada. Lecciones de Filosofía del Derecho. Página 54.

nuestra época actual de los mismos instrumentos lógico-técnicos que emplearon los juristas de la antigua Roma, sino ante todo en un planteamiento sobre cómo se entiende la realidad jurídica y, a partir de allí, cómo opera el jurista en mayor conformidad con ella: es por eso que luego tocaremos el tema de la interpretación y fuentes en nuestro derecho nacional para, como dijimos, realizar un acercamiento a la ‘otra cara’ de la dicha actualidad –la de su aplicabilidad práctica en nuestro medio–, pero teniendo en mente que aquélla radica principalmente en la mayor adecuación a la realidad del Derecho que inspiraba el proceder de la técnica romana. Es decir, no se trata de resucitar por completo la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico, sino más bien de profundizar y desarrollar esas intuiciones sobre la naturaleza del Derecho que permitieron a los romanos el grado de perfección y desarrollo jurídico que alcanzaron, buscándoles vías de penetración en la vida jurídica actual, a fin de hacer ésta más eficaz.

Recurriremos primero a exponer las ideas nucleares de nuestro planteamiento, para luego reflexionar sobre otras consecuencias que ellas tienen en nuestro modo de aproximarnos al Derecho. Dichas reflexiones aspiran a tener un carácter sencillo, buscando más bien señalar líneas generales de pensamiento y discusión, sumándose a un programa abierto destinado a encontrar desarrollo y depuración no sólo en ulteriores trabajos –personales, y quizás ajenos, si a alguno resulta interesante mi propuesta–, sino además en la vivencia personal de la experiencia jurídica, de la lucha por el Derecho.

### **1. Carácter de nuestro estudio**

Lo que hemos expuesto en el capítulo anterior nos da una pauta para comprender mejor cuál es el carácter del planteamiento que en este trabajo busco hacer. Esclarecer esto me parece de fundamental importancia. Quizás la primera impresión que produzca lo que venimos tratando sea la de que estamos en presencia de una ‘teoría ecléctica’ sobre el Derecho: pues bien, una discusión sobre las nociones de teoría y eclecticismo es un buen punto de partida para intentar explicar cómo entiendo yo mi planteamiento, qué es lo que pretendo decir.

En el numeral 6 de la sección IV en el capítulo II del presente trabajo me referí ya a “un mal entendido eclecticismo, en el sentido de que a veces las posturas eclécticas se conciben en clave objetiva, entendiéndola una cierta necesidad o utilidad en aprovechar o fusionar puntos de vista que en principio parecerían muy divergentes. En lo personal, considero que el “eclecticismo” (si se puede o se quiere llamarle así, aunque por algún motivo me incomoda el vocablo) debe verse más bien en clave subjetiva, es decir, enfocado como una consecuencia del hecho de que quien conoce, quien interpreta, quien aplica, quien actúa, es la persona humana, y ella constituye una individualidad integral: ante la integralidad de la persona humana, no cabe aferrarse a divisiones y clasificaciones que, con exterioridad a la persona, se hacen únicamente para fines didácticos o de simplificación. Con esto tocamos un punto que será fundamental para lo que se expondrá en la parte nuclear de este estudio (...)”. En esa ocasión estaba haciendo referencia, como recordará el lector, a “las distintas posturas doctrinales en torno al Derecho Romano”, es decir, los diversos motivos sustentados por sectores del pensamiento iusromanista como justificación de la importancia de estudiar nuestra materia: sobre dichas posturas afirmé que “la interconexión de todas ellas responde a una necesidad derivada del reflejo y manifestación que han de tener en la acción humana, en el actuar de personas concretas cuyo ser en su unicidad no está dividido en compartimientos doctrinales; no se deriva de un mero afán doctrinal por encontrar puntos intermedios o conciliatorios entre teorías distintas y, en ese sentido, me parece que lo que intento plantear aquí va íntimamente ligado al carácter necesariamente práctico de la teoría y necesariamente teórico de la práctica, al que aluden las repetidas y extensas citas del Ideario de

nuestra *alma mater* que ya hemos consignado. Como consecuencia, este enfoque también implica que al momento de concretarse en la acción y el pensamiento humanos, la persona puede y en ciertos casos debe modificar o rechazar algunos puntos o contenidos teóricos que son incompatibles con la visión de conjunto que implica la integridad del conocimiento humano”.

Las citadas afirmaciones no resultan del todo aplicable para caracterizar nuestro estudio, pero sí ayudan a esclarecer. Cuando hablé del ‘eclecticismo subjetivo’ lo hice con ocasión de comentar puntos de vista sobre para qué sirve estudiar el Derecho Romano: en ese sentido, al referirse a la utilidad se implica a su vez la finalidad, predicable de la acción individual y, con ello, puede afirmarse que para un individuo, para un ‘sujeto’, al momento de actuar, el estudio del Derecho Romano le puede resultar útil y valioso en forma simultánea por varios o todos de los motivos apuntados por las corrientes doctrinales, utilidad que él apreciará en relación con muy variados factores que están más allá de nuestro conocimiento para cada caso particular y, por ende, de ahí deriva la necesidad de no enfocar las posturas expuestas como mutuamente excluyentes: entendiendo el eclecticismo en su sentido muy general, coloquial, de ‘mezcla’, resulta que se atiende al sujeto porque cada uno valorará de distinta manera para qué le sirve el estudio del Derecho Romano y puede compartir en un momento dado varias de las posturas aludidas, ello sin perjuicio de que, objetivamente consideradas, dichas posturas de por sí contribuyan a dar los motivos que buscan, y sean susceptibles de crítica. Lo que digo me parece abstraíble del contexto específico sobre posturas doctrinales en torno al valor de estudiar el Derecho Romano, y aplicable a muchas otras materias que se ubican en el ámbito de lo que depende de las valoraciones, gustos, opiniones, preferencias, de cada quien. En cambio, el ‘eclecticismo objetivo’ es distinto, y con él me refiero al eclecticismo en cuanto atañe a las teorías *per se*, consideradas en sí mismas. Nótese entonces, que el eclecticismo subjetivo lo refiero a posturas, opiniones, puntos de vista, y se concreta en cada acción individual concreta, que responderá a su vez a determinadas circunstancias y necesidades: por ejemplo, puede ser que en un caso concreto me resulte útil el Derecho Romano como fuente de formación jurisprudencial porque necesito un referente para emitir un dictamen profesional, y al mismo tiempo me sirve considerarlo en ese momento como antecedente del derecho contemporáneo pues ello me ilustra un asunto de interpretación que dicho dictamen requiere, a la vez que no estoy de acuerdo con considerar el Derecho Romano como un ordenamiento jurídico perfecto; en otro momento, ante distintas necesidades en diferentes circunstancias, mi valoración quizá radique más en el aspecto de la materia como cultura histórico-jurídica, pues me sirve como punto de partida para, por ejemplo, redactar un ensayo en que reflexione sobre la evolución de sistemas normativos. Es distinto, por su parte, el ‘eclecticismo objetivo’, el cual refiero propiamente a teorías: si resulta adecuado utilizar el lenguaje de Popper, diré que el eclecticismo subjetivo ocurre en el mundo número dos, en cuanto se concreta en un estado mental o de conciencia, una disposición para actuar; el eclecticismo objetivo, en cambio, ocurre en el mundo número tres, en cuanto opera sobre contenidos objetivos del pensamiento. También recordamos que Popper señalaba, no obstante, la constante interacción entre los dos ‘mundos’: de ahí que ‘ambos eclecticismos’ permanezcan “ligados al carácter necesariamente práctico de la teoría y necesariamente teórico de la práctica”.

Habiendo establecido las distinciones entre lo que llamábamos ‘eclecticismo subjetivo’ y ‘eclecticismo objetivo’, tratemos de formarnos una noción más exacta sobre qué es eclecticismo: veámos que Brugger define *eclecticismo* como “la actitud intelectual de aquellos filósofos que se limitan a examinar los resultados del pensamiento ajeno, escogiendo lo que les parece verdadero y valioso sin intentar reunir en un todo acabado los fragmentos recogidos. Si la aceptación de concepciones ajenas y diversas se realiza sin examinar su contenido de verdad, cabe hablar de

*sincretismo*”<sup>1623</sup>. El Diccionario de la Real Academia define eclecticismo como “Modo de juzgar y obrar que adopta una postura intermedia, en vez de seguir soluciones extremas o bien definidas. l Escuela filosófica que procura conciliar las doctrinas que parecen mejores o más verosímiles, aunque procedan de diversos sistemas”. Juan Pablo II explica el eclecticismo como “la actitud de quien, en la investigación, en la enseñanza y en la argumentación (...) suele adoptar ideas derivadas de diferentes filosofías, sin fijarse en su coherencia o conexión sistemática ni en su contexto histórico. De este modo, no es capaz de discernir la parte de verdad de un pensamiento de lo que pueda tener de erróneo o inadecuado. (...) El estudio riguroso y profundo de las doctrinas filosóficas, de su lenguaje peculiar y del contexto en que han surgido, ayuda a superar los riesgos del eclecticismo y permite su adecuada integración en la argumentación (...)”<sup>1624</sup>. De lo anterior me parece que pueden enunciarse dos nociones principales de eclecticismo, según se considere que el mismo incluya o no una evaluación del contenido de verdad del pensamiento. Ya en mi cita anterior expresaba que “al momento de concretarse en la acción y el pensamiento humanos, la persona puede y en ciertos casos debe modificar o rechazar algunos puntos o contenidos teóricos que son incompatibles con la visión de conjunto que implica la integridad del conocimiento humano”: por un lado, con esta afirmación me refiero tanto al eclecticismo subjetivo (“acción”) como al eclecticismo objetivo (“pensamiento”, entendido –si se quiere– en su ‘objetivización’, su ‘paso al mundo tres’); por otro, hago referencia a que sí debe haber un examen sobre la coherencia, la verdad o verosimilitud, de –en este caso– las teorías que se examinen. Así, podría decirse que mi planteamiento será ecléctico en el sentido que apuntan Brugger y la segunda acepción del Diccionario, mas no en el sentido que señala Juan Pablo II ya que, además, en nuestro estudio hemos tratado (mediante la dimensión histórico-expositiva) de tomar en cuenta el contexto histórico en que han surgido las doctrinas, aunque ciertamente no con un “estudio riguroso y profundo” (eso queda a responsabilidad del lector).

He dicho que “*podría* decirse que mi planteamiento será ecléctico en el sentido...”, ya que en realidad considero que no es ecléctico, y esto por lo siguiente: a mi entender, el eclecticismo se plantea en una relación ‘horizontal’ de las teorías que pretende conciliar, es decir, colocándolas como en un mismo plano, un mismo ‘grado de explicación’ o ‘nivel en la pirámide invertida del conocimiento’ diríamos, adoptando la terminología expuesta en el capítulo anterior. Así entendido, digo que en sentido propio puede hablarse de eclecticismo en, por ejemplo, las discusiones dentro del positivismo jurídico sobre la teoría de la norma: ¿qué clase de juicio es la norma?, ¿a quién va dirigida: al juez, al ciudadano, etc.?: si encontramos explicaciones que concilien posturas diversas dentro de un mismo ámbito, se trata de eclecticismo (y en la ciencia jurídica abundan, siendo además por lo general las que ‘adopta’ nuestra legislación). En cambio, la interrelación de teorías que se plantea en este estudio establece en ellas una relación que podemos llamar ‘vertical’, basados en el nivel de abstracción e indagación causal, etc., que cada teoría brinda. Y digo ‘interrelación’, que no ‘conciliación’ como comúnmente se utiliza al referirse al eclecticismo, ya que ‘conciliar’ da la idea de pugna, de oposición y, por ende, a veces

<sup>1623</sup> Brugger. *Ob. Cit.* Página 190.

<sup>1624</sup> Juan Pablo II. *Fides et Ratio*, 86. Añade que: “El eclecticismo es un error de método, pero podría ocultar también las tesis propias del *historicismo*. Para comprender de manera correcta una doctrina del pasado, es necesario considerarla en su contexto histórico y cultural. En cambio, la tesis fundamental del historicismo consiste en establecer la verdad de una filosofía sobre la base de su adecuación a un determinado período y a un determinado objetivo histórico. De este modo, al menos implícitamente, se niega la validez perenne de la verdad. Lo que era verdad en una época, sostiene el historicista, puede no serlo ya en otra. En fin, la historia del pensamiento es para él poco más que una pieza arqueológica a la que se recurre para poner de relieve posiciones del pasado en gran parte ya superadas y carentes de significado para el presente. Por el contrario, se debe considerar además que, aunque la formulación esté en cierto modo vinculada al tiempo y a la cultura, la verdad o el error expresados en ellas se pueden reconocer y valorar como tales en todo caso, no obstante la distancia espacio-temporal” (87).



el ‘conciliador’ (o ‘filósofo eclecticista’) más parece un necio o un iluso que trata de lograr el abrazo de dos mortales enemigos, no fijándose que el acercarlos así podría ser, más bien, peligroso. En mi entender, al menos en un sentido muy general las diversas teorías (o, mejor dicho, ‘corrientes’, dentro de las cuales a su vez hay teorías) realmente no están en pugna, sino que su incompatibilidad no es más que aparente: y, si queremos ser más exactos con el lenguaje, nuestro Diccionario define ‘conciliar’ como “Conformar dos o más proposiciones o doctrinas *al parecer* contrarias”<sup>1625</sup>, por lo que sí resultaría del todo adecuado hablar de conciliación. Sin embargo, insisto en hablar de interrelación, por la connotación generalizada en la mentalidad sobre ‘conciliación’ que antes apunté. Entonces, la ‘verticalidad’ de la relación entre las teorías examinadas, y la ‘no pugnacidad’ que de ella deriva, me llevan a considerar que el planteamiento que en este trabajo hacemos no es de índole eclecticista. Es decir: no se trata de conciliar por conciliar, por hallar intermedios (Gambra nos recordaba que la verdad, a diferencia de la virtud, no siempre se halla en el término medio), sino que se trata de comprender que las corrientes examinadas realmente confluyen hacia la explicación unitaria e integral del Derecho, pero al mismo tiempo entendiéndolo así, como algo unitario, lo cual a su vez lleva a estar en guardia contra una indiscriminada mezcla de proposiciones que cada teoría hace quizá traspasando ya el ámbito de su grado de explicación, es decir, tratando siempre de evaluar críticamente su verdad y coherencia ya que, de lo contrario, no se estaría realmente tendiendo hacia una explicación integral que se acerque a la realidad: “Al utilizar la pirámide invertida del conocimiento como una herramienta para analizar la realidad podemos preguntar, por ejemplo, por la creación. El teólogo dará su explicación, el biólogo nos la explicará por medio de la evolución y alguien, con visión más puntual, podrá aclarárnosla tan sólo a través de la genética. Sin confusión de órdenes, sin mezcolanzas imprudentes, cada uno contribuirá a dar la visión completa que la humanidad necesita, poco a poco”<sup>1626</sup>.

Más adelante, se verá que una explicación de nuestro modo de plantear el entendimiento del Derecho está íntimamente ligada a su relación con el hombre, de donde, siendo el hombre un ‘sujeto’, podría utilizarse –en una acepción muy concreta– el término de ‘eclecticismo subjetivo’ para referirse a nuestra teoría del Derecho: el Derecho se comprende mejor en cuanto reflejo del hombre. Esto de “nuestra teoría del Derecho” nos lleva a la otra reflexión necesaria en nuestro intento de aclarar el sentido y carácter del presente estudio: he utilizado esa frase más bien en un sentido ‘conversacional’ con el lector, como quien dijera ‘el lector y yo, examinando una teoría’, y no con la irrisoria pretensión de afirmar que aspiro a plantear una teoría del Derecho que sea original: antes bien, según se verá y como se desprende del mismo título de nuestra obra, la teoría del Derecho que se propone es nada menos que la de los antiguos romanos, el modo de entender lo jurídico que dio vida a siglos de tradición y desarrollo de la civilización. A lo más que aspiro es a tratar de explicar su ‘perenne actualidad’, vale decir, su relevancia en cuanto dice algo al hombre de hoy, al jurista actual, en cuanto sigue siendo la teoría del Derecho más cercana a la realidad y, en ese intento, articular una comprensión de la misma en el marco de nociones y esquemas de pensamiento que se han desarrollado en épocas posteriores al período clásico del Derecho Romano en que tal teoría se manejó y desarrolló.

Queda explicar brevemente qué es una teoría. Las acepciones relevantes del Diccionario de la Real Academia son “Conocimiento especulativo considerado con independencia de toda aplicación. | Serie de las leyes que sirven para relacionar determinado orden de fenómenos. | Hipótesis cuyas consecuencias se aplican a toda una ciencia o a parte muy importante de ella”.

<sup>1625</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, acepción segunda. El énfasis es mío.

<sup>1626</sup> Brenes. *Ob. Cit.* Página 11.

Popper dedicó muchas y muy profundas reflexiones al tema de la teoría, pero aquí nos limitaremos a citar lo que explica dicho autor que ayude para el propósito que en este apartado nos hemos indicado. Dice Popper que “Cada prueba seria de una teoría es un intento de refutarla. La comprobabilidad, por tanto, es lo mismo que la refutabilidad o la ‘falsificabilidad’. Y como llamaremos ‘empírica’ o ‘científica’ sólo a aquellas teorías que puedan probarse empíricamente, podemos concluir que es la posibilidad de una refutación empírica la que distingue a las teorías empíricas, de las que no lo son. Si este ‘criterio de refutabilidad’ se acepta, entonces advertimos en seguida que las teorías *filosóficas*, o teorías metafísicas, serán *irrefutables por definición*. (...) Y esto nos lleva al meollo de nuestro problema: *Si todas las teorías filosóficas son irrefutables, ¿cómo podremos distinguir entre teorías filosóficas falsas y verdaderas?* (...) Si ahora consideramos las ciencias empíricas (...) una vez más ponemos a prueba nuestras teorías: las examinamos críticamente e intentamos refutarlas. La única diferencia importante es que ahora también podemos utilizar argumentos empíricos en nuestro examen crítico. Pero estos argumentos empíricos ocurren sólo junto con otras consideraciones críticas. El pensamiento crítico, como tal, sigue siendo nuestro principal instrumento. Se utilizan las observaciones sólo si encajan en nuestra discusión crítica. Ahora bien, si aplicamos estas consideraciones a las teorías filosóficas, nuestro problema puede reformularse como sigue: *¿Es posible examinar críticamente las teorías filosóficas irrefutables? De ser así, ¿en qué puede consistir la discusión crítica de una teoría, si no en intentos de refutar esa teoría?* (...). Si una teoría filosófica no fuera sino una aseveración aislada acerca del mundo, que se nos lanzara como una intención implícita de ‘tómela o déjala’, y sin ningún indicio de conexión con ninguna otra cosa, estaría, sin duda, más allá de toda discusión. (...) cualquier teoría *racional*, sin importar que sea científica o filosófica, es racional en tanto que intenta *resolver ciertos problemas*. Una teoría es comprensible y razonable sólo en relación con determinada *situación de problema*. Y sólo puede discutirse racionalmente estudiando esta relación. Ahora bien, si consideramos una teoría como la propuesta solución a un conjunto de problemas, entonces la teoría misma nos lleva inmediatamente a su discusión crítica, incluso si es no empírica e irrefutable. Porque entonces podemos hacer preguntas de este tenor: *¿Resuelve el problema? ¿Lo resuelve mejor que otras teorías? ¿Acaso sólo ha cambiado el problema? ¿Es sencilla la solución que propone? ¿Es fructífera? ¿Acaso contradice a otras teorías filosóficas necesarias para resolver otros problemas?* (...) El descubrimiento de un problema filosófico puede ser algo final, definitivo; se hace de una vez por todas, para todos los tiempos. Pero la solución de un problema filosófico nunca es definitiva. No puede basarse en una prueba final ni en una refutación final. Tampoco puede basarse esta solución en las fórmulas mágicas de profetas filosóficos inspirados (o aburridos). Sin embargo, puede basarse en el examen concienzudo y crítico de una situación de problema y en los supuestos subyacentes, y en el examen profundo de las diversas maneras posibles de resolverlo”<sup>1627</sup>. Bobbio, por su parte, afirma que “la teoría pretende describir la realidad y, por tanto, su valoración consistirá en verificar si existe correspondencia entre la teoría y la realidad”<sup>1628</sup>.

Todas las corrientes, posturas o teorías sobre el Derecho serán, por supuesto, objeto de crítica racional en cuanto pretenden explicar la realidad jurídica. En ello habría que recurrir a los cuestionamientos que Popper y Bobbio señalan. *¿Cuál es la situación de problema* a que pretenden responder las teorías del Derecho? Esto es un punto discutible, pero me parece razonable afirmar que el problema abarca desde entender qué es el Derecho, cómo se conforma, cómo se integra, qué fines o valores persigue (o, incluso, la pregunta sobre si cabe hablar de

<sup>1627</sup> Popper. *Metafísica y Criticabilidad*, en *Escritos Selectos*. Páginas 229 a 234.

<sup>1628</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Página 239.

finalidad en determinado contexto), cómo se halla la solución justa, etc., hasta –por cuanto el Derecho va ligado con la vida del hombre en sociedad– problemas que colindan con la filosofía política, y –por cuanto el Derecho va ligado a la acción individual– problemas que colindan con la filosofía moral, así hasta problemas que en la indagación sobre las fundamentaciones más últimas y radicales del Derecho, se trasladan a la teología. La anterior descripción –somera e incompleta– de los problemas que aborda la teoría jurídica resulta apegada completamente al desarrollo histórico del estudio del Derecho, tal como se ha expuesto en capítulos anteriores. Además, las teorías del Derecho se hacen más aún objeto de discusión crítica, filosófica, desde el momento en que, de descripciones de la realidad, pasan a postularse en el plano del *deber ser* jurídico: por ejemplo, cuando el positivista afirma que la legislación se debe obedecer por ser emanada de autoridad competente sin cuestionarla por otros criterios, cuando el iusnaturalista afirma que no es jurídica una ley que contradiga el derecho natural basado en la naturaleza humana, cuando el analista económico dice que la legislación o las decisiones judiciales deben orientarse según determinado criterio de utilidad o asignación de recursos, cuando el ‘hayekiano’ dice que el derecho legislado es ‘malo’ y el *common law* es ‘bueno’ (que, por lo demás, no es ni siquiera lo que Hayek realmente dice...).

“...el saber filosófico parte de la experiencia, de los datos empíricos, y por consiguiente la filosofía jurídica toma como punto de partida necesario la experiencia jurídica. No es un sistema forjado por la razón sobre formas *a priori*, ni un producto de la razón libre de contaminación con la experiencia. No se construye sobre ideas puras o ideales del derecho y de la justicia, ni tiene por objeto tales ideas o ideales. (...) La filosofía del derecho se construye sobre realidades y alcanza lo metaempírico de lo real. La filosofía del derecho no tiene por objeto *ideales*, sino *realidades*. Ciertamente se trata de realidades con dimensiones que trascienden la experiencia, porque la realidad no es sólo lo empírico; pero todo cuanto alcanza parte de la experiencia; la experiencia jurídica. De ahí que la filosofía del derecho deba partir de unos hechos: la vida del foro, el reparto de las cosas, la legislación vigente, etc. Por eso, para una correcta elaboración de un sistema de filosofía jurídica es fundamental la correcta detección de los hechos objeto de observación, o lo que es lo mismo, la correcta delimitación del objeto material: sobre qué parcela de la vida social filosofa la filosofía del derecho (la praxis jurídica o realización y cumplimiento del derecho)”<sup>1629</sup>. Es un dato de la experiencia que la explicación de la realidad jurídica se ha intentado históricamente desde los ángulos que en el párrafo anterior indicábamos, que los problemas que ha pretendido resolver son –entre otros– los que ahí se enumeraron. Si la filosofía del Derecho parte de la realidad jurídica, preciso es que deba buscarse un mayor acercamiento a la verdad en las explicaciones de esa realidad. Más que a un eclecticismo, considero nuestra postura cercana (que no igual) al tridimensionalismo: “La tridimensionalidad del Derecho nos ofrece una visión más rica del fenómeno jurídico y, sobre todo, nos ayuda a evitar la confusión de los planos en los que el Derecho se expresa, dando lugar a disputas inútiles cuyo origen no es otro que la unilateralidad desde la que intenta definirse al Derecho. Esto, además, nos subraya la multiplicidad expresiva del Derecho como fenómeno complejo, cuya presencia toca distintos ámbitos de la vida social. Cabe aclarar, que el Derecho es en sí mismo un todo, una unidad monolítica que, para efectos de su aprehensión y comprensión, admite y justifica este análisis teórico que disgrega sus dimensiones, pero que en la realidad social posee una presencia única pero de contenido complejo (fáctico y normativo), evidenciado por tres dimensiones que se hallan en un juego e interacción constates. Se trata de tres dimensiones interactuantes, unidas de forma inseparable por su interrelación. Ya que, como afirma Recaséns, ‘...aunque se reconozca la posibilidad de estos tres diferentes estudios, resulta que no puede existir una total independencia

<sup>1629</sup> Hervada. *Ob. Cit.* Página 55.

entre estos tres ángulos, antes bien, cada uno de ellos necesariamente aparece enlazado con los otros dos. Esto es así, porque el Derecho... es una obra humana, es un producto de la cultura, y por ende es histórico; de forma normativa, con validez dada por el poder público; obra humana que aspira a realizar en la vida social unos determinados valores, y que consigue eficacia en la conducta de los sujetos'. La visión tridimensional del Derecho permite comprender a éste en su totalidad, mostrándolo como un fenómeno social vivo, afectado por circunstancias culturales, históricas, políticas, en las que están implícitos valores, aspiraciones, la búsqueda permanente del equilibrio social a través de la coexistencia de intereses que se dan en toda comunidad humana. Concebido así, puede analizarse al Derecho con claridad conceptual y metodológica, evitando disputas bizantinas y distinguiendo que, aunque fenómeno real, el Derecho expresa contenidos dimensionales distintos. Quien desee conocer lo jurídico en plenitud, debe analizar y estudiar individualmente sus dimensiones, para luego comprender la manera en que éstas se integran e interactúan en el todo"<sup>1630</sup>.

Antonio-Enrique Pérez Luño añade que "Las tres dimensiones básicas de la experiencia jurídica pudieran ser complementadas por una *cuarta dimensión*. (...) También en el derecho pudiera hablarse de un *tetradimensionalismo*, es decir, de una experiencia jurídica integrada por tres (sociedad, norma, valor) más una (historia) dimensiones. Esta dimensión permite 'temporalizar' a las otras tres, contextualizándolas históricamente. Desde una perspectiva puramente teórica o metodológica es posible una concepción 'sincrónica' del tridimensionalismo jurídico; pero la imagen real y concreta de la experiencia jurídica es necesariamente 'diacrónica' y, por ello, tetradimensional. Como toda actividad humana, la experiencia jurídica se desarrolla en el tiempo. El tiempo es un factor que gravita de forma inexorable en los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho. (...) junto a esas proyecciones particulares 'del tiempo sobre el derecho', es posible establecer un enfoque global 'del derecho en el tiempo'. Desde esta perspectiva se puede advertir que el derecho es historia y, correlativamente que la historia es derecho. (...) porque la experiencia jurídica constituye un ingrediente básico e insoslayable de los procesos sociales y culturales de los hombres que conforman la historia"<sup>1631</sup>. La concepción tetradimensional del Derecho, con su énfasis sobre la cultura, la evolución, los procesos sociales, a mi entender permite una más adecuada integración a la teoría jurídica de, por ejemplo, los planteamientos de Hayek en concreto y la teoría evolutiva de la sociedad en general, así como abre también nuevas maneras en que el estudio del Derecho Romano, otros derechos históricos, y la historia del Derecho, puede brindar a la comprensión de nuestro objeto de estudio: 'diacrónico', según el Diccionario, "Se dice de los fenómenos que ocurren a lo largo del tiempo, en oposición a los sincrónicos" y también "Se dice de los estudios referentes a estos fenómenos", mientras que 'sincrónico', en la lingüística, "Se dice de las leyes y relaciones internas propias de una lengua o dialecto en un momento o período dados. | Se dice del estudio de la estructura o funcionamiento de una lengua o dialecto sin atender a su evolución", de donde se observa que, recordando que la teoría de Hayek implica la noción general de orden espontáneo y que el lenguaje es a su vez uno de tales órdenes, aparece también que el Derecho en cuanto orden espontáneo puede también estudiarse en forma tanto sincrónica como diacrónica, enriqueciendo así la perspectiva y comprensión del objeto; el mismo valor puede predicarse del estudio de la historia del Derecho en sentido tradicional, es decir, no con el enfoque de la teoría de los órdenes espontáneos propiamente. A su vez, todo el enfoque del tridimensionalismo, o del tetradimensionalismo, me parece que se complementa y entiende mejor con la tesis de la perspectiva del conocimiento como herramienta para analizar la realidad (la experiencia jurídica):

<sup>1630</sup> Álvarez Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 57 y 58.

<sup>1631</sup> Pérez Luño, Antonio-Enrique. *Teoría del Derecho*. Página 40.

explicaciones, grados o dimensiones de explicación, que confluyen hacia una comprensión integral de la realidad, llamada a profundizarse y desarrollarse en la continua búsqueda de la verdad. Puede decirse, entonces, que la pirámide invertida del conocimiento es la estructura conceptual adecuada al ‘dimensionalismo jurídico’.

Sin embargo, recordamos que la concepción romana del Derecho se inscribe asimismo en la línea del iusnaturalismo clásico, es decir, que acoge la noción de un derecho natural *como elemento* del derecho, no como una ‘teoría metafísica’ o ‘valorativa’ del Derecho pero en cierto sentido externa –quizás incluso, ajena– a éste. En el lenguaje dimensionalista, podríamos decir que el derecho natural en la concepción romana (que es –recordémoslo– la que se desarrolló en Occidente hasta el advenimiento del racionalismo constructivista) es visto como una dimensión más del Derecho; sin embargo, el dimensionalismo, como apuntaba Hervada, sería positivismo (aunque en un sentido muy amplio) por cuanto no concibe el derecho natural como una dimensión jurídica, sino como parte del elemento filosófico desplegado en las dimensiones normativa y valorativa en el nivel de conocimiento del deber ser<sup>1632</sup>: queda claro entonces que el dimensionalismo no concibe el derecho natural como parte en sí de la experiencia jurídica. Con esto, además, el tetradimensionalismo a su vez corre el peligro de degenerar hacia el historicismo. A mi parecer, en ello se puede percibir ese ‘gen’ constructivista (racionalista – positivista): identificar el derecho natural con la filosofía y, como tal, relegarlo al plano del deber ser (aun cuando se le tome en cuenta dentro de la concepción del Derecho) en cierta forma refleja la idea positivista que sitúa lo metaempírico en un ámbito ‘no-científico’, que hace equivaler la ‘valoración’ con el ‘sentimiento’ y por tanto coloca dentro de ello toda teoría del Derecho no-positivista, mientras que en el iusnaturalismo clásico el derecho natural no es propiamente un ‘valor’ ni un ‘sentimiento’, sino que una exigencia de la naturaleza racional del hombre. Refleja también la idea racionalista de un derecho natural *a priori*, ideal, ajeno al tiempo y al espacio (ajeno, por tanto, al hombre y a la experiencia jurídica), entendiéndolo entonces como un ordenamiento jurídico distinto (dualismo) que, por tanto, no cabe ser considerado propiamente dentro de las teorías dimensionalistas. En la medida en que las teorías dimensionalistas del Derecho acogen el dualismo que nació con el iusnaturalismo racionalista-constructivista y se acentuó con el positivismo jurídico, tales teorías no explican la concepción romana del Derecho y –lo que es más relevante a nuestro estudio– están menos cercanas de una adecuada explicación de la realidad jurídica y, por ende, menos cercanas también de poder servir como base o marco referencial de una técnica auténticamente jurídica, es decir, un modo de descubrir, crear, interpretar, aplicar, las normas de Derecho.

También Pérez Luño nos “recuerda una eficaz imagen del profesor Guido Fassò sobre la necesidad de superar visiones reduccionistas y unilaterales del derecho, incapaces de captar su pleno significado”, que nos sirve de referencia para aclarar lo comentado: “Según este profesor italiano las concepciones doctrinales que se quedan sólo en alguno de los aspectos del derecho, de modo especial aquellas que se cifran en su condición de sistema normativo lógico formal, pueden parangonarse a la actitud de un estudioso de anatomía que ante la complejidad del cuerpo humano, integrado por una serie de sistemas y aparatos heterogéneos, y deseando hacer sobre el cuerpo humano una investigación absolutamente rigurosa, que tan sólo fuera posible respecto al tratamiento del sistema óseo, dijera: ‘El verdadero cuerpo humano es el esqueleto; el resto, aunque parezca que exista, no es esencial y, por eso, no lo tomo en consideración. Yo me limito a formular un tratado sobre el hombre como sistema de huesos, y quien se ocupa de la sangre, de

---

<sup>1632</sup> Cfr. Álvarez. *Ob. Cit.* Página 59.

los nervios o de los músculos es un iusnaturalista que todavía vive en el medioevo”<sup>1633</sup>. Pues bien, siguiendo la metáfora: el tratado de los huesos será útil para la anatomía, y ciertamente lo serán también tratados sobre la sangre, los nervios y los músculos, en un primer nivel de superación de la visión estrecha del estudioso de los huesos de Fassò. Así, ese primer nivel de superación permite aproximarse a una comprensión integral del cuerpo humano que busca la anatomía. Pero aún esa visión dará cuenta únicamente del cuerpo humano, no del hombre en sí, como unidad sustancial de cuerpo material y alma espiritual, como sustancia individual de naturaleza racional: para mejor comprender al ser humano, es preciso un segundo nivel de superación: el que trascienda la naturaleza empírica del hombre. Con esto tampoco pretendo decir que el iusnaturalismo clásico sea como ‘el alma’ del Derecho, sino simplemente que da cuenta de una dimensión del mismo que las concepciones dimensionalistas, como vimos, no toman en cuenta de la misma manera en que lo hace la concepción jurídica romana, la cual en ese sentido es superior en cuanto teoría, o sea, como explicación de la realidad.

Aquí podemos traer a memoria lo que comentábamos con ocasión del dualismo historia-naturaleza en la filosofía de Humberto Vázquez: el hombre es uno, su carácter racional y espiritual le da una dimensión inmutable, su carácter material le sumerge en el tiempo y el espacio y –con ello– en la variación, cambio o mutación: pero, en la unidad del hombre, eso atemporal y eso espacio-temporal, lo mutable y lo inmutable, se producen en perfecta armonía, sin que sea necesario prescindir de un elemento para comprender el otro, antes bien, puede –y, por diversos motivos, debe– estudiarse cada elemento y sus consecuencias en forma distinta pero sin olvidar su interrelación, pues de lo contrario esas indagaciones pierden sentido como explicación de la realidad que es, precisamente, realidad *humana*, pierde de vista al hombre como protagonista. Así sucede con el Derecho, y por eso hemos dicho que el Derecho se comprende mejor en cuanto refleja al hombre: lo decimos no en el sentido de proponer explicaciones ‘antropomórficas’ del Derecho que serían inadecuadas y podrían degenerar en disparatadas interpretaciones y afirmaciones, sino en el sentido de que el Derecho, como realidad humana, cuyo protagonista y razón de ser es el hombre, que influye sobre la acción del hombre y a la vez se ve influido por dicha acción humana, se comprende sólo a partir de la experiencia de la unidad del hombre, de la universalidad humana en la diversidad de seres humanos: el Derecho, y las teorías que lo explican, no pueden ser dualistas porque el hombre no es dual: el hombre es complejo, difícil, multifacético, espiritual, cultural, espacial, temporal, artístico, sentimental, racional, instintivo, abstracto, concreto... es todo esto, pero es uno: es hombre. Es individuo, es humanidad: soy yo, eres tú, es aquel otro... pero es uno: es hombre. Algo similar (que no ‘igual’, porque no estamos antropomorfizando) sucede con el Derecho. Los romanos lo captaron bien...

## 2. Concepción romana del Derecho

Hemos hecho reiteradas menciones de la concepción del Derecho que se manifiesta y desarrolla en la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico. Ahora ha llegado el momento de presentar cuál es dicha concepción, exponer sus rasgos fundamentales, aportando un breve análisis de los mismos a la luz de todo cuanto hemos discutido hasta el momento en nuestro estudio.

Gayo, cuyas ‘Instituciones’ constituyen “la única fuente jurídica de la época clásica que conocemos casi completa”<sup>1634</sup>, nos dice que “Todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres usan en parte su propio derecho y en parte el derecho común de todos los hombres;

<sup>1633</sup> Pérez Luño. *Ob. Cit.* Páginas 37 y 38.

<sup>1634</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 30.

pues el derecho que cada pueblo establece para sí, ése es suyo propio, y se llama derecho civil, como si dijéramos derecho propio de la ciudad; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, ése se observa uniformemente entre todos los pueblos y se llama derecho de gentes, como si dijéramos el derecho que usan todas las naciones. Así, pues, el pueblo romano usa en parte su propio derecho y en parte el derecho común de todos los hombres”<sup>1635</sup>. Por su parte, Paulo expone que “Dícese derecho en varias acepciones. En una, cuando se llama derecho lo que es siempre equitativo y bueno, como es el derecho natural; en otra, lo que en cada ciudad es útil para todos o los más, cual es el derecho civil; y no menos rectamente se llama derecho en nuestra ciudad el derecho honorario. Dícese también que el pretor administra derecho, aun cuando decide injustamente, atendiéndose, por supuesto, no a lo que de tal manera hizo el pretor, sino a lo que convino que el pretor hiciera. En otra significación llámase derecho al lugar en que se administra el derecho, aplicando el nombre de lo que se hace al lugar en donde se hace; cuyo lugar podemos determinar de este modo: donde quiera que el Pretor, salva la majestad de su jurisdicción y salva la costumbre de los mayores, determina pronunciar derecho, este lugar se llama con razón *ius* (derecho)”<sup>1636</sup>, y Marciano complementa: “También decimos algunas veces derecho por parentesco, por ejemplo: tengo derecho de cognación o de afinidad”<sup>1637</sup>.

Continúa Gayo explicando que “El derecho del pueblo romano se funda en las leyes, en los plebiscitos, en los senadoconsultos, en las constituciones de los príncipes, en los edictos de los que tienen derecho de dar edictos y en las respuestas de los prudentes”<sup>1638</sup>. Ulpiano, por su parte, explica que dichas fuentes conforman el derecho escrito, el cual integra el derecho de Roma junto con el no escrito<sup>1639</sup>. Gayo explica cada una de las mencionadas fuentes del derecho escrito, así: “Ley es lo que autoriza y establece el pueblo. Plebiscito es lo que autoriza y establece la plebe (...)”<sup>1640</sup>; “Senadoconsulto es lo que el Senado autoriza y establece, y tiene fuerza de ley (...)”<sup>1641</sup>; “Constitución del príncipe es lo que el emperador establece por decreto, por edicto o por epístola. Jamás se ha dudado de que tenga fuerza de ley (...)”<sup>1642</sup>; “Tienen derecho de dar

<sup>1635</sup> Instituciones, I, 1., también citado en Digesto, 1.9. “*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam queda quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprius est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur*”.

<sup>1636</sup> Comentarios a Sabino, libro XIV, citado en Digesto, 1.11. “*Ius pluribus modis dicitur. Uno modo, quum id, quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale; altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile; nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. Praetor quoque ius reddere dicitur, etiam quum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id, quod ita Praetor fecit, sed ad illud, quod Praetorem facere convenit. Alia significatione ius dicitur locus, in quo ius redditur, appellatione collata ab eo, quod fit, in eo, ubi fit; quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque Praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur*”.

<sup>1637</sup> Instituciones, libro I, citado en Digesto, 1.12. “*Nonnunquam ius etiam pro necessitudine dicimus, veluti: est mihi ius cognationis vel affinitatis*”.

<sup>1638</sup> Instituciones, I, 2. “*Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium*”.

<sup>1639</sup> Cfr. Digesto, 1.1.6.1.

<sup>1640</sup> Instituciones, I, 3. “*Lex est, quod populus iubet atque constituit. Plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit. Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis et patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur; unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent: Itaque eo modo legibus exaequata sunt*”.

<sup>1641</sup> Instituciones, I, 4. “*Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit; idque legis vicem optinet, quamvis [de ea re] fuerit quaesitum*”.

<sup>1642</sup> Instituciones, I, 5. “*Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat*”.

edictos los magistrados del pueblo romano. Este derecho está principalmente en los edictos de los dos pretores, del urbano y del peregrino (...); igualmente en los edictos de los ediles curules (...)"<sup>1643</sup>; "Respuestas de los prudentes son las sentencias y opiniones de aquellos que tienen permiso de sentar derecho. Cuando las sentencias son unánimes, su contenido obtiene fuerza de ley; pero si disienten, el juez puede seguir la sentencia que le plazca (...)"<sup>1644</sup>. Sobre el derecho no escrito, nos dice Juliano que "En aquellos casos que no usamos de leyes escritas, conviene se guarde lo que por el uso y la costumbre se ha introducido (...) No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada, y este es el derecho que se dice establecido por la costumbre. Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron admitidas por la voluntad del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo; porque ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con votos, o con las mismas cosas y con hechos? Por lo cual también está perfectísimamente admitido, que las leyes se deroguen no solo por el voto del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso"<sup>1645</sup>. Ulpiano confirma que "La costumbre inveterada suele observarse como derecho y ley, en aquellos casos que no provienen de derecho escrito"<sup>1646</sup>. Hermogeniano apunta que "también aquello que se ha comprobado por larga costumbre y observado por muchísimos años, como tácito convenio de los ciudadanos, se guarda no menos que las leyes que están escritas"<sup>1647</sup>, y Paulo señala su vigor diciendo que "se reputa de tan grande autoridad este derecho, porque fue aprobado en tanto grado, que no fue necesario comprenderlo en el escrito"<sup>1648</sup>. Modestino resume la exposición del derecho civil afirmado que "todo derecho o lo creó el consentimiento, o lo constituyó la necesidad, o lo afirmó la costumbre"<sup>1649</sup>.

Característica de las leyes es su generalidad: "Conviene que las leyes se establezcan, según dijo Teofrasto, sobre lo que muy frecuentemente sucede, no sobre lo inopinado"<sup>1650</sup>; "Sobre lo que por causalidad puede acontecer en algún que otro caso, no se establecen leyes"<sup>1651</sup>; "Porque la ley

<sup>1643</sup> Instituciones, I, 6. "*Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani. Sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent; nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur*".

<sup>1644</sup> Instituciones, I, 7. "*Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiant, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur*".

<sup>1645</sup> Digesto, libro XCIV, citado en Digesto, 1.3.32 y 1.3.32.1. "*De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs roma utitur, servari oportet*". "*Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*".

<sup>1646</sup> Del cargo de Procónsul, libro I, citado en Digesto, 1.3.33. "*Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet*".

<sup>1647</sup> Epítome del Derecho, libro I, citado en Digesto, 1.3.35. "*Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur*".

<sup>1648</sup> Comentarios a Sabino, libro VII, citado en Digesto, 1.3.36. "*Immo magnae auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere*".

<sup>1649</sup> Reglas, libro I, citado en Digesto, 1.3.40. "*Ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo*".

<sup>1650</sup> Pomponio, Comentarios a Sabino, libro XXV, citado en Digesto, 1.3.3. "*Iura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his, quae epi to pleiston [ut plurimum] accidunt, non quae ek paralogou [ex inopinato]*".

<sup>1651</sup> Celso, Digesto, libro V, citado en Digesto, 1.3.4. "*Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur*".



debe adaptarse a lo que acontece frecuente y fácilmente, más bien que a lo que muy raras veces”<sup>1652</sup>, “Pues los legisladores omiten, según dice Teofrasto, lo que una o dos veces sucede”<sup>1653</sup> y “No se constituyen las leyes para cada persona en particular, sino para todas en general”<sup>1654</sup>. “Ni las leyes, ni los senadoconsultos pueden escribirse de modo, que se comprendan todos los casos que de vez en cuando ocurren, sino que basta que se contengan los que ordinariamente acontecen”<sup>1655</sup>. El carácter general y abstracto de las leyes trae como consecuencia la necesidad de acudir a su interpretación en casos concretos: “respecto de aquellas que primeramente se hallan establecidas, se ha de determinar con más certeza o por la interpretación, o por constitución del óptimo Príncipe”<sup>1656</sup>, ya que “No pueden comprenderse en las leyes o en los senadoconsultos determinadamente todos los casos; pero cuando en alguna ocasión está manifiesto su sentido, debe el que ejerce jurisdicción proceder por analogía, y de este modo proferir sentencia”<sup>1657</sup>, “Pues, como dice Pedio, siempre que por la ley se ha introducido una u otra disposición, es buena ocasión para que o por la interpretación, o ciertamente por la jurisdicción, se suplan las demás que tienden a la misma utilidad”<sup>1658</sup>. Esta clara conciencia del carácter general y abstracto de la ley es un elemento muy importante en la concepción romana del Derecho, pues será una noción que guíe la labor del jurista al momento de interpretar y aplicar la ley, y va ligado profundamente con la noción de equidad también presente en la técnica jurídica. Ahora nos limitamos a señalar este elemento dentro de la noción jurídica romano-clásica, enfatizándolo a manera de que, en una reflexión posterior, trataremos sobre la relevancia que ello tiene en el ejercicio de la noble profesión del Derecho.

Recordemos que fue hasta tiempos de Justiniano cuando empezó a aparecer más claramente la distinción conceptual entre derecho natural y derecho de gentes, así como la confusión presente en pensadores como Séneca que llevaron al equívoco de llamar ‘derecho natural’ a ese “que la naturaleza enseña a todos los animales”. Antes de esa época, en cambio, asistimos todavía a la identificación del *ius naturale* con el *ius gentium*, según Gayo nos ha dicho que en la época clásica éste se entiende como “el que la razón natural establece entre todos los hombres”. Sobre esta noción nos ilustra Marco Tulio Cicerón, autor del período preclásico, dándonos una exposición de las ideas que ya para la época clásica se hallaban difundidas. Así, Cicerón reputa “que la ciencia del derecho ha de ser bebida, no en el edicto del pretor, como los más ahora, ni en las Doce Tablas, como los antepasados, sino enteramente en lo íntimo de la filosofía”, trascendiendo la labor de los jurisconsultos: “No inquirimos, ciertamente, Pomponio, en este discurso, esto, de qué modo nos guardemos en derecho, o qué respondamos acerca de cada consulta. Que sea esa, como es, una cosa importante (...) pero, para nosotros, en esta disputación,

<sup>1652</sup> Celso, Digesto, libro XVII, citado en Digesto, 1.3.5. “*Nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt*”.

<sup>1653</sup> Paulo, Comentarios a Plaucio, libro XVII, citado en Digesto, 1.3.6. “*To gar hapac y dis [quod enim semel, aut bis existit], ut ait Theophrastus, parabainousin hoi nomovetai [praeterunt legistatores]*”.

<sup>1654</sup> Ulpiano, Comentarios a Sabino, libro III, citado en Digesto, 1.3.8. “*Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*”.

<sup>1655</sup> Juliano, Digesto, libro LIX, citado en Digesto, 1.3.10. “*Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri*”.

<sup>1656</sup> Juliano, Digesto, libro XC, citado en Digesto, 1.3.11. “*Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est*”.

<sup>1657</sup> Juliano, Digesto, libro XV, citado en Digesto, 1.3.12. “*Non possunt omnes singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*”.

<sup>1658</sup> Ulpiano, Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, libro I, citado en Digesto 1.3.13. “*Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri*”.

ha de ser abrazada toda la causa del derecho universal y de las leyes, de tal modo, que éste, que decimos *civil*, sea encerrado en un pequeño y angosto lugar de la naturaleza”<sup>1659</sup>. Ya en la época clásica, como hemos visto, también los jurisconsultos habrán incorporado la *naturalis ratio* como criterio de interpretación jurídica.

Refiriéndose a ‘ley’ primeramente en el sentido de “aquella ley suma que nació para todos los siglos antes que ley escrita alguna y que ciudad constituida enteramente”, dice Cicerón que “de la ley ha de ser traído el principio del derecho. Porque ella es la fuerza de la naturaleza; ella la mente y la razón del prudente; ella la regla del derecho y de la injuria. Pero puesto que todo nuestro discurso versa sobre una materia perteneciente al pueblo, será necesario hablar algunas veces a la manera del pueblo, y llamar, como el vulgo, ley a aquella que sanciona por escrito lo que quiere”<sup>1660</sup>. Cicerón, al indagar sobre la naturaleza del Derecho, afirma que para ello debe atenderse a la naturaleza del hombre, y a éste lo caracteriza primordialmente por su carácter racional: “Este animal pródigo, sagaz, múltiple, agudo, dotado de memoria, lleno de razón y de consejo, que llamamos *hombre*, ha sido engendrado por el Dios supremo en una preclara condición. Porque, de tantos géneros y naturalezas de animales, es él solo partícipe de la razón y del pensamiento”<sup>1661</sup>, y afirma que “mientras los hombres tomaron de su género mortal las otras cosas, a las cuales están adheridos, que fueran frágiles y caducas, el alma, sin embargo, fue engendrada por Dios”<sup>1662</sup>. En el carácter racional del hombre mira Cicerón el fundamento de la unidad y universalidad de su naturaleza y, con ello, del derecho natural: “cualquiera que sea la definición del hombre, vale una para todos. (...) Porque la razón, por cual sola aventajamos a las bestias, por medio de la cual nos valemos de la conjetura, argumentamos, refutamos, disertamos, confeccionamos algo, concluimos, ciertamente es común, diferente por la ciencia, por la facultad de aprender”, de donde proviene que “nada es en verdad más importante que ser entendido claramente que nosotros hemos nacido para la justicia, y que no ha sido constituido el derecho por la opinión, sino por la naturaleza. Ello quedará patente al instante si considerares la sociedad y conjunción de los hombres entre ellos mismos. Porque nada es tan semejante lo uno a lo otro, tan par, como somos todos entre nosotros mismos. Porque si la depravación de las costumbres, si la variedad de las opiniones, no torciera y doblase la debilidad de los ánimos a cualquiera parte que hubiera comenzado, nadie sería él mismo tan semejante de sí como todos son de todos”<sup>1663</sup>.

<sup>1659</sup> Cicerón, Marco Tulio. *De Legibus*, I, 5, 17. “*Atticvs: Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas? / Marcvs: Non enim id quaerimus hoc sermone, Pomponi, quem ad modum caueamus in iure, aut quid de quaque consultatione respondeamus. Sit ista res magna, sicut est, quae quondam a multis claris uiris, nunc ab uno summa auctoritate et scientia sustinetur, sed nobis ita complectenda in hac disputatione tota causa est uniuersi iuris ac legum, ut, hoc ciuile quod dicimus, in paruum quendam et angustum locum concludatur. Natura enim iuris explicanda nobis est, eaque ab hominis repetenda natura, considerandae leges quibus ciuitates regi debeant; tum haec tractanda, quae conposita sunt et descripta iura et iussa populorum, in quibus ne nostri quidem populi latebunt quae uocantur iura ciuilia*”.

<sup>1660</sup> *Ibid.*, I, 6, 19. “*Ea est enim naturae uis, ea mens ratioque prudentis, ea iuris atque iniuriae regula. Sed quoniam in populari ratione omnis nostra uersatur oratio, populariter interdum loqui necesse erit, et appellare eam legem, quae scripta sancit quod uult aut iubendo <aut prohibendo>, ut uulgus appellare <solet>. Constituendi uero iuris ab illa summa lege capiamus exordium, quae, saeculis <communis> omnibus, ante nata est quam scripta lex ulla aut quam omnino ciuitas constituta*”.

<sup>1661</sup> *Ibid.*, I, 7, 22. “*...animal hoc prouidum, sagax, multiplex, acutum, memor, plenum rationis et consilii, quem uocamus hominem, praeclara quadam condicione generatum esse a supremo deo. Solum est enim ex tot animantium generibus atque naturis particeps rationis et cogitationis*”.

<sup>1662</sup> *Ibid.*, I, 8, 24. “*...cumque alia quibus cohaererent homines e mortali genere sumpserint, quae fragilia essent et caduca, animum esse ingeneratum a deo*”.

<sup>1663</sup> *Ibid.*, I, 10, 30, 28 y 29. En los capítulos 10 y 11 expone Cicerón otras pruebas de la universalidad de la naturaleza humana. “*...quaecumque est hominis definitio, una in omnis ualet. (...). Etenim ratio, qua una praestamus*

Para Cicerón, “la naturaleza nos ha hecho justos para participar el uno del otro y comunicar entre todos (y así quiero que sea entendido en toda esta disputación esto, cuando diga que es la naturaleza); pero que tanta es la corruptela de la mala costumbre, que sean extinguidas por ella esas como chispas dadas por la naturaleza, y nazcan y se confirmen los vicios contrarios. Porque si, del modo que es por naturaleza, así los hombres, por su juicio, *nada de lo humano reputasen ajeno de sí*, como dice un poeta, sería respetado el derecho igualmente por todos. Pues a quienes ha sido dada por la naturaleza la razón, a ellos mismos ha sido dada también la recta razón; luego también la ley, la cual es la recta razón en el mandar y prohibir; si la ley, también el derecho; es así que a todos ha sido dada la razón, luego el derecho ha sido dado a todos”<sup>1664</sup>. El derecho natural se erige en criterio de evaluación y crítica del derecho positivo: “es verdaderamente estultísimo aquello de estimar que son justas todas las cosas que hayan sido decretadas en las instituciones y leyes de los pueblos. ¿Aun cuando las cuales leyes sean de tiranos? Si aquellos treinta tiranos hubieran querido imponer en Atenas leyes, y aunque todos los atenienses se deleitasen en aquellas leyes tiránicas, ¿acaso por eso aquellas leyes serían tenidas por justas? (...) Hay, pues, un solo derecho, por el cual ha sido ligada la sociedad de los hombres, y al cual ha constituido una sola ley; ley que es la recta razón de mandar y de prohibir; el que ignora la cual, aquel es injusto, ya si ha sido escrita ella en alguna parte, ya si en ninguna. Porque si la justicia es la obediencia a las leyes escritas y a las instituciones de los pueblos, y si, como aquellos mismos dicen, todas las cosas han de ser medidas por su utilidad, descuidará las leyes y las quebrantarán, si pudiere, aquel que repute haber de ser esa una cosa fructuosa para sí. Así sucede que sea enteramente nula la justicia, si no está en la naturaleza, y aquella que es constiuida por causa de utilidad, por otra utilidad es destruida”<sup>1665</sup>, “Porque si por los mandatos de los pueblos, si por los decretos de los príncipes, si por las sentencias de los jueces, fueran constituidos los derechos, sería derecho latrocinar, derecho adulterar, derecho suponer testamentos falsos, si estas cosas fueran aprobadas por los sufragios u ordenanzas de la multitud”<sup>1666</sup>. En cuanto a las leyes “que

---

*beluis, per quam coniectura ualemus, argumentamur, refellimus, disserimus, conficimus aliquid, cun<ctis> hominib>us certe est communis, doctrina differens, discendi quidem facultate par”. “Sed omnium quae in hominum doctorum disputatione uersantur, nihil est profecto praestabilius, quam plane intellegi, nos ad iustitiam esse natos, neque opinione sed natura constitutum esse ius. Id iam patebit, si hominum inter ipsos societatem coniunctionemque perspexeris. Nihil est enim unum uni tam simile, tam par, quam omnes inter nosmet ipsos sumus. Quodsi deprauatio consuetudinum, si opinionum ua<r>i<e>tas non inbecillitatem animorum torqueret et flecteret, quocumque c<u>pisset, sui nemo ipse tam similis esset quam omnes sunt omnium”.*

<sup>1664</sup> *Ibid.*, I, 12, 33. “...ad participandum alium <cum> alio communicandumque inter omnes ius <n>os natura esse factos. Atque hoc in omni hac disputatione sic intellegi uolo, quo<m> dicam naturam [esse]; tantam autem esse corruptelam malae consuetudinis, ut ab ea tamquam igniculi exstinguantur a natura dati, exorianturque et confirmentur uitia contraria. Quodsi, quo modo s<un>t natura, sic iudicio homines 'humani, ut ait poeta, nihil a se alienum putarent', coleretur ius aequae ab omnibus. Quibus enim ratio <a> natura data est, isdem etiam recta ratio data est; ergo et lex, quae est recta ratio in iubendo et uetando; si lex, ius quoque; et omnibus ratio. Ius igitur datum est omnibus”.

<sup>1665</sup> *Ibid.*, I, 15, 42. “Iam uero illud stultissimum, existimare omnia iusta esse quae s<c>ita sint in populorum institutis aut legibus. Etiamne si quae leges sint tyrannorum? Si triginta illi Athenis leges inponere uoluissent, et si omnes Athenienses delectarentur tyrannicis legibus, num idcirco eae leges iustae haberentur? (...). Est enim unum ius quo deuincta est hominum societas et quod lex constituit una, quae lex est recta ratio imperandi atque prohibendi. Quam qui ignorat, is est iniustus, siue est illa scripta uspiam siue nusquam. Quodsi iustitia est obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum, et si, ut eidem dicunt, utilitate omnia metienda sunt, negleget leges easque perrumpet, si poterit, is qui sibi eam rem fructuosam putabit fore. Ita fit ut nulla sit omnino iustitia, si neque natura est <et> ea quae propter utilitatem constituitur utilitate <a>lia conuellitur”.

<sup>1666</sup> *Ibid.*, I, 16, 43. “Quodsi populorum iussis, si principum decretis, si sententiis iudicum iura constituerentur, ius esset latrocinari, ius adulterare, ius testamenta falsa supponere, si haec suffragiis aut scitis multitudinis probarentur”.

son varias, y por cierto tiempo descritas para los pueblos”<sup>1667</sup>, dice Cicerón que “Consta ciertamente que las leyes han sido inventadas para la salud de los ciudadanos, y la incolumidad de las ciudades, y la vida quieta y dichosa de los hombres; y que aquellos que primero sancionaron decretos de esta índole manifestaron a los pueblos que ellos habían de escribir y proponer aquellas cosas con las que, adoptadas y establecidas, vivirían aquéllos honesta y dichosamente; y las que así hubieran sido compuestas y sancionadas, las llamarían verdaderamente leyes. De lo cual es justo que se entienda que aquellos que hayan prescrito a los pueblos mandatos perniciosos e injustos, como han obrado en contra de lo que han prometido y profesado, han propuesto cualquier cosa más bien que leyes; luego que pueda ser perspicuo que en ese mismo nombre de ley se ha de interpretar que está incluida la necesidad y el pensamiento de elegir lo justo y el derecho”<sup>1668</sup>.

De todo lo expuesto aparecen claramente los rasgos fundamentales de la concepción romana del Derecho, que podemos resumir así: el Derecho es una realidad compleja que se halla integrada tanto por normas escritas como no escritas, y que tiene un criterio superior de juridicidad fundamentado en el carácter racional del ser humano. Este criterio implica que habrán normas y principios derivados de la naturaleza racional del hombre, que como tales son asequibles a la razón humana, pero a la vez hay otros criterios que se hallan involucrados en el Derecho, tales como la utilidad y otras consideraciones que se derivan de la realidad de que los hombres, los pueblos, existen en diferentes épocas y en diferentes lugares. Al mismo tiempo, el Derecho es en parte dictado, establecido deliberadamente, por la opinión o la autoridad, en parte no depende de ellas sino que se supedita a la razón, y en parte surge de las costumbres y usos que se observan en los grupos humanos sin que hayan sido establecidos deliberadamente por alguien.

En el párrafo anterior he tratado de resumir y condensar en la mayor medida posible esa visión unitaria y riquísima del Derecho que es la concepción que del mismo tenían los romanos en la época clásica, esa concepción que hemos considerado superior a las teorías dimensionalistas, más acorde con la realidad. Muchas consideraciones y reflexiones se derivan de este modo de entender el Derecho, y a continuación en este trabajo haremos no más que delinear algunas ideas sobre diversos temas que me han parecido de interés y relevancia considerar a la luz de la noción jurídica romano-clásica. Pero la noción más importante que de mis reflexiones derivo es la siguiente: la concepción jurídica romano-clásica (y su despliegue en la técnica jurídica) demuestran que todas las características (o ‘dimensiones’, si se quiere) que se señalan del Derecho no son contradictorias u opuestas entre sí: no será la utilidad algo que se oponga a la razón o a la naturaleza humana, no será la ley deliberadamente formulada algo que excluya la costumbre espontánea, no será la costumbre o la decisión de la mayoría el único parámetro para evaluar una institución o norma. Pero, ¿cuál será el criterio general que deba permear toda reflexión sobre el Derecho, desde la más ‘abstracta’ filosofía jurídica –quizás colindante ya con la filosofía política o social– hasta la más ‘concreta’ resolución de un caso específico? A mi entender, Cicerón apunta acertadamente a la respuesta cuando dice que para indagar la naturaleza del Derecho debe indagarse la naturaleza del hombre, y al decir que éste toma de su ser mortal el estar adherido a cosas cambiantes, a la vez que su alma racional le hace ser el mismo, ser

<sup>1667</sup> “*Quae sunt autem varie et ad tempus descriptae populis*”.

<sup>1668</sup> *Ibid.*, II, 5, 11. “*Constare profecto ad salutem civium civitatumque incolumitatem vitamque hominum quietam et beatam inventas esse leges, eosque qui primum eiusmodi scita sanxerint, populis ostendisse ea se scripturos atque laturos, quibus illi adscitis susceptisque honeste beateque viverent, quaeque ita composita sanctaque essent, eas leges videlicet nominarent. Ex quo intellegi par est, eos qui perniciose et iniuste populis iussa descripserint, quom contra fecerint quam polliciti professique sint, quidvis potius tulisse quam leges, ut perspicuum esse possit, in ipso nomine legis interpretando inesse vim et sententiam iusti et veri legendi*”.

precisamente hombre, en todo tiempo y lugar: de ahí que no exista contradicción ni incompatibilidad entre las múltiples realidades que informan el Derecho y en las que éste se manifiesta. El criterio, entonces, sería lo que con lenguaje moderno podríamos llamar la primacía de la persona humana.

Eduardo Mayora plantea la complementariedad de la teoría hayekiana de los órdenes espontáneos y del iusnaturalismo clásico, diciendo que “se complementan, en orden a comprender mejor el problema de la eficacia potencial del derecho, de manera tal que: i) la legitimidad y justicia del derecho positivo, como condición de su eficacia plena, sólo puede determinarse a partir de los instrumentos analíticos del iusnaturalismo clásico<sup>1669</sup>; ii) la conveniencia, viabilidad, o utilidad entre diversas opciones legítimas y justas, como condición de su eficacia plena, sólo pueden determinarse con base en los instrumentos analíticos de la teoría hayekiana de los órdenes espontáneos; iv) las nociones de ‘derivación de la ley positiva por determinación’ del iusnaturalismo clásico, y de ‘descubrimiento’ de las normas abstractas de los órdenes espontáneos, también son herramientas analíticas que pueden emplearse complementariamente, en razón de lo dicho en los dos apartados anteriores; y v) la noción de ‘creador del derecho’ es, para ambas teorías –como lo sugiere Van Dun–, bastante parecida, aunque para el iusnaturalismo clásico el problema de la confusión en cuanto a las fuentes del derecho privado y el derecho público, que Hayek trata a fondo, es ajeno”<sup>1670</sup>. De ambas teorías señala limitaciones: así, sobre la teoría hayekiana dice que “es evidente que la coherencia de un sistema normativo de enorme complejidad –inasequible a cualquier mente humana– depende de que las mutaciones evolutivas

<sup>1669</sup> Hernán Valencia Restrepo, refiriéndose concretamente a los principios generales del Derecho, afirma que tanto el iusnaturalismo racionalista o moderno (que él denomina ‘iusnaturalismo individualista’ –refiérase el lector a la desambiguación del concepto de ‘individualismo’ esbozada en el capítulo VII) como el positivismo jurídico son incapaces de fundamentar la legitimidad y justicia del derecho positivo, y coincide con Mayora en atribuir tal fundamentación al iusnaturalismo clásico (que él denomina ‘iusnaturalismo objetivo’), enfatizando a su vez precisamente el carácter histórico, adaptable, que tiene esta doctrina:

“La solución del iusnaturalismo individualista es insuficiente, toda vez que ha impedido a sus cultores una teoría general de los principios y se ha centrado en una filosofía ahistórica, apriorística y férreamente axiomatizante. Desprendida, por tanto, ora del tiempo y del espacio, ora de los problemas concretos del derecho, y estructurada, en consecuencia, cual una ciencia exacta, a imagen y semejanza de la geometría.

“Insuficiente asimismo se presenta la solución positivista, por cuanto ha impedido a sus adeptos una filosofía principal (ésta es para ellos algo metajurídico) y se ha reducido a una teoría general estrictamente formalista, que ha resultado incapaz de romper el círculo vicioso del derecho positivo, cuando, v. gr., de llenar las lagunas legales se trata.

“Es cierto que el positivismo ha superado lo abstracto de la Escuela del Derecho Natural, mas, por haber elaborado los principios sobre la base exclusiva de los distintos ordenamientos positivos, concretos y singulares, sólo ha obtenido conceptos y reglas de carácter científico, esto es, una teoría fundamental, pero carentes de la universalidad que implican la esencia del derecho y sus principios filosóficos. No ha podido llegar, pues, hasta los fundamentos supremos, a los cuales únicamente arriba la filosofía.

“(…) El iusnaturalismo objetivo, en cambio, es el único que ofrece una solución completa y satisfactoria porque ha permitido a sus seguidores una genuina filosofía y una auténtica teoría general. Esta última se ocupa a la vez de lo formal y de lo material de los principios.

“En efecto, ha fraguado una filosofía histórica y aporética, pues considera los principios historicizados, en su contexto espacio-temporal, y tópicamente, pues los asume en su concreción real, válidos para un círculo determinado de problemas jurídicos y no dentro de un sistema cerrado, cual el geométrico o axiomático, sino abierto o problemático, como el de los *lugares comunes* o *tópoi*.

“El iusnaturalismo objetivo ha logrado también una teoría general –formal y material– de los principios, la cual rompe el círculo vicioso positivista porque los principios extractados del derecho natural –llamados por nosotros *normas implícitamente positivas*– son los únicos que pueden colmar las lagunas de la ley, merced a los mismos principios convertidos en *normas explícitamente positivas*”. (Nomóarquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho. Páginas 20 a 22).

<sup>1670</sup> Mayora, Eduardo. Iusnaturalismo y órdenes espontáneos. Página 118.

de sus diversas instituciones normativas puedan referirse a ciertos principios básicos, de mayor jerarquía e importancia que los demás. La propia naturaleza de los órdenes espontáneos impide que el ‘test de coherencia’, por así llamarle, se verifique respecto de la totalidad de instituciones de dichos órdenes normativos (mucho menos en relación con la totalidad de sus normas) y, por ello, es evidente que su verificación ha de realizarse siempre en relación con ciertos principios fundamentales, que, en ese sentido, son de mayor importancia y jerarquía. Ahora bien, ¿qué criterio distintivo presenta la teoría hayekiana, en orden a la verificación del ‘test de coherencia’? Hasta donde aquí se ha podido establecer, ninguno. He ahí la limitación acusada<sup>1671</sup>; y sobre el iusnaturalismo clásico (refiriéndose específicamente a Santo Tomás) afirma que “El legislador no puede plantearse a sí mismo que la aplicación de cualquier tipo de norma tendrá el mismo efecto esperado, que gozará de las mismas expectativas de eficacia potencial. Siempre habrá unas soluciones jurídicas más adecuadas que otras, siempre habrá instituciones normativas que, por diversas razones, conllevan mejores consecuencias para la comunidad que otras. El iusnaturalismo clásico no se ocupa de cuáles podrían ser esas razones y en ese sentido, es una doctrina limitada para efectos de la comprensión de los elementos que condicionan la eficacia potencial del derecho. (...) Podría también decirse que el iusnaturalismo clásico se detiene justamente en el lindero de lo que corresponde a su objeto, puesto que, de allí en adelante corresponde a otras disciplinas del derecho resolver la cuestión, habiendo quedado establecido el marco básico dentro del cual tal cosa debería ocurrir”<sup>1672</sup>.

En ese sentido, la complementariedad de teorías que expone el Dr. Mayora se ubica en lo que hemos tratado al hablar de la dimensionalidad jurídica, de la pirámide invertida del conocimiento, de la búsqueda de la verdad. Sin embargo, también afirma que “Antes de proceder a determinar si la doctrina del iusnaturalismo clásico y la de los órdenes espontáneos de Hayek podrían ser de alguna forma complementarias, resulta conveniente establecer cuáles son los puntos o aspectos en los que dichas teorías pueden considerarse irreconciliables del todo”<sup>1673</sup>, sobre lo cual afirma que “en cuanto a su fundamento básico, para la doctrina del iusnaturalismo clásico hay ciertas normas, valores e instituciones inmutables, mientras que para la teoría hayekiana de los órdenes espontáneos, nada es inmutable. (...) Para el iusnaturalismo clásico las normas del derecho humano positivo –sobre todo las que se derivan de la ley natural por determinación– pueden evolucionar cuanto se quiera, pero sólo podrán considerarse justas mientras no transgredan los preceptos inmutables de la ley natural. (...) para la doctrina de los órdenes espontáneos, el horizonte de las instituciones normativas está totalmente abierto y no es determinable”<sup>1674</sup>. Dichas características también las refiere el autor citado a la concepción del hombre que en cada teoría subyace: “El fundamento básico del iusnaturalismo clásico es, en definitiva, la noción de una naturaleza inmutable creada por Dios, sujeta a leyes igualmente inmutables. (...) El fundamento básico de la teoría hayekiana de los órdenes espontáneos por lo contrario, es la noción de que el ser humano interpreta y reacciona ante su entorno con base en un patrón normativo, no porque sea así su naturaleza, sino porque aprendió a seguir reglas, a diferencia de otras especies animales. Las instituciones normativas que aprendió a seguir, evolucionan, son mutables, al paso que el ser humano descubre otras instituciones o mejora las existentes, a través de un proceso incesante de prueba y error”<sup>1675</sup>. A la luz de lo que hemos considerado, es decir, basándonos en el carácter ‘antropocéntrico’ que hemos identificado en la noción jurídica romano-clásica con fundamento en Cicerón, podemos proponer una solución a la irreconciliabilidad que

<sup>1671</sup> *Ibid.* Página 96.

<sup>1672</sup> *Ibid.* Páginas 83 y 94.

<sup>1673</sup> *Ibid.* Página 75.

<sup>1674</sup> *Ibid.* Páginas 77 y 78.

<sup>1675</sup> *Ibid.* Páginas 75 y 76.

el Dr. Mayora percibe en las teorías que analiza: primero, añadir que lo que distingue al hombre en su naturaleza es –aparte de ser creado por Dios– su carácter racional, noción que, como veremos adelante, pensadores como Popper señalan ser de fundamental importancia en la vida social, especialmente en atención a que no todos están dispuestos a aceptar la existencia de Dios y, con ello, el carácter creado del hombre; pero, sobre todo, plantearnos la pregunta: ese hombre racional, creado con una naturaleza inmutable, y ese hombre que aprende a seguir reglas interpretando su entorno según un patrón normativo, ¿son diferentes?, ¿estamos hablando, acaso, de dos seres distintos?; ¿no se trata, más bien, de un mismo hombre?... Así, la perspectiva de la concepción jurídica romano-clásica nos permite a la vez considerar la unidad del Derecho, y la complementariedad de las teorías que buscan explicarlo, a un nivel más profundo, que dota de mayor coherencia interna nuestro entendimiento del Derecho y, con ello, nos coloca en situación de mejor enfocar su fundamentación y su eficacia.

Lo anterior nos acerca, también, a un enfoque más adecuado de las doctrinas del positivismo jurídico: si la legislación es uno de los modos en que el Derecho se expresa (que no el único, ni el que lo fundamenta), desde luego que resulta necesario y conveniente un estudio de la misma, sobre todo por cuanto que es indiscutiblemente la forma de expresión del Derecho más difundida en la actualidad. Metafóricamente, diremos, la legislación vendría a ser un medio de expresión, una herramienta: y el hombre estudia sus herramientas, busca mejorarlas, busca hacerlas más adecuadas a la razón por la cual quiso valerse de herramientas para empezar... y eso reconduce al tema de la fundamentación y eficacia del Derecho, pero ya no de un modo que ignore la necesidad que, al plantearlo, tiene de comprender también la herramienta que le servirá para ello.

### 3. Utilidad en el Derecho

Hemos visto que la *utilitas* se nos presenta como uno de los criterios que inspiran la aplicación del Derecho en la Roma clásica, encontrándose integrada en su concepción jurídica, y que Paulo liga la utilidad de modo particular al *ius civile*, es decir, aquella parte del Derecho que cada pueblo establece para sí mismo. También veíamos que la utilidad juega un papel de primordial relevancia en el análisis económico del Derecho, si bien dentro de dicha disciplina se presenta una diversidad de posturas sobre los parámetros de utilidad y su medición. El examen de este tema, entonces, será de relevancia para plantearnos más adecuadamente la contribución que el análisis económico del Derecho pueda brindar para la comprensión y desarrollo del mismo. Para ello, tomaremos como referencia a Hayek, conocedor tanto de la economía como del Derecho, estudioso de ambos como órdenes espontáneos.

Según Hayek, “Es evidente que la justificación de una determinada norma de derecho debe ser su utilidad, incluso aunque esta última no sea demostrable mediante argumentos racionales y se conozca únicamente porque la norma, en la práctica, ha demostrado ser más conveniente que ninguna otra; sin embargo, en términos generales, sólo la regla como un todo debe justificarse, no cada aplicación de la misma. La idea de que cada conflicto en el campo de la ley o en el de las costumbres debiera decidirse como le pareciera más conveniente a alguien que comprendiese todas las consecuencias de la decisión, envuelve la negación de la necesidad de reglas. ‘Solamente una sociedad integrada por individuos omniscientes podría dar a cada persona completa libertad para ponderar cada acción particular desde el punto de vista de la utilidad general’. Tal utilitarismo ‘extremo’ conduce al absurdo, y sólo lo que se ha denominado utilitarismo ‘restringido’ tiene, por tanto, cierta relevancia para nuestro problema. Pocas creencias han destruido más el respeto por las normas del derecho y la moral que la idea de que la ley obliga solamente si se reconocen efectos beneficiosos al observarla en el caso particular de

que se trate”<sup>1676</sup>. De ahí que “La necesidad de subrayar que lo que pertenece a la esencia de las normas legales estrictas, es decir, su probable acción beneficiosa solamente en la mayoría de los casos a los que se aplican, y el que de hecho constituyan uno de los medios de que se sirve el hombre para enfrentarse con su ignorancia consustancial, nos ha venido impuesto por ciertas interpretaciones racionalistas del utilitarismo”<sup>1677</sup>.

Al tratar sobre el ‘utilitarismo’, Hayek dice que, en un sentido amplio, el término “se aplica también a cualquier examen crítico de dichas normas y de instituciones en relación con la función que desempeñan en la estructura de la sociedad. (...) Entendido así, Aristóteles, Tomás de Aquino y David Hume serían utilitaristas. (...) así interpretado, [el utilitarismo] incluye todo examen racional de la adecuación de las normas existentes”<sup>1678</sup>. Sin embargo, el utilitarismo en la teoría ética y jurídica se emplea en un sentido más restringido, que Hayek llama “la interpretación constructivista de normas de conducta”<sup>1679</sup> y explica así: “Este significado especial es en parte resultado de un cambio gradual de significado del propio término utilidad. Originalmente, ‘utilidad’ tenía una connotación de *medio*: la cualidad de ser capaz de usos potenciales. Que algo era útil indicaba que admitía usos en situaciones cuya ocurrencia era probable, dependiendo el grado de utilidad de la probabilidad de que aconteciesen dichas situaciones en las que la cosa podría demostrar su utilidad y de la importancia de las necesidades que probablemente satisfaría. Sólo relativamente tarde llegó a emplearse utilidad, término que denotaba medio, para describir un atributo supuestamente común a los diferentes fines que servía. Al entenderse que los medios reflejaban en cierta medida la importancia de los fines, utilidad vino a significar algún atributo común tal de los fines como el placer o la satisfacción que estaban en conexión con éstos. Aunque en el pasado se había entendido perfectamente que el grueso de nuestros esfuerzos debe dirigirse a proporcionar los medios para fines particulares imprevistos, el deseo racionalista de hacer derivar explícitamente la utilidad de los medios de fines últimos conocidos condujo a atribuir a dichos fines un atributo común mensurable para el que se empleó indistintamente el término placer o el término utilidad. A nuestros efectos, la distinción oportuna es entre la utilidad de algo para fines particulares conocidos y su utilidad de cara a varios tipos de necesidades que se prevé ocurrirán en un tipo de entorno o en tipos de situaciones similares. Únicamente en el primer caso la utilidad de un objeto o de una práctica procedería de la importancia de fines particulares. En el segundo caso, la propiedad de utilidad se juzgaría con base en la experiencia pasada como una cualidad instrumental que no depende de fines particulares conocidos, sino de ser un medio para hacer frente a una variedad de situaciones cuya ocurrencia es probable”<sup>1680</sup>.

Existen dos tipos de utilitarismo: el utilitarismo particularista o de acto (extremo), y el genérico o de regla (restringido). Hayek los explica así: “El utilitarismo estricto de Jeremy Bentham y su escuela se propone juzgar la adecuación de la conducta realizando un cálculo explícito del saldo de placer y dolor que causará. (...) La idea de Bentham de un cálculo de placer y de dolor en virtud del cual se determina la mayor felicidad del mayor número presupone que quien actúa puede conocer todos y cada uno de los efectos particulares de cualquier acción. Llevada a su conclusión lógica, conduce a un utilitarismo particularista, o ‘utilitarismo de acto’, que prescinde por completo de reglas y juzga cada acción individual en función de la utilidad de sus efectos conocidos. Bentham, es cierto, se cubrió frente a dicha interpretación con un constante recurso a

<sup>1676</sup> Hayek. Los Fundamentos de la Libertad. Página 209.

<sup>1677</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1678</sup> Hayek. Derecho, Legislación y Libertad. Página 204.

<sup>1679</sup> *Ibid.* Página 203.

<sup>1680</sup> *Ibid.* Páginas 204 y 205.



afirmaciones tales como que cada acción (ahora interpretada como cualquier acción de un cierto *tipo*) debería *tender* a maximizar *en conjunto* el saldo de placer. Pero al menos algunos de sus seguidores vieron con claridad que la lógica de la argumentación exigía decidir cada acción individual a la luz de un conocimiento pleno de sus consecuencias particulares. (...) La interpretación alternativa del utilitarismo genérico o, como ahora suele decirse, ‘utilitarismo de regla’, la expresó de forma especialmente clara William Paley cuando exigió que un *tipo* de acción, para merecer aprobación moral, ‘debe ser conveniente en conjunto, a largo plazo, en todos sus efectos colaterales o remotos, así como en los que son inmediatos y directos; ya que es obvio que al computar las consecuencias, no importa cómo o cuándo se produzcan’. El amplio debate de años recientes sobre los respectivos méritos del utilitarismo particularista (utilitarismo de acto) y del genérico (utilitarismo de regla) ha dejado claro que sólo el primero puede pretender ser congruente al basar la aprobación o desaprobación de acciones exclusivamente en sus efectos previsto de ‘utilidad’, y, al mismo tiempo, que, para poder hacerlo, debe proceder sobre un supuesto fáctico de omnisciencia que nunca se cumple en el mundo real y que, si alguna vez se cumpliera, tornaría los cuerpos de normas que denominamos moral y ley no sólo superfluos, sino inexplicables y contrarios al supuesto. (...) El problema con todo el enfoque utilitarista es que, siendo una teoría que pretende dar cuenta de un fenómeno que consiste en un cuerpo de normas, elimina completamente el factor que hace necesarias dichas normas, a saber, nuestra ignorancia. (...) Los hombres han desarrollado normas de conducta, no porque conozcan todas las consecuencias de una acción particular, sino por desconocerlas. (...) Debe insistirse en que la importancia que atribuimos a observar normas particulares no es simple reflejo de la importancia de fines particulares que puedan depender de su observancia. Más bien, la importancia atribuida a una norma es el resultado conjunto de dos factores específicos que rara vez seremos capaces de valorar por separado: la importancia de efectos particulares y la frecuencia de su ocurrencia. (...) La única ‘utilidad’ que cabe considerar que ha determinado las normas de conducta no es, pues, una utilidad conocida para quienes actúan o para cualquier otro, sino sólo una ‘utilidad’ hipostasiada para la sociedad como conjunto. (...) Podemos, por supuesto, aspirar a la ‘mayor felicidad del mayor número’ si no nos engañamos pensando que podemos determinar la suma de esta felicidad a través de algún cálculo, o que existe en todo momento un agregado de resultados conocido. Lo que pueden hacer las normas, y el orden al que contribuyen, no es sino mejorar las oportunidades de gente desconocida. Si hacemos cuanto está en nuestra mano por aumentar las oportunidades de cualquier persona desconocida tomada al azar, conseguiremos cuanto podemos, pero ciertamente no porque tengamos la menor idea de la suma de utilidades o placer que hayamos producido”<sup>1681</sup>.

“El utilitarismo aparece en su primera y legítima forma en la obra del propio David Hume, que insistía en que ‘la razón por sí sola es totalmente impotente’ para crear reglas morales, pero que al mismo tiempo insistía en que la obediencia a las reglas morales y legales, que nadie ha inventado o creado a tal fin, es esencial para alcanzar los objetivos de los hombres en sociedad. Hume demostró que ciertas reglas abstractas de conducta acabaron prevaleciendo, porque los grupos que las adoptaban eran, como resultado de ello, más eficaces para mantenerse a sí mismos. Lo que él subrayaba a este respecto era sobre todo la superioridad de un orden que se produce cuando todos los miembros obedecen a las mismas reglas abstractas, aunque no comprendan su importancia, frente a una condición en que toda acción individual se decide sobre la base de la conveniencia, es decir considerando explícitamente todas las consecuencias concretas de una determinada acción. A Hume no le interesa la utilidad reconocible de una acción particular, sino sólo la utilidad de una aplicación universal de ciertas reglas abstractas, incluidos

---

<sup>1681</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Páginas 205 a 211.

los casos particulares en que los resultados inmediatamente conocidos de la obediencia a tales reglas no sean deseables. La razón que aduce es que la inteligencia humana es completamente insuficiente para comprender todos los detalles de la compleja sociedad humana, y es la insuficiencia de nuestra razón para crear un orden detallado la que nos obliga a contentarnos con reglas abstractas; además, ninguna inteligencia humana aislada es capaz de inventar las reglas abstractas más adecuadas, porque las reglas que se han desarrollado en el proceso de evolución de la sociedad incorporan la experiencia de muchos más intentos y errores de los que podría contener cualquier mente individual. Los autores que han seguido la tradición cartesiana, como Helvetius y Beccaria, o sus seguidores ingleses, Bentham, Austin hasta G.E. Moore, transformaron este *utilitarismo genérico*, que buscaba la utilidad incorporada en las reglas abstractas plasmadas a través de sucesivas generaciones, en un *utilitarismo particularista*, que en sus últimas consecuencias conduce a reclamar que toda acción sea juzgada en la plena consciencia de todos sus resultados previsibles, concepción que en último análisis tiende a eliminar todas las reglas abstractas y conduce a la pretensión de que el hombre puede obtener un orden de la sociedad deseable, combinando concretamente todas sus partes en el pleno conocimiento de todos los hechos relevantes. Mientras que el utilitarismo genérico de Hume descansa en el reconocimiento de los límites de nuestra razón y se espera su uso más completo de una rigurosa obediencia a reglas abstractas, el utilitarismo particularista y constructivista se basa en la creencia de que la razón es capaz de manejar directamente todos los detalles de una sociedad compleja”<sup>1682</sup>.

Marco Tulio Cicerón hace un tratamiento de la *utilitas* en su obra *De officiis*, diciendo cosas como las que a continuación se citan: “...paso ahora a tratar de lo que es útil. Acerca de lo cual se han desviado del camino verdadero las costumbres corrompidas, y han llegado sin sentir a tales términos que, separando lo útil de lo honesto, han querido establecer que alguna cosa podía ser honesta sin ser también útil, y que se hallaba asimismo alguna útil que no fuese honesta, que es el error más perjudicial que ha podido introducirse en la vida humana. Los filósofos de más autoridad distinguen estas tres causas confusas entre sí, pero sólo con el pensamiento, sin ofender en nada ni a la naturaleza de lo honesto ni a la severidad de su doctrina; estableciendo que todo lo que es justo es también útil; y asimismo, que todo lo que es honesto es justo; de donde se concluye que todo lo que es honesto es también útil. Mas los que no conocen bien esta verdad se dejan preocupar de algunos hombres artificiosos y astutos, y califican a la malicia de sabiduría. A los cuales es necesario sacar de su error y hacerlos creer que podrán llegar al cabo de sus deseos por consejos honestos y acciones justas, y no por fraudes y dobleces”<sup>1683</sup>. “...tengo que defender a Panecio de que no afirmó que lo útil decía repugnancia algunas veces con la honestidad (que él no era capaz de decir tal cosa), sino lo que tiene apariencias de útil. Él asienta a cada paso que no hay cosa útil que no sea también honesta, ni cosa honesta que no sea también útil; y dice que no pudo introducirse más grave daño en las costumbres de los hombres que la opinión de aquellos que las separan. (...) Cuando se nos ofrece delante alguna especie de utilidad, es preciso que su

<sup>1682</sup> Hayek. *Clases de Racionalismo*, en *Estudios de Filosofía, Política y Economía*. Páginas 142 y 143.

<sup>1683</sup> Cicerón, Marco Tulio. *De officiis*, II, 9 y 10. “*Hoc autem de quo nunc agimus, id ipsum est, quod utile appellatur. In quo verbo lapsa consuetudo deflexit de via sensimque eo deducta est, ut honestatem ab utilitate secernens constitueret esse honestum aliquid, quod utile non esset, et utile, quod non honestum, qua nulla pernicies maior hominum vitae potuit afferri. Summa quidem auctoritate philosophi severe sane atque honeste haec tria genera confusa cogitatione distinguunt: quicquid enim iustum sit, id etiam utile esse censent, itemque quod honestum, idem iustum, ex quo efficitur, ut, quicquid honestum sit, idem sit utile. Quod qui parum perspiciunt, ii saepe versutos homines et callidos admirantes, malitiam sapientiam iudicant. Quorum error eripiendus est opinioque omnis ad eam spem traducenda, ut honestis consiliis iustisque factis, non fraude et malitia se intellegant ea, quae velint, consequi posse*”.

atractivo nos llame a sí, pero si mirándolo con reflexión hallamos que bajo la apariencia de útil trae consigo falsedad, entonces no digo que se ha de renunciar a la utilidad, sino comprender que ninguna puede haber donde haya torpeza. (...) Yerran, pues, maliciosamente los hombres corrompidos cuando asidos de alguna cosa que les parece útil, al punto la separan de lo honesto. De aquí provienen los asesinatos, venenos y testamentos falsos; de aquí los hurtos y robos, la usurpación y opresión de los aliados y ciudadanos; de aquí la dominación insufrible del demasiado poder, y, últimamente, la ambición de apoderarse del reino en las ciudades libres, que es la mayor fealdad y más horrible que puede imaginarse. Porque ven los hombres los provechos de las cosas con sus errados juicios, y no ven el castigo, no ya de las leyes, que muchas veces quebrantan, sino de su propia torpeza, que aún es más cruel”<sup>1684</sup>.

Refiriéndose a las ventajas de vivir en sociedad, dice que “Tampoco las ciudades podrían edificarse, ni ser frecuentadas, sin la unión de los hombres; de donde ha provenido la constitución de leyes y costumbres, la igual prescripción de derechos y la disciplina y el arreglo cierto de vivir; a que se ha seguido la mansedumbre de los ánimos, el respeto y el pudor, y se han dado a la vida mayores resguardos, llegando a estado de que, dando, recibiendo y trocando nuestras facultades, no nos falte nada”<sup>1685</sup>. Añade luego que “pueden acarrear muchos provechos, y también daños muy graves unos hombres a otros, juzgo que debe ser el primer empeño de la virtud reducirlos a concurrir y hacerlos útiles a la sociedad común”<sup>1686</sup>, enumerando que una de las cosas en que consiste la virtud es “el uso moderado y sabio de aquellos con quienes estamos asociados, de modo que por su industria tengamos cumplido y colmado todo cuanto necesita la naturaleza; rechazando por medio de ellos cualquier daño que se nos acarree, y aun tomando satisfacción y castigando a quien lo intente; pero con la pena que permiten las leyes de la justicia y de la humanidad”<sup>1687</sup>. “Es necesario, pues, que caminemos todos en este presupuesto: que la utilidad de cada uno en particular y la universal es una misma, y que si alguno quiere usurpársela, se deshará la sociedad humana. (...) Lo que dicen algunos que nada usurparán a sus padres ni hermanos por aumentar sus intereses, pero que no milita la misma razón en los demás ciudadanos, esto es una locura, es pensar que no hay algún derecho común ni ley de la sociedad fundada en la utilidad común, cuya máxima va enderezada a desmembrar el cuerpo civil. Otros creen que esta ley obliga en orden a los ciudadanos, y no con los extranjeros; éstos destruyen la

<sup>1684</sup> *Ibid.*, III, 34, 35 y 36. “...Panaetius defendendus est, quod non utilia cum honestis pugnare aliquando posse dixerit (neque enim ei fas erat) sed ea, quae viderentur utilia. Nihil vero utile, quod non idem honestum, nihil honestum, quod non idem utile sit, saepe testatur negatque ullam pestem maiorem in vitam hominum invasisse quam eorum opinionem, qui ista distraxerint. (...) Cum igitur aliqua species utilitatis obiecta est, commoveri necesse est. Sed si, cum animum attenderis, turpitudinem videas adiunctam ei rei, quae speciem utilitatis attulerit, tum non utilitas relinquenda est, sed intellegendum, ubi turpitudinis sit, ibi utilitatem esse non posse. (...) Quare error hominum non proborum, cum aliquid, quod utile visum est, arripuit, id continuo secernit ab honesto. Hinc sicae, hinc venena, hinc falsa testamenta nascuntur, hinc furta, peculatus, expilationes, direptionesque sociorum et civium, hinc opum nimiarum, potentiae non ferendae, postremo etiam in liberis civitatibus regnandi existunt cupiditates, quibus nihil nec taetrius nec foedius excogitari potest. Emolumenta enim rerum fallacibus iudiciis vident, poenam, non dico legum, quam saepe perrumpunt, sed ipsius turpitudinis, quae acerbissima est, non vident”.

<sup>1685</sup> *Ibid.*, II, 15. “Urbes vero sine hominum coetu non potuissent nec aedificari nec frequentari, ex quo leges moresque constituti, tum iuris aequa descriptio certa que vivendi disciplina; quas res et mansuetudo animorum consecuta et verecundia est effectumque, ut esset vita munitior atque ut dando et accipiendo mutandisque facultatibus et commodis nulla re egeremus”.

<sup>1686</sup> *Ibid.*, II, 17. “...homines plurimum hominibus et prosint et obsint, proprium hoc statuo esse virtutis, conciliare animos hominum et ad usus suos adiungere”.

<sup>1687</sup> *Ibid.*, II, 18. “...quibuscum congregemur, uti moderate et scienter, quorum studiis ea, quae natura desiderat, expleta cumulataque habeamus, per eosdemque, si quid importetur nobis incommodi, propulsemus ulciscamurque eos, qui nocere nobis conati sint, tantaque poena adficiamus, quantam aequitas humanitasque patiatur”.

general sociedad de los hombres”<sup>1688</sup>. “Los que miden todas las cosas por sus propios intereses y conveniencias y no quieren reconocer lo que prepondera la honestidad, suelen comparar en sus deliberaciones lo honesto con lo que juzgan ellos por útil, no así los hombres de bien. (...) Que un hombre usurpe a otro alguna cosa y le despoja de sus intereses propios por aumentar los suyos, repugna más a la naturaleza que la misma muerte, que la pobreza, que el dolor y todos los otros daños que pueden sobrevenir a nuestro cuerpo o a nuestra fortuna. Porque, en primer lugar, esto es destruir la unión y sociedad humana, la cual, por más conforme que sea a la ley de naturaleza, es preciso que se eche por tierra en llegando los hombres a proponerse defraudar y ofender a otro por sus intereses particulares”<sup>1689</sup>.

Vemos que la visión de Cicerón, que delinea la noción de *utilitas* luego incorporada a la concepción jurídica romano-clásica, se ubica en la misma línea general que el utilitarismo genérico o de regla que posteriormente desarrolló Hume y que acoge Hayek, ya que identifica la utilidad particular con la general en el sentido de que ambas van encaminadas al mantenimiento del orden de la sociedad, a permitir la convivencia humana y la cooperación social. Coincide Cicerón prácticamente con la visión de Hume y de Hayek en cuanto se considera que la supervivencia de la sociedad, el mantenimiento de un orden general de acciones individuales, sólo es posible mediante la observancia de ciertas reglas generales, no obstante que en algún caso concreto ello pueda pugnar con el interés particular de un individuo: así, Hayek comenta sobre Hume que “De igual modo, ‘es evidente que si los hombres regularan su conducta [por lo que respecta al cumplimiento de las promesas] por la consideración de un *interés* particular [...] caerían en una confusión interminable’. (...) Para evitar la impresión de que su insistencia sobre la utilidad demostrada significa que los hombres adoptaron estas instituciones porque previeron su utilidad, subraya Hume que en todas sus referencias a la utilidad ‘sólo supone que tales reflexiones se forman de inmediato, cuando en realidad surgen de manera insensible y gradual’. (...) Seguidamente, el principal interés de Hume es demostrar que sólo la aplicación universal de las mismas ‘reglas abstractas de justicia generales e inflexibles’ podrá asegurar el establecimiento de un orden general, y que éste, y no algún objetivo o resultado particular, es el que deberá guiar la aplicación de las reglas para que se obtenga un orden. Toda preocupación por objetivos particulares de los individuos o de la comunidad, o una consideración de los méritos de individuos particulares, arruinarían por completo ese objetivo. Esta aseveración se liga estrechamente a la creencia de Hume en la miopía de los hombres, su inclinación a preferir la ventaja inmediata sobre la ganancia distante, y su incapacidad para guiarse por una apreciación adecuada de su verdadero interés a largo plazo, a menos que se vinculen por reglas generales e inflexibles que en el caso particular se apliquen sin que importen las consecuencias”<sup>1690</sup>.

<sup>1688</sup> *Ibid.*, III, 26 y 28. “*Ergo unum debet esse omnibus propositum, ut eadem sit utilitas uniuscuiusque et universorum; quam si ad se quisque rapiet, dissolvetur omnis humana consortio. (...) Nam illud quidem absurdum est, quod quidam dicunt, parenti se aut fratri nihil detracturos sui commodi causa, aliam rationem esse civium reliquorum. Hi sibi nihil iuris, nullam societatem communis utilitatis causa statuunt esse cum civibus quae sententia omnem societatem distrahit civitatis. Qui autem civium rationem dicunt habendam, externorum negant, ii dirimunt communem humani generis societatem*”.

<sup>1689</sup> *Ibid.*, III, 18 y 21. “*Qui autem omnia metiuntur emolumentis et commodis neque ea volunt praeponderari honestate, ii solent in deliberando honestum cum eo, quod utile putant, comparare, boni viri non solent. (...) Detrahare igitur alteri aliquid et hominem hominis incommodo suum commodum augere magis est contra naturam quam mors, quam paupertas, quam dolor, quam cetera, quae possunt aut corpori accidere aut rebus externis. Nam principio tollit convictum humanum et societatem. Si enim sic erimus adfecti, ut propter suum quisque emolumentum spoliet aut violet alterum, disrumpi necesse est eam, quae maxime est secundum naturam, humani generis societatem*”.

<sup>1690</sup> Hayek. La filosofía jurídica y política de David Hume (1711-1776), en Estudios de Filosofía, Política y Economía. Páginas 174 y 175.

La forma en que en esta visión se ubica la consideración de los fines particulares de un individuo o comunidad, no está alejada de lo que Santo Tomás afirmaba al decir que “Si, en cambio, lo que el legislador se propone no es el bien verdadero, sino un bien útil o deleitable para él mismo, o no acorde con la justicia divina, entonces la ley no hace buenos a los hombres en sentido absoluto, sino sólo en sentido relativo, es decir, buenos para un determinado régimen. De esta manera, en efecto, el bien se encuentra incluso en cosas de suyo malas; y así decimos de un individuo que es un buen ladrón, porque sabe obrar de acuerdo con sus fines”<sup>1691</sup>. Santo Tomás se refiere a la utilidad como fin de la ley humana, y como una de las características que debe tener la ley, analizando la descripción que de la ley positiva hace San Isidoro: “La ley ha de ser honesta, justa, posible según la naturaleza y según las costumbres del país, proporcionada a los lugares y a los tiempos, necesaria, útil; debe ser también clara, para que no haya engaños ocultos en su oscuridad; ha de estar dictada no para provecho privado, sino para la común utilidad de los ciudadanos”<sup>1692</sup>. Sobre el tema particular de la utilidad, el Aquinate dice que “En cuanto al fin de la ley humana, es la utilidad de los hombres, como también dice el Jurisconsulto. (...) Las restantes palabras: necesaria, útil, etc., se refieren a lo de promover la salud pública”<sup>1693</sup>. Y así, por necesaria se entiende que evite los males; por útil, que promueva los bienes; por clara, que prevenga los daños que de la ley misma pudieran originarse”<sup>1694</sup>; “las leyes humanas deben ser proporcionadas al bien común. Pero el bien común implica una multiplicidad, y la ley tiene que referirse a esta multiplicidad, que puede ser tal en razón de las personas, de las actividades y de los tiempos. Porque la comunidad del Estado consta de muchas personas: su bien se alcanza por medio de muchos actos, y no se instituye para que dure solamente un poco de tiempo, sino para que se conserve siempre mediante la sucesión de los ciudadanos. (...) Lo que se ordena a dirigir debe dirigir una multiplicidad de cosas. Por eso dice el Filósofo en *X Metaphys.* que todas las cosas pertenecientes a un género son mensuradas por aquella única que es la primera en ese género. Porque si hubiera tantas reglas y medidas como cosas mensuradas y reguladas, desaparecería la utilidad de la regla y medida, que consiste en poder conocer muchas cosas por una sola. Y así, para nada serviría la ley si no se extendiera más que a un acto singular. Pues para regular los actos singulares están los preceptos singulares de las personas prudentes; mas la ley es un ‘precepto común’”<sup>1695</sup>. Nuevamente encontramos en Santo Tomás la idea básica de la ley como precepto común ante multiplicidad de actos, encaminada a la preservación de un orden.

De esta manera también parece confirmarse que Santo Tomás puede considerarse más cercano al utilitarismo genérico que considera la utilidad como un medio, rechazando claramente que el hombre sea sometido o supeditado a lo que parece ‘útil o deleitable’ a la autoridad política, y que el bien común se ha de considerar, entonces, ligado al mantenimiento de un orden en que ningún individuo o comunidad pueda imponer sus intereses en menoscabo de otros, bajo el imperio de reglas de aplicación general: así, puede esto vincularse con lo que afirma Hayek bajo el subtítulo de “La libertad sólo puede preservarse ateniéndose a ciertos principios, y se destruye siguiendo la

<sup>1691</sup> Aquino. *Ob. Cit.*, II, 1, cuestión 92, artículo 1.

<sup>1692</sup> Citado por Aquino en *Ob. Cit.*, II, 1, cuestión 95, artículo 3.

<sup>1693</sup> Sobre la ‘salud pública’, dice Hayek refiriéndose al utilitarismo de acto: “La más vieja forma de tan falsa concepción ha sido asociada con la fórmula usual y erróneamente citada de *Salus populi suprema lex esto* (la salvación del pueblo debe ser –no es– la suprema ley). Correctamente entendido, significa que el fin de la ley ha de ser la felicidad del pueblo; que las reglas generales deben establecerse para servir al pueblo, pero *no* que cualquier concepto de un determinado fin social suponga justificación para romper dichas reglas generales. Un fin particular, el logro de un resultado concreto, nunca puede ser ley”. (*Los Fundamentos de la Libertad*. Páginas 209 y 210).

<sup>1694</sup> Aquino. *Ob. Cit.*, II, 1, cuestión 95, artículo 3.

<sup>1695</sup> *Ibid.*, II, 1, cuestión 96, artículo 1.

mera conveniencia o eficacia”, diciendo que “Si la elección entre libertad y coacción se trata como una mera cuestión de conveniencia o eficacia, la libertad se verá sacrificada en casi todos los casos. Desde el momento en que es difícil conocer en todo caso particular cuáles serían las consecuencias de permitir que los individuos decidan libremente, hacer que en cada caso la decisión dependa únicamente de los resultados particulares previsibles no podrá menos de conducir a una progresiva destrucción de la libertad. (...) El hecho de que la libertad sólo pueda preservarse si se la considera como un principio supremo que en ningún caso debe sacrificarse por conveniencias particulares es algo que comprendieron perfectamente los grandes pensadores liberales del siglo XIX, uno de los cuales llega incluso a definir el liberalismo como ‘sistema de principios’. Tal es, en efecto, el tema central de sus advertencias sobre ‘lo que se ve y lo que no se ve en la economía política’ y sobre ‘el pragmatismo que, al margen de las intenciones de sus defensores, conduce inexorablemente al socialismo’. Pero todas estas advertencias se las llevó el viento, y el progresivo abandono de los principios y la creciente determinación en los últimos cien años de proceder de un modo pragmático es una de las innovaciones más importantes de la política social y económica. (...) El fin de la era liberal de los principios podría fecharse en el momento en que, hace más de ochenta años, W.S. Jevons sostuvo que en la política social y económica ‘no podemos establecer reglas fijas y rígidas, sino que debemos tratar con sentido práctico todas las cosas, valorando sus diversos aspectos’. Diez años después, Herbert Spencer pudo hablar de la ‘escuela dominante de política’ que ‘sólo muestra desprecio hacia toda doctrina que implique límites a la acción de las conveniencias prácticas’ o que se base en ‘principios abstractos’”<sup>1696</sup>.

Es preciso comentar sobre el análisis económico del Derecho y su posible vinculación con ese nocivo ‘pragmatismo’ del que hablaba Hayek. Posner afirma que el examen objetivo del Derecho es “*a jurisprudence that, like legal realism, draws on the philosophy of pragmatism*”<sup>1697</sup>. Un tema específico que nos puede resultar esclarecedor sobre lo que examinamos, es la doctrina del llamado ‘incumplimiento eficiente’ o *efficient breach* de un contrato, sostenida por Posner y otros analistas económicos del Derecho en aras de la eficiencia económica y maximización de la riqueza. Dicha doctrina plantea una aparente contradicción entre la utilidad y la norma *pacta sunt servanda*, es decir, que los pactos o contratos deben ser guardados, cumplidos. Consiste en afirmar que una persona se verá incentivada a incumplir un contrato si pueden compensar a la otra parte y aún así obtener una mayor utilidad a que si hubieran cumplido: si una parte celebra un contrato y luego se entera de otro posible contrato que le daría mayor ganancia, se puede ver tentado a incumplir el primer contrato para celebrar el segundo, y puede que no le importe tener que indemnizar al otro contratante del primer contrato para poder celebrar el segundo. Por ejemplo, A y B celebran un contrato en virtud del cual A debe entregar 5,000 mercancías en tres meses por \$50,000. Sin embargo, un mes después A se entera de que C está dispuesto a pagar \$110,000 por las mismas 5,000 mercancías. A incumplirá el contrato porque ganará por lo menos \$10,000 más con el segundo contrato luego de indemnizar a B por el incumplimiento<sup>1698</sup>. Posner y otros afirman que tal incumplimiento es ‘eficiente’: es eficiente según el parámetro de Pareto, ya que alguien gana sin que nadie pierda; también bajo el criterio Kaldor-Hicks, ya que el nuevo resultado deja a los beneficiados lo suficientemente mejor de tal modo que recibirían un incremento de utilidad aún compensando a los que pierden (“*a benefit to one individual, even if it carries with it a loss to another, increases society’s welfare so long as the benefited party is able*”).

<sup>1696</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Páginas 81 a 84.

<sup>1697</sup> Citado por Sidhu, Dawinder S., en *The Immorality and Inefficiency of an Efficient Breach*, en *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*. Volumen 8. Página 3.

<sup>1698</sup> Cfr. *Ibid.* Página 5.

*fully to compensate the losing party and to remain better off than before”); también es eficiente en cuanto que los bienes irán a manos de quien los valora más<sup>1699</sup>. Puede usarse un argumento ‘moral’ y decir que incumplir un contrato, faltar a la palabra empeñada (*‘fidem fallere’* diríamos en Roma), es incorrecto, turbio, inmoral, pecado, contrario a las *mores*, etc. Sin embargo, “Posner is a pragmatist; as such, he contends that the law must be more scientific (i.e., more closely rooted in facts drawn from actual experience and observation). Specifically, Posner posits that the law, or more appropriately judges who render decisions, should be ‘practical, instrumental, forward-looking, activist, empirical, skeptical, antidogmatic, experimental’. Pragmatists are concerned mainly with drawing closer to the truth. Morality, however, is not scientific and does not lead us closer to empirical truth, since morality is about values, not facts. (...) In sum, Posner does not believe that moral considerations have any relevance in the law, since morality is a statement of one’s preferences that entrenches rather than eliminates uncertainty, that is unverifiable, indeterminate, relative, and so general as to be effectively irrelevant in particular legal disputes. (...) Considering Posner’s general reaction towards morality, he would likely claim that the assertions that an efficient breach is ‘immoral’, ‘wrong’, or ‘unfair’ are merely restatements of one’s value judgements, public opinion, or political preferences. Most importantly, he would state that these value judgements should be of no concern to judges since moral statements cannot be reduced to verifiable statements of fact, and, therefore, cannot produce differences in behavior. The law is obeyed, as Holmes noted, because of sanctions, not necessarily because there is a duty to do so, or because it is just. Thus, an appeal to one’s conscience will not deter or prevent efficient breaches from occurring”<sup>1700</sup>.*

Sidhu ofrece argumentos de análisis económico para contradecir la doctrina del *efficient breach*, intentando demostrar que el incremento de la riqueza social que promete el incumplimiento eficiente probablemente no se realizará en la realidad<sup>1701</sup>. Por un lado, todos incurrirán en mayores costos de transacción: el que no incumple (costos de litigio, tener que encontrar un reemplazo para el cumplimiento, negociaciones más difíciles con futuros participantes en el mercado para resguardarse de otro incumplimiento, etc.), el que incumple (costos de litigio, que otros participantes en el mercado negocien más restringidamente con él para que no les incumpla, la dificultad de encontrar otro participante en el mercado dispuesto a contratar con él a pesar de su reputación), y la sociedad en general (otros participantes en el mercado soportarán el costo de determinar si otras partes pueden incumplir, y pueden entonces descontar el valor del contrato: ese valor descontado no reflejará el precio eficiente de mercado, que idealmente debería fijarse donde el costo marginal iguala la utilidad marginal). El simple cálculo de restar el monto del primer contrato del monto del segundo y luego deducir la indemnización no es suficiente para determinar si el incumplidor estará mejor debido al incumplimiento. En resumen, el autor postula que la aceptación de la doctrina del incumplimiento eficiente no resultará en maximización de riqueza, sino que, por el contrario, crea externalidades significativas tales como la degradación de los contratos como instrumentos de cooperación social, desvirtuando la mutualidad y reciprocidad que son la esencia de la interacción social. Concluye el autor diciendo que “*At the very least, Posner and his colleagues should acknowledge that the efficient breach theory is unlikely to produce its promised gains in social wealth, especially because it threatens to disrupt the social institutions that are essential to the efficacy of private contracts*”<sup>1702</sup>.

<sup>1699</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 6 y 7.

<sup>1700</sup> *Ibid.* Páginas 22 a 24.

<sup>1701</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 24 a 39.

<sup>1702</sup> *Ibid.* Página 41.

Aparte de que la postura de Posner sobre la ‘moral’ resulta a todas luces emparentada con el positivismo filosófico, es claro además que un análisis como el que fundamenta la teoría del *efficient breach* es limitado, y ello resalta la necesidad de profundizar y expandir dentro del mismo campo del análisis económico del Derecho, como lo hace Sidhu en cuanto al tema concreto que presentamos, en un intento de proveer, con sus mismas herramientas analíticas, una visión más completa del problema. Pero, además, es de señalar cómo una visión estrecha, positivista, de la ciencia económica, puede conducir a minar los fundamentos de la sociedad misma, en abierta y radical oposición a los postulados de Hayek sobre la importancia de las instituciones, de las normas de conducta generales y abstractas, que permiten el mantenimiento de un orden global de acciones en que el ejercicio de la libertad individual sea posible. En efecto, ¿cómo podría cumplirse la función que el intercambio voluntario está llamado a desempeñar en la sociedad, si cada vez se promueve mayor desconfianza entre los participantes del mercado cuando éstos se niegan a someterse a esas reglas generales de justicia como las que nos han señalado Hume y Hayek, y cuyas ideas básicas hemos visto también reflejadas en Cicerón y Santo Tomás? Pienso que es claro que eso es a lo que Hume se refería al decir que las normas abstractas deben cumplirse para mantener el orden global (la utilidad genérica) no obstante que puedan oponerse al interés particular de alguien en un caso concreto: del todo aplicable al ejemplo del *efficient breach*.

Pienso que la teoría de Hayek, al enfocar tanto la economía como el Derecho en cuanto estos tienen de orden espontáneo, se convierte en un marco de referencia que enriquece muchísimo el análisis económico del Derecho, pues amplía el panorama de dicha disciplina al hacer ver que en lo jurídico –y en la economía política– intervienen factores mucho más complejos y diversos que el cálculo económico que un individuo realiza en una decisión concreta. Además, la teoría del conocimiento que sustenta Hayek ayuda a comprender cómo y por qué es posible, desde la misma ciencia económica, fundamentar la refutación a la doctrina simplista del *efficient breach*: porque, en efecto, las consecuencias del incumplimiento ‘(in)eficiente’ en otros actores del mercado y a largo plazo no son previsibles para el incumplidor, y consistirán en una distorsión de ese orden global de acciones cuyo mantenimiento, según Hayek, es la auténtica función del juez: “El carácter distintivo de las normas que el juez debe aplicar, y debe tratar de formular y sancionar, se comprende mejor si recordamos que está destinado a corregir las perturbaciones de un orden general que nadie ha creado (...). Se hallará siempre ante un orden existente como atributo de un proceso en el que los individuos logran perseguir sus propios planes porque pueden formular expectativas sobre las acciones de los demás que tienen buenas posibilidades de ser satisfechas. (...) Las cuestiones sobre las que deben decidir no se refieren a si las partes se han conformado a la voluntad de alguien, sino a si sus acciones han sido conformes a las expectativas que podían racionalmente formularse en cuanto acordes con las costumbres en que se basa la conducta diaria de los miembros del grupo. El significado que aquí tienen las costumbres es que las mismas suscitan unas expectativas que guían el comportamiento de los individuos, y lo que se considerará como vinculante será, por tanto, aquellos modos de obrar con cuya observancia todos cuentan y que, por consiguiente, se han convertido en condición del éxito de la mayor parte de las actividades”<sup>1703</sup>. Así, continuando con el ejemplo del *efficient breach*, puede decirse que su aceptación, su difusión, causará una distorsión en las expectativas de los participantes en el mercado, imponiéndoles costos de transacción, pues supedita la observancia de la regla no al hecho de que ésta promueve el mantenimiento y adecuado funcionamiento del orden social en general, en concreto del intercambio de mercado, sino al interés particular de un individuo que no puede prever las consecuencias ulteriores y generales de su acción. Vemos entonces otro ejemplo

---

<sup>1703</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Páginas 124 a 126.



de cómo dos perspectivas sobre el Derecho (teoría de Hayek, análisis económico), se complementan hacia una mejor comprensión, y cómo el análisis económico puede –aún dentro de su mismo ámbito– enriquecerse, acercarse más a la realidad, y ofrecer mejores aportaciones, siendo consciente de sus límites, como bien dice Hayek que es la conciencia de nuestra ignorancia lo que permite potenciar el uso de nuestra razón.

El análisis económico del Derecho también se ocupa mucho del tema de los incentivos que un individuo tiene al actuar. La consideración de los incentivos también está presente en el Derecho Romano Clásico, como nos lo muestra aquello que ya antes citábamos de Ulpiano: “cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, deseando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas sino también con la incitación de los premios”<sup>1704</sup>. Por su parte, Santo Tomás afirma que “como hay también individuos rebeldes y propensos al vicio, a los que no es fácil persuadir con palabras, a éstos era necesario retraerlos del mal mediante la fuerza y el miedo, para que así, desistiendo, cuando menos, de cometer sus desmanes, dejasen en paz a los demás, y ellos mismos, acostumbrándose a esto, acabaran haciendo voluntariamente lo que antes hacían por miedo al castigo, llegando así a hacerse virtuosos. (...) A los hombres bien dispuestos se les induce más eficazmente a la virtud recurriendo a la libre persuasión que a la coacción. Pero entre los mal dispuestos hay quienes sólo por la coacción pueden ser conducidos a la virtud”<sup>1705</sup>. Hayek, comentando las enseñanzas de autores como Locke, Hume y Smith, dice que “según el punto de vista de esos filósofos británicos, el hombre es por naturaleza perezoso e indolente, imprevisor y malgastador, y que sólo a la fuerza de las circunstancias se debió su comportamiento económico o el cuidadoso aprendizaje que le llevó a ajustar sus medios a sus fines”<sup>1706</sup>. Podemos decir, entonces, que el entorno normativo e institucional dará al hombre determinados incentivos a su conducta que fomentarán en él mejores pautas de comportamiento, lo cual en las citas hechas Hayek menciona concretamente en el plano económico, mientras Ulpiano y Santo Tomás lo trasladan también al ámbito de la bondad y la virtud, tomando en cuenta que lo propio de la condición humana es obrar correctamente en ejercicio de la libertad individual y no por temor al castigo, pero a su vez que el mantenimiento del orden social exige que se prevean penas, o reglas negativas de justicia, que prohíban su transgresión: en esto podemos ver una vinculación con esa ‘acción humana con nivel moral promedio’ como Zanotti denominaba al ‘egoísmo’ de Hume y los pensadores escoceses, y que ese mismo autor ligaba con la intuición de Santo Tomás al decir que la ley está hecha “para la masa, en la que la mayor parte son hombres imperfectos en la virtud”. Así, cabe proponer que el hombre imperfecto en la virtud, el hombre cuya acción tiene un nivel moral promedio, es la unidad referencial que el individualismo metodológico debe asumir en su análisis del Derecho (recordando, además, que dicha metodología opera no sólo en economía sino en todo estudio de la sociedad), ya que siendo éste el sujeto a quien se dirige la ley, es congruente que esta sea la visión del hombre que sirva como herramienta analítica al momento de plantearse un estudio –positivo (ser) o normativo (deber ser)– de los incentivos de una norma jurídica.

La conciencia de que el hombre es influido por incentivos y de que ello constituye un referente primordial en cuanto al Derecho, que vemos presente en la concepción jurídica romano-clásica y en Santo Tomás, es quizá el punto de contacto con el análisis económico del Derecho mediante el cuál esta disciplina puede ofrecer sus concretas y valiosas contribuciones para avanzar y

---

<sup>1704</sup> Digesto, 1.1.1.

<sup>1705</sup> Aquino. Ob. Cit., II, 1, cuestión 95, artículo 1.

<sup>1706</sup> Hayek. Los Fundamentos de la Libertad. Página 92.

profundizar en el entendimiento de lo jurídico, para propiciar su mejor adecuación con la realidad tanto a nivel teórico como práctico, normativo como positivo. Sin embargo, recordemos que la influencia de los incentivos es considerada (tanto en las visiones romana, hayekiana y aristotélico-tomista) como un referente teórico, en que siempre está presente a su vez la ‘gran variable’ de la libertad humana, y no en un sentido mecánico, positivista; en un sentido del *ser* (‘el hombre sigue determinados incentivos’ –o quizá, más bien, de algo como *pattern prediction*: ‘el hombre promedio por lo general sigue determinados incentivos’), no del *deber ser* (‘el hombre debe seguir siempre tal o cual incentivo’), y que los incentivos, también en las visiones comentadas, contribuyen en última instancia al bien común, así como al perfeccionamiento personal del individuo, no porque la ley le ‘imponga’ la virtud, sino porque se erige en salvaguarda y fomento de la libertad, en cuyo ejercicio es posible la virtud personal.

#### **4. Variación, adaptación y generalidad en el Derecho. Con algunas consideraciones sobre la técnica jurídica como elemento complementario de su eficacia plena**

Que el Derecho se manifiesta de maneras distintas en épocas y lugares diferentes es un hecho constatado por la experiencia. Ihering, en la línea de su analogía lingüística que ya comentábamos en el capítulo III, afirma que “El alfabeto del lenguaje está ya fijado, y es y será siempre el mismo a pesar de todas las transformaciones del idioma, aunque descuide los matices más delicados de la locución; pero el otro no está limitado a un solo idioma, sino que es esencialmente el mismo para todas las lenguas. El alfabeto del derecho no conseguirá una aplicación independiente del tiempo y del lugar, de la historia y de la nacionalidad. Podría objetarse, sin embargo, que existen en derecho nociones fundamentales de una verdad absoluta, y otras que, aun de categorías lógicas, son nociones de pura forma (...). Pudiera decirse también que esas verdades, cualquiera que sea el pueblo que las haya descubierto y formulado, no pertenecen al alfabeto del derecho de ese pueblo, sino que tienen un carácter preinternacional, universal, absoluto. Aunque yo concedo la verdad absoluta de esas nociones y, por lo mismo, admito la *posibilidad de un alfabeto jurídico universal*, no se debe sin embargo perder de vista que esas nociones son de pura forma y que no podremos sólo con su auxilio ir más allá de una lógica jurídica de la forma (a la que yo no quiero, por lo demás, disputar el alto valor didáctico). Su configuración práctica, su contenido sustancial, serán siempre tarea del derecho positivo. (...) Esas nociones presentan, pues, la particularidad de que lo que tienen de absoluto sólo es de mera forma y lo que ofrecen de práctico es puramente positivo. Carácter positivo y práctico que puede ser eminentemente racional y oportuno, hasta el punto que se le conjeture en lo posible una duración eterna y de una aplicación universal; pero también es preciso reconocer que él, como toda cosa positiva, está subordinado al flujo de las opiniones y de las cosas. Nuestro alfabeto práctico del derecho se caracteriza pues, por su parte positiva histórica, y de ello suministra la prueba la historia de cada derecho en particular. No sólo las reglas cambia, y con ellas las ideas y las instituciones, sino que además la importancia de las letras del derecho poseemos se altera y el tiempo que trae otras nuevas borra las antiguas”<sup>1707</sup>. Afirma también que “el tiempo modifica los principios fundamentales, igual que cambia las reglas del derecho. Los principios deben necesariamente cambiar, porque no constituyen de ningún modo categorías lógicas, sino que son la concentración de reglas materiales y las reglas cambian con las relaciones. Creer en la inmutabilidad de los principios acredita falta de sentido crítico para el estudio de la historia. Desde el primer periodo de su formación originaria, los principios fundamentales del derecho han

<sup>1707</sup> Ihering, *El Espíritu del Derecho Romano*. Páginas 496 y 497.

debido de estar expuestos a las mismas influencias históricas que las que han pesado sobre ellos durante todo el curso de su historia”<sup>1708</sup>.

Por su parte, ya citábamos la descripción de ley de San Isidoro que comenta Santo Tomás, en la cual se incluye que ella debe ser “posible según la naturaleza y según las costumbres del país, proporcionada a los lugares y a los tiempos”. Se observa entonces que en la teoría tomista (o iusnaturalismo clásico) encuentra plena acogida la variabilidad de la ley, del Derecho, en su necesaria adaptación al carácter histórico, social, del hombre. Así lo explica el Aquinate: “Lo que sigue de *justa, posible según la naturaleza y las costumbres del país, proporcionada a los lugares y a los tiempos*, viene a desarrollar lo de *conveniente para la disciplina*. Pues la disciplina humana ha de someterse en primer lugar al orden de la razón, lo que se indica por la palabra *justa*. Ha de atender, en segundo lugar, a la capacidad de los sujetos. Pues la disciplina debe acomodarse a cada uno según sus posibilidades, incluidas las naturales (pues no se pide lo mismo a un niño que a un hombre maduro), y según las costumbres sociales, pues el hombre no puede vivir aislado en medio de la sociedad sin contar para nada con los demás. En tercer lugar, debe acomodarse a las debidas circunstancias, y por eso se dice *proporcionada a los lugares y a los tiempos*”<sup>1709</sup>. Esta conciencia del carácter histórico del Derecho, nacida –como lo refleja la explicación que da Tomás– del carácter también histórico y social del hombre, es uno de los puntos en que más se diferencia esta teoría de aquella propuesta por el iusnaturalismo racionalista o moderno, en que la formulación de las normas jurídicas como derivación lógica de premisas explícitas conlleva el oscurecimiento de las necesarias adaptaciones que debe tener. Es en este sentido que la teoría evolutiva de la sociedad y la teoría de los órdenes espontáneos proporcionan un muy valioso complemento para la explicación del fenómeno jurídico, especialmente con miras hacia su potencial eficacia, como señalaba el Dr. Mayora.

Sin embargo, cabe aclarar lo que hemos citado de Ihering, ya que al referirse él a la mutabilidad de los principios fundamentales del Derecho, así como a que la configuración práctica y contenido sustancial de las nociones jurídicas cuya verdad absoluta acepta serán siempre tarea del derecho positivo, considero que abre la puerta a interpretaciones menos acertadas que se basarían en, por un lado, asociar los términos ‘principios fundamentales’ y ‘verdad absoluta’ con el derecho natural y, por otro, la incomodidad y sospecha que en algunos provoca el término ‘derecho positivo’ por asociarlo directamente con el positivismo (jurídico o filosófico). Así entendido, la mutabilidad de principios fundamentales podría entenderse como relativismo, y la dotación de contenido sustancial a verdades absolutas por parte de la legislación podría entenderse como positivismo jurídico. Para saber a qué realmente se está refiriendo Ihering, basta con observar los ejemplos con que ilustra cada explicación: la mutación de principios la ilustra recordando que “La introducción de la tutela dativa (*tutor Atilianus*) no presenta ningún interés al principio para la historia del derecho de tutela, mientras que el cambio de la tutela en una relación de obligación, de relación de fuerza personal que era (*jus ac potestas in capite libero*), marca una fase del desenvolvimiento del principio que excede en importancia a todas las otras modificaciones por que esa institución pasa. En ese aspecto, el derecho hereditario merece toda nuestra atención. La libertad de testar fue prolija y felizmente desenvuelta gracias las transformaciones que se introdujeron sucesivamente en la forma del testamento romano. El *testamentum per mancipatio* sustituyó al testamento ante los comicios; al lado de la forma antigua del testamento oral se introdujo la escrita, es decir, secreta, y se establecieron formas especiales para ciertos testamentos privilegiados. Pero siempre el mismo principio del testamento

---

<sup>1708</sup> *Ibid.* Página 931.

<sup>1709</sup> Aquino. *Ob. Cit.*, II, 1, cuestión 95, artículo 3.

quedó a salvo; el que la antigüedad había formado continuó siempre, esto es, que una disposición unilateral del testador produce la sucesión. Vino el codicilo y con él se introdujo un cambio de principios esenciales. El acto particular hereditario era desconocido hasta entonces; el codicilo trajo el principio. Desde la ley de las *XII Tablas* hasta Justiniano el derecho hereditario *ab intestato* se removió en sus fundamentos, pero la definición que de él se daba en el derecho antiguo es igual en todos sus términos; el principio de la sucesión *ab intestato* no se separó del principio antiguo. Con Justiniano todo cambia: de un rasgo de pluma, y con su orden sobre la adición de la herencia bajo beneficio de inventario, alteró por completo el principio de la sucesión hereditaria. Durante mil años la noción del heredero (abstracción hecha del derecho especial de los soldados), que era la misma, quedó completamente cambiada. Los *Senatus Consulto Trebeliano* y *Pegasiano* verificaron un trueque igual en la historia del fideicomiso universal; pero ambos *Senatus Consulto*s no tienen importancia para el desarrollo de los principios como institución particular del derecho hereditario, deben su origen únicamente al *Senatus Consulto Trebeliano*. ¿Qué deducir de aquí? Después de semejantes transformaciones, ¿estamos en realidad en presencia de los mismos principios? ¿Esos principios no han sufrido además variantes cotidianas en nuestras leyes y en nuestra jurisprudencia? ¿El principio de la obligación romana, por ejemplo, es el mismo hoy que en los tiempos de los jurisconsultos clásicos de Roma? Los títulos al portador pueden en esto testimoniar la perturbación profunda dada a ese principio. En las demás materias se reproducen otros semejantes, e inútilmente se intentaría comprender el sistema hipotecario moderno atendiéndose a los principios del derecho romano, como se buscaría en vano colocar la cesión de títulos al portador en la antigua idea romana de la cesión de bienes”<sup>1710</sup>.

Entre las nociones jurídicas de pura forma a las que se refería, Ihering menciona “por ejemplo, en la imposibilidad jurídica, la diferencia entre la nulidad y el litigio, entre el derecho y su ejercicio, entre el error sobre la cosa y los motivos, etc”, sobre cuya configuración práctica y contenido sustancial por parte del derecho positivo dice “por ejemplo, la distinción entre el error sobre el objeto y sobre los motivos es necesaria en principio y muy propia para ejercitar el pensamiento jurídico. Pero, ¿es preciso conceder al error en general una sanción práctica? En caso afirmativo, ¿es preciso darle solamente al error en los objetos o también al error sobre los motivos? A la legislación positiva pertenece resolver estas cuestiones, y desde el momento que responde de manera absoluta en uno o en otro sentido, la distinción pierde todo su interés en la práctica. La diferencia entre la nulidad y la demanda es lógicamente inatacable; pero para el derecho romano antiguo no existía, porque para él todo acto no válido era un acto nulo”<sup>1711</sup>. Entonces, queda claro que a lo que Ihering hace referencia es a cuestiones puramente relacionadas con aquellas partes o aspectos del Derecho que, por su propia naturaleza, entran en el ámbito de cuanto aquél tiene de mutable, de variable: en ningún momento los ‘principios fundamentales’ o las ‘verdades absolutas’ que él menciona se refieren a la vida, la libertad, la dignidad humana, o cuestiones similares, aunque en el vocabulario usual suelen asociarse aquéllos términos con asuntos iusnaturalistas. A la luz de los ejemplos que el mismo Ihering cita, bien puede enunciarse que su planteamiento en nada pugna con esa derivación de la ley positiva por determinación que postula el iusnaturalismo, o el descubrimiento de las normas abstractas de los órdenes espontáneos que plantea Hayek, ambas nociones que ya el Dr. Mayora nos ha señalado como “herramientas analíticas que pueden emplearse complementariamente”; así como también, en otro plano, podría relacionarse con los diversos métodos de aproximación a la verdad y formas de expresarla, que veíamos en el capítulo anterior. Si se entiende, entonces, que Ihering habla en el contexto de

<sup>1710</sup> Ihering, *Ob. Cit.* Páginas 930 y 931.

<sup>1711</sup> *Ibid.* Página 497.

nociones y teorías jurídicas que de por sí se ubican en el ámbito de lo variable, lo discutible, se está en mejor capacidad de comprender su aportación al estudio del Derecho: en efecto, se trata de una consecuencia de lo que Ihering afirma por cuanto que el derecho positivo es el objeto de la técnica jurídica, no debiendo olvidar que nos dice asimismo que “lo que se realiza como derecho es derecho, aun cuando no se encuentre escrito en las leyes, ni el pueblo y la ciencia hayan adquirido aún conocimiento de ello. (...) Pero no basta saber que el derecho se realiza, es preciso además saber cómo se realiza”<sup>1712</sup> y que “el fondo del derecho ejerce la mayor influencia sobre su realización. (...) Las disposiciones erróneas son impotentes para entrar en el dominio de la práctica; las leyes que chocan con el espíritu de la época, ya sean reaccionarias, ya progresistas, encuentran siempre resistencia tenaz y porfiada”<sup>1713</sup>.

Tales afirmaciones permiten ver cómo Ihering, al considerar que el derecho trasciende la legislación, la conciencia popular y científica, y que pueden existir en el derecho legislado disposiciones erróneas que no se adapten a las circunstancias, se ubica en consideraciones que ya hemos visto tanto en la doctrina de los órdenes espontáneos como en el iusnaturalismo clásico, y en ese sentido sus aportes son también un complemento a la visión integral del Derecho: siguiendo lo afirmado por el Dr. Mayora, podemos decir que, si las condiciones de la eficacia plena del Derecho se determinan con los instrumentos analíticos del iusnaturalismo clásico (en cuanto a su justicia y legitimidad) y de la teoría hayekiana de los órdenes espontáneos (en cuanto a su viabilidad, utilidad, o conveniencia), complementariamente la teoría de la técnica jurídica de Rudolf von Ihering sería un punto de partida para la *aplicación práctica* del Derecho a nivel de caso concreto –en papel de abogado, notario, juez–, y que en ese sentido la técnica jurídica es el complemento necesario para esa eficacia plena del Derecho a la que se refiere el citado autor pues, en la línea de lo que dice Ihering sobre la técnica, con los aportes del iusnaturalismo y de la teoría hayekiana podrían llegar a darse quizás las condiciones para la eficacia plena del Derecho, pero de que esté ‘correctamente’ legislado o formulado, a que esté ‘correctamente’ *aplicado*, puede existir un abismo de diferencia... y la técnica jurídica es el puente que lo atraviesa. Captado en esta perspectiva, ya no nos ‘molesta’ que Ihering se circunscriba al derecho positivo, porque, primero, podemos entenderlo en un sentido amplio que no lo circunscribe a la legislación y, aún si sí lo limitamos a ella, a su vez la entendemos como la modalidad de expresión del Derecho que, históricamente, es la que actualmente adoptan Guatemala y tantos otros países y, por tanto, como característica del medio concreto en que nos corresponde desempeñar nuestra labor, conscientes a la vez que la legislación ni agota, ni fundamenta, ni siempre se adapta a la integridad del fenómeno jurídico, pero sin ignorar que constituye un punto de partida y referencia necesario para nuestra lucha por la eficacia plena del Derecho. En ella deben confluir no sólo la crítica de la legislación a la luz de los instrumentos analíticos del iusnaturalismo o los órdenes espontáneos, sino también la búsqueda de una técnica que nos permita acercarnos más a la realización del Derecho aún *dentro de* –algunos dirían, *a pesar de*– el marco estrecho que es a veces la legislación: pero a veces la estrechez no la da ‘la ley’, sino nuestra mente...

Tampoco nos ‘molesta’ que, por ejemplo, Bobbio diga que las ideas contenidas en la teoría de Ihering “son indicativas de cierta mentalidad, de la mentalidad del jurista teórico que construye un bello sistema preocupándose más de la lógica y de la estética que de las consecuencias prácticas de sus construcciones. Es la mentalidad que generalmente ha sido atribuida al jurista partidario del positivismo. (...) En lo sucesivo la construcción jurídica fue considerada tan indicativa de una mentalidad, que el mismo Ihering, en la segunda fase de su pensamiento,

---

<sup>1712</sup> *Ibid.* Página 480.

<sup>1713</sup> *Ibid.* Página 482.

cambiando completamente respecto a la primera, la ponía en ridículo”<sup>1714</sup>. No nos molesta porque, también con Bobbio, “No me atrevería a decir que todas estas cosas dichas por Ihering sobre el método de la ciencia jurídica son exactas y convincentes”<sup>1715</sup> pero, en vez de enfatizar la mentalidad ‘positivista’ en que puede derivar la construcción jurídica, más bien reivindico lo que me parece el carácter fundamental de la propuesta de Ihering, de la cual el famoso tema de la construcción jurídica, la sistematización, los conceptos –y todo eso que Bobbio comenta y luego el mismo Ihering criticó– no son más que partes de un todo que las supera, aspectos –si se quiere– que podrían considerarse secundarios: reivindico la preocupación de Ihering por dotar al jurista de las herramientas intelectuales que le permitan con su labor profesional dar una mejor y mayor contribución hacia la eficacia plena del Derecho, su resaltar la importancia de la técnica jurídica como aspecto central de ello, y los puntos en que su pensamiento puede vincularse con otras teorías que tienen mucho que decir y contribuir también a la eficacia plena del Derecho. Y, siguiendo a Ihering, miro también hacia la sabiduría de los romanos, viendo como su mayor lección una manera de entender el Derecho que engendra a su vez una manera de ejercerlo y formularlo, ambas más cercanas a la realidad de lo jurídico y, con ello, a su plena eficacia.

La variación espacio-temporal en el Derecho que hemos comentado, se nos revela a su vez como una de las condiciones de su plena eficacia. De similar modo, otro tipo de ‘variación’ que requiere atención por parte del estudioso del Derecho es aquella que las normas jurídicas pueden presentar en cuanto a su generalidad o universalidad. Aristóteles “distingue tres partes en el derecho legal o positivo. Hay, en efecto, disposiciones que se formulan, sin más, en términos universales. Y éstas son las leyes comunes, a propósito de las cuales dice que *legal es lo que en principio es indiferente para ser de una manera u otra, pero, una vez regulado, ya no es indiferente.* (...) **Hay otras disposiciones que son universales bajo un aspecto y particulares bajo otro. Tales son los ‘privilegios’ o como ‘leyes privadas’, que atañen a personas determinadas y, sin embargo, su poder se extiende a muchos asuntos. Y a este respecto añade; *están también aquellas cosas que la ley regula en los casos particulares.*** Hay, finalmente, disposiciones que se llaman legales, no porque sean leyes, sino porque significan la aplicación de una ley común a hechos particulares, como pasa con las sentencias, que también hacen derecho. Y a este propósito añade: *y las sentencias judiciales*”<sup>1716</sup>. Esto nos conduce a la distinción romana entre *ius commune* y *ius singulare*, que Bernal y Ledesma explican así: “El derecho común es el también llamado derecho general, que rige en forma abstracta para una serie ilimitada de casos contenidos por el mismo. No obstante, como ya indicamos, la realidad es más rica de lo que puede pretender serlo la previsión humana, y por esto en ciertas ocasiones, es necesario alterar el sentido del derecho común para ciertas hipótesis, porque así conviene para el bien general, de lo cual nace el derecho singular. Por ejemplo, mientras que generalmente es posible celebrar donaciones con apego a lo mandado por el derecho, esto se prohíbe terminantemente entre consortes por razones de moralidad conyugal. El derecho singular, según la opinión de Paulo contenida en el *Digesto (D.1.3.16.)*, se apoya en la utilidad particular de los casos que así lo exigen. Los beneficios son ventajas concedidas a ciertas personas a condición de que soliciten aprovecharse de ellas. No se trata de *ius singulare*, ni implican tampoco una excepción a normas de carácter general. Podemos señalar como ejemplo el caso del beneficio de competencia, del beneficio de inventario, del de separación de bienes, etcétera. Notemos que el beneficio no establece una institución de tipo especial, sino que abre solamente una posibilidad ventajosa al particular que quiera aprovecharse de ella. El privilegio tampoco se refiere al *ius*

<sup>1714</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Página 138.

<sup>1715</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1716</sup> Citado por Santo Tomás en *Suma Teológica*, II, 1, cuestión 96, artículo 1. Las negrillas son mías.

*singulare*. En los orígenes, el privilegio derivaba de normas dictadas por los comicios, que imponían al particular una pena no prevista por leyes anteriores. Estas medidas habían sido prohibidas por las XII Tablas –*privilegia ne inroganto*–, pero continuaron aplicándose hasta fines de la República. Durante la época del imperio, se va considerando al privilegio como lo concebimos hoy, es decir, como una situación favorable que se relaciona con el *ius singulare*, siendo excepción al *ius commune*, como es el caso del testamento militar que reviste menos formalidades y requisitos de los que exige el derecho común para el testamento ordinario. Podemos pues considerar al privilegio, en la época imperial, como un derecho singular de carácter permisivo, mientras que el derecho singular prohibitivo o imperativo sería el derecho singular en sentido estricto. A diferencia del beneficio, el privilegio no debe ser solicitado ante la autoridad judicial, sino que basa que el particular se aproveche de él directamente”<sup>1717</sup>.

En el Digesto, las explicaciones de los temas aludidos se encuentran contenidos inmediatamente después de las citas de los jurisconsultos relativas al carácter general de la ley que ya hemos citado en la reflexión 2 anterior, ubicación que nos permite entrever su situación lógica dentro de la mentalidad jurídica romana, y dicen así: “Derecho singular es aquel, que contra el tenor de la razón ha sido introducido con autoridad de los que lo establecen, por causa de alguna utilidad particular”<sup>1718</sup>, y además que “lo que está recibido contra la razón del derecho, no debe ampliarse a las consecuencias”<sup>1719</sup> y “En aquello que está constituido contra la razón del derecho, no podemos seguir la regla de derecho”<sup>1720</sup>. Al decir que se establece “contra el tenor de la razón”, no debe entenderse que se considera el derecho singular como “irracional” o algo por el estilo, sino simplemente que constituye una excepción a la norma general, lo que considero reforzado al considerar que a la vez se entiende que lo constituido contra razón del derecho no debe ampliarse a las consecuencias, pues ello lo interpreto como decir: ‘si bien es cierto que se establece la segunda norma (la de *ius singulare*) en sentido distinto o contrario a la primera norma (la más general, *ius commune*), las consecuencias de ello serán realmente congruentes con el derecho’, o sea, que se hace en aras de conservar la utilidad pública. La cita de Juliano, por su parte, entiendo que confirma el carácter excepcional que el *ius singulare* tiene respecto del *commune*. Sin embargo, en la dinámica interna y recíproca de derecho singular y común se entrevé un como juego de esa noción de la utilidad pública y la utilidad particular como íntimamente ligadas que veíamos en Cicerón, una como manifestación en la vida jurídica de la integración de los diversos elementos que conforman el Derecho: *ius singulare* y *ius commune* no se conciben como ajenos a la coherencia general del Derecho, como en cierta forma apunta Hayek al decir que “la prueba de ‘universalizabilidad’ aplicada a cualquier norma equivaldrá a una prueba de su compatibilidad con el sistema aceptado de normas en su conjunto”<sup>1721</sup>. El tema del *ius commune*, *ius singulare*, beneficio y privilegio es muy importante, pues su estudio atañe de modo muy directo a una de las características que se postula de toda norma jurídica, cual es su generalidad: el mismo Hayek insiste reiteradamente en la generalidad y asbtracción de las normas, y dichas cualidades se señalan también constantemente en nuestro medio como primordiales en un Estado de Derecho, mientras que el ‘privilegio’ se identifica con un abuso, algo contrario a la libertad. De ahí que una comprensión por lo menos básica de cómo estos temas se entendían en la concepción jurídica

<sup>1717</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 44.

<sup>1718</sup> Paulo, De los derechos especiales, libro único, citado en Digesto, 1.3.16. “*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*”.

<sup>1719</sup> Paulo, Comentarios al Edicto, libro LIV, citado en Digesto, 1.3.14. “*Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*”.

<sup>1720</sup> Juliano, Digesto, libro XXVII, citado en Digesto, 1.3.15. “*In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possums sequi regulam iuris*”.

<sup>1721</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Página 216.

romana me parece muy importante para mejor entender y plantearnos ciertos temas jurídicos en la actualidad. No digamos ya lo que investigaciones más profundas sobre el sentido y dinámica internos del *ius singulare* puedan aportar. No pretendemos abordar mucho el tema en este trabajo, pero sí considero necesario hacer las siguientes observaciones.

Primero, que *ius singulare* **no** se refiere a la *aplicación* del derecho a un *caso* concreto (como frecuentemente observo que se le confunde), sino a una *regulación* distinta de un *supuesto* concreto: es decir, no estamos en presencia de la adaptación de la norma abstracta a la realidad concreta del caso, sino ante *otra* norma también abstracta que surge para adaptarse a la compleja realidad general. Segundo, que si bien se considera que el *ius singulare* se establece con miras a una utilidad particular, hemos de recordar la noción de utilidad que en Cicerón hemos examinado, especialmente en cuanto la utilidad particular se concibe como ligada con la utilidad general o pública, de donde se derivaría el principio de que una determinación de *ius singulare*, incluso un privilegio en su acepción de derecho singular permisivo, en ningún momento pueden contradecir la utilidad pública sino que, por el contrario –y como también señalan Bernal y Ledesma– se establece precisamente “porque así conviene para el bien general”. Más aún, los ejemplos que dan (prohibición de donación entre cónyuges, testamento especial) nos permiten entrever claramente que son hipótesis que se regulan de modo distinto a la norma general precisamente *porque son* distintas de la hipótesis general pero, aún así, la frecuencia con que ocurren dichos casos ‘especiales’, o, si no la frecuencia, al menos la ‘especialidad’ misma, son suficientes como para hacer necesario una norma que, sin dejar de ser a su vez general y abstracta, no sea de aplicabilidad absoluta. Con eso, los juristas romanos nos abren un campo de reflexión interesantísimo sobre otras maneras en que la utilidad pública, entendida como esa preservación del orden general que hemos visto, se liga con la utilidad individual y, al mismo tiempo, cómo esa utilidad pública requiere a veces excepciones a las reglas generales que la mantienen, precisamente porque –podríamos decir– ‘demasiada’ generalidad en las reglas podría llegar a hacerse contraproducente: con ello, la concepción romana nos acerca aún más a comprender otra manera en que el Derecho se adapta a la realidad –y por eso esta variación en cuanto a la generalidad de la ley la hemos incluido en la misma reflexión que la variación espacio-temporal–, siempre en coherencia con sus ‘fines’ de mantener del orden y la paz social, la utilidad de regla o genérica. Si bien es cierto que la utilidad pública, como hemos visto, requiere el sometimiento a normas generales sin importar que en determinados casos su aplicación produzca efectos indeseables, también lo es que la adaptación a las circunstancias de la realidad exige una matización de dicha generalidad en aras precisamente de servir a la utilidad pública: Hayek y Hume consideran importantes ambas cosas (el mantenimiento del orden general de acciones, y la adaptación de la normativa jurídica a las características propias de cada orden espontáneo dado su carácter complejo), y precisamente el estudio de las nociones romanas de *ius singulare* y *ius commune*, de beneficio y privilegio, nos puede aportar valiosas lecciones para comprender cómo puede lograrse su interrelación armónica.

Para auxiliar lo anterior, cierro con esto de Hayek: “Estrechamente relacionados con el criterio de coherencia interna como medio de desarrollar un sistema de normas de conducta están los asuntos que suelen debatirse bajo las rúbricas ‘generalización’ o ‘universalización’. De hecho, como criterio de pertinencia de una norma, la posibilidad de generalización o universalización equivale a una prueba de coherencia o compatibilidad con el resto del sistema normativo o axiológico aceptado. Antes de mostrar por qué debe ser así, es necesario considerar brevemente el significado en el que, en este contexto, se utiliza correctamente el concepto de generalización. Habitualmente se entiende que se refiere a la cuestión de cuáles serían las consecuencias de que todo el mundo se comportase de igual forma. La mayoría de las acciones, salvo las más



cotidianas, se tornarían sin embargo repulsivas si todo el mundo las realizase. La necesidad de prohibir o sancionar un determinado *tipo* de actuación brota, como las normas en general, de nuestra ignorancia sobre cuáles serán las consecuencias de un determinado tipo de actuación en ciertas circunstancias. Consideremos el caso más simple y típico: a menudo sabemos que cierto tipo de comportamiento será con frecuencia perjudicial, pero ni nosotros ni el legislador ni la persona que actúa sabemos si será así en cualquier circunstancia. Por tal razón, al intentar definir el tipo de comportamiento que deseamos evitar, normalmente sólo conseguiremos definirlo de una forma que incluya la mayoría de los casos en los que tendrá efectos perjudiciales. Aun así, también incluirá muchos otros en los que no tendrá dichos efectos. La única forma de evitar los efectos perjudiciales será, entonces, prohibir con carácter general este tipo de comportamiento, al margen de si de hecho tendrá efectos nocivos en una ocasión concreta. El dilema estribará en si deberíamos prohibir con carácter general este tipo de comportamiento o aceptar el perjuicio que se seguirá de él en cierto número de casos. Si consideramos ahora la cuestión más interesante de qué se quiere al preguntar si dicha generalización es ‘posible’ o si algo ‘puede’ convertirse en regla general, es evidente que la ‘posibilidad’ a la que se hace referencia no es una posibilidad o imposibilidad material, ni la posibilidad práctica de imponer con carácter general la obediencia a dicha norma. La interpretación adecuada la sugiere la forma en que Immanuel Kant enfocó el problema, a saber, preguntando si podemos ‘quere’ o ‘pretender’ que dicha norma se aplique con carácter general. En este caso, la dificultad que plantea la generalización es de índole claramente moral y debe implicar, por tanto, un conflicto con alguna otra norma o valor que no estemos dispuestos a sacrificar. Dicho de otra forma, la prueba de ‘universalizabilidad’ aplicada a cualquier norma equivaldrá a una prueba de su compatibilidad con el sistema aceptado de normas en su conjunto. Una prueba que, como hemos visto, puede conducir a una respuesta decididamente afirmativa o negativa, o bien a poner de manifiesto que, para que el sistema de normas pueda proporcionar una orientación definitiva, algunas de las normas tendrán que modificarse u ordenarse jerárquicamente asignándoles una mayor o menor importancia relativa (una relación de superioridad e inferioridad), de forma que en caso de conflicto sepamos cuál tendrá precedencia y cuál habrá de subordinarse<sup>1722</sup>. En complemento de lo expuesto, podemos añadir que, en el caso del *ius singulare* romano, parece razonable afirmar que el mismo está fundamentado en que su hipótesis recoge una circunstancia en que precisamente *sí* se conocen adecuadamente las consecuencias, lo cual hace viable su regulación ‘en contra de la razón del derecho’, es decir, en forma distinta a como se regula la norma general, aplicable a otras circunstancias genéricas en las cuales –en efecto– ignoramos sus consecuencias, y es esa ignorancia la que hace que la norma común sea distinta y más amplia, mientras que la singular radica en que esa ignorancia es, si no inexistente, por lo menos lo suficientemente pequeña como para justificar un tratamiento distinto. Con ello, el Derecho Romano nos permite profundizar en el entendimiento de cómo es que las normas jurídicas resultan, como dice Hayek, una adaptación a nuestra ignorancia... pero también, y por el mismo motivo, a nuestro conocimiento.

## 5. Derecho natural, religión, razón y humanismo

Ya al exponer el tema de ‘Religión’ en el capítulo VII dimos los motivos por los cuales es necesario hacer referencia a él cuando hablamos de Derecho. Como decíamos, el tema del derecho natural es con frecuencia identificado en la opinión pública o en algunas corrientes de pensamiento como perteneciente al ámbito religioso. Para Hervada, “Si el arte del derecho es el arte de lo justo –el discernimiento entre lo justo y lo injusto–, el arte del derecho natural no es otra cosa que saber discernir las ineludibles dimensiones de justicia de la persona humana. La

<sup>1722</sup> Hayek. *Ob. Cit.*, Páginas 215 y 216.

historia de la ciencia del derecho natural es la historia del esfuerzo del entendimiento humano por comprender lo justo inherente al hombre y a su dignidad. Asimismo, la historia de su negación es la historia de la prepotencia de unos hombres sobre otros y de la ceguera de unos pensadores y de unos juristas que no han querido o no han sabido comprender que la persona humana está por encima de ideologías, puntos de vista o valoraciones subjetivas, las cuales ¿qué valor pueden tener, si quien las sustenta no es valioso en sí? Es también la historia de la huida de Dios, pero esto ya es filosofía del derecho, algo en lo que este libro no debe entrar”<sup>1723</sup>. Es decir, Hervada niega la fundamentación última que la teología y la Revelación divina puedan proporcionar para el entendimiento y sustento del derecho natural (antes bien, alude a ella cuando se refiere a ‘la huida de Dios’), pero afirma asimismo que el entendimiento humano, la razón, es capaz de esforzarse hacia la comprensión de lo justo que corresponda al hombre por el mismo hecho de ser hombre<sup>1724</sup>.

<sup>1723</sup> Hervada. *Ob. Cit.* Página 16.

<sup>1724</sup> Según Santo Tomás de Aquino, “los principios de la ley natural son en el orden práctico lo que los primeros principios de la demostración en el orden especulativo, pues unos y otros son evidentes por sí mismos. Ahora bien, esta evidencia puede entenderse en dos sentidos: en absoluto y en relación a nosotros. De manera absoluta es evidente por sí misma cualquier proposición cuyo predicado pertenece a la esencia del sujeto; pero tal proposición puede no ser evidente para alguno, porque ignora la definición de su sujeto. Así, por ejemplo, la enunciación ‘el hombre es racional’ es evidente por naturaleza, porque el que dice hombre dice racional; sin embargo, no es evidente para quien desconoce lo que es el hombre. De aquí que, según expone Boecio en su obra *De hebdomad.*, hay axiomas o proposiciones que son evidentes por sí mismas para todos; y tales son aquellas cuyos términos son de todos conocidos, como ‘el todo es mayor que la parte’ o ‘dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí’. Y hay proposiciones que son evidentes por sí mismas sólo para los sabios, que entienden la significación de sus términos. (...) Ahora bien, entre las cosas que son conocidas de todos hay un cierto orden. (...) Por otra parte, como el bien tiene razón de fin, y el mal, de lo contrario, síguese que todo aquello a lo que el hombre se siente naturalmente inclinado lo aprehende la razón como bueno y, por ende, como algo que debe ser procurado, mientras que su contrario lo aprehende como mal y como vitando. De aquí que el orden de los preceptos de la ley natural sea correlativo al orden de las inclinaciones naturales. Y así encontramos, ante todo, en el hombre una inclinación que le es común con todas las sustancias, consistente en que toda sustancia tiende por naturaleza a conservar su propio ser. Y de acuerdo con esta inclinación pertenece a la ley natural todo aquello que ayuda a la conservación de la vida humana e impide su destrucción. En segundo lugar, encontramos en el hombre una inclinación hacia bienes más determinados, según la naturaleza que tiene en común con los demás animales. Y a tenor de esta inclinación se consideran de ley natural *las cosas que la naturaleza ha enseñado a todos los animales*, tales como la conjunción de los sexos, la educación de los hijos y otras cosas semejantes. En tercer lugar, hay en el hombre una inclinación al bien correspondiente a la naturaleza racional, que es la suya propia, como es, por ejemplo, la inclinación natural a buscar la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad. Y, según esto, pertenece a la ley natural todo lo que atañe a esta inclinación, como evitar la ignorancia, respetar a los conciudadanos y todo lo demás relacionado con esto” (*Suma Teológica*, II, 1, cuestión 94, artículo 2).

Explica asimismo que “pertenece a la ley natural todo aquello a lo cual el hombre se encuentra naturalmente inclinado, dentro de lo cual lo específico del hombre es que se sienta inclinado a obrar conforme a la razón. (...) es manifiesto que, en lo tocante a los principios comunes de la razón, tanto especulativa como práctica, la verdad o rectitud es la misma en todos, e igualmente conocida por todos. Mas, si hablamos de las conclusiones particulares de la razón especulativa, la verdad es la misma para todos los hombres, pero no todos la conocen igualmente. Así, por ejemplo, que los ángulos del triángulo son iguales a dos rectos es verdadero para todos por igual; pero es una verdad que no todos conocen. (...) la ley natural, en cuanto a los primeros principios universales, es la misma para todos los hombres, tanto en el contenido como en el grado de conocimiento. Mas en cuanto a ciertos preceptos particulares, que son como conclusiones derivadas de los principios universales, también es la misma bajo ambos aspectos en la mayor parte de los casos; pero pueden ocurrir algunas excepciones, ya sea en cuanto a la rectitud del contenido, a causa de algún impedimento especial (como también en algunos casos fallan las causas naturales debido a un impedimento); ya sea en cuanto al grado del conocimiento, debido a que algunos tienen la razón oscurecida por una pasión, por una mala costumbre o por una torcida disposición natural” (*Ibid.*, II, 1, cuestión 94, artículo 4).

Añade también que “a la ley natural pertenecen, en primer lugar, ciertos preceptos comunísimos que son conocidos de todos, y luego, ciertos preceptos secundarios y menos comunes que son como conclusiones muy próximas a aquellos principios. Pues bien, en cuanto a los principios más comunes, la ley natural no puede en modo alguno ser borrada de los corazones de los hombres si se la considera en universal. Puede ser abolida, sin embargo, en algún

La idea de que el hombre está dotado de ciertos derechos por su sola condición humana (que conlleva que los demás están obligados a reconocerlos y respetarlos) y, ligada a ella, la noción de normas y obligaciones comunes a todo miembro del género humano, no son –o no son *sólo*– propias de la filosofía o de la teología, sino que están acogidas –y con carácter de suma importancia– en el ámbito jurídico nacional e internacional: así, en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, se considera “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, “que se ha proclamado como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”, “que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”, y que “una concepción común de [los derechos y libertades fundamentales del hombre] es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de [su respeto universal y efectivo]”. Dentro de dicha Declaración se presenta al ser humano como libre e igual en dignidad y derechos, dotado de razón y conciencia<sup>1725</sup>, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición<sup>1726</sup>, y que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona<sup>1727</sup>. Por su parte, la Constitución Política de la República de Guatemala, también en su Preámbulo afirma “la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social”, y establece en su artículo 2 como deber del Estado garantizar “la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”. Independientemente de interpretaciones específicas y menos acertadas que a veces se den a nociones como ‘desarrollo integral de la persona’, o de las soluciones concretas que se propongan con miras a garantizar la paz, lo que no puede negarse es que, tanto nuestra Constitución Política como la Declaración Universal de los Derechos Humanos –que, al menos en teoría, sirve de marco de referencia a todos los Estados miembros de la ONU– acogen una visión del hombre como intrínsecamente dotado de ciertos derechos fundamentales, de ciertas exigencias de justicia que le corresponden por el hecho –sencillo y grande a la vez– de pertenecer al género humano, cuya vigencia no está supeditada ni a su ‘otorgamiento’ por parte de la autoridad política, ni a la opinión o puntos de vista de otra persona, ni siquiera de las mayorías populares o parlamentarias. Si bien es cierto que todo derecho es *humano* en el sentido de que es el hombre el único sujeto de derecho, también lo es que a los derechos individuales fundamentales se les llama ‘derechos humanos’ por antonomasia<sup>1728</sup>, ya que son aquellos sobre los cuales existe un acuerdo común de que el hombre es titular de modo inherente, por ser hombre, mientras que otros ‘derechos’ se originan en la costumbre, en los ordenamientos positivos, etc., y en ese sentido están sujetos a variación, discusión, crítica, etc., mientras que la

---

caso concreto cuando, por efecto de la concupiscencia o de otra pasión, la razón se encuentra impedida para aplicar el principio general a un asunto particular, según ya expusimos (q.77 a.2). Mas en lo que toca a los preceptos secundarios, la ley natural puede ser borrada del corazón de los hombres o por malas persuasiones, a la manera en que también ocurren errores en las conclusiones necesarias del orden especulativo, o por costumbres depravadas y hábitos corrompidos, como en el caso de aquellos que no consideraban pecado el robo (cf. a.4) ni siquiera los vicios contra la naturaleza” (*Ibid.*, II, 1, cuestión 94, artículo 6).

<sup>1725</sup> Cfr. artículo 1.

<sup>1726</sup> Cfr. artículo 2.1.

<sup>1727</sup> Cfr. artículo 3.

<sup>1728</sup> Según el DRAE, la expresión ‘por antonomasia’ “denota que a una persona o cosa le conviene el nombre apelativo con que se le designa, por ser, entre todas las de su clase, la más importante, conocida o característica”.

vida, la libertad, entre otros, no se discuten, pues su reconocimiento, respeto y tutela constituyen condición *sine qua non* para la convivencia en sociedad.

Es cierto, también, que el tema de los derechos humanos no sin frecuencia se ha enarbolado como bandera para la promoción de intereses y fines particulares o sectoriales que, en última instancia y bajo examen crítico, resultan ser contradictorios con la misma dignidad humana que los fundamenta. Por eso ha surgido, con razón, una cierta tendencia a ‘desconfiar’ ante la expresión ‘derechos humanos’, por motivo de las distorsiones ideológicas con que se ha imbuido y cargado la palabra, pero no debemos olvidar que, sin el reconocimiento de los derechos humanos en su auténtico y fundamental significado, es imposible toda convivencia, toda búsqueda de la paz, la verdad, la libertad y la justicia. En efecto, si la noción elemental de derechos humanos como aquellos derechos fundamentales que corresponden al individuo por su ser hombre, vale decir, *por naturaleza*, incluye la afirmación de que éstos son válidos sin distinción –entre otras– de ideología o religión, ¿cómo puede pensarse que el derecho natural o los derechos humanos – ambos como afirmaciones de la dignidad intrínseca del ser humano individual de la cual brotan ciertos derechos– sean identificables con religión o ideología alguna?

Un tema que es de necesario interés en esta reflexión es el famoso *Etsi Deus non daretur* de Hugo Grocio que ya se expuso en el capítulo IV. Grocio, afirmando que “el entendimiento humano conoce lo que le conviene a la naturaleza humana. Lo que repugna a este juicio, se entiende ser también contra el Derecho natural o humano” y que este derecho natural o sus principios “tendría lugar, aunque concediéramos –cosa que no se puede conceder sin cometer el mayor delito, como es el conceder– que Dios no existe o que Éste no se preocupa de lo humano”<sup>1729</sup>. Aunque Corral señala que se trata sólo de una hipótesis, Hervada comenta que “En realidad lo que hizo Grocio –probablemente sin advertirlo– fue sintetizar dos distintas corrientes, inconciliables en buena lógica: la naturaleza humana está concebida según el objetivismo extremado y por ello entiende que el derecho natural fluye de principios internos al hombre, los cuales existirían aunque no existiese Dios; la acción de Dios, en cambio, está entendida conforme

<sup>1729</sup> Grocio, Hugo. *Prolegómenos*, número 11, en *De iure belli ac pacis*, citado por Corral, Carlos. En Grocio, ¿qué significa el “aunque concediéramos que Dios no existe”? Edición electrónica, disponible en línea en: <http://blogs.periodistadigital.com/carloscorral.php/2008/05/20/en-grocio-ique-significa-el-aunque-conce>. También lo cita Hervada en *Ob. Cit.* Página 266, nota al pie 551. El original dice: “*Et haec quidem quae iam diximus, locum aliquem haberent etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana*” (las negrillas y subrayado son míos).

Sobre la fórmula de Grocio, Carlos Corral expone lo siguiente: “¿Qué amputación y qué alteración ha sufrido la fórmula grociana?

\**La fórmula amputada.*

De la fórmula original e íntegra se ha amputado en todas la variantes el inciso *quod sine summo scelere dari nequit*, (-‘cosa que no se puede conceder sin cometer el mayor delito’-).

\*\**La fórmula alterada, además de amputada.*

Más todavía, además de suprimirse dicho inciso, constatamos que en las diversas formulaciones se han introducido tres alteraciones.

*Primera alteración:* la fórmula universalizada ha resultado alterada al ser re-redactada en forma impersonal, es decir, en tercera persona de la voz pasiva *etiamsi daretur* (‘aunque se concediera’) en lugar de la forma personal, es decir, en primera persona del plural del verbo en voz activa, *etiamsi daremus* (‘aunque concediéramos’).

*Segunda alteración:* en algunas variantes se transforma el conceder (*daremus* y/o *daretur*) por el existir (*existeret*).

*Tercera alteración:* en la más corriente variante se cambia la conjunción concesiva *etiamsi* (aunque) por la conjunción modal “como si” (*ut si*), introduciendo una simplificación ulterior: ‘como si Dios no existiese’ (*ut si Deus non existeret*). Fórmula que ha llegado a ser con mucho la más divulgada.

Concluyendo, la *fórmula original íntegra* es ‘aunque concediésemos algo que no se puede conceder sin cometer el mayor delito, como es el conceder que Dios no existe’. A pesar de todo, las diversas fórmulas reseñadas, por más que vengan amputadas o alteradas, conservan el sentido original de tratarse sólo de una ‘hipótesis’” (Corral. *Ob. Cit.*).

al voluntarismo ockhamiano asumido por el protestantismo: Dios quiso libremente que los principios de derecho natural existiesen en nosotros. Esta aparente conciliación es rigurosamente contradictoria. En efecto, supuesto que Dios existe, el objetivismo extremado tiene que enlazar la naturaleza humana con la naturaleza divina, ya que toda cosa creada ha de ser reflejo de Dios, si es que de Dios se tiene una idea correcta: *Ipsum Esse Subsistens*. En tal caso, el derecho natural aparece como un orden necesario, de modo que Dios no pudo crear al hombre sin este derecho natural, el cual no depende –en consecuencia– de la libre voluntad divina. Por otro lado, si se rompe el enlace entre el ser de Dios y los seres creados (si se rompe la teoría de la participación y de la *analogia entis*) hay que aceptar el voluntarismo, porque sólo entonces se puede entender que los seres son lo que la libre voluntad de Dios quiere que sean. Pero en este segundo supuesto, el derecho natural debe entenderse lógicamente como libre disposición de la voluntad de Dios. Entenderlo como orden necesario de la naturaleza humana sería negar la libre voluntad divina, que es el supuesto de que se parte, porque entonces Dios no habría podido crear la naturaleza humana con exigencias distintas de aquellas con las que ha sido creada. El objetivismo extremado, si parte de la existencia de Dios, necesariamente debe enlazar la naturaleza humana con la naturaleza divina; el voluntarismo, por su parte, y en tanto que voluntarismo, no puede entender el derecho natural más que como disposición libre de Dios, siendo tanto menos voluntarismo cuanto mayor sea la dimensión de objetividad que admita. No hay, pues, conciliación posible entre el objetivismo extremo y el voluntarismo. Grocio, que no fue filósofo riguroso, tomó del objetivismo extremado y del voluntarismo –sin advertir la contradicción en que incurría– piezas incapaces en buena lógica de coherencia interna. Esa incoherencia es lo que le permitió dar una conformación inmanentista al derecho natural. Puesta en este contexto, la hipótesis ‘si Dios no existiese o no se preocupase de los asuntos humanos’ adquiere un significado nuevo, preñado de consecuencias, que no tenía en los autores de la Escolástica española. En este sentido, la hipótesis grociana no puede identificarse con la similar de los escolásticos. Para éstos –lo hemos visto ya– tal hipótesis es realmente *imposible*; sólo vale como hipótesis metodológica. En Grocio la hipótesis no aparece como imposible, sino sencillamente como falsa y blasfema; es más, esta hipótesis aparece como *posible* (teóricamente, pues de hecho se la reputa falsa), en el sentido de que el derecho natural adquiere su completa y total inteligibilidad en el dato de la naturaleza humana, sin necesidad de Dios”<sup>1730</sup>.

Respecto de cómo la hipótesis se manejaba en la escolástica española, en cambio, el citado autor apunta lo siguiente: “Cuando los autores están hablando de derecho natural no se refieren a una teoría, sino a un hecho real: nuestra razón nos *prescribe* como obligatorias determinadas conductas u omisiones. (...) Esta captación práctica de los dictámenes racionales como obligatorios no está necesariamente vinculada al conocimiento de Dios; esto es un hecho que, como tal hecho, no se discute, pues es conocido que personas y pueblos que no tienen una idea correcta de Dios o incluso que le desconocen, conocen y cumplen la ley natural, al menos en sus más elementales preceptos. Ni tampoco el dictamen de la razón natural consiste de hecho siempre en la captación del precepto como mandato divino, sino en la captación del bien como algo que hay que hacer y del mal como algo que hay que evitar, siendo la conciencia el juicio de aprobación o desaprobación de la conducta; el sentimiento de culpa por contravención de la ley natural conocida es un hecho real, como es un hecho real que ese sentimiento de culpa se puede presentar aun sin una referencia directa a Dios, como ocurre en quienes no conocen o niegan su existencia. No es este conjunto de hechos lo que discuten los autores [de la escuela española del derecho natural]; lo que intentan es explicarlos en el contexto de una explicación global del mundo. (...) supuesto que existe un orden objetivo de las cosas, las cuales tienen una estructura

<sup>1730</sup> Hervada. *Ob. Cit.* Páginas 267 y 268.

racional, ¿es esa estructura racional el origen de la obligación perfecta con que se presenta el dictamen de la razón en el obrar moral del hombre, o el origen reside en ser ley dada por Dios, siendo entonces el dictamen de la razón humana una participación creada de un dictamen del entendimiento divino? En el primer caso, lo que el entendimiento humano captaría radicalmente es ese orden racional, el cual se entendería desvinculado de Dios o no, según se entendiese la relación del mundo con Dios. En el segundo caso, en cambio, lo que la razón captaría a través del conocimiento de la bondad o malicia de la acción es un dictamen del entendimiento divino, del cual es participación. Cuando el conocimiento de la realidad es completo, el hombre captará ese dictamen como ley de Dios; pero cabe que el hombre, ignorando que Dios existe, lo capte como ley de la sola naturaleza humana; en cualquier caso hay un conocimiento de la ley natural como verdadera ley y, correlativamente en caso de quebrantamiento, el sentimiento de culpa. Si no se capta como verdadera ley, entonces la cuestión ya es otra: se trata de la ignorancia de la ley natural.

“Para explicar cuál sea la tesis que siguen, dentro de las dos que hemos indicado, los autores recurren a la hipótesis ‘si Dios no existiera o no mandara nada’. Se trata de una mera hipótesis – que ellos califican de imposible– para explicar su pensamiento. Dada esta hipótesis, si la obligación perfecta tuviese como origen la sola estructura racional, es obvio que, si Dios no existiese, la ley natural sería igualmente obligatoria, tanto como orden necesario para el bien, como en relación a la culpa. Pero si nos situamos en la segunda opinión, la hipótesis cambia la realidad misma: no habría ley ni culpa. Psicológicamente hablando, ni habría captación de la ley natural como ley –obligación perfecta–, ni sentimiento de culpabilidad. Todavía cabría preguntarse qué ocurriría si, dada la hipótesis de la inexistencia de Dios, la realidad fuese la que es, que la razón dicta como ley ciertos comportamientos y que el quebrantamiento de ella produce el sentimiento de culpabilidad. La respuesta a tal pregunta es inútil buscarla en los autores de la época que estamos exponiendo, precisamente porque parten de la imposibilidad de la hipótesis y la pregunta se basa en entenderla como posible. Pero hoy no es difícil encontrar la respuesta: la ‘ley’ habría que considerarla como un ‘tabú’, y el sentido de culpabilidad como una disfunción psíquica, como un *complejo*. Lo cual nos está indicando –siendo como es la conclusión a la que han llegado muchos pensadores ateos– que el discurrir del pensamiento humano no va por el camino de la primera opinión, sino de la segunda. La primera opinión podrá ser la opinión de algunos pensadores, pero no refleja el espontáneo discurrir de la inteligencia humana. Cuando la hipótesis ‘si Dios no existiese’ se toma como tesis, más tarde o más temprano las personas y las civilizaciones niegan a la ley natural el carácter de ley, que es precisamente lo que preanunciaron Soto, Molina y los demás seguidores de la segunda opinión, a través de la hipótesis ‘si Dios no existiese o no mandara nada’.

“(…) Es de advertir asimismo el sentido que tiene, en estos autores, la calificación de la precitada hipótesis como imposible. No se trata de una especie de cláusula de estilo para hacer profesión de su creencia en Dios. La hipótesis es calificada de *imposible* –no de falsa o de blasfema como hizo Grocio–, porque en su pensamiento el mundo y la naturaleza humana tienen una relación *necesaria* con Dios; sin Dios es ininteligible e inexplicable el universo, y con él la ley natural. Por eso, Vázquez no puede ser situado correctamente entre los precedentes del llamado ‘derecho natural profano o secularizado’, si con ello se pretende encontrar en él rastros de una *autonomía* del derecho natural respecto de Dios; para Vázquez tal autonomía es, en la realidad, imposible. Solamente puede entenderse como precedente en el sentido de que, a través de su objetivismo

extremado, pudo ofrecer un punto de apoyo a una tesis en la que al objetivismo extremo se une la hipótesis ‘si Dios no existiese’, no ya como imposible, sino sólo como falsa”<sup>1731</sup>.

Comentando esta fórmula, el Papa Benedicto XVI expresaba que “Cada vez más la fórmula *etsi Deus non daretur* se convierte en un modo de vivir, cuyo origen es una especie de ‘soberbia’ de la razón —realidad también creada y amada por Dios— la cual se considera a sí misma suficiente y se cierra a la contemplación y a la búsqueda de una Verdad que la supera. La luz de la razón, exaltada, pero en realidad empobrecida por la Ilustración”<sup>1732</sup>. “En efecto, hoy, más que nunca, la apertura recíproca entre las culturas es un terreno privilegiado para el diálogo entre hombres y mujeres comprometidos en la búsqueda de un auténtico humanismo, más allá de las divergencias que los separan. La secularización, que se presenta en las culturas como una configuración del mundo y de la humanidad sin referencia a la Trascendencia, invade todos los aspectos de la vida diaria y desarrolla una mentalidad en la que Dios de hecho está ausente, total o parcialmente, de la existencia y de la conciencia humanas. (...) la revolución industrial y los descubrimientos científicos han permitido responder a preguntas que antes sólo la religión satisfacía en parte. La consecuencia ha sido que el hombre contemporáneo a menudo tiene la impresión de que no necesita a nadie para comprender, explicar y dominar el universo; se siente el centro de todo, la medida de todo. (...) En este sentido, la secularización no favorece el objetivo último de la ciencia, que está al servicio del hombre, *imago Dei*. Este diálogo [entre ciencia y fe] debe continuar, con la distinción de las características específicas de la ciencia y de la fe, pues cada una tiene sus propios métodos, ámbitos, objetos de investigación, finalidades y límites, y debe respetar y reconocer a la otra su legítima posibilidad de ejercicio autónomo según sus propios principios (cf. *Gaudium et spes*, 36); ambas están llamadas a servir al hombre y a la humanidad, favoreciendo el desarrollo y el crecimiento integral de cada uno y de todos”.

Karl Popper dice que “El irracionalismo insiste en que las emociones y las pasiones, y no la razón, constituyen los resortes principales de la acción humana. A la respuesta del racionalista de que, aunque esto sea así, deberíamos hacer lo que podamos para remediarlo, y procurar que la razón desempeñe un papel tan importante como sea posible, el irracionalista contrarreplica (si condesciende a entablar una discusión) que esta actitud es irremediablemente poco realista. Porque no toma en cuenta la debilidad de la ‘naturaleza humana’, la débil dotación intelectual de la mayoría de los hombres, su obvia dependencia de las emociones y pasiones. Es mi firme convicción que el acento que ponen los irracionalistas en la emoción y en la pasión nos conduce en última instancia a lo que sólo puedo calificar de crimen. Una razón de esta opinión es que tal actitud, que en el mejor de los casos representa resignarse ante la naturaleza irracional de los seres humanos, y en el peor, el desprecio a la razón humana, debe tener que apelar a la violencia y a la fuerza bruta como árbitro supremo en las disputas. (...) Esta tendencia se ve muy fortalecida por otra actitud, quizá más importante, que en mi opinión también es inherente al irracionalismo; a saber, la de acentuar la desigualdad de los hombres. Por supuesto, es innegable que los individuos humanos, como todas las demás entidades de nuestro mundo, son en muchos aspectos muy desiguales. Tampoco es posible dudar de que esta desigualdad tiene gran importancia y de que, en muchos aspectos, resulta muy deseable. (...) Pero todo esto simplemente no tiene peso en la cuestión de si deberíamos decidir tratar a los hombres, sobre todo en lo político, como a iguales o con tanta igualdad como sea posible; es decir, como a seres que poseen iguales derechos e igual exigencia a que se les trate en forma igualitaria.

<sup>1731</sup> Hervada. *Ob. Cit.* Páginas 234 y 235.

<sup>1732</sup> Benedicto XVI. *Discurso a los Participantes en la Asamblea Plenaria del Consejo Pontificio de la Cultura*, 8 de marzo de 2008.

“(…) no pretendo decir que la adopción de esta actitud humanitaria de imparcialidad sea la consecuencia directa de una decisión en favor del racionalismo. Pero la tendencia a la imparcialidad está estrechamente relacionada con el racionalismo, y difícilmente puede excluirse del credo racionalista. Tampoco intento decir que un irracionalista no podría adoptar consistentemente una actitud igualitaria o imparcial; y aunque no pudiera hacerlo consistentemente, el irracionalista no está obligado a ser consistente. Pero deseo hacer hincapié en que la actitud irracionalista no puede evitar, casi, caer en la actitud opuesta al igualitarismo. Esto se relaciona con el acento que pone en las emociones y en las pasiones; porque no podemos sentir las mismas emociones hacia todo el mundo. Emocionalmente, dividimos a los hombres en los que están cerca de nosotros y los que están lejos de nosotros. La división de la humanidad entre amigos y enemigos es casi una división emocional obvia. (...) No paso por alto el hecho de que existen irracionalistas que aman a la humanidad, ni que no todas las formas de irracionalismo engendran criminalidad. Pero sostengo que quien enseña que no es la razón, sino el amor, el que debe gobernar abre el camino para quienes gobiernan mediante el odio. (...) quienes creen un un gobierno directo del amor emocional, deberían considerar que tal amor, en sí mismo, en verdad no promueve la imparcialidad. Y tampoco puede dirimir los conflictos. (...) Todo esto no tiene la intención de indicar que no aprecio la diferencia entre el amor y el odio, o de que crea que la vida merezca la pena de vivirse sin amor. (Y estoy dispuesto a aceptar que la idea cristiana del amor no tiene sólo un significado emocional). Pero insisto en que ninguna emoción, ni siquiera el amor, puede sustituir el gobierno de instituciones controladas por la razón. [...] La adopción del racionalismo implica, además, que existe un medio de comunicación común, un lenguaje de razón común; establece una especie de obligación moral respecto a ese lenguaje, la obligación de conservar sus normas de claridad y de emplearlo de tal modo que retenga su función de vehículo de la argumentación. (...) Ello implica el reconocimiento de que la humanidad está unida por el hecho de que nuestras distintas lenguas maternas, en la medida en que son racionales, puede traducirse unas a otras. Se reconoce así la unidad de la razón humana. (...) Todas estas consideraciones demuestran, en mi opinión, que el nexo entre el racionalismo y el humanitarismo es muy fuerte. (...) La actitud racionalista parece combinarse casi siempre con un concepto de la vida básicamente igualitario y humanitario”<sup>1733</sup>.

De las citas anteriores emerge como relevante la cuestión sobre si la vinculación del derecho natural con Dios constituye motivo suficiente para ligar su validez u observancia a la aceptación o no de determinada postura religiosa. En efecto, hay quienes sí lo plantean de esa forma en la actualidad: si se identifica el derecho natural con creencias religiosas, fácil es ver que, como la misma naturaleza de la religión impide que ésta sea impuesta a la fuerza, entonces tampoco el derecho natural debe afirmarse que rige para todo hombre. Tal postura, sin embargo, está, como hemos visto antes, vinculada con la actitud racionalista extrema (no la que defiende Popper) y con el positivismo, según los cuales no entra en la razón sino aquello que es comprobable, verificable, ‘indudable’. Yo, por mi parte, considero indudable que nadie en su sano juicio desea morir o que se le mate, que se le mienta, que se le robe, que se le degrade, que se le deshonne, que se le perturbe, como tampoco lo desea para sus seres queridos. Considero indudable como parte de la experiencia humana el valor que toda persona asigna a la vida, la verdad, la propiedad, la integridad personal, la honra, la libertad, etc., sin que esto se lo haya venido a enseñar alguien más, ni siquiera un vecino, mucho menos un filósofo o un teólogo: cada individuo es, en su propia experiencia humana, consciente de que hay ciertas cosas que reconocemos como bienes, que procuramos y deseamos garantizar para nosotros mismos y los nuestros. Si esta básica y

<sup>1733</sup> Popper. *La Defensa del Racionalismo*, en *Escritos Selectos*. Páginas 41 a 48.



elemental conciencia humana queda relegada al tabú, al sentimiento, a la emoción, caemos en ese riesgo que Popper comentaba, cual es el de ser sometidos a la violencia, la desigualdad, la opresión, es decir, se abre la puerta a conductas que acaban por hacer imposible la convivencia pacífica y, con ello, el desarrollo del ser humano y la sociedad. Por eso, si el Derecho ha de ser herramienta para el mantenimiento del orden social, es radicalmente opuesto a su razón de ser el que se prescindiera de aquellas exigencias fundamentales de justicia que cada hombre reconoce en sí mismo y, por tanto, debe reconocer también a los demás.

A mi entender, el relativismo ético o moral, lejos de fundamentar el rechazo del derecho natural, se convierte más bien en un argumento contra sí mismo, en algo que sustenta la necesidad de reconocer exigencias de justicia y orden comunes a todo hombre: pues, en efecto, si todo es relativo, mal puede lograrse una convivencia pacífica si queda abierta la posibilidad de que, el día de mañana, la tiranía –sea que la ejerza un solo hombre o todo el pueblo– destruya mis derechos porque ‘como es relativo, ahora la mayoría piensa que tal y cual cosa son así y de la otra forma’. Es decir, aun cuando se aceptara la posibilidad del relativismo, éste debería quedar relegado a la esfera privada: el Derecho, para cumplir sus funciones, debe permanecer fiel a parámetros objetivos. (Por otro lado, no estamos lejos de percibir ya en nuestra época los nocivos efectos que el relativismo, incluso si se le practica sólo en la esfera privada, pueda tener sobre el orden social general). Se dirá, entonces, que los derechos fundamentales tutelados en la Constitución son también acuerdo de la mayoría. Tal vez, pero entonces: ¿qué sucede si se deroga la Constitución y ‘la mayoría’ acuerda que, ahora, vamos a considerar que es ‘bueno’ o ‘permitido’ torturar a alguien, o privarle de su libertad sin debido proceso? Sin referencia a parámetros objetivos, fundamentados en lo que todo y cada hombre percibe como exigencias fundamentales de su ser, siempre se estará a merced del arbitrio ajeno, aun cuando se trate de una mayoría (parlamentaria o popular) que vocifera insistiendo que mil mentiras *sí* hacen una verdad...

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América dice que “*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness*”: verdades auto-evidentes. Es este un indicativo de que, precisamente, para cada hombre resultan evidentes, en general y en casos concretos, las exigencias de justicia que reconoce en sí y en sus semejantes, en forma previa e independiente de cualquier positivización jurídica: ¿sentimiento?, ¿emoción? Tal vez sí, o no, pero en todo caso, sirven de plataforma para una reflexión racional sobre lo que es propio del hombre en cuanto hombre, precisamente en la medida en que, vinculado a la unidad de la razón humana, se vislumbran tales exigencias como universales, como pertenecientes –y vinculantes– de toda la humanidad. En la medida en que el ser humano es racional, entonces es capaz de entablar una reflexión consigo mismo, y un diálogo con sus semejantes, en el cual reconozca determinados aspectos que son comunes a sus nociones más elementales de –en lo jurídico– lo justo y lo injusto, –en lo moral– lo bueno y lo malo. Ahora, entonces, ¿qué sobre la vinculación con Dios, con la religión, con la teología? Quizá debamos recordar aquí lo valioso de la mentalidad de Santo Tomás de Aquino, quien “distingue con precisión [lo natural y lo sobrenatural], volviendo en la materia que nos ocupa [el derecho natural] por los fueros de la razón natural. La dimensión sobrenatural del hombre, nos dirá Santo Tomás de Aquino, no pertenece al género de las substancias; es un enriquecimiento no substancial, del género de los accidentes (lo que en nada significa poco importante, sino que inhiere en otro ser). De este modo lo sobrenatural perfecciona –eleva– lo natural, pero no lo cambia ni lo destruye. Esto supone que la naturaleza humana mantiene íntegras sus exigencias de orden y de justicia, lo que conlleva que la ley y el derecho naturales persisten en su integridad. La razón natural es capaz de conocer dichas existencias, lo cual permite el conocimiento de un

derecho natural universal, común a creyentes y no creyentes, cristianos y gentiles. La Revelación –la Ley y el Evangelio– perfecciona la razón humana, al proporcionarle sin error una serie de principios y normas de derecho natural; pero la Revelación no sustituye a la razón natural”<sup>1734</sup>.

Esta consideración, y la noción de unidad de la razón humana, de un lenguaje común de la razón que permite sobrepasar las naturales y humanas diferencias (la mayoría de ellas legítimas, necesarias y deseables) entre los seres humanos, con miras a un entendimiento sustancial en cuanto a los fundamentales derechos y deberes del hombre, nos indican el plano en que debe desenvolverse actualmente la reflexión en torno al derecho natural, que se erige así en elemento importantísimo, constitutivo, de la convivencia pacífica entre los hombres y los pueblos. La pirámide invertida del conocimiento también nos ayuda a aclarar el tema: hay manifestaciones del derecho natural, en cierta forma, en todos los niveles de conocimiento humano, principalmente –como lo demuestra la historia del pensamiento– en la filosofía y la teología, pero atribuir a la teología un carácter de fundamentación última no impide que aquellos, que no están dispuestos a aceptar los presupuestos religiosos necesarios para acoger la teología como un nivel más de explicación de la realidad, estén impedidos de conocer el derecho natural mediante el empleo de su razón humana. De igual forma, esto implica a su vez reconocer que el diálogo en torno al derecho natural no puede, por regla general, partir de dicha postura; en palabras más sencillas: no se sostiene que tal o cual cosa es derecho natural “porque lo dice la Biblia (o el Papa, o la Iglesia, o el Pastor, etc.)”, sino porque se aplica al examen de los problemas y las cuestiones un sano enfoque racional, una argumentación comprensible, de tal forma que se le hable a cada uno en su idioma, en el lenguaje de la unidad y la razón común del género humano<sup>1735</sup>. Incluso las ciencias sociales pueden aportar en nuestra época a esto, sin limitar la discusión a lo filosófico, ya que es posible encontrar efectos positivos o negativos que determinadas conductas o valores generan en los grupos humanos, lo cual puede ser también un argumento más –un idioma más– con que descubrir y mejor comprender lo que corresponde al hombre en cuanto tal. “Tampoco se puede pretender la construcción de la axiología jurídica, o del derecho natural como un sistema lógico deductivo. Desacreditada ya definitivamente la escuela clásica racionalista moderna del derecho natural (Grocio, Althusio, Puffendorf, Thomasio, etc.) ninguna de las construcciones de derecho natural que se desarrollan o se están desarrollando en nuestros días ni remotamente ha caído en la insensatez de concebir el derecho natural como un sistema deductivo. Por el contrario, todas las nuevas doctrinas de derecho natural, a pesar de las diferencias que las distinguen entre sí, concuerdan en concebir el derecho natural *como unos criterios de valor o como unas fuentes de inspiración*, para elegir, entre las posibilidades actuales o potenciales de una cierta situación social, la más plausible, o para reconfigurar hasta donde eso sea viable unas determinadas realidades colectivas, y para resolver –al nivel legislativo, al reglamentario y al judicial– los conflictos producidos o latentes entre unos hechos humanos, dados en una cierta coyuntura histórica”<sup>1736</sup>.

Por otro lado, dice Hayek que “No nos equivocáramos mucho si, para nuestros fines, afirmásemos que todas las normas de recta conducta revisten carácter negativo. (...) Las normas que son independientes de los fines, en el sentido de no limitarse a quienes se orientan por

<sup>1734</sup> Hervada. Ob. Cit. Páginas 154 y 155.

<sup>1735</sup> Valencia Restrepo, aún refiriéndose al iusnaturalismo clásico u objetivo como ‘Escuela Católica de derecho natural’, afirma no obstante que una adhesión a ella “no implica en manera alguna una renuncia al pluralismo religioso o político, a la libertad religiosa o de conciencia, al ecumenismo o a las relaciones con las religiones no cristianas, porque sobre estos cuatro (4) temas reina una ignorancia crasa, supina y garrafal aun entre personas muy ilustradas o creyentes”. (Ob. Cit. Página 24).

<sup>1736</sup> Valencia Restrepo. Ob. Cit. Páginas 23 y 24.

determinados fines particulares, tampoco pueden nunca determinar plenamente una acción particular, sino sólo limitar el rango de tipos de acciones permitidos, la decisión sobre cada acción. Ya vimos que esto conduce a limitar las normas a prohibiciones de acciones que recaen sobre otros y que probablemente les causarán un perjuicio, algo que únicamente cabe lograr mediante normas que definan un ámbito de derecho en virtud de los cuales los individuos (o grupos organizados) se vean libres de la injerencia de otros”<sup>1737</sup>. “En realidad, parece que así como no podemos creer o considerar verdadero algo por el simple hecho de quererlo, de igual modo no podemos considerar justo algo porque así lo queramos. Aunque nuestro deseo de que algo sea considerado justo pueda dominar durante algún tiempo nuestra razón, hay imperativos racionales contra los que ese deseo es impotente. Es posible que pueda convencerme a mí mismo, mediante un razonamiento falso, de que algo que desearía fuera justo lo es realmente; pero que efectivamente lo sea o no, evidentemente no es cuestión de voluntad sino de razón. No será simplemente la opinión contraria de otros la que me impida considerar justo lo que de hecho no lo es, así como tampoco un fuerte sentimiento que en mí suscite el particular problema en cuestión, sino la necesidad de coherencia sin la cual el pensamiento resultaría imposible. Ello me llevará a controlar mi fe en la justicia de actos particulares mediante la compatibilidad de la norma a través de la cual juzgo con las demás normas en las que también creo. (...) el positivismo jurídico es en gran medida el producto de esa desesperanza de encontrar cualquier criterio objetivo de justicia. De la aparente imposibilidad de encontrarlo concluyó que todas las cuestiones de justicia son únicamente cuestión de voluntad, intereses o emociones. (...) A la conclusión positivista se llegaba, sin embargo, sólo desde la tácita pero errónea suposición de que los criterios objetivos de justicia deben ser criterios positivos, es decir, premisas a partir de las cuales quepa deducir lógicamente todo el sistema de normas. (...) también podemos sostener que los desarrollos futuros de las normas de recta conducta no son cuestión de voluntad arbitraria, sino de necesidad intrínseca, y que las soluciones a los problemas de justicia son algo que se encuentra, no que se decreta arbitrariamente. El hecho de que no existan criterios positivos de justicia no deja como única alternativa la voluntad sin restricciones. Se puede seguir estando vinculados por la justicia para desarrollar el sistema existente de un modo particular, y poder demostrar que debemos modificar algunas normas particulares de una determinada manera en orden a eliminar la injusticia”<sup>1738</sup>. El énfasis de Hayek sobre el carácter negativo de las normas de conducta justa, y su insistencia en que tienen por objeto el mantenimiento de un orden abstracto de acciones<sup>1739</sup>, guarda cierta relación con lo que sobre las normas morales afirmaba Juan Pablo II: “Dado que no hay libertad fuera o contra la verdad, la defensa categórica –esto es, sin concesiones o compromisos–, de las exigencias absolutamente irrenunciables de la dignidad personal del hombre, debe considerarse camino y condición para la existencia misma de la libertad. (...). En efecto, estas normas constituyen el fundamento inquebrantable y la sólida garantía de una justa y pacífica convivencia humana, y por tanto de una verdadera democracia, que puede nacer y crecer solamente si se basa en la igualdad de todos sus miembros, unidos en sus derechos y deberes. *Ante las normas morales que prohíben el mal intrínseco no hay privilegios ni excepciones para nadie.* (...) De este modo, las normas morales, y en primer lugar las negativas, que prohíben el mal, manifiestan su *significado* y su *fuerza personal y social*. Protegiendo la inviolable dignidad personal de cada hombre, ayudan a la conservación misma del tejido social humano y a su desarrollo recto y fecundo. En particular, los mandamientos de la

<sup>1737</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Página 229.

<sup>1738</sup> *Ibid.* Páginas 237 y 238.

<sup>1739</sup> Cfr. *Ibid.* Páginas 128 a 130, 143 a 146, 224 a 239. “El daño a los otros que supuestamente el derecho pretende evitar no es, pues, cualquier tipo de perjuicio, sino únicamente la frustración de aquellas expectativas que la ley considera legítimas. Sólo así el *neminem laedere* puede convertirse en una regla con pleno significado para un grupo de hombres a los que se les permite perseguir sus fines sobre la base de su propio conocimiento” (*Ibid.* Página 133).

segunda tabla del Decálogo, recordados también por Jesús al joven del evangelio (cf. *Mt* 19, 18), constituyen las reglas primordiales de toda vida social. (...) Más allá de las intenciones, a veces buenas, y de las circunstancias, a menudo difíciles, las autoridades civiles y los individuos jamás están autorizados a transgredir los derechos fundamentales e inalienables de la persona humana. Por lo cual, sólo una moral que reconozca normas válidas siempre y para todos, sin ninguna excepción, puede garantizar el fundamento ético de la convivencia social, tanto nacional como internacional”<sup>1740</sup> y, con Hayek, podríamos añadir, no sólo su fundamento ético, sino su misma condición de posibilidad, como lo refleja también el referirse a las normas negativas de moralidad (las que prohíben el mal intrínseco) como necesarias para la conservación del tejido social humano.

“...el totalitarismo nace de la negación de la verdad en sentido objetivo. Si no existe una verdad trascendente, con cuya obediencia el hombre conquista su plena identidad, tampoco existe ningún principio seguro que garantice relaciones justas entre los hombres: los intereses de clase, grupo o nación, los contraponen inevitablemente unos a otros. Si no se reconoce la verdad trascendente, triunfa la fuerza del poder, y cada uno tiende a utilizar hasta el extremo los medios de que dispone para imponer su propio interés o la propia opinión, sin respetar los derechos de los demás. Entonces el hombre es respetado solamente en la medida en que es posible instrumentalizarlo para que se afirme en su egoísmo. La raíz del totalitarismo moderno hay que verla, por tanto, en la negación de la dignidad trascendente de la persona humana, imagen visible de Dios invisible y, precisamente por esto, sujeto natural de derechos que nadie puede violar: ni el individuo, el grupo, la clase social, ni la nación o el Estado. No puede hacerlo tampoco la mayoría de un cuerpo social, poniéndose en contra de la minoría, marginándola, oprimiéndola, explotándola o incluso intentando destruirla”<sup>1741</sup>. Sobre el tema de verdad, cultura, sociedad y Derecho, Ratzinger comentaba así algunas críticas a la encíclica *Fides et Ratio*, que reflejan muchos de los grandes argumentos de nuestra época contra el Derecho y la libertad –contra el ser humano– bajo el pretexto de identificarlos con la religión: “*Precisely because the encyclical insists on the need to put the question of truth, [the Italian philosopher Paolo Flores d’Arcais] declares that ‘the official Catholic culture [that is, that of the encyclical] has no more to say to ‘culture tout court [as such]’. Yet that also means that the question of truth stands outside ‘culture tout court’; And is not then this ‘culture tout court’ rather an anticulture? And is not then its presuming to be culture itself, as such, an arrogant presumption showing how it despises people? That this is the main point becomes clear when Flores d’Arcais accuses the Pope’s encyclicals of having ‘murderous consequences for democracy’ and identifies his teaching with the ‘fundamentalist’ version of Islam. He indicates as the basis for his charge the Pope’s having described laws that permit abortion and euthanasia as being beyond the pale of authentic legal validity. Anyone setting himself against an elected Parliament in that way and trying to exercise worldly power on the basis of ecclesiastical claims shows, he says, that his thinking still bears the watermark of Catholic dogmatism. Such assertions assume that there can be no appeal from the decisions of a majority. The chance occurrence of a majority becomes an absolute. For there is still such a thing as something absolute, beyond which there is no appeal. We have been handed over to the rule of positivism and of the erection of what is accidental, what can indeed be manipulated, into an absolute value. When man is shut out from the truth, he can only be dominated by what is accidental and arbitrary. That is why it is, not ‘fundamentalism’, but a duty of humanity to protect man from the dictatorship of what is accidental and to restore to him his*

<sup>1740</sup> Juan Pablo II. *Veritatis Splendor*, 96 y 97.

<sup>1741</sup> Juan Pablo II. *Centesimus Annus*, 44.

*dignity, which consists precisely in the fact that no human institution can ultimately dominate him, because he is open to the truth*<sup>1742</sup>.

Hayek, por su parte, afirma que “Si bien el apelar a métodos democráticos parece lo más aconsejable cuando no haya duda alguna de que debe actuarse en el plano colectivo, el problema referente a si es o no deseable una actuación de índole colectiva no puede resolverse apelando a la democracia. (...) La soberanía popular es la concepción básica de los demócratas doctrinarios. Significa, según ellos, que el gobierno de la mayoría es ilimitado e ilimitable. El ideal democrático, originariamente pensado para impedir cualquier abuso de poder, se convierte así en la justificación de un nuevo poder arbitrario. (...) Normalmente un grupo de hombres no se convierte en sociedad porque se dé leyes a sí mismo, sino por obedecer idénticas normas de conducta. Esto último significa que el poder de la mayoría viene limitado por esos principios comúnmente mantenidos y que no existe poder legítimo fuera de los mismos. (...) El reconocimiento de los derechos de las minorías significa que el poder de la mayoría, en última instancia, deriva y está limitado por los principios que las minorías aceptan también. Los principios que cualquier gobierno estatuye y con los que la mayoría concuerda no implican necesariamente que esta última tenga moralmente derecho a hacer lo que más le agrada. (...) La democracia no es, por su propia naturaleza, un sistema de gobierno ilimitado. (...) La democracia degenera en demagogia si se parte del supuesto según el cual ‘lo justo en una democracia es lo que la mayoría decide como tal’<sup>1743</sup>”.

Por último, resulta de interés en cuanto al tema de la religión traer a mente de nuevo el ensayo de Hayek ‘La religión y los guardianes de la tradición’, ya antes citado: en él, cita a Adam Smith diciendo que “La religión, incluso en su forma más burda, sancionó las normas morales mucho antes de la era del razonamiento artificial y de la filosofía<sup>1744</sup>”, y afirma que “Debemos en parte a las creencias místicas y religiosas –y, en mi opinión, especialmente a las monoteístas– el que las tradiciones beneficiosas se hayan conservado y transmitido al menos durante el tiempo necesario para que los grupos que las aceptaron pudieran desarrollarse y tuvieran la oportunidad de extenderlas a través de la selección natural o cultural. Esto significa que, nos guste o no, debemos en parte la persistencia de ciertas prácticas, y la civilización que de ellas resulta, al apoyo de ciertas creencias de las que no podemos decir que sean verdaderas –o verificables, o constatables en el sentido en que lo son las afirmaciones científicas (...). En todo caso, la visión religiosa según la cual la moral está determinada por procesos que nos resultan incomprensibles es mucho más acertada (aunque no exactamente en el sentido pretendido) que la ilusión racionalista según la cual el hombre, sirviéndose de su inteligencia, inventó la moral que le permitió alcanzar unos resultados que jamás habría podido prever. (...) hasta el agnóstico tendrá que admitir que debemos nuestros esquemas morales, así como la tradición que no sólo ha generado la civilización, sino que ha hecho posible nuestra supervivencia, a la fidelidad a tales requerimientos, por más infundados científicamente que puedan parecernos<sup>1745</sup>”. En un apéndice, agrega Hayek una nota sobre los hallazgos del antropólogo Sir James Frazer, cuyo lenguaje deja claro que no es para nada simpatizante de la religión (aunque podría estar refiriéndose a formas primitivas de religión, no a las grandes religiones de la historia –no correspondía a mi estudio verificar el dato), pero quien no obstante concluye diciendo que “la superstición prestó un gran servicio a la humanidad. Proporcionó a la gente un motivo –un mal motivo, es cierto– para la

<sup>1742</sup> Ratzinger. *Ob. Cit.* Páginas 188 a 191.

<sup>1743</sup> Hayek. *Los Fundamentos de la Libertad*. Páginas 145 a 152.

<sup>1744</sup> Hayek. *La Religión y los Guardianes de la Tradición*, en *La Fatal Arrogancia*. Página 363.

<sup>1745</sup> *Ibid.* Página 365.

buena acción; y seguramente es mejor para el mundo que los hombres se comporten correctamente aunque obedezcan a falsas motivaciones que, por el contrario, adopten un mal comportamiento inspirado en las mejores intenciones. Lo que afecta a la sociedad es la conducta, no la opinión. Siempre que nuestras acciones sean justas y correctas, poco importa a los demás el que nuestras opiniones sean erróneas”<sup>1746</sup>.

## **6. Crítica racional de las normas y del sistema normativo: tema central de la técnica jurídica**

Hablar del empleo de la razón hacia el conocimiento del derecho natural nos lleva a considerar otro tema que atañe además a todo el Derecho en su conjunto, cual es el de la crítica racional de las normas y el sistema normativo: este es un tema de vital importancia para todo profesional del Derecho pues, como se verá, incide directamente y va íntimamente relacionado con la interpretación y aplicación del Derecho, la toma de decisiones legislativas y, en nuestro contexto nacional, puede también referirse al planteamiento de inconstitucionalidades. Así, el tema se revela con una marcada centralidad en la técnica jurídica, pues si ésta va dirigida a crear, descubrir, interpretar, adaptar, aplicar y eliminar la norma jurídica, es claro que toda la técnica, al consistir en un empleo de la razón por parte del jurista, requiere necesariamente que éste tenga parámetros adecuados que guíen dicho ejercicio, y toda técnica jurídica constituye en cierto modo un ejercicio de crítica racional de las normas y del sistema normativo, toda vez que se dirige a encontrar su adecuación al caso concreto (abogando, juzgando, notarizando, etc.), o a buscar la solución más acertada a nivel legislativo.

*“Culture in the classical sense thus includes going beyond what is visible and apparent to the real basis of things (...). Bound up with that (as we have seen) is the other feature, of the individual transcending his own self and finding mutual support for himself in a greater social agency, whose perceptions he can, as it were, borrow and then, of course, also carry farther and develop for himself. Culture is always associated with a social agent, which accepts into itself the experiences of the individuals and, on the other hand, also molds them. This social agent preserves and develops perceptions that go beyond what any individual is capable of –insights we may describe as prerational and suprarational. (...) The point of crisis for a cultural agent is when it can no longer succeed in relating this given suprarational element with new critical perceptions in a persuasive fashion. The truth of the element already given is then placed in doubt; from being true it becomes merely usual and loses its living power”<sup>1747</sup>.* La noción del ‘social agent’ guarda sustancial equivalencia con lo que la teoría de los órdenes espontáneos nos explica acerca de la formación de las sociedades y sus patrones normativos, especialmente en cuanto éstos se ubican generalmente ‘entre el instinto y la razón’ –como dice Hayek–, es decir, son prerracionales o suprarracionales –en el lenguaje de Ratzinger–. ¿Cuál es la forma que adopta la crítica racional, entonces, en este contexto –si es que puede haberla–? ¿Acaso ese ‘punto de crisis’ a que puede llegar un orden espontáneo cuando se cuestionan sus normas a la luz de nuevas percepciones críticas implica que, para su mantenimiento, deba desincentivarse la crítica racional? ¿No diría Hayek que el ‘living power’ de las normas tradicionales radica precisamente en su carácter no-del-todo-racional, excluyéndolos así de la crítica o de la reflexión profundizadora? Por el contrario, dice Hayek que “A primera vista, puede parecer desconcertante que algo que es producto de la tradición sea objeto de crítica y al mismo tiempo criterio de ésta.

<sup>1746</sup> Citado por Hayek en Apéndice G: Superstición y conservación de la tradición, en La Fatal Arrogancia. Página 383.

<sup>1747</sup> Ratzinger. Ob. Cit. Páginas 61 y 62.

Pero no sostenemos que toda tradición, por el hecho de serla, sea sagrada y esté libre de crítica, sino simplemente que el criterio para cuestionar cualquier producto de la tradición debe ser siempre otros productos de tradición que no podemos o bien no queremos cuestionar; en otras palabras, que los aspectos particulares de una cultura sólo pueden examinarse críticamente en el contexto de dicha cultura<sup>1748</sup>, idea que refuerza la necesidad ya comentada de conocer la tradición cultural de Occidente a la que pertenecemos, así como las tradiciones culturales con que convivimos –nacional e internacionalmente–, pues es en el lenguaje de la razón común donde los contextos culturales logran trascenderse en lo fundamental y necesario para la convivencia, a la vez que fundamentando mejor el respeto a las diversidades.

Sabemos que el jurista romano Juliano afirmaba que “No puede darse la razón de todas las disposiciones que fueron establecidas por nuestros mayores”<sup>1749</sup>, cita a la que en el Digesto sigue la de Neracio, quien llegaba al extremo de afirmar que “Y por lo tanto, no conviene que se inquieran los fundamentos de lo que se constituye; de otro modo, se subvierten muchas cosas de las que son ciertas”<sup>1750</sup>: Hayek, comentando precisamente ese texto, rechaza tal actitud<sup>1751</sup>, y más bien afirma que “En modo alguno afirmo que el resultado de la selección de los hábitos de comportamiento tenga por qué ser siempre reputado ‘bueno’ (...). Insisto, sin embargo, en que, nos guste o no, de no quedar condicionado nuestro comportamiento por las instituciones tradicionales a las que vengo haciendo referencia, nuestra actual civilización (inseparable a su vez de la sociedad extensa) quedaría privada de toda posibilidad de sobrevivir (...). Afirmo, igualmente, que si la humanidad se negara a asumir las mencionadas tradiciones –al impulso quizá de alguna errada apreciación (derivada probablemente de alguna falacia naturalista) acerca de lo que debe considerarse acorde con la razón–, condenará a la muerte y a la miseria a gran parte de la población actual. Sólo teniendo en cuenta esta situación podrá el individuo decidir lo que más le conviene, puesto que sólo entonces dispondrá de la requerida información sobre lo que es bueno y correcto. Aunque es indudable que no puede determinarse lo que es correcto a partir sólo de los simples hechos, ideas erróneas acerca de lo que es razonable y bueno pueden cambiar los hechos y circunstancias en que vivimos; puede destruir, quizá irremediablemente, no sólo el actual prototipo humano altamente evolucionado, sino también los sofisticados centros urbanos sobre los que normalmente descansa nuestra civilización, así como las obras de arte y edificios (...), las tradiciones, las instituciones y los esquemas de convivencia sin los cuales los frutos de la civilización a los que hoy estamos habituados no sólo no habrían llegado a aparecer, sino que incluso, de ser destruidos, tampoco sería posible reconstruir”<sup>1752</sup>. En la misma línea de pensamiento, comenta en otro texto: “...lo que integra a los individuos en el orden que denominamos sociedad es observar unas normas comunes, y que dicha sociedad únicamente podrá persistir si existe algún tipo de presión que induzca a sus miembros a obedecer dichas normas”<sup>1753</sup>. Hay, indudablemente, numerosas formas de sociedades tribales o cerradas que se

<sup>1748</sup> Hayek. Derecho, Legislación y Libertad. Página 212.

<sup>1749</sup> Digesto, 1.3.20.

<sup>1750</sup> Digesto, 1.3.21.

<sup>1751</sup> Cfr. Los Fundamentos de la Libertad. Página 87, nota al pie 17.

<sup>1752</sup> Hayek. La Fatal Arrogancia. Página 219.

<sup>1753</sup> Bajo el título de “El imperio de la moral”, comenta Hayek que “Al obedecer reglas sin que exista coacción se tiene una ventaja evidente, y no únicamente porque la coacción como tal es mala, sino porque, de hecho, a menudo es deseable que las reglas se respeten en la mayoría de los casos y que los individuos capaces de transgredirlas comprendan que no merece la pena incurrir en el oprobio que tal infracción traería consigo. También es importante que el vigor de la presión social y de la fuerza del hábito que asegura su observancia sea variable. Esta flexibilidad de las normas voluntarias hace posible la gradual evolución y el espontáneo desarrollo que permite posteriores experiencias conducentes a modificaciones y mejorías. Tal evolución solamente es posible con reglas que ni son coactivas ni han sido deliberadamente impuestas; reglas susceptibles de ser rotas por individuos que se sienten en

fundan en sistemas normativos muy diferentes. Lo único que aquí sostenemos es que tan sólo conocemos un tipo de dichos sistemas normativos, desde luego aún muy imperfecto y susceptible de bastante perfeccionamiento, que hace posible el tipo de sociedad abierta o ‘humanista’ en la que cada persona cuenta como tal y no sólo como un miembro de un grupo particular, y en la que pueden existir por tanto normas de conducta universales, que se aplican por igual a todos los seres humanos responsables. Sólo si aceptamos un orden universal tal como un objetivo, es decir, si queremos avanzar por la senda que caracteriza a la civilización occidental desde los antiguos estoicos y el cristianismo, podremos argumentar que este sistema moral es superior a otros y, al mismo tiempo, intentar perfeccionarlo mediante una incesante crítica inmanente”<sup>1754</sup>.

Entonces, la respuesta a los interrogantes que nos planteábamos la apunta Hayek en la dirección de la idea de ‘crítica inmanente’, consistente en un “tipo de crítica que opera en el seno de un sistema de normas dado y que juzga las normas particulares en función de su coherencia o compatibilidad con todas las demás normas reconocidas que inducen la formación de un cierto tipo de orden de acciones. Esta es la única base para un examen crítico de las normas morales y jurídicas una vez que se ha reconocido la imposibilidad de referir todo el sistema vigente de dichas normas a los efectos específicos conocidos que producirá”, ligado al hecho de que “Puesto que cualquier sistema de normas de conducta establecido se basará en experiencias que sólo en parte conocemos, y contribuirán a un orden de acciones de un modo que sólo en parte conocemos, no podemos aspirar a mejorarlo reconstruyéndolo totalmente desde cero. Si hemos de hacer pleno uso de toda la experiencia que se ha transmitido únicamente en forma de normas tradicionales, todo el análisis crítico y esfuerzos por mejorar normas particulares deben encuadrarse en un marco de valores dados”<sup>1755</sup>. “Cuando decimos que toda crítica de normas debe ser inmanente, queremos decir que el criterio por el que cabe juzgar la adecuación de una norma particular será siempre otra norma que, a tal efecto, se considera incuestionada. El gran cuerpo de normas tácitamente aceptado en este sentido determina el objetivo que las normas en cuestión deben también respaldar; y este objetivo, según se ha visto, no es ningún suceso particular, sino el mantenimiento o la restauración de un orden de acciones que las normas, con mayor o menor éxito, tienden a producir. El criterio último no es, pues, la coherencia<sup>1756</sup> de las normas, sino la compatibilidad de las acciones de distintas personas que aquéllas permiten o requieren”<sup>1757</sup>. “Este sometimiento a las convenciones y reglas involuntarias, cuya significación e importancia no entendemos del todo; esta reverencia por lo tradicional, indispensable para el funcionamiento de una sociedad libre, es lo que el tipo de mente racionalista [extrema, constructivista] considera inaceptable. (...) En cualquier fase de nuestra evolución, el sistema de

---

posesión de razones suficientemente fuertes para desafiar la censura de sus conciudadanos, aunque la observancia de tales normas se considera como mérito y la mayoría las guarde. (...) La existencia de individuos y grupos que observan simultáneamente normas parcialmente diferentes proporciona la oportunidad de seleccionar las más efectivas” (Los Fundamentos de la Libertad. Página 95).

<sup>1754</sup> Hayek. Derecho, Legislación y Libertad. Página 215.

<sup>1755</sup> *Ibid.* Página 211.

<sup>1756</sup> “La coherencia o compatibilidad de las distintas normas que componen un sistema no es primariamente coherencia lógica. Coherencia significa, en este contexto, que las normas contribuyen al mismo orden abstracto de acciones y previenen el conflicto entre personas que obedecen estas normas en el tipo de circunstancias al que se han adaptado. Por tanto, que dos o más normas cualesquiera sean o no coherentes dependerá en parte de las condiciones fácticas del entorno; y las mismas normas pueden, por tanto, ser suficientes para prevenir conflicto en un tipo de entorno pero no en otro. Por otra parte, normas lógicamente incoherentes, en el sentido de poder conducir en cualquier situación dada a requisitos o prohibiciones de actos de cualquier persona individual que sean mutuamente contradictorios, pueden con todo compatibilizarse si mantienen una relación de superioridad o inferioridad una con respecto a la otra, de forma que el propio sistema de normas determine qué norma tendrá precedencia sobre otra” (*Ibid.* Página 212).

<sup>1757</sup> *Loc. Cit.*



valores dentro del cual hemos nacido suministra los fines que nuestra razón debe servir. Esta existencia de una armadura de valores implica que, aunque debamos esforzarnos para mejorar nuestras instituciones, nunca podemos esperar rehacerlas en su totalidad y que en nuestros esfuerzos para mejorarlas tenemos que dar por demostrado mucho de lo que no entendemos. Siempre hemos de trabajar dentro de un cuadro de valores e instituciones que no fue hecho por nosotros. En especial, nunca podemos construir sintéticamente un nuevo cuerpo de normas morales o hacer que la obediencia a las conocidas dependa de nuestra comprensión o de las implicaciones de dicha obediencia en un momento dado”<sup>1758</sup>. “Nunca podemos reducir un sistema de normas o todos los valores como un todo a una construcción intencional; antes bien, nuestra crítica deberá siempre detenerse ante algo cuya justificación sea precisamente el fundamento aceptado de esa tradición. Así, pues, únicamente podemos examinar una parte del todo en función de dicho todo que no podemos reconstruir por entero y que en su mayor parte hemos de aceptar sin someter a examen. Como también podría decirse: siempre podemos hacer un apaño con partes de un todo dado, pero nunca rediseñarlo por completo”<sup>1759</sup>.

Este aprecio por la tradición está ligado a la humildad del conocimiento que presupone la postura racionalista crítica pero, a su vez –y como necesaria ‘otra cara de la misma moneda’– la fe en la razón conlleva la posibilidad de la crítica inmanente capaz de dotar de mayor coherencia al sistema normativo y producir mejorías necesarias. Todas las ideas antes referidas coinciden con lo que Bernal y Ledesma nos comentan sobre la técnica jurídica del Derecho Romano: “La interpretación debe hacerse en forma tal que no se observen las normas en forma aislada, sino como partes de un todo; en ocasiones deben ser tenidas en consideración varias normas para la interpretación de un mismo problema. (...) También resulta conveniente referirse a la necesidad que trató de solucionarse con la ley para buscar su sentido, sin que por esto nos apartemos de su verdadero texto. (...) Por otra parte, la técnica romana no dejó de preocuparse por la renovación del derecho, no rompiendo de inmediato con las viejas instituciones, sino tratando de adaptar las nuevas, paulatinamente. (...) El tradicionalismo romano no permitió la eliminación de las instituciones antiguas, sino en casos muy contados, prefiriendo dejar de hecho insubsistente la vigencia de ciertas instituciones antes de derogarlas o abrogarlas. Los romanos nunca interrumpieron la evolución jurídica en forma violenta. A pesar de lo anterior, la renovación y transformación del derecho romano es evidente y debemos atribuirlo, sin duda, a la flexibilidad de sus fuentes formales y a la rica inventiva del pensamiento latino. Al igual que todo ordenamiento jurídico, el derecho romano presenta una serie de principios rectores (...) Se trata de principios fundamentales que se desprenden de toda construcción jurídica y que encuentran numerosos ejemplos en el análisis concreto de cada uno de los institutos, lo que constituye la más sólida prueba de su real existencia. Fritz Schulz considera como tales principios: la ley y el derecho, el aislamiento del dato jurídico, la abstracción, la simplicidad, la tradición, la idea de nación, la libertad, la autoridad, la humanidad, la fidelidad y la seguridad. Se trata de valores que sin duda alguna alcanzó el derecho romano en sus múltiples siglos de vida y evolución. Es importante también estudiar el pensamiento de Federico Carlos de Savigny ya que fue él, en su estudio *Sistema de Derecho Romano Actual*, quien de manera más clara penetró en los secretos de la técnica jurídica del derecho romano. Fue también Savigny, quien descubrió la noción de sistema en la concepción jurídica romana”<sup>1760</sup>. Tradición a la par de evolución, ley junto a libertad, humanidad de la mano con autoridad, las normas jurídicas como parte de un todo, de un sistema: se observa claramente cómo las nociones jurídicas de la antigua Roma concuerdan

---

<sup>1758</sup> Hayek. Los Fundamentos de la Libertad. Páginas 95 y 96.

<sup>1759</sup> Hayek. Derecho, Legislación y Libertad. Página 213.

<sup>1760</sup> Bernal y Ledesma. Ob. Cit. Páginas 45 a 47.

básicamente con los planteamientos de Hayek, al igual que con el iusnaturalismo clásico en cuya tradición se insertan, y, siguiendo la tesis de Eduardo Mayora según la cual éstas doctrinas se complementan hacia una más adecuada fundamentación de la legitimidad y la eficacia del Derecho, hemos de considerar también que el iusromanismo viene a aportar, como ya hemos dicho, el elemento de la técnica jurídica como complemento necesario para la eficacia del Derecho; el iusromanismo completa la formación del jurista con miras a la aplicación práctica de la teoría que ha adquirido, porque él es a su vez teoría y práctica, el romanismo es a su vez explicación de la realidad y acción sobre ella, a partir de ella, y dentro de ella.

También Ihering nos indica que “La segunda cualidad nacional de los romanos, que anteriormente hemos nombrado, su espíritu conservador, ejerce exactamente la misma influencia y fue poderosa palanca para su genio inventor jurídico. Conciliar las necesidades del presente con las tradiciones del pasado, hacer justicia a las primeras sin romper, ni en la forma ni en el fondo, con los principios tradicionales, regularizar el comercio jurídico, atajar la fuerza progresiva del derecho en su verdadero camino, tal fue durante dos siglos en Roma la misión verdaderamente noble y patriótica de la ciencia jurídica, que creció en proporción de las dificultades que encontraba. (...) Entre nosotros mismos, en nuestro propio suelo, no es raro ver un talento a quien gusta llamarse conservador; espíritu conservador del interés personal, de las conveniencias, del miedo, que no tiene el valor de contemplar su época cara a cara, y cuya miopía para sus propias aspiraciones es más dañina que provechosa; pero ése no es el espíritu conservador de Roma. Los romanos jamás se asustaron de hacer justicia a una época nueva, de dejar caer antiguas instituciones para introducir otras nuevas. La mirada más superficial, lanzada sobre el derecho romano, basta para convencerse de que se han operado en su seno las revoluciones más perturbadoras. Pero estas revoluciones no eran de ningún modo la obra de una agitación desenfrenada, precedida por sacudidas y en seguida agotadas; se verificaban y cumplían poco a poco e insensiblemente. Las nuevas ideas y tendencias entran tímidas y casi furtivamente en la realidad; paso a paso deben conquistar su puesto, porque lo que existe les opone una resistencia tenaz, y su triunfo final no es más que la obra y el precio de la preponderancia irresistiblemente demostrada de su poder. Pero a esta marcha lenta y laboriosa corresponde la solidez del resultado; la encina crece con una lentitud extraordinaria, pero su madera es de naturaleza mejor que la del álamo. Lo que fácilmente se adquiere, fácilmente se pierde también; lo que se ha obtenido con esfuerzo, se defiende con obstinación. Esta verdad lo es tanto para los pueblos como para los individuos. Un pueblo que, como el romano y el pueblo inglés, deja difícilmente el pasado y no cede a las innovaciones sino cuando la resistencia ha llegado a ser imposible, las conserva con tanta firmeza como la que tuvo para admitirlas, y pone en mantenerlas la misma energía que había desplegado al rechazarlas. La tendencia conservadora del pueblo romano se funda sobre una fuerza activa y no sobre la inercia. Es la tenacidad con la cual un carácter firme persigue los principios que se ha trazado y defiende lo que ha reconocido como verdadero y justo<sup>1761</sup>”. Es, sin más, no el conservadurismo de quienes son incapaces de enfrentar sus tiempos, de quienes temen a la verdad, de quienes se aferran a lo antiguo por ser lo que conocen, sino el ‘conservadurismo creativo’, el tradicionalismo abierto a la innovación, que en el anterior capítulo hemos identificado en Kopff, en Hayek, en el racionalismo crítico, ese reconocer que la tradición es la mejor fuente de creatividad.

Y esto nos reconduce al tema anterior, sobre la religión, o –por lo menos– sobre la humildad de la razón que se reconoce limitada e ignorante, y que encuentra en ese reconocimiento la mayor y mejor base para lanzarse a la búsqueda de su propia grandeza: pues dice Barrow que “se hizo

---

<sup>1761</sup> Ihering. *Ob. Cit.* Páginas 235 y 236.

resaltar el sentido de subordinación que caracterizó a la mentalidad romana. ‘Gobernáis el mundo porque os consideráis inferiores a los dioses’. Durante el transcurso de mil años los romanos habían sido disciplinados como ninguna otra nación de la Tierra y, aunque habían conservado ese sentido de subordinación, habían sido capaces de crear un Imperio de tal trascendencia y tan fundamentalmente humano como lo fue el romano. Por la obediencia se llega al poder. El gran don de la obediencia que poseían los romanos produjo con el tiempo los grandes ideales del derecho romano”<sup>1762</sup>.

## 7. Humanismo y creatividad en la técnica jurídica

Karl Popper, continuando su reflexión sobre razón y humanismo que citábamos unas páginas atrás, dice que “Se supone con frecuencia que la imaginación tiene una estrecha afinidad con la emoción y, por tanto, con el irracionalismo, y que el racionalismo tiende más bien a ser un escolasticismo seco y sin imaginación. No sé si tal suposición tenga alguna base psicológica, y dudo que así sea. Pero (...) es obvio que el racionalismo debe alentar el empleo de la imaginación, porque la necesita, en tanto que el irracionalismo tiende a desalentar lo imaginativo. El hecho mismo de que el racionalismo es crítico, mientras que el irracionalismo debe tender hacia el dogmatismo (donde no hay argumentación posible, y no queda sino la aceptación plena o la negación rotunda), nos orienta al respecto. La crítica pide siempre cierto grado de imaginación, mientras que el dogmatismo lo suprime. De manera semejante, la investigación científica y la tecnología de construcción e invención son inconcebibles sin un empleo considerable de la imaginación (...). De igual importancia, por lo menos, es la parte que desempeña la imaginación en la aplicación práctica del igualitarismo y de la imparcialidad. La actitud básica del racionalista, ‘Es posible que yo esté en el error, y que tú estés en lo cierto’, exige, al ponerse en práctica, y especialmente cuando están de por medio conflictos humanos, un verdadero esfuerzo para nuestra imaginación. Admito que las emociones de amor y compasión a veces pueden suscitar un esfuerzo similar al de la imaginación. Pero sostengo que es humanamente imposible amar a un gran número de personas o sufrir con ellas; ni tampoco me parece deseable que lo hiciéramos, ya que a la postre esto destruiría nuestra capacidad para ayudar o la intensidad de estas mismas emociones. En cambio, la razón, apoyada por la imaginación, nos permite entender que los hombres que están muy lejos de nosotros, a los que nunca veremos, son como nosotros, y que sus interrelaciones son como las nuestras con aquellos a quienes amamos. Una actitud emocional directa hacia el conjunto abstracto de toda la humanidad me parece casi imposible. Podemos amar a la humanidad sólo en ciertos individuos”<sup>1763</sup>. Si la técnica jurídica es un ejercicio de la razón, concretada como crítica inmanente de las normas jurídicas y del sistema normativo, es claro entonces la necesidad que tiene el jurista de emplear su imaginación, misma que se refuerza y hace más evidente al observar la relevancia que ello tiene en el campo de los conflictos humanos, que es donde buena parte de la labor del jurista se desarrolla. Unido a esto, la capacidad del jurista de ser igualitario e imparcial, de ‘dar a cada quien lo suyo’, queda reforzada cuando su imaginación le permite colocarse en el lugar de los otros, comprenderlos como otro alguien como yo, alguien que se interrelaciona como yo, y, de esa manera, el jurista estará en mejor capacidad de tener en cuenta sus exigencias primordiales de justicia, su dignidad como persona y no como simple miembro de un grupo, sus intereses y limitaciones, las circunstancias a las cuales debe adaptarse.

---

<sup>1762</sup> Barrow. *Ob. Cit.* Página 219.

<sup>1763</sup> Popper. *La Defensa del Racionalismo*, en *Escritos Selectos*. Páginas 47 y 48.

Es en este contexto que corresponde elaborar sobre la importancia que tiene la conciencia del carácter general y abstracto de la ley, según señalábamos al exponer la noción jurídica romano-clásica. Ya Aristóteles (recordemos la influencia de la filosofía griega en Roma) había explicado de la siguiente manera la aplicación del Derecho a cada caso concreto: “lo equitativo es justo, pero no lo justo que está de acuerdo con la ley escrita, siendo en realidad una corrección de la justicia legítima. La razón de esto es que toda ley es universal, pero sobre algunas cosas no es posible establecer ninguna afirmación universal que sea exacta. En los casos en que es necesario expresarse universalmente, pero imposible efectuarlo correctamente, la ley considera el caso usual, aunque no ignora la posibilidad de error. Y no por eso es menos exacta, porque el error no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, puesto que la materia de los asuntos públicos es de esta naturaleza desde su origen. Cuando la ley habla universalmente, y surge un caso que no está comprendido en ella, entonces es justo, cuando el legislador omitiere algo, y cometiere error debido a su carácter de universalidad, corregir la omisión, expresar lo que el legislador hubiere expresado de haber estado presente, incluyéndolo en la ley, de haber previsto el caso. De aquí que lo equitativo sea justo, y mejor que un género de justicia; no digo que sea mejor que la justicia absoluta, sino mejor que el error que surge de la universalidad de su alcance. Y ésta es la naturaleza de lo equitativo: corrección de la ley donde ella es defectuosa debido a su universalidad. Efectivamente, esta es la razón debido a la cual no está determinado todo por la ley, es decir, que sobre algunas cosas es imposible establecer una ley, de manera que se requiere decretos especiales. Porque cuando la cosa es indeterminada, también la ley lo es, como regla de plomo empleada para las molduras lesbias; como la regla no es rígida, se adapta a la forma de la piedra; también es así como el decreto se adapta a los hechos”<sup>1764</sup>.

Entiéndase en lo anterior que, al decir ‘decretos’, no se refiere el filósofo a legislación sino a resoluciones judiciales (y pienso que también deberíamos comprender, por lógica y necesaria extensión, la solución que del caso conciba el abogado, expresándola en su dictamen o alegato, en cuanto al interpretar la ley en contraste con los hechos que se le presentan, busca realizar el Derecho): Aristóteles expone la universalidad y la particularidad en el derecho positivo de una manera que Santo Tomás resume diciendo que “El Filósofo en V *Ethic.* distingue tres partes en el derecho legal o positivo. Hay, en efecto, disposiciones que se formulan, sin más, en términos universales. Y éstas son las leyes comunes, a propósito de las cuales dice que *legal es lo que en principio es indiferente para ser de una manera u otra, pero, una vez regulado, ya no es indiferente.* Por ejemplo, que los cautivos sean redimidos de acuerdo con el precio establecido. Hay otras disposiciones que son universales bajo un aspecto y particulares bajo otro. Tales son los ‘privilegios’ o como ‘leyes privadas’, que atañen a personas determinadas y, sin embargo, su poder se extiende a muchos asuntos. Y a este respecto añade; *están también aquellas cosas que la ley regula en los casos particulares.* Hay, finalmente, disposiciones que se llaman legales, no porque sean leyes, sino porque significan la aplicación de una ley común a hechos particulares, como pasa con las sentencias, que también hacen derecho. Y a este propósito añade: y *las sentencias judiciales*”<sup>1765</sup>. Podemos añadir a un concepto flexible de ‘disposiciones legales’ el contrato, entendido como autorregulación de los intereses y ejercicio de los derechos de dos o más partes en uso de la autonomía de su voluntad, realidad en la cual la función de asesoría jurídica que presta el abogado de cada parte contratante, y la redacción imparcial del notario como ‘positivizador’ de la autodeterminación privada, se convierten en otro campo de ejercicio de la *prudentia iuris* y, por tanto, de la técnica jurídica y la crítica inmanente. De igual forma, las sentencias judiciales serán resultado no sólo de la decisión tomada por el jurista-juez, sino

<sup>1764</sup> Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, V, 11, en *Obras Filosóficas*. Páginas 231 y 232.

<sup>1765</sup> Aquino, Santo Tomás de. *Suma Teológica*, II, 1, cuestión 96, artículo 1.

también (y, quizás, principalmente) de las argumentaciones de cada jurista-abogado presente en el caso. De todo lo anterior se observa la confluencia de la técnica jurídica desde diversas perspectivas y dimensiones alimentando la realidad jurídica de un país a distintos niveles.

Posteriormente, al profundizar en el tema, Santo Tomás nos dará una visión similar, algo más completa: “La razón práctica, en cambio, se ocupa de cosas contingentes, cuales son las operaciones humanas, y por eso, aunque en sus principios comunes todavía se encuentra cierta necesidad, cuanto más se desciende a lo particular tanto más excepciones ocurren. Así, pues, en el orden especulativo, la verdad es la misma para todos, ya sea en los principios, ya en las conclusiones (...). Pero en el orden práctico, la verdad o rectitud práctica no es la misma en todos a nivel de conocimiento concreto o particular, sino sólo de conocimiento universal (...). Si se trata, en cambio, de las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad o rectitud ni es la misma en todos ni en aquellos en que es la misma es igualmente conocida. (...) Y esto ocurre tanto más fácilmente cuanto más se desciende a situaciones particulares (...). Así, pues, se debe concluir que la ley natural, en cuanto a los primeros principios universales, es la misma para todos los hombres, tanto en el contenido como en el grado de conocimiento. Mas en cuanto a ciertos preceptos particulares, que son como conclusiones derivadas de los principios universales, también es la misma bajo ambos aspectos en la mayor parte de los casos; pero pueden ocurrir algunas excepciones, ya sea en cuanto a la rectitud del contenido, a causa de algún impedimento especial (como también en algunos casos fallan las causas naturales debido a un impedimento); ya sea en cuanto al grado del conocimiento, debido a que algunos tienen la razón oscurecida por una pasión, por una mala costumbre o por una torcida disposición natural”<sup>1766</sup>. Nótese que la explicación de Tomás atañe a la generalidad, no ya sólo de la ley escrita, sino también de los principios de la ley natural, y relacionándolo no sólo con el hecho de que un caso no esté previsto en la ley, sino con el carácter contingente de la acción humana: es decir, cabe pensar que, en el desarrollo que hace el Aquinate, no se trata ya sólo de que un caso no esté previsto por la ley escrita, sino de que, por estar cada caso rodeado de circunstancias particulares e involucrar a personas concretas, en cierta forma *ningún* caso está ‘realmente previsto’ en la ley al modo en que una interpretación mecánica, ‘positivista’, lo plantearía. No opera tan en blanco y negro el esquema supuesto-hecho-consecuencia, sino que el hecho siempre entraña una realidad concreta y compleja que hace necesario cuestionar su grado de adecuación al supuesto y, con ello, la matización de la consecuencia que éste le asigna, de forma tal que la labor del jurista siempre conlleva necesariamente la integración de criterios más amplios que la mera confrontación del texto legal con la realidad, pues no es la letra de la ley la que crea la realidad, sino más bien es la legislación la que está al servicio de la realidad humana.

La tesis de la perspectiva del conocimiento también guarda relación con el humanismo y el uso de la razón y la imaginación en la labor jurídica, ya que “en los órdenes societarios, por oposición a los moleculares, a los astronómicos y demás órdenes existentes, el núcleo de esas interacciones es un sujeto al que identificamos como persona, esto es, un sujeto con dos capacidades esenciales: inteligencia y voluntad. (...) De modo que la persona humana es la única entidad a considerar tanto como fundamento como en cuanto a finalidad de toda actividad en el mundo. (...) La primacía de la persona también constituye una metodología legal. El fundamento del derecho es la obligación del *a quo*. De esta manera hablamos de exigir cumplir nuestros deberes que, por su parte, el *ad quem* los recibe como derechos, pasivos o activos”<sup>1767</sup>. El *ius* aquí surge de

---

<sup>1766</sup> Aquino, Santo Tomás de. *Suma Teológica*, I, 2, cuestión 94, artículo 4.

<sup>1767</sup> “Un orden societario surge de la interacción entre personas. A partir de esa interacción, las circunstancias, la voluntad y los preceptos culturales aplicables, se desarrolla una relación de variable calidad y duración. Al origen de

la intención del *a quo* de siempre afectar el entorno”<sup>1768</sup>. En consecuencia, “con este entrecruzarse de los órdenes científicos, que no mezclarse, obtenemos una perspectiva completa y madura; prudente, en suma. (...) Otra de las utilidades de esta pirámide invertida del conocimiento la vemos cuando tenemos que tomar decisiones dentro de un orden societario. Teniendo en cuenta el centro del orden [la persona humana], podemos ver que una ciencia particular no basta para tomar ciertas decisiones puesto que estas ciencias no incluyen en su espectro un conocimiento sobre la totalidad de la persona. Por lo tanto, hay que subir de nivel cuanto sea posible en esta pirámide a fin de tener el criterio correcto para decidir. Más necesario será ese ascenso cuantas más personas podamos prever que se verían afectadas por esa decisión o cuanto más profundas sean las modificaciones previsibles. Es así como se muestra la relación entre la magnitud del orden<sup>1769</sup> y la perspectiva del conocimiento”<sup>1770</sup>. Esto nos permite acoger con renovada solidez y mejor comprensión lo que ya en el capítulo III se comentaba acerca de la idea romana de jurisprudencia como “Conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto” que, como vimos, “La interpretación más racional de una tan enfática definición (...) parece ser la de los que estiman que la palabra *notitia* significa conocimientos generales y *scientia* conocimientos especiales; es decir, que el jurisconsulto debe tener un conocimiento general de todas las cosas divinas y humanas, y un conocimiento especial, más hondo, de lo justo y de lo injusto, o lo que es igual, simple noción de lo primero y conocimiento científico de lo segundo. Esta misma idea parece ser la del Profesor Roces, antes citado, en su aludido trabajo, al consignar que la misión de la jurisprudencia requiere un vasto conocimiento de la vida social toda, y es bien mísero y digno de lástima el jurista que sólo conozca la técnica de su Derecho sin saber nada del medio social ni de las personas a que ha de aplicarse. Y éste carácter universal de los estudios de la jurisprudencia lo habían visto magistralmente los juristas romanos en la dicha definición. El conocimiento de la vida humana en todas sus manifestaciones, y, sobre todo, *la ciencia de lo justo y de lo injusto*”<sup>1771</sup>.

Si el entrecruzarse de los órdenes científicos provee al hombre una perspectiva ‘prudente’, si las decisiones que tome el jurista (como abogado, juez, notario, legislador, etc.) han de causar efectos sobre personas concretas (centro del orden) y a distintos niveles societarios (amplitud del orden: la legislación es de aplicación general, pero también la jurisdicción y la contratación van generando prácticas y costumbres, incentivos, y piénsese además en el contacto directo que con el orden societario primordial –la familia– tiene el jurista que ejerce el derecho familiar), es claro que el jurista debe tener un adecuado conocimiento del hombre y de la sociedad, de la realidad, un adecuado desplazamiento –el mejor, más alto y profundo que, según sus personales capacidades, le sea posible– a lo largo de la pirámide invertida del conocimiento. Y así era como lo entendían los romanos: sin pedirle al jurista ser un erudito de todas las áreas de conocimiento (cosa que, más aún en nuestra época, resulta imposible a la luz de la especialización profesional y

---

la relación (la persona) lo llamaremos *a quo*; al término de la relación (el otro) lo llamaremos *ad quem*. El *a quo* y el *ad quem* entran en relación en el instante que el *a quo* genera empatía: una certeza atemporal resultado del eficaz conocimiento volitivo del otro como yo” (Brenes. *Ob. Cit.* Páginas 3 y 4).

<sup>1768</sup> *Ibid.* Páginas 4 y 5.

<sup>1769</sup> “Si representamos los órdenes societarios como circunferencias concéntricas, el alejamiento del centro que es la persona representa el incremento en la cantidad de personas que se ven afectadas por las reflexiones, decisiones y actuaciones de una persona en ese orden societario, así como la profundidad de las transformaciones generadas por esas decisiones. Llamamos a esta tesis **amplitud del orden societario**. (...) Resulta claro que el orden político, por ejemplo, aunque su condición de posibilidad es simple, provoca efecto en todos los órdenes y en todos los *ad quem*. Puede tolerarse una familia desordenada. No puede tolerarse un gobierno, como manifestación práctica de la autoridad política, en desgobierno” (*Ibid.* Páginas 5 y 6).

<sup>1770</sup> *Ibid.* Páginas 10 y 11.

<sup>1771</sup> *Ibid.* Páginas 20 y 21. Las itálicas son del original.

científica, y del conocimiento limitado y disperso), consideraban no obstante que su conocimiento debe abarcar las “cosas divinas y humanas”, aun dedicándose directamente al estudio con rigor de la ciencia jurídica, la “de lo justo y lo injusto”; una ciencia, recordémoslo, integrada armónicamente por lo justo natural y lo justo legal, lo justo como preservación del orden en cuanto *utilitas publica* adaptada a las circunstancias históricas, de tiempo y lugar, en que se desarrolla la vida social, actuado en cada caso concreto en referencia a personas específicas, a un *ad quem* conocido en su individualidad, captado como un yo, y sólo entonces el humanismo que implica el ejercicio de la razón es posible, en un uso de la imaginación que permita acercarse lo más posible en la práctica al reto que la constante lucha por el Derecho supone, imaginación que se enlaza con el conservadurismo creativo de la crítica inmanente del sistema normativo que, reconociendo éste como una tradición, ve en ella y en su adecuada comprensión las semillas de su propia evolución y mejora. Teoría y práctica, concreción y abstracción, conocimiento general y ciencia específica: amalgama producto de la conciencia del jurista al servicio del hombre y su realidad, una realidad compleja pero asequible, con la persona humana como su protagonista.

### III. INTERPRETACIÓN Y FUENTES DEL DERECHO GUATEMALTECO

Si, como hemos repetido, “todo derecho, para ser tal (...) debe estar provisto de una técnica jurídica, a través de la cual le sea posible elaborar, interpretar, adaptar y eliminar la norma de derecho”<sup>1772</sup>, es preciso abordar el estudio principalmente en cuanto a quiénes realizan dichas funciones en Guatemala, recordando lo dicho al inicio del capítulo sobre los motivos para enfocar nuestro estudio sobre la legislación nacional, a la vez que la validez más extensa que dichas reflexiones puedan tener.

También Bernal y Ledesma nos dicen que “Por interpretación de la norma jurídica debe entenderse la determinación de su exacto contenido y alcance, en una palabra, su significado”<sup>1773</sup>, y explican así la interpretación en la técnica jurídica romana: “En épocas anteriores al derecho clásico, la interpretación se reducía a la literal o gramatical, no permitiéndose ir más allá de lo expresado por las palabras mismas del texto. El derecho [romano] clásico permite ya indagar la verdadera intención del autor de la norma, escondida a veces más allá de lo expresado por las meras palabras (*D.48.10.15.31*). Sin embargo, no se permite apartarse del sentido de las palabras cuando en la norma no aparece ninguna ambigüedad (*D.32.25.1*). La interpretación debe hacerse en forma tal que no se observen las normas en forma aislada, sino como partes de un todo; en ocasiones deben ser tenidas en consideración varias normas para la interpretación de un mismo problema (*D.1.3.24*). Además, las leyes que se refieren a regímenes excepcionales no deben jamás extenderse a otros casos, salvo que así lo disponga el propio legislador, como por ejemplo tratándose del ya estudiado sistema del *ius singulare*. Si nos encontramos en presencia de leyes contrarias o contradictorias, la posterior prevalece sobre la anterior, como deseo más reciente del legislador (*D.1.3.14*). Dado el sistema romano de crear la norma partiendo del análisis de los casos concretos, se impuso al jurista romano la necesidad de aceptar que donde existe el mismo problema debe aplicarse el mismo principio, a esto se denomina, en técnica jurídica, la analogía (*D.1.3.12 y 13*). Del fragmento anterior se extrajo la máxima *ubi eadem ratio, ibi idem ius*. También resulta conveniente referirse a la necesidad que trató de solucionarse con la ley para buscar su sentido, sin que por ésto nos apartemos de su verdadero texto”<sup>1774</sup>.

---

<sup>1772</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Página 45.

<sup>1773</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1774</sup> Bernal y Ledesma. *Ob. Cit.* Páginas 45 y 46.

Tendremos ocasión de referirnos a las reglas y principios de interpretación que sustentan la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico cuando comentemos las normas que actualmente nos rigen. Lo principal para esta sección última de nuestro estudio será el estudio de los preceptos fundamentales de la Ley del Organismo Judicial, pues éstos son precisamente “las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco”<sup>1775</sup>, es decir, la base de la técnica jurídica del jurista nacional.

## 1. Los Preceptos Fundamentales de la Ley del Organismo Judicial

La Ley del Organismo Judicial actualmente vigente en nuestro país está contenida en el Decreto 2-89 del Congreso de la República, publicado en el Diario Oficial el 3 de abril de 1989. Según la Exposición de Motivos que acompañara la Corte Suprema de Justicia a su Anteproyecto, “La finalidad esencial de la nueva ley es armonizar sus disposiciones con las de la Constitución Política de la República, no sólo en lo que se refiere a la filosofía y novedades generales de esta última, sino a las que en particular afectan a la nueva orientación del Organismo Judicial”<sup>1776</sup>. En la Exposición de Motivos redactada por la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República para someter el proyecto a discusión del Organismo Legislativo, se afirma que “Ni la mera novelería de ajustar la ley vigente a la nueva Constitución Política, ni un afán officioso de modernización y de poner al día hubieran justificado la reforma que ahora se emprende, si no es por un conveniente reexamen de normas y de principios con el fin de consolidar el orden jurídico de la República. La reforma frecuente de ciertas leyes no conduce sino a la inseguridad jurídica, socavando la base de uno de los dos valores fundamentales de la axiología legal, la seguridad, pues el otro valor, el de la justicia, tiende a lograrse por sí misma precisamente en momentos de cambios en el sistema de normas”<sup>1777</sup>.

La LOJ ha sido reformada por los siguientes Decretos<sup>1778</sup>, de los cuales se resaltan en *itálicas* y *negrillas* aquellos que han reformado algún artículo contenido en los Preceptos Fundamentales (Capítulo I del Título I, artículos del 1 al 23):

- Decreto 27-89, publicado el 31 de mayo de 1989.
- Decreto 29-90, publicado el 28 de mayo de 1990.
- ***Decreto 64-90, publicado el 29 de noviembre de 1990.***
- ***Decreto 75-90, publicado el 10 de enero de 1991.***
- ***Decreto 11-93, publicado el 11 de marzo de 1993.***
- Decreto 41-96, publicado el 15 de julio de 1996.
- Decreto 112-97, publicado el 15 de diciembre de 1997.
- ***Decreto 59-2005, publicado el 12 de octubre de 2005.***

La Ley del Organismo Judicial regula no sólo la estructura y organización de dicho poder del Estado, sino además establece, como se ha indicado, las normas generales para aplicar, interpretar e integrar el derecho guatemalteco, así como establece el sistema de fuentes de donde

<sup>1775</sup> Ley del Organismo Judicial (en adelante, LOJ), artículo 1.

<sup>1776</sup> En Corte Suprema de Justicia. Proyecto de Ley del Organismo Judicial. Página 3.

<sup>1777</sup> Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene la Ley del Organismo Judicial. Presentado el 29 de junio de 1988. Registro 093. Folio 1.

<sup>1778</sup> Todos los Decretos que a continuación se enumeran, con excepción del 2-89 y el 64-90, están disponibles en Internet, en la página del Organismo Legislativo: [www.congreso.gob.gt](http://www.congreso.gob.gt).



legislativamente se reconoce que emana el derecho nacional. Es interesante hacer ver que la Comisión Legislativa que dictaminó sobre el Anteproyecto enviado por la Corte Suprema de Justicia expresó en su momento que “la Comisión se permite comentar que entiende que lo que [el artículo 10 de las disposiciones transitorias de la Constitución Política] ordenó a la Corte es la presentación de un proyecto de ley ‘de integración del Organismo Judicial’ y no la sustitución de la ley general normativa de todo el sistema nacional de justicia e interpretación legal, pues lo que hacía falta era la regulación orgánica de la actividad burocrática de jueces y magistrados. Sin embargo, una vez efectuada la iniciativa de ley y después de haberse hecho la Comisión las consideraciones y juicios que anteceden, se estimó que era del caso emprender el estudio de lo enviado por la Corte Suprema y si las conclusiones así lo aconsejaban, llegar a la sustitución de la Ley del Organismo Judicial contenida en el Decreto del Congreso 1762 como en efecto se hace por este medio”<sup>1779</sup>.

### A. Su importancia

Ya en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley que dio inicio al proceso legislativo que cristalizaría en el Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial, se expresa que lo que en dicha ley se denomina ‘Normas Generales’ son “las disposiciones que tienen aplicación, no solamente para la actividad puramente jurisdiccional que desarrollan los diversos órganos que integran el Organismo Judicial, sino para la vida jurídica en su sentido más amplio y negocial en particular”, a la vez que un capítulo dentro de dichas normas generales “se ha designado con el nombre de **Preceptos Fundamentales**, para destacar su función no sólo para esta ley en particular sino para todo el ordenamiento jurídico. Los **Preceptos Fundamentales** adoptan en general una actitud abierta que se impone como obligada para el manejo normativo de todo el Derecho Guatemalteco, (artículo 1º). Tienen un carácter ‘informador del ordenamiento jurídico’ previo a su carácter supletorio (artículo 25). Se trata pues de la ‘Ley introductoria al Derecho total del país’”<sup>1780</sup>. “Cada artículo de los que integran los Preceptos Fundamentales contiene una o varias normas que han sido calificadas como normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco. Enunciación que por sí misma destaca su importancia. La disposición contenida en el artículo 1º., no sólo es nueva, sino que implica elevar las normas de este capítulo a un rango singular, ya que en cierta forma se supraordenan el resto del ordenamiento jurídico del país. Se refuerza lo anterior con la norma que dispone que la deficiencia de otras leyes se suplirá por esta ley (artículo 25) (...). Las normas que se han incluido en este capítulo tienen variada procedencia. Algunas se han tomado de la Constitución de la República, otras de los códigos procesales, otras de la Ley del Organismo Judicial vigente, otras tienen su origen en el Derecho comparado y en algunos proyectos de legislación uniforme. Asimismo se ha tenido en cuenta la experiencia y la realidad guatemalteca. Sin embargo, todos los Preceptos Fundamentales tienen en común el ser el fundamento de la aplicación de las normas de diferente jerarquía que integran el ordenamiento jurídico guatemalteco y por ello se consideró necesario su sistematización en un capítulo”<sup>1781</sup>.

En el Dictamen de la Comisión Legislativa que examinó el Anteproyecto, se dice que “No es necesario insistir respecto a la importancia de esta ley. Con la única excepción de la Constitución de la República, la ley que regula el funcionamiento del Organismo Judicial y que ofrece las normas de interpretación y aplicación de las demás leyes, es la ley más importante de la

---

<sup>1779</sup> Congreso de la República de Guatemala. *Ob. Cit.* Folio 2.

<sup>1780</sup> Corte Suprema de Justicia. *Proyecto de Ley del Organismo Judicial*. Página 5. Las negrillas son del original.

<sup>1781</sup> *Ibid.* Página 6.

República. Es de notarse que a través de las vicisitudes constitucionales del país: mutación de cartas magnas, emisión de cartas provisionales, momentos de gobiernos de facto, la Ley del Organismo Judicial conservó su vigencia y llegó a constituir un ancla firme para todo el régimen de derecho”<sup>1782</sup>. En el Dictamen también se le llama a este cuerpo legal “piedra sillar sobre la cual descansa la vida jurídica de la nación”<sup>1783</sup>. Al discutirse el Proyecto de Ley en el Congreso de la República, el diputado Skinner Klee se dirigió al pleno explicando la “trascendencia dentro del ordenamiento jurídico del país” de la LOJ, en estos términos: “Para el Abogado, esta ley es a veces, y con mucha frecuencia, más importante que la misma Constitución de la República, señores; por ejemplo, el Decreto Gubernativo 1862, emitido en el año, me parece que fue en el 35, bajo el Gobierno del General Ubico, que contenía la vieja ley constitutiva del Poder Judicial, y que fue la que aprendimos todos en la escuela, me parece, estuvo en vigencia a través de una multiplicidad de constituciones, estuvo en vigencia bajo la Constitución del 79, con las reformas del 27, con las reformas de 1935, con la Constitución de 1945 y con la Constitución de 1956. Hubo reormas que son el Decreto 1787, Decreto Legislativo, pero si ustedes comparan el texto, (...) la reforma fue mínima. (...) Entonces, señores Representantes, estamos en presencia de una ley que tiene mayor perdurabilidad que la Constitución de la República, y no sólo tiene mayor perdurabilidad histórica, sino que tiene mayor impacto inmediato en el hacer efectivos los derechos del ciudadano y del habitante de la República, porque es conforme esta ley, y no conforme la Constitución de la República, que se aplica la ley; es decir, cuando se pregunta un juez, cómo aplico tal o cual ley, la ley que consulte y que le dice cómo hacerlo, es ésta, y eso es la trascendencia de esta ley”<sup>1784</sup>, a la cual se refiere además como “el alfabeto del Abogado”.

Edmundo Vásquez Martínez –Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia en aquel entonces, y uno de los redactores del Anteproyecto– en sus ‘Palabras Iniciales’ que introducen la edición que del mismo hizo el Fondo de Ediciones del Organismo Judicial de Guatemala (que fue, por cierto, su primera publicación), expresa que “es el Proyecto de Ley introductoria al ordenamiento jurídico del país, y como tal, busca crear una nueva perspectiva del Derecho, más dinámica, moderna y flexible”<sup>1785</sup>.

## B. Antecedentes históricos<sup>1786</sup>

Uno de los primeros actos de la primera Asamblea Nacional Constituyente del recién creado Estado de Guatemala fue emitir la ‘Ley Orgánica de la Corte Superior de Justicia del Estado de Guatemala y Tribunal de Segunda Instancia’, el 17 de junio de 1825. Dicha ley fue parcialmente abrogada por los Códigos de Livingston. Éstos, a su vez, fueron derogados por las llamadas Leyes de Garantías de 1839, una de las cuales fue la ‘Ley Orgánica de los Tribunales de la

<sup>1782</sup> Congreso de la República de Guatemala. *Ob. Cit.* Folio 2.

<sup>1783</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1784</sup> Congreso de la República de Guatemala. *Diario de Sesiones. Período Ordinario 1988-89. Tomo V. Sesión Ordinaria Número 105. Jueves 3 de noviembre de 1988. Páginas 15 y 16.*

<sup>1785</sup> Corte Suprema de Justicia. *Ob. Cit.* Página introductoria sin número.

<sup>1786</sup> Cfr.: Congreso de la República de Guatemala. *Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene la Ley del Organismo Judicial.* Presentado el 29 de junio de 1988. Registro 093. Folios 1 a 4; Congreso de la República de Guatemala. *Diario de Sesiones. Período Ordinario 1988-89. Tomo V. Sesión Ordinaria Número 105. Jueves 3 de noviembre de 1988. Páginas 15 a 20;* Corte Suprema de Justicia. *Proyecto de Ley del Organismo Judicial.* Páginas introductorias sin número y páginas 1 a 3; *Dictamen Aprobado por la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, sobre las reformas a la Ley del Organismo Judicial,* en Congreso de la República de Guatemala. *Dictamen de la Comisión de Asuntos Judiciales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene reformas al Decreto 2-89 del Congreso, Ley del Organismo Judicial.* Presentado el 28 de enero de 1993. Registro 987. Folio 30.

República de Guatemala’, que subsiste con leves modificaciones hasta las reformas liberales de 1871.

Sin embargo, tales cuerpos legales no contenían aún las reglas sobre interpretación y aplicación de la ley, sino que éstas se derivaban originalmente tanto de la práctica forense como de diversos cuerpos de leyes, especialmente las Siete Partidas. Por primera vez aparecen como conjunto más o menos orgánico en el Código Civil de 1877, siguiendo el sistema español de incorporar en el Código Civil normas generales de interpretación de la ley: dicho Código contiene disposiciones que son antecedentes de los actuales Preceptos Fundamentales en su Título Preliminar (De las leyes en general), y en el Libro III, Título XV (De la interpretación de las leyes). A dichas normas se les dio una forma más completa en la parte introductoria de la reforma al Código Civil en 1926 (la que se llamó el Código Orellana), hasta que pasan a ser capítulo especial de la ‘Ley Constitutiva del Poder Judicial’, Decreto Gubernativo 1862 de Jorge Ubico, en la cual se les denomina ya ‘Preceptos Fundamentales’. Sin embargo, dado que el Código Civil de 1933 mantuvo la vigencia del Libro III del Código de 1877, de igual forma permanecieron en vigor sus normas sobre interpretación de las leyes. El Decreto Legislativo 1762 modifica en poco a la ley anterior, “aunque contiene el desacierto de hacer perder categoría a las normas de interpretación legal, tratándolas como una de tantas cuestiones más contenidas en su articulado”<sup>1787</sup>.

La Constitución Política de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente en 31 de mayo de 1985, estableció en el segundo párrafo del artículo 10 de sus disposiciones transitorias y finales que “Seis meses después de haber tomado posesión de sus cargos los integrantes de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de su iniciativa de ley, deberán enviar al Congreso de la República el proyecto de ley de integración del Organismo Judicial”. En cumplimiento de dicho precepto constitucional, la Corte Suprema de Justicia, constituida en Pleno, designó una Comisión integrada por tres de sus Magistrados para que redactaran el Anteproyecto. Dicha Comisión encargó la redacción a uno de sus integrantes, su coordinador el Magistrado Alfonso Brañas, quien dio cuenta de su trabajo y, luego de su discusión en la Comisión ponente, fue entregado al Pleno de la Corte el 16 de junio de 1986. El Pleno discutió cada uno de sus artículos durante el mes de julio de 1986 para llegar a su aprobación final, trabajo que culminó con la emisión por parte de la Corte del Acuerdo Número 106-86, de 5 de agosto de 1986, que contiene su proyecto de Ley del Organismo Judicial, remitida al Congreso como iniciativa de ley esa misma fecha, incluyéndose una Exposición de Motivos<sup>1788</sup>.

---

<sup>1787</sup> Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene la Ley del Organismo Judicial. Presentado el 29 de junio de 1988. Registro 093. Folio 3.

<sup>1788</sup> La Exposición de Motivos elaborada por la Corte Suprema de Justicia enumera algunos cuerpos normativos nacionales y extranjeros, vigentes y no vigentes, que sirvieron de referencia para la redacción del Anteproyecto, con lo cual nos proveen de alguna idea sobre la ‘genealogía’ de la LOJ, lo que puede ayudar a ilustrar su estudio más profundizado. Estas referencias son: La Constitución Política de la República de Guatemala, emitida el 31 de mayo de 1985; la Ley del Organismo Judicial contenida en Decreto 1762 del Congreso y sus reformas, que era la vigente a la fecha; la Ley Constitutiva del Organismo Judicial, Decreto 1862 ya derogado para ese entonces; el Código Civil vigente (1963) y los anteriores (1877, 1933); el Código Procesal Civil y Mercantil y el Código Procesal Penal vigente en el momento; el Título Preliminar del Código Civil Español (importante en relación con los Preceptos Fundamentales); las Bases completas para orientar en Latino América la unificación legislativa en materia procesal penal, de Jorge E. Clariá-Olmedo; las Bases para una Ley Orgánica de Tribunales en Ibero-América; la Ley Orgánica del Poder Judicial de España (1985); el Código Procesal Penal de Costa Rica; el Proyecto de Código Procesal Civil de Eduardo J. Couture; el Anteproyecto del Código Procesal Penal, Instituto Judicial, Guatemala (1984).

En el Congreso de la República, el estudio de Anteproyecto presentado por la Corte estuvo a cargo de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, la cual realizó los ajustes y modificaciones que creyó indispensables. Para ello, sometió la iniciativa de la Corte a un estudio en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos, la cual a través de su Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales designó una comisión integrada por los juristas Mario Aguirre Godoy, como coordinador, con Baudilio Navarro Batres y Wilfredo Valenzuela Oliva. Del dictamen –finalizado en enero de 1987, comentando artículo por artículo en cerca de 250 páginas– se envió copia al XII Congreso Jurídico Guatemalteco para distribuirse como colaboración a ese evento organizado por el Colegio de Abogados, el cual encargó a los juristas René Búcaro Salaverría y Salvador Búcaro Hurtarte efectuar también un estudio sobre la propuesta de la Corte. Los licenciados Búcaro emitieron un dictamen que, aunque menos minucioso que el elaborado por la USAC en virtud de la premura del tiempo, ofreció ideas y sugerencias que fueron tomadas en cuenta por la Comisión legislativa. En marzo de 1987 la Corte Suprema de Justicia publicó su Anteproyecto con Exposición de Motivos, y muchos abogados se interesaron por el tema, enviando sugerencias, críticas y comentarios a la Comisión del Congreso de la República, la cual en su dictamen hace especial mención de los escritos presentados por los licenciados Carlos Humberto Morales Romero y Aramis Bautista González.

Asimismo, varios miembros de la Comisión ponente del Congreso sostuvieron reuniones con el Doctor Edmundo Vásquez Martínez, Presidente del Organismo Judicial, quien elaboró un documento de cotejo entre el Proyecto de la Comisión y la iniciativa original de la Corte, señalando las divergencias en algunos casos, y en otros aceptando los criterios de la Comisión. El entonces diputado Jorge Skinner Klee traza los motivos por los que tuvo que modificarse el Proyecto presentado por la Corte Suprema de Justicia, explicando que en el mismo confluyen dos corrientes de pensamiento: la de Edmundo Vásquez Martínez, y la de Alfonso Brañas (redactor del proyecto, compañero de bufete de Skinner Klee durante 20 años, asesinado en 1986: en homenaje a su memoria fue que la Corte publicó el Anteproyecto y Exposición de Motivos). Brañas fue catedrático en la USAC durante muchos años, ocupando las cátedras de Introducción al Estudio del Derecho y de Derecho Civil: así, afirma Skinner Klee que “él estaba imbuido del concepto de estos preceptos primarios de la legislación”<sup>1789</sup>. Vásquez Martínez, por su parte, hizo un doctorado en España (“y digo esto a sabiendas que el Doctor Vásquez Martínez no lo acepta”, aclara Skinner Klee), de donde “don Edmundo trajo ideas y conceptos muy españoles, muy de las nuevas reelaboraciones del Código Civil Español. Esto lo discutimos muchísimo en la Comisión, porque sentimos que habían preceptos que se proponían, que no cabían en Guatemala, que aún en España van a dar problemas, y leyendo la literatura, encuentro que ya lo están dando”<sup>1790</sup>. (Sobre estas discusiones volveremos al exponer más adelante la regulación concreta de la LOJ).

La Comisión legislativa mencionada emitió dictamen el 23 de junio de 1988, entregando el Proyecto de Ley para ser discutido por el Pleno del Congreso. Fue presentado al Pleno el 29 de junio de 1988, misma fecha en que se dio la primera lectura del mismo, la cual fue pospuesta para segunda lectura en 19 de julio de 1988, y ésta a su vez también se pospuso para tercera lectura en 3 de noviembre de 1988. En esa fecha inició la discusión por artículos, terminando ésta el 14 de diciembre de 1988. Los primeros artículos del proyecto, que contienen los Preceptos Fundamentales, se discutieron y aprobaron en la sesión del jueves 3 de noviembre de 1988. La redacción final de la LOJ completa se aprobó en sesión del 10 de enero de 1989, aprobándose

---

<sup>1789</sup> Congreso de la República de Guatemala. *Diario de Sesiones. Período Ordinario 1988-89. Tomo V. Sesión Ordinaria Número 105. Jueves 3 de noviembre de 1988. Página 18.*

<sup>1790</sup> *Loc. Cit.*

como Decreto Número 2-89. El “Publíquese y Cúmplase” del Organismo Ejecutivo se firmó el 28 de marzo de 1989, y se publicó en el Diario Oficial el 3 de abril de ese mismo año. El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala consideró que la ley contenía algunos defectos, y organizó las ‘Jornadas de análisis de la Ley del Organismo Judicial’, con participación de un gran número de abogados. De esas jornadas de estudio el Congreso recogió las observaciones y sugerencias formuladas por el colegio profesional, las cuales dieron origen al Decreto 75-90. De esta manera, la Ley del Organismo Judicial *entró en vigencia el 31 de diciembre de 1990*<sup>1791</sup>, no bajo su forma original del Decreto 2-89, sino ya incorporadas a ella las reformas introducidas por los Decretos 27-89, 29-90 (ambos que sólo reforman la fecha de entrada en vigor), 64-90 y 75-90 (ambos que contienen reformas al articulado). Los antecedentes de las ulteriores reformas, y los aspectos concretos que fueron reformados por los Decretos 64-90 y 75-90, los trataremos en el apartado que sigue.

### C. Regulación

Pasamos ahora a hacer un examen de la manera en que los Preceptos Fundamentales se encuentran regulados en la legislación guatemalteca. Para ello acudiremos, desde luego, a la ley vigente, pero haremos referencia también al texto original de la LOJ en el Decreto 2-89 (para el caso de aquellos artículos que han sido objeto de reformas), así como al Anteproyecto que originalmente presentó la Corte Suprema de Justicia en 1986. También citaremos, cuando corresponda, los antecedentes de algunas de las normas en el Código Civil de 1877, promulgado mediante Decreto Número 175 del Presidente de la República, Justo Rufino Barrios, en 8 de marzo de 1877, que entró en vigor el 15 de septiembre de ese mismo año; y en la Ley Constitutiva del Organismo Judicial, Decreto Número 1862 del Presidente de la República Jorge Ubico, que fue ratificado mediante Decreto Legislativo 2235 publicado el 16 de abril de 1937. Nos valdremos, asimismo, de las Exposiciones de Motivos de todos ellos, para completar así la visión integral de nuestra legislación que el presente trabajo busca proporcionar ya que, precisamente la misma LOJ establece entre los criterios para interpretar las leyes, el referirse al espíritu y finalidad de las mismas y la historia fidedigna de su institución, de donde resulta que el estudio de los antecedentes históricos, del historial de reformas, y de los motivos detrás de todo ello, es indispensable para un adecuado entendimiento de nuestras leyes, que nos haga capaces por tanto de poder aplicarlas mejor.

#### *Espíritu y finalidad de la ley, historia fidedigna de su institución: ¿Qué es una Exposición de Motivos?*

Sobre el término ‘Exposición de Motivos’, es preciso hacer una aclaración conceptual previa. Arabella Castro Quiñones, en su calidad de Presidenta del Congreso de la República, caracteriza una Exposición de Motivos –en su nota introductoria a la misma del actual Código Procesal Penal– como “la interpretación auténtica del legislador extraída del seguimiento de la iniciativa de ley, las discusiones y argumentos que originaron dicho código y la explicación del espíritu que animó la ley”<sup>1792</sup>. Aunque referido concretamente al Código Procesal Penal, es éste un concepto o definición de ‘Exposición de Motivos’ (que para efectos de referencia en este trabajo podemos llamar definición *strictu sensu*) que no resulta aplicable a nivel general, ya que no todas las leyes

<sup>1791</sup> Fecha señalada por el Decreto 29-90, en reforma de la fecha original prevista, que ya previamente había sido reformada a su vez por el Decreto 27-89, el cual preveía la entrada en vigor de la LOJ para el 30 de mayo de 1990.

<sup>1792</sup> Castro Quiñones, Arabella. Presentación de la Exposición de Motivos, en Figueroa Sarti, Raúl. Código Procesal Penal. Concordado y Anotado con la Jurisprudencia Constitucional. Incluye Exposición de Motivos por César Barrientos Pellecer. Página XXII.

cuentan con una Exposición de Motivos de tal índole: muy pocas leyes tienen exposiciones de motivos que se hayan elaborado a partir del seguimiento del proceso legislativo luego de concluido éste; algunas exposiciones de motivos no son más que brevísimas notas de descripción general hechas al presentarse el proyecto de ley; varias dejan mucho que desear al estudioso serio que busque en ellas una profundización en el contenido de la legislación nacional. Por lo demás, una exposición de motivos no puede considerarse propiamente como una interpretación auténtica. César Barrientos Pellecer, quien recibió del Organismo Legislativo el encargo de elaborar el referido documento de acompañamiento a la primera edición de la ley adjetiva penal, explica – complementando y reflejando la definición de la entonces Presidenta del Congreso– que su redacción se basó en “El seguimiento constante del proceso de reforma (...); el análisis de las discusiones legislativas y de los documentos producidos con motivo de la creación de la ley y de sus modificaciones, a lo que se suma el estudio de las fuentes y la doctrina en que se basa dicho cuerpo de leyes, además, el conocimiento de los documentos elaborados por Julio Maier y Alberto Binder, para explicar el proyecto que elaboraron (a cuya exposición de motivos se le ha dado espacio importante en este trabajo)”<sup>1793</sup>, con lo cual nos remite ya a otro sentido en que se usa la expresión ‘Exposición de Motivos’, cual es, en el caso citado, la que elaboraron los estudiosos extranjeros a quienes se encargó la redacción de un proyecto de ley para nuestro país. Dentro del Congreso de la República, según pude comprobar al acudir a su Archivo Legislativo en el desarrollo de esta investigación, se denomina ‘Exposición de Motivos’ concretamente al dictamen emitido por cada Comisión Legislativa encargada de estudiar una iniciativa de ley: dicho dictamen acompaña el proyecto que la Comisión presenta ante el Pleno para su discusión, ‘exponiendo los motivos’ detrás de la iniciativa, así como de las modificaciones que a la misma haya introducido la Comisión. De igual forma, cuando se ejerce una iniciativa de ley, el ponente acompaña una ‘Exposición de Motivos’ explicando la iniciativa o reforma planteada; así, por ejemplo, en los documentos que he tenido a la vista para elaborar el presente estudio, existen ‘Exposiciones de Motivos’ redactadas por la Corte Suprema de Justicia (por ejemplo, del Anteproyecto original de LOJ de 1986, o de la reforma que se convirtió en el Decreto 59-2005, que tuvo su origen en una iniciativa de ley de la Corte), o redactadas por diputados del Congreso al proponer reformas (por ejemplo, de la iniciativa 3334, que planteaba la reforma del artículo 6 de la LOJ; o de la iniciativa 3358, que propone reforma del inciso d. del artículo 8 de la LOJ).

De lo anterior, entonces, se observa que existen diversas exposiciones de motivos, que corresponden naturalmente al proceso legislativo del país: exponen motivos los ponentes de una iniciativa, luego una Comisión Legislativa la examina y emite dictamen en el cual también exponen motivos (en ocasiones, explicando por qué la propuesta de ley que someten a discusión del pleno se diferencia de la iniciativa originalmente planteada, es decir, dando razón de las modificaciones que la Comisión introdujo al proyecto original o anteproyecto); a veces se encarga la redacción de proyectos de ley a profesionales del Derecho, quienes al remitirlos también exponen motivos; a veces el Congreso de la República, ante la importancia de un cuerpo normativo, encarga la redacción de una Exposición de Motivos que podemos llamar quizá ‘definitiva’ para acompañar una primera edición de la ley, y ésta acoge entonces –entre otras fuentes de explicación de la ley de que se trate– las diversas ‘Exposiciones de Motivos’ presentadas a lo largo del proceso legislativo. Tal es el caso, por ejemplo, de la Exposición de Motivos de nuestro actual Código Civil (Decreto Ley 106, emitido bajo el gobierno *de facto* de Enrique Peralta Azurdia), elaborada por Federico O. Salazar, en la cual se hacen referencias al proyecto original presentado por la Comisión a la que se encargó la propuesta, así como a los criterios y modificaciones introducidos por la Comisión revisora, de tal forma que la Exposición

---

<sup>1793</sup> Barrientos Pellecer, César. Exposición de Motivos del Código Procesal Penal, en *Ibid.* Página XCVIII.

de Motivos publicada proporciona ya una visión acabada y global del proceso que siguió la ley hasta promulgarse. Sin embargo, no todas las leyes tienen una Exposición de Motivos de esta naturaleza ‘definitiva’, ‘auténtica’, ‘global’ o ‘*stricto sensu*’, por lo que, en muchos casos, el seguimiento del proceso legislativo deberá basarse en esas ‘otras’ Exposiciones de Motivos a que hemos hecho referencia, así como en las discusiones llevadas a cabo por el Pleno del Congreso que se hallan transcritas en sus Diarios de Sesiones. De esta manera, el espíritu y finalidad de la ley, la historia fidedigna de su institución, a veces se encontrarán sintetizadas en una Exposición de Motivos *stricto sensu*, y a veces será necesario integrarla mediante el examen del proceso legislativo, incluyendo los otros tipos de Exposiciones de Motivos, según se ha explicado.

No me atrevo a denominar a tales Exposiciones de Motivos como ‘*lato sensu*’ pues, aunque parecería lo obvio y natural en contraposición al tipo que hemos denominado *stricto sensu*, prefiero llamarlas simplemente ‘otras’ Exposiciones de Motivos en aras de que el uso del lenguaje no menoscabe la importancia que ellas tienen para proveer al jurista, al estudioso, de una visión más integral del espíritu y finalidad de la ley, de la historia fidedigna de su institución, aun cuando carezcan del carácter de ‘interpretación auténtica del legislador’, que se atribuye a las que sí hemos llamado *stricto sensu*, y sólo en atención a dicha característica. Misma que a su vez no es definitiva, puesto que dicha interpretación auténtica no logra agotar lo que explica, y en conciencia de ello en dichas Exposiciones de Motivos se hace referencia a otras fuentes (doctrinales, legales, etc.) cuyo estudio también complementará y auxiliará la interpretación de la ley. Cabe asimismo recordar –pues no deja de ser importante– que una ‘interpretación auténtica’ del legislador sólo lo es realmente cuando está contenida en ley (tales como a las que hace referencia el artículo 12 de la LOJ), mientras que el considerar a una Exposición de Motivos de las que hemos denominado *stricto sensu* como interpretación auténtica deviene de una caracterización hecha en su momento por determinados autores o legisladores, y que en ese sentido puede extenderse en la mentalidad jurídica nacional, pero que, tanto las interpretaciones auténticas contenidas en ley, como las Exposiciones de Motivos –las que sean– siguen estando abiertas a la crítica inmanente del sistema normativo que constituye la técnica jurídica, toda vez que la misma ley llama a ello al mandar que debe interpretarse de conformidad con las disposiciones constitucionales, que son precisamente el marco de principios y derechos fundamentales al cual toda ley debe ceñirse, de donde resulta entonces que también el espíritu y finalidad de la misma es cuestionable a la luz de lo que consagra la Constitución. Esto quedará –espero– más claro con lo que se expondrá en páginas ulteriores.

### ***Naturaleza de los Preceptos Fundamentales***

Al exponer en páginas anteriores la importancia de los Preceptos Fundamentales de la LOJ, citamos ya los comentarios pertinentes, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Comisión Legislativa que dictaminó sobre el proyecto de ley, y uno de los diputados en su discusión en el Pleno (el único, por cierto, que comentó al respecto en la sesión correspondiente), que explican claramente que éstos tienen el carácter de “disposiciones que tiene aplicación, no solamente para la actividad puramente jurisdiccional (...) sino para la vida jurídica en su sentido más amplio y negocial en particular”, con “función no sólo para [la LOJ] sino para todo el ordenamiento jurídico” en calidad de “Ley introductoria al Derecho total del país”, “piedra sillar sobre la cual descansa la vida jurídica de la nación”, “alfabeto del Abogado”, que como tal es la que “tiene mayor impacto inmediato en el hacer efectivos los derechos del ciudadano y del habitante de la República”. Así, dichas normas tienen un “rango singular, ya que en cierta forma se supraordenan el resto del ordenamiento jurídico del país” y “tienen en común el ser el fundamento de la aplicación de las normas de diferente jerarquía que integran el ordenamiento

jurídico guatemalteco”, en el cual se “busca crear una nueva perspectiva del Derecho, más dinámica, moderna y flexible”. Sin embargo, el Dictamen de la Comisión Legislativa expresó en su momento que “Conviene indicar que en cuanto a los Preceptos Fundamentales hubo algunas discrepancias de criterio con la propuesta en la Iniciativa de la Corte Suprema”<sup>1794</sup>, las cuales tendremos oportunidad de ver al examinar el articulado más adelante.

Así, la importancia y naturaleza de los Preceptos Fundamentales está más que clara con el breve recuento de citas que hemos hecho en el párrafo anterior y lo que se dijo en la sección correspondiente. Cabe agregar, por la relevancia que más adelante tendrá para su estudio, lo que en su intervención ante el Congreso expresó el diputado Skinner Klee en cuanto a los Preceptos Fundamentales “como normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco. Estos conceptos son clarísimos, el unico que amerita un comentario es la integración, se supone que el orden jurídico es hermético, ésta es una suposición general en la cual descansa el orden jurídico de un país, no hay lagunas en la ley, no hay lugar en el cual la ley no alcance a llegar, porque la ley supone que quien aplica la ley la puede integrar; es decir, va a resolver aunque no haya ley, es decir, en todo aquello en que ocurramos a un tribunal aunque no haya ley; la ley suponer que sí la hay y, entonces, le da al Juez esta autorización para integrar, es decir, llámenle ustedes, llenar lagunas, llenar vacíos, como quieran, pero entonces, esta norma primera general es la que faculta a todo aquel que aplica le ley para integrarla, pero no a su capricho, sino de conformidad con estas reglas”<sup>1795</sup>.

Por otro lado, como veíamos en las exposiciones de motivos citadas, el “carácter informador del ordenamiento jurídico” que tienen dichas normas es “previo a su carácter supletorio”, y que el “rango singular” de que están dotados “se refuerza (...) con la norma que dispone que la deficiencia de otras leyes se suplirá por [la LOJ]”. Esto significa que los Preceptos Fundamentales son, ante todo, la base indispensable para el manejo del Derecho guatemalteco, y que eso no se menoscaba, sino antes bien, se refuerza y fortalece, con el carácter supletorio que se les atribuye: en otras palabras, no es que únicamente vayan a regir en defecto de lo que diga otra ley o ante deficiencias, sino que de por sí deben guiar la aplicación de cualquier ley, y el dotarles de carácter supletorio es algo complementario a la naturaleza de aplicación general, básica y fundamental que de por sí tienen. Ello nos invita a que, antes de examinar los preceptos que concretamente interesan al objeto de nuestro estudio, hemos de realizar con carácter general un breve apunte sobre el tema de la supletoriedad, ya que ha sido objeto de reformas y distintos enfoques desde que se planteó la ley y a lo largo de su vigencia: de hecho, el artículo sobre la supletoriedad es –junto con el que regula la interpretación de la ley– el que más reformas ha tenido (concretamente, dos reformas cada uno), y sufrió variación respecto de cómo fue propuesto en el Anteproyecto original de la Corte Suprema de Justicia.

La regulación de la supletoriedad tiene antecedente en el Decreto 1862:

“ARTÍCULO XXXIV. La deficiencia de otras leyes, se suplirá por lo preceptuado en estos artículos”.

<sup>1794</sup> Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene la Ley del Organismo Judicial. Presentado el 29 de junio de 1988. Registro 093. Folio 4.

<sup>1795</sup> Congreso de la República de Guatemala. Diario de Sesiones. Período Ordinario 1988-89. Tomo V. Sesión Ordinaria Número 105. Jueves 3 de noviembre de 1988. Página 19.



En el proyecto presentado por la Corte Suprema de Justicia en 1986, se proponía la siguiente redacción:

“Artículo 25. La deficiencia de otras leyes, se suplirá por lo preceptuado en la presente”.

El Decreto 2-89, acogiendo las enmiendas sugeridas por la Comisión Legislativa, estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 23.—**Supletoriedad.** Las deficiencias de otras leyes se suplirán por lo preceptuado en el Título I de la presente ley”.

Dicha norma fue reformada por el artículo 3 del Decreto 75-90, así:

“ARTÍCULO 23.—**Supletoriedad.** Las deficiencias de otras leyes, se suplirán por lo preceptuado en la presente, con exclusión de las normas contenidas en los Títulos II y III, de la Ley”.

Finalmente, su redacción actualmente en vigor proviene de otra reforma, contenida en el artículo 3 del Decreto 11-93:

“ARTÍCULO 23.—**Supletoriedad.** Las deficiencias de otras leyes se suplirán por lo preceptuado en ésta”.

Vemos entonces que el Decreto 1862 limitaba la supletoriedad a únicamente los Preceptos Fundamentales, que en dicho cuerpo normativo estaban incluidos en una sección preliminar (y por eso traen numeración romana, a diferencia del resto del mismo Decreto) conformada por normas que son antecedentes de algunos de los que actualmente siguen constituyendo Preceptos Fundamentales, así como por normas de Derecho Internacional Privado: todos ellos eran los “estos artículos” a los que se refiere el artículo XXXIV; no es sino hasta la actual LOJ que los Preceptos Fundamentales propiamente dichos (fuentes, interpretación, etc.) se separan de las normas de Derecho Internacional Privado (los cuales pasan a integrar un Capítulo separado, el II del Título I), pues en el Código Civil de 1877 también aparecían mezclados ambos tipos de normas.

En el Anteproyecto, se explica que “La disposición contenida en el artículo 1º., no sólo es nueva, sino que implica elevar las normas de este capítulo a un rango singular, ya que en cierta forma se supraordenan el resto del ordenamiento jurídico del país. Se refuerza lo anterior con la norma que dispone que la deficiencia de otras leyes se suplirá por esta ley (artículo 25), que es una de las disposiciones que tradicionalmente han formado parte de las Leyes del Organismo Judicial (Artículo 26 de la ley vigente)”<sup>1796</sup>.

La Comisión del Congreso, en cambio, expresó en su Dictamen que “La Comisión categóricamente varió el concepto que tenía la ley anterior respecto a que la Ley del Organismo Judicial es supletoria y llena los vacíos de todas las demás leyes. Se llegó a la conclusión que esto ha dado lugar a abusos y usurpaciones, pues hay casos de Alcaldes y Ministros, por ejemplo, de arrogarse las atribuciones y facultades de los Juez [*sic*] y aún del Presidente del Organismo

---

<sup>1796</sup> Corte Suprema de Justicia. Proyecto de Ley del Organismo Judicial. Página 6.

Judicial. Había que llevar claridad a este aspecto. Indudablemente que una parte básica de la ley es supletoria al resto de la legislación del país, precisamente los Preceptos Fundamentales, lo relativo a Aplicación de Leyes en el tiempo, al modo y reglas para computarlo, las normas de Derecho Internacional Privado y lo relativo a los documentos provenientes del extranjero, ya que si algo faltare precisamente para llenar cualquier laguna, se debe recurrir a los Preceptos Fundamentales. Es decir, expresamente se indica que la supletoriedad de esta ley se limita a lo contenido en su Título I y no debe extenderse a otros artículos”<sup>1797</sup>. Con esta modificación introducida en el Congreso se aprobó la original LOJ, Decreto 2-89.

La reforma que introdujo el Decreto 75-90, por su parte, se explica así: “El precepto fundamental que regula la SUPLETORIEDAD y que limita la facultad para suplir las deficiencias de otras leyes al Título I, se mejora al establecerse que tales deficiencias se suplirán por lo preceptuado en la Ley, con exclusión de las normas contenidas en los Títulos II y III que se refieren estrictamente a las funciones del Organismo Judicial y a la función jurisdiccional”<sup>1798</sup>. Es decir, esta reforma dice lo mismo pero con otras palabras, estableciendo de igual modo que la supletoriedad se limita al Título I, sólo que redactado por vía de exclusión. El Decreto 75-90, sin embargo, incluía otras reformas, entre ellas una muy importante que en su momento veremos.

Por último, en la Exposición de Motivos del Decreto 11-93 se afirma que “se modifica el régimen de la aplicación supletoria de la propia Ley del Organismo Judicial, suprimiéndole las limitaciones que tiene actualmente, para las cuales realmente no existe fundamento, dejando que sean los Organismos jurisdiccionales, quienes, en cada caso, decidan las normas que serán objeto de aplicación supletoria”<sup>1799</sup>. De esta manera, se retorna a la idea que originalmente planteaba la Corte Suprema en el Anteproyecto de 1986, siguiendo lo que establecía la ley vigente en aquel entonces (Decreto 1762), es decir, no se establece limitación a la supletoriedad de la LOJ. Sin embargo, obsérvese que el anterior Decreto 1862 sí lo limitaba al articulado de su parte preliminar, que equivale a las materias actualmente contenidas en el Título I de la LOJ. Asimismo, nótese que los motivos aducidos por la Comisión que dictaminó sobre lo que posteriormente sería el Decreto 11-93 presuponen que quienes decidirán sobre la supletoriedad de la LOJ serán los órganos jurisdiccionales, mientras que el motivo que originalmente había llevado a restringir dicha supletoriedad era precisamente que habían órganos *no* jurisdiccionales que en forma abusiva adoptaban como supletoria la anterior LOJ para atribuirse facultades probablemente reñidas con la Constitución y la separación de poderes.

En un dictamen que emitió el Colegio de Abogados posterior a las reformas introducidas por el Decreto 11-93 se expresa que “La reforma hace extensiva la aplicación supletoria de todas las normas de la Ley del Organismo Judicial. Como se trata simplemente de una aplicación supletoria para llenar vacíos legales, no tenemos objeción a la reforma, aunque reconocemos que algunas de sus disposiciones nunca serán aplicables a otros conjuntos normativos”<sup>1800</sup>.

<sup>1797</sup> Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene la Ley del Organismo Judicial. Presentado el 29 de junio de 1988. Registro 093. Folio 6.

<sup>1798</sup> Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene reformas a la Ley del Organismo Judicial, contenida en Dtos. 2-89 y 64-90 del Congreso de la República. Presentado el 6 de diciembre de 1990. Registro 692. Folio 1.

<sup>1799</sup> Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Asuntos Judiciales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene reformas al Decreto 2-89 del Congreso, Ley del Organismo Judicial. Presentado el 28 de enero de 1993. Registro 987. Folio 1.

<sup>1800</sup> Dictamen Aprobado por la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, sobre las reformas a la Ley del Organismo Judicial, en Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Asuntos

En mi opinión, considero que limitar la supletoriedad a lo establecido en el Título I es más congruente con su carácter de ‘Normas Generales’, pues establecer la ‘ley introductoria’ al derecho del país es cosa muy distinta a la de regular el funcionamiento y estructuración –jurisdiccional y administrativa– de un órgano del Estado. Si recordamos que el plan español incluye dichas normas generales al inicio del Código Civil, nos queda más claro lo que decimos, pues dicha ubicación legislativa resalta su carácter de ‘derecho común’, supletorio a todo el ordenamiento, de igual forma que es en el Código Civil que se regulan muchas materias –como la personalidad, las obligaciones, el negocio jurídico, etc.– que son instituciones jurídicas de referencia para todas las demás normas de un país, y así es como originalmente entran dichas normas al derecho guatemalteco, como primera parte del Código Civil de 1877.

\*

Pasemos, entonces, a estudiar con más detenimiento los Preceptos Fundamentales de la LOJ, concretamente aquellos que establecen el sistema de fuentes y de interpretación del derecho nacional. Previo a ello, conviene hacer el siguiente apunte orientador: en la iniciativa presentada en 1986 por la Corte Suprema de Justicia, los Preceptos Fundamentales consistían en 25 artículos. El Decreto 2-89 contenía únicamente 23: se unificaron en un solo artículo (el 10 del 2-89) los artículos 10 y 11 del anteproyecto original, del cual a su vez se suprimieron los artículos 16, 22 y 23, con el consiguiente cambio en la numeración, y se añadieron dos artículos (el 20 y 21 del 2-89) que originalmente no estaban contemplados en la iniciativa de la Corte. De los 23 artículos de la original LOJ, se han reformado 7 y suprimido 1.

- *Reformados*: los artículos 2, 4, 9, 10, 13, 18 y 23.
- *Suprimido*: el artículo 14 (que, dicho sea de paso, en el proyecto que presentó al Pleno la Comisión Legislativa aparecía como artículo 13bis).

Estos son los Decretos que han modificado los Preceptos Fundamentales (sólo se hace referencia a los artículos 1 al 23 de la LOJ, pero algunos de los Decretos que a continuación se enumeran reforman también otros artículos de la LOJ):

- *Decreto 64-90*: reforma los artículos 4 y 18.
- *Decreto 75-90*: reforma los artículos 10 y 23; suprime el artículo 14.
- *Decreto 11-93*: reforma los artículos 2, 9 y 23.
- *Decreto 59-2005*: reforma los artículos 10 y 13.

Los artículos del anteproyecto suprimidos, que no pasaron a formar parte (ni con modificaciones) de la LOJ, establecían:

“Artículo 16. Los Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse

indefensión. Para la defensa de los mismos, se reconocerá la legitimación de las asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”.

“Artículo 22. Se presume que cada uno quiere lo que le sea útil. Esta presunción admite prueba en contrario”.

“Artículo 23. El que quiere aprovecharse de un hecho, no puede dejar de someterse a sus consecuencias”.

La Exposición de Motivos elaborada por la Corte, decía al respecto: “Se consagra en la ley el derecho constitucional al debido proceso y la garantía contra la indefensión, reconociéndose para este efecto la legitimación de los grupos afectados para la defensa de sus derechos. (Artículos 16 y 18)”<sup>1801</sup>; “Se introducen dos artículos que hacen referencia a una presunción de utilidad el primero, y a una relación de causalidad entre hecho y consecuencia el segundo, ambos tendrán aplicación, entre otros casos, en relaciones contractuales y comerciales (Artículos 24 y 25)”<sup>1802</sup> (en el texto citado aparecen erróneamente identificados los artículos 22 y 23 como 24 y 25, respectivamente).

“En los veinticinco artículos que conforman los **Preceptos Fundamentales**, se regulan las siguientes materias: la naturaleza de las normas que tienen el carácter de Preceptos Fundamentales; las fuentes del ordenamiento jurídico guatemalteco y el principio de jerarquía normativa; el ámbito de aplicación de la ley y el sistema de interpretación y aplicación de la misma; las garantías procesales de la aplicación de la ley y las limitaciones al ejercicio de los derechos”<sup>1803</sup>. Siguiendo la Exposición de Motivos citada, podemos dividir la temática de la siguiente forma (resaltamos en negrilla las materias que interesan directamente a lo que sigue en nuestro estudio; la naturaleza de los preceptos fundamentales ya fue analizada):

- *Naturaleza de los Preceptos Fundamentales*: artículos 1 y 25 del anteproyecto, que corresponden a los artículos 1 y 23 de la LOJ.
- *Fuentes del ordenamiento jurídico y jerarquía normativa*: artículos 2, 3, 4, 9 del anteproyecto; 2, 3, 4, 9 de la LOJ.
- *Ámbito de aplicación de la ley*: artículos 5, 6, 7, 8 del anteproyecto; 5, 6, 7, 8 de la LOJ.
- *Sistema de interpretación y aplicación de la ley*: artículos del 10 al 17 del anteproyecto; 10 al 15 de la LOJ (disminuye el número por la ya mencionada unificación de los artículos 10 y 11 y supresión del 16 del anteproyecto).
- *Garantías procesales y limitaciones al ejercicio del derecho*: artículos del 18 al 25 del anteproyecto; 16 al 23 de la LOJ.

Los artículos 19, 20 y 21 del anteproyecto corresponden a la buena fe, el abuso de derecho y la renuncia de derechos, equivalentes a los artículos 17, 18 y 19 de la LOJ. La Exposición de

<sup>1801</sup> Corte Suprema de Justicia. *Ob. Cit.* Página 9.

<sup>1802</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1803</sup> *Ibid.* Página 6.

Motivos expresa que tales artículos constituyen una ampliación del principio de que el interés social prevalece sobre el particular<sup>1804</sup>. Sin embargo, tal principio no estaba expresamente contenido en el anteproyecto, añadiéndose posteriormente por la Comisión y pasando a formar parte de la LOJ como su artículo 22. Por tanto, los artículos 17, 18, 19 y 22 de la LOJ constituyen una cierta unidad, van ligados el uno al otro, por considerarse que los artículos 17, 18 y 19 son consecuencia –en efecto, ampliación, según expone la Corte– del principio contenido en el 22. Por su naturaleza, es obvio que se erigen también en criterios de interpretación y aplicación de la ley, por lo que los trataremos juntamente bajo tal apartado temático.

Así, entonces, la sección presente la dividiremos en dos ejes temáticos:

- **Fuentes:** en que estudiaremos los artículos 2, 3, 4 y 9 de la LOJ.
- **Interpretación:** en que estudiaremos los artículos 10 al 15, 17, 18, 19 y 22 de la LOJ.

Conviene explicar previamente algunos aspectos sobre la investigación que llevé a cabo para elaborar la presente sección, a fin de que el lector tenga una idea más clara sobre si lo que en estas páginas se presenta constituye una aproximación lo más fiel que me ha sido posible al seguimiento de los procesos legislativos de la actual LOJ y sus reformas. El anteproyecto de LOJ de la Corte Suprema de Justicia, con su Exposición de Motivos, está disponible en la Biblioteca de la Universidad Francisco Marroquín, siendo que, como el mismo dictamen de la Comisión legislativa en su momento nos dice “recibió amplia difusión, ya que la iniciativa circuló impresa por esfuerzo de la Corte Suprema de Justicia y como un homenaje al ilustre jurista y Magistrado de la misma Corte, Licenciado Alfonso Brañas Castellanos”<sup>1805</sup>. También en nuestra Biblioteca están disponibles el Código Civil de 1877 y el Decreto 1862, ambos también con Exposición de Motivos (no he consultado otras fuentes históricas antes mencionadas, por considerar estas dos las más pertinentes y no extender demasiado nuestro estudio).

En cuanto al seguimiento de los procesos legislativos, acudí personalmente al Congreso de la República, cuyas instalaciones ubicadas en 10ª calle 7-69 zona 1 (la ‘Casa Larrazábal’<sup>1806</sup>)

<sup>1804</sup> *Ibid.* Página 9.

<sup>1805</sup> Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene la Ley del Organismo Judicial. Presentado el 29 de junio de 1988. Registro 093. Folio 4.

<sup>1806</sup> Para recreación y cultura del lector: “Declarada ‘Monumento Histórico Nacional’, esta sobria y elegante edificación fue, otrora, residencia del notable, juriconsulto y hombre de letras, Canónigo Fray Antonio de Larrazábal y Arrivillaga. Sin embargo, la construcción actual dista mucho de aquella que le donara la culta dama, Doña Clara Larrazábal, a su hermano Antonio quien, en los años de 1811 - 1812 representara notablemente a las Provincias de Centroamérica ante las históricas Cortes de Cádiz y, años más tarde, en 1826, ante el Congreso Bolivariano de Panamá.

“En septiembre de 1874 esta mansión fue vendida en subasta pública a la sociedad mercantil de ‘Francisco Sánchez e hijos’, funcionando luego en ella, algunos comercios, un club social y distintas residencias particulares. Años más tarde, el Banco de Guatemala ubicó ahí sus oficinas centrales.

“Por Acuerdo Gubernativo del 13 de junio de 1966, modificado por otro semejante del 28 de junio del mismo año, se otorgó la casa en usufructo, por veinticinco años, al Banco de los Trabajadores, institución que, recientemente se trasladó a una moderna infraestructura convenientemente localizada en esta capital.

“Así, por Decreto número 28-94 del Congreso de la República, ‘Casa Larrazábal’ se adscribió en forma gratuita, y por veinticinco años prorrogables, a este Alto Organismo del Estado. En mayo de 1994, durante el mandato legislativo del Honorable Señor Licenciado Oscar Vinicio Villar Anleu, fueron iniciados los trabajos de restauración, remodelación y redecoración, mismos en que fue significativamente valiosa la generosa ayuda y colaboración del Gobierno de la República de China, a través de su digna Embajada.

albergan tanto el Archivo Legislativo como la Biblioteca Jurídica de dicho poder del Estado. En el Archivo se conservan los expedientes de todo proceso legislativo, desde su iniciativa hasta su publicación en el Diario Oficial. Es ahí donde se encuentran los dictámenes de las comisiones legislativas (llamadas también, como se explicó, ‘Exposiciones de Motivos’). En la Biblioteca Jurídica, por su parte, se conservan los Diarios de Sesiones. Obtuve copia de todos los dictámenes relativos a la LOJ y los Decretos que reforman alguno de los Preceptos Fundamentales. Del Decreto 59-2005 también poseo la Exposición de Motivos enviada por la Corte Suprema de Justicia junto con su iniciativa de ley (disponible además en Internet). Hay, sin embargo, una lamentable carencia: no pude conseguir la Exposición de Motivos de la iniciativa de ley que se convirtió en el Decreto 11-93 (también enviada por la Corte Suprema de Justicia), aunque sí tengo el dictamen de la Comisión legislativa que lo examinó. Sin embargo, como se observará en su momento, ese Decreto fue el que eliminó la frase “establecida conforme a la ley” del artículo 2 en relación con la jurisprudencia, de donde era de mi sumo interés conocer qué motivó dicha supresión, pues considero que ello se hizo para ampliar la noción de ‘jurisprudencia’ en nuestro ordenamiento jurídico, contrarrestando algunas interpretaciones más estrictas o limitadas que hasta la fecha son comunes en la práctica jurídica nacional. No obstante, en el expediente del Archivo Legislativo no se conserva una Exposición de Motivos de la iniciativa, lo cual permite dudar de si existió tal documento. Acudí a la Corte Suprema de Justicia y tuve a la vista los libros de todos los acuerdos de la Corte, empastados en su original, correspondientes a los años 1991 a 1993. Sin embargo, en los Acuerdos en que se ejerce una iniciativa de Ley, se empasta para registro únicamente el acuerdo que contiene la propuesta en sí, pero no su Exposición de Motivos. Inquirí con otras personas de la Corte y, si es que tal Exposición de Motivos existe, ni en la Corte se conoce su actual paradero. Seguiré investigando, con perdón del lector por no poder ofrecerle en estas páginas información que hubiera sido muy esclarecedora para comprender mejor la regulación legal sobre las fuentes de nuestro derecho.

Además, cuando se cite un Diario de Sesiones del Congreso de la República, es obvio que ello significa que hubo pronunciamientos al respecto en el Pleno. Sin embargo, los Diarios de Sesiones que cito no son selectivos, sino que constituyen los únicos en los que hay pronunciamientos de algún legislador: en efecto, tuve a la vista los Diarios correspondientes a todas las sesiones en que se leyó cada Decreto que en el presente trabajo estudiamos (en la ‘carátula’ que proporciona Archivo Legislativo se hacen constar las fechas de lectura y discusión, para con ello proceder a consultar los Diarios en Biblioteca Jurídica) y, por regla general, en las dos primeras sesiones se pospuso su lectura hasta la tercera, a partir de la cual ya se inicia la

---

“El inmueble en cuestión fue destinado a albergar, primordialmente, las oficinas y despachos de las Comisiones del Congreso de la República, si bien también allí se encuentran: la Tesorería Legislativa, la Secretaría Legislativa, el Departamento Técnico Legislativo y cuatro de las secretarías de la Junta Directiva de esta Asamblea Nacional.

“La casa cuenta con un espacioso y confortable auditorio que diariamente es utilizado, para llevar a cabo en su interior, reuniones de diversa índole. Tiene capacidad para más de cien personas cómodamente sentadas. Organizativamente, también contó, hasta 1998, con otra sala de juntas, llamada de ‘La Paz’; ésta ha dado lugar a la instalación de una nueva Comisión parlamentaria.

“La construcción de la ‘Casa Larrazábal’, tal y como hoy se aprecia, fue dirigida por don Domingo Goicolea y, originalmente, se dividió en dos conjuntos habitaciones que de acuerdo a la antigua nomenclatura catastral de la ciudad de Guatemala, tuvieron como identificación los números cinco y siete de la octava avenida sur.

“Arquitectónicamente, ‘Casa Larrazábal’ ostenta características singulares. Su estructura es de estilo neoclásico, aunque, si bien es cierto, no son escasos los detalles barrocos en algunos de sus elementos. Se aprecia la belleza en el tallado de la caoba, el cedro y el conacaste de sus puertas y postigos; la solidez de sus muros de calicanto y bajareque, así como el excepcional juego de luz y sombra que permiten sus vidrieras y balcones. Ricamente trabajadas las balaustradas de éstos, dan a la fachada exterior un acento de distinción, lujo y exquisito gusto”.

(Historia arquitectónica del Palacio Legislativo y los Edificios del Congreso de la República de Guatemala. Disponible en línea en: [http://www.congreso.gob.gt/gt/visita\\_arquitectonica.asp](http://www.congreso.gob.gt/gt/visita_arquitectonica.asp)).

lectura y discusión por artículos. En la mayoría de sesiones que examiné, no hubo discusión; en algunas, incluso se omitió la lectura en virtud, por ejemplo, de que los legisladores ya habían recibido copias del proyecto de ley. Incluso, las palabras del diputado Skinner Klee no son propiamente una discusión, sino más bien una glosa y comentario de dicho legislador al proyecto de LOJ, pues fue el único que intervino en dicha oportunidad, no habiendo entonces ‘discusión’ en sentido propio.

Ello no necesariamente significa que a nuestros representantes no les haya interesado discutir los Decretos que comentamos, sino que lo que sucede es que por lo general se distribuyen copias de los proyectos de ley, y éstos se discuten en comisiones y bancadas, de tal forma que al sesionar en Pleno, ya los diputados saben si tienen algo que discutir o no. Nuevamente respecto al Decreto 11-93 es de lamentar que no existen Diarios de Sesiones de las fechas en que se discutió: en la Biblioteca Jurídica se me informó que simplemente “no hay” Diarios de 1993<sup>1807</sup>. Lo que existe únicamente de ese año son los libros de Actas, y en la correspondiente al 23 de febrero de 1993, su numeral 9 registra que “En virtud de Moción Privilegiada aprobada, se dispensó la Tercera Lectura material del proyecto de Decreto que contiene reformas al Decreto 2-89 del Congreso de la República. La presidencia sometió a discusión en Tercera Lectura, proyecto de Decreto que contiene reformas al Decreto 2-89 del Congreso de la República. No habiendo discusión, se preguntó si se aprobaba. Habiendo mayoría, quedó aprobado en su Tercera Lectura. La Secretaría anunció la discusión por artículos. Se aprobaron los artículos 1., 2., 3., 4., 5. y 6. inclusive, con las enmiendas planteadas y sin debate”.

La anterior exposición la hago con el propósito general de dar cuenta y razón de lo que en este trabajo expongo, y el fin específico de explicar lo relativo al Decreto 11-93, a fin de que, llegado que sea el momento de abordar su estudio, podamos a tal efecto circunscribirnos a la información con la que contamos sin necesidad de explicar ahí el por qué dicha información es incompleta, cosa que distraería del enfoque de nuestro estudio.

En la transcripción de los preceptos del Código Civil de 1877 y del Decreto 1862, así como de sus respectivas Exposiciones de Motivos, he conservado la ortografía de la época que aparece en las fuentes originales consultadas.

### **a) Fuentes**

El sistema de fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico guatemalteco se regula en los artículos 2, 3, 4 y 9 de la LOJ, bajo los epígrafes, respectivamente, de ‘Fuentes del derecho’, ‘Primacía de la ley’, ‘Actos nulos’ y ‘Supremacía de la Constitución y jerarquía normativa’. Para abordar su estudio, expondremos primero la forma en que se encuentran redactados dichos artículos en la ley, haciendo referencia tanto a sus antecedentes en leyes anteriores y en el anteproyecto de LOJ de 1986, como a sus reformas en caso las haya. Posteriormente, haremos una recopilación de lo que las exposiciones de motivos nos dicen acerca de tales normas y sus modificaciones, a fin de formarnos una idea de por qué se legisló así, y por qué –en su caso– luego se reformó. A este estudio de fuentes directas nos limitaremos en este apartado, reservando para apartados posteriores el análisis científico-jurídico y sus respectivos comentarios.

---

<sup>1807</sup> Año de la irregularidad constitucional, o autogolpe, provocada por el expresidente Jorge Serrano Elías.

### i) Redacción y reformas

El artículo 2 de la LOJ no tiene antecedente o equivalente directo en la legislación anterior, aunque puede considerarse vinculado con lo que establecía el artículo 17 del Código Civil de 1877, en cuanto limitaba a los jueces a aplicar las leyes, sentando así el mismo principio sustancial de que éstas son el único referente para la vida jurídica del país:

“17. Los Jueces no pueden dejar de aplicar las leyes, ni juzgar sino por lo dispuesto en ellas”.

El anteproyecto de la Corte Suprema de Justicia preveía la siguiente redacción:

“Artículo 2º. La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, establecida conforme a la ley, lo complementará”.

El Decreto 2-89, con la añadidura realizada por la Comisión legislativa correspondiente, se aprobó con el siguiente texto:

“ARTÍCULO 2.—**Fuentes del derecho.** La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, establecida conforme a la ley, la complementará.

“La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”.

El cual fue reformado por el artículo 1 del Decreto 11-93, estableciendo la redacción actualmente en vigencia:

“ARTÍCULO 2.—**Fuentes del derecho.** La Ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará.

“La costumbre regirá solo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”.

\*

El artículo 3 tiene antecedentes en los artículos 6 y 19 del Código Civil de 1877, y en el artículo VI del Decreto 1862:

“6. Contra la observancia de la ley, no puede alegarse desuso, costumbre ó práctica en contrario”.

“19. Nadie puede alegar en su favor la ignorancia de las leyes”.

“ARTÍCULO VI. Contra la observancia de la ley, no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario”.

Esta última es la misma redacción que encontramos en el anteproyecto de la Corte Suprema de Justicia, sin sufrir variaciones en la Comisión ni en la aprobación del Decreto 2-89, y es la que sin reformas se encuentra vigente:



“ARTÍCULO 3.—**Primacía de la ley.** Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario”.

\*

El artículo 4 tiene antecedentes en los artículos 9 y 10 del Código Civil de 1877, así como en el IX del Decreto 1862:

“9. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas, serán nulos; excepto en los casos en que las mismas leyes acuerden su validez”.

“10. Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso ó tácito de precaver un fraude, ó de proveer á algún objeto de conveniencia pública ó privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento ó contrario á su fin”.

“ARTÍCULO IX. Son nulos los actos ejecutados contra el tenor de la ley, salvo que en ella misma se acuerde su validéz”.

El Decreto 2-98 se aprobó con el texto que, sin variaciones, acogió la Comisión a partir del anteproyecto de la Corte:

“ARTÍCULO 4.—**Actos nulos.** Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

El artículo 1 del Decreto 64-90 reformó este artículo, y así es como se encuentra vigente al momento:

“ARTÍCULO 4.—**Actos nulos.** Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

\*

El artículo 9 es una innovación de la actual LOJ. El Decreto 2-89 se aprobó con el texto propuesto por el anteproyecto de la Corte Suprema de Justicia (con dos variaciones levísimas y no sustanciales en su redacción<sup>1808</sup>):

“ARTÍCULO 9.—**Supremacía de la Constitución.** Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de la jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República sobre cualquier otra ley, o tratado internacional, salvo los tratados o convenciones sobre Derechos Humanos ratificados por Guatemala, que tienen prevalencia sobre el Derecho interno.

“Carecen de validez las disposiciones que contradigan a una norma de jerarquía superior”.

El artículo 2 del Decreto 11-93 le da a este artículo su redacción actual, en la cual se añade un párrafo:

“ARTÍCULO 9.—**Supremacía de la Constitución y jerarquía normativa.** Los Tribunales de justicia observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno.

“Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos.

“Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior”.

## ii) Motivos

En el Informe que la Comisión Codificadora presentó al Presidente Justo Rufino Barrios con el Código Civil de 1877 encontramos un apartado dedicado a la ignorancia de las leyes y otro a la costumbre. Ellos nos sirven como una primera ilustración respecto a normas que son antecedente histórico de nuestro derecho actual, a fin de que el lector pueda evaluar en cuánto ha cambiado o en cuánto se ha mantenido igual (se conserva en la cita la ortografía del original de la época):

### “De la ignorancia de las leyes.

Segun las Partidas la ley es generalmente obligatoria, y su ignorancia no debe servir de excusa; pero á esta regla presentan cuatro excepciones.

Ese Código dice que en materia civil y para el efecto de evitar un daño, excusa la ignorancia del derecho á los militares en activo servicio, á los aldeanos ó simples labradores, á los menores y á las mujeres.

Si se medita quiénes están en la República comprendidos en la escepcion se advertirá que ella abraza á la mayoría de los habitantes; de manera que se convierte en regla general.

<sup>1808</sup> El anteproyecto decía “el principio de jerarquía normativa” (sin el artículo “la” que añadió la redacción final del Decreto 2-89, que tampoco había sido añadido por la Comisión); posteriormente, el artículo “la” volvería a desaparecer con la reforma del Decreto 11-93. El anteproyecto decía “una u otra de rango superior”, y la Comisión lo cambió a “una norma de jerarquía superior”.

El número de mujeres probablemente es mayor que el de varones; la generalidad de nuestros pueblos se compone de simples labradores; los menores constituyen una gran porción de la sociedad, y el número de militares en activo servicio es bastante considerable.

La prueba de que se ha tenido noticia de la ley es difícilísima y envuelve graves inconvenientes.

La razón que en el siglo XIII se tuvo para consignar estas excepciones no milita en el siglo XIX.

En aquel tiempo estaba muy cercana la época en que á la mujer se tuvo como cosa, y se sujetó a perpetua tutela.

En nuestro tiempo ella es ante la ley, un ser que piensa, capaz de dirigir á sus hijos como tutriz, de ejercer en ellos patria potestad, de administrar estando casada sus bienes parafernales, y su capital hallándose separada de bienes, y de ejercer el comercio.

Si tanta competencia se le reconoce no puede tenerse como incapaz de saber sus obligaciones y de conocer sus derechos.

Fundábase la escepcion de los militares en la necesidad de estimular á los ciudadanos á que tomáran las armas y acudieran á la guerra.

Las ordenanzas y códigos militares modernos convierten á cada ciudadano en un soldado, establecen excepciones limitadísimas para el servicio de las armas, y otorgan premios á los que se dedican á la milicia.

Estas disposiciones hacen innecesario el privilegio de que hablamos.

El mismo privilegio perjudica á los menores, como tambien les perjudican otros de que oportunamente se trata.

Un menor rodeado de disposiciones escepcionales, es una persona con quien ninguno quiere negociar, porque todos temen que aquellos privilegios hagan ineficaces los contratos que con el celebren.

Los menores tienen tutores y las obligaciones de estos son muy estensas y severas por este Código. Ellas bastan para precaver á los que aun no han cumplido 21 años.

Ni todos los aldeanos ó simples labradores son incapaces de comprender sus deberes y sus derechos basados en principios universalmente conocidos, ni es posible en cada caso practicar una investigación de cual labrador es simple, y de cual no se halla comprendido en la escepcion.

Por todo lo espuesto, el artículo 19 conformándose con las prescripciones del Código de Napoleon y con la generalidad de las legislaciones europeas y americanas, dice que nadie puede alegrar en su favor la ignorancia del derecho”<sup>1809</sup>.

### “De la costumbre.

El derecho no escrito puede filosóficamente sostenerse donde un solo hombre ejerce todos los poderes públicos.

La ley, decian los romanos en tiempo del imperio, es la voluntad del César, y lo mismo es que este manifieste su voluntad por palabras que por hechos.

De aquí deducian que una práctica de muchos años era ley, porque tácitamente la aprobaba el Sumo imperante.

La teoría romana<sup>1810</sup> no puede aplicarse á pueblos donde los poderes públicos están divididos, donde las Cámaras ó Asambleas que ejercen el Poder Legislativo no son permanentes, donde los

<sup>1809</sup> Montúfar, Lorenzo; Salazar, José; Pujol, Valero; Murga, Carlos F. Informe de la Comision Codificadora al Señor Presidente de la Republica, en Código Civil de la Republica de Guatemala. 1877. Páginas III y IV.

<sup>1810</sup> Dicha ‘teoría romana’, como ya habrá notado el lector, no es tal: refiérase a la sección II, numeral 2, del presente capítulo (“Concepción romana del Derecho”), en donde citamos los pasajes del Digesto a los que la Comisión Codificadora, desfigurándolos, se refiere. Nótese la ingeniosa manera en que don Lorenzo Montúfar (catédrico de Derecho Romano, por cierto) le ‘da la vuelta’ a una teoría que en realidad dice todo lo contrario de lo que él afirma,

individuos que las componen jamás hacen en sus transitorias apariciones un análisis de los actos del Poder Judicial en todos sus ramos.

Los juriconsultos que aceptan la teoría de que la costumbre tiene fuerza de ley, dicen que hay tres clases de costumbre, á saber: contra la ley, fuera de la ley y según la ley.

La costumbre contra la ley deroga las leyes escritas, claras y terminantes.

La costumbre fuera de la ley establece un derecho tan coercitivo como si procediera directamente del poder que legisla.

La costumbre según la ley son las prácticas judiciales que sirven de norma en la interpretación de leyes dudosas preexistentes.

Admitida esta triple división ningún juriconsulto, ningún juez puede saber qué leyes se hallan vigentes y cuáles están derogadas, porque basta una costumbre que no se promulga para abrogar una ley escrita.

Esta costumbre no emana del Poder Legislativo y se falta al gran principio del régimen constitucional moderno, según el cual solo las Asambleas, Cortes ó Cámaras Legislativas tienen la facultad de dictar las leyes, en el orden normal.

Las mismas irregularidades contiene la teoría de la costumbre fuera de la ley.

Tanto una como otra carece del requisito de la promulgación.

De manera que donde esas teorías prevalecen la sociedad se rige por reglas que ni emanan del Poder Legislativo, ni han sido debidamente promulgadas.

La costumbre según la ley, no debe mirarse como un derecho no escrito, sino como una interpretación que dan los Jueces según sus opiniones y sus creencias, y que no obliga á otros Jueces que tengan otras opiniones ú otras creencias.

En consecuencia de todo esto, nuestro proyecto de Código Civil ha prescrito (art. 6º) que contra la observancia de la ley no pueda alegarse desuso, costumbre ó práctica en contrario; que la ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior (art. 11.) y que no obliga sino desde el día de su promulgación en los lugares en que esta deba hacerse.

En caso de falta, oscuridad ó insuficiencia de las leyes, está prescrito que los Jueces no denieguen ni suspendan la administración de justicia, sino que resuelvan atendiendo: primero al espíritu de la ley; segundo á otras disposiciones sobre casos análogos; y tercero á los principios generales del derecho (art. 18)<sup>1811</sup>.

La Exposición de Motivos del Decreto 1862 no comenta los artículos que como antecedentes de los actuales hemos citado. En cambio, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Corte Suprema de Justicia de 1986 nos explica lo siguiente, bajo el título de “La ley como fuente del ordenamiento jurídico”: “Se declara expresamente que la ley es la fuente del ordenamiento jurídico guatemalteco, a diferencia de la ley vigente que sí lo hace, pero sin que aparezca ninguna norma redactada en un sentido positivo. Además, se reconoce que la jurisprudencia, establecida conforme a la ley, la complementará. Reconociéndose así la importancia de la función jurisdiccional. (...) Se amplía el efecto de la nulidad de los actos contrarios a la ley, pues ésta es **de pleno derecho**. Se abre la posibilidad de que, la propia ley establezca un efecto distinto a dichos actos, y no solamente que les reconozca su validez, como se decía anteriormente; y, por último, se introduce el concepto de ‘actos ejecutados en fraude de ley’ y sus efectos. (...) Se recogen los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y preeminencia del derecho internacional sobre el interno en materia de derechos humanos contenidos en los artículos 46 y 204 de la Constitución Política por considerarlos fundamentales para la aplicación

---

para sustentar la postura común en el siglo XIX de la ley como única fuente de Derecho, legislando para el gobierno de Justo Rufino Barrios, quien no era precisamente amigo de la separación de poderes.

<sup>1811</sup> *Ibid.* Páginas IV y V.

de nuestro ordenamiento jurídico. Se establece el efecto a la violación del principio de jerarquía normativa. (...) En cuanto al artículo 3º. del proyecto no merece mayor comentario por cuanto es consecuente con el principio aceptado de que la ley es la única fuente del derecho, y esta norma ya existía en la ley anterior”<sup>1812</sup>.

El dictamen de la Comisión legislativa que revisó el proyecto, expone lo siguiente: “Debe destacarse lo relativo al fraude legal, pues era vacío que se hacía sentir en nuestra legislación. Era ya hora de hacerse un esfuerzo para impedir el uso habilidoso de leyes para obtener resultados inmorales o contrarios a la ley misma mediante la manipulación de preceptos o siguiendo aparentemente el texto de la norma vigente para llegar en la manipulación a un fin que la misma norma tendría como prohibido. Esa es ampliación del concepto de los actos nulos y cree la Comisión que en esta forma se enriquece la legislación del país. En igual sentido y siguiendo la misma línea de pensamiento, se indica ahora que los derechos deben ejercitarse de buena fe, ampliando así la conocida institución del abuso del derecho en forma más moderna y general”<sup>1813</sup>.

Por su parte, el diputado Skinner Klee, en su ya citada intervención, comentó algunos de los artículos examinados, así: “MIREN, esto es fundamental, los tribunales de Guatemala no hacen, porque nunca la han hecho, una labor de creación e integración del Derecho; esa labor la hacemos nosotros los Diputados, o aún los órganos legislerantes irregulares de los regímenes de facto, que se vuelven Órganos Legislativos (...). Por ahora, en el [‘hoy’] y en el ‘ahora’, los legisladores somos nosotros. (...) esto se relaciona con lo que ya vamos a ver del artículo segundo, como de la costumbre, como fuente de ley, que es otro de los problemas que nos creó don Edmundo en su proyecto, porque la costumbre sí es una fuente aceptada del Derecho Mercantil, pero no es fuente de Derecho o de toda la ley, y en Guatemala, donde la Constitución nos dice que tenemos que respetar lo autóctono, las tradiciones de las comunidades, tenemos que aceptar, entonces, la costumbre como cierta fuente de ley, siempre que no viole la ley misma. Les voy a poner un caso que creo que los Diputados Distritales de Occidente conocen mejor que yo; piensen ustedes, señores, en las municipalidades indígenas, saben de lo que les estoy hablando, no hay ley que ampare una municipalidad indígena, no la hay; para encontrar la legislación tenemos que irnos a las Leyes de Indias, porque ahí es donde estuvieron reguladas, pero como existe, se les permite actuar y se vuelven un órgano de buen gobierno en todo aquello que no viole, que no transgreda la ley general de municipalidades del país; así de simple es la solución. Bien, señores Representantes, ya hemos hablado suficiente de esto, aquí he comentado los artículos uno, dos y tres, nadie puede alegar en contra de la ley, que es uno de los preceptos más crueles que existen en Guatemala, pero no hemos encontrado sustitución, en un país donde la población es en un 60%, o más por ciento analfabeta; obligar al cumplimiento de la ley no permitir que la ignorancia de la ley exima de su cumplimiento, no deja de ser tiránico; pero no hay otra manera de manejar el orden jurídico, éste es un tema sobre el que se ha derramado ríos de tinta, y no se le ha logrado una solución, y entonces mantenemos esa regla”<sup>1814</sup>.

El Decreto 64-90, en lo referente a los Preceptos Fundamentales que ahora exponemos, únicamente añade la palabra ‘expresas’ en el artículo 4, para especificar que serán nulos los actos

<sup>1812</sup> Corte Suprema de Justicia. Proyecto de Ley del Organismo Judicial. Página 7. Negrilla del original.

<sup>1813</sup> Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene la Ley del Organismo Judicial. Presentado el 29 de junio de 1988. Registro 093. Folio 5.

<sup>1814</sup> Congreso de la República de Guatemala. Diario de Sesiones. Período Ordinario 1988-89. Tomo V. Sesión Ordinaria Número 105. Jueves 3 de noviembre de 1988. Páginas 18 a 20. Las mayúsculas enfáticas son del original.

contrarios a normas imperativas y prohibitivas *expresas*, ya que antes sólo decía ‘prohibitivas’, por cuanto quizá lo que se buscó fue darle más congruencia y refuerzo con el precepto constitucional de que “Toda persona tiene derecho de hacer lo que la ley no prohíbe”<sup>1815</sup>, estableciendo claramente que dichas prohibiciones legales deben figurar en forma expresa en la legislación. El dictamen de la Comisión que examinó la iniciativa que dio lugar al Decreto 64-90 nada expresa al respecto, aunque sí menciona la existencia de una propuesta enviada por el Colegio de Abogados, donde tal vez pueda encontrarse una explicación ‘oficial’ del leve cambio que comentamos.

En cuanto a las reformas introducidas por nuestro famoso Decreto 11-93, el dictamen de la Comisión Legislativa correspondiente expresa que “En el aspecto de las reformas de naturaleza técnica vale la pena destacar cuatro aspectos fundamentales. En primer lugar, en el proyecto se introduce la institución de la costumbre delegada; la actual Ley del Organismo Judicial dispuso que la costumbre solamente podía regir las relaciones jurídicas en defecto de Ley, con lo cual se olvidaron aquellos casos en los cuales la costumbre debe regir no por defecto, sino por delegación de la Ley, situación que pretende ser reconducida con los términos del proyecto que nos ocupa. En segundo lugar, se establece en mejor forma el principio de jerarquía normativa, puesto que la actual Ley del Organismo Judicial ese principio fue tratado exclusivamente desde el punto de vista de la supremacía constitucional, sin tomar en consideración el aspecto de la supremacía de la Ley Ordinaria sobre el Reglamento, que es lo que ahora se plantea en las reformas a que nos referimos”<sup>1816</sup>.

El Decreto 11-93 suscitó problemas, existiendo un Dictamen elaborado por el Colegio de Abogados, en el cual se “contiene un análisis de los artículos reformados por el decreto [11-93], concluyéndose que varias de sus normas transgreden claramente la Constitución Política de la República; y otras, que no adolecen de ese vicio, pero confieren al Presidente del Organismo Judicial facultades exageradas en detrimento de las funciones inherentes a la Corte Suprema de Justicia, suprimiendo a ésta última, facultades y atribuciones que debiera conservar como máxima autoridad del Organismo Judicial”<sup>1817</sup>. Como se ve, las objeciones eran primordialmente atinentes a la organización y regulación del Organismo Judicial en sí mismo y, en cuanto atañe a los Preceptos Fundamentales que interesan a nuestro estudio, el Dictamen del colegio profesional únicamente dice: sobre la reforma al artículo 2, “La reforma se contrae a incorporar la expresión ‘o por delegación de la ley’, y a suprimir que la jurisprudencia ‘conforme a la ley’ la complementará. No tenemos objeción a la reforma introducida”<sup>1818</sup>; sobre la reforma del artículo 9, “En el primer párrafo se establece el principio de la supremacía de la Constitución sobre cualquier ley o tratado, pero no se especifica que debe ser ‘tratado internacional’, como lo hacía

<sup>1815</sup> Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 5 (Libertad de acción).

<sup>1816</sup> Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Asuntos Judiciales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene reformas al Decreto 2-89 del Congreso, Ley del Organismo Judicial. Presentado el 28 de enero de 1993. Registro 987. Folio 1.

<sup>1817</sup> Maúl Figueroa, Hugo Leonel, en calidad de Vicepresidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala en funciones de Presidente. Carta al Señor Presidente del Congreso de la República, Lic. José Fernando Lobo Dubón, con fecha 27 de abril de 1993, REF-028-PJD-93. Contendida en Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Asuntos Judiciales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene reformas al Decreto 2-89 del Congreso, Ley del Organismo Judicial. Presentado el 28 de enero de 1993. Registro 987. Folio 29.

<sup>1818</sup> Dictamen Aprobado por la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, sobre las reformas a la Ley del Organismo Judicial, en Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Asuntos Judiciales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene reformas al Decreto 2-89 del Congreso, Ley del Organismo Judicial. Presentado el 28 de enero de 1993. Registro 987. Folio 31.

la ley reformada. Esta calificación es importante y estimamos que no debería haberse suprimido. El segundo párrafo es innecesario y antitécnico, por la naturaleza misma de los reglamentos y porque la norma general atinente a la jerarquía está expresada en el párrafo final. De otra manera, habría que mencionar también los ‘acuerdos’, ‘circulares’, ‘instructivos’, etc. que tienen normas de carácter general, pero no superiores a la ley”<sup>1819</sup>.

## b) Interpretación

El sistema de interpretación e integración jurídica para la aplicación del Derecho guatemalteco se regula principalmente en los artículos 10 al 15 de la LOJ. Asimismo, el artículo 22 establece la primacía del interés social como criterio general para la vida jurídica nacional, de donde el mismo se erige en necesario complemento de la interpretación, juntamente con los artículos 17, 18 y 19, que consagran principios a él vinculados. Procederemos para su estudio de igual forma en que lo hicimos para el estudio de las fuentes en la sección anterior, pero añadiremos al final un apartado sobre otras normas referentes a interpretación que se encuentran en otros cuerpos normativos y son de aplicación para concretas instituciones jurídicas o materias específicas del Derecho.

Hay una norma sobre interpretación de las leyes en el Código Civil de 1877 que no puede ubicarse específicamente como antecedente de alguna de las disposiciones actuales, que hace referencia al criterio de la *lex favorabilis* y la *lex odiosa*, y a la interpretación extensiva:

“2429. Lo favorable ú odioso de una disposicion no se tomará en cuenta para ampliar ó restringir su interpretacion. –La estension que deba darse á toda ley, se determinará por su jenuino sentido y segun las reglas de interpretacion precedentes”.

## i) Redacción y reformas

El artículo 10 de la LOJ tiene antecedentes en los artículos 18, 2425, 2428 y 2430 del Código Civil de 1877, así como en los artículos XIV y XV del Decreto 1862:

“18. Los Jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad ó insuficiencia de las leyes: en tales casos, resolverán atendiendo: 1º. al espíritu de la ley: 2º. á otras disposiciones sobre casos análogos; y 3º. á los principios generales del derecho, sin perjuicio de dirigir por separado las correspondientes consultas, á fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran”.

“ARTÍCULO 2425. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, á pretesto de consultar su espíritu.

“Pero bien se puede, para interpretar una espresion oscura de la ley, recurrir á su intencion ó espíritu, claramente manifestados en ella misma, ó en la historia fidedigna de su establecimiento”.

---

<sup>1819</sup> *Loc. Cit.* A propósito de esto, ¡a cuántos abogados he oído lamentarse de que a veces en la práctica tribunalicia pareciera ser que las circulares de la Corte Suprema de Justicia son superiores a la Constitución...!

“2428. El contesto de una ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonia.

“Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

“2430. En los casos á que no pudieren aplicarse las reglas de interpretacion precedentes, se interpretaran los pasajes oscuros ó contradictorios del modo que mas conforme parezca al espíritu jeneral de la lejislación y a la equidad natural”.

“ARTÍCULO XIV. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu”.

“ARTÍCULO XV. El conjunto de la ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes. Los pasajes oscuros de una ley, se podrán aclarar en el orden siguiente:

1°—Atendiendo al espíritu de la misma;

2°—A las disposiciones de otras leyes sobre casos análogos;

3°—A la historia fidedigna de su institución; y,

4°—Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”.

En el anteproyecto de la Corte Suprema de Justicia, lo que actualmente es el artículo 10 de la LOJ aparecía originalmente separado en dos artículos distintos, con diferencias como la notable que a continuación se observará:

“Artículo 10. Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales”.

“Artículo 11. El conjunto de una ley servirá para ilustrar e interpretar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente:

1°. A la finalidad de la misma;

2°. A la historia fidedigna de su institución;

3°. A las disposiciones de otras leyes sobre casos análogos, cuando haya identidad de razón;

4°. A la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas; y

5°. Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”.

La Comisión Legislativa unificó los artículos 10 y 11 del anteproyecto en un solo artículo, suprimió el numeral 4 del artículo 11, y modificó el numeral 5 (que con esa nueva redacción pasó, entonces, a ser el numeral 4). Dicha modificación se relaciona con lo que posteriormente veremos sobre el que fuera artículo 14 de la LOJ. La redacción entonces adoptada fue la que pasó a figurar en el Decreto 2-89, con la única diferencia de que los numerales se convirtieron en literales o incisos alfabéticos:



“ARTÍCULO 10.—**Interpretación de la ley.** Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales.

“El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente:

- “a) A la finalidad y al espíritu de la misma.
- b) A la historia fidedigna de su institución.
- c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas.
- d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del Derecho. Sin embargo, aunque en toda decisión puede ponderarse la equidad ésta puede ser fundamento único de tal decisión cuando la ley expresamente lo permita”.

Sin embargo, esa redacción nunca entró en vigor, ya que, antes de que comenzara a regir la nueva LOJ, fue reformada durante su *vacatio legis* por el Decreto 75-90, cuyo artículo 1 modificó el artículo 10, dejándolo de esta manera:

“ARTÍCULO 10.—**Interpretación de la Ley.** Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras; a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales.

“El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente:

- “a) A la finalidad y al espíritu de la misma.
- b) A la historia fidedigna de su institución.
- c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas.
- d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”.

Finalmente, la redacción actualmente en vigencia del artículo 10 proviene de la reforma que le hizo el artículo 1 del Decreto 59-2005, el cual reincorpora el antecedente del artículo XIV del Decreto 1862, que no había figurado ni en el anteproyecto ni en la LOJ:

“**Artículo 10. Interpretación de la Ley.** Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.

“El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente:

- “a) A la finalidad y al espíritu de la misma.

- b) A la historia fidedigna de su institución.
- c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas.
- d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”.

\*

El actual artículo 11 de la LOJ tiene como ancestros los artículos 2426 y 2427 del Código Civil de 1877, así como los artículos I, XII y XIII del Decreto 1862:

“2426. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

“2427. Las palabras técnicas de toda ciencia ó arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia ó arte; á menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

“ARTÍCULO I. El idioma legal es el castellano”.

“ARTÍCULO XII. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, de acuerdo con el Diccionario de la Academia Española; pero cuando el legislador las haya definido expresamente, se les dará su significación legal”.

“ARTÍCULO XIII. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en su sentido propio, a menos que aparezca claramente que se han usado en concepto distinto”.

La Comisión Legislativa únicamente realizó un cambio a la redacción propuesta por el artículo 12 del anteproyecto de la Corte Suprema (aparte de cambiar su numeración en virtud de la unificación de los artículos 10 y 11 que ya expusimos): añadió “lugar o región de que se trate” al final del segundo párrafo, pues el anteproyecto se limitaba a “su acepción usual en el país”. Es con esta redacción que se aprobó en el Decreto 2-89, sin haber sido objeto de reformas hasta la fecha:

“ARTÍCULO 11.—**Idioma de la ley.** El idioma oficial es el español. Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente.

“Si una palabra usada en la ley no aparece definida en el Diccionario de la Real Academia Española, se le dará su acepción usual en el país, lugar o región de que se trate.

“Las palabras técnicas utilizadas en la ciencia, en la tecnología o en el arte, se entenderán en su sentido propio, a menos que aparezca expresamente que se han usado en sentido distinto”.

\*

El artículo 12 de la LOJ se basa en el VII del Decreto 1862, que establecía:

“ARTÍCULO VII. La ley que tenga por objeto aclarar o interpretar otra ley, no produce efectos respecto a la cosa juzgada”.

El anteproyecto de la Corte Suprema de Justicia únicamente añadió lo relativo a los actos ejecutados. Así fue aprobado por la Comisión Legislativa y en el Decreto 2-89, como permanece sin reforma hasta la actualidad:

“ARTÍCULO 12.—**Integridad de las disposiciones especiales.** La ley que tenga por objeto aclarar o interpretar otra ley, no produce efectos respecto a actos ejecutados, ni respecto a la cosa juzgada”.

\*

La disposición contenida en el artículo 13 de la actual LOJ se remonta a los artículos 8 del Código Civil de 1877, y IV del Decreto 1862:

“8. Las disposiciones de una ley, relativas á cosas ó negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras no hubiere acuerdo”.

“ARTÍCULO IV. Las disposiciones especiales de una ley, prevalecen sobre las disposiciones generales”.

El anteproyecto de la Corte Suprema propuso la siguiente redacción:

“Artículo 14. Las disposiciones especiales de una ley, prevalecen sobre las disposiciones generales de la misma”.

La Comisión Legislativa introdujo un plural:

“ARTÍCULO 13. Primacía de las disposiciones especiales. Las disposiciones especiales de las leyes, prevalecen sobre las disposiciones generales de la misma”.

En el Decreto 2-89, se aprobó sin las palabras finales del segundo párrafo (“de la misma”):

“ARTÍCULO 13.—**Primacía de las disposiciones especiales.** Las disposiciones especiales de las leyes, prevalecen sobre las disposiciones generales”.

Actualmente, se encuentra en vigor la redacción introducida por el artículo 2 del Decreto 59-2005, que busca aclarar la extensión de la prevalencia que en dicha norma se regula:

“**Artículo 13. Primacía de las disposiciones especiales.** Las disposiciones especiales de las leyes prevalecen sobre las disposiciones generales de la misma o de otras leyes”.

\*

El artículo 14 de la LOJ jamás estuvo en vigor, habiendo sido suprimido por el artículo 2 del Decreto 75-90. Sin antecedentes en la legislación anterior, se trata de una innovación que buscaba introducir el anteproyecto de la Corte Suprema de Justicia. Cualquier estudiante de Derecho en la actualidad maneja ediciones de la LOJ en las que únicamente aparece “ARTÍCULO 14. Se suprime”, y no conoce el texto del dicho precepto, que fue en su momento uno de los más discutidos –como se verá en la sección de Motivos–, y que ciertamente hubiera variado en modo significativo el desarrollo de la vida jurídica nacional.

La propuesta original de la Corte Suprema de Justicia decía:

“Artículo 15. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas; las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

Vemos entonces que el anteproyecto le atribuía a la ponderación de la equidad el carácter de norma general para la aplicación de la ley, vale decir, la erigía en uno de los criterios primarios del derecho guatemalteco. Sin embargo, la Comisión Legislativa varió la propuesta, para despojarla de dicho carácter y dejarla únicamente como criterio de aclaración en caso de oscuridad de la ley, es decir, dándole un carácter más bien secundario, restringido:

“ARTÍCULO 13 (bis): (Equidad). Cuando conforme el inciso 4º. del artículo 10, fuere el caso de hacer aplicación de equidad en una decisión de cualquier naturaleza, las decisiones sólo podrán descansar en ella de manera exclusiva cuando la ley expresamente lo permita”.

El Decreto 2-89 contenía el precepto, redactado de forma prácticamente igual al que propuso la comisión:

“ARTÍCULO 14.—**Equidad.** Cuando conforme el inciso d) del artículo 10 de esta ley, fuere el caso de hacer aplicación de equidad en una decisión de cualquier naturaleza, las mismas sólo podrán descansar en ella de manera exclusiva cuando la ley expresamente lo permita”.

Por último, antes de entrar en vigor la LOJ, el artículo 2 del Decreto 75-90 dispuso:

“ARTÍCULO 2. Se suprime el artículo 14 del Decreto 2-89 del Congreso de la República”.

\*

El actual artículo 15 de la LOJ también tiene antecedente en el artículo 18 del Código Civil de 1877, así como en el XVI del Decreto 1862. Ellos, respectivamente, establecían:

“18. Los Jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad ó insuficiencia de las leyes: en tales casos, resolverán atendiendo: 1º. al espíritu de la ley: 2º. á otras disposiciones sobre casos análogos; y 3º. á los principios generales del derecho, sin perjuicio de dirigir por separado las

correspondientes consultas, á fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran”.

“ARTÍCULO XVI. Los Jueces no pueden suspender, retardar ni denegar la administración de justicia, sin incurrir en responsabilidad.

“En los casos de falta, obscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, el Juez lo hará saber a la Corte Suprema de Justicia para los efectos del artículo 56 de la Constitución, y resolverá de acuerdo con las reglas establecidas en los artículos que preceden”.

En el Decreto 2-89 se aprobó el artículo con la misma redacción que había propuesto la Corte Suprema de Justicia en su anteproyecto (salvo la referencia al artículo 10 que –como vimos– en el anteproyecto era el 11), y así se encuentra vigente hasta la fecha:

“ARTÍCULO 15.—**Obligación de resolver.** Los jueces no pueden suspender, retardar ni denegar la administración de la justicia, sin incurrir en responsabilidad. En los casos de falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, resolverán de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 10 de esta ley, y luego pondrán el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que, si es el caso, ejercite su iniciativa de ley”.

\*

El artículo 22 de la LOJ reproduce a la letra el artículo XI del Decreto 1862. No figuraba precepto equivalente en el Código Civil de 1877, como tampoco en el anteproyecto de la Corte Suprema de Justicia: según su exposición de motivos, ello no se debe a que no se reconozca dicho principio, sino que se considera que los principios de la buena fe, el abuso de derecho y la renuncia de derechos presuponen el de la primacía del interés social y, más aún, se les caracteriza como ampliaciones del mismo. Sin embargo, la Comisión lo agregó, y así fue aprobado, encontrándose sin reforma hasta la fecha:

“ARTÍCULO 22.—**Primacía del interés social.** El interés social prevalece sobre el interés particular”.

\*

El artículo 17 de la LOJ no tiene antecedentes en el Código Civil de 1877 ni en el Decreto 1862. Su redacción actualmente vigente es la misma que se propuso en el anteproyecto de la Corte Suprema de Justicia; no ha sufrido reformas:

“ARTÍCULO 17.—**Buena fe.** Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

\*

El artículo 18 de la LOJ tampoco tiene antecedentes en los cuerpos normativos a que hemos hecho referencia. En el anteproyecto de la Corte su redacción propuesta era:

“Artículo 20. La ley no ampara el abuso del derecho ni su ejercicio en contra del interés social. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño o notoria molestia para tercero, da lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

En dicha redacción se observa precisamente cómo el precepto lleva implícito el principio de primacía del interés social. Sin embargo, como la Comisión decidió explicitar tal máxima en el artículo 22 que hemos visto, modificó en ese respecto la redacción de lo que se convertiría en el artículo 18 de la LOJ:

“ARTÍCULO 18.—**Abuso de derecho.** La ley no ampara el abuso del derecho. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño o notoria molestia para tercero, da lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

Sin embargo, este artículo entró en vigencia con una forma distinta, cual es la que le dio el artículo 2 del Decreto 64-90, la cual subsiste hasta la fecha:

“ARTÍCULO 18.—**Abuso de derecho.** El exceso y mala fe en ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos”.

\*

El artículo 19 de la LOJ tiene precursor en el artículo X del Decreto 1862, con leve variación en su forma:

“ARTÍCULO X. Se pueden renunciar los derechos otorgados por la ley, siempre que tal renuncia no sea contraria al interés o al orden público, o perjudicial a tercero”.

En el Decreto 2-89 se aprobó con el mismo texto que había propuesto el anteproyecto, y así permanece en vigor hasta nuestros días:

“ARTÍCULO 19.—**Renuncia de derechos.** Se pueden renunciar los derechos otorgados por la ley, siempre que tal renuncia no sea contraria al interés social, al orden público o perjudicial a tercero, ni esté prohibido por otras leyes”.

La aclaración de que “ni esté prohibido por otras leyes” forma parte del texto de la actual LOJ desde su inicio y, en cuanto al Decreto 1862, de dos ediciones del mismo que he consultado, ambas traen una nota al pie de página que recuerda: “Salvo que la misma ley lo prohíba, como ocurre en los casos de los artículos 103 y 210 del Código Civil y 871 del Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil” (se refiere, obviamente, al Código Civil vigente en aquella época, no al actual).

## ii) Motivos

Ya hemos visto la manera en que, en la Exposición de Motivos (Informe de la Comisión, o ‘Prólogo de Montúfar’, como también se le conoce) del Código Civil de 1877, la norma del artículo 18 de dicho Código (antecedente del artículo 10 de nuestra actual LOJ) expone los criterios de interpretación de la ley como íntimamente ligados a la supremacía y exclusividad de la misma como fuente de Derecho que, aunque no declarada expresamente como lo está en nuestra actual legislación, va implícita en el artículo 17 del referido Código.

Sobre las normas específicas de interpretación legal del Libro III, Título XV, se explica lo siguiente:

### “Interpretacion de las leyes

La interpretacion tiene por fin averiguar el verdadero sentido de la ley, esto es: el propósito, la mente del lejislador.

Las palabras tienen diverso sentido.

Basta abrir cualquier diccionario para ver la multitud de significaciones que cada una tiene.

No es posible además que quien forma un Código, ya sea un hombre solo ya sean muchos, tengan presente siempre todas las circunstancias accidentales contenidas en millares de artículos.

Fácil es la coherencia absoluta en todas las circunstancias que forman la base de un sistema.

No lo es en todos los detalles y accidentes de un Código.

Si la hubiera dejarían las leyes de ser producto de la falible inteligencia humana.

Los Códigos afamados del mundo contienen antinomias.

Abundan en las Pandectas y no faltan en la Instituta.

El primer Código de Justiniano contuvo tantos errores que fue preciso formar otro nuevo llamado *Repetitæ*.

Las Partidas presentan contradicciones é incoherencias que han sido objeto de profundos estudios jurídicos.

Del mismo defecto adolecen el Código de Federico II, el de Napoleón I, y todos los conocidos hasta hoy.

La falibilidad humana, la falta de absoluta exactitud en los idiomas, el diferente modo de comprender un mismo concepto distintas personas, dan lugar á dudas, á controversias que es preciso resolver.

No menos contribuyen á la oscuridad los errores de la imprenta. En la edicion de las Partidas dirigidas por el erudito Gregorio Lopez se encuentra: *ampararlo* en lugar de *partirlo*; *ampárase mejor* por *párase mejor*; *anduxese* por *troxiесе*; *acrecentar* por *enderezar*; *amar* por *haber*; *daño* por *dueño*; *fuerza* por *fusto*; *madre* por *padre*; *moradores* por *mayordomos*; *venganza* por *vergüenza*.

Estos errores y otros muchos fueron cuidadosamente señalados por la Real Academia de la Historia.

Más tarde fue preciso también corregir la edicion de la Academia por otras que también necesitaran ser corregidas.

Una ley de las Pandectas dice: *Scire leges non est verba tenere seu earum vim ac potestatem*<sup>1820</sup>.

<sup>1820</sup> Incorrectamente citada; la cita correcta es “*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”. La diferencia en latín entre “*seu*” y “*sed*” es inmensa: la primera significa “o” (disyuntiva); la segunda, “sino, pero, etc.”.

La ley 13. tit. 1º. Part. 1ª dice: 'Entenderse deben las leyes bien et derechamente, parando siémpre a mientes en el verdadero entendimiento dellas á la mas sana parte et mas provechosa segunt las palabras et las razones que hi fueren puestas. Et por esta razon non se deben escrebir por abreviamiento de escriptura, nin por razones menguadas porque los homes cayen en yerro, entendiendolo en una menera segunt la letra seyendo de otra segunt razon. Ca saber las leyes non esta solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento.

Es precios que esté decidido quien debe dar este verdadero entendimiento y que principios deben seguirse para fijarlo.

La ley 14 del mismo tít. y Part. dice: 'Dubdosas leyendo las leyes por yerro de escriptura ó por mal entendimiento del que las leyese, porque hobiesen menester de ser bien espaladinadas et fechas, et entender la verdat dellas, esto non puede ser por otri fecho si non por aquel que las fizo, ó por otro que sea en su lugar que haya poder de las facer de nuevo, et guardar aquellas fechas.'

La ley 1ª de Toro dice: 'y porque al Rey pertenece y ha poder de hacer fueros y leyes y de las interpretar, y declarar y emendar donde viere que cumple, tenemos por bien que si en los dichos fueros, ó en los libros de las Partidas sobredichas, ó en este nuestro Lib. ó en algunas leyes de las que en él se contienen, fuere menester declaracion, y interpretacion, ó emendar, añadir ó tirar, ó mudar por nos que lo hagamos.'

Las mismas leyes de Toro son interpretaciones del derecho antiguo.

Esta interpretacion hecha por el lejislador ha sido llamada auténtica por los jurisconsultos.

Ellos agregan otras dos.

Llama á una de estas usual y á otra doctrinal.

Dicen que interpretacion usual es la que proviene del modo con que los Tribunales han entendido la ley en los casos en que ha sido necesaria su aplicación.

Añaden que se llama usual porque se funda en el uso y práctica anterior, ó sea en los precedentes que forman una jurisprudencia consuetudinaria.

Concluyen diciendo que interpretacion doctrinal es la que fijan los escritores y juristas, esplicando, restringiendo ó estendiendo la ley.

Mucho se ha abusado de la interpretacion usual.

En virtud de ella se ha pretendido abrogar ó derogar leyes claras y terminantes cuya mente no podía admitir duda.

Se ha olvidado las circunstancias que las leyes Romanas y de Partida exijan para constituir derecho consuetudinario y se ha denominado costumbre a cualquier práctica forense.

Este abuso lo hemos visto consignado en algunas leyes centro-americanas.

Una de estas dice: 'que tres sentencias conformes constituyen la costumbre que tiene fuerza de ley.'

Tres sentencias conformes contra una ley escrita son tres infracciones reprecensibles, y aun punibles que deben reprimirse en vez de ser condecoradas con el nombre de ley.

El Código Civil no admite el derecho consuetudinario.

El párrafo 2º de este informe explica estensamente las razones que al efecto se han tenido.

La interpretacion doctrinal es indispensable muchas veces. Al hacerla deben tenerse presente las reglas de que habla el párrafo 1º, título 15 del Lib. 3º.

Esa interpretacion produce efectos transitorios.

Solo sirve para resolver el caso concreto que se presenta á los Jueces.

Los Jueces, dice el art. 18 no pueden suspender ni denegar la administracion de justicia por falta, oscuridad ó insuficiencia de las leyes: en tales casos resolveran atendiendo: 1º. al espíritu de la ley: 2º á otras disposiciones sobre casos análogos; y 3º á los principios jenerales del derecho, sin



perjuicio de dirigir por separado las correspondientes consultas, á fin de obtener una regla cierta para los nuevos actos que ocurran”<sup>1821</sup>.

Por su parte, la Exposición de Motivos del Decreto 1862 comenta tres de los artículos que son antecedente de los que venimos estudiando: sobre el idioma legal, dice que “A primera vista el precepto, tal vez, parecerá innecesario e inútil; pero si se profundiza un poco, se verá que no es así: Uno de los elementos constitutivos de una nación, tan importante como el territorio, es el idioma, por lo que los pueblos conquistadores procuraron imponer el suyo y destruir el de los vencidos, que éstos defendían a todo trance, con la convicción profunda de que, conservándolo, podrían algún día recuperar su libertad, y ya sin él, toda esperanza era perdida. Nosotros debemos defender nuestro idioma, como parte de la nacionalidad, no de un conquistador de territorio, sino de las invasiones de las otras lenguas, que tienden, si no a suplantar, sí a adulterar la nuestra. El medio mejor de evitarlo es hacer su uso obligatorio y no limitarlo, como hasta aquí, a los instrumentos públicos y a los libros de los comerciantes. El artículo debía estar en la Constitución; pero subsanar la falta aquí, no creemos que sea digno de censura. Se dice que el idioma es el castellano y no el español, porque el primer vocablo determina la lengua, por ser sólo una, y el otro no, por ser varias las lenguas españolas. El nombre que debe dársele se ha discutido ampliamente en España, y de esa discusión, entre personas doctas, ha resultado el triunfo del castellano. Una de las muchas ventajas que obtendremos con imponer su uso, es la de sujetarnos, para su casticidad, al Diccionario de la Academia Española. Esto se ha censurado por la prensa, arguyendo que el Diccionario es malo y que literatos de renombre atacan a la Academia; pero otros la defienden. La discusión, para nuestro objeto es completamente inútil, ya que, aún aceptando la opinión de los primeros, siempre resulta que es mejor para el bien común, una autoridad, aunque mala, que ninguna. En otras palabras, es preferible el orden a la anarquía”<sup>1822</sup>.

En cuanto al principio de primacía del interés social, se dice que “Este precepto ha sido criticado en uno de los periódicos de la capital y se le atribuyen tendencias socialistas que alteran nuestras instituciones. No hay tal: el principio, aunque no escrito, es viejo, coetáneo, podemos decir, con la República. Esta es una persona jurídica, una gran sociedad de la que somos miembros todos los nacionales, con sus gerentes, directores, etc., sujeta a las leyes generales de toda otra sociedad o compañía particular. ¿Quién puede decir que en una de éstas, el interés social no prevalece sobre el particular? Y es tan sabio eso, que la prosperidad del conjunto viene a redundar en el bien particular de cada socio. Si fuera a la inversa, esto es, que el interés individual prevaleciera sobre el social, la entidad jurídica no podría existir. El objeto del artículo no es de una modalidad nueva, sino fijar en la mente del nacional que, para su propia conveniencia, el interés social debe prevalecer sobre el particular. Y si no estuviéramos en lo cierto, y lo que consideramos esencial y viejo, constituyera un cambio en nuestra organización actual, siempre sería conveniente el mandato que se amolda a lo que la ciencia acepta como bueno de las tendencias socialistas modernas, en todo el mundo civilizado”<sup>1823</sup>.

La Exposición de Motivos del anteproyecto de la Corte Suprema de Justicia explica que el articulado que constituye las normas de interpretación y de aplicación de la ley “presenta las siguientes novedades: (...) Se elimina de la nueva ley el concepto de ‘interpretación literal’ y

<sup>1821</sup> Montúfar, *et al.* Ob. Cit. Páginas LXXVII a LXXIX.

<sup>1822</sup> Exposición de Motivos Presentada por la Comisión de Legislación adscrita al Ministerio de Gobernación y Justicia, sobre la Ley Constitutiva del Poder Judicial. (Figura en el Decreto Legislativo Número 1928), V, 1ª. Guatemala, 28 de abril de 1933, en Ley Constitutiva del Organismo Judicial. (Páginas 9 y 10).

<sup>1823</sup> *Ibid.* V, 4ª. (Páginas 10 y 11).

‘sentido natural y obvio de las palabras’, para sustituirlo por la interpretación de la ley conforme a su texto, contexto y a la Constitución Política de la República, manteniendo así el principio de jerarquía constitucional y especialmente el principio de ‘interpretación conforme a la Constitución’, que implica no sólo atender a lo puramente normativo, sino, lo que es más importante, a los valores fundamentales del orden constitucional. Se adicionan también nuevos elementos, tales como la finalidad de la ley, que sustituye al espíritu; la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada y se mantienen los demás existentes, con la adición para la analogía de ‘cuando haya identidad de razón’. Se acepta, como innovación, la acepción usual que tengan en el país las palabras que aún no han sido definidas por la Real Academia Española”<sup>1824</sup>. Ya sabemos que, en la ley vigente, la ‘finalidad’ de la ley no sustituyó al ‘espíritu’ como planteaba el anteproyecto, sino que ambos figuran en el inciso a) del artículo 10. Asimismo, que lo de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada fue eliminado por la Comisión Legislativa y no se encuentra en la legislación vigente. También se eliminó lo de identidad de razón en cuanto a la analogía, con lo que quizá se quería expresar aquello que ya vimos de la máxima romana *ubi eadem ratio, ibi idem ius*.

Continúa el citado documento explicando que “Se introduce un nuevo artículo que limita los efectos de la interpretación legislativa respecto de los actos ejecutados y la cosa juzgada”<sup>1825</sup>. Lo nuevo de este artículo, como vimos, es únicamente en lo que concierne a los actos ejecutados, pues lo de la cosa juzgada ya estaba contemplado antes. “Se establece la posibilidad de ponderar la equidad en la aplicación de las normas”<sup>1826</sup>: al utilizar el verbo ‘habrá’, la redacción de la norma propuesta más bien establece la ponderación de la equidad como obligatoria, y no como simple ‘posibilidad’ como lo afirma el texto de la Exposición de Motivos. Por lo demás, ya conocemos la suerte que corrió este artículo. “Finalmente, se conservan normas ya existentes, tales como el idioma legal es el español, la prevalencia de las disposiciones especiales de una ley sobre las generales de la misma; y la prohibición de suspender o denegar justicia”<sup>1827</sup>.

En cuanto a los otros artículos, comenta que “Se le da al principio de que el interés social prevalece sobre el particular, una interpretación más amplia que nos lleva al concepto que la ley no ampara el abuso del derecho ni su ejercicio en contra del interés social, regulando sus respectivas sanciones. Se preceptúa además que los derechos deben ejecutarse conforme a las exigencias de la buena fe y se limita la facultad de renuncia a los mismos por razones de interés social, orden público, etc”<sup>1828</sup>.

El Dictamen de la Comisión Legislativa, y el discurso ante el Pleno del diputado Skinner Klee, complementan nuestra visión de los motivos que guiaron el proceso legislativo al comentar sobre algunas de las modificaciones que se introdujeron al anteproyecto enviado por la Corte Suprema de Justicia. “Conviene indicar que en cuanto a los Preceptos Fundamentales hubo algunas discrepancias de criterio con la propuesta en la Iniciativa de la Corte Suprema. Por ejemplo, la Corte Suprema propuso que hubiese un Artículo que indicase que en la aplicación de la norma ponderase la equidad, pero la Comisión consideró que ésta era solución muy atrevida que en la práctica podría permitir a quienes aplican la ley separarse de su texto so pretexto de consultar la equidad. Así, se estimó que en aquellas ramas del Derecho en los cuales los Jueces tienen cierta latitud de acción, el ejercicio de esta norma podría conducir a un alejamiento absoluto de la regla

<sup>1824</sup> Corte Suprema de Justicia. *Ob. Cit.* Página 8.

<sup>1825</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1826</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1827</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1828</sup> *Ibid.* Página 9.

legal, como sucedería, por ejemplo, en el Derecho Laboral y en el de Familia, en donde por ley existe la obligación de tutelaridad. La Comisión entendió la intención de esta propuesta y aunque en el fondo simpatiza con el deseo de modernizar y de, si se quiere, acelerar la evolución jurídica del país, creyó que la modificación de leyes y el cambio de su sentido era tarea que en nuestro sistema corresponde al órgano legislativo y no al judicial, cuya misión es estrictamente la de impartir justicia por lo que no deben introducirse elementos de que puedan hacerla insegura o inestable, ya que las interpretaciones y aplicaciones de las leyes variarían de Juez en Juez y de Tribunal en Tribunal”<sup>1829</sup>. También dice que “se indica ahora que los derechos deben ejercitarse de buena fe, ampliando así la conocida institución del abuso de derecho en forma más moderna y general”<sup>1830</sup>.

Skinner Klee se refirió también a lo del discutido artículo de la equidad, diciendo que se trata de una de las ideas que Vásquez Martínez trajo de España y que incluso allá darían problema, “por ejemplo, se proponía en el proyecto de la Corte Suprema, en la aplicación de la norma, el Juez tiene la obligación de ponderar la equidad. Esto le da permiso al Juez de dejar la ley a un lado y de resolver con equidad. La equidad tiene un lugar en los tribunales, es importante en el Derecho Mercantil, y es fundamental, es un arbitraje de equidad pero dentro de nuestro sistema jurídico, donde entendemos que la evolución de las leyes está en manos, no de los tribunales sino del Órgano Legislativo. MIREN, esto es fundamental, los tribunales de Guatemala no hacen, porque nunca la han hecho, una labor de creación e integración del Derecho; esa labor la hacemos nosotros los Diputados, o aún los órganos legislerantes irregulares de los regímenes de facto, que se vuelven Órganos Legislativos; entonces no hay necesidad de darle esa autorización peligrosa a los jueces. Supongamos un caso de despido, porque esto se vuelve muy claro en el Derecho del Trabajo, donde un empleador despide a un trabajador con causa justificada, y el juez dice, no, no es equitativo lo que hizo el empleador, por lo tanto lo condeno contra leje, estos leje, ele, leje e [*sic*<sup>1831</sup>], esto en Guatemala todavía no llega, quizá lleguemos a ello, peor no debemos interrumpir la evolución de nuestro sistema jurídico. Por ahora, en el ‘[hoy]’ y en el ‘ahora’, los legisladores somos nosotros”<sup>1832</sup>. El golpe final vino a asestarlo, como vimos, el Decreto 75-90, cuya Exposición de Motivos dice que “La reforma propuesta al artículo 10 del Decreto 2-89 y la supresión del artículo 14, evitan que al interpretarse la ley, la equidad pueda ser fundamento único para aclarar los pasajes oscuros de una norma”<sup>1833</sup>.

La más reciente reforma, realizada por el Decreto 59-2005, cuenta con Exposición de Motivos de la Corte Suprema de Justicia que ejerció la iniciativa de ley, así como con el Dictamen de la correspondiente Comisión Legislativa. La Corte manifiesta que “se hace necesario aclarar normas que en la actualidad han dado lugar a variadas interpretaciones, que provocan retrasos innecesarios en el trámite de los procesos. (...) las reformas que se proponen se consideran útiles

<sup>1829</sup> Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene la Ley del Organismo Judicial. Presentado el 29 de junio de 1988. Registro 093. Folios 4 y 5.

<sup>1830</sup> *Ibid.* Folio 5.

<sup>1831</sup> ¿Quizás el señor diputado tosió...?

<sup>1832</sup> Congreso de la República de Guatemala. Diario de Sesiones. Período Ordinario 1988-89. Tomo V. Sesión Ordinaria Número 105. Jueves 3 de noviembre de 1988. Páginas 18 y 19. Las mayúsculas enfáticas son del original.

<sup>1833</sup> Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene reformas a la Ley del Organismo Judicial, contenida en Dtos. 2-89 y 64-90 del Congreso de la República. Presentado el 6 de diciembre de 1990. Registro 692. Folio 1.

para fortalecer la administración de justicia”<sup>1834</sup>. En ese sentido, sobre la interpretación de la ley expone que “La reforma propuesta del artículo 10 tiende a dejar fuera de toda duda que, cuando el texto de una ley es claro, no se debe desatender el tenor literal de su texto, con el pretexto de consultar el espíritu de la norma. Con ello se trata de evitar interpretaciones antojadizas de la ley, que tanto perjudican al sistema de justicia y a la aplicación de la ley en general. Esta propuesta guarda concordancia con el artículo 9 del Dto. 1762 del Congreso de la República –anterior Ley del Organismo Judicial– de la cual inexplicablemente se suprimió al entrar en vigor la actual Ley del Organismo Judicial”<sup>1835</sup>. Por otro lado, “Con la modificación al artículo 13 se persigue dejar claramente establecida la primacía de las disposiciones especiales sobre las disposiciones generales, tanto de la misma ley como de otras, ya que en muchos casos la especialidad de una ley debe contrastarse, no sólo contra las disposiciones generales de la misma, sino a veces debe hacerse lo propio con las disposiciones generales que aparecen reguladas en otras leyes. Por supuesto, en ambos casos prevalecerá la norma especial, que es lo correcto desde la perspectiva técnica jurídica, tanto en lo procesal como en lo sustantivo”<sup>1836</sup>. El Dictamen de la Comisión, por su parte, repite sustancialmente lo que dice la Exposición de la Corte, y no comenta sobre las reformas propuestas a las normas de interpretación que hemos tratado.

### c) Otras normas sobre interpretación, aplicación, jerarquía y fuentes

No sólo en la Ley del Organismo Judicial encontramos normas relativas a la interpretación y aplicación de la ley, o que regulan fuentes de Derecho, jerarquía normativa, u otras materias que hemos visto reguladas en los Preceptos Fundamentales de la LOJ. También existen normas similares que rigen para determinadas ramas del Derecho o instituciones jurídicas, dispersas en otros cuerpos normativos. A continuación haremos una exposición de algunas de ellas. La misma no es exhaustiva, sino que toma en cuenta sólo algunas de las principales normas de dicha índole en las leyes más relevantes.

La *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*, de gran trascendencia por ser el cuerpo normativo que “tiene por objeto desarrollar las garantías y defensas del orden constitucional y de los derechos inherentes a la persona protegidos por la Constitución Política de la República de Guatemala, las leyes y los convenios internacionales ratificados por Guatemala”<sup>1837</sup>, establece cómo debe hacerse su propia interpretación y aplicación:

“Artículo 2º.—**Interpretación extensiva de la ley.** Las disposiciones de esta ley se interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional”.

De igual manera, regula la supletoriedad y, además, cómo se deben interpretar las normas supletorias:

<sup>1834</sup> Corte Suprema de Justicia. Reformas a la Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89. Exposición de Motivos, en Iniciativa que dispone aprobar reformas al Decreto Número 2-89 del Congreso de la República, Ley del Organismo Judicial. Dictamen presentado el 4 de agosto de 2005. Registro 3130. Folio 4.

<sup>1835</sup> *Ibid.* Folio 5.

<sup>1836</sup> *Ibid.* Folio 6.

<sup>1837</sup> Artículo 1º de dicha ley.

“Artículo 70º.—**Aplicación supletoria de otras leyes.** En todo lo no previsto en esta ley se aplicarán supletoriamente las leyes comunes interpretadas en congruencia con el espíritu de la Constitución”.

En cuanto a la resolución del Amparo, dicha ley establece que los Tribunales de Amparo:

“Artículo 42.—(...) aportando su propio análisis doctrinal y jurisprudencial, pronunciará sentencia, interpretando siempre en forma extensiva la Constitución, otorgando o denegando amparo, con el objeto de brindar la máxima protección en esta materia (...).”

A efectos también de normas la interpretación, la Ley de Amparo establece lo siguiente sobre los epígrafes:

“Artículo 193.—**Epígrafes.** Los epígrafes relativos a la identificación del contenido de las normas de esta ley y que preceden a cada artículo no tienen validez interpretativa”.

Similar precepto establecen otros cuerpos normativos, por ejemplo, el Código Tributario en su artículo 186 y, aunque no esté explícitamente establecido en todas las leyes, ya es un criterio general aceptado en la vida jurídica nacional que los epígrafes de los artículos en la legislación no tienen validez interpretativa.

Muy importantes son las normas de interpretación de los contratos establecidas en el *Código Civil* actualmente vigente (Decreto Ley 106). Se trata de normas destinadas a regular la interpretación de todo contrato en cuanto institución jurídica por excelencia en que se ejerce la autonomía de la voluntad para regular los propios intereses entre las partes. En su calidad de derecho común, las normas civiles de interpretación contractual tienen una amplísima relevancia en diversas materias del Derecho. Por ello, a continuación transcribo todo el articulado, y luego el comentario que sobre ellos contiene la Exposición de Motivos del Código Civil:

“Artículo 1593.—Cuando los términos o conceptos del contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

“Si las palabras fueren diferentes o contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

“Artículo 1594.—Por muy generales que sean los términos en que aparezca redactado un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él, cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar.

“Artículo 1595.—Las frases y palabras que puedan interpretarse en diverso sentido, deben entenderse en aquel que sea más conforme con la materia del contrato.

“Artículo 1596.—Si alguna cláusula permitiere diversos o contrarios sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto, según la naturaleza del contrato.

“Artículo 1597.—Cuando dos o más cláusulas se contradigan entre sí, de tal manera que sea imposible su coexistencia, prevalecerá la cláusula o las cláusulas que sean más conformes con la naturaleza del contrato y con la intención de las partes.

“Artículo 1598.—Las cláusulas de los contratos se interpretarán las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

“Artículo 1599.—Las cláusulas ambiguas se interpretarán con arreglo a lo que el uso y la costumbre determinan en el lugar en que el contrato se haya otorgado.

“Artículo 1600.—Las cláusulas oscuras, ambiguas o contradictorias de un contrato, insertas en modelos o formularios preparados de antemano por uno de los contratantes, se interpretarán en favor del otro contratante.

“Artículo 1601.—Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá que se quiso restringir toda la obligación a este caso solamente, excluyendo los otros a que naturalmente se extiende.

“Artículo 1602.—Si la duda no puede resolverse por los medios indicados debe decidirse a favor del obligado.

“Artículo 1603.—Tratándose de una obligación debe estarse, en caso de duda, más por la negativa que por la afirmativa, y viceversa, si se trata de una liberación.

“Artículo 1604.—Cuando por los términos en que está concebido el contrato, no pueda conocerse la intención o voluntad de los contratantes sobre el objeto principal, la obligación carece de valor”.

La Exposición de Motivos del Código Civil dice lo siguiente sobre los preceptos de interpretación contractual: “Los preceptos que regulan la interpretación de los contratos están desapareciendo de los códigos y la doctrina se orienta en el sentido de abandonarlos por su ineficacia, pues dada la complejidad de elementos de las más diversas especies que reclama la función interpretativa, aquellos preceptos pueden devenir arbitrarios, o si se formulan en términos de gran generalidad, resultar inservibles, por lo cual los más recientes códigos se abstienen de dar fórmulas sobre el particular (Puig Peña, Tomo IV, 2, pág. 42). Por otra parte, se trata de conocer la voluntad de los contratantes y esta finalidad subjetiva, que consagra la autonomía de la voluntad hoy en crisis, debe ser sustituida por la finalidad objetiva, que indaga cómo la conducta de las partes, reflejada en el contrato, es entendida por la generalidad de las gentes (Autor citado, pág. 41). Sin ignorar esta tendencia puesta en práctica por los códigos de Alemania, Suiza, Argentina, Perú y Brasil, hemos tomado el articulado del párrafo II, Título XV del Código Civil del 77, adoptando algunos preceptos del Código Civil mexicano que no suprimió esta materia.

“La autonomía de la voluntad limitada con prescripciones restrictivas en los contratos más usuales, hace desaparecer, en parte, el defecto que los civilistas han encontrado en las reglas de interpretación de los códigos de tipo clásico. Si lo que las partes han querido contraviene a leyes de orden público o a principios de la legislación contractual, es evidente que la voluntad averiguada y esclarecida, no puede dar vida al contrato, ni éste surtir ningún efecto, como queda

de manifiesto en el capítulo relativo a la nulidad de los negocios jurídicos. Estimando que no dañan la tendencia avanzada del Código las reglas de interpretación contenidas en el Capítulo V, las hemos conservado. Hacemos especial mención del Artículo 1600 que se refiere a los contratos cuyas cláusulas están preparadas en formularios impresos, como sucede en los contratos de seguro, en la venta a plazos, etc., casos en los cuales se dispone que las cláusulas oscuras, ambiguas o contradictorias, se interpretarán en favor del otro contratante, aceptante del contrato”<sup>1838</sup>.

También contiene el Código Civil otras normas de interpretación:

“Artículo 816.—Cualquiera duda sobre el uso y extensión de la servidumbre, se decidirá en el sentido menos gravoso para el predio sirviente, sin imposibilitar ni dificultar el uso de la servidumbre”.

“Artículo 940.—Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. La interpretación del testamento no debe hacerse tomando sólo palabras o frases aisladas, sino la totalidad de la declaración de voluntad”.

“Artículo 1889.—Las cláusulas del contrato que sean oscuras o dudosas sobre la duración del arrendamiento, se interpretarán a favor del arrendatario que no haya sido moroso en el pago de la renta”.

El otro gran cuerpo normativo del derecho privado, el *Código de Comercio*, establece también normas de interpretación que son específicas para las obligaciones y contratos mercantiles:

“Artículo 1.—Aplicabilidad. Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este Código y, en su defecto, por las del Derecho Civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el Derecho Mercantil”.

“Artículo 669.—Principios filosóficos. Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales”.

“Artículo 672.—Contratos mediante formularios. Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán por las siguientes reglas:

“1º. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario (...)”

Vemos, entonces, que incluso el Derecho Civil en su calidad de derecho común supletorio queda sujeto a ser aplicado e interpretado bajo el influjo de los principios especiales del Derecho Mercantil. Edmundo Vásquez Martínez, quien fue uno de los redactores del Código de Comercio,

---

<sup>1838</sup> Informe y Exposición de Motivos del Código Civil, V, 43.

explica así las normas de interpretación contractual mercantil: “Para ejecutar o cumplir un contrato es necesario fijar su sentido, esto es, interpretarlo. Normalmente, en el momento de celebrar un contrato las partes están de acuerdo sobre todos los aspectos del mismo. Sin embargo, durante su cumplimiento o ejecución pueden surgir cuestiones dudosas que hubieran necesitado una reglamentación en el propio contrato, sobre las que no obstante las partes nada han dispuesto, porque no pensaron en absoluto en ellas o porque no estimaron necesaria una reglamentación expresa. De ahí que la ley se haya visto precisada a señalar las reglas a que la interpretación de los contratos deba sujetarse. Esas reglas vienen dadas en términos generales en el Código Civil (Artículos 1593 y siguientes) y tienen en lo mercantil algunas especialidades

“La primera especialidad se refiere a la importancia que se concede a la buena fe. A este respecto la ley establece que ‘los contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de la verdad sabida y la buena fe guardada’ (Artículo 669 C. de c.). Esta norma implica que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de lo que supone conducirse como cabe esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico contractual.

“La segunda nota especial es que ‘deben conservarse y protegerse las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales’ (Artículo 669 C. de c.). Esto quiere decir que el contrato ha de ser interpretado teniendo en cuenta la finalidad económica que las partes han pretendido y lo que es usual en el ambiente o medio comercial o industrial en el que los contratantes se desenvuelven

“Otra singularidad es la referente a los contratos que se documentan en formularios o cuyo medio de prueba consiste en póliza, factura, orden, pedido u otra forma redactada por una de las partes. Para estos casos la regla es que se interpretarán en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario (Artículo 672 inciso 1º. y 673 C. de c.)”<sup>1839</sup>.

El *Código Procesal Civil y Mercantil* contiene una norma que orienta al juez en la interpretación, no de la ley, sino de un hecho, a fin de atribuirle concretos efectos jurídicos:

“Artículo 175.—Si para la realización del reconocimiento judicial fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el juez la apercibirá para que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el juez dispensará la práctica de la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto”.

En *materia penal*, el llamado principio de legalidad sirve de norma de clausura a dicha parte del ordenamiento jurídico, lo cual conlleva limitaciones para la integración jurídica, concretamente, instituyéndose la exclusión de la interpretación o integración analógica. Así lo regula el Código Penal:

“Artículo 1o.—**De la legalidad.** Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley”.

---

<sup>1839</sup> Vásquez Martínez, Edmundo. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Páginas 543 y 544.



“Artículo 7o.—**Exclusión de la analogía.** Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones”.

En la misma rama jurídica, opera el principio de la presunción de inocencia, establecida con rango constitucional. De él deriva también un criterio de interpretación que informa la aplicación del Código Procesal Penal, inclinándolo a favor de la libertad:

“Artículo 14.—**Tratamiento como inocente.** (...) Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades”.

Por su parte, el *Código de Trabajo* también establece normas de interpretación e integración de la materia iuslaboralista en específico:

“Artículo 15. Los casos no previstos por este Código, por sus reglamentos o por las demás leyes relativas al trabajo, se deben resolver, en primer término, de acuerdo con los principios del Derecho de Trabajo; en segundo lugar, de acuerdo con la equidad, la costumbre o el uso locales, en armonía con dichos principios; y por último, de acuerdo con los principios y leyes de Derecho común”.

“Artículo 17. Para los efectos de interpretar el presente Código, sus reglamentos y demás leyes de trabajo, se debe tomar en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores en armonía con la conveniencia social”.

Es muy interesante notar que el derecho laboral le da preeminencia a la equidad y la costumbre por encima de los principios y leyes de derecho común: ello se debe, por un lado, al distanciamiento respecto de éste que el derecho laboral abiertamente proclama pero, además, a su aspiración de ser un derecho ‘realista y objetivo’.

En cuanto a los principios que inspiran la materia que regula, nuestro Código de Trabajo tiene la peculiaridad de ser tal vez el único cuerpo legal del país que explícitamente enuncia los principios que deben guiar su aplicación. Esto lo hace en sus Considerandos sexto y cuarto. El Considerando sexto establece:

“Que las normas del Código de Trabajo deben inspirarse en el principio de ser esencialmente conciliatorias entre el capital y el trabajo y atender y atender a todos los factores económicos y sociales pertinentes”.

Si la misma norma legislada proclama que ella misma debe inspirarse en ese principio, más aún será éste aplicable a su interpretación, aplicación e integración. El Considerando cuarto dice:

“Que esas características ideológicas del Derecho de Trabajo y, en consecuencia, también las del Código de Trabajo, por ser éste una concreción de aquél, adaptada a la realidad de Guatemala, se pueden resumir así:

“a) El Derecho de Trabajo es un Derecho tutelar de los trabajadores, puesto que trata de compensar la desigualdad económica de éstos, otorgándoles una protección jurídica preferente.

“b) El Derecho de Trabajo constituye un *mínimum* de garantías sociales, protectoras del trabajador, irrenunciables únicamente para éste y llamadas a desarrollarse posteriormente en forma dinámica, en estricta conformidad con las posibilidades de cada empresa patronal, mediante la contratación individual o colectiva y, de manera muy especial, por medio de los pactos colectivos de condiciones de trabajo.

“c) El Derecho de Trabajo es un Derecho necesario e imperativo, o sea de aplicación forzosa en cuanto a las prestaciones mínimas que conceda la ley, de donde se deduce que esta rama del Derecho limita bastante el principio de la ‘autonomía de la voluntad’, propio del Derecho común, el cual supone erróneamente que las partes de todo contrato tienen un libre arbitrio absoluto para perfeccionar un convenio, sin que su voluntad esté condicionada por diversos factores y desigualdades de orden económico-social.

“d) El Derecho de Trabajo es un Derecho realista y objetivo; lo primero, porque estudia al individuo en su realidad social y considera que para resolver un caso determinado a base de una bien entendida equidad, es indispensable enfocar, ante todo, la posición económica de las partes, y lo segundo, porque su tendencia es la de resolver los diversos problemas que con motivo de su aplicación surjan, con criterio social y a base de hechos concretos y tangibles.

“e) El Derecho de Trabajo es una rama del Derecho Público, por lo que al ocurrir su aplicación, el interés privado debe ceder ante el interés social o colectivo; y

“f) El Derecho de Trabajo es un Derecho hondamente democrático porque se orienta a obtener la dignificación económica y moral de los trabajadores, que constituyen la mayoría de la población, realizando así una mayor armonía social, lo que no perjudica, sino que favorece los intereses justos de los patronos; y porque el Derecho de Trabajo es el antecedente necesario para que impere una efectiva libertad de contratación, que muy pocas veces se ha contemplado en Guatemala, puesto que al limitar la libertad de contratación puramente jurídica que descansa en el falso supuesto de su coincidencia con la libertad económica, impulsa al país fuera de los rumbos legales individualistas, que sólo en teoría postulan la libertad, la igualdad y la fraternidad”.

Asimismo, el Código de Trabajo establece una norma que equivale a la de los ‘actos nulos’ que hemos ya estudiado de la LOJ, pero enfocada concretamente a asegurar el imperio del ordenamiento jurídico laboral en el ámbito de su aplicación:

“Artículo 12. Son nulos *ipso jure* y no obligan a los contratantes, todos los actos o estipulaciones que impliquen renuncia, disminución o tergiversación de los derechos que la Constitución de la República, el presente Código, sus reglamentos y las demás leyes y disposiciones de trabajo o de previsión social otorguen a los

trabajadores, aunque se expresen en un reglamento interior de trabajo, un contrato de trabajo u otro pacto o convenio cualquiera”.

La normativa laboral también hace referencia a la aplicación supletoria de la LOJ, pero en su ámbito la acoge de modo limitado, así:

“Artículo 237. En cuanto no contraríen los principios y texto de este título, en la organización de los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, se deben aplicar supletoriamente las disposiciones de la Ley del Organismo Judicial”.

Dicha norma prevé la aplicación supletoria de la LOJ en materia de organización tribunalicia, es decir, estableciendo por sí misma que –en virtud de la materia específica de que se trata– sí le son aplicables las normas de la LOJ distintas a las de su Título I (Normas Generales). Actualmente, ya vismos que la LOJ misma amplió su aplicación supletoria más allá del Título I, pero sigue siendo válida la disposición de que, en materia laboral, ella estará a su vez informada por los principios y texto del derecho del trabajo.

También relativas a la aplicación e interpretación de la ley, en su aspecto procesal, son las siguientes disposiciones del Código de Trabajo:

“Artículo 326. En cuanto no contraríen el texto y los principios procesales que contiene este Código, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil y de la Ley del Organismo Judicial. Si hubiere omisión de procedimientos, los Tribunales de Trabajo y Previsión Social están autorizados para aplicar las normas de las referidas leyes por analogía, a fin de que pueda dictarse con prontitud la resolución que decida imparcialmente las pretensiones de las partes.

Las normas contenidas en este título se aplicarán a su vez, si no hubiere incompatibilidad, en silencio de las demás reglas del presente Código”.

Los principios procesales a que hace referencia ese artículo también los explicita el mismo Código de Trabajo, en su Considerando quinto:

“...a fin de expeditar la tramitación de los diversos juicios de trabajo, estableciendo un conjunto de normas procesales claras, sencillas y desprovistas de mayores formalismos, que permitan administrar justicia pronta y cumplida”

Por otra parte, el Código de Trabajo estatuye su propio ‘sub-sistema’ de jerarquía normativa, o criterio para resolución de antinomias, otorgándole al derecho laboral preeminencia para efectos de lo que debe regular:

“Artículo 16. En caso de conflicto entre las leyes de trabajo o de previsión social con las de cualquier otra índole, deben predominar las primeras.

“No hay preeminencia entre las leyes de previsión social y las de trabajo”.

Esta norma, sin embargo, se complementa con lo establecido por la *Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, en el último párrafo de su artículo 10:

“Artículo 10. (...) En caso de conflicto entre las disposiciones de esta Ley y las del Código de Trabajo, prevalecerá la primera cuando el conflicto se derive o relacione con el derecho de autor”.

La Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos también contiene una norma orientadora de la interpretación:

“Artículo 50. La protección de los intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, no afecta de manera alguna la protección de los derechos de autor establecidos en la presente Ley. Ninguna de las disposiciones contenidas en este Título puede interpretarse de manera que reduzca dicha protección. Igualmente, la protección ofrecida a los derechos de autor de ninguna manera afectará la protección de los derechos conexos. Por consiguiente, ninguna de las disposiciones relacionadas a los derechos de autor podrán interpretarse en perjuicio de las disposiciones de este Título”.

Por último, otra ley muy importante que establece sus propias normas sobre fuentes, jerarquía, interpretación y predominio legal, es el ***Código Tributario***:

“ARTÍCULO 2. Fuentes. Son fuentes de ordenamiento jurídico tributario y en orden de jerarquía:

1. Las disposiciones constitucionales.
2. Las leyes, los tratados y las convenciones internacionales que tengan fuerza de ley.
3. Los reglamentos que por Acuerdo Gubernativo dicte el Organismo Ejecutivo”.

“ARTÍCULO 3. Materia privativa. (...) Son nulas *ipso jure* las disposiciones jerárquicamente inferiores a la ley, que contradigan o tergiversen las normas contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, en este Código y en las demás leyes tributarias.

Las disposiciones reglamentarias se concretarán a normar lo relativo al cobro administrativo del tributo y a establecer los procedimientos que faciliten su recaudación”.

“ARTÍCULO 4. Principios aplicables a interpretación. La aplicación, interpretación e integración de las normas tributarias, se hará conforme a los principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, los contenidos en este Código, en las leyes tributarias específicas y en la Ley del Organismo Judicial”.

“ARTÍCULO 5. Integración analógica. En los casos de falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de una ley tributaria, se resolverá conforme a las disposiciones del Artículo 4, de este Código. Sin embargo, por aplicación analógica no podrán instituirse sujetos pasivos tributarios, ni crearse, modificarse o suprimirse obligaciones, exenciones, exoneraciones, descuentos, deducciones u otros beneficios, ni infracciones o sanciones tributarias”.

“ARTÍCULO 6. Conflicto de leyes. En caso de conflicto entre leyes tributarias y las de cualquiera otra índole, predominarán en su orden, las normas de este Código o las leyes tributarias relativas a la materia específica de que se trate”.

Para la tramitación de los cobros ejecutivos de adeudos tributarios, el referido Código hace referencia a los siguientes principios procesales:

“ARTÍCULO 171. Concepto y características. El procedimiento económico-coactivo (...) Tiene como características propias: brevedad, oficiosidad y especialidad”.

## 2. La teoría jurídica reflejada en la legislación guatemalteca

¿De dónde surge el Derecho, o cómo podemos conocer lo que es jurídico?, ¿Cómo se aplica, cómo se traslada a la realidad? Fuentes, interpretación; concepción, técnica: he ahí los pilares fundamentales que guían la vida del jurista (legislador, juez, abogado, notario).

Hemos visto cómo tales materias se encuentran legisladas en Guatemala, y hemos conocido también las exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias que nos ilustran y aclaran sobre las ideas que subyacen en dicha regulación.

“Es un error pensar que la forma más adecuada de lograr la eficacia profesional consiste en hacer de lado la teoría y concentrar los esfuerzos en la enseñanza de técnicas específicas. Toda práctica consciente involucra la aplicación de una u otra teoría y entre más teórica es la práctica más práctica o eficaz será la teoría. Teoría y práctica son dos aspectos de la misma realidad: la acción humana, y se complementan en vez de estar en conflicto. Quien sabe hacer algo y no sabe por qué lo hace está en desventaja respecto de quien sí sabe por qué hace lo que hace”<sup>1840</sup>.

En consecuencia, para hacer más eficaz la labor profesional del jurista, es preciso que éste conozca la teoría que está detrás de lo que guía su acción: ello es de vital importancia para la consolidación de un auténtico Estado de Derecho en la República de Guatemala, aspiración que todos los habitantes de esta noble tierra llevamos en nuestro corazón. Si los Preceptos Fundamentales de la Ley del Organismo Judicial tienen esa importancia radical que ya hemos estudiado, resulta clara la necesidad de conocer cuáles son los postulados de teoría jurídica que los inspiran.

Al emprender tal estudio, notamos que los aspectos más sobresalientes de dicho trasfondo tienen su raíz –o, al menos, su más notable articulación– en la doctrina del positivismo jurídico. Sin embargo, el recordado Norberto Bobbio (quien se autoproclama positivista), nos dice que el positivismo jurídico puede analizarse separadamente como método, teoría o ideología del Derecho, y afirma que “el método iuspositivista no conlleva la aceptación de la teoría iuspositivista, y que la aceptación del método y de la teoría iuspositivista no implica la de la ideología iuspositivista”<sup>1841</sup>, así como que “Si se examina la *teoría* iuspositivista, la crítica derivará de una *juicio de veracidad* o de falsedad, en cuanto que la teoría pretende describir la

<sup>1840</sup> Universidad Francisco Marroquín. Ideario, Resumen, Teoría y práctica.

<sup>1841</sup> Bobbio. El Positivismo Jurídico. Página 238.

realidad y, por tanto, su valoración consistirá en verificar si existe correspondencia entre la teoría y la realidad”<sup>1842</sup>.

Por consiguiente, en esta sección haremos primero la exposición doctrinal de las tesis que inspiran los Preceptos Fundamentales de la LOJ, para luego compartir las discusiones de la teoría jurídica sobre si dichas tesis describen o no adecuadamente el Derecho y, por último, analizar si se adecúan concretamente al derecho guatemalteco.

### **A. Las tesis que inspiran los Preceptos Fundamentales**

Puestos a examinar este tema, y con miras a facilitar su comprensión por el lector, nos basaremos de nuevo en la exposición de calidad que hace Norberto Bobbio, cuya obra parafrasearemos en resumen, incluso encabezando nuestros apartados igual que como él denomina los capítulos de su libro.

El mencionado autor aborda en su texto los tres aspectos del positivismo jurídico que se han consignado en párrafo anterior pero, precisamente en virtud de la ‘separabilidad’ que él expone entre ellos, aquí vamos a enfocar únicamente aquellos que tienen relación directa con nuestro estudio, es decir, el aspecto de teoría o descripción de la realidad, por su relación que tiene con la práctica, que es el tema central que estudiamos. Desde luego que también la ideología iuspositivista tiene relación con la práctica, pero ese aspecto se abordará más adelante donde corresponda.

#### **a) La teoría de las fuentes del Derecho: la ley como única fuente de calificación**<sup>1843</sup>

En términos técnico-jurídicos, se denomina fuentes del Derecho a aquellos hechos o actos a los que un ordenamiento jurídico atribuye idoneidad (a los hechos, en que no se involucra el elemento subjetivo de conocimiento y voluntad) o capacidad (a los actos, que conllevan conocimiento y voluntad) para la producción de normas jurídicas. Afecta a la validez de las normas: la norma es válida si la ha producido una fuente autorizada. Se trata de uno de los puntos fundamentales del positivismo jurídico, vinculado a la primacía que –con la formación del Estado moderno– ha ido adquiriendo la legislación sobre las otras fuentes de Derecho.

Los ordenamientos jurídicos modernos establecen por sí mismos los criterios de validez de sus propias normas. Así, dichos ordenamientos contienen:

- *Reglas de comportamiento*: que regulan la conducta de los miembros de la sociedad.
- *Reglas de estructura o de organización*: que regulan la forma mediante la cual debe regularse la conducta de los miembros de la sociedad.

La doctrina iuspositivista de las fuentes se basa en la prioridad de una de ellas (la ley, o legislación) sobre las demás. Para que eso sea posible son necesarias dos condiciones:

- Que el ordenamiento en cuestión sea *complejo*, es decir, que en él existan varias fuentes: así son, en general, los ordenamientos jurídicos históricamente existentes<sup>1844</sup>.

<sup>1842</sup> *Ibid.*, Página 239.

<sup>1843</sup> Cfr. *Ibid.*, Páginas 169 a 186.

- Que el ordenamiento esté *jerárquicamente estructurado*, es decir, que las varias fuentes que en él existen se ubiquen en niveles distintos, con mayor o menor valor al subordinarse unas a otras<sup>1845</sup>.

La doctrina iuspositivista de las fuentes tiene como punto de partida la existencia de ordenamientos complejos y jerarquizados, sosteniendo que la fuente prioritaria es la legislación, por ser expresión directa del poder soberano del Estado, mientras que las demás fuentes son subordinadas a ellas. Dicha subordinación puede ser:

- Por *reconocimiento* o *recepción*, cuando el Estado reconoce *a posteriori* el rasgo de juridicidad a hechos sociales previos o independientes al Estado, es decir, los incorpora a su ordenamiento sin haber previamente contribuido a la formación de su contenido.
  - Como ejemplo, está la costumbre, entendida como reglas producidas por la sociedad al margen del Ordenamiento jurídico estatal y luego recibidas por éste como normas jurídicas.
- Por *delegación*, cuando el Estado atribuye a un órgano propio, pero diferente al titular de la soberanía, o incluso a una institución no estatal, el poder de establecer normas jurídicas sobre ciertas materias y dentro de los límites que el propio Estado le señale.
  - Por ejemplo, los reglamentos, normas jurídicas que dicta el poder ejecutivo a fin de desarrollar las normas contenidas en una ley, con base en una autorización que le confiere el poder legislativo.

Un ejemplo discutido son los contratos: normas jurídicamente vinculantes establecidas por los ciudadanos particulares para regular sus intereses privados. Para algunos, el contrato es fuente reconocida, pues el Estado convalida la autonomía privada de las personas. Para otros, se trata de una fuente delegada, porque consideran que, más que de una ‘autonomía privada’, cabe hablar de una ‘libertad negocial’ que el Estado delega en los ciudadanos.

El concepto de delegación sirve para explicar otras relaciones de subordinación entre normas jerárquicamente categorizadas: el poder constituyente delega en el legislativo dentro de los límites de la Constitución la facultad de establecer normas generales en la ley, y el legislativo a su vez delega en el ejecutivo (desarrollo reglamentario de leyes generales) y en el judicial (disciplina de casos concretos mediante aplicación de mandatos generales de la ley).

Las fuentes subordinadas producen reglas que no pueden calificarse en sí mismas como jurídicas, sino que reciben dicha calificación en virtud de una fuente diferente, superior a la que las produce: por eso, a las fuentes subordinadas se les llama *fuentes de conocimiento del Derecho* y, a las superiores, *fuentes de calificación jurídica*.

---

<sup>1844</sup> Por contraste, se llama *simple* al ordenamiento en que existe una sola fuente.

<sup>1845</sup> *Paritario* se denomina el ordenamiento en que todas las fuentes tienen un mismo valor. Difícilmente el ordenamiento paritario se observa en la práctica, pues incluso en aquellos en los que la ley y la costumbre tienen un mismo valor, siempre existen criterios para decidir qué norma prevalece si hay conflicto entre fuentes paritarias.

El positivismo jurídico, aunque acepta la existencia de una pluralidad de fuentes de conocimiento, sostiene que la ley es la única fuente de calificación. Por tanto, si se utiliza el término ‘fuentes del Derecho’ en sentido estricto para referirse únicamente a las fuentes de calificación, entonces el ordenamiento jurídico según la concepción positivista se presenta como un ordenamiento no ya complejo, sino simple.

A efectos de nuestro análisis, es preciso exponer la doctrina correspondiente sobre la relación de la ley con la costumbre y con las decisiones judiciales.

### i) Ley y costumbre

Para explicar la juridicidad de las normas consuetudinarias, existen tres doctrinas principales (las más difundidas en la doctrina son las primeras dos):

- *Doctrina romano-canónica*: así llamada por inspirarse en fragmentos del *Corpus Iuris Civilis* y haber sido adoptada por el pensamiento canónico. Reduce la costumbre a la ley porque determina que el fundamento de su juridicidad es el mismo que el de la ley: la voluntad del pueblo. La única diferencia es la forma en que el pueblo manifiesta su voluntad: expresa (ley) o tácita (costumbre).
- *Doctrina moderna*: atribuida a Austin, señala como fundamento de la validez de las normas consuetudinarias el poder del juez que las recoge al resolver una controversia. Así se expresa Austin: “En su origen la costumbre es una regla de conducta que es cumplida espontáneamente y no como ejecución de una ley impuesta por un superior político. La costumbre se transforma en Derecho positivo en el momento en el que es adoptada como tal por un Tribunal y cuando las decisiones judiciales basadas en ella son hechas valer con la fuerza por el poder del Estado”<sup>1846</sup>. A esta teoría se formulan principalmente dos objeciones:
  - No explica cómo se dan costumbres en Derecho público, donde no existen jueces que reciban y apliquen las normas consuetudinarias. Sin embargo, hay Constituciones, como la inglesa, que son principalmente consuetudinarias.
  - No explica cómo en ciertos ordenamientos puede el juez estar obligado a aplicar costumbres preexistentes, pues según Austin el juez siempre sería libre de aplicar o no las normas consuetudinarias.
- *Doctrina de la escuela histórica*: es la única que fundamenta la validez de las normas consuetudinarias en la misma costumbre (validez autónoma). La costumbre tiene carácter jurídico con independencia del legislador, de los jueces y de la ciencia jurídica, pues se funda en la convicción jurídica del pueblo, su sentido jurídico innato que le permite distinguir la costumbre jurídica del simple uso.

También existen tres relaciones históricas entre ley y costumbre:

- *Costumbre es superior a la ley*: así se consideraba en el ordenamiento inglés antes de la consolidación de la monarquía parlamentaria, como escribe Sir Edward Coke, “El rey con

<sup>1846</sup> Austin, *Lectures on Jurisprudence*, citado por Bobbio. *Ob. Cit.* Páginas 174 y 175.



sus actos o de cualquier otra manera no puede cambiar parte alguna de la ley consuetudinaria o del Derecho estatutario o de las costumbres del reino”<sup>1847</sup>.

- *Costumbre y ley en un mismo plano*: ello implica que se puedan derogar recíprocamente. Un ejemplo es el Derecho canónico. Se basaba en la compilación justiniana, que contiene dos afirmaciones aparentemente contradictorias: una cita de Juliano que admite la costumbre derogatoria (*desuetudo*), y una constitución de Constantino que la niega. Una decretal de Gregorio IX resolvió la controversia, estableciendo que la costumbre puede derogar la ley con tal de que sea razonable y seguida por un período de tiempo determinado. Actualmente se regula así en el Código de Derecho Canónico:

“23. Tiene fuerza de ley tan sólo aquella costumbre que, introducida por una comunidad de fieles, haya sido aprobada por el legislador, conforme a los cánones que siguen.

24. § 1. Ninguna costumbre puede alcanzar fuerza de ley si es contraria al derecho divino.

§ 2. Tampoco puede alcanzar fuerza de ley una costumbre contra ley o extralegal si no es razonable; la costumbre expresamente reprobada por el derecho no es razonable.

25. Ninguna costumbre puede alcanzar fuerza de ley sino aquella que es observada, con intención de introducir derecho, por una comunidad capaz, al menos, de ser sujeto pasivo de una ley.

26. Exceptuado el caso de que haya sido especialmente aprobada por el legislador competente, la costumbre contra ley o extralegal sólo alcanza fuerza de ley si se ha observado legítimamente durante treinta años continuos y completos; pero, contra la ley canónica que contenga una cláusula por la que se prohíben futuras costumbres, sólo puede prevalecer una costumbre centenaria o inmemorial.

27. La costumbre es el mejor intérprete de las leyes.

28. Quedando a salvo lo prescrito en el c. 5, la costumbre, tanto contra la ley como extralegal, se revoca por costumbre o ley contrarias; pero, a no ser que las cite expresamente, la ley no revoca las costumbres centenarias o inmemoriales, ni la ley universal revoca las costumbres particulares”.

- *Costumbre es inferior a la ley*: se da con el Estado moderno y ha sido teorizada por el positivismo jurídico. Se admite sólo la costumbre *secundum legem* o, como mucho, la *praeter legem* pero nunca la *contra legem*. La disposición de que “las leyes sólo se

<sup>1847</sup> Coke, *12 Reports*, citado *Ibid.* Página 176. Por lo demás, de esta primera situación es difícil encontrar ejemplos satisfactorios. Dice Bobbio que no puede citarse el ordenamiento internacional, ya que en él no es que la costumbre prevalezca sobre la ley, sino que ésta última ni siquiera existe (la otra fuente es el tratado internacional, equivalente a normas derivadas del poder negocial).

derogan por leyes posteriores” (como la contenida en el artículo 8 de la LOJ) implícitamente excluye la costumbre derogatoria o *desuetudo*.

## ii) Ley y jurisprudencia (decisiones judiciales)

Con la formación del Estado moderno, el juez pasó de ser fuente principal del Derecho a convertirse en un órgano estatal subordinado al poder legislativo, encargado de aplicar fielmente, mecánicamente, las normas establecidas por la legislatura. Sobre las bases del positivismo jurídico, así como la costumbre no puede derogar la ley, tampoco puede hacerlo el juez en sus sentencias. Así, el poder judicial tampoco es fuente de calificación jurídica, sino únicamente fuente delegada en algunos casos.

En algunos ordenamientos jurídicos se admiten los llamados juicios de equidad, entendidos concretamente como juicios en los que no se aplican normas jurídicas positivas preexistentes (legislativas o, en su caso, consuetudinarias). En el juicio de equidad el juez decide en conciencia o según su propio sentimiento de justicia, aunque en cierto sentido puede decirse que decide aplicando normas de Derecho natural si se concibe a éste como un conjunto de reglas preexistentes. En ellos el juez se convierte en fuente de Derecho, pero siempre subordinada porque únicamente decide en equidad en la medida y dentro de los límites que la misma ley se lo autorice.

A veces se habla de la equidad como ‘fuente de Derecho’ pero no en el sentido técnico-jurídico de hechos o actos con idoneidad o capacidad reconocida de producir normas jurídicas (fuente en sentido formal), sino en un sentido que Bobbio denomina filosófico, en el que ‘fuente’ es sinónimo de ‘fundamento’, es decir, como principios que determinan no la validez sino el valor de la norma.

La doctrina distingue tres tipos de equidad:

- *Sustitutiva*, que se da cuando el juez establece una regla que suple la falta de una norma legislada.
- *Integradora*, que se da cuando la norma legislada existe pero es demasiado genérica y no define con precisión todos los elementos oportunos o efectos jurídicos. En este caso la equidad completa lo que falta a la norma.
- *Interpretativa*, que se da cuando la norma legislada existe y está completa, pero el juez define su contenido con criterios de equidad.

La doctrina iuspositivista acepta la equidad sustitutiva y la integradora, pero no la interpretativa.

## b) La teoría del Ordenamiento jurídico<sup>1848</sup>

Esta teoría es la contribución más original del positivismo jurídico a la teoría general del Derecho, mientras que las demás teorías ya habían surgido con anterioridad y el positivismo se había limitado a recogerlas y formularlas de modo más coherente. Es hasta que surge el positivismo jurídico que surge la consideración del Derecho no como norma aislada o suma de

<sup>1848</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Páginas 201 a 213.

normas aisladas, sino como ente unitario constituido por el conjunto sistemático de todas las normas. El punto culminante del movimiento iuspositivista es Hans Kelsen, con quien alcanza su más coherente expresión la teoría del ordenamiento jurídico.

Esta teoría se basa en tres conceptos fundamentales que se atribuyen al ordenamiento jurídico, que son unidad, coherencia y plenitud:

- *Unidad*: puede entenderse de modos distintos. Para el iusnaturalismo racionalista o moderno, la unidad del Derecho es de índole sustancial o material, que afecta al *contenido* de las normas, y por eso el iusnaturalismo constructivista considera el Derecho como sistema unitario de normas e impulsó la realización de su unidad mediante la codificación. En el iusnaturalismo, el Derecho es un sistema unitario porque todas las normas pueden ser deducidas mediante un proceso lógico la una de la otra, hasta llegar a una norma de máxima generalidad, un postulado moral autoevidente, que es la base de todo el sistema.

En cambio, el positivismo concibe la unidad como de índole formal, que afecta al *modo* en que las normas se establecen. La unidad del Derecho, para el positivismo, no se basa en la deducción lógica de las normas entre sí, sino en que todas ellas son establecidas (directa o indirectamente, por delegación) por la misma autoridad y todas pueden reconducirse a la misma fuente originaria constituida por el poder legitimado para crear Derecho.

Por tanto, la unidad en la teoría del ordenamiento jurídico remite a la teoría de las fuentes del Derecho. Si por fuente se entiende el poder legitimado o autorizado para dictar normas jurídicas, se presenta la interrogante sobre qué o quién legitima o autoriza a dicho poder. Para ello se formuló la teoría de la norma fundamental.

La norma fundamental, en el contexto positivista, no es aquella de cuyo contenido se deducen todas las demás normas, sino la que crea la fuente suprema del Derecho, es decir, que autoriza o legitima el poder supremo de crear normas. No puede acreditarse dicha norma a la manera positivista, es decir, no ha sido *impuesta* por algún otro poder superior, sino que es una norma *supuesta* por el jurista para poder considerar otras normas como ordenamiento: es una hipótesis, postulado o supuesto del que se parte para el estudio del Derecho.

Pero, ¿quién ha autorizado al poder constituyente para dictar la norma constitucional? Si se apela a un poder constitucional anterior, se llega a un punto del que no se puede pasar. En este punto hay dos posibilidades:

- Considerar el poder constituyente como hecho social, dejando abierto el sistema al considerar el Derecho como derivado de un hecho.
- Considerar el poder constituyente como autorizado por una norma fundamental que establece que todos los ciudadanos deben obedecer las normas dictadas por dicho poder, buscando cerrar el sistema. Esta es la postura que adopta Kelsen.

Pero, ¿en qué se apoya la norma fundamental? Si respondemos haciendo referencia a otra norma, se incurre en un *recursus ad infinitum*; si respondemos diciendo que dicha norma existe jurídicamente porque de hecho se cumple, se recae en la solución que se quería

evitar con la teoría de la norma fundamental para empezar, es decir, se fundamenta el Derecho en un hecho.

- *Coherencia*: la coherencia y la plenitud están íntimamente vinculadas. El problema principal de la coherencia es la antinomia; el de la plenitud, la laguna. La incoherencia o antinomia consiste en que existe una norma y además otra que es incompatible con ella (hay una norma de más). La falta de plenitud consiste en que no existe ni una norma ni otra que sea incompatible con ella (hay una norma de menos).

Para la doctrina positivista, hay una norma implícita en todo ordenamiento que garantiza su coherencia, según la cual de dos normas incompatibles (antinómicas) no pueden ser válidas ambas al mismo tiempo. Es decir, según esta teoría, la compatibilidad de una norma con su ordenamiento (es decir, con las demás normas) es condición necesaria para su validez.

Las antinomias pueden consistir en que dos normas sean:

- *Contrarias*: no pueden ser ambas válidas, aunque sí pueden ser inválidas, porque cabe la posibilidad de una tercera norma. Es decir, la misma acción no puede ser a la vez prohibida y ordenada, pero puede no ser ni prohibida ni ordenada, sino simplemente permitida.
- *Contradictorias*: no pueden ser ni simultáneamente válidas ni simultáneamente inválidas, porque no es concebible una tercera norma que contenga disposición diferente a las otras dos. Por ejemplo, o es válida la norma que prohíbe fumar, o es válida la que lo permite (entendiendo por 'permitido' su sentido amplio que abarca todo lo que no está prohibido, es decir, incluyendo también lo ordenado; también puede hablarse de permitido en sentido estricto, indicando todo aquello que no está prohibido ni ordenado).

Para la solución de las antinomias, la doctrina ha formulado tres criterios:

- *Cronológico*: la norma posterior prevalece sobre la anterior.
- *Jerárquico*: la norma de grado superior prevalece sobre la de inferior.
- *De especialidad*: la norma especial prevalece sobre la general.

Sin embargo, estos criterios no resuelven todas las antinomias, pues hay algunos casos en que estos no pueden ser aplicados:

- *Conflictos entre dos criterios*: cuando a una misma antinomia pueden aplicarse dos criterios diferentes, cada uno de los cuales lleva a una solución distinta:
  - *Entre el jerárquico y el cronológico*: una norma anterior y de grado superior es antinómica respecto a una norma posterior y de grado inferior. La doctrina coincide en afirmar que prevalece el criterio jerárquico.

- *Entre el de especialidad y el cronológico*: una norma anterior y especial es antinómica respecto a una norma posterior y general. Prevalece el criterio de especialidad.

El criterio jerárquico y el de especialidad son considerados *criterios fuertes*, mientras que el cronológico es *criterio débil*.

- *Entre el jerárquico y el de especialidad*: una norma general y de grado superior es antinómica respecto a una norma especial y de grado inferior. Es una antinomia entre criterios fuertes.

Se puede recurrir al criterio débil como subsidiario para establecer la prevalencia de uno u otro criterio fuerte: prevalece el criterio fuerte que a su vez sea posterior. Sin embargo, esta solución no es compartida por la totalidad de la doctrina.

- *Inaplicabilidad de los tres criterios*: se produce cuando la antinomia es entre dos normas contemporáneas, de igual rango y generales (por ejemplo, dos normas generales contenidas en un mismo código).

Se ha recurrido al criterio de prevalencia de la *lex favorabilis* sobre la *lex odiosa*. Favorable es aquella que establece un permiso; odiosa la que establece un imperativo (mandato o prohibición). Prevalece la favorable sobre la odiosa, en cuanto se parte del supuesto de que la situación normal del ciudadano es el estado de libertad y, por tanto, la norma imperativa tiene carácter excepcional, y como tal debe ceder si entra en conflicto con una norma permisiva.

Sin embargo, este criterio tiene dos limitaciones:

- Sirve si la antinomia es entre dos normas de derecho público (entendido como la regulación de relaciones entre el Estado y los ciudadanos), pero no si la antinomia es en derecho privado (entendido como regulación de relaciones entre ciudadanos) porque el permiso para un ciudadano implica siempre un deber para otro ciudadano y viceversa, por lo que cualquiera que sea la norma eliminada, se está atribuyendo siempre una ventaja a un sujeto y una carga a otro.
- Si ambas normas son imperativas, en que una ordena y la otra prohíbe el mismo comportamiento. Entonces, en lugar del criterio de la *lex favorabilis*, se observa que, como no se trata de normas contradictorias sino de dos normas contrarias, y en esta categoría existe la posibilidad de una tercera norma, las dos contradictorias se excluyen recíprocamente y ninguna es válida: es válida la que ni manda ni prohíbe, sino que permite, el comportamiento en cuestión.
- *Plenitud*: esta característica es la más típica, importante, el punto central del positivismo jurídico. Está estrechamente conectada con el principio de *certeza en el Derecho*, que es la ideología fundamental de dicho movimiento jurídico.

Este postulado tiene como presupuesto que, dado que el juez no puede crear derecho, pero tampoco puede negarse a resolver un caso, debe existir una tercera hipótesis, y ella es: que la ley carece de lagunas, de contradicciones, es clara y sin oscuridad o, por lo menos, sobre la base de una ley con lagunas, con contradicciones o no clara, puede con medios puramente racionales obtenerse una sentencia jurídica para toda controversia. Por tanto, la plenitud significa negar que el Derecho tenga lagunas. Esto, a su vez, remite a dos teorías diferentes para poder afirmar la exclusión de lagunas:

- *Teoría del espacio jurídico vacío*: según esta teoría, no tiene sentido decir que donde cesa la regulación jurídica hay una laguna del Derecho sino que, en realidad, lo que sucede es que donde falta la norma estamos fuera de los límites del Derecho, es una esfera distinta de la jurídica. Es decir, si la ley no regula algo no es deficiencia de la ley, sino que aquello no le incumbe a la ley, se trataría de acciones no susceptibles de recibir calificación jurídica, son jurídicamente irrelevantes.
- *Teoría de la norma general excluyente*: según esta teoría, no existen hechos jurídicamente irrelevantes y, a pesar de ello, no existen lagunas porque toda norma que regula ciertos actos va acompañada siempre de una segunda norma implícitamente contenida en ella. Por ejemplo, si una norma establece ciertas formalidades para realizar un determinado acto jurídico, ella va acompañada de una norma general excluyente que establece que dichas formalidades no son necesarias para todos los demás actos. El ordenamiento jurídico será el resultado de todas las normas particulares y de todas las normas generales excluyentes. Estas últimas pueden expresarse mediante una sola norma que diga 'Está permitido todo lo que no está ni prohibido ni ordenado'. A dicha norma se le llama 'norma de clausura', asegurando la plenitud del ordenamiento y garantizando la atribución de una calificación jurídica a todos los hechos no previstos por las demás normas.

Los hechos que en la teoría del espacio jurídico vacío constituyen la esfera de lo jurídicamente irrelevante, en la teoría de la norma general excluyente constituyen la de lo jurídicamente permitido. La diferencia en la calificación de tales hechos tiene consecuencias importantes: si se dice que la esfera de libertad de los ciudadanos es jurídicamente relevante, ello significa que existe el deber para los demás ciudadanos de no lesionar dicha esfera y que, para el ciudadano cuya esfera de libertad ha sido lesionada, existe la posibilidad jurídica de reaccionar recurriendo a los órganos del Estado.

Para el positivismo jurídico, es posible un desfase entre la letra y el espíritu de la ley, es decir, entre la voluntad expresa y la voluntad presunta del legislador, pero no se admite que ello constituyan auténticas lagunas, porque las normas se pueden completar desde dentro del mismo sistema jurídico (autointegración del Derecho), mediante la analogía y los principios generales del Derecho, lo cual no se considera un acto de creación jurídica, sino de pura interpretación, concretamente de integración. El dogma de la plenitud está vinculado estrechamente al de la *completabilidad* del Derecho y, por tanto, a la interpretación.

### c) La función interpretativa de la jurisprudencia<sup>1849</sup>

Más adelante precisaremos el término jurisprudencia pero, por el momento, bástenos decir que ella puede entenderse generalmente como ciencia jurídica o ciencia del Derecho (es decir, como el estudio del Derecho, que se plasmaría en lo que denominamos ‘doctrina’), o como resoluciones judiciales. En cualquier caso, al hablar de jurisprudencia hacemos referencia global al conocimiento del Derecho y, con ello, a su aplicación y realización, sea que el razonamiento conduzca a un criterio que plasme el estudioso en su explicación doctrinal, o que consigne el juez como fundamento de su decisión. No olvidemos, además, que el abogado es a su vez siempre un estudioso del Derecho en el sentido de que, aún cuando no se dedique propiamente a la producción literario-doctrinal debe, no obstante, formarse criterio sobre cada asunto específico que se le presente y, en esa medida y en ese sentido, ejerce una labor de ‘jurisprudencia’ o ciencia del Derecho, además por cuanto las decisiones judiciales estarán parcial o totalmente basadas en los argumentos que el abogado presente.

Para Bobbio, la diferencia entre el positivismo jurídico y sus adversarios comienzan cuando se pretende determinar en qué consiste ese conocimiento del Derecho: para el positivismo, es una actividad estrictamente declarativa o reproductiva de un Derecho preexistente (conocimiento pasivo y contemplativo); para sus opositores, es una actividad creativa o productiva de Derecho nuevo (conocimiento activo). Entiende dicho autor que estas diferencias tienen su origen en las gnoseologías de una y otra postura: el positivismo tiene una gnoseología *realista*, mientras que el anti-positivismo es de gnoseología *idealista*.

De Vries nos explica que el término ‘realismo’ “se usa muchas veces en contraposición a idealismo, es decir, a la teoría según la cual la idea, lo espiritual, tiene la primacía. Pero esto sólo es válido si ambas expresiones se toman en un determinado sentido restrictivo. (...) La oposición de realismo e idealismo resulta de una concepción diferente del conocimiento *humano*. El realismo acepta que existe el ente real ‘en sí’, con independencia de nuestra conciencia, y que el fin de nuestro conocimiento frente a dicho ente es igualarse a él, aprehenderlo tal como es en sí, y finalmente que ese fin puede alcanzarse, por lo menos dentro de ciertos límites (...). El idealismo, por el contrario, considera el auténtico ‘objeto’ como posición del sujeto pensante, de tal manera que aquél no tiene ningún ‘ser en sí’<sup>1850</sup>. “El conocimiento humano, según [el idealismo gnoseológico], no significa una asimilación al ente como objeto, sino una producción del objeto; mas porque el pensamiento solo no puede poner ninguna cosa en sí, el verdadero ser, objeto del conocimiento, aparece como mero contenido del pensar, como ser puramente ideal”<sup>1851</sup>, y se nos pone de manifiesto el idealismo gnoseológico como vinculado al racionalismo constructivista cuando se afirma que “Como concepción universal del mundo, el idealismo reperctue asimismo en la ética y la sociología. Frente a todo positivismo acentúa la independencia de las normas morales respecto de estados y opiniones meramente fácticos; pero se hace extraño a la vida cuando desliga las normas del orden esencial del ser y funda actitudes ‘formales’, sin contenido, del sujeto puro”<sup>1852</sup>.

El positivismo jurídico considera que la tarea de la jurisprudencia no es la creación, sino la interpretación del Derecho. Interpretar significa pasar del signo a la cosa designada, esto es,

<sup>1849</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Páginas 215 a 225.

<sup>1850</sup> De Vries. *Realismo*, en Brugger. *Ob. Cit.* Páginas 467 y 468.

<sup>1851</sup> De Vries. *Idealismo*, en Brugger. *Ob. Cit.* Página 292.

<sup>1852</sup> *Ibid.* Página 293.

comprender el significado de un signo determinando la cosa que él indica. Para el positivismo jurídico, los signos consisten en un texto o conjunto de textos (la legislación), y su contenido es la voluntad del legislador.

La interpretación es una actividad muy compleja, concebible de formas diferentes. Como gira en torno a la relación entre el signo y su significado, adquiere matices diferentes según se pone el acento sobre uno y otro: puede la interpretación tender a que prevalezca el signo sobre el significado (interpretación según la letra), o el significado sobre el signo (interpretación según el espíritu).

También se habla de interpretación estática o dinámica, según si la actividad del intérprete tiende exclusivamente a reconstruir fielmente lo que pretendía indicar el autor de los signos, o si tiene a enriquecer el significado de los signos para adecuarlos a las exigencias de las nuevas circunstancias histórico-sociales. Al positivismo jurídico se le acusa de mantener una concepción estática de la interpretación, sin preocuparse de adaptar las normas a las condiciones histórico-sociales como lo hace, en cambio, la interpretación evolutiva sostenida por la corriente anti-positivista.

El positivismo establece un límite insuperable a la actividad interpretativa: normalmente la interpretación es *textual*. Puede ser *extra-textual* cuando sea necesario completar la ley, pero jamás *anti-textual*, es decir, nunca puede ir en contra de la voluntad del legislador expresada en la ley. Así, la doctrina positivista establece determinadas técnicas hermenéuticas o medios de interpretación:

- **Medios de interpretación *textual*:**

- **Método *semántico*:** algunos le llaman *interpretación gramatical* (expresión que Bobbio considera poco correcta). Consiste en definir los términos utilizados por el legislador a través del análisis y la comparación de los contextos lingüísticos en que se emplean.
- **Método *teleológico*:** se basa en la *ratio legis*, es decir, el motivo o finalidad por la que la norma se ha establecido. Parte de dos presupuestos:
  - El legislador, en cuanto ser racional, determina unos fines.
  - El legislador señala los medios para alcanzarlos.

Por tanto, establecer el fin perseguido puede proporcionar indicaciones sobre la norma dictada para su realización, es decir, sobre el contenido de la ley.

- **Método *sistemático*:** implica no sólo el presupuesto del legislador racional, sino el que su voluntad sea uniforme y coherente. Así, se puede esclarecer el contenido de una norma a partir de su relación con las demás.
- **Método *histórico*:** consiste en el empleo de documentos históricos diferentes al propio texto legislativo para reconstruir la voluntad del legislador. Implica fundamentalmente un estudio de las sesiones preparatorias, a través de las que se



puede llegar a conocer los motivos por los que una ley se aprobó, y cuáles de ellos han prevalecido sobre los demás.

- **Medios de interpretación *extra-textual* o *integradora*:** el positivismo admite la existencia de lagunas pero entendidas sólo como formulación incompleta de la voluntad del legislador. Por tanto, admite no sólo la interpretación en sentido estricto sino además la integración, a su vez entendida como una actividad no creadora, sino más bien como una especie del género interpretación.

Mediante la interpretación integradora, la disciplina establecida por una norma se extiende a casos similares no previstos expresamente. Esto implica que el problema de las lagunas de la ley no es tan sencillo como lo plantea la teoría de la norma general excluyente, sino que ésta en realidad se formularía así: “Están permitidos todos los comportamientos que no son obligatorios, excepto los que pueden considerarse semejantes a los obligatorios”. Esto implica la existencia de dos normas generales de clausura:

- *Norma general excluyente*, que califica como lícitos los comportamientos no regulados expresamente. A ella se apela mediante el argumento *a contrario*.
- *Norma general incluyente*, que somete los casos no regulados expresamente, pero similares a los regulados, a la disciplina de éstos últimos. A ella se apela mediante el argumento *a simili*.

La interpretación del Derecho se lleva a cabo generalmente por medio de la interpretación analógica, instrumento fundamental de la jurisprudencia. El positivismo sostiene que la integración es una actividad puramente interpretativa porque el razonamiento por analogía es puramente lógico, de tipo silogístico, que se limita a poner de manifiesto ciertas consecuencias implícitas en las premisas dadas.

- *Analogia legis*: o interpretación analógica en sentido estricto. El razonamiento por analogía tiene estructura similar al silogismo, sólo que su premisa menor consiste en una afirmación de semejanza, no de identidad.

Sin embargo, la semejanza entre el sujeto y el término medio puede ser relevante o irrelevante, y la conclusión es exacta sólo cuando la semejanza es relevante. Para establecer la relevancia, se dice que, puesto que dos objetos son semejantes cuando tienen algunos caracteres en común, la semejanza es relevante cuando el elemento común es la condición suficiente por la cual le podemos atribuir un cierto predicado.

En el caso de la interpretación analógica de las normas, la semejanza relevante se determina cuando ambos casos responden a la misma *ratio legis*, es decir, cuando el elemento que llevó al legislador a dictar una determinada disciplina jurídica para el primer caso está presente también en el segundo: la *ratio legis* constituye la característica común suficiente para legitimar el razonamiento por analogía, es la *ratio* de la norma la que le permite regular casos no previstos expresamente en ella.

La interpretación analógica, como sabemos, existía desde antes: la novedad que aporta el positivismo jurídico es el fundamentarla en la voluntad del legislador. Se apela a la voluntad *expresa* en la interpretación en sentido estricto, y a la voluntad *presunta* en la integración.

Muchos estudiosos cuestionan el carácter puramente lógico del razonamiento por analogía; por consiguiente, se niega el carácter interpretativo de la extensión analógica.

- **Interpretación extensiva:** es una forma menor del razonamiento por analogía. En la *analogia legis* se formula una norma nueva similar a la que ya existía, para regular un caso no previsto en la norma existente pero semejante a él; en cambio, en la interpretación extensiva se aplica la misma norma a un caso no previsto pero similar al expresamente regulado. Es difícil diferenciar una y otra interpretación.
- **Analogia iuris:** consiste en recurrir a los principios generales del ordenamiento jurídico. Es diferente a la *analogia legis*, porque no se basa en un razonamiento por analogía, sino en un doble procedimiento de abstracción y subsunción de una especie en un género:
  - **Abstracción:** se obtienen los principios generales del ordenamiento jurídico. A partir de un conjunto de reglas que regulan determinada materia, se extrae inductivamente una norma general no formulada por el legislador, de la cual las normas singulares establecidas son aplicaciones particulares.
  - **Subsunción:** una vez formulada la norma general, el jurista la aplica en aquellos casos que, a pesar de no estar regulados en normas singulares expresas, pueden reconducirse al ámbito de los casos previstos por la norma general.

El positivismo concibe la ciencia jurídica como constructiva y deductiva, denominada generalmente *dogmática del Derecho*: se elaboran conceptos jurídicos fundamentales extraídos del propio ordenamiento jurídico (y que, por tal motivo, no podrían cuestionarse) y, apoyándose en ellos, el jurista debe obtener mediante deducción lógica las normas que sirven para resolver todos los casos posibles.

Se critica al positivismo su carácter de formalismo: en la interpretación concede una prioridad absoluta a las formas, es decir, a los conceptos jurídicos abstractos y a las deducciones puramente lógicas que de ellos pueden extraerse, en detrimento de la realidad social que está detrás de las formas, de los conflictos de intereses que el Derecho regula (que, según los adversarios del iuspositivismo) deberían guiar la actividad interpretativa del jurista.

## **B. Examen crítico de las tesis**

“La cuestión básica, que domina todo el panorama actual de la ciencia jurídica, es la revisión del positivismo, que había prevalecido en ella durante el último siglo y medio. La instauración del Estado legislador, llevada a término por la Revolución francesa, trajo la pretensión nueva de reducir el derecho a un conjunto sistemático y cerrado de normas positivas y la exclusión en él de

todoa referencia al valor material de la justicia, que, únicamente al legislador, y no al aplicador del derecho, correspondía atender. (...) Efectuada una caracterización lucidísima de los cuatro (4) motivos en que se cimenta la contemporánea revisión crítica del positivismo, concluye García de Enterría: ‘Todo ello está conduciendo al pensamiento occidental a una concepción sustancialista y no formal del derecho, cuyo punto de penetración, más que en una metafísica de la justicia, en una axiomática de la materia legal, se ha encontrado en los principios generales del derecho, expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos, y susceptibles, por consiguiente, de una seguridad de funcionamiento y de manejo que se volatizaría si el tradicional lugar de la ley pretendiese ser sustituido por una abstracta e indeterminada invocación de la justicia, o de la conciencia moral o de la discreción del juez’ (...) Al momento que vive hoy la ciencia del derecho se refiere la acotada oración de Beling: ‘*Ya hemos despertado del sueño del derecho positivo*’<sup>1853</sup>.

Norberto Bobbio nos ayuda a formarnos una perspectiva más completa de las críticas al positivismo jurídico. Recordemos que hasta aquí hemos estudiado las *teorías* o tesis que inspiran los Preceptos Fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico que venimos estudiando (y está pendiente todavía ver si se reflejan o no fielmente en nuestra legislación), y al respecto Bobbio afirma que “De una teoría nosotros podemos decir que es *verdadera* o que es *falsa* (según sus enunciados correspondan o no con la realidad). No tiene sentido, en cambio, predicar la verdad o falsedad de una ideología puesto que esta última no pretende describir la realidad, sino influir en ella”, aunque, como hemos dicho antes, aún la ideología estará necesariamente basada sobre una determinada teoría que busca explicar esa realidad sobre la cual pretende influir, por lo que sí cabe el examen crítico de las teorías que fundamentan una ideología. Recuerda el autor que “el proyecto del positivismo jurídico era el de adoptar una postura neutral frente al Derecho, para estudiarlo tal como es y no como debería ser: es decir, la pretensión de ser una teoría y no una ideología. Pues bien, puede decirse que el positivismo no ha llegado a ser completamente fiel a su propósito porque en realidad no sólo es una determinada forma de entender el Derecho (de considerar sus caracteres constitutivos), sino que contiene también una determinada pretensión sobre cómo debe ser el Derecho; no sería, pues, sólo una teoría, sino también una ideología”. [...] Esta distinción entre teoría e ideología del iuspositivismo es importante porque nos ayuda a comprender el significado de la polémica antipositivista. En efecto, las críticas al positivismo jurídico provienen de ámbitos diferentes y se dirigen a dos aspectos también diferentes: por una parte, la corriente del realismo jurídico (o jurisprudencia sociológica) critica sus aspectos teóricos afirmando que no representan adecuadamente la realidad efectiva del Derecho; por otra, la resucitada (o quizá mejor, la rejuvenecida) corriente iusnaturalista critica los aspectos ideológicos del iuspositivismo, poniendo de manifiesto las funestas consecuencias que derivan de él. Por ello habría que distinguir la crítica de los *errores* de la crítica de los *horrores* del positivismo jurídico<sup>1854</sup>.

<sup>1853</sup> Valencia Restrepo, Hernán. *Ob. Cit.* Páginas 22 y 23.

<sup>1854</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Páginas 227 a 229. Añade que “Esta última ha llegado a tener gran importancia en los últimos quince años porque el positivismo jurídico ha sido considerado como una de las causas que han provocado, o que han fomentado, la aparición de los regímenes totalitarios europeos y, en particular, del nazismo alemán”. Por ejemplo: “Adolf Eichmann jugó un papel determinante en la persecución de los judíos en Europa (...) y en lo que se conoció como ‘*la solución final*’ a la cuestión judía, que culminó con lo que en la Historia se conoce como *el holocausto*. (...) En su alocución [ante la Corte Suprema de Israel] toda su defensa se basó en que él únicamente acató las órdenes que recibió de sus superiores, órdenes que fueron giradas de acuerdo a la situación que se vivía en ese momento y a las leyes marciales existentes, leyes hechas por los políticos del gobierno. De este modo, concluía que los verdaderos culpables de los delitos de los que se le sindicaba eran sus superiores y aquellos quienes habían formulado dichas políticas y leyes. (...) para Eichmann es la ley del legislador la única que cuenta y la única que hay

“El positivismo jurídico, al definir el Derecho como un conjunto de mandatos promulgados por el soberano, introduce únicamente en su definición el elemento de la *validez*, y por ello considera como normas jurídicas todas las producidas en la forma establecida por el propio Ordenamiento jurídico, prescindiendo del hecho de que sean o no efectivamente aplicadas en la sociedad: en la definición del Derecho no se introduce el requisito de la *eficacia*”. En cambio, para la corriente del *realismo jurídico* (que Bobbio describe como “una corriente jurídica contemporánea (...) que puede ser considerada como una parte del positivismo jurídico en sentido amplio”) “El Derecho, se dice, es una realidad social, una realidad de hecho, y su función es la de ser aplicado (...) el Derecho es el conjunto de reglas que son efectivamente cumplidas en una sociedad. (...) La diferencia entre la definición iuspositivista y la realista nace, en último término, de la manera diferente en que identifica las fuentes del Derecho. (...) Al hablar de la eficacia, los realistas hacen referencia al comportamiento de los jueces, esto es, de quienes deben hacer respetar las reglas de conducta impuestas a los ciudadanos: normas jurídicas serán, por tanto, aquellas que los jueces aplican en el ejercicio de sus funciones, o sea, en la resolución de conflictos”<sup>1855</sup>. Desde luego que el problema de la eficacia del Derecho no se limita a una cuestión tan sencilla como si el juez arbitrariamente decide aplicar o no la norma legislada: ello presupone que dichas normas de por sí reúnen todas las condiciones necesarias para ser aplicadas, cosa que no es verdad. El problema de la eficacia del Derecho es complejísimo, e incluye, por esbozar tan sólo algunos factores entre varios:

- La técnica jurídica y la noción de Derecho de los abogados, jueces y demás operadores de justicia: porque el juez debe fallar conforme a lo alegado y probado por las partes, de donde las deficiencias del abogado repercuten en limitar la capacidad del juez para administrar justicia, y éste a su vez puede tener una ideología jurídica que –por más que el abogado alegue brillantemente– le lleve a no realizar el Derecho en un caso concreto.
- La noción de Derecho y la ideología de los legisladores: porque ellos pueden basarse en falsas teorías sobre el Derecho, el hombre y la sociedad y, como consecuencia, su acción estará guiada por criterios que no pueden llegar a producir la realidad social que el legislador pretende, a influir de forma negativa o contraproducente en la sociedad, o incluso a dar un resultado rotundamente contrario a lo que el legislador pretendía lograr mediante tal o cual norma.
- El funcionamiento de las instituciones y organismos del llamado ‘sector Justicia’: por ejemplo, en el ámbito penal, una sentencia absolutoria implica siempre que o se persiguió a un inocente o se dejó libre a un culpable; en ambos casos, no se realizó el Derecho y se incurrió en gasto infructuoso de recursos. El Ministerio Público, la Policía, los juzgados, se señalan mutuamente. En realidad, conforme al marco institucional establecido, cabe atribuir la principal responsabilidad a una inadecuada investigación y técnica probatoria por parte del ente que ejerce la acción pública penal.
- La inadecuada normativa y recursos atinentes a la administración de justicia: si bien es cierto que hay sobreabundancia de procesos en trámite que hacen humanamente imposible dar cumplimiento a los plazos legales, también lo es que existen normas que propician

---

que obedecer”. Todo lo alegado por Eichmann se sintetiza en esta frase que pronunció en dicha ocasión: “Yo no hice sino obedecer el derecho de mi país”. (Argueta Pinto. *Ob. Cit.* Páginas 33 y 34).

<sup>1855</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Páginas 151 a 153.

una peor situación, por cuanto establecen procedimientos y trámites engorrosos, o no configuran la adecuada estructura de incentivos a la ética laboral de los operadores de justicia; sumado a ello, el ya tan consabido problema de la asignación presupuestaria al Organismo Judicial, que impide la implementación de más y mejores juzgados para tramitar la amplia y numerosa demanda de justicia.

Desde luego que no corresponde a nuestro trabajo enfocar todo el amplísimo panorama de la problemática en torno a la configuración en Guatemala de un auténtico y funcional Estado de Derecho, y por eso la enumeración anterior es limitadísima y muy general. Sí corresponde, en cambio, contribuir en la medida de nuestras posibilidades a la solución de uno de los factores que influyen hacia dichos fines, cual es la formulación de un criterio más sólido –teórico y práctico– sobre la interpretación, aplicación e integración de nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, debemos ahora realizar un breve examen crítico de las tesis de teoría jurídica que inspiran nuestros Preceptos Fundamentales, y luego ver en qué medida éstos se ajustan o no del todo a aquéllas, y cómo, con base en dicha evaluación, puede ello contribuir en pro de fortalecimiento y enriquecimiento de la vida jurídica nacional.

### a) La voluntad del legislador

Una primera crítica que podemos examinar está dirigida a cuestionar el concepto de ‘voluntad del legislador’ en cuanto a su formación y contenido. La Dra. Norma de Dengo nos resume así algunas críticas: “Las normas son la voluntad objetivada del legislador. El interés primordial de los legisladores es promulgar leyes, por medio de las cuales, se cumplan las políticas de Estado. Los legisladores también están presionados por los grupos de poder, por lo tanto, la intención que mueve al legislador, en muchas ocasiones, no es la justicia, sino el satisfacer los intereses de dichos grupos de poder”<sup>1856</sup>; “Dentro del sistema positivista, la Constitución política es creada por una Asamblea representante o un grupo de Notables, para que fijen la estructura jurídica de la sociedad. Tanto una Asamblea Constituyente como un grupo de Notables son electos popularmente o designados por alguna autoridad. En la mayoría de los casos las Constituciones han sido elaboradas por una Asamblea Constituyente, lo que implica que esta Asamblea está integrada por políticos, que como lo señala la teoría del ‘Análisis económico de la opción pública’ responde a intereses de grupos de presión, siendo esto, en muchos casos, un obstáculo para que las normas constitucionales sean de veras generales, abstractas y basadas en principios de conducta justa. Principios que tradicionalmente se han manifestado en las costumbres y que, por su valor, han llegado a formar parte de la tradición jurídica del pueblo”<sup>1857</sup>.

Hayek observa que la idea de ‘voluntad del legislador’ tiene su origen en el racionalismo constructivista: “este enfoque ‘racionalista’ significa de hecho un regreso a los primitivos, antropomórficos modos de pensar. Reproduce una renovada propensión a atribuir el origen de todas las instituciones culturales a la invención o diseño. La moral, la religión y el derecho, el lenguaje y la escritura, el dinero y el mercado se concibieron como si hubieran sido construidos deliberadamente por alguien, o por lo menos como si parte de su perfección se debiera a semejante diseño”<sup>1858</sup>. “El error característico de los racionalistas constructivistas a este respecto estriba en que intentan basar sus argumentos en lo que se ha denominado la *ilusión sinóptica*, es decir, en la ficción de que todos los hechos relevantes son conocidos por alguna mente, y de que

---

<sup>1856</sup> Dengo, Norma de. La Certeza en el Derecho. Página 108.

<sup>1857</sup> *Ibid.* Página 98.

<sup>1858</sup> Hayek. Derecho, Legislación y Libertad. Página 28.

es posible construir a partir de este conocimiento de los particulares un orden social deseable<sup>1859</sup>, ficción que, en el contexto de la legislación parlamentaria, va de la mano con el dogma de la representatividad de los legisladores. El iuspositivismo afirma “que toda ley es producto de la razón o, por lo menos, que puede ser plenamente justificada mediante ella, (...) el positivismo [considera la ley] como una construcción deliberada basada en el conocimiento empírico de los efectos que podría tener en la realización de objetivos humanos deseables”<sup>1860</sup>. Concluye dicho autor que el positivismo jurídico “a un examen crítico aparece enteramente basado en lo que hemos llamado falacia constructivista. Él es efectivamente uno de los principales frutos de aquel racionalismo constructivista que, tomando literalmente la expresión de que el hombre ha ‘creado’ su propia cultura y sus propias instituciones, ha caído irremediablemente en la ficción de que toda ley es producto de la voluntad de alguien. (...) el antropomorfismo característico de la tradición positivista ha generado una curiosa perversión: del descubrimiento de que una institución cumple una función se saca la conclusión de que las personas que la desempeñan deben ser dirigidas en ello por alguna otra voluntad humana. Así, la acertada consideración de que la institución de la propiedad privada cumple una función necesaria para el mantenimiento del orden espontáneo de la sociedad conduce a la idea de que a tal fin se precisa el poder de dirección de alguna autoridad –opinión explícitamente formulada en las constituciones de algunos países redactadas bajo la inspiración positivista”<sup>1861</sup>.

Los dogmas positivistas del legislador racional, que determina fines y señala medios para alcanzarlos, que tiene una voluntad uniforme y coherente quedan así desvirtuados, y mal puede una práctica basarse en una teoría que no corresponde a la realidad. La llamada ‘voluntad del legislador’ (que fundamenta postulados de la interpretación) no es realmente uniforme y coherente, sino el resultado de la concurrencia de las voluntades de varias personas que integran una cámara legislativa, quienes en su actuar obran movidos por diferentes motivos y, sin necesidad de afirmar que tales motivos sean menos honestos, de todos modos ello significa que no existe tal cosa como una voluntad uniforme y coherente de un legislador, sino más bien un consenso, un compromiso que con frecuencia se basa en la búsqueda de un equilibrio de intereses políticos entre las distintas bancadas legislativas. Aún cuando fuere posible admitir la voluntad del legislador unitaria y coherente, dicha voluntad de todos modos no puede en la realidad entenderse que sea motivada por un conocimiento total y adecuado de los hechos en que su regulación se basa, ni de los que debe regular, ni –menos aún– de las consecuencias que de la aplicación de la ley pueden derivar, por lo que es irreal e irracional suponer que la voluntad del legislador sea completamente ‘racional’ en el sentido que le atribuye la doctrina iuspositivista. Esto es importante porque ayuda a matizar y comprender más racionalmente, más conforme a la realidad, el papel que dicha ‘voluntad’ puede o debe jugar en la interpretación de la ley. Además, aún cuando sí fuere concebible una voluntad del legislador basada en su capacidad de fijarse fines, siempre quedaría abierta a crítica la adecuación para dichos fines de los medios que se han implementado para conseguirlos. En resumen, no existe tal cosa como la ‘voluntad del legislador’ en el sentido que lo expresa el positivismo; si existiere, no se basa en el conocimiento suficiente que legitime circunscribir la interpretación de la ley a su relación con dicha voluntad en cuanto a la finalidad se refiere; si sí tuviere conocimiento suficiente, pueden existir medios más idóneos para lograr la finalidad que se plantea, distintos a los que el legislador ha señalado. Todo ello nos reconduce a la discusión sobre la eficacia del Derecho, así como sobre la certeza.

---

<sup>1859</sup> *Ibid.* Página 33.

<sup>1860</sup> *Ibid.* Página 42.

<sup>1861</sup> *Ibid.* Páginas 50 y 51.

Talvez, para efectos de interpretación, pueda hablarse de una finalidad en el sentido en que los romanos hablaban de la ‘utilidad’ que persigue la ley, pues es razonable pensar que, aun cuando no exista una ‘voluntad del legislador’ con todos los atributos cuasi-divinos que le atribuye el iuspositivismo, pueden existir ciertos consensos parlamentarios sobre determinados fines que se busca lograr mediante normas legisladas. Aún así, dichos fines quedan sometidos a crítica inmanente en relación con las normas y principios superiores que limitan el ejercicio de la función legislativa, así como en cuanto concierne a la adecuación de los medios para su realización. También cabe cuestionarse si tales fines que ‘el legislador’ se propone son congruentes con el marco jurídico fundamental (de ahí la posibilidad, por ejemplo, de declarar la inconstitucionalidad de leyes), y cuestionar si los criterios tenidos en cuenta por los legisladores al momento de formular una ley responden a una teoría en mayor o menor grado cercana a la verdad, es decir, si los razonamientos motivadores de la legislación tienen como presupuesto teorías que describan la realidad con suficiente adecuación o no, según el caso. Es en este sentido en que se entiende lo que afirma Ihering de que “el fin es el creador de todo derecho; no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico”<sup>1862</sup>; como se verá más adelante, Ihering en ninguna manera circunscribe el fin práctico al derecho legislado ni a la voluntad del legislador sino que, antes bien, refiere su análisis jurídico precisamente a la eficacia, la realización, del Derecho, y en ello se remite también a la realización del derecho aún antes o fuera de el derecho legislado, con lo cual nos plantea también la problemática en torno a las fuentes del Derecho.

## b) Una o varias fuentes del Derecho

Según Enrique Ghersi, “la metáfora hidráulica de que el derecho se origina en una fuente” se debe a Savigny, para quien la fuente del derecho era el espíritu del pueblo (*Volkgeist*) y “El derecho es obra, no de la voluntad arbitraria, según pretendía Rousseau, sino de la conciencia del espíritu del pueblo. (...) [Savigny] determinó que el papel del legislador no debe ser crear el derecho, inventarlo, sino más bien, depurarlo y ordenarlo en vista de las corrientes dominantes en el seno mismo de las sociedades o mejor de los pueblos”<sup>1863</sup>. Ghersi expone su teoría sobre el carácter competitivo de las fuentes del Derecho, afirmando que “la ciencia jurídica se ha servido con propósitos didácticos del concepto ‘fuentes del derecho’, pero que no ha elaborado, por lo menos a satisfacción, ni discutido a cabalidad, más allá de este conjunto de variadas clasificaciones más o menos arbitrarias, en qué consiste el funcionamiento de las fuentes mismas. (...) en la literatura jurídica, se habla de la existencia de fuentes formales como opuestas a las fuentes materiales y de otro lado se habla de la existencia de fuentes principales como opuestas a las fuentes secundarias. (...) No obstante esta insuficiencia de desarrollo analítico, creo que puede también ensayarse una apreciación adicional. Existe en la noción de ‘fuentes del derecho’ una suposición adicional común. A saber, en la literatura jurídica que hace mención del concepto se supone que las ‘fuentes del derecho’ se encuentran coordinadas de una cierta manera racional, en la cual hay una subordinación e inclusive una alternatividad entre unas y otras. La idea de jerarquía y exclusión entre fuentes es inherente al propio concepto y en el pensamiento civilista predominante (...).

“Para el derecho civil tradicional, el orden social es exterior a la sociedad. Por tanto, es un orden impuesto. Hay alguien que le da orden a la sociedad. Ese alguien es un sistema jurídico que

---

<sup>1862</sup> Ihering. *Ob. Cit.* Págs 37.

<sup>1863</sup> Ghersi, Enrique. Citando a A. Posada en *El Carácter Competitivo de las Fuentes del Derecho*. Edición electrónica.

ordena el caos. El presunto poder demiúrgico del derecho se encontraría implícito en los principios y las filosofías tradicionales que se nos enseña sobre el derecho. Esto nos hace sugerir que para el derecho civil, la forma de producir el derecho en la sociedad es monopólica; en la teoría general, si existe ella, la visión de las ‘fuentes del derecho’ tradicional supone que el derecho se produce monopólicamente en la sociedad. Para los jusnaturalistas, el derecho es consecuencia, reflejo de la ley natural; para los positivistas es consecuencia de la ley positiva, escrita; de hecho para Kelsen solo había una ‘fuente del derecho’, las demás eran fuentes del derecho en tanto y en cuanto no se contradecían con la ley escrita. Pero los jusnaturalistas y positivistas comparten la idea de que el derecho se produce monopólicamente.

“La teoría económica sugiere una visión totalmente distinta: el derecho se produce competitivamente, descentralizadamente. No hay tal cosa como una pirámide normativa. En la sociedad conviven simultánea y competitivamente diferentes proveedores de normas, diferentes ‘fuentes del derecho’. Si en la sociedad conviven diferentes ‘fuentes del derecho’ que compiten entre sí proveyendo normatividad, los usuarios del derecho se desplazan de una fuente del derecho a otra, en función de los costos y beneficios de cada proveedor de normatividad. Por ejemplo, en la sociedad rigen simultáneamente la ley, la costumbre como fuentes principales y otros procedimientos como la jurisprudencia o la doctrina, como fuentes secundarias. Comúnmente ocurre en la sociedad, que las personas se desplazan de la ley a las costumbres o de la costumbre a la ley en función de sus propios costos y beneficios, en función de sus propios intereses; cuando la ley se vuelve muy costosa, se desplaza a la costumbre, cuando la costumbre se vuelve muy costosa, se desplaza a la ley. En general la familia jurídica le da predominio a una de las dos ‘fuentes del derecho’: el common law se la da a las costumbres, a la forma consuetudinaria; el Derecho Romano Germánico a la ley. Lo que ocurre simplemente para la teoría económica es que no hay tal cosa como una producción monopólica de las normas jurídicas. En la sociedad hay una producción descentralizada, espontánea, el orden social es un orden espontáneo, no es creado por una autoridad central, sino por la sociedad, como una consecuencia no deliberada de la cooperación voluntaria de las personas. Luego, el derecho que se genera como consecuencia de la cooperación voluntaria de las personas es también un proceso espontáneo y descentralizado. Se crea por la ley y también se crea por las costumbres y son competitivos. En determinado momento puede ocurrir que las personas pasen de una fuente del derecho hacia otra. (...) Un equívoco adicional es pensar que la creación del derecho es gratuita. La utilización de cualquier ‘fuente del derecho’ es costosa. Ese costo es la cantidad de tiempo y de información necesarios para cumplirla. Luego, no es cierto que de suyo toda ley se cumple, ni que toda costumbre se observa. Ello sólo sucede cuando le conviene al usuario hacerlo. Si el costo excede a su beneficio, ni la ley se cumple, ni la costumbre se observa.

“Teniendo ingresos desiguales sacrifica más para cumplir con la ley el que menos tiene y sacrifica menos el que más tiene. Esta idea es sumamente importante porque generalmente los legisladores creen que uno puede convertir en realidad cualquier cosa a través de la ley, y eso no es verdad, porque toda ley lamentablemente tiene a la postre siempre efecto discriminatorio. Por eso, la teoría económica sugiere que, si en lugar de aumentar el número de leyes, éste disminuyera, el resultado probablemente sería mejor. Con independencia de su calidad, que, no obstante, puede ser críticamente importante, a menor cantidad de leyes, el resultado probablemente será mejor que a mayor cantidad, porque de suyo se discrimina menos, siendo el costo de la legalidad inversamente proporcional al ingreso de la población. (...) Sea lo que fuere, en nuestra opinión es en la capacidad de aprovechar el conocimiento infinitamente disperso en la sociedad donde la diferencia entre ley y costumbre se ofrece como determinante. La ley, al ser central y deliberadamente elaborada, tiene de suyo una menor capacidad para advertir, primero,



procesar, después, y aprovechar, finalmente, el conocimiento disperso en la sociedad que la costumbre, caracterizada precisamente por ser un fenómeno descentralizado y espontáneo. La conclusión a la que se puede llegar es que, independientemente de lo que el estado quiera, los ciudadanos optarán siempre por la ley o por la costumbre, según les convenga. Digamos que no es una decisión política lo que ocurre, sino una consecuencia de la conducta individual, habida cuenta de que el ser humano tiene por naturaleza una tendencia al comportamiento maximizador. Es decir, todos tendemos a hacer lo que nos beneficia y tendemos a evitar lo que nos perjudica. Siendo ello así, es perfectamente lógico que si nos perjudica la ley y nos beneficia la costumbre, en un determinado contexto institucional, tendamos a servirnos de ésta como ‘fuente del derecho’ en lugar de la ley”<sup>1864</sup>.

El punto fundamental que extraemos de la teoría de Ghersi es que, de hecho, en la sociedad se observarán distintas fuentes del Derecho independientemente de cómo se encuentre legislada la jerarquización entre ellas. Lo que esto nos plantea es cuestionar precisamente la eficacia de esa ‘voluntad del legislador’ que sirve de fundamento a toda la teoría de la ley como única fuente de calificación jurídica, pues confirma empíricamente que la dicha ‘voluntad’ no será siempre suficiente para producir la realidad que desean quienes formulan la legislación, sino que existen fuerzas y tendencias sociales que operan en un ámbito más allá del texto de la ley que, en aras de un mejor funcionamiento del ordenamiento jurídico nacional, deben ser tomadas en cuenta por el legislador para mejor adecuar la normativa vigente al entorno nacional. Con esto, puede considerarse como una especie de ‘primer paso’ hacia erosionar el dogma de la ley como expresión de la voluntad del legislador que plantea el positivismo jurídico. No obstante, debe considerarse también lo que sobre este particular observa Bobbio: “cuando los realistas hablan de eficacia del Derecho no se están refiriendo al comportamiento de los ciudadanos, esto es, no pretenden decir que son Derecho las normas aplicadas por estos últimos, y ello por dos razones: en primer lugar, si se admitiese una definición semejante del Derecho, éste no existiría porque no existe ninguna norma jurídica que sea respetada por todos los ciudadanos; en segundo lugar, es extremadamente difícil (y prácticamente imposible) llevar a cabo una investigación sociológica que determine en qué medida los ciudadanos aplican determinadas normas jurídicas –y, con ello, cuáles son las normas jurídicas”<sup>1865</sup>. Entonces, Ghersi no se ubica en la postura ‘realista’ como la caracteriza Bobbio, pero las observaciones que éste último hace sobre por qué el realismo jurídico no enfoca la cuestión de la eficacia sobre la conducta de los ciudadanos pueden servir para balancear críticamente las aseveraciones de Ghersi.

Ghersi presenta su teoría con la aspiración de que “sea sólo una provocación para el inicio de un fructífero debate”<sup>1866</sup>, es decir, él mismo no pretende haber pronunciado la última palabra al respecto. En la medida en que pretende fundamentar su explicación de las fuentes del Derecho sobre la teoría de los órdenes espontáneos de Hayek, le es aplicable la observación de que, aún dentro de dicha teoría hayekiana no cabría afirmar que por el mero hecho de que se observe una determinada costumbre en la sociedad ésta sea calificable como costumbre *jurídica*, pues recordemos todo lo que hemos citado que el propio Hayek explica sobre cómo su teoría no pretende caer en la falacia naturalista, ni afirmar que un patrón de conducta *deba* seguirse por el solo *hecho* de que se siga, así como que siguiendo la mera conveniencia fácilmente se llega a la destrucción de la libertad: el análisis costo-beneficio entre la observancia de la ley y la costumbre bien puede responder, al menos en determinados supuestos, a una consideración de lo que Hayek

---

<sup>1864</sup> *Ibid.*

<sup>1865</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Página 152.

<sup>1866</sup> Ghersi. *Ob. Cit.*

denomina “la mera conveniencia o eficacia” que acabaría con la libertad, al utilitarismo particularista y corto de miras que en nada contribuye a la preservación de los órdenes espontáneos. La respuesta que también Hayek da a tales interrogantes es precisamente la crítica inmanente, que nosotros por nuestra parte hemos caracterizado como el tema central de la técnica jurídica. Ghersi, por su parte, da muestras de estar conciente de esta limitante de su propuesta, cuando nos dice que “La perspectiva económica, sin embargo, no hace una apreciación moral del problema. Lo que trata de destacar es el desplazamiento que las personas hacen de un proveedor de normatividad hacia otro en función de los costos y beneficios de cada uno”<sup>1867</sup>, desplazamiento que consiste en un *hecho*, sujeto a crítica racional inmanente para que – complementándolo con otras nociones auxiliares de Derecho– pueda dársele su adecuada ubicación hacia un mejor entendimiento del fenómeno jurídico y, a la vez, adecuar la legislación a la realidad. Para sobrepasar la mera constatación *fáctica* de la teoría de Ghersi (que por ‘mera’ quiero indicar únicamente ‘circunscrita a un ámbito de explicación’, que no darle una inflexión despectiva como quien dijera ‘no atendible para nuestro entendimiento del Derecho’), la misma teoría de Hayek de los órdenes espontáneos en la cual Ghersi se basa nos da ya un marco de referencia para evaluar lo que el ‘desplazamiento entre fuentes del Derecho’ puede o no implicar a nivel normativo a la luz de la crítica inmanente del sistema normativo (espontáneo también) en el que dicho desplazamiento ocurre.

Seguidamente, aquí hemos de traer a la memoria la apreciación que sobre la teoría hayekiana hemos visto en la obra del Dr. Mayora, quien sostiene que la teoría de los órdenes espontáneos es insuficiente para fundamentar la legitimidad y justicia del derecho positivo, y aquí cabe entender por ‘positivo’ también la costumbre como la trata Ghersi, puesto que –como él mismo la presenta– se refiere a un ‘hecho observable’. Es por ello que Mayora coloca la teoría de Hayek en complementariedad con el iusnaturalismo clásico (romano-canónico o aristotélico-tomista). Esta complementariedad señalada por el mencionado autor, así como lo demás que en el presente estudio hemos conocido al respecto, nos ayuda a esclarecer otro punto en el planteamiento de Ghersi: él afirma que “para el jusnaturalismo, todo el orden jurídico debe estar sujeto bien a la ley divina –si es de origen religioso– o bien a la ciencia –si es de origen racionalista–, en base al principio de no contradicción y a una cierta jerarquía de normas” y que “es lógico suponer –sea nuestra filosofía la jusnaturalista o la positivista– que el derecho se origina monopólicamente”<sup>1868</sup>. Sin embargo, más adelante observa que “en el derecho civil no tiene nada de novedoso sostener que la costumbre deroga a la ley. De hecho, hasta las codificaciones del siglo XIX, tradicionalmente se había admitido esta posibilidad. En el marco del predominio jusnaturalista, por lo demás, es perfectamente consistente suponer que cuando la ley colisiona con la costumbre, es de derecho natural que ésta predomine. Así, el Digesto, Las Leyes de Toro, La Recopilación y sus derivados reconocieron siempre que el desuso derogaba a las leyes y que la ley divina era siempre un límite infranqueable para ellas”<sup>1869</sup>. Entonces, ello nos indica cómo en realidad el iusnaturalismo clásico (que, por cierto, no es ‘de origen religioso’, según ya hemos discutido) en realidad no caracteriza la producción de normativa jurídica como monopólica sino que, por el contrario y como Ghersi mismo ejemplifica, reconoce el carácter competitivo de las fuentes del Derecho al admitir la derogatoria de la ley por la costumbre: porque señalar un límite (derecho natural o ley divina; también ya hemos discutido la cuestión) a dicha competitividad y a la evolución, dejando que, dentro de ese límite, se produzca el libre juego de las fuentes del Derecho, no es lo mismo que negar a éstas su carácter competitivo; de ser así, entonces también

---

<sup>1867</sup> *Ibid.*

<sup>1868</sup> *Ibid.*

<sup>1869</sup> *Ibid.*

Hayek sería monopolista en el sentido de que señala límites (la libertad individual, la propiedad privada, etc.) a la 'libre' formulación de normas jurídicas. Entonces, podemos decir que la teoría de Ghersi está basada más en el análisis económico del Derecho, y que toma la teoría de los órdenes espontáneos como referente conceptual para su noción de orden social, pero que también en este caso la teoría hayekiana complementa las observaciones fácticas del análisis económico.

### c) Plenitud e interpretación

Sabemos que el dogma positivista de la plenitud del ordenamiento jurídico va estrechamente vinculado a sus postulados sobre interpretación, porque es precisamente a través de ésta que se implementa la completabilidad del ordenamiento y, a la vez, la noción de plenitud implica el señalamiento de límites para la interpretación.

Sobre el particular, el mismo Bobbio considera que las teorías del positivismo jurídico no corresponden a la realidad: “a) un Ordenamiento jurídico no es necesariamente coherente porque puede existir en él dos normas incompatibles entre sí y, sin embargo, ser ambas válidas (la compatibilidad no es un criterio de validez); b) un Ordenamiento jurídico no tiene que ser necesariamente completo, porque la plenitud deriva de la norma general excluyente o norma de clausura, que en la mayor parte de los casos –excepto en el Derecho penal– no existe; c) la interpretación del Derecho por el juez no consiste nunca en la mera interpretación de la ley sobre la base de un procedimiento puramente lógico: aunque no sea consciente de ello, el juez, para alcanzar una decisión, debe elegir, y para ello debe introducir siempre valoraciones personales que no están vinculadas al esquema legislativo que él debe aplicar”<sup>1870</sup>.

Con esto último, Bobbio afirma que *de hecho* nunca se produce una interpretación puramente lógica del Derecho. Sin embargo, nótese que afirma que el juez al decidir siempre elige, aunque no esté consciente de ello. Con esto, nos da la noción de que, mientras más consciente sea la elección que realice, más probable es que su decisión sea acertada: es decir, puede ser que de hecho el juez siempre elija y valore, pero si su elección y valoración las realiza dentro de un esquema mental en el que él piense que está haciendo –o que debe hacer– una aplicación mecánica, una interpretación estrechamente textual de la norma, su decisión probablemente será menos cercana a la realización de justicia que lo que sería si el juez actuara con la conciencia de que puede y debe elegir y valorar, que tiene mayores amplitudes y criterios de interpretación (que ¡la misma ley! le permite utilizar...). Por tanto, aunque Bobbio rechace la interpretación lógica o mecanicista sobre cuestiones de hecho, afirmando que no describe la realidad de la aplicación del Derecho, no basta limitarnos a ello, sino que es preciso aportar argumentos que nos señalen por qué –aun en el supuesto de que sí fuere posible una interpretación lógica y mecanicista– ésta no debe ser la que guíe la labor del jurista.

Norma de Dengo dedica un capítulo en su tesis doctoral a presentar las principales críticas contra la lógica deductiva en el Derecho: “En el siglo XX se escribió mucho para demostrar que el funcionamiento del derecho no consiste en una operación de lógica deductiva, o por lo menos, que no consiste solamente en eso. Juristas de Alemania, Francia, los países británicos, Hispanoamérica y los Estados Unidos de América, y de muy diversas escuelas, han sostenido que la vida del derecho no es un asunto de lógica ni debe serlo. La observación patentiza de hecho que la dinámica jurídica –la creación, el fundamento y la individualización del derecho–, no se desarrolla como un puro proceso lógico. Esta corriente se opone tanto a la escuela exegética

---

<sup>1870</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Página 241.

francesa como al positivismo jurídico, especialmente, al formalismo de Kelsen”<sup>1871</sup>. Citando a Antonio Hernández Gil, nos presenta las notas distintivas de la escuela exegética, siendo estas<sup>1872</sup>:

- El Derecho positivo lo es todo y todo el Derecho positivo está constituido por la ley; culto, pues, al texto de la ley; sumisión absoluta.
- Interpretación dirigida a buscar la intención del legislador. Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete.
- Este no tiene por misión hacer el derecho; el derecho está hecho. Detrás del derecho no hay más que esa interpretación que constituye la única fuente del Derecho positivo y es preciso traducir. El trabajo del legislador le compete a él solamente; de admitirse una interpretación creadora, los autores y los magistrados usurparían el poder de aquél.
- Descubierta esa intención y estableciendo el principio fundamental que consagra, es preciso obtener todas las consecuencias, dar a la norma la extensión de que sea susceptible, sirviéndose de un proceso deductivo.
- Se niega valor a la costumbre, las insuficiencias de la ley se saldan a través de la ley misma mediante la analogía.
- Y, en suma, se atribuye al derecho un carácter eminentemente estatal.

Entre las principales críticas se encuentra la que formula Ihering: “La función del derecho, en general, es la de realizarse. Lo que no es realizable nunca podrá ser derecho y, por el contrario, todo aquello que produce esta función será derecho aun antes de ser reconocido como tal (derecho consuetudinario). Así, pues, en el uso real está la primera consagración del derecho, y el único medio exacto de reconocer, además del texto que la ley y otra fórmula ha establecido, el comentario y la crítica de ese texto. *Usus longo tempore unus est legum corrector*, como dice Tito Livio (45.32). Ningún Código de leyes, ni colección sistemática del derecho, de una época o de un pueblo cualquiera, podrían ser suficientemente comprendidos sin el conocimiento de las condiciones reales de ese pueblo y de esa época; conocimiento que por sí solo explica la existencia de las reglas del derecho y su significación, y nos hace conocer los obstáculos o los medios que encuentra la eficacia de éste en las circunstancias de la vida”<sup>1873</sup>. “Ihering hace notar (...) que nada sería más erróneo que juzgar un derecho como un sistema filosófico y no considerarlo sino solamente desde el punto de vista de su mérito intelectual, el orden lógico de sus miembros y de su unidad. Poco importa que en ese aspecto, que no constituye su verdadero valor, aparezca como una obra perfectísima, si tal derecho no descansa por completo en el conocimiento de sus funciones prácticas. ¿De qué sirve, dice, que una máquina aparezca impropia para el uso a que la destina? Tal aspecto funcional y práctico del derecho no siempre ha sido tomado en la debida consideración. La falta de atención dedicada a esa función práctica del derecho, en algunas épocas, se debe a que cuando el derecho se sistematiza partiendo de principios y normas generales cobra un aspecto de organización lógica alejada de la realidad. (...) Otro de los errores señalados por Ihering consiste en suponer que deba considerarse un orden

<sup>1871</sup> Dengo. *Ob. Cit.* Página 85.

<sup>1872</sup> *Ibid.* Páginas 85 y 86.

<sup>1873</sup> Ihering. *El Espíritu del Derecho Romano.* Página 36.

jurídico positivo como emanación deductiva de una idea o de un plan, olvidando que el hecho de que las ideas se presenten compuestas de tal o cual modo no depende de exigencias lógicas, sino que depende precisamente del hecho de que en el modo como se presentan puedan satisfacer las necesidades de la vida social. Y acontece frecuentemente que el libre desenvolvimiento lógico de muchas máximas jurídicas tiene que ser suspendido o contrariado, precisamente para satisfacer de modo adecuado las necesidades que la vida social plantea. (...) ‘El Derecho, tal y como ha llegado hasta nosotros en sus formas legislativas, viene a ser como el diseño de una máquina. Ahora bien, una explicación cabal de esa máquina, así como una crítica de la misma, no podemos obtenerlas por la mera contemplación de aquel dibujo, sino solamente por la observación de cómo la máquina funciona de hecho’<sup>1874</sup>.

Para Ehrlich, “el error de la jurisprudencia conceptualista no consiste en el hecho de que trabaje con conceptos, pues es obvio que sin conceptos no puede haber ciencia, ni tampoco aplicación práctica de los resultados científicos. Su error consiste en que la construcción de sus conceptos es defectuosa, porque en la formación de cada concepto jurídico no toma suficientemente en cuenta uno de los elementos esenciales de éste, a saber: el interés particular que la regulación jurídica supone. Como efecto de esta omisión, el concepto defectuoso que se forma resulta demasiado amplio o demasiado estrecho; y entonces la subsunción de los hechos bajo tal concepto mutilado no lleva a un resultado satisfactorio. La lógica jurídica así entendida no suministra el medio para producir ideas creadoras, sino que enseña únicamente cómo llegar a otros pensamientos que se derivan de otros pensamientos de la voluntad del legislador. Los preceptos jurídicos generales y abstractos, las máximas universales básicas, y la analogía, no son verdaderas normas jurídicas para decidir sobre conflictos de intereses, ni sobre el alcance de la protección que aquellos intereses merezcan. La norma jurídica general no puede producir nada más que las decisiones que ya contiene previamente en términos abstractos; y, por más que se le exprima bajo el peso de toda lógica, no puede producir más”<sup>1875</sup>.

Con el pensamiento de juristas como Holmes, Cardoso y Pound, basado en sus experiencias como jueces, “se abrió paso la idea de que la labor del jurista, la del legislador y la del juez, no debe limitarse a un procedimiento meramente lógico, sino que debe contener además indispensablemente una gran dosis de conocimiento sociológico de las realidades actuales, que sirva como base de normas generales e individuales inspiradas en los criterios de justicia. (...) no se puede proceder con éxito a la producción legislativa o judicial de nuevas normas, ni a una interpretación de las antiguas, valiéndose para ello de métodos que son meramente deductivos. Ciertamente que el derecho es un instrumento para la vida social en vista a realizar fines humanos, dentro de las rutas varias y cambiantes de la historia. Para Pound la actividad judicial comprende siempre una valoración. Para valorar correctamente un problema jurídico o un litigio, es necesario captar plenamente el sentido y el alcance de todos los hechos implicados en tal problema –tanto si éste es de origen legislativo, como si es de origen judicial”<sup>1876</sup>.

Para el positivismo, que el juez no se aleje de la norma al interpretarla, que la aplique de modo lógico y mecánico, es una garantía de la *certeza jurídica*, que Bobbio caracteriza como “la ideología fundamental de este movimiento jurídico”<sup>1877</sup>, a la vez que como estrechamente ligada con el dogma de la plenitud del Derecho. Sin embargo, como hemos visto en las críticas, la

---

<sup>1874</sup> Dengo. *Ob. Cit.* Páginas 89 y 90.

<sup>1875</sup> Citado *Ibid.* Páginas 90 y 91.

<sup>1876</sup> *Ibid.* Páginas 92 a 94.

<sup>1877</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Página 210.

formulación abstracta de las normas requiere que, al momento de aplicarlas, el juez tenga en cuenta otros criterios que garanticen su adecuación al caso concreto, criterios que la idea positivista de la interpretación lógica y mecanicista de la norma simplemente no permite tener en cuenta.

#### d) La certeza jurídica

“Con frecuencia se asevera que el sistema jurídico positivista (...) brinda más certeza por ser un sistema objetivo, en el cual los jueces aplican la ley dogmáticamente, mientras en los sistemas consuetudinarios más flexibles, le deja al juez la potestad de interpretar la norma (...). Esta flexibilidad del sistema consuetudinario, afirman los positivistas, no nos brinda la certeza racional que anhelamos”<sup>1878</sup>. Si se observa, entonces, ese vínculo tan íntimo entre certeza e interpretación, es de resaltar la observación que hace la autora citada, en el sentido de que en un sistema en que “se convierte al juez en un simple aplicador de normas, sin la posibilidad de ajustar la norma al caso particular”, siendo que “la norma muchas veces es o muy amplia o muy estrecha para el caso que se está juzgando, y necesita que el juzgador pueda efectuar ciertas modificaciones para la solución del caso, y que la sentencia sea justa”, entonces en un tal sistema mal podrá lograrse la sentencia justa en los casos que lo requieran, y que “para que las normas jurídicas sean eficaces es imprescindible que éstas respondan a las necesidades de la sociedad. Las nuevas realidades plantean nuevos problemas de regulación suscitados por conflictos, que no encuentran una solución correcta según las viejas normas. Por consiguiente, es necesario establecer nuevas normas, o desarrollar una nueva interpretación de las viejas reglas”<sup>1879</sup>. Es por eso que la autora concluye que existe más certeza jurídica en un sistema que permita mayor amplitud de interpretación al juez, pues hay más probabilidad, más posibilidad, de que se provea de una adecuada solución al caso concreto, entendida como una solución que tenga en cuenta los hechos e intereses que el caso específico presenta, en la medida en que tales elementos no se apeguen del todo a lo previsto por la norma general y abstracta legislada.

Hayek lo comenta de este modo: “Si el juez tuviera que limitarse a tomar decisiones que pueden deducirse lógicamente de reglas ya formuladas, con frecuencia no estaría en condiciones de resolver el caso de una manera adecuada a la función que el sistema de reglas en su conjunto debe cumplir. Esto arroja una importante luz sobre un problema muy discutido: la supuesta mayor certeza del derecho que se produciría en un sistema en el que todas las normas jurídicas han sido estatuidas de forma escrita o codificada y en el que el juez debería limitarse a aplicar estas reglas tales como han sido escritas. Todo el movimiento en apoyo de la codificación se apoyó en la creencia de que la misma aumentaba la capacidad de predicción de las decisiones jurisprudenciales. (...) Aun cuando la actividad legislativa puede sin duda aumentar la certeza del derecho sobre ciertos puntos particulares, tengo la convicción de que esta ventaja queda más que anulada por el hecho negativo de exigir que *sólo* lo que se formula en actos legislativos debe tener fuerza de ley. Entiendo que las decisiones jurisprudenciales pueden de hecho ser mayormente predecibles cuando el juez está vinculado por las concepciones difusas en torno a lo que es justo, aunque no estén sufragadas por la letra de la ley, que cuando debe limitarse a derivar sus propias decisiones de aquellas creencias aceptadas que han hallado expresión en la ley escrita. Que el juez puede, y debe, llegar a sus propias decisiones basándose exclusivamente en un procedimiento de inferencia lógica a partir de premisas explícitas, ha sido siempre, y debe ser por necesidad, una ficción, ya que el juez, de hecho, no procede nunca de este modo. (...) la

---

<sup>1878</sup> Dengo. *Ob. Cit.* Página 107.

<sup>1879</sup> *Ibid.* Página 108.

exigencia de que el juez derive sus conclusiones basándose exclusivamente en la ley escrita, y recurriendo a lo sumo a colmar las lagunas que evidentemente siempre existen inspirándose en principios no escritos, parece abonar más bien la idea de una disminución que no de un aumento de la certeza del derecho. (...) Una deducción lógica construida sobre la base de un número limitado de premisas articuladas verbalmente conduce siempre a seguir la ‘letra’ en lugar del ‘espíritu’ del derecho. (...) Sólo si se cree que todo el derecho no es sino la expresión de la voluntad de un legislador que lo ha inventado, más bien que la expresión de los principios requeridos por las exigencias de un orden global que funciona, sólo entonces la declaración previa de las normas vigentes se convierte en condición indispensable para el conocimiento del derecho. En efecto, es probable que pocos intentos de los jueces de mejorar el derecho hayan llegado a ser aceptados por los demás, a menos que vieran expresado en ellos lo que en cierto sentido ya ‘conocían’”<sup>1880</sup>.

Entre los factores que la autora señala para la precariedad de la certeza jurídica en un sistema positivista, el tema de la interpretación lo coloca en el primer lugar. Resulta irónico, entonces, que un sistema que busca mayor certeza a través de atarle las manos al juez –y al jurista– en la aplicación e interpretación de la norma, termina por menoscabar el mismo valor que supone su ideología central ya que limita tanto la aplicación de su propia normativa al extremo que, por sus mismas características de generalidad y abstracción, éstas resultan inadecuadas a algunos casos concretos. Entonces, quizás debamos buscar en la ‘adaptabilidad’ de la norma mediante su interpretación el factor decisivo para un acercamiento a la certeza jurídica y, a su vez, para dictaminar sobre el carácter más o menos ‘positivista’ de un sistema jurídico, ya que, como se ve, el tema que discutimos se caracteriza por su vinculación con la interpretación lógica y mecanicista de la norma.

También observa Hayek que “Es probable que actualmente se admita por lo general que ningún código está exento de lagunas. La conclusión que, a lo que parece, hay que sacar de esta situación es no sólo que el juez debe llenar tales lagunas recurriendo a principios aún no articulados verbalmente, sino también que, aun cuando las normas ya formuladas parezcan ofrecer una solución no ambigua, si se muestran en conflicto con el sentimiento general de justicia, el juez debe ser libre de modificar sus propias conclusiones si halla una norma no escrita que la justifique y que, una vez formulada, sea capaz de obtener el asentimiento general”<sup>1881</sup>. Con la última parte de la cita, Hayek parece estar haciendo un llamado a admitir la interpretación ‘anti-textual’, que está proscrita en el artículo 10 de la LOJ. Pero, ¿cuál es el verdadero sentido y alcance de ese artículo? Eso y más es lo que veremos a continuación, al examinar el derecho guatemalteco.

### C. Examen del derecho guatemalteco

Ahora que ya hemos expuesto en sus puntos fundamentales las tesis del positivismo jurídico, y las principales críticas contra ellas, estamos en capacidad de realizar un análisis de los Preceptos Fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico que nos permita responder a las interrogantes que al inicio de este capítulo planteábamos.

---

<sup>1880</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Página 149.

<sup>1881</sup> *Loc. Cit.*

A tal efecto, hemos de observar el reflejo de las tesis del positivismo jurídico en nuestra legislación, no sólo en la medida en que el mismo se produce, sino también (y quizá, principalmente) en la medida en que no lo hace.

### **a) Reflejo de las tesis iuspositivistas en la Ley del Organismo Judicial**

Para efectos de claridad, también en esta sección abordaremos el tema separando el comentario en ‘Fuentes’ e ‘Interpretación’.

#### **i) Fuentes**

En el artículo 2 de la LOJ, se establece claramente ‘la ley’ como fuente del ordenamiento jurídico, más aún, como *la* fuente, de donde se observa que nuestra legislación acoge la teoría de la ley como única fuente de calificación jurídica. Ello queda reforzado con el hecho de que la jurisprudencia, si bien se reconoce como fuente del ordenamiento jurídico, lo es de manera complementaria: el Diccionario de la Real Academia define ‘complementaria’ como “que sirve para completar o perfeccionar algo”. Entonces, la ley reconoce su insuficiencia, su necesidad de ser completada y perfeccionada, y a ello llama a la jurisprudencia, pero desde luego que –en cuanto la jurisprudencia será resultado de resoluciones judiciales– la misma ley le fija límites a su fuente complementaria al señalar cómo debe aplicarse, interpretarse e integrarse la ley. De igual manera, dicho artículo reconoce la costumbre ante falta de ley aplicable, y la costumbre delegada.

Los posibles defectos o imperfecciones de la ley están, además, explícitamente reconocidos en el artículo 15, que es precisamente el que establece que los criterios enumerados en el artículo 10 que integran lo que denominamos nivel interpretativo de ‘la ley aclarada’, operan “En los casos de falta, obscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley”: la obscuridad y la ambigüedad se ubican en la propia ley, en cuanto suscitan dificultades para su correcto entendimiento, pero la norma como tal sí existe; en cambio, la falta es, obviamente, el caso de cuando no existe la norma como tal; por su parte, la insuficiencia es como un intermedio entre la existencia y la inexistencia de la norma, pues ella existe pero no resulta suficiente para el caso específico.

#### ***Jurisprudencia y doctrina legal***

Un punto muy importante a este respecto es formarse un adecuado concepto sobre qué se entiende en nuestro ordenamiento jurídico por ‘jurisprudencia’<sup>1882</sup>. “El mayor problema que se encuentra al hablar del derecho nacional partiendo de lo que el artículo 2 de la LOJ establece sobre la complementariedad de la jurisprudencia como fuente del ordenamiento jurídico, es entender el alcance que esto tiene. Según se observa en la práctica, esta disposición tiende a interpretarse como una referencia a la llamada doctrina legal. Es este uno de los mayores obstáculos para lograr la aplicación correcta de la citada norma ya que, al entenderla de esta manera, se reduce gravemente el efecto que podría tener como fuente y vehículo para el desarrollo jurídico nacional. (...) Eduardo García Máynez, citando a Clemente de Diego, enuncia dos acepciones de la palabra ‘jurisprudencia’: ‘ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo’, por un lado, y por otro ‘conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones

<sup>1882</sup> He tratado anteriormente el tema en Gramajo Castro, Juan Pablo. La jurisprudencia en el ordenamiento jurídico guatemalteco, en Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín. Número 25, Junio 2007. En el presente estudio, cito de dicho artículo, agregando algunas correcciones y complementos que considero ilustran mejor lo que en planteé en el escrito original.



de los tribunales'. La primera acepción corresponde al concepto de jurisprudencia que se tenía en el Derecho Romano. La segunda es la que corresponde aplicar al presente estudio ya que, como dice De Diego, 'la aplicación del derecho incumbe a los tribunales como órganos específicos de esa función y de aquí que la jurisprudencia se refiera *per eminentiam* a la actividad de los jueces y tribunales'. A su vez, García Máynez, analizando el derecho mexicano, divide la jurisprudencia en obligatoria y no obligatoria. Por su parte, Manuel Ossorio define 'jurisprudencia' de la siguiente manera: '...se entiende por ***jurisprudencia*** la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. Así, pues, la ***jurisprudencia*** está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada. Sin embargo, en algunos países que cuentan con tribunales de casación, se considera que no todos los fallos judiciales sientan ***jurisprudencia***, sino únicamente los de dichos tribunales de casación, que constituyen la más alta jerarquía dentro de la organización judicial, y cuya doctrina es de obligatorio acatamiento para todos los jueces y tribunales sometidos a su jurisdicción'. (...)

"...dado que no existe en Guatemala una definición de jurisprudencia por parte del legislador, ha de entenderse el término según el DRAE, el cual lo define en esta forma: '(Del lat. *iuris prudentia*). **1.** f. Ciencia del derecho. **2.** f. Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen. **3.** f. Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes'. Tanto los autores citados como la Real Academia, concuerdan en que la principal acepción de 'jurisprudencia' equivale al conjunto de sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales. A la vez, todas estas fuentes se refieren además a lo que en Guatemala se conoce como 'doctrina legal', al hablar de que en algunos países únicamente se toma como jurisprudencia un cierto número de fallos consecutivos y concordes de determinado tribunal. Sin embargo, nótese que tanto los autores como el DRAE hacen referencia a esto luego de haber dado la noción primaria, más general, de lo que es jurisprudencia, de donde se sigue que esta otra manera de entender el término es secundaria, limitada a algunas legislaciones y circunstancias determinadas. Si bien al dar la definición primaria, o amplia, el DRAE utiliza la frase 'y doctrina que contienen', el mismo diccionario recoge la común idea de 'doctrina' como 'enseñanza', por lo que no implica una referencia al concepto de doctrina legal, que es propio de la ciencia jurídica y no del lenguaje. Por su parte, García Máynez divide la jurisprudencia en obligatoria y no obligatoria. Lo que él llama jurisprudencia obligatoria es equivalente, en líneas generales, a lo que el derecho guatemalteco denomina 'doctrina legal', mientras que la jurisprudencia no obligatoria se refiere a los fallos de los demás órganos jurisdiccionales. Sin embargo, más adelante se verá, al examinar la cuestión de la obligatoriedad, que estos términos no se ajustan del todo al derecho guatemalteco. Aún así, con todo lo anterior puede enunciarse que el término 'jurisprudencia' tiene dos acepciones o sentidos: *Amplio* (lo que se ha identificado en Ossorio y el DRAE como acepción primaria, y lo que García Máynez llama jurisprudencia no obligatoria) y *Restringido* (lo que en Ossorio y el DRAE se ha llamado acepción secundaria, y lo que García Máynez llama jurisprudencia obligatoria)"<sup>1883</sup>.

Luego de la publicación de lo que acabo de citar, continué mi investigación, buscando referencias en la doctrina de autores guatemaltecos y creo haber identificado algunos antecedentes sobre por qué se ha producido en nuestro país el criterio (erróneo) que identifica la jurisprudencia a que se refiere el artículo 2 de la LOJ con la doctrina legal: Mauro Chacón Corado llega a la conclusión de que "Puede entenderse así que la doctrina legal del CPCYM es la jurisprudencia de la LOJ, y que se trata de que la misma complementa la ley, de modo que concurre a integrarla, a darle su

<sup>1883</sup> Gramajo Castro. *Ob. Cit.* Páginas 55 a 57. Los resaltados son de los originales citados.

sentido. De esta manera se pone de manifiesto la función del recurso de casación que tiende a la unificación de la jurisprudencia, es decir, a la unificación de la interpretación del Ordenamiento [sic] jurídico privado para lograr, no sólo que la ley sea igual para todos, sino que también lo sea la aplicación que de la misma hacen los tribunales”<sup>1884</sup>. Igual criterio parece adoptar Mario Aguirre Godoy<sup>1885</sup>, quien enuncia que “Lógicamente, en nuestro medio, como la jurisprudencia no está contemplada específicamente como una fuente de nuestro ordenamiento jurídico, su valor está referido a la interpretación y aplicación que de las leyes haga la Corte Suprema de Justicia, en sus decisiones de casación”<sup>1886</sup>: estas palabras están contenidas en la reimpresión de la edición de 1989 de la conocida obra de Aguirre Godoy, lo cual me lleva a deducir que el criterio citado es, desde luego, anterior a la vigencia de la actual LOJ, que apareció precisamente en 1989, así como al Decreto 11-93. Por tanto, este criterio no resulta aplicable al contexto que en el presente trabajo se trata, por ser anterior a la vigencia de las normas analizadas pero, no obstante, puede ser útil referencia histórica, ya que, a mi juicio, permite valorar mejor el espíritu y sentido de las posteriores reformas, especialmente al apreciar que éstas ocurrieron precisamente cuando ya en Guatemala se tenía un concepto establecido de doctrina legal, mas no de jurisprudencia. Por otro lado, si bien Aguirre Godoy parece adoptar esa postura al tratar de la doctrina legal en el contexto de la casación, alguna indicación permite entrever que también acoge el sentido amplio de jurisprudencia, al ver el lenguaje que utiliza en las páginas 519 y subsiguientes de esa misma obra.

Nótese, además, que para emitir el referido criterio, Aguirre Godoy ha partido también, al igual que Mauro Chacón, de un análisis de los antecedentes de la institución en la legislación española, perfectamente comprensible dada la época en la cual redactó su obra el primero. En el caso del segundo, como lo expusimos en nota al pie anterior, considero que su criterio se explica por su coautoría con un autor español en la obra citada. En efecto, un ejemplo de la aplicación en ley de la acepción restringida se encuentra en la legislación española. España regula el tema de las fuentes del derecho en el Título Preliminar de su Código Civil: “de las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, específicamente el inciso 6 de su artículo primero (o artículo 1.6), en el cual se establece que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”<sup>1887</sup>. Asimismo, el artículo 1,692 numeral 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, anteriormente se refería a la infracción de doctrinas legales al regular el recurso de casación, pero se introdujo una reforma en 1984 para que su texto quedara como “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia”, a fin de concordar con la nueva redacción del Código Civil. Es importante señalar que, antes de la reforma de la LEC en 1984, los doctrinarios españoles dedicaron mucha atención al tema de la coexistencia de las posiciones jurídicas asumidas por el Código Civil y la LEC<sup>1888</sup>. Me parece que en este desarrollo de la doctrina española podría hallarse un antecedente de la postura que se

<sup>1884</sup> Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mauro. Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco. Volumen II. Página 336. Respecto a este autor, téngase en cuenta que la obra en que enuncia este criterio fue elaborada en colaboración con el profesor Juan Montero Aroca, catedrático procesalista y Magistrado del Tribunal Superior de Justicia en Valencia, España, donde se acepta la acepción de jurisprudencia que en este trabajo llamamos “restringida”, y precisamente, en la misma página citada, expone que “En España se ha entendido que la doctrina legal es la establecida en repetidas e idénticas resoluciones del Tribunal Supremo, de modo que emana únicamente de ese Tribunal y no de los inferiores”, e inmediatamente después de enunciar esto es que llega a emitir el criterio arriba citado.

<sup>1885</sup> Cfr. Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil. Tomo II. Volumen 2º. Páginas 502 a 505.

<sup>1886</sup> *Ibid.* Página 504.

<sup>1887</sup> Esta es una nueva redacción introducida por el Decreto 1.836/1974 de 31 de mayo.

<sup>1888</sup> Cfr. Aguirre Godoy, Mario. Ob. Cit. Páginas 502 a 503.

generalizó en Guatemala de equiparar jurisprudencia con doctrina legal, la cual no es aplicable a nuestro país, pues recordemos que en España sí se establece de modo expreso la jurisprudencia considerada en su acepción restringida (en el Código Civil), y la redacción de la LEC fue alterada de “doctrina legal” a “jurisprudencia” precisamente en virtud de que, en efecto, se habían vuelto sinónimos, es decir, en España se observa un proceso que considero gradualmente restrictivo de la noción de jurisprudencia, mientras que en Guatemala ocurre lo contrario: aquí la redacción y la cronología de vigencia y reformas del CPCYM y de la LOJ dan, más bien, la idea de un proceso expansivo de la noción de jurisprudencia.

Por su parte, Mario Efraín Nájera-Farfán inicia su análisis refiriéndose a los mismos tres sentidos en que se entiende “jurisprudencia” que ya he mencionado, y explica que “en su tercera y más restringida acepción, Jurisprudencia es [la actividad práctica de los Jueces de esclarecer y aplicar el Derecho vigente en cada caso concreto], cuando proviene del Tribunal Supremo y cuya reiterada opinión sobre supuestos de hecho idénticos o análogos, llega a constituir fuente obligatoria de Derecho dentro de los límites que la legislación de cada país le reconozca, constituyendo así la llamada doctrina legal. Es en esta última de sus acepciones que se le considera como una de las fuentes formales del Derecho y en lo que a nuestra legislación corresponde, he manifestado que así lo reconoce al incluir entre los motivos de casación la violación, aplicación indebida o interpretación errónea de doctrinas legales”<sup>1889</sup>. Es muy importante hacer ver que tanto Aguirre Godoy como Nájera-Farfán escriben antes de la aparición y vigencia de la actual LOJ y del Decreto 11-93. Es por ello que Nájera-Farfán sólo puede aceptar la jurisprudencia en su tercera y, a su propio decir, “más restringida acepción”, puesto que era el único caso en que un fallo judicial podría tener relevancia normativa o cuasi-normativa en aquella época, antes de existir nuestra actual LOJ. Sin embargo, me atrevo a afirmar que el criterio de Nájera-Farfán se inclinaría a tomar el actual artículo 2 de la LOJ como referente a la segunda acepción (amplia) de jurisprudencia, según se desprende de la lectura integral de su obra.

“La regulación de la doctrina legal en Guatemala se encuentra en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en concreto su artículo 43, así como en el Código Procesal Civil y Mercantil, en concreto sus artículos 621 y 627. Esto es lo que el derecho guatemalteco entiende por doctrina legal:

**“Artículo 43. — Doctrina legal.** La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido.

**“Artículo 621. — (...)** Se entiende por doctrina legal la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos.

**“Artículo 627. — (...)** Si se alegare infracción de doctrina legal, deben citarse, por lo menos, cinco fallos uniformes del Tribunal de Casación que enuncien un

---

<sup>1889</sup> Nájera-Farfán, Mario Efraín. Derecho Procesal Civil. Volumen I. Página 49.

mismo criterio, en casos similares, y no interrumpidos por otro en contrario. (...)

“De estas normas se desprenden las características generales de la doctrina legal, a saber: que constituyen doctrina legal tres fallos de la Corte de Constitucionalidad constituida en tribunal de Amparo<sup>1890</sup>, o cinco fallos de la Corte Suprema de Justicia constituida en tribunal de Casación, los cuales a su vez deben ser contestes y consecutivos, es decir, en el mismo sentido, no interrumpidos por otro en contrario. A partir de esto, existe la tendencia al interpretar el artículo 2 de la LOJ que por ‘jurisprudencia’ se entiende ‘doctrina legal’. Por este motivo, varios abogados no utilizan en su argumentación la jurisprudencia entendida en su sentido más amplio y correcto. Sin embargo, identificar la ‘jurisprudencia’ a que se refiere el artículo 2 de la LOJ con la doctrina legal es incorrecto.

“La redacción original del artículo 2, antes de las reformas del Decreto 11-93, era esta: ‘la jurisprudencia, establecida conforme la ley, la complementará’. Con esto, es fácil comprender por qué se da la interpretación que identifica jurisprudencia con doctrina legal, e incluso pensar que, con su antigua redacción, el artículo 2 de la LOJ efectivamente hacía referencia a la doctrina legal, ya que era el único caso que la ley establecía para invocar fallos judiciales (CSJ y CC) como fuente de derecho. Aún así, una interpretación más extensiva y flexible de la antigua redacción podría ser que por ‘establecida conforme la ley’ se quería dar a entender que debía referirse a sentencias firmes en las cuales se haya observado todo el debido proceso para producirlas.

“Sin embargo, la antigua redacción ya no está vigente, y en la forma actual se dice únicamente que ‘la jurisprudencia la complementará’. Cabe pensar que la eliminación de la frase ‘establecida conforme la ley’ se hizo precisamente para abrir el campo, para evitar que se entendiera como una referencia a la doctrina legal<sup>1891</sup>. Además, sería innecesario incluir en la LOJ la validez de la doctrina legal, puesto que ya se hallaba incluida tanto en la Ley de Amparo (para el caso de la doctrina legal emanada de la CC), como en el CPCyM (para la doctrina legal emanada de la CSJ), y estas leyes son, respectivamente, de jerarquía superior y de disposición especial. Asimismo, dado que la doctrina legal es una institución jurídica que ya se hallaba establecida y conocida en el país, la redacción de la LOJ se hubiera referido a ella por su nombre, es decir, como ‘doctrina legal’ y no como ‘jurisprudencia’, por lo que no cabe identificarlas, debiéndose entender ‘jurisprudencia’ en su sentido más amplio.

“El presupuesto de fondo que subyace tanto en el concepto de doctrina legal como en el de jurisprudencia, es que la ley por sí sola no es suficiente para aclarar todos los casos en que ha de aplicarse<sup>1892</sup>, y que por ello debe recurrirse a los fallos de los órganos jurisdiccionales. Esto se entiende muy bien en el ámbito constitucional, ya que no hay ley superior a ella y, por ello, su interpretación y aplicación por parte de la Corte de Constitucionalidad constituye una fuente idónea para resolver las dudas que se susciten en torno al alcance y sentido de su contenido. Más aún, la doctrina legal emanada de la CSJ en fallos de casación conlleva este mismo supuesto,

---

<sup>1890</sup> En realidad, es más amplio, ya que el artículo 190 de la Ley de Amparo nos habla de los “efectos jurisprudenciales” de las sentencias de inconstitucionalidad, y el artículo 2 de la misma ley establece su interpretación extensiva. Por tanto, la doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad emanará no sólo de sus resoluciones de amparos, sino también de las otras referidas.

<sup>1891</sup> Recuérdesse lo que ya expliqué anteriormente sobre cómo fue imposible conseguir mayor información sobre el Decreto 11-93, en parte debido quizá a las circunstancias históricas que rodearon su emisión.

<sup>1892</sup> El artículo 2 de la LOJ nos confirma que nuestra propia legislación reconoce la insuficiencia de la ley: de lo contrario, no aceptaría, por ejemplo, la costumbre “en defecto de ley aplicable”.

llevándolo a un ámbito aún más amplio, ya que la CSJ conoce no únicamente de materia constitucional, sino de la generalidad del ordenamiento jurídico nacional. En el mismo sentido, es importante notar que, en Guatemala, el amparo se extiende más allá de las disposiciones constitucionales, siendo procedente para proteger todos ‘los derechos que la Constitución y las leyes garantizan’ y que ‘no hay ámbito que no sea susceptible de amparo’. Dada esa particularidad, la doctrina legal que formule la CC constituida en Tribunal de Amparo, lógicamente podrá versar sobre cualquier aspecto del derecho guatemalteco. Por tanto, si ya en el caso de la doctrina legal ésta podría versar sobre ‘cualquier ámbito’ de nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia como fuente de derecho ha de entenderse también en su sentido más amplio, precisamente para que de esa manera cumpla su función de complementar la ley”<sup>1893</sup>.

En conclusión, una primera noción muy importante que hemos de extraer de lo expuesto hasta el momento, es que la “jurisprudencia” a que se refiere el artículo 2 de la LOJ como fuente complementaria del ordenamiento jurídico nacional *no* se refiere a la doctrina legal, sino que se refiere a la jurisprudencia en sentido amplio, es decir, a todos los fallos jurisdiccionales. Esto va ligado a la cuestión del carácter de la jurisprudencia, que abordaremos con mayor detenimiento más adelante.

Sobre la doctrina legal, lo que cabe afirmar es que se trata de supuestos en los que la ley atribuye una particular fuerza o valor a la jurisprudencia, le asigna concretos y especiales efectos jurídicos a su existencia, cual es el de hacerla obligatoria para los demás tribunales (la de la CC) o de convertirla en presupuesto que hace viable el planteamiento del recurso de casación (la de la CSJ) pero, en todo caso, se trata de una especie concreta del género jurisprudencia, tal como lo expone la doctrina, que en ningún caso debe confundirse limitando el género a la especie, es decir, no debe afirmarse que la ‘jurisprudencia’ a que la LOJ reconoce como fuente complementaria del Derecho sea únicamente la doctrina legal.

### *Costumbre*

Asimismo, también en el artículo 2 de la LOJ se reconoce la costumbre como inferior a la ley, en cuanto rige únicamente en defecto de ley aplicable o por delegación de ésta. Es decir, se reconoce en nuestra legislación como fuente de derecho la costumbre supletoria y la costumbre delegada. Al reconocer la costumbre supletoria, al admitir la posibilidad de que no exista ley aplicable, nuestra legislación está implícitamente aceptando su propia falta de plenitud. El artículo 8 establece la norma de que las leyes sólo se derogan por leyes posteriores, que es la fórmula que la doctrina nos señala que implícitamente excluye tanto la costumbre derogatoria (el desuso o *desuetudo*) como la interpretación contra ley. El desuso y la costumbre *contra legem* también están expresamente proscritos en el artículo 3.

Al respecto es de interés mencionar la Iniciativa de Ley 3334, presentada en el Congreso de la República el 13 de septiembre de 2005, dictaminada favorablemente por la Comisión Extraordinaria de Reformas al Sector Justicia el 25 de noviembre del mismo año, que desde entonces –según los archivos disponibles del Organismo Legislativo en su página de Internet– no ha vuelto a ser discutida. Dicha iniciativa busca reformar el artículo 6 de la LOJ, a fin de introducir una disposición según la cual una ley “si por circunstancias ajenas a su texto ha dejado de cumplirse, transcurridos cinco años después de su publicación, se tendrá por derogada”, y dicha “derogación operará de pleno derecho”, quedando “exceptuados de lo que dispone este

---

<sup>1893</sup> Gramajo Castro. *Ob. Cit.* Páginas 57 y 58.

párrafo aquellas leyes cuyo objeto determinado sea institucional o permanente”<sup>1894</sup>. En su dictamen, la Comisión afirma que “Existen en el ordenamiento jurídico, una serie de leyes que son derecho vigente, pero no positivas, algunas de ellas por su anacronismo, otras por su ineficacia y otras por el desuso, significando que es una ley que no ejerce ninguna función, es falta de uso o de ejercicio. Para la mayoría de las legislaciones, una ley sólo puede ser derogada por otra ley, y, en este sentido, su desuso no afecta su validez. Sin embargo, en el sistema jurídico guatemalteco, si le afecta, en virtud de que es derecho vigente pero no es aplicable, y, de allí deviene la necesidad urgente de derogarlas en forma expresa”<sup>1895</sup>. Tal reforma únicamente afectaría a aquellas leyes que se decreten para objetos específicos, es decir, no se configuraría una especie de *desuetudo* a nivel general, sino únicamente para aquellas leyes que “una vez cumpla con el objeto específico, para el cual fue emitida se eliminará del Ordenamiento Jurídico guatemalteco automáticamente, o bien transcurrido el plazo de cinco años después de su publicación se tendrá por derogada de pleno derecho, porque el objeto no se cumplió”<sup>1896</sup>.

Veamos tan sólo unos cuantos ejemplos de remisiones o referencias a la costumbre en algunas de las normas más importantes del país. En el Código Civil encontramos las siguientes disposiciones:

“Artículo 347.—Las cuentas deben ir acompañadas de sus documentos justificativos. Sólo podrá excusarse la comprobación de los gastos en que no se acostumbre recoger recibo”.

“Artículo 475.—Todo propietario tiene derecho de obligar a los vecinos propietarios o poseedores, al deslinde y al amojonamiento; y según la costumbre del lugar y la clase de propiedad, a constituir y a mantener a prorrata las obras que los separen”.

“Artículo 1050.—Las facultades y atribuciones de los albaceas, además de las que le designe el testador, serán las siguientes: (...) 1ª. Disponer y pagar los funerales del testador, con arreglo a lo ordenado por éste, y en defecto de tal disposición, según las costumbres del lugar y las posibilidades de la herencia”

“Artículo 1526.—Si el negocio fuere de aquellos en que no se acostumbra la aceptación expresa, o cuando el oferente la hubiere dispensado, se reputará concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación”.

“Artículo 1599.—Las cláusulas ambiguas se interpretarán con arreglo a lo que el uso y la costumbre determinan en el lugar en que el contrato se haya otorgado”.

“Artículo 1799.—Las cosas que se acostumbra comprar al gusto, o que las partes convienen en sujetar a prueba antes de comprarlas, no se consideran vendidas hasta que el comprador quede satisfecho”.

---

<sup>1894</sup> Congreso de la República de Guatemala. Iniciativa que dispone aprobar reformas al Decreto Número 2-89 del Congreso de la República, Ley del Organismo Judicial. Registro 3334. Folio 8.

<sup>1895</sup> Dictamen de la Comisión Extraordinaria de Reformas al Sector Justicia, en *Ibid.* Folio 6.

<sup>1896</sup> *Loc. Cit.*

“Artículo 1872.—No son revocables las donaciones remuneratorias, las que se hacen con motivo de matrimonio que se ha efectuado y los obsequios que se acostumbra por razones sociales o de piedad”.

“Artículo 1910.—Se entiende por reparaciones locativas las que según la costumbre del lugar son a cargo del arrendatario y, en general, las de aquellos deterioros que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario, sus familiares o dependientes”.

“Artículo 2005.—El contratista está obligado a hacer la obra de entera conformidad con las especificaciones del contrato y, a falta de ellas, en la forma, condiciones y calidades acostumbradas en el lugar en que la obra se ejecute y que sean necesarias para el uso a que se destina”.

El Código de Comercio nos ofrece los siguientes ejemplos:

“Artículo 278.—**Prohibiciones generales.** No pueden los dependientes derogar o modificar las condiciones generales de contratación o las cláusulas impresas en formularios de la empresa, ni exigir el precio de mercadería de las cuales no hagan entrega o remesa ni conceder prórrogas o descuentos que no sean los acostumbrados por la empresa, a menos que estén autorizados especialmente y por escrito por el principal”.

“Artículo 288.—**Derechos del agente.** Salvo pacto expreso que lo estipule de otra manera en cuanto a la remuneración del agente, éste tendrá derecho a una comisión sobre la cuantía del negocio que se realice por su intervención, de acuerdo con lo usos y prácticas del lugar”.

“Artículo 311.—**Las comisiones son personales.** La comisión deberá ser desempeñada personalmente por el comisionista, quien no podrá delegar su cometido sin estar autorizado para ello.

“Bajo su responsabilidad podrá emplear, en el desempeño de su comisión, dependientes en operaciones que, según costumbre, se confíen a éstos”.

“Artículo 670.—**Representación aparente.** Quien haya dado lugar, con actos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como su representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe”.

“Artículo 763.—**Responsabilidad bancaria.** Los bancos responderán frente al acreditado conforme a las reglas del mandato, y deberán cuidar escrupulosamente de que los documentos que el beneficiario presente, tengan la regularidad que establecen los usos del comercio”.

“Artículo 1,022.—**Divergencias.** Las divergencias entre asegurador y reasegurador, se resolverán por la cláusula de arbitraje que contenga el contrato, la cual expresará que los árbitros deben ser técnicos y tomarán en cuenta principalmente los usos y costumbres del reaseguro”.

El Código Procesal Penal también hace referencia a la costumbre en algunas de sus normas:

**“Artículo 25 Bis. Requisitos.** Para aplicar el criterio de oportunidad en los numerales del 1 al 5 establecidos en el artículo 25, es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado y se otorguen las garantías para su cumplimiento en el que, incluso puedan aplicarse los usos y las costumbres de las diversas comunidades para la solución de los conflictos, los principios generales del derecho o la equidad, siempre que no violen garantías constitucionales ni tratados internacionales en materia de Derechos Humanos”.

**“Artículo 552 bis. Juzgados de paz comunitarios.** (...) Dichos jueces resolverán por mayoría, previa deliberación, y ejercerán su competencia en la circunscripción territorial del Municipio. Presidirá el tribunal el juez de mayor edad y resolverán con arreglo a los usos y costumbres, la equidad y los principios generales del Derecho cuando ello fuere posible. Sus fallos no podrán violar la Constitución ni las leyes. La actividad judicial que desarrollen se efectuará conforme a los principios de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción que inspiran el sistema acusatorio”.

Nuevamente, es la normativa del Derecho del Trabajo la que nos ofrece numerosos ejemplos de referencia a la costumbre. Primero, la misma Constitución establece la costumbre como fuente de derecho en lo que se refiere al derecho al salario, al normar lo siguiente en su artículo 102, inciso g):

“Quienes por disposición de la ley, por la costumbre o por acuerdo con los empleadores laboren menos de cuarenta y cuatro horas semanales en jornada diurna, treinta y seis en jornada nocturna, o cuarenta y dos en jornada mixta, tendrán derecho a percibir íntegro el salario semanal”.

Por su parte, establece el Código de Trabajo:

**“Artículo 15.** Los casos no previstos por este Código, por sus reglamentos o por las demás leyes relativas al trabajo, se deben resolver, en primer término, de acuerdo con los principios del Derecho de Trabajo; en segundo lugar, de acuerdo con la equidad, la costumbre o el uso locales, en armonía con dichos principios; y por último, de acuerdo con los principios y leyes de Derecho común”.

**“Artículo 20.** El contrato individual de trabajo obliga, no sólo a lo que se establece en él, sino: (...) b) A las consecuencias que del propio contrato se deriven según la buena fe, la equidad, el uso y costumbres locales o la ley”.

**“Artículo 61.** Además de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus reglamentos y en las leyes de previsión social, son obligaciones de los patronos: (...) m) Permitir a los trabajadores campesinos que tengan su vivienda en terrenos de la empresa donde trabajan; que tomen de las presas, estanques, fuentes u ojos de agua, la que necesiten para sus usos domésticos y los de los animales que tengan; que aprovechen los pastos naturales de la finca para la alimentación de los



animales, que de acuerdo con el contrato de trabajo, se les autorice a mantener; que mantengan cerdos amarrados o enchiquerados y aves de corral dentro del recinto en que esté instalada la vivienda que se les haya suministrado en la finca, siempre que no causen daños o perjuicios dichos animales o que las autoridades de trabajo o sanitarias no dicten disposición en contrario; y que aprovechen las frutas no cultivadas que haya en la finca de que se trate y que no acostumbre aprovechar el patrono, siempre que el trabajador se limite a recoger la cantidad que puedan consumir personalmente él y sus familiares que vivan en su compañía”

“**Artículo 79.** Son causas justas que facultan al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo, sin responsabilidad de su parte: a) Cuando el patrono no le pague el salario completo que le corresponda, en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados. Quedan a salvo las deducciones autorizadas por la ley”.

“**Artículo 116.** (...) La labor diurna normal semanal será de cuarenta y cinco horas de trabajo efectivo, equivalente a cuarenta y ocho horas para los efectos exclusivos del pago de salario. Se exceptúan de esta disposición, los trabajadores agrícolas y ganaderos y los de las empresas donde labore un número menor de diez, cuya labor diurna normal semanal será de cuarenta y ocho horas de trabajo efectivo, salvo costumbre más favorable al trabajador. Pero esta excepción no debe extenderse a las empresas agrícolas donde trabajan quinientos o más trabajadores”.

“**Artículo 126.** Todo trabajador tiene derecho a disfrutar de un día de descanso remunerado después de cada semana de trabajo. La semana se computará de cinco a seis días según, costumbre en la empresa o centro de trabajo”.

“**Artículo 144.** Con el objeto de mejor aplicar los principios y disposiciones de este Código a las empresas agrícolas o ganaderas y a los trabajadores campesinos, el Organismo Ejecutivo mediante acuerdos emitidos por conducto del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, debe reglamentar el presente capítulo sobre las siguientes bases: (...) b) Dichos reglamentos deben emitirse tomando en cuenta los usos y costumbres de cada localidad; y pueden aumentar las garantías mínimas que el presente Código otorga a los trabajadores campesinos, en todos aquellos casos en que los correspondientes patronos acostumbren dar, deban legalmente o puedan por su capacidad económica, suministrar prestaciones mayores a esos trabajadores, tales como servicio médico y medicinas, viáticos, escuelas y maestros, gastos de defunción y de maternidad”.

El Decreto 76-78, Ley Reguladora de la Prestación del Aguinaldo para los Trabajadores del Sector Privado, establece:

“**ARTICULO 2.** La prestación a que se refiere el artículo anterior, deberá pagarse el cincuenta por ciento en la primera quincena del mes de diciembre y el cincuenta por ciento restante en la segunda quincena del mes de enero siguiente. Las empresas o patronos particulares que por convenios, pactos colectivos, costumbre o voluntariamente cubran el cien por ciento de la prestación de aguinaldo en el mes de diciembre, no están obligados al pago de ningún complemento en el mes de enero”.

“**ARTICULO 14.** Las disposiciones de esta ley deben observarse sin perjuicio de los derechos que correspondan a los trabajadores por razón de costumbre, convenio, disposición legal o reglamentaria, relativos a pago de salarios diferidos o acumulados”.

Por su parte, y también en el ámbito iuslaboralista, el Reglamento Para el Goce del Período de Lactancia dispone referencias a la costumbre, así:

“**Artículo 1o.** Toda madre en época de lactancia puede disponer en los lugares en donde trabaja, de media hora de descanso dos veces al día con el objeto de alimentar a su hijo, salvo que por convenio o costumbre corresponda un descanso mayor”.

“**Artículo 2o.** El período de descanso con motivo de la lactancia se fija en diez meses a partir del momento del parto, salvo convenio o costumbre más favorable a la trabajadora”.

El artículo 2 de la LOJ, al establecer la costumbre como fuente de Derecho “en defecto de ley aplicable” nos invita a realizar la siguiente reflexión: ¿cómo se concilia esto con el contenido del artículo 10? El artículo 10 de la LOJ establece lo que en doctrina hemos visto denominados como ‘medios de interpretación extra-textual o integradora’, que parten de la noción de que en la ley no existen lagunas, sino únicamente formulaciones incompletas de la voluntad del legislador. En congruencia con dicha doctrina, se habla de la norma general incluyente, que somete los casos no previstos a la disciplina de aquellos que les sean similares. Más aún, como comentaremos más adelante, el artículo 10 establece en nuestro país una interpretación integradora que va mucho más allá de lo que plantea la doctrina positivista tradicional. Sin embargo, en el artículo 2 se reconoce la costumbre que la doctrina llama ‘sin ley’ o ‘fuera de la ley’ (*consuetudo praeter legem*), que ya Bobbio nos había dicho que constituye como una especie de ‘máxima cesión’ –si se me permite el término– de la doctrina iuspositivista ante la costumbre, al decirnos que aquélla admite “como mucho” la costumbre *praeter legem*. Sin embargo, lo que esto ‘lógicamente’ implica es que la legislación está reconociendo la insuficiencia de la ley no sólo en sí misma, sino incluso en su integración extra-textual: es decir, puede con razón afirmarse que en el ordenamiento jurídico guatemalteco, la misma ley prevé la posibilidad de que ella sea insuficiente para normar todo caso previsto, *aún cuando se recurra a los criterios de interpretación extra-textual o integradora que establece el artículo 10 de la LOJ*. De no ser así, ¿qué sentido tendría admitir la costumbre *praeter legem*, si el dogma de la plenitud en su sentido más estricto y formal implicaría que no puede haber tal cosa como “defecto o falta de ley aplicable”? Pues, si no hubiere voluntad expresa del legislador, entonces lo que se aplicaría sería la voluntad presunta indagada mediante la interpretación integradora, que en dado caso sería *esa* la ley aplicable, pero sería siempre “ley aplicable”, sin necesidad de reconocer como fuente de Derecho a la costumbre *praeter legem*, que lógicamente implica, quizás no la negación del dogma de la plenitud (porque puede argumentarse que sigue siendo un ordenamiento en sí pleno porque la remisión a la costumbre la hace ‘la misma ley’), pero sí por lo menos el máximo grado de admisión de la insuficiencia de la ley en sí misma que admite la doctrina positivista. Y ese grado es el que admite la legislación guatemalteca.

La costumbre, cuando resulte aplicable conforme la legislación guatemalteca, únicamente puede regir si no es contraria a la moral o al orden público. En esa medida, queda sometida a esa crítica

racional e inmanente a que nos hemos referido. Sobre la moral, véase lo apuntado en el capítulo VII de este trabajo; sobre el orden público, “Ha preocupado la inseguridad jurídica, la incertidumbre, la arbitrariedad a que puede conducir el hecho de que no se haya podido delimitar apriorísticamente el contenido del orden público. De esa preocupación han surgido intentos doctrinales de hacer una determinación apriorística del contenido del orden público. (...) concluye Niboyet que: ‘No es posible enumerar *a priori* las leyes de orden público, puesto que guardan relación con el lugar donde se aplican y con el momento de su aplicación’. (...) Por ser cambiante el orden público de un lugar a otro y de una época a otra, juzga Niboyet que: ‘La apreciación del orden público corresponde al juez de cada país, estando comprendida esta función dentro de los límites de sus atribuciones. Es él quien tiene que apreciar en cada caso concreto si esta noción ha de intervenir’. Participa de este criterio Aguilar Navarro al indicar: ‘...hay que reconocer que el orden público marca una línea general indicativa, que sólo adquiere concreción y contenido posteriormente por la acción casuística de la jurisprudencia’. Nosotros estimamos al respecto que la intervención del Juez es de importancia superlativa en la determinación del orden público en cuanto a su contenido”<sup>1897</sup>.

### *Equidad*

Vinculado en doctrina con el tema de las fuentes del Derecho, veíamos la problemática en torno a la equidad. En Guatemala, ya hemos visto cómo se regula la ponderación de la equidad en la LOJ y otras normas. Conviene en este punto hacer mención de la institución del arbitraje. Mediante un acuerdo de arbitraje “las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ella respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”<sup>1898</sup>, pudiendo ser árbitros “las personas individuales que se encuentren, al momento de su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”<sup>1899</sup> pero “No podrán ser nombrados árbitro los miembros del Organismo Judicial”<sup>1900</sup>. Es decir, las partes en ejercicio de su autonomía privada sustraen la resolución de una determinada controversia del conocimiento de la autoridad judicial ordinaria y, entonces, en lugar de que la resuelva un juez, le atribuyen poder a otra persona para decidir la controversia. Los árbitros pueden resolver aplicando normas legisladas, pero también existe “El arbitraje de equidad (*ex aequo et bono*), también llamado amigable composición”, en el cual “los árbitros no se encuentran obligados a decidir en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo ‘en conciencia’ o ‘según su leal saber y entender’”<sup>1901</sup>. La ley reconoce fuerza ejecutiva a las decisiones del tribunal arbitral (llamadas ‘laudos’), y aplica el poder coercitivo del Estado para hacerlos cumplir, y en ese sentido puede decirse que el laudo llega a constituir ‘fuente de Derecho’: en el sentido muy concreto de que se convierte en una norma jurídicamente reconocida cuyo cumplimiento se hace obligatorio, coercible, para las partes; pero se trata de normas individualizadas, similares a los contratos (en efecto, se originan a su vez en el contrato de arbitraje, basado y dependiente sobre la disponibilidad de materia que posean las partes), y no de normas que por sí mismas vayan a tener repercusión en otros casos o materias de la vida jurídica nacional.

También en Guatemala resuelven “conforme a su leal saber y entender” los jurados que, en materia de emisión del pensamiento, se limitan a declarar la existencia o inexistencia de delitos o faltas, regulados en el Capítulo III de la Ley de Emisión del Pensamiento.

<sup>1897</sup> Arellano García, Carlos. *Derecho Internacional Privado*. Páginas 897 a 899.

<sup>1898</sup> Ley de Arbitraje, Decreto 67-95, artículo 4, numeral 1.

<sup>1899</sup> *Ibid.*, artículo 14, numeral 1.

<sup>1900</sup> *Ibid.*, numeral 3.

<sup>1901</sup> *Ibid.*, artículo 37, numeral 1.

Sobre la equidad interpretativa, es de vital interés para lo que desarrollaremos posteriormente en nuestro estudio, observar lo que dice al respecto Bobbio: según la doctrina iuspositivista, la equidad interpretativa no es admisible, y para confirmarlo dicho autor cita las disposiciones del Código Civil italiano que, al establecer los criterios de interpretación, no prevé el recurso a la equidad, sino únicamente el criterio literal, analógico, y principios generales del ordenamiento jurídico del Estado. Sobre el Código italiano anterior, añade que algunos estudiosos consideraban que podía referirse a la equidad cuando autorizaba el recurso a los principios generales del Derecho (aunque dicha opinión no tuvo mucho éxito, señala Bobbio).

En Guatemala, en cambio, el artículo equivalente al que Bobbio comenta (que es el 10 de la LOJ) sí hace referencia, en su inciso d), tanto a la equidad como a los principios generales del Derecho (que no a los ‘del ordenamiento jurídico del Estado’), de donde cabe concluir que, en nuestro país, sí está reconocida la equidad interpretativa, y así lo confirma la historia legislativa de la LOJ, recordando lo que ya vimos en torno al artículo 14 y su relación con el 10. La equidad interpretativa originalmente se había planteado en una forma mucho más plena y radical para nuestro sistema jurídico, en efecto, de una forma tal que algunos legisladores consideraron ‘peligrosa autorización’ al juez. Luego de atenuarlo mediante los cambios que la Comisión Legislativa introdujo a los artículos 12 (ó 13 bis) y 10, haciéndolos interrelacionarse para dejar la equidad en el marco de la integración extra-textual, no ya como criterio de interpretación de la ley siempre y en general. Con todo, aunque disminuida, la equidad interpretativa sigue siendo aceptada en el ordenamiento jurídico guatemalteco, con lo cual éste trasciende lo que la doctrina iuspositivista tradicional postula al no admitir dicho tipo de equidad.

### ***Límites de la legalidad y norma de clausura: reconocimiento de la esfera jurídica privada***

El artículo 4, al hacer referencia a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas y fijarlas como límite o frontera de juridicidad, en el sentido que todo acto que las transgreda será nulo (la nulidad, como sabe el jurista, es ‘la nada jurídica’, es jamás haber nacido a la vida jurídica), se vincula con la norma general excluyente o de clausura, pues implica que todo lo que no sea contrario a normas imperativas o prohibitivas expresas es susceptible de recibir calificación jurídica, lo cual a nivel constitucional se confirma al estipular nuestra Carta Magna, en su artículo 5, que “Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe”. Esto, como ya apuntaba Bobbio, es muy importante pues implica que lo que no esté prohibido ni imperado, está jurídicamente reconocido –constitucionalmente– como un *derecho*, es decir, como algo jurídicamente relevante, que integra la esfera de facultades de la persona y, por tanto, se impone a los demás el deber de respetar dicha facultad, y la persona tiene la facultad de accionar jurídicamente en procura de la tutela y reconocimiento –en su caso, del reestablecimiento– de su esfera de libertad individual, de su libertad de acción constitucionalmente garantizada.

### ***Jerarquía normativa y supremacía constitucional***

El artículo 9 consagra la teoría positivista de la jerarquía normativa, es decir, que en Guatemala se considera que las normas jurídicas, para ser tales, deben guardar coherencia con la norma superior que les reconoce tal calificación, al establecer criterios formales para su producción y reconocer autoridades a las que se les permite emitir dicho tipo de normas, dentro de los límites que cada norma jerárquicamente superior a su vez le señala.

El principio de jerarquía normativa en Guatemala se vincula y complementa con el de supremacía constitucional. A mi criterio, esto proporciona la clave para trascender el carácter puramente formal que el concepto de jerarquía normativa tiene en, por ejemplo, la formulación de Kelsen, ya que la Constitución establece los derechos fundamentales de la persona y expresa cuáles son la razón de ser y el fin supremo del Estado: con esto, no cabe decir que la legitimación de las normas jurídicas responda únicamente a criterios formales, sino que está sujeta a la crítica inmanente y racional que tiene como marco de referencia –entre otros– los principios constitucionales. La supremacía constitucional, además, no tiene carácter únicamente formal y jerárquico, sino que en nuestra legislación se erige como criterio primordial de interpretación de la ley, y no ya a nivel de integración, sino en la primera línea, en la vanguardia, de la interpretación de la ley en sí misma; en efecto, aunque parezca paradójico para la mente acostumbrada a pensar en términos de blanco y negro sobre las doctrinas iuspositivistas: en Guatemala, la interpretación textual de la ley *es* una interpretación que *de por sí* implica hacer referencia a determinados principios y criterios que van más allá del contenido textual de la norma aislada. Esto lo veremos más adelante, pero en este punto es importante resaltar como lo hemos hecho el carácter que la supremacía constitucional imprime a la jerarquía normativa y a la interpretación.

Por lo demás, dicho principio está positivizado no sólo en la LOJ, sino también en la Constitución Política de la República:

**“Artículo 204. Condiciones esenciales de la administración de justicia.** Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución Política de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”.

**“Artículo 46. Preeminencia del derecho internacional.** Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

También en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad:

**“Artículo 114. Jerarquía de las leyes.** Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala”.

**“Artículo 115. Nulidad de las leyes y disposiciones inconstitucionales.** Serán nulas de pleno derecho las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, si los violan, disminuyen, restringen o tergiversan.

“Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen las normas constitucionales son nulas de pleno derecho”.

Relacionado con dichos principios, es de resaltar el artículo 44 de la Constitución:

**“Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana.** Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

“El interés social prevalece sobre el interés particular.

“Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”.

Este último artículo lo considero de suma importancia en el contexto de lo que estamos estudiando, puesto que en su primer párrafo deja abierta la puerta para la argumentación en defensa de los derechos inherentes a la persona humana, refuerza a la vez que hace amplio el panorama de crítica racional e inmanente que constituye todo ejercicio de la técnica jurídica; es, si se quiere, uno de los fundamentos ‘legales’ del uso de la razón común de la humanidad en el derecho guatemalteco.

### ***Coherencia del ordenamiento jurídico***

En cuanto a la coherencia como elemento de la teoría del ordenamiento jurídico, la LOJ establece los criterios clásicos de la doctrina para la resolución de antinomias: el criterio jerárquico se halla establecido en el artículo 9; el de especialidad, en el artículo 13; el cronológico, en el artículo 8 que establece la normativa general sobre derogatoria de normas, y concretamente puede considerarse el criterio cronológico de prevalencia normativa expresado en sus incisos b) y c), aunque la LOJ incluye también una regulación extensa en el Capítulo III del Título I bajo el encabezado de “Aplicación de Leyes en el Tiempo”, que constituye el artículo 36. El mismo, aunque no está contenido en el Capítulo de Preceptos Fundamentales, es aplicable a todo el sistema jurídico nacional en virtud de la supletoriedad general de la LOJ:

**“ARTICULO 36. Ámbito temporal de validez de la ley.** Los conflictos que resultaren de la aplicación de leyes dictadas en diferentes épocas se decidirán con arreglo a las disposiciones siguientes:

- a) El estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá, aunque ésta pierda vigencia, pero los derechos y obligaciones anexos a él se subordinarán a la ley posterior, sea que esta constituya nuevos derechos u obligaciones, sea que modifique o derogue los antiguos.
- b) Los derechos de administración que el padre de familia tuviere en los bienes del hijo, y que hubieren sido adquiridos bajo una ley anterior, se sujetarán, en cuanto a su ejercicio y duración, a las reglas dictadas por una ley posterior.
- c) El menor que bajo el imperio de una ley hubiere adquirido el derecho de administrar sus bienes, no lo perderá bajo el de otra, aunque la última exija nuevas condiciones para adquirirlos, pero en el ejercicio de este derecho se sujetará a las reglas establecidas por la ley posterior.

- d) Si una nueva ley amplía o restringe las condiciones necesarias para ejecutar ciertos actos o adquirir determinados derechos, dicha ley debe aplicarse inmediatamente a todas las personas que comprende.
- e) Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra posterior; pero en cuanto a su ejercicio y cargas y en lo referente a su extinción prevalecerán las disposiciones de la nueva ley.
- f) La disposición jurídica constituida bajo una ley anterior, se conserva bajo el imperio de otra posterior.
- g) Las servidumbres naturales y voluntarias constituidas válidamente bajo el imperio de una ley anterior se sujetarán en su ejercicio y conservación a las reglas que establezca otra nueva ley.
- h) Las solemnidades externas de los testamentos y de las donaciones por causa de muerte, se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento; pero las disposiciones contenidas en ellos estarán subordinadas a la ley vigente en la época de la muerte del testador.
- i) En las sucesiones intestadas, el derecho de representación de los llamados a ellas, se regirá por la ley vigente en la fecha de la muerte del causante.
- j) En la adjudicación y partición de una herencia o legado, se observará la regla anterior.
- k) En todo acto o contrato, se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, exceptuándose las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos.
- l) Los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley, podrán probarse bajo el imperio de otra por los medios que aquella establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere.
- m) Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de las actuaciones judiciales prevalecen sobre las anteriores, desde el momento en que deben empezar a regir, pero los plazos que hubieren empezado a correr y las diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

En la Exposición de Motivos del anteproyecto de la Corte Suprema de Justicia se explica al respecto que “En este Capítulo, que consta de un solo artículo, se plasman las normas conforme a las cuales deben decidirse los conflictos que surjan con motivo de la aplicación de leyes dictadas en diferentes épocas. La aplicación de las leyes en el tiempo, se sitúa también dentro de las normas generales, pues, por su importancia y generalidad, son de aplicación universal dentro de nuestro ordenamiento jurídico. (...) Dichas normas son las mismas que se contienen en la Ley del Organismo Judicial, actualmente en vigor, sin introducirles cambios ni modificación alguna, por

estimarse que su claridad, precisión, valor y omnicomprensión de la problemática que la materia implica, son elementos suficientes para mantener invariables su vigencia”<sup>1902</sup>.

Cabe recordar que, aparte de estos criterios expuestos por la doctrina, en la legislación guatemalteca existe, como hemos visto, un criterio más, que podemos denominar ‘material’, y es aquel que establece la prevalencia de una norma sobre otra en virtud de la materia que regule: ejemplos de esto los vimos en el Código de Trabajo, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, y el Código Tributario. En caso de conflicto entre uno y otro criterio material, se acude para resolverlo a lo que podemos llamar una variación o modalidad del criterio jerárquico: así, por ejemplo, en la vida jurídica nacional se ha sostenido el criterio de que, en caso de conflicto entre normas laborales y normas tributarias, debe prevalecer la norma laboral ya que, aun cuando el Código Tributario y el de Trabajo son ambas leyes ordinarias (y el Tributario es ley posterior), e incluso cuando ambas materias tienen principios y normas establecidas de rango constitucional, el Derecho de Trabajo está tutelado en tratados internacionales y reconocido entre los denominados derechos sociales, por lo que conlleva una tutelaridad especial por parte del Estado a la vez que compromisos asumidos ante la comunidad internacional, mientras que la materia fiscal o tributaria hace referencia a aspectos financieros internos del Estado.

## ii) Interpretación

Los medios de interpretación que postula la doctrina positivista se encuentran también implementados en nuestra legislación. El artículo 1 de la LOJ hace referencia a la aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico nacional, y hemos visto que la ‘voluntad del legislador’ (al menos, la que expresaron el diputado Skinner Klee en su discurso ante el Pleno del Congreso, y los miembros de la Comisión Legislativa en su Dictamen) responde a la noción del positivismo de que la integración no constituye una creación del Derecho, sino una especie del género interpretación.

Expongamos, a modo de esquema, los medios de interpretación según se encuentran plasmados en la LOJ, siguiendo el mismo orden que al exponerlos en doctrina:

- Medios de interpretación *textual*:
  - El método **semántico** se encuentra recogido en el primer párrafo del artículo 10 y en el artículo 11.
  - El método **teleológico** se establece en el inciso a) del artículo 10.
  - El método **sistemático**, en el segundo párrafo del artículo 10.
  - El método **histórico** está plasmado en el inciso b) del artículo 10.
- Medios de interpretación *extra-textual o integradora*:
  - La **analogía legis** está contenida en el inciso c) del artículo 10.
  - La **analogía iuris** puede considerarse contenida en el inciso d) del artículo 10.

<sup>1902</sup> Corte Suprema de Justicia. Ob. Cit. Página 11.



Al respecto cabe hacer las siguientes observaciones: cuando el inciso c) del artículo 10 se refiere a “las disposiciones de *otras leyes*”, implícitamente está haciendo referencia directa a lo que en doctrina se ha llamado analogía en sentido estricto, ya que la interpretación extensiva consiste en aplicar al caso similar no *otra ley* sino la *misma norma* diseñada para un caso similar a la que ella ya contempla. Sin embargo, puede considerarse que la interpretación extensiva está permitida en Guatemala, ya que ésta no es más que una forma menor de la analogía y, mediante el argumento de que ‘si se permite lo más, se permite lo menos’, podemos afirmar que si la ley permite acudir a otras leyes para normar casos similares, más aún permitirá usar la misma norma para disciplinar un caso similar el que ella misma ya prevé.

Por otro lado, recordar lo que ya se dijo antes al tratar de la equidad: que el inciso d) del artículo 10 acoge no sólo el recurso a los principios generales del Derecho, sino también a la equidad, con lo que deja incorporada como criterio de interpretación en nuestro sistema jurídico la equidad interpretativa, cosa que la doctrina positivista tradicional rechaza. Además, arriba he dicho que la *analogia iuris* ‘puede considerarse’ incluida en esa norma, en la medida en que la misma hace referencia no –o no sólo– a los principios generales *del ordenamiento jurídico*, sino a los de *el Derecho*, cosa de cierta importancia que más adelante trataremos de esclarecer.

También es importante señalar que en el inciso a) del artículo 10, en que se establece el método teleológico, también se establece –junto a él– como criterio de interpretación el ‘espíritu’ de la ley: ya Bobbio nos decía cómo la interpretación según el espíritu de la ley va encaminada a hacer prevalecer el significado sobre el signo, contrariamente a la interpretación literal, en que prevalece el signo sobre el significado. Por eso, la interpretación según el espíritu se erige como en contraposición con la interpretación según la letra o método semántico. El iuspositivismo admite el método teleológico pues considera que el sentido de la ley se aclara mediante la indagación de la voluntad del legislador; en cambio, la indagación del espíritu la podemos entender como el medio que abre dicha voluntad del legislador a la crítica racional e inmanente que permite adaptar más a la realidad la norma legislada, ya que el espíritu de la norma o de la ley puede decirse que es algo objetivado (en términos de Popper, ubicaríamos el espíritu de la ley en el mundo tres), en la medida en que –como afirma Bobbio– atiende a un *significado*, que como tal no sólo va más allá del signo sino es a la vez independiente del sujeto que establece dichos signos; en cambio, la finalidad es algo subjetivo (voluntad del legislador, estado de conciencia, mundo dos de Popper). Entonces, si el dogma del legislador racional –con voluntad, que establece fines y elige medios para alcanzarlos– pretendería hacer dichos medios incuestionables, la interpretación del espíritu, en cambio, nos permite cuestionar en qué manera queda mejor servido el espíritu de la ley, es decir, cómo puede la ‘finalidad’ de la ley conseguirse más adecuadamente ante la eventual posibilidad de que los medios elegidos por el legislador no sean los idóneos.

Por último, es necesario exponer que, tomando en cuenta la naturaleza de los Preceptos Fundamentales que ya vimos, éstos están llamados a informar todo el ordenamiento jurídico, se erigen en criterios que se deben tener en cuenta siempre que se aplique, interprete e integre la ley. Entonces, podemos exponer más claramente la ‘paradoja’ que apuntábamos anteriormente: que en Guatemala, la interpretación textual de la ley *es* una interpretación que *de por sí* implica hacer referencia a determinados principios y criterios que van más allá del contenido textual de la norma aislada. Porque es el texto de la ley que los Preceptos Fundamentales deben guiar la aplicación de la ley, y en dichos preceptos se establecen principios tales como la interpretación conforme a los preceptos constitucionales, el ejercicio de derechos en buena fe, y la primacía del

interés social. Es decir, apelar a dichos criterios *no* es algo que ocurra únicamente cuando es necesario aclarar el sentido de la ley, sino que de por sí deben ser tomados en cuenta siempre, la ley en toda ocasión se debe aplicar e interpretar conforme a dichos parámetros, por lo que podemos afirmar que *en Guatemala la aplicación meramente lógica, formalista y mecanicista de la norma, es ilegal*, por cuanto ello implicaría desatender el imperativo de interpretar la ley conforme a los preceptos constitucionales y los principios de buena fe y primacía del interés social (principio que también es de rango constitucional, como vimos al citar el artículo 44 de la Constitución). Más adelante examinaremos cuál sea el sentido y contenido de dichos principios y preceptos, pero por el momento baste recordar lo que apuntaba la crítica de Ehrlich, quien considera que la aplicación lógica y mecánica de la norma general y abstracta es insuficiente para atender a los conflictos de intereses que el Derecho debe resolver en justicia. En Guatemala, en cambio, tenemos una norma con rango de precepto constitucional y de precepto fundamental de la LOJ que expresamente dice que el interés social prevalece sobre el interés particular: y, ¿qué sentido tendría señalar qué interés prevalece, si no fuera porque en la aplicación de la norma, en la resolución de los casos concretos, es posible –incluso obligatorio– tener en cuenta los intereses? Si el interés prevaleciente lo fijara el legislador en la formulación abstracta de la norma, no tendría sentido establecer una norma que obligue a hacer prevalecer un interés sobre otro al aplicar e interpretar la ley, pues en dado caso dicha prevalencia ya vendría ‘predeterminada’ por la norma legislada que el aplicador, el intérprete, se limita a poner en operación. Lo que esa norma nos indica es que los intereses en juego en una controversia jurídica *son* atendibles y, con ello, excluye –constitucionalmente– una interpretación lógica y mecánica de la ley. Pero (y esto es lo más paradójico –o bello– del sistema guatemalteco) sigue siendo una interpretación ‘textual’, pues el mismo texto de la ley es el que obliga –o, por lo menos, autoriza– a invocar, a tener en cuenta, a ponderar, el interés en juego.

A las distinciones que hicimos en el párrafo anterior les denominaremos, para efectos del comentario final que en unos momentos abordaremos, como ‘la ley en sí misma’ (la interpretación textual) y ‘la ley aclarada’ (la interpretación extra-textual o integradora), recordando que la interpretación textual está *per se* determinada por ciertos criterios que impiden que por ‘textual’ se entienda sinónimo de ‘lógica y mecánica’.

Con los breves comentarios anteriores, considero que nos queda claro que los medios de interpretación de la ley que acoge nuestra legislación positiva van más allá de la doctrina del positivismo jurídico al respecto, pues incorpora un par de criterios que el positivismo rechaza, y que permiten mayor apertura a la aplicación, interpretación e integración de la ley. Sin embargo, también Bobbio nos recuerda, respecto a la función interpretativa de la jurisprudencia que “resulta paradójico, las posiciones iuspositivistas en este punto no tienen nada de revolucionario sino que, por el contrario, son la fiel continuación de una tradición jurídica que se remonta a la Edad Media (y quizá aún más allá). (...) el positivismo se limita a continuar una concepción de la ciencia jurídica que está presente a lo largo de los siglos en la tradición jurídica, en particular a partir del momento en el que el Derecho se consolidó como cuerpo de normas dictadas por el legislador (la codificación justiniana); ya los juristas medievales, que se apoyaban en esa codificación, consideraban que su actividad estaba encaminada a encontrar en ella las reglas establecidas previamente, cuando menos, de forma implícita, por el legislador, las cuales regulaban todas las situaciones y relaciones sociales. En conclusión, el positivismo jurídico considera que la tarea de la jurisprudencia no es la *creación*, sino la *interpretación* del Derecho”<sup>1903</sup>.

<sup>1903</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Páginas 215 y 216.

Bobbio alude a la labor de los glosadores y comentaristas medievales que, si bien es cierto que puede considerarse que en determinado momento llegaron a degenerar en un culto al texto del *Corpus Iuris*, también lo es que precisamente su estudio de la compilación del magno Príncipe les permitió realizar aportes a la ciencia y práctica del Derecho en su época. Pero, y ¿cuáles fueron los principios y reglas de interpretación jurídica que bebieron aquellos juristas del medievo en su admirada fuente, el Digesto...? Sí... veámoslo a continuación.

## b) Técnica jurídica

Cuando el Digesto nos empieza a presentar los criterios de interpretación jurídica enunciados por los juristas clásicos romanos, lo hace precisamente a continuación de las citas que se refieren al carácter general de la ley, que vimos en la sección II, 2 del presente capítulo. Es con ocasión de ello que nos cita lo que dice Juliano: “Y por lo tanto, respecto de aquellas que primeramente se hallan establecidas, se ha de determinar con más certeza o por la interpretación, o por constitución del óptimo Príncipe”<sup>1904</sup>. Es decir, la interpretación para los juristas romanos tiene la función de determinar *con más certeza* la norma aplicable a aquellos casos que no se ajustan del todo a lo previsto en la ley, pues ésta únicamente regula lo que sucede ordinariamente, frecuente y fácilmente. Para la mentalidad romana, entonces, la interpretación tiene como presupuesto la insuficiencia de la norma general y abstracta para normar cada caso concreto y, como objeto, la certeza de la aplicación del Derecho en dicho caso. Nuestra legislación reconoce su propia insuficiencia en la manera y medida en que acoge la jurisprudencia y la costumbre como fuentes del Derecho, si bien –tampoco lo negamos– fijándoles limitaciones. La interpretación como vehículo de certeza dependerá directamente de la técnica jurídica del aplicador e intérprete del derecho guatemalteco, y por ello es que resulta tan importante precisar adecuadamente cuáles son los medios que para ello tiene su alcance y, más aún, cómo exactamente operan o pueden operar éstos dentro de nuestro marco legal.

Como criterio general de interpretación, dice Celso que “Las leyes se han de interpretar en el sentido más benigno, donde se conserve su disposición”<sup>1905</sup>, y Modestino añade que “Ninguna razón de derecho, ni la benignidad de la equidad permite, que las cosas que se introducen saludablemente por la utilidad de los hombres, las llevemos a la severidad con una interpretación más dura contra el bienestar de los mismos”<sup>1906</sup>. Lo que se desprende de este criterio de benignidad es que, al interpretar la ley para aplicarla, se debe tener como punto de referencia central la utilidad y bienestar de los hombres, que son seres humanos concretos involucrados en cada caso específico que se pone ante el jurista, y de esta manera es reconducible a la primacía de la persona humana, que es el criterio fundamentalísimo que inspira nuestra Constitución, que en su preámbulo dice “...afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad”, y que en su artículo 1 establece que “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”, es decir, que la persona y la familia constituyen la misma *razón de ser* del Estado, que

<sup>1904</sup> Digesto, libro XC, citado en Digesto, 1.3.11. “*Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretationes, aut constitutione optimi Principis certius statuendum est*”.

<sup>1905</sup> Digesto, libro XXIX, citado en Digesto, 1.3.18. “*Benignus leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur*”.

<sup>1906</sup> Respuestas, libro VIII, citado en Digesto, 1.3.25. “*Nulla iuris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem*”.

existe *para* su protección. Esto, a su vez, se halla integrado a las normas de interpretación que nuestra legislación establece, mediante el principio de supremacía constitucional, de donde se afirma que todo aquello que sea contrario al bienestar y utilidad de los hombres, todo aquello que sea contrario a la primacía de la persona y a la familia, es a su vez contrario al orden constitucional, contrario a la razón de ser del Estado de Guatemala, sea que dicho acto contrario a la razón de ser del Estado provenga de una autoridad o poder público, o de una persona individual o jurídica particular. Este principio, además, guía la técnica jurídica nacional en todo acto de interpretación de la ley, pues está consagrado en el nivel que hemos llamado ‘la ley en sí misma’, es decir, de ninguna manera es un criterio sustitutivo o supletorio, sino que es un criterio y punto de referencia fundamental e ineludible en toda aplicación de la ley, según el propio texto de la misma así lo manda.

Es también Celso quien nos dice que “Es contra derecho juzgar o responder en vista de alguna parte pequeña de la ley, sin haber examinado atentamente toda la ley”<sup>1907</sup>. Además, nos dice Gayo que “Habiendo de interpretar las leyes antiguas, he juzgado necesario remontarme antes a los principios de Roma, no porque pretenda escribir dilatados comentarios, sino porque considero que en todas las cosas es perfecto lo que consta de todas sus partes. Y en verdad, el principio es la parte más principal de cualquiera cosa. Además, si parece que no es lícito, por decirlo así, a los que en el foro defienden causas exponer al juez el asunto sin haber hecho ningún exordio, ¿cuánto más inconveniente será para los que prometen una interpretación, tratar desde luego la materia de la interpretación, omitiendo los comienzos, sin hacer mención del origen, y, por así decirlo, sin haberse lavado las manos? Porque, si no me engaño, estos prefacios nos llevan también con más gusto a la lectura de la materia propuesta, y cuando a ella llegamos, facilitan su más clara inteligencia”<sup>1908</sup>. Por su parte, nos dice Paulo que “Si se tratare de la interpretación de la ley, ha de investigarse primero, de qué derecho había usado antes la ciudad en semejantes casos; porque la costumbre es el mejor intérprete de las leyes”<sup>1909</sup>. Él mismo afirma también que “No es cosa nueva, que las leyes anteriores se interpreten por las posteriores”<sup>1910</sup>, “Pero también las leyes posteriores se interpretan por las anteriores, salvo si fueran contrarias”<sup>1911</sup>. Modestino afirma, con ocasión de las constituciones de los Príncipes, que “Las constituciones posteriores tienen más fuerza que las anteriores”<sup>1912</sup>.

La última de las anteriores citas puede tomarse como antecedente del criterio cronológico para resolución de antinomias. Sin embargo, hay en las otras citas una clara relación con el criterio sistemático e histórico de interpretación. El criterio sistemático, como sabemos, se ubica en los

<sup>1907</sup> Digesto, libro IX, citado en Digesto, 1.3.24. “*Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare, vel respondere*”.

<sup>1908</sup> Comentarios a la Ley de las Doce Tablas, libro I, citado en Digesto, 1.2.1. “*Facturus legum vetustarum interpretationem, necessario prius ab Urbis initiis repetendum existimavi, non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret. Et certe cuiusque rei potissima pars principium est. Deinde, si in foro causas dicentibus nefas, ut ita dixerim, videtur esse, nulla praefatione facta iudici rem exponere, quanto magis interpretationem promittentibus inconueniens erit, omissis initiis atque origine non repetita atque illotis, ut ita dixerim, manibus protinus materiam interpretationis tractare? Namque nisi fallor, istae praefationes et libentius nos ad lectionem propositae materiae producunt, et quum ibi venerimus, evidentiore praestant intellectum*”.

<sup>1909</sup> Cuestiones, libro I, citado en Digesto, 1.3.37. “*Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro eiusmodi casibus usa fuisset; optima enim este legum interpres consuetudo*”.

<sup>1910</sup> Cuestiones, libro IV, citado en Digesto, 1.3.26. “*Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur*”.

<sup>1911</sup> Comentarios a la ley Julia y Papia, libro V, citado en Digesto, 1.3.28. “*Sed et posteriores leges ad priores pertinentes, nisi contrariae sint*”.

<sup>1912</sup> Excusas, libro II, citado en Digesto, 1.4.4. “*Constitutiones posteriores fortiores sunt prioribus*”.

criterios atinentes a ‘la ley en sí misma’, por lo que la sentencia de Celso resulta perfectamente aplicable a nuestro sistema jurídico, ya que el artículo 10 de la LOJ establece que “el conjunto de la ley servirá para aclarar cada una de sus partes”, disposición que se ubica justo *antes* del “pero, los pasajes de la misma se podrán aclarar...”, lo que significa que el criterio sistemático no es para aclarar la ley, sino que de por sí debe atenderse al conjunto de una ley para aclarar sus partes y, por tanto, la interpretación *textual* de ‘la ley en sí misma’ no puede hacerse limitándose a una sola disposición, o al texto de un artículo aislado.

Por su parte, el criterio histórico es en Roma más amplio que la manera en que lo formula la doctrina positivista, ya que no se limita a la indagación de fuentes históricas que aclaren la ‘voluntad del legislador’, sino que implica una conciencia mucho más rica del profundo significado que para el entendimiento del fenómeno jurídico –y, por tanto, para la aplicación e interpretación del Derecho– tiene el conocer los antecedentes y raíces históricas no ya de un texto legislativo en concreto, sino en general del pueblo en que éste ha de aplicarse, y en concreto de su vida jurídica, su cultura normativa, todo lo cual remite a su vez a la necesidad de una adecuada teoría de la sociedad que permita interpretar adecuadamente dicho conocimiento sociológico con miras a su debida incorporación como factor de interpretación jurídica. En parte, dicho criterio histórico es el contenido en el inciso b) del artículo 10 de la LOJ. Por un lado, hemos visto que las mismas exposiciones de motivos de algunas leyes hacen referencia a cómo se regulaba tal o cual asunto en la ley anterior que normaba dicha materia, por lo que el estudio de los documentos históricos que rodean la formación y sanción de la ley necesariamente puede y debe llevarnos, cuando el caso lo requiera, a indagar sobre las variaciones legislativas a lo largo de nuestra historia jurídica nacional (es en ese sentido que las leyes anteriores y las posteriores sirven para su mutua interpretación) y, con ello, es posible también cuestionar la eficacia que una u otra disposición ha tenido en el pasado, en el contexto social de su época, a partir de lo cual es posible formular criterios que mediante la comparación e integración de estos datos nos permita entrever una interpretación de la norma que sea más acorde con las necesidades sociales, según si en el pasado disposiciones similares han resultado útiles y provechosas, o bien han tenido que ser abandonadas y reformadas por no ajustarse a la realidad. De esa forma, la historia fidedigna de su institución también sirve para poder racionalmente cuestionarse sobre las condiciones de eficacia de la norma que se interpreta, y buscar la interpretación que permita aproximarse más a la eficacia del Derecho mediante esa norma en el caso bajo examen.

Por otro lado, esa reconstrucción de la voluntad del legislador que postula el método histórico, está abierta a crítica racional sobre el contenido de dicha voluntad y la idoneidad de los fines que se han implementado para lograrlos, ya que, por muy que se aceptara la idea de ‘voluntad del legislador’, se trata siempre de una voluntad que –en sí misma– no está capacitada para ‘querer’ algo contrario al marco constitucional que le faculta para emitir leyes: por tanto, aquí el carácter formal de su poder queda vinculado al contenido material de su ejercicio en cuanto no puede contrariar la razón de ser del Estado, que es la protección de la persona y la familia con miras a la realización del bien común. Además, el método histórico también abre las puertas a la técnica jurídica como crítica racional e inmanente en la medida en que, aunque la doctrina positivista postule la idea de la voluntad del legislador, aún aceptando tal idea ella debe complementarse con la noción de que la voluntad es en todo caso conducente a un estado subjetivo basado en determinado conocimiento que ha producido una concreta decisión o acto de volición, por lo que el método histórico –en la medida en que al aplicarlo se trascienda hacia la realidad social y jurídica en medio de la cual y a partir de la cual dicha voluntad se ha formulado con el fin de influir en ella– nos permite analizar la historia de la institución en su carácter ‘objetivado’, esto es, cómo de hecho se reguló y qué resultados produjo en su momento. En resumen, el método

histórico, al indagar la historia fidedigna de la institución, puede ir más allá del dogma de la ‘voluntad del legislador’ por cuanto que es precisamente la historia la que nos puede aportar valiosas lecciones sobre cómo dicha ‘voluntad’ se ha formado, y cómo se adapta o no a la realidad en la que se contextualiza.

Paulo afirma que “Cuando en las palabras no hay ninguna ambigüedad, no se debe admitir cuestión sobre la voluntad”<sup>1913</sup>, y dice Celso que “En una palabra ambigua de la ley se ha de admitir preferentemente aquella significación, que carece de defecto, principalmente cuando también pueda colegirse por este medio la disposición de la ley”<sup>1914</sup>. Aquí cabe traer a colación lo que Bernal y Ledesma enuncian sobre cómo la técnica jurídica romana trató de solucionar necesidades con la ley sin por eso apartarse de su verdadero texto. Nótese el término empleado por los profesores mexicanos: su *verdadero* texto. En armonía con el principio de interpretación integral de la ley (Celso, método sistemático, ya comentados) que la LOJ consagra, en virtud del cual el conjunto de una ley sirve para ilustrar sobre sus partes, y es *incivile* (contrario a Derecho) responder o juzgar sin tener en cuenta toda la ley, en la misma textualidad de la ley se fundamente, como hemos dicho, el que ésta no pueda interpretarse de forma estrecha, pues la disposición contenida en el artículo 10 de la LOJ que prohíbe indagar el espíritu de la ley cuando el tenor literal sea claro, no significa que dicha interpretación deba ser puramente lógica. Al contrario, como decíamos antes, en Guatemala tal tipo de interpretación mecánica y pobre hasta es ilegal, inconstitucional. A mi parecer, existe una idea que es equivocada y que es importantísimo superar en nuestra época: la idea de que sólo el espíritu de la ley permite trascender su interpretación estrecha. Toda interpretación es un acto del intelecto humano y, como tal, no cabe afirmar de un texto o de un sistema lo que sólo cabe afirmar de un acto humano: es decir, la interpretación estrecha cabe atribuirla a la pobreza intelectual del intérprete, no a vincularla necesariamente con el sistema normativo a interpretarse. ‘Textual’, entonces, *no es* sinónimo de ‘estecho’, ‘lógico’, ‘formalista’, ‘mecánico’, etc., porque hay criterios que sirven para aclarar la ley que sólo se emplearán cuando dicha aclaración sea necesaria, pero decir que no se debe desatender el tenor literal cuando la ley es clara no implica por su parte que sólo esa ‘parte clara’ de la ley sea relevante para aplicarse, pues *es textual* que ‘la ley en sí misma’ debe interpretarse atendiendo a su conjunto y no a una parte aislada; *es conforme al tenor literal* que al aplicar la ley se deben tomar en cuenta los intereses en juego; *es literal* que los derechos se deben ejercer de buena fe; *es texto de la ley* que ésta siempre se debe interpretar y aplicar conforme a la Constitución, y a su vez *es tenor literal* de la Carta Magna que el Estado *existe para* proteger a la persona y a la familia y garantizar los derechos inherentes a la persona. Y todo esto es así porque también *es tenor literal* de la ley que los Preceptos Fundamentales de la LOJ “son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco”.

Más allá de la interpretación textual, que de por sí encierra un potencial –quizá inexplorado– de riqueza interpretativa en la búsqueda de la certeza jurídica como aplicación del Derecho adaptado al caso concreto, también los medios de integración o interpretación extra-textual se hallan reflejados en las enseñanzas de los juristas romanos clásicos.

Ulpiano, citando a Pedio, expone que “siempre que por la ley se ha introducido una u otra disposición, es buena ocasión para que o por la interpretación, o ciertamente por la jurisdicción,

<sup>1913</sup> Comentarios a Neracio, libro I, citado en Digesto, 32.25.1. “*Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntas quaestio*”.

<sup>1914</sup> Digesto, libro XXXIII, citado en Digesto, 1.3.19. “*In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim quum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit*”.

se suplan las demás que tienden a la misma utilidad”<sup>1915</sup>. Por su parte, Celso considera que “Saber las leyes no es esto, conocer sus palabras, sino su fuerza y su poder”<sup>1916</sup>. ‘Utilidad’, en este contexto, tiene el sentido de ‘finalidad’. ‘Su fuerza y su poder’ se refieren a lo que actualmente se llama espíritu de la ley. Sobre la finalidad y espíritu de la ley, y el significado de su inclusión en el inciso a) del artículo 10 de la LOJ, ya hemos comentado anteriormente; a ello me remito.

Expone Juliano que “No pueden comprenderse en las leyes o en los senadoconsultos determinadamente todos los casos; pero cuando en alguna ocasión está manifiesto su sentido, debe el que ejerce jurisdicción proceder por analogía, y de este modo proferir sentencia”<sup>1917</sup>. Según Tertuliano, “conviene también que se crea que siempre está como contenido en las leyes esto, que se extiendan además a aquellas personas y cosas que en cualquier tiempo fueren semejantes”<sup>1918</sup>. Estas enseñanzas hacen referencia, respectivamente, a la *analogia legis* y a la interpretación extensiva. También las hemos comentado anteriormente, tanto en este capítulo como en el capítulo III.

“Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; y en fraude, el que salvadas las palabras de la ley elude su sentido”<sup>1919</sup> nos dice Paulo, y Ulpiano añade que “Se comete, pues, fraude contra la ley, cuando se hace aquello que no quiso que se hiciera, pero que no prohibió que se ejecutara; y lo que dista el dicho del sentido, esto dista el fraude de lo que se hace contra la ley”<sup>1920</sup>. Estos enunciados, como se observa, dicen prácticamente lo mismo que establece el artículo 4 de la LOJ, que hemos comentado anteriormente como límite de la legalidad. En este punto, únicamente cabe observar una cosa que confirma nuestro criterio en torno a la interpretación textual: si la disposición del artículo 10 que prohíbe desatender el tenor literal de la ley cuando ésta es clara se tomara como el mandato positivizado de interpretar la ley de un modo puramente lógico, mecánico y estrecho, entonces esa norma sería antinómica respecto del artículo 4, específicamente de su párrafo segundo, pues sería imposible que existieran actos en fraude de ley, ya que si está realizado “al amparo del texto de una norma”, entonces jamás podría perseguir “un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico”, si tal ordenamiento considerara<sup>1921</sup> que el texto de la norma es de por sí suficiente para dotar de validez, de juridicidad, a un acto concreto. En efecto, si se interpreta el artículo 10 como mandato de interpretación estrecha y mecánica, no tendría sentido el artículo 4, pues a quien tratase de declarar una nulidad por fraude de ley habría que decirle que, como se hizo al amparo del texto de la norma, y el texto es claro, no puede desatender el tenor literal en que se amparó el acto, ya que eso sería indagar su espíritu, pues de ninguna otra manera sino desatendiendo el tenor literal puede determinarse que un acto en fraude

<sup>1915</sup> Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, libro I, citado en Digesto, 1.3.13. “*quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri*”.

<sup>1916</sup> Digesto, libro XXVI, citado en Digesto, 1.3.17. “*Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”.

<sup>1917</sup> Digesto, libro XV, citado en Digesto, 1.3.12. “*Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendere; sed quum in aliqua causa sententia eorum manifesta es, is, qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet*”.

<sup>1918</sup> Cuestiones, libro I, citado en Digesto, 1.3.27. “*et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt*”.

<sup>1919</sup> Comentarios a la ley Cincia, libro único, citado en Digesto, 1.3.29. “*Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*”.

<sup>1920</sup> Comentarios al Edicto, libro IV, citado en Digesto, 1.3.30. “*Fraus enim legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit; et quod distat dictum a sententia, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit*”.

<sup>1921</sup> Discúlpe el modo antropomórfico de expresar esta idea.

de ley sea prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. Entonces, por contraste, este razonamiento sirve para confirmar que, cuando el artículo 10 se refiere a la interpretación textual, está haciendo referencia a la conjugación de *todos* los preceptos fundamentales de la LOJ que integran lo que denominamos nivel interpretativo de ‘la ley en sí misma’, textual, pero no estrecho ni lógico. Así, se devuelve la técnica jurídica al campo de la razón práctica, que es el lugar que, por lo que hemos mostrado, correctamente le atribuye nuestra legislación.

Dice Juliano que “En aquellos casos que no usamos de leyes escritas, conviene se guarde lo que por el uso y la costumbre se ha introducido; y si esto faltare en algún caso, entonces lo que le sea análogo y consiguiente; y si en realidad tampoco apareciere esto, entonces debe observarse el derecho que se usa en Roma”<sup>1922</sup>. Para Ulpiano, “La costumbre inveterada suele observarse como derecho y ley, en aquellos casos que no provienen de derecho escrito”<sup>1923</sup> y que “Cuando alguno parece apoyarse en la costumbre de una ciudad o de una provincia, juzgo que ciertamente ha de investigarse primero, si alguna vez ha sido también confirmada la costumbre en juicio contradictorio”<sup>1924</sup>. Celso nos dice que “Lo que se introdujo no con razón, sino que se observó al principio por error, después por la costumbre, no tiene fuerza de ley en otros casos semejantes”<sup>1925</sup>.

La frase de Juliano y la primera de Ulpiano reflejan el recurso a la costumbre en defecto de ley (escrita) aplicable, al igual que lo regula el artículo 2 de la LOJ. Tal vez lo de afirmar que la costumbre rige sólo en ausencia de derecho escrito pueda atribuirse a una interpolación de la época justiniana, precisamente cuando ya el derecho escrito estaba cobrando mayor relevancia que en la época clásica. No corresponde a nuestro estudio indagar sobre ese punto. Lo que sí nos interesa resaltar aquí es, por un lado, la segunda cita de Ulpiano y, por otro, la de Celso.

En términos de nuestro ordenamiento jurídico actual, la costumbre confirmada en juicio pasaría a formar parte de la jurisprudencia, circunstancia que facilitaría su referencia e invocación al momento de ser necesario. Se observa la prudencia de Ulpiano al recomendar que se indague primero eso, para ser cautelosos al invocar la costumbre, y por eso nuestro ordenamiento exige “que resulte probada”. Por su parte, Celso nos expresa claramente que también la costumbre, por más que se admita y se exalte su valor e importancia, queda sujeta a la crítica racional e inmanente de la técnica jurídica, al admitir la posibilidad de que la costumbre se base en el error y no en la razón, consecuencia de lo cual será limitarles su fuerza de ley, negarle juridicidad. Recordemos, además, lo que ya al principio de esta sección se citó: el famoso “*optima est legum interpres consuetudo*”, que ubica a la costumbre como criterio –y criterio óptimo– de interpretación. En Guatemala, la costumbre no se encuentra legislada dentro de los criterios de interpretación en los Preceptos Fundamentales. Podría haberse introducido mediante el originalmente propuesto inciso 4 del artículo 11 del anteproyecto de la Corte, que en lo que actualmente es el artículo 10 buscaba incluir como criterio de interpretación “la realidad social

<sup>1922</sup> Digesto, libro XCIV, citado en Digesto, 1.3.32. “*De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est; et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est; si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet*”.

<sup>1923</sup> Del cargo de Procónsul, libro I, citado en Digesto, 1.3.33. “*Diuurna consuetudo pro iure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet*”.

<sup>1924</sup> Del cargo de Procónsul, libro IV, citado en Digesto, 1.3.34. “*Quum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicho aliquando iudicio consuetudo firmata sit*”.

<sup>1925</sup> Digesto, libro XXIII, citado en Digesto 1.3.39. “*Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet*”.



del tiempo en que han de ser aplicadas”. Sin embargo, considero que las costumbres sociales pueden razonablemente ponderarse en la aplicación, interpretación e integración dentro del marco legal vigente, en la medida en que la argumentación basada en la finalidad y espíritu de la ley, y en la historia fidedigna de su institución, necesariamente conlleven el evaluar y confrontar la norma a la luz de su adecuación al medio social de nuestro país.

Por último, cabe referirse a lo que en el capítulo sobre la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico veíamos como el empleo de argumentos abiertos mediante los cuales entraban a desempeñar su papel los criterios inspiradores o de fondo. Desde el momento en que la Constitución establece como “fin supremo” del Estado “la realización del bien común” (artículo 1), que “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona” (artículo 2), y que “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 4), me parece que ya eso deja abierto un amplio y suficiente espacio para el desarrollo de la crítica racional e inmanente que implica la técnica jurídica, especialmente en cuanto el principio de interpretación según la Constitución que la LOJ establece. También hay espacio para el argumento abierto en el nivel interpretativo de ‘la ley en sí misma’, en cuanto éste incluye los principios de la buena fe y de la primacía del interés social (que es también de rango constitucional). Hay espacio para el argumento abierto en el nivel interpretativo de ‘la ley aclarada’, especialmente a través de la finalidad y espíritu de la ley, la historia fidedigna de su institución, la equidad y los principios generales del Derecho. Sobre todo esto hemos de volver más adelante.

### **c) ¿Es ‘positivista’ el derecho guatemalteco?**

Nuestro estudio se enfoca sobre la técnica jurídica, concretamente, la del Derecho Romano Clásico. Sobre ella, hemos dicho que resulta ‘auténticamente jurídica’ en la medida en que tiene como referente una concepción del Derecho que es más conforme con la realidad. Todo ello resalta la armonía entre teoría y práctica, entre descripción o explicación de la realidad y método para actuar en ella, dentro de ella, con base en ella, sobre ella.

Al mismo tiempo, hemos visto cómo los métodos de interpretación jurídica que contempla la legislación guatemalteca realmente no se alejan tanto –formalmente– de los postulados de interpretación jurídica que guiaban a los juristas de la Roma clásica. Si los métodos, entonces, –la práctica– pueden considerarse en lo esencial como una continuidad, el ‘problema’ hemos de buscarlo en la teoría. Y es precisamente ahí donde hemos encontrado las grandes divergencias: en la concepción romanista o clásica, el Derecho hace referencia a la naturaleza humana, la costumbre, el contexto histórico y geográfico, y de todas esas realidades nutre su entendimiento jurídico y, por tanto, su labor interpretativa, su técnica jurídica. En cambio, el positivismo todo lo refiere a la voluntad del legislador, de la cual la ley sería expresión.

En este punto, es preciso invocar nuevamente la distinción popperiana entre el mundo dos y el mundo tres. Aún si admitiéramos la noción de ‘voluntad del legislador’, hemos de admitir al mismo tiempo que, al crear la legislación, dicha voluntad da lugar a la normativa jurídica como una realidad objetiva que es susceptible de considerarse en forma independiente del estado subjetivo de conciencia, del acto volitivo, que le dio origen. Simultáneamente, el estudio de la realidad permite evaluar no sólo si la ‘voluntad del legislador’ resulta eficaz de por sí en la realidad, si se basa en un correcto conocimiento e interpretación de la realidad, más aún, si tal cosa como una ‘voluntad del legislador’ –racional, uniforme, coherente, eficaz en sí misma–

existe o no. *Nisi fallor*, la teoría de la voluntad del legislador está en el origen de las limitaciones interpretativas del positivismo jurídico, toda vez que es dicha teoría la que impide un acercamiento a la legislación como realidad objetiva y, por ende, impide también ubicar la legislación en el contexto de la realidad en la que se basa, dentro de la cual existe y a la que debe servir. Irónicamente, aún cuando ‘el mismo legislador’ hace referencia a métodos interpretativos que permiten la implementación de criterios y argumentos que van mucho más allá del positivismo jurídico, el dogma de la voluntad del legislador sigue siendo una limitante pues obliga a considerar dichos métodos como en última instancia supeditados, condicionados, por la dicha voluntad cuya ponderación de medios y fines sería incuestionable. De esta manera, lo que el intérprete busca es la eficacia de la voluntad del legislador en cuanto tal, y no la eficacia del Derecho en cuanto integrada por realidades mucho más ricas y complejas que lo que el legislador pudo haber tenido en cuenta al formular su voluntad, realidades que a su vez el legislador no puede conocer plenamente, en la interpretación de cuyo parcial y limitado conocimiento pudo haber errado, y que en última instancia escapan a su control. Pero si el dogma de la voluntad del legislador se ha demostrado como una ficción, basado en una falacia constructivista y voluntarista del racionalismo extremo que termina convirtiéndose en una rebelión contra la razón misma, no puede aceptarse una falsedad como fundamento de la acción práctica del jurista. Por lo demás, igual ‘positivismo’ podría encontrarse en un sistema consuetudinario o de precedente judicial en el que se considerara que sólo porque una costumbre de hecho se observa, o sólo porque un juez ha establecido tal o cual norma en una sentencia, entonces ello de por sí legitima suficientemente dichas normas como jurídicas, sin poder cuestionarse racionalmente sus fundamentos y validez, pues de igual manera se estaría apelando a un estado subjetivo de conciencia como único fundamento de juridicidad, mientras que la costumbre –como vimos que admitían los romanos– puede en realidad basarse en un error, y el juez errar de igual forma en su apreciación de la realidad.

Entonces, si resulta evidente que el presupuesto que fundamenta las limitaciones interpretativas de la doctrina iuspositivista es falso, puede ya considerarse la ley en sentido objetivo y, por consiguiente, abordar su aplicación, interpretación e integración como lo que verdaderamente es: como un ejercicio de la razón práctica encaminada a la realización del Derecho, que como tal conlleva una crítica racional e inmanente como guía de su desempeño. Tal crítica adoptará formas variadas según que vaya dirigida a la aplicación de una o varias disposiciones concretas a un caso específico, o a cuestionar todo un cuerpo normativo a la luz de los fundamentos constitucionales. Pero, en la medida en que es inmanente, tendrá más posibilidades de ser eficaz, pues entonces la crítica de la legislación permanece dentro del marco de la legislación misma, y no estaríamos ya ante una crítica externa que una mentalidad positivista puede fácilmente rechazar apelando al ‘texto de la ley’, sino ante una crítica en que el mismo texto de la ley sirve como plataforma y terreno para cuestionamientos de fondo sobre su adecuación a la realidad, sobre la adecuación entre los medios y los fines señalados por la ley, etc. Desde luego que estas afirmaciones conducen a la inevitable cuestión de que, entonces, se estaría legitimando como última fuente de juridicidad la Constitución, y, con ello, una soberanía popular que –en la medida en que se expresa a través de una Asamblea sujeta también a las limitaciones propias de cualquier conjunto legislativo– puede también errar. A esto respondemos que, por un lado, la Constitución representa un suficiente acuerdo en lo esencial y básico que permite una crítica racional e inmanente por lo general adecuada, y, por otro lado, también la Constitución prevé mecanismos para su reforma que implícitamente afirman la posibilidad de su mejoramiento a través de la crítica dentro del mismo orden. Es cierto que, con todo, la postura que aquí sostenemos podría tacharse de ‘positivista’ en el sentido de que ‘se fundamenta en legislación’; pero a esto respondemos que ningún sistema jurídico es ni puede ser al cien por ciento judicial,

consuetudinario o legislativo, sino que en todos coexisten diversas fuentes del Derecho, cuya preponderancia de una sobre otra obedece también a factores históricos, sociales y culturales propios de cada entorno y, en la medida en que eso es así, buscar su variación o cambio fuera de ese entorno (es decir, no mediante una crítica inmanente sino externa de, en el caso de Guatemala, la legislación –incluyendo, si es preciso, de la Constitución), representaría una llamada a una alteración tal del orden que resulta o imposible o inconveniente. Ciertamente que un poder constituyente también puede, a su vez, convertirse en una tiranía de las mayorías, pero si eso llegare a suceder, entonces la lucha por el Derecho se ubicaría en otro terreno, un terreno en el cual lo que exponemos sobre la técnica jurídica como crítica inmanente y racional ya no sería válido, porque estaríamos ante una situación distinta que requeriría de distintos enfoques para buscarle una solución.

En resumen, si se identifica la falacia voluntarista y constructivista de la ‘voluntad del legislador’ como fundamento no sólo de los postulados teóricos (concepción jurídica) sino también de las limitaciones prácticas (técnica jurídica) del positivismo, y tal noción queda demostrada como falsa, entonces se hace posible una práctica basada en una teoría que sea más cercana a la realidad, sin que a ello obste el hecho de que sigamos operando dentro de un sistema en que predomina el ‘derecho legislado’, porque entonces ya la ley puede considerarse en su sentido objetivo como parte de una realidad más compleja, y ello permite una crítica racional e inmanente que puede operar dentro del mismo marco legal establecido, pero trascendiendo las limitaciones prácticas impuestas por una teoría que –aunque haya influido sobre la formulación de la legislación– no llega a agotar ni explicar adecuadamente la realidad en que esa misma legislación se ubica, porque ya no se hace referencia a la voluntad del legislador como estado subjetivo de conciencia que condiciona nuestro entendimiento de la realidad, sino a la ley como producto objetivo insertado en una realidad dentro de la cual opera y a la luz de la cual se entiende.

Si seguimos diciendo que nuestro sistema es ‘positivista’, caemos en el juego del positivismo, porque estaríamos entonces afirmando que la ‘voluntad del legislador’ sí es por sí sola plenamente eficaz para ‘crear’ la realidad; estaríamos supeditando nuestro juicio sobre la realidad a la aceptación –al menos implícita– de una teoría que consideramos errónea (y, entonces, ni criticar dicha teoría tendría sentido, porque si le atribuimos a la teoría la capacidad no de explicar sino de *crear* la realidad, estaríamos declarándonos vencidos antes de entrar a la batalla –la batalla de la búsqueda racional de la verdad– y así sólo nos quedaría hacer crítica externa, estéril, improductiva); estaríamos incurriendo en la falacia de afirmar sobre la realidad algo que sólo puede afirmarse sobre una teoría que busca explicarla. En otras palabras, decir que el sistema jurídico guatemalteco es positivista, es una afirmación que a su vez demuestra una mentalidad positivista, constructivista, voluntarista; es tan falaz como la teoría a la que se opone y, en el fondo, es tal vez hasta lo mismo. Lo que sí es innegable es que nuestra legislación está esculpida sobre el molde de la teoría positivista, pero entonces lo que ‘hereda’ del positivismo no es su carácter en sí (porque la teoría no ‘crea’ la realidad), sino las limitaciones de dicha teoría para explicar dicha realidad: así como el positivismo en cuanto teoría no agota la explicación de la realidad, así una legislación basada en la teoría positivista es insuficiente por sí misma para aplicarse a la realidad. Así como el positivismo jurídico requiere de conjugarse con otros criterios, de otras teorías, para acercarse más a una explicación adecuada del Derecho, así una legislación basada en la teoría positivista requiere de otros criterios y teorías para acercarse más a la eficacia del Derecho. E, irónicamente, tal insuficiencia y tales criterios están reconocidos... ¡‘en la misma ley’!

Por otro lado, cuando se dice que el sistema guatemalteco es positivista, generalmente lo que en realidad se está diciendo es que la manera en que lo aplican los abogados y jueces responde a la interpretación estrecha, lógica, mecánica, deductiva, que postula el iuspositivismo. Eso, como ya hemos visto, es afirmable de un modo de actuar propio de personas que guían su acción práctica por una teoría determinada (además que inadecuada a su objeto), pero no es afirmable del sistema jurídico en sí mismo. Es decir, esa acepción concreta de 'positivismo' hace referencia más a una actitud mental que a una característica inherente al sistema.

\*

Por último, es preciso exponer otros razonamientos que sustentan cuanto hemos venido afirmando, y se basan en retomar el análisis del carácter que en nuestro ordenamiento jurídico tienen la jurisprudencia y la doctrina legal. "En general, estimo que la problemática en torno a la jurisprudencia como fuente de derecho, y su aparente rechazo por algunos sectores, se basa en que la enseñanza tradicional de la carrera jurídica ha adoptado la tesis según la cual, al hablar de derecho en sentido objetivo, se hace referencia al conjunto de normas cuya observancia es susceptible de ser impuesta coactivamente por el poder del Estado. A su vez, este poder coactivo del Estado radica en el Organismo Judicial, mientras que el poder de legislar pertenece al Organismo Legislativo. Entender estas dos ideas en los parámetros de blanco y negro que, por ser los más sencillos, son los de más común aceptación, es lo que ha llevado al problema que se analiza. Sin embargo, hay que comprender el origen de estas ideas para poder apreciarlas de forma más adecuada. Norberto Bobbio explica que 'el positivismo jurídico se caracteriza por el hecho de que define constantemente el Derecho en función de la coacción, en el sentido de que considera que es un elemento esencial y típico del Derecho. (...) Dicha concepción, al girar en torno al elemento de la *vis coactiva* (...), está haciendo referencia implícitamente al Estado (...). La definición por la coacción se basa, pues, en una concepción estatista del Derecho'. Por otra parte, el mismo hecho de que la jurisprudencia surja de casos concretos, presupone que no necesariamente será de aplicación general, pero a la vez implica que puede servir para armonizar la norma con el resto del ordenamiento y los principios del mismo, de tal suerte que genere criterios que, en la práctica, sí adquieren cierta generalidad, si bien no obligatoriedad. Estas y otras funciones de la jurisprudencia son, más aún, necesarias, ya que el legislador, por muy preparado que sea, inevitablemente tendrá un conocimiento limitado tanto de la realidad del país como del ordenamiento jurídico, lo cual conlleva que la labor legislativa no es suficiente para generar un ordenamiento que se adapte a las necesidades y circunstancias generales de la sociedad, ni a los casos concretos. Éstos, al ser llevados ante el juez, generan en él un conocimiento más directo que suple las limitaciones del legislador en cuanto a asuntos que pudo haber pasado por alto, o regulado de manera inadecuada.

"Hasta el momento se ha examinado los sentidos amplio y restringido de entender la jurisprudencia, favoreciendo el sentido amplio, pero esta tesis parece desvirtuarse al leer de nuevo el artículo 43 de la Ley de Amparo, ya que utiliza tanto el término 'doctrina legal' como el de 'jurisprudencia' para referirse a los fallos contestes y consecutivos de la CC cuyo criterio deberá respetarse por los demás tribunales, con lo que aparentemente consagra la equiparación de ambos términos y, de esa forma, el de jurisprudencia en sentido restringido. Sin embargo, no es eso lo que ocurre, ya que si se analiza detenidamente el artículo 43 se verá que, lejos de contradecir la tesis sostenida, en realidad la confirma, pues utiliza el término 'jurisprudencia' únicamente cuando se refiere a la facultad que tiene la CC de apartarse de su propio criterio establecido como doctrina legal, sin que tal innovación sea obligatoria para los demás órganos jurisdiccionales, a menos que llegue ella misma a convertirse en doctrina legal mediante la

cantidad de fallos idóneos para generar tal consecuencia. De tal forma que el concepto de jurisprudencia queda enmarcado dentro de una aplicación que se basa precisamente en su no-obligatoriedad para la CC, puesto que es el órgano del cual han emanado los fallos precedentes y, por tanto, puede apartarse de ellos. Es por esto que dichos fallos anteriores no constituyen doctrina legal para la propia CC, sino únicamente para los demás tribunales, quedando para la CC en el sentido de ‘jurisprudencia’. Entendiendo el término en este sentido, puede enunciarse que su utilización en el artículo 2 de la LOJ sigue el mismo criterio: la jurisprudencia, si bien no es de observancia obligatoria, actúa como criterio aclarativo, explicativo, del cual pueden servirse otros tribunales para fallar (y los abogados para argumentar) aún cuando no estén compelidos por la ley a sujetarse a él. Me parece que este modo de entenderlo es el más adecuado al espíritu de la disposición contenida en la LOJ sobre la función de la jurisprudencia como complemento de la ley en cuanto fuente del ordenamiento jurídico.

“En el ámbito de la casación, o sea, de la doctrina legal de la CSJ, el artículo 633 del CPCyM establece que no procederá la condena en costas cuando el recurso de casación se hubiere fundamentado en violación de doctrina legal existente, si ésta fuere modificada por el fallo del tribunal de casación. Con todo lo anteriormente considerado, el texto del artículo 633 constituiría, al menos, un error técnico y conceptual en su redacción, ya que habría que decir que la doctrina legal se modifica al asentarse una nueva doctrina legal, es decir, al darse otros cinco fallos contestes y consecutivos en el nuevo sentido, pero si el tribunal de casación emite un fallo distinto a la doctrina legal que se consideraba violada, realmente no se estaría ante un caso de modificación de la misma, sino simplemente de un fallo en que razonadamente la Corte se ha separado de sus criterios anteriores. Más aún, no existe norma alguna que establezca expresamente que la doctrina legal de la CSJ sea de observancia obligatoria para los demás órganos jurisdiccionales, sino únicamente que da lugar a la casación de fondo. En la práctica, es esta procedencia del recurso lo que le confiere el peso que tiene al ser invocada ante jurisdicciones de menor rango, y no una obligatoriedad expresa. Asimismo, enunciar que la CSJ puede apartarse de su doctrina legal implica afirmar que pueden existir situaciones en que los criterios tenidos como doctrina legal no sean aplicables al caso concreto. De esta forma, ha de considerarse que un fallo de una jurisdicción inferior (en concreto, de una Sala de Apelaciones) que se aparte de la doctrina legal de la CSJ puede ser válido y, más aún, sostenido y confirmado por el mismo Tribunal de Casación, lo cual, a mi parecer, confirma que la llamada doctrina legal de la CSJ no conlleva obligatoriedad estricta, por lo que el término estaría mal empleado”<sup>1926</sup>. Mario Efraín Nájera Farfán confirma esta apreciación cuando, no obstante que expresa que “La uniformidad de interpretación de la ley contenida en esos cinco fallos, obliga a los Tribunales a aplicarla en el mismo sentido actuado por la Corte Suprema de Justicia”<sup>1927</sup> admite que “con respecto a la independencia de criterio de los jueces, tampoco creemos que se vea cercenada porque el que la doctrina legal sea de aplicación obligatoria, **en verdad indirecta y relativamente obligatoria**, no les impide razonar sus sentencias con apego a sus propias convicciones”<sup>1928</sup>.

Toda sentencia judicial debe ser razonada, debe expresar sus fundamentos. La posibilidad de que la Corte de Constitucionalidad se separe de su propia interpretación que había constituido doctrina legal para los demás Tribunales implica, según el propio texto del artículo 43 de la Ley de Amparo, que debe hacerse “razonando la innovación”. La posibilidad de que la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia no sea aplicable a un caso concreto, también implica

<sup>1926</sup> Gramajo Castro. *Ob. Cit.* Páginas 59 y 60.

<sup>1927</sup> Nájera Farfán. *Ob. Cit.* Página 672.

<sup>1928</sup> *Ibid.* Página 49. La negrilla y cursivas son mías.

necesariamente que –tanto el órgano jurisdiccional de inferior grado como la Corte Suprema al confirmar el fallo divergente de la establecida doctrina legal– deben razonar los criterios que los han llevado a así decidir. Esto es muy importante para mejor comprender nuestro ordenamiento jurídico, ya que, puesto que la resolución judicial plasma la aplicación, interpretación e integración de la normativa en que se fundamenta, la posibilidad jurídica de que ésta varíe expresa mejor aún la amplitud interpretativa que es factible en nuestro medio: en efecto, lo que esto implica es que no sólo la norma general y abstracta, sino incluso la interpretación que en casos anteriores se le ha dado, puede ser inadecuada para la realización del Derecho en el caso concreto. Lo único que razonablemente puede fundamentar tal resultado es:

- Admitir la posibilidad de que el caso bajo examen presente diferencias relevantes respecto de los casos anteriores y, consiguientemente, que el juez está facultado para apreciar y ponderar suficientemente tales diferencias, tales características propias del caso que examina, atendiendo a la realización del Derecho mediante la interpretación que más se ajuste al mismo. Ello refuerza lo que hemos sostenido sobre la ilegalidad de la interpretación lógica y mecánica de la ley o, por lo menos, sobre la admisibilidad de interpretaciones más jurídicamente rigurosas.
- Admitir, igualmente, que las resoluciones anteriores que han sentado doctrina legal, y en general toda la jurisprudencia, son también objeto de crítica racional e inmanente, es decir, constituyen un elemento que no sólo puede fundamentar el ejercicio de la técnica jurídica, sino también ser examinado mediante ella.

Un órgano jurisdiccional puede verse movido a variar su interpretación no sólo por elementos inherentes al caso concreto que examina, sino también por otros diversos motivos, entre ellos, la variación de las circunstancias sociales, económicas, culturales, etc., en que las normas deben aplicarse, o simplemente la admisión de que las resoluciones anteriores hayan sido erróneas, equivocadas: esto, por su parte, confirma la técnica jurídica como crítica racional, y la crítica como búsqueda racional de la verdad.

### **3. Aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco**

Era inevitable que muchos de los temas que en aras de la sistematización, parecería más idóneo incluir en esta presente sección, hayan quedado ya expuestos y comentados en las partes que anteceden. Esto porque, al analizar nuestro ordenamiento jurídico no podíamos circunscribirnos a un aspecto formal y dejar pendientes los asuntos de fondo para exponerlos en una sección posterior, pues de lo contrario el análisis que en su momento realizamos hubiera aparentado carecer de sentido.

Otro motivo a favor de haber ya tratado muchos de los temas sustanciales que corresponderían más ‘lógicamente’ a esta sección es el ahorro de espacio: suficientes páginas abarca ya nuestro estudio, como para agobiar aún más al lector si, por ejemplo, al exponer los principios de interpretación contenidos en el Digesto nos hubiéramos limitado a señalar con cuál de los Preceptos Fundamentales de la LOJ se relacionaba, pero dejando para después el comentario pertinente.

En fin, en la presente sección únicamente complementaremos lo que ya se ha expuesto en los apartados precedentes, explicando los temas que no han sido aún debidamente tratados, y añadiendo algún comentario sobre los temas que sí se tocaron ya, pero que el comentario

específico a hacerse en esta parte no estaría bien contextualizado en la parte en que ya se explicó el tema general.

### **A. Niveles y criterios**

Resumiendo lo explicado, por motivos de terminología he decidido referirme, en lo que concierne a la técnica jurídica aplicada al derecho guatemalteco, a niveles interpretativos y, dentro de ellos, a los criterios que los integran.

El primer nivel interpretativo es el que llamo ‘la ley en sí misma’. Este no es equiparable con lo que la doctrina llama los ‘métodos de interpretación textual’, pues entre los mismos incluye el método teleológico y el histórico, que en nuestra legislación pertenecen más bien al segundo nivel interpretativo. Sin embargo, al nivel interpretativo de ‘la ley en sí misma’ sí se le puede llamar –si se quiere– ‘interpretación textual’, en el sentido que cumple con lo establecido por el primer párrafo del artículo 10 de la LOJ, que prohíbe indagar el espíritu de la ley cuando su tenor literal es claro. El espíritu de la ley es el primer criterio del segundo nivel interpretativo, por lo que puede entonces considerarse que todo el primer nivel es el que se apega al texto de la ley.

Sin embargo, apegarse al texto de la ley de ninguna manera es sinónimo de que se le deba interpretar en forma estrecha, puramente lógica y deductiva, limitada y mecánica, ya que este primer nivel interpretativo conlleva de por sí –por mandato legal– el deber de interpretar la ley a la luz de criterios que afectan a la aplicación del texto legal. Dichos criterios son:

- La supremacía constitucional.
- La jerarquía normativa.
- El carácter sistemático de las normas.
- Las normas imperativas y las prohibitivas expresas como límites de la juridicidad.
- La primacía del interés social.
- La buena fe.
- El abuso de derecho.

Recuérdese que en el anteproyecto de la actual LOJ se indica que el principio de buena fe y del abuso de derecho se consideran derivados, como ampliaciones, del principio de la primacía del interés social, por lo que constituyen en cierta forma una unidad que debe interpretarse en referencia recíproca.

El segundo nivel interpretativo es el que denomino ‘la ley aclarada’, y el umbral mediante el cual se accede a dicho nivel lo establece el artículo 15 de la LOJ cuando menciona “los casos de falta, obscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley”. Los criterios que integran este nivel interpretativo son:

- La finalidad y el espíritu de la ley.
- La historia fidedigna de su institución.
- La analogía.
- La equidad y los principios generales del derecho.
- La costumbre.

Pasemos ahora a explicar cada nivel interpretativo y sus criterios. Algunos de los criterios ya se desarrollaron anteriormente, por lo que su exposición será más breve. Otros sí se comentarán con más detenimiento en esta sección.

### a) La ley en sí misma

Todo este nivel se halla fundamentado en la semántica, es decir, en el significado de las palabras (artículo 10 de la LOJ, primer párrafo; artículo 11). Sin embargo, ello no lo limita a una interpretación que por literal resulte estrecha, puesto que el ordenamiento jurídico *literalmente* ordena hacer referencia a otros criterios para aplicar e interpretar la ley, aún cuando no haya en esta obscuridad, ambigüedad o insuficiencia (artículo 10, primer párrafo; artículo 9).

### i) La supremacía constitucional

Este criterio (artículo 9; artículo 10, primer párrafo) no establece únicamente la sujeción formal de la ley a los procedimientos legislativos establecidos en la Constitución, sino que implica – como lo expresa la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la LOJ– establecer “especialmente el principio de ‘interpretación conforme a la Constitución’, que implica no sólo atender a lo puramente normativo, sino, lo que es más importante, a los valores fundamentales del orden constitucional”<sup>1929</sup>.

Al respecto, deben recordarse los comentarios antes vertidos en torno a artículos fundamentales de la Constitución como lo son: el artículo 1, que establece la protección de la persona y de la familia como razón de ser del Estado, y la realización del bien común como su fin supremo; el artículo 2, que establece la garantía de la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona como deberes del Estado; el artículo 3, que establece la garantía y protección de la vida; el artículo 4, que establece la libertad e igualdad de todos los seres humanos; el artículo 5, que establece la libertad de hacer cuanto la ley no prohíbe, dotando así de calificación jurídica a toda la esfera de libertad personal, con lo que se hace susceptible de tutela jurídica; el artículo 12, que establece la inviolabilidad de la defensa de la persona y sus derechos; el artículo 23, que establece la inviolabilidad de la vivienda; el artículo 35, que establece la libertad de emisión del pensamiento; el artículo 36, que establece la libertad de religión; el artículo 39, que establece la propiedad privada como un derecho inherente a la persona; el artículo 43, que establece la libertad de industria, comercio y trabajo; y el artículo 44, que establece la tutela de otros derechos inherentes a la persona aunque no figuren expresamente en la Constitución.

Sobre el preámbulo de la Constitución, la Corte de Constitucionalidad ha considerado que éste “contiene una declaración de principios por la que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto (...). Tiene una gran significación en orden a las motivaciones constituyentes, pero en sí no contiene una norma positiva ni menos sustituye la obvia interpretación de disposiciones claras. Podría, eso sí, tomando en cuenta su importancia, constituir fuente de interpretación ante dudas serias sobre el alcance de un precepto constitucional”<sup>1930</sup>.

<sup>1929</sup> Corte Suprema de Justicia. *Ob. Cit.* Página 8.

<sup>1930</sup> Corte de Constitucionalidad. Sentencia de 17 de septiembre de 1986, en Gaceta Número 1, expediente 12-86, página 3.



Los derechos sociales que a continuación establece la Constitución “constituyen pretensiones o sea que encierran determinadas prestaciones que individual o colectivamente pueden exigir los ciudadanos al Estado”<sup>1931</sup>, expresan aspiraciones del orden constitucional para asegurar el bien común y el desarrollo. Lo que no expresan son los medios específicos para lograrlo, ya que “Lógicamente cumplir con las exigencias a este respecto equivale a desarrollar las aspiraciones a través de la legislación positiva”<sup>1932</sup>. El logro de estas aspiraciones mediante su desarrollo en la legislación positiva es uno de los campos privilegiados para el desarrollo de la libre crítica racional e inmanente, en cuanto se busque lograr dichos fines con la provisión de medios e instrumentos que logren acercarse más a su eficacia, es decir, opciones legislativas que constituyan medios más idóneos para cumplir con esas aspiraciones.

## **ii) La jerarquía normativa**

Siendo que el principio de jerarquía normativa, como de obligatoria observancia según el artículo 9, se vincula con el de supremacía constitucional, en cuanto que es la Constitución el fundamento y razón de ser de todo ejercicio del poder de emitir normas jurídicas, también en su observancia es aplicable lo expresado sobre la interpretación conforme a la Constitución, es decir, que la jerarquía normativa tampoco se limita a un aspecto de legitimidad formal.

## **iii) El carácter sistemático de las normas**

Este criterio se encuentra expresado en el artículo 10, segundo párrafo, donde se expresa que “El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes”. Esto se vincula con la enseñanza de que es contrario a Derecho juzgar o responder, resolver o emitir dictamen, teniendo en cuenta sólo una pequeña parte de la ley.

## **iv) Las normas imperativas y las prohibitivas expresas como límites de la juridicidad**

Las normas imperativas y las prohibitivas expresas son aquellas que a toda persona, pública o privada, le está vedado transgredir en su obrar. En la medida en que se hallan establecidas en la legislación, también son cuestionables a la luz de los principios constitucionales. Asimismo, la posibilidad de que exista tal cosa como fraude de ley implica necesariamente que la interpretación textual de la normativa no implica en modo alguno atenerse exclusivamente al ‘signo’ o al texto, sino que debe atenderse a su ‘significado’, por lo que no puede haber interpretación estrecha y lógico-deductiva, pues de lo contrario sería absurdo hablar de actos en fraude de ley.

## **v) La primacía del interés social**

Este precepto está contenido en el artículo 22 de la LOJ y en el segundo párrafo del artículo 44 de la Constitución, por lo que tiene un doble asidero dentro del marco interpretativo. Como se vio al citar la Exposición de Motivos del Decreto 1862 (anterior LOJ), este precepto ya en su momento fue acusado de conllevar tendencias socialistas. Al respecto es necesario hacer algunos comentarios.

---

<sup>1931</sup> Corte de Constitucionalidad. Sentencia de 26 de mayo de 1988, en Gaceta Número 8, expediente 87-88, página 184.

<sup>1932</sup> *Ibid.*

Primero, debemos realizar una precisión semántica de la palabra ‘interés’. Según el Diccionario de la Real Academia Española, ‘interés’ significa “Provecho, utilidad, ganancia. | Valor de algo. (...) | Inclinación del ánimo hacia un objeto (...). | Conveniencia o beneficio en el orden moral o material”. Por su parte, ‘derecho’ se entiende, en las acepciones relevantes a este análisis, como “Facultad del ser humano para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida. | Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella. | Consecuencia natural del estado de una persona, o de sus relaciones con respecto a otras”. De lo anterior resulta que una persona ejerce sus derechos y, al hacerlo, puede perseguir determinados fines, es decir, ejerce sus derechos con miras a algún interés particular. No sólo las personas individuales son titulares de derechos, sino que también lo son las personas jurídicas, como lo son las sociedades civiles o mercantiles, asociaciones, fundaciones, sindicatos, etc. En consecuencia, un ‘interés particular’ también existe por parte de personas jurídicas que representan organizaciones de individuos agrupados para la promoción de los fines que, como agrupación o colectivo, se proponen. Es decir, el interés particular constituye una expectativa que la persona individual o colectiva tiene de poder satisfacer sus fines mediante el ejercicio de sus derechos, pero no se identifica, no se unimisma, con tal derecho.

El ‘interés social’, en cambio, hace referencia a todo el conjunto de la sociedad guatemalteca, y lo que el criterio que comentamos establece es que todo interés particular, sea de una persona individual o jurídica, debe ceder ante lo que conviene para la sociedad guatemalteca en su totalidad. A su vez, es claro que la Constitución y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, al consagrar los derechos inherentes a la persona, también se erigen en criterio de evaluación no ya sólo del interés particular, sino también del interés social, pues es la persona humana, su protección, la razón de ser del orden social. De ahí que el interés social prevalece sobre el interés particular, pero nunca sobre el derecho individual: afirmar lo contrario estaría en radical pugna con la Constitución y con las obligaciones del Estado de Guatemala ante la comunidad internacional. Y esto se explica fácilmente mediante la interpretación semántica del texto constitucional, porque ‘interés’ no es lo mismo que ‘derecho’: el interés se busca mediante el ejercicio del derecho, pero pueden haber intereses que choquen con intereses superiores a los del individuo o la asociación particular; sin embargo, ello comporta una prevalencia de interés, jamás una limitación del derecho. Lo que sucede es simplemente que los intereses perseguidos entraban en colisión con intereses superiores, pero ello en nada afecta ni puede afectar la titularidad inherente del derecho que se ejerció para buscar dicho interés. En otras palabras, lo que termina resultando incompatible con el interés social al momento de ser examinado en la formulación o aplicación de la norma es el interés particular (que es de libre determinación de la persona individual o jurídica) pero no el derecho individual (que es inherente a la persona).

Todo ello es congruente con lo que Hayek explica al decir que “En un orden dinámico de acciones sólo pueden protegerse algunas expectativas”: “...no sólo que no todas las expectativas pueden ser protegidas mediante reglas generales, sino también que la posibilidad de proteger el mayor número posible de expectativas sólo aumentará si algunas de ellas se desatienden de forma sistemática. (...) El daño a los otros que supuestamente el derecho pretende evitar no es, pues, cualquier tipo de perjuicio, sino únicamente la frustración de aquellas expectativas que la ley considera legítimas. Sólo así el *neminem laedere* puede convertirse en una regla con pleno significado para un grupo de hombres a los que se les permite perseguir sus fines sobre la base de su propio conocimiento. (...) determinar qué expectativas deban ser protegidas depende de cómo pueda maximizarse el cumplimiento de las expectativas en su conjunto. (...) El que las reglas establecidas conduzcan a la formación de un orden general en un conjunto dado de circunstancias dependerá más bien de su contenido específico. La obediencia a unas reglas inadecuadas puede

convertirse en causa de desorden, y existen reglas de conducta individual que harían claramente imposible la integración de las acciones individuales en un orden general. (...) Una importante consecuencia de esta relación entre el sistema de normas de conducta y el orden efectivamente existente es que jamás puede haber una ciencia del derecho que sea puramente una ciencia de normas sin tomar en consideración el orden efectivo al que las mismas tienden. (...) No se puede juzgar si las nuevas normas casan con otras ya existentes al margen de los hechos, ya que de éstos depende el que las acciones permitidas por las normas sean o no compatibles unas con otras. Tal es la concepción básica que a través de la historia de la jurisprudencia se presenta (...) también en expresiones tales como ‘las exigencias de la vida social’. (...) una situación así sólo puede conseguirse mediante la protección de algunas expectativas, no de todas, y el problema central consiste en saber qué expectativas hay que proteger para maximizar la posibilidad de que en general esas expectativas se cumplan, lo cual implica distinguir entre expectativas ‘legítimas’, que el derecho debe proteger, otras que puede dejar que se frustren. El único método hasta ahora descubierto para definir un campo de expectativas así protegidas, y por tanto para reducir la mutua interferencia entre las acciones individuales, consiste en delimitar para cada individuo un campo de acciones permitidas mediante la designación (o más bien haciendo reconocible mediante la aplicación de reglas a hechos concretos) de campos de objetos de los que sólo ciertos individuos pueden disponer, excluyendo de su control a todos los demás. (...) El derecho se desentiende de a qué personas en particular pertenecen determinados bienes; lo único que le interesa es poder verificar hasta qué punto los comportamientos individuales se han ajustado a los límites previamente trazados por la norma, pero que en sus contenidos particulares obedecen a muchas otras circunstancias”<sup>1933</sup>.

Es decir, que el interés social viene a equivaler a lo que ya los antiguos romanos denominaban *utilitas publica*, y que era también para ellos criterio de referencia en la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. El interés social consiste en la conservación de la paz, de un orden global de acciones en que impere la justicia y, para ello, es necesario que en determinados casos concretos se vean frustradas las expectativas (el interés particular de una persona individual o jurídica) ante el interés social de toda la comunidad nacional. Por otro lado, es también observable que el gobierno, la autoridad pública, puede asimismo perseguir ciertos fines, que son las denominadas ‘políticas de gobierno’. Estos intereses particulares del gobierno, que se plasman en leyes, acuerdos gubernativos, y tantos otros instrumentos jurídicos para la implementación de las políticas de gobierno, pueden también chocar con el interés social: sólo así se explica la posibilidad –contemplada por nuestra Constitución– de que normas de carácter general puedan ser declaradas inconstitucionales. La razón de fondo de la inconstitucionalidad es admitir que la autoridad pública en su actuación puede actuar en forma contraria al orden constitucional, en un modo que no garantice real y eficazmente el cumplimiento de su fin supremo que es el bien común. Además, si bien es cierto que la misma Constitución señala al gobierno algunos deberes y fines que debe perseguir, también lo es que, en la ejecución concreta de esos mandatos constitucionales, puede la autoridad pública tratar de implementarlos por medios poco idóneos que resulten contrarios al marco constitucional, que choquen con el auténtico interés social, con la *utilitas publica*.

#### vi) La buena fe

La buena fe se trata de una regla muy antigua que, como sabemos, puede encontrarse ya en el Derecho Romano. Introduce la regla moral en el comportamiento. Se ha difundido por todo el

---

<sup>1933</sup> Hayek. *Derecho, Legislación y Libertad*. Páginas 132 a 139.

derecho comparado y la acepta la generalidad de la doctrina<sup>1934</sup>. La buena fe tiene especial relevancia en las normas jurídicas relativas a contratos y derechos reales.

“La buena fe es regla de interpretación, y, por lo tanto, ayuda a desentrañar el sentido de lo acordado. Como regla hermenéutica es objetiva, puesto que el *standard* no se refiere a lo que las partes entendieron efectivamente, sino a lo que pudieron entender conforme a lo que es ordinario que entiendan. El *standard* objetivo referido a lo que las partes pudieron entender se debe construir en base a las costumbres negocials existentes al momento de contratar en el sector de negocios en que el contrato se desenvuelve. Estas costumbres son las buenas costumbres, ya que el juez está autorizado a prescindir de las ‘malas costumbres’ como regla hermenéutica. (...) Es fuente de derechos referidos al buen comportamiento en los contratos según pautas objetivas. (...) En la medida en que la buena fe es un *standard* objetivo, provee al juez una fuente de datos para integrar el contrato [o la ley]. (...) La buena fe cumple una función correctiva del ejercicio de los derechos. El comportamiento correcto definido conforme a un *standard* objetivo señala un ‘deber ser’ respecto de cómo deberían actuar las partes, y en virtud de su origen legal e imperativo se constituye en un control y en un límite. (...) La buena fe es eximente de responsabilidad: si hay buena fe no hay culpabilidad en el obrar”<sup>1935</sup>.

“La buena fe es un principio general porque constituye un mandato de optimización, en cuanto ordena reglas de comportamiento cooperativo en la mayor medida posible en el caso. (...) La buena fe es una cláusula general, porque constituye una regla abierta de interpretación y aplicación para que el juez la utilice en el caso, contemplando las circunstancias de tiempo, lugar y costumbres”<sup>1936</sup> nos dice Lorenzetti, y cita al pie a Rosado de Aguiar quien agrega: “La buena fe aparece aquí como principio orientador de la interpretación (...). Expresa una exigencia fundamental que se encuentra en la base de la sociedad organizada, desempeñando una función de sistematización de las demás normas positivizadas y direccionando su aplicación. (...) no se concibe la sociedad organizada con base en la mala fe”<sup>1937</sup>.

Jurídicamente, la buena fe presenta dos facetas<sup>1938</sup>:

- Buena fe *subjetiva* o buena fe-*creencia*: lo que es digno de creencia y que por ello produce una expectativa jurídica susceptible de ser protegida (legítima). “...las partes deben confiar en las situaciones tal como se les presentan, lo cual remite a una valoración subjetiva, justamente porque el juez debe considerar la intención del sujeto, su estado psicológico o íntima convicción en relación a la situación dada. En este sentido, la buena fe subjetiva o creencia se presenta como una condición que puede reputarse de un sujeto. Pero esa cualidad debe ser fundada y general, una ‘no reconocibilidad de la situación de la contraria’, una ‘excusabilidad del error’ acerca de la propia situación. Concretamente, la buena fe subjetiva permite considerar válida una creencia del sujeto que no sería admisible si se aplicara el *standard* de diligencia común exigible para garantizar la seguridad en el tráfico. El campo mayor de aplicación es en las transmisiones dominiales de ‘buena fe’, lo que significa que el adquirente confió en la apariencia de ua situación jurídica determinada”<sup>1939</sup>.

<sup>1934</sup> Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos. Parte General. Páginas 142 y 143.

<sup>1935</sup> *Ibid.* Páginas 149 a 151.

<sup>1936</sup> *Ibid.* Página 145.

<sup>1937</sup> *Loc. Cit.*, nota al pie 78.

<sup>1938</sup> Cfr. *Ibid.* Página 142.

<sup>1939</sup> *Ibid.* Páginas 147 y 148.

- Buena fe *objetiva*: reglas objetivas de comportamiento leal. “En este caso la buena fe se relaciona con el comportamiento leal y honesto en el tráfico. No se refiere a la creencia que un sujeto tiene respecto de la posición de otro, como en el caso anterior, sino a la manera en que las partes deben comportarse en el cumplimiento de un contrato [en el ejercicio de un derecho]. Es un modelo o *standard* de conducta. En este sentido, la buena fe es fuente de obligaciones contractuales de origen legal, reclamando para las partes comportamientos objetivos, diferentes de los que tengan su fuente en el contrato. Los comportamientos objetivos que vienen a integrar el concepto de buena fe surgen del intercambio de este *standard* general con las costumbres negociales y el deber ser de las relaciones jurídicas, introduciendo deberes cooperativos en las relaciones jurídicas”<sup>1940</sup>.

En nuestra legislación, existen numerosas disposiciones jurídicas que hacen referencia a la buena fe, de las cuales las más importantes son las siguientes:

En el Código Civil<sup>1941</sup>:

“Artículo 622.—La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio”.

“Artículo 623.—La buena fe dura mientras las circunstancias permiten al poseedor presumir que posee legítimamente, o hasta que es citado en juicio”.

“Artículo 1519.—Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes”.

En el Código de Comercio<sup>1942</sup>:

“Artículo 362.—Competencia desleal. Todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial o al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades mercantiles, se considerará de competencia desleal y, por lo tanto, injusto y prohibido”.

“Artículo 669.—Principios filosóficos. Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales”.

---

<sup>1940</sup> *Ibid.* Página 148.

<sup>1941</sup> Además de los citados en el texto principal arriba, véanse los artículos: 620, 624, 639, 661, 664, 690, 696, 698, 928, 1307, 1383, 1389, 1417, 1468, 1496, 1620, 1622, 1624, 1632, 1683, 1807, 1835, 1898, 2149.

<sup>1942</sup> Aparte de los arriba citados, ver también los artículos: 50, 76, 255, 266, 286, 387, 593, 651, 659, 670, 909, 924, 1006.

En el Código de Trabajo:

“Artículo 20. El contrato individual de trabajo obliga, no sólo a lo que se establece en él, sino: (...) b) A las consecuencias que del propio contrato se deriven según la buena fe, la equidad, el uso y costumbres locales o la ley”.

“A fin de distinguir este concepto de la buena fe como deber de comportamiento de la buena fe como estado subjetivo se habla comúnmente de buena fe contractual”, la cual “Tiene un significado distinto totalmente de la buena fe de la que se habla en materia de posesión (posesión de buena fe) y en tantas normas que, en materia de invalidez del contrato, de simulación, etc., dejan a salvo los derechos de los terceros de buena fe. La ‘buena fe’ indica un estado subjetivo: simplemente significa ignorancia de lesionar el derecho de otro (...); en este caso, en cambio, expresa un deber: el deber de las partes contratantes de comportarse con corrección o lealtad”<sup>1943</sup>.

Lo que hace el artículo 17 de la LOJ es elevar la buena fe a un nivel de aplicación general, al establecer que todo derecho debe ejercitarse conforme a sus exigencias. Al entender la buena fe ordena comportamiento cooperativo en la medida de lo posible, se comprende por qué está considerada como una ampliación de la primacía del interés social, ya que, en efecto, con mala fe no es concebible una sociedad. Una de las críticas que se hace al principio de buena fe consiste en señalar “que la buena fe es contraria a la ética individualista y adversarial, porque el contrato es un asunto donde cada individuo persigue su propio interés, y no hay razones para limitarlo; exigirle que obre pensando en el otro es contradictorio y absurdo”<sup>1944</sup>, objeción a la que Lorenzetti responde que “la buena fe es un principio general de cooperación que en los contratos de cambio no neutraliza el interés adversarial de las partes que se expresa en las obligaciones nucleares; en estos casos, la buena fe es un deber colateral (no nuclear) que las obliga a comportarse en el sentido de obtener el propósito común que se logra a través de las mencionadas contraprestaciones. En cambio, en los contratos de colaboración, la buena fe como deber de cooperación asume un rol protagónico”<sup>1945</sup>. En efecto, rechazar la buena fe desde la perspectiva de una ‘ética individualista’ sólo es posible desde el individualismo que Hayek denomina ‘individualismo falso’, es decir, el de la corriente constructivista, porque sólo dicha corriente considera al individuo en un sentido que no toma en cuenta su realidad como participante en un entorno social, sólo el falso individualismo pretende elevar la búsqueda del interés personal a nivel de imperativo ético abstracto y absoluto, porque no toma en cuenta que el interés personal implica la cooperación social. En la teoría de Hayek, en cambio, está claro que el funcionamiento de un orden global de acciones implica que las personas puedan tener expectativas razonables sobre la manera en que las demás personas se comportarán, que dichas expectativas razonables se basan en patrones de comportamiento que trascienden lo legal y se expresan también en normas de conducta moral y costumbres, porque todas estas normativas contribuyen a mejorar la posibilidad de lograr los fines personales al sacar más provecho del conocimiento disperso a través de la cooperación social, en cuanto dichas normas existen para hacer frente a nuestra ignorancia. Para el jurista, es precisamente el principio de buena fe el que permite la concatenación de todos estos factores a fin de poder dar solución a un caso concreto tomando en cuenta toda la realidad del orden que es objeto de análisis jurídico. En términos económicos, puede decirse que el funcionamiento de un mercado requiere como presupuesto la confianza entre los participantes que haga viable el intercambio, pues la mala fe, la desconfianza, aumentan los

---

<sup>1943</sup> Galgano, Francesco. El Deber de Buena Fe y el Abuso de Derecho. Páginas 453 y 454.

<sup>1944</sup> Lorenzetti. Ob. Cit. Páginas 145 y 146.

<sup>1945</sup> Ibid. Página 146.

costos de transacción al disminuir la certeza sobre la conducta ajena. Jurídicamente, es la buena fe en el ejercicio de los derechos la norma que permite que estos factores saludables para la vida en sociedad, para el mantenimiento del orden abstracto de acciones, puedan ser tomados en cuenta en el caso concreto.

El carácter ‘casuístico’ de la apreciación de la buena fe da lugar a otra crítica, la cual “se refiere a que [la buena fe] es un *standard* impreciso y demasiado amplio que afecta la seguridad jurídica. Si bien es cierto que el interés individual debe ser limitado, no está claro hasta dónde debe serlo y cuáles son los criterios. A ello puede responderse que la jurisprudencia en todos los países que han incorporado esta regla general ha ido especificando reglas muy precisas sobre el significado que asume en los casos concretos, y no se advierte el riesgo de inseguridad que se menciona”<sup>1946</sup>. En esto se ve, entonces, uno de los papeles concretos que está llamada a asumir la jurisprudencia como fuente complementaria de nuestro ordenamiento jurídico. “El deber general de buena fe contractual tiene la función de colmar las inevitables lagunas legales (...): la ley, por muy analítica que sea, no puede prever todas las situaciones posibles, mediante normas concretas, ni todos los abusos que las partes pueden cometer la una en perjuicio de la otra. La ley sólo previene las situaciones más frecuentes, eliminando los abusos más recurrentes: muchos comportamientos reprobables escaparían a las espesas redes de la ley, si debiera considerarse permitido cualquier comportamiento que ninguna ley no prohíba (...), o únicamente facultativo cualquier comportamiento que ninguna norma positiva no lo haga obligatorio (...). El principio general de corrección y de buena fe permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquellas previstas por la ley; como suele decirse, ‘cierra’ el sistema legislativo, es decir ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se pueden manifestar en las múltiples y variadas situaciones de la vida económica y social. Las reglas, no escritas, de la corrección y de la lealtad son normas consuetudinarias. (...) Al Juez, en concreto, le corresponde establecer aquello que es conforme a la buena fe o que es contrario a ella; sin embargo el Juez no se sirve de su particular concepto de corrección o de lealtad; debe tener en cuenta las reglas de la costumbre, que pueden ser muy elásticas y distintas de su concepto personal de corrección”<sup>1947</sup>.

“Una tercera forma de cuestionar la buena fe es reconociendo su existencia pero señalando que no es una norma jurídica; se trataría de un principio moral. Hemos señalado que los principios jurídicos tienen una estructura deóntica, es decir, constituyen mandatos, y por lo tanto son exigibles”<sup>1948</sup>. Esta crítica no tiene sentido cuando se considera que el derecho y la moral, si bien son órdenes distintos, confluyen en el normar los órdenes sociales, y por ello es preciso que se pueda apreciar la buena fe, como decíamos antes, para propiciar una mayor certeza en la aplicación de las normas al caso concreto. Además, las costumbres sociales pueden variar, y también la apreciación de la buena fe permite complementar el ordenamiento jurisprudencialmente recogiendo dichas variaciones. En Guatemala, está claro que el ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe constituye una norma jurídica de pleno valor como tal.

### vii) El abuso de derecho

El abuso de derecho, acápite bajo el cual la LOJ se refiere concretamente “el exceso y mala fe en ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo que cause daños o perjuicios a las personas o

---

<sup>1946</sup> *Loc. Cit.*

<sup>1947</sup> Galgano. *Ob. Cit.* Página 454.

<sup>1948</sup> Lorenzetti. *Ob. Cit.* Página 146.

propiedades”, va desde luego vinculado a la buena fe. También desde la concepción abstracta, irreal, del individualismo constructivista, se afirma que es absurdo el concepto de abuso de derecho y se cita a tal efecto las palabras de Ulpiano en Digesto, 43.29.3.2, “no se considera que lo tiene con dolo malo el que usa de su derecho” (“*dolo malo non videtur haber qui suo iure utitur*”), o las de Gayo en Digesto, 50.17.55, “No se considera que obra con dolo nadie que usa de su derecho” (“*Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*”). Sin embargo, la cita se refiere a la aplicación del interdicto estatuido por la *lex Favia*, dirigido a ordenar la exhibición del hombre libre que con dolo malo fuere retenido. Se dice que no hay dolo en el que usa su derecho, refiriéndose concretamente a que no está obligado a la exhibición que ordena la *lex Favia* aquel que retiene a los que están bajo su potestad. Así de sencillo; así de no-relacionado con la negación del abuso de derecho. Por el contrario, fue precisamente en Roma donde se desarrollaron las nociones de la *bona fides* y el *dolus malus*.

El Derecho tiene como nota distintiva la alteridad, es decir, que lo jurídico nace y vive en un contexto de convivencia social con nuestros semejantes, en donde el propio derecho tiene como límite por excelencia el derecho de los demás: por eso es que nuestra legislación establece como nota tipificante del abuso de derecho el “que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades”, porque no se trata de cualquier ejercicio de derecho que a los demás parezca abusivo, sino el que concretamente produzca resultados adversos a la persona o propiedad de los demás y, en esta medida, la institución del abuso de derecho va encaminada a la protección de la persona y de la propiedad. Tales daños o perjuicios son susceptibles de ponderarse en forma razonable y objetiva, y así se ha desarrollado en la doctrina y la jurisprudencia. En términos del análisis económico del Derecho, el abuso de derecho puede traducirse como las ‘externalidades negativas’, y su sanción consiste en la indemnización o internalización de la externalidad negativa.

La institución del abuso de derecho se vincula con la regulación de la indemnización por daños que establece nuestro Código Civil, de cuya norma general constituye una concreción. En efecto, el texto del artículo 18 de la LOJ es el mismo que el del artículo 1653 del Código Civil:

“Artículo 1645.—Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

“Artículo 1648.—La culpa se presume, pero esta presunción admite prueba en contrario. El perjudicado sólo está obligado a probar el daño o perjuicio sufrido”.

“Artículo 1653.—El exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos”.

“Artículo 1654.—Si la persona que reclama la indemnización ha contribuido a causar el daño o perjuicio, la obligación de repararlo se deducirá en proporción a su participación en él”.

El doctrinante nacional Rubén Alberto Contreras Ortiz nos comenta que “Todos sabemos que los derechos de cada persona, por genuinos y respetables que sean, jamás deben lesionar los derechos de otra u otras personas. De ahí que su ejercicio debe ser oportuno, mesurado, de buena fe y



realizado en ocasiones en que su titular necesite verdaderamente su ejecución. Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón dicen, respecto de ello que: ‘1. El ejercicio del derecho debe hacerse conforme a las convicciones éticas imperantes en la comunidad. 2. El ejercicio de un derecho debe ajustarse a la finalidad económica y social para la cual ha sido concedido o atribuido al titular. La primera consideración lleva a la exigencia de que el ejercicio de un derecho subjetivo se ajuste a los dictados de la buena fe. La segunda impone la prohibición del abuso de derecho’. En general, debe tenerse en cuenta que, para que haya abuso de derecho, debe estarse en situaciones en las que, quien es titular legítimo del mismo, lo emplee de manera excesiva o imprudente; lo ejercite sin necesidad alguna y, como consecuencia, cause daño a personas o propiedades; u omita su ejercicio cuando hay certidumbre o posibilidad de que por su abstención otra persona resulte dañada o perjudicada. (...) Además de la anterior regulación general, el Código Civil se refiere al abuso de derecho en el ejercicio de las facultades de dominio, diciendo que el propietario no puede, en ejercicio de su derecho, realizar actos que causen perjuicio a otras personas”<sup>1949</sup>, y enumera el autor los casos de abuso de derecho previstos por el Código Civil en páginas 23 a 25 de su obra en cita.

## **b) La ley aclarada**

Este nivel interpretativo entra en vigencia cuando, conforme lo instruye el artículo 15 de la LOJ, existe falta, obscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley. Comentemos lo que sea pertinente sobre los criterios que lo conforman.

## **i) La finalidad y el espíritu de la ley**

Es interesante citar la enseñanza de Ulpiano que nos conserva Digesto, 50.16.6.1: “La frase: ‘en virtud de las leyes’ ha de ser entendida así: tanto según el espíritu, como según las palabras de las leyes” (“*Verbum: ‘ex legibus’ sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis*”).

Por lo demás, transcribo aquí lo dicho anteriormente, sobre que el inciso a) del artículo de la LOJ, “en que se establece el método teleológico, también se establece –junto a él– como criterio de interpretación el ‘espíritu’ de la ley: ya Bobbio nos decía cómo la interpretación según el espíritu de la ley va encaminada a hacer prevalecer el significado sobre el signo, contrariamente a la interpretación literal, en que prevalece el signo sobre el significado. Por eso, la interpretación según el espíritu se erige como en contraposición con la interpretación según la letra o método semántico. El iuspositivismo admite el método teleológico pues considera que el sentido de la ley se aclara mediante la indagación de la voluntad del legislador; en cambio, la indagación del espíritu la podemos entender como el medio que abre dicha voluntad del legislador a la crítica racional e inmanente que permite adaptar más a la realidad la norma legislada, ya que el espíritu de la norma o de la ley puede decirse que es algo objetivado (en términos de Popper, ubicaríamos el espíritu de la ley en el mundo tres), en la medida en que –como afirma Bobbio– atiende a un *significado*, que como tal no sólo va más allá del signo sino es a la vez independiente del sujeto que establece dichos signos; en cambio, la finalidad es algo subjetivo (voluntad del legislador, estado de conciencia, mundo dos de Popper). Entonces, si el dogma del legislador racional –con voluntad, que establece fines y elige medios para alcanzarlos– pretendería hacer dichos medios incuestionables, la interpretación del espíritu, en cambio, nos permite cuestionar en qué manera queda mejor servido el espíritu de la ley, es decir, cómo puede la ‘finalidad’ de la ley conseguirse más adecuadamente ante la eventual posibilidad de que los medios elegidos por el legislador no

<sup>1949</sup> Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles (Parte General)*. Páginas 22 y 23.

sean los idóneos”, a nivel de norma general o específicamente en el caso concreto que se examine.

La finalidad y el espíritu de la ley a veces pueden considerarse expresados en sus llamados “Considerandos”, que indican las razones que llevaron al legislador a emitir la normativa en cuestión. Sin embargo, esto varía de ley a ley, y es posible encontrar leyes cuyos Considerandos son extensos y realmente ayudan a comprender la finalidad y espíritu que guían su promulgación (como es el caso de los Considerandos que citamos del Código de Trabajo), mientras que en otros casos los Considerandos resultan más bien escuetos y vagos.

También nos ilustra sobre la finalidad y espíritu de la ley las Exposiciones de Motivos, y con esto –recordando lo que ya tratamos anteriormente sobre las exposiciones de motivos– entramos a ver la relación que hay entre este criterio y el de la historia fidedigna: en efecto, es posible cuestionar hasta qué punto la finalidad de la ley (entendida como la ‘voluntad del legislador’, o lo que se pretendió lograr mediante la emisión de la ley) puede separarse o no de la historia fidedigna de su institución, pues en la medida en que el estudio de los antecedentes que guiaron la formación de dicha ‘voluntad’ nos ofrezca nociones para mejor comprender y examinar la finalidad de la ley, podemos afirmar que los incisos a) y b) del artículo 10 de la LOJ no son del todo mutuamente excluyentes, sino que, por el contrario, van íntimamente ligados.

## **ii) La historia fidedigna de su institución**

Como vimos, la historia fidedigna de la institución de una ley se conceptúa primariamente como una referencia a las exposiciones de motivos (vimos también qué distintos tipos de ‘exposiciones de motivos’ hay en nuestro medio), a las discusiones parlamentarias (diarios de sesiones del Organismo Legislativo), y demás documentos distintos del texto legislativo mismo que hayan tenido algún papel en el proceso de formación, discusión y sanción de la ley.

Algunas exposiciones de motivos señalan otros textos que sirvieron de inspiración para la ley, incluyendo una amplia variedad de fuentes que sirven de consulta para ampliar y profundizar el conocimiento de la historia fidedigna de la institución según sea necesario y oportuno. Entre tales textos hay ‘leyes modelo’ elaboradas por instituciones u organismos internacionales, anteproyectos elaborados por juristas nacionales o extranjeros como propuestas legislativas para nuestro país u otros, leyes extranjeras que han servido como referencia: todos estos textos tendrán a su vez textos auxiliares que profundicen, amplíen, ilustren y aclaren su contenido. También las exposiciones de motivos mencionan autores de doctrina, cuyas teorías y explicaciones citan como inspiración para haber optado por determinada solución normativa, o que exponen la conceptualización doctrinal que de una concreta institución jurídica acoge nuestra legislación. Puede decirse que tales autores representan una ‘primera línea’ de auxilio a la interpretación de la ley en cuanto las mismas fuentes de su historia fidedigna nos remiten a ellos. Sin embargo, no se olvide que también pueden encontrarse otros textos doctrinarios en donde se amplíe o elabora sobre la doctrina de los autores anteriores, donde se critique sus explicaciones, se compare sus teorías con las de otros autores, etc.

Esto es importante por lo que mencionábamos respecto del argumento de autoridad al examinar su uso en la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico en el capítulo III: que es atendible en cierto modo en la medida en que necesitamos confiar en los conocimientos ajenos ante la imposibilidad de indagar por nosotros mismos todos los aspectos relevantes de un asunto (y, entonces, sería más bien lo que hemos visto que Popper denomina ‘conocimiento tradicional’),

pero al mismo tiempo, que no debe por ello renunciarse al examen crítico racional, especialmente cuando las circunstancias lo requieran: “El error fundamental que comete la teoría filosófica de las fuentes fundamentales de nuestro conocimiento es que no distingue con suficiente claridad entre preguntas de origen y preguntas de validez. Ciertamente es que, en el caso de la historiografía, estas dos clases de preguntas pueden a veces coincidir. La pregunta sobre la validez de una afirmación de índole histórica puede ser comprobable únicamente, o principalmente, a la luz del origen de ciertas fuentes de información. Pero, en general, las dos preguntas son de diferente clase; y en general no ponemos a prueba la validez de una aseveración o de una información rastreando sus fuentes o su origen, sino que la comprobamos muchos más directamente mediante el examen crítico de lo que se ha afirmado, de los hechos aseverados mismos. Así pues, las preguntas del empirismo: ‘¿Cómo lo sabe usted?, ¿cuáles son las fuentes de su aseveración?’ están mal formuladas. Y no es que estén formuladas de manera inexacta o torpe; *están del todo erróneas en su concepción*: son preguntas que piden una respuesta autoritaria. (...) propongo sustituir esta pregunta sobre las fuentes de nuestro conocimiento por esta otra, totalmente distinta: ‘¿Cómo podemos esperar detectar y eliminar el error?’ (...) deriva del punto de vista de que tales fuentes de conocimiento tan puras, impolutas y certeras no existen, y que las preguntas referentes al origen o a la pureza de tales fuentes de conocimiento no deberían confundirse con las preguntas referentes a su validez, o a su veracidad. (...) No obstante, la pregunta tradicional sobre las fuentes del conocimiento autorizadas se sigue repitiendo aún hoy, y la formulan muy a menudo algunos positivistas y otros filósofos que se consideran en rebeldía contra la autoridad. La respuesta adecuada a mi pregunta de ‘¿Cómo esperamos detectar y eliminar el error?’ es, en mi opinión, ‘*Criticando las teorías o las conjeturas de los demás y –si podemos adiestrarnos a hacerlo así– criticando nuestras propias teorías o conjeturas*’<sup>1950</sup>.

Las citas de autores de doctrina, según se observa en la práctica, no se utilizan exclusivamente en el contexto que denominamos segundo nivel interpretativo, sino que es común encontrar citas de autores en memoriales y sentencias para reforzar los argumentos de los abogados y los fundamentos de los jueces. Por tanto, reviste esa importancia que acabamos de señalar sobre la reflexión crítica también en torno a la doctrina, puesto que “[El] positivismo extremo ha sido objeto de numerosas correcciones, sobre todo a partir de 1945, y en nuestros días no lo sostiene ningún filósofo del derecho de gran talla, aunque todavía siga teniendo seguidores de segunda fila. En otro sentido, muy genérico, se entiende por positivismo toda teoría del derecho que no admita un verdadero derecho natural, e.d., conforme a la teoría clásica. Según este sentido amplísimo puede decirse que la ciencia jurídica del siglo XX es en general positivista, aunque admita que el derecho está subordinado a la ética o a ciertas condiciones objetivas –lógicas, ontológicas o axiológicas– que debe respetar. (...) Hay autores que llaman derecho natural a esos condicionamientos, mientras otras –con más razón a nuestro juicio– niegan que tal calificación sea correcta; de donde se deriva que hay quienes llaman iusnaturalistas y defensores del derecho natural a autores (como Welzel o Cahn), que expresamente niegan ser tal cosa”<sup>1951</sup>.

Asimismo, en la medida en que algunas leyes buscan recoger instituciones o normas jurídicas que se han desarrollado en otros países, la doctrina existente sobre sus orígenes en esos contextos también es fuente útil de criterio para evaluarlo a la luz de la realidad nacional. Además, por cuanto muchas de las leyes principales recogen instituciones y normas que se han venido desarrollando desde hace siglos en la tradición jurídica occidental, el conocimiento de la misma es también fuente importante de comprensión para este criterio del segundo nivel interpretativo.

<sup>1950</sup> Popper. *Conocimiento sin Autoridad*, en *Escritos Selectos*. Páginas 54 y 55.

<sup>1951</sup> Hervada. *Ob. Cit.* Página 324.

Podemos decir entonces, que la historia fidedigna de su institución aclara la ley pero que, en casos determinados, será necesario ir más allá de las fuentes históricas directas (que básicamente quedan contenidos en el Archivo Legislativo y en el Diario de Sesiones del Congreso) sino además a otras fuentes que están detrás de todo lo que en las fuentes directas se expresa. Sólo así se logra, cuando el caso lo requiera, la visión integral de la historia fidedigna de la institución que permita fundamentar un ejercicio de la técnica jurídica como crítica inmanente y racional de la norma y el sistema normativo, especialmente cuando se trate de asuntos particularmente complejos.

De esta manera, el criterio interpretativo de la historia fidedigna de su institución se nos revela como el cauce por el cual se manifiesta la relevancia práctica que tiene el estudio de materias como, entre otras, la historia del Derecho, así como –desde luego– el Derecho Romano, en cuanto cuna de la cultura jurídica de nuestra civilización. Aquí es donde tiene su cabida lo que hablábamos en el capítulo II sobre el aspecto dogmático-institucional del estudio romanista, en complemento del estudio técnico-estructural o jurisprudencial, que es la dimensión en que principalmente se inscribe el presente trabajo.

### iii) La analogía

La interpretación analógica y la extensiva, han sido ya debidamente tratadas tanto en el capítulo III como en las páginas anteriores en que se expusieron las tesis del positivismo jurídico.

### iv) La equidad

Nuestro ordenamiento jurídico, separándose en este punto de la doctrina iuspositivista tradicional, sí admite la equidad interpretativa, es decir, admite la invocación de la equidad dentro de este segundo nivel interpretativo de la ley aclarada, con lo cual abre otra puerta al argumento abierto, de ese *bonum et aequum* que veíamos en la técnica jurídica del Derecho Romano Clásico. Es decir, en nuestro sistema la equidad no tiene una función meramente supletoria o sustitutiva, a falta de ley aplicable, sino que la misma ley en su aplicación admite ser aclarada y adaptada al caso concreto mediante criterios de equidad, y en esto se debe recordar la noción clásica de la equidad como adecuación de la justicia al caso concreto, en el sentido en que ya desde Aristóteles y los antiguos romanos se tenía conciencia de que la ley, dado el carácter general y abstracto que debe tener, no será siempre adecuada del todo al caso concreto. En el ejercicio del Derecho como razón práctica, Santo Tomás de Aquino señalaba que incluso los preceptos de la ley natural son generales de tal forma que debe ponderarse su justa adecuación a cada caso, y por eso decíamos en la última reflexión de la sección anterior de este capítulo que, en cierto modo, puede decirse que ningún caso concreto está *real y plenamente* ‘previsto’ en la ley.

La proscripción de la equidad interpretativa que hizo la doctrina iuspositivista ha dado como resultado que, en la mentalidad jurídica actual, ‘equidad’ se utilice más como sinónimo de ‘ausencia de ley’, casi como *contrapuesto* o *en oposición* a ‘Derecho’. Esto se debe a que la doctrina positivista la admitía únicamente cuando no había ley aplicable. Por tanto, si se identifica el Derecho con la ley (legislación) y se admite la equidad únicamente a falta de ley, lógico es que equidad y Derecho queden separados, y, como consecuencia de la interpretación estrecha y lógico-deductiva de la ley –que no se ajusta a los casos concretos– el ‘Derecho’ así entendido llegue a verse como opuesto a la equidad. Sin embargo, en la concepción clásica del Derecho esto es un total contrasentido, pues el Derecho, el *ius*, es precisamente el arte de lo

bueno y equitativo, el *ars boni et aequi*. En una concepción del Derecho que está conciente de la inadecuación al caso concreto que puede representar el carácter general y abstracto de la norma, y que admite la adecuación de ésta al caso mediante la interpretación, la equidad como criterio para ello no es en modo alguno ajena ni mucho menos opuesta al Derecho, sino que llega a ser uno de sus elementos tipificantes y constitutivos. Esta es la noción que hemos descubierto mediante el análisis crítico del derecho guatemalteco objetivado y su trasfondo.

En el arbitraje subsiste esta separación entre derecho y equidad, pero ello debe entenderse en el sentido en que también estaba presente en el derecho romano, es decir, en cuanto se admitía resolver sin aplicar directamente la norma del *ius civile* (como sucedía en las acciones *bonae fidei* en cuanto contrapuestas a las *stricti iuris*), pero no como contrapuesta al *ius* en su concepción más completa, y es precisamente a partir de dicha concepción que se integra la *aequitas*, el *bonum et aequum*, en las *responsa* de los jurisconsultos a los casos concretos, también en referencia a las normas legisladas. De hecho, tuve oportunidad de conversar sobre este punto en el laboratorio de capacitación práctica en materia de arbitraje que recientemente cursé, dirigido por el Lic. Raúl Pimentel, del Centro de Arbitraje y Conciliación (CENAC). Comentábamos que, si bien es cierto que la idea general que se hace la gente sobre la diferencia entre un arbitraje de equidad y uno de derecho es que el de equidad tendrá más posibilidades de arribar a un laudo justo por no estar circunscrito a la normativa legislada, mientras que en uno de derecho se espera resoluciones un tanto más insatisfactorias basadas en la aplicación de la ley, él en su experiencia ha visto casos similares (en la vida real) o el mismo caso (en talleres) en que la decisión en equidad resulta más injusta que la decisión a la que puede llegar un arbitraje en derecho pero en el que la legislación sea interpretada de un modo integral y congruente, no al modo positivista. Pienso que esto no necesariamente desdice de los arbitrajes de equidad, pero sí dice mucho sobre el derecho, sobre la ley: demuestra, en mi opinión, que una interpretación adecuada de la ley es capaz de adecuar la solución justa al caso concreto, y que la mentalidad estrecha y limitada de alguien facultado para resolver ‘en equidad’ puede producir iguales o peores resultados que la misma mentalidad en aquellos cuyo ‘leal saber y entender’ respecto de la legislación parece no ser realmente tal, por más que a los primeros se les dé toda la amplitud y extensión de facultades para resolver sin apego al derecho escrito.

#### v) Los principios generales del derecho

“Quien conoce los principios generales, domina todo el derecho. El que los ignora, nada sabe de él”, “Nadie puede ser jurista sino es principialista”<sup>1952</sup>. “El conocimiento y manejo de los principios presupone aquilatadas calidades de jurista en el operador jurídico. (...) Por consiguiente, sin un conocimiento y manejo de la técnica y arte propios de la ciencia jurídica es imposible pretender un conocimiento y manejo de los principios”<sup>1953</sup>.

Con las anteriores palabras expresa Hernán Valencia Restrepo la importancia, por un lado, de los principios generales del derecho y, por otro, de conocer la técnica jurídica y el arte propio de nuestra noble ciencia. A la luz de tales afirmaciones, se dibuja con perfiles más claros aún la urgente importancia de esa *formación jurisprudencial* a que contribuye el estudio del Derecho Romano, la imperiosa necesidad de un adecuado manejo de la técnica jurídica para poder hacer derecho, aplicar el derecho, interpretar e integrar el derecho.

---

<sup>1952</sup> Valencia Restrepo. *Ob. Cit.* Página 55. El autor latiniza su neologismo en la frase *nemo iurista nisi principialista*, recordándonos el *nemo iurista nisi bartolista* de la Edad Media.

<sup>1953</sup> *Ibid.* Página 496.

Un problema constante con que se encuentra el jurista es la supuesta vaguedad o indefinición del concepto de ‘principios generales del derecho’, y –no sin cierta pereza mental– es fácil abandonarlo en el cajón de ‘lo subjetivo’, ‘lo difuso’, ‘lo indefinible o indefinido’, ‘lo relativo’, que no es otra cosa que una expresión más o de la mentalidad positivista, o de la falta de fe en la razón humana. En cualquier caso, una inaceptable renuncia de lo que es nota constitutiva de nuestra propia humanidad: la razón como capaz de acercarse a la verdad. Así, el criterio interpretativo del inciso d) del artículo 10 de la LOJ queda empolvándose en el olvido del escepticismo y la ignorancia. Para contrarrestar esta lamentable situación, el citado autor colombiano ha abordado el estudio sistemático y profundizado de los principios generales del Derecho, ciencia que él –mediante la etimología griega– ha denominado ‘nomoárquica’ (de *nómos* –ley o derecho– y *archaí* –principios–) o ‘principlística jurídica’. No tengo más que referirme al estudio de dicho doctrinante para explicar al lector los puntos más elementales sobre los principios generales del Derecho; de ella cito a continuación (ordenándolos conforme a un criterio personal) los párrafos más dicentes que resumen los hallazgos y formulaciones del autor.

“El origen positivo de los principios representa tanto una negación como una refutación del legalismo, proferidas por el propio legislador. El legalismo es el postulado en que se ha inspirado la corriente positivista para su concepción del derecho y, por consiguiente, para la de los principios. Según aquél, si todo el derecho está en la ley, en ella también están éstos. La remisión legal a los principios implica, entonces, el reconocimiento expreso, absoluto, categórico, rotundo de la insuficiencia de la ley y, en consecuencia, de que el derecho no está todo contenido en ella. La remisión a los principios (...) configura una apodíctica y solemne confesión de que falta un sistema lógico perfecto o hermético basado en la ley, el cual necesariamente debe llegar a ser tal por obra de la costumbre, la analogía y los principios generales del derecho. (...) es el propio derecho positivo el que faculta y ordena al aplicador jurídico, en el caso de lagunas legales, abandonar el derecho explícitamente positivo e ingresar al derecho implícitamente positivo para volver al derecho explícitamente positivo. (...) Es insoslayable y de rigor expresar que hasta el mismo derecho positivo, por boca del constituyente, del legislador o de la jurisdicción, habla de un ‘positivismo superado’ y de que ‘todo el derecho no está en la ley’”<sup>1954</sup>.

El autor señala ocho elementos definitorios de los principios generales del derecho, que son los siguientes:

- Pertenecientes a su naturaleza jurídica:
  - Son normas jurídicas.
  - Imperativas.
  - Implícita o explícitamente positivas.
  - Que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento.
- Pertenecientes a su naturaleza filosófica:
  - Son normas fundamentales.

---

<sup>1954</sup> *Ibid.*, Página 204.

- Universales.
- Tópicas.
- Axiológicas.

“Aclárese que los principios gozan de objetividad por ser valores sociales, fundados, por tanto, en el *communis consensus* aristotélico y cognoscibles, consecuencialmente, mediante intuición emotiva por cualquiera que haga recto uso de la razón”<sup>1955</sup>. Asimismo, afirma que “la investigación de los principios debe girar en torno a su historia, la cual se debe erigir en punto de referencia o gozne, puesto que, por ser el derecho un producto eminentemente social, es la historia de la sociedad la condicionante del derecho y no éste de aquella”<sup>1956</sup>. “Los principios se aprehenden o se conocen por un método intuitivo-empírico-sociológico, que está compuesto por la intuición y el sentido común. (...) Los principios constituyen los valores bilaterales fundamentales vigentes en una sociedad dada. Si los principios no se encuentran en reglas que los consagren de manera expresa, se los ha de obtener por inducción de esas reglas o normas. Si eso no es posible, se de recurrir al método de intuición emotiva-sentido común”. Sin embargo, los principios obtenidos por el método inductivo “no se erigen en los genuinos principios generales del derecho”, ya que “constituyen los principios que han efectivamente inspirado un ordenamiento determinado y, por ello, son los principios generales de un derecho o principios menos universales. Gozan de menor generalidad que la de los principios obtenidos por intuición emotiva-sentido común, pues son meras aplicaciones de éstos. (...) Han sido consagrados por las fuentes formales estatales y de ahí que se han de descubrir por las vías legal y jurisprudencial. Su descubrimiento presupone un estudio ahondado de las normas explícitamente positivas del ordenamiento del que se tratare”<sup>1957</sup>. En cambio, los principios obtenidos por el método de intuición emotiva-sentido común, “se erigen en los genuinos principios generales del derecho” ya que “constituyen los principios que han debido y podido inspirar o que deben y pueden inspirar todos los ordenamientos y por ello son los principios generales del derecho o principios más universales o supremos. A este grupo también pertenece el universalísimo o sumo: el *derecho debe ser justo y su aplicación equitativa*. (...) Su descubrimiento presupone un estudio ahondado de las normas implícitamente positivas del ordenamiento, que son las mismas del derecho natural pero positivizadas implícitamente”<sup>1958</sup>.

“Los principios se extraen del corazón humano para ser positivizados, *en un primer momento*, por las fuentes formales extraestatales (procesos principal y consuetudinario, que son obra de la comunidad, la cual actúa como autoridad informal de sí misma u órgano descentralizado de sí misma), que los hacen *normas implícitamente positivas*. *En un segundo momento*, los principios, ya normas implícitamente positivas, son positivizadas por las fuentes formales estatales (procesos legislativo, ejecutivo y jurisdiccional), que los hacen *normas explícitamente positivas*. Gozan, pues, los principios del derecho natural de una positividad incuestionable y sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento. (...) La jurisdicción es el medio más importante, a la par que el más apropiado, de positivización explícita de los principios, en cuanto creadora de normas generales, a través de la jurisprudencia, entendida ésta en su sentido técnico y restringido, y de

---

<sup>1955</sup> *Ibid.* Página 177.

<sup>1956</sup> *Ibid.* Página 178.

<sup>1957</sup> *Ibid.* Página 354.

<sup>1958</sup> *Ibid.* Página 355.

normas individualizadas, que son las sentencias o fallos”<sup>1959</sup>. Sin embargo, de las vías jurisprudencial, legal y doctrinal para el descubrimiento de los principios, “la doctrinal es la más importante, la reina, por cuanto alimenta y retroalimenta las otras dos. Con efecto, de ella bebe la vía legal cuando constituyente, legislador, administración y los órganos menores de producción jurídica van a consagrar de manera expresa principios jurídicos. Es de rigor señalar un caso, que se erige en típico o sintomático, en el cual la vía doctrinal ha alimentado a la legal: el de los juristas romanos, cuyos escritos sobre los principios no regulares, que eran inicialmente principios doctrinales, fueron después elevados, por el emperador Justiniano y por muchos legisladores posteriores, a principios legales. Lo propio efectúa la vía jurisprudencial cuando reiteradamente consagra un principio determinado. (...) La jurisprudencia y la doctrina se comportan como hermanos siameses: la primera depende de la segunda y se influyen mutuamente. (...) Por las vías legal y jurisprudencial se arriba a los principios que son normas explícitamente positivas. Por la doctrinal, a las normas principales implícitamente positivas. (...) Para la positivización explícita de los principios, la vía más importante es la jurisprudencial, entendiendo aquí por tal no sólo la jurisprudencia en su sentido técnico y restringido, creadora de normas generales, sino además la jurisdicción, en cuanto creadora de normas individualizadas, la cual, a través de ellas, aplica los principios. Viene enseguida en importancia la vía legal. Pero para la positivización explícita, previamente se ha de contar con la doctrinal, que es la que alimenta y retroalimenta las otras dos y que descubre los principios que han sido recreados por la comunidad mediante los procesos principal y consuetudinario. (...) Por último, tan normas positivas son los principios *legalizados* como los *no legalizados*, y tan principios generales del derecho son los unos como los otros, por cuanto todos desempeñan las tres funciones principales y tienen formulación normativa o positiva: los primeros (los legales y jurisprudenciales) la tiene *expresa*; los segundos (los doctrinales), *no expresa o tácita*”<sup>1960</sup>.

En las funciones de crear, interpretar e integrar el ordenamiento radica toda la razón del ser y obrar de los principios. “Las funciones principales persiguen que la creación, interpretación e integración del derecho no se gobiernen por los criterios subjetivos –los cuales con demasiada frecuencia pueden ser arbitrarios– del creador, intérprete o integrador sino por patrones objetivos, que son los valores bilaterales fundamentales vigentes en una sociedad o que deben regir en ella, en los cuales justamente consisten los principios. Queda, por tanto, excluida así la posibilidad de que se ejerzan las ramas del poder público (legislativa, ejecutiva, jurisdiccional) con base en opiniones personales o arbitrarias.

“Cabe efectuar aquí una observación en torno al llamado por los positivistas *arbitrio judicial* o *discreción judicial*, consistente en que si a un caso dado no le es aplicable ninguna norma positiva (según nuestra temática, explícitamente positiva), no podrá decidirlo el juez aplicando el derecho sino que habrá de hacerlo ejercitando su arbitrio o discreción, esto es, que deberá guiarse por alguna norma extrajurídica, la cual le sirve de pauta para crear una nueva norma individualizada o para completar con ésta una preexistente. ‘En todo aquello –afirman los positivistas– en que el orden jurídico –con sus reglas específicas, *standards* y principios– no guía o pone límites a la labor judicial, los jueces deben fundar sus sentencias en pautas razonables que no son parte del derecho. El caso queda librado a su discreción, que no es sinónimo de antojo o capricho, sino de sensatez, cordura, buen juicio. Es decir, deben fundar sus fallos en pautas razonables que no son parte del derecho’. Adviértase que esta solución, del todo subjetivista, del positivismo al problema antecitado de las lagunas legales es la misma en esencia del

<sup>1959</sup> *Ibid.*, Página 453.

<sup>1960</sup> *Ibid.*, Páginas 482 a 484.



iusnaturalismo individualista [racionalista, constructivista], que la deja enteramente en manos del subjetivismo del fallador, quien debe hallar la norma nueva o completar la preexistente en principios obtenidos arbitraria, apriorística y ahistóricamente por la razón individual. Contra semejantes soluciones subjetivistas o arbitrarias se levanta el iusnaturalismo tradicional al propender por la objetividad en la creación, interpretación e integración del derecho, basadas en unos principios que no son normas extrajurídicas sino estrictamente jurídicas, obtenidos con método que garantiza tal objetividad: el de la intuición emotiva-sentido común. Débese descartar, por tanto, cualquier arbitrio o cualquiera discreción (legislativa, administrativa, judicial): creadores y aplicadores del derecho nunca deben desempeñar sus funciones con fundamento en pautas que no hagan parte del ordenamiento sino siempre con base en los valores bilaterales fundamentales, sociales y vigentes, que son los principios, los cuales se presenta como normas implícitamente positivas y, en consecuencia, constituyen partes del derecho”<sup>1961</sup>.

#### vi) La costumbre

La costumbre está reconocida como fuente de nuestro ordenamiento jurídico, en defecto de ley aplicable o por delegación de ésta. Sin embargo, esto nos hace plantearnos una cuestión: si se supone que existen métodos para integrar la ley ante su *falta*, obscuridad, ambigüedad o insuficiencia (que son los que establece el artículo 10, el nivel interpretativo de la ley aclarada), entonces no tendría sentido decir que regirá la costumbre a falta de ley aplicable, pues en tal caso, siempre habría una ley aplicable: la ley aclarada conforme a los criterios del artículo 10.

Lo expresado al respecto por el diputado Skinner Klee en su discurso ante el Pleno del Congreso con ocasión de la lectura por artículos del proyecto que se aprobó como la actual LOJ, nos puede ilustrar: al invocar el ejemplo de las municipalidades indígenas, diciendo que en su momento no contaban con ley que amparara su existencia, “pero como existe, se les permite actuar y se vuelven un órgano de buen gobierno en todo aquello que no viole, que no transgreda la ley general de municipalidades del país; así de simple es la solución”. Eso más nos da la idea de que se está haciendo referencia a una costumbre simplemente *tolerada* en la medida en que no sea *contra legem*, y que provea a un beneficio o utilidad social. Es decir, que por ‘falta de ley aplicable’ cabría entender, no que no exista una regulación aplicable al caso concreto (porque, si se toma el artículo 10 como expresión de la doctrina de la plenitud del ordenamiento, siempre podría regularse un caso ‘por la ley’), sino en el sentido de realidades sociales de hecho que no están basadas en ley que expresamente las legitime pero que, en la medida en que no configuran en sí mismas ni en sus consecuencias una violación de la ley, se acoge jurídicamente su funcionamiento.

Pero además, la costumbre también se erige en criterio de interpretación, aunque no esté expresamente señalado como tal. Si la ley reconoce a la costumbre la posibilidad de ser fuente de Derecho, de mayor a menor le reconoce también –al menos implícitamente– la posibilidad de ser criterio de interpretación jurídica. Y, con todo lo antes expuesto, queda claro que la doctrina considera que la costumbre es un punto de referencia que sirve para la ponderación de otros criterios expresamente reconocidos, tales como la buena fe (que, en su faceta de buena fe objetiva, necesita hacer referencia a la costumbre para desentrañar el estándar objetivo de conducta que representa), y los principios generales del derecho (de los cuales el proceso consuetudinario es una de las vías de descubrimiento en cuanto expresan valores bilaterales fundamentales vigentes en una sociedad dada, que si bien se refieren al derecho natural, tal

---

<sup>1961</sup> *Ibid.* Páginas 96 y 97.

referencia es en el sentido del iusnaturalismo clásico que reconoce la contextualización espacio-temporal, histórica, de los principios fundamentales).

La costumbre, entonces, puede también considerarse factor de interpretación del derecho implícitamente reconocido por nuestra ley, en la medida en que es un elemento necesario para la ponderación de criterios de interpretación explícitamente reconocidos. Ello permite al jurista tener en cuenta la realidad social de la época y el medio en que han de aplicarse las normas, a fin de dotar a su aplicación de mayor cercanía con la realidad, de mayor contacto con el orden global de acciones en que se ubica.

### c) La jurisprudencia

Ya tratamos con cierta extensión sobre el carácter que tiene la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico, y también hemos visto que es el medio más importante y apropiado para la positivización explícita no sólo de los principios generales del derecho sino también de los otros criterios de interpretación jurídica, porque es precisamente en la jurisprudencia –como aplicación del Derecho al caso concreto– que se cristaliza, se solidifica y expresa la interpretación e integración. Con ello, la jurisprudencia pasa a complementar el ordenamiento jurídico como reflejo de su vivencia efectiva, y se convierte en referencia para aplicaciones futuras –‘precedente’, si se permite usar la palabra–. Nájera Farfán expresamente dice que “la doctrina legal (...) es un criterio de interpretación”<sup>1962</sup> (recordemos que doctrina legal es una especie del género jurisprudencia).

También la jurisprudencia está sujeta a crítica racional e inmanente, por cuanto los jueces que la emanan no son, ni mucho menos, infalibles. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce eso al admitir la variabilidad no sólo de la jurisprudencia sino incluso de su especie más restringida y ‘fuerte’, la doctrina legal, requiriendo en todo caso que la divergencia sea, precisamente, *razonada*. La doctrina expresa que la institución de la doctrina legal sirve a la seguridad jurídica en cuanto conlleva la finalidad de que no sólo las normas sean generales para todos, sino también su aplicación mediante la interpretación. Sin embargo, a esto hay que añadir que tal aspiración es legítima y deseable, *en la medida en que dicha interpretación en efecto sea adecuada a la realización del Derecho en el caso concreto*, ya que, de lo contrario, a lo que se estaría aspirando sería a convertir la doctrina legal en una nueva fuente de ‘normas generales’ que, por su misma generalidad, resultan también inadecuadas a determinados casos concretos, aunque sean a su vez especificaciones interpretativas de otras normas más generales. Es por eso que nuestra ley admite, por ejemplo, que la casación planteada con fundamento en doctrina legal pueda ser declarada sin lugar porque el Tribunal de Casación confirme con fundamentos razonados que dicha doctrina no es aplicable al caso en cuestión, o, también, porque el Tribunal de Casación advierta, con mejor conocimiento, que la doctrina anterior estaba equivocada. Pero, ¿cuál es la frontera entre la adecuación al caso concreto y la inobservancia de las normas necesarias para el mantenimiento del orden? Pues, en efecto, mucho puede hablarse de que la norma se debe ajustar al caso, pero también se ha hablado de que no toda expectativa puede ser tutelada jurídicamente en un orden global de acciones, de que las normas deben aplicarse sin importar que en casos concretos produzcan resultados que parezcan indeseables. En algo nos puede ayudar aquí también la clarísima distinción entre ‘interés’ y ‘derecho’, y entonces el criterio interpretativo de la primacía del interés social vendría a ser referente de importancia para establecer dicha ‘frontera’ que cuestionábamos. Pero, desde luego, que eso será cuestión de cada caso...

---

<sup>1962</sup> Nájera Farfán. *Ob. Cit.* Página 672.

En cuanto al manejo de la jurisprudencia y su accesibilidad al jurista, existen las publicaciones de Gacetas del Organismo Judicial, que circulan en formato físico, disco compacto para computadora, y ahora también ‘en línea’, al igual que lo hacen las Gacetas de la Corte de Constitucionalidad, que además publica periódicamente un Repertorio Jurisprudencial. Las sentencias de casación más recientes van encabezadas por un resumen de la doctrina que contienen, es decir, del criterio jurídico principal que de ellas se desprende, lo cual facilita su referencia para el jurista. Sin embargo, por experiencia personal me permito hacer la recomendación de que los ‘motores de búsqueda’ incorporados a los discos y al sitio de internet son susceptibles de mucho mejoramiento, así como que es recomendable la elaboración de mejores índices en las publicaciones físicas (incluso, sería bueno publicar un libro sólo de índices de todas las Gacetas, para poder utilizar ese volumen único y no tener que buscar en gaceta por gaceta), índices más analíticos, que permitan (al igual que debería hacerse con los motores de búsqueda informáticos) una mejor referencia y búsqueda según diversos criterios. Todo ello por el sencillo motivo de que la jurisprudencia constituye información de alta importancia para la vida jurídica nacional, por lo que es preciso un constante mejoramiento de la facilidad con que dicha información pueda manejarse, y ello contribuye a la construcción y fortalecimiento del Estado de Derecho, la cultura cívica y democrática.

\*

Por último, también me gustaría referirme a lo que podría llamarse ‘jurisprudencia arbitral’. Ciertamente que los laudos arbitrales no constituyen jurisprudencia en el sentido que la legislación reconoce a la misma como fuente del ordenamiento jurídico, pero en una utilización *lato sensu* de la palabra, es indudable que los laudos, por cuanto contienen aplicación del derecho y de criterios y principios de equidad vigentes en el medio nacional, son una fuente riquísima de conocimiento jurídico, especialmente por cuanto su mayor campo de aplicación se da en el derecho mercantil, rama jurídica que históricamente siempre ha sido la más dinámica y es de gran importancia para la vida social. Por tanto, el arbitraje en cierto modo se ubica en la vanguardia del proceso de descubrimiento jurídico de nuestro medio, y tener conocimiento de los laudos que se dictan en las instituciones de arbitraje sería muy enriquecedor porque reflejan un sector importante de la vida jurídica del país. Un ejemplo concreto es que a través de los laudos arbitrales quizá se esté en mejor posibilidad de conocer esos usos y costumbres del tráfico comercial cuya evaluación objetiva es determinante para la aplicación del criterio de buena fe.

Sin embargo, uno de los principios fundamentales del arbitraje es la confidencialidad, y esto dificulta –que no impide– la divulgación de documentos arbitrales, entre ellos de los laudos o ‘jurisprudencia arbitral’. También sobre esto conversé con el Lic. Pimentel, y él dio cifras verdaderamente significativas sobre el grado en que las partes involucradas en arbitrajes protegen celosamente su confidencialidad (concretamente, se refirió a lo difícil que fue conseguir autorizaciones para usar expedientes de arbitrajes reales para fines académicos en nuestro laboratorio; se requiere de la autorización de ambas partes, y fueron muy pocos los expedientes que se pudo utilizar). Lo que yo sugerí, y reitero en estas páginas, es la factibilidad de que –siempre respetando la confidencialidad y la voluntad de las partes– puedan implementarse mecanismos realmente sencillos encaminados a lograr y promover la difusión de la jurisprudencia arbitral: por ejemplo, que junto con la documentación que firman las partes al someterse al arbitraje institucional, se les consulte si dan o no su autorización para que el laudo final sea publicado. Para no caer en el problema del blanco o negro, el todo o nada, podría darse a las partes la opción de elegir entre diversos grados de publicidad: desde autorizar la publicación

del fallo en su integridad, hasta autorizar únicamente la publicación de un resumen abstracto del caso en que no se mencionen ni los nombres de las partes, ni las cantidades monetarias en litigio, sino únicamente los hechos más fundamentales del caso, la decisión adoptada por el tribunal arbitral, y el criterio o doctrina que constituyó su razón y fundamento. Entre un extremo y otro, diversos grados más: publicación del laudo íntegro pero sin los nombres de las partes ni las cantidades en litigio; publicación sólo de la parte considerativa y resolutive, etc. Tampoco es necesario que las partes se pongan de acuerdo sobre el nivel de publicidad que desean autorizar: si una de ellas no autoriza, entonces no se publica aunque la otra autorice el máximo nivel de publicidad; si ambas autorizan pero con diversos niveles de publicidad, entonces se publica con el nivel de publicidad menor entre los dos autorizados (porque quien autorizó lo más, autorizó lo menos, pero el otro sólo esto menos). Incluso podría ofrecerse un incentivo económico a las partes, tales como un descuento sobre los costos del arbitraje, como una especie de reconocimiento pecuniario por su colaboración con el proyecto de divulgación de jurisprudencia arbitral. Seguramente las publicaciones de dichos laudos (en libros, por internet – con sistema de suscripción pagada si se quiere) serían todo un éxito de ventas para las instituciones arbitrales, porque, como dije, permite un excelente acercamiento a la vida jurídica y comercial del país, con evidente utilidad práctica para profesionales del Derecho, y también a las instituciones arbitrales les convendría su difusión porque sería una buena ocasión de que el público conozca la calidad de arbitrajes que administran, con lo cual podrían aumentar su número de usuarios. En fin, es una idea...

## **B. Los instrumentos procesales para la eficacia del Derecho**

Realmente, todo instrumento procesal busca la eficacia del Derecho, en cuanto los procedimientos y procesos establecidos en la legislación van todos encaminados a culminar en la producción del fallo jurisdiccional en que se administre justicia, en que se actúe y se aplique el Derecho sobre el caso concreto, a partir del caso concreto, en el caso concreto.

Por tanto, el título que encabeza este apartado resulta –en el fondo– como redundante o innecesario. Desde luego, no corresponde hacer aquí un tratamiento detenido y pormenorizado de temas que son propios de la ciencia jurídico-procesal, sino únicamente exponer los puntos más básicos sobre los instrumentos procesales que de algún modo se vinculan más directamente con lo que hemos planteado, como último complemento a la viabilidad práctica de la propuesta.

Toda aplicación, interpretación e integración del Derecho constituye un acto de técnica jurídica, y ésta a su vez se caracteriza como un ejercicio de crítica racional e inmanente de la norma y del sistema normativo del cual forma parte. Racional, porque el jurista aplica sus facultades intelectuales hacia el conocimiento de la verdad de la razón práctica, es decir, la *prudencia jurídica*, que dé solución justa al caso que se le plantea. Inmanente, porque tiene como marco de referencia el mismo conjunto de valores que inspiran e integran el orden normativo global, incluyendo aquellos principios y valores que se encuentran positivizados implícita o explícitamente.

De esta manera, todo argumento que el abogado presente ante el juez, y todo fundamento que el juez invoque en su fallo razonado, plasma un acto de técnica jurídica. Por su parte, también el legislador utiliza una modalidad de técnica jurídica, también de crítica racional e inmanente, para formular una determinada opción legislativa que se adapte a la realidad compleja del Derecho. El medio ordinario de ejercer la técnica jurídica es ante el órgano jurisdiccional de primera instancia competente para conocer y juzgar el caso en cuestión. En dado caso, ante el órgano superior

competente para conocer en apelación. Todo argumento, toda resolución, implica aplicar, interpretar e integrar la norma. El medio ordinario de producción legislativa es, precisamente, su ejercicio por parte de los representantes elegidos para desempeñar dicha función.

Sin embargo, la crítica racional e inmanente que es la técnica jurídica adquiere particular relevancia cuando se le reconoce a la *interpretación* la posibilidad de hacer viable una actuación extraordinaria de la jurisdicción. Esto subraya con mayor énfasis lo primordial que la interpretación adecuada del marco normativo resulta para el logro de la justicia.

En la medida en que la supremacía constitucional y la interpretación según la Constitución forman parte primordial de la hermenéutica jurídica, la jurisdicción constitucional se pone al servicio de la tutela de los derechos cuando viabiliza el amparo y la inconstitucionalidad en casos concretos, así como la inconstitucionalidad de normas de carácter general.

Por su parte, la interpretación errónea de la ley o de las doctrinas legales aplicables constituye motivo de fondo para el planteamiento del recurso extraordinario de casación en materia civil y mercantil, contencioso-administrativa y demás materias en que la ley contempla este recurso. En materia penal, la interpretación indebida de la ley hace procedente el recurso de apelación especial, y la errónea interpretación hace proceder el recurso de casación de fondo.

Mario Efraín Nájera Farfán explica que en la interpretación errónea “el error deriva de un mal entendimiento de la norma, no por falta de coincidencia entre el hecho específico legal y el hecho específico real, sino por interpretar su significado de modo diverso al que verdaderamente tiene. La norma puede ser la apropiada al caso particular, pero se le interpreta con un sentido distinto al querido por el legislador. La interpretación errónea puede ser causa de una aplicación indebida. O a la inversa: la aplicación indebida, causa de interpretación errónea. De aquí que, como hace observar Calamandrei, ‘bajo todo error de aplicación se esconde un error de interpretación’ y no puede decirse, por lo tanto, que exista una diferencia marcada entre el error de interpretación y el de aplicación, ‘ya que si bien la interpretación trata de aclarar el significado abstracto, el alcance general de la norma y la aplicación de establecer la relación específica entre la norma y el caso particular concreto, sin embargo, las dos operaciones son entre sí recíprocamente complementarias, ya que no se puede aplicar la ley al caso práctico, sino interpretándola en aquella parte que establece los extremos jurídicos del hecho específico legal, de la misma manera que no se puede interpretarla en abstracto, sino determinando todos los posibles casos prácticos a los cuales la norma se adapta”<sup>1963</sup>.

Sobre la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos, nos dice el autor Luis Felipe Sáenz Juárez que “Estando precisado constitucionalmente que los tribunales quedan sujetos, en los procesos sometidos a su conocimiento, a cumplir la Constitución y las leyes a las que ella da sustento, puede ocurrir que las partes o cualquiera de ellas estimen que la ley en su totalidad o partes de la misma, que el juzgador pueda aplicar para dar solución al caso o al asunto procesal o incidental, **devendría inconstitucional en su concreta situación**. Esa eventualidad le abre el camino para plantear la inconstitucionalidad de ley en caso concreto, a fin de obtener un pronunciamiento previo sobre ese particular. Y porque **se trata de elucidar la legitimidad constitucional no genérica de la ley**, sino la probabilidad de que o sea, de aplicarse para decidir

---

<sup>1963</sup> Nájera Farfán. *Ob. Cit.* Página 671.

el fondo de la cuestión debatida, el planteamiento queda sujeto a satisfacer requisitos propios, a efecto de que ese pronunciamiento particular, de naturaleza preventiva, se produzca”<sup>1964</sup>.

He subrayado las frases que aparece en negrillas, enfatizando aún más lo que puse en itálicas, para transmitir la idea clara que ello conlleva: que la inconstitucionalidad en casos concretos no tiene por objeto examinar *en abstracto* si la norma se ajusta o no a la Constitución, sino analizar si *en la situación concreta* su aplicación produciría un resultado que deviene inconstitucional. Es decir: la norma en abstracto puede ser congruente con la Constitución, pero el caso en sí mismo puede tener circunstancias particulares que hacen que, en esa situación concreta, no la norma en abstracto, sino su aplicación, sería inconstitucional. En otras palabras, la inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos se plantea en doctrina como la materialización en nuestro sistema jurídico de la máxima *summum ius summa iniuria*, precisamente para proteger a la persona contra la injuria que le causaría la aplicación de la norma, *aún cuando ésta en abstracto no sea incongruente con la Constitución*.

Esto es importante por lo que vamos a analizar del siguiente caso:

“En el presente caso, Procesadora de Alimentos Kris, Sociedad Anónima, (...) acude en amparo contra el Congreso de la República de Guatemala, reclamando contra la emisión del Decreto 9-2002 del Congreso de la República, Ley del Impuesto Específico Sobre la Distribución de Bebidas Gaseosas, Bebidas Isotónicas o Deportivas, Jugos y Néctares, Yogures, Preparaciones Concentradas o en Polvo Para la Elaboración de Bebidas y Agua Natural Envasada. Considera la amparista que la entrada en vigencia de dicho decreto vulnera sus derechos debido a que la equipara, para efectos tributarios, con otros sujetos pasivos con mayor capacidad tributaria; que el impuesto decretado por medio de dicho decreto resulta confiscatorio ya que equivale al ciento cuarenta y siete por ciento del precio de venta que posee el producto que comercializa, debiendo de esa cuenta tributar más de lo que percibe en total por la venta de dicho producto; considera que en la emisión del acto impugnado se han inobservado los requisitos legales establecidos en la ley de la materia.

“Esta Corte ha manifestado que la legislación regula diferentes medios para asegurar la defensa del orden constitucional, cada uno de los cuales tiene delimitado su campo de aplicación, a saber: a) el amparo, que consiste en aquel medio de defensa constitucional que protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restablece los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. Para su procedencia es indispensable que la ley, resolución, disposiciones o actos de autoridad lleven implícito una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan, ocasionando con ello agravio personal al reclamante, que no sea reparable por otro medio legal de defensa; b) la acción de inconstitucionalidad en caso concreto, es un medio de defensa constitucional que puede plantearse como acción, excepción o incidente, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, con efectos sólo para el caso individual de que se trate; y c) la acción contra leyes, reglamento o disposiciones de carácter general en que se denuncie vicio parcial o total de inconstitucionalidad, que se plantea directamente ante esta Corte. En este último caso, la sentencia, si acoge la inconstitucionalidad, tiene efectos *erga omnes* e implica la derogatoria de la disposición impugnada.

“Con fundamento en lo anterior puede afirmarse que, para la impugnación de aquellas normas

---

<sup>1964</sup> Sáñez Juárez, Luis Felipe. Inconstitucionalidad de Leyes en Casos Concretos en Guatemala. Página 72. Los énfasis en itálica y negrilla son míos.

cuya vigencia y observancia sea general, por considerar que la misma restringe, tergiversa o contraviene los derechos y principios contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, es necesario que se realice única y exclusivamente a través de la acción de inconstitucionalidad, debido a que tal disposición no va dirigida o encaminada a regular la actividad o conducta de una persona en concreto, por el contrario crea determinados derechos y obligaciones para aquellas personas que se encuadran en los presupuestos de la propia norma. Adicionalmente, cabe agregarse que para que el agravio pueda ser causa generadora del amparo, es necesario que el mismo sea personal, es decir, debe recaer en persona determinada, ya que de no ser así, no puede estimarse como agravio desde un punto de vista constitucional y de ahí que no haga factible la procedibilidad del amparo.

“En el presente caso la postulante reclama, mediante amparo, contra las disposiciones contenidas en el Decreto 9-2002 del Congreso de la República, Ley del Impuesto Específico Sobre la Distribución de Bebidas Gaseosas, Bebidas Isotónicas o Deportivas, Jugos y Néctares, Yogures, Preparaciones Concentradas o en Polvo Para la Elaboración de Bebidas y Agua Natural Envasada, ya que, a su juicio, dicha norma contraviene los principios jurídicos tributarios establecidos, entre otros, en los artículos 239 y 243 de la Constitución Política de la República. Solicita se le otorgue amparo y, en consecuencia, se declare que las disposiciones del mencionado Decreto no la obligan. Del análisis del caso de mérito, se establece que la pretensión de la postulante es el ataque a determinados artículos de la Ley del Impuesto Específico Sobre la Distribución de Bebidas Gaseosas, Bebidas Isotónicas o Deportivas, Jugos y Néctares, Yogures, Preparaciones Concentradas o en Polvo Para la Elaboración de Bebidas y Agua Natural Envasada ( artículos 3 y 10 inciso e ), es decir, que el fondo de su petición consiste en impugnar una ley de carácter general, porque el decreto cuestionado no individualiza a determinado sujeto, sino que es aplicable a todas las personas que se encuentran comprendidas dentro de los supuestos fácticos previstos por las normas impugnadas, lo que implicaría, en todo caso, el planteamiento de una acción general de inconstitucionalidad de las citadas disposiciones legales, como lo ha declarado esta Corte en reiteradas oportunidades, razón que determina la notoria improcedencia del amparo, por lo que por falta de agravio personal y directo, debe declararse sin lugar el mismo”<sup>1965</sup>.

De esta sentencia de la Corte se extraen los puntos siguientes:

- Que la Corte considera que las normas cuya vigencia y observancia sea general únicamente pueden impugnarse mediante la acción de inconstitucionalidad.
- Que la Corte consideró que la acción idónea en el caso era una acción general de inconstitucionalidad.
- Que la Corte estimó que no había agravio personal y directo.

Para tratar este asunto, primero es necesario hacer referencia al aparente ‘traslape’ entre dos normas de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad:

**“Artículo 10. Procedencia del amparo.** (...) Toda persona tiene derecho a pedir amparo, entre otros: (...) b) Para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento, una resolución o acto de autoridad, no obligan al recurrente por

<sup>1965</sup> Corte de Constitucionalidad, sentencia de 3 de enero de 2003, Expediente 451-2002, en Gaceta Jurisprudencial No. 67. Los subrayados e itálicas son míos.

contravenir o restringir cualquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por cualquier otra ley”.

**“Artículo 116. Inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos.** En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación, hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley a efecto de que se declare su inaplicabilidad. El tribunal deberá pronunciarse al respecto”.

Para que proceda la inconstitucionalidad de una ley en casos concretos, “es necesario, de manera general, que esté en trámite un proceso que tienda a resolver un conflicto de intereses o un asunto procesal o incidental, lo que está indicando que la inconstitucionalidad indirecta tiene como presupuesto la existencia de un litigio a decidirse por un órgano de la jurisdicción ordinaria”<sup>1966</sup>. En el caso examinado, no había un proceso previo en trámite, por lo que no era viable la inconstitucionalidad en casos concretos. Por eso se presentó el amparo en única instancia, con fundamento en el caso de procedencia del artículo 10 inciso b).

El artículo 243 de la Constitución establece el principio de capacidad de pago para garantizar la justicia y equidad de las leyes tributarias, y prohíbe los tributos confiscatorios. De los hechos del caso claramente se observa que el impuesto resultaba confiscatorio y violaba la capacidad de pago *de la entidad postulante*, independientemente de si en abstracto la norma no violaba la Constitución, porque los demás sujetos pasivos de dicha norma tributaria sí pueden tener capacidad de pago, sí pueden generar suficiente margen de ganancia en la venta del producto de tal modo que el impuesto no resulte confiscatorio *para ellos*. Es decir, se observa que *en la situación concreta* la aplicación de la norma amenaza violar derechos constitucionales, aunque en general puede ser válida la norma en su formulación abstracta. Y, como no había proceso en trámite previo, es ahí donde se entiende que resulte razonable la existencia del inciso b) del artículo 10 de la Ley de Amparo: precisamente en casos como este, en que una persona se ve amenazada de la aplicación de una ley que *para su concreta situación* resulta inconstitucional. Es decir, sí existe agravio personal y directo para la postulante. La Corte se limitó a decir que no lo había simplemente porque consideró que el amparo no era el medio idóneo para cuestionar la norma.

Al considerar que la acción idónea era el planteamiento de una inconstitucionalidad general, se incurre en una contradicción, pues ¿cómo entonces, puede analizarse la violación constitucional en referencia a *la situación concreta*, si la inconstitucionalidad general implica, por su propia definición, que se confronte *en abstracto* la norma con el texto constitucional? Si la razón de ser de la inconstitucionalidad en casos concretos, y de su ‘hermano’ el “amparo del inciso b)”, radica precisamente en que la norma puede ser constitucional en abstracto pero inconstitucional en relación a un caso o situación específica, ¿cómo entonces puede afirmarse que, en un caso en el que se invocaba precisamente la vulneración de un derecho constitucional en virtud de situaciones muy particulares de la postulante, la acción idónea sea nada menos que una cuyo análisis implica *no tomar en cuenta* situaciones concretas? En efecto, el artículo 143 de la Ley de Amparo dice que “La inconstitucionalidad en cualquier caso, será resuelta como punto de derecho”, lo cual equivale a decir, mediante la confrontación abstracta de la norma impugnada con la norma constitucional cuya vulneración se denuncia. Esto, por otra parte, también invita a

---

<sup>1966</sup> Sáenz Juárez. *Ob. Cit.* Página 76.



cuestionar qué tan “en casos concretos” puede ser realmente la inconstitucionalidad así llamada, si al no haber apertura a prueba, y al tener que resolverse como punto de derecho, parece que se cierra la puerta a tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto que son precisamente las que hacen que *para esa situación* devenga inconstitucional la norma. Tal parece, entonces, que el “amparo del inciso b)” se configura como la auténtica defensa constitucional en situaciones concretas contra el *summum ius summa iniuria*, puesto que permite la apertura a prueba y, con ello, la apreciación de las circunstancias específicas del caso, la resolución no mediante la comparación abstracta entre norma y norma sino en atención a la situación concreta del caso y la previsible consecuencia de su aplicación, que son precisamente lo que configura su inconstitucionalidad para esa situación particular.

Pero lo peor es que la Corte sostenga el criterio de que las normas de vigencia y observancia general sólo pueden impugnarse mediante inconstitucionalidad, cuando el texto del artículo 10 inciso b) es muy claro en establecer que procede amparo en ese caso contra –entre otros– *leyes y reglamentos*. Lo que sucede, entonces, es que la Corte de Constitucionalidad, mediante interpretación, ha derogado el inciso b) del artículo 10, extralimitándose en sus facultades. Es, además, una interpretación que viola el objeto de la ley establecida en su artículo 1, y el principio de su interpretación extensiva establecido en su artículo 2. Es, a la vez, una interpretación absolutamente contraria al texto de la ley, a su contexto y conjunto, y que, por si fuera poco, viola también su espíritu y finalidad pues, como se observa, ha dejado en estado de indefensión a la postulante de dicho amparo.

\*

Nueva Guatemala de la Asunción, 26 de junio de 2008.



## EPÍLOGO

Llevaba yo poco menos de un mes de haber empezado mis estudios de la carrera jurídica, cuando la Dra. María Luisa Beltranena de Padilla, en su curso de Introducción al Derecho I, nos dejó como tarea lo siguiente: escribir una definición del Derecho basados en su concepción tridimensional (tema que acabábamos de estudiar en clase). Mi respuesta fue un breve ensayo que entregué el 13 de febrero de 2003, y que a continuación reproduzco en su integridad y sin modificación, supresión o añadidura alguna:

“Al tratar de definir al Derecho basándonos en su concepción tridimensional, debemos considerar primero que hemos llegado a plantearnos lo tridimensional del Derecho al ver que era insuficiente la idea original del Derecho como ‘un instrumento para defender y garantizar los intereses primigenios del hombre en sociedad’, y nos resultaba incompleto decir que ‘el Derecho protege valores superiores’, aunque es cierto que esto complementaba y profundizaba un poco más la idea primaria. Sin embargo, creo que luego de familiarizarnos con la concepción tridimensional del Derecho, resulta más acertado volver a la definición que precedía a las dos anteriores, que ‘el Derecho es algo que está presente en toda la vida de la humanidad’.

“¿Por qué considero ésta la definición más acertada? Pues bien, sucede que al ver la concepción tridimensional, observamos que el Derecho se puede estudiar desde diversos puntos de vista y auxiliado con diversas ciencias y materias de estudio. De tal forma, que podemos hablar de la dimensión fáctica, normativa y axiológica del Derecho, y asimismo, estudiar éstas de acuerdo al criterio tanto del ‘ser’ como del ‘deber ser’, que es uno de los dilemas que la humanidad se ha planteado desde siempre. Pienso entonces... ¿qué es esto sino una analogía de la misma vida humana? Ciertamente al hombre le podemos estudiar desde infinitos puntos de vista. Considero que el error que nos ha llevado en primer lugar a buscar una definición más acertada del Derecho para sustituir aquélla del Derecho como realidad ineludible y omnipresente en la vida del ser humano, es precisamente el considerar nuestra vida al momento de formular aquélla definición, simplemente en el aspecto de su manifestación cotidiana en las interrelaciones con los demás miembros de la sociedad. Pero la vida del hombre es mucho más que eso: la vida es sentimiento, la vida es arte, la vida es espiritualidad, la vida es belleza, la vida es complejidad y diversidad.

“A partir de lo anterior, podemos decir que el Derecho, en su carácter dado de ‘indescriptible’, imita bellamente al hombre mismo: es un ramillete de complejidades interrelacionadas dentro de un todo, que se complementan para formar algo que no podemos definir exactamente, pero que sabemos que existe y que como tal nos resulta fascinante, necesario, y que con el afán del hombre de conocer no sólo su entorno, sino conocerse a sí mismo, nos acercamos también al Derecho deseando dominarlo y poder convertirlo en la ciencia exacta o por lo menos comprensible que nunca será. Y es que al toparse con el Derecho, el hombre se encuentra ante más que una ciencia o un cuerpo de conocimiento: se encuentra ante una práctica, un sistema, un conjunto de valores, un fenómeno histórico, etc. En otras palabras, se encuentra ante un reflejo de su propia grandeza. El Derecho es donde el ser humano deposita su egoísmo y a la vez sus

ideales de justicia y libertad; sus impulsos reaccionarios ante lo que amenaza su integridad y dignidad de individuo, y a la vez, su sueño de un mundo donde exista paz y concordia en la colectividad humana.

“Es por ello que nos es posible hablar del Derecho desde posturas tan aparentemente infinitas, contradictorias, incompletas, etc. Creo que el error de los juriconsultos ha sido tratar de rebajar al Derecho al ámbito de lo terreno, que corresponde a las ciencias experimentales, o lo exacto, que corresponde a las ciencias del mismo nombre, cuando en realidad el Derecho va mucho más allá de todo esto: el Derecho en cierta forma imita a la vida, y por ello se acerca más a las artes, las cuales poseen cada una su propio espíritu, el cual es a su vez inagotable y no acepta ser reducido a las nociones de los que piensan sólo en blancos, negros y líneas rectas.

“Consideremos finalmente el siguiente ejemplo: así como podemos conocer las características y conductas de los animales, plantas y demás seres vivos, pero nos es imposible reducir al ser humano por completo a un cuerpo de conocimientos definido y exacto, de la misma forma se comporta el Derecho entre las demás ciencias. A nadie se le ocurre hablar seriamente de ‘psicología botánica’ o ‘axiología animal’, pues estas ciencias son propias del ser humano que posee una dimensión racional y espiritual que no se da en ningún otro ser. Es de esta racionalidad y espiritualidad (entendiendo aquí el término espiritualidad no como sinónimo de religión sino de inmaterialidad, de ideas), que nace el Derecho. En fin, mi definición del Derecho sería la siguiente: el Derecho es un reflejo del hombre; es el hombre hecho ciencia”.

Permítame el lector ponerme un poco autobiográfico: cuando escribí esas palabras, yo no quería estudiar Derecho. Como dije en la introducción, estoy en esta carrera casi a pesar de mí mismo. Mi compañera Jacqueline Hazbun, entrevistando a la Doctora María Luisa Beltranena de Padilla, le dijo: “he escuchado comentarios sobre sus cátedras por parte de alumnos, sobre cómo luego de recibir su cátedra se sitúan en el porqué estudiar derecho. Palabras como ‘impresionante’ e ‘inspiradora’ son usuales para describirla, ¿Quisiera compartir algo con ellos?”, a lo cual mi maestra, recordando su propia experiencia, respondió: “Sé lo que fue mi ingreso a la universidad en aquel entonces, aquel espacio casi limbo en el que uno se encuentra. No sabe si su elección fue buena o si va a lograr sus objetivos, entonces creo que ese es el momento más importante para explicarles cuánto tienen que amar el derecho. (...) el derecho es una carrera satisfactoria que les llena la vida y que pasa a ser parte de su ser y jamás se desprende”<sup>1967</sup>. En aquel febrero de 2003, yo estaba en mi propio “espacio casi limbo”: mis sueños durante la secundaria habían sido –como el de muchos en su adolescencia– ser el guitarrista de una banda de rock y –como el de pocos ‘en su sano juicio’ (que quizá nunca lo he estado...)– ser filólogo, lingüista, literato. Mi idea del derecho era, básicamente, ‘El Proceso’ de Kafka: ciertamente *no* la visión más halagadora del entorno jurídico, de la noble profesión... A finales de 2001, un amigo –al contarme que había decidido estudiar Derecho– me dijo que, conociéndome, seguramente yo estudiaría lo mismo: hasta un poco de vergüenza me da recordar la expresión que hice ante semejante idea...

<sup>1967</sup> Entrevista a: Licda. María Luisa Beltranena de Padilla. Por Jacqueline Hazbun, en Revista de la Facultad de Derecho, Número 24, Diciembre 2005. Página 93.

Sin abundar en detalles autobiográficos, creo que todo lo anterior da alguna idea de cuál era mi actitud en aquel momento: estaba renunciando a lo que consideraba las pasiones de mi vida, para estudiar una profesión que –en mi percepción– representaba *tedio*, que el Diccionario define como “Aburrimiento extremo o estado de ánimo del que soporta algo o a alguien que no le interesa. | Fuerte rechazo o desagrado que se siente por algo”. Esto, unido a esa típica actitud del recién-bachiller añoprino que se siente dueño del mundo, y una cierta indiferencia ante la carrera, no me ponía precisamente en un esquema mental adecuado para analizar el Derecho, para tratar de ofrecer una definición.

En el ensayo que antes reproduce, no escribía Juan Pablo el incipiente estudiante de Derecho, el futuro –espero– jurista, el romanista aficionado; escribía Juan Pablo el ‘a ver qué tal me va en el primer semestre y, si no, me cambio de carrera’. Más aún, escribía Juan Pablo el autor de docenas de poemas que poquísimos ojos han visto. Confieso que en ese ensayo todavía late el espíritu de desprecio por el derecho, pero –y digo esto a sabiendas de que, realmente, no puedo ‘atribuirme’ estados subjetivos en forma retroactiva, pero a la vez de que la distancia en el tiempo ayuda a comprender mejor el ‘aquel entonces’ a la luz del ‘ahora’– en el ensayo noto que dicho espíritu se presenta ya en sus últimos estertores, sus patadas de ahogado (o de abogado...). Porque el que escribe aquel ensayo es, en efecto, también Juan Pablo el que ya ha recibido sus primeras lecciones con ‘Mau’.

Apenas siete meses después, el péndulo parecía haber llegado al otro extremo: el 1 de septiembre de 2003 entregué –como trabajo final del curso de Literatura– un escrito en el que comentaba sobre el contenido jurídico –concretamente, jurídico-penal– de ‘La Celestina’, ante el cual la Licenciada Lucrecia de Goicolea escribió, con su tinta roja sobre el documento que aún conservo: “No permitas que el entusiasmo por el Derecho te aleje del arte”<sup>1968</sup>. Aquel comentario, en su momento, me preocupó.

Mi gusto por el lenguaje y la música los he entendido como íntimamente ligados, de alguna manera que no he acertado a explicar del todo. Quizá tenga algo que ver con aquello que todos hemos escuchado según el cual “la música es el lenguaje del alma”. Me identifico con lo que explicaba Tolkien sobre el placer estético, el efecto emocional, que le producía el lenguaje, al igual que el color o la música: “...*the sensibility to linguistic pattern which affects me emotionally like colour or music; and the passionate love of growing things; and the deep response to legends*

---

<sup>1968</sup> No lo hice: revisando mis archivos de aquel semestre, no recordaba que algunos de mis ensayos los intitulé con canciones de Fito Páez y Charly García. Incluso, recuerdo haber citado unos versos que Charly canta en ‘Instituciones’ de Sui Géneris en un trabajo sobre el concepto de institución que nos asignó la Dra. de Padilla, y que el ensayo sobre “la cuarta etapa del Derecho” lo feché “En el mes de febrero del año 2005, Año de la Libertad, a dos días del sexagésimo aniversario del nacimiento del Honorable Robert Nesta [Bob] Marley, O.M” (4 de febrero de 2005). Ese mismo año, en mi calidad de Presidente de la asociación estudiantil Grupo Forvm de nuestra Facultad, dirigí una campaña en la que Forvm se adhería a las celebraciones del Año de la Libertad, incluyendo unos afiches que mostraban una jaula abierta con dos plumas de ave (diseñado por el Departamento de Desarrollo de la UFM) en el cual mandé a poner una cita de U2 y otra de Paul McCartney, así: “*You could have flown away, a singing bird in an open cage who will only fly, only fly for freedom* – Paul David Hewson (Bono)” (de la canción “Walk On”, en el álbum “All That You Can’t Leave Behind”); “*This is my right: to live a free life, to live in freedom. I will fight for the right to live in freedom...* – Sir James Paul McCartney, Kt, M.B.E.” (de la canción “Freedom”, en el álbum “Driving Rain”).

Originalmente, la cita de Bono iba a ser “*Freedom has a scent like the top of a newborn baby’s head*” (de la canción “Miracle Drug”, en el álbum “How To Dismantle An Atomic Bomb”), pero decidí cambiarlo cuando me enviaron el archivo .bmp con el diseño aludido (que todavía conservo, con la cita original): el diseño me encantó y, desde luego, antes de aprobarlo tuve que pedir que se sustituyera la cita con esta que resultaba mucho más adecuada a la imagen que había ideado el Departamento de Desarrollo.

(for lack of a better word) that have what I would call the North-western temper and temperature. In any case if you want to write a tale of this sort you must consult your roots...”<sup>1969</sup>.

Sospecho que algo de mi amor por el lenguaje y la música está en el trasfondo de las ideas y reflexiones que en este trabajo he vertido en torno a la interpretación jurídica; para mí, fue muy revelador leer estas consideraciones que hacía Norberto Bobbio: “El lenguaje humano (hablado y escrito) es un conjunto de signos, es una *species* del *genus* signo (como demuestra el hecho de que puede ser sustituido por otros conjuntos de signos, por ejemplo, por los gestos de la mano, aunque el lenguaje sea más perfecto porque es más rico y más dúctil): así, por ejemplo, cuando yo digo ‘caballo’ me limito a producir un sonido, pero con él aludo a algo diferente a dicho sonido. Como conjunto de signos el lenguaje exige interpretación: ella es necesaria porque la relación existente entre el signo y la cosa significada (en este caso entre la palabra y la idea) no es una relación necesaria, sino puramente convencional, hasta el punto de que una misma idea puede ser expresada de formas diferentes (así, el mismo objeto es designado en cada lengua mediante un sonido diferente). Además existe siempre un cierto desfase entre la idea y la palabra porque la primera es más rica, más compleja, más precisa que la segunda a través de la cual se expresa; y también sucede que nosotros no usamos nunca las palabras de forma aislada (excepto los niños que aprenden a hablar, o quienes están en un país extranjero, de cuya lengua sólo conocen algunas palabras aisladas), sino que componemos series de palabras o proposiciones: ahora bien, según el contexto en el que se encuentre, la misma palabra asume significados diferentes (podríamos decir incluso que un término posee tantos significados distintos como contextos posibles para ser utilizado)”<sup>1970</sup>. “Desde otro punto de vista se habla de interpretación *estática* y de interpretación *dinámica*, según si la actividad del intérprete tiende exclusivamente a reconstruir fielmente aquello que pretendía indicar el autor de los signos que son objeto de interpretación o, viceversa, tiende a enriquecer el significado de los signos interpretados para adecuarlos a las exigencias de las nuevas circunstancias histórico-sociales (recuérdense las diferentes maneras en que puede ser interpretado un fragmento musical)”<sup>1971</sup>.

...y de repente, ver la persistencia y desarrollo de una institución jurídica a través del espacio y el tiempo se vuelve algo así como escuchar a Rondellus interpretando canciones de Black Sabbath con instrumentos y arreglos vocales de la Edad Media, o a músicos cubanos rindiendo tributo a The Beatles bajo el genial lema “*Here comes el son...*”, pensar que Wagner y el metal están emparentados, que en algún lugar de la antigua Roma también hubo una *dancing queen, young and sweet, only seventeen*, oír a Bach en la flauta rockera de Jethro Tull... y pensarlo así da

---

<sup>1969</sup> Tolkien, John Ronald Reuel. Carta 163, de 7 de junio de 1955, en Carpenter, Humphrey. *The Letters of J.R.R. Tolkien*. Página 212. En Carta 234, de 22 de noviembre de 1961 (página 310): “As for plenilune and argent, they are beautiful words before they are understood – I wish I could have the pleasure of meeting them for the first time again! – and how is one to know them till one does meet them? And surely the first meeting should be in a living context, and not in a dictionary, like dried flowers in a hortus siccus! (...) And the meaning of fine words cannot be made ‘obvious’, for it is not obvious to any one: least of all to adults, who have stopped listening to the sound because they think they know the meaning. They think argent ‘means’ silver. But it does not. It and silver have a reference to x or chem. Ag, but in each x is clothed in a totally different phonetic incarnation: x + y or x + z; and these do not have the same meaning, not only because they sound different and so arouse different responses, but also because they are not in fact used when talking about Ag. in the same way. It is better, I think, at any rate to begin with, to hear ‘argent’ as a sound only (z without x) in a poetic context, than to think ‘it only means silver’. There is some chance then that you may like it for itself, and later learn to appreciate the heraldic overtones it has, in addition to its own peculiar sound, which ‘silver’ has not”<sup>1969</sup>.

<sup>1970</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Página 216.

<sup>1971</sup> Bobbio. *Ob. Cit.* Página 217.

placer, y aquel objeto jurídico parece hacerse más asequible a mi inteligencia, más penetrable por mis ojos... y de repente Ihering se parece tanto a Keith Richards, y Cicerón es mi Paul McCartney, y Hervada se acerca a ser la única otra persona aparte de Stevie Nicks que me puede llevar a Emmeline...

Quizá he encontrado que el jurista, el guitarrista, el poeta, no son realmente seres tan distantes; quizá he encontrado en el Derecho un punto donde me uno a mí mismo, donde existe la esperanza de reconciliarme conmigo... *“I suddenly realized that I am a pure philologist. I like history, and am moved by it, but its finest moments for me are those in which it throws light on words and names! (...) Without those syllables the whole great drama both of history and legends loses savour for me – or would”*<sup>1972</sup>.

Y en alguna medida comprendo mejor mi gusto por el Derecho Romano cuando siento en mi alma una identificación con estos pensamientos del profesor Tolkien: *“...I made the discovery that ‘legends’ depend on the language to which they belong; but a living language depends equally on the ‘legends’ which it conveys by tradition”*<sup>1973</sup>, que despierta en mí estampidas de pensamientos sobre la interrelación de las instituciones jurídicas, el ordenamiento en general, y el cúmulo de realidades meta-jurídicas que las informan, pensamientos tan placenteros que no sé si algún día lograré ponerlos por escrito de un modo que resulte coherente a un lector, al igual que la idea de que *“Linguistic taste changes like everything else, as time goes on; or oscillates between poles. (...) I daresay such linguistic tastes, with due allowance for school-overlay, are as good or better a test of ancestry as blood-groups. All this only as background to the stories, though languages and names are for me inextricable from the stories. They are and were so to speak an attempt to give a background or a world in which my expressions of linguistic taste could have a function”*<sup>1974</sup>.

Este último pensamiento conduce directamente a lo que Tolkien expresa con estas palabras: *“Nobody believes me when I say that my long book is an attempt to create a world in which a form of language agreeable to my personal aesthetic might seem real. But it is true”*<sup>1975</sup>, refiriéndose a cómo su obra maestra, ‘El Señor de los Anillos’, nació para proveer de un escenario a los lenguajes que desde joven inventaba. Crear un mundo donde mis gustos tengan alguna función, un mundo donde parezca real un ‘lenguaje’ que concuerde con mi estética personal... pero, al fin de cuentas, un mundo ficticio. ¿Será eso lo que he hecho yo también al escribir este *my long book* propio? Pero acaso, ¿no será, también, de alguna manera, que esos mundos fantasiosos que creamos son en última instancia más verdaderos que lo que se nos vende y presenta como ‘el mundo real’...? Ya lo decía nuestro Tolkien: *“In what the misusers are fond of calling Real Life, Escape is evidently as a rule very practical, and may even be heroic. (...) Why should a man be scorned if, finding himself in prison, he tries to get out and go home? Or if, when he cannot do so, he thinks and talks about other topics than jailers and prison-walls? The world outside has not become less real because the prisoner cannot see it. (...) Not only do they confound the escape of the prisoner with the flight of the deserter; but they would seem to prefer*

<sup>1972</sup> Tolkien. Carta 205, de 21 de febrero de 1958, en Carpenter. Ob. Cit. Página 264.

<sup>1973</sup> Tolkien. Carta 180, de 14 de enero de 1956, en Carpenter. Ob. Cit. Página 231.

<sup>1974</sup> Tolkien. Carta 163, de 7 de junio de 1955, en Carpenter. Ob. Cit. Página 214.

<sup>1975</sup> Tolkien. Carta 205, de 21 de febrero de 1958, en Carpenter. Ob. Cit. Página 264.

*the acquiescence of the 'quisling'<sup>1976</sup> to the resistance of the patriot. To such thinking you have only to say 'the land you loved is doomed' to excuse any treachery, indeed to glorify it*"<sup>1977</sup>.

Viéndolo bien, en esta tesis he dicho lo mismo que dije en aquel lejano ensayo de primer semestre... pero lo he dicho –o, al menos, espero haberlo dicho– con más fundamento, habiéndolo pensado, habiendo logrado articular mediante argumentos razonados y con mayor conocimiento algo que intuí hace tanto tiempo. ¿Qué significa eso? No lo sé. ¿Estoy en lo correcto? Tal vez. ¿Estoy loco? Probablemente.

El presente trabajo es –como toda obra humana– imperfecto, y, –como toda obra mía– imperfectísimo... ¿Y es que entonces resulto yo 'humanísimo'...? No, por cierto... humano, sólo humano... o no...: Juan Pablo: y he aprendido a vivir con ello... Quizá algún día reniegue de todo o parte de lo que en estas numerosas páginas he escrito. Quizá no, y sea tomado por necio. Y tal vez lo sea. Mientras lo averiguo, si en algo he contribuido con este trabajo a que algún prisionero piense más allá de los barrotes y los carceleros, estoy satisfecho. *Go home...*

---

<sup>1976</sup> Nombre aplicado a traidores, en alusión al político noruego Vidkun Quisling, quien ayudó a los nazis a conquistar su propio país.

<sup>1977</sup> Tolkien. *On Fairy-Stories*, en *The Tolkien Reader*. Páginas 79 y 80.



## BIBLIOGRAFÍA

*No se enumeran los textos contenidos en obras de referencia, sino sólo éstas últimas.  
Todos los sitios de Internet fueron visitados por última vez el 30 de junio de 2008.*

### Textos

- Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil. Tomo II. Volumen 2º. Centro Editorial VILE. Guatemala, C.A. 2005.
- Álvarez Ledesma, Mario Ignacio. Introducción al Derecho. McGraw-Hill. México. 2002.
- Álvarez, José María. Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias. Tomo I. Edición facsimilar de la primera reimpresión mexicana de 1826. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1982.  
<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=388>.
- Amurrio González, Jesús Julián. Clásicos del Pensamiento Político. Segunda edición. Editorial Piedra Santa. Guatemala. 1982.
- Amurrio González, Jesús Julián. El Positivismo en Guatemala. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1970.
- Aquino, Santo Tomás de. Sobre el Credo. Editorial Tradición. México. 1989.  
[http://www.statveritas.com.ar/Libros/Credo\\_comentado\\_%5BSanto\\_Tomas\\_de\\_Aquino%5D.pdf](http://www.statveritas.com.ar/Libros/Credo_comentado_%5BSanto_Tomas_de_Aquino%5D.pdf).
- Aquino, Santo Tomás de. Suma Teológica. Edición en línea.  
<http://hjpg.com.ar/sumat/index.html>.
- Arellano García, Carlos. Derecho Internacional Privado. Decimotercera edición. Editorial Porrúa. México. 1999.
- Argueta Pinto, Milton Estuardo. Análisis del Concepto de Derecho. Universidad Francisco Marroquín. Facultad de Derecho. Editorial Amigos del País. Guatemala. 2002.
- Argueta Pinto, Milton Estuardo. Estrenamos Pensum y Método de Enseñanza. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Francisco Marroquín. Número 25, Junio 2007.
- Aristóteles. Obras Filosóficas: Metafísica, Ética, Política, Poética. W.M. Jackson. México. 1963.
- Ayau, Manuel. Individualismo. Centro de Estudios Económico-Sociales. Año 6: Marzo 1964. Número 75. Guatemala.  
[www.cees.org.gt/topicos/print/topic-075.doc](http://www.cees.org.gt/topicos/print/topic-075.doc).
- Barrera Santos, Russed Yesid. Negociación y Transformación de Conflictos. Segunda edición ampliada. Serviprensa. Guatemala. 2004.
- Barrow, R.H. Los Romanos. Segunda edición. Fondo de Cultura Económica. México. 2002.
- Beltranena Sinibaldi, Luis Francisco. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. Obra inédita. Edición privada de María Luisa Beltranena Valladares de Padilla.

- Benedicto XVI. Discurso a los Participantes en la Asamblea Plenaria del Consejo Pontificio de la Cultura, 8 de marzo de 2008. *Libreria Editrice Vaticana*. 2008.  
[http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/speeches/2008/march/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20080308\\_pc-cultura\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2008/march/documents/hf_ben-xvi_spe_20080308_pc-cultura_sp.html).
- Bernal, Beatriz; Ledesma, José de Jesús. Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas. Decimaprimera edición. Editorial Porrúa. México. 2003.
- Bertolini, Francisco. Historia de Roma. Edimat Libros, S.A. Madrid. 2004.
- Bhaktivedanta Swami Prabhupada. Bhagavad-Gita As It Is. *The Bhaktivedanta Book Trust*. Bombay. 1983.
- Bickerman, Elias J. Origines Gentium. Revista *Classical Philology*. Volumen 47. Número 2. Abril 1952. *The University of Chicago Press*.
- Bobbio, Norberto. El Positivismo Jurídico. Editorial Debate. Madrid. 1993.
- Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho. Segunda edición. Fondo de Cultura Económica. Colombia. 2004.
- Brañas, Alfonso. Manual de Derecho Civil. Tercera edición. Editorial Estudiantil Fénix. Guatemala. 2005.
- Brenes, Juan Roberto. La Teoría de los Órdenes Societarios. Versión 17.0.3., 6 de noviembre de 2004. Guatemala.  
<http://paginas.ufm.edu/jrbrenes/>.
- Cachanosky, Juan Carlos. La Escuela Austríaca de Economía. *Hispanic American Center for Economic Research*.  
<http://www.hacer.org/pdf/cacha.pdf>.
- Cassese, Sabino. The Globalization of Law. Globus et Locus.  
[http://www.globusetlocus.org/it\\_data/fil/s\\_cassese\\_\\_the\\_globalization\\_of\\_law.pdf](http://www.globusetlocus.org/it_data/fil/s_cassese__the_globalization_of_law.pdf).
- Castro Sáenz, Alfonso. Metodología y Ciencia Jurídica: Hacia un Concepto de Derecho Romano. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Número 24. Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Chile. 2002.  
[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552002002400001&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552002002400001&script=sci_arttext).
- Cazali Ávila, Augusto. Historia de la Universidad de San Carlos de Guatemala: Época republicana (1821-1994). Editorial Universitaria. Guatemala. 1997.
- Cicerón, Marco Tulio. De officiis. Los Oficios o Los Deberes. / De La Vejez / De La Amistad. Undécima edición. Editorial Porrúa. México. 2004.  
<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/off.shtml>.
- Cicerón, Marco Tulio. De legibus. Leyes. Primera edición cibernética. 2003.  
<http://www.upasika.com/docs/helenistica/Cicero%20-%20Leyes.pdf>  
[http://www.antorcha.net/biblioteca\\_virtual/derecho/leyes/caratula.html](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/leyes/caratula.html)  
<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg.shtml>.

- Compayré, Gabriel. Historia de la Pedagogía. Librería de la Vda. de Ch. Bouret. París / México. 1920.
- Concilio Vaticano II. Nostra Aetate. 1965.  
[http://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_decl\\_19651028\\_nostra-aetate\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651028_nostra-aetate_sp.html).
- Contreras Ortiz, Rubén Alberto. Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles (Parte General). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar. Guatemala. 2004.
- Corral, Carlos. En Grocio, ¿qué significa el “aunque concediéramos que Dios no existe”?. Edición en línea.  
<http://blogs.periodistadigital.com/carloscorral.php/2008/05/20/en-grocio-ique-significa-el-aunque-conce>.
- Daros, W.R. Verdad, Error y Aprendizaje. Universidad del Centro Educativo Latinoamericano. Rosario, Argentina. 1994.  
<http://www.ucel.edu.ar/upload/LIBROS/DAROS14.pdf>.
- Descartes, René. Discurso del Método. Alianza Editorial. Madrid. 1997.
- Domingo, Rafael. Juristas Globales. La Gaceta de los Negocios, 9 de diciembre de 2003. Navarra, España.  
<http://www.unav.es/noticias/opinion/textos/op091203.html>.
- Fassò, Guido. Historia de la Filosofía del Derecho 3. Siglos XIX y XX. Ediciones Pirámide. España. 1996.
- Fernández de Córdova, Pilar. Treinta Temas de Iniciación Filosófica. Segunda edición. Universidad de la Sabana. Agora Editores Ltda. Colombia. 1991.
- Galgano, Francesco. El Negocio Jurídico. Editorial Tirant Lo Blanch. España. 1992.
- Gamba, Rafael. Historia Sencilla de la Filosofía. Vigésimocuarta edición. Ediciones Rialp, S.A. Madrid, España. 1999.
- García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Decimoquinta edición revisada. Editorial Porrúa. México. 1968.
- García Sánchez, Justo. El Derecho Romano en la Formación del Jurista: Criterio defendido por un profesor hispalense en 1880. Revista Aequitas Virtual. Tercera etapa. Número 1. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador. Argentina. 2007.
- Geymonat, Ludovico. Historia de la Filosofía y de la Ciencia. Editorial Crítica. Barcelona. 2006.
- Gherzi, Enrique. El Carácter Competitivo de las Fuentes del Derecho. Revista Acta Académica. Universidad Autónoma de Centro América. 2003.  
<http://www.encyclopedia.com/doc/1G1-149769994.html>.
- Gil Osuna, Bartolomé. El Derecho Romano en la Integración Frente al Fenómeno de la Globalización en América Latina. Anuario de Derecho. Número 23. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela. 2001.

<http://saber.ula.ve/db/ssaber/Edocs/pubelectronicas/anuarioderecho/num23/articulo9-23.pdf>.

- Gómez Pérez, Rafael. Memoria del Futuro. Ediciones Rialp, S.A. Madrid. 2000.
- Gramajo Castro, Juan Pablo. La jurisprudencia en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Francisco Marroquín. Número 25, Junio 2007.
- Hayek, Friedrich A. Derecho, Legislación y Libertad. Universidad Francisco Marroquín / Unión Editorial. Guatemala. Madrid, España. 2006.
- Hayek, Friedrich A. Estudios de Filosofía, Política y Economía. Universidad Francisco Marroquín / Unión Editorial. Guatemala. Madrid, España. 2007.
- Hayek, Friedrich A. Individualism and Economic Order. *Chicago University Press*. Chicago, Illinois, EE.UU. 1948.
- Hayek, Friedrich A. Hayek Sobre Hayek / La Fatal Arrogancia. Unión Editorial. Madrid. 1997.
- Hayek, Friedrich A. Los Fundamentos de la Libertad. Sexta edición. Universidad Francisco Marroquín / Unión Editorial. Guatemala. Madrid, España. 1998.
- Hervada, Javier. Historia de la Ciencia del Derecho Natural. Tercera edición. EUNSA – Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 1996.
- Hervada, Javier. Lecciones de Filosofía del Derecho. Cuarta edición. EUNSA – Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2008.
- Historia arquitectónica del Palacio Legislativo y los Edificios del Congreso de la República de Guatemala.  
[http://www.congreso.gob.gt/gt/visita\\_arquitectonica.asp](http://www.congreso.gob.gt/gt/visita_arquitectonica.asp).
- Ibargüen S., Giancarlo. El Valor de las Humanidades en la Universidad. 9 de julio de 2003. Guatemala.  
<http://www.ufm.edu.gt/discursos/dis20030709.pdf>.
- Iglesias, Juan. Derecho Romano. Decimotercera edición. Editorial Ariel Derecho. Madrid, España. 2001.
- Ihering, Rudolf von. El Espíritu del Derecho Romano. *Oxford University Press*. México. 2001.
- Ihering. La Lucha por el Derecho. Editorial Cajica. México. 1957.  
<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1596>.
- *International Institute for the Unification of Private Law*. UNIDROIT: An overview.  
<http://www.unidroit.org/english/presentation/main.htm>.
- Jaeger, Werner. Paideia: los Ideales de la Cultura Griega. Fondo de Cultura Económica. México. 2000.
- Jaramillo, Carlos Ignacio. El Renacimiento de la Cultura Jurídica en Occidente. Editorial Temis, S.A. Bogotá. 2004.

- Juan Pablo II. Acto Europeo en Santiago de Compostela, 9 de noviembre de 1982. *Libreria Editrice Vaticana*. 1982.  
[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/speeches/1982/november/documents/hf\\_jp-ii\\_spe\\_19821109\\_atto-europeistico\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1982/november/documents/hf_jp-ii_spe_19821109_atto-europeistico_sp.html).
- Juan Pablo II. Catechesi Tradendae. *Libreria Editrice Vaticana*. 1979.  
[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/apost\\_exhortations/documents/hf\\_jp-ii\\_exh\\_16101979\\_catechesi-tradendae\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_16101979_catechesi-tradendae_sp.html).
- Juan Pablo II. Centesimus Annus. *Libreria Editrice Vaticana*. 1991.  
[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_01051991\\_centesimus-annus\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_sp.html).
- Juan Pablo II. Encuentro con Representantes del Mundo de la Cultura, 24 de mayo de 2002. *Libreria Editrice Vaticana*. 2002.  
[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/speeches/2002/may/documents/hf\\_jp-ii\\_spe\\_20020524\\_world-culture-bulgaria\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2002/may/documents/hf_jp-ii_spe_20020524_world-culture-bulgaria_sp.html).
- Juan Pablo II. Fides et Ratio. *Libreria Editrice Vaticana*. 1998.  
[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_14091998\\_fides-et-ratio\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091998_fides-et-ratio_sp.html).
- Juan Pablo II. Laborem Exercens. *Libreria Editrice Vaticana*. 1981.  
[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_14091981\\_laborem-exercens\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens_sp.html).
- Juan Pablo II. Veritatis Splendor. *Libreria Editrice Vaticana*. 1993.  
[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_06081993\\_veritatis-splendor\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor_sp.html).
- Kopff, E. Christian. The Devil Knows Latin. *Intercollegiate Studies Institute*. Wilmington, Delaware, EE.UU. 1999.
- Lanning, John Tate. La Universidad en el Reino de Guatemala. Editorial Universitaria. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemal. 1977.
- León XIII. Inmortale Dei. *Libreria Editrice Vaticana*. 1885.  
[http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_1-xiii\\_enc\\_01111885\\_immortale-dei\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_01111885_immortale-dei_sp.html).
- León XIII. Libertas Praestantissimum. *Libreria Editrice Vaticana*. 1888.  
[http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_1-xiii\\_enc\\_20061888\\_libertas\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_20061888_libertas_sp.html).
- López Rosa, Ramón. El Derecho Romano Hoy: Cupidae Legum Iuventuti. Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento. Número 1. Facultad de Derecho, Universidad de Huelva. España. 2001.  
<http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/A06.pdf>.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos. Parte General. Rubinzal-Culzoni Editoriales. Buenos Aires, Argentina. 1999.

- Luján Muñoz, Jorge. Del Derecho Colonial al Derecho Nacional: El Caso de Guatemala. Actas y Estudios. Volumen 2. Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Puerto Rico. 2003. [http://www-gewi.uni-graz.at/jbla/JBLA\\_Band\\_38-2001/085\\_108.pdf](http://www-gewi.uni-graz.at/jbla/JBLA_Band_38-2001/085_108.pdf).
- Maldonado Solórzano, Sasha. Desarrollo Histórico Filosófico de la Noción Individualista y Colectivista y su Influencia en Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín. Guatemala. 2008.
- Margadant, Guillermo F. La Segunda Vida del Derecho Romano. Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa. México. 1986. <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=553>.
- Mayora, Eduardo. Iusnaturalismo y órdenes espontáneos. Universidad Francisco Marroquín. Facultad de Derecho. Editorial Amigos del País. Guatemala. 1998. <http://www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/2528.pdf>.
- McNall Burns, Edward. Civilizaciones de Occidente: Su Historia y Su Cultura. Octava Edición. Ediciones Peuser. Buenos Aires. 1964.
- Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mauro. Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco. Volumen II. Tercera edición. Magna Terra Editores. Guatemala. 2004.
- Nájera-Farfán, Mario Efraín. Derecho Procesal Civil. Volumen I. Segunda edición. IUS Ediciones. Guatemala. 2006.
- Pérez de Antón, Francisco. La Libre Empresa. Tercera edición. Universidad Francisco Marroquín / Unión Editorial. Guatemala. Madrid. 2004.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique. Teoría del Derecho. Tercera edición. Editorial Tecnos. Madrid. 2004.
- Perinián, Bernardo. A Romanistic Approach on Unified European Private Law. Revista Roman Legal Tradition. Volumen 1. *The Roman Law Society of America*. 2002. <http://www.romanlegaltradition.org/contents/2002/RLT-PERINAN1.PDF>.
- Petit, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. Vigésimo-segunda edición. Editorial Porrúa. México. 2006.
- Popper, Karl. Escritos Selectos. Fondo de Cultura Económica. México. 1997.
- Programa del Seminario de Latín Jurídico. Memorando electrónico de la Licenciada María José Lamuño de Mendoza, con fecha 2 de julio de 2007. Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín.
- Ratzinger, Joseph. Truth and Tolerance. Ignatius Press. San Francisco, California, EE.UU. 2004.
- Rodríguez Santos de Dengo, Norma. La Certeza en el Derecho. Universidad Francisco Marroquín. Facultad de Derecho. Guatemala. 2003. <http://www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/3668.pdf>.
- Rojas, Enrique. La Conquista de la Voluntad. Editorial Temas de Hoy. Madrid. 1994.

- Rougier, Louis. El Genio de Occidente. Unión Editorial. Madrid. 2001.
- Rousseau, Jean Jacques. Discurso Sobre el Origen de la Desigualdad Entre los Hombres. Edición digital basada en la edición de Madrid, Calpe, 1923. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. 1999.  
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12140524229031506543435/index.htm>.
- Rousseau, Jean Jacques. Emilio. Edición digital de elaleph.com.  
<http://www.e-libro.net/gratis/documentos/emilio.pdf>.
- Sabino, Carlos. Diccionario de Economía y Finanzas. Editorial Panapo. Caracas, Venezuela. 1991.  
<http://paginas.ufm.edu/SABINO/libros/diccionario/index.html>.
- Samuels, Warren J. The Chicago School of Political Economy. Transaction Press. New Brunswick, NJ, EE.UU. 1993.
- Sáenz Juárez, Luis Felipe. Inconstitucionalidad de Leyes en Casos Concretos en Guatemala. Primera reimpresión. Publicaciones de la Corte de Constitucionalidad. Guatemala. 2004.
- Sidhu, Dawinder S. The Immorality and Inefficiency of an Efficient Breach. Revista Transactions: The Tennessee Journal of Business Law. Volumen 8.  
[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=936223](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936223).
- Tolkien, John Ronald Reuel. The Letters of J.R.R. Tolkien. Carpenter, Humphrey; Tolkien, Christopher (editores). Houghton Mifflin Company. Boston / Nueva York, EE.UU. 2000.
- Trans Atlantic Consumer Dialogue. TACD Briefing Paper on Mutual Recognition Agreements (MRA's). 2001.  
[http://www.tacd.org/db\\_files/files/files-270-filetag.doc](http://www.tacd.org/db_files/files/files-270-filetag.doc).
- Universidad Francisco Marroquín. Ideario.  
[https://www.ufm.edu/uploaduser/Ideario\\_de\\_la\\_UFM.pdf](https://www.ufm.edu/uploaduser/Ideario_de_la_UFM.pdf).
- Valencia Restrepo, Hernán. Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho. Segunda edición. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999.
- Valpy, Francis Edward Jackson. Etymological Dictionary of the Latin Language. Edición facsimilar de la edición de Londres, 1828. Elibron Classics. 2005.
- Vásquez Martínez, Edmundo. Instituciones de Derecho Mercantil. Serviprensa Centroamericana. Guatemala. 1978.
- Vázquez, Humberto. Filosofía de la Pervivencia del Derecho Romano. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina.  
<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artfilosofiadelaPervivencia>.
- Virgilio. La Eneida. Peyró Carrió, Felipe (traductor). Edicomunicación, S.A. Barcelona, España. 1999.
- Zanotti, Gabriel J. Introducción Filosófica al Pensamiento de F.A. Hayek. Universidad Francisco Marroquín / Unión Editorial. Guatemala. 2003.

### Obras de referencia

- Catecismo de la Iglesia Católica. *Libreria Editrice Vaticana*.  
[http://www.vatican.va/archive/ESL0022/\\_INDEX.HTM](http://www.vatican.va/archive/ESL0022/_INDEX.HTM).
- Diccionario de Artistas Guatemaltecos. Prensa Libre, 2 de mayo de 2004.  
<http://www.prensalibre.com/pl/2004/mayo/02/87307.html>.
- Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ossorio, Manuel. Primera edición electrónica. Datascan, S.A. Guatemala.
- Diccionario de Filosofía. Brugger, Walter (editor). Decimocuarta edición. Herder. España. 2000.
- Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición.  
<http://www.rae.es/rae.html>.
- Diccionario Enciclopédico Océano. Grupo Editorial Océano. Edición 1987. Ediciones Océano-Éxito, S.A. Barcelona. 1987.
- Enciclopedia Autodidáctica Océano. Tomo 4. Grupo Editorial Océano. Edición 1990. Ediciones Océano-Éxito, S.A. Barcelona. 1990.
- Historia General de Guatemala. Volumen IV: Desde la República Federal hasta 1898. Luján Muñoz, Luis (director general) / Herrarte, Alberto (director del tomo). Asociación de Amigos del País. Fundación Para la Cultura y el Desarrollo. Edición electrónica en disco compacto. 1998.
- Juristas Universales. Volumen III: Juristas del siglo XIX, de Savigny a Kelsen. Domingo, Rafael (editor). Marcial Pons. Madrid. 2004.
- The Encyclopedia of Law and Economics. Bouckaert, Boudewijn; De Geest, Gerrit (editores generales). Universidad de Ghent. *Edward Elgar Publishing, Ltd.*  
<http://encyclo.findlaw.com/>.

### Legislación, Jurisprudencia y Textos Relacionados

- Código Civil de la República de Guatemala. Imprenta de “El Progreso”. Guatemala. 1877. Incluye Informe de la Comisión Codificadora al Señor Presidente de la República. Montúfar, Lorenzo; Salazar, José; Pujol, Valero; Murga, Carlos F.
- Código Civil, Decreto Ley 106, y sus reformas.
- Código de Comercio, Decreto 2-70, y sus reformas.
- Código de Derecho Canónico. Promulgado por la autoridad de Juan Pablo II, Papa. Dado en Roma, el día 25 de enero de 1983.  
[http://www.vatican.va/archive/ESL0020/\\_INDEX.HTM](http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_INDEX.HTM).
- Código de Trabajo, Decreto 1441, y sus reformas.
- Código Penal, Decreto 17-73 y sus reformas.



- Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 y sus reformas.
- Código Procesal Penal. Concordado y Anotado con la Jurisprudencia Constitucional. Incluye Exposición de Motivos por César Barrientos Pellecer. Figueroa Sarti, Raúl (editor). Novena edición. F&G Editores. Guatemala. 2003.
- Código Tributario, Decreto 6-91 y sus reformas.
- Congreso de la República de Guatemala. Diario de Sesiones. Período Ordinario 988-89. Tomo V. Sesión Ordinaria Número 05. Jueves 3 de noviembre de 1988.
- Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene la Ley del Organismo Judicial. Presentado el 29 de junio de 1988. Registro 093.
- Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Asuntos Judiciales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene reformas al Decreto 2-89 del Congreso, Ley del Organismo Judicial. Presentado el 28 de enero de 1993. Registro 987.
- Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene reformas a la Ley del Organismo Judicial, contenida en Dtos. 2-89 y 64-90 del Congreso de la República. Presentado el 6 de diciembre de 1990. Registro 692.
- Congreso de la República de Guatemala. Iniciativa que dispone aprobar reformas al Decreto Número 2-89 del Congreso de la República, Ley del Organismo Judicial. Registro 3334.
- Congreso de la República de Guatemala. Iniciativa que dispone aprobar reformas al Decreto Número 2-89 del Congreso de la República, Ley del Organismo Judicial. Dictamen presentado el 4 de agosto de 2005. Registro 330.
- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad, sentencia de 3 de enero de 2003, Expediente 45-2002, en Gaceta Jurisprudencial No. 67.
- Corte Suprema de Justicia. Proyecto de Ley del Organismo Judicial. Ediciones del Organismo Judicial de Guatemala. 1987.
- Cuerpo del Derecho Civil Romano. Promulgado por la autoridad del Sacratísimo Príncipe y Señor César Flavio Justiniano, Alemánico, Gótico, Fránico, Germánico, Antico, Alánico, Vandálico, Africano, pío, feliz, ínclito, vencedor y triunfador, siempre Augusto. García del Corral, Ildefonso (traductor). Jaime Molinas Editor. Barcelona, España. 1889-1898.
- Informe y Exposición de Motivos del Código Civil. Salazar, Federico O. Ediciones Jurídicas Especiales. Guatemala. 2006.
- Ley Constitutiva del Organismo Judicial, Decreto 1862. Incluye Exposición de Motivos Presentada por la Comisión de Legislación adscrita al Ministerio de Gobernación y Justicia, sobre la Ley Constitutiva del Poder Judicial. (Figura en el Decreto Legislativo Número 928), Guatemala, 28 de abril de 1933.

- Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Decreto 1-86.
- Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 y sus reformas.
- Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Decreto 33-98 y sus reformas.
- Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 y sus reformas.
- Ley Reguladora de la Prestación del Aguinaldo para los Trabajadores del Sector Privado. Decreto 76-78.
- Leyes Emitidas por el Gobierno Democrático de la República de Guatemala y por la Asamblea Nacional Legislativa (Recopilación de Leyes). Tomo III: desde 1º de julio de 1881 a 30 de junio de 1883.
- Leyes Emitidas por el Gobierno Democrático de la República de Guatemala (Recopilación de Leyes). Tomo I: desde el 3 de junio de 1871, hasta diciembre de 1876.
- Reglamento para el Goce del Período de Lactancia.
- Textos de Derecho Romano. Domingo, Rafael (coordinador). Edición corregida y aumentada. Aranzadi. Navarra. 2002.

### Entrevistas

- Entrevista con la Dra. María Luisa Beltranena Valladares de Padilla. 21 de agosto de 2007. En su sede académica de la Universidad Francisco Marroquín.