

EL DERECHO Y LA CIENCIA DEL DERECHO

ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

EL DERECHO Y LA CIENCIA DEL DERECHO

(Introducción a la ciencia jurídica)

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie G. ESTUDIOS DOCTRINALES, núm. 86

ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN

EL DERECHO Y LA CIENCIA DEL DERECHO

(Introducción a la ciencia jurídica)



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

México, 1986

Primera edición: 1984
Primera reimpresión: 1986

DR. © 1986, Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, 04510, D. F.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Impreso y hecho en México

ISBN 968-837-366-4 (primera edición)
ISBN 968-837-974-3 (primera reimpresión)

A Rolando,
José Alberto y
Antonio César

“...cupidae legum iuventuti”

¿Dónde en el mundo
puede observarse un
sujeto metafísico?

LUDWIG WITTGENSTEIN

PREFACIO

El libro, como lo indica claramente el título, es una explicación del concepto del derecho y de la ciencia del derecho. Aunque destinado a estudiantes, no pretende ser un libro de texto. El libro contiene una selección de problemas cuya discusión considero necesaria en la enseñanza del derecho, de la filosofía del derecho y de la metodología jurídica.

He tratado de delinear los presupuestos y distinciones fundamentales de los temas tratados con el vigor y frescura de nuevos planteamientos. Omití muchas cosas que me parecieron de importancia secundaria para un trabajo de esta naturaleza. El libro es una introducción. Sin embargo, espero que pueda desalentar la creencia de que una introducción deba contener sólo trivialidades. Los temas han sido seleccionados y ordenados teniendo en perspectiva su discusión progresiva. Debo confesar que la mayor parte del trabajo estaba originalmente destinada a formar parte de una edición revisada de mi libro: *Sobre el sistema jurídico y su creación*.¹ Varios compromisos académicos y editoriales retardaron tanto el proyecto, que la revisión se hizo muy difícil. Diversas razones —entre ellas, la amable insistencia de algunos de mis colegas— me llevaron a preparar este trabajo de forma independiente. Por último, me decidí a publicarlo para proveer al estudiante con ciertos criterios que le permitan acceder y evaluar las teorías del derecho.

El libro presupone el conocimiento de obras como las de H. Kelsen, A. Ross, H.L.A. Hart, R. Dworkin, R. Vernengo, C. Nino; pero, en ningún sentido, pretende sustituir los textos de estos autores. El libro debe considerarse como un material para ser discutido en clase.

Una breve explicación sobre la estructura del libro. En el capítulo primero anuncio la estrategia que habrá de seguirse en el resto del trabajo. En él se observa qué tanto este esfuerzo se asocia con la filosofía jurídica analítica (y con la filosofía analítica en general). En el capítulo segundo pretendo establecer un mínimo de rasgos característicos del objeto derecho teniendo en cuenta las condiciones que gobiernan el uso de la expresión 'derecho'. Mi propósito es construir, a partir

¹ México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.

de nuestras más arraigadas intuiciones, un conjunto de generalizaciones empíricas que permitan establecer notas definitorias del derecho que sean, aunque pocas en número, indiscutibles. La idea es formular una especie de *naïve theory* del derecho que guíe el desarrollo posterior. En este capítulo el lector verá surgir conceptos analíticos de obligación, de hecho ilícito, de fuente, de sanción, de norma, los cuales serán simplemente mencionados. La intención de esta parte de la exposición es, además de establecer los conceptos señalados, subrayar el carácter coactivo, normativo e institucional del derecho. Este capítulo va acompañado de un apéndice sobre el concepto de responsabilidad.

En el capítulo tercero expongo, de manera más bien esquemática, la teoría del derecho de John Austin. Mi idea es mostrar qué tanto las teorías del derecho presuponen los rasgos característicos señalados en el capítulo anterior. La teoría de John Austin es un ejemplo típico del enfoque imperativo del derecho. (Un capítulo sobre la teoría de Bentham² fue excluido; consideré que como ejemplo era suficiente la exposición sobre Austin.) Ciertamente, la teoría de John Austin no es la teoría imperativa más lograda (ésta sin duda, sería la de Kelsen), la escogí, *inter alia*, por ser una teoría muy simple en sus presupuestos; su exposición es primordialmente didáctica. A este capítulo acompaño una breve nota sobre la vida de John Austin.

En el capítulo cuarto intento mostrar una imagen del derecho que si bien no es completamente opuesta a la presupuesta por las teorías imperativas, pone un énfasis particular en otros aspectos. Las teorías imperativas describen el derecho como compuesto esencialmente de normas que imponen obligaciones; concentran su atención en la idea de obligación y conceptos correlativos (*e.g.* hecho ilícito, sanción, responsabilidad). Sin embargo, existen problemas jurídicos que difícilmente pueden explicarse desde el punto de vista del enfoque imperativo. Puede constatarse que gran parte del discurso jurídico no se formula en términos de obligaciones. Jueces y abogados se comunican entre sí en términos de "facultades" y "derechos". Por ello, dedico el capítulo quinto al análisis de los conceptos de facultad jurídica y derecho subjetivo. Abordo separadamente estos conceptos e intento mostrar que son conceptos diferentes que no deben confundirse. Describo primeramente el concepto de facultad, toda vez que este concepto es lógicamente pre-

² Tamayo y Salmorán, Rolando, "La teoría del derecho de Jeremías Bentham" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año xviii, núm. 50, mayo-agosto de 1984, pp. 553-570.

supuesto por el de derecho subjetivo. En la exposición, más bien breve, me interesa destacar que el concepto de facultad es indicativo de una función esencial de todo orden jurídico: la atribución o facultamiento de poderes, necesaria para la creación y modificación del derecho.

Consagro un espacio mayor a la descripción del derecho subjetivo. Me preocupa mostrar aquellos aspectos de los derechos que son oscurecidos si se explican en términos de obligaciones. Considero los derechos como un tipo de permisión y hago particular insistencia en la importancia que reviste la *fuerza* del derecho subjetivo. Señalo algunas facultades incluidas en los derechos y subrayo ciertas notas distintivas de los derechos, *inter alia*: su carácter *prima facie* y su función *práctica* (normativa).

La primera parte del libro termina con una explicación del concepto de persona jurídica. La exposición recurre fundamentalmente al análisis de los textos del derecho romano en virtud de que son los jurisconsultos romanos los que dieron a la expresión 'persona' su significado jurídico originario, el cual se convertiría en la noción dogmática de persona jurídica. Una vez señalado el origen y evolución del concepto de persona, procedo a determinar su alcance y sus usos dogmáticos y termino con una explicación teórica del concepto.

En la introducción de la segunda parte planteo la cuestión: '¿qué es la ciencia del derecho?' e indico la estrategia con la que pretendo resolver tal interrogante. Dedico el capítulo séptimo a analizar ampliamente qué es la ciencia. No pretendo clausurar la discusión lanzando una definición que determine *ex nunc* qué es la ciencia. Mi intención es, más bien, encontrar un criterio que permita *reconocer* los usos apropiados de "ciencia". En este análisis hago especial referencia a la concepción aristotélica de ciencia, toda vez, que, es esta concepción el modelo que habrían de seguir los jurisconsultos romanos en la construcción de la *jurisprudencia* (paradigma de la dogmática jurídica posterior).

Después de la explicación de los usos de 'ciencia' y del *modelo clásico*, abordo el problema de la ciencia del derecho intentando mostrar qué tanto conviene la explicación de ciencia a la jurisprudencia. Este capítulo es un análisis del nacimiento de la jurisprudencia y de sus características. El estudio del nacimiento de la jurisprudencia permitirá descubrir los presupuestos, métodos y creencias no explicitados por los juristas.

Estos dos capítulos, conjuntamente con el *excursus* tercero, pueden considerarse como una contribución a la historia de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva el libro se encuentra estrechamente relacionado con otro de mis trabajos intitulado: *La jurisprudencia y la formación del ideal político*,³ publicado, también, por este Instituto.

En el capítulo octavo me preocupo por describir qué es la filosofía del derecho, en qué consiste la metodología jurídica, así como señalar la relación que guardan entre sí. Destaco el hecho de que la filosofía jurídica, al igual que la filosofía de la ciencia, es una reflexión de segundo orden cuyo objeto lo constituye, primordialmente, el análisis de conceptos, *i.e.* el análisis de los conceptos de la jurisprudencia dogmática. Señalo el carácter descriptivo y metateórico de la metodología y procuro mostrar que la metodología jurídica constituye una parte de la filosofía del derecho que se ocupa de describir los métodos canónicos de la jurisprudencia dogmática. El capítulo continúa con la explicación de esta última. En esta breve exposición me preocupo por determinar su objeto y sus rasgos característicos. El capítulo termina explicando la "descripción" del derecho que realiza la jurisprudencia dogmática y su carácter dogmático.

El capítulo décimo da cuenta del problema de la interpretación jurídica, problema que, si no agota la ciencia jurídica dogmática, sí constituye su aspecto más fundamental. En este capítulo explico en qué consiste la interpretación haciendo hincapié en la diferencia entre lenguaje jurídico prescriptivo y jurídico descriptivo.

El libro contiene, además, dos ensayos, dos *excursus*. El primero de los *excursus* aborda el problema del origen y función del proceso jurisdiccional. Su inclusión se debe a que la disponibilidad de un proceso jurisdiccional constituye una característica distintiva de los órdenes jurídicos. En la descripción del origen y funcionamiento del proceso me refiero fundamentalmente al proceso entre los griegos de los tiempos homéricos. Hago un estudio comparado del primitivo proceso griego con el derecho procesal romano de las *legis actiones* y de otros derechos antiguos (Babilonia, India Antigua, derecho germánico), con el propósito de producir alguna luz en la descripción del funcionamiento de esta institución primaria del orden jurídico.

El segundo *excursus* estudia la jurisprudencia entre los antiguos grie-

³ *Introducción histórica a la ciencia jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1983.

gos. Creo que no existen mejores escenarios para observar la formación de la jurisprudencia que la antigua Grecia y la antigua Roma. El propósito de este *excursus* es saber cómo nació la ciencia jurídica. Comparto la creencia de que un claro entendimiento de esta cuestión aumentará nuestra comprensión del problema, 'qué es la jurisprudencia' y cómo ésta ha evolucionado.

Me resta citar aquí a aquellos que de diferentes formas me ayudaron en la preparación de este trabajo. Primeramente, debo expresar mi agradecimiento al personal de la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas, en particular a Eugenio Hurtado y a Raúl Carranza por su siempre eficiente colaboración. Algunas fuentes fueron consultadas en la *Codrington Library* de *All Soul College*, Oxford. En esta oportunidad doy las gracias a Barry Britton y a Norma Aubertin Potter por su gentil ayuda. Asimismo, agradezco a Ana Vega, a Ma. del Socorro Merino y a Ma. Cristina Valdés, quienes pacientemente hicieron y rehicieron las versiones mecanográficas, su colaboración. Igualmente, agradezco a Asael Rosales su incansable asistencia en la reproducción y compaginación de materiales.

Doy las más expresivas gracias a mi colega doctor José Barragán por su desinteresada colaboración en la revisión de las fuentes latinas y griegas, así como al doctor José Tapia y a la maestra Ute Schmidt del Instituto de Investigaciones Filológicas por la revisión de una buena parte de las transcripciones griegas.

Quiero agradecer al maestro J. Jesús Orozco su amable y tenaz insistencia, la cual me impulsó a preparar este trabajo. Igualmente, agradezco a Javier Esquivel, Héctor Fix-Zamudio, Rubén Bonifaz, Alvaro Bunster, Denis Galligan, Ulises Schmill, Ignacio Medina, Ma. del Refugio González, Jorge Adame, J. Jesús Orozco, José Barragán y Roberto J. Vernengo los iluminantes comentarios que hicieron sobre diferentes partes del trabajo. Doy gracias a todos los compañeros del Instituto por su consejo y estímulo, así como a mis alumnos con los cuales he discutido estos temas.

Por último, deseo expresar mi gratitud y mi profundo reconocimiento a mi esposa y a mis hijos por su apoyo, su ayuda y su comprensión.

Quiero agradecer a las siguientes personas y entidades el permiso para utilizar todo o parte de los siguientes materiales que preparé para ellos o publiqué bajo su pie de imprenta: *Mouton Publisher* (La Haya): "The State as a Problem of Jurisprudence"; Instituto de Investigacio-

nes Jurídicas: "La teoría del derecho de John Austin"; *Bergin Publishers* (Hodley, Mass.): "The Judicial Litigation in Early State and the Evolution of Legal Process; *Rechtstheorie*, *Verlag Dunker und Humblot* (Berlín/Mainz): "The Functioning of Human Rights in the Legal System"; J. Barrera Graf, editor de *Estudios Jurídicos en Memoria a Roberto L. Mantilla Molina*: "El concepto de persona jurídica", *Conferenza sulla Ragione nel Diritto*, *Università degli Studi di Bologna*: "Il modello razionale della prima Giurisprudenza".

Agosto, 1984

Í N D I C E

PRIMERA PARTE

EL CONCEPTO DE DERECHO Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	19
1 <i>El problema del derecho</i>	19
2 <i>¿Existe un objeto llamado derecho?</i>	20
CAPÍTULO II. EL CONCEPTO DE DERECHO	25
1 <i>Derecho y constreñimiento artificial</i>	25
a) <i>La reducción de las opciones del comportamiento</i>	25
b) <i>La técnica del castigo</i>	26
2 <i>Instituciones y "normas jurídicas"</i>	27
3 <i>Los hechos contrarios al derecho (mala prohibita)</i>	29
4 <i>La imposición de "deberes"</i>	29
EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD	33
CAPÍTULO III. LA TEORÍA DEL DERECHO DE JOHN AUSTIN	37
1 <i>El derecho y sus componentes: The laws</i>	37
2 <i>La obligación o el deber</i>	38
3 <i>La sanción</i>	39
4 <i>Carácter general de las normas jurídicas (laws)</i>	40
5 <i>La superioridad (autoridad)</i>	41
6 <i>El derecho "propiamente hablando"</i>	43
a) <i>Su positividad</i>	43
b) <i>Su fuente</i>	43
7 <i>La soberanía</i>	44
8 <i>El objeto de la ciencia del derecho</i>	45

9	<i>Las normas jurídicas (laws) que confieren derechos subjetivos</i>	46
10	<i>El derecho consuetudinario y el derecho creado jurídicamente</i>	47
11	<i>Conclusiones</i>	49
JOHN AUSTIN		53
CAPÍTULO IV. FACULTAD JURÍDICA Y DERECHO		
	OBJETIVO	59
1	<i>Planteamiento</i>	59
2	<i>Facultad jurídica.</i>	60
3	<i>Normas que confieren facultades</i>	62
4	<i>La facultad y la creación del orden jurídico.</i>	63
5	<i>El derecho subjetivo</i>	64
	a) <i>Introducción</i>	64
	b) <i>La estrategia.</i>	64
6	<i>El derecho subjetivo como permisión.</i>	65
7	<i>Permisión expresa</i>	66
8	<i>La conducta obligada y su permisión</i>	67
9	<i>El derecho subjetivo y su fuente</i>	67
10	<i>Los derechos y su perímetro protector</i>	69
11	<i>Facultas exigendi</i>	71
12	<i>Otras facultades incluidas en los derechos</i>	73
13	<i>El carácter prima facie de los derechos</i>	73
14	<i>Epílogo</i>	76
CAPÍTULO V. EL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA		79
1	<i>Introducción</i>	79
2	<i>Significado de 'persona'.</i>	80
3	<i>Persona iuris</i>	84
4	<i>Persona y homo</i>	86
5	<i>Alterae personae</i>	88
6	<i>Análisis del concepto de persona jurídica</i>	89
7	<i>Algunos problemas que origina la noción de persona</i>	91
8	<i>La teoría</i>	93

SEGUNDA PARTE

LA CIENCIA Y LA JURISPRUDENCIA

CAPÍTULO VI. INTRODUCCIÓN	99
CAPÍTULO VII. LA CIENCIA Y EL IDEAL DE LA CIENCIA	101
1 Algo sobre la expresión 'ciencia'	101
a) 'Ciencia' como operador oracional	101
b) La ambigüedad de 'ciencia' y las "condiciones que gobiernan su uso"	102
2 Los objetos de la ciencia	105
a) El problema	105
b) La vaguedad de 'ciencia'	106
c) La ciencia paradigmática	107
3 Los métodos científicos	108
4 La "definición" y el "ideal" de ciencia	109
5 La ciencia clásica	110
a) El conocimiento científico.	110
b) La inducción de los principios generales	112
c) El status de las premisas	115
d) La estructura de la ciencia.	117
e) El ideal de la sistematización deductiva y la demostración	119
6 El carácter emotivo de 'ciencia'	120
7 La definición persuasiva de 'ciencia'	122
CAPÍTULO VIII. LA CIENCIA DEL DERECHO.	123
1 Introducción	123
2 La profesión jurídica	124
3 Geometría y jurisprudencia.	129
4 La importancia del derecho y de la jurisprudencia en Roma	134
CAPÍTULO IX. FILOSOFÍA DEL DERECHO, METODOLOGÍA JURÍDICA Y JURISPRUDENCIA	139
1 Filosofía del derecho	139
2 Metodología jurídica.	141

3	<i>La jurisprudencia</i>	143
a)	<i>Objeto.</i>	143
b)	<i>La "descripción" del derecho</i>	145
4	<i>Carácter dogmático de la jurisprudencia</i>	148

CAPÍTULO X. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA 151

1	<i>Introducción.</i>	151
a)	<i>La interpretación.</i>	151
b)	<i>La interpretación jurídica.</i>	151
2	<i>El lenguaje jurídico y su interpretación.</i>	154
3	<i>La interpretación orgánica.</i>	156
4	<i>La interpretación no-orgánica.</i>	159
5	<i>El lenguaje jurídico-cognoscitivo y el lenguaje jurídico-prescriptivo.</i>	162

EXCURSI

TERCERA PARTE

EXCURSUS I. EL PROCESO JURISDICCIONAL. (<i>El origen del proceso entre los griegos</i>)		167
1	<i>Introducción.</i>	167
2	<i>La opinión tradicional.</i>	169
3	<i>Las paradojas y el rechazo de la tesis tradicional.</i>	170
4	<i>Ilíada XVIII, 497-598 y las controversias judiciales primitivas</i>	173
a)	<i>El problema.</i>	173
b)	<i>El procedimiento de las legis acciones.</i>	175
c)	<i>Propósito del procedimiento preliminar.</i>	177
5	<i>Los protagonistas y sus funciones.</i>	178
6	<i>El recurso a la autoridad.</i>	181
7	<i>La seguridad colectiva.</i>	182
8	<i>Análisis jurídico comparativo.</i>	184
a)	<i>El problema.</i>	184
b)	<i>El juicio de Orestes.</i>	185
c)	<i>La India antigua.</i>	187
9	<i>Persistencias y consecuencias.</i>	188

10	<i>Los interdicta del derecho romano</i>	189
11	<i>Iliada XXIII y las condiciones del proceso</i>	192
12	<i>Epílogo</i>	194
EXCURSUS II. LA JURISPRUDENCIA GRIEGA		197
1	<i>Introducción</i>	197
	a) <i>Necesidad de una retrospectiva histórica</i>	197
	b) <i>El problema</i>	198
2	<i>La monarquía primitiva</i>	201
3	<i>El pensamiento jurídico bajo la aristocracia</i>	205
4	<i>El derecho legislado</i>	206
5	<i>La enseñanza del derecho</i>	209
6	<i>El periodo helénico</i>	210
7	<i>La literatura jurídico griega</i>	213
FUENTES		219
BIBLIOGRAFÍA		221
ÍNDICE		225

El Derecho y la Ciencia del Derecho.
editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, se terminó de imprimir el día 29 de noviembre de 1986 en Imprenta Nuevo Mundo, S. A. de C. V. En su composición se emplearon tipos Caledonia, 11:12, 10:11 y 8:9. Se imprimieron 2 000 ejemplares.

PRIMERA PARTE

EL CONCEPTO DE DERECHO Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	19
1 <i>El problema del derecho</i>	19
2 <i>¿Existe un objeto llamado derecho?</i>	20

PRIMERA PARTE

EL CONCEPTO DE DERECHO
Y LOS
CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

I

INTRODUCCIÓN

Los límites de[l]... lenguaje significan los límites de[l]... mundo.

Ludwig WITTGENSTEIN

1. El problema del derecho

Pocas cuestiones referentes a la sociedad humana han sido preguntadas con tanta persistencia y contestadas de formas tan diversas, extrañas e, incluso, paradójicas, como la cuestión: '¿qué es derecho?'.¹ Tal interrogante ha generado variedad de respuestas: se ha hablado de la "naturaleza", del "origen", del "fin", del derecho. Esto ha producido un enorme arsenal de "naturalezas", múltiples "orígenes", diferentes "fines" y distintas y, en ocasiones, contradictorias características.

Ahora bien, en vez de buscar, *modo teológico*, la naturaleza, la esencia, el origen "verdadero" o los fines "propios" del derecho ¿no sería más razonable comenzar preguntando por el objeto que la expresión 'derecho' nombra? ¿No sería más sensato establecer qué características tienen presente los juristas cuando usan tal expresión?

Nuestro punto de partida es el uso de la expresión 'derecho'. Ahora bien, no siendo un onomatopoyético la palabra 'derecho', o cualquiera de sus equivalentes (i.e. *kittu*, *θεμιστες*, *δικαιον*, *νομος*, *ius*, *Recht*, *law*, *droit*, etcétera), nombra algo. Cuando, como en el caso, no contamos con la posibilidad de una definición ostensiva, tenemos que observar con atención cómo se usa una expresión para saber qué nombra: esto es, necesitamos precisar, para usar una frase de H. L. A. Hart: "las convenciones que gobiernan su uso".² Ciertamente, no pretendemos de-

¹ Cfr. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford, University Press, 1972, p. 1. Existe traducción española de Genaro Carrió: *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963 (reimpreso en México, Editora Nacional, 1978; cfr. p. 1).

² Cfr. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., p. 5; *El concepto de derecho*, cit., pp. 6-7.

terminar de forma absoluta qué es lo que 'derecho' nombra pero, al conocer las condiciones que determinan su uso, podemos señalar qué es lo que generalmente designa y saber en qué contexto y bajo qué circunstancias es usada esta expresión.

2. ¿Existe un objeto llamado 'derecho'?

Cualquier intento por definir un concepto tiene que tomar como punto de partida el uso común de la palabra que denota el concepto en cuestión.

Hans Kelsen

La historia de la cultura proporciona contundente evidencia sobre la persistencia de la expresión 'derecho' a través de los siglos. Hace miles de años que la comunicación humana ha requerido de tal expresión. En el tercer milenio *a de C.* varios Estados de Mesopotamia disponían de colecciones de disposiciones, escritas en acadio o en sumerio, que decían el derecho (*kittu*, *kittam* o *mišārum*):

Ur-Engus, rey de Ur (*c* 2450 *a de C*) dejó asentado que: 'de acuerdo con las leyes de Šamaš, hizo que... prevaleciera el *derecho*'. Lipit-Ištar de Isin (*c* 2217 *a de C*) habla del tiempo en que 'estableció el *derecho* en la tierra de Šumer y Acadia' (*Bab: inūmi kitam ina māt Šumerin u Agatim aškununi*).³

Hammu-rabi expresamente dice: 'he establecido la equidad y el derecho en el país (*Bab: kitam u mišāram ina pi mātim aškun*)'.⁴

En el antiguo Egipto existen ciertas instrucciones que hacen evidente no sólo la existencia de la expresión equivalente a 'derecho' sino la existencia de un alto porcentaje de términos técnicos relacionados. Una de estas instrucciones, la de la tumba *Rekhmi-re*, dice en una de las

³ Driver, G. R. y Miles, J. C., *The Babylonian Laws I. Legal Commentary*, Oxford, Oxford University Press (1952), 1956, p. 5. En el texto de los autores aparece 'justicia' en vez de 'derecho'. Hemos dejado derecho en virtud de que '*kittu*' significa tanto 'derecho' (*kittu* es el derecho que, es fijo, el derecho de carácter incommovable...) *cfr.* Proosdij, B. A., van) como 'justicia' o 'lo recto' (*cfr.* Driver, G. R. y Miles, J. C., *The Babylonian Laws II. Transliterated Text. Translation. Philological Notes, Glossary*, Oxford, Oxford University Press, 1955, p. 385. El mismo término *mišārum* o *mesaru* que es habitualmente traducido por 'justicia' (*cfr.* Driver, G. R. y Miles, J. C., *The Babylonian Laws I, cit.*, p. 37) se refiere a la actividad del legislador.

⁴ Código de *Hammu-rabi*, va 20-23.

partes: "...No actúes como desees en casos donde el derecho aplicable es conocido..."⁵

Los griegos disponen no sólo de términos técnicos sino de una amplia y bella literatura jurídica. En ella encontramos que 'θεμίσ', 'θεμιστες', 'δίκη', 'θεσμος', 'νομος', son diferentes formas de decir 'derecho'. Por 'θεμιστες' se entiende el derecho establecido por Zeus ó por los reyes homéricos.⁶ Donde no existe θεμιστες se vive un estado incivilizado, *sin derecho*. Así, Ulises llama a los cíclopes: 'αθεμοστων', desprovistos de derecho'.⁷ En su relato cuenta de ellos: "...no tienen derecho (θεμιστες) ni asambleas del pueblo".⁸ Eurípides hace decir a Hécuba: "...pero los dioses son poderosos y el derecho (νόμος) también, el cual prevalece sobre ellos, puesto que por el derecho (νόμος) creemos en ellos y establecemos límites de lo justo y de lo injusto (... ἄδικοι καὶ δίκαιοι...)"⁹

No sólo los poetas hacían uso de 'θεμιστες', 'δίκη' o 'νομος'. Los filósofos también las usaban. Heráclito expresamente dice: 'El pueblo debe luchar por el derecho (νομος) como si fueran sus murallas'.¹⁰ Aristóteles citando a Homero dice: "...sin tribu, sin derecho, sin hogar..." ("... ἀφρήτωε, ἀθέμιτος, ἀνεστίος...")¹¹ En otra parte Aristóteles señala: "El derecho (νομος) en tal democracia entiende por igualdad..."¹²

Casos en que la literatura política hace uso de 'θεμιστες', 'νομος', etcétera, podrían multiplicarse indefinidamente; basten tan sólo estos ejemplos para probar mi argumento.

Si los anteriores párrafos proporcionan suficiente evidencia del uso de términos que mayor o menormente equivalen a 'derecho' y a las palabras relacionadas (e.g. jurídicamente, lícito, etcétera), en Roma se acuñan los usos paradigmáticos de 'derecho' y demás conceptos jurídicos.

⁵ Esta cita la hemos tomado de la versión inglesa de A. Théodoridés, contenida en su trabajo: "The Concept of Law in Ancient Egypt", en Harris, J.R. (ed.), *The Legacy of Egypt*, Oxford, Oxford University Press, 1971, p. 309.

⁶ Es el propio Zeus quien otorga a Agamenón el poder de dictar θεμιστες. (Cfr., *Iliad.*, ix, 99). Sobre el particular véase: Jaeger, W. W., *Alabanza a la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959, p. 19; *id.*, *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 149. Cfr. Tamayo y Salmorán, R., *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, 1976, pp. 15-19; *id.*, *Introducción al estudio de la constitución I. El significado de "constitución" y el constitucionalismo*, México, UNAM, 1979, pp. 20-31 y 84-91.

⁷ *Od.*, ix, 106.

⁸ *Od.*, ix, 112: "...τοῖσιν δ' οὐτ' ἀγοραὶ βουλευφόροι οὔτε θέμιστες..."

⁹ *Hec.*, 799-805.

¹⁰ *Frag.* 44.

¹¹ *Pol.*, 1253a 5.

¹² *Pol.*, 1291b 31-32.

Ocioso resulta señalar que los romanos contaron con la expresión '*iūs*' (y expresiones relacionadas, e.g. '*iustus*', '*iudicium*', '*iure*', '*iurisdictio*', etcétera). Los romanos contaron, además, con una especial terminología: los *nomina iuris* (e.g. '*actio*', '*interdictum*', '*lucrum cessans*', '*lex*', '*possessio*', '*societas*', '*usucapio*', etcétera). Aún más, Roma no sólo proporciona el arsenal de términos técnicos rigurosamente definidos, sino la "gramática jurídica", la *iurisprudentia*,¹³ el producto más característico de la mente romana;¹⁴ la cual ha sido, desde entonces, la forma ordenadora de nuestro pensamiento jurídico.

En otro lugar¹⁵ he dicho que bastaría una sola palabra para señalar la importancia de Roma en la historia universal: '*iurisprudentia*'. Al origen —señala Rudolf von Ihering—, simple gramática jurídica, devino, después, la regla de nuestro pensamiento jurídico.¹⁶ La influencia de Roma absolutamente no se limita a las instituciones que tomamos de su derecho, de por sí grandemente importante, sino al razonamiento jurídico romano, a su jurisprudencia. "Por ella nuestro pensamiento jurídico, nuestro método, nuestra forma de intuición, toda nuestra educación jurídica, ha llegado a ser romana."¹⁷

La pervivencia de la jurisprudencia romana había de influenciar la formación de las lenguas modernas. Todas ellas reciben los usos romanos de '*iūs*' y de los demás *nomina iuris*. De ahí la importancia de conocer el significado originario de '*iūs*' y de los *nomina iuris*. Las palabras tienen un *bagage* de todo tipo (emotivo, mágico, cabalístico, etcétera) además del descriptivo, proveniente, muchas veces, desde su uso originario, el cual es difícil eliminar cuando una palabra es dicha. Eso sucede con los *nomina iuris* de la jurisprudencia romana. La existencia milenaria de la expresión 'derecho' (i.e. de sus equivalentes) no sólo revela la existencia de un objeto que ha existido desde las más antiguas culturas sino, también, que ha sido un fenómeno enormemente persistente. Sin solución de continuidad ha llegado a todas las culturas mo-

¹³ Cfr. Tamayo y Salmorán, R., "Introducción a la ciencia del derecho y a la interpretación jurídica. La jurisprudencia romana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XIII, núm. 39, septiembre-diciembre 1980, cit., pp. 837-341.

¹⁴ Cfr. Nicholas, B., *An Introduction to Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1975, p. 1.

¹⁵ Cfr. Tamayo y Salmorán, R., *Introducción al estudio de la constitución I.*, cit., p. 32.

¹⁶ Cfr. *L'Esprit du droit romain (Geist des römischen Recht)*. Trad. de Menle-naere, O. de, París, Chevalier-Marescq, 1877, t. 1, p. 3 y ss.

¹⁷ Ihering, R. von, *L'Esprit du droit romain*, cit., t. I, p. 14.

dernas como lo revela la existencia de la expresión 'derecho' (*'law'*, *'Recht'*, *'diritto'*, *'droit'*), y demás palabras relacionadas, tales como lícito, jurídico, etcétera (*'lawful'*, *'legal'*, *'juridique'*, *'giuridico'*) en las lenguas modernas. Pero ¿qué hay, qué se indica, qué se presupone, cuando usamos 'derecho'? ¿Cuáles podrían ser algunos rasgos característicos de ese objeto?

CAPÍTULO II. EL CONCEPTO DE DERECHO	25
<i>1 Derecho y constreñimiento artificial</i>	25
a) <i>La reducción de las opciones del comportamiento</i>	25
b) <i>La técnica del castigo</i>	26
<i>2 Instituciones y “normas jurídicas”</i>	27
<i>3 Los hechos contrarios al derecho (mala prohibita)</i>	29
<i>4 La imposición de “deberes”</i>	29
EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD	33

II

EL CONCEPTO DE DERECHO

(LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES)

SUMARIO: 1. *Derecho y constreñimiento artificial*. a) *La reducción de las opciones del comportamiento*. b) *La técnica del castigo*. 2. *Instituciones y "normas jurídicas"*. 3. *Los hechos contrarios al derecho* (mala prohibita) 4. *La imposición de "deberes"*.

1. *Derecho y constreñimiento artificial*

a) *La reducción de las opciones del comportamiento*

Dice H.L.A. Hart que la característica más general y relevante del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su presencia indica que cierta conducta humana deja de ser optativa, convirtiéndose, así, en *obligatoria* en algún sentido.¹ Es indiscutible que la presencia del derecho es indicativo de la reducción de las opciones de comportamiento de los individuos.

Este argumento es una generalización empírica respaldada por abundante evidencia histórica. Permítaseme explicar detenidamente el argumento.

Imaginemos cualquier conducta ψ en una comunidad A. Dicha conducta es optativa en el sentido en que los miembros de A pueden realizarla u omitirla a voluntad. La conducta ψ deja de ser optativa cuando los individuos no pueden realizarla u omitirla libremente. No siendo optativa su realización o su omisión, dicha conducta se vuelve, en este sentido —pero sólo en este sentido—, *obligatoria* (ya sea obligatoria su realización, $O\psi$, o bien su omisión $O\neg\psi$). De ahí surge un concepto de *conducta obligatoria*: conducta obligatoria sería aquella que no es optativa. De lo anterior se sigue que si la presencia del derecho indica que ciertas conductas dejan de ser optativas, entonces la presencia del

¹ Cfr. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., p. 6. Lo que se encuentra en cursiva es nuestro. En el original aparece en cursiva 'some' ('algún').

derecho indica que ciertas conductas son obligatorias (en el sentido que hemos indicado).

El argumento de que el derecho es síntoma de una reducción de las opciones del comportamiento, en tanto generalización empírica, es indiscutible. Sin embargo, este hecho exige una explicación. ¿Cómo hacer para que una conducta deje de ser optativa? ¿Cómo lograr que los miembros de una comunidad se abstengan de hacer algo? ¿Qué medios son necesarios para hacer que una conducta se vuelva obligatoria?

b) La técnica del castigo

Hacer que otros hagan o dejen de hacer algo no es fácil. El comportamiento es resultado de causas y motivaciones tan persistentes (*e.g.* bioquímicos, ecológicos, sociales, etcétera), que es muy difícil ya no suprimir sino, simplemente, atenuar su función motivadora. Para hacer que ciertos individuos se comporten como alguien quiere o desea, es necesario que éste disponga de elementos enormemente persuasivos que permitan alterar el cuadro habitual de las motivaciones de los individuos.

El problema se acentúa en la medida de que no se trata de provocar el comportamiento de un individuo en particular, sino el de los individuos de un grupo o comunidad más o menos grande (*e.g.* los miembros de A). De ahí que el elemento persuasivo tenga que ser de tal naturaleza que su presencia afecte por igual, o al menos de manera similar, a los miembros de una comunidad más o menos amplia. Al respecto observa H. L. A. Hart:

La forma más simple por la que una conducta deja de ser optativa es cuando un individuo o grupo de individuos están constreñidos a hacer lo que otro dice al verse amenazado con consecuencias desagradables si rehúsan. Cuando estos individuos se conforman —señala Hart— decimos, refiriéndonos a la forma en que fueron forzados: 'fueron obligados a hacerlo'.²

Cuando una instancia cualquiera declara que no hay que hacer cierta conducta (*e.g.* ψ) y se especifica el castigo al que el "infractor" se encuentra expuesto, limita con ello, necesariamente, la conducta de los individuos.

Es pues el castigo, el recurso a la coacción, ese elemento enorme-

² Cfr. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., p. 6. (Cfr. *El concepto de derecho*, cit., p. 8).

mente persuasivo que anula o, mejor, altera el cuadro de las motivaciones del comportamiento de los individuos.

Es fácil observar que la reducción de las opciones del comportamiento es una característica que normalmente acompaña a ciertos actos y materiales habitualmente reconocidos como jurídicos (*e.g.* códigos, leyes, sentencias, ejecuciones). Para hacer que ciertos individuos (*e.g.* los miembros de A) se comporten de conformidad al deseo del "legislador" o del "juez", éstos amenazan con la aplicación de un castigo, Π (*i.e.* $\pi oiv\eta$) en caso de conducta contraria.³ Así, por ejemplo, para hacer que los individuos no maten, no lesionen, no violen, ciertos materiales jurídicos establecen *sanciones* ($\pi oivai$) para aquellos que maten, lesionen o violen.

Ahora bien, si cuando usamos la expresión 'derecho', de alguna manera aludimos a un *constreñimiento artificial* de la conducta (de los miembros de A), entonces resulta que el derecho es, en gran medida, una cuestión de *hechos sociales*. De esto se desprende que la identificación del derecho requiere de la identificación de los hechos sociales relevantes que producen o establecen la limitación de conductas, *i.e.* de los hechos sociales que producen o establecen la conducta *obligatoria*.

Es fácil observar que el establecimiento de la conducta obligatoria es una cuestión de actos y voliciones humanas, supone la acción de ciertos individuos que quieren que otros hagan o dejen de hacer algo (ψ) y, la de aquellos que aplican o *ejecutan* las sanciones ($\pi oivai$), si éstos rehúsan. Existen pues ciertos individuos que realizan un particular papel social.

2. Instituciones y "normas jurídicas"

De acuerdo con lo anterior resulta que la presencia del derecho indica la existencia de *instituciones* sociales de cierto tipo: una que declara o establece qué conductas no son optativas y otra que aplica o ejecuta las sanciones. De ahí que se pueda decir que el derecho tiene un *carácter institucional*: es creado y aplicado por instituciones. En una comunidad (*e.g.* A) existen, así, ciertos individuos que realizan una específica *función* social, un *rol* social especial: crear o establecer la conducta obligatoria. Esta función se lleva a cabo mediante el estable-

³ En este sentido Kelsen. *Cfr. Reine Rechtslehre*, Viena, Franz Deuticke Verlag-buchhandlung, 1960, pp. 34-48. Existe versión española de Roberto J. Vernengo: *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, pp. 34-36.

cimiento de órdenes o mandatos, por los cuales ciertos individuos declaran qué conducta es obligatoria. Los actos de voluntad de aquellos que quieren que los miembros de *A* hagan o dejen de hacer ψ , necesitan ser expresadas, por ejemplo, "...*quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum... venit*" (*D.* 1, 1, 7).

Una bien arraigada tradición llama a las órdenes o mandatos por los cuales ciertos individuos establecen qué conductas son obligatorias: 'normas jurídicas' ('jurídicas' en razón de su relación esencial con el derecho).

De ahí surge un concepto de norma jurídica: una norma jurídica sería, así, el medio (oral o escrito) por el cual se *establece* que una conducta ya no es optativa; sería el instrumento a través del cual cierta instancia social (*e.g.* el *princeps*) establece qué conducta es obligatoria. Bentham en *Of Laws in General* dice:

Una norma jurídica (*a law*) puede ser definida como una composición (*assemblage*) de signos declarativos de una volición... sobre la conducta que debe observarse... por cierta persona o clase de personas.⁴

ψ es jurídicamente obligatoria (en *A*) cuando así es establecido por una norma *n* dictada por la instancia social creadora de normas, y existen otras dos instancias (de *A*) que están en posibilidad de aplicar o ejecutar una sanción, Π en caso de que tal conducta no sea realizada.

De forma que, si una conducta ψ es obligatoria, esto es, si $O\psi$, entonces $n[O\psi]$, es decir, una norma, *n*, establece que es obligatorio ψ . Asimismo, si *n* existe, entonces una instancia social (*e.g.* el *princeps*) ha realizado ciertos hechos que la establecen, esto es, existe una instancia social que ha *creado* *n*. (En virtud de que la existencia de ciertos hechos relevantes son necesarios para que ψ sea obligatoria, entonces ' $O\psi$ ' es esencialmente lo mismo que ' $\exists n) n[O\psi]$ '.)

Es claro que el propósito de una norma jurídica —tal y como la hemos descrito— es hacer que los individuos (los miembros de *A*) hagan algo. La conducta obligada que la norma prescribe y la sanción por ella prevista, tienen la intención de provocar cierto comportamiento de los miembros de la comunidad. Las normas jurídicas, consecuentemente, son *razones* (son erigidas en razones) para que los individuos actúen. Las normas jurídicas, por tanto, si funcionan como tales —como razones para actuar— *guían* el comportamiento de los individuos, *prescriben*. En eso radica el *carácter normativo* del derecho (de sus normas). Las

⁴ Hart, H.L.A., (Ed.), Londres, Athlon Press, University of London, 1970, p. 1.

normas jurídicas son establecidas por cierta instancia social (e.g. el *princeps*) para que se conviertan en una razón para que los miembros de la comunidad actúen, para que hagan lo que la norma *dice*.

3. Los hechos contrarios al derecho (mala prohibita)

Pero la norma jurídica no es sólo una razón para actuar, es también un patrón de evaluación o, si se quiere, un esquema de interpretación del comportamiento humano⁵ (de esta forma la norma jurídica genera ciertas actitudes o reacciones de parte de los destinatarios, así como de los individuos que las aplican). Supongamos que una norma n establece que es obligatorio ψ en cierta comunidad A . El comportamiento (de los miembros de A) que se conforma a n , es el comportamiento *conforme al derecho*, comportamiento del cual se dice 'lícito'. A la inversa, el comportamiento que no se conforma a n , es un comportamiento *contrario al derecho*, hecho ilícito (i.e. un delito), es un comportamiento realizado *sin derecho*, al que los romanos llaman *iniuria* ("*generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit...*").⁶ Ante la *iniuria* (i.e. hecho ilícito, antijurídico) cierta instancia social reacciona con un acto de coacción, con la aplicación de una sanción. Si $(\exists n) n [O\psi]$, entonces ψ es el comportamiento lícito, conforme al derecho (si es obligatorio ψ , es lícito ψ) y $\neg \psi$ es, por tanto, la *iniuria*, el hecho ilícito, el hecho contrario al derecho.

De lo anterior se desprende un concepto de *hecho ilícito*; éste sería *el acto contrario a la conducta obligada*, cuya ocurrencia condiciona la aplicación de una sanción de parte de una determinada instancia social. El hecho ilícito es el que hay que omitir, si se quiere evitar la aplicación de una sanción; el hecho ilícito es la conducta que la norma (directa o indirectamente) *prohíbe*. De esto se sigue que la *conducta prohibida* es aquella que condiciona la aplicación de una sanción prevista en una norma jurídica (la conducta contraria a la conducta obligada). Si $(\exists n) n [O\psi]$, entonces $O\psi$ y $Pr \neg \psi$ (prohibido $\neg \psi$).

4. La imposición de "deberes"

El inmediato propósito de una norma es, en el sentido que la hemos descrito, que cierta conducta se convierta en obligatoria. Este es, por ejemplo, el inmediato propósito de un código penal. A la conducta así

⁵ Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., pp. *Id.*, *Théorie pure du droit*, París, Dalloz, 1962, p. 4.

⁶ *Inst. Just.*, 4, 4, pr.

requerida, señala Hart, se le dice 'deber',⁷ u 'obligación'. Es indudable que cuando nos encontramos en presencia de estos "deberes" o de estas "obligaciones" se usa la palabra 'derecho' para nombrarlo o señalar su origen. De esta manera resulta que la existencia de "deberes" u "obligaciones" de esta índole es claro indicio de que nos hallamos en presencia del derecho. Esto concuerda con el uso de ciertas expresiones tales como 'violación al derecho', 'hecho ilícito', que normalmente usamos para señalar el hecho de que alguien no cumple con un "deber" u "obligación" de este género.

Si como hemos visto, el uso de la expresión 'derecho' y otras como 'hecho ilícito', 'prohibición') alude a la existencia de "deberes" u "obligaciones" y si éstos son establecidos mediante normas (mandatos u órdenes) respaldadas por castigos (i.e. sanciones), entonces puede razonablemente decirse que parece ser un rasgo característico del derecho estar constituido por *normas* (mandatos u órdenes) respaldadas por castigos, toda vez que son éstas las que establecen los deberes a los cuales se alude con la expresión 'derecho'.

A esta cuestión podemos añadir un argumento utilizado por Kelsen.⁸ Si diversos órdenes sociales, extraordinariamente distintos en sus contenidos, los cuales han existido en diferentes épocas y en diversos lugares, son llamados 'derecho' ('δικαιον', 'jus', 'law', 'Recht', o cualquiera de sus equivalentes) es porque todos ellos exhiben, al menos, una característica común que permite el uso de tal expresión. ¿Qué tiene en común el orden de los antiguos griegos con el orden que prevalecía en Inglaterra en el siglo XIII? ¿Qué puede tener en común el orden del Imperio Romano con el sistema de la actual Confederación Helvética? Pues bien, si no obstante las grandes diferencias que existen entre la antigua Grecia y el naciente *Common Law*, entre el derecho romano y el derecho suizo, si llamamos 'derecho' a estos cuatro órdenes sociales es porque disponen de la misma técnica para establecer deberes (en el sentido descrito): emiten normas (mandatos u órdenes) respaldadas por sanciones; esto es, los cuatro sistemas aludidos cuentan con un mismo mecanismo para hacer que una conducta sea obligatoria: "la amenaza de una medida de coacción que —para usar las mismas palabras de Kelsen— será aplicada en caso de conducta contraria".⁹

⁷ Cfr. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., p. 27. (Cfr. Id., *El concepto de derecho*, cit., p. 34).

⁸ Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, cit., p. 19 (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 22).

⁹ Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, cit., p. 19 (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 22).

Por todo lo anteriormente dicho parece que puedo razonablemente sostener que el derecho presenta normalmente como uno de sus aspectos ser un conjunto de normas (órdenes o mandatos) respaldados por amenazas habitualmente denominadas 'penas' o 'sanciones'.

La imagen del derecho que emerge de las explicaciones anteriores es *imperativa, impositiva*. El derecho exige obediencia, respaldado en amenazas y sanciones. Esta imagen imperativa del derecho es ampliamente compartida y corresponde, en mucho, a la idea que la gente tiene del derecho.

Esta impresión imperativa del derecho ha sido foco de atención de aquellos que describen el derecho o describen su funcionamiento. ¿Cómo se imponen los deberes? ¿Qué es un deber o una obligación? Son temas persistentes de cualquier explicación del derecho. Uno de los conceptos técnicamente más logrados de la jurisprudencia romana clásica es el concepto de obligación. ¿No será acaso porque representa uno de los rasgos más característicos del derecho? Las *Instituciones* de Justiniano rezan: "*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvende rei secundum nostra civitatis iura*".¹⁰ En esta caracterización de la *obligatio* emergen los rasgos típicos de la imagen impositiva del derecho. Para los romanos la *obligatio* es un vínculo, un estado de sometimiento o sujeción de una persona hacia otra u otros. A este respecto los romanistas aceptan ver en '*obligare*' un verbo que significa la intensidad del hecho de atar (*ligare*), de establecer un vínculo sobre una persona. De ahí que '*obligare*' signifique, desde el punto de vista etimológico, 'cercar', 'sujetar a una persona'.¹¹ Esta noción de vínculo podría ser resultado de precedentes religiosos que apuntarían a procedimientos de origen misterioso, pero eficaces, destinados a someter o a sujetar a los hombres, ante la amenaza de la venganza divina, a otros hombres.¹²

Mediante este vínculo jurídico nos vemos constreñidos en la necesidad de hacer algo (*e.g.* de hacer u omitir ψ). Nos vemos forzados a comportarnos de cierta manera. ¿De qué manera? Según como lo señalan las normas jurídicas de nuestra comunidad (*secundum nostra civitatis iura*). ¿Por qué nos vemos compelidos a hacer lo que el derecho

¹⁰ 3, 13, *pr.*

¹¹ Cfr. Dumont, François, "Obligatio" en *Mélanges Philippe Mayland* I, Lausana, Université de Lausanne, 1963, pp. 78-79.

¹² Cfr. Dumont, François, "Obligatio", *cit.*, p. 78; Huvelin, Paul, "Aspects religieux de l'obligation romain I. Les tablettes magiques et le droit romain", en *Études d'histoire du droit commercial romain*, París, Recueil Sirey, 1929, pp. 222-226.

de nuestra *civitas* establece? Sencillamente porque nos encontramos bajo la amenaza de una *poena* y de su ejecución forzada. Poco importa que la *obligatio* haya surgido *ex delicto* o *ex contractu*; es claro que, en uno u otro caso, un constreñimiento pesa sobre el sujeto obligado.¹³ Gayo, en su célebre *summa divisio obligationum*,¹⁴ reúne bajo el mismo término las consecuencias de los contratos como la de los delitos. Las *XII Tablas* en el derecho romano antiguo obligan a los individuos a no fracturar los huesos de los demás puesto que "*manu fustive si os fregerit libero ccc, si servo cl e sunt*."¹⁵ Si el promitente cumple, si el deudor (*ex delicto* o *ex contractu*) paga, es porque se encuentran bajo la amenaza de una *poena* y de su ejecución forzada.¹⁶

Si, como es fácil observar, varios materiales jurídicos (códigos o leyes) limitan las opciones de conducta de los individuos a través de órdenes respaldadas por castigos, entonces puede razonablemente sostenerse que presentarse como un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas y castigos es una característica que normalmente acompaña al derecho. Característica que, si no directamente nombrada, es siempre implicada en el uso de la expresión: 'derecho'. Esta marcada relación entre órdenes respaldadas por amenazas y el uso de la palabra 'derecho' ha sido tan clara y persistente que llevó a Jeremías Bentham y a John Austin —fundadores de la jurisprudencia analítica— a caracterizar el derecho como un conjunto de mandatos.¹⁷

¹³ Cfr. Lepointe, G. y Monier, R., *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1917, p. 17.

¹⁴ *Gayo* 3, 88-89 y 182.

¹⁵ *Fontes iuris romani anteiustiniani*, Salvatore Riccobono (Ed.), t. I, Florencia, 1968, p. 53.

¹⁶ De las dos penas (la muerte y la venta), la muerte es la primera, no siendo por lo general, la esclavitud que su substituto histórico. (Betti, Emilio, *L'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milán, Dott. Giuffrè, 1955, p. 75.) En el proceso ordinario romano, los romanos no permitieron más que una ejecución forzada universal, ya sea sobre la persona física bajo la forma de *legis actio per manus iniectionem* o sobre el patrimonio en su totalidad en la forma de *missio in bona*. La ejecución sobre el patrimonio no fue otra cosa que el sustituto de la ejecución sobre la persona. (Betti, Emilio, *L'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, cit., p. 68. Sobre la analogía entre la *manus iniectionem* y la *missio in bona*, véase Betti, Emilio, *op. ul. cit.*, pp. 67-88.)

¹⁷ El presente capítulo comprendía en la versión preliminar largos comentarios sobre las teorías del derecho de Jeremías Bentham y John Austin. Teorías que, de manera clara ilustran las características señaladas en este capítulo. Por razones de extensión esos comentarios han salido del cuerpo del capítulo. La teoría de John Austin aparece como capítulo independiente en esta obra. Sobre la teoría de Bentham, vide: Tamayo y Salmorán, Rolando, "La teoría del derecho de Jeremías Bentham", cit., pp. 553-570.

EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

(APÉNDICE AL CAPÍTULO II)

Me parece oportuno agregar algunos comentarios sobre el concepto de responsabilidad, toda vez que éste se encuentra íntimamente vinculado con los conceptos de hecho ilícito y obligación que aparecieron en el capítulo anterior. ¿No acaso quien comete un hecho ilícito es jurídicamente responsable? ¿Qué el que viola una obligación no es por ello responsable?

El concepto de 'responsabilidad' ha sido objeto de muchas controversias entre juristas. Existe un sinnúmero de "teorías" que explican sus fundamentos y alcances. Prácticamente todos los teóricos del derecho coinciden en señalar que el concepto de la 'responsabilidad' constituye un concepto jurídico fundamental. Sin embargo, la noción no es exclusiva del discurso jurídico. 'Responsabilidad' se usa en el discurso moral y religioso, así como en el lenguaje ordinario. Para determinar el significado de 'responsabilidad' es necesario hacer alusión a aquellos usos de 'responsabilidad' que están, de alguna manera, presupuestos en la noción jurídica de 'responsabilidad'.

La voz 'responsabilidad' proviene de '*respondere*' que significa, *inter alia*: 'prometer', 'merecer', 'pagar'. Así, *responsalis* significa: 'el que responde' (fiador). En un sentido más restringido '*responsum*' ('responsable') significa: 'el obligado a responder de algo o de alguien'. '*Respondere*' se encuentra estrechamente relacionada con '*spondere*', la expresión solemne en la forma de la *stipulatio*, por la cual alguien asumía en Roma una obligación,¹ así como con '*sponsio*', palabra que designa la forma más antigua de obligación.²

El uso moderno de 'responsabilidad' en el lenguaje ordinario es más amplio y, aunque relacionado con el significado originario de '*respondere*' y '*spondere*', puede tener otro sentido y alcance. El profesor H.L.A. Hart ilustra la polisemia y equivocidad de 'responsabilidad' en un relato imaginario:

¹ Cfr. Gayo, *Inst.*, 3, 92.

² Cfr. Berger, Adolf, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia, The American Philosophical Society, 1968, p. 713.

Como capitán de un barco, *X* era *responsable* de la seguridad de sus pasajeros y de su tripulación. Sin embargo, en su último viaje *X* se embriagó todas las noches y fue *responsable* de la pérdida del barco con todo lo que se encontraba a bordo. Se rumoraba que *X* estaba loco; sin embargo, los médicos consideraron que era *responsable* de sus actos. Durante todo el viaje se comportó muy *irresponsablemente* y varios incidentes en su carrera mostraban que no era una persona *responsable*. *X* siempre sostuvo que las excepcionales tormentas de invierno fueron las *responsables* de la pérdida del barco, pero en el proceso judicial instruido en su contra fue encontrado penalmente *responsable* de su conducta negligente y en... un juicio civil fue considerado jurídicamente *responsable* de la pérdida de vidas y bienes. El capitán aún vive y es moralmente *responsable* por la muerte de muchas mujeres y niños.³

En este pasaje se pueden distinguir cuatro sentidos de 'responsabilidad'. 1) *Como deberes de un cargo*: ("es responsabilidad del capitán..."; "es responsabilidad de los padres..."). Las responsabilidades como deberes que corresponden a un cargo, sugieren la idea de un deber en abstracto y presuponen cierta discrecionalidad. 2) *Como causa de un acontecimiento*: ("la tormenta fue responsable de la pérdida..."; "la larga sequía fue responsable de la hambruna..."). 3) *Como merecimiento, reacción, respuesta*. 'Responsabilidad' en este sentido, significa 'verse expuesto a...', 'merecer', 'responder de...', 'pagar por...' ("... fue encontrado responsable de la pérdida de vidas y bienes"; "el que cause un daño es responsable de..."). Como puede apreciarse, este sentido de 'responsabilidad' es el que más se acerca a su significado originario (*respondere*). 4) *Como capacidad mental* ("fue encontrado responsable de sus actos").

El tercer significado es el que recoge la dogmática jurídica: un individuo es responsable cuando, de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado.⁴ En este sentido la responsabilidad presupone un deber (del cual debe responder el individuo); sin embargo, no debe confundirse con él. El deber o la obligación es la conducta que, de acuerdo con un orden jurídico se debe hacer u omitir; quien la debe hacer u omitir es el sujeto obligado. La responsabilidad presupone esta obligación, pero no se confunde con ella. La responsabilidad señala quién debe responder del cumplimiento o incumplimiento de tal obli-

³ *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1973, p. 211.

⁴ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, pp. 133-135.

gación. La responsabilidad es, en este sentido, una obligación de segundo grado (aparece cuando la primera no se cumple, esto es, cuando se comete un hecho ilícito). Uno tiene la obligación de no dañar, es responsable del daño el que tiene que pagar por él.

Es responsable de un hecho ilícito (delito) aquel individuo que debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito se imputan. Aquel que sufre la pena de prisión que se impone al homicidio, es responsable del delito de homicidio. De la misma manera, aquel que sufre la pena que se impone al robo es el responsable del delito de robo. Por regla general, el autor del hecho ilícito y el responsable son el mismo individuo; sin embargo, no siempre el responsable de un hecho ilícito es su autor. En efecto, puede suceder que un individuo sea el autor del acto ilícito y que otro u otros sean los responsables del mismo, es decir, que otros sean los que deban sufrir las consecuencias de sanción que a ese delito le corresponden, de conformidad con una norma jurídica. El precepto bíblico: "yo soy Yahveh tu Dios, un Dios celoso, que castigo la maldad de los padres (los hechos ilícitos de los padres) en los hijos hasta la tercera y cuarta generación" (Ex., XX, 5), es un buen ejemplo en el que se aprecia que los autores del acto ilícito (en el caso, los padres) y los responsables del mismo (los hijos hasta la tercera y cuarta generación), los cuales deben sufrir las consecuencias, pueden ser diferentes individuos. Esto, que es un rasgo común del derecho primitivo, se presenta siempre que los hechos ilícitos son realizados por un órgano o por un miembro de un ente o persona colectiva (sociedades mercantiles, corporaciones, municipios, Estados). Típica es, en este caso, la responsabilidad que surge en ocasión de un ilícito internacional. Cuando, por ejemplo, miembros del Estado A (*v.gr.* un contingente militar) ocupan un territorio del Estado B, la sanción que B aplica (represalias o guerra), como consecuencia de este acto, se dirige contra todos los individuos que pertenecen al Estado A y no sólo a aquellos que cometieron el hecho ilícito.⁵

Existen dos grandes formas de aplicar la responsabilidad: la llamada responsabilidad por culpa y la conocida como responsabilidad objetiva o absoluta. En el caso de la primera, la aplicación de sanciones al individuo considerado responsable supone "culpa" por parte del autor del hecho ilícito. Esto es, las consecuencias de sanción se aplican al respon-

⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, "El problema del derecho y conceptos jurídicos fundamentales", en *El derecho* (Las Humanidades en el siglo xx, 1), México, UNAM, Dirección General de Difusión Cultural, 1979, pp. 23-24.

sable sólo cuando el autor del hecho ilícito tuvo la intención de cometerlo (o bien habiéndolo previsto no lo impidió). A la responsabilidad objetiva, por el contrario, no le importa la culpa del autor. Basta que el hecho ilícito se realice (con o sin culpa del autor) para que se apliquen las consecuencias de sanción al individuo considerado responsable (esto es, por lo general, el sistema de responsabilidad imperante en los accidentes de trabajo).⁶

⁶ Para un más detallado análisis del concepto de responsabilidad, vide: Pérez Carrillo, Agustín, "La responsabilidad jurídica", en *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1979.

CAPÍTULO III. LA TEORÍA DEL DERECHO DE

JOHN AUSTIN	37
1 <i>El derecho y sus componentes: The laws</i>	37
2 <i>La obligación o el deber</i>	38
3 <i>La sanción</i>	39
4 <i>Carácter general de las normas jurídicas (laws)</i>	40
5 <i>La superioridad (autoridad)</i>	41
6 <i>El derecho “propiamente hablando”</i>	43
a) <i>Su positividad</i>	43
b) <i>Su fuente</i>	43
7 <i>La soberanía</i>	44
8 <i>El objeto de la ciencia del derecho</i>	45
9 <i>Las normas jurídicas (laws) que confieren derechos subjetivos</i>	46
10 <i>El derecho consuetudinario y el derecho creado jurídicamente</i>	47
11 <i>Conclusiones</i>	49
JOHN AUSTIN	53

III

LA TEORÍA DEL DERECHO DE JOHN AUSTIN¹

SUMARIO: 1. El derecho y sus componentes: the laws. 2. La obligación o el deber. 3. La sanción. 4. Carácter general de las normas jurídicas (laws). 5. La superioridad (autoridad). 6. El derecho "propriadamente hablando". a) Su positividad. b) Su fuente. 7. La soberanía. 8. El objeto de la ciencia del derecho. 9. Las normas jurídicas (laws) que confieren derechos subjetivos. 10. El derecho consuetudinario y el derecho creado judicialmente. 11. Conclusiones.

1. El derecho y sus componentes: the laws²

De forma por demás compatible con la idea de que el rasgo más característico del derecho lo constituye la reducción de las opciones del comportamiento (convirtiendo cierta conducta en *obligatoria*) mediante la amenaza de un castigo, John Austin concibe al derecho como un conjunto de mandatos. John Austin, en la primera de sus *lecturas*, dice:

Toda norma jurídica (*law*) es un mandato o, mejor, las normas son, propriadamente hablando, especies de mandatos...³

Explica Austin que como el término 'mandato' (*command*) comprende

¹ Este capítulo y la nota biográfica de John Austin en el apéndice que le sigue fueron publicados con anterioridad en forma de artículo: "La teoría del derecho de John Austin", *Anuario Jurídico*, México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XI, núm. 11, 1984, pp. 561-579.

² La expresión inglesa: '*a law*' es usada para designar la unidad fundamental de que se compone el derecho. Dentro de nuestra tradición jurídica estamos habituados a denominar tales unidades con la palabra: 'norma' (jurídica).

³ *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970 (reimpresión de la edición póstuma: Londres, Dumond, 1861). Cuando mencione esta obra y no haga referencia al editor me estaré refiriendo a la edición de Burt Franklin.

La enorme influencia que ejerce Bentham sobre Austin con respecto a este punto de partida se aprecia en el siguiente pasaje de los *Principles*: "Toda norma jurídica (*a law*) es un mandato o la revocación de un mandato" (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J.H. Burns y H.L.A. Hart (Eds.), Londres, University of London, The Athlone Press, 1970, xvii, sec. xxx —indicación marginal a la nota final—). Sobre la teoría del derecho de Bentham, *vide*: Tamayo y Salmerón, Rolando, "La teoría del derecho de Jeremías Bentham", *cit.*

el de 'norma jurídica' (*law*), el primero es el más simple y amplio de los dos y, agrega John Austin, "es la clave (*key*) de la ciencia de la jurisprudencia..."⁴ Consecuentemente debe ser analizado con precisión.

Emprendiendo la explicación del mandato, John Austin dice:

Si usted expresa o manifiesta el deseo de que yo haga o me abstenga de algún acto, y si me inflige un daño en caso de que no satisfaga su deseo, entonces la expresión o manifestación de su voluntad es un mandato. El mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo, no por la forma en que el deseo se manifiesta sino por el poder y el propósito de la parte que manda de infligir un daño o pena, en caso de que el mandato no sea atendido... Un mandato se distingue de otras significaciones de deseo por esta peculiaridad: que la parte a quien el mandato se encuentra dirigida está expuesta a un mal por parte de la otra, en caso que no se conforme al deseo.⁵

2. La obligación o el deber

A partir de la definición de 'a law' John Austin deriva el concepto de obligación:

Al estar expuesto a un daño de parte de usted si no me conformo con un deseo que usted expresa, me encuentro vinculado (*bound*) u *obligado* por su mandato o me encuentro bajo un deber de obedecerlo.⁶

John Austin para probar su argumento recurre al uso del lenguaje (característica propia de la *jurisprudencia analítica*). Con respecto al uso del término 'obligación' o 'deber' dice:

Si no obstante el daño en perspectiva, no me conformo con el deseo que usted manifiesta, *se me dice (me es dicho)* que desobedezco su mandato o que violo el deber que impone. Mandato y deber son, por tanto, términos correlativos: el significado denotado por cada uno se encuentra implicado o supuesto por el otro. O, cambiando la expresión, donde sea que un deber exista, un mandato ha sido expresado; y donde sea que un mandato es expresado, un deber es impuesto.⁷

Podemos inmediatamente observar que para John Austin la función

⁴ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 5.

⁵ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 5-6.

⁶ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 6.

⁷ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 6. Las cursivas son mías

esencial del mandato es el establecimiento de deberes. *Estos no aparecen sino cuando un mandato es expresado.*

3. La sanción

Continuando con la explicación del mandato John Austin encuentra que el mal que probablemente habrá de aplicarse en caso de que un mandato sea desobedecido o como señala Austin, usando una expresión equivalente: en caso de que un deber sea violado, es frecuentemente llamado '*sanción*' o '*ejecución forzosa*'.⁸ Explica Austin, variando la frase: el mandato o el deber, se dice, se encuentra *sancionado* o exigido por la fuerza ante la probabilidad de que el mal se produzca. Explica John Austin que el daño en que se incurre en caso de desobediencia es frecuentemente llamado '*castigo*'. Sin embargo, señala que, estrictamente hablando, son solamente una *clase* de sanciones. Consecuentemente, el término es muy limitado para expresar el significado de '*sanción*' de forma adecuada.⁹

John Austin aclara que la magnitud del daño eventual es irrelevante para determinar la existencia de un mandato. Donde existe una sanción, así sea ésta leve o insuficiente, existe un deber y un mandato.¹⁰

Por otro lado, señala que la recompensa no puede ser considerada como sanción (tal como hacen John Locke y Jeremías Bentham). Ciertamente, dice Austin, las recompensas son motivos para conformarse al deseo de otros, pero expresamente señala:

Hablar de mandatos y deberes sancionados... por recompensas o hablar de recompensas que obligan o constriñen a obedecer es, con certeza, alejarse grandemente del significado establecido de los términos.¹¹

Nuevamente John Austin recurre al uso del lenguaje para probar el alcance de sus argumentos. Sobre la recompensa explica:

Si *usted* expresó un deseo de que *yo* debo prestarle un servicio y si *usted* ofrece una recompensa como motivo o aliciente para prestarlo, *usted* ni remotamente diría que manda la prestación del servicio ni que *yo* estoy obligado a prestarlo. En el lenguaje ordinario *usted*

⁸ "*Enforcement of obedience*" es la expresión del texto, la cual equivale a "exigencia o requerimiento de obediencia o cumplimiento".

⁹ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 7.

¹⁰ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 7-8.

¹¹ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 8.

me prometería una recompensa a condición de que *yo* le preste un servicio.¹²

Esto es, sólo porque existe la probabilidad de que un daño sea infligido, me encuentro *vinculado* u obligado a conformarme. Sólo mediante el condicionamiento de un daño son sancionados los deberes.

John Austin, prosiguiendo el análisis del término *mandato*, señala las nociones comprendidas por dicho término. Las nociones comprendidas en el término mandato son las siguientes:

1) El deseo, concebido por un ser racional, de que otro ser racional haga u omita.

2) Un daño aplicado por el primero y sufrido por el último, en caso de que éste no se conforme al deseo.

3) La expresión (o insinuación) del deseo mediante palabras o signos.¹³

De todo lo que ha dicho se infiere que '*mandato*', '*deber*' y '*sanción*' son términos inseparablemente relacionados: cada uno, afirma Austin, es el nombre de la misma noción.¹⁴

4. *Carácter general de las normas jurídicas (laws)*

Comienza Austin por señalar los rasgos que distinguen a las normas jurídicas (*laws*) de otros mandatos. Teniendo en consideración fundamentalmente el uso *apropiado* de la expresión '*regla*' (*rule*), con la cual '*law*' se asocia, Austin explica en qué consiste el carácter general de una norma jurídica (*law*) propiamente hablando. Un mandato es una norma o regla jurídica sólo si ordena una *clase de actos*.

John Austin distingue, así, las normas jurídicas (*laws*) de los mandatos que son ocasionales o particulares. Dice Austin:

A través de todo mandato la parte a la que le es dirigido se encuentra obligada a hacer o a omitir... Ahora bien, cuando obliga *generalmente* actos u omisiones de una clase, el mandato es una norma jurídica (*law or rule*). Pero cuando obliga a una acción u omisión específica... el mandato es ocasional o particular.¹⁵

¹² *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 8.

¹³ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 9.

¹⁴ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 9.

¹⁵ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 11-19.

Para Austin es central esta idea de generalidad, es lo que hace que el mandato establezca una regla. John Austin da el siguiente ejemplo:

Si usted ordena a su sirviente ir a un cierto mandato o no dejar la casa cierta noche... el mandato es ocasional o particular...

Pero si usted le ordena *simplemente*, levantarse a tal hora, o levantarse *siempre* a tal hora hasta *nuevas órdenes*, puede decirse, con propiedad, que usted establece una regla para guiar el comportamiento de su sirviente, puesto que ningún acto específico es señalado por el mandato, sino que el mandato le obliga generalmente actos u omisiones de una determinada *clase*.¹⁶

De esta forma tenemos que una norma o regla jurídica (*law* o *rule*) es un mandato sólo si ordena una *clase de actos*. A este respecto cabe observar que, diferentemente a lo que muchos autores opinan, una norma jurídica es *general* no porque se dirija a una clase de personas (e.g. los habitantes del país, los ciudadanos), sino porque ordena una clase de comportamiento. John Austin señala que un mandato ocasional (e.g. como un luto nacional), aunque pueda ser dirigido a la población en general, difícilmente es una *regla* en la aceptación usual del término.¹⁷

Por lo anterior, John Austin reformula su definición de '*a law*' de la siguiente manera:

Una norma jurídica es un mandato que obliga a una o a varias personas. Pero, a diferencia o en oposición a los mandatos ocasionales o particulares, una norma jurídica es un mandato que obliga... *generalmente*: actos u omisiones de cierta *clase*.¹⁸

5. La superioridad (autoridad)

John Austin procede a dar otro paso en la descripción de su objeto: *the laws*. Ciertamente, muchas personas, que se encuentran (o creen que así es) en situación de exigir obediencia de otros, están en posibilidad de emitir mandatos generales (que ordenan una clase de comportamiento) a una o varias personas. Es claro que el derecho no es una rapsodia de mandatos provenientes de cualquier persona. Para distinguir las normas o reglas jurídicas de otros mandatos generales, John Austin analiza la relación de dominio que el mandato implica tratando de encontrar un criterio diferenciador.

¹⁶ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 11.

¹⁷ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 13.

¹⁸ *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 15. Las cursivas son mías.

Es fácil observar, explica Austin, que el mandato presupone una relación de *dominio*. En efecto, obligar a otros a comportarse de conformidad con el deseo de uno, equivale a *tener un dominio sobre ellos*. Esta idea de dominio implica la idea de *supraordinación*.¹⁹

A este respecto, John Austin explica:

Las disposiciones jurídicas y demás mandatos, se dice que provienen de los superiores y que vinculan u obligan a los inferiores. Superioridad es frecuentemente sinónimo de precedencia o excelencia. Hablamos de superiores de rango..., en bienestar..., en virtud. Pero tomado en el sentido que aquí la entiendo, el término *superioridad* significa *poder*: el poder de afectar otros con un mal o un daño y de forzarlos, mediante el miedo a este daño, a conformar su conducta a los deseos de uno.²⁰

De esta forma el poder significaría la posibilidad de forzar a que otros hagan algo en virtud del miedo al castigo que se aplicaría si rehusaran. Así, dice Austin, Dios sería superior al hombre, puesto que su poder de afectarnos con dolor y de forzarnos a cumplir con su voluntad es indisoluble e irresistible. En un sentido más limitado, el soberano (*i.e.* el *princeps*) sería el superior del ciudadano.²¹

En breve —señala Austin— quienquiera que pueda obligar a otro a conformarse a sus deseos, es superior a él... La parte que se encuentra expuesta al mal inminente, es... el inferior... Aparece entonces, así, que el término *superioridad* (al igual que los términos *deber* y *sanción*) se encuentra implicado por el término mandato. ... superioridad es el poder de exigir (por fuerza) el sometimiento a un deseo, y la expresión... de un deseo, conjuntamente con el poder y el propósito de ejecutarlo, son los elementos constitutivos del mandato.²²

Decir que las normas jurídicas (*laws*) emanan de los superiores o que los *inferiores* se encuentran obligados a obedecerlos es, en ambos casos, señala John Austin, una mera tautología.²³

¹⁹ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, "The State as a Problem of Jurisprudence", en Claessen, H.J.M. y Skalník (Eds.), *The Study of the State*, Mouton Publishers, La Haya, 1981, pp. 400 y ss.

²⁰ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 15.

²¹ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 15-16.

²² *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 16.

²³ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 16-17.

6. El derecho "propriadmente hablando"

A partir de las nociones de superioridad e inferioridad, John Austin encontrará elementos que le van a permitir distinguir entre el establecimiento de ciertos mandatos generales y las normas jurídicas, atendiendo a su *origen*. Antes de ello subraya enfáticamente que los mandatos son *hechos sociales* de cierto tipo.

a) Su positividad

John Austin encuentra como rasgo característico de las normas jurídicas que éstas son establecidas por una *instancia especial*. Consecuentemente, las normas jurídicas son, así, normas positivas. El derecho propriadmente hablando es *positivo*: "...establecido por superiores políticos a inferiores políticos".²⁴ Sin embargo, existen otras reglas o normas que son también positivas (e.g. las reglas de la moral positiva). De ahí que John Austin se preocupe por distinguir con precisión el derecho positivo de otras reglas positivas (*puestas* por los hombres). Las normas son especies de mandatos, pero, en tanto tales, explica John Austin: "toda norma... emana de una *determinada fuente* o emana de *determinado autor*".²⁵

b) Su fuente

John Austin encuentra que el criterio decisivo que permite distinguir las normas jurídicas propriadmente así llamadas, de las demás normas (propia o impropriadmente así llamadas) es, precisamente, la fuente de las normas jurídicas. John Austin expresamente señala:

...toda norma jurídica positiva o toda norma estrictamente así llamada es un mandato directo o indirecto del... *soberano*, emitiéndola en su carácter de superior político: es decir un mandato directo o indirecto de un soberano dirigido a una persona o varias personas en estado de sujeción con respecto a su autor.²⁶

²⁴ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 1.

²⁵ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 120. Jeremías Bentham en *Of Laws in General* —obra que no conoció John Austin— explica que "... una norma puede ser considerada... con respecto a su *fente*: esto es, con respecto a la persona o personas de cuya voluntad es expresión" (*Of Laws in General*, H. L. A. Hart (Ed.), Londres, University of London, The Athlone Press, 1970, p. 1).

²⁶ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 121. Las cursivas son mías.

En tanto mandato, la norma jurídica tiene una *fuerza*; y se diferencia de otras reglas positivas o de otros mandatos, en razón de que su *fuerza* es el soberano de la comunidad política. Ninguna disposición, ningún mandato, ninguna regla, es norma jurídica positiva si no es emitida (o consentida) por un soberano en su carácter de soberano.

7. La soberanía

Como hemos podido observar, el concepto de norma jurídica, así como el concepto de sociedad política independiente, están condicionados por el concepto de soberano. John Austin dice:

Toda norma (jurídica) positiva o toda norma (jurídica) simple y estrictamente así llamada, es establecida por una persona *soberana* o un cuerpo *soberano* de personas, dirigido a un miembro o miembros de la *sociedad política independiente* dentro de la cual tal persona o cuerpo de personas es soberana o suprema.²⁷

Los conceptos de 'soberanía' y 'sociedad política independiente' son explicados por John Austin como sigue:

La superioridad que caracterizo como soberanía y la sociedad política independiente que la soberanía implica, se distinguen de otra superioridad y de otra sociedad por los siguientes rasgos o características: (1) el *grueso* de la sociedad dada se encuentra en un *hábito* de obediencia o sumisión a determinado superior común; sea este superior común una (cierta) persona o un determinado cuerpo o agregado de personas... (2) que tal individuo o... cuerpo de individuos no se encuentra en hábito de obediencia a un determinado superior.²⁸

John Austin se preocupa por esclarecer estas nociones toda vez que en la noción de *superior común* se encuentra un dato que le permite

²⁷ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 169. Las cursivas son mías. Sobre este particular se puede apreciar la decisiva influencia de Bentham en el siguiente pasaje de *A Fragment on Government*:

Cuando un número de personas (a quienes podemos llamar súbditos) se supone que están en hábito de prestar obediencia a una persona o a un conjunto de personas (a los que podemos llamar [respectivamente] gobernante o gobernantes) tales personas conjuntamente (súbditos y gobernantes) se dice se encuentran en estado de comunidad política. (*A Fragment on Government: An Examination of what is Delivered on the Subject of Government in General, in the Introduction to Sir William Blackstone's Commentaries*, Oxford, Basil Blackwells, 1960, p. 38.)

²⁸ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 170.

determinar la *fente* de las normas jurídicas. Si un determinado superior —explica Austin— no está en hábito de obediencia hacia (otro) superior y recibe obediencia habitual de parte del *grueso* de una sociedad dada, ese superior es *soberano* (*princeps*) en tal sociedad y la sociedad (el superior incluido) es una sociedad política e independiente. Una sociedad dada, por tanto, no es una sociedad política, a menos que la generalidad de sus miembros se encuentre en *hábito* de obediencia a un determinado *superior común*.²⁹

De lo anterior se sigue que una sociedad es una sociedad política —deja de ser un simple conglomerado— si sus miembros se encuentran en hábito de obediencia a un *superior común*. Ahora bien, una sociedad política es *independiente* si este superior común es soberano —si no obedece habitualmente a ningún (otro) superior.

En la explicación pueden distinguirse las condiciones de la soberanía o de la sociedad política independiente, las cuales pasamos a enumerar:

- 1) Obediencia habitual por la generalidad o el grueso de los miembros de la sociedad.
- 2) Tal obediencia debe ser prestada a una y misma persona (o cuerpo de personas).
- 3) Que el superior común determinado no se encuentre en obediencia habitual a cierto superior común.

8. *El objeto de la ciencia del derecho*

Las normas jurídicas positivas, esto es, las normas jurídicas (*laws*) propiamente hablando, las cuales pueden caracterizarse como un mandato general del soberano dirigido a los súbditos en una determinada sociedad, constituyen el objeto propio de la ciencia del derecho. Expresamente John Austin dice:

El objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo: derecho simple y estrictamente así llamado o derecho establecido por superiores políticos a inferiores políticos.³⁰

Como hemos visto, John Austin distingue entre normas jurídicas (*laws*), propiamente así llamadas, y aquellas que son impropias o impropriamente así llamadas. A este propósito John Austin explica:

Para determinar el campo de la jurisprudencia [ciencia del derecho] procederé de la manera siguiente: señalaré las características esen-

²⁹ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 170-173.

³⁰ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 1.

ciales de una norma o regla jurídica [*a law*], tomada en el más amplio sentido que pueda, propiamente, dársele a tal término.³¹

Una vez que Austin ha proporcionado las características que distinguen una norma jurídica propiamente así llamada, procede a diferenciarla de aquellas a las que ésta se relaciona sólo por analogía, *e.g.* las reglas de la moral positiva, así como de aquellas, impropriadamente así llamadas, con las cuales se relaciona únicamente de forma metafórica o figurativa.³²

Las normas que identificamos como *moral positiva* no tienen ningún carácter imperativo. Son, indica Austin, bastante análogas a las normas jurídicas. Los deberes que imponen guardan fuerte analogía con los deberes jurídicos, deberes propiamente dichos. Las sanciones de que dispone tienen, igualmente, gran analogía con las sanciones en el sentido propio del término. Sin embargo, las disposiciones de la moral positiva "no son significaciones de deseo de determinados superiores".³³ Consecuentemente, no son mandatos propiamente hablando. Existen, además, normas que son meramente figurativas. Estas se encuentran relacionadas con las normas jurídicas propiamente hablando por una remota analogía.³⁴

Otras son las normas declarativas, las derogatorias o abrogatorias y las normas jurídicas imperfectas (en el sentido de *leges imperfectae*).³⁵

Dice John Austin que estas últimas, estrictamente, pertenecen al tipo de normas que son figurativas. Sin embargo, éstas se encuentran íntimamente relacionadas con las disposiciones jurídicas positivas, por lo que son objeto propio de la jurisprudencia.³⁶

9. Las normas jurídicas (laws) que confieren derechos subjetivos

John Austin señala que existen *laws*, disposiciones jurídicas propia-

³¹ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 4.

³² Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 4.

³³ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 17.

³⁴ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 18.

³⁵ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 18-20.

³⁶ Estas son las únicas normas (si bien Austin señala que son sólo normas en sentido (figurativo)) que entran en relación directa con otra norma alterando o determinando su alcance o su validez. Más adelante veremos que, en principio, las normas jurídicas tal y como las describe Austin son unidades cerradas que no entran en relación con otras normas. No existen, pues, como en el caso de Bentham, normas secundarias o subsidiarias, ni siquiera normas punitivas. Las normas jurídicas en Austin son de una sola especie y cada una de ellas contiene su parte sancionadora. Sobre los diferentes tipos de normas en Jeremías Bentham *vide* Tamayo y Salmorán, Rolando, "La teoría del derecho de Jeremías Bentham", cit.

mente hablando, que pudieran parecer no imperativas (que, pareciera, no fueran mandatos).

Existen normas jurídicas (*laws*) que, podría decirse, *meramente* crean *derechos subjetivos*: y, viendo que todo mandato impone un *deber*, las normas jurídicas (*laws*) de este tipo [parecería] no son imperativas.³⁷

Según John Austin no existen normas jurídicas que meramente creen *derechos subjetivos*. Ciertamente, dice Austin, existen normas jurídicas que meramente crean deberes; deberes no correlativos a correlativos de derechos y, por tanto, pueden ser caracterizados como deberes *absolutos*.³⁸ Sin embargo, esto no es el caso en sentido inverso. Sobre este particular Austin declara:

... toda norma jurídica (*law*) que efectivamente confiera un derecho impone, expresa o tácitamente, un deber *relativo* o un deber correlativo al derecho. Si especifica el recurso que habrá de otorgarse, en caso que el derecho sea violado, impone el deber relativo de forma expresa. Si el recurso que habrá de otorgarse no está especificado, él se refiere tácitamente al derecho preexistente y reviste el derecho que pretende crear con un recurso proporcionado por ese derecho. Toda norma jurídica (*law*) que efectivamente confiere un derecho es, por tanto, imperativa.³⁹

10. El derecho consuetudinario y el derecho creado judicialmente

Señala John Austin que muchos admiradores de las normas consuetudinarias piensan que éstas obligan jurídicamente porque los ciudadanos o súbditos las han observado o mantenido. De acuerdo con esta opinión, las normas consuetudinarias no son impuestas por superiores políticos —aunque éstos puedan abolirlas a voluntad—. Sin embargo, en tanto que son aplicadas por los tribunales son derecho positivo (*positive law*). Para tales autores estas normas jurídicas son normas positivas por la adopción espontánea del gobernado y *no* porque hayan sido establecidas por *superiores políticos*. Consecuentemente, las normas consuetudinarias, consideradas como derecho positivo, no serían mandatos, esto es, no serían imperativas.⁴⁰

³⁷ *The Province of Jurisprudence*, cit., p. 21. Lo que se encuentra entre corchetes es mío.

³⁸ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 21.

³⁹ Cfr. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 21.

⁴⁰ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 22.

Otros autores, refiere John Austin, sostienen que todo derecho establecido por el juez es completamente creación de los jueces que inmediatamente lo establecen. Según esta opinión, la idea de atribuir este derecho al legislador es una de las tontas (*foolish*) y malévolas (*knavish*) ficciones por las cuales los juristas han oscurecido las más claras verdades.⁴¹

No obstante, John Austin sostiene que el derecho consuetudinario es *imperativo*, en la significación propia del término y que todo el "derecho creado por el juez" es creación del soberano. Así planteado el problema, John Austin procede a explicar el proceso de creación de estas modalidades de normas jurídicas:

En su origen una costumbre es una regla de conducta en cumplimiento de una norma jurídica (*law*) establecida por un superior político. La costumbre es transformada en derecho positivo cuando es adoptada como tal por los tribunales y cuando las decisiones judiciales basadas en ella (*fashioned upon it*) son ejecutadas por el poder del Estado. Pero antes de ser adoptada por los tribunales y revestida de sanción jurídica es meramente una regla de moral positiva: una regla generalmente observada por los ciudadanos o súbditos, cuya única fuerza que, se puede decir, posee, deriva de la reprobación que cae sobre aquellos que la transgreden.

Ahora bien, cuando los jueces convierten una costumbre en una norma jurídica (*legal rule*) o crean una norma jurídica sugerida por la costumbre, la norma jurídica que producen es establecida por el cuerpo legislativo soberano. Un juez subordinado, súbdito, es sólo un ministro. La porción de poder soberano que tiene a su disposición es meramente delegada. Las reglas que crea derivan su fuerza jurídica de la autoridad otorgada por el Estado: una autoridad que el Estado puede conferir expresamente, pero que comúnmente otorga por vía de aquiescencia. Puesto que, si el Estado puede revocar las normas que el juez hace y, sin embargo, le permite aplicarlas mediante el poder de la comunidad política, su voluntad soberana: (que tales reglas sean tenidas por derecho) claramente se hace patente por su conducta, aunque no por su declaración expresa.⁴²

Por todo lo anterior, John Austin subraya que un mandato, como cualquier manifestación de voluntad, puede ser expreso o *tácito*; literalmente dice:

... cuando las costumbres son transformadas en normas jurídicas por

⁴¹ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 24. Lo que se encuentra entre corchetes es mío.

⁴² *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., pp. 23-24.

decisión de los jueces los cuales son súbditos, las normas jurídicas que emergen de las costumbres son mandatos tácitos del cuerpo legislativo (*legislature*) soberano. El Estado, el cual puede abolirlo, permite a sus ministros ejecutarlas; y, por tanto, expresa su asentimiento, su aquiescencia voluntaria (que sirvan como derecho al gobernado).⁴³

En resumen, para John Austin el derecho positivo caracterizado como *consuetudinario* (así como todo derecho creado judicialmente) es establecido por el Estado, directa o indirectamente y, por tanto, es *imperativo*.

II. Conclusiones

En esta parte haremos algunos comentarios sobre la teoría de Austin. En *The Province of Jurisprudence Determined*, John Austin se propone —como el nombre lo indica— determinar el campo y el objeto de la jurisprudencia (*i.e.* de la ciencia del derecho).⁴⁴ *The Province of Jurisprudence* es, indudablemente, la obra más conocida de John Austin. Sin embargo, observa el profesor H.L.A. Hart el propio Austin concibió tal trabajo como una mera introducción a sus *Lectures*.⁴⁵ Una precisa idea del campo de la jurisprudencia y de su objeto presupone una clara concepción de su función y su carácter. En un *excursus* denominado *On the Uses of the Study of Jurisprudence*,⁴⁶ con el cual iniciaba sus *Lectures* en la Universidad de Londres; John Austin explicaba que el objeto de la ciencia del derecho consistía en la elucidación de las nociones jurídicas fundamentales a través del análisis del lenguaje del derecho y a través de la clasificación de sus términos para descubrir sus interconexiones lógicas.⁴⁷

La jurisprudencia no debe ser confundida con la exposición crítica de un orden jurídico particular. Tampoco debe suponerse que la jurisprudencia es una respuesta —obtenida por un método diferente— a pro-

⁴³ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 24.

⁴⁴ Cfr. *Outline of the Course of Lectures*, en *The Province of Jurisprudence, Determined*, cit., p. lix.

⁴⁵ Cfr. Hart, H. L. A. "Introduction", en *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, H. L. A. Hart (Ed.), Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1971, p. xv.

⁴⁶ Publicado hasta 1863 como un apéndice a *Lectures on Jurisprudence*. Existe versión española de Felipe González Vicén: *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951.

⁴⁷ Cfr. Hart, H.L.A., "Introduction", en *The Province of Jurisprudence Determined* (Weidenfeld and Nicolson), p. xv. Cfr. *infra*: *Filosofía del derecho, Metodología jurídica y jurisprudencia*.

blemas sobre la historia o las causas de las instituciones jurídicas. Observa Hart, comentando esto último, que "la investigación analítica y la investigación histórica proporcionan respuestas a diferentes cuestiones, no diferentes respuestas a las mismas cuestiones".⁴⁸

Afirma John Austin que "el objeto de la jurisprudencia es el derecho positivo, el derecho simple y estrictamente así llamado".⁴⁹ De ahí resulta claro que el derecho y la jurisprudencia son dos cosas absolutamente diferentes. El derecho positivo (o simplemente el derecho) se constituye por hechos del mundo. La jurisprudencia es una explicación del derecho, hecha por los juristas. La jurisprudencia *habla* del derecho (lo describe, lo analiza), no lo establece. La jurisprudencia es una reflexión sobre el derecho; es la ciencia general del derecho positivo.⁵⁰

John Austin, como nos hemos podido percatar, define el derecho en términos de hechos sociales; actos humanos: mandatos, hábito de obediencia, castigos. Si el derecho se manifiesta por hechos sociales es necesario determinar aquellos hechos sociales que nos permitan identificarlo. Esta es tarea de la ciencia del derecho *i.e.* de la (*jurisprudencia*).

Por otro lado, en la determinación del derecho, tenemos que limitarnos a describir los hechos relevantes, evitando consideraciones de cualquier otra índole que no se circunscriban a describir el derecho.

La jurisprudencia... se ocupa directamente de los principios y distinciones comunes a varios sistemas de... derecho positivo; las cuales cada uno de esos... sistemas inevitablemente implica, sea que merezca elogio o reprobación, o se conforme o no a un supuesto patrón o medida.⁵¹

"La jurisprudencia —subraya enfáticamente John Austin— se ocupa del derecho tal y como necesariamente *es*, más que del derecho tal y como *debe ser*".⁵² Esto es, se ocupa del derecho que *es*, sea bueno o malo y no del derecho que pudiera ser o quisiéramos que fuera.

La teoría de John Austin, tan simple como pudiera parecer, nos permite un claro entendimiento sobre algunos problemas que plantea el derecho: su creación, su identidad, su existencia, su unidad. Así, por ejemplo, la teoría de John Austin explica claramente de qué cosas se

⁴⁸ "Introduction", en *The Province of Jurisprudence Determined* (Weidenfeld and Nicolson), p. xv.

⁴⁹ *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 1.

⁵⁰ *Outline of the Course of Lectures*, cit., ltx. Cfr. *infra*: *Filosofía del derecho, metodología jurídica y jurisprudencia*.

⁵¹ *Outline of the Course of Lectures*, cit., ltx, nota al pie.

⁵² *Outline of the Course of Lectures*, cit., ltx, nota al pie.

compone el derecho de una comunidad: de normas jurídicas, propiamente hablando (*laws*), las cuales constituyen el objeto propio de la ciencia del derecho (*i.e.* de la jurisprudencia); son ellas las entidades que componen el derecho. Dicho de otra manera: el derecho de una comunidad política es un conjunto de normas jurídicas (*laws*); el derecho es un *orden o sistema* de normas jurídicas.

¿Cómo se identifican las normas que pertenecen a un mismo orden jurídico? La respuesta de Austin a este problema se encuentra implícita en su definición de norma.⁵³

El derecho de una comunidad, el orden jurídico que constituye, contiene todas las normas, y sólo las normas, establecidas por el soberano de esa comunidad. En esa misma definición de John Austin encontramos su criterio de membrecía: una norma pertenece al orden jurídico establecido por la instancia soberana que la creó.

Saber cuándo y dónde existe un orden jurídico es fundamental a cualquier teoría que describa el derecho. La teoría de J. Austin proporciona un claro criterio de existencia:⁵⁴ un orden jurídico existe si la instancia creadora de sus normas es habitualmente obedecida. Tal instancia es obedecida si las normas jurídicas (*laws*) que establece son obedecidas. Esto es, un orden jurídico existe si *es eficaz*. La eficacia es el elemento relevante del criterio de existencia del derecho. Ahí donde las normas jurídicas (*laws*) emitidas por una instancia soberana son habitualmente obedecidas, ahí hay derecho.

La teoría del derecho de John Austin, como hemos visto, es prácticamente resultado de su definición de norma. Pero, tanto su teoría como su definición, giran, a su vez, alrededor de otro concepto: el de soberanía. Desde la Alta Edad Media y el Renacimiento los filósofos políticos y los juristas se preocuparon por esclarecer este concepto. John Austin —siguiendo de cerca a Jeremías Bentham— fundamenta su teoría del derecho en el concepto de soberanía.⁵⁵

Ciertamente en manos de éstos el soberano no es aquel quien, por derecho divino o por “naturaleza”, pueda decirnos qué debemos hacer. El soberano es identificado por el mero hecho de que es él quien es habitualmente obedecido y sus mandatos son aquellos que la gente llama: *‘laws’*⁵⁶ (normas jurídicas).

⁵³ Cfr. Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the theory of Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1980, p. 5.

⁵⁴ Cfr. Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, *cit.*, p. 5.

⁵⁵ Cfr. *Supra*, *loc. cit.*

⁵⁶ Cfr. Harris, J. W., *Legal Philosophies*, Londres, Butterworths, 1980, p. 25.

El rasgo más característico del concepto de soberanía propuesto por John Austin es que se basa exclusivamente en el *hecho social* del hábito de obediencia.⁵⁷ La soberanía en John Austin no se deriva de, ni se explica por, elementos ajenos a los hechos sociales. El concepto correlativo de soberanía es el de *sociedad política independiente*. Sólo una comunidad política independiente tiene un *superior común* que sea soberano.

El concepto de soberano se revela, así, necesario para explicar la existencia de cualquier derecho. Para cada sistema jurídico existe uno y sólo un soberano. El soberano es, por definición, la *fente* del orden jurídico de una determinada comunidad política independiente, el creador exclusivo del derecho de la comunidad.

⁵⁷ Cfr. Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, pp. 6-7.

(APÉNDICE AL CAPÍTULO III)

JOHN AUSTIN

NOTA BIOGRÁFICA

John Austin nació en 1790. Fue primogénito de un molinero del este de Inglaterra. De temprana edad ingresó al ejército. Después de haber servido seis años en él, de 1806 a 1812, estudió derecho y fue recibido en la Barra en 1818. En 1819 contrajo matrimonio con Sarah Taylor, mujer de gran inteligencia, sensibilidad y belleza. Durante siete años practicó la profesión en *Lincoln's Inn* sin mayor éxito. John Austin deja la abogacía en 1825.

En Londres los Austin fueron vecinos de Jeremías Bentham (1748-1832) y de la familia de John Stuart Mill (1806-1873) —quien posteriormente sería su alumno—. Durante doce años vivió en el centro del movimiento *pro* reforma. En 1826 fue fundada la *University of London* (después *University College London*). Entre las disciplinas nuevas que se habrían de enseñar se encontraba la jurisprudencia (*Jurisprudence*). John Austin fue nombrado para ocupar dicha cátedra. Tan pronto como fue designado resolvió viajar a Alemania para estudiar lo que hacían los juristas de ese país, por quienes John Austin sentía profunda admiración. Dos años pasó en Alemania. Estuvo en Bonn y en Heidelberg, donde estudió las recientemente descubiertas *Instituciones* de Gayo, las obras de los grandes romanistas y demás juristas representantes de la escuela histórica,² tales como Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), a

¹ Los datos biográficos fueron fundamentalmente obtenidos de Austin, Sarah. "Preface", en *The Province of Jurisprudence Determined* (Burt Franklin) *cit.* Otras fuentes consultadas fueron: "Art. XIII John Austin", *The Law Magazine and Law Review* (or *Quarterly Journal of Jurisprudence*), vol. IX, mayo-agosto de 1860. Londres, Butterworths, pp. 164-170. Hart, H.L.A. "Austin, John", *International Encyclopedia of Social Sciences*, Nueva York, The Macmillan Co. & The Free Press, 1968; Hart, H.L.A., "Introduction", *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Weidenfeld and Nicolson, 1971 (1955), pp. VII-XVIII; Agnelli, Arduino, "Austin, John", *Novissimo digesto italiano*, Torino, Tipografia Sociale Torinese, 1964; Walker, David M., "Austin, John", *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980.

² La escuela histórica o jurisprudencia histórica floreció en Alemania. Fue iniciada por Gustav von Hugo (1764-1844). Encuentra a sus más geniales represen-

quien tuvo ocasión de tratar posteriormente en Berlín, Gustav von Hugo (1764-1844), Christian Gotlieb Houboldt (1766-1824), Anton F. J. Thibaut (1772-1840).³ Devino amigo de Ernst Moris Arnt, Christian August Brandis, Barthold Georg Niebuhr, August Wilhelm Heffter, Wilhelm von Schlegel, con quienes estuvo en estrecho contacto.

La influencia de la escuela histórica poco se advierte en la obra de John Austin. Se advierte más la presencia tanto del *Pandektismus*,⁴ bastante compatible con la investigación analítica del derecho⁵ que em-

tantes en Friedrich von Savigny (1779-1861) y George Friedrich von Puchta (1798-1846). De acuerdo con esta escuela, el derecho, como lenguaje o el arte, se crea de manera espontánea, constante e imperceptible en un determinado pueblo. Esta escuela representa una reacción contra el racionalismo del siglo xviii y el espíritu de la Revolución Francesa. La jurisprudencia histórica invoca a la historia (la tradición, la costumbre, el espíritu del pueblo) como el factor fundamental en la creación jurídica, en contraposición a la creación jurídica consciente a través de la legislación. El derecho no es producto de la razón humana abstracta sino resultado del *Volkgeist* (del espíritu del pueblo).

³ La influencia de estos autores sobre John Austin es decisiva. Basta hojear su obra para percatarse de la cantidad de veces que Austin recurre a ellos (véase, por ejemplo, *Lectures on Jurisprudence: Or the Philosophy of Positive Law* [Burt Franklin], cit., t. II, pp. 212 y 320 y t. III, p. 124). La abundancia de referencias a tales autores es sólo comparable al número de referencias que se encuentran a Jeremías Bentham (1748-1832) y a Sir William Blackstone (1723-1780). La influencia de Gustav von Hugo es tan considerable que el mismo título: *Lectures on Jurisprudence: Or the Philosophy of Positive Law* es una fórmula acuñada por Hugo. John Austin explica en sus *Outline of the Course of Lectures*: "de todas las expresiones concisas que vinieron a mi mente, 'filosofía del derecho positivo' indica muy significativamente el objeto y alcance de mi curso. He tomado la expresión de un tratado de Hugo, célebre profesor de... la Universidad de Göttingen..." (*The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. lix). Para un detallado estudio sobre la influencia del pandectismo y la jurisprudencia alemana sobre John Austin véase el excelente trabajo de Andreas B. Schwartz, "John Austin and the German Jurisprudence of his time" (*Política*, vol. I, núm. 1-4, agosto, 1934, Londres, The London School of Economics and Political Science, pp. 178-199).

⁴ La expresión *Pandektismus* proviene de *pandectae*; otro nombre dado al *Digesto* por el emperador Justiniano: "... *digestorum seu pandectarum*" (*D. Titulus* previo a *Liber primus*). Los *pandectistas* eran un grupo de juristas alemanes, entre ellos Friedrich von Savigny (1779-1861), George Friedrich Puchta (1798-1846), Bernard Windscheid (1817-1892), Karl Adolf von Vangerow (1808-1870), y otros que se dedicaron al estudio de las *pandectae*, o *digesto*, buscando encontrar el significado original de las disposiciones romanas y tratando de organizar el material romano en un *sistema coherente* de derecho. El trabajo clásico del *Pandektismus* lo constituye el *System des heutigen römischen Rechts* (Berlín, Veit, 1840-1849) de Savigny. Existe versión española de Jacinto Mesía y Manuel Poley: *Sistema del derecho romano actual* (2a. ed., Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1924). El *Pandektismus* ejerció considerable influencia en el estudio del derecho romano, en la sistematización del derecho y en el análisis conceptual del mismo. Igualmente, su influencia fue decisiva en la redacción del Código Civil alemán.

⁵ El examen del significado y del uso de los términos y conceptos jurídicos. Job 2

prende John Austin, así como la jurisprudencia romana.⁶ De sus estudios del derecho romano y de las obras de los pandectistas —señala H. L. A. Hart— extrajo importantes ideas relativas al análisis, clasificación y sistematización de las nociones jurídicas.⁷

Inició sus lecciones en 1828, Marcando un hito en la ciencia jurídica inglesa. Sin embargo, desilusionado, en 1833 renunció a su cátedra. La *Jurisprudence* no era parte del *curriculum* ordinario de estudios y no existía provisión de fondos para la cátedra a la que Austin había sido designado. Una nota en la *Law Magazine and Review*⁸ comenta el suceso de la siguiente manera:

No obstante el brillante comienzo de su carrera como profesor, fue pronto evidente que este país no podría mantener la cantidad de estudiantes de *Jurisprudence* que serían suficientes para conservar una cátedra. Como no existía otra provisión... que las colegiaturas de los estudiantes... ningún hombre podría continuar en su cargo salvo que tuviera fortuna personal o combinara una ocupación lucrativa con

Austin es, en gran medida, el fundador de la *Analytical jurisprudence*, enfoque que desde tiempos de Austin, hasta ahora, ha sido predominante en la ciencia jurídica inglesa.

⁶ La obra de Austin se encuentra llena de referencias directas al derecho romano y a los juristas romanos; véase, viz., el cuadro sinóptico de las obligaciones según Gayo (*Lectures, cit.*, t. III) o el que describe la división del derecho según los juristas romanos (*ibid.*, pp. 144-145). En su *lecture* inaugural John Austin, al referirse a ciertas tablas que explican el curso de sus lecturas dice: "... consiste en un conjunto de tablas en las cuales se señala el arreglo intentado por los juristas en sus instituciones o tratados elementales..." (citado por Austin, Sarah, *The Province of Jurisprudence Determined, Preface, cit.*, p. xxxv). Los trabajos de John Austin no sólo están colmados de referencias al derecho romano o a las obras de los jurisconsultos romanos, sino que muchos de sus propios desarrollos parten de eruditos comentarios del derecho romano. "... intenté explicar aquella... distinción... presupuesta por los autores romanos..." (*Lectures, cit.*, t. II, p. 45) "... del *ius gentium*, del viejo derecho romano..." (*Lectures, cit.*, t. II, p. 240); "... procederé a abordar el *ius gentium* de origen romano o el de los juristas romanos que precedieron..." (*Lectures on Jurisprudence, cit.*, t. II, p. 241). "Habiendo delineado la historia del *edicto praetorio*..." (*Lectures, cit.*, t. II, p. 308, Austin se refiere a sus *lectures* XXXIV y XXXV; *Cfr. op. cit.*, t. II, pp. 287, 307). En la *lecture* XXXVI examina "la estructura y arreglo" del *Digesto* de Justiniano (*Cfr. op. cit.*, t. II, pp. 308-320). Las referencias de Austin al derecho romano o a la obra de los juristas romanos podrían multiplicarse, basten estos ejemplos para señalar la fuerte influencia que el derecho romano y su jurisprudencia ejerció en John Austin.

⁷ "Austin, John, *International Encyclopaedia of Social Sciences, cit.*

⁸ "Art. XIII. John Austin", *Law Magazine and Review, cit.*, p. 166. A esta nota hace alusión Sarah Austin (*Cfr.*, "Preface", *The Province of Jurisprudence, cit.*, p. xiv.)

su profesorado. Austin, quien no tenía fortuna y consideraba el estudio y exposición de su ciencia más que suficiente para ocupar toda su vida, se vio obligado a renunciar a su cátedra...

Ese mismo año fue designado por el Lord Chancellor miembro de la *Royal Commission on the Criminal Law and Procedure*.⁹ Realizó su labor con gran dedicación. Como *Commissioner* inició un proyecto de código penal. En 1834 dictó una serie de lecciones en el *Inner Temple* sobre principios de *Jurisprudence*. Las mismas razones que lo hicieron renunciar a la cátedra en *London University* estaban presentes cuando se alejó de los *Inns of Court*.¹⁰

John Austin dejó Inglaterra. Después de residir por año y medio en Bolonia se instaló en Malta, enviado en comisión por el gobierno británico para estudiar posibles reformas legislativas y constitucionales. Después de realizar una extraordinaria y noble labor regresó a Inglaterra en 1838, donde permaneció hasta 1844. Algunos veranos los pasó, por razones de salud, en Carlsbad y algunos inviernos en Dresden y en Berlín (en Dresden escribió para la *Edinburgh Review* su réplica

⁹ La *Royal Commission* es una típica institución inglesa. La integra un grupo de personas designadas por *prerogativa real* para investigar y estudiar ciertos asuntos y recomendar las reformas que se estimen necesarias. Un claro resultado de la labor de las *Royal Commissions* lo constituye la legislación social inglesa del siglo pasado. Por 1849 más de cien *Royal Commissions* fueron establecidas y prácticamente toda la legislación social importante producida entre 1832 y 1867 fue resultado de la labor de tales comisiones. Al finalizar el siglo XIX las *Royal Commissions* se convirtieron en pieza normal de la maquinaria gubernamental. Los reportes de las *Royal Commissions* se publican en forma de libros (los *Blue Books*) y son invariablemente de gran valor en cuanto a la información y análisis de todos los asuntos relevantes previos a una reforma legislativa, incluso cuando ésta no se lleva a cabo o después de realizarse (Cfr. Walker, David M., *Oxford Companion to Law*, cit., p. 1090).

¹⁰ Los *Inns of Courts* son colegios o sociedades que han existido en Londres desde, al menos, el siglo XIII, en los cuales se incorporaban los aprendices de abogacía, prácticamente como residentes, sometidos a una disciplina y educación común. Después de ser recibidos en la Barra seguían colegiados como miembros de alguno de los *Inns of Courts* (e.g. *Lincons' Inn*, *Inner Temple*, *Middle Temple* y *Gray's Inn*) sometidos a una disciplina profesional. Estos colegios probablemente evolucionaron a partir de la práctica de los aspirantes de abogacía de tratar de vivir con o cerca de los juristas distinguidos y aprender de ellos. Tienen similitud con los *colleges* de Oxford y Cambridge y, al igual que ellos, descienden de las hermandades medievales. Frecuentemente se les denominaba 'las universidades de derecho'. Desde su establecimiento el objetivo primordial de los *Inns* fue el de proporcionar formación jurídica práctica. En 1852 los *Inns*, de forma conjunta, establecieron el *Council of Legal Education*, que proporciona instrucción para estudiantes y dirige los exámenes de la Barra. (Cfr. Walker, David M., *The Oxford Companion to Law*, cit., p. 621.)

al proteccionismo de List; en Berlín encontró a *sus grandes maestros*, especialmente a Friedrich Karl von Savigny).

En 1844 se trasladó a París. Poco tiempo después fue hecho miembro correspondiente del *Institut*, reconocimiento que nunca recibiría en su país. Cuando finalmente se había restablecido en París lo sorprendió la Revolución de 1848. John Austin había observado con interés la evolución del movimiento. El curso de los acontecimientos en Francia apagaría en él la simpatía por los movimientos radicales e innovadores. Estas opiniones habrían de reflejarse en su ensayo *A Plea for the Constitution*, escrito a mediados de 1857. Regresó a Inglaterra en 1848 determinado a vivir retirado en un pequeño *cottage* en Weybridge en Surrey, no lejos de Londres. Ahí habría de vivir doce años, hasta su muerte en 1859.

Austin era un utilitarista convencido y amigo íntimo de Jeremías Bentham, aunque no participaba del radicalismo político de éste. Gran parte de su obra es la lúcida exposición, elucidación y elaboración de las ideas de Bentham, en una forma más comprensible y grata para los juristas ingleses que los propios escritos de Bentham. Hobbes y Hume influyeron también en la teoría de Austin del derecho y la sociedad, aunque en menor grado.¹¹

John Austin fue hombre de extraordinario talento, brillante, de gran erudición. Cultivaba, además de la jurisprudencia, la ciencia política, la filosofía, la economía política. Por lo demás, poseía fina elocuencia y gran claridad. Todas estas cualidades, sin embargo, no fueron suficientes para permitirle, ya no una vida de reconocimientos y satisfacciones, ni siquiera una vida confortable. John Austin vivió pobre y murió pobre; acosado siempre por la ansiedad provocada por la falta de medios de subsistencia. No sólo padeció privaciones; fue hombre de precaria salud. Su temperamento era reservado; hecho más bien para el estudio que para la vida pública. Era poco conocido y poco apreciado. Sin embargo, en todo lo que hizo y enseñó hubo bondad y magnanimidad. No sintió amargura o pesar por su pobreza y oscuridad, ni envidiaba el éxito de otros hombres. Se entregó ardorosamente a la búsqueda del conocimiento y la verdad con simple generosidad; "...creo que mis sugerencias —escribe John Austin a Sir William Erle— serán de considerable utilidad a aquellos que, *bajo más felices auspicios*, puedan proseguir la investigación".¹²

¹¹ Cfr. Hart, H. L. A., "Austin, John", *cit.*

¹² Citada por Austin, Sarah, "Preface", *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. xxv-xxvi.

Contrariamente a lo que fue su vida, sus obras: *The Province of Jurisprudence Determined* y *Lectures on Jurisprudence: Or The Philosophy of Positive Law* han ejercido profunda y perdurable influencia sobre la jurisprudencia, particularmente en Inglaterra.

A este respecto comenta H. L. A. Hart que pocos años después de su muerte era obvio que su obra había logrado establecer el estudio de la jurisprudencia en Inglaterra. Es claro, también, que la influencia de Austin en el desarrollo de la jurisprudencia ha sido mayor que la de cualquier otro autor.¹³ De John Austin descende una lista de juristas *analíticos*: entre los que se pueden citar: Sheldom Amos (1835-1886), E. C. Clark, Markby, William Edward Hearn (1826-1888), Sir Thomas Erskine Holland (1835-1926), Sir John William Salmond (1862-1924). La obra de Austin —observa Hart— aún tiene inflamados críticos y obstinados seguidores; pero nunca, desde su muerte, ha sido ignorada.¹⁴

¹³ "Introduction", *The Province of Jurisprudence* (Weidenfeld), cit., p. xvi.

¹⁴ Cfr. Hart, H.L.A., *Introduction, Province of Jurisprudence Determined* (Weidenfeld), cit., p. xvii.

CAPÍTULO IV. FACULTAD JURÍDICA Y DERECHO

OBJETIVO	59
1 Planteamiento	59
2 Facultad jurídica.	60
3 Normas que confieren facultades	62
4 La facultad y la creación del orden jurídico.	63
5 El derecho subjetivo	64
a) Introducción	64
b) La estrategia.	64
6 El derecho subjetivo como permisión.	65
7 Permisión expresa	66
8 La conducta obligada y su permisión	67
9 El derecho subjetivo y su fuente	67
10 Los derechos y su perímetro protector	69
11 Facultas exigendi	71
12 Otras facultades incluidas en los derechos	73
13 El carácter prima facie de los derechos	73
14 Epílogo	76

FACULTAD JURÍDICA Y DERECHO SUBJETIVO

SUMARIO: 1. *Planteamiento*. 2. *Facultad jurídica*. 3. *Normas que confieren facultades*. 4. *La facultad y la creación del orden jurídico*. 5. *El derecho subjetivo*. a) *Introducción*. b) *La estrategia*. 6. *El derecho subjetivo como permisión*. 7. *Permisión expresa*. 8. *La conducta obligada y su permisión*. 9. *El derecho subjetivo y su fuente*. 10. *Los derechos y su perímetro protector*. 11. *Facultades exigendi*. 12. *Otras facultades incluidas en los derechos*. 13. *El carácter prima facie de los derechos*. 14. *Epílogo*.

1. *Planteamiento*

Existe un diferente enfoque del derecho que, si bien no es completamente opuesto al anterior (el presupuesto por las teorías imperativas), pone un énfasis particular en otros aspectos.

Por supuesto, el enfoque imperativo concentra su atención en la idea de obligación y en sus implicaciones. Ciertamente, el enfoque imperativo revela que ahí donde hay derecho existe una reducción de las opciones del comportamiento y, consecuentemente, aparecen conductas que, en ese sentido, son consideradas *obligadas*. Sin embargo, existen hechos (situaciones, materiales, conductas), normalmente reconocidos como jurídicos que difícilmente pueden explicarse desde el punto de vista del enfoque imperativo. Pareciera que, en ocasiones, el derecho nos indica qué hacer sin necesidad de imponernos obligaciones. Cuando el derecho señala, por ejemplo, cómo producir un testamento o cómo celebrar un contrato *no nos obliga* a testar o contratar. Por otro lado, se puede constatar que gran parte del discurso jurídico no necesariamente se formula en términos de obligaciones. Jueces y abogados se comunican entre sí en términos de “facultades” y “derechos”.

Las teorías imperativas concentran su atención en las instancias creadoras del derecho, en aquellos eventos e instituciones que establecen el derecho. Por supuesto, una apropiada descripción del derecho tiene que dar cuenta de los procesos a través de los cuales el derecho es creado. Asimismo, es igualmente cierto que las instituciones creadoras del de-

recho nos permiten claramente identificar y caracterizar el derecho (o parte de él). No cabe duda de que el enfoque imperativo revela ciertos rasgos característicos del derecho. Evidencia su carácter *institucional* (se crea por instituciones), su carácter coactivo (hace uso de sanciones), así como su carácter normativo (prescribe conducta). Sin embargo, existen instituciones que asociamos con la expresión 'derecho' de manera más normal y espontánea que cuando pensamos en las instituciones creadoras.

Los tribunales constituyen instancias sociales que de forma inmediata las asociamos al derecho o las identificamos con él. A diferencia de las instituciones creadoras (monarcas, parlamentos) en las cuales normalmente predomina un carácter político (la conducción, el liderazgo, la negociación, el compromiso), en los tribunales, los aspectos jurídicos, si no exclusivos, son siempre la nota distintiva. Mientras cualquiera puede ser monarca o líder parlamentario; mientras cualquiera (en ciertas circunstancias) puede emitir mandatos obligatorios (*i.e.* establecer normas jurídicas), el funcionamiento de los tribunales requiere normalmente de profesionales del derecho (jueces, magistrados, abogados, procuradores).

El enfoque anterior, el presupuesto por las teorías imperativas del derecho, no otorga particular atención a los tribunales y a su funcionamiento, no obstante su estrecha relación que parece tener con el derecho. Si las instituciones que de manera más inmediata se encuentran relacionadas con el derecho son los tribunales ¿no sería razonable abordar el problema del derecho teniendo en cuenta la función que realizan los tribunales y el papel que llevan a cabo los protagonistas de las actividades judiciales?

2. *Facultad jurídica*

El elemento central en el enfoque alternativo (no imperativo) lo constituye el concepto facultad (del latín '*facultas-atis*') que significa 'poder o habilidad para realizar una cosa'. Normalmente, el término 'facultad' se asocia a aquello que es optativo, potestativo; de ahí: 'facultativo'. El concepto jurídico de facultad presupone la aptitud o potestad de una persona para modificar la situación jurídica existente de uno mismo o de otros.¹ Los romanos con el término '*facultas*' se referían a la capacidad

¹ Dias, R. W. M., *Jurisprudence*, Londres, Butterworths, 1976, p. 47, *cfr. ibid.*, pp. 48-58.

de celebrar un contrato o de llevar a cabo un acto jurídico válido,² *e.g.* *facultas solvendi*. Sin embargo, en ocasiones '*facultas*' era sustituido por '*ius*'. ("*Qui in potestas parentis est, testamenti faciendi ius non habet,*³ *Servus ex persona domini ius estipulandi habet*".)⁴

La confusión del término '*facultad*' con el de '*derecho subjetivo*' es desafortunada. El término '*derecho subjetivo*' suele ser indiscriminadamente usado para designar lo que en algunos casos es un derecho subjetivo, propiamente hablando,⁵ una facultad o una inmunidad.⁶ Ciertamente, el concepto de facultad se refiere a algo que se puede hacer u omitir, como en el caso del derecho subjetivo. La diferencia estriba en que, en el caso de la facultad, no se trata sólo de realizar hechos lícitos (jurídicamente permitidos), sino de producir actos jurídicos válidos.

El concepto jurídico de facultad indica que alguien está investido *jurídicamente* (por una norma de derecho) para realizar un acto jurídico válido, para producir efectos jurídicos previstos (celebrar un contrato, otorgar un testamento, revocar un poder). El concepto de facultad jurídica presupone la posesión de una potestad o capacidad jurídica para modificar válidamente la situación jurídica.

La facultad jurídica, como aptitud o potestad para crear actos jurídicos válidos por los cuales surgen obligaciones, derechos y facultades, no es correlativa de deber alguno. Que alguien tenga la facultad de contratar no genera deberes en ninguno. El ejercicio de la facultad puede ser hecho obligatorio, como la facultad del juez de pronunciar sentencias. En el caso del derecho subjetivo la acción u omisión de la conducta *no pueden ser obligatorias*; cuando la acción u omisión se convierten en el contenido de un deber, el derecho subjetivo, como posibilidad jurídica de hacer u omitir, desaparece. El derecho subjetivo se agota en su ejercicio; la facultad, por el contrario, no se agota en el acto facultado. La facultad tiene como objetivo la producción de ciertos actos jurídicos válidos; su propósito es que los actos, que en virtud

² Cfr. Berger, Adolf, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia, *cit.*, p. 147; cfr. *D.* 9, 2, 37, *pr*; *D.* 28, 1, 6, *pr*; *D.* 50, 17, 163.

³ *D.* 28, 1, 6, *pr*.

⁴ *Inst. Just.*, 3, 17, *pr*.

⁵ Vide: *infra*: *Derecho subjetivo*.

⁶ Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions. As Applied in Judicial Reasoning*, ed. por Walter Wheeler Cook, Greenwood Press, Publishers, Westport, Conn., 1964 (reimpresión de la edición de Yale University Press de 1919), p. 36.

de la facultad se realizan, tengan los efectos que pretenden tener (que algo sea un contrato válido, que algo sea un testamento válido).

El concepto de facultad jurídica presupone la investidura o el facultamiento. Cuando alguien no está facultado para celebrar un determinado acto jurídico, el acto es nulo. Cuando no se está investido de la facultad correspondiente el acto realizado no produce los efectos jurídicos deseados. (Esta última circunstancia distingue radicalmente la facultad del derecho subjetivo: cuando no tengo derecho a entrar en determinado lugar y entro, mi acto no es nulo, es ilícito.)

Facultad se opone, así, a incapacidad (ausencia de potestad) y es correlativa de la responsabilidad.⁷ Estas relaciones pueden observarse claramente en el mandato. Por virtud de un mandato, *inter alia*, se confieren al mandatario ciertas facultades, para que éste se encuentre en posibilidad de celebrar ciertos actos jurídicos válidos, que tengan los efectos jurídicos previstos, actos de los que, en última instancia, el mandante será responsable.

3. Normas que confieren facultades

La importancia de las facultades en la descripción del derecho ha conducido a H. L. A. Hart a realizar un minucioso análisis de las normas que confieren facultades.⁸ Estas normas, las normas que confieren facultades, no imponen obligaciones ni deberes, ni establecen formas de conducta que denominamos 'ilícitos' o 'delitos'. Las normas que confieren facultades realizan otra función social: establecen las formas por las cuales se celebran contratos, matrimonios o se otorgan testamentos válidos. La no conformidad con estas normas no produce una "violación" del derecho ni acarrea una sanción. Más que imponer obligaciones proporcionan a los individuos medios (*facilities*) para realizar sus deseos, confiriéndoles, justamente, facultades jurídicas para crear, a través de ciertos procedimientos, derechos y obligaciones. Ciertamente, las normas que confieren facultades no sólo las confieren de naturaleza privada. Ejemplos de facultades públicas se encuentran abundantemente tanto en la administración como en la judicatura. Los poderes así conferidos a los individuos para moldear sus relaciones jurídicas con los demás mediante contratos, testamentos, matrimonios (o mediante potestades

⁷ Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions*, cit., p. 50; cfr. *ibid.*, pp. 50-60.

⁸ Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 26-43; *id.*, *El concepto de derecho*, cit., pp. 34-53.

públicas) es una de las grandes contribuciones del derecho a la vida social. Estos rasgos del derecho se verían oscurecidos si no se describieran apropiadamente las facultades y las normas que las confieren.⁹

4. La facultad y la creación del orden jurídico

La facultad muestra claramente una función esencial de todo orden jurídico: precisamente la función de atribución o facultamiento de poderes (*Ermächtigung*), necesaria para la creación (y modificación) de todo orden jurídico.¹⁰

En derecho privado, como en derecho procesal, la noción de facultad es identificada con la de capacidad, *i.e.* capacidad de obrar (capacidad de ejercicio), *e.g.* “De la capacidad para testar” (capítulo II, título II, libro III, del Código Civil), “Están incapacitados para testar: ...” (artículo 1306 del Código Civil), “... III. La capacidad para ejercitar la acción...” (artículo 1º del Código de Procedimientos Penales). Estas facultades (capacidades o habilitaciones) son poderes específicos conferidos por el orden jurídico a los individuos para concurrir en la creación de normas jurídicas individuales (infralegislativas) contractuales, testamentarias. En el caso de las facultades (capacidades) procesales, son poderes para concurrir en la creación de las normas individuales contenidas en las decisiones jurisdiccionales.¹¹

En el derecho público la noción de facultad se encuentra asociada a la noción de competencia, competencia material, que se identifica con las facultades del órgano, *e.g.* “El Congreso tiene facultad: ...” (artículo 73 de la Constitución), “son facultades exclusivas de la Cámara: ...” (artículo 74 de la Constitución), “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución...” (artículo 124 de la Constitución). El ejercicio de facultades (capacidades) privadas, es fácil de advertir, es, en cuanto a la función jurídica, de la misma naturaleza que la función que desempeña un órgano legislativo habilitado por el orden jurídico para establecer normas generales. En todos estos casos (públicos y privados) nos encontramos en presencia de una habilitación para crear normas jurídicas.

⁹ Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 35-36.

¹⁰ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 157-159.

¹¹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 159-161.

5. El derecho subjetivo¹²

a) Introducción

Gran parte de la teoría jurídica describe el derecho, *i.e.* el orden jurídico como compuesto de normas jurídicas que imponen obligaciones. Esta imagen "imperativa" es tan característica que ha conducido a muchos autores a reducir el fenómeno jurídico a sólo normas que imponen deberes y a explicar todas las manifestaciones del fenómeno en términos de obligaciones, descuidando facultades y derechos.

En el resto del capítulo me propongo explicar qué son los derechos (subjetivos), qué significa tener o ejercitar un derecho y cuáles son sus consecuencias. Estos problemas son aspectos del derecho que, a mi juicio, son oscurecidos (o, incluso, deformados) si se describen en términos de obligaciones. El problema está lejos de ser artificial. Es claro que gran parte del discurso jurídico se encuentra constituido en términos de derechos: jueces y abogados se comunican en términos de derechos; los derechos aparecen, también, en el lenguaje del legislador.

Si el discurso jurídico se encuentra construido, en gran parte, en términos de derechos y facultades resulta imprescindible saber qué significa tener derechos y facultades (su funcionamiento, sus efectos) para conocer la naturaleza del derecho en general.

Antes que nada quiero señalar que aquí me refiero a derechos jurídicamente considerados. No voy a ocuparme de "derechos naturales" o "morales", ni abordaré ningún tipo de "derechos" (así llamados) basados en consideraciones extrajurídicas.

b) La estrategia

Dice Hart que una apropiada forma de penetrar el significado de palabras como 'derechos' (subjetivos), 'obligaciones', 'deber', 'responsabilidad', etcétera, consiste en colocar la palabra en cuestión en fra-

¹² La explicación que sigue es una versión corregida de tres diferentes trabajos: *The Functioning of the Legal Rights and Its prima facie character* (Xth Inter-american Congress of Philosophy, Florida State University, Tallahassee, Florida, octubre, 1982), *The Functioning of Legal Rights in the Legal System* en *Rechtstheorie, Proceedings of the XIth World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 1, Berlin, Verlag Duncker und Humboldt, 1984, y *Una teoría positivista de derechos* (Primer Simposio de Filosofía del Derecho. Homenaje a Hans Kelsen, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, octubre, 1983). Agradezco profundamente a los profesores Denis Galligan, Javier Esquivel y Ulises Schmill los iluminantes comentarios que hicieron de las versiones previas del trabajo.

ses u oraciones en las que habitualmente es usada.¹³ Siguiendo esta estrategia consideremos, por ejemplo, las siguientes oraciones:

- (1) Aulus Agerius tiene derecho a caminar por la playa.
- (2) Aulus Agerius tiene derecho a nadar en la piscina.
- (3) Aulus Agerius tiene derecho a celebrar contratos.
- (4) Aulus Agerius tiene derecho a que se le pague lo que le es debido.

La siguiente formulación parece captar los rasgos comunes de estos enunciados: ' x tiene derecho a ϕ ' (o simplemente: ' x D, ϕ '). Asumamos que x es Aulus Agerius, el derechohabiente (el sujeto del derecho), y que ' ϕ ' denota una conducta humana: De esta manera, tenemos que ' x D, ϕ ' es la forma general de los enunciados sobre derechos subjetivos.

6. El derecho subjetivo como permisión

En el lenguaje jurídico, de los jueces y abogados, el enunciado ' x D, ϕ ' es generalmente interpretado en sentido de que 'a x le está permitido ϕ ' (' x Per, ϕ '). De hecho, en (1), (2), (3) y (4) se presupone que a Aulus Agerius le es permitido ϕ (cualquiera que sea el caso). La idea de que la conducta que cubre el derecho es una conducta permitida se aprecia fácilmente cuando las frases en que la expresión 'derecho' es habitualmente usada, se intercambian por frases conteniendo el verbo de modo: 'poder'. Así, por ejemplo: (1) puede ser sustituido por 'Aulus Agerius puede caminar por la playa', enunciado que parece estar afirmando en (1); (2), por 'Aulus Agerius puede nadar en la piscina'; (3), por 'Aulus Agerius puede celebrar contratos', etcétera (nótese, sin embargo, que la conversión de (4) enfrenta problemas).

Los usos jurídicos, así como los usos ordinarios, de la expresión 'derecho' normalmente interpretan el enunciado: ' x tiene derecho a ϕ ', como: ' x tiene derecho a hacer como a omitir ϕ ' (x Per, ϕ & x Per, ϕ). Permítaseme llamar a la permisión que incluye la posibilidad de omitir: 'permisión completa'. Ahora bien, en tanto permisión completa el enunciado: ' x tiene derecho a ϕ ', connota la idea de que x es "libre" de hacer (u omitir) ϕ . Esta idea no es sólo habitual sino incluso clásica, los juristas romanos señalaban: "*libertas est facultas eius quod cuique*

¹³ Cfr. Hart, H. L. A., *Definition and Theory in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1953, p. 8.

facere libet".¹⁴ De acuerdo con lo anterior, resulta que Aulus Agerius es libre de usar o no de su derecho. Pero ¿cuándo usa de su derecho? Normalmente se dice que Aulus Agerius usa de su derecho cuando efectivamente ϕ . Esto es, alguien puede tener derecho a ϕ pero *disfruta* de su derecho cuando efectivamente ϕ . En este sentido se dice: 'x ejerce su derecho'.

7. *Permisión expresa*

Antes de la reducción de opciones de comportamiento que el derecho implica, la conducta es optativa; el sujeto se encuentra, por decirlo así, "*libre*" de realizarla u omitirla. Pensemos, por un momento, que ϕ es una conducta "libre", en este sentido, su realización u omisión no se ha visto limitada por el derecho (no se ha hecho obligatoria su realización ni su omisión). Ahora bien, cabe preguntar: ¿una conducta que se encuentra libre de constreñimiento está permitida?, ¿constituye un derecho?, ¿cuando no es obligatorio hacer u omitir, tenemos derecho a ϕ ?

A mi manera de ver, la respuesta se encuentra en el funcionamiento mismo de la permisón. La permisón (*i.e.* el acto de permitir) presupone el hecho de que sin ella, sin la permisón, la conducta no se encuentra permitida. Una clara diferencia entre la conducta "permitida" por ausencia de constreñimiento (en razón de que su realización ni su omisión son obligatorios) y la conducta permitida en virtud de un derecho, radica, precisamente, en que, en el primero de los casos, no existe una *fente jurídica* de la permisón. Mientras que ahí la permisón no es establecida, en el caso de los derechos la permisón es *expresa*.

Permítaseme denominar a la permisón expresa, la establecida por una fuente jurídica: 'permisión fuerte' (permisión *stricto sensu*) y a la que resulta de la ausencia de constreñimiento: 'permisión débil'. La diferencia apuntada podría ser banal e irrelevante si no fuera porque los derechos son conferidos cuando la conducta no es permitida (o para evitar que se prohíba). El enunciado: 'Aulus Agerius tiene derecho a nadar en la piscina' que autoriza a Aulus Agerius a nadar en la piscina, presupone que no todo el mundo puede nadar en la piscina (o que él no podía). El derecho implica una especie de permisón exclusiva, exceptúa. Si a alguien se le concede el derecho de entrar a cierto lugar implica el hecho de que, en principio, no puede hacerlo. Cuando digo

¹⁴ D. I, 5, 4.

puede pasar' con ello expresamente permito. Este es precisamente el efecto de investir a alguien con una permisión. De la diferencia señalada se desprende una consecuencia *práctica* muy importante: en el caso de la permisión débil no existe un fundamento jurídico para ϕ (el sujeto *puede* ϕ porque no está obligada su omisión). En cambio, cuando la permisión está expresamente concedida por un derecho éste, justamente (o, mejor, su fuente), se convierte en un fundamento jurídico para ϕ .

8. La conducta obligada y su permisión

Debemos tener presente que aunque la conducta, objeto de un derecho, se encuentre permitida, no toda la conducta permitida puede explicarse en términos de derechos. Es claro que la conducta obligada *puede* realizarse, i.e. está permitida. Ahora bien, ciertamente la conducta obligada se encuentra permitida, pero es igualmente cierto que ésta no se explica en términos de derechos. La permisión implicada por la obligación se distingue claramente de la permisión *completa* que el derecho subjetivo confiere. Por supuesto, la obligación implica la permisión de la conducta requerida $x O, \phi \rightarrow x Per, \phi$, pero los alcances de esta permisión son restringidos; no se permite la omisión: $\neg(x O, \phi \rightarrow (x Per, \phi \& x Per, \bar{\phi}))$; por el contrario, se prohíbe: $x O, \phi \rightarrow (x Per, \phi \& P, \phi)$. En el caso del derecho subjetivo, el sujeto del derecho puede omitir (no es ilícito omitir, no hace mal si omite) $(x D, \phi \rightarrow x Per, \phi \& x Per, \bar{\phi})$. Esta circunstancia distingue al derecho de aquellas situaciones en que al individuo le está permitido ϕ , pero, en ningún caso, le está permitida su omisión. Por eso creemos que es un error hablar de 'derechos de ejercicio obligatorio'.

De lo anterior se sigue que cuando se permite, i.e. cuando se confiere derechos, se intenta producir una ventaja *práctica* sobre una persona o clase de personas. Todos los actos jurídicos por los cuales se confiere derechos (o se impone obligaciones) pretenden que ciertas cosas ocurran. De esta manera, los actos que confieren derechos (como los que imponen obligaciones) no reflejan un estado de cosas, tienen una función normativa.

9. El derecho subjetivo y su fuente

La descripción de derechos en términos de permisiones y libertades (en el sentido de que ' $x D, \phi = (Per, \phi \& x Per, \bar{\phi})$ '), anteriormente ex-

puesta, corresponde, en gran medida, a nuestras intuiciones sobre derechos. Asimismo, corresponde ampliamente al uso lingüístico de 'derechos' en el contexto jurídico (académico y judicial). Aún más, esta imagen de derechos se conforma con la idea común que asocia a la libertad (con toda su carga emotiva) con cualquier alegato de derechos.

Cabe señalar que la descripción de derechos en términos de permisiones es básicamente correcta. Sin embargo, es muy problemática. Es problemática porque las nociones de permisión y libertad son tanto o más complejas que la de derecho. Hay que esclarecer perfectamente qué se entiende por permisión y libertad para saber qué es el derecho (como vimos, no todo lo que se dice de la permisión conviene al derecho).

Por otro lado, la descripción de derechos subjetivos en términos de permisiones es incompleta. La descripción es incompleta porque no describe cómo surgen los derechos, cómo son establecidos. Ciertamente, el propio funcionamiento de la permisión sugiere la existencia de ciertos actos (los actos que permiten), actos mediante los cuales la permisión se establece.

Sobre este particular señalaba que la permisión que confiere un derecho se diferencia de la conducta "permitida" por ausencia de constreñimiento, precisamente porque la permisión en el caso del derecho es *expresa* y necesita de un acto por el cual es otorgada. La permisión exceptúa, privilegia, beneficia, a alguien de forma expresa. Si es expresa ésta se manifiesta de alguna forma comunicativa; es formulable lingüísticamente (por ejemplo en una disposición legislativa). Si a alguien se le concede el derecho a ϕ quiere decir que antes de tal concesión (antes de tener derecho) *no podía jurídicamente* ϕ . Cuando se otorga un derecho, con ello jurídicamente se permite.

De lo anterior se sigue que el derecho subjetivo presupone, siempre, *una fuente que lo establece*. Sobre el particular permítaseme señalar lo siguiente: un derecho (subjetivo) existe si, y sólo si, hay una *fuentes* que determine su contenido y existencia. Por 'fuente' (del derecho) entiendo aquellos actos por virtud de los cuales una disposición jurídica (i.e. norma jurídica) es válida y su contenido identificado. Como podría ser uno o más actos legislativos, conjuntamente con otros actos, tales como la celebración de un contrato, la confección de un testamento, etcétera.¹⁵

¹⁵ Cfr. Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Ox-

En virtud de que la existencia de una fuente apropiada (e.g. una ley del Congreso, una ley y un contrato) es una condición de la existencia de un derecho, entonces la existencia de una disposición jurídica (i.e. norma jurídica) que establezca que $x D, \phi$ ($n [x D, \phi]$) es condición necesaria para que x tenga un derecho a ϕ .

De esta manera tenemos que (1), (2), (3) y (4) son enunciados verdaderos si, y sólo si (para cada uno de los enunciados considerados), existe una fuente de derecho que confiera a Aulus Agerius un derecho a ϕ . Dicho de otra forma: Aulus Agerius tiene derecho a ϕ , si existe una norma n que establezca (que confiera) un derecho en tal sentido, $n [x D, \phi]$ constituye el único fundamento jurídico para que x tenga derecho a ϕ (paso por alto el hecho de que pueda haber otros fundamentos *no jurídicos* por los que x pretende tener un derecho).

Por todo lo anterior participo de la creencia de que una apropiada explicación de los derechos (subjetivos) debe partir de una satisfactoria descripción de los actos que establecen derechos, esto es, debe partir de una satisfactoria descripción de las normas o disposiciones que confieren derechos subjetivos. ¿Cuáles son las características generales de estas normas?¹⁶ No pretendo abordar aquí todas las características de dichas normas. Sin embargo, me propongo señalar algunos aspectos.

10. Los derechos y su *perímetro protector*¹⁷

La explicación del derecho en términos de permisiones concentra sólo su atención en la conducta permitida y descuida otros aspectos importantes del derecho subjetivo. Tal es el caso de las relaciones que el derecho subjetivo implica.

Debemos tener presente que la conducta que es contenido de un derecho se encuentra estrechamente relacionada con la conducta de los demás y, en alguna medida, depende de la acción de los demás. No es extraño que una de las ideas persistentes en la teoría del derecho sea

ford, Oxford University Press, p. 47. (Existe versión española de Rolando Tamayo y Salmerán: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 67.)

¹⁶ Cfr. MacCormick, Neil D., "Rights in Legislation", en Haeker, P. M. S. y Raz, J. (Eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 89 y ss.

¹⁷ La idea del *perímetro protector* de los derechos está tomado de J. Bentham. (Cfr. Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982, pp. 162 y ss.)

aquella que considera a los derechos como correlativos de la obligación de otros (no es parte de mi argumento defender la idea de que los derechos sean un mero reflejo de las obligaciones).

En párrafos anteriores señalé que cuando un legislador establece una norma que otorga derechos, quiere que algo ocurra. La norma que confiere derechos a un individuo tiene una función normativa. La norma que establece que Aulus Agerius tiene derecho a ϕ , introduce ciertas *direcciones*, para él como *para los demás*. Hemos visto que los derechos funcionan como una señal *práctica* que indica que alguien tiene una razón (un fundamento) jurídico para hacer ϕ , y, lo que es muy importante, los demás lo entienden así. Estos últimos no tienen fundamento jurídico para ϕ ; *por tanto, se encuentran en el perímetro del derecho de Aulus Agerius*.

Considérese el caso en que una norma confiere el derecho de propiedad a Aulus Agerius sobre un inmueble, *i.e.* existe un n que señala que $x D, \phi$ (' ϕ ', en el caso, significa '*ius utendi, fruendi et abutendi sobre un inmueble*') y Aulus Agerius satisface los requisitos de su conferimiento. La norma respectiva proporciona un fundamento a Aulus Agerius para ϕ , pero no concede el mismo a los demás. Supongamos que ψ es aquella conducta que obstruye a Aulus Agerius el disfrute de su derecho. El mismo fundamento jurídico que permite a Aulus Agerius ϕ se convierte en el fundamento jurídico (con independencia de que pudiera haber otros) para que Numerius Negidius, como cualquiera otro, se abstenga de ψ , *i.e.* de interferir en el derecho de Aulus Agerius. De esta manera el derecho de Aulus Agerius a ϕ (usar, disfrutar y disponer de un inmueble) incluye débilmente (en el sentido de normación no expresa) el deber de Numerius Negidius, como de cualquier otro, de no obstruir a Aulus Agerius en el uso de su derecho. Habría que señalar que, aparte de incluir el deber de no obstrucción de los demás, también incluye (débilmente) la incapacidad de los demás para cambiar la situación de Aulus Agerius.

Lo anteriormente señalado puede resumirse así: $n [x D, \phi]$ además de conferir un derecho a Aulus Agerius (o porque lo confiere) implica para Numerius Negidius, como para los demás:

- a) el deber de no ψ (no obstruir), y
- b) la incapacidad para cambiar la situación de Aulus Agerius.

Habría que añadir que el establecimiento del derecho limita la con-

ducta permitida. Aulus Agerius no hace mal jurídicamente si ϕ , pero sólo dentro de los límites de su derecho.

11. *Facultas exigendi*

Parece claro que la norma que confiere derechos intenta otorgar a una persona o clase de personas una ventaja *práctica*. Sin embargo, el derecho representa efectivamente una ventaja *práctica* para Aulus Agerius cuando todos los demás siguen una correspondiente línea de conducta, i.e. no obstrucción. De hecho, Aulus Agerius disfruta de un derecho a ϕ sólo en tanto que Numerius Negidius, como cualquier otro, no le impide hacer uso de su derecho. Pero, ¿qué pasa si lo impiden? ¿No sería un sinsentido describir tal estado de cosas como el derecho de Aulus Agerius?, ¿acaso estos hechos ponen en tela de juicio el derecho de Aulus Agerius, no obstante la existencia de una norma que se lo confiere?, ¿tiene aún derecho si cede?, ¿puede pedir a los demás que se abstengan de interferir? Para solucionar estos problemas, nuevos presupuestos tienen que ser introducidos.

Considérese el caso en que Aulus Agerius tiene un derecho de paso (servidumbre de paso) por el cual puede atravesar la propiedad de Q. Furius Praedius. La existencia de una n que establezca tal derecho hace que Aulus Agerius tenga un fundamento jurídico para ϕ (atravesar el predio). La más importante consecuencia que se deriva de $n [x D, \phi]$ es que Aulus Agerius no hace mal (jurídicamente) si ϕ , i.e. si ejercita su derecho. Al mismo tiempo, como señalé, $n [x D, \phi]$ se convierte en una razón para que los demás se abstengan de ψ (interferir). Además de estas consecuencias, a las que ya había aludido, el derecho de Aulus Agerius incluye la *facultad de exigir* que los demás realicen la conducta correspondiente.

Supongamos que en el caso de nuestro último ejemplo, Numerius Negidius ψ , impidiendo a Aulus Agerius el ejercicio de su derecho a ϕ . En tal situación Aulus Agerius puede dirigirse a Numerius Negidius y exigir que no interfiera. Aulus Agerius puede dirigirse a Numerius Negidius en los siguientes términos: 'te pido que dejes de interferir'. Aulus Agerius puede dirigirse así a Numerius Negidius porque tiene un fundamento jurídico para hacerlo, a saber: $n [x D, \phi]$. Es precisamente $n [x D, \phi]$ el fundamento de la *facultas exigendi* de Aulus Agerius. Por supuesto, la *facultas exigendi* no opera sólo contra aquellos que se encuentran en el perímetro (como el caso de Numerius Negidius) sino, también, y en especial, contra aquel que está más directamente invo-

lucrado con el derecho de Aulus Agerius, como es el caso de Q. Furius Praedius. Éste no sólo debe omitir ψ (obstruir), sino tiene que cooperar para hacer efectivo el derecho de Aulus Agerius. Si en vez de cooperar levanta barricadas, abre zanjas, mina el terreno, Aulus Agerius puede exigirle el comportamiento correspondiente.

La exigencia de Aulus Agerius ¿es una petición mayor o menormente fundamentada?, ¿constituye una súplica?, ¿qué alcances tiene? Joseph Raz explica una característica de las peticiones,¹⁸ la cual me parece relevante para la explicación de la *facultas exigendi*. Supongamos que un hombre hace una petición y se le dice, en respuesta, que su petición ha sido considerada, pero que al evaluarse se encontró que las razones en contra de la acción requerida superaban la petición. El peticionario no sentirá que su petición no fue considerada.

Sobre este particular no tendría nada de qué lamentarse; tiene que conceder que él no intentaba más que el destinatario tomara en cuenta su petición. ¿Es esto lo que pretende Aulus Agerius al dirigirse a Numerius Negidius diciéndole: 'deja de interferir'?, ¿es lo que tiene en mente cuando le dice a Q. Furius Praedius: 'deja pasar'?

De hecho, Aulus Agerius no considera su reclamación como si fuera cualquier otra razón para agregar a las consideraciones por las cuales Numerius Negidius (o, en su caso, Q. Furius Praedius) determinará qué hacer. Más que una petición parece una orden. Esta reclamación no es una mera súplica sino, más bien, una advertencia. Permítaseme llamar a esta orden o advertencia: '*editio actionis*' como lo hacían los antiguos romanos.¹⁹ Ciertamente Aulus Agerius no considera su *editio* como una mera petición, como una razón más para ser considerada. Aulus Agerius pretende que Numerius Negidius considere la *editio* como una razón para actuar, con independencia de cualesquiera otras razones en contra que Numerius Negidius pudiera tener.

No obstante que el lenguaje usado pudiera hacer que la *editio* pareciera un ruego o una súplica (e.g. 'le agradecería que...' 'sería tan amable de...'), la formulación de una *editio* presupone siempre un operador del tipo: '*ego exigo*'.

Al dirigir una *editio*, Aulus Agerius ejerce una específica facultad: la *facultas exigendi*. El punto importante es que la *facultas exigendi* tiene que ser apropiadamente conferida a alguien. Aulus Agerius requiere ser *facultado* para exigir de los otros (de Numerius Negidius o, en su

¹⁸ Cfr. Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, cit., pp. 14-15.

¹⁹ Cfr. D. 2, 13, 1, pr.

caso, de Q. Furius Praedius) cierta acción. ¿De dónde deriva Aulus Agerius su *facultas exigendi*? La respuesta es clara: de la norma que confiere a Aulus Agerius un derecho a ϕ .

12. Otras facultades incluidas en los derechos

Voy a señalar algunos aspectos de los derechos que, como los anteriores, se verían oscurecidos si estas relaciones se describieran en términos de obligaciones. En particular quiero referirme al poder que tiene el derechohabiente para *renunciar a su derecho* y, en ciertas circunstancias, extinguir la obligación correlativa. Es claro que en cualquiera de los casos considerados Aulus Agerius puede no hacer uso de su derecho, lo cual no implica que renuncie a él. Sin embargo, Aulus Agerius puede renunciar a su derecho (de forma que deja de tenerlo definitivamente y no sólo de hacer uso de él).

El poder de renunciar a un derecho es particularmente significativo cuando la renuncia tiene como consecuencia *la extinción de la obligación correlativa*. Supongamos que Aulus Agerius presta, en calidad de mutuo, cien *asses* a Numerius Negidius, quien se obliga a devolverlos en cierto tiempo. Una vez expirado el plazo, Aulus Agerius tiene derecho a que Numerius Negidius le pague los cien *asses* que le debe. Se pueden dar diferentes situaciones: Numerius Negidius puede pagar espontáneamente; puede incurrir en mora, haciendo necesario que Aulus Agerius ejercite su *facultas exigendi*, dirigiéndole una *editio*; puede, en fin, perseguir judicialmente su derecho.

Sin embargo, puede darse el caso de que Aulus Agerius renuncie al pago, extinguiéndose con ello la obligación de Numerius Negidius. ¿De qué resulta esto?, ¿de la obligación de Numerius Negidius o del derecho de Aulus Agerius? Esta específica consecuencia sólo puede derivarse del derecho de Aulus Agerius. Esto es prácticamente evidente: Numerius Negidius sólo dispone de un medio para extinguir la obligación: el cumplimiento. Es claro que el poder de renunciar a su derecho y el poder de extinguir la obligación correlativa que tiene Aulus Agerius deriva de la norma que le confiere el derecho a ϕ .

13. El carácter prima facie de los derechos

Aunque la anterior descripción introduce un aspecto relevante de los derechos (subjetivos), a saber: que los derechos dependen de actos creadores de derechos, parece que tal descripción proporciona una ex-

plicación parcial del funcionamiento de los derechos. Considera a los derechos de forma aislada.

Supongamos que en un orden jurídico específico cierto tipo de legislación constituye la única fuente apropiada de derechos. Así, Aulus Agerius tiene derecho a ϕ si, y sólo si, existe una n tal que establezca que $x D, \phi$ y Aulus Agerius satisface las condiciones de su conferimiento. Supongamos que en tal sistema jurídico ψ es un tipo de conducta absolutamente incompatible con ϕ (de tal manera que la realización de ϕ es sólo posible si se omite ψ) y que existe una n que establece que $x D, \psi$ y Numerius Negidius satisface las condiciones de su conferimiento. En tal caso los enunciados: 'Aulus Agerius tiene derecho a ϕ ' y 'Numerius Negidius tiene derecho a ψ ' describen estados de cosas que no pueden coexistir. No obstante la respectiva fuente de derecho, esto es, no obstante que $n [x D, \phi]$ y de que $n [x D, \psi]$, no podemos saber, de forma concluyente, si Aulus Agerius tiene derecho a ϕ . Si decimos que Aulus Agerius tiene derecho a ϕ , ¿sobre qué base negamos a Numerius Negidius el derecho de ψ ? Si, no obstante la existencia de la norma que confiere derechos (y no obstante que Aulus Agerius satisface los requisitos de su conferimiento), no podemos decir que Aulus Agerius tenga derecho a ϕ , entonces la descripción de derechos no es aún satisfactoria. Más aún, si decimos que Aulus Agerius sí tiene derecho a ϕ , entonces la descripción no es una descripción completa, toda vez que tenemos que introducir otros aspectos para que ese enunciado sea verdadero.

Sin embargo, desde el punto de vista de Aulus Agerius y de Numerius Negidius, ambos se encuentran en posición de pretender que tienen derecho en virtud de la existencia de la norma respectiva que se los confiere y en razón de que satisfacen las condiciones de su conferimiento. No obstante, no podemos decir algo concluyente sobre el conflicto de derechos (éste sólo puede ser resuelto concluyentemente por los tribunales).

Es cierto que en el caso de Aulus Agerius no estamos en situación de decir algo *concluyente* sobre su derecho. Pero también es verdad que la específica fuente de derecho que se lo concede, efectivamente existe (hecho muy importante que no puede ser pasado por alto). Esta circunstancia nos permite afirmar el carácter *prima facie* de los derechos subjetivos. De esta forma ' $n [x R, \phi]$ ' es equivalente a ' $P \vdash x R, \phi$ ' (la norma que confiere un derecho a x para ϕ , concede sólo un derecho *prima facie*). El carácter *prima facie* de los derechos no altera o reduce

su función normativa, por el contrario nos permite entender en qué consiste y en qué se fundamenta. '*Prima facie*', no significa un 'aparente derecho' o un 'pseudo derecho', significa 'un derecho que *puede ser superado por otras consideraciones jurídicas*'. El otorgamiento de derechos *prima facie* es un factor de la mayor importancia en cualquier explicación de derechos subjetivos.

Cualquier afirmación sobre derechos, presupone la existencia de una fuente de derecho para cada derecho subjetivo en particular. De esta forma tenemos que la tesis de las fuentes de derechos subjetivos²⁰ proporciona el primer criterio para la identificación de un derecho. Si un pretendido derecho no satisface este criterio, *i.e.* si no puede ser identificado por una apropiada fuente de derecho, entonces no es un derecho jurídicamente hablando (aunque pudiera haber otros fundamentos para su justificación). Todo derecho *prima facie* satisface el criterio.

Un derecho subjetivo (o, simplemente, un derecho) existe si existe $n [x D, \phi]$, con independencia de si entra en conflicto con otro e independientemente de su efectivo ejercicio. De esta forma, Aulus Agerius tiene un derecho a ϕ si existe una n que establezca que $x D, \phi$ y Aulus Agerius satisface las condiciones de su conferimiento. Esta afirmación parece ser contrafáctica, sin embargo está lejos de serlo. Muchas consecuencias prácticas de los derechos subjetivos (aunque tengan carácter *prima facie*) derivan del hecho de haber sido jurídicamente establecidos (*i.e.* otorgados mediante una apropiada "fuente", por ejemplo $n [x D, \phi]$). Asimismo, muchas de sus consecuencias normativas se explican, precisamente en virtud de su carácter *prima facie* (¿para qué se iría a tribunales a resolver conflictos de derechos si éstos fueran, desde el principio, absolutos y concluyentes?).

Es necesario hacer notar que el derecho de Aulus Agerius se considera que existe sólo porque existe una norma que le otorga tal derecho (independientemente de si va a haber una persecución judicial o no). Goza de una ventaja *práctica* al tener un fundamento jurídico para ϕ ; por tanto, no hace mal (no es ilícito) si ϕ . Supongamos que Aulus Agerius efectivamente ϕ y que Numerius Negidius no ψ (o viceversa). Piénsese incluso en el caso de que Aulus Agerius renuncia a su derecho a ϕ . ¿Qué acaso no pueden describirse estas situaciones como el ejercicio (o no ejercicio) de un derecho o como la renuncia de un derecho?

²⁰ Cfr. Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, cit., pp. 37-52. (Cfr. *Id.*, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, cit., pp. 55-73.)

Otras consecuencias (*prima facie*) de los derechos pueden ser consideradas. Supongamos que Aulus Agerius tiene un derecho a ϕ y que no existe ningún fundamento jurídico independiente que imponga a Numerius Negidius el deber de no obstruir el derecho de Aulus Agerius. Aun así, sería ilícito para Numerius Negidius impedir a Aulus Agerius usar de su derecho, aunque no exista ninguna norma independiente que imponga a Numerius Negidius el deber de no interferir. En tanto que el derecho de Aulus Agerius es suficiente para considerar que Numerius Negidius no debe ψ o que sería ilícito si ψ , entonces $n [x D, \phi]$, además de conceder un derecho a Aulus Agerius (o precisamente porque lo concede) funciona como norma que impone deberes.

Tal posición puede encontrar una fuerte oposición. Especialmente por aquellos tratadistas que conciben a los derechos subjetivos como meros "reflejos" de las obligaciones. No es mi intención atacar esa postura. Simplemente quiero señalar que ciertos aspectos de las relaciones jurídicas producidas por los derechos se verían oscurecidas o distorsionadas si se explicaran en términos de obligaciones (*i.e.* como reflejo de las obligaciones).

Consideremos el mismo caso (n concede a Aulus Agerius un derecho a ϕ y no existe norma jurídica independiente que imponga a Numerius Negidius el deber de ψ). Supongamos que esta situación origina una controversia judicial (Numerius Negidius se resiste a dejar de obstruir y Aulus Agerius decide perseguir su derecho judicialmente). Este caso está lejos de encontrarse ante una "laguna de derecho" (ausencia de una norma aplicable al caso). La cuestión jurídica tiene una respuesta; existe un derecho aplicable, a saber: $n [x D, \phi]$. Teniendo en cuenta que los tribunales tienen el deber de *aplicar el derecho* (resolver las controversias en base al derecho aplicable), la decisión, si es correcta, sería la de establecer por sentencia (de manera concluyente) que efectivamente Aulus Agerius tiene derecho a ϕ . Una de las consecuencias prácticas de esta decisión judicial es que Numerius Negidius, en tanto que no tiene ningún fundamento jurídico para ψ , ilícitamente ψ . Otro caso en que se aprecia el funcionamiento de derechos sin recurrir al concepto de obligación, es cuando, a ciencia cierta, no sabemos "quién tiene el mejor derecho". (Estos casos son comunes en derecho sucesorio, en los concursos o quiebras, etcétera.)

14. Epílogo

Este tipo de casos nos permite apreciar el papel tan importante que

juegan los derechos en el proceso jurisdiccional (en la actividad de los tribunales). Admito que estos casos presuponen muchas otras cuestiones jurídicas (e.g. reconocimiento por parte de los tribunales del derecho existente, problemas de identidad y eficacia del derecho, cuestiones de interpretación, problemas de prueba, etcétera). Sin embargo, estos casos nos ayudan a descubrir hechos de importancia para el entendimiento del funcionamiento de los derechos.

Se podría argumentar que esta descripción de derechos (y sus aplicaciones *prácticas*) se encuentra respaldada por el hecho de que los individuos así han “aprendido a reaccionar” ante los derechos. Los derechos se encuentran revestidos de una función social específica. Por ello creo que es básicamente correcto señalar que el término ‘derecho’ funciona como una *señal práctica*, en nuestra coexistencia social.²¹

Algunos tratadistas podrían considerar que una descripción de este tipo no es completamente exacta en virtud que pasa por alto otros aspectos que parecen necesarios para describir una “situación de derechos”. Muchos autores que pudieran estar dispuestos a aceptar que las implicaciones prácticas descritas generalmente acompañan a los derechos, estarían renuentes a aceptar que estas implicaciones prácticas se derivan del mero hecho de su establecimiento (i.e. de la existencia de $n [x D, \phi]$). Asimismo, muchos autores que pudieran estar dispuestos a admitir que los individuos efectivamente tienen cierta noción sobre las implicaciones prácticas de los derechos, estarían renuentes a aceptar que la reacción de los individuos ante los derechos se debe sólo a la existencia de las normas que los establecen.

Ciertamente, es claro que los individuos han aprendido a reaccionar ante los derechos y, por ello, los derechos realizan una importante función social. Esta función social de los derechos es, por ejemplo, presupuesta por la legislación, cuyo objetivo es llevar a cabo ciertas consecuencias prácticas en la sociedad. La “intención del legislador” es de que un estado de cosas corresponda al “sistema de derechos” legislado.²²

Hemos señalado que el término ‘derecho’, al igual que otras expresiones jurídicas (e.g. ‘contrato’, ‘obligación’), funciona como señal jurídica. Pero ¿señal para qué?, ¿de qué advierte a los individuos?, ¿qué les recuerda? La respuesta inmediata es que les advierte a los individuos que todas las consecuencias *prácticas* que se siguen de los hechos so-

²¹ Cfr. Arnholm, C. J., “Olivecrona on Legal Rights”, *Scandinavian Studies of Law*, vol. VI, 1962, pp. 11-31.

²² Cfr. Arnholm, C. J., “Olivecrona on Legal Rights”, *cit.*, p. 18; Olivecrona, Karl, *Law as Fact*, Londres, Stevens and Son, 1971, pp. 180 y ss.

ciales designados por dicha señal son, precisamente, *jurídicas*. Le recuerda a los individuos el hecho de que se encuentran pisando en el terreno del derecho y las personas tiene una *vívida* noción de cómo ocurren las cosas en el campo del derecho.

El presupuesto que subyace detrás de estas últimas ideas es de que las consecuencias *prácticas* de los derechos son más bien resultado del funcionamiento del sistema jurídico. Esto es, las consecuencias prácticas de los derechos son, directa o indirectamente, el efecto del funcionamiento de ciertas instituciones jurídicas cuyo objetivo primordial, se dice, es el de *proteger el derecho* de los individuos.

Tenemos que conceder que los derechos pueden ser hechos efectivos tan pronto como el "transgresor" ve al derechohabiente aparecer en el horizonte. Frecuentemente, también, la *editio* es suficiente. Sin embargo, cabe preguntar ¿esto es así porque el transgresor reconoce el derecho en cuestión? (admito que puede ocurrir) ¿o quizás porque la *editio* "activa" otras razones existentes? Supongamos que Numerius Negidius es un recalcitrante y, no obstante la *editio* de Aulus Agerius, dice 'no'. ¿Termina con esto el episodio del derecho de Aulus Agerius?

La mayor parte de las personas difícilmente pensarían así. El conocimiento común sugiere que existe una *continuación*, y, de hecho, la *editio* anuncia los pasos subsiguientes: la acción que Aulus Agerius va a interponer.²³ De esta manera la *editio* (*actionis*) puede ser formulada como sigue:

Numerius Negidius; *ego exigo te...* no ψ o iniciaré un proceso en tu contra.

Las *editiones* son interpuestas para hacer que el destinatario actúe, "activando razones existentes", a saber: la existencia de una maquinaria judicial. Consecuentemente, la *editio actionis*, es también una señal jurídica: es un *ultimatum* para el transgresor del derecho.

²³ Cfr. D. 2. 13, 1, 1, *pr* (*in fine*).

CAPÍTULO V. EL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA . . .	79
1 Introducción	79
2 Significado de 'persona'.	80
3 Persona iuris	84
4 Persona y homo	86
5 Alterae personae	88
6 Análisis del concepto de persona jurídica	89
7 Algunos problemas que origina la noción de persona	91
8 La teoría	93

EL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA *

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Significado de 'persona'*. 3. *Persona iuris*. 4. *Persona y homo*. 5. *Alterae personae*. 6. *Análisis del concepto de persona jurídica*. 7. *Algunos problemas que origina la noción de persona*. 8. *La teoría*.

1. *Introducción*

El concepto de persona jurídica tiene una larga y complicada historia. Es el fruto de una lenta y fatigosa elaboración conceptual, en la cual se refleja toda la historia de la dogmática y la experiencia jurídicas.¹ Los varios significados de 'persona', los de su equivalente griego: *πρόσωπον* y sus derivaciones modernas han sido objeto de muchas controversias entre filólogos, juristas, filósofos y teólogos. En la actualidad 'persona jurídica' ('legal person', 'personne juridique', 'juristische Person') es un término jurídico altamente técnico,² con el cual los juristas normalmente se refieren a una entidad dotada de existencia jurídica, susceptible o capaz de ser titular de derechos subjetivos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas.

Debo advertir que en la explicación de la noción de persona jurídica

* Este capítulo apareció en forma de artículo en el libro de homenaje al inolvidable maestro Roberto L. Mantilla Molina (*Estudios de derecho en memoria a Roberto Mantilla*, ed. por Jorge Barrera Graf, México, Porrúa, 1984, pp. 733-745.)

¹ Cfr. Orestano, Riccardo, "Persona e persone giuridiche nell'età moderna", en *Azione, Diritti soggettivi. Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bolonia, Il mulino, 1978, pp. 193 y ss. Sobre la historia de 'persona' véase: Mochi Onory, "Personam habere", en *Studio Besta*, Milán, 1938, t. III, pp. 417 y ss.; Schlossmann, N., *Persona und Πρόσωπον im Recht und im christliche Dogma*, Kiel, Universität Programm, 1906; Schorr von Carolsfeld, *Geshichte der juristischen Person*, Maguncia, 1933; Nédoncelle, Πρόσωπον et persona dans l'antiquité classique: Essai de bilan linguistique", en *Revue de Sciences Religieuses*, vol. 22, 1948, p. 277; Duff, Patrick William, *Personality in Roman Private Law*, Nueva York; Augustus M. Kelly, 1971 (reimpresión de la edición de Cambridge University Press, 1928); Ferrara, Francisco, *Teoria delle persone giuridiche*, Nápoles, Eugenio Marghiere, 1923; Nass, Gustav, *Person, Persönlichkeit und juristische Person*, Berlín, Duncker & Humblot, 1964; etcétera.

² Duff, Patrick W., *Personality in Roman Private Law*, cit., p. 1.

hago profusa referencia a los textos romanos. Esto no es ociosa erudición, se debe a que, como intentaré demostrar, fueron los jurisconsultos romanos los que dieron a la expresión '*persona*' su significado jurídico originario, significado que, a la postre, se convertiría en la noción dogmática de persona jurídica.

Prácticamente todos los teóricos del derecho coinciden en señalar que '*persona*' constituye un concepto jurídico fundamental. Sin embargo, su uso no se limita a la teoría general del derecho. La noción de persona es un concepto dogmático y técnico: aparece en el lenguaje de juristas y en el de jueces y abogados, así como en los textos de derecho positivo. No obstante, la expresión '*persona*' no es exclusiva del discurso jurídico. Por el contrario, procede de campos muy alejados del derecho.³

La expresión '*persona*' es equívoca y polisémica. Esta circunstancia constituye una fuente de problemas para penetrar sus usos jurídicos. Un correcto entendimiento de los usos de '*persona*' en el discurso jurídico requiere de un adecuado conocimiento de su significado paradigmático y de su traslado al campo del derecho.

2. Significado de '*persona*'

La etimología de la palabra, no obstante algunos problemas, ha sido claramente establecida. Se ha corroborado ampliamente la percepción de Aulo Gellio (c. 130 a C-?) de que la locución latina '*persona*' deriva de '*personare*':⁴ 'resonar', 'reverberar'; (de '*per*': 'intensidad' y '*sonare*':⁵ 'hacer ruido', 'sonar').⁶

En todo caso, entre los latinos el significado originario de '*persona*' fue el de 'máscara' (*larva hystrionalis*).⁷ '*Persona*' designaba una careta que cubría la cara del actor cuando recitaba en una escena. El actor

³ Cfr. Esquivel, Javier, "La persona jurídica", en *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*, México, UNAM, 1979, p. 33.

⁴ *Persono, as, are, sonui, sonitum*.

⁵ *Sono, as, are, sonui, sonitum*.

⁶ *Sonare*, a su vez, de *sonus*, i: sonido. *Sonus*, proviene del sánscrito: *svan*, sonar, entonar; de ahí, *son-u-s, son-i-tus, per-son*.

⁷ Duff, Patrick W., *Personality in Roman Private Law*, cit., p. 3; Ferrara, Francesco, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 338; Nass, Gustav, *Person, Persönlichkeit und juristische Person*, cit., pp. 10-11. Sobre la etimología de '*persona*' véase: Blumental en *PVRE*, vol. 19, 1, pp. 1036-1040; Ernout-Meilhot, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1959.

en el drama se enmascaraba.⁸ El propósito de la máscara era hacer la voz del actor vibrante y sonora.⁹

Poco después, la voz '*persona*' pasó a designar al propio actor enmascarado: al personaje. Esta transición puede apreciarse en la conocida expresión: '*dramatis personae*' con la que se designaban las máscaras que habrían de ser usadas en el drama. Probablemente este sentido era ya metafórico y significaba 'las partes que habrían de hacerse en la obra'. Muy naturalmente '*personae*' llegó a significar 'las personas del drama', 'los personajes'. En este sentido la usa Publio Terencio (185-153 a C).¹⁰

De esta forma, '*persona*' significaba: (1) 'el personaje que es llevado a escena',¹¹ o bien (2) 'el actor que lo caracteriza'.¹² Esto condujo al significado más generalizado de '*persona*' que Jacopo Facciolati (1682-1769) describe así: "*ipse homo quatenus hanc vel illam personam gerit*", i.e. el hombre en tanto que actúa o hace su parte.¹³ Este último significado asocia, de forma imperceptible, '*persona*' y '*homo*'. Sin embargo, entre estos términos existe una clara diferencia: *persona* es un *homo*, actuando. '*Ea persona*' puede significar '*homo*', pero teniendo en cuenta el *papel*, *calidad*, *posición* que ocupa.¹⁴ La asociación con

⁸ En este sentido Marco Tulio Cicerón: *Φαντομοποιήτειον ergo et ὑπεόν in castra* (Epis. ad Atticum, XIV, 22).

⁹ Lepide, mi hercules, et scite Cavius Bassus, in libris, quos de origine vocabulorum composuit, unde appellata "persona" sic interpretatur: a "personando" enim id vocabulum factum esse coniectat. Nam caput inquit et os coperimento personae tectum undique unaque tantum vocis emittendae via pervium, quoniam non vanaque diffusa est, sed in unum tantum modo exitum collectam coactamque vocem ciet magis claros canorosque sonitus facit, quoniam igitur indumentum illud oris clarescere et resonare vocem facit, ob eam causam persona dicta est, "o" littera propter vocabuli formam productione (Aul. Cell., Noct. Att., 5, 7).

En la necrópolis de Corneto Tarquino, en la tumba de los augures, aparece, junto al rostro de un mimo enmascarado, la inscripción: '*persu*'. La expresión etrusca: '*persu*' suena *perso* en latín. De ahí pudo haber surgido el verbo '*personare*' (Skutsch, *Archiv für Latein. Lexicographie*, XV, i.).

¹⁰ *Colax Meneandri est; in est parasitus colax et miles gloriosus; eas se non negat personas trastulisse in Eunuchum suam ex graeco; sed eas fabulas factas prius latinus scisses...* (Eunuchus, Prol., 30-34).

¹¹ Al principio de las comedias de Tito Maccio Plauto (c 254-184 a C) y de Publio Terencio (185-159 a C) leemos la lista de *personae* cabe notar, sin embargo, que la lista de *personae* que anteceden las comedias no son contemporáneas a su composición, fueron adicionadas después (cfr. Duff, Patrick W., *Personality, in Roman Private Law*, cit., p. 4 n. 2).

¹² Cfr. Duff, Patrick W., *Personality in Roman Private Law*, cit., pp. 4-5.

¹³ *Totius Latinitatis Lexicon*, (1771), 1858-1887.

¹⁴ Cfr. Duff, Patrick W., *Personality in Roman Private Law*, cit., p. 5.

'homo' parece natural: sólo los seres humanos protagonizan a alguien o algo en la escena.

En el lenguaje del teatro se usaban las expresiones: '*personam gerere*', '*personam agere*', '*personam sustinere*' para significar que se hacía en el drama la parte de alguno, que se representaba a alguien.¹⁵ Cuando decimos de un actor '*personam gerit senis*' queremos indicar que éste hace la parte de un anciano (e.g. el papel de Sino o Chenes en la *Andria* de Publio Terencio). Aquel que realiza un papel, que actúa como alguien, que representa a alguien o hace las veces de él, es una *persona*. De esta forma tenemos que la *persona* (un actor enmascarado) "personifica" a alguien (originalmente, a los personajes de la obra), hace un papel. El origen y el significado teatral de '*persona*' están fuera de discusión.¹⁶ Aún más, los posteriores usos de '*persona*' se derivan de su significado dramático.

El significado dramático de '*persona*' penetró en la vida social. Por extensión metafórica se aplica a todas las "partes" (dramáticas) que el hombre hace en la "escena" de la vida. Es este sentido el que tiene en Cicerón cuando dice: "...tres personas unus sustineo, meam, adversari, iudicis..." (*De Oratore*, 2, 24, 102). Así como el actor en el drama representa la parte de alguno, los individuos, en la vida social, "representan" alguna función. En este sentido se decía: '*gerit personam principis*', '*gerit personam consulis*', etcétera. En este sentido '*persona*' significa 'posición', 'función', 'papel'.¹⁷ Este significado de persona no es especialmente tardío; aparece en Platón (*De Rep.*, X), en Aristóteles (*Pol.*, V) y en la ética estoica ("*die Rolle, die jmand in Leben spielt*").¹⁸

La persona, consecuentemente, *funge* como algo, hace las veces de alguien, *protagoniza* un papel, una parte; en suma: *personifica* un rol social.

Un elemento perturbador en los usos de '*persona*' aparece con las reflexiones patristicas. Ciertos dogmas del cristianismo (i.e. los misterios de la Trinidad, de la Encarnación, el *corpus* místico de la Iglesia, etcétera) hicieron necesario el uso de '*persona*': Dios es tres personas distintas, pero un solo individuo. Los griegos llamaban a los entes trinitarios: *ὑπόστασις*, palabra que los teólogos latinos traducían por '*perso-*

¹⁵ Ferrara, Francesco, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 338.

¹⁶ Cfr. Orestano, Riccardo, "Persona e persone giuridiche nell'età moderna", cit., p. 194 n. 3.

¹⁷ Ferrara, Francesco, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 339.

¹⁸ Nass, Gustav, "Person", *Persönlichkeit und Juristische Person*, cit., p. 11.

na'.¹⁹ El término ya existía, pero al aplicarlo a Dios se hizo necesario darle un nuevo sentido filosófico.²⁰ En este sentido teológico '*persona*' viene a significar 'individuo racional, parte divino, parte humano'. Así, Boecio (c. 480-525) definía '*persona*' como '*naturae rationabilis individua substantia*' (*Contra Eutychen*, § 5). Esta noción de persona predominó en toda la teología posterior y tuvo enorme influencia en la filosofía.²¹ Estas ideas arrojarían cierta confusión en los usos jurídicos de '*persona*'.

En la Edad Media y en la época moderna '*persona*' conservó el significado de portador de dignidades:²² "*ipse homo, quatenus homo vel illam personam gerit*" (Jacopo Facciolati, *loc. cit.*).

La concepción filosófica que habrá de repercutir hasta nuestros días, está contenida en el pensamiento de Immanuel Kant (1724-1804).²³ Para Kant la persona tiene un valor incondicional, absoluto: es fin en sí misma. Esta característica convierte a la persona en sujeto moral, objeto de predicación moral. El ser humano para Kant es persona en virtud de su racionalidad y autonomía moral.²⁴ Desde entonces la idea de persona quedó asociada con las cualidades de racionalidad y autonomía (libertad). La concepción kantiana de persona se introdujo en el mundo jurídico: persona jurídica es un ente dotado de razón y voluntad libre.²⁵

Una peculiaridad de '*persona*', la cual se refleja en los usos jurídicos de la expresión, se advierte, sobre todo, en las propiedades que persistentemente se le adscriben a la persona (aptitud o capacidad moral, racionalidad, autonomía, dignidad); son propiedades *no empíricas*. Dichas propiedades no se refieren a algo biológicamente dado; no son como los predicados 'bípedo' o 'mamífero'.²⁶ Las cualidades de una persona son *cualidades morales* (dignidad, capacidad, libertad), no propiedades empíricamente verificables. '*Persona*' implica *status*, posición, función, cualidad.

¹⁹ Cfr. Ferrara, Francesco, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 340. La versión española sufre de una seria errata (cfr. *Teoría de las personas jurídicas*, trad. de Eduardo Ovejero, Madrid, Reus, 1929, p. 316).

²⁰ Esquivel, Javier, "La persona jurídica", cit., p. 34.

²¹ Cfr. Esquivel, Javier, "La persona jurídica", cit., p. 34.

²² Cfr. Esquivel, Javier, "La persona jurídica", cit., p. 34.

²³ Cfr. Esquivel, Javier, "La persona jurídica", cit., p. 34.

²⁴ Cfr. Jones, Hardy E., *Kant's Principle of Personality*, the University of Wisconsin Press, 1971; Esquivel, Javier, "La persona jurídica", cit., p. 34.

²⁵ Cfr. Esquivel, Javier, "La persona jurídica", cit., pp. 34-35; Tamayo y Salmorán, Rolando, *L'Etat, sujet des transformations juridiques*, (thèse du doctorat), Paris, Faculté du Droit et Sciences Economiques, Université de Paris, 1970.

²⁶ Cfr. Esquivel, Javier, "La persona jurídica", cit., p. 35.

No hay que olvidar que el concepto 'persona' ha sido usado como concepto clasificador para distinguir a ciertos seres humanos ("[p]or el bautismo el hombre se convierte en persona..." [*canon* 87],²⁷ para conferirles ciertos privilegios, *status*. En estas clasificaciones intervienen, de manera decisiva, las creencias del grupo.²⁸

3. *Persona iuris*

¿En qué sentido se usa *persona* en el discurso jurídico? Existe evidencia suficiente para afirmar que los juristas usan la voz 'persona' manteniendo su significado paradigmático. 'Persona' es usada por los juristas en el sentido de 'función', 'carácter', 'cualidad'. Éste deviene su significado jurídico técnico y así lo han recogido las fuentes: "... *pupillum in his, quae a substituto relinquuntur, personam sustinere eius a quo sub conditione legatur*" (D. 34, 3, 7, 5); "[h]ereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet..." (D. 41, 1, 34); "*et instituti et substituti personam sustinere*" (D. 28, 5, 16). En ocasiones alguien podía hacer más de una "parte": "[c]ommunis servus duorum servorum personam sustinet" (D. 45, 3, 1, 4); "[q]ui legitimam personam in iudiciis habent vel non" (C. 3, 6, *rb.*); etcétera. Es claro que en estos pasajes *persona* significa, 'función', 'papel', 'personificación'.

El otro significado de 'persona', el de 'personaje' también aparece claramente en los usos jurídicos de la expresión. En la "escena" del derecho el "drama" se lleva a cabo por ciertos personajes, i.e. por *personae*. El derecho señala a los protagonistas y los papeles que habrán de "representarse" en la "escena" jurídica. Alguien será *emptor*, *locator*, *debitor*, *tutor*, *iudex*, *pupillus*, *heres*, *fiscus*, *herentia*, etcétera y llevarán a cabo ciertos "papeles": *emptio venditio*, *locatio conductio*, *solutio*, etcétera, según el caso. Es claro que el "*ius quod ad personas pertinent*" (Cfr. Gayo, I, 8; *Inst. Just.* I, 1, 12; D. I, 5, 1), constituye una enumeración de los principales protagonistas (*filliifamiliae*, *servi*, *liberti*, *ingenui*, *cives*, *dedicticii*, etcétera).

Los actos jurídicos (las "partes", los "papeles") en el "escenario" jurídico son hechos por *personae*. La *persona iuris* protagoniza un específico "papel": lleva a cabo un *factum personae* (Cfr. D. 41, 1, 61). Por todo ello los juristas creen necesario saber cuáles son estas *personae*. Es importante observar que los significados de 'persona' difícilmente pue-

²⁷ *Codex iuris canonici*; véase: Gardella, Lorenzo A., "Personas en derecho canónico", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, t. xxii, p. 239.

²⁸ Cfr. Esquivel, Javier, "La persona jurídica", *cit.*, p. 36.

den separarse; uno implica al otro. Gayo, por ejemplo, en el *Libro I* de sus *Instituciones*, al describir a las personas, señala sus características, sus cualidades, en suma: su respectivo *status*. Gayo, en efecto, da cuenta de las más importantes variaciones en *status* y explica las formas por las cuales se adquiere o se pierde.²⁹ El conjunto de derechos y facultades de un individuo constituía su *status*; de ahí que los viejos civilistas definieran 'persona' como: "*homo cum statu suo consideratus*".³⁰ 'Persona', de manera imperceptible comienza a significar, más que 'personaje', 'actor', *id est* 'alguien capaz de actuar'.

La persistencia del significado originario de 'persona' en el discurso jurídico es manifiesta. En C. 2, 40, 4, encontramos: "... *qui legitimae administrationis personam sustinere...*"; párrafo en que *sustinere* evidencia que el significado dramático aún persiste. Este significado es igualmente manifiesto en C. 4, 46, 3: "*sin autem minoris forte persona fuerit inserta, necesse sit legitimae defensionis adesse venditioni personam...*" *Defensio* es el *papel*, la *parte*; persona, el *actor*.³¹ Es claro que en estos pasajes, como en muchos otros (e.g. C. 3. 6, *rb.*), *persona* presupone siempre este significado: 'alguien capaz de tomar parte en actos jurídicos'.

Cabe hacer notar que una persona jurídica no siempre actúa; basta con que tenga la posibilidad de hacerlo; es suficiente con que tenga la *aptitud* de realizar actos jurídicos (celebrar contratos, testar, comparecer en juicio, etcétera). Ser persona, consecuentemente, es una cualidad o atributo jurídico: poder celebrar actos jurídicos.

Esta aptitud o capacidad jurídica propia de la persona jurídica se hace más notoria en aquellos textos en que se habla de "persona legítima", i.e. una persona jurídica que, además de ser persona requiere satisfacer algunas otras características. No todas las *personae* son las *personae legitimae*, esto es, las personas idóneas para realizar un acto jurídico específico. Así, por ejemplo, en materia de *matrimonium* no todas las personas jurídicas (menores no célibes, cónyuges, esclavos) pueden celebrar un matrimonio válido (*iustae nuptiae*). La *persona legitima* es aquella que tiene el *ius connubii*, característica que la capa-

²⁹ Cfr. Buckland, W.W.A., *Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (ed. por Peter Stein), Cambridge, Cambridge University Press, 1975, p. 59.

³⁰ Cfr. Moyle, J.B., "Introduction", *Imperatoris iustiniani institutionum. Libri quattuor*, Oxford, Oxford University Press, 1964, p. 86. Joaquín Scribe recoge una noción prácticamente idéntica: "*Persona est homo cum statu quodam consideratus*" (*Diccionario de la Legislación y Jurisprudencia*).

³¹ Cfr. Duff Patrick W., *Personality in Roman Private Law*, cit., p. 9.

cita para hacer cierto "papel" *iustae nuptiae*).³² *Persona legitima* designa la persona jurídica especialmente calificada para un acto específico. Éste justamente es el sentido que '*legitima persona*' tiene en C. 3, 6, *rb.*: "*Qui legitimam in iudiciis habent vel non*".³³

Al comienzo del capítulo señalé que en el discurso jurídico '*persona*' significaba: 'personaje'; sin embargo, la idea de *status*, la noción de aptitud de celebrar actos jurídicos y los usos de '*persona legitima*' evidencian un giro en el significado de '*persona*', en cierto sentido notable; '*persona*' más que al personaje, designa al "actor" —aunque, por el momento, no actúe—. El *ius personarum* no es más una lista de "personajes", sino un elenco de "actores". No obstante, '*persona*' seguirá connotando 'posición', 'cualidad': 'capacidad de tomar parte en actos jurídicos'. Este significado hará que '*persona*' y '*caput*' sean intercambiables en ciertos contextos.³⁴ La *capacidad para celebrar actos jurídicos* es, para la dogmática moderna, un elemento esencial de la persona jurídica. Para la dogmática moderna esta capacidad es el atributo, *par excellence*, de la persona jurídica: "Quien goza de ella recibe en el lenguaje técnico... el nombre de 'persona'".³⁵

4. *Persona y homo*

Es muy importante subrayar que '*persona*' no significa '*homo*'. *Persona* es el *homo* que actúa o hace su parte, como señalaba Jacopo Facciolati.³⁶ '*Ea persona*', como indiqué en un principio, puede aludir o implicar un *homo*, pero teniendo en cuenta su cualidad, su posición, su

³² En este sentido se expresan las fuentes: "*carbonianum edictum sub personis legitimis indubitato matrimonio, custodito partu et probata legitima successione deferitur...*" (C. 6, 17, 2).

³³ En C. 3, 6, 3, justamente se observa que, en ocasiones, la *persona legitima* puede ser cualquier persona: "*Momentariae possessionis actio exerceri potest per quancumque personam*". Sin embargo, no siempre es así. Más adelante, en el mismo lugar aparece: "... *autem adipiscendae possessionis obrepticia petitio alteri obesse non debet, maxime cum absque conventione personae legitimae initium iurgium videatur*". *Persona jurídica* no es *quancumque personam*, sino una persona jurídica con ciertas características. De C. 3, 6, 1-3, se desprende que '*persona legitima*' significa 'alguien jurídicamente calificado para actuar en juicio' (a veces: 'cualquier persona jurídica'; en otras ocasiones: una especialmente calificada).

³⁴ Cfr. *infra*.

³⁵ Sohm, Rudolf, *Institutionen: Geschichte und System des römischen Privatrechts* (ed. por Ludwig Mitteis y Leopold Wenger), Berlín, 1923, § 27. (Existe traducción española de Wenceslao Roces: *Instituciones de derecho privado romano. Historia y sistema*, México, Editora Nacional [1951] 1975.)

³⁶ Cfr. *supra*.

función. En ocasiones, '*persona*' se usa en las fuentes en el sentido anómalo de *homo*. Así se habla de "... *quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuris sunt subiectae*" (Gayo, I, 48), "... *in persona magistratum... in persona liberorum... in persona servi...*" (D. 50, 61, 215); "*in personam servilem...*" (D. 50, 17, 22). Sobre este sentido anómalo prevalece su sentido técnico en el que claramente se mantiene el significado dramático de '*persona*'. Este sentido técnico de '*persona*' se revela en los textos en que se oponen *homo* y *persona*, particularmente en aquellos pasajes en que las fuentes hablan de los esclavos. Ulpiano señala: "*quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur; non tamen...* [bajo otras consideraciones] ... *omnes homines aequales sunt*" (D. 50, 17, 32). En el mismo sentido Paulo decía: "*Usus fructus sine persona esse non potest et ideo servus hereditarius inutiliter usum fructum stipulatur*" (D. 45, 3, 26). (No puede haber usufructo sin una persona jurídica, por tanto, un esclavo no puede válidamente estipular un usufructo.) Teodosio prohíbe la presencia de esclavos en juicio en razón de que: "*Servos namque nec ab initio, quasi nec personam habentes*".³⁷

Sin duda existe cierta relación entre *persona* y *homo* (sólo los *homines* son actores); sin embargo, en todo momento '*persona*' presupone un "papel", un "rol", un "personaje", un "actor". La primera división del "*ius quod ad personas pertinet*" o división de "*iure personarum*" (Gayo, I, 9; *Inst. Just.*, I, 3, pr.) es de que todos los hombres son libres o esclavos. No se dice *omniae personae*. '*Omnes homines*' es el sujeto del cual se predica: "*aut liberi sunt aut servi*" (Cfr. *Inst. Just.*, I, 3, pr.). Es verdad que la palabra '*persona*' se aplica a esclavos. Sin embargo, esto sucede con muy poca frecuencia y contrasta con el lenguaje uniforme de las fuentes que, como señalé, apunta en el otro sentido.

Esta idea habría de perdurar. Teófilo, sobre el particular comenta: "*οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες...*" (*Institutum graeca Paraphrasis*, 3, 17, pr.). Por su parte, Aurelio Cassidoro (c. 490-585) escribe: "*servos qui personam legibus non habebant*" (Varia), VI.³⁸ Sólo, *per incuriam*, los juristas, al usar '*persona*', se refieren tanto a esclavos como a hombres libres.³⁹

³⁷ La disposición de Teodosio de forma inclemente continúa así: "*in iudicium admitti iubemus et, si hoc ausi fuerint, continuo eos flammis trad vel bestiis*" (Nov. Th. 17, 11, 2). Sobre el rol jurídico del esclavo véase: Moyle J.B., "capitis diminutio", en *Imperatoris iustiniani institutionum. Libri quattuor (Excursus I)*, cit.

³⁸ En *Monumenta germaniae historica. Auctores antiquissimi* (ed. Theodor Mommsen), 1894.

³⁹ Cfr. Moyle, J.B., "Introduction", en *Imperatoris iustiniani institutionum*, cit., pp. 85-86.

5. *Alterae personae*

Además de los seres humanos existen otras entidades que han sido tratadas por el derecho como personas jurídicas. Existen *personae singulares* y otras personas más complejas: los "entes colectivos": un grupo de individuos al que el derecho considera como una sola entidad para que actúe como tal en la vida jurídica. Ulpiano señala: "*sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia, vel collegium vel corpus*" (D. 4, 2, 9, 1). Aquí, *persona singularis* contrasta con persona compuesta. La persona colectiva se diferencia de la *persona singularis* por ser un compuesto de varios individuos actuando como unidad (Cfr. D. 4, 2, 9, 1).

Normalmente la *persona* "representa" individuos, i.e. la "parte" representada es la de un individuo. Sin embargo, pueden representarse a varios individuos colectivamente considerados e, incluso, seres inanimados. Los textos relevantes de las fuentes romanas se pueden dividir en dos grupos: 1) *hereditas iacens* y 2) *comunidades*. La personificación de entes inanimados no sólo refuerza la idea de que *persona* no es *homo*, sino, al igual que la noción de persona colectiva, permite observar la función de unificación de actos jurídicos que el concepto de persona jurídica lleva a cabo.

Florentino en un famoso pasaje señala: "*hereditas persona vice fungitur*" (D. 46, 1, 22).⁴⁰ En la *hereditas iacens* (Cfr. D. 9, 2, 13, 2; D. 41, 1, 61, pr.; D. 43, 24, 13, 4; D. 47, 10, 1, 6) el decujus ha dejado de hacer su "papel" ha dejado de usar su máscara). Cuando el heredero sea puesto en posesión de la herencia, esa "parte" habrá de continuar. Mientras eso sucede una nueva *persona* aparece: la *hereditas iacens*, la cual proporciona una percha en la que la máscara es colgada.⁴¹ No interesa si la *hereditas iacens* representa al difunto (cfr. D. 30, 116; D. 41, 1, 34) o al futuro heredero (cfr. D. 46, 2, 24), lo importante es que puede hacer ciertos "papeles" (e.g. celebrar contratos) (cfr. D. 46, 1, 22), actos normalmente propios de otras *personae*. Otro ejemplo de este género son las *piae causae*, las fundaciones (las *Anstalten* y *Stiftungen* alemanas), el *fiscus* (D. 43, 8, 2, 4), e incluso ídolos como en India.⁴²

⁴⁰ El texto continúa así: "*sicuri municipium et decuria et societas*" (D. 46, 1, 22).

⁴¹ Duff, Patrick W., *Personality in Roman Private Law*, cit., p. 19.

⁴² Duff, Patrick W., "The Personality of an Idol", en *Cambridge Law Journal*, 1927, p. 42.

En algunos casos la "parte" protagonizada es la de un ente metafísico, e.g. *Iupiter tarpeius* (cfr. *Ulp. Reg.*, 22, 6), *κρατος* o *βία*. Esto es definido por el *rhetor* Publius Rutilius Lupus (vive bajo Tiberio 14-37 d.C.) como: *προσωποποιία* (*Aquila Romanus*, § 3) (cfr. *Halm, C. Rhetores latini minores*, 1863).

Se puede "personificar" a una comunidad, i.e. *populus*, *civitas*. "*Magistratus gerit personam civitatis*" (*Cic. de Off.* 1, 34, 124); "... *que personam populi romani sustinerent*" (*Id., De Domo*, 52, 133). En *C.* 2, 58, 2, 5 se contrapone una persona *singularis* con una *universitas* (el texto reza así: "*sive pro una persona quis litem movere voluerit sive pro aliquo corpore vel vico vel alia universitate*"). La idea de que una comunidad fuera *personificada* era una idea bastante extendida. Lucio Cecilio Lactancio (c. 250-c. 330 d.C.) decía: "*in persona christianorum*" (*De mortibus persecutorum*, 48, 7);¹³ San Hilario de Poitiers (c. 315-367) hablaba de "*ad personam populi huius*" (*St. Math.* 12, 22).

La función, cualidad, o carácter de una persona jurídica no es sino su aptitud o capacidad para actuar en la vida jurídica, para que ciertos actos (si se realizan) tengan efectos de derecho (los efectos previstos). Cabe afirmar que en el derecho romano, donde recibe su sentido técnico, '*persona*' nombra aquellos entes que "actúan" en derecho.

6. Análisis del concepto de persona jurídica

Después de esta introducción general conviene hacer algunas observaciones sobre las funciones que el concepto de persona jurídica realiza en la jurisprudencia dogmática y en la filosofía jurídica.

El uso de '*persona*' del discurso jurídico romano devino el concepto dogmático de persona jurídica, cuyo significado, de forma persistente, se ha mantenido a través del tiempo. Con la noción '*persona jurídica*' la dogmática designa una entidad jurídica, un ente, como quiera que sea, que existe jurídicamente, que aparece en la "escena" jurídica.

'Persona jurídica' no significa 'hombre', 'ser humano'. Los atributos de la persona jurídica no son predicados propios o exclusivos de seres humanos. Los predicados de '*persona jurídica*' son cualidades o aptitudes *jurídicas* (normativamente otorgadas), por las cuales ciertos actos tienen efectos jurídicos. La dogmática denomina a estas cualidades o aptitudes que caracterizan a las personas jurídicas, 'capacidad'. La noción de capacidad se encuentra, así, inseparablemente vinculada a la

¹³ En Migne, Jacques Paul, *Patrologia latina*, vols. VI-VII.

noción de persona jurídica. Sólo las personas jurídicas tienen capacidad jurídica. ("La capacidad jurídica de las personas... se adquiere...") (artículo 22 Código Civil del Distrito Federal).

La dogmática normalmente considera a la capacidad como el atributo de la persona jurídica y entiende por 'capacidad', justamente, 'la aptitud de tener o ejercitar derechos y facultades o ser sujeto de obligaciones y responsabilidades jurídicas'.⁴⁴ Un elemento esencial en la concepción dogmática de 'persona jurídica' es, así, la aptitud o capacidad (jurídica) de tener o adquirir derechos o facultades jurídicas⁴⁵ (aunque no los ejercite).⁴⁶ "La capacidad para tener... créditos, derechos y deudas es lo que llamamos, en derecho privado: 'capacidad jurídica'. Quien goza de ella recibe, en el lenguaje técnico... el nombre de 'persona'."⁴⁷ Una persona jurídica, para la dogmática es, así, un ente considerado como investido de derechos y facultades (o con la aptitud de adquirirlos).

Estos atributos jurídicos (no empíricos) distinguen claramente a la persona jurídica del ser humano. Esta idea es muy clara y es una tendencia que se observa en los usos jurídicos de personas durante el medievo. Hugo Donellus (1527-1591) distingue con precisión entre hombre y persona: "*Servus cum homo est, non persona; homo naturae, persona juris civilis vocabulum*"; Arnoldus Vinnius (1588-1657), por su parte, nos recuerda que: "*Iure veteri discrimen erant inter hominem et personam...*"

Sean *tutores, pupilli, societates, municipii, herentiae*, estas entidades son personas jurídicas ("personajes"), si actúan jurídicamente, *i.e.* si celebran actos jurídicos (por sí o por sus representantes). Cualquier entidad que pueda celebrar actos jurídicos es persona jurídica.

Hay que tener presente que un aspecto esencial en el entendimiento del concepto de persona jurídica, es su carácter *normativo*. Con ello quiero señalar que el concepto de persona jurídica, como hemos visto, no puede definirse ni analizarse sin la ayuda de las normas jurídicas.⁴⁸

⁴⁴ Cfr. Walker, David M., *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980, p. 183. J. Scriche define 'capacidad' como "la aptitud o idoneidad que se requiere para... contratar, disponer por acto entre vivos o por testamento, suceder, casarse, etcétera" (*Diccionario de legislación y jurisprudencia, cit.*); en suma: la aptitud o idoneidad para celebrar actos jurídicos.

⁴⁵ Cfr. Moyle, J.B., "Introduction", *cit.*, p. 86.

⁴⁶ Vide *infra*: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

⁴⁷ Sohm, Rudolf, (*Institutionen: Geschichte und System des römischen Privatrechts cit.*, § 27 (*Instituciones de derecho privado romano. Historia y sistema, cit.*).

⁴⁸ Cfr. Esquivel, Javier, "La persona jurídica", *cit.*, p. 41.

¿Qué es lo que hace que un ente sea persona? La respuesta se encuentra en el orden jurídico positivo. El particular *status* de una persona jurídica depende del orden jurídico que lo otorga. Así, por ejemplo, a determinados hombres, el orden jurídico romano, concede un cierto número de derechos y facultades que constituían su *status libertatis*. (Ciertamente el *civis* tenía muchos más derechos y facultades que el hombre sólo libre [e.g. *peregrinus*]. Sin embargo, varios derechos y facultades del *civis* no eran parte de su *status civitatis*, sino de su *status familiae*.) El *status* (la cualidad jurídica) con el que alguien podía ser investido, *per arbitrium* del orden jurídico romano, no era sino un conjunto de derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas, los cuales eran siempre referidos a la libertad, a la ciudadanía, o a la familia. El *ius personarum* es, así, el derecho referido a los individuos considerados como investidos de facultades y derechos, es el derecho que regula estos tres tipos de *status: libertatis, civitatis y familiae*.⁴⁹

¿Qué entidades deben ser personas jurídicas? Éste no es el lugar para discutir cuáles son las razones que deben guiar al legislador para otorgar a alguien (o a algo) el carácter de persona jurídica. Estas cuestiones son problemas de la filosofía política y de filosofía moral que, lamentablemente, no puedo discutir en este trabajo. Aquí me preocupa la noción de persona jurídica, noción con la cual la dogmática jurídica designa aquella entidad que, *à tort ou raison*, el orden jurídico otorga efectos jurídicos a sus actos. Si un ente es o no persona jurídica, es sólo una cuestión jurídica positiva.

7. Algunos problemas que origina la noción de persona

La definición más común entre los juristas es de que persona es todo ser "capaz" de tener derechos y obligaciones.⁵⁰ Ciertamente, los juristas tienen en mente a los seres humanos. Sin embargo, el predicado: 'capaz de tener derechos, facultades...' que se asigna a 'persona', alude a una cierta aptitud o cualidad jurídica. Uno de los problemas de la dogmática es que al hacer uso de 'persona', los juristas no esclarecen los presupuestos que se encuentran detrás del uso de 'persona'; es nece-

⁴⁹ Cfr. Moyle, J.B., "Introduction", *cit.*, pp. 86-87; cfr. Berger, Adolfo, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, *cit.*, p. 628.

⁵⁰ "On appelle personnes, dans la langue juridique, les êtres capables d'avoir des droits et des obligations; plus brièvement, on dit que la personne est tout sujet de droit" (Planiol, Marcel y Ripert, George. *Traité pratique de droit civil français*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1925, t. I, p. 6.

sario hacerlos explícitos para un adecuado entendimiento del concepto. (En la primera parte del capítulo expuse brevemente el significado originario de 'persona' y su traslado al discurso jurídico.)

Otro problema que se origina con esta noción de persona es el uso de la palabra: 'capacidad' que, o no es explícita o bien, es confundida con 'capacidad psíquica' o 'intelectual'.⁵¹ Cuando la noción de capacidad no es esclarecida o lo es de forma insuficiente, el concepto de persona es circular. Como anteriormente señalé, la dogmática considera a la capacidad atributo de la persona jurídica; pero la dogmática se limita a decir de la capacidad que es la aptitud de tener derechos y facultades o de ser sujeto de obligaciones o responsabilidades. Con esta referencia circular poco avanza la explicación de persona jurídica. Cuando por 'capacidad' se entiende, erróneamente, 'aptitud psíquica o intelectual', el concepto de persona es limitado y contradictorio. Alguien puede gozar de plena capacidad psíquica y no ser persona (e.g. presunción de muerte, *capitis diminutio maxima*, etcétera); por otro lado, ciertos individuos psíquica e intelectualmente incapaces son personas jurídicas; así como ciertos entes inanimados (e.g. la herencia, las fundaciones, la hacienda pública, etcétera).

Con respecto a este problema de la capacidad, los juristas sostienen, de forma prácticamente unánime, que todos los seres humanos son personas jurídicas (denominadas 'personas singulares', 'personas naturales' o, más comúnmente, 'personas físicas'). Tal aserción no sería problemática si fuera complementada con la siguiente afirmación: 'los derechos contemporáneos unánimemente otorgan el carácter de persona a todos los seres humanos'. El problema es que la anómala identificación de 'persona' con 'ser humano' (el cual existe con independencia del derecho) haría pensar que una "*persona jurídica*" pudiera existir con independencia del derecho, que no sería necesaria la intervención del derecho positivo. El derecho positivo se limitaría a "reconocer" que todo ser humano tiene derechos y deberes "jurídicos". A este respecto cabe destacar que históricamente esto no ha sido así. Aun cuando, pudiera decirse que el concepto 'persona jurídica', en el caso, no pretende explicar los usos reales de la expresión sino postular uno nuevo. No obstante, subsistiría un problema que podría plantearse así: ¿de qué derechos y deberes jurídicos se trata si éstos son independientes del derecho positivo? Sin duda, tales derechos y deberes serían de tipo moral. Esto obligaría a los defensores de la tesis a distinguir personas singu-

⁵¹ Cfr. Esquivel, Javier, "La persona jurídica", *cit.*, p. 33.

lares, creadas por el derecho positivo, y personas singulares reconocidas por la moral, con lo cual nada se habría adelantado.⁵²

Con frecuencia la tesis universalista de derechos se fundamenta afirmando que todos los seres humanos están dotados de razón y voluntad. Sin embargo, esta afirmación es empíricamente falsa.⁵³ Para salvar esta conclusión (empíricamente insuperable), la dogmática se refugia en una diferencia conceptual: distingue entre capacidad de *goce* y capacidad de *ejercicio*.⁵⁴

De esta manera, los psíquica e intelectualmente incapaces, aunque careciendo de capacidad de ejercicio, conservarían la capacidad de goce.⁵⁵

8. La teoría

Si analizamos enunciados del tipo: (1) 'x tiene derecho a...' (2) 'x está facultado para...' (3) 'x es responsable de...' (4) 'x está obligado a...', etcétera, podemos observar que los objetos que pueden ser nombrados por 'x' son más variados y complejos que los objetos que pueden ser nombrados por 'hombre' o 'ser humano'. Los juristas, por un lado, encuentran que la identificación de la variable 'x' con 'hombre' es equívoca, toda vez que existen seres humanos que no pueden ser nombrados por 'x' (e.g. los esclavos —en ciertos casos—, los presuntamente muertos, los seres humanos que han sido objeto de muerte civil, etcétera). Por otro lado, los juristas saben de casos en que 'x' podía designar entes que no son seres humanos (fundaciones, herencias, organismos internacionales, sociedades, los no nacidos, etcétera).⁵⁶

Desde hace siglos, los juristas se percataron de que la variable 'x' no puede ser reemplazada por 'hombre' sino por 'persona' (teniendo en cuenta la *función* que 'x' realiza). 'Persona', es, así, la variable que de-

⁵² Cfr. Esquivel, Javier, "La persona jurídica", *cit.*, p. 39.

⁵³ Cfr. Esquivel, Javier, "La persona jurídica", *cit.*, p. 39.

⁵⁴ Pareciera que para Javier Esquivel la distinción dogmática entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio fue introducida por la dogmática para salvar la conclusión de que no todos los seres humanos son psíquica e intelectualmente capaces (cfr. Esquivel, Javier, "La persona jurídica", *cit.*, p. 40). Si esta interpretación fuera correcta, la tesis de Esquivel sería errónea. Existen otros institutos jurídicos (i.e. la representación, la transmisión de derechos, etcétera) que presuponen la noción de capacidad de goce, la cual puede identificarse con la noción de titularidad de derechos o facultades.

⁵⁵ Cfr. Pérez Carrillo, Agustín, "Persona, capacidad y personalidad jurídicas", *Archivo de Metodología Científica*, Veracruz, vol. I, núm. 5, sep.-oct. 1972, pp. 1-11.

⁵⁶ Cfr. Vernengo, Roberto, *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 265.

signa todo ente que puede sustituir a 'x' (e.g. 'herencias', 'sociedades', 'individuos') en enunciados del tipo de (1) (2) (3) o (4). De ahí resulta que ocurre correctamente en el campo de 'persona' (o de la variable 'x') cualquier entidad que, de conformidad con el derecho positivo que lo regula, tiene derechos, facultades, obligaciones o responsabilidades jurídicas.

Como hemos visto, el problema de la persona jurídica se planteó, desde Roma, como el problema del *reconocimiento* o de la *atribución* de *personalidad* o *capacidad* jurídica a ciertas entidades,⁵⁷ es decir, del reconocimiento o atribución del carácter de persona jurídica a cosas o a individuos. La noción de capacidad se encuentra, así, inseparablemente vinculada con la noción de persona jurídica. Del concepto de persona, ciertamente se sigue el de personalidad. El concepto de personalidad (como el de capacidad), es propio de la dogmática moderna y funciona como sinónimo de 'capacidad jurídica'. En el discurso jurídico por 'personalidad' se entiende: 'la capacidad de ser persona'.⁵⁸ Goza de personalidad y capacidad jurídica quien tiene derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas.

'Personalidad' o 'capacidad' corresponden al concepto romano de '*caput*'.⁵⁹ En el discurso jurídico romano '*caput*' aparece como sinónimo de '*persona*'. Así, *indistintamente se dice*: "...*in persona servi*..." (D. 50, 16, 215) o "[i]n *personam servilem*..." (D. 50, 17, 22), en lugar de *caput servile* como en D. 4, 5, 3, 1, donde se establece: "*servile caput nullum ius habet*" (el esclavo no tiene ningún derecho).

La sinonimia entre '*caput*' y '*persona*' se hace manifiesta toda vez que con '*caput*' los romanos se refieren al *status civilis*. El *status* de un ciudadano romano se componía, como señalé, de tres aspectos (*status libertatis*, *status civitatis*, *status familiae*). La pérdida de alguno de éstos, implicaba una *capitis diminutio*, cuyas consecuencias, según el caso, significaban la pérdida de ciertos derechos y facultades.⁶⁰

De lo anterior resulta que predicar de x que tiene capacidad (o personalidad) jurídica, equivale a decir que es persona jurídica. Sin embargo, los problemas que estudia la dogmática bajo el rubro de 'persona jurídica' no son siempre cuestiones que se relacionen con la capaci-

⁵⁷ Cfr. Vernengo, Roberto, *Curso de teoría general del derecho*, cit., p. 265.

⁵⁸ Cfr. Walker, David M., *The Oxford Companion to Law*, cit., p. 951.

⁵⁹ Cfr. Gutiérrez-Alviz, Faustino, *Diccionario de derecho romano*, Madrid, Reus, 1948.

⁶⁰ Cfr. Berger, Adolf, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, cit. p. 381; Moyle, J.B., "capitis diminutio", en *Imperatoris iustiniani institutionum*, cit. pp. 181-184.

dad.⁶¹ El problema puede plantearse así: el derecho positivo otorga capacidad o personalidad jurídica a entidades que no son seres humanos.⁶² El hecho del reconocimiento podría consistir en una simple declaración mayormente irrelevante. Sin embargo, ser persona significa ser titular y ejercer derechos y facultades ("las personas morales [colectivas] pueden ejercitar todos los derechos...") (artículo 26 Código Civil del Distrito Federal). Pero ¿qué significa que una sociedad mercantil o un municipio contrate o adquiera un inmueble?, ¿qué significa decir que la sucesión, una sociedad anónima o un municipio están obligados?, ¿qué actos son de una persona colectiva?, ¿cómo actúa una persona colectiva? Estas cuestiones, como puede verse, no son cuestiones de capacidad.

Existe, aparentemente, un claro entendimiento de cómo funciona una persona jurídica individual (denominada 'persona física' o 'persona natural'). En nada contradice el sentido común o nuestras intuiciones decir que un individuo tiene derechos. Por el contrario, no es nada fácil entender cómo es que las sociedades, los municipios o las fundaciones tienen derechos u obligaciones. De ahí que los juristas hayan propuesto teorías con las cuales pretenden solucionar esta problemática.

Los problemas que las teorías de la persona jurídica intentan solucionar son fundamentalmente: 1) qué es persona jurídica (toda vez que, además de las personas físicas, existen otros tipos de personas: las personas colectivas, llamadas frecuentemente 'personas morales'), 2) cuáles son éstas y 3) cómo funcionan. Temas que son objeto de otro trabajo.⁶³

⁶¹ Cfr. Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1980, p. 224.

⁶² "Son personas jurídicas: I° Las corporaciones, asociaciones y fundaciones... reconocidas por la Ley... 2° Las asociaciones... a las que la ley concede personalidad propia..." (art. 35 Cód. Civ. Esp.). "Son personas morales colectivas: I... los Estados, los municipios; II... las demás corporaciones reconocidas por la ley..." (art. 25 Cód. Civ. DF).

⁶³ Otras consideraciones sobre el concepto de persona jurídica se encuentran en mi libro: *Sobre el sistema jurídico y su creación*, cit., pp. 135-145, donde se resumen algunas ideas sostenidas hace tiempo en mi tesis de doctorado: *L'Etat, sujet des transformations juridiques*, cit. Algunas referencias a las *universitates* se encuentran en mi libro: *La jurisprudencia y la formación del ideal político (Introducción histórica a la ciencia jurídica)*, cit.

SEGUNDA PARTE

LA CIENCIA Y LA JURISPRUDENCIA

CAPÍTULO VI. INTRODUCCIÓN	99
-------------------------------------	----

SEGUNDA PARTE

LA CIENCIA Y LA JURISPRUDENCIA

INTRODUCCIÓN

‘¿Qué es la ciencia del derecho?’ Parece que tal interrogante debería encontrarse resuelta al hacer estudios jurídicos. Sin embargo, esta cuestión, como la de ‘¿qué es el derecho?’ ha recibido diversas, contradictorias e, inclusive, paradójicas respuestas. En otras disciplinas (*id est*, física, química, medicina, etcétera) no existe tan vasta y extraordinaria literatura para contestar las preguntas: ‘¿Qué es la física?’, ‘¿qué es la química?’, ‘¿qué es la medicina?’ Para los estudiosos de aquellas disciplinas unas cuantas líneas son suficientes.¹

¿No será que para todos ellos es claro que la física es la actividad de los físicos?, ¿que la química es lo que hacen los químicos?, ¿que la matemática es lo que realizan los matemáticos? Esto parece razonable o ¿qué acaso existe una física que no haya sido resultado de la labor de los físicos, una química sin químicos o una matemática que no haya sido realizada por los matemáticos?

Ahora bien, si nuestro objetivo consiste en explicar qué es la ciencia del derecho ¿no sería razonable partir de aquello que hacen los juristas?, ¿quién si no ellos haría ciencia del derecho? En vez de penetrar *secundum modum teologicum* en la esencia, naturaleza, fin, etcétera, de la ciencia del derecho, averigüemos, mejor, qué es lo que hacen los juristas.

La ‘*jurisprudencia*’, nombre con el que se designa la actividad de los juristas —*prudentes* y *jurisconsulti*— fue, desde muy temprano, llamada ‘*scientia*’,² “... *interpretandi scientia*...”³ Las fuentes romanas se expresan en consecuencia: “*iurisprudencia est divinorum atque humanorum rerum notia, iusti atque iniusti scientia*”.⁴ Desde entonces ha sido persis-

¹ Cfr. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., p. 1.

² Cfr., Cicerón, *De Orat.*, I, 41, 186.

³ D, I, 2, 2, 6.

⁴ *Inst. Just.* I, 1; D. I, 1, 10. Sobre la noción de *iurisprudencia* en las *Institutiones* de Justiniano vide: Moyle, J.B.: “General Introduction” en *Imperatoris iustianiani institutionum*, cit., pp. 62 y ss.; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford University Press, 1967, p. 136; Tamayo y Salmorán, Rolando, “Introducción a la ciencia y a la interpretación jurídica. La jurisprudencia romana”, cit., pp. 821-869 (véase la bibliografía ahí referida).

tente la ecuación: 'jurisprudentia = ciencia del derecho'. Expresiones como '*legal science*', '*science du droit*', '*science juridique*', '*Rechtswissenschaft*', '*scienza giuridica*', dan fe del arraigo de esta concepción. Pero ¿por qué ciencia?, ¿qué tiene la jurisprudencia para llamarle 'ciencia?', ¿qué hay detrás de esta idea?

Para contestar estas interrogantes seguiré como estrategia, primeramente, el análisis de la expresión 'ciencia' o expresiones relacionadas. Me propongo delinear a grandes rasgos qué es y qué presupone el uso de la expresión. Del hecho incontrovertible del uso de la expresión, podemos razonablemente deducir que 'ciencia' nombra necesariamente un objeto, se refiere a algo. De ahí que sea necesario averiguar las condiciones que gobiernan el uso de tal expresión. Una vez determinadas estas condiciones podríamos establecer los eventos o las cosas a las cuales tal expresión se aplica. No pretendo clausurar la discusión lanzando una definición que determine *ex nunc* qué es la ciencia. Mi intención es, más bien, encontrar un criterio que nos permita *reconocer* los usos apropiados de 'ciencia'. En este análisis hago especial referencia a la concepción aristotélica de ciencia, toda vez que, como habré de demostrar, fue ésta el *modelo* seguido por los juriscónsultos romanos en la construcción de la *jurisprudentia* (paradigma de la dogmática jurídica posterior). Después de la explicación de los usos de 'ciencia' y de la descripción del modelo clásico de ciencia, abordo el modelo de la ciencia jurídica e intento mostrar qué tanto conviene la explicación de ciencia a la jurisprudencia.

CAPÍTULO VII. LA CIENCIA Y EL IDEAL DE LA CIENCIA 101

1	<i>Algo sobre la expresión 'ciencia'</i>	101
a)	<i>'Ciencia' como operador oracional</i>	101
b)	<i>La ambigüedad de 'ciencia' y las "condiciones que gobiernan su uso"</i>	102
2	<i>Los objetos de la ciencia</i>	105
a)	<i>El problema</i>	105
b)	<i>La vaguedad de 'ciencia'</i>	106
c)	<i>La ciencia paradigmática</i>	107
3	<i>Los métodos científicos</i>	108
4	<i>La "definición" y el "ideal" de ciencia</i>	109
5	<i>La ciencia clásica</i>	110
a)	<i>El conocimiento científico</i>	110
b)	<i>La inducción de los principios generales</i>	112
c)	<i>El status de las premisas</i>	115
d)	<i>La estructura de la ciencia</i>	117
e)	<i>El ideal de la sistematización deductiva y la demostración</i>	119
6	<i>El carácter emotivo de 'ciencia'</i>	120
7	<i>La definición persuasiva de 'ciencia'</i>	122

VII

LA CIENCIA Y EL IDEAL DE CIENCIA

SUMARIO: 1. *Algo sobre la expresión 'ciencia'.* a) '*Ciencia*' como operador oracional. b) La ambigüedad de '*ciencia*' y las "condiciones que gobiernan su uso". 2. *Los objetos de la ciencia.* a) El problema. b) La vaguedad de '*ciencia*'. c) La ciencia paradigmática. 3. *Los métodos científicos.* 4. La "definición" y el "ideal" de ciencia. 5. La ciencia clásica. a) El conocimiento científico. b) La inducción de principios generales. c) El status de las premisas. d) La estructura de la ciencia. e) El ideal de la sistematización deductiva y la demostración. 6. El carácter emotivo de '*ciencia*'. 7. La definición persuasiva de '*ciencia*'.

1. *Algo sobre la expresión 'ciencia'*

a) '*Ciencia*' como operador oracional

La expresión '*ciencia del derecho*' contiene palabras que se usan en expresiones como '*ciencia de la geometría*', '*ciencia de la física*', '*ciencia de la química*', etcétera. Estas expresiones indican normalmente cualquiera de estas dos situaciones o ambas:

i) que existen ciertos hombres, comúnmente denominados '*científicos*', que estudian, investigan, experimentan, analizan o describen *algo*; donde ese *algo* es señalado por las palabras '*geometría*', '*matemáticas*', '*física*', '*química*', etcétera, y

ii) que existe un conjunto de principios (axiomas, definiciones, postulados) y enunciados, resultado de la labor de los científicos, cuyos enunciados versan sobre *algo*, donde, nuevamente, ese *algo* es señalado por las palabras '*geometría*', '*matemáticas*', '*física*', '*química*', etcétera.

Si prestamos atención a las expresiones referidas, veremos que tales expresiones tienen en común que en ellas ocurre, a su vez, la expresión '*ciencia de*'. Es fácil observar que los dos significados a que nos hemos referido en i) y en ii) dependen, casi exclusivamente, de las palabras '*ciencia de*'.

Con respecto a la función de la expresión 'ciencia de' dentro de las expresiones referidas, podría decirse que estas palabras sirven para *ligar* otras (i.e. 'geometría', 'matemáticas', 'física'), con objeto de hacer de los campos de referencia de estas últimas palabras, el *algo* sobre el que versan los enunciados que los científicos infieren, deducen o aplican. En este sentido, pero sólo en este sentido, podríamos considerar las palabras 'ciencia de' (o sus equivalentes 'ciencia del' o 'ciencia de la') como un *operador oracional*, cuya función es ligar o relacionar ciertas palabras (e.g. 'geometría', 'matemáticas', 'física', 'química') con un sentido específico.

b) *La ambigüedad de 'ciencia' y las "condiciones que gobiernan su uso"*

La palabra 'ciencia' no está exenta de los inconvenientes propios del lenguaje ordinario; 'ciencia' tiene más de un significado. Entre otros significados, se usa, como ya señalé, para referirse a la actividad de ciertos hombres, así como al conjunto de principios y enunciados que resultan de esa actividad. 'Ciencia' padece, por tanto, de un caso especial de ambigüedad que se llama de *proceso-producto*.¹ Esta ambigüedad puede fácilmente apreciarse en la expresión: 'corresponde a la ciencia la solución del problema'. En efecto, esta oración puede perfectamente significar: 'la solución del problema se encuentra en la actividad de los que hacen ciencia', en cuyo caso se refiere a un *proceso*, a una actividad: hacer ciencia; o bien: 'la solución del problema se encuentra en el conjunto de enunciados de la ciencia', en cuyo caso se refiere al *producto* de cierta actividad. De este tipo de ambigüedad padecen las palabras 'pintura', 'poesía', 'construcción', 'obra', etcétera.²

Las más de las veces, los problemas de ambigüedad se superan recurriendo al contexto en que la palabra es dicha. Sin embargo, en el caso especial de ambigüedad de *proceso-producto*, el contexto no es siempre esclarecedor.³ Creemos que esto es así en virtud de que *los diferentes significados aludidos por la expresión en cuestión se encuentran íntimamente relacionados*. Pintura, es un caso paradigmático de este tipo de ambigüedad, puede significar: los cuadros o bien el arte u ocupa-

¹ Cfr. Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp. 10-11.

² Cfr. Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica, cit.*, pp. 10-11.

³ Cfr. Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica, cit.*, p. 10.

ción de pintar. Cuando se dice: 'me gusta la pintura' no sabemos si se quiere decir: 'me gustan los cuadros' o 'me gusta pintar'.⁴ Esta ambigüedad tiene, como peculiaridad, que ambos significados se encuentran íntimamente relacionados. Cuando definimos el producto incluimos el proceso o actividad como una de las características definitorias. Así, decimos: 'pintura son las imágenes, diseños, u otra obra (producto) *creados mediante el arte de pintar*' (proceso). Para que un dibujo, diseño o retrato pueda ser llamado 'pintura' es necesario que haya sido realizado mediante ciertas *técnicas* propias del arte de pintar (*i.e.* acuarela, óleo, pastel, espátula, etcétera). Aquello que no ha sido producido mediante las técnicas propias del arte de pintar (una fotografía, por ejemplo) no es reconocido, propiamente hablando, como pintura; no vale como pintura.

Por el otro lado, cuando se define la actividad se incluye como característica definitoria el producto. En este sentido decimos: 'pintura es la actividad artística por la que un individuo —pintor— *produce formas, líneas, colores, tonos y texturas para expresar sensaciones de volumen, espacio, movimiento, luz, en una superficie* (lienzo, madera, muro, etcétera)'. De esta manera resulta que pintura (la actividad artística) implica la creación de obras de cierto tipo: cuadros.

La relación recíproca de los significados en este caso de ambigüedad nos ayuda a identificar claramente ciertos objetos en razón de que éstos son el resultado de un cierto proceso. Asimismo, nos permite reconocer claramente una actividad siempre que ésta produzca un resultado determinado.

La palabra 'ciencia' padece del mismo tipo de ambigüedad. 'Ciencia', como señalé al principio, puede designar una actividad, un proceso, i) el estudio, investigación, análisis o descripción de algo. Asimismo, 'ciencia' puede designar un producto, ii) un conjunto de enunciados que versan sobre algo. Es fácil advertir que i) y ii) se encuentran íntimamente relacionados. Cuando definimos i), la actividad, requerimos del producto como una de sus características definitorias: "la ciencia es el dominio de la especulación o investigación intelectual en que los científicos, teóricos, etcétera, analizan, elucidan, observan o experimentan (actividad) con el propósito de *producir modelos explicativos* (conjunto de enunciados)."⁵ De esta manera, una actividad es reconocida como "científica" cuando produce modelos explicativos (*i.e.* teorías).

⁴ Cfr. Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., p. 10.

⁵ Cfr. "Scientific" y "Theory" en *The New Encyclopaedia Britannica* (*Micro-paedia*), Chicago, *Encyclopaedia Britannica*, 1974, t. ix, pp. 941-942.

Igualmente, cuando se define ii), el producto, se incluye como característica definitoria la actividad: "Ciencia es el conjunto de proposiciones o enunciados (que se refieren a la naturaleza, acción, causa, origen de algo), *producidos mediante la especulación, deducción, experimentación o generalización*".⁶ Un conjunto de enunciados es reconocido como "capítulo de la ciencia", siempre que sea resultado de un cierto proceso o actividad. La ciencia o, mejor, las teorías que la componen (vamos a considerar a las teorías como las entidades que componen el conocimiento científico o, simplemente, la ciencia) suponen un cierto proceso por el cual son creadas. Para que un conjunto de principios, axiomas, enunciados pueda ser llamado 'teoría' y forme "parte de la ciencia", es necesario que haya sido realizado mediante la experimentación, deducción, generalización, etcétera; procedimientos reconocidos como *métodos científicos*. Los enunciados, opiniones, reflexiones que no hayan sido producidos mediante estos métodos o procesos no son reconocidos, propiamente hablando, como "teorías".⁷

La relación recíproca de i) y ii) nos permite identificar con claridad ciertos objetos. Sin embargo, debemos tener mucho cuidado para no confundir ambos significados; son muy distintos y en ningún sentido equivalentes. Lo que se afirma sobre un conjunto de enunciados, no siempre puede afirmarse de la actividad de los científicos, o viceversa. De acuerdo con lo anterior, tenemos un primer criterio para el uso apropiado de 'ciencia': usamos o aplicamos apropiadamente 'ciencia' cuando se dan los hechos a que se refieren ambos significados.⁸

De esta forma, puede razonablemente sostenerse que estamos en condiciones de usar el operador oracional 'ciencia' para todo algo (ya sea que éste se denomine 'geografía', 'matemáticas', 'física' o 'química'), cuando determinemos:

⁶ Cfr. "Theory", en *Webster's Third New International Dictionary of the English Language, Unabridged with Seven Language Dictionary*, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1971, t. III, p. 2371.

⁷ Toda vez que existan procedimientos rigurosos estimados como "científicos", sus resultados serán "teorías", constituirán "modelos explicativos", "conocimientos científicos". No necesariamente tales métodos son los mismos. Puede ser que algunos, en la actualidad, se encuentren completamente desacreditados o que no se consideren científicos en absoluto.

⁸ La satisfacción de este requisito permite eliminar del campo de referencia del operador 'ciencia': 1) la actividad de ciertos hombres que estudian, analizan, algo que *no* produce un "modelo científico" (éste podría ser el caso del estudio o análisis de un guión cinematográfico por parte de un célebre actor); 2) el conjunto de enunciados, reflexiones u opiniones que versan sobre algo, *no* producidos a través de un "método científico" (tal podría ser el caso del conjunto de enunciados de una religión que describen la creación del mundo).

- 1) la existencia de una cierta actividad por la que se realiza el estudio, investigación, experimentación, generalización o descripción de algo;
- 2) la existencia de un conjunto de enunciados que versan sobre algo, obviamente del mismo algo señalado en 1), y
- 3) que el conjunto de enunciados mencionados en 2) sea resultado de la actividad mencionada en 1).

2. Los objetos de la ciencia

a) El problema

Es fácil observar que el operador 'ciencia' realiza la misma función en expresiones como 'ciencia de la matemática', 'ciencia de la química' o 'ciencia de la física'. Esto es, el operador 'ciencia' realiza siempre la misma función en expresiones de la forma 'E α '; donde 'E' señala el operador tantas veces referido y la metavariante ' α ' cualquier palabra o expresión (i.e. 'matemáticas', 'física', 'química') que nombra el objeto que se estudia, investiga, analiza o describe. De esto se sigue que las expresiones de la forma 'E α ' nombran, si se satisfacen las condiciones que gobiernan el uso de 'ciencia', la actividad de los científicos y sus resultados.

Es claro, sin embargo, que el significado completo de tales expresiones sólo se obtiene conociendo qué significa la expresión que nombra ese algo que se investiga, estudia, describe o ese algo sobre el que versan los enunciados de las "teorías".

Consideremos dos grupos de palabras. El primero comprendería: 'matemáticas', 'física', 'astronomía', 'química', 'biología'. El segundo grupo lo formarían las palabras: 'zapato', 'silbido', 'bostezo', 'silla', 'ventana'. ¿Podríamos anteponer el operador 'ciencia' a las palabras de ambos grupos? *Prima facie* parece que esto sólo es posible con las palabras que pertenecen al primer grupo. Expresiones tales como 'ciencia de la física', 'ciencia de la matemática' no suscitan complicación alguna en su comprensión (aunque no se sepa nada de física o de matemáticas). Por el contrario, pareciera que a las palabras del segundo grupo no es posible anteponerlas, sin más, el operador 'ciencia'. De lo anterior se sigue que existen palabras (o expresiones) que ocurren propiamente en el campo del operador 'ciencia' y otras que no. ¿Por qué?

Si las palabras son signos o fonemas convencionales de los cuales nos servimos para nombrar cosas, entonces la diferencia no puede resi-

dir en las palabras en cuanto tales. Las palabras del primero como del segundo grupo cumplen de igual manera su función nominativa. Si no es en las palabras, entonces parece razonable pensar que la diferencia podría encontrarse en las características de las cosas que tales palabras nombran. De esto resulta que el *algo* que se estudia, investiga, experimenta, analiza o describe, o el *algo* sobre el que versan los enunciados de las "teorías", debe poseer ciertas propiedades para que la palabra o expresión que lo nombre ocurra propiamente en el campo del operador 'ciencia'. ¿Cuáles son estas propiedades?

Para resolver esta interrogante analizaré, primeramente, otros rasgos característicos de la palabra 'ciencia' para probar que, en alguna medida, las propiedades que debe poseer un objeto para que la palabra que lo designa ocurra ligada por el operador 'ciencia' dependen, en mucho, de criterios valorativos (que, como tales, son cambiantes y relativos).

b) *La vaguedad de 'ciencia'*

La palabra 'ciencia', como señalé, participa de los inconvenientes propios del lenguaje ordinario. La ambigüedad no es el único inconveniente, 'ciencia' sufre de otros: tiene un significado vago.⁹ Una palabra tiene un significado vago cuando su aplicación no tiene límites definidos. Existen objetos a los cuales una palabra se aplica indudablemente. Hay otros objetos a los cuales tal palabra indudablemente no se aplica. Sin embargo, existe un grupo de objetos a los cuales no sabemos propiamente si podemos aplicar dicha palabra, problema sobre el cual el lenguaje no nos proporciona criterios objetivos de decisión.¹⁰ Dicha aplicación será, siempre, más o menos arbitraria. Tomemos un ejemplo muy expresivo del profesor H.L.A. Hart: la palabra 'calvo' se aplica, sin lugar a dudas, a una persona de lisa y refulgente cabeza. No se aplica a aquel de abundante melena. Pero la cuestión de si una tercera persona con un mechón aquí y otro allá es calvo, puede ser indefinidamente discutida¹¹ —especialmente por el afectado—. Forzosamente nos encontramos con una serie de casos en que la aplicación de la palabra 'calvo' será resultado de una decisión arbitraria.

En este orden de ideas, podríamos decir con respecto a 'ciencia' que

⁹ Cfr. Hospers, J., *An Introduction to Philosophical Analysis*, Englewood, New Jersey, Prentice Hall, Inc., 1961, t. 1, p. 48.

¹⁰ Cfr. Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., p. 11.

¹¹ Hart., H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 4.

nadie dudaría en llamar 'ciencia' a los trabajos de Isaac Newton sobre gravitación o a los de Helmholtz, Max Planck o Heisenberg, sobre causalidad; ni a los trabajos de Poincaré o Einstein, sobre relatividad. Tampoco se dudaría en llamar 'ciencia' a los trabajos de E. Schrödinger, P. Dirac o P. Jourdan sobre la naturaleza y estructura del átomo. Ciertamente, tampoco se dudaría en llamar así a los trabajos de Spencer y Darwin sobre evolución. Pero, ¿por qué?

c) La ciencia paradigmática

Cuando los estudios, análisis, observaciones, experimentaciones, abordan objetos de la geometría, de la matemática, de la física, de la química (disciplinas a las cuales nadie dudaría en aplicarles la palabra 'ciencia'), tales estudios, análisis, observaciones, experimentaciones, etcétera, son considerados "científicos"; son parte integrante de la ciencia. Tales estudios, análisis, observaciones, experimentaciones, devienen los prototipos o paradigmas de los objetos científicos y constituyen el núcleo de aplicación de la palabra 'ciencia'.

De lo anterior puede fácilmente apreciarse que el uso de la palabra 'ciencia' se encuentra relacionado, de algún modo, con ciertas características que envuelven a los objetos de la geometría, de la matemática, de la física, etcétera. Estas características determinan, en gran medida, la "importancia científica" del objeto. Podría decirse que los objetos a que se refieren 'matemática', 'física', 'química'; esto es, la actividad de los matemáticos, físicos, químicos o el conjunto de sus teorías constituyen los objetos paradigmáticos de la ciencia.

¿Qué tanto se puede ampliar la lista de objetos científicos? La lista puede ampliarse, pero hasta un cierto límite, puesto que no todas las cosas del mundo son "importantes" en el sentido en que lo son la geometría, la matemática, la física o la química; ni todos los objetos tenidos por "importantes" (de acuerdo con los criterios valorativos mencionados), son susceptibles de abordarse por los métodos "científicos".

Un objeto que por ciertas circunstancias (interés económico, catástrofe, moda, etcétera) es considerado por la comunidad como problema importante (socialmente relevante —aunque fuera sólo por prestigio político—), puede ser estimado importante para la ciencia, por parte de la comunidad científica. Esta decisión descansa, *ab ovo*, en consideraciones más o menos arbitrarias. La importancia social, política o económica, sin embargo, no son necesariamente suficientes para que un ob-

jeto adquiera relevancia científica; es necesario que sea susceptible de abordarse con "métodos científicos".¹²

Cuando un objeto deviene centro de atención de la comunidad científica y puede ser abordado por las ciencias paradigmáticas (geometría, matemática, física) o, al menos, se le pueden aplicar, en alguna forma similar, *sus métodos*, entonces el objeto adquiere relevancia científica, y se convierte en un problema para la ciencia.

Cuando los problemas no pueden ser abordados por las ciencias paradigmáticas, sino sólo por una aplicación extensiva de sus métodos ¿su estudio, análisis, o sus productos, son ciencia? Aquí es donde se hace patente la vaguedad de 'ciencia'. Cualquier decisión será necesariamente más o menos arbitraria. ¿Qué tanto podemos extender los métodos referidos? ¿Cómo podremos determinar la similitud de las nuevas aplicaciones con los métodos paradigmáticos? Los criterios de similitud dependerán, también, de pautas valorativas en vigor.

La semejanza, mayor o menor, con los métodos de las ciencias paradigmáticas y, en última instancia, con ellas mismas, será el criterio decisivo para determinar el "campo científico", así como el de la adquisición de nuevos dominios de la ciencia. La incorporación de la química al campo de la ciencia se debió, además de la "importancia" de su objeto, a la semejanza de los métodos de los químicos con los de los físicos; la adquisición de la bioquímica se debió, además de la "importancia" de los objetos, a la posibilidad de abordarlos con métodos semejantes a los de los químicos. Dicha extensión empieza a ser dudosa en los campos que exceden una clara semejanza. La duda aparece en casos como el de la sociología, psicología, etcétera. Esto se debe al hecho de que los métodos de tales disciplinas no siempre satisfacen los criterios de similitud que los asemejan a los métodos de las ciencias paradigmáticas.

3. *Los métodos científicos*

Hemos indicado que un conjunto de enunciados es reconocido como formando parte de la ciencia, siempre que haya sido producido mediante procedimientos reconocidos como "métodos científicos" (experimentación, generalización, deducción). Pero ¿cómo reconocer los rasgos propios de los métodos científicos?

¹² Cuando la comunidad científica goza de un prestigio tal y de condiciones sociales favorables puede determinar, sin más, la "importancia" del objeto imponiendo dicho criterio a los miembros de la comunidad.

Parafraseando a Max Black, contestaríamos esta cuestión diciendo que ni la deducción, ni la observación, ni la descripción, ni la generalización, ni la medición, ni la utilización de instrumentos, ni todos estos elementos juntos, pueden ser tenidos como rasgos esenciales de la actividad conocida como "métodos científicos".¹³ En efecto, se pueden encontrar ramas reconocidas indudablemente como 'científicas', en donde no aparecen estas características o donde apenas se dibujan. Los métodos de la astronomía o de la astrofísica (a las cuales nadie duda en aplicarles la palabra 'ciencia'), no incluyen la experimentación; la matemática no hace observaciones; la geometría no es en ningún sentido descriptiva; la biología (a la que, como a las otras disciplinas, indudablemente se le aplica el término 'ciencia') no hace generalizaciones abstractas.

Los caracteres mencionados no son, entonces, necesarios ni suficientes; pero al estar presentes, en mayor o menor grado, contribuyen a caracterizar algo como método científico. La presencia de todas esas características permite reconocer como científicas ciertas actividades. La presencia de algunas de tales características rige los criterios de similitud con respecto a objetos científicamente relevantes y sus respectivas disciplinas. La desaparición de algunas de estas características no quitaría a cierto método el carácter de científico. Sólo la desaparición de todas, o de casi todas, quitaría a cierta actividad intelectual el carácter de científica.¹⁴ Este sería el límite de la extensión por similitud.

4. La "definición" y el "ideal" de ciencia

La imposibilidad de encontrar propiedades que sean comunes a todos los métodos de la ciencia, impide que tengamos criterios objetivos decisivos que nos sirvan para identificar, de manera definitiva, los métodos de la actividad científica. Esta línea de pensamiento nos obliga a abandonar la búsqueda de un conjunto de características inmutables e intemporales (pertenecientes a un ideal de ciencia). Parece que el único camino fecundo es el señalado por Black: indicar el conjunto de características que sin ser necesarias ni suficientes, individualmente consideradas, sean relevantes para la identificación de los métodos científicos.¹⁵ Una vez eliminada la búsqueda de criterios intemporales, en los

¹³ Cfr. Black, Max, *Problems of Analysis*, Londres, Routledge and Kegan, 1954, p. 13.

¹⁴ Cfr. Black, Max, *Problems of Analysis*, cit., p. 13.

¹⁵ Cfr. Nino Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., p. 12.

casos de las actividades ubicadas en las zonas de penumbra no queda más que determinar qué características tienen en común sus métodos con los de aquellas ciencias que se encuentran incluidas en el núcleo del término y señalar cuáles son sus características distintivas. Ahí donde encontremos un conjunto de características que generalmente aparezcan como distintivas de las actividades científicas, podremos aplicar "correctamente" los términos 'ciencia', 'científico' o 'teoría'.¹⁶

Es fácil pensar que la relevancia científica de un problema, así como la determinación de los métodos científicos típicos han dependido, en gran medida, de la concepción o ideal de ciencia —del cual los científicos pueden o no estar conscientes—, así como de aquello que se espera de la actividad científica en un momento dado. Al respecto cabe señalar que para decidir acerca de la relevancia científica de un problema y para definir los métodos científicos, todavía juegan un papel determinante las pautas valorativas que supone el ideal clásico de ciencia.

5. La ciencia clásica¹⁷

a) El conocimiento científico

Aristóteles (384-322)¹⁸ concibe la investigación científica como una

¹⁶ Cfr. Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., p. 12.

¹⁷ En la exposición de este tema seguiré, *inter alia*, a John Losee, *Historical Introduction to the Philosophy of Science*, Oxford University Press, 1980; Allan, D. J., *The Philosophy of Aristotle*, Oxford University Press, 1978; Barnes, Jonathan, *Aristotle*, Oxford, Oxford University Press, 1982; Cresson, André, *Aristote. Sa vie, son oeuvre*, Presses Universitaires de France, 1963; Greene, Marjorie, *Portrait of Aristotle*, Londres, 1953; Jaeger, Werner W., *Aristotle; Fundamentals of the History of his Development*, Oxford, Oxford University Press, 1968, etc., etc.

¹⁸ Aristóteles nació en 384 (a. de C.) en Tracia, al norte de Grecia. Era originario de Estagira, antigua colonia jonia situada en la costa oriental de Calcídica, al norte del mar Egeo. No obstante que Estagira estaba bastante alejada de Atenas y que se encontraba bajo control de Macedonia, la ciudad era una ciudad griega en la que se hablaba griego.

Su padre, de nombre Nicómaco, pertenecía a la corporación de los asclépiades y era médico personal del rey de Macedonia Amyntas II, padre de Filipo y abuelo de Alejandro; se lo tenía por descendiente de Esculapio. La madre de Aristóteles de nombre Phaistas, pertenecía a una familia de Calcis en Eubea. El padre de Aristóteles muere cuando éste es aún muy pequeño; poco después, murió su madre. Al morir su padre, Aristóteles quedó bajo el cuidado de Proxenus.

De haber vivido su padre, Aristóteles, con toda probabilidad, hubiera sido destinado al estudio de la medicina. Sin embargo, Proxenus hizo arreglos para que continuara su educación en Atenas. Aristóteles se traslada a Atenas a la edad de dieciocho años (alrededor del año 368) para ingresar a la *Akademia*, escuela fun-

progresión que va de la observación de los hechos a los principios ge-

dados y dirigida por Platón. La *Akademia*, fundada por Platón veinte años atrás, impartía una amplia educación con fundamentos matemáticos. La *Akademia* rivalizaba, por entonces, con la escuela de Isócrates, la cual enseñaba exclusivamente retórica. Aristóteles inmediatamente destaca en la *Akademia*; pronto colabora en la enseñanza y publica sus primeros trabajos sobre retórica (*Gryllus*, *Eudemus*, *Protrepticus*), dirigidos contra Isócrates.

A la muerte de Platón (348), Speusippo, su sobrino y heredero, devino jefe de la escuela. Aristóteles deja la *Akademia* y, en compañía de su condiscípulo Xenócrates de Calcedonia, se marcha a Assos, en Troade, donde, bajo la protección de Hermias de Atarne, Aristóteles asume su papel de jefe de escuela.

Al cabo de dos o tres años Aristóteles establece su escuela en Mitelene, en Lesbos. Ahí habría de residir no más de dos años porque en 343, cinco años después de que había dejado Atenas, fue llamado por Filipo, rey de Macedonia, para ser preceptor de su hijo Alejandro.

Aristóteles partió a Macedonia acompañado de Teofrasto (de Efeso) quien a la postre, sería su sucesor. Fue durante su estancia en Macedonia que Aristóteles tuvo conocimiento de la muerte de Hermias a manos de los persas. Pythias (hermana menor o sobrina de Hermias) fue a refugiarse a Macedonia; poco después, devino la esposa de Aristóteles. Pythias muere pronto, después de darle una hija del mismo nombre. A la muerte de Pythias, Aristóteles se casó con Herpyllis, originaria de Estagira, quien le dio un hijo: Nicómaco, el cual murió joven poco después de que Aristóteles compusiera la *Ethica*, obra que le había dedicado.

Es muy difícil establecer la verdad sobre las relaciones de Aristóteles con Alejandro (éstas han sido objeto de fantásticas leyendas). Cierta tradición, nada absurda, sostiene que Aristóteles preparó una versión de la *Ilíada* para el uso de Alejandro. Probablemente entonces, escribió un tratado sobre la *Monarchia*, completamente perdido. También se cuenta que después de la conquista de Asia, Aristóteles le dirige una memoria en forma de diálogo llamado: *Alexandro o Sobre la colonización*, en donde le pedía que se comportara con los griegos como un rey y con los orientales, como un amo. Sin duda, las funciones de Aristóteles como preceptor debieron de haber terminado cuando Alejandro accede al trono (336), si no es que antes.

Aristóteles, liberado de sus obligaciones en Macedonia, regresa a Atenas (335). En sus años de ausencia, el progreso de su pensamiento contemplaba investigaciones que no cabían dentro de la filosofía de la *Akademia*. Aristóteles (no obstante su amistad con Xenócrates, entonces a la cabeza de la escuela) no podía reasumir su lugar como miembro de la *Akademia*. Aristóteles, en consecuencia, funda, probablemente con ayuda financiera de Macedonia, una nueva escuela en un gimnasio cercano al templo de Apolo, la cual se conocería con el nombre de Lyceo o Peripatos (de *πéριπατος*: pasillo o andador cubierto). (La idea de que se llamaba así porque Aristóteles caminaba mientras enseñaba, se encuentra ampliamente desacreditada.) Durante doce años Aristóteles a la cabeza del Lyceo, enseña, investiga, reúne libros y cantidad de material científico.

A la muerte de Alejandro, en el año 323, Aristóteles y el Lyceo se ven amenazados por el partido antimacedónico. Para escapar a una segunda acusación de "impiEDAD" (con la que los atenienses habían una vez condenado a Sócrates), Aristóteles se refugia en Calcis, patria de su madre, donde habría de morir al año siguiente a la edad de sesenta y tres años.

Los datos biográficos sobre Aristóteles están tomados de: Allan, D.J., *The Philosophy of Aristotle*, cit.; Barnes, Jonathan, *Aristotle*, cit.; Brun, Jean, *Aristote et*

nerales y regresa a los hechos.¹⁹ El científico debe inducir principios y deducir de ellos enunciados sobre los fenómenos. Para Aristóteles el conocimiento científico comienza con el conocimiento de que cierto evento ocurre o de que ciertas propiedades coexisten.²⁰ Sin embargo, la verdadera explicación científica se logra únicamente cuando enunciados sobre estos eventos o propiedades son deducidos de los principios explicativos. La explicación científica es una transición del conocimiento de los hechos al conocimiento de las causas de los hechos.²¹

El conocimiento científico difiere del conocimiento práctico, obtenido por la experiencia, en que aquél incluye un conocimiento de las causas. Los prácticos que han aprendido por experiencia —dice Aristóteles— saben lo que se debe hacer; pero no saben por qué, mientras que los científicos conocen el por qué y la causa.²²

b) La inducción de principios generales

Las generalizaciones son alcanzadas por inducción, a partir de la experiencia sensible. Aristóteles considera dos tipos de inducción. El primer

le *Lycée*, Paris, Presses Universitaires de France, 1965; Creson, André, *Aristote sa vie, son oeuvre*, cit.; Diogenes Laercio, 5- 1-35; Düring, I., *Aristotle and the Ancient Biographical Tradition*, Goeteborg, 1957; Grene, Marjorie, *Portrait of Aristotle*, cit.; Jaeger, W.W., *Aristotle. Fundamental of the History of his Development*, cit.; Ross, W.D., *Aristotle*, Londres, 1949; etcétera.

¹⁹ Aristóteles es el primer filósofo de la ciencia; crea la filosofía de la ciencia cuando analiza ciertos problemas conectados con la investigación científica. Los *Analytica Posteriora* constituyen el principal trabajo de Aristóteles sobre la disciplina. A éste podemos agregar los *Analytica Priora* (libro primero, 24a 10-52b 37), la *Physica* (esp. 184a 10-194b 15); en la *Meta Physica* (esp. los primeros tres libros: 980a 22-1003b 16) explica ciertos aspectos del método científico (cfr. Losee, John, *Historical Introduction to the Philosophy of Science*, cit., pp. 5 y 6).

²⁰ En *Anal. Post.*, 71a 1-71b 8, Aristóteles insiste en la existencia de un conocimiento preexistente.

²¹ Aristóteles expresamente dice:

Suponemos tener... conocimiento científico de una cosa... cuando pensamos que conocemos la causa de la que el hecho depende, como la causa de tal hecho y no de otro y, más aún, de forma que el hecho no podría ser otro del que es (*Anal. Post.*, 71b 9-11).

El arte [q. v. ciencia] nace cuando, de una multitud de nociones tomadas de la experiencia, se obtiene un solo juicio universal. Puesto que juzgar que cuando Callias estaba enfermo de cierta enfermedad, esto le hizo bien, y similarmente a Sócrates y en muchos casos individuales, es una cuestión de experiencia; pero juzgar que le ha hecho bien a todas las personas de cierta constitución, miembros de una clase, cuando estaban enfermos de esa enfermedad e.g. ... biliosos... esto es una cuestión de arte (*Meta.*, 981a 7-12).

²² Cfr. *Meta.*, 981a 28-30.

tipo es una simple enumeración en la cual los enunciados acerca de los fenómenos particulares son tomados como base para una *generalización* sobre la *especie* de la cual estos fenómenos son miembros.²³ El segundo tipo de inducción es una intuición directa de los principios generales. Esta inducción intuitiva es una cuestión de *comprensión*, de *penetración*; es una aptitud especial para ver lo que es *esencial* en los datos de la experiencia sensible.²⁴

Las generalizaciones alcanzadas por inducción son usadas como *premisas* para la deducción de enunciados sobre los fenómenos observados.²⁵

²³ Dice John Losee que un típico argumento por simple enumeración tiene la forma:

a_1 tiene la propiedad P
 a_2 tiene la propiedad P
 a_3 tiene la propiedad P

∴ Todo a tiene la propiedad P

En un argumento inductivo de simple enumeración, las premisas y la conclusión tienen los mismos términos descriptivos (cfr. Losee, John, *Historical Introduction to the Philosophy of Science*, cit., p. 7).

²⁴ A este respecto Aristóteles expresamente dice:

... una rápida perspicacia es la facultad de dar con el término medio de forma instantánea. Esto podría ejemplificarse con un hombre que vio que la Luna siempre tiene su lado luminoso volteado hacia el Sol y rápidamente penetró la causa de ello, a saber que ella toma prestada su luz del Sol (*Anal. Post.*, 89b 10-20).

²⁵ De acuerdo con Aristóteles —señala D. J. Allan— existen dos formas a través de las cuales una nueva verdad puede ser obtenida. La primera, que es denominada *inducción*, es el movimiento de lo particular a lo general. La inspección de ejemplos (no necesariamente un gran número), en los cuales una característica aparece conjuntamente con otra, nos conduce a proponer una norma general que suponemos válida para los casos aún no examinados. En virtud de que la regla —sigue diciendo D.J. Allan— es de mayor generalidad que los casos, esto es un proceso que va de una verdad "*prior* para nosotros" a una verdad "*prior* en naturaleza". Por el otro lado, algunas veces, dos verdades generales [obtenidas por inducción] que son autoevidentes o no son objeto de duda implican necesariamente una tercera verdad de alcance más limitado. Este procedimiento, es la *deducción* o la *demonstración*. Ésta procede de lo que es *prior* en naturaleza hacia lo que es *prior* para nosotros y en virtud de que así lo hace, tiene una completitud y fuerza que siempre falta en la *inducción*. (Cfr. *The Philosophy of Aristotle*, cit., p. 98.) Más adelante D.J. Allan comenta que la lógica de la inducción pareciera no importar grandemente a Aristóteles: "... la considera como un procedimiento absolutamente necesario en las primeras etapas de la ciencia... la cual puede desaparecer... cuando la ciencia está cerca de completarse". (*Ibid.*; cfr. *infra* n. 44.) Aristóteles hace de la deducción el objetivo fundamental del análisis lógico. Sobre este particular comenta W.C. Dampier que el mayor valor que Aristóteles atribuye

A este respecto Aristóteles realiza una importante reducción: los enunciados que pueden funcionar como premisas y conclusiones de argumentos deductivos de la ciencia son sólo aquellos que afirman que una clase está incluida o no en una segunda clase.²⁶

Los enunciados del tipo A, sostiene Aristóteles, son los más importantes de los enunciados; una explicación científica apropiada debe ser producida por enunciados de este tipo. Específicamente sostiene que el silogismo *Barbara* constituye el paradigma de la demostración científica.²⁷

Con independencia de las cosas que las premisas nombren, la conclusión se sigue de manera necesaria. Esto es así porque el silogismo es "un discurso en el que, ciertas cosas siendo establecidas, alguna otra... sigue por necesidad".²⁸ Sobre el particular observa John Losee que uno de los grandes logros de Aristóteles fue precisamente insistir en que la

al razonamiento deductivo, en comparación con el inductivo, se debe al hecho de que el más exitoso producto del genio griego fue la ciencia deductiva de la geometría (cfr. A. *History of Science, and its Relations with Philosophy and Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, p. 40).

²⁶ Los argumentos que permite Aristóteles son:

- A Todo S es P
- E Ningún S es P
- I Algún S es P
- O Algún S no es P

Señala John Losee que estos enunciados corresponden a las siguientes relaciones:

- S Está totalmente incluido en P
- S Está totalmente excluido de P
- S Está parcialmente incluido en P
- S Está parcialmente excluido de P

(cfr. *Historical Introduction to the Philosophy of Science*, cit., p. 8).

²⁷ Aristóteles literalmente señala:

De todas las figuras la más científica es la primera. De esta forma es el vehículo de la demostración de todas las ciencias matemáticas, tales como aritmética, geometría y óptica y, prácticamente de todas las ciencias que investigan causas...

Es claro, por tanto, que la primera figura es la condición primaria del conocimiento (*Anal. Post.*, 79a 17-20 y 32).

²⁸ *Anal. Prior.*, 24b 19-20.

El razonamiento —insiste Aristóteles— es un argumento en el que habiendo establecido ciertas cosas, cierta otra, a través de ellas, se deriva necesariamente. Es una demostración cuando las premisas de las que el razonamiento parte son verdaderas y primarias (*Topica*, 100a 25-29).

validez de un argumento es determinado únicamente por la relación entre premisas y conclusión.²⁹

Aristóteles concebía el paso deductivo del conocimiento científico como la interposición de términos medios entre el sujeto y el predicado del enunciado a comprobar. Con la aplicación del paso deductivo de la ciencia, el científico ha avanzado del conocimiento del hecho a un entendimiento de por qué este hecho es como es.

c) El status de las premisas

Aristóteles insiste en que las premisas de una explicación científica deben ser verdaderas; claramente señala: "El conocimiento demostrativo debe descansar en verdades fundamentales necesarias".³⁰ La exigencia de que las premisas sean verdaderas es uno de los requerimientos extralógicos que Aristóteles impone a las premisas de la demostración científica. A este respecto Aristóteles dice:

...las premisas del conocimiento... tienen que ser [además de verdaderas] primarias, inmediatas, mejor conocidas que y previas a la conclusión, la cual se encuentra relacionada con ellas como efecto a causa.³¹

Si estas condiciones no son satisfechas, las verdades fundamentales, dice Aristóteles, no serán *apropiadas* para las conclusiones. Es cierto que puede haber silogismos en que no concurren estas condiciones, pero tales silogismos, sostiene Aristóteles, no son productores de conocimiento científico.³² Siguiendo con las características de los principios, Aristóteles señala que "las premisas tienen que ser primarias e indemostrables".³³ La existencia en la ciencia de algunos principios indemostrables

²⁹ Cfr. Losee, John, *Historical Introduction to the Philosophy of Science*, cit., p. 9.

³⁰ *Anal. Post.*, 74b 5.

³¹ *Anal. Post.*, 71b 20-22.

³² Cfr. *Anal. Post.*, 71b 22-24.

³³ *Anal. Post.*, 71b 26. Aristóteles explica este requerimiento así:

Al decir que las premisas... tienen que ser primarias, quiero indicar que tienen que ser las verdades fundamentales *apropiadas*, puesto que yo identifico premisas primarias y verdades fundamentales. Una verdad fundamental en una demostración es una proposición inmediata. Proposición inmediata es aquella que no tiene ninguna otra proposición que le preceda (*Anal. Post.*, 72a 6-8). No todo conocimiento es demostrable..., el conocimiento de las premisas inmediatas es independiente de demostración. La necesidad de esto es obvia,

es necesaria para evitar un *regressus ad infinitum* en las explicaciones. Por tanto, en la ciencia, apunta John Losee, no todo conocimiento es susceptible de prueba.³⁴

"Las premisas —afirma Aristóteles— tienen que ser las causas de la conclusión... sus causas, porque poseemos conocimiento de una cosa sólo cuando conocemos su causa".³⁵ De acuerdo con John Losee éste es el más importante de los requerimientos.³⁶

puesto que tenemos que conocer las premisas previas, de las cuales la demostración es obtenida y puesto que el *regressus* tiene que terminar en verdades inmediatas, dichas verdades tienen que ser indemostrables (*Anal. Post.*, 72b 18-23).

³⁴ *Historical Introduction to the Philosophy of Science*, p. 10.

³⁵ *Anal. Post.*, 71b 29-30.

³⁶ *Cfr. Historical Introduction to the Philosophy of Science, cit.*, p. 10. Aristóteles admite la posibilidad de silogismos con premisas verdaderas que no establecen, sin embargo, la causa del predicado atribuido en la conclusión. (Véase el ejemplo del muro en *Anal. Post.*, 78b 16-29.) Sobre el particular resulta instructivo comparar los siguientes silogismos imaginados por John Losee:

Silogismo del hecho razonado o causado

Todos los rumiantes con estómagos de cuatro cavidades son animales sin incisivos superiores.

Todos los bueyes son rumiantes con estómagos de cuatro cavidades.

∴ Todos los bueyes son animales sin incisivos superiores.

Silogismo del hecho

Todos los rumiantes de pezuñas hendidas son animales sin incisivos superiores.

Todos los bueyes son rumiantes de pezuñas hendidas.

∴ Todos los bueyes son animales sin incisivos superiores.

Aristóteles diría que el primer silogismo establece la causa del hecho (de que los bueyes carezcan de incisivos superiores), en tanto que la correlación en el segundo silogismo es meramente accidental (*cfr. Losee, John, Historical Introduction to the Philosophy of Science, cit.*, pp. 10-11). De esto se sigue que Aristóteles necesita establecer un criterio que le permita distinguir entre correlaciones *causales* y meramente accidentales.

d) *La estructura de la ciencia*

Aristóteles, no menos que Platón, estaba impresionado por el poder de la axiomatización; pero no participaba de la optimista opinión de Platón de que todo el conocimiento pudiera estar fundamentado en un solo conjunto de axiomas. Aristóteles estaba igualmente impresionado por la aparente diferencia entre las ciencias. Matemáticos y médicos, biólogos y físicos, trabajan en diferentes dominios, explican diferentes objetos y siguen diferentes métodos.³⁷ Para Aristóteles, consecuentemente, cada ciencia tiene sus propios géneros y predicados. Ahora bien, como en la demostración no podemos pasar de un género a otro, "no podemos, por ejemplo, probar —afirma Aristóteles— verdades geométricas por la aritmética". En el mismo lugar agrega:

La demostración aritmética y las otras ciencias por igual poseen, cada una de ellas, sus propios géneros, de tal manera que si la demostración ha de pasar de una esfera a otra, el género tiene que ser o bien absoluto o, en algún sentido, el mismo. Si no es así, la transferencia es claramente imposible... Es por ello que no se puede probar por la geometría que... el producto de dos cubos es un cubo. Tampoco un teorema de cualquier ciencia puede ser demostrado por los medios de otra ciencia...³⁸

Aristóteles afirma que una ciencia individual constituye un grupo de enunciados deductivamente organizados. En el más alto nivel de generalidad se encuentran los primeros principios de toda demostración (los cuales equivalen a verdades analíticas e.g. "tómense iguales de iguales y se mantendrán iguales").³⁹ Estos son principios aplicables a todo argumento deductivo. En el segundo más alto nivel de generalidad se encuentran los principios y definiciones de la ciencia particular. Los primeros principios de cada ciencia, como ya vimos, no son susceptibles de deducción de otros principios más fundamentales: son los enunciados más generales que se pueden hacer de los predicados propios a cada ciencia. Como tales, estos principios constituyen el punto de partida de toda demostración.⁴⁰

De todo lo anterior podemos ver que el conocimiento científico es

³⁷ Cfr. Barnes, Jonathan, *Aristotle, cit.*, p. 23.

³⁸ Cfr. *Anal. Post.*, 75a 38-39 y 75b 6-15.

³⁹ Cfr. *Anal. Post.*, 76a 38-76b 2.

⁴⁰ Cfr. Losee, John, *Historical Introduction to the Philosophy of Science, cit.*, p. 12.

un proceso. Se comienza por acumular experiencia (*εμπειρία*) por las que se recuerda lo que ha sido repetidamente observado. De la etapa de la experiencia se pasa a la etapa de la ciencia (*ἐπιστήμη*) al encontrar el elemento común en los casos particulares que han sido observados.⁴¹ El paso clave en la transición de la experiencia a la ciencia es el descubrimiento del elemento común que une los casos particulares que han sido observados. Este paso de lo particular a lo universal es *ἐπαγωγή*, el método por el cual se alcanzan los primeros principios.⁴² Cuando los primeros principios de la ciencia han sido descubiertos, éstos tienen que ser formulados en proposiciones. Los principios (exclusivos de una ciencia) son de tres tipos: a) axiomas (proposiciones autoevidentes); b) definiciones (*ὁροι*), y c) hipótesis.⁴³

Estos elementos fundamentales proveen a la ciencia de sus mínimos presupuestos. Sólo cuando este primer paso en la construcción de la ciencia ha sido completado, es decir, cuando los principios fundamentales han sido descubiertos y establecidos en proposiciones, entonces la deducción es posible.

Finalmente, la ciencia tiene que presentarse sistemáticamente y, así, los materiales obtenidos en estos dos procesos (establecimiento de principios y deducción de enunciados) tienen que ser organizados de acuerdo a su género y especie.⁴⁴

⁴¹ Cfr. *Anal. Post.*, 100a 1-100b 1.

⁴² Cfr. *Topica*, 105a 13-16.

⁴³ Para Aristóteles un axioma es una "tesis" que constituye una *verdad fundamental* (i.e. principio) que no es susceptible de ser probado (cfr. *Anal. Post.*, 72a 14-17). "Le llamo axioma —dice Aristóteles— porque existen tales verdades..." (*Anal. Post.*, 72a 17). A continuación dice: "Si una tesis asume una o la otra parte de un enunciado, i.e. afirma la existencia o no existencia del sujeto, es una hipótesis" (*Anal. Post.*, 72a 19-20). La definición es también una tesis, en que se *establece algo* (cfr. *Anal. Post.*, 72a 21). Sin embargo, "la definición —dice Aristóteles— no es una hipótesis, puesto que definir algo no es lo mismo que asumir su existencia" (*Anal. Post.*, 72a 23-24).

⁴⁴ Cfr. *Top.* 120b 12-128b 10.

Sobre la estructura de la ciencia y la forma en que sus resultados son sistematizados y expuestos, podría decirse que la actividad científica difícilmente corresponde al esquema que propone Aristóteles en los *Analítica posteriora*. Sobre este particular señala J. Barnes que "el sistema de Aristóteles es un gran esquema para una ciencia terminada y completada. Los *Analítica posteriora* no describen la actividad de un investigador científico [sino] determina la forma en la cual sus resultados tienen que ser sistemáticamente organizados y expuestos" (*Aristotle, cit.*, p. 38).

e) *El ideal de la sistematización deductiva y la demostración*

La concepción clásica de ciencia (concepción ampliamente compartida) encuentra en el sistema geométrico de Euclides el paradigma del ideal científico.⁴⁵ Existe desde la antigüedad una muy compartida opinión de que la estructura de la ciencia debía ser un sistema deductivo de enunciados. Aristóteles, como vimos, concibe la *demostración* científica como una deducción de conclusiones a partir de los principios primarios. Muchos autores creen, observa John Losee, que el ideal de la sistematización deductiva fue alcanzada en la geometría por Euclides y en la estática de Arquímedes.⁴⁶ Euclides y Arquímedes formularon sistemas de enunciados conteniendo axiomas, definiciones, postulados (los postulados de Euclides corresponden, *mutatis mutandi*, a las hipótesis de Aristóteles) y teoremas. Tres son los aspectos, según Losee,⁴⁷ de la sistematización deductiva: (1) los axiomas y teoremas se encuentran deductivamente relacionados, (2) los axiomas son verdades evidentes y (3) los teoremas corresponden a la observación.⁴⁸

Dentro de esta concepción de ciencia, 'teoría', expresión que nombra una parte de la ciencia, señala un objeto que se caracteriza como un sistema de principios: axiomas y postulados (un conjunto de premisas) de los cuales las "leyes empíricas" son deducidas. Así, se pretende que las teorías tengan una forma lógica, con axiomas, reglas de formación, reglas de inferencia, etcétera. Ciertamente la propia geometría, la matemática, la física, no corresponden, ni con mucho, a la concepción clásica de ciencia e, inclusive en relación con su formalización lógica, muy pocas teorías son estructuradas cuidadosamente. La concepción moderna de

⁴⁵ Cfr. Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires Astrea, 1974, p. 85; Barnes, Jonathan, *Aristotle*, cit., p. 23.

⁴⁶ Cfr. *Historical Introduction to the Philosophy of Science*, cit., p. 23.

⁴⁷ Cfr. *Ibid.*

⁴⁸ Una impresionante ilustración del sistema deductivo puede observarse en el libro primero de los *Elementa* de Euclides. Comienza estableciendo 23 definiciones, 5 postulados y 48 teoremas (proposiciones). En él, Euclides, a partir de sus definiciones de 'ángulo recto' (*def.* 10), de 'triángulo rectángulo' (*def.* 21), de 'paralelas', del principio de igualdad (*nociones comunes*, 2) y del resultado de otras demostraciones (e.g. teoremas 4 y 41) construye y prueba, indicando todos los pasos, que "en los triángulos rectángulos el cuadrado del lado que se opone (*subtending*) al ángulo recto es igual a los cuadrados de los lados que lo contienen" (proposición 47) (cfr. *The Thirteen Books of Euclid's Elements*, Trad. de Thomas L. Heath, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1952 (Great Books of the Western World II), pp. 28-29).

la ciencia (en sentido técnico) debe su origen, precisamente, al hecho de que los desarrollos de la ciencia (*i.e.* el nacimiento de la ciencia empírica, las geometrías no euclidianas, la mecánica del *quantum*, la lógica matemática, etcétera) son incompatibles con las exigencias de la concepción clásica de ciencia.⁴⁹ Sin embargo, los usos del lenguaje (las actitudes y valoraciones que supone) se encuentran ligadas al ideal clásico de ciencia (aún enormemente difundido y ampliamente aceptada), más coincidente con una visión inmediata del mundo.⁵⁰

6. *Carácter emotivo de 'ciencia'*

Más arriba señalé que, para que un objeto sea científicamente relevante, requiere: a) ser importante de acuerdo con el criterio establecido, en última instancia, por la comunidad científica, y b) que los métodos que lo estudien presenten alguna similitud (según el criterio de la comunidad científica) con los métodos propios de las ciencias paradigmáticas. (Ambos requerimientos son directamente afectados por la concepción o ideal de ciencia en vigor).

Este criterio será combatido apasionadamente por muchas personas, en virtud de que la palabra 'ciencia' (como las íntimamente relacionadas con ella, *e.g.* 'científico', 'cientificidad', 'teórico') tienen un marcado significado emotivo, el cual determina o afecta su uso. La aplicación de la palabra 'ciencia' y, en consecuencia, el de las palabras 'científico' o 'teoría', origina una reacción favorable. Las actividades a las cuales se aplican estas palabras son estimadas como valiosas. Cualquier cosa que dichas palabras designen supone respeto y consideración.⁵¹ Las actividades que claramente entran en el núcleo de aplicación de la palabra 'ciencia' —aunque no se sepa nada de ellas— son objeto de admiración y reverencia. Tal peculiaridad conduce a que se intente aplicar la palabra 'ciencia', *coute que coute*, a cualquiera actividad. En ocasiones, se pretende aplicar (o se aplica) a ciertos estudios, análisis o reflexiones con el propósito de *adscribirles* importancia y respeto (parecido al que tienen las *ciencias* en sentido estricto). Es así común que a ciertas actividades de moda se les trate de aplicar la palabra 'teoría' o, incluso, la palabra 'ciencia' (*e.g.* 'teoría de la comu-

⁴⁹ Cfr. Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 82.

⁵⁰ Cfr. Cassirer, Erns, *Substance and Function and Einstein's Theory of Relativity*, Nueva York, Dover Publication, 1953, pp. 4-9.

⁵¹ Cfr. Black Max, *Problems of Analysis*, cit., p. 5.

nicación', 'ciencia de la administración', etcétera), simplemente con el propósito de elevar su importancia.

Teniendo en cuenta este significado emotivo de las palabras ciencia', 'científico' o 'teoría', es fácil imaginar que las decisiones sobre el carácter científico de una actividad no se limitan a meras disertaciones académicas sino que, en ocasiones, encubren una discrepancia sobre la trascendencia y utilidad de esas actividades, así como sobre la posición social de los que la ejercen.⁵²

Esta situación no prejuzga o no debiera hacerlo sobre el rigor, disciplina y esfuerzo que suponen ciertas actividades. Un músico, por ejemplo, tiene que trabajar y estudiar intensamente para entender, comprender y ejecutar; igualmente, un pintor, un poeta o un literato. Muchas actividades ubicadas bajo el rubro de 'letras' o 'humanidades' suponen extraordinario trabajo y disciplina (i.e. filología, literatura, historia). Sólo una absoluta ignorancia sobre estas actividades llevaría a sostener lo contrario. Con la expresión 'ciencia', por otro lado, muchas veces se encubre una actividad bastante rutinaria y trivial de los "científicos".

Existen razones que explican el origen de esa significación emotiva de 'ciencia' y expresiones relacionadas. La ciencia ha constituido (según valores propios de la cultura occidental) una epopeya de la humanidad. La historia de la ciencia ha sido, en cierta forma, una historia del éxito. Sus triunfos han representado un acumulativo incremento del conocimiento y, correlativamente, una constante secuencia de victorias sobre la "ignorancia" y la "superstición". Por otro lado, la ciencia ha proporcionado los elementos básicos para el desarrollo tecnológico y las invenciones, las cuales han procurado un mayor bienestar para la humanidad.⁵³ Estas líneas bastan para explicar, en buena parte, los factores que originan el significado emotivo de la palabra 'ciencia'.

Como es fácil imaginar, la idea de aplicar la palabra 'ciencia' o expresiones relacionadas ('científico', 'teoría') depende del grado en que hayan participado estas actividades en las "conquistas" tecnológicas y en la "emancipación del conocimiento humano de las supersticiones antiguas". En esta forma se explica que, justamente, sean la geometría, la matemática, la física, las ciencias paradigmáticas: fueron ellas las pro-

⁵² Cfr. Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., p. 13. No hay que extrañarse, señala el propio Nino, de las reacciones que provocó von Kirchman entre los juristas con su artículo: "La jurisprudencia no es ciencia".

⁵³ Cfr. "History of Science" (s.v. *Science, History of*), *Encyclopaedia Britannica* (Macropædia), cit., t. XVI, pp. 366-375.

motoras de esa epopeya del conocimiento. Piénsese simplemente en el advenimiento de la fisiología jonia, en la geometría de Euclides o en la estática de Arquímedes.

7. La definición persuasiva de 'ciencia'

El significado emotivo contenido en el término 'ciencia' hace que toda caracterización de 'ciencia', 'científico', 'teoría', así como de los objetos que tales palabras nombran se establezca mediante "definiciones persuasivas".⁵⁴

A este respecto afirma Max Black que toda tentativa por definir el método científico es una búsqueda de una definición persuasiva,⁵⁵ en vista de que el término 'ciencia' (y todos aquellos con él relacionados) no tienen una aplicación definida y unívoca. Cuando se quiere condecorar a una determinada actividad con un nombre honroso, cuando se desea que ciertos objetos sean dignos de veneración o cuando se quiera incrementar el prestigio social de quienes la realizan, entonces, se intenta, a toda costa, aplicarles los términos 'ciencia', 'científico' o 'teoría'. Esto se logra dando una definición *ad hoc* de 'ciencia' o de 'teoría'.

Pienso que se puede concluir este capítulo estableciendo que para que 'α' ocurra propiamente en el campo del operador 'ciencia', se requiere:

(4) que el objeto nombrado por 'α' sea "científicamente" relevante. Lo cual supone:

- a) que el objeto sea "importante" de acuerdo con el criterio establecido por la comunidad científica;
- b) que sea susceptible de ser abordado por los "métodos científicos" (o satisfaga el criterio de similitud de conformidad con criterios interactuantes sobre el método científico), y
- c) que satisfaga el criterio elogioso de 'ciencia' (que signifique un incremento en el campo del conocimiento y un cambio de concepción de las cosas).

⁵⁴ Cfr. Stevenson, C.L., *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press, 1960, cap. IX; Hospers, J., *An Introduction to Philosophical Analysis*, cit., p. 29.

⁵⁵ Una definición persuasiva es siempre más o menos tramposa. Se mantiene o se utiliza el significado emotivo de una palabra aludiendo a las características que ese significado implica, pero cambiando el objeto al que se aplica. De esta forma se pretende que las reacciones favorables se dirijan hacia un nuevo objeto.

CAPITULO VIII. LA CIENCIA DEL DERECHO.	123
1 <i>Introducción</i>	123
2 <i>La profesión jurídica</i>	124
3 <i>Geometría y jurisprudencia.</i>	129
4 <i>La importancia del derecho y de la jurisprudencia</i> <i>en Roma</i>	134

VIII

LA CIENCIA DEL DERECHO *

*Dixi saepius post scripta
geometrarum nihil extare quod
vi ac subtilitate cum romanorum
iurisconsultorum scriptis
comparari possit...*

LEIBNITZ

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La profesión jurídica.* 3. *Geometría y jurisprudencia.* 4. *La importancia del derecho y de la jurisprudencia en Roma.*

1. *Introducción*

¿Qué tanto se pueden aplicar las consideraciones del capítulo anterior a 'ciencia del derecho'? Este es el problema que me propongo resolver en el presente capítulo.

Como el operador oracional 'ciencia' ocurre en la expresión 'ciencia del derecho', esta expresión indica (entre otras posibles) cualquiera de las dos situaciones siguientes (o ambas):

i) que existen ciertos hombres (denominados 'juristas' o 'jurisconsultos') que se ocupan del estudio, análisis, investigación o descripción de *algo*, donde ese algo es denominado 'derecho'; y

* Sobre este tema seguiremos particularmente a La Pira, Giorgio, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'arte sistematica" en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, vol. 42, Roma, 1934; *id.*, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Problemi generali" en *Studi in onore di F. Virgili*, Siena, 1935; *id.*, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo" en *Studia et Documenta Iuris*, vol. 1, Roma, 1935; Mitteis, L., "Storia del diritto antico e studio del diritto romano" en *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, vol. XII, 1929; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford University Press, 1967, pp. 5-98; *id.*, *Principles of Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1936, pp. 6-39; Nocera, G., "Iurisprudentia". *Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma, Bulzoni Editori, 1973; Bretonne, M., *Technique e ideologie degli giuristi romani*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1971, pp. 5-7 y 163-180; Schiavone, Aldo, *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-republicana*, Roma, Laterza, 1977, etcétera.

ii) que existe un conjunto de enunciados (resultado de la labor de los juristas) los cuales versan sobre algo que, de igual modo, es designado por la palabra 'derecho'.

De acuerdo con lo anterior resulta que cuando, primeramente, podamos determinar la existencia de una cierta *actividad* por la cual los juristas (como quiera que se les denomine) estudian, investigan, analizan, etcétera, el derecho; en segundo lugar, establezcamos la existencia de un conjunto de enunciados que versen sobre el derecho, y, por último, determinemos que el conjunto de enunciados mencionados en ii) sean resultado de la actividad de los juristas (mencionados en i)), entonces hemos satisfecho las condiciones para el uso del operador 'ciencia' para la expresión 'ciencia del derecho' (al menos tanto como se satisfacen, si es el caso, para las expresiones 'ciencia de las matemáticas', 'ciencia de la física', etcétera).

2. La profesión jurídica

En el derecho romano arcaico al lado de las *Doce Tablas*, y en cierta forma, como consecuencia de éstas, encontramos, la *interpretatio prudentium*.¹ De *D. 1, 2, 2, 6*,² claramente se desprende que el "conocimiento del derecho [y de] la ciencia de su interpretación... estuvieron por más de cien años, después de la legislación de los *decenviri*, en manos de los pontífices".³ Los jurisconsultos estudiaban el derecho (el derecho romano); lo describían. Son los jurisconsultos los que determinaban cuál era el derecho y sus alcances. Los jurisconsultos decían qué decía el derecho.

A través de la *interpretatio* los pontífices cambiaron, en mucho, el significado original de las *Doce Tablas* extendiendo su aplicación a nuevas situaciones.⁴ La atribución significativa fue tal que el *ius civile* fue considerado "*compositum* por los prudentes".⁵ De lo anterior se sigue que en Roma existió una específica actividad, denominada '*iurisprudentia*', cuya función característica era la interpretación (estudio, análisis, de-

¹ Cfr. *D. 1, 2, 2, 5*.

² "*Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis.*"

³ Moyle, J.B., "General Introduction", en *Imperatoris Iustiniani Institutionum: Libri Quattuor*, cit., p. 43.

⁴ Cfr. Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1966, pp. 39-40; Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, cit., p. 513.

⁵ *D. 1, 2, 2, 5*. Cfr. Serrao, F., "Interpretazione. Il Diritto romano. a) Interpretazione de la legge", *Encyclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1972, tomo XXII, p. 242.

terminación) del derecho. La tradición romana⁶ es del todo exacta al colocar la cuna de la jurisprudencia en el colegio de los pontífices,⁷ a los cuales correspondió, durante los dos primeros siglos de la República, la custodia y la determinación del derecho mediante la *interpretatio*. De esta forma tenemos que la *interpretatio* era la función central de la jurisprudencia pontificia, a través de la cual los prudentes o jurisconsultos determinaban el derecho y señalaban sus alcances. Mediante la adscripción del significado dado a las normas jurídicas romanas, la jurisprudencia reelaboró, en gran medida, el *ius civile*⁸ (i.e. el derecho romano).

Ejemplos sobre la interpretación de materiales jurídicos pueden producirse por cientos. Sin embargo, no es mi intención extender en exceso el argumento (haré referencia a algunos ejemplos en el curso de la exposición). Basten estas explicaciones para mostrar contundentemente la existencia de la jurisprudencia, actividad u oficio de enorme prestigio en Roma.

Pero ¿constituirá la jurisprudencia una profesión u oficio? si es así ¿por qué?, ¿qué, acaso, no se puede conocer el derecho directamente por cualquier persona?, ¿por qué cuidaban celosamente los pontífices la interpretación del derecho contenida en el repertorio de sus fórmulas? El jurista Pomponio, nuestra autoridad sobre este particular, refiere: "*in latenti ius civile retinere cogitabant solumque consulatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant*".⁹ Igualmente Tito Livio habla de "*ius civile reconditum in penetralibus pontificum*".¹⁰ Sobre este particular sostiene Wolfgang Kunkel:

La interpretación de las *Doce Tabas*... siguió siendo, hasta principios del siglo III, un monopolio celosamente custodiado por el colegio de pontífices... el saber de los pontífices era... secreto; el tesoro de fórmulas que encerraba el archivo del colegio (los *libri pontificales*), durante mucho tiempo sólo fue accesible a sus miembros y únicamente en su seno se transmitieron, de generación en generación, los métodos de aplicación del derecho que habían desarrollado.¹¹

⁶ D. I, 2, 2, 6 (loc. cit.).

⁷ Cfr. Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., p. 8.

⁸ Cfr. Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, cit., p. 39; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., p. 20.

⁹ D. I, 2, 2, 35.

¹⁰ IX, 46, 5.

¹¹ *Historia del derecho romano*, cit., pp. 29 y 93. Las cursivas son mías.

¿Por qué se recurre a los pontífices y —más tarde— a los jurisconsultos?, ¿para qué las *responsa*?, ¿qué sentido tenían las consultas públicas?

Si lo que los pontífices hacían con respecto a la interpretación y aplicación de derecho era celosamente conservado, y si los pontífices y —más tarde— los *iurisconsulti* eran requeridos por el público cuando querían *conocer* el derecho, entonces, la función de la jurisprudencia no era una tarea común, ni su manejo propio de cualquier romano. Aún más, si, como es sabido, el derecho romano se “hizo cierto” con la aparición de las *Doce Tablas*¹² y conociendo el carácter público de sus procedimientos, la idea del “secreto” y la guarda celosa del derecho, a mi juicio, sólo puede explicarse así:

Aunque el derecho, en su forma abstracta era susceptible de ser conocido por todos, su [modo de] aplicación y su *significado interior* habían pasado a manos de una profesión sin cuya ayuda el lego no podía hacer uso de él; tal profesión creó un cuerpo de esotéricas reglas subsidiarias de procedimiento e *interpretación* en virtud de las cuales el mero conocimiento del derecho legislado devino impráctico y casi inútil.¹³

Nada más oportuno para señalar la especificidad de la interpretación jurisprudencial —actividad propia de los *pontífices* y *iurisconsulti* romanos— que las siguientes palabras de Paul F. Girard: “*Un homme du peuple romain éut été, a-t-on écrit, aussi embarrassé pour appliquer les XII Tables à une situation donnée qu'un homme du peuple d'aujourd'hui pour se servir d'une table de logarithmes.*”¹⁴

La interpretación jurídica no es, pues, una mera explicación del material jurídico —del lenguaje en que es formulado, del lenguaje del “legislador”—. La interpretación jurídica (*i.e. interpretatio prudentium*) muestra un rasgo característico: *supone reglas exclusivas* de interpretación. Este último argumento me lleva a sostener que el derecho, o mejor, el lenguaje en el que el derecho se formula se distingue claramente del lenguaje común (del cual toma su vocabulario). La jurisprudencia interpreta y reformula el derecho según un metalenguaje *diferente* al del lenguaje común.

La idea que subyace detrás de la tesis que acabo de mencionar es

¹² D. 1, 2, 2, 4.

¹³ Moyle, J.B., “General Introduction”, *cit.*, p. 43. Lo que se encuentra entre corchetes y en cursivas es mío.

¹⁴ *Mélanges du droit romain I. Histoire et Sources*, París, Recueil Sirey, 1912, p. 44.

que la jurisprudencia es justamente la actividad que consiste en "encontrar" y aplicar las reglas de interpretación del lenguaje del derecho. "La lectura jurídica de un enunciado del derecho (i.e. de una legislación) no puede hacerse más que con la ayuda de las reglas propias del metalenguaje del derecho".¹⁵ La jurisprudencia pontificia es el primer metalenguaje del lenguaje jurídico del que se tiene noticia.¹⁶

En tanto profesión, la jurisprudencia no únicamente modificó el significado original de los materiales jurídicos sino devino la primera dogmática jurídica: creo, así, su propia terminología: los *nomina iuris*¹⁷ tales como 'fructus', 'nexum', 'vi', 'ruta et caesa', etcétera. Una de las primeras controversias entre los juristas romanos versó, por ejemplo, sobre el alcance preciso de 'fructus'. Por supuesto, no se trata de "descifrar" o "aislar" el significado de 'fructus', se busca su aplicación prescriptiva dentro de un "sistema de derecho que, en su conjunto, contribuye a forzar la significación fuera de los límites de su sentido literal".¹⁸ De esto último se sigue que un conocimiento de los *nomina iuris* era indispensable para el manejo del derecho, especialmente para prever sus consecuencias en caso de aplicación. Las nuevas consecuencias a que daba lugar la interpretación eran, en cierto sentido, creación de la jurisprudencia cautelar de los *pontifices*.

Esta actividad de los *pontifices* y *iurisconsulti* cuyo rasgo característico es la *interpretatio* (establecimiento de definiciones, reglas de aplicación, reformulación y sistematización del material jurídico) es la *iurisprudentia*, disciplina que, como veremos, ha conservado sus rasgos esenciales.

Es necesario tener muy presente que los *pontifices* y *iurisconsulti* no eran órganos de creación del derecho. A diferencia de los actos legis-

¹⁵ Thomas, Yan, "La langue du droit romain. Problèmes et méthodes", *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972 (*Archives de Philosophie du Droit XIX*), p. 111.

¹⁶ "Nada sabemos de una jurisprudencia romana anterior" (Schulz, Fritz, "History of Roman Legal Science, cit., p. 5). Sobre el lenguaje jurídico romano, véase: Carcaterra, A., *Struttura del linguaggio giuridico precettivo romano*, Bari, 1968; id. *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani. Interpretatio iuris*, Bari, 1972.

¹⁷ Cfr. Biondi, Biondo, "La terminología romana como primera dogmática jurídica", *Scritti giuridici I, Diritto romano. Problemi generali*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, pp. 149 y ss.

¹⁸ Cfr. Stein, Peter, "Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims", Edimburgo, Edinburgh University Press, 1962, p. 28; Thomas, Yan, "La langue du droit romain. Problèmes et méthodes", cit., p. 111. Así, por ejemplo, 'fructus' incluye los críos del ganado (los cuales nunca han sido frutos; sin embargo, no incluye a los hijos de los esclavos. Cfr. D. 7, I, 68).

lativos o judiciales, las reglas, reformulaciones, clasificaciones o enunciados de la jurisprudencia *no son derecho*; son enunciados que “describen” el derecho, son reglas para “entender” el derecho. La *iurisprudentia* —haciendo a un lado el *ius respondendi*— no es derecho romano, es la *scientia* del derecho romano. La *iurisprudentia* es, como señala atinadamente Yan Thomas, el metalenguaje del derecho romano.¹⁹ Constituye el conjunto de definiciones, clasificaciones y enunciados que nos permiten una *lectura jurídica* del derecho. Jurista o jurisconsulto era aquel que se dedicaba al manejo y dominio de la *iurisprudentia*.

Frente a la interpretación jurisprudencial encontramos aquella que realizan los órganos aplicadores del derecho. Al igual que la interpretación jurisprudencial, supone una determinación del significado de los materiales que se aplican. Pero, a diferencia de la interpretación jurisprudencial, propia de los juristas, la interpretación de los órganos aplicadores *es parte del derecho*, es parte del material jurídico. En este sentido, la interpretación producida por los órganos aplicadores (e.g. jueces), es decir, la significación dada a los materiales que aplican, es impuesta, es obligatoria. Ciertamente, la actividad aplicadora del derecho es, como tal, objeto del estudio de la jurisprudencia. Sobre la diferencia aquí apuntada habré de insistir constantemente.²⁰ “Si un órgano jurídico debe aplicar el derecho, entonces tiene, necesariamente que establecer el sentido de las normas que va a aplicar; debe, necesariamente, interpretar dichas normas... En resumen, todas las normas, en tanto que tienen que ser aplicadas, requieren una interpretación.”²¹

La interpretación que supone la aplicación del derecho es parte del fenómeno jurídico. Los materiales jurídicos que han de aplicarse (i.e. *leges*, *senatusconsulta*, etcétera) reciben de parte del órgano aplicador una cierta interpretación que decide la significación de tales materiales; pero al decidir el significado del lenguaje jurídico legislado, decide, a su vez, el curso de la creación y aplicación subsecuente del derecho.

Por lo que se refiere a 1) (i.e. la existencia de ciertos individuos juristas, jurisconsultos) que se dedican a explicar, describir, analizar el

¹⁹ “La langue du droit romain. Problèmes et méthodes”, *cit.*, pp. 109 y ss.

²⁰ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, “Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica (con especial referencia a la interpretación constitucional)” en Tamayo y Salmorán, Rolando (ed.), *La interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 125-157.

²¹ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, *cit.*, p. 346; *id.* *Teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 349.

derecho, se dispone de suficiente evidencia²² para afirmar que desde la *interpretatio prudentium* han existido individuos (los *pontifices* y —más tarde— los *jurisconsulti*) que se han dedicado “profesionalmente” al estudio y práctica del derecho. Sobre este particular y teniendo en cuenta la extensión de este trabajo, ya hemos visto suficiente.²³

Pero, ¿qué podemos decir en cuanto a 2)? ¿Consiguió la jurisprudencia alcanzar un nivel análogo al que en Grecia habían logrado los sistematizadores de otras disciplinas (e.g. la lógica, la retórica, la metafísica; la geometría y la *τεχνη γραμματικη*)?

3. Geometría y jurisprudencia

Cuando se estudia la jurisprudencia del último siglo de la República uno se maravilla al observar el paso casi repentino de una fase en que la jurisprudencia aparece cautelar y práctica a una en que, por el contrario, se encuentra reducida a un sistema.²⁴ Pero ¿cómo surge, y sobre qué fundamentos, el sistema en la jurisprudencia?

Quién observa la estructura lógica de los escritos de los juristas romanos y la compara con la de los geómetras griegos se percató de la verdad del paralelismo que Leibnitz²⁵ —de quien, creo, nadie dudará de que conocía la “ciencia clásica”— encuentra entre ambos. Los juristas romanos tomaron de los griegos el modelo de ciencia: “*sint ista graecorum quamquam ab iis philosophiam et omnes ingenuas disciplinas habemus, sed tamen est aliquid, quod nobis non liceat, liceat illis*”;²⁶ pero el material se mantuvo romano. La jurisprudencia se había desarrollado lo suficiente para no ser sobrepasada por la influencia griega. Con la impresión de la “ciencia clásica” los juristas romanos se lanzaron al descubrimiento de los *principios propios del derecho romano*.

²² Cfr. D. 1, 2, 2, 5 y 6; D. 1, 2, 2, 12 y 13.

²³ Sobre el particular, vide: La Pira, Giorgio, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Problema generali”, *Studi in onore di F. Virgili*, Siena, 1936; cit.; Mitteis, Ludwig, “Storia del diritto antico e studio del diritto romano”, cit.; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 5-98; id., *Principle of Roman Law*, cit., pp. 6-39; Nocera, G., “*Jurisprudencia*”. *Per una storia del pensiero giuridico romano*, cit., pp. 5-7 y 163-180; Bretonne, Mario y Talamanca, Mario, *Il diritto in Grecia e a Roma*, cit.; Schiavone, Aldo, *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-republicana*, cit.

²⁴ Cfr. La Pira, Giorgio, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'arte sistematrice”, cit., p. 336.

²⁵ Loc. cit., *Epist.*, 1; cfr. *Epist.* 15.

²⁶ Cicerón, *De finibus*, 2, 21, 68.

La exposición que precede indica que por '*scientia*' en el mundo cultural romano del último siglo de la República se entiende, primeramente, 'la organización sistemática de una disciplina realizada mediante la *divisio* por *genera* y *partes*'; en segundo lugar, 'el fundamento y constitución del conocimiento mediante la aplicación de los dos métodos usados por los lógicos y geómetras: la observación de lo singular, de la *εμπειρία*, que conduce a la obtención de principios y el mecanismo de deducción que, partiendo de los principios, permite la obtención de nuevos enunciados'.²⁷

Para hacer pasar la jurisprudencia de la fase de mera acumulación de experiencias a la de la ciencia, era necesario construirla conforme con el único modelo de ciencia de que se disponía. Para ello los juristas debieron afrontar los problemas fundamentales que ofrece la construcción de cualquier ciencia (aritmética, geometría, óptica, retórica, gramática): a) La determinación del material jurídico dado. El jurista, primeramente, señala cuál es el material jurídico *existente* (¿qué es lo que le ha proporcionado el legislador? Establece, por decirlo así, *la base empírica de su sistema*); b) búsqueda y establecimiento de los principios fundamentales (axiomas, definiciones, postulados) a partir del material jurídico dado; c) deducción de enunciados a partir de los principios establecidos; y d) sistematización y ordenación del material. Así, el método de la ciencia griega, el método severo y admirable del geómetra y del lógico, vendrían a fundamentar el edificio de la jurisprudencia romana.

Las generalizaciones son alcanzadas por inducción, a partir de la experiencia sensible (*i.e.* el material jurídico dado). Las generalizaciones obtenidas por inducción serán usadas como premisas para la deducción de enunciados (sobre las consecuencias y alcances del derecho observado).

En lo que al establecimiento de los principios se refiere, cabe señalar que, según el modelo "clásico", toda ciencia se funda en sus propios principios.²⁸ Para construirla es necesario encontrarlos y formularlos. Consecuentemente, la jurisprudencia necesita de sus principios: de sus definiciones y de sus *regulae*: "*Regula est quae rem quae est breviter*

²⁷ Cfr. La Pira, Giorgio, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il concetto di scienze e gli strumenti della costruzione scientifica", *cit.*, pp. 132-133.

²⁸ Cfr. Aristóteles, *Anal. Post.*, 75a 38-39 y 75b 6-15. Cfr. *supra*, *La estructura de la ciencia*, pp. 117-119.

enarrat... per regulam igitur brevis rerum narratio traditur"²⁹ (las *regulae* realizan, en el caso de la jurisprudencia el mismo papel que desempeñan los axiomas en el caso de la geometría y de la lógica).³⁰

El saber dogmático que se manifiesta en los *nomina iuris* se hace aún más evidente cuando los juristas pasan, de la mera discusión sobre el alcance de un término a la formulación de generalizaciones, i.e. al establecimiento de principios primeros.³¹ Así Manilio establece que por '*nexum*' se entiende "*omne quod per libram et aes geritur in quo sint Mancipia*".³² Otro claro ejemplo de generalización lo constituye la *regula catoniana*: "*Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere*".³³ Además de las generalizaciones encontramos claras reformulaciones del material jurídico en diferentes definiciones. Q. Mucio Scaevola, dice de la coacción (*vi*); "*vi factum id videtur esse, qua de re quis cum prohibetur, fecit*".³⁴ Esta definición es sorprendente porque incluye casos en que no es usada la coacción;³⁵ es claro que aquí ciertos actos son tenidos por coacción.

Ahora se comprende por qué Q. Mucio Scaevola —iniciador de esta transformación de la jurisprudencia— sintió la necesidad de escribir un *liber opti* y por qué en todos sus escritos concede bastante lugar a la formulación de definiciones y reglas. Para construir una ciencia del derecho se necesitaba, primero que nada, crear, a partir del análisis del material jurídico dado, sus fundamentos (sus definiciones y sus *regu-*

²⁹ D. 50, 17, 1.

³⁰ La búsqueda de principios ha sido designada jurisprudencia de reglas (*Regularjurisprudenz*), por ejemplo, P. Joers: *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, 1888, p. 283 y ss., denominación adoptada por varios autores. Esta denominación es poco feliz puesto que '*regula*', como hemos visto, significa simplemente "principio" (cfr. Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 66-67). Con objeto de apreciar la función de las *regulae*, Schulz recomienda comparar D. 50, 17, 1, con *Anal. Post.*, 92b 26. En este pasaje Aristóteles dice:

Puesto que... definir es probar, la naturaleza esencial de una cosa o el significado de su nombre, podemos, concluir que esa definición, si en ningún sentido prueba la naturaleza esencial, es un conjunto de palabras que significan precisamente lo que un nombre significa (*Anal. Post.*, 92b 26-27).

³¹ Cfr. Aristóteles, *Anal. Post.*, 71b 20-22. Véase *supra*: La ciencia clásica, c) el status de las premisas, pp. 115-117.

³² Varro, *De Ling., Lat.*, 25, 7, 105. Cfr. Stein, Peter, "*Regulae Juris*". From *Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., p. 30.

³³ D. 34, 7, 1.

³⁴ D. 50, 17, 73, 2.

³⁵ Cfr. Stein, Peter, "*Regulae Juris*". From *Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., p. 36.

lae).³⁶ Q. Mucio Scaevola no se limitó a hacer definiciones y establecer *regulae*; en él se encuentra, también, el germen de la sistematización.³⁷

En cuanto a la deducción de enunciados —proposiciones normativas— los escritos de Q. Mucio Scaevola también nos proporcionan ejemplos. Estas proposiciones normativas son obtenidas a partir de las reglas y de las definiciones. El mecanismo de esta operación es el *silogismo*. En el caso de que Cayo robe ciertos bienes a Fabio y que Livio, a su vez, los robe a Cayo (premisa menor), ¿a quién corresponde la *actio furti*? Partiendo del principio que ésta corresponde a aquel "*cuius interest id quod subreptum est saluum esse*"³⁸ (premisa mayor) y, como en el caso, éste es el primer despojado, entonces la *actio furti* corresponde a este último (conclusión).³⁹

Que los juristas realmente deduzcan proposiciones normativas a partir de principios (definiciones y *regulae*) o que los científicos efectivamente infieran leyes o enunciados a partir de axiomas y postulados o que simplemente "arreglen" su material en esa forma para "reforzar" su validez, es un problema muy importante de la ideología de la ciencia jurídica (y de la ciencia en general), el cual tenemos que pasar por alto en razón de las limitaciones de espacio propias de este trabajo.⁴⁰

El método de sistematización en género y especies practicado en las escuelas aristotélicas y estoicas fue muy conocido de los juristas roma-

³⁶ Véase, por ejemplo, D. 41, 1, 64; D. 50, 17, 73 pr. 3-4; D. 43, 20, 8; D. 60, 16, 241.

³⁷ Cfr. Cayo, 1, 118; D. 1, 2, 2, 41; D. 41, 2, 3, 21-24.

³⁸ Cfr. D. 47, 2, 771.

³⁹ Este ejemplo podría formularse en la típica forma de un silogismo:

La *actio furti* corresponde a aquel *cuius interest id quod subreptum est saluum esset*.

A una persona (e.g. Fabio) le roba alguien (Cayo),
quien, a su vez, es despojado (por Livio)

La *actio furti* corresponde al primer despojado

⁴⁰ Sobre la ciencia en general, véase: Black, M., *Problems of Analysis*, cit. En cuanto al problema de la ciencia jurídica vide: Ross, Alf, *On Law and Justice*, University of California Press, 1974, pp. 75 y ss., 108 y ss.; Nino, Carlos S., *Algunas consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit.; Id., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1979. En cuanto a Roma, vide: Schiavone, Aldo, *Studi sulle logiche dei giuristi, romani*, Nápoles, Dott. Eugenio Jovene, 1971; id., *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-republicana*, cit., Vannuchi, F., *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973; etc., etc.

nos, M. Manilio, Q. Mucio Scaevola (*augur*), P. Rutilio Rufo, Q. Aelio y Q. Mucio Scaevola (*pontifex*) pertenecieron al grupo de Scipio el joven y de Panaetio.⁴¹ De la sistematización de la jurisprudencia disponemos de elegantes formulaciones debidas a Q. Mucio Scaevola. En ellas se sigue el método "clásico" de dividir en *genera*, especies y partes: "... *ius civile primus constituit generatim*".⁴² "*Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit... quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit...*"⁴³ "*Ex his apparet quot sint species tutelarum... quidam quinque genera esse dixerunt, ut Q. Mucius*".⁴⁴

Que los libros de Q. Mucio Scaevola no existan más que fragmentariamente es otro problema; igualmente lo es el hecho de que a Cicerón la *divisio in genera* de Q. Mucio Scaevola le parezca deficiente⁴⁵ o que prefiera las clasificaciones de Servio Sulpicio Rufo. En realidad, la sistematización de la jurisprudencia no fue obra de un día y, como observa Giorgio La Pira, todo lo que se pueda decir de Q. Mucio Scaevola debe decirse de Servio Sulpicio Rufo y de todos los grandes juristas de ese período.

El cuádruple compuesto que participa en la construcción de la ciencia de la jurisprudencia: a) determinación del material jurídico dado (materia prima de la observación); b) búsqueda y establecimiento de los principios (definiciones y *regulae*), a partir del material jurídico dado; c) deducción de proposiciones normativas (*responsa*) en base a esos principios, y d) sistematización del material (*divisio in genera, species y partes*) dio a la jurisprudencia romana del último siglo de la *República* una estructura verdaderamente armónica por su logicidad y sistematización. Estas operaciones que reclama la construcción de la ciencia según su modelo "clásico" son con las que, como elegantemente afirma Giorgio La Pira, "*logici, geometri e giuristi hanno saputo creare sistemi scientifici di imperatura bellezza*".⁴⁶

Creo que la exposición anterior proporciona suficiente evidencia para señalar que, además de 1), las condiciones 2) y 3) se encuentran satisfechas toda vez que la jurisprudencia se estructura como un sistema de principios y enunciados (proposiciones normativas) en el cual estos úl-

⁴¹ Cfr. Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., p. 63.

⁴² D. 1, 2, 2, 41.

⁴³ D. 41, 2, 3, 21-23.

⁴⁴ *Gayo I*, 188.

⁴⁵ Cfr. *Brutus*, 152.

⁴⁶ "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo", cit., p. 348.

timos son deducidos *more sylogistico* de las primeras definiciones y *regulae*, sistema que es resultado de la *interpretatio* de los juristas. Resta el problema de saber si la expresión 'derecho' ocurre propiamente en el campo del operador 'ciencia'.

4. La importancia del derecho y de la jurisprudencia en Roma

De acuerdo con lo que concluí en el capítulo anterior, la expresión 'derecho' ocurre propiamente en el campo del operador 'ciencia' si el objeto nombrado por tal expresión es "científicamente" importante; es susceptible de ser abordado por los métodos científicos (o métodos similares) y si su estudio significa un incremento del "conocimiento" y representa un cambio en la concepción de las cosas.

En cuanto a la importancia de la jurisprudencia ¿no sería suficiente enumerar las obras de los grandes jurisconsultos? ¿No es prueba bastante que el derecho haya sido en Roma objeto de constante atención? No quiero insistir sobre este particular,⁴⁷ simplemente mencionaré algunos ejemplos que muestran lo que el derecho significó en la sociedad romana⁴⁸ (dando por hecho que esta significación persiste en el mundo moderno).

Como quiera que haya ocurrido y cualesquiera que hayan sido sus causas, los romanos supieron más sobre su derecho que cualquier individuo del suyo, en cualquier tiempo y lugar. Por razones relacionadas con la vida pública, el romano se encontraba en conexión, más o menos estrecha, con los problemas de aplicación del derecho. La educación normal suponía el conocimiento de las *leges* e incluía retórica forense.⁴⁹ En tal virtud la discusión sobre problemas de derecho y el uso de terminología jurídica, son más frecuentes y se sienten "más en casa" en la literatura romana que en cualquier otra.

⁴⁷ Sobre este particular pueden consultarse infinidad de obras. Véanse, por ejemplo: Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, cit., Arangio, Ruiz, Vincenzo, *Storia del diritto romano*, Nápoles, Dott. Eugenio Jovene, 1968, pp. 121-133. Jolowicz, H. F. (Nicholas, Barry, Ed.), *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972, pp. 191-256. Bretone, Mario, *Tecnica et Ideologie dei giuristi romani*, cit., Bonfante, Pietro, *Storia del diritto romano*, Milán, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1958, t. I; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit.

⁴⁸ Crook, J.A., *Law and Life of Rome*, Londres, Thames and Hudson, 1967; Declareuil, J., *Rome et l'organisation du droit*, Paris, La Renaissance du Livre, 1924 (*L'évolution de l'humanité* XIX); Watson, Alan, *The Law of Ancient Romans*, Dallas, Southern Methodist University Press, 1970.

⁴⁹ Cfr. Cicerón, *De Orat*, 1, 5, 7, 244.

El corolario de lo anterior es que muchos pasajes de las letras latinas necesitan de un conocimiento del derecho para su comprensión.⁵⁰ Un aspecto de la idiosincrasia romana era sentirse parte de la actividad jurídica, actuando como juez, árbitro, jurado, testigo. Para ser buen romano Juvenal recomienda: "... sé buen soldado, buen tutor, honesto árbitro, imperjuro testigo...".⁵¹

A la pregunta *vir bonus est quis?* Horacio responde: "el hombre bueno es aquel que: cumple las disposiciones del senado, las leyes y el derecho, ante quien son llevados a juicio cantidad de litigios, el que cuando es garantía la cosa está segura, cuando es testigo, el juicio está apoyado".⁵² Esta omnipresencia del derecho en la vida del romano hace decir a Plinio:

He comparecido mucho en tribunales,
He sido frecuentemente juez,
He estado a menudo entre los consejeros de los jurados.⁵³

Hay que tener presente que detrás de las funciones de los jueces, magistrados, litigantes, árbitros, jurados y abogados se encontraban las nociones de la jurisprudencia. Esta atmósfera jurídica que retrata la literatura latina muestra claramente, a mi juicio, la primerísima importancia que la jurisprudencia alcanzó en Roma.

En cuanto el uso de métodos similares a los de la ciencia paradigmática, ya he explicado lo suficiente y no habré de insistir. Resta sólo referirme a la trascendencia de la jurisprudencia, a sus efectos en cuanto al incremento de conocimientos, cultura, concepción del mundo.

En otro lugar⁵⁴ he mencionado que bastaría una sola palabra para señalar la importancia de Roma en la historia universal: *iurisprudentia*. Al origen —dice Rudolf von Ihering— simple gramática jurídica, devino después, la regla de nuestro pensamiento jurídico.⁵⁵ Más adelante Iher-

⁵⁰ Cfr. Crook, J.A., *Law and Life of Rome*, cit., p. 8.

⁵¹ *Satirae*, 8, 79. Las cursivas son mías.

⁵² *Epistles*, 1, 16, 42: "*qui consulta patrum, qui leges iuraque servat quo multae magnaeque secantur iudice lites, quo res sponsore et quo causa teste tenetur*". En la traducción de este pasaje me he atenido a la versión de Crook, J.A., *Law and Life of Rome*, cit. Sobre el mismo pasaje véase: Kelly, J.M., *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, Oxford University Press, 1976, pp. 132-133.

⁵³ *Ep.*, 1, 12, 20.

⁵⁴ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., p. 32.

⁵⁵ Cfr. *L'Esprit du droit romain (Geist des römischen Recht)*, cit., t. 1, p. 3 y ss.

ing agrega: "por ella nuestro pensamiento jurídico, nuestro método ... toda nuestra intuición jurídica ha llegado a ser romana".⁵⁶

Si la cultura occidental es como es, en gran medida lo debe a Roma y a su derecho. Sin lugar a dudas, sus normas, sus instituciones y su jurisprudencia se convirtieron en el derecho y en la jurisprudencia modernos. La jurisprudencia moderna, no obstante grandes diferencias, usa, en gran medida, los mismos conceptos, los cuales surgieron en base a normas e instituciones romanas; conceptos explicable sólo con referencia a ellas.⁵⁷

Después de Roma, de su administración, de su Imperio, quedó su derecho: "*elle légua au monde un corps de droit et jurisprudence sur lequel... l'humanité a vécu, un corps... de doctrines et de cadres rationnels pour presque tous les moments et pour beaucoup d'aspects de la vie sociale*".⁵⁸ Esas doctrinas no se hubieran producido si el derecho y el estudio del derecho no hubieran alcanzado la relevancia que el genio romano le otorgó.

En cuanto a sus orígenes, en realidad el derecho romano no fue muy diferente del de las civilizaciones que le procedieron. La gran diferencia, el punto de partida hacia una nueva concepción de las cosas, fue el surgimiento de lo que el profesor Peter Stein llama "el derecho de los juristas y la revolución científica".⁵⁹ La manera como se llevó a cabo tal "revolución" ya la he comentado, me limitaré simplemente a resaltar ciertos "cambios" producidos por ella para tratar de satisfacer este último requerimiento.

Los *iusurisconsulti* desarrollaron un sistema: (i.e. la *iurisprudentia*) por el cual el cambio del derecho, y el cambio social en general, fue relativamente fácil y en el que la posibilidad de llevarlo a cabo estaba en manos de las mejores cabezas ante experiencias concretas. Este sistema habría de impedir la petrificación de las instituciones. El sistema de la jurisprudencia, logró la permeabilidad de las instituciones jurídicas, permitiendo la incorporación de las ideologías imperantes. Es así como la jurisprudencia romana vendría a positivizar el ideal ético de la doctrina estoica.⁶⁰

⁵⁶ *L'Esprit du droit romain, cit.*, t. I, p. 14.

⁵⁷ Cfr. Jolowicz, H.F., *Roman Foundation of Modern Law*, Oxford, Oxford University Press, 1957, p. iii.

⁵⁸ Declarcuil, J., *Rome et l'organisation du droit, cit.*, p. 3.

⁵⁹ "*Regulae iuris*" *From Juristic, Rules to legal Maxims, cit.*, p. 26.

⁶⁰ Para una explicación más amplia sobre el tema véase: Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución, cit.*, pp. 94-106.

La racionalización de la jurisprudencia permitió la superación del ritual jurídico primitivo. Introduce el negocio consensual —contratos reales y convenios pretorianos—; obra de los jurisconsultos. Pero, en este orden de ideas, nada más significativo en cuanto a innovación jurídica y política que la aparición de los edictos tanto de ediles y pretores. No cabe la menor duda que sus reales autores fueron los jurisconsultos.⁶¹

De esta manera la sistematización y racionalización no únicamente subsumieron los fenómenos jurídicos en géneros y especies, sino que permitieron la formulación de los principios o “dogmas” de la jurisprudencia. El sistema de la jurisprudencia se convirtió en un instrumento de “descubrimiento” detectando y previendo problemas que no habían ocurrido en la práctica. La inmediata consecuencia de esto es que se amplió la protección judicial y se produjo un más fácil y mayor acceso a la justicia. El derecho más que formas es entendido como mecanismos de protección: *ubi remedium, ibi ius*.

Al convertirse la jurisprudencia en una ciencia profesional de tipo helénico, su alta especialización produjo una clara separación de la demás reflexión social y filosófica. Desde entonces, existe una nítida división entre el derecho y la religión, por un lado, y entre el derecho y la moral, por el otro. El derecho, antes de la jurisprudencia, tenía una configuración y un trato indiferenciados. La nueva sistematización de la jurisprudencia —*ius civile*— la alejó del derecho sacro. Esta diversificación introdujo una clara distinción entre las esferas religiosa y civil.⁶² Para saber qué hacer no se necesitaba consultar a los dioses, se interrogaba a los jurisconsultos. Este cambio de concepción que alejaba a Roma de los rituales primitivos del derecho puede evidenciarse por el hecho de que “el fundador de la jurisprudencia”, Q. Mucio Scaevola, *pontifex maximus*, escribe un tratado que hace época sobre el *ius civile*, pero ninguno sobre el *ius sacrum*.⁶³

Por todo lo que acabo de referir, pienso que, ‘derecho’ ocurre propiamente en el campo del operador ‘ciencia’ para ‘ciencia del derecho’, tanto como ocurren en él, los nombres de las ciencias paradigmáticas (i.e. aritmética, geometría, gramática).

⁶¹ Cfr. Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 53 y 83.

⁶² Nocera, G., “*Jurisprudentia*”. *Per una storia del pensiero giuridico romano*, cit., p. 70. Sobre la relación entre *ius sacrum* y el *ius civile*. Véase: Noailles, P., *Du droit sacré au droit civil*, París, Sirey, 1949.

⁶³ Cfr. Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., p. 81.

CAPÍTULO IX. FILOSOFÍA DEL DERECHO, METODOLOGÍA	
JURÍDICA Y JURISPRUDENCIA	139
1 Filosofía del derecho	139
2 Metodología jurídica.	141
3 La jurisprudencia	143
a) <i>Objeto.</i>	143
b) <i>La “descripción” del derecho</i>	145
4 Carácter dogmático de la jurisprudencia	148

IX

FILOSOFÍA DEL DERECHO, METODOLOGÍA JURÍDICA Y JURISPRUDENCIA

SUMARIO: 1. *Filosofía del derecho*. 2. *Metodología jurídica*. 3. *La jurisprudencia*. a) *Objeto*. b) *La "descripción" del derecho*. c) *Sus funciones*. 4. *Carácter dogmático de la jurisprudencia*.

1. *Filosofía del derecho*

Un pronunciamiento sobre la filosofía del derecho es una condición para poder hablar tanto de su historia como de sus fundamentos. Desafortunadamente los iusfilósofos (y los juristas) no se han puesto de acuerdo sobre los alcances de esta disciplina. No obstante, existen ciertos rasgos ampliamente compartidos, de forma que es posible hacer una caracterización de su naturaleza como de su objeto de estudio.

La expresión 'filosofía del derecho' algunas veces es usada, en el discurso jurídico, como sinónimo de 'jurisprudencia' (en el sentido de ciencia del derecho). En un sentido más restringido se usa como sinónimo de la expresión: 'filosofía jurídica'. Por 'filosofía del derecho', o más correctamente: 'filosofía jurídica', normalmente se entiende una reflexión sobre los principios del derecho y los problemas fundamentales de la teoría jurídica. Dentro de este orden de ideas puede ser descrita como rama de la filosofía general, interesada en el examen de los problemas jurídicos más fundamentales, distinta de las disciplinas que describen el derecho histórico, nacional o internacional. La filosofía jurídica aborda cuestiones tales como: la 'naturaleza' y funciones del derecho, sus relaciones de éste con la moral; los valores que le son inherentes; la eficacia del orden jurídico; la obediencia al derecho, etcétera. En este sentido, la filosofía jurídica se relaciona tanto con la filosofía moral como con la filosofía política.

Existe la concepción (más bien desacreditada) de que la filosofía es (y, con ella, la filosofía jurídica) la formulación de principios universales y últimos de todas las cosas (*inter alia*: del derecho). Dentro de esta concepción, la labor del filósofo y la del iusfilósofo toma la forma

de una especulación ontológica sobre sustancias primeras o sobre entidades inmutables y absolutas.

Existe un concepto más técnico y más riguroso de filosofía jurídica. Para esta concepción, mayormente imperante (y más fructífera), el objeto específico de la filosofía jurídica lo constituye la ciencia del derecho, *i.e.*, la jurisprudencia. En este sentido, la filosofía jurídica es a la jurisprudencia lo que la filosofía de la ciencia es para las disciplinas científicas. Desde este punto de vista, la filosofía jurídica, primeramente, se ocupa de exponer los principios y dogmas generales de la jurisprudencia. Los juristas, al describir el derecho, parten de ciertos presupuestos y dogmas que normalmente no son explicitados (*e.g.* el carácter sistemático del derecho —el derecho, para los juristas es un orden consistente—, la racionalidad del derecho, etcétera). Descubrir y esclarecer los dogmas y principios presupuestos por los juristas en su función dogmática, es tarea de la filosofía jurídica.

De esta manera, la filosofía jurídica se ocupa de describir la labor de los juristas. ¿Qué hace el jurista? Q. Mucius Scaevola expone, en su *Ius civile*, el derecho romano del siglo I; Aubry y Rau, en su *Cours du droit civile*, describen el derecho civil francés del siglo XIX; E.C.S. Wade y G. Godfrey Phillips, por su parte, en su *Constitutional and Administrative Law*, abordan el derecho constitucional inglés de nuestros días. Describir la labor de los juristas (*i.e.* conocer y explicar el derecho), denominada desde antiguo: *iurisprudentia* (*cfr.* D. I, 1, 10) es, pues, el objeto específico de la filosofía jurídica.

La descripción de la labor de los juristas parece asimilar la filosofía jurídica a la sociología. Sin embargo, la filosofía jurídica se refiere a la labor de los juristas de una manera particular: se ocupa de esclarecer y analizar las "teorías" y conceptos jurídicos (así como los presupuestos y dogmas) que usan los juristas, es decir, esclarece y analiza el uso que los juristas hacen de conceptos como 'validez', 'norma', 'deber', 'personas', 'jurisdicción', etcétera (formulando las implicaciones necesarias de dichos conceptos). En este sentido, la filosofía jurídica explica el *significado* de los conceptos jurídicos que usan los juristas. Cierta análisis conceptual constituye el objeto de la filosofía jurídica.

De lo anterior, se sigue que la filosofía jurídica es una reflexión de *segundo orden*: aborda cuestiones del tipo siguiente: ¿qué características distinguen a la jurisprudencia de cualquier otro tipo de disciplina?, ¿qué procedimientos sigue el jurista para describir el derecho?, ¿cuál es el *status* de los enunciados y principios jurídicos?

Es indispensable distinguir entre hacer jurisprudencia y el análisis sobre la jurisprudencia, es decir, sobre cómo es hecha (o debe ser hecha) la jurisprudencia. La filosofía jurídica es, consecuentemente, una disciplina *metajurídica*, cuyo objeto de estudio lo constituye el análisis de los conceptos, métodos y estructura de la ciencia jurídica:

Nivel	Disciplina	Objeto
2	Filosofía jurídica	Análisis de los conceptos y procedimientos de la jurisprudencia.
1	Jurisprudencia o ciencia del derecho	Descripción o explicación del derecho.
0	-----	Derecho.

La determinación de la línea divisoria entre la filosofía jurídica y la jurisprudencia puede ser difícil en la práctica (aunque esto no oscurece en nada el criterio de la distinción). La exposición de la filosofía jurídica de Bártolo, Rudolf von Ihering, Hans Kelsen, por ejemplo, requiere de un deslinde entre lo que estos autores hicieron de filosofía jurídica de lo que hicieron de ciencia del derecho (*i.e.* de jurisprudencia). Muchas ocasiones sus análisis o fundamentos filosóficos (metateóricos) se encuentran implícitos en las "teorías" que formulan al describir el derecho.

Aunque este deslinde es imprescindible, no puede negarse que ambas disciplinas se interpenetran. No se puede, por ejemplo, hacer filosofía jurídica sin formular —o reformular— enunciados de la jurisprudencia —*i.e.* de la ciencia del derecho—. El jurista que ignora la filosofía jurídica no sabrá el alcance de sus conceptos y sus caracterizaciones. De la misma forma, el iusfilósofo que ignora la ciencia jurídica no está en posibilidad de pronunciarse acertadamente sobre los conceptos o métodos de la jurisprudencia. Sobre el particular resulta muy oportuna la afirmación de Rudolf Carnap de que es imposible realizar una labor importante en la filosofía de la ciencia sin conocer muy bien los resultados de la ciencia.¹

2. Metodología jurídica

La metodología es modernamente concebida como una parte de la

¹ Carnap, Rudolf, *Fundamentación lógica de la física*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1969, p. 250.

lógica (y, como tal, parte de la filosofía). Su objeto de estudio lo constituye el análisis de los métodos, en el sentido de *μεθόδος*, i.e. de los métodos de la "ciencia": de aquellas *estrategias* relacionadas con la "explicación científica".

En un sentido más amplio puede entenderse a la metodología como una "gramática" de la ciencia (en este sentido es parte de lo que se entiende por *filosofía de la ciencia*). Consecuentemente, la metodología es una reflexión de *segundo orden* que se interesa por describir cómo se construye la ciencia.

La metodología se ocupa del estudio *a posteriori* de los procedimientos científicos; se preocupa particularmente, por saber cómo se ha construido aquello que se llama 'ciencia'. La metodología es predominantemente *descriptiva* y se interesa por explicar los *métodos canónicos* (aceptados) del proceder científico.

Así como no podemos confundir a la filosofía de la ciencia con las disciplinas científicas, no podemos confundir a la metodología (como lógica de los enunciados científicos, parte de la filosofía de la ciencia) con la misma ciencia. La metodología es un análisis *metateórico* del quehacer científico.

La metodología se ocupa de la estructura, de los procedimientos, de la estrategia, de la faena científica, no del análisis conceptual, ni de la crítica o evaluación de sus rendimientos.

Esta diferencia la podemos observar en la siguiente explicación. Pensemos en un procedimiento simple de generalización.

$$\begin{array}{l}
 a_1 \text{ tiene la propiedad } P \\
 a_2 \text{ tiene la propiedad } P \\
 a_3 \text{ tiene la propiedad } P \\
 \hline
 (a)a \text{ tiene la propiedad } P
 \end{array}$$

A la metodología no le interesa saber qué denota ' a_1 ' ni qué alcances tiene P , le interesa describir cómo se hace la *generalización empírica*. (Un conocimiento claro de estos procedimientos puede servir para evaluar la fuerza de un argumento, para determinar su alcance, etcétera; pero no es el propósito de la metodología.)

La metodología jurídica es para la jurisprudencia, i.e. ciencia del derecho, lo que la metodología general es para las disciplinas científicas. La metodología jurídica es una reflexión de segundo orden, parte de la

filosofía jurídica (en el sentido riguroso anteriormente señalado), que se ocupa por describir los métodos canónicos (aceptados) de la jurisprudencia.

En un sentido anómalo y trivial (aunque ampliamente divulgado o asociado con la expresión 'metodología') se entiende por metodología jurídica el estudio de diversas técnicas jurídicas (técnicas legislativas, técnicas de enseñanza del derecho; etcétera). La metodología jurídica, realiza la misma *reducción* que lleva a cabo la metodología general: se ocupa sólo de los métodos que han usado los juristas en la construcción de la jurisprudencia. La metodología jurídica no es un recetario de técnicas para legislar, incorporar, o enseñar derecho; es, si se quiere, una técnica de cómo se hace (o mejor) de cómo se ha hecho la ciencia del derecho. Al igual que la metodología general, la metodología jurídica es una disciplina preponderantemente descriptiva, la cual no se ocupa de evaluar o criticar los rendimientos de la jurisprudencia.

3. La jurisprudencia²

a) Objeto

El término 'jurisprudencia' designa la actividad que realizan los juristas cuando "describen" el derecho. Actividad que normalmente se denomina 'ciencia del derecho', 'doctrina', 'dogmática jurídica', etcétera. Literalmente la palabra significa 'conocimiento del derecho' ("*divinorum atque humanorum rerum notitia iusti et iniusti scientia*").³ Este es su significado ordinario. (Ciertamente, los romanos tenían una muy alta concepción de lo que entendían por 'conocimiento del derecho'.⁴)

Teniendo en cuenta lo expuesto en el curso del trabajo puedo caracterizar a la jurisprudencia como la disciplina⁵ conocida comúnmente como 'doctrina' que determina y describe el material tenido por derecho, sin cuestionar su validez.⁶

² Más sobre jurisprudencia *vide*: Tamayo y Salmerón, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político. (Introducción histórica a la ciencia jurídica)*, cit., pp. 113-120.

³ *Inst. Just.*, I, 1: D. I, 1, 10. Cfr. Jolowicz, H.F., *Lectures on Jurisprudence*, cit., p. 1.

⁴ Cfr. Holland, T.E., *The Elements of Jurisprudence*, Londres, 1924, p. 2; Tamayo y Salmerón, Rolando, *Introducción a la ciencia del derecho y a la interpretación jurídica*, cit., pp. 861-869.

⁵ Oficio intelectual que alguien practica siguiendo cánones reconocidos.

⁶ En mi ensayo: "Comentarios sobre la justicia constitucional y la tradición ju-

Normalmente la jurisprudencia dogmática se encuentra en los escritos de los juristas.⁷ Cuando los juristas hacen jurisprudencia su propósito es describir un determinado derecho. Para tal objeto proceden, primeramente, a *identificar* su objeto; posteriormente lo "describen". El primer paso, la identificación de los *materiales jurídicos*, es un procedimiento bastante simple. El jurista tiene como derecho aquel material y sólo aquel que ha sido *establecido* por las *instancias sociales reconocidas* como las instancias creadoras del derecho (sin cuestionar su legitimidad).

El jurista al hacer jurisprudencia (civil, penal, mercantil, etcétera) describe un derecho *puesto* (no supuesto), establecido. La jurisprudencia es una reflexión sobre un determinado derecho histórico. En este sentido se puede considerar a la jurisprudencia (*i.e.* ciencia del derecho) como la *ciencia*⁸ del derecho positivo.⁹

Caracterizar de "positivo" al objeto de la jurisprudencia presupone que los juristas trabajan con un objeto 'derecho' (haciendo a un lado el problema del uso de esta expresión) que posee características *empíricamente verificables*. La "reducción" del objeto de la jurisprudencia al derecho positivo es un requerimiento persistente en gran número de autores. Pero es importante subrayar que esta idea, este carácter o rasgo de la jurisprudencia no obedece a la adopción de una de las tesis del positivismo jurídico; tal carácter deriva del hecho de que la jurisprudencia es una reflexión sobre un determinado derecho *dado* (el derecho suizo, el derecho constitucional francés, derecho mercantil italiano, etcétera). De ahí que los juristas, independientemente del credo, ideología o concepción jurídica que sostengan, cuando *hacen jurisprudencia*, *i.e.* cuando describen un determinado derecho, trabajan de forma similar y usan como materia prima *materiales jurídicos* que han sido "establecidos", materiales jurídicos empíricamente verificables. Cuando un jurista describe o interpreta el derecho, tiene que usar materiales jurídicos que, siendo empíricamente verificables, caracterizan al derecho que manejan como 'positivo'. Se hace jurisprudencia de un derecho histórico

dicial del Common Law" (*Anuario Jurídico*, año V, núm. 3, 1979, México, UNAM, p. 348), formulé una noción semejante, de la cual elimino "ni su pertenencia a un cierto orden jurídico", por considerarla errónea (*cfr.* Tamayo y Salmorán, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político*, *cit.*, p. 113).

⁷ En el sistema del *Common Law* gran cuerpo de doctrina se encuentra en los *rationes decidendi* de las resoluciones judiciales.

⁸ 'Ciencia' en el sentido señalado en el capítulo VII.

⁹ T.E. Holland define la jurisprudencia como "la ciencia formal del derecho positivo" (*The Elements of Jurisprudence*, *cit.*, p. 13).

(de todo el orden jurídico o de una de sus partes, *e.g.* derecho civil, administrativo).

Esta concepción será combatida apasionadamente por muchas personas en virtud de que la palabra 'derecho' así como 'jurisprudencia' tienen un marcado significado emotivo. Diferentes corrientes del iusnaturalismo rechazarán enérgicamente esa concepción. Sin embargo, creo que lo anterior no es parte del debate 'positivismo *vs.* iusnaturalismo'. Manteniendo cada una de las posiciones del debate (si eso fuera posible) me atrevo a afirmar que el derecho natural (sea lo que sea) no es objeto de la jurisprudencia dogmática. La reflexión iusnaturalista es una crítica del derecho (positivo) o la formulación de patrones que regulan o debieran regular la creación o aplicación del derecho positivo.

b) La "descripción" del derecho

La descripción que lleva a cabo la jurisprudencia no se limita a levantar un inventario del material jurídico. La jurisprudencia "ordena" (o reordena) el material jurídico para construir un todo "sistemático" y "consistente". La jurisprudencia asigna, así, cierto significado a los materiales que describe. Determina su sentido "auténtico", así como su alcance; en suma: los interpreta.

La interpretación que realiza la jurisprudencia no es una mera interpretación literal del material jurídico. La manera en que la jurisprudencia adscribe significados al material jurídico es peculiar a la jurisprudencia. Sólo por ella sabemos qué son, qué alcance tienen y cómo funcionan los materiales jurídicos.

Este último argumento me condujo a aceptar la tesis de que el derecho o, mejor, el lenguaje en que el derecho se formula, se distingue claramente del lenguaje común (del cual aquél toma su vocabulario). El lenguaje del derecho se interpreta según un metalenguaje diferente al del lenguaje ordinario. La idea que subyace detrás de esta tesis (la cual permite un claro entendimiento de la jurisprudencia) es que justamente la jurisprudencia consiste en "encontrar" y aplicar los principios de interpretación del (lenguaje del) derecho. "La lectura jurídica de un enunciado del derecho (*i.e.*, de una legislación) no puede hacerse más que con la ayuda de las reglas propias del metalenguaje del derecho".¹⁰

La jurisprudencia realiza, por decirlo así, una selección del material jurídico, lo ordena en función de ciertos presupuestos fundamentales: hace la *summa* del material jurídico.

¹⁰ Cfr. *supra*, pp. 127 y 128.

Del material jurídico dado la jurisprudencia obtiene los principios generales del sistema (las *regulae* de la jurisprudencia romana o los *maximae propositiones* de la jurisprudencia medieval).¹¹ De los principios generales (sean definiciones, axiomas, máximas) los juristas obtienen nuevos enunciados jurídicos que se tienen por consecuencias “lógicas”, (prácticas o deónticas) de los materiales jurídicos que constituyen la base (dada) del sistema.

De lo anterior se desprende que la jurisprudencia, al identificar, interpretar y ordenar el material jurídico (así como al establecer principios generales y reglas de interferencia, eliminar inconsistencias e integrar lagunas), “reformula” el derecho positivo. Esta “reformulación” la lleva a cabo mediante la creación de un *corpus* de doctrina. Es justamente en este *corpus* de doctrina donde encontramos los lineamientos que nos indican cómo identificar (fuentes, vigencia, eficacia), ordenar, interpretar e integrar el derecho positivo.

La aceptación de las doctrinas de la jurisprudencia no se hace explícita ni se justifica (o no necesariamente). Considerada como un *corpus* válido de principios, la jurisprudencia posee un alto valor estimativo y autoritativo.

Haciendo una formulación sinóptica —no exhaustiva— de la jurisprudencia, cabe decir que ésta, desde su origen, adopta en su construcción, en su estructura, el modelo “clásico” de ciencia.¹² Con independencia de que lo haya logrado o no, esta forma o estructura de la jurisprudencia sigue siendo el paradigma —en el sentido que Thomas Khun da a este término—¹³ de la jurisprudencia de occidente.

La labor del jurista presupone ciertas concepciones (dogmas) fundamentales sobre el derecho y la jurisprudencia: e.g. “*ius est ars boni et aequi*”;¹⁴ “[P]otest ius nostrum appellari sapientia et ars”;¹⁵ etcétera. El jurista, en su función dogmática presupone no sólo virtudes sino características más complejas del derecho las cuales determinan decisivamente la actividad jurisprudente. Los juristas, por ejemplo, asumen la normatividad o practicidad del derecho: presumen que el derecho es un

¹¹ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político*, pp. 56-62 y 68.

¹² Cfr. *supra*: *La ciencia clásica*, pp. 110-117. Con las modificaciones producidas en el medievo. Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político*, cit., pp. 56-62 y 68.

¹³ Cfr. Khun Thomas, S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 1962.

¹⁴ D. 1, 1, 1, 1.

¹⁵ Bártolo de Sassoferrato, *Tractatus testimoniorum, Prudentia*, 4, fol. 145.

conjunto de *normas* (reglas, patrones o *instrucciones*) sobre lo que se *debe hacer*. En su actividad el jurista presupone, también, que el derecho es un *corpus* ordenado (*legal system*, *Rechtsornung*, *ordre juridique*) que posee, como característica esencial, ser exhaustivo y consistente. Nada más expresivo para señalar este presupuesto que las palabras de Baldo de Ubaldis: "*ius civile in se nihil superfluum habet, quod in iure nostro ius civile nihil reperitur superfluum nec vitio contrarietatis suppositum*".¹⁶ Así, el jurista presupone que existe una solución jurídica "apropiada" para toda "cuestión jurídica". El corolario de este principio es la idea de que siempre hay una forma de "encontrar" el derecho aplicable, *i.e.*, de "decir" el derecho. Otro presupuesto de la labor del jurista, que cabe mencionar aquí, es que éste, en su actividad dogmática presupone la existencia de ciertas instituciones jurídicas, *e.g.* *iurisdictio*, *acciones*, *res iudicata*,¹⁷ etcétera.

Las *regulae* constituyen, propiamente hablando, los *prima iura principia* (los cuales, como ya indiqué,¹⁸ equivalen a las *maximae* de los dialécticos o a los *problemata* de los geómetras). Estas *regulae* son aceptadas por el jurista dogmático sin cuestionar su validez. Las *regulae* realizan varias funciones. Primeramente, *compendian* el derecho: "*per regulam igitur brevis rerum narratio traditur*";¹⁹ introducen definiciones: "*nihil aliud es actio quam ius quod sibi debetur iudicio persequendi*";²⁰ "*obligatio est iuris vinculum...*"²¹ Al establecer los conceptos fundamentales, prácticamente determinan las formas de creación jurídica del sistema: "*Lex est quod populus... constituebat*";²² "...*communis republicae sponsio*";²³ "*Senatus consultum est quod senatus iubet atque constituit*".²⁴ Con ello las *regulae* no sólo determinan qué tener como derecho (las *maner and form rules* —como dice la tradición del *Common Law*—), sino introducen la doctrina política del sistema, *i.e.*, la ideología subyacente del orden jurídico.

Las reglas establecen, también, principios generales de la interpreta-

¹⁶ Baldo de Ubaldis, *Comm. in Dig. vet.*, *Prima Constitutio*, *Ommen*, 7, fol. 4 *av.*

¹⁷ *Cfr. D.* 50, 17, 207.

¹⁸ *Cfr. supra: Geometría y jurisprudencia*, pp. 129-134.

¹⁹ *D.* 50, 17, 1.

²⁰ *D.* 44, 7, 51.

²¹ *Cfr. Inst. Just.*, 3, 13, *pr.*

²² *Cfr. Inst. Just.*, 1, 2, 4.

²³ *D.* 1, 3, 1.

²⁴ *Inst. Just.*, 1, 2, 5.

ción y aplicación del derecho: "*nemo qui condemnare potest, absolvere non potest*";²⁵ "*impossibile nulla obligatio est*";²⁶

Asimismo, las *regulae* establecen las reglas de "inferencia" (conjunto de reglas de inferencia *stricto sensu* y reglas de razonamiento analógico para encontrar el derecho aplicable. Que los juristas realmente deduzcan proposiciones normativas a partir de principios o que simplemente "arreglen" su doctrina en forma deductiva para "reforzar" su validez, es un problema muy importante de la ideología de la jurisprudencia dogmática (y de la ciencia en general), el cual tengo que pasar por alto en razón de las limitaciones de espacio. Sin embargo, aquellas doctrinas "bien construidas" han gozado, generalmente, de mayor autoridad (e.g., "teoría de la nulidad", "teoría de la responsabilidad", etcétera).

La jurisprudencia contiene, además, cantidad de criterios de clasificación que "organizan" el material jurídico de acuerdo a su "naturaleza" (e.g., *publicum et privatum*;²⁷ *omnes autem ius quo utimur, vel ad actiones*.²⁸

4. Carácter dogmático de la jurisprudencia

Uno de los rasgos más característicos de la jurisprudencia es su naturaleza dogmática. La "aceptación" dogmática se presenta en dos momentos. El primero se da en la adhesión —no explicitada— de los juristas a los cánones, tradiciones, convenciones de la jurisprudencia (a los que me referí como "presupuestos fundamentales") adquiridos durante la formación y la práctica profesionales. El segundo momento se da en la identificación de la *base fáctica* del sistema. Esta adhesión dogmática (particularmente la del primer momento) revela una situación harto paradójica. Por un lado, tenemos que desde antiguo han habido varias, diferentes e, incluso, opuestas 'escuelas jurídicas', por denominar así a las distintas corrientes del pensamiento jurídico, a las cuales los juristas hacen profesión de fe adhiriéndose a sus concepciones, rechazando las demás. Por otro lado, tenemos que, no obstante tal diversidad de concepciones, la labor de los juristas ha sido, desde siempre extraordinariamente similar. Si las concepciones de una escuela u otra pueden ser tan disímiles ¿por qué entonces la labor de los juristas ha sido prácticamente idéntica? No obstante, las profesiones de fe de los juristas a

²⁵ D. 50, 17, 37.

²⁶ D. 50, 17, 185.

²⁷ Cfr. *Inst. Just.*, I, 3.

²⁸ *Inst. Just.*, 3, 12.

diferentes escuelas jurídicas, cuando éstos realizan su labor *quae* juristas las esperadas diferencias no aparecen; en su lugar aparece un trabajo, por decir así, “estándar de juristas”. Sobre este particular me atrevo a decir que los pontífices hicieron con la arcaica legislación romana, lo mismo que Q. Mucio Scaevola hizo con el *ius civile* de su tiempo; lo mismo que Ulpiano hizo *Ad adicto*, lo que Bártolo hizo con el *Corpus iuris civilis*, lo que Blackstone hizo con las “leyes” de Inglaterra y lo que los civilistas franceses hacen con los artículos 1382 y 1383 del *Code Civil*. ¿Cómo se explica esto? ¿Existen, acaso, presupuestos propios a la jurisprudencia que anulan las adhesiones?

La caracterización del objeto de la jurisprudencia es hecha mediante el uso de conceptos (no explicitados) sacados del arsenal conceptual de los juristas (*e.g.* ‘vigencia’, ‘promulgación’, ‘eficacia’, ‘desuso’, ‘fuente’, etcétera). Los juristas hacen uso de estos conceptos de manera extraordinariamente parecida, con independencia de la definición que pueden dar del derecho o de estos mismos conceptos, de acuerdo con los postulados de la escuela jurídica que se acojan.

De hecho, abogados e, incluso, juristas pueden usar estos conceptos y, sin embargo, no poder explicarlos satisfactoriamente. Sobre el particular dice H. L. A. Hart que “todos nosotros nos vemos, algunas veces en este predicamento que es fundamentalmente el del hombre que dice ‘puedo reconocer un elefante cuando veo uno, pero no puedo definirlo’”.²⁹

La “estandarización” de la actividad de los juristas se debe también, y quizás en mayor medida, al hecho de que los *materiales jurídicos* que manejan son seleccionados (identificados) sólo por características fácticas, tales como vigencia, o eficacia.³⁰ Una vez seleccionados, éstos devienen los componentes de los órdenes jurídicos (históricos). Estos componentes son disposiciones legislativas, decisiones judiciales, contratos, costumbres, etcétera, los cuales la jurisprudencia llama sucintamente: ‘normas jurídicas’ (para indicar sólo que son parte del orden jurídico —no importa que no se explique el concepto de norma—). Con respecto a la identificación de las “normas” que componen el orden jurídico, es cuando la jurisprudencia revela, de manera más clara, un carácter dogmá-

²⁹ *The Concept of Law*, cit., p. 13. En el mismo lugar Hart ilustra este predicamento con las palabras de San Agustín cuando dice: “¿Qué es el tiempo? Si nadie me lo pregunta, sé; si quiero explicarlo a alguien que pregunta, no sé” (*Confessiones*, 16, 17).

³⁰ *Cfr.* Nino, Carlos C., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., pp. 29-30.

tico (éste es el segundo momento, al que antes me referí). El criterio de identidad que utilizan es un criterio preponderantemente empírico. De aquí que la labor del jurista sea, como ya expliqué, necesariamente positivista. Los componentes de los órdenes jurídicos que los juristas “describen” son *prima facie*, creados, modificados y excluidos por *actos sociales empíricamente verificables, aceptados* —y aquí radica la adhesión dogmática— *como las instancias creadoras del derecho*.

Si observamos cuidadosamente la labor de los juristas (cuando identifican, interpretan, etcétera, el derecho) parece que, para que esta labor sea posible, es necesario que los juristas *asuman* (dogmáticamente) la existencia de ciertas normas jurídicas pertenecientes a un específico orden jurídico. ¿Cómo podría darse la actividad de los juristas, y con ella la de los jueces y abogados, si no pudieran contar, al menos, con ciertas normas básicas?

Las normas jurídicas que identifican han sido emitidas por ciertas *instancias* institucionalizadas:³¹ sus “fuentes” (*i.e.* órganos legislativos, tribunales, etcétera). En este sentido, cabe decir que el jurista *acepta* como derecho las “normas” establecidas por la instancia *reconocida* como “creadora del derecho”. La jurisprudencia, insisto, trata del derecho *contenido en los órdenes jurídicos históricos*.

De esta forma la jurisprudencia y los juristas, tienen que resolver, entre otros, los siguientes problemas de gran importancia práctica: a) la identificación de las normas (particularmente la base fáctica del sistema); b) “inducción” de principios —*regulae*— c) el manejo de las normas y d) sistematización y organización del material.³²

³¹ Cfr. Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, cit., pp. 3 y 191.

³² Cfr. Alchourrón, C.E., y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., pp. 111-144. Cfr. *supra*, pp. 130 y 133.

CAPÍTULO X. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	151
1 Introducción	151
a) <i>La interpretación.</i>	151
b) <i>La interpretación jurídica.</i>	151
2 <i>El lenguaje jurídico y su interpretación.</i>	154
3 <i>La interpretación orgánica.</i>	156
4 <i>La interpretación no-orgánica.</i>	159
5 <i>El lenguaje jurídico-cognoscitivo y el lenguaje jurídico-prescriptivo.</i>	162

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

SUMARIO: 1. *Introducción.* a) *La interpretación.* b) *La interpretación jurídica.* 2. *El lenguaje jurídico y su interpretación. La interpretación orgánica. La interpretación no-orgánica. El lenguaje jurídico-cognoscitivo y el lenguaje jurídico-prescriptivo.*

1. *Introducción*

a) *La interpretación*

Interpretar¹ consiste en *dotar* de significado, mediante un lenguaje significativo, ciertas cosas, signos, fórmulas o acontecimientos (objeto significado). Cabe afirmar, pues, que, de manera general, interpretar es determinar o asignar el sentido a ciertos hechos, signos, fórmulas o palabras.

El intérprete es, pues, una especie de “mediador”² que comunica a los demás (generalmente en lenguaje común)³ el significado que se atribuye a ciertas cosas, signos o acontecimientos. Esto es, el intérprete pone en conocimiento de los demás (aunque no necesariamente) el sentido que (según él o de acuerdo con cierto método) corresponde a determinados objetos. Así, por ejemplo, los brujos, augures o sacerdotes no hacían sino dotar de sentido ciertos hechos, fórmulas o signos misteriosos que, en razón de su posición o poder, sólo ellos manejaban y entendían (o hacían creer que entendían). En esta situación se encontraban, *v.gr.*, los pontífices patricios⁴ (antes de la “indiscreción” de Cneo

¹ De *interpretare*, a su vez, de *interpretatio*, y ésta de *interpres-etis*: mediador (*Diccionario etimológico de la lengua castellana*, Gredos, Madrid, p. 338).

² De *interpres-evis*, a su vez: de *inter* y *pars*: “entre partes” (*V. Diccionario latino español*, Sopena, Barcelona, 1967, t. I, p. 909).

³ “*Interpret... translate into an intelligible or familiar language...*” (*Webster's Third New International Dictionary*, Enciclopedia Britanica, Inc., Chicago, 1966, p. 1182).

⁴ “Los primeros jurisconsultos eran sacerdotes y esto no puede sorprender. El derecho primitivo nace siempre en íntima relación con la religión y la magia, y, aún en épocas posteriores, conserva algo de ambas cosas. Inclusive, cuando la cul-

Flavio) en relación con las *fórmulas* del derecho, fórmulas que sólo ellos conocían y que *interpretaban* a petición de los legos.⁵

La investidura mística del intérprete (magos, oráculos o sacerdotes) y el desconocimiento de sus métodos o procedimientos de significación, o mejor, *de interpretación*, originó, en gran medida, la creencia de que estas personas poseían (en virtud de una misteriosa razón) la extraña y sorprendente aptitud de poder “encontrar” o “desentrañar” el sentido inmanente de las cosas (como si las cosas tuvieran un sentido previo al establecimiento significativo).⁶ “Muchos engaños y muchos problemas ilusorios de la filosofía metafísica —dice Alf Ross— derivan de la creencia de que las palabras representan objetivamente conceptos o ideas dados cuyos significados deben ser descubiertos o descritos por la filosofía... el filósofo se pregunta qué son realmente, ‘verdad’, ‘belleza’, ‘bondad’, etcétera, y cree posible establecer definiciones verdaderas.”⁷

tura comienza a decaer y el derecho a degenerar, renace a menudo esta conexión entre derecho y religión, como lo demuestra la Edad Media con sus ‘juicios de Dios’. Así vemos en la Roma Arcaica que eran los sacerdotes quienes disponían de fórmulas rígidas para la celebración de contratos y los ritos procesales. El colegio sacerdotal designaba cada año a uno de sus miembros para que diera consultas jurídicas al público, basándose en estas fórmulas monopolizadas por el sacerdocio y registradas en los *libri pontificales*.” Margadant, G.F., *Derecho Romano*, Esfinge, México, 1968, p. 53).

⁵ “La interpretación de las *XII Tablas* y del rico repertorio de formularios procesales y negociables que se venía transmitiendo, siguió siendo hasta comienzos del siglo III un monopolio celosamente custodiado por el... Colegio de pontífices (‘pontoneros’)” (Kunkel, W., *Historia del Derecho Romano*, p. 39.)

“La historia de la jurisprudencia romana empieza con los *pontífices*. Concedores de la magia y teniendo a su cargo la confección del calendario del Estado romano, pues ésta fue seguramente su función primitiva, los pontífices dominaron, probablemente desde antiguo, no sólo las reglas para que se comunicara la ciudad con los dioses (el *ius sacrum*), sino también las fórmulas para litigar en el proceso romano arcaico y fórmulas para la conclusión de negocios jurídicos. Porque los romanos de la época primitiva pensaban que en las relaciones jurídicas entre los hombres, al igual que en la oración, todo dependía del empleo de las palabras adecuadas; sólo el que sabía la fórmula apropiada podía obligar a la divinidad y vincular o desvincular a los hombres. Como todos los actos mágicos, el saber de los pontífices era, de suyo, secreto: el tesoro de fórmulas que encerraba el archivo del colegio (los *libri pontificales*) durante mucho tiempo sólo fue accesible a sus miembros y únicamente en su seno se transmitieron de generación en generación los métodos de aplicación del derecho que ellos habían desarrollado y practicado (*ibid.*, p. 93; *cfr. supra*, pp. 124-129).

⁶ El conocimiento está lejos de construir un mero instrumento que sirva para desentrañar el sentido inmanente de las cosas yacentes y fijas, ordenadas y dotadas con anterioridad de sentido. El conocimiento (en sentido estricto) no se limita a encontrar significados ya dispuestos, evidentes y verdaderos.

⁷ Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1970, pp. 109-

Sin embargo, cualquiera que "inquiera" por el sentido que guardan ciertos objetos, signos o acontecimientos y obtenga una "respuesta", se encuentra en realidad, *asignando un significado* a estos objetos, signos o acontecimientos. El sentido es siempre incorporado mediante la interpretación, pero ni se busca ni se desentraña. Dicen los académicos que "interpretar" consiste en "declarar el sentido de una cosa".⁸

Las cosas, los signos, etcétera, no tienen un significado *en sí*, las cosas o los signos adquieren una cierta significación en virtud de un acto de *establecimiento de sentido*.⁹

Ahora bien, el objeto por interpretar bien puede ser un lenguaje (o los términos de un lenguaje).¹⁰ En este caso, la función significativa de la interpretación consiste en la incorporación o asignación de un sentido a ciertos signos, términos o palabras a fin de hacerlos corresponder con determinados objetos.¹¹ Que un lenguaje (o los términos de un lenguaje) sean el objeto de una interpretación no representa ningún problema particular.¹²

La interpretación de un lenguaje es, así, la significación que se incorpora a un lenguaje (o a los términos de un lenguaje) —el que recibe el nombre de 'lenguaje interpretado'— mediante otro lenguaje —que podría denominarse 'lenguaje significativo'—. ¹³ El lenguaje interpretado

110, nota 3; V. *idem*, *On Law and Justice*, Berkeley University of California Press, 1974, p. 113, nota 2.

⁸ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1970, *drd*, 1970, p. 755. "Interpret: ... to tell the meaning of" (*Webster's ... op. cit.*, p. 1182).

⁹ "Los elementos o componentes semánticos son llamados interpretativos en la medida que ellos interpretan los signos o componentes sintácticos" (Crystal, D., *Linguistics*, Pinguin Books, Londres, 1972, p. 230.)

¹⁰ "En cualquiera investigación sobre el lenguaje existe un lenguaje objeto que constituye el objeto de la investigación y existe un metalenguaje usado por los investigadores para hablar del lenguaje objeto... Debe enfatizarse que el lenguaje objeto y el metalenguaje son términos relativos. Cualquier lenguaje, no importa lo simple o complejo que éste sea, es un lenguaje-objeto cuando se habla de él. Y cualquier lenguaje es un metalenguaje cuando es usado para hablar (*to discuss*) de un lenguaje objeto" (Copi, I.M., *Symbolic Logic*, Macmillan, Nueva York, 1965, pp. 195-196).

¹¹ "En términos generales, una interpretación consiste en asignar sistemáticamente unos objetos denotados a parte del vocabulario primitivo", Martin, R.M., *Verdad y Denotación [Truth and Denotation]*, Tecnos, Madrid, 1962, p. 22.)

¹² V. *Supra*, nota 8.

¹³ "Al establecer una interpretación para un sistema formalizado enunciando explícitamente las reglas semánticas, empleamos otro lenguaje, el llamado metalenguaje. (Se supone que entendemos el metalenguaje.) Las reglas semánticas están encuadradas en el metalenguaje y enuncian específicamente que las expresiones apropiadas del sistema lingüístico dado denotan tales y cuales objetos; dando por

o lenguaje objeto puede ser simbólico, ideográfico, algorítmico o ideomático, verbal o escrito. Sin embargo, es bastante habitual considerar que 'interpretar' se refiere normalmente a establecer o declarar el sentido de un texto.¹⁴

b) La interpretación jurídica

Si la interpretación consiste en dotar de significado ciertas cosas, signos o acontecimientos, entonces la interpretación jurídica —siguiendo este orden de ideas— puede perfectamente consistir en cualquiera de las dos siguientes posibilidades:

a) La adscripción de un significado jurídico dado a ciertos hechos, signos, acontecimientos o comportamientos (objetos significados, los cuales se constituyen en objetos jurídicos, en atención de que son jurídicamente considerados, o mejor, jurídicamente *interpretados*).¹⁵

b) La adscripción de un cierto significado suministrado al discurso jurídico (leyes, constituciones, etcétera).¹⁶

Al respecto es conveniente adelantar que el problema de la interpretación jurídica, tradicionalmente planteado, se ha referido casi exclusivamente a la segunda de estas nociones.¹⁷

2. El lenguaje jurídico y su interpretación

Una de las particularidades que ofrecen los objetos conocidos como formando la experiencia jurídica es de que, en cierta medida, constituyen un lenguaje¹⁸ o se presentan como lenguaje. "Todo derecho tiene como condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje".¹⁹

supuesto que entendemos el metalenguaje, llegamos también a entender el lenguaje-objeto, y el procedimiento de interpretación se hace explícito de este modo." (Martín R.M., *Verdad y denotación*, cit., pp. 25-26.)

¹⁴ "Interpretar... declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos...", *Diccionario de la Lengua Española*, cit., p. 755.

¹⁵ Vide: Tamayo y Salmorán, R., "La Imputación como sistema de interpretación de la conducta", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año IV, núm. 12, septiembre-diciembre, 1971, pp. 431-454.

¹⁶ El significado que se adscribe a los objetos jurídicos (tales como constitución, contratos, hipotecas, etc.), establece el significado del lenguaje ordinario, e incluso, se substituye (v.g. cuando se substituye un término del lenguaje común por uno técnico o cuando un significado es substituido por otro más moderno y operacional).

¹⁷ Habitualmente el problema de la interpretación ha girado alrededor de la interpretación de la ley (objeto conocido como jurídico).

¹⁸ Expresado en un tipo particular de discurso.

¹⁹ Capella, J.R., *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968, p. 28.

A este lenguaje bien podemos denominarlo 'lenguaje jurídico'.

Desde la invención de la escritura existió la posibilidad de formular el derecho (o gran parte del derecho) por escrito. Así, por ejemplo, aparecieron los *vavov*,²⁰ los tratados,²¹ los testamentos, ciertos contratos, las leyes rogata, el plebiscito,²² etcétera, los cuales convivían con un derecho no escrito. Célebres son los momentos en la historia institucional en que se ordenó o sistematizó el derecho mediante grandes compilaciones o codificaciones,²³ buscando, en mayor o menor grado, la fijación del derecho. De entre las grandes codificaciones una, sin embargo, es de particular interés para la interpretación jurídica; nos referimos, ciertamente, al Código Napoleón de 1804.²⁴

²⁰ En la antigüedad las teogonías constituyeron la única respuesta al problema de la normación de la conducta del hombre. Son los dioses los que han fijado las normas de la vida social y los poetas, de todos los géneros, han alabado su magnificencia. *Δίκη* era una diosa poderosa y ninguno podía contrariar impunemente las bases sagradas de su autoridad. Así, pues, el hombre, dentro de un contexto semejante, sólo se preocupó de conformar su conducta a las *θεμσεις*. A fines del siglo VII a. de J.C., aparecieron, sin embargo, nuevas condiciones que conducirían a la destrucción de las monarquías homéricas. El fenómeno de la *stenochoria* es, por ejemplo, uno de esos acontecimientos que se encuentran en el gran movimiento de colonización que habría de convulsionar —para nuestra fortuna— a todo el mundo griego. En las ciudades recientemente fundadas los *οικιστήριος* tuvieron que proceder al establecimiento de nuevas instituciones, provocando así el advenimiento de *vavov*. De esta manera se comprende que el siglo VII haya sido el comienzo de la época de los legisladores tales como Carondas, Zeleucos, Dracón, Fidón, Solón, Clístenes, etcétera.

²¹ El más antiguo documento que se ha podido encontrar en que consta un tratado internacional data del año 1272 o 1273 a. de J.C. Es un tratado de paz y de alianza celebrado entre Ramsés II y el rey de los hititas, Hansilitt; tratado que ponía fin a una guerra de quince años. El tratado se encuentra redactado en acadio —que era la lengua diplomática del medio oriente en esa época— en caracteres cuneiformes inscritos en una tabla de plata (cfr. Grimberg, C., *Histoire Universelle*, Gérard & Co., Verviers [Bélgica], 1963, t. I, pp. 67-68). No obstante, S. Korff indica que, recientemente, se ha descubierto un tratado, firmado por el rey Entema reglamentando las fronteras entre su reino de Lagash y el reino vecino de Ummah que data del cuarto milenio a. de J.C. La particularidad de este tratado consiste en que se establece un procedimiento arbitral para la solución de los conflictos que originara la aplicación de dicho tratado (cfr. Korff, S., *Introduction à L'Histoire du Droit International*, Recueil de Cours de l'Académie du Droit International, La Haya, 1923, t. I, pp. 8.9).

²² "*Scriptorum autem privatum est, publicum aliud; publicum, lex senatumconsultum, foedus; privatum, tabulae, pactum conventum, stipulatio.*" Cicerón, *Part. Orat.* XXXVII.

²³ Tales como el *Edictum Perpetuum*, el *Digesto*, el *Fuero Juzgo*, las *Siete Partidas*, etcétera.

²⁴ "La sanción del Código Civil francés ejerció gran influencia en el planteamiento moderno de la interpretación de la ley" (Soler, S., *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962, p. 7).

Si bien es cierto que el código civil francés hizo cambiar el curso del planteamiento de la interpretación del derecho —particularmente de la ley—, a decir verdad el problema de la interpretación surgió como corolario del advenimiento del *ius scriptum*²⁵ (sin que nos pronunciemos, en el momento, sobre la interpretación del derecho no escrito).

Pues bien, los materiales jurídicos formulados por escrito (tales como leyes, constituciones, testamentos, contratos, etcétera) son, como cualquier otro lenguaje, objeto de interpretación. Pero, cabe preguntar, ¿para qué se interpreta? o bien ¿quién o quiénes interpretan? Hemos visto que cualquiera que dote de significado un lenguaje (o los términos de un lenguaje) realiza o lleva a cabo una interpretación, de ahí que cualquiera que dote de sentido a estos “materiales jurídicos”, es decir, quienquiera que otorgue cierto significado al lenguaje jurídico escrito, se encuentra interpretándolo. No obstante, es posible determinar dos grandes tipos de interpretación jurídica, atendiendo a la situación que guarda el intérprete en relación con los materiales jurídicos que se van a interpretar. Estos tipos de interpretación pueden denominarse: ‘interpretación orgánica’ e ‘interpretación no orgánica’.

3. La interpretación orgánica

Es fácil observar que los materiales jurídicos (constitución, leyes, etcétera) se encuentran *dirigidos*²⁷ a ciertos individuos, los cuales tienen que *aplicarlos*. A los individuos que se encuentran en la situación de aplicar o ejecutar los materiales jurídicos los llamaremos ‘órganos’.²⁸

²⁵ “Entre los problemas originados por el *ius scriptum* encontramos el de la exacta determinación del alcance y significado de su texto” (Margadant, F.G., *Derecho romano*, cit., 104). Tras la expedición de las XII Tablas los sacerdotes hicieron *aplicaciones* que sus autores no hubieran siquiera sospechado. Con el fin de satisfacer nuevas necesidades, los sacerdotes, mediante la *interpretatio*, cambiaron, por mucho, el sentido original de las XII Tablas. Kunkel, W. *Historia del derecho romano*, cit., pp. 39-40).

²⁶ Llamada interpretación auténtica, *cfr.* Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 346 y ss. y 350 y ss.; *idem*, *The Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley, 1970, p. 348 y ss. y 453 y ss.; *idem*, *Théorie Pure du Droit*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 453 y ss. y 459 y ss.

²⁷ Los materiales jurídicos son formulados, o en todo caso, formulables en *lenguaje directivo*. Es particularmente Alf Ross quien utiliza el término ‘directivo’. *Cfr.* *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968, pp. 34-74; *idem*, *La lógica de las normas*, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 41-77.

²⁸ Claro que —tal y como podrá observarse en el curso de la explicación— todo acto de aplicación es también un acto de creación (todos los materiales jurídicos condicionantes son por su propia naturaleza más o menos incompletos). Cuando en este caso hablamos de ‘órganos’ lo hacemos de modo general sin importar si son

Ahora bien, para que un órgano aplique el derecho (constitución, tratados, reglamentos, etcétera) es necesario que establezca el sentido de los materiales jurídicos que tiene que aplicar. Cabe decir, para que el órgano pueda aplicar o ejecutar lo *dicho* por estos materiales, es menester que los interprete.²⁹ “La interpretación es, pues, un proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del derecho en su progresión de un grado superior a un grado inferior.”³⁰

La interpretación orgánica aparece, en consecuencia, como el acto de significación mediante el cual el órgano determina el sentido de los materiales jurídicos (como parte del lenguaje jurídico) que él tiene que aplicar a fin de proseguir el proceso de creación del derecho.

De lo anterior se desprende que los materiales jurídicos (constitución, ley, etcétera) que han de aplicarse, o más exactamente, el lenguaje en que son expresados (lenguaje del constituyente, lenguaje del legislador, etcétera) recibe, por parte del órgano aplicador, una cierta interpretación de la cual depende la forma en que es aplicado el derecho. La interpretación orgánica juega, así, un papel definitivo en el procedimiento de creación del orden jurídico. En efecto, el órgano aplicador, al decidir el sentido que guarda el lenguaje jurídico elaborado, *decide*, a su vez, el curso de la creación y aplicación subsecuente del derecho. En la interpretación orgánica la interpretación *se traduce en actos o voliciones* cuyo resultado son los materiales jurídicos que completan un cierto sistema de normas jurídicas. (La significación es base del acto de decisión).

El acto de interpretación que realiza el órgano aplicador es, siempre —en atención a su carácter subjetivo— más o menos arbitrario. El órgano aplicador, de entre todas las significaciones que es posible hacer, *escogerá* una (la “conveniente”, la conforme a la “voluntad del legislador”, la “justa”, la “viable”, etcétera), siguiendo para ello ciertos métodos (el exegético, el de la escuela libre, etcétera) o haciendo caso omiso de ellos. Así pues, el sentido que se da al lenguaje jurídico de-

órganos centralizados (funcionarios profesionales) o descentralizados (súbditos más o menos indiferenciados).

²⁹ “Si un órgano jurídico debe aplicar el derecho, entonces tiene, necesariamente, que establecer el sentido de las normas que tiene que aplicar; tiene necesariamente, que interpretar dichas normas.” “... En resumen, todas las normas, en tanto que tienen que ser aplicadas, requieren una interpretación.” (Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 346; *idem*, *The Pure Theory of Law*, cit., p. 348; *idem*, *Théorie Pure du Droit*, cit., pp. 453 y 454; *idem*, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 439).

³⁰ *Ibid.*, p. 346; *ibid.*, p. 348; *ibid.*, p. 453; *ibid.*, p. 439

penderá de la formación jurídica, así como de la cultura del órgano que interpreta.

No obstante lo dicho, no debemos olvidar que los materiales jurídicos (constitución, leyes, tratados, etcétera) determinan siempre, en mayor o menor grado, las características que deben tener los actos que los aplican para ser regulares. Sin embargo, esta determinación no puede ser exhaustiva.³¹ En efecto, si existen constituciones es para que pueda haber leyes, decretos, etcétera; si existen leyes es para que pueda haber sentencias judiciales y decisiones administrativas. Esto es, los actos que reclaman una aplicación son, necesariamente, más o menos incompletos.³² Por tanto, siempre habrá elementos que serán adicionados por los sucesivos actos de aplicación.

Por exhaustiva que pudiera ser esta determinación (y aun suponiendo que ésta fuera completa) no podría, sin embargo, evitar la *interpretación* que el órgano aplicador hace de estas determinaciones. Interpretación que, como he señalado, es una asignación significativa más o menos arbitraria de los materiales jurídicos que se aplican. Efectivamente, al quedar en posibilidad de interpretar (acto que, como hemos observado, acompaña necesariamente a toda aplicación),³³ el órgano aplicador incorpora o adiciona nuevos elementos a los materiales jurídicos existentes.

En resumen, en el caso de la interpretación que hemos denominado 'orgánica', la significación dada a los materiales jurídicos (o simplemente al derecho escrito) se manifiesta en un acto de voluntad más o menos

³¹ Pero esta determinación no es completa. La norma de la grada superior no puede vincular exhaustivamente al acto que la ejecuta. Siempre tiene que quedar un margen más o menos amplio de la libre apreciación; de modo que, por relación al acto ejecutivo de creación o mera ejecución material, la norma de la grada superior tiene siempre el carácter de un marco que dicho acto se encarga de llenar. El mandato, la orden más concreta, tienen que abandonar una multitud de determinaciones al ejecutor de los mismos. Si el órgano A dispone que el órgano B debe detener al súbdito C, el órgano B ha de decidir según su libre apreciación cuándo, dónde y cómo ha de realizar la orden de detención; y estas decisiones dependen de circunstancias externas que el órgano A no ha previsto en su mayor parte, ni podía prever. Kelsen, H., *Métodos y conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933, p. 58; *idem*, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 347; *idem*, *The Pure Theory of Law*, cit., p. 349; *idem*, *Téorie Pure du Droit*, cit., pp. 453-455; *idem*, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 350.

³² Recaséns Siches, "Interpretación del derecho", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, cit., t. XVI, p. 546.

³³ Cfr. *supra*, notas 29 y 30.

arbitrario que decide el curso subsecuente de la aplicación y creación del orden jurídico positivo.

4. La interpretación no orgánica

La interpretación jurídica no es monopolio exclusivo de los órganos aplicadores del derecho. He señalado que cualquiera que dote de significado el lenguaje jurídico, realiza una interpretación jurídica. La interpretación no orgánica puede caracterizarse, por consecuencia, como aquella que no es realizada por los órganos aplicadores del derecho (e.g. los profesores, los juristas, los particulares).³⁴

Si en la interpretación orgánica el lenguaje en que se expresa el derecho (constitución, ley, etcétera) es interpretado por los órganos encargados de su aplicación a fin de crear los materiales jurídicos que los completan (decisiones administrativas, sentencias, etcétera), en el caso de la interpretación no orgánica el "intérprete" es *prima facie* ajeno a la creación jurídica. Ahora bien, puesto que el intérprete no tiene la posibilidad de aplicar el derecho que interpreta, entonces la interpretación no orgánica se agota, en principio, con la sola significación dada al lenguaje jurídico.

En el caso de la interpretación orgánica la significación dada a los materiales que se aplican (constitución, leyes, etcétera) se manifiesta en actos o voliciones humanas que establecen otros materiales jurídicos (reglamentos, sentencias, decisiones administrativas), los cuales van constituyendo progresivamente el orden jurídico. Estos materiales jurídicos son parte de la experiencia jurídica; esto es, son derecho al igual que los materiales jurídicos que aplican.

Por el contrario, en el caso de la interpretación no orgánica la significación suministrada a los materiales jurídicos no se manifiesta en actos de aplicación del derecho. En este caso la interpretación no acompaña la producción de nuevos materiales jurídicos. Ahora bien, si la interpretación no orgánica no se traduce en materiales jurídicos, entonces la significación, producto de esta interpretación, no es parte de la experiencia jurídica, es decir, no es derecho (éste se agota con los materiales que constituyen la experiencia jurídica). La interpretación no-orgánica es sólo significación (cognición, descripción, valoración, etcétera) del derecho.

He señalado que los materiales jurídicos constituyen un lenguaje o,

³⁴ Ciertamente, estos intérpretes pueden tener el carácter de órganos descentralizados (en tanto súbditos).

en todo caso, son formulados en un lenguaje. A este lenguaje, en razón del carácter prescriptivo de los materiales jurídicos, lo denominaré 'lenguaje jurídico prescriptivo'. Como es de suponerse, los materiales jurídicos que resultan de la interpretación o aplicación de otros son también parte del lenguaje prescriptivo. De manera que, en la interpretación orgánica, la significación que se da al lenguaje jurídico prescriptivo (por ejemplo: el lenguaje del constituyente) es expresada en un lenguaje prescriptivo (v.gr. en el lenguaje del legislador). En el caso de la interpretación no orgánica el lenguaje mediante el cual se significan los materiales jurídicos (constitución, leyes, sentencias) o, mejor, el lenguaje en que se significa el lenguaje prescriptivo en que estos materiales se encuentran expresados (lenguaje del constituyente, del legislador o del juez), no es un lenguaje prescriptivo sino de carácter "descriptivo".³⁵

Con objeto de no entretenernos tanto en el problema de la interpretación no orgánica (en razón de la extensión propia de este trabajo) vamos a considerar únicamente la interpretación que realiza la ciencia del derecho.³⁶

Pues bien, mientras los materiales jurídicos (comportamientos o voliciones humanas) crean o establecen el derecho, las proposiciones que componen el lenguaje de la ciencia del derecho *conocen* el derecho, no

³⁵ Es importante distinguir estos dos niveles de lenguaje para evitar grandes confusiones y paradojas. En particular debe distinguirse perfectamente cuando se trata de una interpretación orgánica (la cual forma parte del lenguaje prescriptivo puesto que —como dice Kelsen— los actos jurídicos que se formulan en palabras o por escrito contienen ellos mismos alguna indicación sobre su significación. Esto, dice Kelsen, es una particularidad de los materiales jurídicos. Esta auto-interpretación, sin embargo, no es sino parte del lenguaje prescriptivo, objeto también de la ciencia del derecho. (Cfr. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 3; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., p. 3; *idem*, *Théorie Pure du Droit*, cit., p. 4.) En otro lado Kelsen dice al respecto que "ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados... por la ciencia del derecho. Una planta no puede comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina; no trata de dar de sí misma una interpretación científica. La ciencia del derecho se encuentra, así, muy a menudo en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos [materiales jurídicos] y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico" [el del lenguaje jurídico cognoscitivo]. Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 37-38 (lo que se encuentra entre corchetes es mío).

³⁶ En relación con la interpretación psicosocial del orden jurídico véase: Kelsen, H., "The Law as a Specific Social Technique", *University of Chicago Law Review*, 1941, vol. 9, pp. 75-97. La concepción del autor respecto de estos problemas puede verse en Tamayo y Salmorán, R., *Certain Remarks Concerning The Rapport Between Biology and Law*, ponencia presentada al simposio de Violencia y Comportamiento celebrado en México, D. F., auspiciada por AAAS y por CONACYT, el 4 de julio de 1973.

lo elaboran.³⁷ En tanto que la significación de la ciencia jurídica es únicamente un acto de conocimiento, el establecimiento del derecho (la aplicación de materiales jurídicos y el establecimiento de otros) es un acto de voluntad que crea el orden jurídico.³⁸ La significación que suministra la ciencia del derecho a los materiales jurídicos que interpreta, no se manifiesta en actos de aplicación del derecho (la ciencia del derecho no legisla, no condena, no ejecuta), se concreta sólo a *conocer* el derecho, y, en base a ese conocimiento, a describirlo y analizarlo. Así pues, el lenguaje que constituye la ciencia del derecho enuncia pero no prescribe.³⁹

Muy frecuentemente —sostiene Kelsen— se ignora la diferencia que existe entre la función de la ciencia del derecho y la función de la autoridad jurídica (los órganos del derecho), y, por consecuencia, entre el producto de la primera y el producto de la segunda. Así por ejemplo, en el lenguaje ordinario las palabras ‘derecho’ y ‘ciencia del derecho’, aparecen como expresiones sinónimas.

En verdad —continúa Kelsen—, la ciencia del derecho no puede más que describir el derecho; la ciencia del derecho no puede prescribir tal y como lo hace la autoridad jurídica. Ningún jurista puede negar que existe una diferencia esencial entre una ley publicada en el diario oficial de un Estado y un comentario hecho sobre esta ley, obra de la doctrina, o entre el código penal y un tratado de derecho penal.⁴⁰ O bien —agregaríamos nosotros—, entre una constitución y una explicación de esa constitución.

Así es como Kelsen distingue entre función jurídico-prescriptiva, consistente en prescribir o normar el comportamiento humano, asignándole

³⁷ Una ciencia, en tanto tal, se agota en el conocimiento de sus objetos. De modo que una ciencia del derecho, en tanto que ciencia, no puede más que conocer su objeto: el derecho; y en base a ese conocimiento describirlo y analizarlo. Sin embargo, la “ciencia” jurídica dogmática bajo la apariencia de una descripción lo reformula. *Vide*, Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit.

³⁸ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 350-352, *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 353-355; *idem*, *Théorie Pure du Droit*, cit., pp. 459-462.

³⁹ “Es absolutamente necesario distinguir de manera decisiva, la interpretación que realizan los órganos jurídicos, de la interpretación del derecho hecha por la ciencia jurídica. Esta consiste en determinar, mediante una operación puramente intelectual el sentido de las normas jurídicas. A diferencia de la interpretación que realizan los órganos jurídicos, la interpretación hecha por la ciencia del derecho no es creación jurídica.” (Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 352; *idem*, *The Pure Theory of Law*, cit., p. 355; *idem*, *Théorie Pure du Droit*, cit., p. 462.)

⁴⁰ Kelsen, H., *ibid*, p. 75; *ibid*, pp. 72-73; *ibid*, pp. 99-100.

un específico significado (por ejemplo: legislador, contratante, homicida, etcétera) y la función científico jurídica que consiste en *conocer* el derecho.

Al lenguaje mediante el cual la ciencia del derecho otorga cierto sentido a los materiales jurídicos que conoce, podemos denominarlo '*lenguaje jurídico cognoscitivo*', en oposición al lenguaje jurídico prescriptivo en que se manifiesta el derecho, propio de los órganos creadores del orden jurídico⁴¹ De acuerdo con esto, resulta que debemos diferenciar claramente el sistema de significación o interpretación jurídica que constituye la ciencia del derecho, sistema de enunciados⁴² que proporciona la significación jurídico-cognoscitiva, de las normas que interpreta.⁴³

5. El lenguaje jurídico-cognoscitivo y el lenguaje jurídico-prescriptivo

Estos lenguajes jurídicos, en tanto tales, esto es, en lo que a su función significativa se refiere, se distinguen entre sí de una manera precisa. En primer lugar, porque son lenguajes de niveles diferentes. Las proposiciones o enunciados jurídicos que formula la ciencia jurídica tie-

⁴¹ Véase *supra*, nota. 37.

⁴² Puede decirse que la ciencia no es más que un lenguaje organizado a partir de ciertas reglas explicativas. "La ciencia —afirmaba Condillac— es un lenguaje bien hecho". Cfr. Ferrater y H. Leblanc. *Lógica matemática*, México, Fondo de Cultura Económica, 1970, p. 9. "Siempre que hablamos de una teoría o sistema filosófico nos estamos refiriendo directa o indirectamente, o al menos así lo parece, a un lenguaje formalizado, esté o no formulado explícitamente tal lenguaje", Martin Richard, M., *op. cit.*, p. 32; Braithwaite, R.B., *La explicación científica* (Scientific Explanation), Madrid, Tecnos, 1965, pp. 25, 28 y ss.; Russell, B., *Human Knowledge*, Simon and Schuster, Nueva York, 1948, pp. 3 y ss.; Robins, R.H., *General Linguistic and Introductory Survey*, Londres, Longmans, 1968, pp. 358 y ss., etcétera.

⁴³ Con respecto a esta función significativa dice J. C. Smith que "a partir de las investigaciones de Husserl, el problema lógico de la norma jurídica ha sido planteado no ya de un modo estrictamente formal, sino atendiendo a la función que la misma cumple como significación, función que viene siendo identificada, en lo esencial, con la del juicio enunciativo... Admiten, en efecto, que las diferencias funcionales que existen entre un juicio y una norma son sólo diferencias específicas, que en nada afectan a su común carácter esencial. Pues aun cuando la función del juicio consiste en enunciar y la de la norma jurídica consiste en imputar a un hecho antecedente un hecho consecuente, *ambas funciones se identifican esencialmente en una genérica, común en ambos casos: la función significativa*". Tanto el juicio enunciativo como el "juicio normativo" adquieren su carácter significativo en virtud de actos de "dar significación", que pertenecen a un mismo género: "el de las intenciones significativas" (Smith, Juan Carlos, "Norma jurídica y conocimiento jurídico", *Revista de Derecho Español y Americano*, Madrid, núm. 16, año XII, II época, abril-junio, 1967, pp. 21-22. Las cursivas son mías).

nen como objeto las normas jurídicas, es decir, las normas jurídicas constituyen el objeto o contenido de los enunciados jurídicos.⁴⁴ De manera que el lenguaje normativo constituido por las normas jurídicas es *objeto* del lenguaje normativo compuesto por los enunciados de la teoría del derecho. Así pues, las normas jurídicas serían, en relación con los enunciados jurídicos, un *lenguaje-objeto* y estas últimas constituirían, en relación con las normas jurídicas, una *meta lenguaje*. En efecto, “el lenguaje que se *usa* para hablar acerca de un lenguaje se llama ‘metalenguaje’. En cualquier investigación sobre lenguaje existe un lenguaje-objeto que constituye el objeto de investigación y existe un metalenguaje *usado* por los investigadores para hablar del lenguaje-objeto... Debe enfatizarse que el lenguaje-objeto y el metalenguaje son *términos relativos*. Cualquier lenguaje, no importa lo simple o complejo que éste sea, es un lenguaje-objeto cuando se habla de él. Y cualquier lenguaje es un metalenguaje cuando es *usado* para hablar (*to discuss*) de un lenguaje objeto”.⁴⁵

Mientras la ciencia del derecho (la teoría del derecho, la jurisprudencia analítica) se dedica exclusivamente a significar, los órganos creadores del derecho se dedican a normar o prescribir —aun ignorando que cuando se norma o prescribe se dan ciertos significados al comportamiento humano. En ocasión a lo anterior puede decirse que mientras el lenguaje constituido por la ciencia del derecho es sólo lenguaje, el derecho es una técnica social específica donde la conducta humana adquiere un significado normativo a consecuencia, iustamente, de estar normada.

⁴⁴ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho* (Eudeba), *cit.*, pp. 48-49.

⁴⁵ Copi, I. M., *Loc. cit.*, *infra*, nota núm. 10.

EXCURSI

TERCERA PARTE

EXCURSUS I. EL PROCESO JURISDICCIONAL. (<i>El origen del proceso entre los griegos</i>)	167
1 Introducción	167
2 La opinión tradicional	169
3 Las paradojas y el rechazo de la tesis tradicional	170
4 <i>Ilíada</i> XVIII, 497-598 y las controversias judiciales primitivas	173
a) El problema	173
b) El procedimiento de las legis acciones	175
c) Propósito del procedimiento preliminar	177
5 Los protagonistas y sus funciones	178
6 El recurso a la autoridad	181
7 La seguridad colectiva	182
8 Análisis jurídico comparativo	184
a) El problema	184
b) El juicio de Orestes.	185
c) La India antigua	187
9 Persistencias y consecuencias	188
10 Los interdicta del derecho romano	189
11 <i>Ilíada</i> XXIII y las condiciones del proceso	192
12 <i>Enílogo</i>	194

TERCERA PARTE

EXCURSI

La investigación [jurídica] analítica y la investigación histórica [del derecho] proporcionan respuestas a diferentes cuestiones, no diferentes respuestas a las mismas cuestiones.

H. L. A. HART

EXCURSUS I

EL PROCESO JURISDICCIONAL *

(El origen del proceso entre los griegos)

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *La opinión tradicional*. 3. *Las paradojas y el rechazo de la tesis tradicional*. 4. *Ilíada XVIII*. 497-598 y las controversias judiciales primitivas. a) *El problema*. b) *El procedimiento de las legis acciones*. c) *Propósito del procedimiento preliminar*. 5. *Los protagonistas y sus funciones*. 6. *El recurso a la autoridad*. 7. *La seguridad colectiva*. 8. *Análisis jurídico comparativo*. a) *El problema*. b) *El juicio de Orestes*. c) *La India Antigua*. 9. *Persistencias y consecuencias*. 10. *Los Interdicta del derecho romano*. 11. *Ilíada XXIII y las condiciones del proceso*. 12. *Epílogo*.

*Zeus, or the human king on earth,
is not a lawmaker but a judge.*

GROTE

1. *Introducción*

Para el jurista y el científico social una característica distintiva del derecho es la disponibilidad de un proceso jurisdiccional cuya función consiste en resolver disputas entre los miembros de la comunidad.¹ La

* Este trabajo, con el título: *El proceso jurisdiccional y la formación del Estado*, apareció en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XV, núm. 45, septiembre-diciembre de 1982, pp. 1063-1090. En esta versión he hecho algunas correcciones. La versión inglesa: "The Judicial Litigation in Early State and The Evolution of the Legal Process (The Homeric City)", se encuentra publicada en *Development and Decline — The Evolution of Political Organization*, Claessen, H. J. M., y van de Velde, P. (Eds.), South Hadley, Mass., Bergin Publishers, 1984.

Quiero agradecer al doctor José Tapia su colaboración en la confrontación de las fuentes griegas y a la maestra Ute Schmidt por la lectura y revisión de este trabajo, particularmente la revisión de las transcripciones griegas. Asimismo doy gracias a mi colega Jorge Adame por sus comentarios sobre el derecho romano. Por último, agradezco a los doctores Rubén Bonifaz Nuño, Héctor Fix-Zamudio e Ignacio Medina, quienes pacientemente leyeron este trabajo, todas sus sugerencias.

¹ En este sentido se pronuncia Alan Watson (*The Nature of Law*, Edinburgo,

forma en la que el proceso jurisdiccional termina una controversia es emitiendo una decisión dotada de autoridad.

No voy a discutir si este rasgo característico es una condición suficiente o necesaria para que un orden social sea considerado un orden jurídico. El único propósito que tengo al considerar esta característica del derecho es producir alguna luz en el funcionamiento del proceso primitivo y mostrar en qué grado la existencia de instituciones sociales de este tipo contribuyó a la construcción de la organización estatal en los primeros estadios de la civilización.

No existen mejores escenarios para apreciar la evolución del derecho y, en particular, la evolución de las instituciones judiciales, que la antigua Grecia y la antigua Roma. Básicamente me referiré al proceso jurisdiccional entre los griegos de los tiempos homéricos. Haré un estudio comparando este proceso con el derecho procesal romano de las *legis actiones*. Incidentalmente haré referencia a otros órdenes jurídicos primitivos (e.g. el derecho de Babilonia, de la India antigua, el derecho germánico).

Dos son los puntos que voy a defender: 1) el arbitraje privado y el proceso jurisdiccional no son dos estadios de un mismo proceso de evolución. Ambos se desarrollaron como fenómenos paralelos, pero básicamente diferentes. 2) El proceso gradual de evolución hacia el proceso jurisdiccional refleja la tendencia en toda comunidad a establecer un monopolio del uso de la fuerza. Previo al estadio de la ejecución de las decisiones por autoridades centralizadas, alcanzado únicamente en los tiempos históricos, existe un estadio de control sobre la defensa privada mantenido por ciertas autoridades que intervienen para conservar la paz de la comunidad. Estas autoridades mantenían la paz ordenando a los hombres desistir del uso privado de la fuerza *hasta que los méritos del caso fueran considerados*. Este estadio es típico de las ciudades homéricas antes de que las comunidades griegas se consolidaran como verdaderos Estados.²

Edinburgh University Press, 1977, *Prefacio*). Este autor señala que la presencia del proceso jurisdiccional es la única condición necesaria del derecho. Los juristas y los científicos sociales reconocen también la existencia de otros rasgos característicos del derecho, *inter alia*; un conjunto de estándares (principios y reglas) que construyen a los individuos a hacer o dejar de hacer algo. No discutiré cuál de esas características prevalece.

² Entendiendo por Estado aquellas organizaciones políticas que han alcanzado cierto grado de centralización institucional únicamente.

2. La opinión tradicional

Estudios de la historia del proceso generalmente sostienen que la administración de justicia se originó en el viejo hábito de resolver disputas entre los individuos por el voluntario abandono del uso privado de la fuerza y el sometimiento al arbitraje.³

Se cree que los litigantes fueron forzados por la costumbre y por el creciente poder de los gobernantes a abstenerse de pelear y buscar una decisión de la autoridad establecida. Los gobernantes, en virtud de su preponderancia social y de su atractivo personal estaban predestinados, según esta opinión, a actuar como árbitros. En esta forma explica MacDowell el papel de los βασιλεῖς; de los tiempos de Homero y de Hesíodo.⁴ Una vez que el Estado se consolidó, la función arbitral de los gobernantes evolucionó y se convirtió en una institución jurídica, i.e., la jurisdicción, la cual habría de pasar a los magistrados de la πόλις y, más tarde, a los tribunales populares.

Esta concepción tradicional se basa, en primer lugar, en el hecho de que el reconocimiento de la fuerza obligatoria de las decisiones judiciales parece haberse alcanzado en un estadio comparativamente tardío; en segundo lugar, en el importante papel que desempeñó el arbitraje en todas las épocas de la antigua Grecia.⁵ Por último, esta concepción cree encontrar en la historia jurídica romana fundamento a sus afirmaciones. Moritz Wlassak, por ejemplo, veía el proceso romano esencialmente como una sumisión voluntaria de las partes al arbitraje.⁶ Esta es la opinión de Buckland y MacNair.⁷ La misma idea ha sido propuesta para explicar las instituciones de otros sistemas jurídicos antiguos, e.g., el de Egipto, el de Babilonia, así como para explicar el derecho germánico.⁸

³ Cfr. Calhoun, George Miller, *Introduction to Greek Legal Science*, Aalen, Scientia, 1977 (reimpresión de la edición de Oxford de 1944), p. 9.

⁴ MacDowell, Douglas M., *The Law in Classical Athens*, Londres, Thames and Hudson, 1978, pp. 13-16.

⁵ Cfr. Calhoun, George Miller, *Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 16.

⁶ Wlassak, Moritz, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Viena, Holder, 1921, p. 197, n. 4, citado por Jolowicz, H. F., *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, cit., p. 177.

⁷ Buckland, W. W. y McNair, Arnold, *Roman Law and Common Law* (ed. por Lawson, F. H.), Cambridge, Cambridge University Press, 1974, p. 400.

⁸ Pollock, Frederick, "Introduction and Notes", en Maine, Henry Summer, *Ancient Law*, Pollock, F. (ed.), Londres, John Murray, 1927, p. 24; Vinogradoff, Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence I. Introduction, Tribal Law*, Nueva York, AMS Press Inc., 1971 (reimpresión de la edición de Oxford de 1920), pp. 350-351;

Dentro de este orden de ideas el profesor W. J. Jones sostiene que la evolución que va desde la venganza de la sangre a la jurisdicción obligatoria, pasó por tres etapas: arbitraje voluntario, arbitraje obligatorio y, finalmente, jurisdicción obligatoria.⁹ Por su parte sir Paul Vinogradoff dice que la transición de un estadio a otro —desde el combate lícito al arbitraje y, en última instancia, hasta la instalación de una completa autoridad jurisdiccional— fue gradual.¹⁰

3. *Las paradojas y el rechazo de la tesis tradicional*

No obstante estos argumentos ampliamente aceptados, esta gradual transformación del arbitraje en proceso jurisdiccional sustanciado ante jueces investidos de poder público, es muy difícil de aceptar.

En efecto, la imagen de un proceso gradual de evolución del control, paralelamente con la transformación del arbitraje en proceso jurisdiccional, da una explicación equívoca y más bien idílica del problema. En el rechazo de esta tesis que llamo 'idílica' vamos a seguir de cerca las explicaciones del profesor Hans Julius Wolff, quien, entre otras cosas, señala que sería prácticamente contrario a la naturaleza humana suponer que la fuerza de la costumbre y la opinión pública solas, pudieran eliminar el uso de la fuerza privada e inducir a los individuos a buscar arbitrajes privados y a someterse a los laudos.¹¹ En particular parece contrario a la naturaleza humana suponer que el relativamente fuerte hubiera aceptado de inmediato ser colocado, mediante un proceso jurisdiccional, en el mismo nivel que el individuo relativamente débil.¹²

La evidencia histórica sobre el origen del proceso ofrece material para una hipótesis diferente, la cual constituye el indispensable punto

Driver, G. R., y Miles, John, C., *The Babylonian Laws I. Legal Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1956, pp. 500-502.

⁹ Jones, John Walter, *The Law and Legal Theory of the Greeks. An Introduction*, Aalen, Scientia, 1977 (reimpresión de la edición de Oxford University Press de 1956), p. 257.

¹⁰ Vinogradoff, Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence I. Introduction, Tribal Law*, cit., p. 351. En este sentido Zulueta, F. de, *The Institutes of Gaius II. Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1975, p. 227. La tradición romana es consistente con esta tesis: "... omniaque manu a regibus gubernabantur" (D. 1, 2, 2, 1; cfr. También D. 1, 2, 2, 14, in fine).

¹¹ Wolff, Hans Julius, "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", en *Traditio. Studies in Ancient and Medieval History. Thought and Religion*, vol. IV, Nueva York, 1946, pp. 32-33.

¹² Cfr. Kelly, J. M., *Roman Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 1966, p. 3.

de partida de este excursus. Desde la aparición del primer volumen del *Geist des römischen Rechts* de Rudolf von Ihering, los estudios sobre el origen del proceso jurisdiccional dieron lugar a otro tipo de teorías que constituyen lo que llamo 'la tesis imperativa del origen jurisdiccional'. De acuerdo con este tipo de teorías, el proceso jurisdiccional es resultado de la imposición (coactiva) de límites, por parte del Estado, al régimen de la justicia privada, único medio conocido en los tiempos primitivos. A este respecto Ihering dice:

El primer movimiento del sentimiento del derecho lesionado consiste, inevitablemente, en una violenta reacción contra la injusticia causada: la defensa privada y la venganza. Es ahí, en esta especie de justicia salvaje... donde todo derecho encuentra su origen. El derecho... no nace sino hasta que el Estado ha dominado esas explosiones de sentimiento jurídico... y creado órganos encargados de aplicar el derecho. El origen del derecho no data... sino de la época de la creación de las funciones judiciales: el orden jurídico y la administración de justicia por el Estado son, así, nociones sinónimas.¹³

"Las controversias y las disputas son —señala MacDowell— tan viejas como el género humano, o más". Más adelante señala: "el más primitivo método de resolución de disputas es que uno de los disputantes se imponga al otro por fuerza o intimidación".¹⁴

A este respecto el profesor Leopold Wenger en sus *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts* señala:

Siempre y donde sea, es muy natural que una persona, en caso de ilimitada pasión, consiga por sí mismo y para sí un derecho que tiene,

¹³ Ihering, Rudolph, von, *L'Esprit du droit romain (Geist des römischen Rechts)*, cit., t. I, pp. 119-120 (las cursivas son mías). En contra de esta tesis y particularmente contra la postura de Ihering y de Luzzato (*Procedura Civile romana*), véase Lévy-Bruhl, H., *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, París, Sirey, 1934, pp. 9 y ss.; del mismo Henri Lévy-Bruhl: *Recherches sur les actions de la loi*, París, Sirey, 1960, pp. 6 y ss.

¹⁴ MacDowell, D. M., *The Law of Classical Athens*, cit., p. 10. La forma primitiva del proceso penal, en todo caso entre los senitas, fue la venganza de la sangre (*Blood-feud*). Desde muy temprano tuvo sus propias reglas y fue gradualmente más y más limitado a medida que el gobierno central se fortalecía y aparecía el sentimiento de que era perjudicial para el bienestar de la comunidad. El Estado gradualmente impuso la composición y redujo el gusto por la venganza. Este proceso de limitación por parte del Estado fue extendiéndose lentamente; la parte afectada era sólo autorizada a llevar a cabo por sí misma la ejecución, pero bajo la supervisión de cierta autoridad, en algunas ocasiones únicamente se le permitía estar presente. (Cfr. Driver, G. R., y Miles, J. G. *The Babylonian Law of Civil Procedure*, trad. por Fisk, O.H., Nueva York, Veritas Press, 1940, p. 8.)

si otro se lo niega. La autodefensa, ya sea del individuo, el cual se siente suficientemente fuerte, o del grupo de parientes, el que se encuentra a su disposición con sus fuertes brazos y confiables armas, es el medio más cercano tanto para protegerse de un ataque, como para efectuar una reclamación.¹⁵

Ahora bien, cabe preguntar: ¿van los hombres a someterse voluntariamente a un arbitraje pacífico? ¿Cómo se va a calmar este instinto natural de venganza (agresión profundamente enraizado en el alma humana).

Provocar el comportamiento humano no es tarea fácil. Este es resultado de numerosos motivos tan persistentes, que es muy difícil suprimir o, incluso, atenuar su función motivadora. Para hacer que ciertos individuos se comporten de conformidad con el deseo o voluntad de otro es necesario que disponga de elementos enormemente persuasivos que permitan alterar el cuadro de las motivaciones de aquéllos.¹⁶ Sobre este particular Kelsen observa: "En lo que a la organización de grupos se refiere, esencialmente sólo un método de provocación de conductas socialmente deseadas ha sido tomado en cuenta: la amenaza y la aplicación de un mal en caso de conducta contraria —la técnica del castigo".¹⁷

Que la técnica del castigo haya tenido una importancia mayúscula en la historia institucional se revela, más que nada, por el hecho de que la técnica social más importante: el derecho, se sirve de este mecanismo de motivación.¹⁸

¹⁵ *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, trad. por O. H. Fisk, Nueva York, Veritas Press, 1940, p. 8.

¹⁶ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, cit., p. 68. Para una más amplia explicación de estos problemas véase Tamayo y Salmorán, Rolando, "El uso de la violencia en el orden jurídico", *Comportamiento y violencia. Más allá de Lorenz y de Skinner*, Genovés, S., y Passy, J.F. (eds.), México, Editorial Diana, 1976, pp. 69-84. Este artículo es un resumen de mi trabajo *The Uses of Violence and the Legal Orders*, comunicación presentada al 34th Annual Meeting of the Society for Applied Anthropology, Amsterdam, 19-22 de marzo, 1975. En cuanto al uso de la violencia en el ámbito del derecho internacional puede verse Tamayo y Salmorán, R., *War. Its Causes and Correlates*, Nettleship, M.A., Givens, R.D., Nettleship, A. (eds.), Mouton Publishers, La Haya, 1975, pp. 713-724. En relación con la coacción y las características del Estado, puede verse Tamayo y Salmorán, R., "The State as a Problem of Jurisprudence", cit., pp. 387-407.

¹⁷ Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, cit., p. 18; cfr. *idem*, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 21.

¹⁸ Kelsen, H., *The Pure Theory of Law*, cit., p. 30; cfr. *idem*, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 31; cfr. *idem*, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 44.

Según la tesis idílica los hombres se sometieron voluntariamente al arbitraje, abandonando el recurso a la violencia. Sin embargo, si tal éxito fue efectivamente logrado ¿por qué tenía el Estado que haberse molestado en poner su autoridad detrás de un sistema de arbitraje en funcionamiento? Si el establecimiento de una administración de justicia de carácter pública hubiera sido hecha para hacer obligatorio el arbitraje y otorgar fuerza obligatoria a las decisiones arbitrales, la autodefensa habría desaparecido tan pronto como el Estado hubiera hecho del arbitraje un asunto público. Sin embargo, no sólo la autodefensa persistió en todos lados, en los tiempos históricos, sino que el propio arbitraje continuó siendo ampliamente usado al lado de la jurisdicción obligatoria. De esta forma, como señala Hans Julius Wolff, el origen y desarrollo de la composición de litigios ante tribunales investidos de poder público es todavía una pregunta pendiente.¹⁹

El propósito de este trabajo es, por tanto, esclarecer cómo fue que el poder público sometió el libre recurso de los individuos al uso de la fuerza en la composición de litigios y qué efectos produjo en la comunidad el establecimiento de dicho control.

4. *Iliada XVIII 497-593 y las controversias judiciales primitivas*

a) *El problema*

Los griegos de los siglos v y vi a. de J.C. alcanzaron una muy desarrollada organización judicial, así como instituciones procesales muy elaboradas. Conjuntamente representan uno de sus más grandes logros en cuanto a la organización de la sociedad. Para apreciar lo que los griegos de los tiempos históricos hicieron en el mejoramiento de la maquinaria judicial de la ciudad-Estado, necesitamos saber qué métodos de composición de litigios estaban ya en uso antes de que las comunidades griegas se consolidaran como Estados.

El más antiguo registro de un proceso jurisdiccional en la antigua Grecia es el que el dios Hefesto grabó en el escudo de Aquiles:

Λαοὶ δ' εἰν ἀγορῇ ἔσαν ἄθροοι· ἔνθα δὲ νείκος
ὤρωρει, δύο δ' ἄνδρες ἐνέικον εἵνεκα ποινῆς
ἀνδρὸς ἀποφθιμένου ὃ μὲν εἵχετο πάντ' ἀποδοῦναι,

¹⁹ "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", *cit.*, p. 33.

500. δῆμψ πιφαύσκων, ὃ δ' ἀναίνετο μηδὲν ἐλέσθαι·
 ἄμφω δ' ἔϊστον ἐπὶ ἱστορι πείραρ ἐλέσθαι.
 λαοὶ δ' ἄπφοτέροισιν ἐπήνουν, ἄπφισ ἀρωγοὶ·
 κήρυκες δ' ἄρα λαδν ἐρήνουν· οἱ δὲ γέροντες
 εἴατ' ἐπὶ ξεστοῖσι λίθοις ἱερῶ ἐνὶ κύκλῳ,
 505. σκῆπτρα δὲ κηρύκων ἐν χερσ' ἔχον ἡεροφώνων·
 τοῖσιν ἔπειτ' ἤισσον, ἀμοιβηδὶς δὲ δικάζον,
 κείτο δ' ἄρ' ἐν μέσσοισι δῶ χρυσοῖο τάλαντα,
 τῷ δόμεν ὅς μετὰ τοῖσι δίκην ἴθύντατα εἴποι.

La gente estaba reunida en el lugar de asamblea. Aquí, una disputa había surgido y dos hombres disputaban sobre el precio de un hombre asesinado; uno, afirmaba haber pagado todo, exponiendo su caso al pueblo; mientras que el otro negaba haber recibido algún pago y ambos estaban dispuestos a obtener una resolución de manos de un componedor (*ἱστωρ*). La gente aclamaba a ambos, tomando partido de uno u otro lado y los heraldos estaban conteniéndoles atrás. Los viejos se encontraban sentados en asientos de piedra en solemne círculo y tenían en sus manos los bastones de los heraldos de fuerte voz. Entonces ellos se levantaban y pronunciaban su juicio, uno por uno. En el centro se encontraban dos talentos de oro para darlos a aquel de entre ellos, que pronunciara la decisión más justa.²⁰

El pasaje describe un genuino proceso jurisdiccional de carácter primitivo. De hecho, la escena introducida por Homero se sitúa al inicio de la historia del proceso. El análisis de este testimonio me permitirá determinar algunos rasgos relevantes del primitivo proceso jurisdiccional y describir los pasos de su inmediata evolución.

Analizaré el texto homérico con la ayuda de la historia jurídica comparada, *i.e.* en confrontación con instituciones similares de otros sistemas jurídicos. Sobre este particular es mi opinión que si la variedad de costumbres y de legislaciones permite pensar en la existencia de diferentes sistemas, la historia jurídica comparada nos señala el hecho de que aunque el derecho puede ser infinito en sus variaciones, sus temas son reducidos en número. No obstante la disimilitud de costumbres, de decisiones judiciales y de legislaciones, todos los sistemas jurídicos

²⁰ La traducción de este pasaje está tomada de la versión inglesa del profesor George Miller Calhoun (*Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 76). Se confrontó con las versiones de A. Lang, W., Leaf, y E. Myers (*The Iliad of Homer*, Londres, 1903), de S. Butler (*The Iliad*, Londres, Johnathan Cape Limited, y la de A.T. Murray, *The Iliad*, Harvard University Press, 1971, The Loeb Classical Library núm. 171, pp. 324-327).

realizan la misma tarea en un limitado número de maneras; todos realizan las mismas funciones sociales.

La cuestión planteada por el poeta se refiere a la satisfacción o no satisfacción de un pacto sobre el derecho de venganza (por homicidio).²¹ Las partes acordaron obtener una composición de manos de un ἵστωρ. La palabra ἵστωρ significa 'experto', el que sabe.²²

El texto homérico crea cierto grado de perplejidad. Por un lado, el poeta menciona, dos veces (503, 505), que ciertos funcionarios, i.e. los heraldos (χῆρυκες), intervenían en el procedimiento. Por otro lado se nos dice que los viejos (γῆροντες) eran aquellos que efectivamente se pronunciaban sobre la cuestión, uno por uno (506). Inmediatamente surge un problema. Si los heraldos no son los que deciden ¿qué tipo de función realizan en el proceso? ¿Por qué hay dos diferentes tipos de autoridades? ¿Cuál es la relación entre los heraldos y los γῆροντες?

b) El procedimiento de las legis acciones

Una mirada al procedimiento de las *legis acciones* de los primeros romanos dará cierta luz sobre el papel que realizan los personajes mencionados en el texto. Estamos acostumbrados al hecho de que el proceso se desenvuelve, desde el principio hasta el final, ante un tribunal, siguiendo una misma secuela de procedimientos. En el procedimiento de las *legis acciones* encontramos en el mismo litigio dos diferentes autoridades en funciones judiciales. Esta bipartición del proceso romano es normalmente señalada como una característica peculiar (característica que, como más adelante veremos, es compartida por otros sistemas jurídicos antiguos). Sin embargo, esta característica del procedimiento de las *legis acciones* es la que, de cualquier forma, llama más la atención.

El procedimiento se divide en dos fases de acción; se desenvuelve

²¹ Cfr. Wolff, Hans, Julius, "The Origin of Judicial Litigation. Among the Greeks", *cit.*, p. 57; MacDowell, D. M., *The Law of Classical*, *cit.*, p. 19.

²² Cfr. Bonner, R. J. y Smith, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, Chicago, 1930-1938, t. I, p. 35 n: MacDowell, D. M., *The Law of Classical Athens*, *cit.*, p. 13. Algunos estudiosos como Pollock ("Introduction and Notes", *cit.*, p. 064) ve en el (ἵστωρ) al funcionario que convoca y preside el consejo de γῆροντες —aunque la decisión tiene que ser de éstos—. Para otros, como R. J. Bonner y G. Smith (*The Administration of Justice, from Homer to Aristotle*, *cit.*, t. I, p. 41), Hans Julius, Wolff (*The Origin of Judicial Litigation. Among the Greeks*, *cit.*, pp. 40-41) o bien, Douglas M. MacDowell (*The Law of Classical Athens*, *cit.*, pp. 20-21), consideran, según el verso 508, que el ἵστωρ es el γέρον cuyo juicio es considerado el mejor por el pueblo. Varias consideraciones favorecen esta interpretación.

ante diferentes autoridades —el *iudex* es un particular, en función de autoridad—, en diferentes lugares,²³ en diferente tiempo.²⁴ Esta división data de antigua fecha.²⁵ Como es de costumbre, la reforma es atribuida a Servio Tulio.²⁶ Como he señalado, el procedimiento de las *legis actiones* se caracterizaba por una manifiesta división en dos etapas. La primera, *in iure*, tenía lugar ante un magistrado (al principio, el *rex*; luego, el *consul*; después, el *praetor*) bajo cuya supervisión se sustentaban todos los preliminares. En la segunda etapa, *apud iudicem*, la controversia se decidía. De esta forma, el procedimiento romano era un drama en dos actos. El acto primero tenía lugar ante el magistrado; su objeto era determinar la cuestión y nombrar un *iudex* que conociera del problema y lo decidiera. El acto segundo tenía lugar, justamente, ante el *iudex*.²⁷ En la fase *in iure* se llevaban a cabo ante el *praetor* solemnes ceremonias, claramente descritas por Gayo,²⁸ las cuales terminaban hasta que un *iudex* era designado.²⁹

Tales ceremonias constituían el prefacio necesario del antiguo proceso romano. Es, ciertamente, la dramatización del verdadero origen de la administración de justicia: el combate, la autodefensa: "En la primitiva administración de justicia los procedimientos eran una ceñida imitación de la serie de actos que con toda probabilidad habrían de reali-

²³ Al principio el *rex*, luego el *consul*, luego el *praetor*; todos oficiaban, desde los primeros tiempos, en el *comitium* —el lugar en el *forum* de Roma, donde tenía lugar la asamblea curial—. Ahí, para su participación en el proceso, estaba colocada *pro tribunali*, i.e., sobre una plataforma elevada, la *sella curulis*; sentados en la cual despachaban los asuntos de su cargo, conjuntamente con las partes, las cuales se mantenían de pie ante ellos. El procedimiento ante el *iudex* se realizaba *in comitio aut in foro* (cfr. Wenger, L., *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, cit., p. 76).

²⁴ Cfr. Wenger, L., *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, cit., pp. 23-24.

²⁵ El procedimiento de las *legis actiones* es, de acuerdo con la tradición, de muy antigua fecha: "Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas sollemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones" (D. 1, 2, 2, 6). Cfr. Cicerón, *De Rep.* 5, 2, 3.

²⁶ Cfr. Girard, P. F., *Histoire de l'organisation judiciaire des romains I. Les six premiers siècles de Rome*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, Arthur Rousseau, Editeur, 1910 (únicamente se publicó el primer tomo), p. 4, n. 1. En otra parte de su trabajo el profesor Paul Girard señala que el advenimiento de la República produjo la distinción entre *ius* y *iudicium* (p. ix). Véase Zulueta, F. de, *The Institutes of Gaius*, cit., p. 227, n. 4; Wegner, L., *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, cit., p. 24.

²⁷ Cfr. Zulueta, F. de, *The Institutes of Gaius*, cit., p. 223.

²⁸ 4, 13-20.

²⁹ Gayo, 4, 15.

zarse en la vida privada por personas que disputaran, pero que, inmediatamente, veían que su contienda era calmada".³⁰

Dos hombres armados disputaban sobre algo. El *praetor* se interponía y paraba el combate. Los combatientes rendían sus armas y participaban en un combate mistificado, al final del cual una decisión habría de ser pronunciada por un *iudex*.

Si el Estado prohíbe la autodefensa a aquel cuya vida y propiedad han sido amenazadas ofreciéndole el respaldo de la comunidad, tiene que hacerle saber, antes que nada, a qué persona debe dirigirse para sustanciar su reclamación. Asimismo, es necesario establecer la forma por la cual el individuo puede instrumentar su pretensión en forma de procedimientos regulados por el Estado.³¹

En el camino hacia la consolidación, los primeros Estados estaban en posibilidad de reservar para sí, y no habrían de permitir que se les privara de ello, el control sobre el uso de la fuerza en la resolución de controversias.

El magistrado disponía del *dare iudicem*, en tanto investía jueces; del *iudicare ubere*, la facultad de emitir el mandato de juzgar (en el verso 505 los γίγοντες sostienen los bastones que los heraldos habían puesto en sus manos), y, finalmente, la supervisión de la secuela del procedimiento *apud iudicem*.³²

c) Propósito del procedimiento preliminar

Una vez que termina el uso privado de la fuerza, los *adversarii* se someten a una ceremonia pública ritualizada, en la cual la función de la autoridad (rey o magistrado) consiste en determinar el método que debe ser usado. El carácter público de la ceremonia refleja el marcado interés de la comunidad. Los procedimientos judiciales en Roma son fundamentalmente públicos.³³ En cuanto al objetivo de la etapa preliminar, una cosa es clara, el funcionario impedía cualquier intento de lucha armada y arreglaba y conducía el procedimiento. Él no pronunciaba la decisión; controlaba, en principio, la ilimitada autodefensa, aun-

³⁰ Maine, H. S., *Ancient Law*, Nueva York, E. P. Dutton and Co., 1977, Everman's Library. Reimpresión de la edición de 1917 de la misma colección —Londres, J. M. Dent & Sons Ltd.—, p. 220.

³¹ Cfr. Wenger, L., *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, cit., p. 16.

³² Cfr. Wenger, L., *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, cit., p. 27.

³³ ... *Subito omnes cum doudenis fascibus prodire. Centum viginti lictores forum impleverant... Iudicia domi conflabant, pronuntiabant in foro* (Tito Livio, 3, 36, 3-4 y 8. Cfr. *supra* nota 23).

que su control iba más allá de la mera interferencia. Esta función es congruente con la teoría de que el procedimiento romano, en su origen, tiene que ser entendido como una "recepción" de la autodefensa y su transformación en un ritual reglamentado por el derecho.³⁴

5. Los protagonistas y sus funciones

Regresemos ahora a *Iliada*, XVIII, 497-508 y examinemos la función de los protagonistas. La participación de una autoridad emergente resulta obvia de la mera mención de los heraldos (χρήνχες) en los versos 503 y 505. A lo largo de toda la historia griega los heraldos aparecen como servidores de la autoridad establecida. En los tiempos heroicos los heraldos tienen esta específica función: interferir y parar los combates.³⁵ μηκετι παῖδε φίλω πολεμίζετε μηδέ μαχεσθον: "No luches más... ni guerrees" dice al heraldo Ideaus, dirigiéndose a Aias Talemonio y a Héctor.³⁶

La tarea de los heraldos consistía en el mantenimiento del orden en la asamblea pública, impidiendo que la gente tomara partido. El verso 503 establece claramente que los heraldos mantenían el orden entre el público. No debemos esperar de esta asamblea primitiva la digna calma de un tribunal de los tiempos históricos.³⁷ La mención de los heraldos es prueba de la intervención del *imperium* de la autoridad gobernante en la preparación del proceso.

Los γέροντες eran ciertos respetados representantes de la comunidad, posiblemente, cabezas de clanes, i.e. φιλοβασιλέως,³⁸ los cuales habían sido investidos por la autoridad del poder de decisión. Los γέροντες sostenían los bastones que los heraldos habían puesto en sus manos: σκηπτρα δὲ κηρύκων 'εν χερσὶ ἔχον ἡεροφώνων. Con la designación de los "jueces" el procedimiento *in iure* terminaba.

Ciertamente el texto homérico no se refiere a un sólido y consolidado

³⁴ Luzzatto, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. 73, pp. 29 y ss., citado por Kelly, J. M. *Roman Litigation*, cit., p. 2.

³⁵ Cfr. *Il.*, VII, 274 y ss.

³⁶ *Il.*, VII, 279.

³⁷ El profesor H. J. Wolff compara la asamblea que refiere el texto homérico con la Ding o Ting germánica (cfr. "The Origin of Judicial Litigation. Among the Greeks", cit., p. 41), cfr. *infra*, nota 45.

³⁸ En los casos de homicidio que competían al πρωταεῖον, cuya competencia (conocer de homicidios cometidos por personas desconocidas, animal o cosa inanimada) hacía que el procedimiento fuera un mero ritual, reminiscencia de tiempos lejanos, el βασιλεύς, el cual preside todos los casos de homicidio, integra el tribunal con los cuatro φιλοβασιλέως.

sistema judicial. Sin embargo, no podemos interpretar el verso 501 como un sometimiento voluntario al arbitraje. Aunque de carácter primitivo, Homero describe un verdadero proceso jurisdiccional. Lo anterior se revela por cierta evidencia incuestionable: el carácter público de la ceremonia, la participación activa de la gente y la *πρωτεύα*, i.e. los talentos de oro mencionados en el verso 507.³⁹

En cuanto al carácter público del procedimiento, cabe señalar que éste se revela, primeramente, por el hecho de que se lleva a cabo en el lugar de reunión: *Λαοὶ δ' εἰν ἀγορῇ ἔσαν ἄθροοι*. Homero sitúa esta ceremonia en el lugar consagrado a la discusión y resolución de las cuestiones públicas propias de la *πόλις*. El *ἀγορά* es tan sagrada para los griegos, como lo era el *comitium* para los romanos.⁴⁰ MacDowell está en lo cierto cuando afirma que la razón por la que las decisiones eran pronunciadas en el *ἀγορά* era porque, precisamente, las decisiones tenían que estar de acuerdo con los sentimientos del pueblo ahí reunido.⁴¹ *Odisea*, XII, 349-440 sugiere que los *γέροντες* se reunían en el *ἀγορά* con mayor o menor regularidad para decidir controversias durante el curso del día.

Insistiendo en el carácter público del proceso, permítaseme consignar la opinión del profesor Levy-Bruhl. El proceso jurisdiccional —sostiene— implica la intervención del grupo social. Todo proceso expresa la opinión del grupo a través de la decisión judicial, que constituye su terminación normal. Es aquí —señala Levy-Bruhl— donde se marca la diferencia entre el proceso, propiamente dicho, y el arbitraje privado.⁴²

El público no era una masa de espectadores mudos. La gente se reunía para algo. Su necesaria participación se evidencia por el hecho de que las partes, durante sus alegatos, se dirigían al público, no a los *γέροντες*. Así dice el poeta en el verso 500. La presencia de la gente, como señala MacDowell, no es incidental, sino es un concomitante esencial del proceso en Homero.⁴³ Esto no es sino prueba de la función de control que ejercía la comunidad sobre el proceso.

Los *γέροντες* pronunciaban sus decisiones uno por uno (verso 506).

³⁹ Podemos decir con Sir Federich Pollock: "we are confronted with an ancient Greek blood-feud in an interesting stage of transition". Pollock, F., "Introduction and Notes", *cit.*, p. 406.

⁴⁰ La participación activa del pueblo en los procesos puede verse en *D. I*, 2, 2, 16 y 29 los cónsules no podían infligir la pena de muerte a un ciudadano romano sin la decisión del pueblo.

⁴¹ Cfr. MacDowell, D. M., *The Law in Classical Athens*, *cit.*, p. 18.

⁴² Cfr. Lévy-Bruhl, H., *Recherches sur les actions de la loi*, *cit.*, p. 5

⁴³ Cfr. MacDowell, D. M., *The Law in Classical Athens*, *cit.*, p. 17.

Pero ¿cuál era la decisión que prevalecía? Dos talentos de oro habrían de entregarse a aquel cuya decisión fuera estimada la más justa. ¿Quién va a determinar cuál es la decisión más justa? ¿Las partes? Inconcebible. ¿Los heraldos? Ellos no tienen poder para decidir disputas. La decisión final era tomada por el pueblo ahí reunido. Esta solución ha sido sugerida por sir Henry Summer Maine: los dos talentos de oro debían ser entregados a aquel cuya decisión fuera *most of the satisfaction of the audience* (de la completa satisfacción del público).⁴⁴ Frente a varias decisiones, pronunciadas ante el público, la decisión final era aquella que recibía la mayor aclamación.

Difícilmente se puede decir que el público tuviera una especial habilidad en materia de derecho. Sin embargo, lo que sí tenía era poder. Es difícil para un individuo desafiar la autoridad del órgano central emergente, pero lo es aún más desafiar a toda la comunidad.

Si la última decisión es pronunciada por el público, es fácil entender por qué las partes, al exponer sus argumentos, se dirigían a él y no a los *γέροντες*.

Instituciones muy similares del derecho germánico hacen menos singular la escena grabada en el escudo. El profesor Wolf menciona que las fuentes del derecho noruego —el más primitivo de los derechos germánicos— hacen referencia a un *sacramentum* entre jueces, el cual debía hacerse cuando sus decisiones diferían. La última decisión pertenecía al *Ding*.⁴⁵ Si las decisiones finales corresponden a la comunidad, entonces existe cierto grado de control público. (Este es el soporte fundamental de la autoridad central emergente.)

Los dos talentos de oro son contribución de las partes, una recompensa para los “jueces”. Aun si la *πρωτεύς* debía entregarse a los “jueces”, nada impide suponer que dicho “depósito” era un prerequisite del proceso. Quizás, como señala sir Frederick Pollock, era *a special fine for breaking the peace* ⁴⁶ (una multa especial por violar la paz).

En un estadio posterior de desarrollo del proceso es natural, sugiere Maine,⁴⁷ que la “recompensa”, en vez de adjudicarse a uno de los “jueces” por aclamación popular, debía ser pagada, ciertamente, a la comunidad. Es natural, por tanto, que en el procedimiento de las *legis actiones*, los *sacramenta*, en vez de ser adjudicados a uno de los jueces

⁴⁴ Maine, H. S., *Ancient Law*, cit., pp. 221-222.

⁴⁵ Wolff, H.J., “The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks”, cit., p. 42. gina 42.

⁴⁶ Pollock, F., “Introduction and Notes”, cit., p. 407.

⁴⁷ Maine, H. S., *Ancient Law*, cit., p. 222.

por aclamación, eran entregados a la *civitas*: "*nam qui victus erat summan sacramenti praestabat poenea nomine, eaque in publicum cedebat*".⁴⁸ Puede agregarse, en confirmación de esta opinión, que muchos estudiosos de los sistemas jurídicos primitivos de Europa han señalado que las multas aplicadas por los tribunales eran originalmente *sacramenta*.⁴⁹

La escena de la *Iliada* describe un rasgo característico del Estado en etapa embrionaria. Si el texto de Homero no describe un sistema judicial consolidado (propio de la ciudad-Estado), sí muestra que el control de la autoridad sobre el uso privado de la fuerza ha dado un paso decisivo: el individuo amenazado de un ataque inminente puede pedir la protección de la comunidad.

6. El recurso a la autoridad

El profesor Wolff llama nuestra atención sobre el hecho, aparentemente sorprendente, de que es el "demandado" el que se dirige primero al público.⁵⁰ El verso 499, precisamente, muestra, conjuntamente con otros datos, el estadio específico alcanzado en cuanto a la composición judicial de los litigios, así como sobre el control del uso de la fuerza en los tiempos homéricos. Del verso 499 se sigue que el procedimiento era instituido por iniciativa del "demandado". Esta interpretación, señala Wolff, recibe fuerte apoyo de una institución paralela prevista por las leyes de *Hammu-rabi*. Ahí, es también el "demandado" quien lleva el caso al tribunal, cuando no está dispuesto a someterse a la pretensión de su oponente de forma privada y sin intervención pública. Igualmente existe en el derecho babilonio evidencia documental de la aprehensión del deudor por parte del acreedor, forzando al deudor a someterse, o bien, a *pedir la intervención del tribunal*.⁵¹

De lo anteriormente expuesto se sigue que la escena del escudo se refiere a un estadio en el cual aquel que cree tener un derecho contra otro, no tiene otro medio para hacerlo efectivo que el uso de la fuerza; puede aprehenderlo o matarlo. Que un acto de autodefensa precede a los procedimientos judiciales que narra Homero, se sigue, sin lugar a dudas, de los versos 498-499. Aunque la exigencia de un derecho era

⁴⁸ Gayo, 4, 13, *in fine*.

⁴⁹ Cfr. Maine, H. S., *Ancient Law*, cit., p. 222.

⁵⁰ Cfr. Wolff, H. J., "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", cit., p. 44.

⁵¹ Cfr. Wolff, H. J., "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", cit., pp. 44-45.

aún garantizada por el uso de la fuerza, la comunidad había establecido una maquinaria "centralizada" para proteger al individuo, de modo que no fuera víctima de un uso ilícito de la fuerza.

Presumiblemente el "actor" no abandonaría su ventaja, garantizada por su acto de fuerza. En esta forma la oportunidad del "demandado" de recurrir a la *autoridad*, sería inútil si no estuviera respaldada por la fuerza pública impidiendo al "actor" llevar la ejecución a su fin. Esto supone una autoridad dotada del poder de intervenir en una ejecución privada ya en marcha. La existencia de una autoridad de este tipo es, como hemos apuntado, evidente; se sigue de la mención de los heraldos, cuya función consistía en asegurar la paz y el orden, de manera que el procedimiento judicial pudiera efectuarse sin llegar a una contienda general. En las leyes de *Hammu-rabi* esta función es realizada por el *redum* —el que arrastra malhechores⁵² y convoca testigos.⁵³ No hay nada que indique que sus funciones fueran otras que las de mantener el orden y convocar individuos al tribunal.⁵⁴

La función de la autoridad es clara: protege a un miembro de la comunidad amenazado de fuerza privada; interviene para suspender el uso de la fuerza; hace los arreglos para que la disputa sea resuelta por una decisión judicial y supervisa la asamblea ante la cual se lleva a cabo el procedimiento. Pero, como hemos indicado anteriormente, no interviene en la decisión. El procedimiento *in iure* —extendiendo el argumento del profesor J. F. Jolowicz— no tiene como finalidad pronunciar una decisión, sino, únicamente, señalar el *modus judicanti*.⁵⁵ Su finalidad, como es fácil observar, es el mantenimiento del orden en la comunidad: actúa en beneficio de la paz: en suma, pacifica la comunidad.

7. La seguridad colectiva

Estas observaciones son consistentes con la tesis de Kelsen sobre la instrumentación de la seguridad colectiva a través del derecho, la cual he comentado en otro lado.^{55a} Señala Kelsen que el desarrollo de

⁵² Cfr. *Cod. Ham.*, 18, 63, 109 y 33.

⁵³ Cfr. *Cod. Ham.*, 13-20.

⁵⁴ Cfr. Driver, G. R., y Miles, J. C., *The Babylonian Laws*, cit., p. 494, n. 2.

⁵⁵ Jolowicz, H.F., "Procedure *in iure* and *apud iudicem*", en Congreso Internazionale de Diritto Romano, II, Bolonia, 1934, Tipografia Successori, Flli Fusi, 1935, pp. 57-81.

^{55a} Cfr. Tamayo y Salmorán, R., *Sobre el sistema jurídico y su creación*, cit., pp. 72-76; *idem*, "War and Peace in International Law", cit., pp. 716-722; *idem*, "El uso

orden jurídico, desde sus orígenes primitivos hasta el estadio actual en los Estados modernos, muestra, en lo que al uso de la fuerza se refiere, una tendencia que es común a todos los órdenes jurídicos: la tendencia constante a limitar el uso de la fuerza a la ejecución de sanciones socialmente organizadas. En efecto, subraya Kelsen, existe la tendencia, que aumenta gradualmente, de prohibir el uso de la fuerza llevada a cabo por un individuo contra otro miembro de la comunidad.⁵⁶

Al determinar las condiciones bajo las cuales y los individuos por los cuales la fuerza puede ser usada, el orden jurídico de la comunidad establece un sistema de seguridad colectiva: protege a los individuos contra el uso ilícito de la fuerza por parte de otros individuos. Expresamente Kelsen señala:

Cuando esta protección ha alcanzado un cierto mínimo, hablamos de seguridad colectiva, puesto que la seguridad se encuentra garantizada por el orden jurídico en tanto orden social. Este mínimo de protección contra el uso de la fuerza física puede existir aun cuando el monopolio del uso de la fuerza se encuentre descentralizado, i.e. cuando la autodefensa aún prevalece. Es posible considerar tal estadio como el de más bajo grado de seguridad colectiva. Sin embargo, podemos hablar de seguridad colectiva en un sentido mucho más reducido: cuando el monopolio de la fuerza de la comunidad jurídica ha alcanzado un mínimo de centralización donde la autodefensa es, en principio, excluida. Esto acontece cuando, al menos, la decisión sobre la cuestión de si en un caso concreto ha tenido lugar una violación del derecho y de quién es responsable de ella, les es retirado a los sujetos que son partes inmediatas en el conflicto y trasladada a un órgano especializado: un tribunal independiente. Es decir cuando la cuestión de si el uso de la fuerza constituye un ilícito o bien un acto imputable a la comunidad, en el caso de una sanción, puede ser decidida objetivamente.⁵⁷

No estamos en posibilidad de determinar con precisión qué tanto la interferencia pública en los conflictos privados llegó a desarrollarse en los tiempos homéricos. Nada nos dice sobre si las actuaciones extrajudiciales se habían formalizado como en el caso de las leyes de *Hammu-*

de la violencia en el orden jurídico", cit., pp. 80-84; *idem*, "The State as a Problem of Jurisprudence", cit., pp. 387-407.

⁵⁶ Cfr. Kelsen, H., *The Pure Theory of Law*, cit., p. 36; *idem*, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 37; *idem*, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 49-50.

⁵⁷ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 38-39. Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 51-53.

rabi. Ciertamente, el estadio representado por el más antiguo procedimiento romano conocido, en que la autoridad interfiere desde la "acción" del "actor", forzándolo a llevar el caso a un tribunal,⁵⁸ aún no se había alcanzado. Funcionalmente, el procedimiento romano representa un sistema más avanzado que el babilonio. Sin embargo, no sabemos si fue precedido por un sistema análogo al babilonio o si se desarrolló en forma original cuando las autoridades públicas empezaron a interferir en el uso privado de la fuerza.

8. Análisis jurídico comparativo

a) El problema

Primitivo como hubiera podido ser, el proceso que refiere Homero permite observar que un individuo podía poner en marcha la "maquinaria" judicial mediante un llamado a la autoridad emergente. Sin lugar a dudas, del texto se sigue que el "demandado" se las arreglaba para encontrar refugio en la comunidad, la cual le garantizaba protección *hasta que la cuestión sobre el pago por el homicidio fuera decidida*. (En las leyes de *Hammu-rabi* el rey generalmente remite las cuestiones que han de ser juzgadas a un tribunal⁵⁹) Una vez decidida en favor del "actor", muy bien podemos imaginar al mismo reasumiendo su ataque, ahora perfectamente lícito. Esto ocurría bajo las leyes de *Hammu-rabi*. Drivers y Miles precisamente refieren que la ejecución en cualquier caso se dejaba a la parte agraviada, a sus parientes, o bien, a sus vecinos. Posiblemente era efectuada, como señala *Cod. Ham.*, 127, en presencia de los jueces, quienes, en esta forma, vigilaban que la sentencia pronunciada por ellos no fuera ejecutada en forma excesiva.⁶⁰

Cualquiera que haya podido ser el grado de evolución alcanzado por el derecho en el tiempo que refiere el texto homérico, el principio que subyace detrás del procedimiento es obvio: la autoridad pública actúa en beneficio de la paz. No tanto por ponerse a disposición de aquellos que buscan el arbitraje como solución pacífica de sus diferencias, sino prestando su protección a un miembro de la comunidad que es atacado, hasta que el derecho del agresor al uso de la fuerza sea públicamente establecido.⁶¹

⁵⁸ *XII tabulae*, I, 1-2.

⁵⁹ Cfr. Drivers, G. R., y J. C. Miles, *The Babylonian Laws*, cit., p. 490.

⁶⁰ Cfr. Driver, G. R., y J. C. Miles, *The Babylonian Laws*, cit., p. 494.

⁶¹ Esta tesis ha sido sugerida por el profesor Hans Julius Wolff (cfr. "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", cit., p. 47).

b) El juicio de Orestes

El derecho de la ciudad-Estado alcanzó un alto grado de desarrollo. Sin embargo, señala Hans Julius Wolff, algunas reminiscencias del procedimiento homérico aún persisten en el siglo v.⁶² Así, en el *Euménides* de Esquilo podemos observar ciertos rasgos ahora familiares. Permítasenos comentar los pasajes del *Euménides*, que, a nuestro juicio, son relevantes para nuestro trabajo.

Una venganza perpetrada por las Irinnas⁶³ en contra de Orestes tiene lugar. Orestes busca protección y se refugia en el templo de Palas Atenea, pidiéndole un juicio que lo libre de sus males: "Reina Atenea... acoge a este perseguido... Oh diosa, aquí me quedará y me someteré al resultado de mi juicio".⁶⁴ A la llegada de las Irinnas,⁶⁵ Orestes apremiantemente ruega a Palas que lo libre de su infortunio.⁶⁶ De lo anterior se desprende que es Orestes, el "demandado", el "deudor", quien reclama la intervención de Atenea —en su papel de reina o magistrada— para obtener un proceso que suspenda provisionalmente la "ejecución" de las Irinnas. Las Furias, por su parte, quieren proseguir con la "ejecución"; consideran que Orestes no tiene derecho a un proceso, sino que debe ser objeto de un acto de venganza.⁶⁷ Atenea, no obstante la

⁶² Cfr. Wolf, H. J., "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", *cit.*, p. 47.

⁶³ Esquilo nos cuenta del oficio de la Irinnas en los versos 299-396. Ellas mismas proclaman:

Aquellos que mantienen limpias sus manos, ninguna cólera de nosotros les asaltará y a salvo pasarán todos sus días. Pero aquellos que conocieron pecado [delito], como éste [Orestes] lo hizo, y esconden sus manos manchadas de sangre, compareceremos como rectas testigos del asesinato y, como vengadoras del derramamiento de sangre, actuamos contra él hasta el final (*Eum.*, 313-320).

...este es el oficio que la Moira (*Μοιρα*), que todo le determina, nos asignó tener a nosotras, de forma inalterable, cuando midió el hilo de nuestras vidas: que sobre aquellos mortales sobre los cuales haya caído el inexcusable homicidio de parientes, a ellos debemos seguir hasta que descendan bajo la tierra; y aún después de la muerte no tendrán más libertad (*Eum.*, 334-340).

Durante el procedimiento preliminar, al ser cuestionadas por Atenea sobre su oficio, las Irinnas responden: "nosotras arrojamus a los asesinos de hombres fuera de sus casas" (*Eum.*, 421).

⁶⁴ *Eum.*, 235-236, 241-243.

⁶⁵ Cfr. *Eum.*, 245 y ss.

⁶⁶ Cfr. *Eum.*, 299.

⁶⁷ Las Irinnas recitan en coro:

El [Orestes] pretende someterse a un proceso por su acto de violencia. Pero eso no puede ser...

pretensión de las Irinnas, atiende la petición de Orestes, le protege y comienza el procedimiento preliminar.⁶⁸ Palas hace saber que no le es lícito decidir un litigio⁶⁹ y manifiesta que enviará el caso a un tribunal:

ἐπεὶ δὲ πρᾶγμα δεῦρ' ἐπέσκηψεν τόδε
φόνον δικαστὰς ὀρκίους, αἶρουμεμένη
Θεσμον τον εἰς ἅπαντ' ἐγὼ Θήσω χρόνον

puesto que esta causa se me ha sometido, designaré jueces de homicidio y estableceré un tribunal que dure por siempre.⁷⁰

Una vez terminada la fase *in iure*, Atenea ordena: *χρήνυσε, χηρυξ, χαὶ στρατόν κατεύρατοῦ* "heraldo, da la señal y contén a la gente",⁷¹ iniciando con ello la segunda etapa del proceso, la fase *apud iudicem*. Esta se lleva a cabo bajo la supervisión de Atenea, en su papel de *βασιλεια*. Una vez que las partes y los testigos (el testigo Apolo) han sido oídos, Atenea declara "visto el proceso"⁷² y dirigiéndose a los *Ἀρειοπαγίται* dice:

κλύουσ' ἄν ἤδη Θεσμον...
ὀρθοῦσθαι δὲ χρὴ καὶ ψήφον αἶρειν
καὶ διάγνῶναι δικὴν αἰδουμένων
τὸν ὄρκον

jueces que conocen de esta causa... levántense de sus asientos, produzcan su voto y conforme a su juramento, pronuncien un justo veredicto (fallo).⁷³

No, tú estás obligado en pago a sufrir que chupemos los rojizos hilos de sangre de tus miembros...

Agotaremos tu fuerza y te arrastraremos vivo al mundo subterráneo ahí tú podrás pagar la recompensa por la agonía de tu madre asesinada (*Eum.*, pp. 260, 261, 261, 264-265 y 267-268).

⁶⁸ Cfr. *Eum.*, 397, 409-412.

⁶⁹ Cfr. *Eum.*, 471-472.

⁷⁰ *Eum.*, 482-484. Véase, también, versos 684-687. Cuenta Esquilo que ese tribunal habría de funcionar en una roca. En ese lugar las amazonas habían ofrecido sacrificios al dios Ares, por lo que la roca tomó el nombre de (*Ἄρειος πάγος*) *Areópago*. (Cfr. *Eum.*, 689-690.) De ahí que sus miembros fueran llamados (*Ἀρειοπαγίται*) *aeropagitas*.

⁷¹ *Eum.*, 566.

⁷² Cfr. *Eum.*, 674.

⁷³ *Eum.*, 681, 708-710. En la época de Esquilo la decisión de los jueces era final.

El proceso de Orestes muestra un parecido notable con el que aparece grabado en el escudo de Aquiles. A este respecto el profesor Wolff señala que nada es tomado de Homero y, sin embargo, la consonancia es absoluta. Esto lleva el dramático episodio de Esquilo más allá de la fantasía poética y permite considerarlo como evidencia indirecta de una costumbre que efectivamente existía en tiempos primitivos.⁷⁴

Todos estos argumentos contradicen seriamente la idea común que otorga al rey, *i.e.* βασιλεύς de los tiempos heroicos, además del liderazgo en cuestiones militares y asuntos religiosos, la función de resolver o arbitrar controversias privadas. Su función no consistía en resolver disputas, sino simplemente, en mantener la paz en la comunidad. En la escena representada en el escudo de Aquiles, son los γέροντες los que juzgan (en el *Euménides*, los Ἀρειοπαγίται). En esta forma podemos admitir que en la comunidad homérica, otras personas, diferentes al βασιλεύς son los que deciden las disputas.

c) La India antigua

Las fuentes del derecho hindú señalan que el rey designaba a sus jueces (Prāḍavivāka⁷⁵ o *Dhamikah*) y a asesores (*Sabhyās*), facultados para decidir toda cuestión litigiosa.⁷⁶ Los Smṛti, *i.e.* Manusmṛti (*Manu* VIII, 1-2) y los digestos en derecho Smṛti insisten en que el rey no puede dispensar justicia por sí solo, sino que debe hacerlo con la guía y ayuda de otros.⁷⁷ *Manu*, VIII, I, precisamente señala que el rey que quiera intervenir en litigios tiene que llegar al tribunal, *i.e.* *Dharmādhi-karana* acompañado de *Brhamanas* y consejeros expertos *i.e.* *Sabhyās*.⁷⁸

⁷⁴ Cfr. Wolff, H. J., "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", *cit.*, p. 47.

⁷⁵ "Un juez es denominado Prāḍavivāka o Prāḍivāka, porque Prād (*Prechati iti Prād*) significa el que interroga a las partes y a los testigos en una disputa y Vivāka (*Vivecayati yat tasmāt iti vivāka*) significa el que discute las cuestiones o analiza la verdad (Das, Sukla, *Crime and Punishment in Ancient India*, c. 300 A.D. to 1100 A.D., Nueva Delhi, Abhinav Publications, 1977, p. 100). Como el experto cirujano que tiene que extraer la espina de la herida, el Prāḍavivāka tiene que extraer la injusticia en el litigio mediante búsqueda e investigación. Baste decir que el término connota a la persona que examina y repregunta, investiga todo el caso y pronuncia una decisión (Sharan, Mahesh Kumar, *Court Procedure in Ancient India. On the Basis of Dharmaśāstra Literature*, Nueva Delhi, Abhinav Publications, 1978, p. 35).

⁷⁶ Cfr. Sharan, Mahesh Kumar, *Court Procedure in Ancient India*, *cit.*, pp. 17-18.

⁷⁷ Cfr. Sharan, Mahesh Kumar, *Court Procedure in India*, *cit.*, p. 19.

⁷⁸ Cfr. Sharan, Mahesh Kumar, *Court Procedure in Ancient India*, *cit.*, p. 24.

Al igual que *Manu VIII, 1-2*, *Nārada Smṛti I, 35*, establece que el rey tiene que conformarse con la opinión del juez (*Prāḍavivāka mate Sthitah*).⁷⁹ En el mismo lugar *Nārada Smṛti* establece:

De acuerdo con los libros de derecho [*Dharmasūtras* y *Dahrmasastras*]⁸⁰ y *adhiriéndose* a la opinión de su *Prāḍavivāka* [juez mayor], dejémosle (al rey) conocer de juicios en debido orden y gran cuidado.⁸¹

Con respecto a las funciones judiciales *Brhaspati Smṛti I, 4-10*, señala que los jueces, *Dhamikah* o *Sabhāsadas*, investigan los méritos del caso; *Prāḍavivāka* (el juez mayor) decide y el rey aplica los castigos. Otros funcionarios, los *Peruṣa*, los cuales se asemejan al *redūm* babilonio o a los heraldos griegos, convocan a las partes, a los testigos y a los asesores y mantienen a los acusados bajo custodia.⁸²

El proceso homérico no había evolucionado al grado de que las *acciones* sirvieran el interés de las partes. Su único propósito, menos idílico, era la protección del orden interno de la comunidad y el establecimiento de cierto grado de control público sobre la autodefensa que era, aún, el medio normal disponible para implantar una reclamación jurídica.

9. Persistencias y consecuencias

La intervención de la autoridad para interrumpir el combate hasta que éste fuera resuelto por una decisión judicial, marcó hondamente las

⁷⁹ De acuerdo con *Yājñavalkya II, 1*, el rey debe penetrar en el tribunal acompañado de escolásticos *Brāhmanas* y ministros con experiencia y decidir los casos de conformidad a las reglas del *Dharmaśāstra* (Das, Sukla. *Crime and Punishment in Ancient India*, cit., p. 98). "Kālidāsa hace clara la cuestión de que, aun si el rey era completamente erudito, él no podía decidir el caso por sí mismo, puesto que era injusto (*Mālavikāgnimitram*, I. *Srvañāsya pyekākine nirayābhyupagame desaya*). (*The Complete text of Kālidās Works*, S. C. Chakravarti, Calcuta, 1916, citado por Das, Sukla, *Crime and Punishment in Ancient India*, cit., pp. 98 y 129)].

⁸⁰ *Dharmasūtra*: Gautama, Baudhāyana, Ampastamba, Vāśiṣṭha (de 500 a 300 a.C.): *Dharmaśāstra*: Manu (200 a.C. a 100 d.C.), Visnu Yājñavalkya (ambos de 100 a antes de 300 d.C.), Nārada (de 100 a antes de 400 d.C.), *Brhaspati* (de 300 a antes de 500 d.C.) y *Kātyāyana* (de 400 a antes de 600 d.C.) (Cfr. Sharan, Mahes Kumar, *Court Procedure in Ancient India*, cit., p. 4).

⁸¹ Cfr. Sharan, Kumar, *Court Procedure in Ancient India*, cit., p. 19; Das, Kukla, *Crime and Punishment in Ancient India*, cit., p. 98.

⁸² Cfr. Sharan, Mahesh Kumar, *Court Procedure in Ancient India*, cit., pp. 15 y 19.

etapas sucesivas de la evolución del proceso y de la organización judicial: *una decisión judicial es necesaria para remover la barrera, levantada por el Estado, para proteger a aquellos que son amenazados o son víctimas del uso de la fuerza por parte de otros miembros de la comunidad*. Por otro lado, la división del proceso y de la organización judicial en una rama de la supervisión, ejecución, coerción, *i.e. in iure*, y una rama de la decisión, *i.e. apud iudicem*; así como las actuaciones preliminares y los procedimientos sumarios, encuentran su antecedente en un tipo de proceso como el descrito en el escudo de Aquiles.

Los reyes (homéricos, babilonios, hindúes) y los magistrados, así como los heraldos griegos, el *redūm* babilonio, el *peruša* indio y, muy particularmente, el *praetor* romano, participaban en la administración de justicia en su función de autoridades, de gobernantes, *no de jueces*. Ellos conducían el curso del procedimiento, recibiendo *acciones*, ejecutando decisiones y decidiendo únicamente cuestiones incidentales.

En los siglos v y iv a. de J.C., encontramos en Atenas un procedimiento preliminar: la *ἀνάκρισις*, el cual guarda un extraordinario parecido con el procedimiento romano *in iure*. En él se perciben aún los rasgos del procedimiento homérico. La *ἀνάκρισις* era un procedimiento sumario sustanciado ante el magistrado. Éste decidía si la acción era admisible. Sobre el particular, así como sobre otras cuestiones, el magistrado podía pronunciar decisiones incidentales (*e.g.* podía pedir la aclaración de la demanda). Finalmente, el magistrado turnaba el caso al tribunal que correspondiera y convocaba a sus integrantes.⁸³

10. Los interdictos del derecho romano

Ciertos rasgos del proceso homérico no desaparecieron con la consolidación de un sistema judicial. Por lo contrario, el procedimiento preliminar probó ser tan eficiente que llegó a ser el modelo de la protección interdictal. Si observamos con atención el funcionamiento de los *interdicta*,⁸⁴ podemos considerarlos como instrumentos para obtener la protección administrativa a través de rápidos procedimientos (como medidas de policía). El carácter administrativo (o gubernativo) del *inter-*

⁸³ Cfr. Jones, W. J., *The Law and Theory of the Greeks*, *cit.*, p. 299; Wolff, H. J., "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", *cit.*, pp. 67-68; Vinogradoff, P., *Outlines of Historical Jurisprudence*, II, *The Jurisprudence of the Greek City*, Oxford, Oxford University Press, 1922, p. 145.

⁸⁴ En ciertos *interdicta* el carácter administrativo parece determinante, como puede observarse en los *interdicta* para la protección del uso común de *flumina publica* (cfr. D. 43, 12, 1; 43, 14, 1).

dictum no desaparece cuando es usado para la protección del interés particular. Esto demuestra lo que es parte esencial de nuestro argumento: *el control sobre la autodefensa y el mantenimiento de la paz es condición previa para la solución jurisdiccional de las controversias*. El procedimiento interdictal data, por lo menos, del tiempo de las *legis actiones*.⁸⁵

El genio romano había de hacer de los *interdicta* uno de los medios más eficaces para la terminación de controversias. Con impresionante claridad Gayo señala: "*Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit... Et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet*."⁸⁶

El *interdictum* emanaba, observa Félix de Zulueta, de la alta facultad ejecutiva del *praetor* (como la *missio in possessionem*, la *restitutio in integro*, etcétera), no de su jurisdicción.⁸⁷ El magistrado que otorgaba el *interdictum* no era meramente un agente que aprobaba lo que las partes acordaban. Por detrás de un *interdictum* se encontraba, como dice Leopold Wenger, "un magistrado que mandaba".⁸⁸ De ahí que, en claro contraste con la *formula*, el *interdictum* se redactaba como un orden dirigida a las partes.

Ninguna institución procesal muestra con la claridad con la que el *interdictum* lo hace, que el control sobre la autodefensa por parte de la autoridad, es condición necesaria para la solución jurisdiccional de las controversias entre particulares. Los *interdicta*, sin embargo, no resuelven la controversia: "*Nec tamen, cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresue itur...*"⁸⁹ El objeto inmediato del *interdictum* es el mantenimiento de la paz pública y la protección del individuo que es víctima del uso de la fuerza. A este respecto es muy significativa la expresión "*vim fieri veto*",⁹⁰ en la fórmula de los *interdicta prohibitoria*.

Al mantener o restablecer la paz, el *interdictum* no resuelve la controversia ni prejuzga sobre los derechos de las partes. En el procedimiento interdictal la fase propiamente interdictal concluye con la decisión del *praetor* que niega o concede el *interdictum*. El *praetor* al conocer del interdicto abre una *causae cognitio* sumaria; acto seguido concede el *inter-*

⁸⁵ Cfr. Wenger, L., *Institute of the Roman Law of Civil Procedure*, cit., p. 246.

⁸⁶ Gayo, 4, 139.

⁸⁷ Cfr. Zulueta, F. de, *The Institute of Gaius*, cit., p. 288.

⁸⁸ Cfr. Wenger, L., *Institutes of Roman Law of Civil Procedure*, cit., p. 246.

⁸⁹ Gayo, 4, 141.

⁹⁰ *Uti eas eades, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto* (D. 43, 17, 1, pr.).

dictum dando por ciertos los hechos afirmados por el peticionario, sin examinar previamente si tal estado de cosas realmente existe. La orden es, por tanto, condicional.⁹¹

En muchos casos el *interdictum* pone fin a la controversia sin requerir de un procedimiento ulterior. Este procedimiento se hace necesario si la persona a la cual se dirige el *interdictum* no se conforma. Existen dos tipos de procedimientos para examinar si las condiciones requeridas por el *interdictum* se dan o no: el procedimiento *per sponsionem* y el procedimiento *per formula arbitraria*.⁹² En las *sponsiones* cada una de las partes prometía a la otra una suma de dinero si resultaba que lo que alegaba no era cierto. En caso de *interdicta restitutoria* o *exhibitoria* el afectado podía evitar esta *sponsio*, pidiendo la designación de un árbitro. El *praetor*, en tales casos, presentaba a las partes una *fórmula arbitraria*, haciendo que el peticionario del *interdictum* la aceptara o bien no esperara ninguna otra protección del derecho.⁹³

El *interdictum*, consecuentemente, no compone un litigio (aunque puede impedirlo). El *vim fieri veto* es un acto de *imperium* del *praetor* que testimonia el grado de control que la autoridad ha establecido sobre el uso privado de la fuerza (condición necesaria para la resolución judicial de controversias). El *praetor* al otorgar el *interdictum* no resuelve jurídicamente la controversia, ordena que se preserve la paz de la comunidad ofreciendo a las partes esta opción: *conformarse con los términos del interdictum o aceptar un proceso*.

El genio romano produjo un número impresionante de *interdicta*.⁹⁴

⁹¹ Véase, por ejemplo D. 13, 17, 1, pr. (*loc. cit.*). El carácter condicional (y provisional) del *interdictum* lo distingue de otras medidas gubernativas y de policía. Es necesario insistir que la descripción de los *interdicta* como órdenes administrativas, aunque, básicamente correcta, sería incompleta si no tiene presente su aspecto procesal. En primer lugar el *interdictum* no es una orden administrativa que dependa de la voluntad unilateral del magistrado. En este sentido no es, estrictamente, una medida discrecional de policía. El *interdictum* es promovido por un individuo que es (o cree que es) objeto de una interferencia ilícita en sus derechos, el interdicto supone, por tanto, una controversia entre particulares. De acuerdo con lo anterior resulta que el *interdictum* es un *recurso* que se interpone con objeto de suspender la autodefensa (*vim fieri veto*). Por lo demás, el *interdictum* es una medida provisional que deja la decisión final del conflicto a la sentencia judicial.

⁹² Cfr. Cayo 4, 141.

⁹³ Cfr. Cayo 4, 163.

⁹⁴ El profesor Adolf Berger enumera cincuenta y ocho tipos de *interdicta* (Berger, A., "Interdictum", *Realencyclopädie der Klassischen Altertumswissenschaft*, vol. 9, pp. 1630 y ss., citado por Wenger, L., *Institutes of the Roman Law of Civil procedure*, cit., p. 24, n. 48). El propio profesor Berger dedica 69 voces para re-

Sin embargo, es innegable que todos, en mayor o menor grado, eran instrumentos de control y vigilancia de la paz pública. Algunas veces servían predominantemente el orden público: protegían la *res divini iuris* y la *res publica* (e.g. control público sobre caminos y uso de aguas). Otros, protegían, preponderantemente, el interés privado, procurando que no asomara el uso de la fuerza en la resolución de controversias. Pero, como quiera que sea, los *interdicta* van más allá de los intereses privados en conflicto. A este respecto permítaseme decir, parafraseando al profesor Leopold Wenger, que los *interdicta* trascienden los limitados confines del interés privado; nos conducen a donde surge el Estado (la autoridad central) y presentan una imagen muy instructiva de la administración de las comunidades antiguas.⁹⁵

11. *Iliada XXIII y las Condiciones del Proceso*⁹⁶

En comparación con *Iliada XVIII*, 497-508, en que el poeta describe un proceso jurisdiccional, en el libro *XXIII*, una disputa es resuelta de manera diferente. Cuenta Homero que en ocasión de los funerales de Patroclo se llevó a cabo una carrera de carros. Terminada la carrera y viendo que Eumelo llegaba en último lugar, Aquiles, por compasión, decide otorgarle el premio del segundo lugar.⁹⁷ Antíloco, quien efectivamente llegara en segundo lugar, reclama el premio y apoderándose de él por un acto de autodefensa, manifiesta:

τὴν δ' ἐγὼ οὐ δώσω. περὶ δ' αἵτης πειρηθῆτω
ἀνδρῶν ὃς κ' ἐθέλῃσιν ἐμοὶ χεῖρεσσιν μάχεσθαι

"... la yegua no la entregaré; por ella dejemos a cualquier hombre que quiera, trate de luchar conmigo..."⁹⁸

Aquiles accede al reclamo de Antíloco y concede a Eumelo otro premio.⁹⁹ En ese momento Menelao interviene; reclama el premio (acu-

ferirse al tema de los *interdicta* (*Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, cit., pp. 507-512).

⁹⁵ Cfr. Wenger, L., *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, cit., p. 254.

⁹⁶ Sobre este particular seguiremos de cerca las explicaciones del profesor Hans Julius Wolff tal y como las expone en su célebre trabajo "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks" (cit., pp. 56-57 y 83).

⁹⁷ Cfr. II., XXIII, 532-538.

⁹⁸ II., XXIII, 553-554. Hemos traducido de la versión inglesa de Loeb Collection y cotejamos con la versión de A. Lang, W., Leaf y E., Nayers, *The Iliad of Homerus* (cit., p. 466).

⁹⁹ Cfr. II., XXIII, 558-562.

sando a Antíloco de haberle arrebatado la victoria tramposamente.¹⁰⁰ Menelao no acepta el desafío de Antíloco, pide a los líderes de los *argivos* que establezcan el derecho. Luego, cambiando de opinión, manifiesta su intención de establecer *él mismo* el derecho, proponiéndole a Antíloco un juramento.¹⁰¹ Antíloco admite su falta y entrega el premio a Menelao,¹⁰² terminando con ello la controversia.

Desde el punto de vista de la historia del proceso es importante resaltar, como lo hace Hans Julius Wolff, que la controversia se mantiene durante todo el tiempo dentro del marco de la autocomposición.¹⁰³ Antíloco se apodera del premio mediante un acto de justicia privada y no encuentra otra razón para dejar ir el premio que su derrota en combate, cuando el premio se convierta, justamente, en botín del vencedor. La controversia entre Antíloco y Menelao se resuelve sin combate. Pero, sin duda, éste se hubiera producido si Antíloco no hubiera aceptado prestar juramento. El conflicto no es resuelto mediante un proceso, sino por autocomposición.

En la composición del conflicto de la carrera de carros no existe indicio del rasgo más característico que encontramos en el proceso grabado en el escudo de Aquiles: *la existencia de una autoridad sobre ambas partes que pudiera intervenir e impedir el juicio de una lucha abierta, forzando a los combatientes a someter el conflicto a la decisión de un tercero imparcial*. Si en un momento Menelao pide la intervención de los líderes de los *argivos*,¹⁰⁴ no lo hace porque considere que éstos constituyen un órgano investido de facultades para resolver los litigios que puedan surgir entre los aqueos. La prueba de ello es que, inmediatamente, Menelao cambia de actitud y decide resolver *él mismo* el conflicto, invitando a Antíloco a una autocomposición pacífica.

A diferencia de lo que ocurre en el proceso del escudo de Aquiles, en el conflicto de la carrera de carros el público se mantiene inactivo —como si la paz interna de la comunidad no se hubiera roto—. Nadie, ni el mismo Agamenón, trata de intervenir y retirar el asunto de las manos de las partes. Por todo lo anterior se puede decir con el profesor Wolff, que la escena descrita en el escudo de Aquiles es un proceso jurisdiccional, los sucesos narrados en el *libro XXIII*, no lo son.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Cfr. *Il.*, XXIII, 566-570.

¹⁰¹ Cfr. *Il.*, XXIII, 570-585.

¹⁰² Cfr. *Il.*, XXIII, 586-597.

¹⁰³ Cfr. "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", *cit.*, p. 57.

¹⁰⁴ Cfr. *Il.*, XXIII, 573-574.

¹⁰⁵ Cfr. "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", *cit.*, p. 57.

Supongamos que Menelao no cambia de opinión y mantiene su petición de que sean los líderes de los *argivos* los que establezcan el derecho. Este simple hecho no suspende el acto de autodefensa de Antíloco, ni convierte en autoridad jurisdiccional a los líderes. Para ello hubiera sido necesario un *compromiso*, i.e. era menester la voluntad de Antíloco para primeramente abandonar la autodefensa y luego someterse al veredicto de un cuerpo de árbitros. Muy probablemente los líderes de los *argivos* hubieran podido arrancar el premio a Antíloco, poniéndose del lado de Menelao; pero eso no hace que el conflicto rebase el marco de la autodefensa.

Como puede observarse, las condiciones requeridas para un proceso como el grabado por Hefesto, son sustancialmente diferentes a las requeridas para la celebración de un arbitraje. El arbitraje es un fenómeno paralelo, pero distinto del proceso (como lo son también las formas autocompositivas). Ciertamente, el arbitraje puede presentarse y de hecho se presenta, ahí donde existe control sobre la autodefensa. Sin embargo, el campo más propicio para el arbitraje (así como para las formas de autocomposición) es ahí donde el proceso no puede darse: en una comunidad desprovista de una confiable "maquinaria" para la supresión de la autodefensa (como lo puede ser, por ejemplo, la comunidad internacional). Este hecho revela justamente, la inconsistencia del argumento que quiere ver en el arbitraje el antecedente necesario del proceso jurisdiccional. La tesis que establece una línea de evolución que va desde la mediación al arbitraje voluntario y, luego, hasta el proceso jurisdiccional, es fundamentalmente errónea. Fue el control de la autoridad emergente el elemento decisivo en el creciente control sobre la autodefensa.

12. *Epílogo*

Una de las principales conclusiones¹⁰⁶ de este *excursus* es que el proceso aparece no por la gradual transformación del arbitraje voluntario: aparece gracias a la sustitución de la autodefensa ilimitada por el control de la autoridad sobre la autodefensa. El control sobre el uso privado de la fuerza fue logrado, desde los tiempos homéricos, cuando la organización política había apenas alcanzado el estado del *early state*, i.e. la más temprana y verdaderamente primaria forma del Estado.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Prácticamente habremos de concluir en la forma en que lo hace Hans Julius Wolff (Cfr. "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", *cit.*, pp. 82, 84-85).

¹⁰⁷ Khazanov, Anatolii, M., "Some Theoretical Problems of the Study of Early

Diffícilmente puede dudarse de que la idea de separar la facultad de juzgar (de los jueces, por ejemplo) del oficio policiaco del magistrado gobernante fue alcanzada desde temprana época, i.e. en el tiempo en que se describe el proceso homérico.

Una vez que la maquinaria para la supervisión de la autodefensa fue inventada y efectivamente puesta en movimiento, fue abierto el camino que conduce a un ordenado sistema jurídico y a un proceso jurisdiccional. Fue posible abolir el principio de la venganza privada y construir, determinando el dominio de la responsabilidad, el derecho de las obligaciones. El creciente poder del Estado trajo consigo la prohibición de la autodefensa en el inicio del proceso y restringió el uso de la fuerza sólo a la ejecución de sanciones.

Eventualmente el Estado podía encargarse de la ejecución de las decisiones judiciales. En el principio el control consistía en disuadir a aquellos que de otra manera hubieran cometido actos de fuerza puesto que el peligro de quedar sin protección de la autoridad, hacía que estuvieran más dispuestos a dirimir sus controversias pacíficamente bajo el control de la autoridad central.

En el curso de la exposición he podido comparar, en diferentes ocasiones, el derecho procesal de la Grecia arcaica con otros sistemas ju-

States", *The Early State*, Claessen, H. J. M., y Skalnik, P. (eds.), La Haya, Mouton Publishers, 1978, pp. 77.

En el mismo lugar el profesor soviético señala que el *early State* es el inmediato sucesor de la "desintegración de la sociedad primitiva". Los *early states* —continúa Khazanov— marcaron un nuevo estadio en el desarrollo histórico del género humano y constituyeron el primer eslabón en la larga o corta cadena de la continuidad estatal. Las tendencias básicas asociadas al desarrollo de los *early states* fueron el esfuerzo por descartar su herencia primitiva, en cuanto a la estructura social y política, y reforzar su estructura gubernamental (cfr. Khazanov, Anatolii, "Some Theoretical Problems of the Study of Early States", *cit.*, p. 788).

Sobre la posición del profesor Khazanov puede consultarse Tamayo y Salmorán, R., "El estudio de la formación del Estado según Anatolii M. Khazanov", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XII, núm. 35, mayo-agosto de 1979. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 497-512. Sobre el tema del *early state* puede consultarse *The Early State*, obra editada por H. J. M. Claessen y P. Skalnik, ya citada; particularmente el trabajo de estos últimos: "The Early States: Theories and Hypotheses" (pp. 3-29). Sobre este trabajo puede consultarse Tamayo y Salmorán, R., "Comentario sobre *The Early State: Theories and Hypotheses*, de H. Claessen y P. Skalnik", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XII, núm. 35, mayo-agosto de 1979, *ul. cit.*, pp. 533-540.

Sobre el pensamiento del profesor H. J. M. Claessen puede consultarse su libro *Antropología política. Estudio de las comunidades políticas. (Una investigación panorámica)*, trad. por Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Investigaciones Antropológicas, UNAM, 1978.

rídicos. En esta comparación se aprecia una extraordinaria similitud entre las ideas que se encuentran detrás del nacimiento del derecho procesal en Grecia y las ideas rectoras del derecho procesal romano de las *legis actiones*. Para el profesor Wolff sería aún más importante, desde el punto de vista de la historia jurídica comparada, el hecho que hayamos podido establecer una clara relación entre los primitivos métodos procesales griegos, descritos en el escudo de Aquiles, con el proceso de los antiguos derechos de Babilonia e India, con el primitivo derecho germánico, así como con posteriores procedimientos griegos y con el sistema interdictal romano. Estos argumentos justifican la conclusión de que los métodos que usan los griegos en sus primeros intentos por poner bajo control el ilimitado uso de la fuerza, puede ser considerado, en gran medida, una forma típica por la que el creciente poder político en una comunidad busca controlar y limitar el uso de la fuerza privada en la composición de controversias.

EXCURSUS II. LA JURISPRUDENCIA GRIEGA	197
1 <i>Introducción</i>	197
a) <i>Necesidad de una retrospectiva histórica</i>	197
b) <i>El problema</i>	198
2 <i>La monarquía primitiva</i>	201
3 <i>El pensamiento jurídico bajo la aristocracia</i>	205
4 <i>El derecho legislado</i>	206
5 <i>La enseñanza del derecho</i>	209
6 <i>El periodo helénico</i>	210
7 <i>La literatura jurídico griega</i>	213

EXCURSUS II

LA JURISPRUDENCIA GRIEGA¹

SUMARIO: 1. *Introducción*. a) *Necesidad de una retrospección histórica*. b) *el problema*. 2. *La monarquía primitiva*. 3. *El pensamiento jurídico bajo la aristocracia*. 4. *El derecho legislado*. 5. *La enseñanza del derecho*. 6. *El periodo helénico*. 7. *La literatura jurídica griega*.

1. *Introducción*

a) *Necesidad de una retrospección histórica*

Pienso que una respuesta satisfactoria a la cuestión: '¿cómo surgió la jurisprudencia?' ayuda a resolver sustancialmente el problema de por qué la jurisprudencia presenta las características que presenta. Un claro entendimiento de esta cuestión aumentará nuestra comprensión del problema: '¿qué es la jurisprudencia?', cuya solución es, por su propia naturaleza, extraordinariamente compleja.

Comparto la creencia de que un procedimiento especialmente útil

¹ En esta explicación sigo particularmente el célebre trabajo del profesor George Miller Calhoun, *Introduction to Greek Legal Science*, Aalen, Scientia Verlag, 1977 (reimpresión de la edición de Oxford University Press, 1944). Incidentales referencias a otros autores son más bien menores: Guthrie, W. K. C., *History of Greek Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press; Bretone, Mario y Talamanca, Mario, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma, Editori Laterza, 1981; Ehrenberg, Victor, *The Greek State*, Londres, Methuen & Co., Ltd., 1974; Jaeger, Werner, W., *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959; Paoli, U., *Studi sul processo attico*, Padua, Casa Editrice Dott. Milani, 1933; Daresté, R., *La science du droit en Grèce; Platon, Aristote, Theophraste*, París, L. Larose & Forcel Editeurs, 1893; Vinogradoff, Sir Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence of II. Jurisprudence of the Greek City*, Oxford, Oxford University Press, 1922; Jones, Walter, John, *The Law and Legal Theory of the Greeks*, Aalen, Scientia Verlag, 1977 (reimpresión de la edición de Oxford University Press de 1956); Bonner, R.J. y G. Smith, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle II*, Chicago, Illinois, The University of Chicago Press, 1938; Wolf, H. J., *The Origine of Judicial Litigation among the Greeks*, en *Traditio*, vol. iv, 1946, p. 86; Harrison, A.R.W., *The Law of Athens II*, Oxford, Oxford University Press, 1975; Saunders, A. N. W. (ed.), *Greek Political Oratory*, Harmondsworth, 1979; etcétera, etcétera.

para determinar con claridad los rasgos característicos de ciertos fenómenos sociales es el estudio cuidadoso de su funcionamiento en sociedades relativamente simples. Este recurso es particularmente fructífero cuando esta sociedad es la cuna de la filosofía y de la ciencia política de occidente.

Creo, sin embargo, que un procedimiento adecuado para plantear claramente los diferentes aspectos del problema es investigando, no sólo su funcionamiento en sociedades relativamente simples sino, además, estudiando cuidadosamente su *periodo de formación*. El estudio de la etapa de formación de la jurisprudencia permitirá descubrir las creencias, mitos y métodos no explicitados por los juristas. Ahora bien, si las características distintivas de la jurisprudencia se encuentran claramente dibujadas ya en la jurisprudencia pontificia, especialmente en la obra de Quinto Mucio Scaevola,² es especialmente importante estudiar el periodo de formación que le precede.

b) *El problema*

Cuando uno inquiriere por el origen de algunas instituciones políticas o cuando pregunta por el nacimiento de algunas ramas o disciplinas del conocimiento (o sus antecedentes) es común señalar que éstas tienen su origen en Grecia. Pero ¿puede extenderse esta práctica al caso a la jurisprudencia, *i.e.* a la ciencia jurídica? Es ampliamente conocido el hecho de que la jurisprudencia alcanza en Roma niveles impresionantes. Sin embargo, también es de todos conocido la formidable influencia que ejerció la filosofía griega sobre la cultura romana incluyendo a la propia jurisprudencia: "en ningún periodo conocido por nosotros estuvo la ciencia jurídica romana exenta de la influencia griega".³

¿Qué tanto se desarrolló la jurisprudencia en la misma Grecia? En este *excursus* me propongo explicar algunos aspectos de la actividad judicial y forense de los antiguos griegos, con objeto de ver si los rasgos característicos que informan la ciencia jurídica se dieron en la vieja Grecia. Pienso que el estudio de la actividad judicial y forense de los antiguos griegos permitirá observar qué tanto se desarrolló la jurisprudencia entre ellos. La exposición que me propongo desarrollar en este *excursus* no es específicamente histórica, aunque difícilmente podría evitar tal carácter. Mi interés es mostrar el funcionamiento y evolución

² Cfr. *supra*, *La ciencia jurídica*, pp. 124-134.

³ Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., p. 38.

de la jurisprudencia en un contexto muy apropiado para entender ciertas características que se mantendrían en la jurisprudencia posterior. El estudio podría considerarse como una contribución a la historia de la ciencia jurídica.⁴

Saber si los antiguos griegos llegaron a producir una ciencia del derecho (i.e. jurisprudencia), depende de la definición que de 'ciencia' se use. Si por 'ciencia del derecho' entendemos meramente la disciplina especializada de los juristas por la cual se determina el derecho aplicable, entonces los griegos conocieron una incipiente jurisprudencia. Pero, si por jurisprudencia se implica, también, la presencia de un cuerpo sistematizado de principios y enunciados, reglas de hermenéutica y de razonamiento jurídico, separados de la filosofía política, entonces la jurisprudencia aparece en Roma. En este último sentido la jurisprudencia, su método y su doctrina fundamental es predominante creación de los romanos. Nunca existió una colección sobre derecho griego comparable al *Corpus iuris civilis*.⁵

En nuestro análisis de la "jurisprudencia" griega consideramos cinco etapas (las cuales corresponden a las que establece G.M. Calhoun):⁶

- i. Los tiempos homéricos (hasta 800 a C)
- ii. El periodo arcaico (de 800 a 650 a C)
- iii. La época de los legisladores (de 650 a 500 a C)
- iv. La época clásica (de 500 a 338 a C)
- v. El periodo helénico (de 338 a 30 a C).

En cuanto a los tiempos homéricos nuestra única fuente la constituye justamente la épica homérica.⁷ Estas fuentes se complementan con

⁴ Conjuntamente con la historia de la jurisprudencia romana (*supra*, pp. 123-137) y de la jurisprudencia medieval. Sobre esta última *vide*: Tamayo y Salmerón, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político (Introducción histórica a la ciencia jurídica)*, cit.

⁵ Cfr. Calhoun, George Miller, *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., pp. 1-2.

⁶ Cfr. *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., pp. 1-2.

⁷ Los textos de los dos grandes poemas homéricos están bastante bien establecidos —con pocas variantes de importancia—. Las dificultades en su interpretación son relativamente pocas. La descripción de la vida social que aparece en los poemas es coherente y muy completa. El mayor mérito que, como fuentes de información, poseen dichos cantos es —señala G.M. Calhoun— su objetividad, puesto que no es sino puro relato de historias y "no hace intento alguno por instruir, explicar o persuadir" (cfr. *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., p. 3). Es posible que la neutralidad que G. M. Calhoun le atribuye a estos cantos no sea precisamente una de sus características —o no absolutamente—, pero, como quiera que

la tradición recogida en escritos posteriores. Para el periodo arcaico la principal fuente de información se encuentra en los poemas de Hesíodo y en los himnos homéricos, complementada, como en el caso del periodo anterior, por la tradición recogida en fuentes posteriores.⁸

Por lo que a la época de los legisladores se refiere, las fuentes son extremadamente limitadas en cantidad. No contamos sino con algunos fragmentos. Los códigos de los grandes "legisladores" se encuentran prácticamente perdidos. Estos fragmentos, en razón de la ausencia de contexto, tienen que ser interpretados con el mayor de los cuidados. Esta dificultad es compensada, sin embargo, por la posibilidad de adscribir de manera definitiva un fragmento a determinado autor, en cierto tiempo y en cierto lugar. Afortunadamente poseemos buena cantidad de información sobre este periodo en escritos posteriores. También de este periodo datan los fragmentos de los primeros filósofos los cuales bosquejaron, aunque vagamente, algunas reflexiones sobre la aparición y evolución del derecho, su función social y su relación con el derecho natural.⁹

En relación con el periodo clásico reina otro panorama. Sobre el siglo v la escasez de fuentes primarias continúa; sin embargo, se cuenta con numerosas inscripciones y trabajos literarios de finales de siglo. El siglo vi ha legado a la posteridad la más completa información que cualquier otro periodo de la historia griega. Miles de epígrafes han sido recuperados y su número se incrementa rápidamente como consecuencia de los trabajos arqueológicos. Dichos textos son de primera importancia en lo que al pensamiento jurídico se refiere. Comprenden documentos de todo tipo (e.g. textos originales de leyes, resoluciones de la asamblea, instrumentos públicos, privados). Entre las fuentes literarias resaltan los primeros "tratados" que abordan "sistemáticamente" cuestiones jurídicas (i.e. *La república*, *La constitución de Atenas*).¹⁰ Igual-

sea, estos monumentos literarios describen, de forma más o menos completa, la vida y la manera de pensar de los griegos antes de los tiempos históricos.

⁸ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., p. 4. Los poemas de Hesíodo y los himnos homéricos, en cuanto fuentes, no son, en opinión de Calhoun, tan satisfactorios como la *Iliada* y la *Odisea*; son menos homogéneos y sensiblemente más limitados en cuanto a extensión. Más que describir la vida social se preocupan por instruir, aconsejar y argumentar (cfr. *ibid.*, p. 4).

⁹ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., p. 4. Sobre este particular vide: Guthrie, W. K. C., *History of Greek Philosophy*, cit., t. III, pp. 55-134; Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., pp. 84-88.

¹⁰ Para una breve descripción de la Constitución de Atenas, vide: Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., pp. 20-31.

mente valiosos son los trabajos de los oradores áticos que comprenden, aproximadamente, ciento cincuenta discursos pronunciados por litigantes en procedimientos judiciales ante los tribunales atenienses o dirigidos al Consejo. También hay escritos de historiadores los cuales preservan considerable información sobre las instituciones jurídicas y la práctica jurídica se aprende en los trabajos de los poetas dramáticos, especialmente en las comedias de Aristófanes.¹¹

Con respecto al periodo helénico o helenístico, el material epigráfico es también abundante. Sobre este periodo nuevas fuentes habrían de aparecer: los papiros. Miles de ellos, los cuales van desde pequeños fragmentos hasta rollos de manuscritos conteniendo instrumentos jurídicos de toda clase (e.g. registros públicos, transcripciones de texto de leyes, documentos comerciales, etcétera).¹²

2. La monarquía primitiva

Físicamente la *πόλις* (la ciudad-estado es una comunidad pequeña, normalmente fortificada en una colina.¹³ Políticamente, la *πόλις* es un grupo tribal autónomo, compuesto, en última instancia, de jefes patriarcales de familia. A la cabeza de la *πόλις* se encuentran el *βασιλεύς* cuyo cargo es generalmente hereditario. El *βασιλεύς* es jefe civil, jefe militar y funcionario religioso. Este líder político se encontraba rodeado por un consejo de *γέροντες*, al que pertenecían las cabezas de las principales ramas de parientes, así como los hombres de marcada bizarría o habilidad. Una asamblea de varones adultos, visiblemente idéntica a los efectivos militares, es tenida a veces, en el *ἀγορά* de la *πόλις*; normalmente, escucha al *βασιλεύς* y a los *γέροντες*. Su considerable poder latente pudo, quizá, mostrar una acción espontánea concertada.¹⁴ Como quiera que se haya producido y tan simple como pudiera ser, el "gobierno" homérico funcionó continuamente con los tres de sus elementos componentes: *βασιλεύς*, *γεροντία* y *ἐκκλησία* (asamblea). Lo cual habría de ser de mucha importancia para el desarrollo del pensamiento político y jurídico.¹⁵

¹¹ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 5.

¹² Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 6.

¹³ Para una descripción de las condiciones (geográficas, étnicas, religiosas, sociales y políticas) de la formación de la *πόλις*, así como de los tipos de *πολεις*, vide: Ehrenberg, Victor, *The Greek State*, cit., pp. 3-102.

¹⁴ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 7.

¹⁵ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 8.

El *ágorá* —el lugar de reunión— se encontraba usualmente cerca de la morada del βασιλεύς. En bancos de piedra se sentaba el βασιλεύς y los γέροντες para hablar día tras día. Aquí venían todos los hombres de la πόλις para pasar el tiempo, para hablar y para oír al βασιλεύς y a los γέροντες. En las primeras monarquías de los tiempos homéricos es en el *ágorá* donde los individuos exponen sus problemas, las ofensas sufridas y sus querellas. Su exposición pública tiene por objeto que dichos problemas sean discutidos y juzgados. Es aquí donde tenía lugar δικαιοπολία (el “enjuiciamiento”).¹⁶ Para tal efecto, era necesario determinar las “normas” aplicables a la solución de los problemas cuando éstos presentaban la forma de controversias o disputas (cuando había un contradictorio). Una vez determinadas, de la forma que fuera, las “normas aplicables” tenían, justamente, que aplicarse. Por ello, dice el profesor G.M. Calhoun que en el *ágorá* se da la génesis de lo que, en un sentido muy amplio, podría llamarse ‘ciencia jurídica’.¹⁷

La actividad jurídica llevada a cabo en el *ágorá* constituía la “fuente del derecho” de la πόλις. El derecho se presentaba en forma de costumbres enunciadas, de alguna manera, con mayor o menor autoridad, con el respaldo principalmente en la opinión pública, pero en última instancia con la perspectiva de la intervención del βασιλεύς o de la ἐκκλησία.¹⁸ La evidencia en cuanto a la existencia de normas jurídicas positivas —base de la pretensión de cualquier justiciable— se encuentra en la efectiva presión social que origina su infracción.¹⁹ Esta es una de las razones de la exposición pública en el *ágorá*. Si la presión social se levantaba era síntoma de que existía una norma (consuetudinaria) reconocida por la comunidad; norma que imponía una obligación que alguien, presumiblemente, había violado. La incertidumbre e ineficacia que se da en las comunidades en donde no hay una instancia que determine finalmente la existencia de una obligación (e, indirectamente, de la norma que la impone) y el hecho de su violación, se encontraba superada con la presencia del βασιλεύς, de los γέροντες y de la ἐκκλησία. Estos “ órga-

¹⁶ Sobre el proceso en los tiempos homéricos *vide supra*: *Excursus I: El proceso jurisdiccional*, pp. 167-196.

¹⁷ *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., p. 8.

¹⁸ *Vide supra*: *Excursus I: El proceso jurisdiccional*, pp. 178-181.

¹⁹ “Las reglas [normas] son concebidas... como imponiendo obligaciones cuando el reclamo general por la conformidad es insistente y la presión social aplicada sobre aquellos que se apartan de ella, o que amenazan apartarse, es muy grande.” (Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., p. 84.)

nos" eran prueba de la existencia indiscutible de normas de competencia y adjetivas que facultaban a ciertos individuos o cuerpos de individuos a decidir sobre la existencia de una obligación (e, indirectamente de la norma que la establece) y de si ésta ha sido o no violada. La presencia de estas "normas secundarias" —para usar la expresión de H.L.A. Hart— es suficiente para transformar el "régimen de normas primarias de obligación" en lo que es, indiscutiblemente un orden jurídico.²⁰

De esta manera puede decirse que el procedimiento de creación es la enunciación *autoritativa* —i.e. expresada por un órgano de la comunidad (e.g. los γέροντες— de un curso general de conducta, sancionada por una aceptación general).

A este derecho positivo los griegos se refieren con la expresión: *θέμις* (la costumbre, el derecho, el orden). La actividad jurídica se hacía presente justamente cuando se trataba de determinar qué conducta era *θέμις* y cuál no. Para esto era necesaria una instancia que señalara qué cosa era *θέμις*. Esa determinación se hacía mediante ciertos pronunciamientos que probablemente empezaran con la palabra "*θέμις*". *θέμις* conoce el destino que pende sobre los nombres; tal es la razón de que las instrucciones que da Zeus a los reyes tenían el nombre de *θέμιστες* lo que a la vez coincide con el hecho de que la conducta que se conforma con el derecho se expresa por la fórmula *ἔστι θέμις*.²¹ Estos pronunciamientos son colectivamente designados como *θέμιστες*.²² Las *θέμιστες* son las costumbres —curso de conducta— sancionadas por un pronunciamiento público hecho en el *ἀγορά*. El conjunto de costumbres sancionadas con el comportamiento general —presión social— era uno de los elementos con los que tenían que trabajar los hombres encargados de la *custodia del derecho*. Las *θέμιστες*, según la ideología normativa imperante, eran confiadas por el propio Zeus al *βασιλεύς*.²⁴

²⁰ Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 90-91.

²¹ Cfr. Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental* (trad. Mario de la Cueva), México, UNAM, 1983, p. 10.

²² Zeus manifiesta su voluntad a través de las *θέμιστες*, los cuales se convierten en el patrón de la regularidad. Polifemo es muerto en forma justa a manos de Ulises porque aquél no había actuado *regularmente* (Jaeger, Werner W., *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, cit., p. 21, n. 6).

²³ Homero usaba la palabra '*θέμιστες*' para designar la autoridad de la costumbre y la tradición oral. Cfr. Jaeger, Werner W., *La alabanza de la ley*, cit., páginas 20 y 55; Calhoun, G. M., *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., p. 9.

²⁴ Para una breve explicación al respecto, vide: Tamayo y Salmerán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, cit., pp. 15-19; Id. *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., pp. 84-91.

Otra fuente del derecho, tan importante como la formulación de *θέμιστες*, son las decisiones llamadas *δίκαι* que resolvían los conflictos (litigios) en las *πόλεις*.²⁵ El conjunto de estos *δίκαι* constituye un cuerpo de opiniones de autoridad a las cuales se les conoce con el nombre colectivo de *δίκη*. Esta palabra que, gradualmente va a adquirir, conjuntamente con sus expresiones derivadas tales como *δίκαιον* o *δίκαια*, las connotaciones de "justicia", cubren, casi en su totalidad, la actividad jurídica griega: particularmente, el campo judicial.²⁶

Este derecho positivo, compuesto, como dije, por las *θέμιστες* y las *δίκαι* no es creado *stricto sensu*, por todo el cuerpo político, sino por un cuerpo especial de individuos: los *δικασπολοι* hombres que tienen que pronunciar las *δίκαι* preservar las *θέμιστες* confiadas por Zeus. Ellos son generalmente *βασιλῆως* o *γέροντες*. Sólo ellos preservan el derecho; lo hacen a través de su conocimiento de la tradición y de la sabiduría jurídica acumulada. Por ello están investidos de poder para pronunciar *θέμις*. Ahora bien, aquellos que llevan al *ἀγορά* una reclamación tienen necesariamente que aceptar (no explicitar ni justificar) que los pronunciamientos de los *δικασπολοι* son *θέμις* (o *δίκη*) es decir, derecho positivo. Los procedimientos de creación del derecho (las "fuentes" del derecho) se aceptaban sin exponer las razones de su aceptación, sin cuestionar su validez, cada vez que se iniciaba la disputa (pacífica y pública) de una controversia. "En lo que a la adhesión a las *formas establecidas* se refiere —señala G.M. Calhoun— la práctica jurídica tenía que ser exactamente igual a la de cualquier orden jurídico moderno."²⁷

En la Atenas anterior a Solón los procedimientos (y, consecuentemente, la labor del jurista) era altamente formalizada. Los litigantes en el *ἀγορά* tenían que *jurar*, sometiéndose a un ritual. La función de los jueces era declarar un victorioso, de acuerdo con las reglas de una "justa", de una "contienda". Esto era *δίκαι*. La función de juzgar no es *reconocer* un derecho subjetivo. La sentencia no es sino el medio de terminar un pleito. De esta forma cada *δίκαι* otorga simplemente una preferencia a favor de un litigante; preferencia que no implica un derecho subjetivo de la parte ganadora que preceda la declaración del juez.²⁸

²⁵ Cfr. Harrison, A. R., *The Law of Athens*, cit., t. II, pp. 64 y ss.

²⁶ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to the Greek Legal Science*, cit. p. 9.

²⁷ *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., p. 10. Vide supra, pp. 148-150.

²⁸ Cfr. Harrison, A. R., *The Law of Athens*, cit., t. II, pp. 70-71. Vide supra: *Excursus I: El proceso jurisdiccional*. De ahí el significado original de la palabra *δίκη*, el cual no es 'senda' ('path boundary mark'); significado que corresponde

El conocimiento de las *θέμιστες* y de las reglas formuladas en las *δικαι* constituían una tradición muy bien determinada, la cual era transmitida de generación en generación. El aprendizaje se hacía justamente en el *ἀγορά*, ahí donde tenían lugar los pronunciamientos, ahí donde se decidían las controversias. No hay indicios de que su conocimiento fuera un secreto profesional como lo fue en cierto tiempo en Roma.²⁹

El derecho positivo comprendía el conjunto de *θέμιστες* y *δικαι*. No había huella de algo que pudiera parecerse a una legislación. Sin embargo, los intentos por racionalizar la actividad jurídica dio origen al establecimiento de *precedentes*, los cuales, al ser mencionados, y seguidos, se convirtieron en reglas a las cuales se esperaba normalmente observar y aplicar. Estas reglas, cuyo número tendía a incrementarse constantemente, eran determinadas mediante formulaciones explícitas.³⁰

La selección de las disposiciones del derecho griego era llevada a cabo por aquellos que se ocupaban de él. Toda costumbre establecida en el *ἀγορά* por el βασιλεύς o por los γέροντες y toda regla establecida en un *δικαι* (reconocida como precedente) constituyen las prescripciones de las que se ocupan los δικασπολοι.

La aceptación no explicitada de estas disposiciones por parte de los δικασπολοι se debe a causas más o menos eulogísticas e irracionales.³¹

3. El pensamiento jurídico bajo la aristocracia

En la época histórica las *θέμιστες* para entonces denominadas 'θεσμος' ya no las dirige el "cabeza natural" de una comunidad a un grupo homogéneo de hombres libres, sino las dirigen gobernantes a súbditos. Las decisiones (*δικαι*) pronunciadas por los miembros del consejo en litigios dentro de la πόλις son decisiones de un *poder soberano*. Ciertamente, el derecho (en el sentido que no es resultado de un proceso legislativo) sigue aún siendo derecho consuetudinario. Pero ha llegado a ser, desde el punto de vista de sus formalidades, más derecho.³² Sus instancias de creación y aplicación son más *centralizadas*.

al grupo de ideas que entienden el mundo como un universo ordenado donde los dioses, los hombres y los objetos naturales tenían, cada uno, su porción alícuota y cuyos límites están asigados por Δίκη. (Cfr. Harrison, A. R. W., *The Law of Athens*, cit., t. II, p. 70, nota 4.)

²⁹ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., pp. 10-11.

³⁰ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., p. 14.

³¹ Sobre el carácter eulogístico de 'δικαια', vide: Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., pp. 84-85, cfr. *ibid.*, pp. 85 y ss.

³² Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., p. 16.

El derecho consuetudinario tiene ciertamente un comienzo, quizás relación. No obstante, el derecho consuetudinario tiende a ser considerado,

El incremento del poder político del gobernante hizo que el conocimiento y la exposición del derecho se convirtieran en monopolio de una clase hereditaria de funcionarios. Los *δικασπολοι*, que en otras condiciones hubieran podido evolucionar en un cuerpo profesional de jurisperitos, fueron sustituidos por magistrados cuyas obligaciones e intereses eran predominantemente políticos. Esto sugiere un retroceso de la dogmática jurídica, los intérpretes del derecho no son escogidos teniendo en cuenta su conocimiento del derecho o su habilidad o justicia que muestran en su aplicación, sino principalmente por su influencia política y su habilidad administrativa. Aquellos que tienen la custodia e interpretación del derecho van a utilizarlo, principalmente como instrumento de acción política.

4. El derecho legislado

moto y obscuro, pero inevitablemente sometido al cambio y a la evolución por aquellos a quienes rige, como si fuera absoluto e inmutable. Sin embargo, el derecho consuetudinario es, en realidad, el que los custodios hereditarios determinan.³³ En esta forma no es una exageración decir que el derecho consuetudinario de la *πόλις* era consciente o intencionalmente cambiado o adicionado.

Los nuevos o importantes principios establecidos por los *δικαστοῦ*, los jueces, eran concebidos como algo existente. En efecto, *θέμις* es lo que ya existe y *δίκη* es una decisión que sigue la forma en que decidían los padres. He ahí un elemento nuevo enmascarado con el aspecto de la antigüedad.³⁴

Así aparece la idea de que los jueces únicamente aplican un derecho dado de antemano. Cada decisión o *θέμις* se encuentra previamente establecida. Ellos no hacen sino aplicarla. Según esta idea los jueces no introducen elementos nuevos ni modifican los existentes, sin embargo,

El profesor Calhoun, a mi juicio, erróneamente sostiene que el proceso jurisdiccional surge el arbitraje. Vide, en contra *Excursus I: El proceso jurisdiccional*.

³³ Sobre el derecho consuetudinario, vide: Tamayo y Salmorán, Rolando, "el derecho consuetudinario y la Constitución", en Tamayo y Salmorán, Rolando (Ed.), *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977, pp. 164-168.

³⁴ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 22.

esta idea está contradicha por los hechos. ¿Es esta una característica de la dogmática jurídica?

Con los primeros códigos los griegos no intentaban cambiar el derecho sino, por el contrario, trataban de impedir su modificación mediante aplicaciones erróneas o distorsiones.³⁵

Ésta debió haber sido la intención de Dracon al exhibir sus leyes en la plaza pública. Con los primeros códigos comienza un largo proceso que habría de culminar en un sistema de derecho legislado bastante desarrollado. La aparición de la legislación trae como consecuencia importante que la custodia del derecho consuetudinario no es más monopolio de las clases gobernantes (eupátridas). Ciertamente, esto no resulta del hecho de ser escrito, ni porque éste fuera novedoso. La legislación, en un principio, compilaba el derecho consuetudinario, derecho conocido por los primeros "legisladores". Ciertos registros y récords, fueron hechos ya por los *θεσμοθέτης*. Tales textos habían sido sólo accesibles a los magistrados aristócratas mientras que el código de Dracon fue exhibido en la plaza pública. La difusión del conocimiento jurídico entre súbditos, adquiere especial significado en la historia del pensamiento jurídico. La legislación gradualmente transformó la esotérica sabiduría jurídica de la aristocracia en una "dogmática jurídica".³⁶ De hecho, el comienzo de la interpretación jurídica parece haber seguido inmediatamente la publicación del derecho en forma escrita. Solón dejó Atenas después de establecer su código porque sintió que sus leyes en tanto que escritas deberían ser aplicadas por los atenienses y no por el legislador en persona.³⁷ Con la introducción de la democracia el sistema judicial, tuvo que ser, en principio, drásticamente modificado y continuamente adaptado. Las instituciones y las concepciones jurídicas cambiaron radicalmente en menos de un siglo. En la madurez de la democracia la *fuerza del derecho* reconocida era la decisión del pueblo (asamblea) expresada en *νόμος* y *ψήφισμα* (legislación y decretos).³⁸ Desde que Cleisthenes confió el poder del gobierno a una asamblea de ciudadanos,

³⁵ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 23; Cfr. Guthrie, W. K. C., *History of Greek Philosophy*, cit., t. III, pp. 55-134.

³⁶ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 22-25.

³⁷ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 26.

³⁸ Siempre y cuando fuera posible aplicar a estos fenómenos, conceptos propios de la dogmática moderna. Cfr. Tamayo y Salmerón, Rolando, "Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y la tradición judicial del *Common Law*", cit., pp. 357-358; Paoli, U. E., "Nomothetai" en *Nuevo digesto italiano*, Torino, UTET, 1939, vol. VIII, p. 1049; Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1972, p. 31.

existía entre los atenienses un conocimiento general de su derecho. A este respecto, es bastante significativo el hecho de que los profesores de retórica dieran por supuesto el conocimiento del derecho. Es característico del sistema ateniense obligar al ciudadano a realizar continuamente tareas de naturaleza jurídica. En esta forma adquirirían un considerable conocimiento práctico del derecho. No es exagerado decir, como lo hace Calhoun, que la mayoría de los ciudadanos atenienses estaban sometidos a un continuo proceso de educación jurídica a través de toda su vida.³⁹

En el siglo v, el sistema judicial griego era bastante sofisticado. Es claro que este complicado sistema judicial no hubiera podido trabajar satisfactoriamente —como fue el caso—, si la gran mayoría de los δικαστοῦ (jueces) no hubieran adquirido, durante sus largos años de funciones ciudadanas, un adecuado conocimiento del derecho y habilidad en su aplicación. No obstante, este conocimiento general del derecho —resultado de la idea que de la democracia tenían los griegos—, hubo, además, un conocimiento jurídico especializado, superior al promedio del que tenían los δικαστοῦ. Los individuos que poseían dicha habilidad constituían una clase de versados en derecho. Entre ellos, se encuentra el experimentado litigante, el hábil abogado, el λογογράφος (que escribía discursos para los litigantes), el profesor de oratoria forense, etcétera.⁴⁰

Entre los más famosos de estos expertos en derecho, se encontraban Demóstenes, Lysias, Iseus, Antíphon, Isócrates, etcétera. Todos ellos litigantes, λογογράφοι, abogados y profesores de retórica forense.

Los hombres que combinaban el conocimiento jurídico con la habilidad y la experiencia en el alegato judicial, eran requeridos como συνήγοροι (abogados). El principio fundamental en el sistema procesal de Atenas, era el de la comparecencia de las partes. Sin embargo, en ocasiones excepcionales les era permitido recurrir a un abogado. En el tiempo en que la oratoria forense adquirió auge extraordinario, se hubiera podido esperar el advenimiento de una clase de abogados que prestaran sus servicios por un honorario (como llegaría a suceder en Roma, no obstante, la prohibición de pago de honorarios). Pero el ateniense desconfiaba del experto en derecho; la opinión pública de Atenas, firmemente desaprobaba la abogacía profesional de paga. Si bien es cierto que esta desconfianza se debía, en parte, a que el conocimiento del derecho y la destreza en el aprovechamiento de las oportunidades

³⁹ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 30-33.

⁴⁰ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 37-39.

ofrecidas por el enjuiciamiento ateniense, fueron frecuentemente usadas para trampas y chantajes, también lo es que esta circunstancia obedecía, en realidad, a causas más profundas. La antipatía hacia el experto en derecho —principal obstáculo para el desarrollo de una profesionalización jurídica— no es, como pudiera pensarse, un mero desencanto y reprobación a posibles trampas y chantajes o miedo a la monopolización del conocimiento jurídico o del poder político,⁴¹ sino es resultado de la concepción griega de las funciones ciudadanas, el litigio era una de ellas. El litigio para los atenienses era una cuestión de honor, un enfrentamiento ante el público para “hacer justicia”. Los tribunales eran el escenario donde se repartían bienes y honores de conformidad al derecho de la comunidad.

En los tribunales, como en cualquier cuerpo político, los ciudadanos deben participar de igual a igual. Existía, así, una predisposición a favor del *amateur* en contra del experto. Este prejuicio no es un fenómeno aislado, sino una manifestación de la predilección general por el individuo profano, el ciudadano promedio. La ciudadanía, como la magistratura, es una función pública. La necesaria participación de los individuos en las funciones públicas se evidencia en el uso del sorteo más que en la elección, en la rotación de los mandatos, en los periodos cortos de estos últimos, en la amplia composición de los tribunales y de los cuerpos deliberativos, etcétera. Estos esfuerzos tradujeron en hechos el ideal griego de la participación directa de todos los ciudadanos en todas las funciones gubernamentales. El sistema ateniense con los hábitos políticos y los sentimientos que engendraba, impidió la formación de una nobleza, de una burocracia, de un clero profesional; pero, también, impidió la profesionalización de la abogacía.⁴²

5. Enseñanza del derecho

La enseñanza del derecho a aquellos que deseaban ser *λογογράφου*, *συνήγορου* o simplemente, aprender la técnica del litigio, no se encontraba organizada. El individuo cuyo interés era la carrera forense, tenía que aprovechar cada oportunidad, a la que todo ciudadano se encontraba expuesto, de adquirir conocimientos y experiencia. Asistiría a las sesiones de la Asamblea durante la revisión de las leyes o bien cuando se ventilara alguna cuestión judicial importante. Sería especta-

⁴¹ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 42-46.

⁴² Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 48-49.

dor en los tribunales de los *δικαστοῖ*, escucharía atentamente los argumentos de los litigantes y abogados; frecuentaría las discusiones de los magistrados. Finalmente, formaría parte de los grupos informales que en las cercanías del *ἀγορά* dedicaban su tiempo a discutir problemas forenses o a escuchar discursos o lecturas. En estos grupos se discutía de litigio, de política y de retórica forense. De estos grupos había muchos en Atenas.⁴³

De manera general, puede decirse que la formación de un versado en derecho es sustancialmente la formación que corresponde a la de un estadista o político. El elemento dominante es la retórica. Ahora bien, los asuntos jurídicos y la oratoria forense se asemejan considerablemente. No hay que olvidar que la retórica empezó en los tribunales y tiene como primer objetivo ganar procesos judiciales. La instrucción de elocuencia forense pudo haberse combinado con alocuciones en público, formulación de alegatos y práctica, dando por supuesto el conocimiento del derecho positivo.⁴⁴

6. El periodo helénico

Incuestionablemente, la gran época creativa de Grecia en materia de derecho, como en otros campos de la actividad humana, alcanzó su clímax en el tiempo de la democracia ateniense. Existe, por tanto, una tentación natural a concebir el periodo siguiente como una época de declinamiento y regresión. Lo fue en ciertos aspectos, pero, fue, también, una época de expansión, de ajuste y de combinación de ideas y prácticas jurídicas de varios Estados helénicos.

Según el profesor Calhoun este periodo puede ser convenientemente estudiado bajo dos perspectivas: 1) el pensamiento jurídico de Atenas y 2) la difusión y amalgamamiento del derecho helénico. Atenas, después de la derrota de Chaeronea, no sufre cambios sustanciales. No existe una reorganización profunda de la maquinaria gubernamental ni tampoco abrogación de disposiciones jurídicas. La mayoría de los funcionarios jurídicos mantienen sus cargos y el derecho aplicable es básicamente el derecho promulgado en la época de la democracia. Sin embargo, bajo esta nueva circunstancia aparecen diferencias que tuvieron que conducir eventualmente a cambios sustanciales. Bajo la guía macedónica existe una persistente tendencia a alejarse del principio de la par-

⁴³ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 45-46.

⁴⁴ Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 46.

ticipación directa del ciudadano en la administración de justicia. Esto condujo a la concentración de las actividades jurídicas en manos de una minoría. Afirma Calhoun que el impacto de este cambio estuvo amortiguado por la ficción jurídica que producía una deificación del emperador o del rey.⁴⁵

Cuando la democracia ateniense confió la aplicación del derecho directamente a los ciudadanos, el resultado inevitable fue la amplia dissemination del conocimiento jurídico y una general adquisición de habilidad jurídica práctica. Bajo el sistema político y judicial de la Atenas posterior se produjo una tendencia creciente en la dirección opuesta. El particular tenía que ver cada vez menos con el derecho; de éste se ocupaban únicamente los magistrados. Esto significó una mayor diferenciación entre el lego y el experto. Esta situación se evidencia por la considerable importancia de la retórica y por la aparición de la palabra *παραγνατικός* la cual, *inter alia*, no está lejos del significado de 'jurista'.

Durante este periodo surge la legislación de Demetrios de Phalerum. Demetrio había sido discípulo de Teofrasto (sus trabajos sobre derecho, comparables a los estudios que Aristóteles realizó sobre el gobierno, permiten considerarlo como el fundador de la jurisprudencia comparada).

Dice Calhoun que la revisión del derecho ateniense que llevó a cabo Demetrio en su calidad de *νομοθετης* se basaba en la filosofía política de los peripatéticos y parecía haber sido tomada de extensas colecciones de textos jurídicos hechos por Teofrasto para sus estudios comparativos. El hecho de que la legislación de Demetrio se mantuviera vigente por un periodo muy largo y la estima que alcanza Demetrio en autores posteriores, indica que su trabajo no estuvo desprovisto de influencia sobre el curso del pensamiento jurídico ateniense.⁴⁶

Fuera del área de la cultura griega clásica, en los nuevos reinos helénicos establecidos por las conquistas de Alejandro, existió una fuerte tendencia a concentrar las actividades jurídicas en manos de un pequeño grupo. El hecho dominante era el poder real: constituía la suprema autoridad política y la última sanción del derecho. Un factor de enorme importancia lo constituyó la fundación de ciudades griegas en los reinos helénicos; pobladas por emigrantes de todo el mundo helé-

⁴⁵ Sobre el periodo helénico puede verse: Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., pp. 94-97.

⁴⁶ Cfr. Calhoun, C.M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 52.

nico. De la misma manera en que este movimiento produjo un lenguaje común por la fusión de varios dialectos griegos y creó una cultura helénística cosmopolita, en el dominio del derecho se produjo una fusión de ideas y prácticas jurídicas derivadas de varias ciudades-estado. Los complejos problemas inherentes a la aplicación de este sistema jurídico ecléctico se complicaba más por el hecho de que este sistema se encontraba superpuesto a otro, el cual continuaba aplicándose a las poblaciones autóctonas. Tal situación, con sus ilimitadas posibilidades de conflictos de normas y jurisdicciones, parecería constituir el paraíso de un jurista, el *medium optimum* para el crecimiento de una judicatura erudita y una desarrollada profesión jurídica. Sin embargo, existe poca información específica sobre expertos jurídicos o sobre una ciencia jurídica.⁴⁷

La probabilidad de que una clase profesional de consejeros jurídicos o abogados se haya desarrollado en este periodo únicamente es respaldado por consideraciones muy generales, tales como la complejidad del derecho, la variedad y dificultad de cuestiones jurídicas, la tendencia de burocratización judicial y el uso abundante de documentos y archivos. Todo esto, en efecto, crea la fuerte probabilidad de que el hombre común no estaba calificado para participar directamente en la administración del derecho ni de conducir su propio caso ante un tribunal. Por otro lado, la importancia continuada de la enseñanza retórica es una buena evidencia de que la educación jurídica práctica se mantenía en este periodo. Los tratados de retórica de la época contienen mucho material jurídico y el mantenimiento de esta tradición no puede ser puesto en duda.

El experimento ateniense, tan importante como pueda ser, no pudo haber tenido gran efecto sobre la evolución jurídica general. Ciertamente, una gran cantidad de derecho ático pudo penetrar en los códigos panelénicos de las monarquías. Sin embargo, la diseminación popular del conocimiento jurídico que se observa en Atenas en la época de la democracia fue sólo un momento en un largo periodo de historia. Los tribunales de los ptolomeos y seleucidas se mantuvieron más en la tradición aristocrática. La contribución de Atenas al derecho, hay que buscarla principalmente en su lado teórico, en el trabajo de los filósofos y en la influencia que ejercieron sobre los juristas romanos.⁴⁸

⁴⁷ Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, pp. 53-54.

⁴⁸ Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, p. 56.

7. La literatura jurídica griega

Normalmente, el historiador que va tras la búsqueda del pensamiento jurídico encuentra su material en la literatura jurídica, *i.e.* en los escritos de los juristas. Si la literatura jurídica la constituyen los escritos de los juristas, entonces es claro que, en este sentido, no existe literatura jurídica griega. No obstante, ideas íntimamente relacionadas con la teoría y la práctica jurídica se encuentran en la demás literatura. Los comienzos de la filosofía y la historia entre los griegos es tan tardía como la legislación de Solón. No hay efectiva preocupación con problemas jurídicos, en sentido estricto, sino hasta que la democracia ateniense alcanza su madurez.⁴⁹

La primera especialización clara en ciencia jurídica y en filosofía del derecho aparece con los estudios de Aristóteles y Teofrasto. En el aspecto teórico, los estudios jurídicos griegos se mantuvieron como un departamento de la filosofía; en cuanto a su aspecto práctico, éstos estaban comprendidos por la retórica.⁵⁰

Según el profesor G. M. Calhoun los escritos jurídicos prácticos los constituyen los manuales de retórica. La retórica comenzó como una disciplina formal a mediados del siglo V en las ciudades de Sicilia donde el cambio de gobiernos autocráticos a sistemas democráticos, con asambleas y tribunales populares crearon un ambiente favorable para el desarrollo de la elocuencia forense. Las revoluciones democráticas fueron seguidas por innumerables demandas para la restitución de derechos. Los tribunales fueron inundados de procesos los cuales, frecuentemente, eran de extrema dificultad jurídica. El ciudadano promedio se encontraba desprovisto de conocimiento y experiencia para una adecuada presentación de su caso. Por ello, parece haber habido una inmediata exigencia de cierto tipo de adiestramiento en la conducción práctica del litigio. Este entrenamiento fue rápidamente ofrecido por Corax y su discípulo Tisias. Según Calhoun, Corax y Tisias establecieron las primeras escuelas prácticas para litigantes y abogados y fueron ellos los que compusieron los primeros manuales.⁵¹ Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, parece un inicio muy tenue; sin embargo, contiene el germen de un desarrollo que no está desprovisto de importancia. La influencia de Corax y Tisias es clara en los trabajos de adiestramiento

⁴⁹ Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, pp. 57-58.

⁵⁰ Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, p. 58.

⁵¹ Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, p. 59.

jurídico práctico en Atenas y los escritos que compusieron para la instrucción constituyeron los primeros "libros de derecho". La "biblioteca" de los litigantes o abogados se componía de los manuales del maestro de retórica; de sus colecciones de "lugares comunes" —incluyendo un arsenal de *exordia* y *perorationes*—, de una selección de sus discursos, posiblemente con algunos discursos de otros oradores o retóricos que existían como modelos. Sus "códigos", como indiqué anteriormente, los encontraban expuestos en piedra, cerca del asiento de los tribunales. Ciertamente, las piezas oratorias son discursos; pero, jurídicamente, son más que eso. Los argumentos fueron cuidadosamente escogidos por personas cuya profesión era la instrucción práctica para la actuación procesal y eran considerados como fuente de conocimiento jurídico. A este respecto señala Calhoun que los trabajos de los oradores áticos tienen que ser considerados como constituyendo una literatura jurídica cuya autoridad necesita ser ponderada en cualquier estudio de la ciencia jurídica griega.⁵²

En cuanto a una literatura filosófica del derecho, cabe señalar que el análisis de los conceptos jurídicos no estuvo desconectado de la actividad moralizadora de los primeros poetas. Pero estas reflexiones se presentan con toda nitidez hasta el siglo v. La cantidad de fragmentos en el que se hace referencia a la justicia y al derecho revela un conocimiento general sobre el derecho y los medios de su aplicación y sugiere considerable interés en varios de los problemas que el derecho implica. El interés por las cuestiones jurídicas se manifiesta de manera persistente. Hacia el fin del siglo v, señala Calhoun, Demócrito muestra qué tanto lugar tenía el derecho en la mente de los griegos que usa la sorprendente figura de un proceso que es iniciado por el cuerpo en contra del alma bajo el cargo de abuso del derecho. Un tratado anónimo llamado *anonymus de iamblichus*,⁵³ probablemente compuesto hacia el final del siglo v, contiene argumentos sorprendentes sobre el derecho como un instrumento político y social; el derecho establece y mantiene a los hombres juntos, unidos en *πόλεις*. Sin embargo, no existe evidencia de ningún intento por definir conceptos jurídicos y crear, de esta manera, una ciencia del derecho.⁵⁴

⁵² Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 60-62.

⁵³ Sobre el *anonymus*, vide Guthrie, W.K.C., *History of Greek Philosophy*, t. III, pp. 71-74 y 314-315. Sobre la sofística griega, vide Guthrie, W.K.C., *History of Greek Philosophy*, t. III, pp. 27-54; Dumont, J.P., *Les sophistes*, París, Presses Universitaires de France, 1969; Jaeger, Werner W., *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

⁵⁴ Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 63 y ss.

Durante este periodo existe la tendencia de revestir las teorías con reconstrucciones históricas que encuentran el origen del derecho en una especie de contrato social. También surge la tendencia de concebir al derecho un mandato divino. En ambos casos el derecho y la justicia son considerados los fundamentos del arte político el cual hace posible el establecimiento y mantenimiento de las πόλεις.⁵⁵

En el siglo v aparece, también, la literatura utópica. En ella se otorga enorme atención e interés a problemas conectados con la promulgación y aplicación del derecho. Todas esas ideas y muchas otras estuvieron en constante fermentación. En Jenofonte, por ejemplo, encontramos, dice Calhoun, una clara descripción del derecho positivo.⁵⁶ El *Minos*, a su vez, es una exposición de la doctrina del derecho natural.⁵⁷

Durante la primera mitad del siglo iv, Platón es la figura dominante de la filosofía griega. Sin embargo, pocos son los diálogos que se dedican enteramente a problemas conectados con la naturaleza y funciones del derecho. El *Crítón*, *La república* y *Las leyes* son, sin duda, los de más interés para el jurista. En el *Crítón*, según Calhoun, Platón intenta definir los derechos y las obligaciones de un individuo en relación con el Estado. Afirma Calhoun que la conclusión del *Crítón* es que el derecho y el Estado son supremos y que el individuo no está autorizado a resistirlo por procedimientos extrajurídicos. Sobre *La república* dice Calhoun que aunque constituye el prototipo de muchas otras utopías, no es una utopía, estrictamente hablando. En *La república* Platón intenta formular una definición de justicia. El puente entre la especulación ética y metafísica de *La república* y el punto de vista práctico representado en el *Crítón*, lo encuentra Calhoun en *Las leyes*. Aunque únicamente una parte comparativamente pequeña del diálogo se dedica a problemas considerados como objeto específico de la ciencia de la jurisprudencia, contiene ideas muy importantes sobre las funciones y la aplicación del derecho.

Para G. M. Calhoun el "Estado ideal" platónico se deriva fundamentalmente de los derechos e instituciones positivas áticas y dóricas. El tratado de *Las leyes* muestra un mayor conocimiento del derecho y un mayor interés en la ciencia jurídica que lo que se observa en los

⁵⁵ Cfr. Guthrie, W.K.C., *History of Greek Philosophy*, cit., t. III, pp. 60-84.

⁵⁶ *Memorabilia*, 1, 2, 40, 6.

⁵⁷ Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 67-68. Sobre los seguidores de *Physis*. Vide Guthrie, W.K.C., *History of Greek Philosophy*, cit., t. III, pp. 85 y ss.

diálogos anteriores. Dice el profesor Calhoun que la *enorme* atención que otorga Platón a los problemas jurídicos en sus últimos años puede verse en la erudición jurídica de sus discípulos (Aristónimos, Menedemus, Aristóteles, etcétera).⁵⁸

La contribución de Aristóteles a la ciencia jurídica fue más en la tradición de *Las leyes* que en el de *La república*; en la investigación del derecho existente, más que en la definición y análisis de conceptos jurídicos. Aunque Aristóteles no llegó a considerar a la ciencia jurídica como una disciplina independiente separada de la política, estuvo muy consciente de su importancia. En los escritos de Aristóteles los temas que son el objeto propio de una ciencia de la jurisprudencia se encuentran en una posición subordinada. Esto no significa que Aristóteles conceda poca importancia al sistema jurídico; más bien, Aristóteles presupone el conocimiento del derecho tanto sustantivo como procesal.⁵⁹ El conocimiento de Aristóteles sobre el derecho y su historia, así como su interés por problemas jurídicos, se perciben fácilmente en la descripción sistemática de la *Constitución de Atenas*.⁶⁰ En la que, Aristóteles pone mucho énfasis en el análisis de las funciones judiciales y de las diferentes jurisdicciones. Igualmente en la *Retórica* se abordan cantidad de conceptos jurídicos de importancia fundamental.

Fue Teofrasto, discípulo de Aristóteles, a quien le corresponde el mérito de haber producido el primer tratado especializado en materia de derecho. Su famoso trabajo: *Las leyes*, comprendía veinticuatro libros que trataban sobre el derecho y las instituciones jurídicas. Su desaparición constituye una pérdida irreparable (sólo quedan alrededor de treinta fragmentos).⁶¹

⁵⁸ Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 69-70.

⁵⁹ Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 70-73.

⁶⁰ Sobre la *Constitución de Atenas*, vide Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., pp. 20-31.

⁶¹ Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 73.

F U E N T E S

- ARISTÓTELES, *Analitica posteriora*, en *Aristotle I*, ed. por Hugh Tredennick, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1966 (Loeb Classical Library, 391).
- , *Analitica priora*, en *Aristotle XIX Nichomachean Ethics*, ed. por H. Rackham, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1926 (Loeb Classical Library, 73).
- , *Meta physica*, en *Aristotle XVII y XVIII*, ed. por Hugh Tredennick, Cambridge, Mass., Harvard University Press (xvii) 1968, (xviii) 1969 (Loeb Classical Library, 271 y 287).
- , *Physica*, en *Aristotle IV y V*, ed. por P. W. Wickstead y F. M. Cornford, Cambridge, Mass., Harvard University Press (iv) 1968, (v) 1970 (Loeb Classical Library, 228 y 255).
- , *Politica*, en *Aristotle XXI*, ed. por H. Rackham, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1932 (Loeb Classical Library, 264).
- , *Rethorica (ad Alexandrum)*, en *Aristotle II*, ed. por H. Rackham, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1937 (Loeb Classical Library, 317).
- , *Topica*, en *Aristotle*, tr. por E. S. Forster, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1966 (Loeb Classical Library, 391).
- AULO GELIO, *Noctium atticarum I, II, III*, en *The Attic Nights of Aulus Gellius*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1967-1968 (Loeb Classical Library, 195, 200, 212).
- BALDUS DE UBALDIS, *Commentaria in Digestum veteris, Informatiatum, constitutio adnotationibus*, J. P. Mangrellae, apología L. Lancelotti, notis Alex Imolem, Andreae Barbatiae, Celsi Philippique Decii, et tutter. Angeli Perusini in lib. x codicis, Folio Venetiis, Georgiivarisci, 1615-1616 (I-IV) (en I se encuentra Comm. in Dig. Vet.).
- BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Concilia, questiones, tractatus, hic proemium ab Alexandro Sosaneo et Jo. Nicol. restituta Novissime autem Venetiis*, Folio Lugduni, 1544 (I-IV) (en I se encuentra *Tractatus de testis o testimoniorum*).
- , *Bartoli opera. I Comm. Super Dig. Vet., II Comm. Super infortiati, III Comm. Sup. Dig. Nov., IV Comm. Super codicis. V Authenticis*. Filio Lugduni, 15041505.
- BOECIO, *Contra Eutychem* en *Theologicae tractates*, ed. por E. K. Rand

- y H. F. Steward, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1973 (Loeb Classical Library, 74).
- BRACON, *De legibus et consuetudinibus angliae*, ed. por George E. Woodine, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1968-1977.
- BRUNS, C. G., *Fontes Iuris Romani*, 7a. ed., Tubingen, 1909 (Reimpr. anst., Aalen, 1958).
- CICERÓN, *De domo sua*, en *Cicero XI*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1965 (Loeb Classical Library, 158).
- , *De finibus*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1967 (Loeb Classical Library, 40).
- , *De legibus*, en *Cicero XVI*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1965 (Loeb Classical Library, 158).
- , *De oratore*, en *Cicero III y IV*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1967-1968 (Loeb Classical Library, 348 y 349).
- , *De Partitione Oratoria*, en *Cicero IV*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1968 (Loeb Classical Library, 349).
- , *De republica*, en *De Re Pública. De Legibus*, ed. por W. Clayton, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1970 (Loeb Classical Library, 213).
- , *Epistolarum ad Atticum*, en *Letters to Atticus*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1962-1967 (Loeb Classical Library, 7, 8 y 97).
- CÓDIGO DE HAMMU-RABI, en *The Babylonian Laws, II Transliterated Text. Translation, Philological Notes Glossary*, ed. por G. R. Driver y J. C. Miles, Oxford, Oxford University Press, 1955.
- CORPUS IURIS CIVILIS, I. *Institutiones*, *Digesta*, II. *Codex*, III. *Novelae*, ed. por P. Krueger y T. Mommsen, Berolini (Berlín) Weidmannsche Verlagbuchhandlung, 1954 (reimpresión 1967).
- CORPUS IURIS CANONICI, *Leipzig*, ed. por E. Friedberg, 1879-1881.
- DEMÓSTENES, *Versus Timocrates*, en *Demostenes III*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1964 (Loeb Classical Library, 299).
- XII *Tabulae*, en *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani*, ed. por S. Riccobono, J. Baviera, C. Ferrini, J. Furlani, J. Arangio-Ruiz, Florencia, S.A.G. Barbera, 1968, t. I.
- ESQUILO, *Euménides*, en *Aeschylus II*, ed. por H. Weir Smith y Lloyd-Jones, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971 (Loeb Classical Library, 146).
- EURÍPIDES, *Hecuba*, en *Euripides I*, ed. por Arthur S. Way, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1966 (Loeb Classical Library, 9).
- GAYO, *Institutionum*, en *The Institutes of Gaius, Part I. Texts with Critical Notes and Translation*, ed. por F. de Zulueta, Oxford, Oxford University Press, 1976).
- HERÁCLITO, *Fragmenta*, en *Ancilla to the Presocratic Philosophers. A*

- Complete Translation of the Fragments in Diels: Fragmente der Vorsokratiker*, ed. por K. Freeman, Oxford, Basil Blackwells, 1962.
- HOMERO, *Iliada*, ed. por A. T. Murray, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971 (Loeb Classical Library, 170 y 171).
- , *Odisea*, ed. por A. T. Murray, Cambridge, Mas., Harvard University Press, 1966 (Loeb Classical Library, 104 y 105).
- HORACIO, *Epistulae*, en *Satires, Epistles, Ars Poetica*, ed. por H. R. Fairclough, Cambridge, Mas., Harvard University Press, 1926 (Loeb Classical Library, 194).
- JUVENAL, *Satirae*, en *Juvenal and Persius*, ed. por G. G. Ramsay, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1918 (Loeb Classical Library, 19).
- Monumenta Germaniae Historica Inde ab Anno Christi 500 Usque ad Annun 1500, Auctores Antiquissimi*, Hannoverae, Berolini, Lipsiae, 1877-1887.
- MICNE, J. P., *Patrologia latina*, París, 1841.
- PLINIO, *Epistolarum*, en *Letters and Panegyricus I y II*, ed. por Betty Radice, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1969 (Loeb Classical Library, 55 y 59).
- S. *Agustinus Confessionum I y II*, ed. por W. Watts, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1912 (Loeb Classical Library, 26 y 27).
- TITO LIVIO, *Annales III*, en *Livy II*, ed. por B. O. Foster, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1967 (Loeb Classical Library, 133).
- , *Historia (Ad urbē condita)*, en *Livy I*, ed. por B. O. Foster, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1967 (Loeb Classical Library, 114).

BIBLIOGRAFÍA

- AGNELLY, Arduino, "Austin, John", en *Novissimo digesto italiano*, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1964.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.
- ALLAN, D.J., *The Philosophy of Aristotle*, Oxford, Oxford University Press, 1978.
- ARANCIO RUIZ, Vincenzo, *Storia del diritto romano*, Nápoles, Dott. Eugenio Jovene, 1968.
- ARISTÓTELES, *Metaphysics*, tr. de W.D. Ross, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1971 (Great Books of the Western World, 8; reimpresión de *The Works of Aristotle*, Oxford, Oxford University Press).
- , *Physics*, tr. de R.P. Hardi y R.K. Gaye, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1971 (Great Books of the Western World, 8; reimpresión de *The Works of Aristotle*, ed. por W.D. Ross, Oxford, Oxford University Press).
- , *Prior Analytics*, tr. de A.J. Jenkinson, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1971 (Great Books of the Western World, 8; reimpresión de *The Works of Aristotle*, ed. por W.D. Ross, Oxford, Oxford University Press).
- , *Posterior Analytics*, tr. de G.R.G. Mure, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1971 (Great Books of the Western World, 8; reimpresión de *The Works of Aristotle*, ed. por W.D. Ross, Oxford, Oxford University Press).
- , *Topics*, tr. de W.A. Pickard, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1971 (Great Books of the Western World, 8; reimpresión de *The Works of Aristotle*, ed. por W.D. Ross, Oxford, Oxford University Press).
- ARNHOLM, C.J., "Olivecrona on Legal Rights", en *Scandinavian Studies in Law*, Vol. VI, 1962, Estocolmo, Suecia.
- AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Nueva York, Burt Franklin, 1970 (reimpresión de la edición de Dumon, Londres, 1863).
- , *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970 (reimpresión de la edición de Dumon, Londres, 1861).

- , *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, ed. por H.L.A. Hart, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1971.
- , *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, tr. de Felipe González Vicén, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951.
- AUSTIN, Sarah, "Preface", en *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970 (reimpresión de la edición de Dumoulin, Londres, 1861).
- BARNES, Jonathan, *Aristotle*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- BENTHAM, Jeremy, *A Fragment on Government: an Examination of what is Delivered on the Subject of Government in the Introduction to Sir William Blackstone's Commentaries*, Oxford, Blackwell, 1960.
- , *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. por J.H. Burns y H.L.A. Hart, Londres, University of London, Athlone Press, 1958.
- , *Of Laws in General*, ed. por H.L.A. Hart, Londres, University of London, Athlone Press, 1970.
- BERGER, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia, The American Philosophical Society, 1968.
- , "Interdictum", en *Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, v. 9, citado por Leopold Wenger en *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, tr. de O.H. Fisk, Nueva York, Veritas Press, 1940.
- BERMAN, Harold J., "The Origins of the Western Legal Science", en *Harvard Law Review*, vol. 90, núm. 5, March 1977, Cambridge, Mass.
- BETTI, Emilio, *L'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1955.
- BIONDI, B., "Obbieto e metodi della scienza giuridica romana", en *Scritti in honore de Contardo Ferrini*, Milán, Hoepeli, 1946.
- , "La terminologia romana come prima dommatica giuridica", en *Scritti giuridici I, Diritto romano. Problemi generali*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1965.
- BLACK, Max, *Problems of Analysis*, Londres, Routledge and Kegan, 1954.
- BONFANTE, P., *Storia del diritto romano*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1958.
- BONNER, R.J., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, por R.J. Bonner y G. Smith, v. I, Chicago, University of Chicago Press, 1930-1938.

- BRAITHWAITE, R.B., *La explicación científica*, Madrid, Tecnos, 1965.
- BRETONE, Mario, *Tecniche e ideologie di giuristi romani*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1971.
- BRETONE, Mario y TALAMANCA, Mario, *Il diritto en Grecia e a Roma*, Roma, Ed. Laterza, 1981.
- BRUN, Jean, *Aristote et le Lycée*, París, Presses Universitaires de France, 1965.
- BUCKLAND, W.W. y McNAIR, A., *Roman Law and Common Law*, ed. por F.H. Lawson, Cambridge, Cambridge University Press, 1974.
- , *A Text Book of Roman Law, From Augustus to Justinian*, ed. por Peter Stein, Cambridge, Cambridge University Press, 1975.
- BUTLER, S., *The Iliad*, Londres, Johnathan Cape Ltd., 1888.
- CALHOUND, George Miller, *Introduction to Greek Legal Science*, ed. by Francis de Zulueta, Aalen, Scientia, 1977 (reimpresión de la edición de Oxford University Press, 1944).
- CAPELLA, Juan R., *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968.
- CARCATERRA, A., *Scmantica degli enunciati normativo-giuridici romani. Interpretatio Iuris*, Bari, 1972.
- , *Struttura del linguaggio giuridico precettivo romano*, Bari, 1968.
- CARNAP, Rudolf, *Fundamentación lógica de la física*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1969.
- CAROLSFELD, Schorr, von, *Geschichte der juristischen Person*, Maguncia, 1933.
- CASSIRER, Ernst, *Substance and Function and Einstein's Theory of Relativity*, Nueva York, Dover Publication, 1953.
- CLAESSEN, Henri J.M., *Antropología política. Estudio de las comunidades políticas. (Una investigación panorámica)*, trad. por Rolando Tama-yo y Salmorán, México, UNAM, 1978.
- y SKALNÍK, Peter, (eds.), *The Early State*, La Haya, Mouton Publishers, 1978.
- COPI, I.M., *Symbolic Logic*, Nueva York, Macmillan, 1965.
- CRESSON, André, *Aristote. Sa vie et son oeuvre*, París, Presses Universitaires de France, 1963.
- CROOK, J.A., *Law and Life in Rome*, Londres, Thames and Hudson, 1967.
- CRYSTAL, D., *Linguistics*, Londres, Penguin Books, 1972.
- CHAKRAVARTI, S.C., *The Complete Text of Kalida's Work*, Calcuta, 1916, citado por Das Sukla en *Crime and Punishment in Ancient India 300 A.D. to 1100 A.D.*, Nueva Delhi, Abhinav Publications, 1977.

- DAMPIER, W.C., *A History of Science and its Relations with Philosophy and Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971.
- DECLAREUIL, Joseph, *Rome et l'organisation du droit*, París, La Renaissance du Livre, 1924 (*L'Evolution de l'Humanité*, XIX).
- DÍAS, R.W.M., *Jurisprudence*, Londres, Butterworths, 1976.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Madrid, Real Academia Española, 1970.
- DICCIONARIO LATINO-ESPAÑOL, Barcelona, Sopena, 1967.
- DIOGENES LAERCIO, *Vie, doctrines, et sentences des philosophes illustres*, París, Garnier, 1965.
- DRIVER, Godfrey Rolles y MILES, John C., *The Babylonian Laws. I. Legal Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1956.
- DUFF, Patrick William, *Personality in Roman Private Law*, Nueva York, Augustus M. Kelly, 1971 (reimpresión de la edición de Cambridge University Press de 1928).
- , "The Personality of an Idol", en *Cambridge Law Journal*, 1927, Londres, Inglaterra.
- DUMONT, François, "Obligatio", en *Mélanges Philippe Mayland I*, Lausana, Université de Lausanne, 1963.
- DUMONT, J.P., *Les sophistes*, París, Presses Universitaires de France, 1969.
- DURING, I., *Aristotle and the Ancient Biographical Tradition*, Goeteborg, 1957.
- ERNOUT-MEILLOT, *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, París, 1959.
- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería de Garnier Hermanos, 1870.
- ESQUIVEL, Javier, "La persona jurídica", en *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1979.
- EUCLIDES, *The Thirteen Books of Euclid's Elements*, tr. de Thomas L. Heath, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1952 (*Great Books of the Western World*, II; reimpresión de la edición de Cambridge University Press).
- FERRARA, Francesco, *Teoria delle persone giuridiche*, Nápoles, Eugenio Marghiere, 1923.
- , *La teoría de las personas jurídicas*, trad. por Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, Reus, 1929.
- FERRATER MORA, José y LEBLANC, Hughes, *Lógica matemática*, México, Fondo de Cultura Económica, 1970.
- CARDELLA, Lorenzo A., "Personas en el derecho canónico", en *Enciclo-*

- pedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1964, v. XXII.
- GIRARD, Paul F., *Histoire de l'organisation judiciaire des romains I. Les six premiers siècles de Rome*, París, Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, 1901.
- GREENE, Marjorie, *Portrait of Aristotle*, Londres, 1953.
- GRIMBERG, C., *Histoire Universelle*, Verviers, Gérard & Co., 1963.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ, Faustino, *Diccionario de derecho romano*, Madrid, Reus, 1948.
- HART, H.L.A., "Austin, John", en *International Encyclopaedia of Social Sciences*, t. I, Nueva York, The MacMillan Co. & The Free Press, 1968.
- , *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1972.
- , *El concepto del derecho*, tr. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- , *El concepto del derecho*, México, Editora Nacional, 1978 (reimpresión de la edición de Abeledo-Perrot, 1963).
- , *Definition and Theory in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1953.
- , *Essays on Bentham, Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- , "Introduction", en Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1971.
- , *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1973.
- HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, tr. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968.
- , *Fundamental Legal Conceptions: As Applied in Judicial Reasoning*, ed. por Walter Wheeler Cook, Westport, Conn., Greenwood Press Publisher, 1964 (reimpresión de la edición de Yale University Press de 1919).
- HOLLAND, Thomas E., *The Elements of Jurisprudence*, Londres, 1924.
- HOSPERS, J., *An Introduction to Philosophical Analysis*, Englewood, N.J., Prentice Hall, Inc., 1961.
- HUVELIN, Paul, "Aspects religieux de l'obligation romain, I. Les tablettes magiques et le droit romain", en *Etudes d'histoire du droit commercial romain*, París, Recueil Sirey, 1929.
- IHERING, Rudolf, von, *L'Esprit du droit romain — Geis des römischen Rechts*, tr. de O. Menleare, París, Chavallier-Maresq, 1877.

- JAEGER, W.W., *Alabanza a la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959.
- , *Aristotle. Fundamentals of the History of his Development*, Oxford, Oxford University Press, 1968.
- , *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- JENOFONTE, *Memorabilia*, en *Xenophon, oeuvres complètes*, París, Garnier, 1967.
- JOERS, P., *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, 1888.
- JOLOWICZ, H.F., *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, ed. por Barry Nicholas, Cambridge, Cambridge University Press, 1972.
- , *Lectures on Jurisprudence*, Londres, University of London, Athlone Press, 1963.
- , "Procedure in iure and apud iudicem", en *Atti del Congresso Internazionale de Diritto Romano II*, Pavia, Prem. Tipografia Successori, Flli. Fusi, 1935.
- , *Roman Foundations of Modern Law*, Oxford, Oxford University Press, 1957.
- JONES, Hardy E., *Kant's Principle of Personality*, Madison, Wis., The University of Wisconsin Press, 1971.
- JONES, John Walter, *The Law and Legal Theory of the Greeks, An Introduction*, Aalen, Scientia, 1977 (reimpresión de la edición de Oxford University Press, 1956).
- KANTOROWICZ, Hermann, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, Cambridge, University Press, 1938.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Nueva York, Russell and Russell, 1961 (reimpresión de la edición de Harvard University Press de 1945).
- , "The Law as a Specific Social Technique", en *University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941.
- , "El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho", en *Revista de Derecho Privado*, 1933, Madrid, España.
- , *The Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1967.
- , *Reine Rechtslehre*, Viena, Franz Deuticke Verlagbuchhandlung, 1960.
- , *Teoría general del derecho y del Estado*, tr. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1979.
- , *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963.

- , *Teoría pura del derecho*, tr. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983.
- KELLY, J.M., *Roman Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 1966.
- , *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, Oxford University Press, 1976.
- KHAZANOV, Anatolii M., "Some Theoretical Problems of the Study of Early States", en H.J.M. Claessen y Peter Skalnik, (eds.), *The Early State*, La Haya, Mouton Publishers, 1978.
- KHUN, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 1962.
- KORFF, S., *Introduction à l'histoire du droit international*, La Haya, Recueil des Cours, 1923.
- KUNKEL, W., *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1966.
- KUTTNER, S., "The Father of the Science of Canon Law", en *Jurist*, vol. I, núm. 2, 1941.
- LA PIRA, Giorgio, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'Arte sistematrice", en *Bolletino dell'Istituto di Diritto Romano*, vol. 42, 1934, Roma, Italia.
- , "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il concetto di scienza e gli strumento della costruzione scientifiche", en *Bolletino dell'Istituto di Diritto Romano*, vol. 44, 1936-1937, Roma, Italia.
- , "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il Metodo", en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. I, Roma, 1935.
- , "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Problemi generali", en *Studi in Honore di F. Virgili*, Siena, 1936.
- LANG, A., *The Iliad of Homer*, por A. Lang, W. Leaf y E. Myers, Londres, 1903.
- LAW MAGAZINE AND LAW REVIEW, "Art. XIII, John Austin", en *The Law Magazine and Law Review*, vol. IX, may-august, 1806, Londres, Inglaterra.
- LEPOINTE, G. y MONIER, R., *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, París, Sirey, 1917.
- LEVY-BRUHL, Henri, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, París, Sirey, 1934.
- , *Recherches sur les actiones de la loi*, París, Sirey, 1960.
- LOSEE, John, *Historical Introduction to the Philosophy of Science*, Oxford, Oxford University Press, 1980.
- LUZZATO, G., "Zeitschrift der Savigny für Rechtsgeschichte", vol., 73, citado por J.M. Kelly en *Roman Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 1966.

- MACCORMICK, Neil D., "Rights in Legislation", en Haeker, P.M.S. y Raz, J. (eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, Oxford University Press, 1977.
- MACDOWELL, Douglas M., *The Law in Classical Athens*, Londres, Thames and Hudson, 1978.
- MAINE, Henry Sumner, *Ancient Law*, Nueva York, S.P. Dutton and Co., 1977.
- , *Ancient Law*, edited by F. Pollock, Londres, John Murray, 1927.
- MARGADANT, Guillermo Floris, *Derecho Romano*, México, Ed. Esfinge, 1968.
- MARTIN, R.M., *Verdad y denotación*, Madrid, Tecnos, 1962.
- MÉLANGES DU DROIT ROMAIN, I. HISTOIRE ET SOURCES, París, Recueil Sirey, 1912.
- MITTEIS, L., "Storia del diritto antico e studio del diritto romano", en *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, vol. XII, 1929, Palermo, Italia.
- MOCHI, Onory, "Personam habere", en *Studio Besta*, Milán, 1938.
- MOYLE, J.B., "General Introduction", en *Imperatoris Iustiniani Institutionum; Libri Quattuor*, Oxford, Oxford University Press, 1964.
- NASS, Gustav, *Person, Persönlichkeit und juristische Person*, Berlín, Duncker & Humblot, 1964.
- NEDDONCELLE, "Πρόσωπον et persona dans l'antiquité classique. Essai de bilan linguistique", en *Revue des Sciences Religieuses*, v. 22, 1948.
- THE NEW ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA (*Micropaedia*), Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1974, tomo IX.
- NICHOLAS, B., *An introduction to Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1975.
- NINO, Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1979.
- , *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.
- , *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1980.
- NOAILLES, P., *Du droit sacré au droit civil*, París, Sirey, 1949.
- NOCERA, G., "Jurisprudentia". *Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma, Bulzoni Editore, 1973.
- OLIVECRONA, Karl, *Law as a Fact*, Londres, Stevens & Son, 1971.
- ORESTANO, Riccardo, "Persona e persone giuridiche nell'età moderna",

- en *Azione. Diritto soggettivi. Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, Il Mulino, 1978.
- PAOLI, U.E., *Studi sul processo atico*, Padua, Casa Editrice Dott Milani, 1933.
- PÉREZ CARRILLO, Agustín, "Persona, capacidad y personalidad jurídicas", en *Archivo de Metodología Científica*, v. 1, núm. 5, septiembre-octubre de 1972, Veracruz, México.
- , "La responsabilidad jurídica", en *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1979.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Traité pratique de droit civil français*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925, t. I.
- PLATÓN, *Crito*, en *The Dialogues of Plato*, trad. por Benjamin Jowett, Encyclopaedia Britannica, 1971 (Great Books of the Western World, 7; reimpresión de la edición de Oxford University Press).
- , *De legibus*, en *The Dialogues of Plato*, trad. por Benjamin Jowett, Encyclopaedia Britannica, 1971 (Great Books of the Western World, 7; reimpresión de la edición de Oxford University Press).
- , *Politicus*, en *The Dialogues of Plato*, trad. por Benjamin Jowett, Encyclopaedia Britannica, 1971 (Great Books of the Western World, 7; reimpresión de la edición de Oxford University Press).
- , *Meno*, en *The Dialogues of Plato*, trad. por Benjamin Jowett, Encyclopaedia Britannica, 1971 (Great Books of the Western World, 7; reimpresión de la edición de Oxford University Press).
- , *De Republica*, en *The Dialogues of Plato*, trad. por Benjamin Jowett, Encyclopaedia Britannica, 1971 (Great Books of the Western World, 7; reimpresión de la edición de Oxford University Press).
- POLLOCK, Frederick, "Introduction and Notes", en Maine, Henry Sumner, *Ancient Law*, edited by F. Pollock, Londres, John Murray, 1927.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- , *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, tr. de Rolando Tamayo y Salmerón, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.
- , *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of a Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1980.
- RECASÉNS SICHES, Luis, "Interpretación del derecho", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1962, t. XVI.
- ROBBINS, R.H., *General Linguistics. An Introductory Survey*, Londres, Longmans, 1968.

- ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968.
- , *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971.
- , *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1974 (reimpresión de la edición de Stevens & Sons, Londres, 1958).
- , *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1970.
- ROSS, W.D., *Aristotle*, Londres, 1949.
- RUSSELL, B., *Human Knowledge*, Nueva York, Dimon and Schuster, 1948.
- SAVIGNY, Friedrich von, *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1924.
- , *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, Veit, 1840-1849.
- SCHIAVONE, Aldo, *Nascità della giurisprudenza nella Roma tardo-republicana*, Roma, Gius, Laterza & Filli Spa., 1977.
- , *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Nápoles, Dott. Eugenio Jovene, 1971.
- SCHLOSSMAN, N., *Persona und πρόσωπον im Recht und im Christliche Dogma*, Kiel, Universität Programm, 1906.
- SCHMILL, Ulises y VERNENGO, Roberto J., *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.
- SCHULZ, Fritz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford University Press, 1967.
- , *Principles of Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1936.
- SCHWARTZ, Andreas B., "John Austin and the German Jurisprudence of his Time", en *Política*, vol. I, núms. 1-4, agosto de 1934, Londres.
- SERRAO, F., "Interpretazione II. Diritto Romano. a) Interpretazione della legge", en *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1972, t. XXII.
- SHARAN, Mahesh Kumar, *Court Procedure in Ancient India. On the Basis of Dharmasāstra Literature*, Nueva Delhi, Abhinav Publications,
- SMITH, Juan Carlos, "Norma jurídica y conocimiento jurídico", en *Revista de Derecho Español y Americano*, año XII, II época, núm. 16, abril-junio de 1967, Madrid, España.
- SOHM, Rudolf, *Instituciones de derecho privado romano*, tr. de Wenceslao Roces, México, Editora Nacional, 1951 y 1975.
- , *Institutionen: Geschichte und System des römischen Privatrecht*, ed. por Ludwig Mitteis y Leopoldo Wenger, Berlín, 1923.
- SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962.
- STEIN, Peter, "Regula Iuris" *From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburgo, Edinburg University Press, 1962.

- STEVENSON, C.L., *Ethic and Language*, New Haven, Co., Yale University Press, 1960.
- SUKLA, Das, *Crime and Punishment in Ancient India 300 A.D. to 100 A.D.*, Nueva Delhi, Abhinav Publications, 1977.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica (con especial referencia a la interpretación constitucional)", en Tamayo y Salmorán, Rolando (ed.), *La interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975.
- , "Comentario sobre 'The Early State: Theories and Hypotheses', de H. Claessen and P. Skalník", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XII, núm. 35, mayo-agosto, 1979, México, D.F.
- , "Comentarios sobre la justicia constitucional y la tradición judicial del Common Law", en *Anuario Jurídico*, año V, núm. 5, 1979, México, D.F.
- , "El concepto de persona jurídica" en *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, ed. por Jorge Barrera, México, Porrúa Hnos., 1984.
- , "El estudio de la formación del Estado según Anatolii M. Kharzanov", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XII, núm. 35, mayo-agosto, 1979, México, D.F.
- , *L'Etat, sujet des transformations juridiques*, París, Faculté de Droit et Sciences Economiques de Paris, 1970 (Tesis de Doctorado).
- , "The Functioning of Legal Rights in the Legal System", en *Rechtstheorie, Proceedings of the World Congress of Philosophy of Law and social Philosophy I*, Verlag Duncker & Humblot, Berlín/Mainz, 1984.
- , "The Functioning of Legal Rights and its Prima Facie Character" (IX International Congress of Philosophy), Tallahassee, Fla., Florida State University, octubre, 1982.
- , "La imputación como sistema de interpretación de la conducta", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año IV, núm. 12, septiembre-diciembre, 1971, México, D.F.
- , "Introducción a la ciencia del derecho y a la interpretación jurídica. La jurisprudencia romana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIII, núm. 39, septiembre-diciembre, 1980, México, D.F.
- , *Introducción al estudio de la constitución I. El significado de "constitución" y el constitucionalismo*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1979.

- , "The Judicial Litigation in Early State and the Evolution of the Legal Process (The Homeric City)", en Claessen, H.J.M. y Veld, P. van de (eds.), *Development and Decline — The Evolution of Political Organization*, South Hadley, Mass., Bergin Publishers, 1984.
- , *La jurisprudencia y la formación de ideal político (Introducción histórica a la ciencia jurídica)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983.
- , "El problema del derecho y conceptos jurídicos fundamentales", en *El Derecho (Las humanidades en el siglo xx, I)*, México, UNAM, Dirección General de Difusión Cultural, 1979.
- , *Remarks Concerning the Rapport Between Biology and Law* (Primer simposio sobre Violencia y Comportamiento, AAAS y CONACYT, México, julio de 1973).
- , *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.
- , "The State as a Problem of Jurisprudence", en H.J.M. Claessen y P. Skalnik (eds.), *The Study of the State*, La Haya, Mouton Publishers, 1981.
- , "La teoría del derecho de Jeremías Bentham", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XVII, núm. 50, mayo-agosto, 1984, México, D.F.
- , "La teoría del derecho de John Austin", en *Anuario Jurídico*, año XI, núm. 11, 1984, México, D.F.
- , "Una teoría positivista de derechos", en *Homenaje a Hans Kelsen, Primer Simposio de Filosofía del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, octubre, 1983.
- , "The Uses of Violence and the Legal Order", en *Proceedings of the 34th. Annual Meeting of the Society for Applied Anthropology*, Amsterdam, Society for Applied Anthropology, 1975.
- , "El uso de la violencia en el orden jurídico", en S. Genovés y J.F. Passy (eds.), *Comportamiento y violencia. Más allá de Lorenz y de Skinner*, México, Ed. Diana, 1976.
- , "War and Peace in International Law", en A. Nettleship, M.A. Nettleship y R.D. Given (eds.), *War. Its Causes and Correlates*, La Haya Mouton Publisher, 1975.
- THEODORIDES, A., "The Concept of Law in Ancient Egypt", en Harris, J.R. (ed.), *The Legacy of Egypt*, Oxford, Oxford University Press, 1971.
- THOMAS, Yan, "La langue du droit romain. Problèmes et méthodes", en

- L'interpretation dans le droit*, París, Sirey, 1973 (Archives de Philosophie du Droit, XIX).
- VANNUCHI, F., *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.
- VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, trad. por Mario de la Cueva, México, UNAM, 1983.
- VERNENGO, Roberto, *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.
- VINOGRADOFF, Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence. I: Introduction. Tribal Law II: The Jurisprudence of the Greek City*, Nueva York, AMS Press Inc., 19q1 (reimpresión de la edición de Oxford University Press, 1920-1922).
- , *Roman Law in Medieval Europe*, Cambridge, Speculum Historiale, 1968.
- WALKER, David M., "Austin, John", en *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980.
- WATSON, Alan, *The Law of Ancient Romans*, Dallas, Southern Methodist University, 1970.
- , *The Nature of Law*, Edimburgo, Edinburg University Press, 1977.
- Webster's Third New International Dictionary of the English Language, Unabridged, with Seven Languages Dictionary*, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1971.
- WENGER, Leopold, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, tr. by O.H. Fisk, Nueva York, Veritas Press, 1940.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus Logicus-Philosophicus*, tr. de Enrique Tierno Galván, Madrid, Alianza Editorial, 1973.
- WLASSAK, Moritz, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Viena, Holder, 1921.
- WOLFF, Hans Julius, "The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks", en S. Kutner y Strittmatter (eds.), *Traditio. Studies in Ancient and Medieval History. Thought and Religion*, vol. IV, Nueva York, Cosmopolitan Science and Art Service Co., Inc., 1946.
- ZULUETA, Francis de, *The Institutes of Gaius. II. Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1975.