

Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

**VALOR JURIDICO DE LOS RESPONSA
DE LOS JURISTAS Y SUS
PROYECCIONES EN LA ACTUAL
DOCTRINA DEL DERECHO.**

Alumna: Verónica Del Carmen Muñoz González.

Profesor Guía: Aldo Topasio Ferretti.

Profesor Informante: Hugo Marzi Rivera.

ÍNDICE

Introducción	3
I. Las fuentes del Derecho Romano	6
A. La Época Arcaica	8
B. La Época Clásica	12
1. Los <i>responsa</i> de los juristas clásicos, origen de la doctrina del derecho	13
2. Los edictos de los magistrados en la época clásica	20
3. Las <i>leges</i> y las <i>senataconsultas</i>	22
4. Síntesis de los Juristas más relevantes de la Época Clásica	23
C. La Época Postclásica	31
1. Justiniano y el <i>Corpus Iuris Civilis</i>	41
II. La Doctrina o ciencia del derecho en Occidente	48
III. El Rol del Jurista Contemporáneo	87
IV. Conclusiones	117
V. Bibliografía.	121

Introducción

Como todo sistema jurídico, el derecho romano está indisolublemente ligado a las fuentes de las cuales emana. De ahí proviene su fuerza moral y normativa, o la *auctoritas* y la *potestas*, el poder que obliga por estar fundado en el saber y el poder que obliga porque está garantizado por la fuerza para el caso de incumplimiento. Uno y otro tipo de fundamento del *ius* dio además forma y contenido a un período determinado del derecho romano (la época clásica y la época postclásica), que de modo conjunto determinaron el desarrollo del derecho continental europeo y gran parte del derecho en Latinoamérica.

La fuente más importante del derecho romano y el aspecto más esencial del fenómeno jurídico romano es la incesante búsqueda de criterios de justicia para resolver conflictos interpersonales relevantes socialmente. Y esta noción, aún vigente, es creación de la tradición del derecho romano cuyo fundamento fue la labor de sabiduría de los juristas latinos.

Si bien esta actividad era realizada de manera casuística, la labor del jurista no era simple, pues finalmente el contenido de la decisión de una *litis* debía reflejar una noción de justicia y de lo justo fundado en la costumbre, en la tradición moral de la sociedad romana de este tiempo.

Si la fuerza -o amenaza de la fuerza-, constituye un elemento inseparable del derecho, una mirada más atenta nos revela que ésta cumple un rol más bien garante frente al incumplimiento de las prescripciones jurídicas vigentes, y no su fundamento. Su verdadera razón de ser es la necesidad permanente de las sociedades por discernir lo que resulta más justo y equitativo de hacer según la costumbre y el razonamiento fundada en ésta, dispuesto por quienes poseían la legitimidad social suficiente para decir finalmente qué era lo justo. Esta función esencial de la sociedad romana fue desempeñada desde los orígenes del derecho romano por una elite social que, por su reconocida sabiduría –los juristas- o especial estatus –en el caso de los pontífices-, se estimaba ser del mayor valor social, pues perseguía la paz social a través de la resolución de conflictos privados mediante la aplicación de un criterio de justicia.

Corrientemente se afirma que el derecho es una disciplina de enorme sentido práctico, de sentido común, de simpleza de criterios y de aplicación de nociones o preferencias morales por todos aceptados. Estos valores jurídicos fueron desarrollados y mejorados por siglos precisamente por los juristas romanos a través de la divulgación de su doctrina y ha sido la base de nuestro derecho moderno. ¿Y qué es el Código Civil sino derecho romano?

Ahora bien, si nunca en la historia del derecho la función de los juristas ha sido desplazada u suprimida, su fuerza en cambio ha sido debilitada a través de la historia. Si en Roma ostentó un primer sitio en la

pirámide normativa, hoy ocupa un lugar casi al margen del derecho, arrinconada en el ámbito de la reflexión privada o académica, sin fuerza vinculante. Integra las denominadas fuentes no formales del derecho, en un segundo orden conforme este criterio. Creemos, y he ahí la motivación por desarrollar esta investigación, que el derecho constituye ante todo una búsqueda de qué es lo justo, guiada por la razón y la tradición, y que esa búsqueda cumple una función más amplia que la que se le reconoce actualmente y que es en sí misma un fin.

En los capítulos siguientes intentaremos demostrar y actualizar este valor mayor que atribuimos a la doctrina del derecho como una fuente esencial, necesaria y aunque con mayor o menor presencia siempre presente en cualquier fenómeno jurídico estudiado.

El capítulo I revisará las fuentes del derecho romano, distinguiendo las diferentes épocas en que éste se desarrolló y el grado de presencia que ocuparon las distintas fuentes jurídicas, con especial atención por cierto en la doctrinaria. En el capítulo II examinaremos la ciencia del derecho, en qué consiste ésta y qué le es ajeno a su actividad. Haremos especial énfasis en el ámbito que creemos propio de preocupación e interés y que no es lo normativo sino lo justo. En el Capítulo III reflexionaremos acerca de la función o rol del jurista contemporáneo, haciendo especial hincapié en una faceta elaboradora y actualizadora de criterios de justicia, una función activa y ante todo creativa. Las conclusiones propuestas han tomado como fundamento el desarrollo general del trabajo. Creemos no haber forzado una argumentación

demasiado comprometida con las premisas escogidas, sí haberla encaminado a través de la ruta que nos señala la historia y los documentos aceptados por la disciplina.

I Las fuentes en el Derecho Romano.¹

Las dos grandes épocas del derecho romano fueron la clásica y la postclásica. Cada una con fuentes propias desde donde emanó el derecho. La Época Clásica abarcó el último siglo de la república y los dos primeros siglos del Imperio (130 a.C.-230 d.C.), precedida por la época denominada Arcaica o Preclásica (753 a.C.-130 a.C.), *derecho esencialmente de juristas*. La Época Postclásica comprendió los últimos dos siglos y medio del Imperio en Occidente, esto es, el Bajo Imperio (230-476), durante el cual el derecho romano se convirtió en un *derecho legislado*, esto es, en un derecho fundado en la *potestad*.

El derecho es de juristas cuando los criterios jurídicos conforme a los cuales deben ser resueltos los conflictos y la validez de tales criterios proviene de personas que su por reconocida sabiduría, preparación y experiencia poseen la legitimidad suficiente para decir que es lo justo en relación al caso concreto que se les somete a su decisión. Esta legitimidad constituye el fundamento de obligatoriedad de dichas prescripciones.

La validez, o la específica existencia de la norma jurídica y su consiguiente pretensión de obligatoriedad, según la fórmula de Squella²,

¹ Para la síntesis de las grandes épocas del derecho romano nos hemos valido de la obra del profesor GUZMÁN BRITO, Alejandro, Derecho Privado Romano, I, Santiago, 1996.

de un derecho de juristas se funda en la *auctoritas* de los mismos, en su saber socialmente reconocido, y no en la amenaza de una pena para el caso de que la norma sea violada o transgredida.

En el derecho de juristas, por estar cimentados en la autoridad, la vigencia y validez de los criterios jurídicos en casos controvertidos (*ius controversum*) dependerá del nivel más alto de autoridad reconocida y en aquellos otros en que no exista discrepancias, sino acuerdo, será la autoridad de todos los autores la que determine esta vigencia como criterio socialmente aceptado (*communis opinio doctorum*).

Así, la actividad de los jurisconsultos en un derecho de juristas tiene por origen y fundamento de contenido y validez la propia autoridad, no vinculada al poder y, por lo tanto, es esencialmente desformalizada, aunque ejercida o expresada tanto por vía oral como escrita.

La verdad es que en el fenómeno jurídico no se presentan normalmente casos puros de derecho de juristas, sino que se los califica como tal en atención al predominio que alcanzan éstos como principal fuente de creación del derecho. Esto es así en el Derecho Romano Clásico, pues si bien es una de las más claras manifestaciones de un derecho de juristas, también existieron expresiones de derecho legislado tales como las *leges* y los *edicta*. Y el derecho es *legal* cuando, al menos, la validez y vigencia vinculante de las disposiciones emana del poder público, aunque su contenido pueda proceder también de los juristas. Su

² SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

validez y vigencia jurídica deriva de la *potestas* pública que sanciona formalmente determinado contenido como derecho, es decir, su validez y fuerza vinculante se basan en el poder socialmente reconocido.

En un derecho legislado, las disposiciones contienen los criterios jurídicos para resolver los conflictos, expresados en una forma anteriormente preestablecida, cumpliendo ciertos requisitos, como su escrituración, promulgación, publicación, etc. El derecho romano de la Época Postclásica correspondió al modelo de un derecho legislado, pues su principal fuente de creación fue el emperador a través de las diversas formas de constituciones imperiales.

Revisemos cada una de las épocas del derecho romano, con el fin de acreditar la preeminencia de ciertas fuentes y el rol secundario que cumplieron otros.

A. Época Arcaica del Derecho Romano

La época clásica del derecho romano fue antecedida por la denominada arcaica, que comprendió el período de la Realeza y gran parte de la República (753 a.C.-130 a.C.), y que en cuanto a las fuentes del derecho se caracterizó porque su fuente original fueron los *mores maiorum* fijados después en la *Ley de las Doce Tablas*. Aunque también desempeñaron un rol de fuentes, si bien subsidiario, las *leges publicae* y la jurisprudencia.

El derecho romano nació vinculado a los *mores maiorum*, es decir, a las tradiciones de los antepasados en relación con lo que se estimaba

justo; e incluso más, se identificaba con ellos, pues eran el propio contenido del *ius civile* considerado como eterno e inalterable.

Esto significa que el derecho romano fue en sus orígenes un derecho no escrito, ni vinculado a la potestad pública, sino que a la autoridad de las tradiciones y costumbres inveteradas. Esta exclusividad de los *mores maiorum* no escritos terminó al promediar el siglo V a.C. con la fijación de este derecho en la *Ley de las XII Tablas*. Esta Ley fue dictada por dos colegios sucesivos de diez magistrados encargados de legislar (*decenviri legibus scribundis consulari potestate*) entre los años 451 y 449 a.C. Por esta razón se la suele llamar Ley Decenviral.

Según la tradición el primer colegio de decenviros dio las primeras diez leyes y el segundo las restantes. A estas últimas, por contener la prohibición del matrimonio entre patricios y plebeyos se las llamaba *iniquas leges*. Las restantes tablas se ocupaban en materias tales como el procedimiento de las *legis actiones*, actuaciones judiciales y ejecución de las sentencias (I, II, III); *patria potestas* (IV); sucesiones, tutelas y curatelas (V); *dominium*, servidumbres (VI, VII); delitos (VIII, IX); y cosas sagradas (X).

La *Lex Duodecim Tabularum* era considerada como la fuente de todo el derecho: *fons omnis publici privatique iuris*, y así Pomponio decía que de ella comenzó a fluir el derecho civil: *fluere coepit ius civile*.

Esta Ley se conoce hoy de manera fragmentaria e indirecta a través de citas y referencias de autores tardíos, aunque se han hecho permanentes intentos de reconstrucción, el primero de los cuales se debió

al humanista francés Jacobo Godofredo (1587-1652). El derecho recogido en la *Ley de las XII Tablas* se mantuvo durante siglos, incluso sus mismas fórmulas y con similar sintaxis aparecían en textos posteriores. Así, en el caso de la Península Ibérica, en la *Lex Ursonensis*, que es una *lex data* del año 44 a.C., se puede observar la utilización de fórmulas y terminologías de la *Ley decenviral*, por ejemplo en la referencia a la *manus iniectio* con que se inician ambas leyes en su parte destinada a las *legis actiones* (L. XII. III.1 y L.U. 61).

La *Lex Duodecim Tabularum* fue objeto de una intensa y creciente labor de interpretación jurisprudencial, que acomodaba sus preceptos a las necesidades de cada caso concreto. La primera jurisprudencia emanó del colegio de los pontífices, quienes conocían el *ius* y se ocupaban en su interpretación. Desde principios del siglo III a.C. se advirtió una progresiva secularización de esta jurisprudencia. Así hacia el año 300 a.C. se sitúa la divulgación por Cneo Flavio, liberto del pontífice Apio Claudio, del llamado *ius Flavianum* que al parecer fue una colección de fórmulas procesales. Hacia el año 253 a.C. el primer pontífice máximo de origen plebeyo, Tiberio Coruncanio, habría iniciado la práctica de explicar públicamente a sus discípulos las razones de sus respuestas.

A comienzos del siglo II a.C. se sitúa la labor de Sexto Elio Peto Cato, cónsul en el 198 a.C. y censor en el 194. Pomponio le atribuía tres obras, a saber, una colección de acciones llamada *ius Aelianum*; otra denominada *Tripertita*, en razón de reunir las *Ley de las XII Tablas*, una *interpretatio*, y un formulario de acciones procesales: *quoniam lege XII*

Tabularum praeposita iungitur interpretatio deinde subtextitur legis actio; y otros tres libros, cuya autoría era discutida. Perteneció también a este mismo siglo Porcio Catón Liciniano, que escribió unos comentarios al *ius civile*, y a quien se atribuye la formulación de la llamada *regula Catoniana*, a propósito de la validez de los legados. En la época arcaica, además de los *mores maiorum* y de su fijación en la *Ley de las Doce Tablas*, tuvieron algún papel como fuentes del derecho, aunque poco importantes para el *ius*, las *leges*.

Las *leges*, en términos generales, eran declaraciones de potestad que vinculaban tanto a quien las daba como a quien las aceptaba.

Podía tratarse de una *lex privata*, esto es, la que declaraba quien disponía de lo suyo en un negocio privado, o de una *lex publica*, es decir, la declarada por un magistrado y recibida por los comicios con su autorización. (1) Quien daba la *lex publica* era un magistrado (*rogatio*) y no el pueblo, que, en los comicios, sólo se limitaba a autorizarla (*iussum*) o a vetarla, mediante el voto con las palabras *uti rogas* (como lo dictas) o *antiqua*. Esta ley era dictada por el magistrado en los comicios, donde se prestaba la autorización por parte del pueblo para que vinculara a todos los ciudadanos y, era pública, precisamente porque se daba al pueblo y su texto se exponía ante él.

El texto de la ley dictada por el magistrado se denominaba *rogatio* y era antecedido por la indicación del nombre del magistrado que la había dado, el comicio que la había autorizado, la fecha, y la primera unidad comicial y el primer ciudadano que la habían votado (*praescriptio*). Su

parte final era una *sanctio* en la cual se declaraba que la *rogatio* no tuviera efecto si vulneraba las leyes juradas en favor de la plebe o el *ius* anterior. En principio, las *leges* no eran fuentes del *ius*, ni lo modificaban, sólo que ellas podían ser asimiladas por los jurisconsultos y en tal medida, sus datos se incorporaban al *ius* producto de la labor jurisprudencial.

Las leyes públicas normalmente se ocupaban de materias ajenas al *ius*, como cuestiones políticas o criminales.

B. La Época Clásica del Derecho Romano, o derecho de fuente preferentemente de juristas³

La época clásica, período de consolidación del Derecho Romano como un *derecho de juristas*, se extendió desde el 130 a.C. hasta el 230 d.C. Abarcó el último siglo de la República y el período denominado Alto Imperio. En ella podían distinguirse, a su vez, tres etapas: a) Primera época clásica (130-30 a.C.); b) Época clásica alta (30 a.C.-130 d.C.); c) Época clásica tardía (130-230 d.C.).

La primera se inició hacia el 130 a.C. con la introducción del *agere per formulam* en virtud de una *Ley Ebuca* que permitió el desarrollo del derecho clásico jurisprudencial y terminó hacia el año 30 a.C. con el paso de la República al Principado.

Fue esta una etapa en la que se constituyeron las bases del lenguaje y terminología jurídica romana, en la que se experimentó un gran

³ Para este apartado hemos preferido la obra de D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1991.

desarrollo del edicto del pretor, y en la que aparecieron diversos juristas que la posteridad juzgó como referentes indiscutidos.

La época clásica alta, coincidió con el máximo esplendor de la jurisprudencia y finalizó hacia el 130 d.C, con la vinculación de la jurisprudencia al poder imperial, la fijación del edicto pretorio, la aparición de los *rescripta* imperiales, la consideración de los *senatus consulta* como fuentes del *ius*, y la promoción de la *cognitio extraordinem*.

En la época clásica tardía surgida de los hechos descritos el procedimiento formulario se vio desplazado por el de la cognición oficial y se fortalecieron las constituciones imperiales, y desapareció la jurisprudencia como fuente del *ius*.

1. Los responsa de los juristas clásicos, origen de la doctrina del derecho⁴

La jurisprudencia fue la gran fuente del derecho romano durante la época clásica y, precisamente, su indiscutida primacía es la que permite caracterizarlo como un derecho de juristas. El derecho de esta época es tenido como tal por la existencia de un estamento de jurisconsultos a quienes la sociedad reconocía la responsabilidad de elaborar el derecho, y no porque le hubiera sido atribuida oficialmente por el poder público, sino en razón del saber que les era reconocido.

⁴Para esta parte hemos tenido presente además la obra de IGLESIAS, Juan, Las fuentes del Derecho romano, Madrid, 1989.

La actividad creadora de los *iurisprudentes* se expresaba fundamentalmente en el *respondere*, esto es, en las *responsa* que emitían frente a las cuestiones que planteaban casos concretos y, que podían tener diversos destinatarios, a saber: a) *los particulares*, que consultaban al jurista para elaborar adecuadamente sus reclamaciones procesales o para emplear los formularios negociales apropiados; b) *las asambleas*, para su acertada concreción en las *leges*, *plebiscita* o *senatusconsulta*; c) *los magistrados*, para la formación de sus *edicta* o *decreta*; d) los jueces, para la decisión de las causas sujetas a su decisión y; e) el Emperador, para la elaboración de *decreta*, *rescripta*, u otras formas de *constitutiones Principis*.

De esta manera, la jurisprudencia se mostraba principalmente como una *fuentes creadora de criterios sobre lo justo para casos concretos* (2), criterios fundados en la *auctoritas prudentium*, fundamentalmente una virtud intelectual. Esto tendía naturalmente al casuismo propio de los derechos jurisprudenciales, donde podían existir *responsa* opuestos o contradictorios (*ius controversum*), y tocaba al juez decidir conforme a la autoridad de sus autores la apropiada al caso concreto --las opiniones se pesan y no se cuentan--, de modo tal que se seguiría aquel criterio avalado por la más alta *auctoritas* reconocida a un *iurisprudente*. Pero también había casos en los cuales no existía controversia de opiniones, sino que *communis opinio doctorum*, en cuyo caso la *auctoritas* de todos los juristas que concurrían a formar dicha opinión común era la que

fundaba la validez y vigencia de tales criterios jurisprudenciales de lo justo.

Este carácter de controvertible del derecho romano de juristas intentó ser disminuido con el reconocimiento oficial de ciertos jurisprudentes a quienes les fue concedido el *ius publice respondendi ex auctoritate Principis*, cuando Augusto decidió que los *responsa* de ciertos jurisconsultos debían entenderse como emanados de su propia autoridad, restringiendo la libertad del juez que debía preferir sus opiniones a las de aquellos que no contaban con esta facultad.

Esta intervención imperial en la libre actividad de los juristas se concretó en tiempos de Tiberio y alcanzó su máxima expresión desde Adriano, cuando todos los jurisconsultos de nota formaban parte del *consilium Principis* y estaban precisamente al servicio del Emperador para responder a las consultas que le eran formuladas por medio de la secretaría imperial *a libellis*, respuestas estas que se denominaban *rescripta*.

En la primera época clásica (130-30 a.C.) surgieron los juristas considerados como fundadores del derecho civil: Manio Manilio, Marco Junio Bruto, y Publio Mucio Escévola, cónsul el año 133 a.C., a cuya familia pertenecieron los también juristas Quinto Mucio Escévola y su hijo Quinto Mucio Escévola “el pontífice”.

Quinto Mucio Escévola, que fue cónsul el año 95 a.C. escribió la primera exposición sistemática del *ius civile* en 18 libros, que se ocupaban

ordenadamente de la herencia, personas, cosas, y obligaciones. Esta exposición sirvió luego de modelo al *ius civile* de Sabino.

Entre los últimos juristas de la primera época clásica destacaron Cayo Aquilio Galo, pretor el 66 a.C. creador de la fórmula de la *actio doli* y de la llamada estipulación aquiliana, y Servio Sulpicio Rufo autor de un comentario al edicto pretorio y con quien se inició la formación de las llamadas escuelas de juristas.

La época clásica alta (30 a.C.-130 d.C.) es llamada precisamente así porque correspondió a la de mayor brillo en la jurisprudencia. En este tiempo se produjo el inicio de la tendencia a vincular la labor jurisprudencial a la autoridad imperial con la introducción por Augusto del *ius publice respondendi ex auctoritate Principis*, que pretendió unir la autoridad de la jurisprudencia a la propia *auctoritas* del príncipe, al haber dispuesto que las respuestas de los juristas (*responsa*) debían darse en virtud de la autoridad del príncipe, de tal manera que debían entenderse excluidos aquellos juristas a quienes él no había concedido esta facultad de dar respuestas en razón de su autoridad.

Por su importancia, inicia esta época Marco Antistio Labeón, discípulo de Trebacio Testa, y fiel partidario de la República. Entre sus obras destacaron sus *Comentarios al Edicto del pretor*, y su colección de *Responsa*. A él le continuó toda una escuela, entre cuyos seguidores se contaron los Nerva, Próculo, Celso, autor de unos amplios *Digestorum libri XXXIX*, y Neracio. Esta escuela, al parecer, en época postclásica fue denominada "Proculeyana".

En esta misma época surgió la llamada escuela “Casiana”, por Cayo Casio Longino, discípulo de Masurio Sabino y, por él denominada “Sabiniana”. Sabino escribió una obra titulada *Libri tres iuris civilis*, que sigue, en parte, el orden del *ius civile* de Quinto Mucio Escévola. Destinaba la primera parte a la herencia, la segunda a las personas, la tercera a las obligaciones, y la cuarta a las cosas. Es claro su influjo en los libros posteriores de *institutiones*, como el de Gayo. También pertenecieron a esta escuela Valente, Tusciano, Javoleno Prisco y su discípulo Salvio Juliano. Con Salvio Juliano se produce el tránsito de la época clásica alta a la tardo-clásica. Escribió unos *Digesta* en 90 libros y a él se debió la fijación del *Edicto Perpetuo* en tiempos de Adriano. En esta época los juristas produjeron una gran cantidad de obras:

a) Los *Libri Responsorum*, que recogían las respuestas o decisiones que habían dado los juristas a las consultas que les habían sido formuladas, ordenadas siguiendo la disposición del *Edicto* y estructurando cada *responsum* sobre la base de una exposición del hecho, de la consulta y de la respuesta.

b) Las *Quaestiones*, que se ocupaban en casos prácticos, los más ideales, y normalmente dirigidos a la enseñanza. En ellas se exponía un caso para reunir junto a él otros que se les asemejaban.

c) Los *Digesta* eran amplias colecciones de cuestiones y respuestas formadas con la finalidad de exponer todo el *ius* vigente, que mostraban una cierta tendencia hacia la sistematización. Formalmente constaban de dos partes, la primera, de mayor extensión, destinada a tratar de las

materias contenidas en el edicto del pretor, y la segunda, que se ocupaba en las materias ajenas a él, tales como, la sucesión *ab intestato* civil, las principales leyes y senadoconsultos.

d) Los *Commentaria*, que eran extensas exposiciones que se referían principalmente al *Edicto (Ad Edictum)*, tanto al del *praetor*, cuanto al *aedilitium curulium*, al *provinciale*, a alguna obra jurisprudencial anterior, tales como los clásicos *Ad Sabinum*, o a las principales *leges*, o *senatusconsulta*.

La jurisprudencia en la época tardo-clásica (130-230) terminó por ligarse a la burocracia imperial, de la cual formaban parte los más importantes juristas a través del *Consilium Principis* o Cancillería, como asesores al servicio del Emperador. Los juristas de la época clásica tardía, por su vinculación al gobierno del Imperio en la Cancillería se ocuparon de una diversidad de materias, hasta ese momento ajenas al *ius* en sentido antiguo, tales como las tocantes al gobierno y administración, a la hacienda, etc. Ello amplió el concepto del *ius* y generó una distinción entre el *ius privatum* y el *publicum*.

Esta jurisprudencia tardo-clásica ha sido calificada de epigonal, es decir, sus producciones constituyeron la culminación de una larga actividad de los juristas, que intentaron la tarea de asumir los resultados parciales y dispersos de las obras anteriores, unirlos a sus propios aportes y ofrecerlos de forma sistemática que, en cuanto fijaban materiales particulares y dispersos, se situaban como los necesarios antecedentes para la fijación definitiva del derecho juristas.

Ejemplo de estas obras epigonales de la última jurisprudencia clásica fueron el gran comentario *ad Edictum* de Pomponio redactado en 150 libros, los de Paulo y Ulpiano, y los *ad Sabinum*, de estos mismos juristas que, en general recogían el trabajo jurisprudencial anterior.

Igualmente surgieron los libros de *institutiones*, dirigidos a la enseñanza jurídica básica. Entre ellos las de Marciano en el siglo III, conocidas sólo por los fragmentos que se recogieron en el *Digesto*, y las muy conocidas de Gayo, de mediados del siglo II, cuyo fama desde el siglo IV se debió a que fueron adoptadas como libro de texto para el primer curso de derecho en Constantinopla y Berito.

Las *Institutiones* de Gayo ordenaban el *ius civile* en cuatro libros, que trataban de tres grandes materias: personas, cosas, y acciones, organización que tuvo larga y perdurable importancia.

2. Los edictos de los magistrados en la época clásica⁵

También en la época clásica los magistrados tenían su lugar en la producción del derecho a través de los edictos, fundados en su *potestas* y, por lo tanto, no eran considerados fuentes del *ius*, aunque al igual que lo ocurrido con las leyes, sus datos podían ser incorporados a él a través de la labor jurisprudencial. De los magistrados con facultad de dictar edictos, el de mayor interés fue el pretor, por su intervención en la etapa *in iure* del procedimiento.

El edicto, era un texto que publicaba el pretor en virtud del *ius edicendi* que, en atención al momento en el cual lo dictaba, podía tratarse del *edictum perpetuum* o de *edicta repentina*. El edicto perpetuo era el que daba al inicio de su magistratura y por lo tanto duraba todo el año. En él se contenían las fórmulas de las *actiones* procesales, de *exceptiones*, y de otros medios de protección basados en su imperio, tales como *interdicta*, *missiones in possessiones*, *stipulationes praetoriae*, etc.

Este edicto perpetuo, normalmente era elaborado por un jurista que asesoraba al pretor, porque éste, las más de las veces, desconocía el *ius*. A su turno, los *edicta repentina* eran aquellos dictados en el momento en que alguna necesidad lo exigía para ocuparse de alguna situación no prevista en el edicto perpetuo.

El edicto pretorio constituyó un ordenamiento paralelo al *ius civile*, que en ocasiones lo corregía, dado que por sí mismo no era fuente del

⁵ Véase igualmente IGLESIAS, Juan, *Las fuentes del Derecho romano*, Madrid, 1989.

ius. Fue un importante factor de progreso jurídico, pues en él se recogían fórmulas de acciones, no sólo del *ius civile*, sino nuevas acciones pretorias, que podían ser: i) *ficticias*, vale decir, que mediante la introducción de una ficción se extendía una acción civil a un caso originariamente no previsto; ii) *in factum*, esto es, referidas a un hecho y mediante ellas el pretor sancionaba conductas que le parecían inconvenientes aunque no estuvieran prohibidas por el *ius civile*; iii) *acciones con transposición de personas*, mediante las cuales se operaba una suerte de representación.

El *Edicto* del pretor durante la época clásica aumentó la importancia que había tenido desde finales de la época arcaica, aunque paulatinamente su papel fue ocupado por los senadoconsultos y constituciones imperiales.

Uno de los hechos más significativos en relación al edicto del pretor ocurrido en esta época fue la fijación de su contenido en un texto definitivo elaborado en tiempos de Adriano por el jurista Salvio Juliano, conocido con el nombre de *Edicto Perpetuo* (c.130), y que debía ser utilizado por los pretores, sin que pudieran alterarlo.

Según la reconstrucción del *Edicto Perpetuo* realizada por Otto Lenel (1883), constaba de una parte introductoria que contenía diversos edictos sobre la tramitación de litigios, de otra que recogía las acciones, de una que se ocupaba del derecho pretorio de las herencias y otras materias, de una sobre la ejecución de las sentencias, y de una final sobre interdictos y estipulaciones pretorias.

La labor de Salvio Juliano no se limitó a establecer un nuevo orden del *Edicto*, sino que también introdujo otras nuevas, tales como la llamada *nova clausula (Iuliani) de coniugendis cum emancipato liberis eius*.

A partir de esta fijación del texto edictal, parece que ya no se crearon nuevas fórmulas procesales, con lo cual se extinguió la fuerza creadora del derecho pretorio, lugar que ocupó la *cognición oficial*.

3. Las leyes y las senataconsultas⁶

Como se ha dicho, la existencia de un derecho de juristas no significa la exclusividad de la jurisprudencia como fuente del derecho, sino que expresa su predominio respecto de las otras, es su fuente preferente. Así en la época clásica también tuvieron su lugar las *leges publicae*, aunque desde el Principado habían comenzado a perder su significación y parece que las últimas fueron dadas en tiempos del emperador Claudio.

El papel de las *leges publicae* fue progresivamente asumido por los senadoconsultos, que ahora más que expresar la *auctoritas* del Senado constituían una manifestación de la *potestas* del emperador. Desde tiempos de Augusto los senadoconsultos, que hasta ese momento sólo eran tenidos como acuerdos basados en la *auctoritas patrum*, comenzaron a cumplir las funciones de las antiguas *leges*, puesto que el Senado empezó a desarrollar las actividades legislativas de los comicios.

⁶ Ibidem., cita anterior.

A partir de esta época el texto del senadoconsulto comenzaba con el nombre del emperador y la fecha y los nombres de los senadores encargados de velar por la exacta transcripción del texto.

De esta manera los senadoconsultos se convirtieron en la principal vía de progreso del derecho privado, pues muchos de ellos se ocupaban de materias tocantes a él.

4. Síntesis de los Juristas más relevantes de la época clásica⁷

El historiador inglés Edward Gibbon, del siglo XVIII, nos va a decir que la época de mayor apogeo de la Ciencia del derecho es el período que comienza con el nacimiento de Cicerón (102 a.C.) hasta la muerte del emperador Alejandro Severo, a mediados del siglo III de nuestra era, que él denomina "la época de oro de la jurisprudencia romana", porque aparecen en ella los grandes juristas como **Sexto Elio Paeto Cato**, que publica su obra ***Tripartitum***.

Otro gran jurisconsulto de esta época fue **Labeón** que con **Capitón** fueron directores de famosas escuelas. Este primer período coincide con la etapa final de crisis de la constitución republicana en la que florece la jurisprudencia republicana o preclásica que elabora un sistema jurisprudencial mediante una magistral aplicación de métodos de la lógica y la dialéctica griega. De esta época son también **Muscio Scévola** y **Servio Sulpicio Ruffo**.

⁷ Ibidem, cita anterior.

En los primeros tiempos, la jurisprudencia republicana conserva los caracteres de los antiguos Pontífices cuya labor, según Alvarez Suárez, tuvo una fuerza superior a la jurisprudencia del Principado. Los jurisconsultos siguen perteneciendo a la nobleza senatorial y patricia, y desempeñan las más importantes magistraturas.

Incluso famosos autores de Derecho Civil fueron también Pontífices como **Publio Muscio Scévola** y **Publio Lucio Craso**. **Publio Muscio Scévola**, **Bruto** y **Mario Manilio** se consideran, según **Pomponio** en el *Enchiridion*, los fundadores del Derecho Civil.

Lucio Craso era, según Cicerón, "el más elocuente de los jurisconsultos". De estos juristas el primero dejó diez obras, **Manilio** siete y **Bruto** tres.

Pero el más famoso de todos ellos fue **Quinto Muscio Scévola** que según Pomponio fue el primero en sistematizar el Derecho Civil en una obra de dieciocho libros y en el Digesto 1,2,2,4 dice que puede considerarse "la obra fundamental de la jurisprudencia romana".

Fue cónsul en el año 95 a. c. después fue Pontífice Máximo y gobernador de la provincia de Asia. Murió en el 82 a. c. asesinado por los partidarios de Mario.

Entre los discípulos más importantes que tuvo se cita a **Lucio Balbo**, **Papirio** y sobre todo a **Aquilio Galo** a quien se atribuye la creación de la acción de dolo y de las cláusulas para la institución de hijos póstumos.

Los juristas que viven en los últimos años de la República, época de demagogia y violencia, siguen desempeñando altos cargos y

magistraturas. Entre ellos destaca **Servio Sulpicio Rufo**, que procede de una familia patricia aunque su padre pertenece a la clase ecuestre, fue cónsul en el 51 a. c.; estudió dialéctica y retórica con **Apolonio Molón** de Rodas e inició su carrera como orador forense.

Según su amigo Cicerón, fue el verdadero creador de la dialéctica jurídica; además fue el creador de la escuela serviniana, sin embargo no se trataba de una escuela pública organizada sino de la asistencia de oyentes y auditores a las respuestas dadas por el jurista. Se le atribuyen como ciento ochenta libros pero sólo se conocen los títulos de cuatro como las *Críticas a Quinto Murcio*, también escribió sobre Derecho Pretoriano, una obra de diecisiete tomos.

Tuvo varios discípulos entre los que podemos mencionar a **Aulo Ofilio, Alfeno Varo, Pacuvio Labeón**, padre de Labeón, Ofilio de la clase ecuestre y amigo de César, comentó el edicto en una obra más extensa que la de su maestro.

En esta época y en el siglo siguiente aparecerán dos importantes escuelas jurídicas: la de los Sabinianos y la de los Proculianos, que fueron fundadas la segunda de ellas por el más grande jurista de la época: **Labeón**. Éste fue discípulo de Trebacio y ejerció el oficio de jurisprudente con toda dignidad. Desde el punto de vista político mantenía una acendrada prosapia republicana y va a ser contrario al nuevo orden político que instaura Augusto, no aceptó cuando se le ofreció el consulado, pero se dedicó a escribir numerosos libros entre los que se encuentran sus *Comentarios al Edicto del Pretor* y su colección de

Respuestas que se conservan en el Digesto. Su contemporáneo **Capitón** fue partidario de Augusto y fue designado Cónsul.

Fueron discípulos de Labeón los dos **Nervas** (padre e hijo) y **Próculo** que dará su nombre a la escuela, también los dos **Celsos**, el padre de la época de Domiciano y el hijo de la época de Trajano. **Capitón** tuvo como jurista, muy poco relieve. Fue más importante **Masurio Sabino** que dará su nombre a la escuela, es decir que fue el primer gran autor de esta escuela. De origen humilde siempre tuvo gran escasez de recursos pero alcanzó gran prestigio público y como fue descendiente de **Cassio** el asesino de César la escuela también fue llamada Cassiana. Pertenecieron a ella **Celio Sabino**, **Javoleno Prisco** y **Salvio Juliano**.

Sin embargo, la oposición entre las escuelas no era clara en cuanto a fundamentos jurídicos. Si bien es cierto que diferían en sus conceptos también es cierto que miembros de una misma escuela discrepaban.

Después de Salvio Juliano prácticamente desaparece la división de las escuelas. Ello se debió quizá al gran prestigio del gran jurista que zanjó viejas cuestiones y continuaron siendo clásicos en cuanto al método y a las soluciones.

Salvio Juliano fue el otro jurista del nivel de Labeón; se le encomiendan altas misiones políticas, entre otros cargos fue dos veces cónsul, gobernador de la Germania Inferior, del Norte de España y de Africa. Perteneció al Consejo de Adriano, después al de Antonino Pío y Marco Aurelio. Fue el redactor del Edicto Perpetuo y de una obra "*Digesta*" de

noventa libros que contiene respuestas y decisiones ordenadas por el sistema edictal.

Con el sistema de codificación del edicto de Salvio Juliano se va a iniciar un nuevo período de la jurisprudencia clásica. Importante característica de esta época, como se ha dicho antes, es la vinculación de la jurisprudencia al Príncipe. La antigua práctica jurisprudencial de dar respuestas fue en cierto modo sometida al poder imperial que concedió a prestigiosos juristas la facultad de dar respuestas en nombre del Príncipe (*jus publicae respondendi ex auctoritate principis*).

El propósito de Augusto al conceder este derecho sería que el jurista así distinguido tuviese una autoridad mayor que los demás juristas e influyese en los magistrados y jueces. Adriano distinguió a Masurio Sabino con ese derecho.

En la época de Adriano y Antonino Pío, se destacó **Pomponio, Gayo**, y poco después **Marcelo, Cervidio Scévola, Papiniano, Ulpiano, Paulo, Marciano** y **Modestino**. Conozcamos brevemente sus biografías.

Pomponio, fue contemporáneo de Salvio Juliano, aunque más joven que él. Fue un maestro de derecho, representa el nuevo estilo enciclopédico ya que en sus tres comentarios al Edicto a Quinto Muscio y a Sabino, reunió toda la sabiduría de la Jurisprudencia anterior.

Su obra más conocida es el discutido "*Enchiridion*" o manual elemental que ofrece la única historia de la jurisprudencia que se encuentra en la literatura jurídica clásica; sus biógrafos dicen que debe haberse inspirado en Cicerón.

Gayo, uno de los más famosos y desconocidos juristas de esta época. Probablemente fue un maestro de Derecho. Su obra más importante son las famosas *Instituciones* cuyo texto conocemos gracias al descubrimiento realizado por Niebuhr de un Palimpsesto en 1816 en la biblioteca capitular de Verona. Otros fragmentos se han descubierto en 1927 en un papiro de mediados del siglo III y en un pergamino descubierto en Egipto en 1933. Fue traducida al castellano por Alvaro D'Ors (Madrid, 1943) y por Alfredo Di Pietro (Buenos Aires, 1967). Es un manual didáctico que ha tenido la mayor influencia en la compilación justiniana y en la sistemática del Derecho; en las escuelas de Béruto y Constantinopla, su método va a ser estudiado en la literatura didáctica y científica posterior. Gayo fue autor de varias obras, es digna de mención *Aurea* o *De res Cotidianae*. En su época debió de ser un jurista desconocido por no aparecer citado por sus contemporáneos.

Emilio Papiniano, originario de Siria, prefecto del pretorio en el 203, ese cargo fue importante porque desde él, se dominaba en esa época la administración de justicia. Murió asesinado en el 213 porque no quiso justificar el asesinato del emperador Caracalla, del corregente y de su hermano Geta. La posteridad lo consagró como el más grande jurista romano por su ingenio y por la profundidad de sus respuestas inspiradas en la Justicia y en la Equidad. Dentro de un estilo muy sobrio escribió sobre *Responsa* (diecinueve libros) *Quaestiones* (treinta y siete libros) y *Definitionis* (dos libros). Se lo consideró el príncipe de la justicia.

Marcelo, fue miembro del Consejo en la época de Antonino Pío y Marco Aurelio. Fue autor de *Digesta* que consta de treinta y un libros así como de un libro de *Responsa*. **Hizo un comentario sobre el oficio de los cónsules.**

Paulo, fue discípulo de Scévola y trabajó como asesor de Papiniano, miembro del Consejo imperial, en la época de Severo y Caracalla y Prefecto del Pretorio con Ulpiano, en la época de Alejandro Severo. Poseía un gran ingenio y es autor de numerosos escritos como por ejemplo los cinco libros de Sentencias de Paulo a su hijo. Publicó también veintitrés libros de Respuestas, veinticinco de Cuestiones y otros libros de comentarios al Edicto del Pretor. También es autor de los comentarios y notas a las Cuestiones y Respuestas de Papiniano.

Ulpiano, nacido en Tiro, Fenicia, fue como Paulo, asesor de Papiniano. Fue un autor muy prolífico: *Ad Edictum* (ochenta y tres libros) no sólo respecto del Edicto del Pretor Urbano sino también del Edicto de los Ediles en los dos últimos libros, un comentario *Ad Leguem Aquiliam*, otros comentarios y las *Reglas*. Será el jurista más citado en el Digesto de Justiniano. En los últimos años fue Prefecto del Pretorio, pero habiéndose dedicado a la política, murió asesinado en el año 228 por los pretorianos. Tanto Paulo como Ulpiano fueron juristas muy significativos pero inferiores, en cuanto a la creación jurídica, a Salvio Juliano y a Papiniano. Su importancia mayor fue la recopilación y el ordenamiento de todo el gran material clásico.

Modestino, fue el último de los juristas clásicos que merece citarse como tal, escribió en griego y en latín en la forma simple y clara que querían los maestros proclásicos. Escribió obras elementales destinadas a la enseñanza, unas Instituciones de diez libros. Se destacaron también en la época de los emperadores Severos: **Marciano, Calístrato y Trifonino** .

Marciano realizó unas Instituciones de once libros. En el siglo III de nuestra era gozaron del "jus publicae respondendi": Modestino, Paulo, Papiniano y Ulpiano. A Gayo se le otorgará a más de dos siglos después de su muerte por la Ley de la Citas, de Teodosio en el 426.

C. El *ius* en la época Postclásica o el derecho legislado⁸

La época postclásica comprendió el período político llamado Bajo Imperio. Comenzó hacia el 230 d.C. con los cerca de 50 años de anarquía política y acabó en Oriente hacia el 530 d.C. con la fijación del Derecho Romano llevada a cabo por Justiniano. La jurisprudencia cedió su lugar como principal fuente del derecho a la legislación imperial, surgió la costumbre como fuente autónoma y se desarrolló el derecho romano vulgar.

Tradicionalmente se pone término a la época postclásica con la obra fijadora de Justiniano, quien intentó restaurar el derecho romano, para lo cual formó una obra que recogía el *ius* y las *leges*, conocida desde la Baja Edad Media, con el nombre de *Corpus Iuris Civilis*. En esta época la principal fuente del derecho fueron las *constituciones imperiales*, que se impusieron a las restantes fuentes jurídicas, para configurar un derecho legislado, pues sólo correspondía al emperador la creación del derecho a través de las *leges*, principalmente los *edicta*.

Las resoluciones imperiales comenzaron a denominarse con el nombre general de constituciones imperiales desde la etapa tardo-clásica. Dentro de estas formas de decisiones del Emperador se encontraban las *epistulae*, dirigidas por el Príncipe a consulta de magistrados o funcionarios; los *decreta* que eran verdaderas sentencias judiciales pronunciadas por el emperador al conocer como juez en algún negocio; los *edicta*, tal como hacían los magistrados; los *mandata*, que eran órdenes destinadas a funcionarios.

⁸ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, Derecho Privado Romano, I, Santiago, 1996

Junto a estas formas se encontraban los *rescripta* que, en cuanto emanadas del emperador, se las considera genéricamente como constituciones imperiales.

En tiempos de Constantino (306-337), la voluntad del Emperador se constituyó en la fuente exclusiva del derecho, a través de *leges* dictadas a través de la Cancillería imperial, de carácter general y potestativas.

La importancia de los *rescripta* y de las diversas formas de constituciones imperiales hizo surgir la necesidad de reunirlos en un texto que se denominó *Codex*. La voz *codex*, etimológicamente significa “tronco de árbol”, en cuanto la madera era empleada como material de escritura, más tarde esta palabra designó un conjunto de varias tablillas de madera encerada (*cerae tabulae*) unidas en sus extremos por cordones o anillos metálicos, de modo tal que cada tablilla podía ser leída como una hoja de un libro. Desde fines del siglo I d.C. las tablillas fueron substituidas por cuadernillos de pergamino (*membrana*) que cosidos por uno de sus extremos formaban un *codex membranei*, a la manera de nuestros libros modernos. Desde finales del siglo III el *codex membranei* comenzó a desplazar a las restantes formas hasta hacerlo por completo, época en la cual la palabra *codex* significaba simplemente libro.

El empleo del *codex* se extendió al ámbito jurídico, lo que influyó en que identificara con un libro con contenido jurídico y, específicamente, a las colecciones de constituciones imperiales que en esta época se editaron bajo dicho formato. Hacia el año 292, Gregoriano, formó el llamado *Codex Gregorianus*, que recogía rescriptos dictados desde

Adriano hasta Diocleciano, dividido en alrededor de 14 libros distribuidos en títulos.

Sólo se le conoce fragmentariamente a través de obras como la *Lex Romana Burgundionum*, la *Collatio Legum Romanarum et Mosaycarum*, los *Fragmenta Vaticana*, la *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, y el *Breviario de Alarico*.

Un funcionario griego llamado Eugenio Hermogeniano, que trabajaba en Oriente en tiempos de Diocleciano, formó una colección de rescriptos imperiales de los años 293 y 294, que apareció a principios del 295, y que es conocida con el nombre de *Codex Hermogenianus*, que habría sido revisado por su propio autor durante su permanencia en Roma a principios del siglo IV, momento en el cual habría incorporado algunos rescriptos de los años 295 al 29812.

A diferencia de estas obras, Teodosio II promulgó, para la *pars orientalis* del Imperio, el año 438 una colección *oficial* de *leges* desde Constantino hasta el mismo Teodosio II, y que Valentiniano III extendió para Occidente, que parece ser el primer libro jurídico denominado *Codex*.

Este *Codex Theodosianus*, cuyo texto se ha perdido, se conoce a través de obras posteriores como el *Breviario de Alarico* (506) y el *Codex Iustinianus*. Contenía constituciones relativas al *ius publicum*. Así el libro I se destinaba a las fuentes del derecho y competencias de los funcionarios imperiales; los libros II al V se ocupaban del derecho privado según el esquema de la primera parte de los *digesta* clásicos; los libros VI y VII

trataban de la jerarquía de los funcionarios imperiales de rango superior, de sus privilegios y del derecho de los militares; el libro VIII recogía diversas *leges* tocantes a los funcionarios de grado inferior; el libro IX se refería al derecho penal; los libros X y XI se destinaban a la hacienda; los libros XII al XV trataban la organización de la ciudad y sus diversas corporaciones; y el libro XVI tocaba al ordenamiento de la Iglesia y el derecho eclesiástico.

A su turno, la jurisprudencia en la época postclásica (230-530) se caracterizó por la pérdida de su fuerza creadora, su burocratización, la tendencia a resumir obras del período clásico, la formación de obras que reunían *ius* y *leges*, la preocupación de algunos juristas por formar colecciones de constituciones imperiales, y la intervención de la potestad imperial en la limitación de la autoridad de las obras jurisprudenciales.

La tendencia compiladora y compendiadora estuvo representada por las *Epitomae iuris* de Hermogeniano, las llamadas *Pauli Sententiae*, el *Liber singularis regularum* o *Epitome Ulpiani*, y el *Epitome Gai*.

Las *Epitomae iuris* de Hermogeniano eran una colección de fragmentos de jurisprudencia clásica elaborados hacia el año 300, como una suerte de “selecciones” o “lecturas selectas”.

Las *Pauli Sententiae*, formadas al promediar el siglo III por un autor desconocido que las atribuyó a Paulo, fueron objeto de sucesivas reelaboraciones, cuyo texto nos es conocido gracias a obras posteriores que la tuvieron como fuentes, tales como los *Fragmenta Vaticana*, la

Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti, la *Lex Romana Burgundionum*, y el *Breviario de Alarico*.

El denominado *Tituli ex corpore Ulpiani*, también llamado *Epitome Ulpiani*, atribuido a Ulpiano, resumía el pensamiento de Ulpiano al tratar en una introducción del derecho, y en cinco partes, las personas, propiedad, herencia, obligaciones, y acciones.

En cuanto al *ius* aparecían 37 fragmentos de obras de Paulo, especialmente las *Sententiae* y, en menor medida el *Liber singularis*, y el *Liber responsorum*; veinte fragmentos de escritos de Ulpiano, tomados de los libros VII, VIII y IX *De officio proconsulis*, del *Liber singularis regularum*, y de su *Commentaria ad Edictum*; 8 pasajes extraídos de textos de Papiniano, a saber, de las *Definitionum*, *Responsorum*, y *De adulteris liber singularis*; 2 pasajes de Modestino, de sus *Differentiarum libri IX*; y un texto de Gayo, extraído del libro III de sus *Institutiones*.

Las *leges* resultaban tomadas del *Código Gregoriano* y del *Código Hermogeniano*, más una constitución de Valentiniano del año 390, que no se recogió en el Teodosiano, quizá añadida posteriormente. Estaba dividida en libros y cada uno de ellos en títulos, los que se comenzaban con un pasaje de la Ley Mosaica, tras los cuales se transcribían los textos romanos.

En el texto conservado se contienen dieciséis títulos del libro primero que, siguiendo los preceptos del *Decálogo*, desde el *No matarás*, trataba de los homicidios, lesiones, adulterios, ladrones, falso testimonio,

depósito, incendios, astrólogos, hechiceros y maniqueos, y sucesión legítima.

Otra obra de este género fueron los llamados *Fragmenta Vaticana*, así denominados por haber sido descubiertos en la Biblioteca Vaticana por el cardenal Ángel Mai en 1821 (Cod. Vat. 5.766), y que contenía fragmentos de obras de Paulo, Ulpiano, Papiniano y de otros juristas tardíos, junto a ciertas constituciones imperiales, preferentemente de Diocleciano, distribuidos en títulos y que habría sido elaborado algo después del 318, aunque tuvo reelaboraciones posteriores.

En esta jurisprudencia postclásica se advertía un proceso de vulgarismo, esto es, de un empobrecimiento que afectaba el estilo tradicional, una tendencia simplificadora que excluía todo lo que parecía complejo con vistas a su aplicación práctica judicial y a la formación básica. La introducción de consideraciones extrajurídicas, tales como las consecuencias económicas y fiscales y la tendencia moralizante.

La jurisprudencia terminó en esta época por burocratizarse y ligarse a la potestad y autoridad del emperador a través del *consilium Principis*, que había aparecido en el Imperio como un grupo de personas (*amici*) que prestaban su consejo y asesoría al Príncipe.

Adriano dio al *consilium* de una organización propia e integró a los juristas y a los nuevos funcionarios (*praefecti*). Desde este momento la jurisprudencia perdió su independencia frente a la *potestas* imperial, más

aun cuando los jurisconsultos que formaban parte del *consilium* estaban dotados del *ius respondendi*, cuya concesión ahora resultaba innecesaria.

Con Adriano aparecieron los *rescripta* que se registraban en el *liber libellorum propositorum*. Eran decisiones del emperador en las cuales se unían la tradicional actividad de los *responsa* de los jurisprudentes y la autoridad del emperador, pues si bien procedían de los jurisconsultos que elaboraban las respuestas a las consultas que se formulaban al Príncipe, su autoridad ya no era la de ellos, sino la del propio emperador conforme al *ius respondendi*.

Desde la época tardo-clásica los rescriptos constituyeron la fuente creadora del derecho en lo relativo al procedimiento de la cognición oficial y ya en el postclásico se los consideró como fuentes del antiguo *ius*, hasta que Justiniano los incorporó a las *leges* del *Codex*.

De otro lado, la legislación imperial, la gran fuente del derecho, intervino en la regulación y restricción de la jurisprudencia, manifestación del estatismo, y la potestad pública decidió otorgar formalmente validez a determinadas obras jurisprudenciales, de modo tal que su vigencia y carácter vinculante ya no derivarían de la autoridad de sus autores, sino de la potestad legislativa.

Una constitución de Constantino del año 321 privó de autoridad a ciertas obras discutidas, como las *notae* a Papiniano que se atribuían a Ulpiano y Paulo, y otra del año 327 autorizó el *corpus Pauli*.

A su turno, Valentiniano III el año 426, en la llamada *Ley de Citas*, reiteró la prohibición de las referidas *notae* a Papiniano y dispuso que sólo

se podría invocar la autoridad de cinco juristas, a saber, Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo. Para el caso de desacuerdo o controversia de opiniones debía primar el parecer de la mayoría, en caso de igualdad debía preferirse la opinión de Papiniano, y si éste no se había pronunciado quedaba al arbitrio del juez adoptar la decisión.

Esta constitución fue recogida en el *Codex Theodosianus* del año 438 con una importante modificación, pues se prescribía que además de las opiniones de los expresados cinco jurisconsultos se podían invocar las de aquellos que aparecían citados en sus obras, con lo que la restricción perdió gran parte de su fuerza. Así la legislación imperial despojaba a la jurisprudencia de sus últimos atributos, pues ahora ya no habría derecho alguno válido y vigente en razón de la *auctoritas* de los juristas, sino que las obras de aquellos autores reconocidos por la ley tendrían fuerza vinculante por la propia *potestas* pública.

De todas maneras la potestad imperial terminó por invadir la competencia del Senado, pues desde el imperio de Adriano los senadoconsultos tuvieron valor como fuentes del *ius civile* al igual que las *leges*, y su texto era simplemente la *oratio* del emperador leída en el Senado por algún representante suyo, ante la cual a los senadores sólo tocaba aclamar la voluntad del emperador (*adclamatio*).

Así el emperador se convirtió en la fuente exclusiva de la legislación, pues los magistrados ya no dictaban leyes en los comicios y él había traspasado dicha actuación al Senado, que cumplió un rol meramente formal.

Respecto de la costumbre, los juristas de la última época clásica le habían reconocido un papel supletorio. Precisamente a esta costumbre se refería Ulpiano en su obra *De officio proconsulis*, en el que señalaba que la costumbre inveterada solía ser observada como derecho y ley en aquellos casos que no provenían del derecho escrito. En la misma época clásica tardía el derecho imperial reconoció en la costumbre una función interpretativa de la ley.

En la época postclásica se produjo un alejamiento entre la ley y la práctica, debido a lo cual surgió el problema de la contraposición entre un derecho consuetudinario y el de las leyes imperiales, hasta que desde finales del siglo IV se comenzó a considerar a la costumbre con similar valor al de la ley (*pro lege*).

Fue en este momento cuando se admitió la idea de la posibilidad de la derogación de las leyes por el consentimiento tácito del pueblo que se expresaba mediante su desuso (*per desuetudinem*). A eso se refería el texto que señalaba que la costumbre inveterada era guardada como ley.

Finalmente el derecho imperial acabó por aceptar el valor general de la costumbre. Así Constantino declaraba que “*no era vil la autoridad de la costumbre y del uso de largo tiempo, aunque no había de ser válida hasta el punto de prevalecer sobre la razón o sobre la ley*”, y el emperador León en la segunda mitad del siglo V declaraba que “*la costumbre aprobada de antiguo y tenazmente observada se asemejaba a las mismas leyes y obligaba, y por ello mandaba que lo que se sabía establecido en*

oficinas, curias, ciudades, corporaciones o colegios hiciera las veces de ley perpetua.”

De este modo la costumbre se convirtió en la época postclásica en una fuente del derecho autónoma, carácter que no había tenido antes. En este tiempo, además, la costumbre de los provinciales se mostraba como uno de los elementos más influyentes en el derecho romano.

En la época postclásica, tras la concesión general de ciudadanía en tiempos de Antonino Caracalla (212), el derecho romano de juristas que perdía su primacía en la creación del *ius*, se vio influido por las costumbres de los provinciales a quienes se les había hecho ciudadanos, quienes no estaban suficientemente romanizados y como ya este derecho técnico y científico carecía de vigor, era ineficaz para poder enfrentar al derecho de las provincias, y entró en un proceso que dio pie a la formación del llamado derecho romano vulgar.

Así en las antiguas provincias occidentales del Imperio, el derecho romano va a mantenerse en sus formas vulgares, recogidas en los textos legales dictados por los reyes germánicos en los diversos reinos romano-germánicos. Ejemplo de estas leyes, llamadas bárbaro-romanas, fueron el *Código de Eurico* (c. 476) y el *Breviario de Alarico* (506) entre los visigodos; el *Edictum Theodorici* (c. 500) entre los ostrogodos; la *Lex Burgundionum* (c. 500) entre los borgoñones; la *Lex Salica* (c. 511) entre los francos sálicos; la *Lex Ripuaria*; la *Lex Alamannorum* (e. 712-725); y la *Lex Baiwariorum* (743/744).

1. Justiniano y el *Corpus Iuris Civilis*.⁹

En este tiempo la situación del Oriente del Imperio era profundamente diferente a la de Occidente, sobre todo porque allí se desarrolló un gran cultivo del derecho, particularmente en las universidades de Berito y de Constantinopla, donde hubo toda una escuela de profesores de *Codex Iustinianus*, que mantuvo la tradición clásica del derecho romano al estudiar las antiguas obras de los jurisconsultos y las constituciones imperiales, lo que dio pie a la formación de cierto derecho académico o profesoral, antecedente de la fijación legislativa de Justiniano.

Entre estos profesores bizantinos se contaron, durante el siglo V, Erocio, Patricio, Domnino, Demóstenes, Eudoxio, y Leoncio, y durante el siglo siguiente: Taleleo, Teófilo, Doroteo y Anatolio.

Justiniano, emperador en Oriente (527-565), realizó entre el 528 y el 534 la gran fijación del derecho romano, conocida desde la Baja Edad Media con el nombre de *Corpus Iuris Civilis*.

La compilación justiniana constaba de tres obras independientes: una colección de *leges*, denominada *Codex*; una antología jurisprudencial, llamada *Digesta*; y un texto didáctico, denominado *Institutiones*. A ellas se agregó posteriormente una colección de 168 constituciones del propio Justiniano, que por haber sido dictadas con posterioridad al *Codex*, fueron llamadas *Novellae Iustiniani*.

⁹ KOSCHAKER, Paul, Europa y el derecho romano, (Traducción Santa Cruz), Madrid, 1955, pp. 247-300.

La fijación del derecho romano efectuada por Justiniano fijó un derecho legal, el del *Codex*, y un derecho de juristas, el *ius del Digesta*. La primera de estas fijaciones fue ordenada por la constitución *Haec quae neccesario* del 13 de febrero del 528, que dispuso la formación de un nuevo *codex constitutionum* cuya formación estuvo a cargo de una comisión de diez miembros, entre los que se contaban Triboniano (*magister officiorum*) y Teófilo, profesor de la Universidad de Constantinopla. Este *Codex* fue promulgado por la constitución *Summa rei publicae* el 7 de abril del 529.

El *Codex*, del que se conocen muy escasos fragmentos, se basó de los códigos Gregoriano y Hermogeniano. Se sintió la necesidad de formar uno nuevo y esa labor la encomendó Justiniano a una comisión entre quienes se hallaban Triboniano y Doroteo, cuyo trabajo fue promulgado como *Codex Iustinianus repetitae praelectionis*, por la constitución *Cordi nobis* del 16 de noviembre del 534.

Este *Código*, que es el que se conoce, se componía de 12 libros, divididos en títulos con indicación de su contenido. El *Codex Iustiniani* tuvo el carácter de una fijación oficial del poder público, basada en las obras epigonales a que nos referimos antes y en el trabajo de los profesores de las escuelas de derecho de Oriente.

Después de promulgado el segundo *Código*, Justiniano continuó dictando una gran cantidad de nuevas leyes, muy pocas relacionadas con el derecho privado. Se las denominó *Novellae leges*, que aun en vida de

Justiniano fueron recopiladas por un profesor de Constantinopla llamado Juliano, en una colección denominada *Epitome Iuliani*.

En la Baja Edad Media se descubrió en Bolonia otra colección latina que recogía 134 *novellae* dictadas entre el 535 y el 556, conocida con el nombre *Authenticum*, en oposición al *Epitome Iuliani*. En ella se reproducía el texto original de las constituciones latinas y traducciones de las griegas.

La fijación del *ius* fue ordenada por Justiniano a través de la constitución *Deo auctore* del

15 de diciembre del año 530, que mandó formar los *Digesta* a una comisión dirigida por Triboniano e integrada por profesores y funcionarios imperiales, quienes debían compilar la jurisprudencia clásica, autorizándoseles para alterar los textos con el objeto de evitar contradicciones y de sólo recoger el derecho vigente.

Las alteraciones o modificaciones que efectuaron los compiladores justinianos en los textos jurisprudenciales recogidos en los *Digesta* se denominan *interpolaciones*, que comenzaron a ser identificadas y estudiadas.

Los *Digesta* fueron elaborados por comisiones a las que se encargó la revisión y selección de los fragmentos de determinadas obras y juristas, lo que se manifiesta en las cuatro grandes "masas" que se advierten en los *Digesta*, a saber, edictal, sabiniana, papiniana y apendicular.

El trabajo de la comisión acabó en menos de tres años y fue organizado en cincuenta libros, divididos en títulos que contenían un

número variable de fragmentos jurisprudenciales con la indicación del autor y de la obra de la que habían sido tomados.

El número de fragmentos compilados ascendió a 9.142, de los cuales, cerca de dos tercios correspondían a obras de juristas tardo-clásicos y, en particular, los mencionados en la *Ley de Citas*.

Los *Digesta* o *Pandectas* fueron publicados por la constitución *Tanta* el 16 de diciembre del año 533. Salvo los libros XXX, XXXI y XXII que contenían un único título.

Así como el *Codex Iustiniani* fue la obra fijadora del derecho legal postclásico, los *Digesta* fueron la obra de fijación del derecho romano de juristas.

Los derechos de juristas llegan a un punto en el cual experimentan la necesidad de su fijación, sobre todo por la diversidad de sus fuentes de producción y su carácter controvertible, que aumenta con el paso del tiempo.

Esta necesidad de fijación fue satisfecha por los propios juristas que elaboran obras epigonales que recogen el trabajo de la jurisprudencia, de modo que la fijación de un derecho de juristas procede por la propia vía de la autoridad y no de la potestad.

La fijación de un derecho de juristas coincide con la pérdida de su fuerza creativa que conduce a la formación de obras epigonales, que tras su composición se convierten en la expresión misma del derecho, por su aceptación en la enseñanza, los tribunales, y la administración, con lo

cual pierden su autoridad los textos jurisprudenciales no recogidos en ellas.

Según la doctrina mayoritaria la elaboración de los epígonos jurisprudenciales correspondió a la jurisprudencia tardo-clásica, en la medida en que sus obras constituyeron la culminación de una larga actividad de los juristas, que intentaron la tarea de reunir los resultados parciales y dispersos de las obras anteriores, unirlos a sus propios aportes y ofrecerlos de forma sistemática, antecedentes para la fijación definitiva del derecho de juristas. Ejemplo de estas obras epigonales de la última jurisprudencia clásica fueron el comentario *ad Edictum* de Pomponio redactado en 150 libros, el *Commentarium ad Edictum* de Ulpiano, y el de Paulo, y los *ad Sabinum*, de estos mismos juristas que fijaban partes del derecho romano clásico.

Estas obras epigonales, se volvieron en textos sacros para la época postclásica, sobre todo en Oriente, donde en las escuelas de Berito y Constantinopla los profesores de derecho mantuvieron la tradición del estudio científico del derecho sobre la base de las citadas obras epigonales tardo-clásicas, que de este modo se conservaron por vía profesoral o magisterial, pues mientras en las escuelas se estudiaban los epígonos jurisprudenciales, en la práctica se preferían epítomes y compendios de esos trabajos.

Fue este derecho magisterial de las escuelas de Oriente el vínculo entre la antigua jurisprudencia clásica y Justiniano, y el que permitió la

elaboración de los *Digesta*, en la medida en que ellos se construyeron sobre las obras epigonales tardo-clásicas.

Así, si bien los *Digesta* de Justiniano fueron impulsados por vía de potestad, constituyeron el máximo epígono fijador del derecho romano de juristas, en cuanto formado él mismo sobre la base de los epígonos jurisprudenciales de la última jurisprudencia clásica.

Además de las obras anteriores, Justiniano, ya avanzado el trabajo de los *Digesta*, encomendó a Triboniano y a los profesores Teófilo y Doroteo la formación de un libro de *Institutiones* dirigido a la enseñanza, que fue publicado por la constitución *Imperatoriam maiestatem* el 21 de noviembre del año 533.

Esta obra se basaba principalmente en las *Institutiones* de Gayo, divididas en cuatro libros que trataban el derecho civil conforme a la tripartición de *personae, res, actiones*. La fijación justiniana tuvo distinta suerte en Oriente y Occidente. En Oriente se mantuvo hasta la caída de Constantinopla en 1453, en cambio en Occidente su aplicación deficiente. Mientras el derecho romano se desarrollaba hasta tiempos de Justiniano, también se formaba el Imperio y se incorporaban a él diversos territorios y habitantes a los cuales se extendió la cultura romana y, como parte de ella, su derecho, en un proceso denominado romanización.

Para occidente será particularmente significativo este proceso dentro de la Península Ibérica.

Tal como se ha dicho, la jurisprudencia romana emanada de los juristas se desarrolló como una función libre y consultiva constituida por

las decisiones y respuestas que los juristas daban a particulares, asambleas, magistrados, jueces y al propio Emperador.

Ahora bien, durante la Monarquía y los primeros siglos de la República sólo puede hablarse propiamente de una jurisprudencia pontifical, pues su creación, consagración y aplicación estuvo en manos de los colegios pontificales.

Prima en esta época el derecho formalista, ritual, y no se distingue claramente la norma jurídica de la norma religiosa, aunque silenciosamente irá acusando un creciente e irreversible proceso de secularización.

Este proceso divídese en tres momentos: a) La publicación de las *XII Tablas* en el año 451 a.C; b) las fórmulas procesales publicadas por Cneo Flavio en el año 304 a.C; y c) las primeras respuestas y dictámenes públicos que diera un pontífice en el año 250 a.C. Este último hecho da inicio propiamente a la jurisprudencia laica.

II La Doctrina o ciencia del derecho en Occidente¹⁰

Importantes e influyentes corrientes del pensamiento jurídico del siglo XX sostienen que el derecho es, en lo fundamental, un conjunto de normas y principios generales. De ello se sigue que la ciencia del derecho sería un conocimiento sistemático del aspecto normativo del derecho.

Pensamos, a la luz de lo ya expuesto, que el saber propiamente jurídico ni es general ni tiene por principal objeto lo normativo. Es conocimiento jurídico por antonomasia aquel que informa la decisión de una contienda específica entre partes, siendo éste el sentido primario de nuestra *scientia*, saber de lo justo en una causa particular, lo que arroja como consecuencia que lo más importante que hacemos en ejercicio del derecho es con miras a la decisión de un conflicto actual o potencial.

Que el derecho sea esencialmente el conjunto de normas y principios generales que regulan coercitivamente el comportamiento de los seres humanos que vivimos en sociedad, es algo que de tan repetido nos llega a parecer evidente, no necesitando mayor explicación. El fenómeno más propio de lo jurídico, se nos dice y reitera, encuentra su foco en la ley, paradigma de la regla general de conducta, por lo cual los saberes jurídicos son conocimientos organizados referidos fundamentalmente a normas generales y a los principios que de esas normas se deducen.

¹⁰ Véase FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino, "El modelo romano de derecho de juristas", en REHJ. I, Valparaíso, 1976, pp. 33-42.

Si revisamos los textos que más influencia han tenido en la formación jurídica en Chile durante el siglo veinte, no es otra la visión que obtenemos. Para Claro Solar¹¹ “el derecho es el conjunto de reglas a cuya observancia el hombre puede y debe ser obligado por la fuerza”. Pescio,¹² a su vez, se vale habitualmente de la voz “derecho” en el sentido de regla o ley y describe el ordenamiento jurídico como un conjunto de normas. Vodanovic,¹³ culminando con la tradición intelectual mencionada, señala que “derecho objetivo es el conjunto de normas que, en una sociedad organizada y autónoma, disciplinan, generalmente bajo amenaza de sanción, el comportamiento de los miembros de ella en las relaciones que entablan entre sí para satisfacer sus necesidades materiales y espirituales y lograr el bien común”.

El pensamiento jurídico nacional en la materia no se aparta en esto de tendencias que predominan en diversas tradiciones jurídicas. La tradición continental, centrada en la obra de Hans Kelsen y la tradición del derecho común cuyos mejores expositores han sido Austin y H. L. A. Hart, comparten en lo sustancial la idea de que el derecho es principalmente un asunto de normas.

La norma fundamental hipotética propuesta por Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart son, pese a múltiples diferencias entre ellas,

¹¹ Véase CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*.

¹² Véase PESCIO V. Vitorio, “Manual de Derecho Civil”, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1951

¹³ Véase VODANOVIC, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. (Chile)

ilustraciones de la preeminencia que lo normativo tiene en sus respectivos sistemas de explicación del derecho.

En los años 1989 y 1990 una revista francesa de teoría jurídica publicó ponencias de diversos autores sobre el tema "Definir el derecho". De ellos, 25 conciben lo jurídico en función de normas, reglas, leyes. Siendo la antes descrita la noción que el siglo concibe como la más expresiva de la *res iuridica*, no es de extrañar que la concepción de la *scientia iuris* se muestre en la misma línea de razonamiento.

Vodanovic, resumiendo muchos decenios de docencia jurídica nacional, expone que "la Ciencia del Derecho se ocupa del origen y evolución de los principios teóricos y normas de orden jurídico, sea en un país determinado o en el mundo en general: compara las instituciones jurídicas de diversos países y las agrupa en sistemas, atendiendo a sus caracteres fundamentales comunes; también analiza las diferencias legislativas en el tiempo de acuerdo con las necesidades sociales, prevé los cambios de los ordenamientos jurídicos y se adelanta a proponer las soluciones y, en fin, concibe diversos métodos de interpretación del derecho".

Un autor extranjero de similar opinión señala que "se denomina ciencia jurídica a aquella disciplina que trata de conocer el derecho desde el punto de vista normativo, es decir, tiene como objeto la descripción del aspecto normativo del derecho o, mejor, el derecho visto como conjunto de normas".

Si se concibe el derecho como un conjunto de normas generales y principios, y si se cree también que la ciencia no es de lo singular, sino de lo general, pareciera que lo que han tratado de hacer juristas de los siglos XIX y XX es, hasta donde lo permite la naturaleza especial de lo que aceptan como *res iuridica*, construir una disciplina al estilo de la geometría, como la jurisprudencia de conceptos, o al modo de la física, como la jurisprudencia de intereses, entendidos éstos casi como fuerzas de acción y reacción.

Teniendo un objeto como son las reglas generales, la demanda de verdad que hace toda ciencia estaría satisfecha por la coherencia de las proposiciones que se organizan sobre las normas, construidas en un sistema u ordenamiento jurídico. Nos parece que no es adecuado colocar como centro de lo jurídico, como foco del sentido de aquello que denominamos derecho, a la ley general. Esta, cuya indudable importancia para la convivencia social no se discute, es la obra de un arte muy respetable, el arte de la política, pero no es una obra del derecho. Como lo ha dicho un destacado profesor chileno, el derecho es en cierta medida reacio a las normas. Creo que el núcleo de lo jurídico, que no está en la ley general, se encuentra propiamente hablando en el *juicio particular que decide, aquí y ahora, un conflicto entre dos partes en disputa*.

Sabemos que el juez, principal actor del mundo del derecho, no puede excusarse de pronunciar juicio o sentencia so pretexto de que no ha encontrado una ley que resuelva el caso. Por consiguiente, el acto más propio del arte jurídico, el juicio que decide un pleito, puede existir en

ausencia de ley que mire al núcleo de la *litis*. Así como debe haber juicio aunque faltare ley, es también perfectamente sabido que debe haber juicio aunque existieren dos o más leyes, principios o normas generales de contrario sentido, aplicables al núcleo del pleito.

Así, pues, sea por defecto o por exceso, puede faltar “la” ley en lo que es el foco de lo jurídico, pero lo que no puede faltar es precisamente el juicio que constituye lo esencial de nuestro fenómeno.

No se trata de restar importancia a la ordenación, a la disposición de las cosas humanas que la política hace a través de la ley. Las reglas generales se encuentran en todas las épocas y en todas las sociedades en que conviven seres humanos que se comunican mediante lenguaje. No se discute tampoco que la ley general sea importante en la decisión de conflictos, por lo menos en aquellos casos en que habiendo una norma sobre la materia principal del pleito, ella no es contrariada por otras normas, reglas o principios.

Lo que sí se sostiene es que lo propio, lo esencial, lo fundamental de lo jurídico no se encuentra en la ley, sino que en el juicio, que —como ya se vio— es debido aunque no exista ley o aunque las haya contradictorias.

La ley o regla general es una ordenación o disposición de conductas, una instrucción o mandato dirigido hacia personas. Su vocación propia es la aplicación o cumplimiento de lo que preceptúa la llamada norma secundaria.

Mientras las personas cumplan espontáneamente la ley, o lo hagan asistidas por la administración, estamos en el campo propio del arte político.

A éste cabe la obra consistente en lograr que la generalidad de las personas, en la generalidad de las situaciones, dé, haga u omita lo que la ley pone de su cuenta. Es así que el político y el administrador tienen por propia tarea procurar que las normas sean eficaces, pues así disponen realmente las conductas de las personas hacia el bien común.

Mientras la ley se cumpla espontáneamente, o con el mero auxilio de la policía administrativa, todavía no entramos propiamente en el campo del derecho, sino que aún nos mantenemos en el gobierno de la comunidad por el poder político. Alexandre Kojève ha mostrado en forma estupenda a nuestra época lo que juristas y jueces han experimentado por siglos: la sede de lo jurídico yace en el juicio, acto particular en que se dice lo justo de la causa o *litis*. La ley, si la hay aplicable, es un criterio de decisión; pero ella, la ley, no resuelve ni decide la *litis*. Quien tiene la carga de decidir o fallar la causa es el juez. Quien sobre sí toma el juicio, quien acepta ser juez de su prójimo, necesariamente será, a su vez, juzgado por lo que en tal calidad hiciera.

En los ensayos de P. Ricoeur¹⁴ sobre lo justo, relata el autor una experiencia y muestra una esperanza en relación con el juicio jurídico.

La experiencia se dice así: “En la École National de la Magistrature encontré lo jurídico bajo la figura precisa de lo judicial, con sus leyes

¹⁴ RICOEUR, PAUL, Lo Justo. Caparros Editores, España, 1995, 208 p.

escritas, sus tribunales, sus jueces, su ceremonia del proceso y, por último, el pronunciamiento de la sentencia *donde se dice el derecho*, en las circunstancias de una causa, de un caso eminentemente singular. Así llegué a pensar que lo jurídico, aprehendido bajo los rasgos de lo judicial, ofrecía al filósofo la ocasión de reflexionar sobre la especificidad del derecho, en su lugar propio, a medio camino entre la moral y la política.

Y así se muestra la esperanza: Pienso que el acto de juzgar alcanza su meta cuando el que ha ganado el proceso aún se siente capaz de decir: “Mi adversario, el que ha perdido, sigue siendo un sujeto de derecho como yo; su causa merecía ser escuchada; él tenía argumentos plausibles y éstos fueron escuchados”. Pero el reconocimiento no sería completo si estas palabras no pudieran ser dichas por el que perdió, el que no tuvo la razón, el condenado: él debería poder declarar que la sentencia que le quita la razón no es un acto de violencia sino de reconocimiento.

La relación entre ley, hecho y juicio se concibe habitualmente como una inferencia que va desde premisas legales y de hecho hacia una conclusión necesaria que constituiría el juicio o decisión del asunto controvertido.

Un juez nacional, escribiendo precisamente sobre la sentencia, expresa lo siguiente: “Tanto la interlocutoria, el auto, como la sentencia definitiva constituyen uno o varios silogismos que determinan uno o múltiples efectos jurídicos: la hipótesis de hecho que contempla la norma; un determinado actuar que ha sido comprobado y, por último, su

concordancia con la hipótesis enunciada. De esta adecuación surgen los efectos jurídicos pretendidos por el litigante. La premisa mayor consiste en la hipótesis de hecho que la ley prevé y la premisa menor la constituye su efectiva realización. Finalmente, la premisa final o conclusión implica la consecuencia necesaria de dicha subsunción y la determinación de los efectos jurídicos que por ella deben producirse”.

Y luego el mismo autor agrega: “Si se sabe razonar y si se cuenta con las leyes necesarias y éstas se encuentran al día, ninguna causa resultará irresoluble.”

La opinión de este magistrado está lejos de ser un punto de vista aislado. Más bien, constituye una clara expresión de lo que buena parte de nuestra doctrina jurídica y la mayoría de nuestros magistrados creen respecto de la aplicación jurisdiccional de la ley.

Al poner los juristas el acento en la ley se hace usual la mala inteligencia de los tópicos “ubi societas ibi ius”, “iura novit curia”, “da mihi facta, dabo tibi ius” y otros similares. Las doctrinas leen “ley” donde el tópico muestra *ius*. No se trata de que “en toda sociedad hay leyes”, sino que el tópico destaca que el estado de cosas, la situación o relación entre personas, que es amparada por el juez sólo tiene sentido en una circunstancia de convivencia, por razón de lo cual no existe *ius* que prescindan del otro, del prójimo, o que autorice que se convierta al otro en mera cosa o medio para lograr mis propósitos.

En el mismo sentido, no significan estos tópicos que los jueces conozcan las leyes (claro que deben conocerlas, pero también lo pueden

otros letrados y muchos legos) por lo que, una vez que las partes prueben los hechos, ellos —los jueces— dirán a las partes cuál es el mandato legal. No es así. Más bien se trata de que lo sustancial de ser juez está en su experiencia de conocer, y por ende poder decir lo que es justo en la causa singular descrita por los hechos que se le demuestran y por las peticiones de los litigantes.

Por tanto, no hay pretensión jurídica que sea “absoluta”: *súmmum ius summa iniuria*. Un alcance: el carácter no absoluto del derecho, de lo justo, precede por muchos siglos la máxima kantiana, postulado de toda relación que, por justa, merezca llamarse jurídica: “No degradar a ningún otro hombre convirtiéndolo únicamente en medio para mis fines”.

Desconocer que lo justo es relación entre personas, exigir tanto o de tal modo que el otro ya no sea sujeto de relación jurídica, sino mero objeto o cosa, acarrea lo siguiente:

Si yo soy un puro medio, también es puro medio el tú, y entonces ninguno de los dos tenemos nada gratuito que darnos, porque ni como esencias somos algo único e irrepetible, ni como entes existentes nos está verdaderamente consentido *ser*. Esto quiere decir que el amor personal ya no irradia destello alguno de gloria, o a lo sumo una ilusión engañosa de la misma a la que los amantes deberían mirar con una nostalgia cada vez más grande, o con cinismo: ya que una gloria del amor sólo puede florecer en el ámbito de una gloria del ser al menos barruntada. Donde el amor personal queda degradado en elemento casi mecánico de un proceso trascendental o biológico-evolucionista o

materialista, ningún otro valor podrá contrarrestar jamás esa pérdida, la existencia queda completamente privada de sentido y de esplendor, y no sería posible aportar una sola razón por la que es mejor que algo exista en lugar de nada. Vale esta reflexión que no es jurídica, pero que sí es pertinente.

Muestra el texto anterior que quien utiliza a otro como medio para lograr sus finalidades, quien —en otras palabras— le trata como si fuera una cosa, le priva de ser persona. Y yo no deseo ser tratado como mera cosa, por lo cual la regla de oro pone de mi cargo, siendo con el otro como deseo que el otro sea conmigo, tratar al prójimo siempre como persona, nunca como cosa, como medio, como objeto.

De esta manera, la regla áurea, que es la más antigua de todas las máximas morales, varios de los más significativos tópicos del derecho y la propia máxima kantiana del actuar correcto, apuntan todas en una misma dirección: la del camino que he de seguir para develar el *ius*.

La centralidad del juicio, núcleo de lo jurídico, está en la filosofía ética de Aristóteles, en la jurisprudencia romana, en Tomás de Aquino, en los teólogos juristas españoles del Siglo de Oro y, hasta nuestros días, en pensadores como M. Villey y G. Kalinowski. Pero, más que todo, ha estado y está en la experiencia de quienes practican el arte jurídico.

Hay juicios, y por cierto que muy famosos, en que el litigio entre las partes está casi enteramente determinado por lo que llamaríamos cuestiones de hecho, esto es, por el conocimiento que tenga el juez de la realidad de las cosas.

El famoso juicio del sabio rey Salomón, la ingeniosa sentencia del gobernador Sancho en su ínsula Barataria, son ilustraciones de aquellos casos que, sin plantear ninguna discusión de cuestiones de derecho, pueden ser resueltos por la perspicacia del juzgador. Ante Salomón nadie discute que el hijo debe quedar con su madre. Ante Sancho nadie controvierte que las monedas de oro dadas en préstamo hayan de ser restituidas. La sabiduría del rey, lo que en el gobernador Sancho se llama sólo ingenio, está en la mirada con que captan la realidad de los hechos *por conocer la naturaleza de las personas* que ante ellos se encuentran.

En aquellas contiendas en que las reglas aplicables no se discuten, en que ellas son aceptadas por la generalidad de quienes acuden ante el juez, y en que el conflicto reside en una discrepancia sobre lo que realmente ha ocurrido, una vez establecidos los hechos en su verdad el juicio no presenta mayor dificultad.

Otras causas tenemos en que sí hay contienda o controversia sobre aspectos propiamente legales, amén de aquella que pudiere existir respecto de situaciones de hecho. Muchas de estas causas permiten su decisión por el modo paradigmático de aplicación de las leyes, que es el razonamiento deductivo. Dos estupendas ilustraciones de esta manera de aplicar la ley se encuentran en un libro de Neil MacCormick y en el tratado sobre interpretación de las leyes de F. Bennion, quienes muestran magistralmente el modo de aplicar el razonamiento deductivo en derecho, sus exigencias y limitaciones.

Que la lógica sea prescindible al momento de redactar el juez su sentencia y el jurista su opinión o dictamen, es absurdo. Quien quiera prescindir de la lógica que no se prive de leer *La Génesis Lógica de la Sentencia Civil* que P. Calamandrei publicara a comienzos del siglo veinte, y saldrá de su error.

Pero quien cree que el arte jurídico se agota en la lógica, que no precisa sino de ella, yerra gravemente.

Hay contiendas en que el razonamiento deductivo no puede ser aplicado, sin más, para determinar la adecuada consecuencia de una disposición legal. Ch. Perelman ha escrito, y J. Wróblewski lo respalda que en verdad no sería necesario contar con un juez en aquellos casos en que las reglas llevan a la generalidad de las personas a la misma solución, por existir reglas adecuadas de razonamiento que parten de premisas no controvertidas.

Ambos distinguidos autores están contestes en que la verdadera prueba de fuego del juicio jurídico se encuentra en aquellas controversias en que las reglas son equívocas, en que el razonamiento, por correcto que fuere, no permite inferir una conclusión única, sino que es preciso adoptar decisiones, tantas cuantas fueren necesarias, para permitir volver al modo paradigmático de aplicación de las leyes.

Y estas decisiones, cada una de ellas un verdadero juicio jurídico, juicio del jurisprudente en que se aúnan inteligencia y voluntad, no proceden solamente del empleo de la razón. Son estas contiendas las que van bajo el nombre de casos jurídicos difíciles, en que la dificultad no

está en que exista controversia entre las partes sobre los hechos o sobre las leyes o sobre ambos, sino que consiste en que la certeza moral del juicio jurídico no se logra obtener por el solo empleo de razonamientos silogísticos.

Lo dicho sobre el juicio en casos difíciles podría hacer creer que las causas en que la sentencia puede derivarse deductivamente serían banales o mecánicas. No he querido decir esto. Su fallo puede exigir el máximo de quien debe justificarlo, tanto en habilidades argumentativas y de razonamiento, cuanto en la más insigne fortaleza de espíritu y valentía moral.

Sin duda que al juez del caso *Daniels*, expuesto por MacCormick, no le fue simpático acoger la demanda respecto de la señora Tarbard, mientras le negaba lugar respecto de la sociedad comercial que elaboró la bebida contaminada.

La entereza llevada al límite es la del Capitán Vere, creado por la magistral pluma de H. Melville en *Billy Budd, Sailor*. Vere, con el alma hondamente dolida, aconseja a los oficiales que juzgan a Billy Budd que procedan en una forma que, técnicamente, corresponde a la aplicación de la ley en forma deductiva. Sabe Vere que ello no puede sino concluir, como de hecho concluye, en sentencia de muerte dictada contra el marinero. Sabe también Vere que, en otro navío, en otra época, en otras circunstancias, el tribunal podría haber aceptado una excusa o atenuante, que exculpara a Billy Budd o que le permitiera recibir una pena menor. Pero en 1797, recién controlados dos graves motines de la flota, en un

navío inglés en campaña contra las escuadras de la Francia del Directorio, no podía el capitán Vere actuar sino como lo hizo.

Las causas en que procede, por ser posible, la aplicación de la ley por modo deductivo, pueden comprometer hasta lo más íntimo al jurista y al juez. Lo “difícil” que se les niega, se refiere a un aspecto del arte del derecho; no se refiere a una exigencia menor a la persona que juzga o dictamina.

El paso de la generalidad de la regla a la particularidad de su aplicación, aquí y ahora, a estas personas y no a otras, respecto de cierta conducta, puede estar marcado por cierto halo de incertidumbre, de indeterminación, de duda.

Quienquiera se haya ocupado realmente de la práctica del arte del derecho, de procurar conocer qué es lo justo de cada uno en una situación de conflicto, por buena experiencia propia sabe que esa incertidumbre, esa indeterminación, esa duda, le han acompañado una y otra vez en su contacto con la realidad de lo jurídico. ¿Y qué es, para una persona, esa duda? Wensich la describe así: El sujeto [que experimenta la duda] (1) considera posiblemente verdaderas al menos dos respuestas que se le ofrecen como solución de una cuestión determinada o de un problema determinado; (2) vacila perplejo entre las posibles respuestas; no sabe a cuál de ellas quedarse; (3) tiene el deseo no satisfecho de estar seguro, y (4) el sujeto tiene la convicción de que, en el asunto de que se trata, él no debe dar prematuramente su asentimiento.

El que la duda que uno tenga constituya o no una duda razonable es cuestión de la calidad de ser discreto, que a la persona le viene de su experiencia en el trato serio y habitual con cuestiones o problemas de la especie de que se trate: en nuestro caso, conflictos entre partes con posiciones encontradas que han de resolverse mediante la decisión de un tercero imparcial y desinteresado. Si un sujeto que trata habitualmente con lo jurídico nunca hubiera tenido la experiencia de la duda, o sería un espíritu puro, o tal vez sería alguien que carece de discreción, del discernimiento requerido para distinguir entre diversas opiniones más o menos bien fundadas.

A continuación se dan tres de muchas ilustraciones posibles sobre las causas o motivos de la incertidumbre, indeterminación o duda que se puede experimentar ante una *litis*.

Es bien sabido que desde las primeras reflexiones que el hombre ha hecho sobre la ley que ésta es una proposición de conducta que no es universal, sino que es meramente general, esto es, pretende regir en la mayoría de los casos: aquéllos en que los juristas aprecian que se da la *mens legis* o aquéllos en que realmente se encuentra el bien jurídico protegido por la norma o aquéllos en que se cumple en plenitud la finalidad que la norma persigue.

Decir que una regla es meramente general, ha significado siempre aceptar que hay situaciones particulares que parecen estar comprendidas en la letra y el sentido de la ley, pero en las que en realidad la ley no ha de tener aplicación. Reconocer cuáles son esos casos es propio del

discernimiento jurídico, particularmente de la calidad de ser discreto que corresponde al juez, que cabe esperar del jurista.

Tan fuerte es este fenómeno, llamado de la equidad o epiqueya, que él se manifiesta no solamente en las leyes humanas, sino que también en la ley divina. Dijo Dios a Moisés, y lo grabó con fuego en las Tablas de la Ley entregadas en el Sinaí, que los israelitas debían guardar el día del Señor. Pues bien, sin discutir un ápice esta ley de Dios, los sabios de Israel, reconociendo que la propia ley de Dios es general y no universal, llenaron muchas páginas de la Misná exponiendo situaciones y conductas que no eran alcanzadas por el precepto del descanso sabático.

No se trata de que los justos de Israel hubieran desconocido la infinita sabiduría de Dios legislador, atribuyendo a algún defecto suyo el que no pudiera dictar una ley plenamente universal.

Bien sabían esos sabios que la falla que impide a la ley divina ser universal no está ciertamente en Dios, sino que está en los hombres, en la debilidad que es propia de nuestra condición. Que Dios hubiera entregado a Moisés un mandamiento detallando todas y cada una de las situaciones en que no era exigible el descanso sabático, hubiera importado dar una regla de tal extensión y complejidad que ninguno de nosotros habría podido comprenderla y ni siquiera leerla en su integridad.

Prefirió Dios dejar en manos de los suyos el ejercicio del discernimiento necesario para distinguir cuándo el reposo era exigido y cuándo podía no serlo. No solamente eso, sino que también Dios permitió a los sabios de Israel discrepar sobre algunas de estas materias, como

ocurrió entre las escuelas de Samay e Hilel, con lo cual el necesario ejercicio del discernimiento se desplazaba de las opiniones discrepantes de los sabios al juicio de aquella persona que, sin ser hombre de la ley, era un israelita piadoso.

El tratamiento clásico de la epiqueya está en Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V, 1136 a 34 -1138 a 4, y en Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, la IIae, Q.XCVI, art. 6. Para comprender la fuerza del ejemplo que pone Santo Tomás (“en una ciudad cercada se decide por una ley que sus puertas permanezcan cerradas, lo que es útil al bien general en la mayoría de los casos”) conviene recordar que a comienzos del siglo en que se escribe la *Suma de Teología*, la infracción de este precepto por algunos imprudentes ciudadanos de Béziers permitió que los sitiadores entraran en la ciudad, la tomaran y masacraran a sus habitantes, tanto a los cátaros contra quienes se dirigía la cruzada, como a los fieles hijos de la Iglesia Romana a los que se quería proteger.

Así como en las contiendas con vocación de equidad se crea un aura de indeterminación, incertidumbre o duda respecto de alguna situación particular en que falla la presunta universalidad de la letra y del sentido de la ley, también ocurre algo similar cuando frente a la ley se yergue un estado que hace que ella, la ley, sea temporal y excepcionalmente inaplicable.

Es el estado de necesidad, del cual la más antigua sabiduría jurídica dice que él no reconoce ley. Ciertamente es que el estado de necesidad

no tiene ley, pero eso no absuelve al juez de decir el derecho, lo justo, en esa particular circunstancia.

Una bella ilustración del estado de necesidad, de cómo ante él cede la ley para dar lugar a la creación equitativa de lo justo por el juez prudente, es el famoso caso de Luisa Ménard resuelto por el juez Magnaud en un humilde tribunal de aquella Francia que estaba dominada por la escuela jurídica de la exégesis.

Luisa Ménard, dispuesta a trabajar, pero quien no podía hacerlo por falta de un trabajo que fuera compatible con el deber de mantener a su madre enferma y cuidar a su hijo infante, acuciada por el hambre y para beneficiar, no a sí misma, sino a su madre y a su hijo, ambos sangre de su sangre, se apropia de un pan en una panadería y es encausada por robo.

El buen juez Magnaud la absuelve y esta absolución, en su época tan duramente criticada, hoy día nos parecería no solamente normal, sino que hasta necesaria en un juez digno y probo.

Una tercera y típica causa de “dificultad” en la dicción del derecho se encuentra en la colisión, en la *litís* de que se trate, que se produce entre dos principios que cobran simultánea aplicación, pero que —en el caso en cuestión— parecen apuntar en direcciones opuestas.

En los principios de Unidroit para los contratos mercantiles internacionales, se contemplan —entre muchos— los dos siguientes:

1.1. Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido.

1.3. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes.

Es el clásico *pacta servanda sunt*.

Muchos hemos tenido la experiencia de causas en que el actor pone como causa de pedir un principio, mientras el demandado se acoge a otro igualmente reconocido por la relación.

Sería una desproporción que el jurista decidiera que uno de los principios es nulo o inaplicable. No se trata de excluir un principio a favor del otro, sino de ponderarlos, y esto sólo es posible ante la circunstancia particular de la *litis*.

Ninguno de los dos principios puede, sin más, constituirse en premisa mayor de un razonamiento deductivo. El peso que uno y otro tengan, siendo ambos principios fundamentales de la contratación, es materia, no de un silogismo, sino de una decisión prudente que importa elegir entre alternativas, ambas tal vez plausibles, pero entre las cuales hay que pronunciarse.

Ocurre, entonces, que hay conflictos jurídicos en que aquello que es exigido saber para decidirlos justamente se encuentra en un área donde la regla no guía hacia una buena decisión, porque en esa área la realidad de las cosas hace que las leyes se presenten inciertas o dudosas. No se trata, en modo alguno, de que los casos jurídicos difíciles sean tales que en ellos todas las leyes adolezcan de incertidumbre. Si así fuera, respecto de tales casos la convivencia se haría imposible. Lo que ocurre en casos jurídicos difíciles es que una o más normas que directamente interesan para la decisión de la *litis* están, por así decirlo, en

entredicho, no dan luz en aquella área que es la más importante para decidir la controversia.

Por eso, en estos casos jurídicos difíciles el modo paradigmático de aplicación de reglas de conducta, que es el razonamiento deductivo, no puede tener inmediata aplicación. El caso jurídico difícil exige del juez, del jurista, una o más decisiones o juicios jurídicos parciales que le permitan recomponer, hacer posible, el razonamiento deductivo para seguir el camino desde las premisas hasta la conclusión tantas veces cuanto fuere necesario.

Las fuentes que crean dificultad en una *litis* pueden ser, además de las ya vistas epiqueya, colisión de principios y estado de necesidad, muchas otras, tales como las que encuentran su origen en conceptos jurídicos indeterminados o difusos, en antinomias, en colisión de tópicos, en la novedad del asunto litigioso, etc.

En los casos jurídicos difíciles el jurista y el juez deben, antes de dar el primero su opinión y el segundo su sentencia, tomar decisiones, esto es, emitir juicios: por ejemplo, deben decidir qué significa aquí y ahora, en este caso, la expresión “orden público”; deben decidir cuál sea, de entre dos exigencias diversas, la que se aviene con la *ratio iuris* pertinente, etc.

El saber que informa esos juicios jurídicos es lo que se conoce propiamente como *scientia* del derecho, no en el sentido en que se usa el término “ciencia” a partir de la Edad Moderna, sino en el sentido que la *scientia* tenía para quienes fueron creadores de la jurisprudencia. Muy

claro lo tenían esos romanos para quienes la *scientia* o saber del derecho, la jurisprudencia, era sobre lo justo y lo injusto referido a una *litis* específica.

La sabiduría jurídica de los romanos se ocupó muy poco de la *lex*. Quienes sí lo hicieron, al modo de Cicerón, fueron oradores o filósofos estoicos que seguían las aguas de la filosofía helenística. Los jurisperitos romanos se ocuparon del *ius*, de aquel estado de cosas, de aquella relación específica entre personas, que la *polis*, *civitas*, *regnum* o Estado, encarnado para este efecto en el juez que practica el arte jurídico, protege y tutela.

La ley es el núcleo del fenómeno político. Su vocación está en el cumplimiento espontáneo o asistido por el auxilio meramente administrativo, que hace posible aquella general eficacia de las normas jurídicas, ausente la cual la *polis* no puede subsistir. Pero la ley no va directa y necesariamente a lo singular contencioso; ella no decide la *litis* entre partes. Entre la generalidad de la prescripción legal y el particular juicio sobre una controversia en justicia, puede interponerse una situación de relativa indeterminación, de duda o incertidumbre.

El *iter* desde aquella generalidad al juicio particular pasa por la persona del jurista, del juez. Pasa por su *ratio*, pero no solamente por ella, sino que también pasa por su *intellectus* y por su *cor*, por lo más profundo de su persona. Así es el juicio jurídico en casos difíciles, así es la causa que informa la sentencia que dice qué es lo justo en la decisión de esta concreta *litis*.

Puede y debe haber decisión jurídica aunque falte, falle o sobreabunde la ley; pero no hay derecho sin juicio. Y este juicio procede de *ratio* y *voluntas*, de *intellectus* y *cor*. En lenguaje de Pascal, el juicio jurídico exige el *esprit de finesse* que describe en sus *Pensamientos*:

En uno (*l'esprit de géométrie*) los principios son palpables, pero están alejados del uso común, por manera que, faltos de hábito, apenas les prestamos atención; pero por poco que atendamos a ellos, captamos los principios con plenitud; y se requeriría de falsedad espiritual para razonar mal a partir de principios tan de bulto que es casi imposible que (su significado) se nos escape.

Pero en el *esprit de finesse*, los principios son de uso común y están delante de los ojos de todo el mundo. No exigen que nos violentemos para aprehenderlos; se trata solamente de tener buena vista, y muy adecuada; porque los principios son tan poco sistemáticos y los hay en tan gran número, que es casi imposible que alguno no se nos escape.

Ahora bien, la omisión de un principio arrastra al error, por lo tanto hay que tener la visión clara para aprehender todos los principios, y luego valerse de un espíritu justo para no razonar incorrectamente a partir de principios conocidos.

Comentando este pensamiento, Romano Guardini en su *Pascal*, expone algo que parece muy pertinente: *Esprit de finesse* es la capacidad de comprender en su singularidad la realidad del hombre, realidad muy distinta a la de los cuerpos simples que el *esprit de géométrie* estudia en

las Matemáticas y la Física. *Coeur* es la unidad de los actos que experimentan y se apropian de los valores. Ambos son, no obstante, de procedencia espiritual; conocimientos que se fundan en percepciones. Lo que realiza el *esprit de finesse* no es una intuición irracional; existe, al contrario, una “lógica” que lo ayuda. Y si Pascal declara con modestia que él no se encuentra en condiciones de construirla, sus *Pensamientos* contienen contribuciones sorprendentes al problema de saber con qué instrumentos racionales debe abordarse la realidad viviente del hombre.

Por lo tanto, el *coeur* no es un sentimiento irracional, sino una valoración espiritual, que funda un conocimiento en el sentido más preciso del vocablo; así existe una lógica del corazón, es decir, de los motivos y de los valores de la realidad. Que ni *coeur* ni *esprit de finesse* estén al margen de la razón se confirma con una afirmación de la filosofía perenne que, para el caso, tomamos en la formulación que de ella hace J. Pieper.

La Edad Media distingue la razón como *ratio* de la razón como *intellectus*. La *ratio* es la facultad del pensar discursivo, del buscar e investigar, del abstraer, del precisar y concluir. El *intellectus*, en cambio, es el nombre de la razón en cuanto que es la facultad del *simplex intuitus*, es la “simple visión” a la cual se ofrece lo verdadero como al ojo el paisaje.¹⁵

Ahora bien: la facultad cognoscitiva espiritual del hombre, y así lo entendieron los antiguos, es ambas cosas: *ratio* e *intellectus*; y el conocer es una actuación conjunta de ambas.

¹⁵ KOSCHAKER, Paul, Europa y el derecho romano, (Traducción Santa Cruz), Madrid, 1955

Para nosotros, a quienes el concepto de ciencia significa conversación con lo universal, nos puede parecer inaceptable, por extraño, que la ciencia jurídica del romano haya sido saber de lo individual y concreto. Pero así fue y, en el núcleo de lo jurídico, así es todavía.

La jurisprudencia, la *scientia* del derecho propiamente tal, es la noticia que uno tiene de lo justo y de lo injusto, y no de lo que sea tal en general, sino de lo que es justo e injusto respecto a esta causa que litigan Pedro y María por la propiedad de un terreno, quienes la controvierten por determinadas causas de pedir ante el tercero imparcial y desinteresado que está llamado a dictar sentencia.

Queremos decir, en consecuencia, que *scientia* del derecho es conocimiento particular, como aquel conocimiento que el abuelo tiene del amor de su nieta, como aquel conocimiento que uno tiene de la bondad de otro ante su acto generoso de amistad, y no un saber formado de proposiciones generales, ni mucho menos de proposiciones necesarias.

La *scientia* del derecho no es conocimiento al modo del que es propio de la geometría, de la aritmética o de la física.

Bien sabían esto los creadores de la jurisprudencia, de la *scientia* de lo justo y de lo injusto. No eran para ellos las consideraciones sistemáticas del estoicismo tardío de un Cicerón, con sus reflexiones sobre la ley general, que el jurista romano bien sabía era una manifestación del poder político y no una creación de los jurisprudentes. Y así lo entienden romanistas como Guzmán Brito y Kaser entre los extranjeros.

Escribe este último: La manera que tenían los romanos de ver su derecho casuísticamente, es decir, desde la perspectiva del caso concreto, domina todos los períodos de la historia de su derecho. En los comienzos de cualquier pensamiento jurídico existe el tribunal, en que se encuentra el derecho para cada caso concreto, no la ley. El derecho romano mantuvo siempre ese carácter de casuística jurídica, o mejor, de problemática jurídica.

Ahora bien, al preguntar por los caminos que conducían a los romanos a elaborar su derecho dentro de este estilo casuístico, lo que se encuentra en primer plano es más bien la intuición, esto es, se llega a la decisión mediante una comprensión inmediata, que no necesita de una argumentación racional. Este ver espontáneamente la solución exacta se basa en dos tipos de fundamentos que se compenetran íntimamente: a saber, el sentimiento jurídico material y la enorme experiencia adquirida.

Ahora es que uno se pregunta: ¿qué tipo de saber, conocimiento o ciencia es esta jurisprudencia que consiste en la saber de lo justo y de lo injusto? Para proponer una reflexión a este respecto, podemos partir por atender a dos palabras usadas en la frase anterior. *Saber* es propiamente aprehender aquello que tiene sabor, es la “sabrosa ciencia” de que habla Juan de la Cruz. Conocer, que es la palabra clave con que se define el concepto de jurisdicción, concibe también la relación más íntima y personal entre dos seres humanos. “Conocer desborda el saber humano y expresa una relación existencial. Conocer alguna cosa es tener experiencia concreta de ella; así se conoce el sufrimiento y el pecado, la

guerra y la paz, el mal y el bien; es un compromiso real con profundas consecuencias. Este conocimiento incluye una capacidad de discernimiento". *Saber y conocer* son, en los sentidos indicados, la raíz de la prudencia, que es un conocimiento dirigido a la decisión. La prudencia jurídica es saber y conocer sobre lo singular para ordenar, para disponer, aquí y ahora, respecto de tal o cual persona, lo que se ha de dar, hacer u omitir.

En el más profundo estudio sobre la justicia que nos haya dado la filosofía occidental, expone Platón la alegoría de la caverna: experiencia íntima y personal de quien sigue el camino desde la sombra a la luz, de quien pasa desde las meras apariencias externas hasta la luminosa idea del Bien, mostrada por Platón como un sol que primero enceguece, haciéndonos echar de menos el contacto indoloro con las apariencias, pero que luego, por una transformación del espíritu de la persona, le permite acercarse hacia el bien, la verdad y la belleza del ser.

Esta hermosa alegoría sirva también para mostrar que el *saber* y el *conocer* jurídicos del prudente no quedan, en aquellos casos que se califican como difíciles, agotados por el razonamiento discursivo, sino que hacen uso de la facultad de inteligir, de intuir, de discernir, que es propia de la sensibilidad espiritual.

En virtud de ésta, el jurisprudente se encamina desde la retórica de las partes, que pone énfasis en las apariencias, hacia la inteligencia que le permite reconocer la verdad y el bien de lo justo.

La sensibilidad del espíritu frente a lo justo, proveniente de la experiencia del jurisconsulto, encuentra también ilustración en este bello ejemplo que da el Maestro Eckhart: Cuando un maestro hace una imagen de madera o de piedra, no hace que la imagen entre en la madera, sino que va sacando las astillas que tenían escondida y encubierta a la imagen; no le da nada a la madera, sino que le quita y expurga la cobertura y le saca el moho y entonces resplandece lo que yacía escondido por debajo.

La frase del místico va a lo más hondo de la visión del artista, calidad que también tienen quienes crean obras de derecho, como son la sentencia, el informe o dictamen, etc. El arte del jurista no consiste en imponer “su” justicia sobre los litigantes, sino en inventar lo que es objetivamente justo en la *litis* actual o potencial. Como aclara C. G. Jung, inventar consiste en encontrar algo, buscándolo. Buscándolo, porque ya está allí y hay que develarlo. “La palabra inventar deriva del latín *invenire* y significa ‘encontrar’, y de ahí, encontrar algo ‘buscándolo’. En el último caso, la propia palabra insinúa cierto conocimiento anticipado de lo que se va a encontrar”.

Ahora bien, el sentimiento no es una emoción (que es involuntaria). El sentimiento es (como el pensamiento) una función racional (es decir, ordenante) mientras que la [mera] intuición es una “sospecha”, no es el producto de un acto voluntario; es más bien, un acto involuntario que depende de diversas circunstancias externas o internas y no de un acto de juicio.

El artista escultor, y también el jurisprudente es artista, tiene la sensibilidad espiritual que le permite recibir de la madera no sólo la materia de su escultura sino que también el develamiento de su forma.

Y quienes atienden a la verdad como develamiento de la forma del ser, a la manera de Martin Heidegger o de Hans Urs von Balthasar, en los libros que han dedicado al tema, podrán dar ahora todo su rico significado a la frase, tan conocida de nosotros, que reclama para el juicio jurídico afinado la propiedad de ser verdadero, *pro veritate habetur*.

El camino a la verdad supone una inclinación amorosa del sujeto que conoce hacia el ser que frente a él, mostrándose, se le devela. El develamiento, el mostrarse del ser de las cosas (en lo que a nosotros nos interesa, el mostrarse el ser de lo justo) exige una actitud del ser humano que está lejos de agotarse en el ejercicio de la facultad discursiva. Quien medite los escritos que Heidegger y von Balthasar han dedicado al tema de la verdad, podrá convenir conmigo que, sin desmerecer en nada a la razón como facultad discursiva, sería amputar a la persona de lo más digno que tiene en la esfera del conocimiento, pretender privarlo de la facultad de inteligir, de comprender mediante la captación de la esencia de la cosa, de intuir aquello que aprehende su sensibilidad espiritual. Hablar de sensibilidad espiritual y de discreción en derecho podrá parecer, a la primera y superficial visión de algunos de nosotros, como un camino hacia la irracionalidad y el misticismo que dejaría abierto el ánimo del juez a la arbitrariedad que permite el abuso.

Que la sensibilidad espiritual sea tomada muy en serio por otras disciplinas, es algo de lo que debemos tomar conciencia. Para Wenisch la intuición intelectual es el método más propio de la filosofía. Para Gödel y tantos otros matemáticos de distinción, la intuición ocupa un lugar fundamental en la que es ciencia por antonomasia. Qué bien nos hará saber que para físicos de categoría, la belleza sea un respetable criterio de verdad en su ciencia.

Lo que sea el sentido espiritual lo ilustra von Balthasar citando a Romano Guardini: Guardini explica lo que realmente debe ser la percepción, con un análisis de la función del ojo. “Este tiene su razón de ser en lo que ha de ser visto, lo cual no es un caos de cualidades sensibles secundarias, sino un conjunto de formas, que se expresan para ser percibidas.

Ahora bien, la forma no es sólo corpórea, significa proporcionalidad, contexto funcional, base evolutiva, imagen esencial, configuración de valor, y todo esto, tanto desde el punto de vista espiritual como desde el material. La cosa puramente material no existe, porque el cuerpo está determinado espiritualmente desde el principio. Y esta dimensión espiritual no se añade al dato sensible posteriormente, por ejemplo, a través de una elaboración del intelecto, sino que es captada en seguida por el ojo, si bien de un modo indeterminado e incompleto. El ver es un encuentro con la realidad.

Ahora bien, el ojo es simplemente el hombre en cuanto que puede ser tocado por la realidad a través de sus formas, que están en función de

la luz. Las raíces del ojo están en el corazón; en la más íntima... toma de posición ante la persona del otro como ante la existencia en su totalidad. Ciertamente, esta visión, como toda percepción de los sentidos, va acompañada o es llevada a cabo por un pensar que compara, distingue, ordena, ilumina y cuya labor puede caracterizarse como un extraer conclusiones.”

Martin Heidegger, por su parte, describiendo la doctrina de la verdad según Platón, nos recuerda que: “Al modo que el ojo corporal tiene que acostumbrarse, larga y progresivamente, sea a la claridad, bien a la oscuridad, así también el alma, con paciencia y conveniente procesión de pasos, ha de habituarse a los dominios del ser, al que está expuesta. Tal habituación exige, sin embargo, que, ante todo, se vuelva el alma entera hacia la dirección fundamental de su aspiración, a la manera que el ojo no puede mirar rectamente y hacia cualquiera dirección si, primero, no ha comenzado el cuerpo en bloque a estar vuelto hacia el correspondiente lugar.”

Y unas últimas reflexiones de von Balthasar que aparecen en un estudio sobre la esencia de la verdad, verdad como develamiento, desocultamiento, verdad como rectitud, verdad como fidelidad, todo lo cual tiene tan hondas resonancias para el jurista. Dice von Balthasar: “Las palabras *individuum ineffabile* significan sólo que lo individual jamás puede traducirse, sin dejar restos, en lo universal, pero en modo alguno significa que por eso no pueda ser conocido en su esencia. A medida que el ser y también su verdad van perfilándose paulatinamente desde la

naturaleza hacia la libertad, desde la universalidad hacia la unicidad, se modifica también el método del conocimiento, el medio adecuado para recibir la verdad. Si del lado de lo universal y abstracto bastara una actitud cognoscitiva impersonal, puramente objetiva, entonces la *ratio*, que debe adecuarse a la recepción de lo personal y único, tendría que satisfacer hasta a las suposiciones y condiciones previas de lo personal. Pero el hecho de que un objeto postule ciertas condiciones previas para ser conocido y que por eso sólo sea accesible a quien acate esas condiciones no significa, evidentemente, que él en sí mismo sea menos cognoscible, menos racional que cualquier otro. Sólo que el conocimiento de tal valor está atado a ciertas condiciones que no cualquiera está en situación de cumplir (p. 200). Los caminos y movimientos de las situaciones únicas e irrepetibles son fundamentalmente materia para el entendimiento judicial, que establece relaciones y ordena las tramas de sentido (pp. 202 y 203). Si las cosas no fueran jamás otra cosa que un “caso de”, una magnitud que puede intercambiarse sin pérdida con otros seres, en cuanto individualmente no poseerían el más mínimo valor propio, por consiguiente, tampoco pretenderían ninguna esfera exclusiva, reservada sólo a ellas. El conocimiento de lo singular no sería entonces sino una discrecional aplicación del Conocimiento general, así como se puede aplicar a menudo, a discreción, un axioma matemático, o con un molde de hornear, se pueden formar cuantos pasteles se quiera. En un mundo en el que tal sucediera, la existencia perdería todo sentido, pues el ser habría perdido aquella única propiedad que hace apetecible su posesión: su

respectivo carácter único e irrepetible. Todo grado del ser posee su propio amparo diferente del de los otros. Este amparo otorga a su respectivo develamiento y revelación el carácter de un acto único e irrepetible, en cierto modo solemne, en el cual se ostenta, imponente, el siempre nuevo valor de la verdad.”

Así, el ver, oír, gustar, tocar y oler del espíritu que ama la justicia son la expresión de la experiencia de la oculta presencia de lo justo, que se devela en el *sapor* de la *sapientia*. La *mens* es la facultad íntima y central con que podemos tocar y sentir lo justo, tocarlo en la inmediatez de su sabor (adaptado de H. U. von Balthasar). La sabiduría implica rectitud de juicio, la que puede darse de dos maneras: la primera, por el uso perfecto de la razón; la segunda, por cierta connaturalidad con las cosas que hay que juzgar.

Así, por ejemplo, juzga rectamente por cierta connaturalidad con lo justo quien tiene el hábito de la justicia. Juicio significa propiamente el acto del juez en cuanto es tal, que es decir el derecho (*ius dicens*). Así, la acepción básica del juicio es la recta determinación de las cosas justas. Y esta determinación requiere el uso exacto de la razón y la idoneidad para juzgar rectamente. Así pues el juicio es en verdad acto de la justicia como de quien inclina a juzgar rectamente, y de la prudencia de quien pronuncia el juicio (adaptado de Tomás de Aquino).

Decir el derecho, pronunciar juicio, es acto singular de una persona, no cometido de una regla general. Por obra del jurista, del juez, se hace el tránsito desde la ley o regla general a la particular, específica y

determinada contienda de que conoce el juzgador. Y este paso de lo general a lo particular puede no ser ni automático ni necesario ni resultado de un razonamiento deductivo.

Aceptado que sea que en los casos difíciles es no sólo respetable sino que indispensable valerse de los sentidos espirituales para captar la esencia de lo justo en la causa, digamos ahora que la sensibilidad espiritual no es, en modo alguno, una simple irracionalidad.

Ella no prescinde de la facultad discursiva del espíritu humano. Lo que ocurre es que quien se vale de la sensibilidad espiritual va más allá de la sola razón, más allá del discurso, tiende a la inteligencia, a la aprehensión de lo esencial, luego de que ha concluido, por agotamiento natural, una cadena de argumentos y razonamientos deductivos.

La sensibilidad espiritual del jurisprudente no es una conjetura, ni un presentimiento, ni un tanteo, ni una mera apreciación superficial del estilo de aquélla a que se refiere el chilenismo “me tinca que...”. La tinca o tincada pueden tal vez ser conjeturas que prescindan de la realidad de las cosas, de la efectividad del ser que está en y frente a cada uno de nosotros. Puede que la tinca no cumpla con la sentencia socrática de pasar el examen de la inteligencia, de mostrar su justificación; inteligencia y justificación que son esenciales en el actuar del prudente.

Puede que un ejemplo de sensibilidad espiritual, de saber o *scientia* de lo justo, es el que en su momento presidió la sentencia absolutoria dictada por el juez Magnaud en el juicio contra Luisa Ménard. También hay sensibilidad espiritual, y mucha, en el jurista o el juez que,

ante una controversia en el orden económico, por ejemplo en la producción o el comercio de bienes y servicios, está atento a las posibilidades de cálculo del funcionamiento de las empresas que son necesarias para que haya seguridad del tráfico.

Es también muestra de la sensibilidad espiritual del jurista o del juez estar realmente atento a que el “audi alteram partem” no signifique un mero pasar la vista por sobre el decir de esta o aquella de las partes interesadas en la contienda, sino que se tome en serio el deber de escuchar a ambas como una necesaria invitación a comprender la sustancia de sus puntos de vista.

Muestra también sensibilidad espiritual el jurista o el juez que está atento a tutelar la igualdad de quienes ante él comparecen, tanto en lo procesal como en lo sustantivo, juzgando de manera tal que ante él se haga realidad la máxima de que ninguna persona del género humano puede usar a otra como un mero medio para el cumplimiento de fines propios.

Por el contrario, creo que no existe prudencia en la apreciación de lo justo, en tantos casos que conocemos de dictámenes contrarios dados por los Tribunales de Justicia, sin que los que pronuncian un juicio se hagan cuestión, muestren siquiera tener noticia, de que existe una posible y racional solución en contrario, de la que no se hacen cargo, de cuyo rechazo no dan justificación.

La *scientia* de lo justo que mostró el juez Magnaud en el caso de Luisa Ménard no es una especie de *Deus ex machina* de que el juez se

haya servido para ocultar una preferencia personal. La sensibilidad espiritual del juez Magnaud, su intuición de lo que había de hacerse en un estado de necesidad, fue sometida a examen, fue justificada: él introdujo en su fallo el concepto de estado de necesidad, evaluó comparativamente distintos bienes jurídicos, consideró situaciones en que la conducta de la persona puede tener justificación o ser objeto de exculpación.

La sentencia que dio está bien trabada en su justificación interna y externa. Podrá discreparse de mi apreciación sobre la sentencia del juez Magnaud, en cuanto a que yo la estimo correcta mientras que otro pudo encontrarla contraria a derecho, como realmente ocurrió en la época en que esa sentencia se dictó. Pero me parece que no puede negarse que la sensibilidad espiritual de que dio muestras el juez Magnaud, que lo llevó al conocimiento de lo justo en el caso de Luisa Ménard, con aquella certeza moral que es dable exigir del juez, fue una sensibilidad espiritual cuyo resultado, el juicio, fue sometido a examen, respecto del cual se hizo un esfuerzo serio de justificación, por manera que la decisión a que llegó el juez con la intuición del prudente se nos muestra razonablemente justificada por medio de un proceso racional discursivo.

Como antes se mencionó, el ver propio de la sensibilidad espiritual, que devela la forma de lo justo en la controversia que podemos tener entre manos, no prescinde de la razón, ni mucho menos se opone a la atenta consideración dialéctica de las alternativas de decisión que están frente al jurisprudente. Un modelo de deliberación, al estilo del que nos muestra S. L. Hurley³⁵, o el análisis hasta el límite de argumentaciones

tales como las que describen S. Toulmin o Ch. Perelman o R. Alexy, son deberes que el jurista debe cumplir en todo caso, va de suyo que con la mayor honradez intelectual, para delimitar el ámbito en el cual habrá lugar a ejercer discernimiento.

Porque el discernimiento de la persona discreta no es ejercicio de arbitrariedad, sino manifestación de la virtud de la prudencia, informada por la razón, iluminada por el intelecto, movida por el corazón.

Así, pues, me parece que la *scientia* o saber propiamente jurídico, el del jurisprudente que tiene ante sí un caso jurídico difícil, versa sobre lo particular de la *litis*, informa el juicio jurídico y puede muchas veces reconocer su origen en la intuición o sensibilidad espiritual. El juicio jurídico que de esa *scientia* toma su causa, ha de ser explicado y justificado en la obra de arte primordial del derecho, que es la sentencia. Así, el juicio jurídico justificado, contenido en la sentencia, se comunica razonable y racionalmente a las partes interesadas, al tribunal superior, a todas las personas que forman la comunidad de la *polis*.

La *scientia* jurídica así entendida, hija y tributaria de la actividad de los juristas romanos clásicos y de su voluntad por buscar y encontrar la verdad y lo justo de cada caso, no es de generalidades, no es de relaciones necesarias, sino que se mueve en el ámbito de la singularidad de un conflicto específico, cuya dificultad consiste en que hay un halo de incertidumbre, duda o indeterminación respecto de lo que, en esa concreta situación, sea la relación justa entre las partes.

Corresponde al jurista en su dictamen y al juez en su sentencia mostrar, con razones pero sin verse necesariamente limitado por razones, que el *intellectus* y el *cor* de cada uno le han develado, descubierto, mostrado lo justo del caso más allá de las apariencias. En otras palabras, feliz el jurista y el juez que no añaden nada a la causa, sino que le quitan y expurgan la cobertura meramente retórica que se le haya dado, le sacan el moho, y permiten que resplandezca ante todos lo justo que yacía escondido por debajo.

El foco del arte que practicamos está, como bien lo ha mostrado Kojève, en el juicio y no en la ley general. Es por ello que el jurista y el juez prudente no pueden ni deben disculparse frente a la comunidad, poniendo de cargo de “la ley” o de su falla, la mala decisión de un caso o, lo que es peor, la falta de sentencia oportuna en el mismo. El juicio jurídico, particular y no general, puede no seguirse necesariamente de premisas tomadas de normas, de manera que el razonamiento deductivo, el discurso racional, tal vez no basten para discernir qué sea lo justo en la *litis*. Sabemos que es posible, que ocurre cotidianamente, que sobre lo justo de la causa pueda haber una discrepancia de pareceres, como ocurre siempre que un tribunal superior enmienda con arreglo a derecho una sentencia del tribunal de primera instancia. Pero, en los casos jurídicos difíciles, el uno y el otro de estos ejercicios de discernimiento, el del juez de primera instancia y el del tribunal colegiado de apelación, deben, en la sentencia que manifiesta el juicio y que es la obra maestra del arte del derecho, dar justificación de ese juicio en cada una de sus

líneas. El artista de excelencia que fue Joseph Conrad exigió de sus obras que lleven justificación en cada una de sus líneas. Cuánto más habrá el jurista de poner justificación en cada una de las de su dictamen, opinión o sentencia, como que en esas obras suyas puede irles la vida, la libertad, la relación de familia, la honra o los bienes a las personas que ante los jurisprudentes han acudido.

La discrepancia de pareceres es una experiencia cotidiana para quien se ocupa en la dialéctica jurídica. A modo de ejemplo, véase el caso del barbero en D.9.2.11: Escribe Mela que si varios jugasen a la pelota y uno habiendo golpeado la pelota con más fuerza, la hubiese lanzado sobre la mano de un barbero de tal modo que a un esclavo, al que el barbero estaba afeitando, le fuera cortada la garganta con la navaja, queda obligado por la ley Aquilia cualquiera de los que fueran culpables. Próculo dice que la culpa está en el barbero y, ciertamente, si afeitaba donde era costumbre jugar o donde el tráfico era frecuente, hay motivo para imputarle la responsabilidad.

Aunque también se dice acertadamente [Ulpiano] que si alguien se confía a un barbero que tiene colocada la silla en un lugar peligroso, sólo él tiene la culpa.

Si haya de encontrarse negligencia en el barbero, en el esclavo o en uno o más de los jugadores, no es cosa que se decida al azar. Si tres juristas imparciales y de nota ofrecen puntos de vista discrepantes, ahí precisamente es donde la dialéctica entre los juristas destierra a las retóricas encontradas de las partes. La dialéctica permitirá dar una

decisión (tal vez sólo por mayoría de votos) y ésta deberá ser justificada con argumentos razonables. Un libro de J. Pieper comienza así: Muchas cosas, necesarias y grandes como el derecho, están desamparadas por naturaleza. Han de ser defendidas por el poderoso, que tiene en esto no sólo su quehacer, sino también su legitimación.

Ahora bien, el ejercicio del poder del intelecto, para el bien como para el mal, es la argumentación. La reflexión que se ha hecho durante el siglo que acaba de terminar en relación a la esencia y naturaleza de lo jurídico ha querido poner el acento en el lado político de la ley, dejando en una situación tal vez desmedrada al juicio propiamente jurídico que está en el centro de nuestra vocación. Debemos reparar esta injusticia intelectual, prestando en lo sucesivo la atención que el juicio jurídico se merece, analizando con seriedad crítica las obras del arte del derecho en que manifestamos nuestros juicios, para abrirnos a la inteligencia del núcleo de lo jurídico y volver la jurisprudencia hacia aquella “ciencia sabrosa de lo justo” que nunca debe dejar de ser, y que se encuentra en la doctrina jurídica heredera de la tradición romana de hallar lo justo.

III El Rol del Jurista Contemporáneo¹⁶

Visto lo anterior, corresponde ahondar sobre el asunto de las transformaciones de la función, o las funciones, del jurista.

Las profesiones jurídicas, que figuran entre las más antiguas especialidades de las gentes de cultura, cambian en el fondo muy poco. Sus transformaciones se deben a modificaciones en la realidad a partir de la cual operan.

La profesión jurídica en cuanto tal es sorprendentemente estable (las profesiones médicas, igualmente tradicionales, cambian incluso más debido a la ampliación de los campos que se atreven a explorar y a la propia organización de la actividad profesional que eso conlleva). No obstante, el contenido de la actividad profesional y sus preocupaciones preferentes sí experimentan una necesidad de adecuación a un mundo cambiante.

La formación de las profesiones jurídicas tiene un trasfondo histórico. La base de la actividad de los juristas contemporáneos que como hemos visto se encuentra en los juristas romanos que inventaron (ya nos hemos referido a este término anteriormente) las categorías básicas del derecho y el característico modo técnico de pensar de los juristas.

¹⁶ FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino, "El modelo romano de derecho de juristas", en REHJ. I, Valparaíso, 1976, pp. 33-42.

También hay un antecedente de la función jurídica en los *togados* y *gens de robe* administradores de las monarquías de la época moderna (también la base del desaprecio social por ciertos tipos de comportamientos suyos: “Todo el mal nos viene de los *togados*”, se decía en la España de la monarquía absoluta; “*Pas d’1/2avocats*”, en la Comuna de París). Pero no se va a considerar estos modelos o bases antiguos del abogado y del funcionario público porque las sociedades industriales que conocemos son muy distintas de las sociedades agrarias y comerciales -y esclavistas y feudales- en que nacieron los modelos antiguos.

La sociedad liberal clásica, el modelo que acaso nunca ha tenido una correspondencia exacta en el mundo real, pero que sirve de útil punto de referencia para caracterizar las sociedades históricas puede caracterizarse como sigue: En el plano económico: la actividad productiva, que llega a quedar altamente parcelada, dividida, especializada, está a cargo de agentes económicos independientes que crean bienes en forma de mercancías. El mercado es el lugar de agregación de las voluntades individuales. La persecución privada del lucro por cada sujeto económico es hegemónicamente considerada -igual que ahora, dicho sea de paso- como productora de los mayores bienes sociales.

Todo asume la forma de mercancía: hasta el trabajo mismo -ya Locke, a finales del XVII, señalaba que los trabajadores son “propietarios de sus manos”, esto es, de su capacidad para trabajar). Y, consiguientemente, la sociedad liberal clásica se presenta desde el punto

de vista económico como un universo de propietarios independientes (aunque las gentes sean “propietarias” en sentidos muy distintos) que emprenden actividades productivas corriendo sus propios riesgos.

El lugar del ajuste es el mercado: éste, y sólo éste, determina qué actividades son “correctas” socialmente “castigando” a los productores de mercancías invendibles.

En la sociedad liberal clásica el Estado se mantiene distante de la actividad económica. Aunque pone algunas de sus condiciones esenciales de realizabilidad.

Así, un sistema de fronteras y aranceles que asegura un mercado “nacional” o interior: esto es, una determinación territorial del mercado. El Estado normaliza y asegura el instrumento cambiario, el dinero, aunque cierto es que empezó a hacerlo tardíamente. También suministra por su propia actividad elementos necesarios al proceso productivo, como el nivel científico y el depósito de conocimientos y su transmisión, a través del sistema educativo.

El Estado establece los patrones de medición, aporta un sistema de comunicaciones (camino, correos) sustraído, por fundamental, a la actividad de los agentes económicos privados, y emprende ciertas actividades de lo que se ha venido llamando tradicionalmente *fomento* (ciertas artesanías, etc.) y, en alguna medida, se ocupa de los pobres y miserables, puesto que el “orden” mercantil disuelve los vínculos personales tradicionales que proporcionaban a los más desafortunados cierta seguridad en el pasado.

No obstante, en lo esencial, pese a ser la actividad estatal necesaria para la de producir para el mercado (necesaria en el sentido de que la producción para el mercado no podría realizarse sin las condiciones puestas por el Estado), el Estado como tal se mantiene al margen del mercado, o de los mercados, sin intervenir ahí. En la sociedad liberal clásica el Estado es un policía: tras haber establecido las reglas se limita a velar por la conservación del "orden" así instaurado.

En la sociedad liberal pueden distinguirse dos tipos básicos de jurista, que serán caracterizados en seguida, además de tipos híbridos y profesiones especiales de base jurídica. Los tipos básicos pueden recibir los nombres de *juristas de mercado* y *juristas de Estado*. El *jurista de mercado* es el tipo básico de jurista formado por la sociedad liberal clásica. Un tipo del que deriva todavía hoy el modelo fundamental de actividad: la del abogado. En la sociedad liberal el jurista de mercado aparece vinculado a actividades que se desarrollan en un ámbito de actividades que en el imaginario de la modernidad se construye como privado: la zona de las relaciones personales y de las relaciones de producción, distinta de la esfera construida como pública, o zona de las relaciones políticas.

El abogado es el jurista de la contradictoria "sociedad civil". Sus funciones están relacionadas directamente con la actividad de producción de mercancías en sus fases preparatorias, de constitución de los capitales productivos, y en las de realización de beneficio, o conversión de las mercancías en dinero.

Contra lo que suele creerse, la función principal del abogado no consiste en abogar, en litigar. Su trabajo consiste, por el contrario, en evitar el litigio: en poner las condiciones de orden *particulares* necesarias para que sea el mercado mismo quien componga las actividades de los distintos sujetos, las “armonice”.

El trabajo del abogado se relaciona con la estabilidad de los distintos capitales. No opera, en realidad, con personas, sino con patrimonios. Interviene cuando éstos han de cambiar forzosamente de titular (sucesiones) o cuando una relación personal, como el matrimonio, puede vincular los patrimonios sin un fin económico específico.

Interviene cuando distintos capitales han de unirse para determinada actividad empresarial (contratos de sociedad); cuando se necesita una financiación especial coyuntural (hipotecas y otras formas de obtención y garantía de créditos) o se corren riesgos especiales (seguros); o cuando es preciso proteger un bien especial aportado a la producción (patentes), etc..

El abogado, en su actividad esencial, no es un litigante: es un componedor de normas privadas, particulares. Su trabajo consiste en idear y hacer aceptables -dadas las finalidades de los sujetos de la sociedad civil- todo tipo de compromisos. Su habilidad consiste tanto en el conocimiento del derecho en vigor como, sobre todo, en el conocimiento de las características específicas de la actividad económica y del tráfico de que se ocupan en cada caso sus clientes. El abogado-jurista de mercado desempeña la función de un componedor del tráfico económico

en una sociedad que se ve a sí misma como autorregulada por el mercado.

El mercado, sin embargo, no es capaz de vehicularlo todo. Las colisiones de intereses, los cuellos de botella en la circulación de capitales y mercancías, originan lo que los economistas han llamado desde Pigou “externalidades” del mercado. Lo que es ingobernable por el mercado pasa a manos del otro gran instrumento de agregación de voluntades de la sociedad liberal: el Estado. Los tribunales estatales se hacen cargo de la problemática que el mercado no ha podido resolver. El jurista de mercado, redactor en su gabinete de documentos, estipulador de cláusulas condicionales, inventor de conceptos acuñados para prevenir eventualidades del tráfico, se convierte entonces en jurista de foro. Del bufete al foro. Allí tratará de abogar, de defender su caso mostrando, esencialmente, que la “lógica del mercado”, la lógica del tráfico de mercancías, está de su parte.

El otro gran modelo de jurista de la sociedad liberal, el “jurista de Estado”, se construye en torno a la figura del magistrado. El magistrado es el encargado de dirimir los conflictos que escapan al mercado, que éste deja sin resolver.

La posición del jurista de Estado es sin embargo distinta de la posición del jurista de mercado. Si este último ha de situarse forzosamente en el punto de vista de la defensa de un patrimonio particular o de una empresa determinada, el jurista de Estado ha de velar

por la tutela de los patrimonios en general y del tráfico económico, de la sociedad mercantil, en su conjunto.

Tanto si es un magistrado como si se trata de un funcionario público que ha de dirigir actividades de fomento o administrar las funciones estatales que garantizan el orden público social y económico en cuyo seno es posible la actividad productiva mercantil.

El magistrado puede creerse “mera boca de la ley” (Montesquieu) porque su función, en la sociedad liberal, no es servir una política económica determinada, sino, simplemente, eliminar las dificultades que se oponen a la autorregulación mercantil. Puede así creer que se limita a *hacer cumplir la ley*, pues las eventuales innovaciones que un magistrado haya de introducir en el orden establecido serán vistas como el *descubrimiento* de una regla *implícita* en una cierta lógica.

La conservación de la burocracia de los tribunales, minuciosamente regulada por el derecho, corresponde a la finalidad de presentar a los magistrados, representantes del Estado, *por encima y diferentes* de los miembros de la sociedad civil. No ha de extrañar pues que los magistrados desarrollen una ideología profesional particular, extraña a las ideologías más inocentes de los profesionales civiles.

Por supuesto, también se requiere la intervención de los juristas de Estado cuando se producen graves transgresiones del orden social.

Ahora bien, la sociedad liberal clásica creó -al menos en el continente europeo- un tipo “híbrido” de jurista: determinadas funciones públicas, esencialmente vinculadas a la fé pública y a la publicidad registral, vieron

su ejercicio asignado a “juristas de mercado”, creando así un tercer tipo de profesiones jurídicas -notarios, registradores- de rasgos mixtos.

Aquí se mencionan fundamentalmente para completar el catálogo profesional básico. Por lo demás, esta condición tan aleatoria culturalmente de los “juristas híbridos” está llamada a desaparecer (aunque las estruendosas protestas corporativas que suelen elevar los profesionales de este tipo cada vez que se propone una racionalización de las funciones jurídicas ha conseguido hacer pervivir hasta el presente este residuo del pasado).

La capacitación jurídica era también, en la sociedad liberal clásica, como lo es aún en las sociedades capitalistas menos avanzadas, un trampolín de acceso a ciertas profesiones de acentuado carácter público, como el periodismo o el ejercicio profesional de la política. Dadas las funciones profesionales que asume el jurista, el eje de su formación técnica está constituido, obviamente, por el Derecho Privado. El jurista de la sociedad liberal es esencialmente un privatista.

Y el derecho privado es esencialmente un conjunto de reglas que aseguran dos asuntos: una clara titularidad patrimonial (o eficientes reglas que garanticen la gestión de patrimonios en caso de titularidad controvertida o impracticable) y el tráfico de capitales y de mercancías.

Quien esto comprende casi puede “inventar” por sí mismo el derecho privado, como Pascal reinventaba la trigonometría. Las mayores dificultades técnicas pueden hallarse, quizá, en las prácticas de tráfico jurídicamente abreviadas del ámbito comercial (esto es, del ámbito

económico no productivo), con un acusado componente histórico especializado.

Debe advertirse, sin embargo, que es erróneo considerar, fuera de la historia, al derecho privado como “núcleo” o “esencia” del derecho. Es ésta una opinión muy extendida que encuentra aval, por otra parte, en el hecho de que el primer desarrollo histórico del derecho, el derecho romano, en una sociedad comercial de base esclavista, es sobre todo también un desarrollo del derecho privado, del derecho de comerciantes y propietarios (el estudio del derecho público romano es, en el sentido del estudio del derecho clásico, más bien inesencial, pese a los interesantes cultivos de Mommsen y Schulz).

Pero la primacía del derecho privado tiene, tanto en el caso del derecho romano como en el caso del derecho de la sociedad liberal, una causalidad histórica: se debe al papel más bien lateral, de marco, que en ambos casos desempeña el Estado, o el poder de naturaleza política, en la actividad económica.

Asunto enteramente distinto -sin primacía real del derecho privado-es el que se da en la sociedad feudal o en nuestro propio tiempo. La primacía de la privacidad jurídica es un asunto histórico, asunto que en nuestra época parece entrar en crisis y cambiar de aspecto.

El modo de ejercicio profesional del derecho en la sociedad liberal clásica se acomoda a los patrones de la libre empresa artesanal. Lo más corriente es que el abogado sea titular de un “bufete” individual que es, en sí mismo, una pequeña empresa de servicios jurídicos.

La institución del llamado “pasante” mal asalariado -ayudante con conocimientos jurídicos medios, que aprende del “maestro” con el que colabora- y del personal administrativo y de servicio, así como la calidad de éstos, se integran en esta lógica artesanal. El titular del bufete, con sus cualidades personales, polemológicas y de foro, atrae a los compradores de sus servicios, con los que establece a veces una relación parecida a la del médico de cabecera con sus pacientes. De ahí la importancia de las apariencias externas en el ejercicio profesional: de la puesta en escena, del vestuario, de las formas.

Y, también, en esta sociedad lo innecesario de la especialización jurídica. El abogado se ocupa de todas las cosas divinas y humanas. Las corporaciones profesionales de esta actividad titulada conservan socialmente un poder parecido al que tenían en las ciudades los gremios profesionales a principios de la edad moderna.

Como apuntara Ortega, en toda profesión universitaria se da, además del ejercicio profesional, una función social de mando, entendida como un ejercicio difuso de hegemonía sobre el cuerpo social. Se trata de mandar no ya mediante imperativos sino por medio de modelos, mediante comportamientos prototípicos que ejemplarizan las exigencias del “orden”. Las profesiones jurídicas fueron en la sociedad liberal el lugar privilegiado de ejercicio de esa hegemonía, ya entendamos esta expresión en el sentido de Ortega o en el más acabado de Antonio Gramsci.

Así ocurrió probablemente por ser los saberes jurídicos los únicos conocimientos específica y globalmente sociales con cierta difusión en el siglo XIX, el siglo de la sociedad liberal clásica.

Pero muchos juristas han desempeñado también, grupalmente, hasta corporativamente, un papel socialmente avanzado en el hallazgo de *formas de ritualización* del enfrentamiento social: han cultivado una polemología tendente a sustituir las peores manifestaciones de violencia por comportamientos rituales, formales.

La lucha por la abolición de la pena de muerte, de las penas y tratos degradantes y crueles a detenidos y condenados, han tenido a amplios grupos de profesionales del derecho (tanto juristas de Estado como de mercado) entre sus agentes destacados.

Lo mismo puede decirse de su aportación a otras conquistas perseguidas por grandes masas sociales, en el sentido del establecimiento de prohibiciones y barreras a la interferencia estatal en nuestras vidas, conquistas que hoy conocemos con el nombre de libertades políticas y derechos y garantías individuales.

Esta lucha de no todos pero sí de buen número de juristas es probablemente la más valiosa aportación técnica de esta profesión al *demos*. Una tradición iniciada por los juristas de la sociedad liberal que no encuentra fácil acomodo en los tiempos presentes.

No se pretende aquí hacer historia: simplemente señalar que a lo largo del siglo XX cristalizan cambios -algunos de ellos iniciados en el

XIX- que alteran radicalmente el modelo de la sociedad liberal clásica dando paso a otro distinto.

El capitalismo llamado concurrencial -que presupone capitales de dimensiones más o menos equivalentes según las ramas de actividad, asociables temporalmente-, cede el paso a la concentración de grandes capitales y a la formación de capital exclusivamente financiero. Se magnifican las dimensiones empresariales, internacionalizándose a veces, y ciertas ramas industriales nuevas nacen directamente en condiciones prácticas de monopolio (electricidad y electrónica, industria química).

El problema constituido por la existencia de grandes masas urbanas de trabajadores asalariados obligará a intervenciones del Estado y otros entes públicos que a partir de los años 30 darán lugar a lo que se ha llamado "Estado Asistencial" o, más ideológicamente, "Estado del Bienestar".

Ahora bien, a partir de la gran crisis capitalista de finales de los años veinte el Estado abandonó su papel de vigilante del orden público económico y pasó a intervenir activamente en la economía: no sólo con la política de rentas y asistencial (Estado Asistencial), sino promoviendo directamente actividades económicas, ya de su propia titularidad (empresas públicas), ya parcialmente estatales.

En esta fase el Estado crea condiciones directas para la actividad industrial (gestión del territorio, polígonos industriales, construcción de viviendas), fomento de la instalación de grandes empresas privadas. Se

hace titular de actividades productivas básicas (minería, transporte, comunicaciones, energía). Gestiona o fomenta el comercio internacional (abandonando la política centrada exclusivamente en los aranceles), etc.. El Estado contingenta producciones agrícolas e industriales, regula salarios y precios, interviene sobre la masa monetaria y sobre su velocidad de circulación.

Un intensísimo movimiento migratorio despuebla el campo, convierte las villas en ciudades, las ciudades en metrópolis y las metrópolis en megalópolis. La urbanización exige numerosas intervenciones públicas de administración colectiva: en las condiciones de construcción, espacios públicos, transportes y comunicaciones, reglamentación de actividades en zonas restringidas. Ya no es sólo el Estado quien interviene en la actividad económica: también las instituciones públicas menores dejan de ser fundamentalmente gendarmes para convertirse esencialmente en gestores.

La producción y el consumo de masas crean problemas adicionales. La actividad del Estado se extiende a la gestión del tiempo llamado "libre" (en realidad *tiempo de consumo*), que es ocupado por una extensa variedad de *circenses* de Estado que ponen en marcha ramas enteras del sector productivo de los servicios. El Estado y los entes públicos han de vérselas además con problemas masivos de saneamiento y sanidad, etc. En suma: el Estado, y otros entes públicos, se convierten en la época que va de la segunda guerra mundial a mediados de la década del setenta, en los países avanzados, en importantes sujetos

económicos, de una parte, y en fiscalizadores directos de la actividad social general, incluida la económica, de otra. Es la época del *intervencionismo público*.

Al cambio en las funciones estatales corresponde un cambio orgánico en el Estado mismo. El centro de formación de la voluntad estatal no es el parlamento, sino el poder ejecutivo y más concretamente las administraciones públicas, que se desarrollan extensamente y adquieren poderes que nunca alcanzaron en el siglo XIX. Ello genera a su vez una dinámica perversa: *toda intervención económica del Estado, toda administración del mercado, implica un coste económico, es decir, en definitiva, puede tener un precio*.

También se producen importantes cambios, bien conocidos, en el derecho mismo. A la ley con pretensión de duración y estabilidad de la sociedad liberal clásica (los grandes códigos del XIX) le suceden las leyes-medida, las de coyuntura, las normas de ajuste (a menudo de rango infralegal pero importantísimas), las disposiciones ya no generales sino individualizadas, las soluciones jurídicas *ad hoc* implicadas por la presencia y la participación públicas en las relaciones entre sujetos particulares.

Si en la sociedad del intervencionismo público el Estado y demás entes públicos intervienen activamente en toda la vida social, ya sea como sujetos o partes, ya en una función de ajuste capilar de esas mismas relaciones -cuando el mercado deja de realizar por sí mismo “el mejor de los mundos posibles” para convertirse en un “mercado

administrado”- las funciones de los juristas no pueden menos que cambiar, ya se trate de los “juristas de Estado”, ya de los “juristas del mercado administrado”.

En el ámbito de la actividad del Estado y demás entes públicos puede decirse que en general la función de los juristas tiende a dejar de ser meramente arbitral, de guardianes o vigilantes de los diversos “órdenes públicos”, para pasar a una función de intervención, gestión y *decisión* activas.

Esta tendencia general en las funciones de los juristas de Estado va acompañada de reflejos organizativo-profesionales y de un desplazamiento de relieves importante. El magistrado deja de ser la figura emblemática real del “jurista de Estado” en beneficio de la figura del *jurista-administrador público*, a cargo de las principales funciones de ajuste social realizadas por la vía gubernativa y al margen de la actividad jurisdiccional (judicial).

El magistrado no aparece ya como la “mera boca de la ley” (que en realidad nunca fue). La ley general, estable y duradera, ha dejado de ser su único punto de referencia. El principal modelo de jurista de Estado no es el magistrado sino el jurista administrador funcionario. Probablemente por razones histórico-culturales, por el mundo de apariencias legitimadoras del poder que, en este universo social cambiado sigue desplegándose según las pautas del Estado de Derecho, la magistratura conserva un importante relieve social -y conviene, entiendo, que lo conserve, pues ella es el último reducto del garantismo jurídico en el

ámbito interno de los tres “poderes” clásicos de la doctrina del Estado-. Pese a ello, se encuentra funcionalmente en decadencia: la actividad procesal, garantista, es demasiado lenta y seguramente demasiado justa para los nuevos y expeditivos poderes sociales, que prefieren arbitrar sus diferencias mediante la ley de la jungla económica.

Por lo demás, cuando los magistrados se ven implicados en la resolución de “externalidades” del mercado (que cada vez más quedan a cargo de árbitros privados¹¹ o de juristas-administradores públicos, como se verá), no pueden, como en el pasado, aplicar una ley abstracta y general, sino que se ven obligados a actuar por sí mismos como agentes de un ajuste de tipo político-económico, inventando hasta cierto punto el derecho aplicable. El derecho de quiebras puede ilustrar esta cuestión. En la sociedad liberal la quiebra empresarial quedaba claramente dibujada en las leyes. La actividad de los magistrados consistía esencialmente en declarar la quiebra y el cese de la actividad económica y distribuir el patrimonio existente proporcionalmente entre los deudores. Hoy ya no es aplicable este simple esquema. Empresas técnicamente quebradas, con “agujeros” que parecen pozos sin fondo, sin viabilidad económica, pueden constituirse en problemas de orden público e incluso políticos, o plantear agudos problemas sociales por el despido masivo de trabajadores y empleados. En la sociedad públicamente intervenida una quiebra no es ya un asunto entre dos partes (acreedores y deudor) sino de tres: ahí está el Estado, que puede reflotar empresas, aplazar deudas al Tesoro Público o a la Seguridad Social, acordar contratos de suministro u otros que insuflen

nueva vida a la empresa técnicamente quebrada. En el mundo del capitalismo organizado y del intervencionismo estatal el concepto de quiebra es elástico, ambiguo. Los magistrados pueden limitarse a aplicar el derecho de quiebra existente en el caso de una pequeña empresa, insignificante socialmente. Pero no en el caso de unidades empresariales importantes. La ley ya no es *general*. Aquí los magistrados deberán examinar la *viabilidad político-económica* de la empresa en crisis, pese a la demanda de quiebra en forma, y proceder -entre resolución y auto, y evitando la sentencia- como si fueran auténticos funcionarios encargados del ajuste gubernativo, designando administradores judiciales de acuerdo con las posibilidades de financiación y refluotación, etc.. No es ya una mera función judicial la que tienen a su cargo, sino precisamente la función de *ajuste*, o al menos el recubrimiento jurídico-formal de una función de ajuste político-económica.

Tampoco en el ámbito penal se mantiene inalterada la función judicial. Son demasiadas las condiciones sociales que han cambiado, excesiva la masividad de los problemas (droga, violencia, abusos personales, delincuencia económica y política) para que los magistrados puedan achicar toda el agua que se cuele por las rendijas abiertas al sistema de garantías individuales. En este ámbito la situación de los magistrados es trágica. Son un poder mal visto desde un Ejecutivo molesto por las trabas judiciales a su expeditividad. Permanentemente en entredicho por un cuarto poder (el de los *mass media*) que desea la supremacía en el derecho de enjuiciarlo todo y *formar* opinión pública.

Aislados de las gentes por normativas que dificultan la intervención de éstas en la actividad procesal, pese a proteger sus garantías, la magistratura -los magistrados- ha encontrado en el estar en crisis su estado habitual. En su seno aparecen casos aislados de irracionalismo (son conocidos los de sentencias o autos disparatados y arrogantes), mientras buen número de magistrados se las ingenia por poner coto a la injusticia con cortos medios. Una situación profundamente problemática a la que es necesario aportar cuando menos los remedios que la propia magistratura no se cansa de señalar.

Las funciones de ajuste en la llamada -por comodidad y un tanto equívocamente- sociedad civil se desarrollan en diversos planos: uno es el del ajuste político general, para cuestiones de gran relevancia pública o política; pero más eficaz que éste es probablemente el ajuste político capilar, microscópico, que tiene lugar simultáneamente en miles de puntos de la actividad productiva y de la vida social. Prácticamente todo el ciclo de la producción y el consumo exige la intervención estatal o pública. El “mercado” existe, ciertamente, pero las condiciones de su funcionamiento son, como se ha insistido, puestas por el Estado; es intervenido por el Estado. No hay seguro, tarifa, salario o precio, cultivo, producción o comercialización que no esté regulado -y regulado en forma cambiante- por el Estado u otros entes públicos.

Esta regulación es en lo esencial no ya fruto de leyes, sino de una *negociación ininterrumpida*. En ella los funcionarios de estado, y señaladamente los de formación jurídica, han de componer, desde el

punto de vista del interés político -sería demasiado decir “del interés general”- arreglos que hagan posible un funcionamiento de coyuntura.

El jurista de mercado de la época del intervencionismo público no es ya el profesional liberal omniabarcante de la sociedad liberal, sino más bien la contrapartida del jurista administrador público.

Su actividad ya no consiste únicamente, como la del “jurista de mercado” que le precedió, en preparar instrumentos jurídicos para los particulares y secundariamente en litigar: es también, y muy fundamentalmente, un gestor-negociador. Pues no es posible edificar, instituir una empresa, obtener un trato fiscal específico, convenir acuerdos laborales, etc., sin una negociación a varias bandas, una de las cuales es inexorablemente una administración pública.

El ámbito estrictamente “privado” se ha reducido al de las relaciones más personales –separaciones matrimoniales- y a asuntos patrimoniales de contenido tradicional -sucesiones-. Pues en casi todos los campos están implicadas cuestiones “públicas”. Ello ha supuesto un cambio tanto en la formación del jurista como en la organización del trabajo jurídico.

En el ámbito de la formación de los juristas -el aprendizaje real, ya que no, todavía, en la organización de las licenciaturas- la primacía del derecho privado (dentro del cual, por otra parte, se observa un claro desplazamiento de peso relativo respecto del derecho mercantil en detrimento del derecho civil) deja paso a la del derecho público - particularmente el derecho administrativo. Y junto a una formación

administrativista o iuspublicista que el abogado de la sociedad liberal nunca tuvo, los juristas contemporáneos han de hacerse con conocimientos extrajurídicos sólidos y crecientemente especializados. Los instrumentos financieros y el seguro, por ejemplo, o son distintos que en el pasado o desempeñan funciones económicas distintas. La importancia acrecentada de las relaciones laborales, así como la de las cuestiones fiscales, exige a su vez conocimientos específicos. La formación del jurista tropieza con dificultades, hoy, en la enseñanza universitaria, que se adapta sólo lentamente a los cambios. Pues la enseñanza universitaria del derecho no ha encarado aún la actividad negociadora, extraprocesal, de los juristas del presente.

En cuanto a la organización del trabajo, el bufete individual no especializado tiende a desaparecer en las grandes aglomeraciones urbanas. Se impone una fuerte tendencia a la especialización profesional. Esta tendencia a la especialización sigue las diferentes ramas de actividad extrajurídica y no sólo las diferentes especialidades jurídicas.¹² Los servicios de los juristas del mercado administrado -con las salvedades apuntadas- tienden a presentarse desde formas de organización profesional que transforman la estructura del clásico “bufete de abogado” o prescinden de ella. Aparecen formas profesionales nuevas: desde la del jurista asalariado de una empresa, a la del jurista de un grupo de empresas, o de gremio, por una parte, que presta servicios jurídicos a un sujeto principal, hasta la de los gabinetes jurídicos multiprofesionales, en los que trabajan grupos de abogados más o menos

especializados en asuntos diversos, según un modelo que puede ser el norteamericano, de los abogados asociados, o el corporativo de los laboristas-trabajadores.

Surgen, por lo demás, nuevas formas de hibridismo profesional distintas de las tradicionales, como la de los juristas que pasan de la actividad “de mercado” a ser contratados por entes públicos, más o menos temporalmente, para desempeñar cargos de confianza, y viceversa. Pues en lo esencial la función de ajuste administrativo puede desempeñarse con igual valor técnico tanto si se defienden intereses políticos como los de los grandes sujetos corporativos de la sociedad contemporánea.

Ahora bien, desde mediados los años setenta el mundo vive una profunda transformación multifacética que se resiste a dejarse describir unilateralmente. Algunos de sus rasgos relevantes podrían verse como sigue:

a) Mundialización práctica del capitalismo, relativa desterritorialización del mercado, acompañada de endeudamiento masivo del mundo poco desarrollado, el cual se convierte en exportador neto de capital, abriéndose una importante brecha económica entre lo que se ha llamado “norte” y “sur” (económicos) del mundo. Aparición también masiva de lo que S. Latouche ha llamado "los naufragos del progreso".

b) Organización empresarial nueva, con la consolidación de grandes compañías multinacionales que arrinconan la organización productiva cuyo paradigma era la gran fábrica fordista y constituyen las llamadas

redes de empresas, esto es, retículas de unidades productivas fluctuantes y deslocalizables, en países diversos, dirigidas por un *cerebro* empresarial distante situado en alguna metrópoli del "norte".¹⁴ El gran capital puede ahora desplazarse fácilmente, desubicarse y deslocalizar sus centros productivos de un país a otro, habiéndose liberado además, en la rapidísima mutación mundial de los últimos veinte años, de las regulaciones y limitaciones que el movimiento obrero había logrado imponerle en una lucha secular.

c) Inicio de la tercera revolución industrial, con la incorporación de nuevas tecnologías informáticas y nuevos materiales de origen químico, lo que origina desplazamientos sociales tan importantes como el siguiente: se produce mucho más con mucho menos tiempo de trabajo; la capacidad para trabajar se convierte de este modo, crecientemente, en una mercancía difícil de vender incluso abaratándose. Las sociedades que han introducido la tercera revolución industrial entran en una fase de paro estructural permanente, con tendencia a que la mayoría de las personas vean el período productivo de su vida escandido por fases más o menos prolongadas de salida del mercado de trabajo, de trabajo precario, etc..

Desde el punto de vista *social*, hacen crisis las políticas de Estado Asistencial -aunque no, en modo alguno, el intervencionismo estatal, aunque éste cambia de signo, como se verá- en las sociedades desarrolladas. Se abre un período de políticas económicas neoliberales o mixtas, entre keynesianas y monetaristas, con las que los márgenes del Estado del Bienestar se reducen a mínimos, con desmantelamiento de

algunas de sus instituciones clave. Éste es el rasgo característico de la política económica en las sociedades altamente industrializadas.

Desde un punto de vista *político*, se asiste a un proceso relativamente rápido de formación de grandes áreas económicas las cuales implican, a su vez, ciertas formas nuevas de unión o asociación política: la Unión Europea, o el tratado de unificación mercantil en América del Norte -con normas y directivas supraestatales o interestatales realizada por vía esencialmente ejecutiva, es decir, reduciendo a mínimos la función de los parlamentos estatales y de los órganos de representación popular (la Unión Europea se dota incluso de un "Parlamento", pero sus funciones no son legislativas ni de fiscalización de los órganos políticos de decisión).

Y se constituye una *zona opaca* de toma de decisiones en parte al margen de los Estados y en parte por encima de ellos -las decisiones y acuerdos entre los grandes conglomerados multinacionales, que desmoronan las soberanías estatales o las limitan.

Desde el punto de vista *ecológico*, se asiste a un proceso que tiene en la Tierra precedentes a escala reducida, pero que alcanza ahora una dimensión universal y que puede describirse como sigue.

La civilización industrial es una civilización basada en el crecimiento, especialmente en el crecimiento cuantitativo. Y hoy este crecimiento industrial amenaza las bases ecológicas de la vida de la especie sobre la Tierra tal como la conocemos.

El industrialismo contemporáneo agota las materias primas y la energía no renovable, daña el medio a través tanto del acopio de residuos no eliminables como por la contaminación atmosférica (destrucción de la capa de ozono protectora, lluvias ácidas deforestadoras), de los acuíferos, de los mares. A este síndrome ecológico hay que añadir el del crecimiento demográfico (duplicación de la población cada treinta años aproximadamente), agravado por las condiciones sociales antes vistas de la división económica norte/sur. Todo ello en la perspectiva de que se alcancen los límites físicos de producción alimentaria del planeta en la primera mitad del siglo XXI.

En el síndrome ecológico-civilizatorio hay numerosos problemas implicados. El principal es el de la supervivencia de la especie sin catástrofes. Pero ese síndrome apunta también que los modelos culturales de vida del "norte" industrializado *no son universalizables*: es impensable que asiáticos, latinoamericanos, africanos, dispongan de vías asfaltadas, industria química, automóviles, electrodomésticos, viajes, etc., similares a los de las gentes hasta hoy privilegiadas del "norte" sin un deterioro irreversible del planeta. *Lo que está en cuestión es que los países pobres puedan seguir -y los países centrales mantener- el tipo de desarrollo y de "modernización" que conocemos.*

La democracia ha de tomar en consideración ya hoy a las generaciones futuras. Una de las condiciones de la decisión democrática es su reversibilidad, esto es, que nuevas mayorías puedan deshacer la decisión de mayorías anteriores. La tecnología del industrialismo, hasta el

presente, quita legitimidad a ciertas decisiones que pueden ser adoptadas por las poblaciones de hoy por privar de capacidad de decisión a las generaciones venideras.

Ya Locke sabía que sólo se legitimaba la apropiación individual de la Tierra y sus frutos siempre que se dejara a los demás otro tanto de la misma especie y calidad.

En este contexto de las “muchas crisis”, la sobreabundancia de normas es característica: sobrabundancia de normas-medida, principalmente, que se renuevan sin cesar. Pero el rasgo característico del período abierto, desde el punto de vista del derecho, viene a ser lo que podría llamarse la desjuridización del mundo.

Se ha señalado ya que en el período que corre desde mediados de la década del setenta hasta nuestros días el capital ha logrado liberarse de las regulaciones que condicionaban sus movimientos. El objetivo de la *desregulación* compendia las políticas económicas más o menos neoliberales aplicadas durante el período. Las relaciones económicas se desenvuelven en términos jurídicamente anómicos para los grandes sujetos económicos. Y el estatuto del trabajo asalariado tiende a cambiar a lo largo y a lo ancho del mundo, en general en el sentido de eliminación o debilitamiento de las obligaciones generadas a su respecto en el Estado y en las empresas. La *desjuridización* consiste en lo esencial en esto.

No desaparecen, por supuesto, las normas jurídicas, pero desempeñan un papel alterado respecto del período inmediatamente anterior. La expansión productiva se basa ahora, en el interior de las

sociedades de la tercera revolución industrial, menos en la explotación del trabajo directo que *en la apropiación privada de toda la invención social y en la socialización de los costes privados externalizables.*

En las sociedades de la tercera revolución industrial, en las que el trabajo tiende a hacerse cada vez más indirecto, más mediado por el nuevo artificio tecnocientífico, la innovación tecnológica se produce cada vez menos por obra del capital directamente arriesgado en ella cuanto como resultado de la posibilidad de apropiación privada de la innovación social que, dado el nivel general de instrucción, de conocimientos y de destreza alcanzados por el cuerpo social, produce por sí mismo este cuerpo. Y es precisamente la *desregulación* (la desjuridificación de determinados aspectos de la vida social) la condición indispensable para la apropiación privada (y jurídica) de la innovación.

Un ejemplo. Cualquier equipo científico de un gran hospital público (financiado socialmente, con dinero público) produce sostenidamente, en los países avanzados, nuevas técnicas médicas. Éstas pueden verse como producidas directamente por el cuerpo social, ya que es la financiación pública del hospital, la financiación pública de la educación de los médicos y otros científicos, etc., la que produce tales resultados, que se comunican libremente. La *desregulación* hace posible que las innovaciones sean inmediatamente aprovechadas sin costo por clínicas privadas y para lucro privado a partir de ahí, lo cual está jurídicamente protegido. Lo que se dice de la investigación médica puede decirse de casi todos los campos de actividad: desde la investigación en nuevos

materiales, en física, en química, en biología, etc., dándose en todos los casos una innovación financiada en amplia medida socialmente (públicamente) y una apropiación privada protegida jurídicamente.

Por eso puede hablarse, pese a la proliferación normativa, de *zonas de anomia*, de ámbitos de relaciones sociales visibles carentes de normación, reservadas por los poderes -tanto políticos como de las instancias del poder económico- para su funcionamiento irrestricto por normas jurídicas.

El fenómeno central, económico, va acompañado de otras anomias más específicas y no menos destacables. Se señalarán al menos dos: la *anomia ecológica*, que permite a los agentes económicos el deterioro de bienes-fondo de la humanidad (los acuíferos, la atmósfera, la tierra, etc.) sin ninguna o con ridícula asignación privada de esos costes); y el crecimiento del *ilegalismo de Estado*: la vulneración creciente en todo el mundo de los derechos de las gentes que fueron proclamados con la victoria sobre la barbarie obtenida en la Segunda guerra mundial. Los informes anuales de *Amnistía Internacional* así lo muestran.

Además de las normas menudean en los países industriales avanzados, con notable eficacia nueva y por paradójico que resulte, los mecanismos de gobierno tradicionales de la burocracia china: las consignas y los slogans.

Así se comprueba una y otra vez. El mandarinato con pretensiones tecnológicas de las sociedades avanzadas utiliza *consignas* en política

económica, de relaciones laborales, de inmigración, en el ámbito internacional.

La decadencia del derecho, es decadencia de un sistema laboriosamente construido de garantías y decadencia de un *discurso público* que permite a todos expectativas relativamente afianzadas de comportamiento de los demás. Y es peligrosa, particularmente, porque en un mundo de crecientes tensiones quita límites a las pretensiones de poder.

Ciertamente, los juristas, como profesionales, no pueden oponerse solos a la tendencia desjuridizadora. Eso es asunto cívico, y por fortuna no han desaparecido las minorías ciudadanas que prosiguen la lucha por el derecho, que no dan por supuesto que se haya agotado con las instituciones existentes el proceso de democratización de las relaciones sociales. Esto es: la lucha por la transformación de las instituciones y de señalamiento de nuevos límites al poder -a los poderes- en las cambiadas condiciones surgidas en este fin de milenio. Sí pueden los juristas, como técnicos, explorar y trabajar, para hacer propuestas a los demás ciudadanos, los campos de juridicidad pendiente. Señalemos los ámbitos en que más necesaria parece la intervención jurídica futura, esto es, los ámbitos en que los juristas, tanto como profesionales cuanto como portadores de una consciencia jurídica ilustrada que no ha encontrado consumación en el terreno social, pueden proponer a la intervención del *demos*, eliminando zonas anómicas y construyendo normas en las que

pueda convivir una humanidad más autoconsciente y menos autocomplacida que la de nuestro tiempo.

El ámbito de la investigación, la ingeniería y la terapia genéticas -y, en general, de la investigación biomédica-, cubriendo la amplísima zona de anomia que hoy permite a las empresas del ramo terapéutico y farmacológico especular sin límites con los seres humanos. El ámbito ecológico, en sus diferentes aspectos: tanto la prevención de accidentes, como el manejo de materias peligrosas para la salud humana, de los animales y del medio, como la gestión de residuos, así como la implantación de una auténtica contabilidad ecológica que impida la apropiación privada de bienes públicos y la socialización de costes privados. El derecho de las relaciones entre los pueblos y las poblaciones y no sólo entre los Estados, en la línea de construir un nuevo derecho de gentes para los previsibles tiempos de escasez y convertir las NN.UU. en una organización de pueblos y no de gobiernos. Un nuevo derecho para los *medios audiovisuales*, que hoy se amparan en el derecho a la libre expresión individual cuando se trata de organizaciones de grandes capitales que nada tienen de individual. Siendo los *media* los *formadores de la opinión* de nuestro tiempo, es preciso batallar jurídicamente para limitar los tipos de fabulación que componen su comportamiento habitual, hoy anómico y prácticamente incontrolable.

Probablemente es muy ambiciosos lo que se señala y excede en algo los propósitos de una tesis de grado, pero esto sólo si se ve como mero asunto de operadores jurídicos, de intelectuales especializados.

Pero los grandes cambios del derecho jamás han sido esto. No fueron los juristas romanos quienes obtuvieron la primera conquista, la *publicidad* de la Ley de las XII Tablas: fueron las masas plebeyas que lucharon por ello; de ahí parte el modo técnico-jurídico de pensar. Ni fueron juristas quienes proclamaron la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, sino el tercer estado y la plebe de Francia: luego se elaboró la legalidad moderna. En realidad el cambio del Derecho exigido en nuestro tiempo (y aquí sólo se ha aludido al territorio nuevo de este cambio, dando por supuesto que queda mucho por hacer en el territorio viejo) sólo será posible si las gentes, en vez de quedar abrumadas por los nuevos *gadgets* tecnológicos, acumulan voluntad y esfuerzos. Pero esto no quita que el elevado rol del jurista moderno consista precisamente en que la tradición de la que forman parte pueda expresarse poniendo su intelecto y experiencia en la búsqueda de nuevos criterios de justicia para resolver los problemas de siempre.

Conclusiones

De los antecedentes e ideas expuestas en este trabajo creemos que es posible extraer importantes consecuencias y que es posible todavía ensayar algunas reflexiones.

En primer lugar, sentimos que la base científica utilizada y estudiada nos permite concluir que en el origen y nacimiento del fenómeno jurídico se encuentra la necesidad de una reflexión social en torno a lo que debe considerarse como justo en relación a un conflicto socialmente relevante, real o potencial, que amenaza la paz. Y que esta reflexión, posteriormente transformada en una actividad específica, fue desarrollada por un grupo de personas que hoy distinguimos con el nombre de juristas o en sentido más amplio como doctrina del derecho.

Esta actividad fue esencial e intrínseca al fenómeno jurídico romano y fruto de él, y ha permanecido en esa calidad a pesar del paso del tiempo, independientemente de qué las personas llamadas a cumplir dicha función sean distintas en cada época, o muchas en otras. En un derecho cuya fuente predominante es la legal, la labor de los juristas ha quedado oculta, más que rezagada, bajo la enorme presencia de la figura del legislador.

Sin embargo, cuando el legislador se enfrenta con el desafío de elaborar normas de derecho, ya sea que él mismo cumpla la función doctrinaria o la cumplan otros actores u operadores jurídicos (como asesores permanentes, profesores de derecho, etc), ésta función doctrinal

siempre se verifica y resulta tan insustituible como esencial al derecho. Sin embargo, la tarea legislativa no se realiza únicamente en conformidad a criterios de justicia o de qué resulta ser lo justo en cada caso. Más bien, los criterios que se expresan y que se traducen luego a normas de derecho positivo tienen en el ámbito legislativo un fundamento predominantemente político, cuando no económico. Estos fundamentos tienen como origen la lucha por el poder político o su conservación. Por tanto, la búsqueda de criterios de justicia que caracteriza al jurista o a la ciencia jurídica, queda, ahora sí, confinada a las aulas de derecho o a las oficinas privadas de los juristas que ejercen la reflexión y el estudio al margen de la actividad de creación formal del derecho.

Esto acarrea otras consecuencias además de privar a la sociedad de la reflexión pura acerca de qué es lo justo en cada caso. Y esa consecuencia es que los juristas han devenido con el tiempo en comentaristas de normas jurídicas. Ya no participan activamente ni en forma decisiva en su formación, aunque sí a veces en la reflexión previa a su creación, pero sin demasiadas esperanzas. Y deben, por tanto, esperar a recibir las normas ya hechas conforme a otros criterios distintos de los de justicia; criterios demasiadas veces lejanos a la tradición moral, filosófica y jurídica de la sociedad en la que tendrán validez. Y la reflexión, rica, consistente, de la doctrina, se transforma en interpretación, exégesis.

Como segundo punto, diremos que la labor doctrinaria pura se ha desarrollado a lo largo de la historia del derecho por personas que han sido reconocidas socialmente como poseedoras de un cierto saber en el

que fundan sus dictámenes. Es lo mismo hoy. La actividad doctrinaria sigue siendo una labor entregada y ejercida por juristas, esto es, por personas de reconocido saber jurídico. Y este saber se transmite normalmente a través de la actividad académica, y mediante ella, generación tras generación, se extiende en el tiempo y permanece. Por lo que otra conclusión extraíble de estas investigaciones es que la actividad doctrinaria tiene su sede y ámbito propio de su desarrollo en la academia, en las universidades, aunque este fenómeno es diferente hoy a como lo fue en el origen de la doctrina jurídica. Las universidades son creaciones recientes comparadas con el surgimiento de esta doctrina o saber jurídico. El origen mismo de los juristas romanos era dispar. Hoy es uno solo, la universidad. Y cómo centro único de reflexión propiamente jurídica, la universidad asume una responsabilidad social enorme y debe ser fin prioritario de su actividad.

Finalmente, la revisión y estudios realizados en este trabajo, nos conduce a una última conclusión y reflexión, y es acerca del ser mismo del derecho, su esencia, su especificidad, su razón de ser.

Las concepciones analíticas del derecho quieren hacernos creer que el derecho tiene origen y justificación en un acto formal de autoridad y que está constituido principalmente de normas.

La concepción sociológica nos hace mirar las múltiples funciones que el derecho cumple en el sistema social: de control social, represora, promocionadora, legitimadora del poder político, etc., adjetivos de importancia grande, cómo no habríamos de reconocerlo, pero que no

constituyen el motivo de ser y no dan cuenta de la más profunda necesidad que el derecho busca satisfacer. Esta necesidad es la de discernir permanentemente qué es lo justo. Así, en forma pura. Y conforme a ello resolver conflictos actuales o potenciales que la sociedad considera relevantes de resolver a través de la autoridad social. Donde la autoridad social, la fuerza, es la herramienta para garantizar el cumplimiento de la norma que ha recogido el criterio discernido. Y esta norma posee valor, verdadero valor jurídico (en los términos que lo hemos desarrollado aquí), cuando ha traducido fielmente el criterio de justicia discernido por la doctrina del derecho.

Bibliografía

1. KOSCHAKER, Paul, Europa y el derecho romano, (Traducción Santa Cruz), Madrid, 1955, pp. 247-300.
2. LOMBARDI, Luigi, Saggio sul diritto giurisprudenziale, Milano, 1967, pp. 371-567.
3. FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino, "El modelo romano de derecho de juristas", en REHJ. I, Valparaíso, 1976, pp. 33-42.
4. GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La seguridad y la certeza jurídicas en perspectiva histórica", en REHJ. VIII, Valparaíso, 1983, pp. 55-69.
5. GUZMÁN BRITO, Alejandro, La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones, Valparaíso, 1977, pp. 91-96.
6. SCHULZ, Franz, History of Roman legal science, Oxford University press, London, 1943.
7. GUARINO, Antonio, L'Esegesi delle fonti del Diritto Romano, I, Napoli, 1968.
8. D'ORS, Álvaro, Derecho Privado Romano⁸, Pamplona, 1991, pp. 43-110.
9. IGLESIAS, Juan, Las fuentes del Derecho romano, Madrid, 1989.
10. GUZMÁN BRITO, Alejandro, Derecho Privado Romano, I, Santiago, 1996, pp. 21-71.
11. TORRENT: Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes, Zaragoza, 1995.

12. DAZA: Iniciación histórica al Derecho Romano, Madrid, 1997.
(existen reimpressiones posteriores).
- 13.- ARANGIO-RUÍZ, Historia del Derecho Romano, Madrid, 1980.
- 14.- BONFANTE, Storia del diritto romano, Milán, 1958.
- 15.- BURDESE, Manual de derecho público romano, Barcelona 1972.
- 16.- DE FRANCISCI, Síntesis histórica del Derecho Romano, Madrid, 1954.
- 17.- DE MARTINO, Storia de la costituzione romana, Napoli, 1972-1990.
- 18.- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Derecho público romano y recepción del Derecho Romano en Europa, Madrid, 2000.
- 19.- FUENTESECA, Lecciones de Historia del Derecho Romano, Madrid, 1978.
- 20.- KRÜGER, Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano, Madrid.1909. (existe una reimpression de 2003 en Albacete).
- 21.- KUNKEL, Historia del Derecho Romano, Barcelona, 1986.
- 22.- MOMMSEN, Compendio del derecho público romano, 1999 (reimpr. En Albacete y Ciudad Real) 1893 (en Toledo).
- 23.- TORRENT, Diccionario de Derecho Romano, Madrid, 2005.
- 24.- En soporte CD-ROM, y tanto para bibliografía como para fuentes, Bibliotheca Iuris Antiqui (BIA) disponible su consulta en los ordenadores de la Biblioteca.
- 25.- RICOEUR, PAUL, Lo Justo. Caparros Editores, España, 1995, 208 p.

26. CLARO SOLAR, Luis, Lecciones de Derecho Civil Chileno y Comparado.
27. PESCIO V. Vitorio, "Manual de Derecho Civil", Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1951.
28. VODANOVIC, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. (Chile)

Fuentes:

- 29.- El Digesto de Justiniano, III vols., trad. Alvaro D'Ors, ed. Aranzadi.
- 30.- Cuerpo de Derecho Civil Romano, García del Corral, (edición bilingüe), ed. Lex Nova.
- 31.- La Ley de las XII Tablas, C. Rascón y J.M. García, ed. Tecnos.