
REGLAS Y PRINCIPIOS. A PROPÓSITO
DEL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS
PRINCIPIOS JURÍDICOS A PARTIR
DE LAS *REGULAE IURIS*

JAVIER SALDAÑA SERRANO*

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Principios y reglas en la jurisprudencia romana.* III. *Contexto histórico-jurídico de las regulae iuris en el derecho romano clásico.* 1. *La figura del preator en la jurisprudencia.* 2. *Derecho honorario. Una ciencia del derecho hecha por juristas.* 3. *Jurisprudencia antiformalista.* 4. *Actividad dialéctica en la jurisprudencia tardo-republicana.* IV. *Juristas romanos tardo-republicanos.* 1. *Quinto Mucio Scevola.* 2. *Servio Sulpicio Rufo.* 3. *Marco Tulio Cicerone.* V. *Breve síntesis.* VI. *Periodo clásico del derecho romano.* VII. *Caracteres generales del derecho clásico.* VIII. *Fuentes del derecho romano clásico.* 1. *Ius.* 2. *Ius y aequitas.* 3. *Edicto romano.* 4. *Senadoconsulto.* 5. *Lex.* 6. *Jurisprudencia del periodo clásico y Responsum.* IX. *Conclusiones.*

* El autor agradece las interesantes sugerencias de los doctores Jorge Adame Goddard, Pilar Hernández, Carlos de la Torre, Hugo Saúl Ramírez García y particularmente a la maestra Marta Morineau I.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Uno de los temas que mayor interés ha despertado en los últimos años es el debate establecido entre las posturas de dos de los más importantes filósofos del derecho contemporáneos, H. L. A. Hart, y su sucesor en la cátedra de *jurisprudence* en la Universidad de Oxford, Ronald M. Dworkin, a propósito de las reglas y los principios del derecho. Según Dworkin, el positivismo, como sistema de reglas, ofrece una exposición inacabada de la forma en la que los jueces razonan al aplicar el derecho. En una de las citas que ya se ha hecho celebre escribía dicho profesor: “Quiero hacer un ataque general al positivismo y usaré la versión de H. L. A. Hart como blanco cuando se necesite un blanco particular. Mi estrategia se organizará alrededor del hecho de que cuando los juristas razonan o argumentan acerca de derechos subjetivos y obligaciones, particularmente en aquellos casos difíciles cuando nuestros problemas con estos conceptos parecen ser más agudos, hacen uso de patrones que no funcionan como reglas, sino que operan de modo diferente, como principios, políticas, y otros tipos de patrones. El positivismo es un modelo de y para un sistema de reglas, y su noción central de una única prueba fundamental de lo que es el derecho nos fuerza a pasar por alto el importante papel que desempeñan estos patrones que no son reglas”.¹

La diferenciación entre “principios, políticas y otro tipo de patrones”, resulta poco relevante para lo que aquí queremos destacar; no lo es en cambio la distinción que se hace entre “reglas y principios”. Las primeras son identificadas por el *test* de su *pedigree* (o la manera en la que ellas fueron adoptadas o desarrolladas), que sirve para calificarlas como jurídicamente válidas e inválidas, teniendo poca importancia el contenido de las mismas.² El

¹ Dworkin, R., *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, trad. Esquivel J. y Rebolledo, J., en Cuadernos de Crítica, UNAM, México, 1997, p. 18.

² Haciendo la crítica al positivismo jurídico y tomando en cuenta la diferenciación de posturas entre Austin y Hart acerca de lo que las reglas son, Dworkin explica su idea sobre estas reglas escribiendo: “(a) El derecho de una comunidad es un conjunto de reglas especiales usadas por la comunidad, directa o indirectamente,

propio Dworkin resume esto al señalar: “Decir que alguien tiene una ‘obligación jurídica’ es decir que en su caso ‘cae’ bajo una regla jurídica válida que le exige que haga o se abstenga de hacer algo. (Decir que alguien tiene un derecho subjetivo, o tiene un poder jurídico de algún tipo, o un privilegio jurídico o inmunidad, es afirmar de un modo abreviado, que otros tienen real o hipotéticamente la obligación jurídica de actuar o abstenerse de actuar en ciertas maneras tocante a él). En ausencia de dichas reglas jurídicas válidas, no existe obligación jurídica”.³ En cambio, cuando Dworkin se refiere a los principios, dirá de éstos que deben entenderse como aquel “patrón que debe ser observado, no porque promoverá o asegurará una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de justicia o equidad [*fairness*] o de alguna otra dimensión de moralidad (...)”.⁴

Para el profesor de la Universidad de Oxford existe, por tanto, en un sentido genérico, una distinción entre unas y otros.⁵

con el propósito de determinar qué conducta debe ser castigada o coaccionada por el poder público. Estas reglas especiales pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos y por pruebas (*tests*) que tienen que ver no con su contenido sino con su *pedigree* o la manera por la cual ellas fueron adoptadas o desarrolladas. Estas pruebas de su *pedigree* pueden usarse para distinguir reglas jurídicas válidas de reglas jurídicas espurias (reglas que los juristas y litigantes equivocadamente arguyen que son reglas de derecho) y, también, de otros tipos de reglas sociales (generalmente agrupadas sin discriminación como ‘reglas morales’) que la comunidad obedece pero que no imponen a través del poder público”. *Ibid.*, p. 10.

³ *Ibid.*, p. 11.

⁴ *Ibid.*, p. 19.

⁵ Al lado de la específica diferencia entre reglas y principios enunciada más arriba, el propio Dworkin establece otras más: “(...) Ambos conjuntos de patrones apuntan a decisiones particulares sobre la obligación jurídica en circunstancias particulares, pero difieren en el carácter de la dirección que dan. Las reglas son aplicables a la manera ‘todo o nada’. Si se dan los hechos estipulados por una regla, entonces, o bien la regla es válida, en cuyo caso la solución que proporciona debe ser aceptada, o no lo es, en cuyo caso en nada contribuye a la decisión”. Otra diferencia es la relativa a su peso o importancia. “(...) Los principios tienen una dimensión de la que las reglas carecen, la dimensión de peso o importancia (...). Cuando los principios entran en conflicto (...), quien debe resolver el conflicto tiene que tomar en cuenta el peso relativo de cada uno (...). Las reglas no tienen esta dimensión (...) Si dos reglas entran en conflicto una de las dos no es regla válida”. *Ibid.*, pp. 21-22, 24-26.

Los primeros, identificados con una “exigencia de justicia, equidad o por alguna otra dimensión de *moralidad*”, las otras no. Ayudan a reforzar dicha distinción los ejemplos que el mismo Dworkin señala y de los cuales sólo anotaremos uno. Éste es el caso *Riggs vs. Palmer*, ventilado en un tribunal de Nueva York en 1889 y en el que se tuvo que decidir si un heredero que aparecía como tal en el testamento de su abuelo tenía derecho a la sucesión después de haber sido quien lo había privado de la vida. En un primer razonamiento, el tribunal estableció: “Es ciertamente verdadero que las leyes que regulan la creación, autenticidad y consecuencias jurídicas de los testamentos, y de la sucesión de la propiedad, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efectos no pueden en modo alguno y por ninguna circunstancia ser controlados o modificados, dan la propiedad al asesino”.⁶ Sin embargo, *a posteriori* el mismo tribunal agregó: “Todas las leyes, así como todos los contratos, pueden ser controlados en su aplicación y efectos por máximas generales y fundamentales del *common law*. A nadie debe permitírsele obtener provecho de su propio fraude o sacar ventaja de sus propios actos ilícitos o fundar alguna reclamación en sus propias violaciones legales, o adquirir una propiedad mediante un delito propio”.⁷ El homicida —termina Dworkin— no recibió su herencia.

Con éste y otros ejemplos, Dworkin demuestra la operatividad de los principios en el razonamiento jurídico y deja ver también como dicha “exigencia de moralidad” tiene una presencia especialmente significativa en el derecho, particularmente en el razonamiento y decisionismo jurídico. Éste es el segundo asunto que vale la pena destacar, el hecho de que el empleo de los principios jurídicos en la decisión judicial colocan al juez como la figura protagónica del derecho, figura que la concepción normativista había disminuido prácticamente, y en culturas jurídicas como la mexicana la había hecho desaparecer bajo la falsa creencia de que el juez es *la bouche de la loi*.

⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁷ *Ibidem*.

Conviene señalar que en la teoría principalista de Dworkin resulta especialmente relevante la figura del juez como protagonista del fenómeno jurídico, y concretamente de su razonamiento en la toma de decisiones. La alegoría que emplea Dworkin en otra de sus obras,⁸ llamando al juez “Hércules”, da cuenta de la significativa función que éste desempeña en la determinación o concreción del derecho. Estas tesis encuentran su punto culminante en dos tópicos recurrentes: la vinculación entre el derecho y la moral, o mejor, la crítica a la tesis “a-valorativa” del derecho, lo que Bobbio calificaría como la separación entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*,⁹ y la creación del derecho por parte del juez. Ambos caracteres reflejan que dos de los más importantes postulados del positivismo, a saber, la separación conceptual del derecho y la moral, y la función mecánica del juez en la aplicación del derecho, hoy resultan difícilmente sostenibles,¹⁰ o cuando menos son muy discutibles, tal y como lo realiza Hart en el *Post scriptum* al concepto de derecho, donde la idea de principio en Hart es completamente diferente a la de Dworkin, por lo que al contenido de éste se refiere.¹¹ Por el momento no profundizaré en este punto.

Una vez delineado el destacado papel que los principios jurídicos juegan en la reflexión filosófica del derecho, y la manera en la que éstos actúan en la decisión judicial, resulta una exigencia necesaria preguntarse sobre el origen histórico de ellos. Has-

⁸ Cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993, pp. 177 y ss.

⁹ Esta es una de las características fundamentales del positivismo jurídico, según el profesor de la Universidad de Turín y según la cual “(...) En el lenguaje iuspositivista el término ‘Derecho’ carece de toda connotación valorativa o de toda resonancia emotiva: el derecho es derecho prescindiendo de que sea bueno o malo, de que sea un valor o un disvalor”. Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993, p. 141.

¹⁰ Un análisis detallado y agudo de éstas y otras inconsistencias del positivismo jurídico puede verse en Serna, P., “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, en *Persona y Derecho*, 37, Pamplona, 1997, pp. 283-290.

¹¹ Cfr. Hart., H. L. A., *Post scriptum, al concepto de derecho*, UNAM, México, 2000, pp. 40-54.

ta ahora, buena parte de la bibliografía principalista ha puesto un énfasis especial en problemas como la concepción de tales principios; su diferenciación con las reglas; o la clasificación y funcionalidad de éstos. Pero, desde nuestro punto de vista, han recibido menos atención asuntos tan significativos como el del origen y evolución histórica de los mismos. Las líneas que a continuación se exponen tienen este objetivo: referirse a la génesis y evolución histórica de los principios jurídicos como fuente del derecho en la jurisprudencia romana, y demostrar que el contenido de estos principios es “justo, equitativo o que guarda alguna otra dimensión de moralidad”.

II. PRINCIPIOS Y REGLAS EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA

En la investigación histórica sobre los principios jurídicos, buena parte de los teóricos reconocen como característica importante de los principios jurídicos haber sido elaborados por los juristas romanos a través de un largo proceso de razonamiento, cuando tuvieron que enfrentarse a problemas concretos a lo largo de muchos años o de siglos. Eduardo García de Enterría reseña el valor de la jurisprudencia romana en la creación de dichos principios: “La superioridad del derecho romano sobre otros sistemas jurídicos históricos anteriores o posteriores estuvo justamente, no ya en la mayor perfección de sus leyes (...), sino en que sus juristas fueron los primeros que se adelantaron en una jurisprudencia según principios, la cual ha acreditado su fecundidad, e incluso, paradójicamente, su perennidad, y hasta su superior certeza, frente a cualquier código perfecto y cerrado de todos los que la historia presenta”.¹²

Como se puede observar en la cita anterior, uno de los grandes aportes de esta rica tradición romanista fue el de los principios del derecho, cuyo origen se encuentra en un particular pe-

¹² García de Enterría, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Civitas, 1996, pp. 34-35.

riodo de dicha historia jurídica, aquella época que dio nacimiento a la ciencia jurídica y cuyo esplendor alcanza hasta nuestros días. Este periodo fue el derecho romano, y particularmente el derecho romano clásico, donde fueron empleados instrumentos técnico jurídicos como las *regulae iuris*, las que sin crear el derecho, sirvieron muchas veces de punto de partida en la actividad que ejercían los juristas romanos de tal época. Por eso, suele identificarse a la *regulae iuris* como uno de los sentidos de la expresión principios del derecho.¹³

Como se intentará mostrar más adelante, las *regulae iuris* del derecho romano, y particularmente del derecho romano clásico, guardan una estrecha relación con lo que hoy conocemos como principios del derecho o principios generales del derecho. Esto es lo que ha motivado el presente trabajo, el cual pretende aproximarse al análisis de las *regulae iuris* como un concepto cercano a lo que Pound, Esser, Dworkin y Alexy califican como principios del derecho. Resumiendo, la pretensión del escrito se centra en analizar al menos uno de los muchos sentidos con los que se han calificado a estos principios, éste es el que los juristas

¹³ Un buen resumen de los diferentes sentidos con los que generalmente se emplea la palabra "principios" lo exponen Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, al decir que éstos pueden ser comprendidos como: "a) 'Principio' en el sentido de norma muy general, entendiéndose por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales. b) 'Principio' en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos, como el artículo 7, apartado 2 del Código civil español 'la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo' (...). c) 'Principio' en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines (...). d) 'Principio' en el sentido que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etc. (...). e) 'Principio' en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho y que señala, con carácter general cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc. (...). f) 'Principio' en el sentido de *regulae iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al derecho positivo". Atienza, M., Ruiz Manero, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 3-4. Cfr. *ib.*, Ruiz Manero, J., "Principios jurídicos", en *El derecho y la justicia*, Trota, Madrid, 1996, pp. 151 y ss.

romanos conocieron como *regulae iuris*, o reglas del derecho del derecho romano.¹⁴

Para tal efecto hemos creído conveniente desarrollar el trabajo del siguiente modo: explicaremos el contexto histórico en el que surgieron las reglas del derecho, quiénes fueron los juristas romanos tardo-republicanos; las características generales del derecho romano clásico y cuáles fueron sus fuentes. Con esto pretendemos confirmar la tesis de que uno de los antecedentes de los principios del derecho fueron las *regulae iuris*, y que el contenido de éstas es justo, equitativo, es decir, moral.

III. CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO DE LAS *REGULAE IURIS* EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Con algunas diferencias no significativas para lo que aquí nos interesa destacar, la mayor parte de los romanistas contemporáneos dividen la historia del derecho romano en los siguientes periodos históricos: el primero abarcaría de la Ley de las XII tablas hasta la época clásica de este derecho,¹⁵ su inicio se coloca aproximadamente entre los años 451-450 antes de Cristo, extendiéndose hasta el 100 o 130 también antes del nacimiento de Cristo.¹⁶ El segundo es el conocido por la mayoría de los autores

¹⁴ Para una visión introductoria, *cfr.* Pugliese, G., "I principi generali del diritto. L'esperienza romana fino a Diocleziano", en varios autores, *I principi generali del diritto*, Accademia nazionale dei licei, Roma, 1992, pp. 69-87.

¹⁵ En este periodo de la historia del derecho romano se podrían incluir los dos periodos que Schulz denomina "Arcaico" y "Helenístico". *Cfr.* Schulz, F., *Storia della giurisprudenza romana*, Sansoni, Firenze, 1968, pp. 47-64. En adelante se citará como SGR. *Cfr. ib.*, Gaudemet, J., *Institutions de L'Antiquité*, Sirey, París, 1967, pp. 254 y ss.

¹⁶ La etapa arcaica del derecho romano estuvo constituida fundamentalmente por un tipo de derecho no desarrollado, característico de una sociedad poco adelantada y cuyas relaciones jurídicas eran plenamente satisfechas por la práctica cotidiana. De este modo, la repetición de comportamientos basados principalmente en el intercambio de bienes de las pequeñas comunidades familiares fue creando un tipo de derecho basado en la costumbre de las mismas prácticas (*mores*). Guzmán Brito ha señalado, a propósito de este derecho: "El limitado dinamismo del tráfico jurídico hizo innecesario un desarrollo mayor de la parte más fluida del derecho patrimonial, como es el de las obligaciones. El formalismo externo, más calificable

como periodo clásico del derecho romano, ubicado entre esta última fecha y el 230 después de Cristo. El tercer periodo histórico es la época posclásica del derecho romano y viene marcada por la muerte del último de los grandes juristas romanos, Ulpiano (224), tal espacio abarca todo el tiempo posterior al 230, y llega aproximadamente hasta Justiniano, cerca del 565 después de Cristo.¹⁷

incluso de ritualismo, y una cierta indiferenciación de conceptos y actos jurídicos, son las características más salientes del estilo del derecho arcaico. (...)”. Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 22.

Se menciona como primeros encargados de elaborar este derecho arcaico a *I collegi sacerdotali*, los cuales, por su importancia en la vida de la *civitas*, se dividían en tres grupos: el de los *pontefici*, los *feziali* y los *auguri*. La función principal de los primeros tenía que ver con las ceremonias religiosas que en la ciudad se celebraba, no sólo asistiendo a presidir dichas ceremonias, sino también en dar su parecer sobre ellas. Muchos sacrificios y varios cultos menores eran directamente asistidos por los “pontífices”. Cfr. D’Ors, A., *Derecho privado romano*, 9a. ed., Eunsa, Pamplona, 1997, p. 45.

Dos más serían las tareas técnicas de este colegio pontifical: “la elaboración y aplicación de la primitiva norma relativa a la vida de la comunidad y la enunciación del calendario”. “El colegio de pontífices en sustancia aparece como el depositario de un ‘técnico’ y constituye, desde este punto de vista, el mecanismo apto para garantizar la memoria colectiva de la ciudad”. Talamanca, M. (dir.), *Lineamenti di storia del diritto romano*, 2a. ed., Giuffrè, Milán, 1989, p. 27.

En cuanto al colegio de *feziali* se refiere, éstos eran competentes para las relaciones internacionales de Roma. Su competencia los llevaba a celebrar tratados entre dos comunidades, a potencializar la relevancia internacional que Roma iría adquiriendo, a regular la presencia de extranjeros en el territorio romano, declarar la guerra justa a aquellos pueblos que hubieren ultrajado a ciudadanos romanos, celebrar la paz, las nuevas alianzas, etcétera. Cfr. *Ibidem*.

La tarea de los *augures* estuvo relacionada con la búsqueda de fortuna con los dioses y comprender o buscar la voluntad de éstos.

Se reconoce entonces que en la etapa arcaica del derecho romano existió una estrecha relación entre el derecho y la religión, confundiendo los preceptos religiosos con los de derecho.

Guzmán Brito menciona como nombres de este periodo a “Marco Porcio Catón padre (234-149 a. C., cónsul en el 195 y censor en el 184) e hijo (192-152 a. C.,), P. Mucio Escévola (pontífice máximo, cónsul en el 133 a. C.), M. Junio Bruto y Manio Manilio (cónsul en el 149 a. C.)”. Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁷ Para una visión general de las etapas del derecho romano, cfr. Franciosi, G., *Corso istituzionale, di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 5-26. Cfr. *ib.*, Burillo, J., “The periods of roman law”, en *Revista de estudios histórico-jurídicos III*, Valparaíso, 1978, pp. 13-26.

En la vida política dichos periodos más o menos coinciden con los años de la monarquía y final de la República romana; el principado y finalmente el *dominato* y la época *justineana*.¹⁸ En estas etapas históricas de Roma se sentarán las bases de todo el derecho ulterior del mundo occidental, el cual se irá formando durante veinte siglos de historia, constituyendo, en expresión de Guzmán Brito, “símbolo y realidad de todo lo que viene expresado en la idea de unidad jurídica”.¹⁹

En términos generales, las características de este primer periodo del derecho romano son las siguientes: un derecho arcaico basado en respuestas de los juristas y fórmulas antiguas;²⁰ una organización judicial integrada por un colegio pontifical de corte aristocrático;²¹ una cierta tendencia, aunque muy tenue, a distinguir el derecho sacro del derecho profano,²² existiendo una especie

¹⁸ Para una visión general de las características en cada uno de estos periodos, *cfr.* Talamanca, M. (dir.), *Lineamenti di storia del diritto romano, op. cit., passim.*

¹⁹ Guzmán Brito, A., “La función del derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica”, en *Materiali I. Derecho romano y unificación del derecho. Esperienza europea y latinoamericana (con especial atención a la responsabilidad extracontractual)*, Università degli Studi Roma “Tor Vergata”, Roma, 1999, p. 130.

²⁰ *Cfr. ib.*, en este punto *SGR.*, pp. 45 y 50.

²¹ *Cfr. ibid.*, pp. 47-50. Desde sus orígenes y durante los primeros siglos, la “Jurisprudencia se consideraba labor propia de los pontífices. Éstos formaban el más importante de los cuatro colegios sacerdotales, tenían competencia en cuestiones de derecho sagrado y también de derecho civil, ya que el derecho estaba profundamente vinculado a la religión. Los pontífices eran los supremos intérpretes del *fas* o voluntad de los dioses y de las antiguas *mores* o costumbres que formaban el núcleo principal del derecho arcaico. Los sacerdotes guardaban celosamente el calendario judicial, en él se indicaban los días propicios para las contiendas judiciales, sin ofender a los dioses, y el formulario ritual de los actos procesales en las acciones de la ley; en estos actos debían pronunciarse determinadas palabras solemnes, que si se olvidaban o sustituían hacían perder el litigio. La íntima unión del derecho con la religión, en el mundo antiguo, hace que los pontífices se consideren como intérpretes supremos de las cosas divinas y humanas; por ello, además de aconsejar sobre la acción a ejercitar (*agere*), indicaban a los particulares los esquemas o fórmulas de los contratos y negocios jurídicos que querían realizar (*cavere*)”. García Garrido, M. J., *Derecho privado romano II. Casos y decisiones jurisprudenciales*, 2a. ed., Rufino García Blanco (edit.), Madrid, 1982, pp. 7-8.

²² *SGR.*, p. 61.

de sincretismo jurídico, mezcla de derecho y religión y, finalmente, una especial atención a los asuntos de derecho privado.²³

Al final de la República romana, la historia evidenciará cómo Roma, habiendo conquistado a gran parte del mundo conocido, anexando sus pueblos y estableciendo relaciones con ellos, sintió la necesidad de construir una nueva cultura jurídica capaz de responder a las exigencias que la realidad presentaba; es así que en este tránsito “la práctica jurídica evolucionó hasta llegar a ser el factor principal de la historia del derecho privado romano. Este acontecimiento encuentra su aclaración, en último extremo, en la poderosísima revolución económica y social que se consuma coincidiendo con la transformación de Roma en una potencia universal. En un plazo muy corto, Roma, como simple centro de Italia, pasa a ser el centro de toda la actividad del mundo. Y es natural que semejante extensión de la influencia económica de Roma no pudiera basarse en las rígidas formas del antiguo derecho”.²⁴

A partir de aquí asistimos a una transformación del derecho romano y de su reflexión. Los juristas se fueron perfeccionando en el razonamiento, abandonando sus viejas supersticiones y creando un nuevo derecho cuyo objetivo fue el bienestar de la *Civitas*, llevando al derecho a considerarlo como un “arte” propio de una clase privilegiada. Villey ha dibujado este tránsito con especial claridad cuando escribe: “A pesar del apego que profesan al menos en apariencia a la tradición romana, ya no creen en el sacrosanto valor de los antiguos ritos del derecho quiritario, de la misma manera que ya no creen apenas en la vieja religión romana. Comprenden que el objetivo del derecho es, en definitiva, *la utilidad* para los hombres, su bienestar, su propiedad, su buen entendimiento, incluso si esta utilidad exige liberarse de las antiguas tradiciones, conservadas por una especie de temor religioso, incluso si esta utilidad exige que se rompan las cadenas del formalismo. Y comprenden que importe a la *justicia*, como

²³ Cfr. Villey, M., *El derecho romano*, Publicaciones Cruz O., México, 1993, pp. 7-17.

²⁴ Jors, P., Kunkel, W., *Derecho privado romano*, Labor, Barcelona, 1937, p. 11.

dicen los filósofos griegos, mantener entre los ciudadanos una cierta igualdad, proporcional a las cualidades y a la importancia de cada uno; abrir a los extranjeros el campo de la protección judicial; promover el respeto de la palabra dada, el culto de la buena fe, la humanidad, la benevolencia, la 'piedad' entre parientes cercanos".²⁵

1. La figura del pretor en la jurisprudencia

Figura importante en el surgimiento y desarrollo del arte jurídico romano fue la figura del *pretor*, creada en el 367 a. C., con una finalidad bien específica: la de ordenar los litigios de los particulares a partir del ejercicio de la *iurisdictio*.²⁶ Ésta tenía lugar en la fase *in iure* del proceso y se desarrollaba delante del tribunal del *pretor*, "dado que como los romanos mismos advertían, *ius* indicaba, en esta concepción, el tribunal mismo como lugar donde el magistrado ejercitaba, en el foro, su actividad jurisdiccional".²⁷ Esta función llevó a reconocer en la figura del *pretor* y en el *ius* que dictaba, una de las principales fuentes de producción o creación del derecho.²⁸

²⁵ Villey, M., *El derecho romano, op. cit.*, p. 20.

²⁶ Convendría señalar la distinción existente entre la expresión *iurisdictio* del derecho romano y la jurisdicción del derecho moderno. "Bajo la expresión jurisdicción se contiene la función judicial convenida en su complitud: y a los órganos del Estado provistos de jurisdicción y solicitados de resolver con pronunciada autoridad las controversias procesales. Con el término de jurisdicción se designa, después, tales funciones sea en relación a los procesos privados que a los públicos, y sobre todo penales (...). La *iurisdictio* romana se refiere, en modo tendencialmente exclusivo a los procesos privados y comprende solamente la actividad que desarrolla el magistrado en la fase *in iure* del proceso, actividad que permite la impostación de los términos de la controversia (...)". Talamanca, M. (dir.), *Lineamenti di storia del diritto romano, op. cit.*, p. 132.

²⁷ "En la fase *in iure* del *legis actione*, el *pretor* era sobre todo un garante del exacto cumplimiento del rito, que consistía en pronunciar una serie de fórmulas solemnes, que debían ser adaptadas, con pequeños cambios, a las particularidades contingentes del caso concreto (...)". *Ibid.*, pp. 134-135.

²⁸ Por mencionar un ejemplo tenemos el caso de la creación de fórmulas nuevas que Villey enuncia: "Los pretores, guiados por los jurisconsultos, se mostraron

El *praetor* alcanzó especial relevancia en esta época y en la siguiente. Precisamente por esta característica, su labor fue eminentemente jurídica y se tradujo en la creación de nuevos principios emergidos de las propias necesidades sociales, los que guardaban criterios equitativos como factor común entre ellos.²⁹

La figura del *praetor*, y particularmente su método de razonamiento, entrarán en este dinamismo de las relaciones jurídicas, las cuales tuvieron como base no el formalismo característico del derecho antiguo sino un derecho más circunstancial, basado en la complejidad de las relaciones sociales y económicas que el desarrollo de la actividad romana necesitaba. “La práctica, pues, tuvo que señalarse su camino, que era el bastarse a sí misma”.³⁰ De este modo, la interpretación realizada por el *praetor* pasó de ser puramente estática y subordinada al *ius civile*, a convertirse en el eje de la creación del derecho, donde caso a caso se ofrecía una respuesta equitativa, convirtiéndose en una interpretación no fija, sino “evolutiva”.³¹ Basado su razonamiento en criterios eminentemente equitativos y justos, muchas veces estos argumentos llevaron al *praetor* a proponer una decisión jurídica por encima del texto normativo, pues el objetivo final era alcanzar lo justo en el caso concreto.

inclinados a admitir nuevas fórmulas orales, en el tiempo de los pontífices. Sea porque el abandono de los viejos ritos había sido el primer paso determinante en el cambio de la emancipación; sea porque las fórmulas escritas parecen descansar, además, en una convención entre los litigantes; la aparición del procedimiento formulario abre un nuevo periodo de creación de fórmulas”. Villey, M., *El derecho romano, op. cit.*, p. 24. Eso último se puede decir del nuevo procedimiento que enriquecerá el derecho con el abandono de las fórmulas orales. *Cfr. Ibid.*, pp. 21 y ss. Sobre la misma creación del derecho por parte del pretor, *cfr. tb.*, Talamanca, M. (dir.), *Lineamenti di storia del diritto romano, op. cit.*, p. 132.

²⁹ En este punto resulta especialmente significativa la función formal, pero sobre todo el contenido que se puede reconocer en el edicto del *praetor* como un documento en el que la *aequitas* jugaba un papel preponderante. *Cfr. Vacca, L., La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 44-49 y los ejemplos citados, especialmente D.37.1.6.1; D.44.4.1.1 y D.44.4.12.

³⁰ Jors, P., Kunkel, W., *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 11.

³¹ *Cfr. Vacca, L., La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano, op. cit.*, p. 51.

Se suele señalar, en esta primera jurisprudencia preclásica, una serie de rasgos distintivos que llegarán después al derecho clásico. Dentro de tales características podemos mencionar las siguientes.³²

2. *Derecho honorario. Una ciencia del derecho hecha por juristas*

La jurisprudencia de esta época fue esencialmente honoraria. Es decir, quienes elaboraron y pensaron el derecho fueron personas pertenecientes a una clase especial, que fue la de los juristas. Así, “los juristas de este periodo provenían de las más respetables familias romanas. Esto confería a la ciencia una atmósfera de distinción que prevalece hasta la terminación del periodo clásico”.³³ Fritz Schulz ha hecho notar esto al reconocer que los juristas de esta época tenían como regla general esperar que el caso se presentara y de decidir caso por caso. El mismo autor señalará posteriormente la aversión que el jurisprudente tenía por la legislación y el especial cuidado que mantenía porque ésta no invadiese el campo del verdadero derecho del jurista.³⁴ De aquí se entiende que reglas generales abstractas y cerradas no fueron nunca deducidas de los *resnosa*, pues éstos decidían casos individuales y las formulas de los negocios jurídicos quedaban abiertas a las modificaciones.³⁵

En este periodo histórico, los juristas contaban, en la disputa jurídica, con su *autoritas*, por la cual podían crear o modificar el derecho. Así, la legislación estatal (*lex rogata*) era usada lo menos posible, salvo en los casos en que fuera forzosamente indispensable.

³² En esta parte seguimos el libro SGR. Debemos aclarar que aquí intentaremos destacar sólo aquellas notas comunes y más significativas de los periodos que Fritz Schulz califica como periodo Arcaico y Helénico, por ser justamente previos al que nos interesa destacar, esto es, el clásico.

³³ *Ibid.*, pp. 47 y 115.

³⁴ *Cfr. Ibid.*, p. 49.

³⁵ *Cfr. Ibidem.*

ble.³⁶ Esto dio a la jurisprudencia romana un carácter “dúctil” o “menos formalista” en la interpretación y aplicación del derecho.

Precisamente sobre el tema de la interpretación, en un tiempo más cercano al periodo clásico, ésta nunca se ocupó de la ley o de los libros de texto, ni de la exposición o discusión del derecho, salvo en aquellos casos en que tanto ésta como el *responsum* sirvieran para el progreso y desarrollo del derecho. En definitiva, lo que más interesaba al jurista tardo-republicano o preclásico era salvar al máximo la “pretificación y esterilamiento” del derecho.³⁷

3. *Jurisprudencia antiformalista*

Una característica importante en este periodo fue la cada vez más disminuida formalidad en el derecho. Esto no significó el abandono total de tal carácter, sino una gradual renuncia del mismo; los juristas contaron entonces con una mayor flexibilidad en sus interpretaciones, aunque siguieron manteniendo viejas fórmulas jurídicas que aún venían observando. Schulz señalará: “después de la *lex Aebutia*, la forma arcaica de la *legis actiones* vinieron gradualmente sustituidas por fórmulas más flexibles”.³⁸ Conviene hacer notar que a pesar de este gradual abandono del formalismo todavía se conservó mucha de la tradición de éste, sobre todo en los asuntos de carácter privado como los contratos y testamentos. Sin embargo, en éstos fue preferida la fórmula oral a la escrita, quedando esta última apenas como un documento probatorio.³⁹

³⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 115-118.

³⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 116.

³⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 144.

³⁹ *Ibidem*. El proceso de oralidad, según Villey, se debió probablemente a la presencia cada vez mayor de extranjeros dentro del territorio romano pues el pretor nunca quiso proteger más a un ciudadano romano que a un extranjero. Para ilustrar lo anterior, Villey propone el siguiente ejemplo: “un peregrino va a buscar al pretor para reclamar la cosa de la que se considera propietario, que se encuentra en manos de otro. Una pretensión de esta clase se admite entre los ciudadanos romanos; en efecto, este romano puede emplear en el tribunal la fórmula oral siguiente: ‘Yo digo

La oralidad, que se mantuvo en el derecho romano al final de la República, se basaba en la fuerte tradición griega que en aquel tiempo ya se había instalado en la cultura jurídica. Dicha oralidad se apoyó en la contraposición de argumentos y la consecuente formulación de breves conclusiones a los problemas planteados. Así, la jurisprudencia, que al inicio se caracterizó por un formalismo de las acciones (entendiendo la tendencia a revestir todo lo jurídico de una forma definida) y de la interpretación jurídica (aunque en esta última en menor medida, sobre todo por lo que se refiere al derecho privado), fue gradualmente disminuyéndose al final de la República.⁴⁰

4. Actividad dialéctica en la jurisprudencia tardo-republicana

Otra característica más en este periodo es el empleo de la dialéctica griega en el razonamiento jurídico. Heredada de esta tradición, la dialéctica se convirtió en el método de discusión y análisis por antonomasia de una ciencia eminentemente práctica y prudencial como fue el derecho, teniendo como objetivo la búsqueda de la solución justa que resolviera el problema planteado.

Es verdad, como ha señalado Kunkel, que no existió una ciencia jurídica griega que fuera trasladada a Roma, “pero es un hecho que la Retórica de Grecia halló muy buena acogida por ofrecer una serie de puntos de vista nuevos y formular nuevos problemas, y sobre todo el método dialéctico, en el que se basaba

que esta cosa es mía en virtud del derecho quirritario, etc.’ De la misma manera el pretor aceptará que un peregrino comience una instancia judicial dirigiendo al juez la fórmula escrita siguiente: ‘Si ocurre que una cosa es de un litigante, en virtud del derecho quirritario, etc. (...) el juez condena al demandado a pagarle el valor de esta cosa’. Así el proceso se desarrollará en los mismos términos que entre los ciudadanos’. Villey, M., *El derecho romano, op. cit.*, p. 23.

⁴⁰ Habría que señalar, como se ha apuntado, que dicha oralidad sólo fue mantenida en el campo del derecho privado, pero en el resto del derecho se conservaron las fórmulas escritas. *Cfr. Ibid.*, p. 22.

la ciencia griega, hubo de adquirir una importancia capital en la evolución de la jurisprudencia romana”.⁴¹

Lo anterior parece un lugar común entre los romanistas, quienes reconocen que así como el progreso de la jurisprudencia romana se debió en gran medida al aporte helénico (recuérdese el uso de las categorías dialécticas *genera* y *species* y los métodos de *divisio* y *partitio*), la jurisprudencia romana elaboró sus propios procesos lógicos de razonamiento a partir de los principios dialécticos, “El método y la técnica jurisprudencial son típicamente romanos y en todas sus etapas, desde la jurisprudencia pontifical a la burocrática (...)”.⁴² El derecho casuístico para la resolución del caso fue originariamente patrimonio romanista.

Conocida y empleada la distinción entre *Tópica* y *Dialéctica* por parte del jurisconsulto romano, lo más significativo de tal empleo fue justamente la elaboración de reglas jurídicas (*regulae iuris*) que el jurista extrae inmediatamente de la observación de las relaciones de la vida, y que recoge de la *ratio iuris*. Tales reglas, como máximas, comenzaron a ser elaboradas al final del periodo republicano, encontrando su mayor auge en el periodo clásico de este derecho.⁴³ Los juristas romanos de esta época —señalará Villey— practican menos la deducción que la discusión dialéctica. Cuando el jurista romano da su opinión sobre un caso planteado “se esfuerza por aportarle un tratamiento parecido al que podrían recibir los casos análogos, con el fin de que la justicia sea igual para todos. Así, produce *reglas generales*; sin olvidar el caso, sin pretender la permanencia de estas reglas”.⁴⁴ “A lo que el juris-

⁴¹ Jors, P., Kunkel, W., *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 31. En este sentido Schipani, citando a Pugliese señalará que éste “puntualiza también la diferencia, y subraya la importancia, entre derecho casuístico jurisprudencial y derecho casuístico judicial, porque el primero lleva la marca de la jurisprudencia. De hecho, la época clásica fue indudablemente caracterizada por un tal número y de una tal relevancia de preceptos particulares y concretos que no encuentran parangón en los sistemas romanizados modernos, pero así haciendo, por así decirlo, de contrapeso entre tanto y mientras tanto importantes preceptos generales y abstractos”. Schipani, S., *La codificazione del diritto romano comune*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 10.

⁴² García Garrido, M. J., *Derecho privado romano...*, *op. cit.*, p. 18.

⁴³ *Cfr. Ibid.*, p. 22.

⁴⁴ Villey, M., *El derecho romano, op. cit.*, p. 33.

ta romano aspira es a encontrar, (...) la regla que resulta de la naturaleza de las cosas, de la naturaleza de las relaciones que la vida crea".⁴⁵

IV. JURISTAS ROMANOS TARDO-REPUBLICANOS

Éstas fueron, en términos generales, las más significativas características de finales de la República en las que habrían de formarse importantes juristas cuyas enseñanzas servirían para sentar las bases del periodo. La influencia y aportación teórica de ellos llegaría a constituir una verdadera revolución científica en el pensamiento jurídico del mundo antiguo. De éstos, destacan tres figuras especialmente significativas: Quinto Mucio Scevola, Servio Sulpicio Rufo y Marco Tulio Cicerón.⁴⁶ Este último, a pesar de no ser jurista (Cicerón reconocía en la actividad jurisprudencial una actividad de segunda importancia después de la oratoria), contaba con la formación y cultura jurídica que harían reconocerlo como uno de los hombres más influyentes de finales de la República romana.

1. Quinto Mucio Scevola⁴⁷

Siendo considerado por muchos como el más importante jurista romano, la figura de Quinto Mucio Scevola adquiere una doble

⁴⁵ Schulz, F., *Principios del derecho romano*, Civitas, Madrid, 1990, p. 55.

⁴⁶ Al lado de éstos y poco antes de ellos destacan igualmente los nombres de Publio Mucio Scevola; Publio Lucio Crasso Muciano, entre otros. Guarino, A., *Storia del diritto romano*, 8a. ed., Editore Jovene Napoli, Napoli, 1990, p. 10.

⁴⁷ Quinto Mucio Scevola fue hijo de Publio Mucio Scevola. Schiavone escribirá en una de sus notas que el primer Quinto Mucio Scevola del que se tiene noticia fue pretor en el 215 (y quizá cónsul en el 220) fue *decemvir sacris faciundis* en el 209. Sus hijos, Publio Mucio Scevola y Quinto Mucio Scevola fueron, el primero pretor en el 179 y cónsul en el 175, el segundo pretor todavía en el 179 y cónsul en el 174. Uno de sus hijos de Publio Mucio fue Publio Mucio Scevola, cónsul y pontífice máximo. Cfr. nota 1 del capítulo primero de Schiavone, A., *Guiristi e Nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Laterza, Bari, 1987, p. 192. En el mismo *Digesto* se puede leer: "La ciencia del derecho civil la han profesado

importancia. Por una parte, Scevola empleó por primera vez en la sistematización de su obra el método dialéctico heredado de la tradición griega, convirtiendo al derecho en una obra científica que hasta él es difícil encontrar en la cultura jurídica romana. Esto lo confirma Stein al señalar que “la primera obra que muestra claros signos del influjo de la filosofía griega es la de Quinto Mucio Scevola (...)”.⁴⁸ En tal sistematización se encuentra por primera vez, “una específica e individualizada estructura formal del discurso (*generatim*), que emerge como caracterizante del ‘tipo de ópera’, y al mismo tiempo como caracterizante en modo ‘constitutivo’ del objeto, asentándolo, estabilizando en una forma que se transforma en muy propia”.⁴⁹

El segundo lugar de importancia radica en el hecho de que en la obra de este jurista romano se encuentran ya “fijados los exactos límites (...) de las nociones jurídicas, que en términos generales eran ya de tiempo conocidas”.⁵⁰ Fue, como el mismo Stein ha señalado, “probablemente el primero en configurar este derecho como un sistema de normas (...)”.⁵¹ Scevola “recoge las

sado muchas personas importantes, pero ahora se ha de hacer mención de aquellas que gozaron de la máxima reputación en el pueblo romano, para que se vea quiénes y cuán calificados fueron los autores de este derecho que hoy tenemos. (...) Luego, Quinto Mucio, hijo de Publio, que fue pontífice máximo, fue el primero en sistematizar el derecho civil en una obra de diez y ocho libros (...)”. D. 1.2.41.

⁴⁸ Stein, P., “Lo svolgimento storico della nozione di *regula iuris* in diritto romano”, en *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria I*, pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza di Milano, Milano, 1968, p. 100. Cfr. *ib.*, del mismo autor *Regulae Iuris, From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1966, pp. 49 y ss. Cfr. *ib.*, en este punto Vacca, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano, op. cit.*, pp. 68 y ss.

⁴⁹ Schipani, S., *La codificazione del diritto romano comune, op. cit.*, p. 202. Resulta especialmente significativo lo que Sandro Schipani destaca, a propósito del *Generatim* de Scevola cuando dice que “implicaba el uso de categorías que articulan un todo, y que a su vez reagrupan más especies. Es un término que viene usado también para designar una de las más significativas operaciones lógicas, cuyo conocimiento y clasificación había sido afinado en la dialéctica griega difundida en Roma hasta el fin del siglo II a. C., e integrada en el instrumental que era retenido como necesario siendo usado para redactar la obra (...)”. *Ibid.*, p. 204.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Stein, P., “Lo svolgimento storico della nozione di *regula iuris* in diritto romano”, en *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria I, op. cit.*, pp. 100 y ss.

reglas que serán utilizadas directamente por los compiladores justinianos. Esta individualización de las *reglas* corresponde a la exigencia, difusa durante la tardía república, de dominar la casuística y la compleja forma jurídica derivadas del extenso tráfico y actividad creativa del pretor”.⁵²

Ejemplos de esta individuación en la obra de Mucio Scevola los encontramos en el mismo *Digesto*. En el libro XLI, Título I. Sobre la adquisición de la propiedad de las cosas, se puede leer: “Los fundos ajenos que una persona incluye en la declaración para el censo no por ello se hacen de su propiedad”.⁵³ Igualmente se puede observar: “El propietario de un fundo gravado con una servidumbre de acueducto puede hacer en aquel fundo una acequia por donde quiera, con tal de que no perturbe la servidumbre”.⁵⁴ La labor dialéctica y de sistematización se encontraban ya en el pensamiento de este autor.

2. Servio Sulpicio Rufo

Mientras Quinto Mucio Scevola fue calificado como el más importante sistematizador del derecho romano, dándole a éste el carácter de científico, Servio Sulpicio Rufo desarrollará significativamente la técnica de la respuesta. Inscrito en el mismo grupo de juristas que desarrollan la dialéctica, “desarrollará un saber científico en donde el punto de apoyo es representado precisamente del análisis de los casos”.⁵⁵ Su influencia estriba, según reconocerá el mismo Cicerón, en ser el primero y más valioso representante de la dialéctica jurídica, “como el nuevo Prometeo”, calificativo que resultaba ser poco menos que exagerado según Schulz.⁵⁶ Sin embargo, el propio Schulz reconocerá que el mis-

⁵² Un detallado análisis de la obra de Quinto Mucio Scevola se puede ver en Talamanca, M. (dir.), *Lineamenti di storia del diritto romano, op. cit.*, pp. 335-337.

⁵³ *D. 41.1.64.*

⁵⁴ *D. 43.20.8.*

⁵⁵ Vacca, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano, op. cit.*, p. 55.

⁵⁶ *Cfr. SGR.*, p. 132.

mo Servio se mostrará muy cauto en el empleo del nuevo método.⁵⁷ En cualquier caso, Servio Sulpicio Rufo pasará a la historia por haber sido igualmente uno de los primeros juristas en emplear la dialéctica en su razonamiento jurídico y hacer uno de los primeros comentarios al Edicto del pretor.⁵⁸ Su importancia fue también reconocida por haber dejado un extenso círculo de discípulos que ocuparon las primeras filas entre los juristas de aquella época, y dejar así sentada la influencia de su pensamiento.⁵⁹

Con estos dos juristas romanos se inicia por tanto una nueva manera de razonar, crear y principalmente aplicar el derecho, el cual pasará a ser un arte, que como tal no responde a estructuras fijas sino que va formándose caso a caso, y donde el criterio de individualización del asunto “puede encontrarse en el saber ya sedimentado o necesita adaptaciones, innovaciones, discusiones de principios ya en precedentes individualizaciones pero que no pueden ser aplicadas al caso concreto porque éste se diferencia de otros, sólo aparentemente similares. La argumentación se desata introduciendo distinciones, formulando definiciones, interpretándolas y corrigiéndolas”.⁶⁰

3. Marco Tulio Cicerone

De este mismo periodo histórico conviene destacar la figura de Cicerón quien a pesar de no ser jurista poseía una gran cultura jurídica. Su importancia para nosotros, como lo han sido los anteriormente citados, es doble:⁶¹ por una parte, Cicerón es uno más de los pensadores romanos en el que especialmente se observa el empleo del método dialéctico en sus argumentos como

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁸ Cfr. Jors, P., Kunkel, W., *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 33.

⁵⁹ *D. 1. 2.43 y 44.*

⁶⁰ Vacca, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano, op. cit.*, p. 72.

⁶¹ Sabemos muy bien que la figura de Cicerón constituye una de las más importantes y significativas personalidades en la retórica y su relación con el derecho. Sin embargo, centraremos nuestra atención sólo en algunos puntos que resultan significativos para nuestro trabajo.

orador. De igual modo, es quien propondrá el mismo método dialéctico para el razonamiento de la ciencia del derecho,⁶² particularmente en el derecho civil.⁶³

En este sentido podemos hacer notar lo que Schulz ha apuntado refiriéndose al empleo de la dialéctica por parte del jurista romano. Escribe Schulz: “La *distinctio* representaba el primero, mas no el último paso en el proceso dialéctico. Una vez distin-

⁶² “Casi todas las cosas que ahora están incluidas en artes, estuvieron dispersas y disociadas en otro tiempo; por ejemplo, en la música, los números y las voces y los modos; en la geometría, las líneas, las formas, los intervalos, las magnitudes; en la astrología, la revolución del cielo, el orto, el ocaso y los movimientos de las estrellas; en la gramática, el estudio a fondo de los poetas, el conocimiento de las historias, la interpretación de las palabras, el sonido preciso de pronunciarlas; en este mismo método de decir, finalmente, de excogitar, ornamentar, disponer, recordar, actuar, les parecían en otro tiempo a todos cosas ignoradas y latamente diseminadas. Fue empleado, por consiguiente, cierto arte de fuera, tomado de cierto género diferente que para sí asumen todos los filósofos, para que conglutinara el asunto desperdigado y desunido, y lo concatenara en un cierto método. Sea ésta, por lo tanto, la finalidad del derecho civil: la conservación, en los asuntos y las causas de los ciudadanos, de la equidad legítima y usada. Entonces deben ser distinguidos los géneros, y reducidos a número cierto y a cantidad pequeña. El género es eso que abarca dos o más partes, semejantes entre sí merced a cierta comunidad, pero diferentes en apariencia; las partes son las que están subordinadas a esos géneros de los cuales emanan; y debe ser expresada con definiciones cuál fuerza tienen todos los que son nombres de los géneros o de las partes: la definición es, en efecto, una como explicación breve y circunscrita de las cosas que son propias de lo que queremos definir. A estas mismas cosas les añadiría yo ejemplos, si no viera antes quiénes han sostenido este discurso; concluir ahora con brevedad lo que he planteado: si, en efecto, me fuera lícito hacer eso que ya hace tiempo medito, o si cualquier otro, estando yo impedido, lo hiciera antes, o, estando yo muerto, lo realizara —primero, repartir todo el derecho civil en géneros, que son muy pocos; luego distribuir los miembros, por así decir, de esos géneros; declarar entonces con una definición la fuerza propia de cada uno— tendríais un arte perfecto del derecho civil, más opulento y magno que difícil y oscuro (...).” Cicerón, *Dell'oratore*, 1. 188-190. Versión de A. Gaos Schmidt, UNAM, México, 1995, pp. 64-65.

⁶³ En opinión del propio Schulz esta tesis era “inmadura e inadecuada”. Cfr. SGR., p. 133. Sin embargo, una de las más importantes virtudes de Cicerón no fue tanto la propuesta de sistematizar el derecho civil, sino la de crear una técnica, y más específicamente, la creación de una técnica lógica, “el centro del análisis ciceroniano era por tanto, el problema de la fundación de una ciencia y, en particular, de la ciencia jurídica”. Scarano Ussani, V., *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, G. Giappichelli, Torino, 1997, p. 15.

guidos los géneros y las especies, la tarea siguiente era descubrir el principio que lo gobernaba”.⁶⁴ La búsqueda del o de los principios que regían el derecho. Se ve con claridad cómo el método dialéctico helénico propuesto para el derecho ofreció en general, para la cultura jurídica romana, un estudio sistemático de los géneros y de la especie jurídica.⁶⁵

La segunda nota relevante en la figura de Cicerón es —como lo ha puesto de relieve Schipani en su trabajo *Principia iuris potissima pars principium est principi generali del diritto*—,⁶⁶ que fue uno de los primeros en emplear el término de *principium* en toda su forma y con todo su significado, como “la parte inicial” de algo,⁶⁷ no con un sentido de generalidad, sino en un contexto más específico y concreto.

Efectivamente, sin entrar en el análisis de la obra ciceroneana, se puede observar, en los textos referidos por Schipani, la afirmación anterior. Así, por ejemplo, en la *Rhetorica ad Herennium I, III*, se podrá ver lo siguiente: “*Inventio in sex partes orationis consumitur: in exordium (...). Exordium est principium orationis (...)*”.⁶⁸ Y en *De L'Invention*, cómo Cicerón emplea la expresión “*Ac iuridicalis quidem ipsa in duas tribuitur partes, absolutam et adsumptiuam. Absoluta est quae ipsa in se continet iuris et iniuriae quaestionem (...)*”.⁶⁹

Principio y regla en Cicerón

Cicerón es quien entonces emplea lo que se conoce como *principio*, o en latín *principium* “como lo que da inicio a algo”. Insistiendo en ser éste una “ilustración breve y concisa de los caracte-

⁶⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 124.

⁶⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 121.

⁶⁶ Cfr. Schipani, S., *La codificazione del diritto romano comune, op. cit.*, pp. 83-117.

⁶⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 87.

⁶⁸ Cicerón, *Rhetorica ad Herennium, I-III*. With an english translation by Harry Caplan, Harvard University Press, 1968, p. 8.

⁶⁹ Cicerón, *De L'Invection, I. 15*. Ed. de belles lettres, París, 1994, p. 70.

res específicos de una cosa que queremos definir”.⁷⁰ La relación que guarda con las reglas es muy clara, mientras que éstas mantuvieron siempre un contenido justo o equitativo, sirvieron también como principios concretos, que sintetizando lo dispar, iniciaban a partir de ellos la labor interpretativa y argumentativa de los casos planteados. Así, mediante la regla se transmite una breve descripción de las cosas a modo de resumen.

V. BREVE SÍNTESIS

Lo hasta aquí expuesto, permite afirmar que al término de la República, el razonamiento jurídico romano potencializado por el empleo del método dialéctico en su exposición inició una “labor de articulación de las distintas cuestiones y problemas, reuniendo lo semejante y separando lo dispar”,⁷¹ conduciendo así, como lo ha hecho notar Schulz, a la composición y elaboración de las *regulae iuris*, o reglas del derecho romano.⁷² Los datos parecen indicar que fue al final de la República e inicios del principado (inicios del periodo clásico del derecho romano) donde se comenzará a observar la elaboración de una nueva jurisprudencia sustentada en buena medida en la formulación de *regulae iuris*,⁷³ las cuales vinieron siendo cristalizadas a través de mucho tiempo y del empleo sobre todo de la dialéctica y de su razonamiento práctico. Quinto Mucio Scevola, Servio Sulpicio Rufo y el propio Marco Tulio Cicerón, representan los más claros ejemplos de los juristas de esta época en los que es posible ver tales características; es decir, el uso de la dialéctica como manera del razonamiento jurídico y la elaboración de diversas reglas del derecho, *regulaer iuris*.

⁷⁰ Cfr. Schipani, S., *La codificazione del diritto romano comune*, op. cit., pp. 87 y ss.

⁷¹ Jors, P., Kunkel, W., *Derecho privado romano*, op. cit., p. 31.

⁷² Cfr. *SGR.*, p. 127.

⁷³ Aquí hacemos nuestra la crítica que el propio Schulz formula a la expresión “jurisprudencia de reglas y jurisprudencia de principios”, al señalar que entre los principios romanos encontramos ciertamente breves formulaciones proverbiales (al estilo de lo que es una regla como breve máxima), pero el término regla o definición nunca fue limitado sólo a esto. Cfr. *Ibid.*, p. 128.

Las afirmaciones anteriores coincidirán con las formuladas por Peter Stein cuando señala que “a partir de Quinto Mucio Scevola se hace del derecho una ciencia en la que la técnica usada para este fin viene tomada casi en su mayoría de la filosofía griega”.⁷⁴ Y que fue también en esta época “donde comienza a observarse el empleo de *definitiones (regulae)*, como ‘expresiones que explican detalladamente sin pecar de exceso o defecto’,”⁷⁵ las cuales servían para aclarar pero sobre todo resolver el problema planteado a partir de criterios prudenciales y justos. “Los juristas del último siglo de la República consideraron que su tarea era la de declarar el derecho, y por tanto sus definiciones fueron más descriptivas que normativas (estas últimas con un carácter general, JSS). Evidentemente, una definición que recogiera una exacta descripción del fenómeno para el que era dada, tenía gran autoridad. Pero se dirigía más al pasado que al futuro”.⁷⁶

Estas definiciones servían entonces más para resolver el caso concreto, aunque no limitaban la posibilidad de “reconocer los géneros y las especies” de los casos futuros. De ahí que el origen primario de las definiciones o reglas haya sido el de servir, en un contexto específico, para resolver el caso suscitado. Su sentido primigenio estaba muy lejos de ser visto con las pretensiones de generalidad al estilo de una norma jurídica moderna. Por eso el derecho de esta época, pero sobre todo del alto periodo clásico del derecho romano, ha sido calificado como eminentemente jurisprudencial-casuístico. Stein señalará en este sentido que fue Labeone el primero en usar la palabra *regulae* para describir definiciones de derecho, atribuyendo a la palabra un particular significado.⁷⁷ Independientemente de que este jurista sea o no el primero en emplear la expresión *regulae*, lo cierto es que el uso y

⁷⁴ Stein, P., “Lo svolgimento storico della nozione di *regula iuris* in diritto romano”, en *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria I, op. cit.*, p. 100.

⁷⁵ *Ibidem*. En este sentido, *cfr. tb.*, Scarano Ussani, V., *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana, op. cit.*, p. 8.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Stein, P., “Lo svolgimento storico della nozione di *regula iuris* in diritto romano”, en *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria I, op. cit.*, p. 100.

manejo de las *regulae iuris* está ya presente en la reflexión sobre el derecho de esta primera gran época.

Estas primeras formulaciones, por tanto, sirvieron en la resolución del caso concreto, actuando a la vez como “medida estándar” en los casos venideros. Estas ideas se confirmarán en el esplendor del derecho romano, como lo fue el derecho clásico.

VI. PERIODO CLÁSICO DEL DERECHO ROMANO

El periodo que va del 150 a. C. al 250 d. C., será caracterizado unánimemente por la doctrina como la etapa de mayor esplendor de la jurisprudencia romana. En opinión de algunos, “comparable en su ámbito a lo que fue la época de Sócrates, Platón y Aristóteles para la filosofía”.⁷⁸ Las bases de este derecho estaban ya asentadas en la última parte del periodo anterior, llegando a construir un derecho eminentemente jurisprudencial cuya fuerza radicaba en la autoridad sapiensal del jurista romano. Esta característica ha sido especialmente destacada recientemente al señalar: “(...) es posible afirmar, sin temor de exagerar, que entre el I siglo antes de Cristo y el I después de Cristo concluyendo una evolución tal vez ya iniciada en el II siglo antes de Cristo, la jurisprudencia romana realizó un importante y evidente cambio de su *status* teórico. La condujeron, de seguro, a un nivel epistemológico parangonable, saber no homogéneo a aquel de la disciplina racional de la cultura helénica”.⁷⁹

VII. CARACTERES GENERALES DEL DERECHO CLÁSICO

Habrá que señalar que muchas de las características jurídicas romanas descritas en la última parte de la República se encontrarán presentes en el periodo clásico. El caso de la vieja jurisprudencia aristocrática se ve notablemente disminuido, adquirien-

⁷⁸ Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano*, op. cit., p. 24.

⁷⁹ Scarano Ussani, V., *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, op. cit., p. 1.

do mayor fuerza la *autoritas* de los juristas, constituyendo un verdadero derecho honorario en el que la figura del jurisprudente era altamente considerada. Igualmente, los juristas del periodo clásico continuaron aplicando en sus razonamientos el método dialéctico, formulando distinciones y elaborando principios y definiciones que eran propuestos como fórmulas de solución a los casos planteados. El interés por la dialéctica fue disminuyendo pero no perdiéndose; en este momento el derecho había adquirido una autonomía propia, empeñándose no tanto en su especulación teórica cuanto en su aplicación concreta; “las cuestiones de detalle eran las que realmente interesaban al jurista romano y el método que era aplicado quedaba en el fondo casuístico”.⁸⁰ Por otro lado, el formalismo continúa en una decadencia gradual, aunque en la interpretación del derecho el jurista continúa empleándolo de manera significativa.

En este contexto, será la figura del jurista y su labor jurisprudencial, la nota que identificará el periodo clásico del derecho romano, llegando a constituir un auténtico derecho de juristas, de especialistas formado por un “estamento profesional y tecnificado de estudiosos del derecho, que por lo demás fueron sus creadores: los juristas (jurisprudentes)”,⁸¹ y su disciplina, la jurisprudencia, la fuente más importante del derecho. Por eso con razón se ha llegado a aceptar en forma casi unánime que “la relación jurista-derecho se mantiene durante esta época —la clásica del derecho romano— de un modo unitario; la jerarquía de las fuentes del derecho privado no experimenta una transformación sustancial, pues, a pesar de los cambios de orden político, la jurisprudencia continúa siendo la verdadera fuente de cuya actividad se deriva el derecho privado; los procedimientos, tanto internos como externos, para la elaboración de las instituciones y la formulación de los criterios sobre lo justo, presentan también una apreciable continuidad, que se remonta a los *veteres*; la organización procesal formularia permanece igualmente, a pesar de

⁸⁰ SGR., p. 233.

⁸¹ Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 23.

las innovaciones introducidas a través de la *cognitio extra ordinem*. Todo ello permite la subsistencia de un modelo de ordenamiento de carácter exquisitamente jurisprudencial”.⁸²

Dos notas podemos destacar de este sistema de juristas como las más significativas: la interpretación del derecho y la importante labor creativa del mismo; ambas tuvieron como protagonista al jurista, quien las aplica en los campos por antonomasia del derecho: el privado y el procesal (en éste es donde con especial claridad se puede observar la labor creativa del jurista). El resto del derecho, sobre todo el que procedía de los conductos oficiales, “primeramente leyes y plebiscitos, después senado-consultos y constituciones imperiales, tienen carácter secundario, pues en principio, los órganos investidos de poder político permanecen ajenos a un orden esencialmente interindividual como es para los romanos el derecho privado. La intervención ‘oficial’ en el campo del derecho privado no fue, por tanto, de carácter ‘legislativo’, sino judicial y procesal, pero siempre en función de la actividad decisoria de la jurisprudencia en torno a los conflictos derivados de las relaciones interindividuales, que el proceso se limita a tutelar”.⁸³

VIII. FUENTES DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Un breve análisis de las fuentes del derecho en el periodo descrito nos permitirá puntualizar con más detalle nuestras anteriores afirmaciones sobre el papel protagonista del jurisprudente en el derecho romano, y de manera especial el criterio moral o justo con el que orientaban su argumentación y su decisión jurisprudencial.

1. *Ius*

Parece factor común aceptar que la palabra *Ius* de los juristas romanos atravesó por diferentes momentos, los más significati-

⁸² Fernández Barreiro, A., “El modelo romano de derecho de juristas”, en *Revista de estudios histórico-jurídicos I*, Valparaíso, 1976, p. 31.

⁸³ *Ibid.*, p. 34.

vos son pasar de un ámbito religioso a uno puramente humano. “(...) el *ius* empieza por estar en estrecha relación con la religión, y se habla de un *ius divinum* para designar prescripciones pertenecientes a los ritos religiosos, de los que los antiguos juristas, que solían reservarse a la vez el cargo religioso de ‘pontífices’, se ocupaban especialmente”.⁸⁴ Después, si algo habría de caracterizar al derecho romano fue la “laicizzazione”⁸⁵ del *ius*, el cual “significó *lo justo*, formulado por los que saben de ello: los *iuris prudentes*. Los juristas romanos conciben el *ius* como la disciplina de lo justo y la *iuris prudentia* (jurisprudencia o ciencia del derecho) como la ciencia de lo justo y de lo injusto, donde ciencia (*scientia*) equivale a *ars* o arte”.⁸⁶ “La misma *auctoritas* de los juristas que profieren los *responsa* se apoya en la reverencia religiosa (...)”,⁸⁷ sin confundir lo religioso con lo puramente secular. De este modo, “la conciencia progresiva de esta secularidad del derecho permite la formación del propio *ius civile*”.⁸⁸

Este *ius civile* fue el derecho por antonomasia de Roma, era el derecho civilizado sobre el que los juristas debían declararse en el caso concreto (*ius dicere, indicium*).⁸⁹ “El derecho consiste en juicios, pero éstos se fundan en los criterios de justicia formulados por los prudentes (...) el *ius* consiste en soluciones convenientes y no puede ser injusto”.⁹⁰ En este contexto, el *ius* deriva entonces de la justicia, como aquello que según Ulpiano indica como *est constans et perpetua voluntas ius summ cuique tribuendi*.⁹¹

⁸⁴ D’Ors, A., *Derecho privado romano*, 5a. ed., Eunsa, Pamplona, 1983, p. 45.

⁸⁵ Pugliese, G., *Istituzioni di diritto romano*, 2a. ed., Giappichelli, Torino, 1990, pp. 38 y ss.

⁸⁶ Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992, pp. 172-173, y la bibliografía ahí contenida.

⁸⁷ D’Ors, A., *Derecho privado romano*, p. 46.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Parece que en épocas relativamente tardías, el *ius* tuvo distintos significados como normativo, de derecho subjetivo, como ciencia, arte, etcétera, pero de manera significativa la de cosa o realidad justa. Cfr. Hervada, J., *Lecciones propedéuticas...*, *op. cit.*, p. 174.

⁹⁰ D’Ors, A., *Derecho privado romano*, *op. cit.*, p. 44.

⁹¹ *D.1.1.10*.

2. Ius y aequitas

Conviene destacar en la evolución del derecho romano la profunda relación que existió entre el *ius* y la equidad. El *ius* fue igualmente identificado como la disciplina de la *aequitas*, como aquel arte de lo bueno y de lo justo (*ius est ars boni et aequae*)⁹² (D.1.1.1.) edificándose el derecho sobre estas bases profundamente equitativas. La equidad constituye un criterio inspirador de la actividad del magistrado en la corrección de la injusticia que tantas veces derivaba de la rígida aplicación del *ius civile*.⁹³ Para algunos, esta idea evidenciaría la unión entre lo jurídico y lo moral.⁹⁴ “Corresponde a los estudiosos modernos explicitar o precisar las razones de justicia, que se encuentran en la base de la particular solución sugerida por el jurista”.⁹⁵

Muchos serían los ejemplos que nos servirían para confirmar esta profunda relación entre el *ius* como derecho y la equidad. Ulpiano nos propone dos de ellos en formula de reglas: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (preceptos del derecho: vivir honestamente no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo). Y *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (la jurisprudencia en el arte o la ciencia de las cosas divinas y humanas, de lo justo y de lo injusto) D. 1.1.10. Inst. 1.1. pr. 1.3.⁹⁶ Estas ideas reflejan una continuidad en el pensamiento que desde la República se consideraban como ciertas.⁹⁷

⁹² Para un análisis general del origen y desarrollo del *ius* romano, *cf.* Guarino, A., *Storia del diritto romano, op. cit.*, pp. 121-150.

⁹³ Vacca, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano, op. cit.*, p. 49.

⁹⁴ *Cfr.* Catalano, P., “Religione, morae e diritto nella prospettiva dello *ius romanum*”, en *Roma e América, Diritto Romano Comune. Revista de diritto del 'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina*, 1, Roma, 1996, pp. 3 y ss.

⁹⁵ Pugliese, G., *Istituzioni di diritto romano, op. cit.*, p. 188.

⁹⁶ *Cfr. Ibid.*, p. 189.

⁹⁷ Para este punto puede verse el resumen que presenta Schulz de las obras de Cicerón y Stobeo en el que resalta la idea que existía desde Grecia entre la vinculación entre derecho y ética. *Cfr. SGR.*, p. 242.

Las mismas fuentes romanistas dan cuenta de la vinculación planteada. Así, por ejemplo, en el *Digesto* se exige para quienes quieran dedicarse al derecho saber de dónde deriva el término *ius* y así se dice que es “llamado así por derivar de ‘justicia’, pues como elegantemente lo define Celso, el derecho es la técnica de lo bueno y de lo justo. En razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes; en efecto, rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el temor del castigo, sino también por el estímulo de los premios, dedicados, si no yerro a una verdadera y no simulada filosofía”.⁹⁸

En el propio *Digesto* podemos encontrar también lo siguiente: “que rechazamos la violencia y la injusticia, pues sucede que, en virtud de ese derecho, lo que cualquiera hubiere hecho en salvaguardia de su cuerpo se estime que lo hizo con derecho, y como la naturaleza estableció entre nosotros un cierto parentesco, se sigue que es ilícito atentar un hombre contra otro”.⁹⁹

Refiriéndose a la condición de los hombres la obra de compilación llevada a efecto por Justiniano, con base en el derecho antiguo, ha reconocido igualmente con toda claridad que la libertad es un derecho con el que todos los hombres nacen, y que la “esclavitud es una institución de derecho de gentes, por la cual uno está sometido, contra la naturaleza, al dominio ajeno”.¹⁰⁰

Al hilo discursivo de lo que venimos mencionando, pero ahora sobre el tema del matrimonio se puede leer igualmente que “el matrimonio es la unión de hombre y mujer en pleno consorcio de su vida y comunicación del derecho divino y humano”.¹⁰¹

Estos ejemplos de carácter enunciativo sirven para mostrarnos una idea básica del derecho romano, ser éste una jurisprudencia eminentemente justa y moralmente humanista, la que en el fondo explicaba un ideal de hombre que permeaba la con-

⁹⁸ D.1.1.1.

⁹⁹ D.1.1.3.

¹⁰⁰ D.1.5.4.

¹⁰¹ D.23.2.1.

cepción del derecho romano. Sandro Schipani ha sido especialmente insistente en esta noción cuando escribe: “Para el derecho romano, la noción de hombre y persona coincidían y se referían a todos los hombres. Piénsese en la sistemática de las *Institutiones* de Gayo (Gai. 1, 8 ss) y de Justiniano (J.1, 3), del *Digesto* (D.1.5-6), que incluye dentro de tal categoría a los ‘libres y esclavos, ciudadanos y extranjeros, personas que son de su propio derecho, y personas sujetas a ajeno derecho, los que están en el útero y los nacidos varones, y hembras’ que en el marco de una elaboración del discurso sistemático (*generatim*), se ponen de manifiesto a través de divisiones, que conducen a reflexionar sobre la importancia de la categoría general. Ya que si suma es la división entre libres y siervos, aun de mayor importancia es la categoría que los une”.¹⁰²

Se insistirá entonces en la idea de una moral humanista cuyo centro de reflexión y operatividad era fundamentalmente el hombre,¹⁰³ en el que se reconoce la idea de dignidad, elemento permanente en él y capaz de titularidad de derechos. “Umanesimo è affermazione della propria persona nel rispetto di quella altrui: la misura è sua virtù”.¹⁰⁴

3. Edicto romano

Instrumento importante en la República (*vid. supra*) y en el principado fue también el “Edicto”, el cual era un documento que el magistrado publicaba al inicio de su magistratura y en el que se contenía el programa de trabajo para el año laborable. Este documento durante mucho tiempo fue una fuente de re-

¹⁰² Schipani, S., “El derecho romano en el nuevo mundo”, en *Ars Iuris* 12, México, 1994, pp. 203 y ss. Es la traducción al castellano de “Il diritto romano nel nuovo mondo”, recogido en *Materiali I. Derecho romano y unificación del derecho. Experiencia europea y latinoamericana (con especial atención a la responsabilidad extracontractual)*, Università degli Studi Roma Tor Vergata, Roma, 1999, pp. 7-64.

¹⁰³ Vacca, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, op. cit., p. 53.

¹⁰⁴ Voci, P., *Manuale di diritto romano I. Parte generale*, 2a. ed., Giuffrè, Milano, 1984, pp. 48-49.

novación constante del derecho,¹⁰⁵ hasta llegar a tener una cierta estabilidad.¹⁰⁶

Los edictos fueron fuente del derecho, pero no del *ius civile*, porque éste se funda en la autoridad de la jurisprudencia y el primero en la autoridad de los magistrados.¹⁰⁷

Su composición era variada, pero en términos generales se integraba primero de una parte introductoria sobre cómo debían tramitarse los litigios. La segunda, que era siempre la más extensa, compuesta de diferentes acciones relativas a la propiedad, los negocios crediticios, los contratos, la tutela, el hurto. Una tercera, concerniente al derecho pretorio de las herencias. Y, finalmente, un par de últimas partes; una sobre la ejecución de sentencias judiciales, y otra quinta de interdictos y estipulaciones pretorias.¹⁰⁸ La practicidad de este documento la ha destacado D'Ors al señalar: "es observable en el estilo del Edicto, como también en el de las leyes, un progreso de abstracción que lleva a sustituir la forma explicativa 'no se haga...: si alguien hace...'

¹⁰⁵ "El pretor, pues, actuaba asistido por un *consilium* de juristas, en cuyo seno se preparaba y redactaba el edicto año a año, conforme con criterios técnicos; y aunque informal y de libre y flexible integración, ese consejo en la práctica resultaba muy permanente. Todo eso explica que el edicto mismo llegara a ser un instrumento altamente tecnificado y desde luego constante, porque la formal renovación anual implicaba una reiteración de buena parte del contenido del edicto anterior, y así sucesivamente (*edictum traslativum*), atendida la permanencia de sus verdaderos artífices. Pero también esa renovación formal cada año, e incluso la posibilidad de modificar en cualquier momento el edicto inicial mediante los llamados 'edictos repentinos', fue una razón más de la eficacia de esta fuente: la renovación formal misma daba ocasión para examinar y revisar el contenido del edicto anterior que debía quedar incorporado en el nuevo a la luz de la experiencia y de los avances de la ciencia jurídica, y ello permitía perfeccionar el material recibido; además hacía posible ensayar nuevas soluciones con facilidad, en contraste con las dificultades que ofrecía la tramitación de una ley, y sin el riesgo de tener que soportar por mucho tiempo una solución que después se mostrará mala e ineficaz, que es una de las desventajas de confiar la reforma del derecho a la legislación". Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 38.

¹⁰⁶ Cfr. SGR., p. 227.

¹⁰⁷ En este sentido conviene tomar en cuenta el § 36 de D'Ors, A., *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 68.

¹⁰⁸ Cfr. D'Ors, A., *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 71.

por la implicativa 'quien haga...'; en los edictos de la última fase, suele aparecer la forma referida a la alegación de los hechos por el demandante (*quod dicitur*) más que a los hechos mismos".¹⁰⁹

A pesar de ser el Edicto una obra eminentemente magisterial, detrás de su elaboración radicaba la figura del jurista romano a quien generalmente acudía el magistrado para consultarle y elaborar su Edicto. Formalmente el Edicto era presentado por el magistrado, pero materialmente era elaborado por el jurista, haciendo de éste una obra eminentemente jurisprudencial como lo fue el derecho que venimos sintetizando.¹¹⁰

4. Senadoconsulto

Herramienta importante para el derecho de este periodo fue el senadoconsulto (*senatusconsultum*), "que exigía la exposición de la materia por un magistrado, la deliberación del senado, su votación y la redacción de un texto continente de su parecer u opinión".¹¹¹ La doctrina también ha considerado que, como en el caso del Edicto, el senadoconsulto no fue en un principio y de manera directa fuente del *ius civile*, pero a partir de la época de Adriano valen ya como fuente de éste. Las disposiciones del senadoconsulto debían "ser cumplimentadas a través de la jurisdicción

¹⁰⁹ Cfr. *Ibidem* y Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano*, op. cit., pp. 12-15.

¹¹⁰ "En la organización judicial formularia, propia de la época clásica, el control del proceso y la admisibilidad de las reclamaciones procesales de los particulares no corresponde a los jueces sino a los magistrados encargados de la *jurisdictio* en controversias de derecho privado; tales magistrados solían ser personas ignorantes en cuestiones de derecho y, por ello, tenían que acudir al consejo de los juristas. El asesoramiento de los magistrados por los jurisconsultos no es, en modo alguno, algo políticamente impuesto, sino una práctica socialmente derivada de la anteriormente aludida posición que en el ámbito de la organización sociopolítica ocupaban los juristas: el derecho privado pertenece a su indiscutida competencia; la *auctoritas prudentium* aparece, así, contrapuesta a la *potestas* de los magistrados con *imperium*, y, de este modo quien tiene potestad pregunta a quien posee el saber, de suerte que la jurisprudencia ejerce su actividad informadora de toda la vida jurídica a través de los magistrados con jurisdicción". Fernández Barreiro, A., "El modelo romano de derecho de juristas", en *Revista de estudios histórico-jurídicos I*, op. cit., p. 35.

¹¹¹ Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano*, op. cit., p. 30.

pretoria, ordinariamente mediante concesión de excepciones procesales que paralizaban las reclamaciones fundadas en actos que el senado había prohibido (...).¹¹² En este sentido, si bien es cierto el senadoconsulto tuvo fuerza de ley, tal y como Gayo lo dejará establecido en sus Instituciones, también lo fue que podía ser objeto de discusión y análisis, es decir, no fue nunca taxativo.¹¹³

De ser éste un documento estrictamente político, pasó a ocuparse de asuntos esencialmente jurídicos, sobre todo de carácter privado durante el siglo I d. C. Dos son las características que la figura del senadoconsulto tiene en los siglos I y II d. C. Primero, queda como el instrumento normativo, con eficacia y operatividad diversa, y utilizado para la innovación que se quería sancionar; y en segundo lugar, el senadoconsulto le sirve al emperador para dirigir la actividad judicial y normativa del pretor y para guiarlo en la innovación del mejor momento de aportar al edicto.¹¹⁴ En ambos, la figura del jurista romano será especialmente importante en la elaboración y discusión de la figura referida.¹¹⁵

5. Lex

Figura poco relevante en el principado fueron las leyes, las cuales fueron una “declaración de potestad que vinculaba tanto al que la da como al que la acepta”.¹¹⁶

¹¹² D’Ors, A., *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 74.

¹¹³ Cfr. Gayo, *Inst.* 1.1.4.

¹¹⁴ Talamanca, M. (dir.), *Lineamenti di storia del diritto romano, op. cit.*, p. 396.

Un análisis detallado del desarrollo y operatividad del *senadoconsulto* en el periodo clásico del derecho romano puede verse en el punto 79 de *Ibid.*, pp. 395-399.

¹¹⁵ “Un senadoconsulto contiene la opinión del senado acerca de un cierto asunto, y esa opinión servía para que los magistrados pudieran ejercer autorizada-mente sus potestades del modo en que lo estimaran conveniente, con el fin de hacer operativo el consejo senatorial. Cuando el asunto era jurídico, en consecuencia, normalmente tocaba al pretor prever mediante sus instrumentos jurisdiccionales o parajurisdiccionales a dicha operación; por ejemplo, concediendo una nueva acción, denegando las existentes u otorgando excepciones, etc. Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 30.

¹¹⁶ D’Ors, A., *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 63.

La expresión *lex* para el derecho romano del periodo al que nos venimos dedicando indicó, en un sentido genérico, no sólo la *lex* en sentido propio, sino también se incluyeron en ella las deliberaciones de los *comitia*, la propuesta del magistrado como imperio, y los plebiscitos.

Las leyes se dividían en públicas y privadas.¹¹⁷ Las primeras se ocupaban de diversas materias, lo mismo que de la institución de nuevas magistraturas que de sus competencias, igual que del derecho de ciudadanía que del derecho al voto y los procedimientos legislativos, etcétera.¹¹⁸ La *lex privata* tuvo mucho menos presencia debido a que, como lo hemos anotado, el razonamiento casuístico del derecho fijado en las circunstancias del caso, impedía hacer propuestas generales. En este sentido, la *lex* ocupa un lugar poco relevante en el campo del derecho privado.¹¹⁹ Ambas, *lex* pública y privada, no podían modificar al *ius*.¹²⁰

6. *Jurisprudencia del periodo clásico y Responsum*

En este punto sería reiterativo insistir en la significativa presencia que el jurista ejerció en la práctica totalidad del derecho romano clásico, lo mismo en su aplicación que en su producción, igual en su *consulta* que en su interpretación, llegando a constituir, como es por todos conocido, un derecho eminentemente jurisprudencial.¹²¹ Alejandro Guzmán Brito resume la presencia

¹¹⁷ "La *lex privata* es aquélla que declara el que dispone de lo suyo en el negocio privado (*lex rei suae dicta*)". La *lex pública* es la que declara el magistrado (*rogatio*) y reciben los comicios con su autorización (*iussum*). *Ibid.*, pp. 63-64.

¹¹⁸ Cfr. De Francisci, P., *Sintesi storica del diritto romano*, 3a. ed., Ateneo, Roma, 1965, p. 206.

¹¹⁹ Para un resumen general de las principales leyes en el periodo referido, cfr. *Ibid.*, p. 207.

¹²⁰ "Entre el *ius*, creado por la autoridad de los prudentes, y la *lex*, creada por la potestad del magistrado, hay una clara antítesis. En principio, la *lex* no modifica el *ius*, y si se dice que es fuente del *ius*, esto se debe a que los nuevos datos de la ley pueden ser asimilados por la jurisprudencia; también los pretores procuran aplicar los preceptos legales". D'Ors, A., *Derecho privado romano*, *op. cit.*, p. 66.

¹²¹ Guriano resumirá en tres incisos concretos los elementos comunes de esta etapa jurisprudencial: "a) el prudente tradicionalismo, la cautela de sus exponentes

del prudente en el derecho del periodo confirmando los argumentos hasta aquí presentados.

Primero es el *responsum*, es decir, “la manifestación oral o escrita de su opinión jurídica acerca de un caso sometido a su dictamen por cualquier particular o por otro jurista e incluso por el magistrado jurisdiccional o el juez”.¹²² Aunque con diferencias entre el periodo republicano y el clásico,¹²³ el *responsum* se basó principalmente en la *autoritas* de quien lo profería y de sus maestros, llegando a contener en él las opiniones de los juristas más connotados en cuestiones como interpretación de testamentos y contratos como en la república acontecía;¹²⁴ en la declaración de derechos y obligaciones de las partes en conflicto; en declaración de una acción o en la aplicación de una ley o la costumbre.¹²⁵

Los comentarios constituyeron también una forma directa en la que los juristas influyeron la vida del derecho romano. Éstos eran, como los *responsum* u otra especie de la literatura jurídica, una serie de opiniones que los juristas emitían sobre cuestiones de derecho civil o sobre derecho pretorio. “También está la literatura de *responsa*, en que se coleccionaban las respuestas dadas por el autor; de *quaestiones*, en que se trataba de casos reales,

en meter parte de los viejos esquemas y las viejas concesiones, por tanto, la tendencia a utilizarlos donde fuera posible; b) la selección de sus representantes a obra de principios, hay que entenderlo pero en el sentido limitado que éstos buscaban con varios medios de favorecer algunos jurisconsultos, sin embargo, sin tomar algunos otros la posibilidad de explicar libremente su actividad; c) el ordenamiento sistemático de su trabajo, esto es, a decir la tendencia de los juristas clásicos y a empeñarse en las actividades creativas mejor en sistemas expositivos y encuadrativos unitarios del derecho vigente que en la directa o indirecta producción de nuevas instituciones”. Pugliese, G., *Istituzioni di diritto romano*, *op. cit.*, p. 444.

¹²² Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano*, *op. cit.*, p. 36.

¹²³ Estas diferencias se refieren fundamentalmente a la distinción que existía entre lo que es el *responsum* y el *ius publice respondendi*. El segundo se refiere a la reforma que introdujo Augusto, por la que delegaba la autoridad de quien podía emitir esta (s) respuesta. Para tal punto *cfr.* SGR., pp. 95-101 y pp. 202-210.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 95.

¹²⁵ *Cfr.* Arangio-Ruiz, V., *Historia del derecho romano*, 5a. ed., Reus, Madrid, 1994, p. 151.

pero la mayor parte de las veces imaginarios, resueltos por el jurista; y de *digesta*, en que se combinaban el comentario y la casuística”.¹²⁶

El edicto, como lo hemos visto, fue también fuente del derecho y aunque atribuida formalmente al pretor, la elaboración de éste correspondió a los juristas romanos, particularmente al *consilium* de éstos. Como en la República, los juristas continuaban siendo consejeros y asesores de los jueces y de los magistrados.¹²⁷

El trabajo realizado por los juristas al interior del *consilium* en la preparación del edicto anual será la razón de que éste “llegara a ser un instrumento altamente tecnificado y desde luego constante, porque la formal renovación anual implicaba una reiteración de buena parte del contenido del edicto anterior, y así sucesivamente (*edictum traslaticium*) atendiendo a la permanencia de sus verdaderos artífices”.¹²⁸ “La renovación formal misma daba ocasión para examinar y revisar el contenido del edicto anterior que debía quedar incorporado al nuevo a la luz de la experiencia y de los avances de la ciencia jurídica, y ello permitía perfeccionar el material recibido; además, hacía posible ensayar nuevas soluciones con facilidad, en contraste con las dificultades que ofrecía la tramitación de una ley”.¹²⁹

Finalmente, la labor que mejor representa el espíritu jurisprudencial del derecho romano clásico, es la de interpretación. Ésta fue llevada a efecto en toda la actividad jurídica de este periodo, lo mismo en las normas generales que en los edictos o en las propias constituciones imperiales.

IX. CONCLUSIONES

Llegados a este punto convendría reseñar algunas conclusiones importantes. Éstas parten de un hecho incontrovertible, tanto a nivel de teoría del derecho como de filosofía del derecho, esto es,

¹²⁶ Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 37.

¹²⁷ *Cfr. SGR.*, pp. 210-211.

¹²⁸ Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 38.

¹²⁹ *Ibidem.*

que en la búsqueda sobre los antecedentes acerca de lo que los principios jurídicos son, se tiene uno que referir de manera necesaria a lo que en la jurisprudencia romana, particularmente clásica, se conocieron como *regulae iuris*, o reglas del derecho, las cuales fueron elaboradas y empleadas en el razonamiento jurídico de los más importantes juristas de la época tardo-republicana y clásica. Dichas *regulae iuris* tuvieron como objetivo principal resolver los problemas planteados a los juristas, o en su caso servir de punto de partida en su razonamiento sobre el caso concreto, a partir del contenido moral, justo o equitativo de tales reglas del derecho.

En este sentido, el contenido justo de las reglas orientó el razonamiento del jurisprudente romano y sirvió además para exponer sus argumentos o interpretar algún problema jurídico concreto. Habrá que decir, como se establece en la primera de las reglas, en el Libro 50, Título 17 del *Digesto*, que las reglas no crean derecho, pero sí sirvieron como criterios orientativos y directivos en el razonamiento prudencial. Desde aquí se entiende mejor que la regla es “la que describe brevemente cómo es una cosa. No que el derecho derive de la regla, si no que ésta se abstrae del derecho existente. Así pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las cosas y, como dice Sabino, es a modo de resumen, que, si falla en algo, resulta inútil”. *D.50.17.1*. Por tanto, siendo las *regulae iuris* uno de los antecedentes de los principios del derecho y, teniendo éstas un contenido justo, los principios jurídicos participan de tal contenido. Los ejemplos del *Digesto* señalados a lo largo del trabajo reflejan de mejor manera la anterior afirmación.

Una segunda conclusión igual de relevante que la anterior vendría establecida al afirmar que en una cultura jurídica caracterizada fundamentalmente por ser honoraria, con tan poco apego a la formalidad, donde además existió un rechazo a la abstracción y generalidad, y donde se privilegió la dialéctica en el razonamiento para resolver caso a caso los problemas planteados como fue tanto la cultura jurídica republicana como la clásica de Roma, no resulta extraño encontrarse con que la producción del derecho correspondió al juez, particularmente a la

autoritas de éste y no al poder político. En este sentido, dicha jurisprudencia fue eminentemente casuística y jurisprudencial, teniendo como base de su razonamiento la estrecha vinculación entre lo jurídico y lo moral, haciendo de ella una civilización donde la justicia no fue comprendida nunca como un juicio deóntico, sino como el elemento indispensable de la resolución del caso concreto.

COMENTARIOS A LA CONFERENCIA: “REGLAS Y PRINCIPIOS.
A PROPÓSITO DEL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS
JURÍDICOS A PARTIR DE LAS *REGULAE IURIS*”

HUGO S. RAMÍREZ GARCÍA

En su conferencia, “Reglas y principios. A propósito del origen y evolución de los principios jurídicos a partir de las *regulae iuris*”, el profesor Saldaña nos ha propuesto la consideración de una interesante tesis que ha venido a dar un renovado vigor a la filosofía jurídica contemporánea: el derecho no puede ser descrito cabalmente sólo como un conjunto de reglas; en él, los principios jurídicos tienen una función específica y relevante que se traduce, dicho con pocas palabras, en la configuración del sentido ético para el razonamiento jurídico en su conjunto.

De esta forma, con su exposición, Javier Saldaña ha logrado confirmar la legítima pertenencia de los principios jurídicos al derecho mediante la revisión de su emergencia histórica, la cual se asienta en el antecedente de las *regulae iuris*, y por lo tanto, en la *iuris prudentia* romana del periodo clásico. Aquí, tal y como detalladamente lo ha expuesto nuestro conferenciante, se aprovecharon los desarrollos de la actividad y el pensamiento jurídico precedentes para dar consistencia a un derecho auténticamente

jurisprudencial, donde las *regulae iuris* cuentan con un papel orientador, fundamental en sentido amplio, para el razonamiento jurídico: ayunas del rigorismo normativo, las *regulae iuris* son el zócalo firme para una interpretación jurídica humanista caracterizada, en último término, por su clara exigencia de justicia. Dicho con Carlos Augusto Cannata, las *regulae iuris* se constituirán durante varios siglos de trabajo jurisprudencial, en la síntesis de los principios del *ius civile*, y en este sentido serán la llave del método interpretativo que complementa, en pos de la equidad, lo dispuesto por la norma legislada con las exigencias del caso concreto.¹

Indudablemente, los principios jurídicos están llamados a cumplir análoga función en la jurisprudencia actual: tal y como lo sugiere el profesor Saldaña, debemos ver en su empleo la posibilidad de perfeccionar el ordenamiento jurídico, perfeccionamiento que está directamente vinculado al cumplimiento pleno de las exigencias asociadas a su fundamento, es decir, a aquéllas que están radicalmente unidas a la existencia humana como la seguridad, la duración y la ayuda mutua, según nos recuerda Sergio Cotta.²

Para lograr esta tarea, se abren diversos frentes de intensa discusión académica. Entre ellos, un lugar destacado lo ocupan diversas aportaciones desde la antropología filosófica, situación que ha sido igualmente puesta de manifiesto por Javier Saldaña al referirse a dos de las más relevantes fuentes de la jurisprudencia romana clásica: el *ius* y la *aequitas*. En efecto, la relación de *ius* y *aequitas*, que da lugar al arte de lo bueno y de lo justo, no se entiende en ausencia de una clara idea del hombre. Y es aquí donde surge la cuestión a la que quisiera dirigir el resto de esta participación: ¿qué idea del hombre nutre e impulsa a una jurisprudencia humanista?

¹ Cfr. Cannata, C., *Historia de la ciencia jurídica europea*, t. org., Histoire de la jurisprudence européenne, trad. L. Gutiérrez-Masson, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 35, 63 y 64.

² Cfr. Cotta, S., *¿Qué es el derecho?*, t. org., Perché il diritto, trad. J. J. Blasco, Rialp, Madrid, 1995, pp. 33 y ss.

Obviamente, no pretendo aclarar este interrogante de manera acabada; me limitaré, en cambio, a esbozar los caminos que hoy intentan despejar nuestras dudas alrededor de este tema.

Uno de ellos se ha desarrollado a la par del pensamiento y cultura modernos. Entiende que la dignidad del hombre se actualiza, fundamentalmente, en la capacidad para decidir con plena autonomía el rumbo de la propia existencia hacia la felicidad. Detrás de esta noción, como acertadamente ha observado Charles Taylor, subyace una antropología que da un giro ético a la originalidad ontológica personal, al afirmar que existe cierta forma individual de ser humano, que constituye *mi* propia forma, y que compele a cada hombre a vivir su vida con una autenticidad que brota de su propia existencia: se trata, en definitiva, del deber de cada hombre y mujer a no plegar su vida a las exigencias de la conformidad exterior y, en cambio, de ser siempre fieles a sí mismos, y a la propia originalidad.³

La consecuencia práctica más relevante de esta visión se encuentra en la configuración de lo que Adela Cortina denomina como *Ética mínima*, también conocida como una ética procedimental. Uno de sus principios básicos establece la neutralidad pública respecto de la definición del contenido de la vida buena. Ésta constituye aquello que cada individuo busca a su manera y en ello se actualiza, como vimos, la dignidad personal; de tal manera que se faltaría gravemente a esta dignidad, si una sociedad deja de ser imparcial, es decir, cuando toma partido públicamente por una concepción concreta de la vida buena.

Como es de esperarse, este principio básico de neutralidad axiológica tiene repercusiones jurídicas relevantes. Entre ellas, una de las más destacadas se ha traducido en la configuración de los derechos humanos como derechos subjetivos, y la consecuente elevación del derecho de propiedad a paradigma de derecho humano. En efecto, como ha puesto de relieve Jesús Ballesteros, la mayor parte del discurso jurídico moderno y contemporáneo ha

³ Cfr. Taylor, Ch., *La ética de la autenticidad*, t. org. The malaise of modernity, trad. P. Carbajosa, Paidós, Barcelona, 1994, pp. 61-65.

girado en torno a la noción de derecho subjetivo, entendida como poder de disposición y enajenación, es decir, como una esfera reservada al individuo, en la que no cabe interferencia alguna por parte de la autoridad o de las otras personas, sin su consentimiento.⁴ Con esto, el derecho en su conjunto asume paulatinamente las características definitorias de una técnica que tiene como objetivo concreto la *gestión de los riesgos de una sociedad atomizada*. Dicho con Pietro Barcellona, el derecho se transforma en un orden negativo, constituido por un conjunto de reglas carentes de dignidad ontológica, en la medida en que ofrecen soluciones según un cálculo de conveniencia y oportunidades, útiles sólo para evitar que el conflicto llegue al extremo de la supresión del *otro*, el adversario por definición.⁵

En paralelo a lo anterior, una segunda secuela de influencia de la ética procedimental en el plano jurídico, ha supuesto para el derecho un desarrollo cultural que lo desvincula del valor justicia. Efectivamente, para esta visión, pensar la justicia más allá de la imparcialidad conduciría a aquellas determinaciones axiológicas absolutas que precisamente el politeísmo de los valores imperante rechaza constitutivamente.⁶

En consecuencia, bajo esta perspectiva antropológica, la configuración del sentido ético del derecho a través de una jurisprudencia despierta y activa en el plano axiológico, es ciertamente precaria. Sobre todo si tenemos en cuenta, por un lado, que la justicia no es un valor convergente, sino un bien que se disfruta únicamente en común,⁷ y por otro, que la soberanía del

⁴ Cfr. Ballesteros, J., *Posmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 54 y 62.

⁵ Cfr. Barcellona, P., *El individualismo propietario*, t. org. L'individualismo propietario, trad. J. E. García, Trotta, Madrid, 1996, pp. 25 a 27.

⁶ Cfr. Barcellona, P., *El individualismo propietario*, op. cit., p. 27.

⁷ En esto seguimos la definición de bien común que aporta Charles Taylor como cosas que tienen valor esencialmente para *nosotros*, es decir, donde el mismo compartir es ya un valor. Cfr. Taylor, Ch., *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, t. org., Philosophical arguments, trad. F. Birulés, Paidós, Barcelona, 1997, p. 250.

yo no se obtiene más que en detrimento de la comunicación,⁸ lo cual obstaculiza la necesaria actividad dialógica para la deliberación acerca de lo justo y su disfrute auténtico. Más aún, la propia tarea jurisprudencial, en tanto que actividad práctica, experimenta un angostamiento al manifestarse como expresión de la protección jurisdiccional de derechos, entendidos como pretensiones subjetivas, o *claims*, posibilitando el desamparo jurídico de los “no autónomos”, de los incapaces de elección, por ejemplo, con la admisibilidad creciente del aborto y la eutanasia.

De esta forma se pone en pie la necesidad de una antropología que identifique al ser humano como un ser que se distingue por su capacidad de apertura y relación. Para ello, como ha señalado Jesús Ballesteros, es indispensable referirse al ser humano en su desnudez ontológica, es decir, al hombre sin atributos, en su más radical indigencia, de tal manera que nuestras concepciones éticas y jurídicas atiendan directamente al *ser* y no al *tener*.⁹ Para lograrlo se torna indispensable un reconocimiento básico: que el hombre es ontológicamente dependiente y vulnerable. A esta tarea se ha dedicado, muy recientemente, el filósofo irlandés Alasdair MacIntyre en su *Animales racionales y dependientes*, donde pretende demostrar las razones antropológicas que explican por qué los seres humanos necesitamos virtudes. Según MacIntyre, la experiencia cotidiana demuestra, de manera irrefutable, que la vulnerabilidad y la dependencia son dos notas distintivas de la vida humana en la medida en que las encaramos y superamos gracias a la asistencia de nuestros semejantes, impulsada por aquellas virtudes que posibilitan dar y recibir incondicionalmente.¹⁰ Dicho de otra manera, el florecimiento de cada

⁸ Cfr. Cotta, S., *Itinerarios humanos del derecho*, t. org., Itinerari esistenziali del diritto, trad. J. Ballesteros, Eunsa, Pamplona, 1978, p. 63.

⁹ Cfr. Ballesteros, J., *Sobre la fundamentación antropológica de la universalidad de los derechos humanos*, Real Academia de Cultura Valenciana, Valencia, 1999, p. 21.

¹⁰ Cfr. MacIntyre, A., *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, t. org., Depending rational animals, trad. B. Martínez, Paidós, Barcelona, 2002, *passim*.

ser humano *qua* ser humano, depende directamente del ejercicio de diversas virtudes llevado a cabo por otros seres humanos.

Este reconocimiento supone una inversión respecto de la antropología subyacente a la “ética de la autenticidad”, a la que anteriormente hicimos referencia. En efecto, si bien es correcto admitir la relevancia de la autonomía del individuo como capacidad para formular elecciones independientes en el plano práctico, es igualmente importante reconocer que las virtudes de la actuación racional independiente sólo pueden ejercerse adecuadamente, acompañadas de lo que MacIntyre denomina como “virtudes del reconocimiento de la dependencia”, y ello por dos razones fundamentales.

En primer lugar, dada la corporeidad humana, en diversas etapas de la vida, con mayor o menor intensidad nos encontramos imposibilitados para satisfacer, por nosotros mismos, múltiples necesidades materiales. En estos casos, típicos de la infancia y la senectud, dice MacIntyre, la identidad corporal humana define y dota de consistencia a las relaciones intersubjetivas, en la medida en que las necesidades de los otros por mantenerse en vida, son razones que impulsan la acción individual y colectiva.¹¹

En segundo lugar, debemos tener en cuenta que la autonomía, en tanto que condición para la libertad, supone necesariamente un aprendizaje, a través de la experiencia, del papel y el sitio que ocupa la independencia y la dependencia de otros dentro de la propia biografía. Como explica el propio MacIntyre, “el aprendizaje práctico que hace falta para llegar a ser un razonador práctico es el mismo aprendizaje que hace falta para encontrar el lugar que uno ocupa dentro de una red de individuos que dan y reciben, donde se entiende que la obtención del bien individual es inseparable de la del bien común”.¹²

Arraigados en estas convicciones, los principios jurídicos y la jurisprudencia se encaminan a la recuperación del sentido ético al que ha hecho referencia nuestro conferenciante, toda vez

¹¹ Cfr. MacIntyre, A., *Animales racionales y dependientes*, op. cit., p. 91.

¹² *Ibidem*, p. 134.

que la aceptación de la dependencia y vulnerabilidad como rasgos antropológicos fundamentales, contribuye a verificar la entidad de una verdad práctica objetiva, o si se prefiere, de una ley natural. En efecto, la participación en el florecimiento de una vida humana, bien sea de forma mediata o inmediata, supone “valorar y hacer asequibles bienes que son valiosos en sí mismos”, y que por esta razón dan origen a un deber que no se construye, sino que se reconoce.

No quisiera concluir estos comentarios sin agradecer una vez más al doctor Javier Saldaña por su interesante conferencia, la cual, sin duda, ha despertado hondas inquietudes en quienes le hemos escuchado.