

# El Razonamiento Jurídico en Roma y en la Actualidad

Por A. M. HONORÉ

Profesor de la Facultad de Derecho de la  
Universidad de Oxford.  
Traducción de FEDERICO WEBER PONCE DE LEÓN.

## I. INTRODUCCION.

ALGUNAS VECES se pregunta al estudioso del Derecho Romano en qué consiste la contribución del mismo a nuestra moderna cultura jurídica.

Cuando esto me sucede, pienso de inmediato en las normas del Derecho Romano que han encontrado acogida en los sistemas jurídicos modernos a través de distintas maneras de "recepción".

Después, pienso en conceptos como el de posesión el cual ha afectado decisivamente a nuestro pensamiento y a nuestras formas sociales. Pero tal vez se deberán conceder igual o mayor importancia a una tercera área de influencia al método de razonamiento que las modernas culturas jurídicas han heredado del Derecho Romano.

Hablar de razonamiento jurídico es escuchar con estremecimiento el eco de la observación que Von LUBTOW hizo en el sentido de que los juristas romanos no hablaban de método debido a que sabían que una ciencia jurídica que tuviese en alguna forma que ver con métodos, era enfermiza.

Si lo que dice Von LUBTOW es cierto, entonces nuestra moderna ciencia del Derecho Romano está ciertamente en decadencia.

A partir de la segunda guerra mundial, los romanistas han mostrado un fuerte interés en el método jurídico. Dos obras han destacado al respecto:

La de VIEHWEG (1953) y la de HORAK (1969).

El pequeño clásico de VIEHWEG "*Topik und Jurisprudenz*" es bien conocido. Tuvo un cierto *succés de scandale* debido a que devaluó totalmente el

razonamiento sistemático al punto de considerarlo instrumento de decisiones legales y sugirió que el método actual seguido por los Romanistas y sus sucesores hasta el presente, no fue sistemático ni deductivo. Lo caracterizó como un método dialéctico basado en *topoi*, un término tomado de ARISTÓTELES y CICERÓN para denotar una especie de argumento —no demostrativo en el cual las conclusiones sólo podían llamarse probables, no ciertas, y el cual se basa en argumentos modelo o recibidos. *Topoi sedes e quibus arguments promuntur*. (Cicerón).

Este tipo de razonamiento no sólo es, en general, no deductivo, sino que además concentra en el problema individual por resolver, la *grundaporie* de tal forma, que el elemento resolutor del problema desborda en consideraciones deductivas.

Si la deducción genera un resultado poco satisfactorio como respuesta a la cuestión básica, éste se ve interrumpido por una invención tomando en cuenta un *topos* ya reconocido (p.e., se propone una nueva norma o se aduce un nuevo argumento).

Así, cuando la teoría de la voluntad (bajo el B G B) sugiere una conclusión poco satisfactoria, se la substituye por el *topos* "que aquel que razonablemente depende de otro, debe ser protegido (Vertrauensschutz), lo cual no se encuentra mencionado explícitamente en el Código y por lo tanto no puede ser deducido.

La aportación de VIEHWEG, no obstante la crítica que se le ha hecho, me parece, en la retrospectiva que no sólo constituye elemento conocido sino también se le reconoce como importante en la discusión acerca de la naturaleza de la resolución de problemas jurídicos.

Dos de sus temas son especialmente importantes: la noción de *topoi* como argumentos informales, algo distinto a una simple apelación a las normas legales, y la noción de Backlash, un movimiento dialéctico hacia atrás desde la solución hacia la razón o (usando un lenguaje más tradicional) de la conclusión a la premisa.

No es que haya nada fundamentalmente nuevo en la idea de un movimiento hacia atrás en el razonamiento. En efecto, el movimiento realista en su versión norteamericana continuamente insiste en el mismo tema y trata el razonamiento como algo esencialmente justificativo.

Algo que se produce con el propósito de demostrar por qué una decisión alcanzada independientemente, debería ser aceptada, o bien para hacer explícitas presunciones intuitivas, las cuales habrían ayudado a tomar la decisión.

VIEHWEG, demostró cómo el ir de la decisión hacia la razón encajaba en el movimiento deductivo normal, dentro del argumento legal, interrumpido.

piéndolo en ciertos casos y provocando una reconsideración de las premisas en las cuales se había dado una conclusión provisional.

El trabajo de VIEHWEG ha sido criticado ampliamente. Buena parte de esta crítica se encuentra resumida en el recién publicado libro de HORAK *Rationes Decidendi*, 1969. HORAK y algunos otros han dicho que es imposible contrastar —tal como lo hace VIEHWEG un argumento jurídico con un argumento sistemático sea deductivo o axiomático.

Todo juez, todo asesor jurídico, todo autor que considera una decisión o anticipa un caso que todavía no surge, se encuentra en el proceso de solución del problema. Lo que es susceptible de variar, es el método adoptado para resolver el problema. Debido a lo anterior deberán diferenciarse los métodos deductivos, de los métodos de solución de problemas y no la solución de problemas y el razonamiento deductivo o sistemático como tal. En segundo lugar, se ha dicho, la noción de *topos* es demasiado vaga para ser de mucha utilidad, comprende casi cualquier tipo de argumento concebible, e incluye tanto conceptos como máximas, principios y *regulae*.

En tercer lugar, los *topoi* son relevantes para la investigación y localización de normas o leyes, para la formulación de una norma o decisión pero no para su justificación. VIEHWEG se ha dejado llevar —dicen los críticos— con demasiado entusiasmo por su juguete.

Las dos primeras críticas me parecen acertadas. Es importante apreciar el carácter restringido del argumento, el cual puede ser aducido con vistas a resolver un problema jurídico. La tercera crítica no es convincente.

La función precisa del *topos*, es para justificar una decisión, una norma o una presunción. Podría ser definida como un argumento que dentro del contexto, sirve como justificación adecuada para una decisión, en caso de faltar argumentos contrarios. De cualquier forma, no hay necesidad de aferrarse al término un tanto arcaico —*topoi*—. CICERÓN escribió un libro sobre la materia dedicado al jurista C. TREBATIUS. ¿Qué tanto se enteró Trebatius?, es todavía incierto.

Los juristas romanos no tenían probablemente en lo consciente una teoría sobre la forma de su razonamiento. Esto no nos impide tratar de dar una explicación sistemática de lo que ellos hacían.

Junto con el hecho que en lenguaje común, la noción de causa es utilizada irreflexivamente y esto nos impide hacer un relato sistemático de los principios en que se basa ese uso irreflexivo.

## II. LOS TIPOS DE RAZONAMIENTO EMPLEADOS POR LOS JURISTAS ROMANOS.

Consecuentemente, antes de continuar con la discusión teórica describiré los tipos de argumento que los juristas romanos clásicos desplegaban o no

desplegaban para justificar las decisiones a las que llegaban en los casos particulares.

El tipo de decisiones que nos conciernen son aquellas hechas conforme a Derecho, es decir, las que eran elaboradas de acuerdo a una ley pre-existente o aquellas hechas conforme a una ley declarada como tal simultáneamente a la decisión tomada por virtud de un poder para legislar.

Y aquellas que eran hechas por virtud de tal poder, sin referencia a ninguna ley pre-existente o que simultáneamente a la decisión se le declaraba ley. En esta última categoría se podrá concebir los *responsa* de juristas autorizados dentro del sistema romano. (Compárense las decisiones judiciales dentro del sistema angloamericano de precedentes, los cuales han sido o no, conjugados con una *ratio decidendi* declarada).

Finalmente, podemos incluir las decisiones resultantes de la discusión de una *quaestio* dentro del sistema romano (compárense la discusión de algún autor moderno acerca de un posible caso, el cual todavía no ha sido objeto de una determinación legal).

En este caso, probablemente sería más propio hablar de una recomendación que de una decisión. Esta recomendación se conjuga con un elemento predictivo (que esto y aquello se decidirá cuando se presente el caso) y con una justificación la fundamentación con razones, para tal recomendación.

Entonces, consideramos como objeto del análisis la toma de decisión, como la manera de solucionar un caso conforme a derecho, debemos admitir que esta actividad constituyó una buena parte del trabajo de los juristas romanos, tal como les sucede a los juristas actuales, especialmente a los jueces.

Esto es válido aún para aquellos sistemas jurídicos cuya operación es más sistemática que el sistema romano o el inglés, como es el caso del Derecho Alemán.

Llegamos pues, a los tipos de argumento que se pueden encontrar en el *Corpus Iuris Civilis*. Propongo tomar ejemplos únicamente del Derecho Romano, p.e., las *condictiones* dentro del enriquecimiento sin causa.

Este es un tema jurídico bastante conocido y actualizado en el sentido de que no se ha vuelto obsoleto y que de hecho ha tenido una gran influencia en los sistemas modernos en Europa.

La primera tarea es pues, elaborar una lista de los principales tipos de argumentos encontrados en los textos y posteriormente, ver lo que tienen en común.

El análisis que a continuación hago, intenta ser aplicado al proceso de la toma de decisiones en todas sus etapas, por tanto, no es sólo la etapa final, en lo que centramos nuestro interés (aquella en la cual el juez o quien decide, determina, por ejemplo, que el demandante debe o no repetir).

El análisis se aplica de manera similar, a la formulación de una regla de Derecho, la cual se utiliza para fundamentar la decisión.

El análisis que debemos abordar es, por lo tanto, aquél que se aplica a una decisión o a un conjunto de decisiones respaldadas o argumentos ya sean explícitos o implícitos.

Las decisiones que de los juristas romanos encontramos, están fundadas o no lo están. Las fundamentadas se basan en:

- A) Reglas de Derecho.
- B) Argumentos abiertos (*topoi* y principios)
- C) La apelación a los hechos del caso.
- D) La apelación al argumento de autoridad.

A) *Decisiones basadas en las reglas de Derecho.*—Mi primera categoría es la que se refiere a las decisiones que se fundamentan en reglas de Derecho. Utilizo esta expresión en un sentido amplio ya que incluye cualquier clase de formulación que intenta tener una pretensión de universalidad. Esto es, que pueda ser aplicada y estar sujeta a excepciones en todos los casos que pretende amparar.

El tipo más importante de regla es la *norma*, por ejemplo, aquélla que se refiere a que si una cantidad se paga en función de un determinado propósito, si éste no se realiza, la cantidad debe ser restituida.

Las “Reglas de Derecho” incluyen también definiciones por ejemplo, el pago de lo indebido incluye el pago de algo que pudo no haber sido recobrado por el acreedor debido a que había una defensa legítima de lo reclamado.

(Ulp. 26 ed. D. 12.6.26.3) la definición se extiende en el sentido de incluir o no, cierta clase de casos dentro de un término general.

Estas “Reglas de Derecho” comprenden asimismo a los *enunciados pre-dicativos* por los cuales ciertas consecuencias legales se encuentran agregadas directa o indirectamente a las situaciones de hecho. Ejemplo: un ladrón se encuentra siempre en *mora*; siempre culpable de retraso y consecuentemente se encuentra expuesto a las varias consecuencias legales que esto implica. (Ulp. 27 ed. D. 13.1.8.1. *semper enim moram fur facere videtur*).

JULIANO es uno de los juristas que a menudo recurre en su argumentación a una regla formulada. (No se trata de *regula* en los varios sentidos que STEIN distinguió, *Regulae Juris*).

D. 12.1.19 pr. (Jul. 10 Dis). “No todo pago crea una obligación en el que lo recibe, sino sólo cuando el sentido de la transacción es ese. (crear una obligación en forma inmediata). Por ello, en una donación *mortis*

*causa* la obligación de restituir surge sólo cuando el evento previsto se da; p.e.: cuando el donante *gana el pleito*, caso en el cual el dinero es recuperable.

La regla ha sido primero formulada y después se aplica.

La misma formulación constituiría una regla jurídica en boca de un jurista y no en la de otro. Por ejemplo: el que nadie debe enriquecerse en detrimento de otro. (POMPONIO 21. sab. D. 12.6.14). Esta podrá ser tomada por algunos como un recurso a una regla de derecho, aunque yo lo interpreto como un argumento abierto. Aquí la intención de la persona que toma la decisión, es crucial.

¿Se refiere él a que esto debe aplicarse *prima facie* a todo caso de enriquecimiento a expensas de otro en forma tal que el que recibe debe demostrar por qué razón no debe restituir el importe del enriquecimiento en ese caso concreto? O bien ¿se trata simplemente de un argumento que justifica (y no requiere) una decisión de restituir en caso de faltar, consideraciones de la parte contraria?

Esta distinción crucial es central para entender el razonamiento jurídico.

Nótese que la regla jurídica puede estar implícita en el argumento y no enunciada y que éste puede estar ya establecido o ser de reciente formulación.

B) *Decisiones basadas en argumentos abiertos.*—El segundo tipo de argumento es el abierto, *topos* o *principio*.

Lo que tengo en mente es algo parecido a los “principios” “Grundsätze”, explicados por ESSER en su clásico libro, *Grundsatz und Norm in der richterliche Fortbildung des Rechts*.

Los argumentos abiertos pueden ser más amplios que cualquier cosa que normalmente se denominaría un ‘principio’ en inglés. Por ejemplo: una apelación a la justicia, a la conveniencia, a la utilidad o buena fe es un argumento abierto en el sentido al que me refiero. Esos argumentos abiertos tienen las características en parte formales y en parte sustanciales.

Son distintos de las reglas jurídicas, ya que su foco es más reducido y no pretenden universalidad.

Entonces la apelación a la *utilitas* que es común en los juristas romanos de principios del siglo III no implica que en todos los casos la solución escogida sea aquella que presenta las mayores ventajas a los ciudadanos, como conjunto ni la que presenta la mayor conveniencia.

Se trata más bien de que ante la ausencia de razones en contra, la *utilitas* justificará la elección de una solución particular y que algunas veces justificará hacer excepciones a una regla de Derecho.

Además, los argumentos abiertos incorporan los valores sociales.

En este punto, me siento satisfecho de seguir a ESSER y de decir que incorporan los propósitos de las reglas de Derecho. *Gesetzzwecke*. Estos

argumentos abiertos se inspiran en dos fuentes: discursos legales (argumentos previos, tradición profesional, etc.) y directamente en la vida diaria, en los valores sociales y morales de esa sociedad. De cualquier manera, el argumento no necesita tomar la forma de una apelación directa al valor social en cuestión. Pero a menudo ocurre, y en Derecho Romano encontramos que tales nociones como *utilitas*, *bona fides*, *aequum et bonum*, *ratio humanam, natura, etc.*, figuran prominentemente en los argumentos en diferentes períodos. Existe un elemento de “moda” acerca de esto y no existen dudas. Por ejemplo: mientras el apogeo de *natura naturalis naturaliter* era la dinastía española, TRAJANO y ADRIANO, el auge de la *aequum* y su parentela vino con Marco Aurelio y la cima de *utilitas* se presentó con SEVERO y sus sucesores.

Estos valores sociales a los cuales se apela, se dan naturalmente fuera de la ley y pueden ser encapsulados o incorporados en máximas, apotegmas y *regulae* (en el sentido romano) y similares. Un ejemplo es el enunciado: que aquél que sufre pérdida por su propia culpa no se le considera que la sufre. (base por muchos siglos de la regla que privó a los negligentes de acción para recuperar). Esta regla (D.50.17.203) es de POMPONIO, quien es aficionado a las encapsulaciones que estoy describiendo *quod quis ex culpa sua damnum sentire*.

Aquí, POMPONIO recurre a una noción fundamental de responsabilidad. Todos son responsables de sus propias faltas y no deberán de trasladar las consecuencias de ellas a otra persona. No obstante esta noción de responsabilidad (para la cual no existía una expresión en latín), no era objeto de apelación directa, sino que se filtró a través de una máxima más específica.

En tercer lugar, los argumentos abiertos se relacionan con las reglas debido a que proveen justificaciones para ellas y justifican las excepciones a las mismas.

Ya que la operatividad de un sistema legal depende sobre todo del argumento y éste es dialéctico, los argumentos abiertos forman por lo tanto, una parte esencial del sistema legal.

Para cumplir estas funciones, el carácter de los argumentos abiertos debe ser relativamente amplio.

\* *Estoppel* es un argumento abierto, ya que el sistema legal inglés contiene reglas basadas en él.

El *Estoppel* (Acto realizado o afirmación hecha que no puede negarse posteriormente ante la ley) es un argumento abierto, ya que el sistema jurídico inglés contiene reglas de derecho basadas en él,

Por ejemplo, el estoppel por representación y por grabación, relato, testimonio, etc.

Pero el principio puede ser elaborado por apelación a las reglas que no lo mencionan y que no están expresamente basadas en él, tal como acontece con un *autrefois convict*.

Los argumentos que tengo en mente los llamo abiertos porque poseen un campo de operación amplio pero indeterminado. Un jurista romano, aficionado a recurrir a estos argumentos abiertos es Celso. En el D. 12.4.37. (Ulp. 26 ed.) trata un caso en el cual antes de morir, el dueño de un esclavo le otorga a éste la libertad si paga 10 ases, pero por un codicilo posterior, le otorga al mismo esclavo la libertad incondicionalmente. El esclavo no conoce el codicilo y paga al heredero 10. Posteriormente se entera y demanda por 10 al heredero. El padre de Celso sostuvo que no podría cobrar la suma, pero Celso, nuestro Celso, permite recobrar con fundamento en *naturalis aequitas* (equidad natural).

C) *La apelación a los hechos del caso*. A continuación existe el llamado o recurso a los hechos de un caso. A menudo, hay que distinguir:

Si los hechos son o fueron tal y tal, el resultado es X, si no, Y. D. 12.4.33. Te doy dinero para manumitir a Stichus esclavo, Stichus muere.

¿Puedo recobrar el dinero? Próculo dice: si murió después de que pudo ser manumitido, puedo recobrar, si no, no puedo. La razón está implícita: El que recibe el dinero se encuentra en falta en el primer caso al no manumitir al esclavo con la presteza debida. El recurso al argumento abierto es, por tanto, implícito ya que la persona en falta, corre el riesgo o paga: por ejemplo, la responsabilidad por las propias acciones. Próculo favorece este tipo de argumento. (D. 12.4.33).

D) *La apelación o argumento de autoridad*. Notoriamente, los llamados a la Autoridad en este sentido, fueron abundantes en Derecho Romano.

Estas apelaciones eran hechas independientemente de cualquier doctrina en el sentido de que los *responsa* o los edictos citados eran obligatorios, lo cual en ciertos casos y en ciertos períodos lo eran.

LABEÓN dice esto, CELSO aquéllo, JULIANO esto otro. (D. 12.6.6.) Independientemente de si uno está convencido por sus razones o de si sus opiniones son obligatorias, se les debe respetar como juristas.

Al listar los tipos de argumento que subyacen a los diversos estilos, debemos tener en cuenta aquellos argumentos basados en la autoridad personal.

En la práctica moderna inglesa, los argumentos de precedentes funcionan en mucho, similarmente. La doctrina de que los precedentes son obligatorios no es algo esencial dentro de un sistema basado en precedentes. La ley inglesa funcionó como tal sistema durante muchos cientos de años, carente de una doctrina para tales efectos. Lo necesario para un sistema de precedentes es que los argumentos, por ejemplo, deberían ser admisibles en el sentido de que la apelación a una instancia previa es una justificación adecuada para la decisión y no que necesariamente obligue a una decisión.

El status de los precedentes en Inglaterra se deriva del alto status de los jueces. Si miramos a través del velo de la doctrina técnica de que los casos hacen la ley, encontramos una forma de argumento que depende de la autoridad de los jueces tanto de los del pasado como de los del presente, tal como en Roma se apelaba a la autoridad de juristas o emperadores, incluyendo algunas veces, el consenso de la opinión aprendida *quod constat*.

El argumento de autoridad, en el caso en donde la opinión o el precedente no son técnicamente obligatorios, es un camino o modo de aducir un tipo particular de argumento abierto, basado en el valor social o en la costumbre de mantener el camino ya trillado o por lo menos el ya trillado por alguien de reconocida sabiduría y reputación.

Algunos juristas romanos exageraron este tipo de argumento tal como lo hacen algunos juristas ingleses con los precedentes no obligatorios, pero éste tiene claramente un lugar en todo sistema.

### *Decisiones no Motivadas con Razones.*

SCHULZ suponía que la decisión no motivada era en cierta forma, característica de los juristas romanos para poner de manifiesto su verdadera actitud respecto del sistema de decisión. En su libro *Roman Legal Science* (p. 17), dice que la jurisprudencia pontifical estaba basada en la noción *stat pro ratione auctoritas*, en donde la autoridad reemplaza a la razón. De los juristas republicanos dice: (p. 61), que sus *responsa* eran concretos y por principio evitaban desdeñosamente dar razones.

Esto es sólo parcialmente cierto como lo demostró HORAK en su reciente estudio acerca de la toma de decisiones (república) denominado *Rationes decidendi*. Aun durante ese período, aproximadamente una tercera parte de los casos conocidos que implican decisión, se encuentra de hecho, basado en alguna forma de razonamiento.

No había nada que le impidiera a un autor o a un abogado exponer

razones que apoyaran sus puntos de vista con respecto a una situación determinada. Alfenus VARUS (40 A.C.) expone muchas. Sin embargo, algo hay de cierto en lo que dice SCHULZ, a lo largo del período clásico era bastante común el decidir acerca de un punto sin exponer las razones, sin motivar. Algunos de los últimos juristas clásicos se abstendían de dar explicación alguna cuando daban un *responsum*.

Cervidio SCAEVOLA (prefecto en 175 D.C.) es un ejemplo de esto. Su ejemplo fue seguido por su discípulo MARCIANO y por MODESTINO, discípulo de ULPIANO. Cervidio replicaba con frecuencia a quien le decía que no había razón por la cual el actor debía o no recobrar lo demandado. *Nihil proponi cur non ajit...* (etc.) Por ejemplo: Un tutor paga más de lo debido al acreedor de su pupilo, el acreedor no incluyó en su demanda una cantidad adicional por gastos y costas. ¿Puede el tutor recobrar la cantidad pagada de más? (D. 12.6.67.1. Scae. 5 dig). SCAEVOLA *respondit habere (conditionem)*... Si puede.

No hay razón: la razón en este caso aparece como algo obvio. Diríamos nosotros que ningún estoppel aparece de una transacción con un tercero que afecte al pupilo.

¿Qué clase de razonamiento se encuentra implícito en este tipo de decisión?

Aún cuando no se enuncia una razón que explícitamente, produzca ese resultado, aparece claramente una en el fondo. Puede ser que la regla jurídica aplicable sea tan obvia que no requiere enunciarse, puede ser que de expresarse, sea tan rebuscada que el auditorio lego no la entendería, puede ser —siendo escépticos— que de explicitarse, suene poco convincente.

Quizá SCAEVOLA y sus seguidores (BESELER es un moderno devoto del método) se protegen del criticismo. No obstante en la mayoría de los casos, la implicación de una decisión no razonada es que quien la toma, podría apelar a una regla de derecho para apoyar su decisión, y menos frecuentemente podría recurrir a un argumento abierto para dicho apoyo.

SCHULZ dice que este tipo de decisión se basa en argumentos de autoridad y lo relaciona con el carácter supuestamente autoritario del Derecho Romano y de los juristas romanos.

Por ahora no me concierne esta tesis general la cual contiene demasiados hilos para ser desenredados en una sentada. Probablemente sería valioso notar que HORAK en su estudio de las decisiones republicanas llega a la conclusión que los juristas de ese período (de quienes se supone *a priori*, que muestran tendencias aristocráticas y autoritarias), no argumentan de una manera autoritaria, aun cuando omiten dar razones para sus decisiones, sino que más bien arguyen dentro de un contexto técnico o profesional.

No hay duda que en cierto sentido se recurre al argumento de autoridad en estos casos: ¿qué quiere decir esto? Cuando se dice que el que toma la decisión apela implícitamente a la autoridad, lo que se quiere decir es o bien que se confía en que el que decide conoce la ley de tal manera que podría, si quisiera, enunciar explícitamente la regla que lo apoya, o bien que aun si no hay regla, se confía en que puede decidir sensatamente.

En el segundo caso, las justificaciones implícitas de la decisión son: su reputación de sensatez y su sentido comút., y en el primero, la regla jurídica que se supone conoce.

Desde un punto de vista dialéctico, el segundo caso es más interesante, ya que el primero está ya tratado en el inciso A) (reglas de Derecho).

En lugar de basarse en la autoridad de alguien, el que toma la decisión se basa en sus propios conocimientos jurídicos o en su supuesta sensatez y prudencia.

### III EL CANON DE ARGUMENTOS ACEPTABLES.

Desde ahora, nuestras cinco categorías presentadas se reducen a dos: Argumentos abiertos y apelación a reglas jurídicas.

En mucho, la faceta más importante de la argumentación legal en Roma y en el mundo moderno, ha sido omitida del catálogo hasta ahora discutido: esta faceta es la que constituye la esencia de la contribución romana a la moderna civilización occidental. Me refiero a la existencia de un catálogo de argumentos inaceptables.

Si comparamos las civilizaciones Griega y Romana y nos preguntamos el porqué la inferioridad de los griegos radica en el punto de la cultura legal, quizá nos inclináramos a responder en esta línea: Los Griegos tuvieron leyes y constituciones y condujeron argumentaciones ante jurados, etc., pero su estilo de argumentación se veía determinado por consideraciones retóricas y no específicamente jurídicas.

Para ellos, cualquier argumento era como sacar agua de una piedra en particular, como los argumentos *ad hominem* en que se argüía que el oponente era un bribón o que uno había prestado notables servicios a la ciudad, así como los argumentos que recurrían directamente a principios filosóficos o religiosos, o a consideraciones políticas.

Los griegos tuvieron, de hecho, una noción de la retórica, del arte de la persuasión y una teoría o catálogo de distintos tipos de argumentación, en otras palabras, tenían una noción de "tópico", de "asunto". Pero lo que les faltó en la teoría o en la práctica, fue la disciplina para construir un catálogo de argumentos aceptables, propios para el discurso legal. Esto implica una limitación en la discusión con vistas a estrechar dentro

de ciertos límites el poder persuasivo y la estabilidad de las conclusiones alcanzadas.

La apelación a las reglas de Derecho, es desde luego, el primer tipo de argumento que dentro del catálogo puede ser mencionado como aceptable. Esto implica —para usar el excelente término de Hart— la existencia de un canon de reconocimiento, que defina las categorías de reglas admisibles.

En segundo término, hay convenciones que afectan el rango de argumentos abiertos aceptables.

La creación de esas convenciones depende de una cierta profesionalización del Derecho.

Es verdad que en cierto sentido el Derecho Romano tendió a ser administrado por no especialistas y no fue sino hasta la mitad del Siglo V que se requirió un grado para su ejercicio y este fue calificación esencial para ser admitido a ciertas barras y oficinas públicas.

Oficialmente se suponía que los juristas eran aficionados honorarios (no retribuidos) —teoría poco conectada con la realidad—, no sólo porque el pago era usual sino porque era costumbre entre jóvenes juristas, seguir un *cursum honorum* que los llevaba desde la oficina del tesoro *advocatus fisci* hasta las prefecturas.

Más importante aún, a partir de la república, los juristas formaron un grupo relativamente cerrado y aceptaron una disciplina común y dialéctica. Estuvieron unificados por su entrenamiento lo cual les enseñó a aceptar ciertos tipos de argumentación y a rechazar otros.

En las postrimerías del período clásico el catálogo de argumentos aceptables se extendió gradualmente hasta incluir consideraciones de tipo social a las cuales se hacía escasa referencia durante la república, como la utilidad y algunas semejantes.

Los comienzos de esta disciplina profesional que separa a la ley de la influencia nefasta de la retórica, se remontan a la jurisprudencia pontifical del período republicano.

Ciertamente en tiempo de CICERÓN la distinción entre juristas y retóricos, estaba ya establecida firmemente. Así el mismo CICERÓN, a pesar de su familiaridad con los abogados notables, no comprendió que la estrechez de la dialéctica legal era la fuente de su fuerza.

Dado pues el profesionalismo intelectual es posible considerar ciertos asuntos no aisladamente sino en conexión con los aspectos morales, sociales, políticos y religiosos que afectan a la sociedad en su totalidad, pero de forma tal que es lícito tomarlos en cuenta en ciertos términos y dentro de ciertos límites.

Estos términos son —según pienso— realmente ambiguos. Por una parte, que los argumentos abiertos que se basan en valores sociales, deben en

última instancia, dar lugar a las reglas. En última instancia el argumento de que la decisión propuesta es incongruente con una regla que obliga a una decisión contraria, debe ser aceptado. Esto a su vez quiere decir que finalmente son los árbitros de la sociedad quienes legislan.

El segundo término es: que los valores positivos, que son la base de los argumentos abiertos son neutrales respecto del sistema y respecto de la persona, es decir, son indiferentes a los aspectos moral, religioso o a los sistemas de pensamiento filosófico o político, y no se conciben *ad hominem*.

La neutralidad del sistema a la cual me refiero, no es, desde luego la "pureza Kelseniana". Los argumentos abiertos son la ventana a través de la cual la ley mira a la sociedad y por la cual los valores sociales se filtran hacia la legislación.

Por ellos, la legislación absorbe los valores del pueblo, la utilidad, la equidad, la naturaleza y otros similares. Estos entran en aquella forma tan general que seguramente se ven confirmados por la masa popular y se filtran a través de una mezcla profesional que los reduce a principios y máximas técnicamente manejables: "nadie debe enriquecerse en detrimento de otro". El argumento de utilidad 'lo concreto' *tout court* funciona. El argumento de que la 'decisión contraria interrumpiría la entrega del maíz', no funciona.

Un argumento disuasivo funciona. Un argumento en el sentido que un acusado será disuadido si la ley se plantea en una determinada forma, no funciona.

Esta imparcialidad o neutralidad respecto de personas y sistemas es crucial en la cultura jurídica occidental, es el legado específico del Derecho Romano a nuestra civilización, y esto es ajeno a la cultura griega.

Ejemplos modernos de su funcionamiento son bien conocidos. Por ejemplo, el canon que excluye del discurso legal la interpretación particular puesta en un estatuto por un ministro o por un miembro del parlamento. O bien aquel que limita el hasta dónde pueden los argumentos sociológicos y estadísticos ser presentados propiamente en una corte, etc.

Por ejemplo en algunos países, como los Estados Unidos de Norteamérica, se está intentando destruir la separación del discurso legal y reducir los asuntos legales a asuntos en los cuales todo tipo de consideración social, política y moral, es relevante.

En mi opinión, este moderno movimiento helénico debe ser resistido. Hay que temer a los griegos que hacen obsequios aun cuando se disfracen como devotos de la Suprema Corte Americana. Por ello, los romanos nos legaron una forma de cultura jurídica en la cual lo cerrado y lo abierto se combinan. La ley es una esfera de discurso separada. Es cerrada en el

sentido de que todo argumento aducido debe ser neutro en lo personal y respecto del sistema. Por otra parte, es abierta en tanto que los argumentos abiertos son aceptables de acuerdo a los criterios enunciados y sujeta su consistencia a un confrontamiento con reglas obligatorias.

La apertura de su cultura legal, varió de tiempo en tiempo.

Los argumentos particulares derivados de la utilidad (lo que llamaríamos políticas públicas, o la política básica de ciertas reglas y estatutos), parecieron aumentar en las postrimerías del período clásico.

Los argumentos derivados de la filosofía, por ejemplo, del estocismo, son aceptables si se les enuncia en una forma muy general, como una aplicación o referencia a la naturaleza o a la equidad. Este es un tema bien desarrollado por STAIN: la influencia filosófica existió, pero fue una influencia general y climática, no algo específicamente dirigido hacia la solución de un caso problemático.

#### IV. CONCEPTOS Y RAZONAMIENTOS LEGALES ROMANOS Y MODERNOS.

Mi objetivo original era demostrar la contribución del mundo romano a los conceptos legales modernos y al razonamiento jurídico moderno. Ahora aparecerá más claro el cómo me gustaría hacerlo. La contribución romana a nuestra civilización consistió en forma importante en la profesionalización del Derecho. Esto es, en la creación, por parte de un reducido grupo de personas entrenadas con las mismas ideas generales, de convenciones restrictoras del marco de argumentación en relación a problemas dados, de tal manera que el discurso de la ley se ve, por una parte, independizado y por otra parte, se encuentra abierto a influencias derivadas de otras corrientes de la vida social, moral, política, religiosa y (ahora), sociológica. La legislación mira a la sociedad a través de una ventana entreabierta.

Los griegos, gárrulos indisciplinados, fueron incapaces de idear un instrumento tal, de control y cohesión social.

Los romanos lo lograron y poseyendo la codificación Justiniana hecha en un *tour de force*, transmitieron suficientes ejemplos de la técnica al mundo medieval y moderno, lo que permitió absorber lo esencial de esta institución y al mismo tiempo añadirle la disciplina de la ciencia jurídica sistemática.

Esta, a pesar de haber sido culpable de graves pecados intelectuales, especialmente de la tendencia de volverse egocéntrica y narcisista es un accesorio de la disciplina romana, la cual clasifica y sistematiza las reglas y decisiones en forma tal, que hace aparecer las inconsistencias en un plano más profundo de lo que permite el proceso mismo de la toma de decisiones, y sugiere, además, cambios y ajustes.

Los romanos no fueron muy lejos en la sistematización del Derecho. Gayo, basándose en algunos débiles esfuerzos anteriores, dio los primeros pasos, pero él no es una figura central. Los juristas que verdaderamente influenciaron, hicieron aportaciones distintas a nuestra civilización, en lo individual y colectivamente.

Dentro de una tradición profesional continuada y coherente, mostraron profusión, variedad de enfoque y diversidad de argumentos.

Esta tensión entre profesionalismo e idiosincrasia, está cercana al corazón de nuestra herencia romana.