

INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA DEL DERECHO
Y A LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.
LA JURISPRUDENCIA ROMANA*

El paralelismo que hoy por hoy existe entre la ciencia jurídica dogmática y la teología ortodoxa salta a la vista. Por un lado, se habla de Dios, por el otro, del legislador; ambos, seres inasequibles a la experiencia. La masa profana desconoce sus intenciones o las conoce sólo de modo confuso. Una casta privilegiada de teólogos o de juristas es mediadora de las revelaciones.

H. Kantorowicz

SUMARIO: *Introducción. I. Derecho, interpretatio y jurisprudencia; 1. El derecho; 2. Derecho y constreñimiento artificial; 3. El derecho: aparato coactivo; 4. La imposición de deberes; 5. El derecho y las reglas de conducta, 6. Dos diferentes imágenes del derecho; 7. La variedad de normas y su función social; 8. Características generales del derecho; 9. La interpretación del material jurídico; 10. La interpretación jurisprudencial; 11. Interpretación obligatoria e interpretación dogmática; 12. La jurisprudencia como "ciencia" del derecho; II. La ciencia del derecho; 1. El "problema", 2. Algo sobre la expresión 'ciencia'; 3. La ambigüedad de 'E' ('ciencia') y las "condiciones que gobiernan su uso"; 4. Expresiones ligados por E; 5. Algunas características de la palabra 'ciencia'; 6. La ciencia paradigmática; 7. Los métodos científicos; 8. definición y el ideal de 'ciencia'; 9. Carácter elogioso que implica E; 10. La definición persuasiva de 'ciencia'; 11. La función de 'E' en 'ciencia del derecho'; 12. Geometría y jurisprudencia; 13. 'La vocación romana por el derecho'; 14. La herencia romana.*

* Este trabajo fue escrito en Oxford, cuando disfrutaba de la invitación del profesor Ronald Dworkin y de la *Faculty of Law* de *University of Oxford* como *visiting scholar*. Agradezco a las autoridades del Instituto los cuidados que se tomaron en la transcripción final del mismo. Eugenio Hurtado revisó su borrador y su aparato documental.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo intenta explicar qué es la ciencia del derecho. Su objeto lo constituye todas las cosas o actividades que han sido designadas por la expresión 'ciencia del derecho' o por cualquiera de sus equivalentes. En segundo lugar trata de dar cuenta del problema de la interpretación jurídica. Es nuestra convicción que esta última cuestión, si no agota la ciencia jurídica dogmática, sí constituye su parte más importante y fundamental. La interpretación jurídica no es sólo un tema central de la ciencia del derecho; su especial relevancia reside en que con el nombre de 'interpretación jurídica' habitualmente se designa el *cómo pensar y actuar en derecho*.

En nuestro intento nos habremos de enfrentar con el difícil problema de la noción 'derecho', "campo de las disputas sin término". Si el solo problema de la definición del derecho produce una inagotable polémica, la adición de las complicadas cuestiones de la interpretación jurídica parecería, *prima facie*, que lo complicaría aún más. Sin embargo, esto no es así. Esta es una de las razones por las que hemos decidido abordar el tema de la ciencia del derecho en constante y estrecha relación con el de la interpretación jurídica. En efecto, con independencia de lo que los juristas dicen que hacen y dejando a un lado las solemnes declaraciones de las diversas "escuelas jurídicas" —por llamar así a las diferentes corrientes del pensamiento que se han pronunciado sobre el derecho—, la labor de los jueces, abogados y juristas ha sido extraordinariamente similar en el curso de la historia, como más adelante veremos.

¿A qué se debe esta similitud?, ¿se debe a la semejanza en el material que utilizan?, ¿a la forma en que lo seleccionan? ¿a la manera cómo lo manejan? El problema lo podemos plantear en los siguientes términos: ¿qué interpretan, cómo y para qué, aquellos que llevan a cabo una interpretación jurídica? Puesta así la cuestión, ésta nos conduce a una nueva: ¿qué es lo que constituye el material de la interpretación?

Una respuesta inmediata, aunque no necesariamente ingenua, diría que el materia que se interpreta, el objeto de la interpretación, es el derecho; de ahí que ésta sea una interpretación jurídica. Si esto fuera así, el problema sería extraordinariamente más sencillo de lo que es un realidad. En efecto, cabe preguntar ¿una interpretación jurídica es tal en razón de su objeto? ¿en razón de la posición de quien la lleva a cabo? ¿o en más bien en razón de la específica manera como se hace? ¿se necesita, acaso, la combinación de alguno o de todos sus aspectos? Estos problemas los comentaremos en el curso de la exposición.

I

DERECHO, *Interpretatio* y *Jurisprudencia*

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

H. Kelsen

1. *El derecho*

Asumamos por hipótesis que el material que se interpreta ya es derecho. Hecho esto pasemos a la ineludible cuestión: '¿qué es el derecho?' para ver si la idea de su interpretación es posible y si ésta tiene algún sentido.

Pocas cuestiones referentes a la sociedad humana han sido preguntadas con tanta persistencia y contestadas en formas tan diversas, extrañas, e incluso, paradójicas, como la cuestión '¿qué es derecho?'.¹ En otras disciplinas (*id est*, física, química, medicina, etcétera), no existe tan vasta y extraordinaria literatura para contestar las preguntas: '¿qué es la física?', '¿qué es la química?', '¿qué es la medicina?' Para los estudiantes de aquellas disciplinas, unas cuantas líneas son suficientes.² ¿No será que para todos aquellos está claro que la física es la actividad de los físicos?, ¿que la química es lo que hacen los químicos? ¿que la matemática es lo que realizan los matemáticos? Esto parece razonable o ¿qué acaso existen una física que no haya sido resultado de la labor de los físicos, una química sin químicos o una matemática que no haya sido realizada por los matemáticos?

¿Qué es, pues, el derecho? Tal interrogante ha sido contestada de múltiples formas; se ha hablado de la *naturaleza*, del *origen*, del *fin* del derecho, produciéndose un verdadero arsenal de naturalezas, varios orígenes, diferentes fines y distintas y, en ocasiones, contradictorias características. Ahora bien, en vez de buscar la *naturaleza*, la *esencia*, el *origen* verdadero o los *fines* propios del derecho ¿no sería más razonable preguntarse por lo que hacen los juristas, los jueces y los abogados?

Con la intención de evitar una adhesión dogmática —como sería la aceptación, sin más, de una definición— buscaremos simplemente determinar algunas características que constituyen suficiente evidencia para que algo sea reconocido como derecho, sin pretender que tales características sean

¹ *Cfr.*, Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1972, p. 1.

² *Cfr.*, Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *cit.*, p. 1.

necesarias o suficientes para definir el derecho. Ciertamente las características que señalemos tendrán que ser verificables. La verificación la haremos a través de material histórico a nuestro alcance y observando cuidadosamente el uso del lenguaje.

Nuestro punto de partida es el uso de la expresión 'derecho'. Ahora bien, no siendo un onomatopéyico la palabra 'derecho', o cualquiera de sus equivalentes (*id est*, 'dikaion', 'jus', 'Recht', 'law', 'droit', etcétera), nombra algo. Cuando, como en el caso, no contamos con la posibilidad de una definición ostensiva —por la ausencia de un objeto que indiscutiblemente sea aceptado como *el* derecho— tenemos que observar, con atención, cómo se usa una expresión para saber qué nombra; esto es, necesitamos precisar, para usar una frase de H. L. A. Hart, "las convenciones que gobiernan su uso".³ Ciertamente no pretendemos determinar de forma absoluta qué es lo que 'derecho' nombra, pero al conocer las condiciones que determinan su uso, podemos señalar qué es lo que generalmente designa y en qué contexto y bajo qué circunstancia esta expresión es usada.

2. Derecho y constreñimiento artificial

Siguiendo de cerca a H. L. A. Hart, podríamos decir que la característica más general y relevante del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su presencia indica que cierta conducta humana deja de ser optativa; convirtiéndose, así, en *obligatoria*, en algún sentido.⁴ Consecuentemente, cuando la expresión 'derecho' es usada, dicho uso supone la existencia de ciertos *patrones obligatorios de comportamiento*.

La forma más simple por la que una conducta deja de ser optativa es cuando un individuo o grupo de individuos están constreñidos a hacer lo que otro dice al verse amenazados con consecuencias desagradables si rehúsan. Cuando estos individuos se conforman, decimos, refiriéndonos a la forma en que fueron forzados: "fueron obligados a hacerlo".⁵

Cuando una instancia cualquiera declara que "no hay que hacer cierta conducta" y se especifica el castigo al que el infractor se encuentra expuesto (estableciendo un tabú, un delito o un pecado), limita, con ello, necesariamente, la conducta de los individuos. Esta es una característica que frecuentemente acompaña al derecho. Basta observar con detenimiento un código penal, una ley fiscal o los medios de apremio (fenómenos a los que indudablemente se les reconoce como derecho) para verificar lo anteriormente dicho. Ahora bien, si cuando usamos la expresión 'derecho' de

³ Cfr., *The Concept of Law*, cit., pp. 3 y 5.

⁴ Cfr., Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 6.

⁵ Cfr., Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 6.

alguna manera aludimos a un constreñimiento artificial de la conducta y sí, como es fácil observar, varios materiales jurídicos (leyes o decisiones judiciales) limitan las opciones de conducta de los individuos a través de órdenes respaldadas por castigos, entonces puede razonablemente sostenerse que presentarse como un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas y castigos es una característica que normalmente acompaña al derecho. Característica que, si no directamente nombrada, es siempre implicada en el uso de la expresión: 'derecho'. Esta marcada relación entre órdenes respaldadas por amenazas y el uso de la palabra 'derecho' ha sido tan clara y persistente que llevó a John Austin —fundador de la *Analytical Jurisprudence*— a caracterizar el derecho como un conjunto de *mandatos*.⁶

Toda norma [*law*], o regla... es un mandato. O mejor, las normas o las reglas son, propiamente hablando, especies de mandatos... Si usted expresa o manifiesta el deseo de que yo haga o me abstenga de algún acto, y si me inflige un daño en caso de que no satisfaga su deseo, entonces la expresión o manifestación de su voluntad es un mandato. El mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo, no por la forma en que el deseo se manifiesta sino por el poder y el propósito de la parte que manda de infligir un daño o una pena, en caso de que el deseo no sea atendido... Un mandato es, pues, la manifestación de un deseo; pero se distingue de otras manifestaciones de deseo por la siguiente particularidad: la parte a quien se dirige el mandato se encuentra expuesta a un daño por parte de la otra, en caso de que no satisfaga su deseo.⁷

La concepción de Austin, como es sabido, fue decisiva para el curso de la ciencia jurídica inglesa. ¿A qué se debió su decisiva influencia? ¿a sus indudables méritos teóricos? ¿no será acaso a que la simple noción de órdenes respaldadas por amenazas reproduce bastante bien el material que cotidianamente manejan los jueces, abogados y juristas ingleses? No cabe duda que el material que estamos acostumbrados a reconocer como derecho (*id est*: códigos penales, leyes fiscales, medios de apremio) normalmente presenta, entre otros, este aspecto.

⁶ Para un análisis crítico de la teoría de Austin sobre el derecho, véase: Eastwood, R. A. & Keeton, G. W., *The Austinian Theories of Law and Sovereignty*, London, Meuthen & Co. Ltd., 1929; Agnelli, A., *John Austin alle origine del positivismo giuridico*, Torino, Edizione Giappichelli, 1959; Raz, J., *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, London, Oxford University Press, 1980, pp. 5-43.

⁷ Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, London, Hart Edition, 1954, pp. 13-14.

3. El derecho: aparato coactivo

Es ampliamente aceptada la idea de que el derecho es el mecanismo que permite organizar la comunidad. "Ningún agregado de personas podría existir bastante sin ninguna forma de asociación... Así surge el crudo comienzo del derecho... para el mantenimiento de algo parecido a un orden... Al avanzar la vida social fue requerida una regulación más definitiva e imperativa."⁸ La necesaria cohesión social es lograda por el derecho. Por esta razón "por muchos siglos el derecho ha sido considerado... requerimiento fundamental de la supervivencia humana y de la coexistencia..., [medio] que proporciona estructura y forma al edificio social".⁹

Esta función organizativa del derecho resulta de la forma como el derecho regula el comportamiento humano: para hacer que ciertos individuos se comporten de conformidad con el deseo de otro (*id est*: líder, jefe, príncipe) se amenaza con la aplicación de una pena o sanción en caso de conducta contraria.¹⁰ Estableciendo sanciones (tales como la privación de la vida, de la salud, de la libertad, etcétera) el derecho induce a los individuos a comportarse de conformidad al deseo de aquellos que establecen las normas. El poder motivador de las acciones que organizan la sociedad reside, en gran medida, en el mecanismo coactivo del derecho. La *fuerza* o la *violencia* contenida en las sanciones —o su simple representación— se convierte en el elemento persuasivo que provoca comportamientos humanos en direcciones altamente previstas.¹¹

El poder, la coacción, la fuerza, es el elemento indispensable del control social. "Un detenido examen de la historia indica que... la fuerza... es el instrumento por el cual la evolución política ha sido conducida..."¹² Pues bien, esa fuerza, ese poder, se manifiesta en castigos, penas o sanciones. Fuerza o poder que instrumenta el derecho que se asocia a él. El derecho es así concebido como coacción. Una de sus imágenes es aparecer como aparato coactivo.

⁸ Gettel, R. G., *Introduction to Political Science*, Boston, Ginn and Company, 1910, pp. 46-47.

⁹ Bodenheimer, E., *Power, Law and Society*, New York, Crane, Russak and Co. Inc., 1973, p. 1. Para una más amplia explicación de la función del derecho y la organización social, véase: Tamayo y Salmorán, R., "The State as a Problem of Jurisprudence", *The Study of the State*, The Hague, Mouton Publications, 1981.

¹⁰ Cfr., Kelsen, H., *The Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1967, p. 30; *id.*, *Théorie pure du droit* (2e ed.), Paris, Dalloz, 1962, p. 42; *id.*, *Reine Rechtslehre* (2. aufl.), Wien, Verlag Franz Deutike, 1960, p. 31.

¹¹ Cfr., Tamayo y Salmorán, R., "El uso de la violencia en el orden jurídico", *Comportamiento y violencia. Más allá de Lorenz y de Skinner*, México, Editorial Diana, 1976.

¹² Carneiro, R. L., "A Theory of the Origine of the State", *Man in Adaptation. The Cultural Present*, Chicago, Aldine Publishing Co., 1974, p. 419.

4. *La imposición de deberes*

El inmediato propósito de un código penal, de una ley fiscal, de las medidas de apremio o de cualquier procedimiento de ejecución, es hacer que cierta conducta se convierta en obligatoria. A la conducta así requerida, señala Hart, se le dice 'deber'.¹³ Es indudable que cuando nos encontramos en presencia de estos "deberes" se usa la palabra derecho para nombrarlos o señalar su origen. De esta manera resulta que la existencia de "deberes" de esta índole es claro indicio de que nos hallamos en presencia del derecho. Esto lo podemos corroborar fácilmente atendiendo a ciertas expresiones tales como 'violación del derecho', 'hecho antijurídico', 'ilícito', que normalmente usamos para señalar el hecho de que alguien no cumple con un "deber" de este género.

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

A esta cuestión podemos añadir un argumento utilizado por Kelsen.¹⁴ Si diversos órdenes sociales, extraordinariamente distintos en sus contenidos, los cuales han existido en diferentes épocas y en diversos lugares, son llamados 'derecho' (o '*dikaion*' '*jus*', '*law*', '*Recht*' o cualquiera de sus equivalentes) es porque todos ellos exhiben, al menos, una característica común que permite el uso de tal expresión. ¿Qué tiene en común el orden de los antiguos griegos con el orden que prevaleció en Inglaterra en el siglo XIII? ¿Qué puede tener en común el orden del Imperio Romano con el sistema de la actual Confederación Helvética? Pues bien, si no obstante las grandes diferencias que existen entre la antigua Grecia y el naciente *Common Law*, entre el derecho romano y el derecho suizo, llamamos 'derecho' a estos cuatro órdenes sociales es porque disponen de la misma técnica para establecer deberes en el sentido descrito: órdenes respaldadas por castigos; porque estos cuatro sistemas cuentan con un mismo mecanismo para hacer que una conducta sea obligatoria: "la amenaza de una medida de coacción que —para usar las mismas palabras de Kelsen— será aplicada en caso de conducta contraria".¹⁵

De todo lo anteriormente dicho parece que podemos razonablemente sostener que el derecho presenta normalmente como uno de sus aspectos ser

¹³ *Cfr.*, Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 27.

¹⁴ Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, New York, Russell & Russell, 1973, p. 19.

¹⁵ *Cfr.*, Kelsen H., *General Theory of Law and State*, cit., p. 19.

un conjunto de órdenes, disposiciones o mandatos respaldados por amenazas habitualmente denominadas 'penas' o 'sanciones'.

5. *El derecho y las reglas de conducta*

De lo que hemos visto parece claro que la característica más general y relevante del derecho es que su presencia implica una limitación a las opciones de conducta de los individuos. Sin embargo, la conducta no deja de ser optativa únicamente con órdenes respaldadas por sanciones. Otra limitación a las opciones de comportamiento es producida por las reglas o pautas de conducta que señalan *qué debemos hacer para generar ciertas consecuencias queridas*. Ahora bien, si para producir determinadas consecuencias es necesario hacer lo que la regla establece, entonces resulta que, mientras se quieran las consecuencias, la conducta que las produce es obligatoria en cierto sentido. Cuando alguien se "desvía" de lo que dice la regla y no obtiene las consecuencias previstas, decimos, refiriéndonos a lo ocurrido: "no hizo lo que tenía que hacer".

Si en varias circunstancias sociales los individuos se preguntan qué hacer o cómo hacer tal o cual cosa, y si el derecho (una ley, un estatuto, un precedente) les indica, como es el caso, qué y cómo hacerlo, entonces el derecho contiene, sin duda, reglas de conducta. Así *prima facie*, la idea de que el derecho se encuentra constituido por reglas puede, diría Hart, difícilmente ser puesta en duda.¹⁶ El argumento de que es característica del derecho estar constituido por reglas o pautas de conducta (normalmente denominadas 'normas' dentro de nuestra tradición jurídica) coincide con una de las creencias más firmemente arraigadas: el derecho es quien nos dice qué hacer. Esta idea, y las que aluden a las órdenes y a los castigos, constituyen los rasgos fundamentales de una imagen ampliamente compartida del derecho.

La idea de que el derecho es o se constituye de reglas ha sido tan persistente en la ciencia jurídica que resulta realmente ocioso buscar citas o argumentos de autoridad. Aun aquellos autores que encuentran en el derecho otros elementos (incluso más importantes) incluyen entre sus características definitorias el aparecer como normas o regla de conducta. Aparentemente la caracterización del derecho como regla o conjunto de reglas, allana sensiblemente el problema de la definición del derecho. Sin embargo, cabe observar que el concepto de regla es tan complejo como el derecho mismo.¹⁷ El gran debate de los autores no es si el derecho es o no regla o norma sino determinar de qué tipo, cómo funciona, cuándo existe, etcétera.

¹⁶ Cfr., Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 8.

¹⁷ Cfr., Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 15.

Con objeto de ver si es característica del derecho ser o contener normas, veamos cómo funciona una norma y si a situaciones de este tipo se alude cuando se habla del derecho. Con esta explicación no intentamos resolver el problema de las reglas, nuestro interés es simplemente establecer de la manera más amplia posible una noción de regla para determinar si los juristas aluden o se refieren a reglas cuando usan la expresión 'derecho'. Para esto último, utilizaremos un material sobre el cual difícilmente se dudaría de su carácter jurídico: el derecho romano, en algún sentido paradigma del derecho de occidente y núcleo del campo de aplicación de la expresión que lo nombra.

Por 'regla'¹⁸ se entiende: 'una prescripción, sugerencia o guía para la conducta o la acción'.¹⁹ Un ejemplo típico sería: 'caliente la lata, vierta su contenido, mézclelo con agua...'. La regla es así una instrucción para hacer algo; instrucción que relaciona ciertos medios a emplear para alcanzar determinado objetivo. Una reformulación técnica de una regla sería: 'si quieres servir sopa de conserva, entonces calienta la lata, vierte el contenido, mézclalo con agua...'.²⁰

Ciertos actos que reconocemos como formando parte del derecho romano, tales como *mancipatio*, *in iure cessio*, *stipulatio*, *matrimonium*, *testamentum*, etcétera, para ser tales es necesario que se lleven a cabo de una manera específica. Para que ciertos actos sean reconocidos como *mancipatio*, *in iure cessio*, etcétera, éstos tienen que realizarse de acuerdo a determinadas instrucciones contenidas en ciertas fórmulas. Por ejemplo, para que los actos de alguien puedan ser reconocidos como una *mancipatio* (negocio por medio del cual se transmite, *ex iure quiritium*, el dominio de ciertas cosas *res mancipi*), es necesario que dichos actos se realicen en presencia de cinco testigos que sean ciudadanos romanos púberes, que otro individuo con las mismas características, al que se le llama *libripens*, sostenga una balanza de cobre, que el que recibe *in mancipio*, aprendiendo la cosa, diga: '*hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*', que éste mismo golpee la balanza con un pedazo de cobre y se lo dé a aquél que transmite la cosa.²¹

¹⁸ Del latín: 'regula, ae' de 'rego, is, ere', 'rex', 'rectum', del sánscrito 'raj'; 'dirigir', 'guiar', 'conducir'. Cfr., Blánquez Fraile, A., *Diccionario latino español*, Barcelona, Editorial Sopena, 1967, tomo II, pp. 1435-1436.

¹⁹ Cfr., *Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged, with Seven Language Dictionary*, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1971, tomo II, p. 1986; Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa-Calpe, 1970, p. 1123.

²⁰ Cfr., Wright, G. H. von, *Norm and Action*, London, Rutledge and Kegan, 1963, p. 8; *id.*, *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1970, p. 23.

²¹ Cfr., Gaius, *Institutas*, I, 119.

Podríamos reformular este material así: 'si quieres transmitir el dominio, *ex iure quiritorium*, de *res mancipi*, entonces, es necesario que comparezcan cinco ciudadanos romanos púberes como testigos del acto, que otro ciudadano romano púber sostenga una balanza de cobre, que el adquirente aprehenda la cosa y diga: '*hunc ego... aere aeneaque libra*', que golpee la balanza con un pedazo de cobre...'. De otra manera no habrá *mancipatio*. Estas disposiciones, en virtud de establecer una pauta o guía para la acción o comportamiento humano, son o funcionan como una regla que determina de qué manera es posible hacer una *mancipatio*.

De la misma manera, para que ciertos actos constituyan una *in iure cessio* (negocio por el cual se transmiten o se extinguen determinados derechos ante un tribunal), es necesario iniciar un litigio mediante un acto *in rem* (*id est: legis actio sacramento in rem*).²² Una vez ante el pretor ante quien las partes (el transmitente y el adquirente) comparecen, el actor (el adquirente), a quien la cosa es cedida *in iure*, dotado de una varita (*fescula*) dice: '*hunc ego hominem ex iure quiritorium meum esse aio. Secundum suam causam sicut divi ecce tibi vindictam imposui*'. Después de que el actor ha formulado su *vindicatio*, el pretor pregunta al demandado (transmitente) si hace una *contra-vindicatio*, como el demandado no la hace, entonces el pretor efectúa la *addictio* de la cosa a aquél que ha hecho la *vindicatio*.²³

Igualmente, podemos reformular el material referido así: si quieres transmitir ciertos derechos *in iure*, entonces que el adquirente inicie un proceso mediante una *actio in rem*, que comparezcan las partes...'. Sin estos actos no habrá *in iure cessio*. Estas disposiciones en tanto patrón o guía de la acción humana constituyen una regla. Quien no se conformaba a ésta no podía llevar a cabo ninguna cesión *in iure*.

6. Dos diferentes imágenes del derecho

Las concepciones a las que hemos hecho mención, además de clarificar varios aspectos del fenómeno jurídico, son especialmente importantes porque dan cuenta de dos persistentes imágenes que los individuos, generalmente, se forman del derecho. En lo que a la interpretación jurídica se refiere, tema que inmediatamente nos habrá de ocupar, estas imágenes traducen funciones, que de manera *persuasiva* —como más adelante veremos— se le asignan al derecho.

La primera concepción referida, que llamaremos 'tesis imperativa', cuyo más genuino —y clásico— representante es John Austin, pone de mani-

²² Cfr., Kaser, M., *Derecho privado romano*, Madrid, Reus, 1968, pp. 44 y 358-360.

²³ Cfr., Gaius, *Institutas*, II, 24 y IV, 16.

fiesto la idea de *autoridad* que informa decididamente al derecho, así como a su aparato coactivo. Esta teoría en sus diversas manifestaciones reproduce perfectamente el carácter imperativo de las disposiciones jurídicas así como, también, la correlativa reacción de los individuos. Dentro de este contexto el derecho se presenta y, en alguna medida, se “siente”, contundente; actúa de manera final y definitiva.²⁴

El derecho dentro de esta “visión” se presenta, decíamos, contundentemente exigiendo un “cumplimiento inexorable” —para usar una expresión gustada de Recaséns—, que se aplica contra la voluntad de los destinatarios y, si es preciso, mediante el uso de la fuerza física.²⁵ Esta imagen del derecho ¿no es acaso la misma que se encuentra por detrás de las órdenes respaldadas por sanciones? Esta presencia autoritativa de un derecho que yace “por encima” de los individuos se ve fuertemente reforzada por las tesis que sobre la heteronomía y obligatoriedad del derecho sostiene, habitualmente, la ciencia jurídica. Frases como: ‘...con todo el rigor de la ley’, ‘...la fuerza del derecho’, etcétera, reflejan claramente esta concepción. Por otro lado, esta imagen se encuentra asociada con la función organizativa y de control atribuida normalmente al derecho en tanto que aparato coactivo.

La tesis que llamaremos ‘prescriptiva’ y que concibe al derecho formado primordialmente de reglas, enfatiza el carácter regulativo o normativo que presenta el derecho. El derecho, dentro de este orden de ideas, más que mandato es patrón de comportamiento. El derecho guía la conducta humana; aspecto que se deja ver fácilmente en los *iuris praecepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribere*).²⁶ El derecho marca el camino *correcto*; señala cómo hacer las cosas, cómo comportarnos; es, en suma, la pauta de la [buena] convivencia social, el “mínimo ético”. Este aspecto se revela en el derecho de todos los días, en nuestras transacciones y arreglos cotidianos y en su “cumplimiento espontáneo”.²⁷ El

²⁴ Véase la visión stammleriana del derecho como “voluntad entrelazante autárquica e inviolable” [Stammler, R., *Economía y derecho según la concepción materialista de la historia*, Madrid, Reus, 1929, pp. 93, 113 y 466]. A este propósito son muy esclarecedores los párrafos de Kelsen sobre la significación subjetiva y objetiva de los actos y la norma jurídica como esquema de interpretación [*The Pure Theory of Law*, cit., pp. 2-4; *Théorie pure du droit*, cit., pp. 2-6. De reciente aparición *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979, pp. 16-17]. Conviene confrontar estos párrafos de la versión española con el original alemán *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 2-3, o con las versiones mencionadas. Lo que establece el derecho “*pro veritate habetur*”, según reza la máxima procesal.

²⁵ Para muchos el criterio decisivo. Véase: Kelsen, H., *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 33 y ss.; *id.*, *General Theory of Law and State*, cit., pp. 15-24.

²⁶ *Cfr.*, *Inst. Just.*, I, 1.

²⁷ Véase, en este sentido: Ehrlich, E., *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1936, p. 21.

derecho tiene en este contexto una mayor inmediatez con los individuos. Frases como: '...el derecho como nuestra guía', '...con fundamento en el derecho', '...sin ley ni derecho', reproducen claramente esta concepción.

Lo anterior no quiere decir que las tesis imperativas o prescriptivas se dediquen exclusivamente a enfatizar, respectivamente, los aspectos señalados. La concepción del derecho como órdenes respaldadas por amenazas no se opone necesariamente a aquella que lo concibe en términos de reglas. Cabe decir que desde un principio la tesis imperativa fuerza la idea del mandato: las disposiciones jurídicas, sostiene: "...son especies de mandatos".²⁸ La imagen de una orden dada por un individuo a otro es para la tesis imperativa, en mucho, un esquema explicativo. Simplemente el carácter estable y permanente de las disposiciones jurídicas las aleja de la figura típica del mandato.²⁹

De manera general los "mandatos" que constituyen el derecho no se refieren ni se *dirigen* propiamente a nadie en particular. La forma estándar de una ley penal, por ejemplo (que dentro de todo el material jurídico es sin duda el que más se asemeja a las órdenes respaldadas por castigos), toma el aspecto de una instrucción general: se refiere a un tipo de conducta y se *dirige* a una clase de individuos.³⁰ Los mandatos individualizados, mandatos propiamente hablando, ocupan, en relación con los "mandatos generales", un lugar subordinado; sólo cuando estas pautas generales no son obedecidas por un individuo, un funcionario exigirá (mandará u ordenará) su cumplimiento respaldándose en la amenaza de un castigo en caso de que su mandato no sea obedecido.

Por su parte, la tesis prescriptiva no se limita a establecer que el derecho se constituye por reglas. Las reglas jurídicas no se dejan al arbitrio de los destinatarios. El carácter "obligatorio" de estas normas se encuentra en la inmediata posibilidad de su observancia coactiva. Todo esto implica que el derecho dispone de mecanismos que "dentro" o "detrás" de las reglas garantizan la observancia de éstas. Por lo demás, las reglas del derecho son habitualmente diferenciadas por la ciencia jurídica —dentro del género 'reglas de conducta'— por el uso de sanciones; actos de ejecución que difícilmente pueden ser descritos como reglas, ni como parte de ellas. Más

²⁸ Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 13.

²⁹ Cfr., Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 21.

³⁰ Cfr., Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 21. Con respecto a la relación entre norma jurídica y mandato, véase: Tamayo y Salmorán, R., *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976, pp. 46-50, donde se resumen diferentes opiniones de Hans Kelsen, H. L. A. Hart y de Alf Ross al respecto.

aún, el concepto de regla es tan vago que los juristas se han visto precisados a dotar a las reglas jurídicas de cantidad de especificaciones.³¹

Es muy posible que las otras finalidades de las tesis, la imperativa, teniendo como perspectiva la autoridad que crea las normas (*id est*: el soberano, en John Austin), la prescriptiva, atendiendo sobre todo a la estructura y sistematización de las disposiciones jurídicas, hayan obligado a cada una de ellas a enfatizar los diferentes aspectos a que hemos hecho mención. Estos aspectos, sin embargo, son constantemente aludidos por juristas, jueces y abogados concretamente dentro del fenómeno de la interpretación, como más adelante veremos.

7. *La variedad de normas y su función social*³²

Como quiera que se les caracterice —enfatizando su carácter imperativo-volitivo o “racional”-prescriptivo— y adoptando el aspecto que sea —reglas u órdenes—, las disposiciones jurídicas, a las que en lo sucesivo llamaremos indistintamente ‘normas’ o ‘prescripciones’, son instrumentos que necesariamente limitan las opciones de comportamiento. Dentro de esta caracterización general, podemos, sin embargo, señalar dos diferentes funciones que son realizadas por las normas jurídicas.

La función social que, por ejemplo, realiza una ley penal (incluyendo aquí el derecho penal administrativo, fiscal, etcétera) consiste en hacer de una conducta algo que tiene que ser hecho o evitado por aquellos a quienes se les aplica, con independencia de sus deseos. Lo que la norma penal impone a los individuos es habitualmente llamado, como ya vimos: ‘deber’ u ‘obligación’. La sanción que se vincula a la norma penal en caso de no conformidad es (no obstante otros propósitos, *id est*: económicos, demográficos, etcétera) disponer de un motivo determinante para hacer que los individuos se abstengan de hacer u omitir lo así dispuesto. A pesar de diferencias importantes, existe una fuerte analogía entre las leyes penales (o la función que realizan) y las normas legales sobre responsabilidad civil extracontractual. Su finalidad primordial es la de establecer cierta conducta como algo que tiene que ser hecho o evitado, con independencia de la voluntad de aquellos a quienes se les aplica. También en este caso las normas tienen como función social la de imponer a los individuos deberes u obligaciones. Aquí también la sanción (pena pecuniaria o indemnización) funciona como recurso contundente para que los individuos se abstengan de hacer u omitir lo así prescrito.

³¹ Con respecto a la relación entre norma jurídica y regla, véase: Tamayo y Salmorán, R., *Sobre el sistema jurídico y su creación*, cit., pp. 41-46.

³² En la exposición de este apartado seguiremos muy de cerca lo expuesto por Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 21 y ss.

Pero, al lado de estas normas cuya función es la de imponer deberes, existen otras normas jurídicas que no realizan esta función sino una totalmente distinta. Las normas a las que ahora nos referimos son aquellas que determinan cómo celebrar contratos, matrimonios, testamentos, etcétera. Tales normas no requieren de personas que reaccionen coactivamente en caso de que los individuos no contraten, no se desposen, no testen, etcétera. Dichas normas no imponen deberes u obligaciones, simplemente dotan a los individuos de medios para llevar a cabo sus propósitos *confiriéndoles* facultades jurídicas para *crear*, a través de ciertos procedimientos y bajo ciertas condiciones, derechos y deberes dentro de un sistema jurídico específico.

La diferencia radical entre las normas que *confieren facultades* y las que *imponen obligaciones* se refleja claramente en nuestra forma de hablar. Si al testar no nos conformamos a las disposiciones relativas de la legislación civil, el documento que así hagamos “quedará sin efecto”, “será nulo”, etcétera; pero no “incumplimos” o “violamos” una obligación, ni mucho menos, cometemos un ilícito o un delito (podría decirse que está permitido hacer actos nulos). Asimismo, las normas que se encuentran detrás de un árbitro o de un legislador especifican, respectivamente, la naturaleza de los litigios que se pueden conocer (competencia) o las materias sobre las que se puede legislar; igualmente determinan quién puede ser árbitro o legislador, la forma de su designación o investidura y el procedimiento para arbitrar o legislar. Si el árbitro falla excediendo su competencia o el legislador legisla más allá del límite de sus facultades, la decisión judicial o, en su caso, la legislación no “tendrá efecto”, “será nula” o “anulable”; pero ni el árbitro ni el legislador cometen un delito.

De esta manera las normas que determinan la confección de testamentos, que confieren facultades judiciales a los individuos o facultades legislativas a diferentes cuerpos o personas, ejemplifican un tipo de norma que *no* pueden caracterizarse como normas que impongan obligaciones o deberes al testador, árbitro o legislador. La función que realizan estas normas no es desalentar a los testadores, árbitros o legisladores en la comisión de delitos, sino definir las condiciones y límites bajo los cuales un testamento, un laudo o cierta legislación son válidos.

No es esta la única clasificación que se puede hacer de las normas jurídicas, pero la distinción entre normas que imponen obligaciones y normas que confieren facultades muestra funciones propias de la organización de la comunidad; o para decirlo como H. L. A. Hart: “si estas normas no existieran tendríamos que prescindir de algunos de los conceptos más comunes de la vida social, los cuales presuponen lógicamente la existencia de tales normas”.³³ Si no hubiera normas que impusieran deberes no se podrían

³³ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 32.

establecer delitos y, consecuentemente, no se darían todos los fenómenos sociales que acompañan la existencia de delitos (persecución penal, procesos, ejecuciones, etcétera). Asimismo, si no hubiera normas que confirieran facultades públicas o privadas no habría laudos, reglamentos, decisiones administrativas, ni tampoco compraventas, donaciones, testamentos, matrimonios. Ahora bien, sí, como es el caso, tales fenómenos se presentan, entonces necesariamente existen normas que funcionan como hemos señalado: imponiendo deberes y confiriendo facultades.

En términos generales podríamos decir de las normas jurídicas que en cualquier sociedad el

discurso sobre el funcionamiento del derecho incluye referencia a las normas. Hablar sobre la... profesión jurídica, los tribunales o la constitución sería inimaginablemente diferente de lo que actualmente ocurre si, *per impossibile*, el concepto de 'norma' [*legal rule*] fuera excluido de las sociedades en las cuales es actualmente un arraigado dato cultural.³⁴

Sin entrar en los difíciles problemas de la "estructura de los sistemas jurídicos"³⁵ y pasando por alto las características comunes y los rasgos que las identifican, podemos decir con H. L. A. Hart que:

las normas que confieren facultades, aunque diferentes de las que imponen deberes... *siempre se encuentran relacionadas con éstas*; puesto que las facultades que aquellas confieren son facultades para crear normas generales de este último tipo o para imponer deberes a ciertos individuos, quienes, de otra forma, no estarían sometidos a ellas... Podría decirse, a costa de cierta inexactitud, que mientras las normas como las del derecho penal imponen deberes, las normas que confieren facultades son recetas para crear deberes.³⁶

8. Características generales del derecho

Cuando nos planteamos la cuestión '¿qué es el derecho?' nos propusimos señalar las condiciones bajo las cuales la expresión 'derecho' es usada, con objeto de determinar ciertas características generales del objeto así nombrado. Ciertamente, con lo hasta ahora dicho no se ha determinado

³⁴ Harris, J. W., *Law and Legal Science. An Inquire into the Concepts Legal Rule and Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 1.

³⁵ Cfr., Raz, J., *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, cit., pp. 2, 22-26, 109-114, 140-147, 183-186; Harris, J. W., *Law and Legal Science. An Inquire into the Concepts Legal Rule and Legal System*, cit., pp. 70-106.

³⁶ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 32-33. Las cursivas son nuestras.

totalmente el “campo de aplicación” de la expresión. Sin embargo, estamos en condiciones de decir que *ahí donde los hombres ven reducidas sus opciones de conducta porque ciertos individuos o cuerpos de individuos (gobernantes, legisladores, jueces, etcétera) establecen, modifican y aplican normas que confieren facultades y normas que imponen deberes, y cuya conformidad es exigida mediante la amenaza y la aplicación de sanciones,* usamos, sin lugar a dudas, la palabra ‘derecho’ para referirnos a la suma de estos fenómenos sociales o a parte de ellos. De esto se desprende que el objeto nombrado presenta como rasgos característicos, entre otros, tener normas que imponen deberes, normas que confieren facultades, autoridades (individuos o cuerpo de individuos que “en nombre” de la comunidad) establecen, modifican, aplican o derogan las normas y, por último, autoridades que determinan *cuáles son las normas*, cuándo han sido quebrantadas y señalan, si es el caso, las sanciones que ellas u otras autoridades habrá de aplicar.³⁷

Esta caracterización, que coincide largamente con la imagen que el hombre ordinario tiene del derecho, corresponde con las caracterizaciones de juristas notables. A este respecto dice J. Raz que las tres más generales e importantes características del derecho son: *ser normativo* en tanto sirve, y se entiende que sirve, como guía de la conducta humana; *ser institucionalizado* en cuanto que su aplicación y modificación son, en gran medida, realizadas o reguladas por instituciones; *ser coactivo* en tanto que la obediencia al derecho y su aplicación son internamente garantizadas, en última instancia, por el uso de la fuerza.³⁸ El énfasis que Raz pone en estas tres características del derecho lo comparte con las dos teorías analíticas contemporáneas del derecho, la de Hans Kelsen y la de H. L. A. Hart.³⁹ Concluyendo este apartado podríamos decir que la existencia de normas de los tipos indicados, así como de funcionarios o autoridades que las establezcan o apliquen, dentro de un marco coactivo, es suficiente evidencia para reconocer a tal orden social como derecho.

9. La interpretación del material jurídico

Una vez caracterizado el derecho en la forma en que lo hemos llevado a cabo (conjunto de normas que imponen deberes, de normas que confieren facultades...), cabe ahora preguntarnos si es posible su interpretación

³⁷ Este conjunto de características corresponde *mutatis mutandi* al esquema que, de acuerdo con H. L. A. Hart, cualquier “hombre educado” puede identificar como derecho (cfr., *The Concept of Law*, cit., p. 3).

³⁸ Cfr., Raz, J., *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, cit., p. 3.

³⁹ Cfr., Raz, J., *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, cit., p. 3.

y si ésta tiene algún sentido. Por 'interpretar'⁴⁰ entendemos el acto de *dotar de significado*, mediante un lenguaje, a ciertos objetos: signos, fórmulas o eventos, a los que denominaremos: 'objeto significado' ('OS'). La imagen de un intérprete corresponde, en cierta forma, a la de un mediador⁴¹ que comunica a los demás el significado que atribuye a ciertos símbolos, palabras o eventos. De esta manera quien inquiera por el significado de ciertos signos, fórmulas o acontecimientos y dé una respuesta al respecto se encuentra, en realidad, *asignando* un significado a tales objetos. El significado de cualquier OS es siempre incorporado mediante la interpretación: no se busca, no se desentraña.

Muchas veces la investidura mística del intérprete (magos, oráculos, sacerdotes, jueces) y el desconocimiento de sus "métodos" de significación, esto es, de interpretación, originó, sin embargo, la creencia —que, como veremos, persiste en nuestros días— de que estos individuos *poseían* la extraña y formidable cualidad de "encontrar" o "desentrañar" el significado de las cosas, como si éstas tuvieran un significado *en sí*. Los objetos no tienen un significado *en sí*, éste lo adquieren mediante un acto de establecimiento de significado: por interpretación. Aun las simples palabras de un lenguaje llano o los gestos familiares, base de nuestra comunicación cotidiana, tienen un significado específico porque, a través de una interpretación, los hacemos corresponder a un *código* o vocabulario primario. "En términos generales, una interpretación consiste en asignar sistemáticamente unos objetos denotados a parte de un vocabulario primitivo".⁴²

Ahora bien, ¿es posible interpretar el derecho?, o mejor ¿son susceptibles de interpretación los materiales (*id est*: normas), que lo forman? De acuerdo con lo que hemos visto nada impide que las normas que constituyen el derecho sean interpretadas. Pero ¿han sido interpretadas? En el derecho romano arcaico al lado de las Doce Tablas, y como consecuencia necesaria de éstas, encontramos, además de la *disputatio fori*, la *interpretatio prudentium*.⁴³ De *D. 1, 2, 2, 6*⁴⁴ claramente se desprende que el "conocimiento del derecho [y de] la ciencia de su interpretación... estuvieron

⁴⁰ Del latín '*interpretare*': 'explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente de los textos faltos de claridad', *cf.*, Alonso, M., *Enciclopedia del idioma*, Madrid, Aguilar, 1968, tomo II, p. 2408.

⁴¹ '*Interpretatio*' de '*interpres-etis*': 'mediador', a su vez de '*inter*' y '*pars*': 'entre partes', *cf.*, Blázquez Fraile, A., *Diccionario latino español*, cit., tomo I, p. 909.

⁴² Martín, R. M., *Verdad y denotación*, Madrid, Tecnos, 1962, p. 22.

⁴³ *D. 2, 2, 5*.

⁴⁴ "*Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actions apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeset privatis*".

por más de cien años después de la legislación de los *decenviri* en manos de los *pontifices*.⁴⁶

A través de la *interpretatio* los *pontifices* cambiaron, en mucho, el significado original de las Doce Tablas⁴⁶ *extendiendo* su *aplicación* a nuevas situaciones.⁴⁷ La atribución significativa fue tal que el *ius civile* fue considerado "*compositum* por los *prudentes*".⁴⁸ Consecuentemente, podemos considerar que en el derecho romano arcaico no sólo existió la interpretación de normas jurídicas sino que esta labor constituyó el núcleo de una específica actividad que se denominó '*jurisprudencia*'. La tradición romana⁴⁹ es del todo exacta al colocar la cuna de la jurisprudencia en el colegio de los *pontifices*⁵⁰ a los cuales correspondió, durante los dos primeros siglos de la República, la custodia y *elaboración* del derecho mediante la *interpretatio*.⁵¹ De esta forma tenemos que la *interpretatio* era la función central de la jurisprudencia pontificia la cual, a través de la modificación, extensión o, simplemente, adscripción de significado dado a las normas de las Doce Tablas, elaboró, en gran medida, el *ius civile*.⁵²

10. La interpretación jurisprudencial

Los ejemplos sobre la interpretación de materiales jurídicos pueden, ciertamente, multiplicarse (haremos referencia a algunos otros en el curso de la exposición); sin embargo, baste éste para demostrar contundentemente su existencia. Hecho lo anterior debemos regresar a una de nuestras primeras preguntas ¿la interpretación *jurídica* es tal porque versa sobre el derecho? ¿porque interpreta materiales jurídicos? Si esto es así ¿por qué los *pontifices* cuidaban celosamente su interpretación de las Doce Tablas y el repertorio de sus fórmulas? Pomponio, nuestra autoridad sobre este particular, refiere: "*in latenti ius civile retineri cogitabant, solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant*".⁵³ Igual-

⁴⁶ Moyle, J. B., "General Introduction", *Imperatoris Iustiniani Institutionum: Libri Quattuor*, Oxford University Press, 1964, p. 43.

⁴⁶ Cfr., Kunkel, W., *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1966, pp. 39-40.

⁴⁷ Cfr., Berger, A., *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, p. 513.

⁴⁸ Serrao, F., "Interpretazione. II. Diritto romano. a) Interpretazione della legge", *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1972, tomo XXI, p. 242.

⁴⁹ D, 2, 2, 6 [*loc. cit.*].

⁵⁰ Cfr., Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford University Press, 1967, p. 8.

⁵¹ Kunkel, W., *Historia del derecho romano*, cit., p. 39.

⁵² Cfr., Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, cit., p. 20.

⁵³ D, 2, 2, 35.

mente Tito Livio habla de *ius civile reconditum in penetralibus pontificum*.⁵⁴ Sobre éste sostiene W. Kunkel:

la *interpretación* de las Doce Tablas... siguió siendo hasta principios del siglo III un monopolio celosamente custodiado por el colegio de pontífices... el saber de los pontífices era... secreto: el tesoro de fórmulas que encerraba el archivo del colegio (los *libri pontificales*), durante mucho tiempo sólo fue accesible a sus miembros y únicamente en su seno se transmitieron de generación en generación los *métodos de aplicación* del derecho que habían desarrollado y practicado.⁵⁵

¿Por qué se recurra a los pontífices y —más tarde— a los jurisconsultos? ¿para qué las *responsa*?⁵⁶ ¿Qué sentido tenían entonces las consultas públicas?⁵⁷

Si lo que los pontífices hacían con respecto a la interpretación y aplicación del derecho era celosamente conservado, si los pontífices y —más tarde— los *jurisconsulti* eran requeridos por el público para saber sus opiniones sobre derecho, etcétera, entonces su función interpretativa del derecho no era común, ni su manejo propio de cualquier romano. Aún más, sabiendo que el derecho romano se “hizo cierto” con la aparición de las Doce Tablas⁵⁸ y conociendo el carácter público de sus procesos, la idea del “secreto” y la guarda celosa del derecho sólo puede explicarse así:

Aunque el derecho, en su forma abstracta era susceptible de ser conocido por todos, su aplicación y su significado interior habían pasado a manos de una *profesión* sin cuya ayuda el lego no podía hacer uso de él; tal profesión creó un cuerpo de esotéricas reglas subsidiarias de procedimiento e interpretación en virtud de las cuales el mero conocimiento del derecho [legislado] devino impráctico y casi inútil.⁵⁹

Nada más oportuno para señalar la especificidad de la interpretación jurisprudencial —actividad propia de los *pontifices* y *jurisconsulti* romanos— que las siguientes palabras: “*Un homme du peuple romain eût été, a-t-on écrit, aussi embarrassé pour appliquer les XII Tables a une situa-*

⁵⁴ IX, 46. 5.

⁵⁵ *Historia del derecho romano*, cit., pp. 29 y 93, las cursivas son nuestras.

⁵⁶ *Cfr.*, Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 19 y ss.

⁵⁷ *Cfr.*, Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 21 y ss.

⁵⁸ D. 1, 2, 2, 4. *Cfr.*, Serrao, F., “Interpretazione. II. Diritto romano. a) Interpretazione della legge”, cit., tomo xxii, p. 242.

⁵⁹ Moyle, J. B., “General Introduction”, cit., p. 43. Lo que se encuentra en cursivas y entre corchetes es nuestro.

tion donnée qu'un homme du peuple d'aujourd'hui pour se servir d'une table de logarithmes."⁶⁰

La interpretación jurídica no es, pues, una mera interpretación del material jurídico —del lenguaje en que es formulado—. La interpretación jurídica (*id est: interpretatio prudentium*) muestra cierta característica: supone reglas exclusivas de interpretación. Este último argumento nos conduce a sostener la tesis de que el derecho, o mejor, el lenguaje en el que el derecho se formula se distingue claramente del lenguaje común (del cual toma su vocabulario) en la medida en que se interpreta y se reformula según un metalenguaje diferente al del lenguaje común. La idea que subyace detrás de esta tesis es que la jurisprudencia es justamente la actividad que consiste en "encontrar" y aplicar las reglas de interpretación del lenguaje del derecho. "La lectura *juridica* de un enunciado del derecho (*id est*, de una legislación) no puede hacerse más que con la ayuda de las reglas propias del metalenguaje del derecho."⁶¹

La jurisprudencia pontificia es el primer metalenguaje del lenguaje jurídico del que se tiene noticia.⁶² En tanto profesión la jurisprudencia no únicamente modificó el significado original de los materiales jurídicos sino que creó una especial terminología: los *nomina iuris*⁶³ tales como 'fructus', 'nexum', 'vi', 'ruta caesa', etcétera. A este respecto una de las primeras controversias entre los juristas romanos versó sobre el alcance preciso de 'fructus'.⁶⁴ Por supuesto no se trata de "descifrar" o "aislar" el significado de 'fructus', se busca su aplicación prescriptiva dentro de un "sistema de derecho que, en su conjunto, contribuye a forzar la significación fuera de los límites de su sentido literal".⁶⁵ Así, por ejemplo, 'fructus' incluye los críos del ganado, pero, sin embargo, en cuanto a esclavos el Digesto⁶⁶ recoge la siguiente *responsum*: "*neque enim in fructu hominis homo esse potest*".⁶⁷

⁶⁰ Girard, P. F., *Mélanges du droit romain I, histoire et sources* (4e ed.), Paris, Recueil Sirey, 1912, p. 44.

⁶¹ Thomas, Y., "La langue du droit romain. Problèmes et méthodes", *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, p. 111 (Archives de Philosophie du Droit XIX).

⁶² "Nada sabemos de una jurisprudencia romana anterior" [Schultz, F., *History of Roman Legal Science*, cit., p. 5]. Sobre el lenguaje del derecho romano, véase: Carcaterra, A., *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano*, Bari, 1968; *id.*, *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani. Interpretatio iuris*, Bari, 1972.

⁶³ Sobre el particular, véase: Biondi, B., "La terminologia romana come prima dommatica giuridica", *Scritti giuridici I, Diritto romano. Problemi generali*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, pp. 149 y ss.

⁶⁴ *Cfr.*, Stein, P., "Regulae iuris". *From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgo, Edinburgh University Press, 1962, p. 28.

⁶⁵ Thomas, Y., "La langue du droit romain. Problèmes et méthodes", cit., p. 111.

⁶⁶ D. 7, 1, 68.

⁶⁷ *Cfr.*, Stein, P., "Regulae iuris". *From Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., p. 28.

De esto último se sigue que un conocimiento de los *nomina iuris* era indispensable para el manejo del derecho, especialmente para prever sus consecuencias en caso de aplicación. Las nuevas consecuencias a que daba lugar la interpretación (*id est: adrogatio, emancipatio, testamento mancipatorio, cretio*) eran en cierto sentido, creación de la jurisprudencia cautelar de los pontífices.⁶⁸

Este saber dogmático que se manifiesta en los *nomina iuris* se hace aún más evidente cuando los juristas pasan, de la mera discusión sobre el alcance de un término a las generalizaciones. Así Manilius establece que por '*nexum*' se entiende "*omne quod per libram et aes geritur in quo sint mancipia*".⁶⁹ Otro claro ejemplo de generalización lo constituye la *regula catoniana*: "*Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocum que decesserit non valere*".⁷⁰ Pero más allá de las generalizaciones encontramos una completa reformulación del material jurídico en diferentes definiciones. Q. Mucio Scaevola, en quien —como dice Schulz— se alcanza el clímax de la ciencia pontificia del derecho, dice de la coacción ('*vi*'): "*vi factum in videtur esse, qua de re quis cum prohibetur, fecit*".⁷¹ Esta definición es sorprendente porque incluye casos en que no es usada la coacción;⁷² es claro que aquí ciertos actos *son tenidos* por coacción. Q. Mucio Scaevola no se limitó a hacer definiciones; en él se encuentra el germen de la sistematización del derecho.⁷³

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

11. Interpretación obligatoria e interpretación dogmática

En este momento cabe hacer una distinción que conviene tener siempre muy presente; los *pontifices* y *jurisconsulti* no eran órganos de creación del derecho. Esto nos conduce a aquella pregunta que al principio del trabajo nos hicimos: '¿la interpretación es jurídica en razón de la persona que la hace o en razón de la posición que ocupa?'. A diferencia de los actos legislativos o judiciales o sus resultados, las reglas, reformulaciones, cla-

⁶⁸ Cfr., Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, cit., p. 20.

⁶⁹ Varro, *De Ling. Lat.*, XXV, 7. 105, citado por Stein, P., '*Regulae iuris*'. From *Juristic Rules to Legal Maxims*, cit. p. 30.

⁷⁰ D. 34, 7, 1.

⁷¹ D. 50, 17, 73, 2.

⁷² Cfr., Stein, P., '*Regulae iuris*'. From *Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., p. 36.

⁷³ Gaius, *Institutas*, I, 118; D. 1, 2, 2, 41 y 41, 2, 3, 21-24.

sificaciones o enunciados de la jurisprudencia no son derecho (*id est*, normas que imponen deberes o normas que confieren facultades, en el sentido arriba descrito). Son reglas para entender el derecho, para “describir” el derecho, para argumentar en derecho. La *jurisprudencia* —haciendo a un lado el *ius publice respondendi*— no es derecho romano, es la *scientia* del derecho romano.⁷⁴ La *jurisprudencia* es, como señala Yan Thomas, el metalenguaje del derecho romano⁷⁵ (*id est*, *leges*; *senatusconsulta*, etcétera); constituye el conjunto de reglas, definiciones, clasificaciones, que nos permiten una *lectura jurídica* del derecho. Jurista es aquel que se dedica al manejo y al dominio de la jurisprudencia.

Frente a la interpretación jurisprudencial encontramos aquella que realizan los órganos aplicadores del derecho. Al igual que la interpretación jurisprudencial supone una determinación del significado de los materiales que se aplican. “Si un órgano jurídico debe aplicar el derecho, entonces tiene, necesariamente que establecer el sentido de las normas que va a aplicar; debe, necesariamente *interpretar* dichas normas... En resumen, todas las normas, en tanto que tienen que ser aplicadas, requieren una interpretación”.⁷⁶

La interpretación que supone la aplicación del derecho es parte del fenómeno jurídico. Los materiales jurídicos que han de aplicarse (*id est*, *leges*, *senatusconsulta*, etcétera) reciben de parte del órgano aplicador una cierta interpretación que *decide* la significación de tales materiales; pero al decidir el significado del lenguaje jurídico *elaborado*, decide, a su vez, el curso de la creación y aplicación subsecuente del derecho. La interpretación que realizan los órganos de aplicación se traduce en actos o voliciones que imponen deberes o confieren facultades. “La interpretación —la de los órganos aplicadores— es pues un proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del derecho”.⁷⁷

El derecho no sólo se complementa, se modifica o se extingue mediante la actividad de los cuerpos legislativos. Los órganos aplicadores complementan, modifican o derogan el derecho al interpretar el derecho que aplican. El caso más claro es el derecho pretoriano romano: “*ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia*”.⁷⁸ Pero, a diferencia de la interpretación juris-

⁷⁴ Cfr., Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 1 y ss.

⁷⁶ Cfr., “La langue du droit romain. Problèmes et méthodes”, cit., pp. 109 y ss.

⁷⁶ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 346; *id.*, *The Pure Theory of Law*, cit., p. 348; *id.*, *Théorie pure du droit*, cit., pp. 453-454. Las cursivas son nuestras.

⁷⁷ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 348; *id.*, *The Pure Theory of Law*, cit., p. 348; *id.*, *Théorie pure du droit*, cit., p. 453. Lo que se encuentra separado es nuestro.

⁷⁸ D. 1. 1. 7.

prudencial, propia de los juristas, la interpretación de los órganos aplicadores es *parte del derecho*, es parte del material jurídico y, como tal, se impone aun en contra de la voluntad de aquellos a quienes se dirige. En este sentido, la interpretación producida por los órganos aplicadores (*id est*, jueces), es decir, la significación dada a los materiales que aplican, es impuesta, es obligatoria. Si un juez determina que una ley contempla ciertos actos, ésta es la interpretación que se impone.⁷⁹ Ciertamente la actividad aplicadora del derecho es, como tal, objeto del estudio de la jurisprudencia. Sobre la diferencia aquí apuntada habremos de insistir constantemente en el curso del trabajo.

12. *La jurisprudencia como "ciencia" del derecho*

La *jurisprudencia* —la actividad de los prudentes y *jurisconsulti*— fue desde muy temprano, llamada '*scientia*',⁸⁰ 'ciencia de la interpretación jurídica': "... *interpretandi scientia*..."⁸¹ especialmente desde el *improntu* de sistematización debido a la influencia griega.⁸² Las fuentes romanas se expresan en consecuencia: "*Jurisprudencia est divinorum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*".⁸³ Desde entonces ha sido persistente la ecuación '*jurisprudencia* = ciencia del derecho'. Expresiones como '*Legal Science*', '*science du droit*', '*science juridique*', '*Rechtswissenschaft*', '*scienza giuridica*', dan fe del arraigo de esta concepción. Pero ¿por qué ciencia?, ¿qué tiene la jurisprudencia para ser ciencia? En fin ¿qué hay detrás de esta idea? Este es el tema de la siguiente parte de este ensayo.

⁷⁹ Cfr., al respecto Kelsen, H., *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 2-4; *id.*, *Théorie pure du droit*, cit., pp. 2-6.

⁸⁰ Cfr., Cicerón *De Orat.*, I, 41, 186.

⁸¹ D. 1, 2, 2, 6.

⁸² Cfr., Schultz, F., *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 1 y ss. y 38 y ss.; La Pira, G., "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. I, Roma, 1935; *id.*, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'arte sistematrice", *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, vol. 42, Roma, 1934. Sobre si la jurisprudencia romana fue ciencia, véase: Stein, P., "*Regulae iuris*". *From Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., pp. 33 y ss. y 49 y ss.; Villey, M., "Modes classiques d'interpretation de droit", *L'interpretation dans le droit*, París, Sirey, 1972 (Archives de Philosophie du Droit XVII).

⁸³ *Inst. Just.* I, 1; D. 1, 1, 10. Sobre la noción de '*Jurisprudencia*', véase: Moyle, J. B., 'General Introduction', cit., pp. 62 y ss.; Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, cit., p. 136.

II

LA CIENCIA DEL DERECHO

Espero que [esto]... pueda desalentar la creencia de que un libro sobre teoría del derecho es primordialmente un libro del cual uno aprende lo que otros libros contienen.

H. L. A. Hart

1. *El problema*

‘¿Qué es la ciencia del derecho?’ Parece que tal interrogante debería encontrarse resuelta al hacer estudios jurídicos. Sin embargo, esta cuestión, como la de ‘¿qué es el derecho?’ ha recibido diversas y paradójicas respuestas. ¿Cómo evitar una mera aceptación de una postura o doctrina? Si nuestro objeto es la ciencia del derecho ¿no sería razonable partir de aquello que hacen los juristas? ¿quién si no ellos harían ciencia del derecho? Esta actividad, ejemplificada con los pontífices romanos, será nuestro hilo conductor en las siguientes reflexiones.

Para eliminar el dogmatismo que supondría una mera aceptación de alguna doctrina, permítasenos señalar lo que constituye nuestro punto de partida: con lo único que contamos es con la expresión ‘ciencia del derecho’ o sus equivalentes (*id est*: ‘jurisprudencia’). A este respecto cabe decir que la existencia de tal expresión es incontrovertible. Podemos fácilmente constatar que esta expresión se ha usado durante dos milenios en diferentes idiomas. En la actualidad prácticamente todas las lenguas modernas contienen expresiones de este tipo. Ahora bien, en vez de penetrar *modus teologicus en la esencia*, naturaleza, fin, etcétera, de la ciencia del derecho a partir de las definiciones, averigüemos, mejor, bajo qué condiciones se usa esta expresión. Del hecho incontrovertible del uso de la expresión, podemos razonablemente deducir que ‘ciencia del derecho’ nombra necesariamente un objeto, se refiere a algo. Una vez determinadas las condiciones que gobiernan el uso de la expresión estaríamos en condiciones, también, de determinar los eventos o las cosas a las que tal expresión se aplica.

2. *Algo sobre la expresión ‘ciencia’*

Sobre la expresión ‘ciencia del derecho’ podríamos decir, primeramente, que contiene palabras que se usan en expresiones como ‘ciencia de la geometría’, ‘ciencia de la física’, ‘ciencia de la química’, etcétera. Estas expresiones indican normalmente cualquiera de estas dos situaciones o ambas:

- i) que existen ciertos hombres comúnmente denominados 'científicos' que estudian, investigan, experimentan, analizan o describen *algo*; donde ese algo es señalado por las palabras 'geometría', 'matemáticas', 'física', 'química', etcétera, y
- ii) que existe un conjunto de principios (axiomas, definiciones, postulados) y enunciados —al cual denominaremos '*T*'— resultado de la labor de los científicos, cuyos enunciados versan sobre *algo*, donde, nuevamente, ese *algo* es señalado por las palabras 'geometría', 'matemáticas', 'física', 'química', etcétera.

Si observamos con atención las expresiones 'ciencia de la geometría', 'ciencia de la matemática' o 'ciencia de la física', veremos que tales expresiones tienen en común que *en ellas ocurre, a su vez, la expresión 'ciencia de'*. Cabe decir que *los dos significados a que nos hemos referido en i) y en ii) dependen, casi exclusivamente, de las palabras 'ciencia de'*.

Con respecto a su función dentro de las expresiones referidas, podría decirse que estas palabras sirven para *ligar* otras, tales como 'geometría', 'matemáticas', 'física', con objeto de hacer de los campos de referencia de estas últimas palabras, el "algo" que los científicos, estudian, investigan o describen; o bien, hacer de los campos de referencia de tales palabras el "algo" sobre lo cual versan los enunciados de *T* que los científicos infieren, deducen o aplican. En este sentido, pero sólo en este sentido, podríamos considerar las palabras 'ciencia de' (o sus equivalentes 'ciencia del' o 'ciencia de la') como un *operador oracional*, cuya función es *ligar* o *relacionar* ciertas palabras (*id est*: 'geometría', 'matemáticas', 'física', 'química') a un sentido específico. Dicho operador podría ser designado con el signo 'E'.

3. La ambigüedad de 'E' ('ciencia') y las "condiciones que gobiernan su uso"

'E' no está exento de los inconvenientes propios del lenguaje ordinario; 'E' tiene más de un significado. Entre otros significados, se usa, como ya hemos apuntado, para referirse a la actividad de ciertos hombres, como al conjunto *T* (conjunto de principios y enunciados que resultan de esa actividad). 'E' padece, por tanto, de un caso especial de ambigüedad que se llama de '*proceso-producto*'.⁸⁴

Esta ambigüedad de 'E' puede fácilmente apreciarse en la expresión 'corresponde a la ciencia la solución del problema'. En efecto, esta expresión puede perfectamente significar: 'la solución del problema se encuentra en

⁸⁴ Cfr., Nino, G. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp. 10-11.

la actividad de los que se hacen ciencia', en cuyo caso se refiere a un *proceso*, el de hacer ciencia; o bien: 'la solución del problema se encuentra en el conjunto de enunciados de la ciencia', en cuyo caso se refiere al *producto* de cierta actividad. De este tipo de ambigüedad padecen las palabras 'pintura', 'poesía' 'construcción', 'obra', etcétera.⁸⁵

Las más de las veces, los problemas de ambigüedad son resueltos por la situación en que las palabras son dichas (situación que llamaremos 'contexto'). Así, por ejemplo, la palabra 'banco' señala, en cierta situación, *un objeto que sirve para sentarse*; en otra, designa *un accidente del fondo del agua*, etcétera. Sin embargo, el significado de 'banco' no presenta problemas de ambigüedad en las expresiones 'el viejo se sienta en el banco de madera', 'el banco de arena hizo encallar al buque' o 'el banco cerró operaciones de cien millones de pesos'. En estos casos la ambigüedad de la palabra 'banco' se supera recurriendo al contexto en que tal palabra se encuentra inscrita. En el caso especial de ambigüedad de *proceso-producto*, el contexto no es siempre esclarecedor. Creemos que esto es así en virtud de que los *diferentes significados aludidos por la expresión en cuestión se encuentran íntimamente relacionados*. El producto (uno de los significados de la expresión ambigua) es incluido como característica definitoria del proceso (otro significado de la palabra ambigua), y viceversa.⁸⁶

Pensemos, por ejemplo, en la palabra 'pintura', la cual es un caso paradigmático de este tipo de ambigüedad. 'Pintura' puede significar: *los cuadros o bien el arte u ocupación de pintura*.⁸⁷ En efecto, cuando se dice: 'me gusta la pintura' no sabemos si se expresa 'me gustan los cuadros' o 'me gusta pintar'.⁸⁸ Esta ambigüedad tiene, como característica que ambos significados se encuentran íntimamente relacionados. Cuando definimos el producto incluimos el proceso o actividad como una de sus características definitorias. Así, siguiendo nuestro ejemplo, decimos: *pintura son las imágenes, diseños, retratos u otra obra (producto) producidos mediante el arte de pintar (proceso)*. La pintura (en el sentido de cuadros) supone, así, un cierto proceso por el cual se realiza. Para que un dibujo, diseño o retrato pueda ser llamado 'pintura' es necesario que haya sido realizado mediante ciertas técnicas propias del arte de pintar (*id est*: acuarela, óleo, pastel, espátula, etcétera). Aquello que no ha sido producido mediante las técnicas propias del arte de pintar (una fotografía, por ejemplo) no es reconocido, propiamente hablando, como pintura; no vale como pintura.

⁸⁵ Cfr., Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., pp. 10-11.

⁸⁶ Cfr., Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., p. 10

⁸⁷ Cfr., 'painting', *Webster's Third New International Dictionary*, cit., tomo II, p. 1621.

⁸⁸ Cfr., Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., p. 10.

Igualmente, cuando se define la actividad (proceso) incluye como característica definitoria, el producto. En este sentido decimos: *pintura es la actividad artística por la que un individuo —pintor— produce formas, líneas, colores, tonos y texturas para expresar sensaciones de volumen, espacio, movimiento, luz, en una superficie* (lienzo, madera, muro, etcétera).⁸⁹

De esta manera resulta que 'pintura' (la actividad artística) implica la creación de obras de cierto tipo —no cualquier obra—; obras que puedan recibir tal carácter. Para que a cierta actividad se le pueda llamar 'pintura' o cierto individuo 'pintor' es necesario que tal actividad o tal individuo produzca una obra pictórica (un óleo, una acuarela).

La relación recíproca de los significados en este caso de ambigüedad nos ayuda a identificar claramente ciertos objetos en razón de que éstos son el resultado de un cierto proceso o actividad. Así, por ejemplo, sabemos cuándo llamar 'pintura' a ciertos objetos (al conjunto de cuadros) —toda vez que sean resultado de un proceso específico—. Asimismo, nos permite reconocer o identificar claramente una actividad: llamamos 'pintura' a cierta actividad artística —siempre que tal actividad produzca cuadros—. Esta relación recíproca de significados nos permite *verificar* si, efectivamente, una actividad es tal o bien si ciertos objetos son tales objetos, esto es, si pertenecen al conjunto de objetos que tal palabra nombra.

Como podría suponerse, la expresión 'ciencia de', padece del mismo tipo de ambigüedad, los significados a que nos referimos en i) y en ii) atraviesan por una situación similar. En efecto, cuando definimos la actividad —referida en i)—, recurrimos al producto como característica definitoria: 'La ciencia es el dominio de la especulación o investigación intelectual en que los científicos, teóricos, etcétera, analizan, elucidan, observan o experimentan (actividad) *con el propósito de producir modelos explicativos* (conjuntos de principios y enunciados —conjuntos *T*—).⁹⁰ De esta manera el análisis, elucidación, experimentación, descripción, etcétera, es decir, *cierta actividad es reconocida como ciencia siempre que produzca un conjunto T cuyos enunciados tengan como propósito la explicación de ciertas cosas*.⁹¹ La actividad de los científicos sólo la reconocemos como "científica" cuando da por resultado modelos explicativos. Un pretendido científico cuya actividad no produzca "teorías" (creación, reformulación, etcétera), no puede propiamente, ser considerado como tal.

Igualmente, cuando se define el producto implicado por 'E' —mencio-

⁸⁹ Cfr., 'painting, art of', *The New Encyclopaedia Britannica, Macropaedia*, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1974, tomo 13, pp. 869-886.

⁹⁰ Cfr., 'scientific' y 'theory', *The New Encyclopaedia Britannica, Micropaedia*, cit., tomo IX, pp. 941-942.

⁹¹ Cfr., *The New Encyclopaedia Britannica, Macropaedia, ibidem*.

nado en ii)— se incluye como característica definitoria la actividad: 'Ciencia es el conjunto de proposiciones o enunciados (que se refieren a la naturaleza, acción, causa, origen de algo), *producidos mediante la especulación, deducción, experimentación o generalización*'.⁹² De acuerdo con esto, un conjunto *T* es reconocido como "capítulo de la ciencia", siempre que sea el resultado de un cierto proceso o actividad. La ciencia o, mejor, las teorías que la componen (vamos a considerar a las teorías como las entidades que componen el conocimiento científico o, simplemente, la ciencia) suponen un cierto proceso específico por el cual son creadas. Para que un conjunto de principios, axiomas, enunciados pueda ser llamado "teoría" y forme "parte de la ciencia" es necesario que haya sido realizado mediante la experimentación, deducción, generalización, etcétera, procedimientos reconocidos como "métodos científicos". Los enunciados, opiniones, elucidaciones que no hayan sido producidos mediante estos métodos o procesos no son reconocidos, propiamente hablando, como teorías.⁹³

La relación recíproca en la que se encuentran los significados de 'E' —mencionados en i) y en ii))— nos permite identificar con claridad ciertos objetos: reconocemos como *T* cierto objeto (un conjunto de principios y enunciados), cuando es producido a través de sepeíficos procesos a los que reconocemos como "métodos científicos". Asimismo, esta relación recíproca de los significados de 'E' nos permite identificar, con claridad, una específica actividad: llamaremos 'ciencia' a cierta actividad siempre que dé como resultado un conjunto sistemático de principios y enunciados que describan o expliquen algo. Puede decirse que esta relación recíproca de significados nos proporciona un *test* que permite *verificar* si, efectivamente, una actividad científica es tal, o bien si ciertos objetos (resultado de esta actividad) son teorías o constituyen ciencia. Sin embargo, debemos tener mucho cuidado para no confundir ambos significados, son muy distintos y en ningún sentido equivalentes; afirmaciones acerca de un conjunto de enunciados, no siempre se pueden hacer de la actividad de los científicos, o viceversa. Ahora bien, de acuerdo con la prueba referida, resulta que para que se satisfagan las condiciones "*que gobiernan el uso*" de 'E' es necesario que se den los hechos a que se refieren ambos significados.⁹⁴

⁹² Cfr., 'theory's, *Webster's Third New International Dictionary*, cit., tomo III, p. 2371.

⁹³ Toda vez que existan procedimientos rigurosos estimados como científicos, sus resultados serán "teorías"; constituirán "modelos explicativos", "conocimiento sistemático", "conocimiento científico". No necesariamente tales métodos son los mismos. Puede ser que algunos, en la actualidad, se encuentren completamente desacreditados o que no se consideren científicos en absoluto.

⁹⁴ La satisfacción de este requisito permite eliminar del campo de referencia de 'E': a) la actividad de ciertos hombres que estudian, investigan, analizan o describen algo, que no produce un conjunto *T*, cuyos enunciados expliquen ese algo que

De lo anterior podría razonablemente sostenerse que cuando determinemos:

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

entonces estaremos en condiciones de usar el operador 'E' para todo *algo* (ya sea que éste se denomine 'geografía', 'matemáticas', 'física' o 'química'). En una palabra: si podemos determinar la existencia de tal actividad, entonces hemos satisfecho las condiciones de aplicabilidad que exige el lenguaje ordinario para el uso de la expresión 'ciencia de'.

4. Expresiones ligadas por 'E'

Puede fácilmente observarse que el operador oracional 'E' realiza la misma función en expresiones como 'ciencia de la matemática', 'ciencia de la química' o 'ciencia de la física'. Esto es, el operador 'E' realiza siempre la misma función en expresiones de la forma 'E α ', donde 'E' señala el operador tantas veces referido y la metavariante ' α ' cualquier palabra o expresión (*id est*: 'matemáticas', 'física', 'química') que nombre algo que se estudia, investiga, analiza o describe o bien *el algo* sobre el que versan los enunciados de T.

De ahí que podamos afirmar que las expresiones de la forma 'E α ' nombran, si se satisfacen las condiciones de aplicabilidad de 'E', la actividad de los científicos y sus resultados. 'Ciencia de la matemática' se refiere a la actividad de los matemáticos y al resultado de su actividad; al quehacer de los matemáticos, nada más. 'Ciencia de la física' se refiere a lo que hacen los físicos, en tanto físicos; su actividad y resultados. 'Ciencia de la química', igualmente; etcétera. Si esto es así, resulta que el significado completo de tales expresiones sólo se obtiene al conocer qué significa la expresión que nombra ese *algo* que se investiga, estudia, describe o ese *algo* sobre el que versan los enunciados de T. En este momento cabe decir que, para los propósitos de este trabajo, el problema de las "condiciones que gobiernan el uso" de 'E' se encontraría resuelto. Toca ahora abordar el problema de la ocurrencia de las expresiones ligadas por 'E'.

se estudia, se investiga analiza o describe. Este podría ser el uso del estudio o análisis de un guión cinematográfico, por parte de un actor célebre, y b) el conjunto de enunciados, proposiciones, reflexiones u opiniones que versan sobre algo, no producidos a través de un "método científico". Tal podría ser el caso del conjunto de enunciados de alguna religión que describen la creación del mundo.

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

Si las palabras son simples signos o fonemas convencionales de los cuales nos servimos para nombrar cosas, entonces la diferencia respecto a la ocurrencia propia o impropia en el campo del operador 'E' no puede residir en las palabras *en cuanto tales*. Las palabras del primero como del segundo grupos cumplen exactamente de igual manera su función nominativa. Si no es en las palabras, entonces parece razonable pensar que la diferencia podría encontrarse en *las características de las cosas que tales palabras nombran*. De esto resulta que el *algo* que se estudia, investiga, experimenta, analiza o describe o el *algo sobre* el que versan los enunciados de T, debe poseer ciertas características para que la palabra o expresión que lo nombre ocurra ligada por 'E'. Esto es, el *algo* (que en adelante denominaremos 'objeto', sólo para indicar 'aquello de lo que se habla') debe tener específicas características para anteponer a la palabra o expresión que los nombra el operador oracional 'E'. ¿Cuáles son estas características?

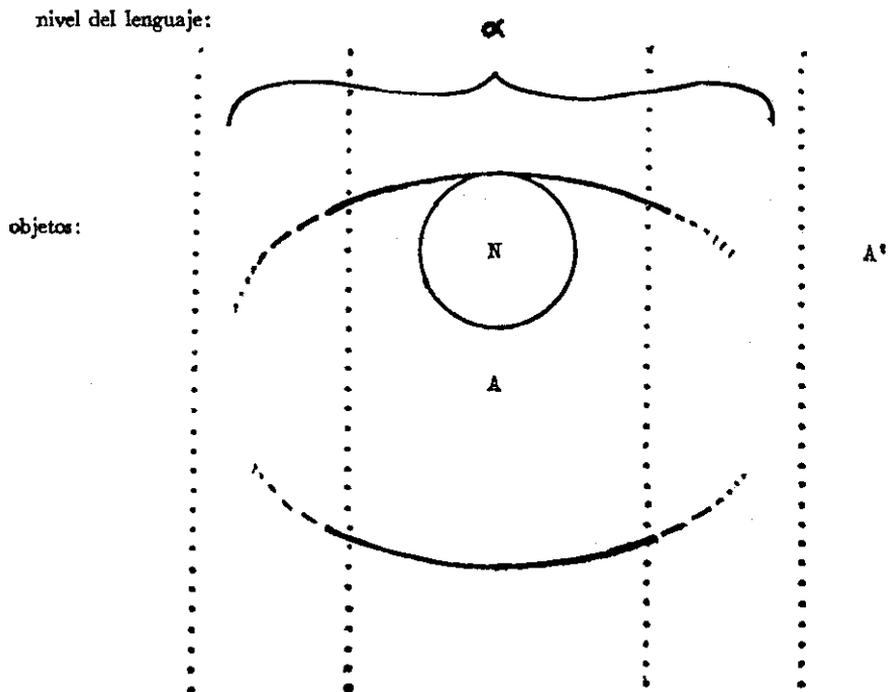
Con el propósito de resolver esta interrogante permítasenos, primero, analizar ciertas características de la palabra 'ciencia' cuyo análisis nos llevará a probar, en alguna medida, que las características que debe poseer un objeto para que la palabra que lo designa ocurra ligada por 'E', dependen, en mucho, de criterios valorativos (que, como tales, son cambiantes y relativos).

5. *Algunas características de la palabra 'ciencia'*

La palabra 'ciencia' participa de muchos de los inconvenientes propios de las palabras que pertenecen al lenguaje ordinario. La palabra 'ciencia' (del latín '*scientia*', de *scire*: conocer) tiene más de un significado. Entre otros, la palabra 'ciencia' (así como la expresión 'ciencia de') se usa, como hemos apuntado, para referirse tanto a la actividad de ciertos hombres

como al conjunto de enunciados o proposiciones que resultan de esa actividad. La ambigüedad no es el único inconveniente del que participa la palabra 'ciencia'; sufre de otro: tiene un significado *vago*.⁹⁵

Una palabra tiene un significado vago cuando no tiene límites definidos de aplicabilidad. Existen objetos a los cuales una palabra se aplica indudablemente (cuando satisfacen claramente criterios ampliamente compartidos). Existen otros objetos a los cuales tal palabra indudablemente no se aplica (cuando dichos objetos no satisfacen tales criterios). Sin embargo, existe un grupo de objetos a los cuales no sabemos propiamente si podemos aplicar dicha palabra, problemas sobre el cual el lenguaje no nos proporciona criterios objetivos de decisión;⁹⁶ dicha aplicación será siempre, más o menos, arbitraria. Esta situación puede fácilmente apreciarse en el siguiente diagrama:



⁹⁵ Cfr., Hospers, J., *An Introduction to Philosophical Analysis*, Englewood, New Jersey, Prentice Hall, Inc., 1961, tomo 1, p. 48.

⁹⁶ Cfr., Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., p. 11.

La palabra 'α' tiene un campo de aplicación: el conjunto de todos los Objetos que son nombrados por 'α', el conjunto A. En el caso de vaguedad 'α' se aplica, sin lugar a dudas, a ciertos objetos que forman el núcleo del campo de aplicación de 'α': el conjunto N. Por otro lado, existen objetos a los cuales, sin lugar a dudas, no se aplica la palabra 'α' (conjunto de todos los objetos que no son nombrados por 'α', el conjunto A'). La vaguedad consiste en que A, y, por consiguiente A' no cuentan con un criterio definido de pertenencia, por lo que existe una gama de objetos —señalados en la parte punteada— en que no sabemos, a ciencia cierta, si son o no entidades de A. Tomemos un ejemplo muy expresivo debido al profesor H. L. A. Hart. La palabra 'calvo' se aplica, sin lugar a dudas, a una persona de lisa y refulgente cabeza. No se aplica a aquél de abundante melena. Pero la cuestión de si una tercera persona con un mechón aquí y otro allá es calvo, puede ser indefinidamente discutida⁹⁷ —especialmente por el afectado—. Forzosamente nos encontramos con una serie de casos en que la aplicación de la palabra 'calvo' será resultado de una *decisión*.

En este orden de ideas, podríamos decir respecto a la palabra 'ciencia' que nadie dudaría en llamar 'ciencia' a los trabajos de Isaac Newton sobre gravitación, o a los de Helmholtz, Max Planck o Heisemberg, sobre causalidad; ni a los trabajos de Poincaré o Einsten, sobre relatividad. Tampoco se dudaría en llamar 'ciencia' a los trabajos de E. Schrödinger, P. Dirac o P. Jourdan sobre la naturaleza y estructura del átomo. Ciertamente, tampoco se dudaría en llamar así a los trabajos de Spencer y Darwin sobre evolución. Pero ¿por qué?

6. La ciencia paradigmática

Habitualmente, cuando dichos estudios, análisis, observaciones, experimentaciones, se producen en el campo de la geometría, de la matemática, de la física, de la química (disciplinas a las cuales nadie dudaría en aplicarles la palabra 'ciencia'), entonces, tales estudios, análisis, observaciones, experimentaciones, etcétera, son propiamente científicos; son considerados "teorías", son parte integrante de la ciencia.⁹⁸ En esta forma, tales estudios, análisis, observaciones, experimentaciones, devienen los prototipos o paradigmas de los objetos científicos y, en consecuencia, constituyen el núcleo de aplicación de la palabra 'ciencia'.

De lo anterior puede fácilmente apreciarse que el uso de la palabra 'ciencia' se encuentra relacionado, de algún modo, con ciertas caracterís-

⁹⁷ Cfr., Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 4.

⁹⁸ Cfr., 'theory', *The New Encyclopaedia Britannica, Micropaedia*, cit., tomo IX, p. 941.

ticas que envuelven a los objetos de la geometría, de la matemática, de la física, de la química, etcétera. Estas características, como veremos, dependen de criterios valorativos propios de la cultura occidental. Cuando dichos criterios, los cuales determinan la *importancia* del objeto, son satisfechos, entonces, la palabra 'ciencia' es claramente aplicada y se antepone a la expresión que nombra aquello que, sin lugar a dudas, reconocemos como científico. Podría decirse que los objetos a que se refieren 'matemática', 'física', 'química'; esto es, la actividad de los matemáticos, físicos, químicos o el conjunto de sus teorías constituyen los objetos paradigmáticos de la ciencia.

¿Qué tanto se puede ampliar la lista de objetos científicos? La lista puede ampliarse, pero hasta un cierto límite; puesto que no todas las cosas del mundo son importantes en el sentido en que lo son la geometría, la matemática, la física o la química; ni todos los objetos importantes, por otro lado, son susceptibles de ser abordados por los "métodos científicos", es decir, por los métodos *propios de la geometría, de la matemática, de la física*.

Un objeto que por ciertas circunstancias (tensión social, interés económico, catástrofe, moda, etcétera) es considerado por la comunidad como problema importante (socialmente relevante —aunque fuera sólo por prestigio político—), puede ser estimado *importante* para la *ciencia*, por parte de la comunidad científica. Es fácil apreciar que la decisión sobre la importancia de un objeto descansará en consideraciones más o menos arbitrarias. La importancia social, política o económica, no son necesariamente suficientes para que un objeto adquiera la relevancia científica. Para que sea científicamente relevante es necesario que sea susceptible de abordarse con "métodos científicos".⁹⁹

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

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

⁹⁹ Cuando la comunidad científica goza de un prestigio tal y de condiciones sociales favorables puede determinar, sin más, la importancia de un objeto, imponiendo tal criterio a los dirigentes —en caso de no serlo ellos— y a los miembros de la comunidad.

los métodos paradigmáticos? Los criterios de *similitud* dependerán también de pautas valorativas en vigor.

La semejanza, mayor o menor, con los métodos de las ciencias paradigmáticas y, en última instancia, con ellas, mismas, será el criterio decisivo para determinar el campo de lo científico, así como el de la adquisición de nuevos dominios de la ciencia. La adquisición de la química al campo de la ciencia se debió, además de la importancia de su objeto, al hecho de la semejanza de los *métodos* de los químicos con los de los físicos; la adquisición de la bioquímica se debió, además de la importancia de los objetos, a la posibilidad de abordarlos con métodos semejantes a los de los químicos. Dicha extensión empieza a ser dudosa en los campos que exceden una clara semejanza. La duda aparece en los casos de la sociología,¹⁰⁰ psicología,¹⁰¹ jurisprudencia,¹⁰² y ética.¹⁰³ Esto se debe al hecho de que los métodos de tales disciplinas no siempre satisfacen los criterios de similitud que los asemejan a los métodos de las ciencias paradigmáticas.

7. Los métodos científicos

Hemos indicado que 'E' se refiere a una actividad intelectual de ciertas características: el dominio de la especulación o investigación en que los "científicos" analizan, elucidan, observan, experimentan, describen *algo* con el propósito de producir modelos explicativos. De acuerdo con esto, un conjunto T es reconocido como formando parte de la ciencia, siempre que sea el resultado de la experimentación, generalización, deducción, esto es, *siempre que haya sido producido mediante procedimientos reconocidos* como "métodos científicos". Pero ¿cómo reconocer los rasgos propios de los métodos científicos?

Parafraseando a Max Black, contestaríamos esta cuestión diciendo que ni la deducción, ni la observación, ni la generalización, ni la medición, ni la utilización de instrumentos, ni todos estos elementos juntos, pueden ser tenidos como rasgos esenciales de la actividad conocida como 'métodos científicos'.¹⁰⁴ En efecto, se pueden encontrar ramas reconocidas indudablemente como científicas, en donde no aparecen estas características o donde apenas se dibujan. En el caso de la astronomía o de la astrofísica

¹⁰⁰ Por ejemplo, 'teoría organicista', 'teoría de la lucha de clases', 'teoría de los tipos de dominación'.

¹⁰¹ *Verbi gratia*: 'teoría del super ego', 'teoría de la persona o de los arquetipos'.

¹⁰² Por ejemplo, 'teoría de la acción', 'teoría de los derechos adquiridos', 'teoría del delito'.

¹⁰³ *Verbi gratia*: 'teoría de los performativos', 'teoría de los deberes *prima facie*'.

¹⁰⁴ *Cfr.*, Black, M., *Problems of Analysis*, London, Routledge and Kegan, 1954. p. 13.

(a las cuales nadie duda en aplicarles la palabra 'ciencia'), sus métodos no son, propiamente, de experimentación; la matemática (a la que indudablemente se le aplica el término 'ciencia') no hace observaciones; la geometría (a la que, igualmente, nadie duda en aplicar la palabra 'ciencia') no es en ningún sentido descriptiva; la biología (a la que, como a las otras disciplinas, se le aplica el término 'ciencia') no hace generalizaciones abstractas. Los caracteres mencionados no son entonces, necesarios ni suficientes; pero al estar presentes, en mayor o menor grado, contribuyen a caracterizar algo como 'método científico'.¹⁰⁵

La presencia de todas esas características permite reconocer como científicas ciertas actividades. La presencia de algunas de tales características rige los criterios de similitud con respecto a objetos científicamente relevantes y sus respectivas disciplinas. La desaparición de algunas de estas características no quitaría a cierto método el carácter de científico. Sólo la desaparición de todas, o de casi todas, quitaría a cierta actividad intelectual el carácter de científica.¹⁰⁶ Este sería el límite de la extensión por similitud.

8. *La definición y el ideal de ciencia*

La imposibilidad de encontrar propiedades que sean comunes a todos los métodos de las ciencias, impide que tengamos criterios objetivos decisivos que nos sirvan para identificar de manera *definitiva* los métodos de la actividad científica. Esta línea de pensamiento nos obliga a abandonar la búsqueda de un conjunto de características inmutables e intemporales (pertenecientes a un ideal de ciencia), en favor de ciertos criterios interactuantes —tal y como hicimos con el derecho—. Parece que el único camino fecundo es el señalado por Black: indicar el conjunto de características que sin ser necesarias ni suficientes, individualmente consideradas, sean relevantes para la identificación de los métodos científicos.¹⁰⁷ Ahora bien, una vez eliminada la búsqueda de criterios intemporales e inmutables no queda más que determinar, en los casos de las actividades ubicadas en las zonas de penumbra, qué características tienen en común sus métodos con los de aquellas ciencias que se encuentran incluidas en el núcleo del término y señalar cuáles son sus características distintivas. Ahí donde encontremos un conjunto de características que generalmente aparezcan como distintivas de las actividades científicas, podremos aplicar los términos 'ciencia', 'científico' o 'teoría'.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Cfr., Black, M., *Problems of Analysis*, cit., p. 13.

¹⁰⁶ Cfr., Black, M., *Problems of Analysis*, cit., p. 13.

¹⁰⁷ Cfr., Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., p. 12.

¹⁰⁸ Cfr., Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., p. 12.

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

Detengámonos a ver cuál es la noción clásica de ciencia. A este respecto vamos a seguir el atractivo esquema de P. Stein,¹⁰⁹ el cual abrevia la documentada y erudita explicación de Giorgio La Pira sobre este particular.¹¹⁰ Este esquema, por su claridad y brevedad, encaja muy bien para los propósitos de nuestro estudio. En el libro I de la *Metafísica*, Aristóteles señala las diferentes etapas por las cuales el conocimiento puede ser adquirido.¹¹¹ Se comienza por acumular experiencias (*εμπειρια*) por las que se recuerda lo que ha sido repetidamente observado.¹¹² De la etapa de la experiencia se pasa a la etapa de la *ciencia* (*τηχνη*) el encontrar el elemento común en los casos particulares que han sido observados.¹¹³ Saber que cuando Callias estaba enfermo un cierto remedio lo mejoró y que hizo lo mismo con Sócrates y otros, es una cuestión de experiencia. Saber que para todo hombre de una clase dada, que sufre de una cierta enfermedad, un cierto remedio es efectivo, es una cuestión de ciencia. El conocimiento científico difiere del conocimiento práctico, ganado mediante experiencia, en que aquél incluye un entendimiento de las causas. Los prácticos que han aprendido por experiencia saben lo que se debe hacer; pero no saben por qué. Los científicos conocen no sólo los hechos sino también sus causas.¹¹⁴ Esto es por lo que sólo los científicos pueden realmente enseñar, puesto que enseñar presupone un conocimiento de los principios.¹¹⁵ El paso clave en la transición de la experiencia a la ciencia es el descubrimiento del elemento común que une los casos particulares que han sido observados. Este paso de lo particular a lo universal es *επαγωγη*, el método por el cual se alcanzan los primeros principios.¹¹⁶ Cuando los primeros principios de la ciencia han sido descubiertos, éstos tienen que ser formulados en proposiciones; éstas son de tres tipos: a) axiomas (proposiciones autoevidentes); b) definiciones

¹⁰⁹ "Regulae Iuris", *From Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., pp. 34-36.

¹¹⁰ La Pira, G., "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo", cit., pp. 325-340.

¹¹¹ *Cfr.*, *Met.*, I, 1, 4.

¹¹² *Met.*, I, 1, 5.

¹¹³ *Met.*, I, 1, 11.

¹¹⁴ *Met.*, I, 1, 8.

¹¹⁵ *Cfr.*, *Top.* I, 12, 105a. 14; *Post. Anal.*, 2, 19, 100a-b.

(*ῥισμοί*), y c) hipótesis¹¹⁶ (las hipótesis de Aristóteles corresponden *mutatis mutandi* a los postulados en Euclides). Estos elementos fundamentales proveen a la ciencia de sus mínimos presupuestos. Sólo cuando este primer paso en la construcción de la ciencia ha sido completado, es decir, cuando los principios fundamentales han sido descubiertos y establecidos en proposiciones, entonces la *deducción* es posible. El procedimiento de deducción de enunciados son los silogismos. Finalmente, la ciencia tiene que presentarse sistemáticamente y así los materiales obtenidos en estos dos procesos (establecimiento de principios y deducción de enunciados) tienen que ser organizados de acuerdo a su género y especie.¹¹⁷ Este esquema de ciencia, conjunto sistemático de principios y enunciados (los cuales *se deducen* de los primeros) que versan sobre algo, es lo que llamamos 'conjunto T'.

La concepción clásica de ciencia (concepción ampliamente compartida) encuentra en el sistema geométrico de Euclides el paradigma del ideal científico.¹¹⁸ Dentro de esta concepción de ciencia, "teoría", expresión que nombra una parte de la ciencia, señala un objeto que se caracteriza como un sistema de principios: axiomas y postulados (un conjunto de premisas) de las cuales las 'leyes empíricas' son deducidas como teoremas, leyes, susceptibles de verificación. Así, se pretende que las teorías tengan una forma lógica, con axiomas, reglas de formación, reglas de inferencia, etcétera.¹¹⁹ Ciertamente la propia geometría, la matemática, la física, no corresponden, ni con mucho, a la concepción clásica de ciencia e, inclusive, en relación a su formalización lógica, muy pocas teorías son estructuradas cuidadosamente. La concepción moderna de ciencia (en sentido técnico) debe su origen, precisamente, al hecho de que los desarrollos de la ciencia (*id est*: el nacimiento de la ciencia empírica, las geometrías no euclidianas, la mecánica del *quantum*, la lógica matemática, etcétera) son incompatibles con las exigencias de la concepción clásica de ciencia.¹²⁰ Sin embargo, los usos del lenguaje (las actitudes y valoraciones que supone) se encuentran ligadas al ideal clásico de ciencia (aún enormemente difundida y ampliamente aceptada), más coincidente con una visión *inmediata del mundo*¹²¹

¹¹⁶ *Post. Anal.*, I, 2, 72a.

¹¹⁷ *Top.*, 4, 1, 120b.

¹¹⁸ *Cfr.*, Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 85. Para una noción clara y sencilla de "ciencia" en Euclides, véase: La Pira, G., "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo", cit., pp. 321-324; Enriques, *Gli elementi di Euclide e la critica antica e moderna*, Bologna, 1925, pp. 30-32.

¹¹⁹ *Cfr.*, 'theory' *The New Encyclopaedia Britannica, Micropaedia*, cit., tomo IX, p. 942.

¹²⁰ *Cfr.*, Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 82.

¹²¹ *Cfr.*, Cassirer, E., *Substance and Function and Einstein's Theory of Relativity*, New York, Dover Publications, 1953, capítulo I.

Resumiendo lo anterior podríamos establecer que, para que un objeto sea científicamente relevante requerirá: a) que sea *importante* de acuerdo con el criterio establecido, en última instancia, por la comunidad científica, y b) que los métodos que lo aborden presenten alguna *similitud* (según el criterio de la comunidad científica) con los métodos propios de las ciencias paradigmáticas.

9. *Carácter elogioso que implica 'E'*

El criterio establecido en el cuadro anterior será combatido apasionadamente por muchas personas, en virtud de que la palabra 'ciencia' (como las íntimamente relacionadas con ella, tales como, 'científico', 'cientificidad', 'teórico') tienen un marcado *significado emotivo* que determina en muchas ocasiones un uso impropio. En efecto, la aplicación de la palabra 'ciencia' y, en consecuencia, el de las palabras 'científico' o 'teoría', origina una reacción favorable.

Las actividades a las cuales se aplican estos nombres son estimadas como valiosas. Cualquier cosa que sea lo que las palabras 'ciencia', 'científico', 'teoría', designen, supone respeto y consideración.¹²² Las actividades que entran en el núcleo del campo de aplicación de la palabra 'ciencia —aunque no se sepa nada de ellas— son objeto de admiración y reverencia. Tal peculiaridad hace que se intente aplicar la palabra 'ciencia' a cualquiera otra actividad. En ocasiones, la palabra 'ciencia' se pretende aplicar o se aplica a ciertos estudios, análisis o reflexiones con la perspectiva de adscribirles importancia y respeto, como lo son los objetos de la ciencia en sentido estricto. Es usual, que a ciertas actividades de moda se les trate de aplicar la palabra 'teoría' o, incluso, la palabra 'ciencia', así, por ejemplo, 'teoría de la comunicación', 'ciencia de la administración', etcétera.

Teniendo en cuenta este significado emotivo de las palabras 'ciencia', 'científico' o 'teoría', es fácil imaginar que las decisiones sobre el carácter científico de una actividad no se limitan a meras disertaciones académicas sino que, en ocasiones, encubren una discrepancia sobre la trascendencia y utilidad de esa actividad, así como sobre la posición social de los que la ejercen.¹²³

Esta situación no prejuzga o no debiera hacerlo sobre el rigor, disciplina y esfuerzo que suponen ciertas actividades. Un músico, por ejemplo, tiene que trabajar y estudiar intensamente para entender, comprender y ejecutar. Igualmente un pintor, un poeta o un literato. Muchas activida-

¹²² Cfr., Black, M., *Problems of Analysis*, cit., p. 5.

¹²³ Cfr., Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., p. 13. No hay que extrañarse, señala el propio Nino, de las reacciones que provocó von Kirchman entre los juristas con su artículo: "La jurisprudencia no es ciencia".

des ubicadas bajo el rubro de 'letras' suponen extraordinario trabajo y disciplina (*id est*: filología, literatura, historia). Sólo un desconocimiento absoluto de estas actividades llevaría a sostener lo contrario. Con la expresión 'ciencia', por otro lado, muchas veces se encubre una actividad bastante rutinaria de los "científicos".

Existen razones que explican el origen de esa significación emotiva de la palabra 'ciencia' y de las expresiones con ella relacionadas. La ciencia ha constituido (según valores propios de la cultura occidental) una epopeya de la humanidad. La historia de la ciencia ha sido, en cierta forma, una historia del éxito. Sus triunfos han representado un acumulativo incremento del conocimiento y, correlativamente, una constante secuencia de victorias sobre la "ignorancia" y la "superstición". Por otro lado, la ciencia ha proporcionado los elementos básicos para el desarrollo tecnológico y las invenciones, las cuales han procurado un mayor bienestar para la humanidad.¹²⁴

Estas líneas bastan para explicar, en buena parte, los factores que originan el significado emotivo de la palabra 'ciencia', así como de las expresiones con ella relacionadas. Como es fácil imaginarse, la idea de aplicar la palabra 'ciencia' o expresiones relacionadas ('científico', 'teoría') depende del grado en que hayan participado estas actividades en las "conquistas" tecnológicas y en la "emancipación del conocimiento humano de las supersticiones antiguas". En esta forma se explica que, justamente, sean la geometría, la matemática, las ciencias paradigmáticas, ya que fueron ellas las promotoras de esa epopeya del conocimiento. Piénsese simplemente en el advenimiento de la fisiología jonia o en la mecánica de Demócrito.

10. *La definición persuasiva de 'ciencia'*

El significado emotivo contenido en el término 'ciencia' hace que toda caracterización de 'ciencia', 'científico', 'teoría', así como de los objetos que tales palabras nombran se establezca mediante 'definiciones persuasivas'.¹²⁵

A este respecto afirma Max Black que toda tentativa de definir el método científico es una búsqueda de una definición persuasiva,¹²⁶ en vista de que el término 'ciencia' (y todos aquellos con él relacionados) no tienen una aplicación definida y unívoca. Cuando se quiere condecorar a una deter-

¹²⁴ Cfr., 'Science', *history of, The New Encyclopaedia Britannica, Macropaedia*, cit., tomo 16, pp. 366-375.

¹²⁵ Cfr., Stevenson, C. L., *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press, 1960, capítulo IX; Hospers, J., *An Introduction to Philosophical Analysis*, cit., p. 29.

¹²⁶ Una definición persuasiva es siempre más o menos tramposa. Se mantiene o se utiliza el significado emotivo de una palabra aludiendo a las características que ese significado implica pero cambiando el objeto al que se aplica. De esa forma se dirigen las reacciones favorables hacia un nuevo objeto.

minada actividad con un nombre honroso, cuando se desea que ciertos objetos sean dignos de veneración o cuando se quiera incrementar el prestigio social de quienes la realizan, entonces, se intenta, a toda costa, aplicarles los términos 'ciencia', 'científico' o 'teoría'. Esto se logra dando una definición *ad hoc* de 'ciencia' o de 'teoría', de manera que comprenda dentro de su significado cierta actividad.

Podemos concluir este apartado establecido, de acuerdo con lo anterior, que para que 'α' ocurra propiamente en 'E', se requiere:

- (4) que el objeto nombrado por 'α' sea *científica o teóricamente relevante*. Lo cual supone:
 - a) que el objeto sea importante de acuerdo con el criterio establecido por la comunidad científica;
 - b) que se satisfaga el criterio de similitud establecido con la presencia de criterios interactuantes sobre el método científico, y
- (5) que satisfaga el criterio eligioso de 'ciencia' de forma que signifique un incremento en el campo del conocimiento y un cambio de concepción de las cosas.

¿Qué tanto se pueden aplicar estas consideraciones a 'ciencia del derecho'?
¿es posible sustituir el valor de 'α' por 'derecho' en la fórmula 'E'?

11. La función de 'E' en 'ciencia del derecho'

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

- iii) que existen ciertos hombres denominados 'juristas' que se ocupan del estudio, análisis, investigación o descripción de algo; donde dicho *algo* es señalado por la palabra 'derecho', y
- iv) que existe un conjunto de enunciados (un conjunto T), resultado de la labor de los juristas, los cuales versan sobre *algo*; donde, de igual manera, ese *algo* es señalado por la palabra 'derecho'. De acuerdo con lo anterior resultaría que cuando determinemos:
 - (6) la existencia de una cierta actividad por la cual los *juristas* (como quiera que se les denomine) estudian, investigan, analizan o describen *derecho*;
 - (7) la existencia de un conjunto de enunciados (un conjunto T) que versen sobre el *derecho*, y

(8) que el conjunto de enunciados mencionados en (7) sean resultado de la actividad de los juristas nombrados en (6);

entonces hemos satisfecho las condiciones para el uso del operador 'E' en la expresión 'ciencia del derecho', al menos tanto como se satisfacen, si es el caso, para las expresiones 'ciencia de las matemáticas' o 'ciencia de la física'.

Por lo que se refiere a (6) existe suficiente evidencia "...*hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus*".¹²⁷ "*Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno prasset privatis*".¹²⁸ "*Ita in civitate nostra aut iure id est... quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit...*"¹²⁹ para afirmar que desde la *interpretatio prudentium* han existido individuos (los *pontifices* y —más tarde— los *jurisconsulti*) que se han dedicado "profesionalmente" al estudio y práctica del derecho. Sobre este particular y teniendo en cuenta la extensión de este trabajo, ya hemos visto suficiente.¹³⁰

Pero, ¿qué podemos decir en cuanto a (7)? ¿Consiguió la jurisprudencia alcanzar un nivel análogo al que en Grecia habían logrado los sistematizadores de otras disciplinas (*id est*: Aristóteles: la lógica, la retórica, la metafísica; Euclides: la geometría, y los gramáticos la *tecne grammatike*)?¹³¹

12. Geometría y jurisprudencia

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

Leibniz

Cuando se estudia la jurisprudencia del último siglo de la República uno se maravilla al observar el paso casi repentino de una fase en que la

¹²⁷ D. 1, 2, 2, 5.

¹²⁸ D. 1, 2, 2, 6.

¹²⁹ D. 1, 2, 2, 12; *cfr.*, D. 1, 2, 2, 13; Cicerón, *Brutus*, 42, 156.

¹³⁰ *Cfr.*, La Pira, G., "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Problemi generali", *Studi in onore di F. Virgili*, Siena, 1936; Mitteis, L., "Storia del diritto antico e studio del diritto romano", *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, vol. XII, 1929; Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, cit. pp. 5-98; *id.*, *Principles of Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1936, pp. 6-39; Nocera, G., "Jurisprudencia". *Per una storia del pensiero giuridico romano*. Roma, Bulzoni Editore, 1973; Bretone, M., *Technique e ideologie di giuristi romani*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1971, pp. 5-7 y 163-180.

¹³¹ *Cfr.*, La Pira, G., "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'arte sistematrice", cit., pp. 337 y ss.

jurisprudencia aparece cautelara y práctica a una en que, por el contrario, se encuentra reducida a un sistema.¹³² Pero ¿cómo surge, y sobre qué fundamentos, el sistema en la jurisprudencia?

Quien observa la estructura lógica de los escritos de los juristas romanos y la compara con la de los geómetras griegos se percatara de la verdad del paralelismo que Leibniz¹³³ —de quien nadie dudará conocía la “ciencia clásica”— encuentra entre ambos.¹³⁴ Los juristas romanos tomaron de los griegos el modelo de ciencia “*sint ista graecorum, quamquam ab iis philosophiam et omnes ingenuas disciplinas habemus, sed tamen est aliquid, quod nobis non liceat, liceat illis*”;¹³⁵ pero el material se mantuvo romano. La jurisprudencia se había desarrollado lo suficiente para no ser sobrepasada por la influencia griega. Con la impresión de la “ciencia clásica” los juristas romanos se lanzaron al descubrimiento de los principios propios del derecho romano.¹³⁶

La exposición precedente nos indica que por ‘*scientia*’ en el mundo cultural romano del último siglo de la República se entiende, primeramente, la organización sistemática de una disciplina realizada mediante la *divisio* por *genera* y *partes*; en segundo lugar, el fundamento y constitución del saber mediante la aplicación de los dos métodos usados por los lógicos y geómetras: la observación de lo singular y de la empiria que permite la obtención de principios y el mecanismo de deducción que, de los propios principios, permite también la obtención de nuevos enunciados.¹³⁷

Para hacer pasar la jurisprudencia de la fase empírica a la de la ciencia era necesario construirla de conformidad al único modelo de ciencia de que se disponía. Para ello los juristas debieron afrontar los tres problemas fundamentales que ofrece la construcción de cualquier ciencia (geometría, retórica, gramática): *a*) búsqueda y establecimiento de los principios fundamentales (axiomas, definiciones, postulados); *b*) deducción de enunciados a partir de los principios establecidos; y *c*) sistematización y ordenación del material. Así el método de la ciencia griega, el método se-

¹³² Cfr., La Pira, G., “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L’arte sistematrice”, cit., p. 336.

¹³³ Loc. cit., epist. 1; cfr., epist. 15.

¹³⁴ Loc. cit., epist. 1; cfr., epist. 15.

¹³⁵ Cfr., La Pira, G., “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo”, cit., p. 321.

¹³⁶ Cicerón, *De finibus*, 2, 21, 68.

¹³⁷ En lo que sigue de la exposición —salvo mención expresa, vamos a seguir muy de cerca la erudita explicación de Giorgio La Pira: “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo”, cit.; y “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifiche”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, vol. 44, Roma, 1936-37.

¹³⁸ Cfr., La Pira, G., “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il concetto di scienze e gli strumenti della costruzione scientifiche”, cit., pp. 132-133.

vero y admirable del geómetra y de lógico, vendrían a fundamentar el nuevo edificio de la jurisprudencia romana.

En lo que al establecimiento de los principios se refiere, cabe señalar que, según el modelo "clásico", toda ciencia se funda en sus propios principios. Para construirla es necesario encontrarlos y formularlos. Consecuentemente la jurisprudencia necesita de sus principios: de sus definiciones y de sus *regulae* (las *regulae* realizan, en el caso de la jurisprudencia el mismo papel que desempeñan los axiomas en el caso de la geometría y de la lógica).¹³⁸

Ahora se comprende por qué Q. Mucio Scaevola —iniciador de esta transformación de la jurisprudencia— sintió la necesidad de escribir un *liber opti* y por qué en todos sus escritos concede bastante lugar a la enunciación de definiciones y reglas. Para construir una ciencia del derecho necesitaba, primero que nada, crear —mediante definiciones y *regulae*— sus fundamentos.¹³⁹

En cuanto a la deducción de enunciados —proposiciones normativas— los escritos de Q. Mucio Scaevola también nos proporcionan ejemplos. Estas proposiciones normativas son obtenidas a partir de las reglas y de las definiciones. El mecanismo de esta operación es el silogismo. En el caso de que Cayo robe ciertos bienes a Fabio y que Livio, a su vez, los robe a Cayo (premisa menor), ¿a quién corresponde la *actio furti*? Partiendo del principio de que ésta corresponde a aquel "*cuius interest id quod subreptum est salvum esse*"¹⁴⁰ (premisa mayor) y, como en el caso, éste es el primer despojado, entonces la *actio furti* corresponde a este último (conclusión).

Que los juristas realmente deduzcan proposiciones normativas a partir de principios (definiciones y *regulae*) o que los científicos efectivamente infieran leyes o enunciados a partir de axiomas y postulados o que simplemente "arreglen" su material en esa forma para "reforzar" su validez, es un problema muy importante de la ideología de la ciencia jurídica (y de la ciencia en general), el cual tenemos que pasar por alto en razón de las limitaciones de espacio propias de este trabajo.¹⁴¹

¹³⁸ La búsqueda de principios ha sido designada 'jurisprudencia de reglas' [*die Regularjurisprudenz*], por ejemplo, Joers, P., *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, 1888, pp. 283 y ss.] denominación seguida por varios autores. Esta denominación es poco feliz pues 'regla', como hemos visto, significa simplemente 'principio'. Cfr., Schulz F., *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 66-67. D. 50, 17, 1, dice: "*Regula est quae rem quae est breviter enarrat... per regulam agitur brevis rerum narratio traditur*". Con objeto de apreciar la función de las *regulae*, Schulz recomienda comparar el pasaje citado del *Digesto* con *Anal. post.*, II, 7, 92b 26; Cfr., Stein, P., "*Regulae iuris*". *From Juristic Rules to Legal Maxims*, cit.

¹³⁹ Véanse, por ejemplo: D. 41. 1, 64; 50. 17, 73; 50, 17, 73, 3-4; 43, 20, 8; 60. 16, 241.

¹⁴⁰ D. 47, 2, 77.

¹⁴¹ Sobre este particular, véanse: Black, M., *Problems of Analysis*, cit., Ross, A., *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1974, pp. 75 y ss. y

El método de sistematización en género y especies practicado en las escuelas aristotélicas y estoicas fue muy conocido de los juristas romanos. M. Manilius, Q. Mucio Scaevola (*augur*), P. Rutilo Rufo, Q. Aelio Tubero y Q. Mucio Scaevola (*pontifex*) pertenecieron al grupo de Scipio el joven y de Panaetio.¹⁴² En cuanto a la sistematización de la jurisprudencia llevada a cabo por Q. Mucio Scaevola también disponemos de indiscutibles testimonios. Esta sistematización sigue el método "clásico" de dividir en *genera, species y partes*: "...*ius civile primus constituit generatim*".¹⁴³ "*Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit... quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit...*".¹⁴⁴ "*Ex his apparet quot sint species tutelarum... quidam quinque genera esse dixerunt ut Q. Mucius*".¹⁴⁵

Que los libros de Q. Mucio Scaevola no existan más que fragmentariamente es otro problema; igualmente lo es el hecho de que a Cicerón la *divisio in genera* de Q. Mucio Scaevola le parezca deficiente¹⁴⁶ o que prefiera las clasificaciones de Servio Sulpicio Rufo. En realidad la sistematización de la jurisprudencia no fue obra de un día y, como apunta La Pira, todo lo que se pueda decir de Q. Mucio Scaevola debe decirse de Servio Sulpicio Rufo y de todos los grandes juristas de ese periodo.

El triple compuesto que participa en la creación de la ciencia de la jurisprudencia: a) búsqueda y establecimiento de los principios (definiciones y *regulae*); b) deducción de proposiciones normativas (*responsa*) en base a esos principios, y c) sistematización del material (*divisio per genera, species y partes*) dio a la jurisprudencia romana del último siglo de la República una estructura verdaderamente armónica por su logicidad y sistematización. Estas tres operaciones que reclama la construcción de la ciencia según su modelo "clásico" son con las que, como elegantemente afirma Giorgio La Pira, "*logici, geometri e giuristi hanno saputo creare sistemi scientifici di imperatura bellezza*".¹⁴⁷

Volviendo al problema de las condiciones de aplicabilidad de 'E' en el caso de 'ciencia del derecho' podemos decir que los anteriores párrafos nos

108 y ss.; Schiavone, A., *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1971; Vannuchi, F., *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973; Tamayo y Salmorán, R., "Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica (con especial referencia a la interpretación constitucional)", *La interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 139-144.

¹⁴² Cfr., Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, cit., p. 63.

¹⁴³ D. 1, 2, 2, 41.

¹⁴⁴ D. 41, 2, 3, 21-23.

¹⁴⁵ Gaius, *Institutas*, I, 188.

¹⁴⁶ Cicerón, *Brutus*, 152.

¹⁴⁷ "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo", cit., p. 348.

proporcionan suficiente evidencia para señalar que, además de (6), las condiciones (7) y (8) se encuentran satisfechas toda vez que la jurisprudencia se estructura como un conjunto T, en donde los enunciados (proposiciones normativas) son deducidos *more sylogistico* de los principios (definiciones y *regulae*), conjunto T, que es resultado de la *interpretatio* de los juristas. Resta el problema de saber si la expresión 'derecho' ocurre propiamente en el campo del operador 'E'.

13. *La vocación romana por el derecho*¹⁴⁸

De acuerdo con lo requerido en (4) y (5) podríamos señalar que la expresión 'derecho' ocurre propiamente en el campo de 'E', cuando:

(9) el objeto de la jurisprudencia (interpretación —conocimiento, "descripción", reformulación, sistematización— del derecho) sea científicamente relevante en el sentido siguiente:

- a) ser importante de acuerdo con el criterio establecido por la comunidad (en última instancia por la comunidad "científica");
- b) tener métodos similares a los del modelo paradigmático de ciencia, y

(10) la jurisprudencia signifique un incremento en el conocimiento y presente un cambio en la concepción de las cosas.

En cuanto al primer requisito de (9), ¿no sería suficiente con enumerar las obras de los grandes jurisconsultos? ¿No es bastante prueba que el derecho haya sido en Roma objeto de constante atención? No queremos insistir sobre este particular,¹⁴⁹ simplemente señalaremos algunas muestras de lo que el derecho significó en la sociedad romana.¹⁵⁰

Como quiera que haya ocurrido y cualesquiera que hayan sido sus causas, los romanos supieron más sobre su derecho que cualquier individuo del

¹⁴⁸ El título de este apartado fue sugerido por la lectura de Declareueil, J., *Rome et l'organisation du droit*, París, La Renaissance du Livre, 1924 (L'évolution de l'humanité XIX), quien lo usa en su primer capítulo.

¹⁴⁹ Al respecto pueden consultarse: Kunkel, W., *Historia del derecho romano*, cit.; Arangio-Ruiz, V., *Storia del diritto romano*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1968, pp. 121-133; Jolowicz, H. F. y Nicholas, B., *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972, pp. 191-256; Bretone, M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, cit.; Bonfante, P., *Storia del diritto romano*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1958, tomo 1; Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, cit.

¹⁵⁰ Sobre este tema, véase: Crook, J. A., *Law and Life of Rome*, London, Thames and Hudson, 1967; Watson, A., *The Law of Ancient Romans*, Dallas, Southern Methodist University Press, 1970.

suyo en cualquier tiempo y lugar. Por razones relacionadas con la vida pública el romano se encontraba en conexión, más o menos, estrecha con los problemas de aplicación del derecho. La educación normal suponía el conocimiento de las *leges* e incluía retórica forense.¹⁵¹ En tal virtud la conversación y terminología jurídicas son más frecuentes y se sienten “más en casa” en la literatura romana que en cualquier otra. El corolario de eso es que muchos pasajes de las letras latinas necesitan de un conocimiento del derecho para su comprensión.¹⁵² Era parte de la idiosincrasia romana sentirse parte de la actividad jurídica, actuando como juez, árbitro, jurado, testigo. Para ser buen romano Juvenal recomienda: “. . . sé buen soldado, buen *tutor*, honesto *árbitro*, *imperfuro testigo*. . .”.¹⁵³

A la pregunta *¿vir bonus est quis?* Horacio responde: el hombre bueno es aquel que: “cumple las disposiciones del senado, las leyes y el derecho, ante quien son llevados a juicio cantidad de litigios, el que cuando es garantía la cosa está segura, cuando es testigo, el juicio está apoyado”.¹⁵⁴

Esta omnipresencia del derecho en la vida del romano hace decir a Plinio:

He comparecido mucho en tribunales,
he sido frecuentemente juez.
He estado a menudo entre los consejeros de los jurados.¹⁵⁵

No debemos olvidar que detrás de las funciones de los jueces, magistrados, litigantes, árbitros, jurados y abogados se encontraba la jurisprudencia cautelar y *judicial* de los *jurisconsulti*.¹⁵⁶ Esta atmósfera jurídica que retrata la literatura latina sirve para mostrar la importancia que el derecho y la jurisprudencia alcanzaron en Roma.

En cuanto al segundo requisito de (9) no tenemos nada que agregar.

¹⁵¹ Cfr., Cicerón, *De Orat.*, I, 57, 244.

¹⁵² Cfr., Crook, J. A., *Law and Life of Rome*, cit., p. 8.

¹⁵³ *Satires*, VIII, 79. Las cursivas son nuestras.

¹⁵⁴ *Epistles*, I, XVI, 42: “*qui consulta patrum, qui leges iuraque servat quo multae magnaue secantur iudice lites, quo res sponsore et quo causae teste tenentur*”. En la traducción de este pasaje nos hemos atenido a la versión de Crook, J. A., *Law and Life of Rome*, cit. Sobre el mismo, véase también: Kelly, J. M., *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, Oxford University Press, 1976, pp. 132-133.

¹⁵⁵ *Ep.*, I, 20, 12.

¹⁵⁶ Sobre las expresiones: ‘jurisprudencia cautelar’ y ‘jurisprudencia judicial’, véase: Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, cit., p. 19.

14. *La herencia de Roma*

Por ella nuestro pensamiento jurídico, nuestro método, nuestra forma de intuición, toda nuestra educación jurídica ha llegado a ser romana.

Von Ihering

No nos resta más que referirnos a (10). Sobre el particular cabría decir que si la cultura occidental es como es, en gran medida lo debe a Roma y a su derecho. Sin lugar a dudas sus normas, sus instituciones y su jurisprudencia se convirtieron en el fundamento del derecho moderno.¹⁵⁷ Entre las naciones modernas no existe casi ninguna cuyo arsenal jurídico no se encuentre abundantemente proveído de derecho romano.¹⁵⁸ La jurisprudencia moderna especialmente *the Continental Civil Law* es una 'ciencia que no obstante grandes diferencias usa, en gran medida, los mismos conceptos basados en las normas e instituciones romanas y explicables sólo con referencia a ellas'.¹⁵⁹

Después de Roma, de su administración, de su Imperio, quedó su derecho: "*elle légua au monde un corps de droit et jurisprudence sur lequel . . . l'humanité a vécu, un corps . . . de doctrines et de cadres rationnels pour presque tous les moments et pour beacoup d'aspects de la vie sociale*".¹⁶⁰ Esas doctrinas, esos esquemas, no son otros que las doctrinas y esquemas de la jurisprudencia romana, cuyo primer gran sistematizador —de que tengamos noticia— fue Q. Mucio Scaevola.

En cuanto a sus orígenes, en realidad el derecho romano no fue muy diferente del de las civilizaciones que le precedieron. La gran diferencia, el punto de partida hacia una nueva concepción de las cosas, fue el surgimiento de lo que el profesor P. Stein llama '*juristic-law and the scientific revolution*'.¹⁶¹ La manera como se llevó a cabo tal "revolución" ya la hemos comentado, nos limitaremos simplemente a resaltar ciertos "cambios" producidos por ella para tratar de satisfacer el punto (10) de nuestro esquema.

Los *jurisconsulti* desarrollaron un sistema: la *interpretatio iuris* (*id est*: la *jurisprudencia*) por el cual el cambio del derecho, y el cambio social en general, fue relativamente fácil y en el que la posibilidad de llevarlo

¹⁵⁷ Cfr., Jolowicz, H. F., *Roman Foundation of Modern Law*, Oxford, Oxford University Press, 1957, p. iii.

¹⁵⁸ Cfr., Declareueil, J., *Rome et l'organisation du droit*, cit., p. 3.

¹⁵⁹ Jolowicz, H. F., *Roman Foundation of Modern Law*, cit., p. iii.

¹⁶⁰ Declareueil, J., *Rome et l'organisation du droit*, cit., p. 2.

¹⁶¹ "*Regulae iuris*". *From Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., p. 26.

a cabo estaba en manos de las mejores cabezas jurídicas ante casos y experiencias concretas. Este sistema habría de impedir la petrificación de las instituciones. Este sistema de la jurisprudencia, mediante su *interpretatio*, logró la permeabilidad de las instituciones jurídicas, permitiendo la incorporación de las ideologías imperantes. Es así como la jurisprudencia romana vendría a positivizar el ideal ético de la doctrina estoica.¹⁶²

La racionalización de la jurisprudencia permitió la superación del ritual jurídico primitivo. Introduce el negocio consensual —contratos reales y convenios pretorianos—; obra de los jurisconsultos. Pero, en este orden de ideas, nada es más significativo en cuanto a innovación jurídica y política que la aparición de los edictos de los ediles y pretores. No cabe la menor duda que sus reales autores fueron los jurisconsultos.¹⁶³

De esta manera la sistematización y racionalización no únicamente subsumieron los fenómenos jurídicos en géneros y especies, sino que permitieron la formulación de los principios o “dogmas” de la jurisprudencia. El sistema de la jurisprudencia se convirtió en un instrumento de “descubrimiento” detectando y previendo problemas que no habían ocurrido en la práctica. La inmediata consecuencia de esto es que se amplió la protección judicial y se produjo un más fácil y mayor acceso a la justicia. El derecho más que formas es entendido como mecanismos de protección: *ubi remedium ibi ius*.

Al convertirse la jurisprudencia en una ciencia profesional de tipo helénico¹⁶⁴ su alta especialización produjo una clara separación entre la de más reflexión social y filosófica. Desde entonces existe una nítida división entre el derecho y la religión, por un lado, y entre el derecho y la moral, por el otro. El derecho en manos de la vetusta jurisprudencia tenía una configuración y un trato indiferenciados. La nueva sistematización de la jurisprudencia privada —*ius civile*— la alejó del derecho sacro. Esta diversificación introdujo una clara distinción entre las esferas religiosa y civil.¹⁶⁵ Para saber qué hacer no se necesitaba consultar a los dioses, se interrogaba a los jurisconsultos. Este cambio de concepción que aleja a Roma de los rituales primitivos del derecho podría evidenciarse por el hecho de que “el fundador

¹⁶² Para una explicación más amplia sobre este tema, véase: Tamayo y Salmorán, R., *Introducción al estudio de la constitución*. I. *El significado de constitución y el constitucionalismo*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1979, pp. 94-106.

¹⁶³ Cfr., Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 53 y 83.

¹⁶⁴ Cfr., Schulz, F., *History of Roman Legal Science* cit., p. 67.

¹⁶⁵ Cfr., Nocera G., “*Iurisprudentia*”. *Per una storia del pensiero giuridico romano*, cit. p. 70. Sobre la relación entre el *ius sacrum* y el *ius civile*, véase: Noailles, P., *Du droit sacré au droit civil*, París, Recueil Sirey, 1949.

de la jurisprudencia, Q. Mucio Scaevola, *pontifex maximus*, escribe un tratado que hace época sobre el *ius civile*, pero ninguno sobre el *ius sacrum*".¹⁰⁶

Bastaría pues una sola palabra para describir la cultura romana y señalar su importancia en el curso de la historia: '*jurisprudencia*'. Al origen, dice von Ihering, simple gramática del derecho devino, después, la regla de nuestro pensamiento jurídico.¹⁰⁷ Por todo lo que hemos dicho, pensamos que, en tanto se satisfagan las condiciones (9) y (10), 'derecho' ocurre propiamente en el campo del operador 'E' en el caso de 'ciencia del derecho'.

ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN

¹⁰⁶ Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, cit., p. 81.

¹⁰⁷ *Cfr.*, *L'esprit du droit roman*, París, Chevalier-Marescq, 1877, tomo 1, p. 3.