

AL ORIGEN DE LA NOCIÓN 'PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO'. LINEAMIENTO HISTÓRICO FILOSÓFICO *

SUMARIO: 1. *Al principio era el principio*. 2. *Los principios de la ciencia*; a. *Naturaleza de los principios de la ciencia*; b. *Conocimiento de los principios de la ciencia (contexto del descubrimiento)*; c. *Uso de los principios de la ciencia (contexto de la justificación)*. 3. *Los principios del obrar*; a. *Naturaleza de los principios del obrar*; b. *Conocimiento de los principios de obrar*; c. *Conocimiento y uso de los principios del obrar*. 4. *Los principios entre razón y razonabilidad*. 5. *La recepción de la temática de los principios en derecho: ciencia jurídica, filosofía del derecho, et al.* 6. *Las reglas como principios: La tradición de la ciencia jurídica romana y el derecho común*; a. *El problema*; b. *El influjo del pensamiento griego*; c. *Los juristas romanos*; d. *Glosadores y canonistas*; e. *Los comentaristas*; f. *El renacimiento y el problema del método*; g. *Reglas, brocados, máximas et al.* 7. *Principios del derecho natural y distinción entre razón en sentido fuerte y en sentido débil*; a. *El problema*; b. *Cuatro variantes*; c. *Naturaleza de los principios*; d. *Uso de los principios*. 8. *De la razón a la autoridad: la codificación de los principios*.

1. AL PRINCIPIO ERA EL PRINCIPIO

Todo comienza con un principio. Esta verdad de Perogrullo parece ser el primer objeto, o uno de los primeros objetos, de reflexión filosófica en la historia del pensamiento occidental.

* Comunicación presentada al *Convegno italiano di filosofia giuridica e politica* (Roma, 1985). El autor es profesor ordinario de filosofía del derecho de la Universidad de Bolonia. Director del Departamento de filosofía del derecho del Instituto Jurídico "Antonio Cicu" de la misma Universidad.

De entre la vastísima obra de Enrico Pattaro pueden citarse sus libros: *Filosofia del diritto, diritto, scienza giuridica*, Bolonia CLUEB, 1978 (existe versión española de José Iturmendi Morales: *Filosofía del derecho. Derecho. Ciencia jurídica*, Reus, Madrid, 1980); *Lineamenti per una, teoria del diritto*, Bolonia, CLEB, 1985 (existe versión española de Ignacio Ara Pinilla: *Lineamientos para una teoría del derecho*, Madrid); *Il realismo giuridico scandinavo. I Axel Hägeström*, Bolonia, CLEB, 1975 (1974). De sus múltiples artículos pueden citar: "Validità o verificabilità del diritto" en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966; "Riflessioni su Olivecrona" en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968; "Diritto morale e concezione realistica del diritto", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970; "Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico" en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1971; "Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi" en *Politica del diritto*, 1972 (también en Scarpelli, U. [ed.], *Diritto e analisi del linguaggio*, Milán, Giuffrè, 1984); "Italian and Finnish Views on Legal Thinking" en Peczenik, A. Uusitalo, J. (eds.), *Reasoning on Legal Reasoning*, Vammala, The Society of Finnish Lawyers Publications, 1979; "Per una critica della

Como es sabido, el término que en griego antiguo corresponde a 'principio' es *arxe*. En Aristóteles (Stagira 384— Calcide 322 a.C.) *arxe* se asocia con *stoikeikon* ('elemento constitutivo') así como *aitia* (causa).

'Inicio', 'elemento constitutivo', 'causa (primera)' son tres significaciones posibles del término 'principio'. Probablemente los tres (en algunos autores o en algunas teorías) concurren en el concepto de 'principios generales del derecho'. Sin embargo, ninguno de los tres, desde un punto de vista de historia terminológica y conceptual, representa un significado del todo pertinente del término 'principio' en la expresión 'principios generales del derecho'.¹

En Aristóteles la distinción entre lo racional y lo no racional es muy claramente señalada; igualmente lo está, dentro del ámbito de lo racional, la distinción entre razón deductiva (ciencia) y razón calculadora, conjetural o, como sería mejor, valoradora (opinión). Hay principios de la razón científica deductiva y de la razón calculadora, valoradora, *id est*, del *esprit de geometrie* y del *esprit de finesse*, como dirá Pascal (Clermont 1623-París, 1662).

Aristóteles, de hecho, distingue una parte racional (*to logon*) y una irracional (*to alogon*) en el alma. La parte racional, a su vez, se divide en dos: la científica (*to epistemonikon*) la cual contempla las cosas y cuyos principios (*arxai*) no varían y la calculadora (*to logistikon*), llamada, después, 'opinante' (*to doxastikon*), la cual contempla las cosas

dottrina pura", en Pattaro, E (ed.), *Contributi al realismo giuridico*, Milán, Giuffrè, 1982; "Functions of the Language and Interpretation of the Law", in Trappe, P. *Contemporary Conceptions of Law*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1983; "Olivecrona's Theory of Imperatives", en Kangas, V. (ed.), *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen*, Vammala, The Finnish Lawyers Society, 1983; Über Rechtswissenschaft, Transformationem und Rechtfertigung", en Krawietz, W. y Alex, R. (eds.), *Metathorie juristischer Argumentation*, Berlín, Dunker & Humboldt, 1983; "La realtà del diritto e la sua conoscenza. (A proposito di Alf Ross)", en Tarentino, A. (ed.) *Scienza e politica nel pensiero di Alf Ross*, Milán, Giuffrè, 1984; "No values from Rationality", en Arnaud, A. J., Hilpinen, R. y Wróblewski, J. (eds.), *Juristische Logik, Rationalität un Irrationalität im Recht*, en *Rechtstheorie*, Beih. 8, Berlín, Dunker & Humblot, 1985; "Vers una définition de la science juridique", en *Revue de synthèse*, ser. III, núm. 118-119, 1985; "Note sui limiti della giustificazione in etica e in diritto", en Gianformaggio, L. y Lecaldano, E. (ed.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma, Laterza, 1986 (Biblioteca di Cultura Moderna, 924) pp. 253-259; "Sul realismo normativistico Hägerström e Hart)", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año XV, núm 2, diciembre, 1985, pp. 327-344; etcétera.

¹ Los tres significados mencionados de 'principio' tienen ciertamente, mayor relevancia en metafísica y en la teoría física y química. Véase Aristóteles, *Fisica*, 184 y ss; *Metaphisica*, 928a y ss. Sobre estos principios dentro de la química anterior a Lavoisier, véase Tungoli-Pattaro, Sandra, *La teoria del flogisto. Alle origini della rivoluzione chimica*, Bologna, CLUEB, 1983. pp. 33-51.

que varían. Estas últimas constituyen el hacer, objeto del arte (*texne*), y el obrar, objeto de la prudencia (*phronesis*).

Deliberar y calcular son la misma cosa, porque no se delibera sobre aquello que no varía.²

2. LOS PRINCIPIOS DE LA CIENCIA

a. Naturaleza de los principios de la ciencia

En Aristóteles los principios de la ciencia son de tres tipos: axiomas, definiciones, hipótesis. Los axiomas (*axiomata*) son principios generales indemostrables comunes a varias ciencias. Aristóteles también los llama, *ta koina*³ o *koinai arxai*, principios comunes,⁴ así como *koinai dixai*, opiniones comunes.⁵ Los axiomas son considerados diferentes de las definiciones y de las hipótesis porque estas últimas son propias de las ciencias particulares; los axiomas, en cambio, son comunes a varias ciencias.⁶

Las definiciones (*oroi*, *orismoi*) son proposiciones a través de las cuales se asume el significado (el *ti esti*) de un término.⁷ La definición no afirma nada sobre la existencia o la inexistencia de la cosa definida. La hipótesis (*ypothesis*) es una presunción de existencia. Mediante una hipótesis se asume la existencia del objeto o del conjunto de los objetos correspondientes al significado del término definido.⁸

Los primeros principios de la ciencia que trata Aristóteles en los *Segundos analíticos* (*analitica posteriora*) son los principios primeros de la geometría, a la que Aristóteles considera un modelo al cual la ciencia debe conformarse. Esta interpretación del pensamiento aristotélico permite percatarse del estrecho paralelismo que se da entre los principios primeros en los *Segundos analíticos* y en la geometría euclidea. De otra parte, sean "axiomas"⁹ o "hipótesis", pareciera que éstos eran términos técnicos de la geometría contemporánea a Aristóteles, de la cual tenía que tomarlos.¹⁰

Hasta el siglo XVIII, 'geometría' será sinónimo de 'ciencia demos-

² Arist., *Eth. Nik.*, 1138b-1139a.

³ Arist., *Anal. Post.* (*Segundos analíticos*), 76a 38, 76b 14 y 77a 26-30; *Meta. (Metafísica)* 1062b 19.

⁴ Arist., *Anal. Post.*, 88b 28.

⁵ Arist., *Meta.*, 996b 28 y 997a 20.

⁶ Arist., *Anal. Post.*, 88b 27 y 79a 37 y ss.; *Meta.*, 997a 10.

⁷ Arist., *Anal. Post.*, 72a 18 y ss. 71a 12, 76b 37 y 92b 10 y ss.

⁸ Arist., *Anal. Post.*, 72a 16-24 y 76b 12.

⁹ Cfr., Arist., *Meta.*, 1005a 20.

¹⁰ Cfr., Lee, H. D. P., "Geometrical Method and Aristotle's Account of First Principles", en *The Classical Quarterly*, 1935, pp. 113-124 (reimpresión 1967).

trativa', 'método geométrico', 'método científico demostrativo'. No sólo en la ciencia, sino también en la ética, piénsese, por ejemplo, en Espinoza (Amsterdam 1632—La Haya, 1677).

b. *Conocimiento de los principios de la ciencia*

(contexto del descubrimiento)

En los *Segundos analíticos* Aristóteles aborda el problema del modo por el cual se aprenden los principios primeros de la ciencia. La demostración "presupone el conocimiento de los principios primeros, los cuales, a su vez, no son conocidos por medio de demostraciones".¹¹

El conocimiento de los principios primeros parte de la facultad innata de la percepción (*aisthesis*), la cual es una facultad crítica (*critike*), esto es, en grado de discernir. De la percepción se pasa a la memoria (*mneme*) y, de ésta, a la experiencia (*empeiria*). Con la experiencia comienza el universal (*toú katholou*), esto es, el uno que está por el múltiple (*enos para ta polla*), "porque, aunque percibamos lo particular, el acto de percepción comporta un universal, por ejemplo el hombre, no el hombre Callias". Lo universal de la experiencia es el inicio (*arxe*) del arte (*texne*) y de la ciencia (*episteme*): del arte, sobre aquello que deviene (*peri ghenesisin*); de la ciencia, sobre aquello que es (*peri to on*).¹²

Sin embargo, aquel universal propio de la experiencia no es aún un principio primero. Del universal de la experiencia se pasa, mediante inducción (*epagogue*), a los universales siempre más elevados.

Ahora bien, de la facultad dianoética con la cual perseguimos la verdad: 1) la opinión (*doxa*) y el cálculo (*logismos*) pueden ser falsos; 2) la ciencia (*episteme*) y la razón intuitiva (*nous*) son siempre verdaderos; 3) sólo la razón intuitiva es más exacta que la ciencia; 4) la ciencia es demostración, mientras que los principios primeros no son demostrables, puesto que el punto de partida de la demostración no puede ser la demostración. Por tanto, los principios primeros de la ciencia son conocidos por la razón intuitiva.¹³

Hemos podido observar, que la razón intuitiva (*nous*) sea la que aprenda los principios primeros, tiene su origen en la matemática.¹⁴

¹¹ Cfr., Ross, W. D., *Aristotle*, Londres, 1949. (El autor utiliza la versión italiana de esta obra: *Aristotele*, trad. de A. Spinelli, Milán, Feltrinelli, 1982, p. 59).

¹² Arist., *Anal. Post.*, 100a-100b.

¹³ Arist., *Anal. Post.*, 100b.

¹⁴ Cfr., Lee, H. D. P. "Geometrical Method and Aristotle's Account of First Principles", *cit.*

c. *Uso de los principios de la ciencia*

(contexto de la justificación)

El uso de los principios primeros de la ciencia, es la demostración, su contexto —por decirlo en términos actuales— la justificación.

3. LOS PRINCIPIOS DEL OBRAR

a. *Naturaleza de los principios del obrar*

Los principios del comportamiento son los fines con respecto a los cuales nuestros comportamientos son medios: tal y como en la matemática son principios las hipótesis (*ypothesis*). Sin embargo, el comportamiento, el cual es corrompido por el placer y el dolor, no reconoce los principios, no ve qué se debe escoger ni pone todos los medios idóneos para alcanzarlos.¹⁵

b. *Conocimiento de los principios del obrar*

(contexto del descubrimiento)

Con relación a la ética, Aristóteles afirma que los primeros principios son alcanzados mediante costumbre (*ethismos*),¹⁶ mientras que en la *Tópica* dice, en general, que los primeros principios se alcanzan con la dialéctica.¹⁷

La dialéctica razona a partir de las *endoxa* (opiniones comúnmente acogidas); sus argumentos son perfectamente válidos y no violan ninguna ley de la lógica.¹⁸ Contrariamente a [lo que ocurre en] la ciencia, la dialéctica no tiene premisas propias, peculiares; no comporta conocimiento de ninguna rama particular del saber;¹⁹ no tiene ob-

¹⁵ Arist., *Eth. Nik.*, 1140b 10-20 y 1151a 15. Sobre el problema del comportamiento práctico en Aristóteles, véase: Giuliani, A. "Il concetto classico di regola di condotta. (A proposito della dottrina aristotelica dei *praktá*)", en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, 1974, pp. 1-27 y la bibliografía ahí citada.

¹⁶ Arist., *Eth. Nik.*, 1098b 4.

¹⁷ Arist., *Topica*, 101a 25 y ss.

¹⁸ Arist., *Anal. Post.*, 177a 26 y ss.; *Elench.*, 172a 33; *Topica* 100a-108b.

¹⁹ Arist., *Anal. Post.*, 77a 26 y ss.; *Meta.*, 1004b 20.

jeto particular, sino discute cualquier problema,²⁰ usa las premisas que parecen probables "a todos los hombres, la mayor parte de ellos o a los sabios".²¹

El profesor H.D.P. Lee sugiere mantener, de alguna manera, separada, la razón intuitiva, la cual se ocuparía especialmente de la búsqueda de los principios de geometría, de la inducción [*epagogue*] y de la costumbre (*ethismos*), que se ocuparían de la búsqueda de los principios primeros de la ciencia natural y de la ética, respectivamente. La inducción y la costumbre serían, por tanto, más similares entre sí con respecto a la razón intuitiva (*nous*). *Ethismos* es un tipo de *epagogue* en ética.²²

c. Conocimiento y uso de los principios del obrar

En la ciencia el proceso ascendente (contexto del descubrimiento) está constituido por la inducción (*epagogue*) y por la razón intuitiva (*nous*), o bien, por el método dialéctico que parte de la opinión de los más; en tanto que el proceso descendente (contexto de la justificación) se encuentra constituido por el silogismo científico, demostrativo. En la ética, por el contrario, el proceso ascendente se realiza por la costumbre (*ethismos*) o bien, por el procedimiento dialéctico que parte de la opinión de los más; mientras que el proceso descendente es obra de la razón prudencial, calculadora, opinante.

Cabe señalar, además, que en ética, más que *aplicar* principios, se asciende a los principios, reconduciendo a ellos el caso concreto.²³

Aristóteles asocia la prudencia con la temperanza (*sophrosyne*), tratando de atribuir a la virtud ética la individuación de los principios del obrar. Los principios de la prudencia (*phroneseos arxai*) se conforman con la virtud ética y lo correcto (*to d'orthon*) de la virtud ética se conforma con la prudencia.²⁴ En otros términos: las virtudes éticas proporcionan (o al menos garantizan) los principios del obrar; la prudencia los aplica llevándolos a sus consecuencias: prescribiendo los comportamientos que realizan los principios.²⁵

²⁰ Arist., *Anal. Post.*, 77a cv; cfr. *Elench. Soph.*, 172a 11 y ss.

²¹ Arist., *Topica*, 100b 22; cfr. *ibid.*, 101a 37 y ss.; *Elench. Soph.*, 172a 11 y ss.; *Anal. Post.*, 72a 32.

²² Lee, H. D. P., "Geometrical Method and Aristotle's Account of First Principles" *cit.*, p. 121.

²³ Cfr. Arist., *Eth. Nik.*, 1095a 30-1095b 10.

²⁴ Arist., *Eth. Nik.*, 1178a 15-20.

²⁵ Sobre la relación entre virtud ética y prudencia en lo que a los principios se refiere no existe acuerdo entre los estudiosos de Aristóteles; a este respecto,

Los silogismos que se refieren al comportamiento adoptan el principio (*arxe*) siguiente: en virtud de que el fin o bien supremo (*to ariston*) es... , entonces...²⁶

Delibera bien (*eu*) aquel que está en grado de alcanzar, mediante un razonamiento calculador, valuativo (*stochastikos kata ton legismon*), el mejor comportamiento para el hombre. La prudencia no es sólo conocimiento (*gnorizein*) del universal (*tou katholou*), sino, también, del particular (*kath'ekasta*): de hecho es disposición práctica y la acción (*praxis*) concierne al particular.²⁷

4. LOS PRINCIPIOS ENTRE RAZÓN Y RACIONALIDAD

En los capítulos X y XI del libro IV de la *Ética nicomaquea*, Aristóteles precisa los conceptos de *sunesis*, *eusunesia* y *gnome*, los cuales son de importancia capital en relación con la prudencia y el uso de los principios del obrar. Traduciré *sunesis*, *eusunesis* y *gnome*, por 'entendimiento', 'buen entendimiento' y 'comprensión' respectivamente.

En el curso de la época barroca, como ya he tenido ocasión de sostener, el término 'juicio' es usado asumiendo los significados aristotélicos de 'buen entendimiento' y 'comprensión' los cuales sucintamente elucidaré enseguida.²⁸

Entendimiento y buen entendimiento, escribe Aristóteles, son la misma cosa, así como decir que alguno es un entendedor es lo mismo que decir que alguno es un buen entendedor. El entendimiento no es ciencia (*episteme*) ni opinión (*doxa*), de otra manera cualquiera sería un entendedor; no constituye una ciencia particular, como lo es la medicina para la salud o la geometría para las magnitudes. El entendimiento, realmente, no trata de aquello que existe desde siempre, que es inmutable; ni de todo aquello que llega a existir, sino sólo de *aquello respecto del cual se duda y se delibera*: trata por tanto, de la misma cosa de la que trata la prudencia; pero —note-se— no es lo mismo que la prudencia.

La diferencia entre entendimiento y prudencia reside en que la pru-

véase: Allan, D. J., "Aristotle's Account of The Origin of Moral Principles", en Barnes, J., Schofield, M. y Sorabji, R. (eds.), *Articles on Aristotles*, Londres Duckworth, 1975-1979, t. II, pp. 72-78. (Este autor no participa de la interpretación aceptada aquí.)

²⁶ Arist., *Eth. Nik.*, 1144a 835.

²⁷ Arist., *Eth. Nik.*, 1116b 6-16.

²⁸ Cfr., Pattaro, E., *Il pensiero di L. A. Monatori tra metodologia e politica*, Milán, Guiffre, 1974, pp. 191 y ss. y 210-246. Sobre la prudencia como *moral insight*, véase: Engberg-Pedersen, T. *Aristotle's Theory of Moral Insight*, Oxford, Oxford University Press, 1983.

dencia prescribe (*epitaktike estim*: su fin, es, realmente, aquello que debemos hacer). El entendimiento, en tanto, sólo discierne, juzga (*kritikos monon*). Entendimiento no es tener ni conseguir prudencia (virtud prescriptiva), sino valerse de la opinión (*doxa*) para discernir, para juzgar (*krinein*) más que para discernir bien, juzgar bien (*kalos, eu*), precisa Aristóteles sobre aquellas materias sobre las cuales versa la prudencia (y, por tanto, sobre las cosas que son objeto de duda o de deliberación).

Aristóteles trata de la comprensión (*gnome*) en el capítulo XI del libro VI de la *Ética nicomaquea*. *Gnome* viene de *gignosko*; implica, por tanto, la idea de conocimiento. En otro contexto —en la *Retórica*— Aristóteles se detiene largamente sobre gnomología, sobre el discurso gnómico o sentencial o por máximas, discurso que se refiere a la conducta humana, esto es, a aquello que hay que preferir o evitar en ella. *Gnómica*, indica, tradicionalmente y hasta nuestros días, una forma de sabiduría práctica e, incluso, aquella forma de conocimiento que, por indicios o rasgos exteriores, sabe alcanzar la naturaleza “real” de una cosa o de un fenómeno.

Lo que llamamos “comprensión”, escribe Aristóteles, por lo cual decimos que alguno es benévolo (*augnomon*), que tiene condescendencia (*sungnome*), constituye el juicio recto, el discernimiento exacto (*krisis orthe*) de aquello que es equitativo (*to epieikous*). De hecho, decimos que la persona equitativa es condescendiente y que es equitativo tener condescendencia en ciertos casos; la condescendencia es comprensión que juzga correctamente (que discierne exactamente), conforme con la realidad, lo que es equitativo.

Al recapitular sobre la prudencia (*phronesis*), el entendimiento (*sunesis*) y la comprensión (*gnome*), Aristóteles agrega la razón intuitiva (*nous*), observando que todas estas facultades versan sobre el momento final de la deliberación y sobre aquello que es considerado en el particular.

La prudencia, el entendimiento, la comprensión (en forma de benevolencia o condescendencia) versan sobre el momento final de la deliberación y sobre lo que es considerado en el particular porque tratan de aquello que se refiere al comportamiento: la prudencia, prescribiendo; el entendimiento y la comprensión, juzgando. (Como señalé anteriormente, los dos últimos son los antecedentes del juicio del cual, conjuntamente con el ingenio, se ocuparán, con particular predilección, los tratadistas de la época barroca.) La razón intuitiva (*nous*), por su parte, mientras que, con respecto a las demostraciones (*kata tas apodeiexis*), versa sobre las definiciones primeras e inmutables; con respecto al comportamiento (*en tais praktikais*) versa sobre el momento final de la

deliberación sobre lo contingente y sobre la segunda premisa del silogismo práctico.

Comprensión, entendimiento y razón intuitiva son facultades naturales, mientras que la sapiencia (*sohphia*) no es natural. De hecho, en tanto producidas por la naturaleza, aceptamos que estas facultades se acompañan por la edad, que son propias de la edad. Así como los dichos y las opiniones de los hombres expertos y ancianos, o prudentes, aunque no respaldados por pruebas (*anapodeikttoi*), son tenidos en no menor cuenta que las afirmaciones demostradas (*ton apodeixeon*), las personas expertas y ancianas, o prudentes, ven justo (*orthos*), porque tienen el ojo de la experiencia.²⁹

Hay, por tanto, una razón *no* científica, *no* demostrativa, esto es, calculadora en el sentido de valuatora y deliberante, basada en la opinión. La prudencia es calculadora (*logistikon*). Este término griego, al igual que el verbo inglés *to calculate* (en una de sus acepciones importantes), no significa cálculo exacto, matemático, sino un cálculo conjetural, sobre variables; un cálculo que comporta valuaciones. Se calcula cuando se delibera o se decide y se delibera sólo sobre aquello que puede ser diverso de como es. Cuando Dworkin, con relación a sus *principales*, con cierta franqueza habla, de "*calculation of political righth*"³⁰ (determinación de un derecho político), está usando el concepto expresado por el *logistikon* aristotélico.

En realidad, los principios de la ciencia (*episteme*) no varían; mientras sí varían las cosas y los principios de los cuales se ocupa la parte calculadora (*to logistikon*), opinante (*doxastikon*), del alma, aquella donde opera la prudencia.

La prudencia versa sobre cosas particulares; aquello que se conforma a la prudencia en ciertas circunstancias puede no serlo en otras. De hecho, diversas circunstancias reclaman y requieren el uso de principios concurrentes diversos. La prudencia no versa sólo sobre lo universal; debe reconocer también el particular, porque se refiere al obrar que concierne al particular. Esto explica por qué cualquier persona que no conoce los principios generales, pero conoce el particular, obra con mejor resultado que aquel que sólo conoce los principios generales.

²⁹ Cfr., Arist., *Eth. Nik.*, 1142-b 1143a, 1143a-1143b; *Reth.* (*retórica*) 1395a-1395b y 1418a.

³⁰ Cfr., Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, p. 87. (Existe versión española: *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, pról. de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1984. Existen otros materiales disponibles en español. *Casos difíciles* (trad. de Javier Esquivel, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981 [*Cuadernos de Crítica*, 14]), y *¿Es el derecho un sistema de reglas?* (trad. de Javier Esquivel y Juan Rebolledo, México, UNAM, 1977, Instituto de Investigaciones Filosóficas [*Cuadernos de Crítica*, 5]).

Cuando Pascal habla de los principios del *esprit de geometrie*, y les contraponen los principios del *esprit de finesse*, ciertamente tiene presente a Aristóteles.

De las páginas de Pascal en las que distingue estos dos tipos de principios se desprende, en síntesis, lo siguiente:

(1) *Sobre la naturaleza de los principios.* (i) La individuación de una categoría de principios que *no* son solamente el "inicio" de cualquier cosa, ni, más comprometidamente, "elemento constitutivo" o "causa" de cualquier cosa: son "principios" para ser usados en los razonamientos, esto es, premisas de razonamiento. (ii) Principios (en este sentido) y razonamientos son de dos tipos: de geometría, es decir, científicos, y de fineza, esto es, no científicos, relativos, por ejemplo, a la religión y a la moral.

(2) *Sobre el conocimiento de los principios.* (iii) Sean principios de geometría o principios de fineza, se conocen con el corazón: se sienten; sin embargo entre ellos existen notables diferencias, (iv) Los principios de geometría son gruesos, pero inólitos; los de fineza, aunque de uso corriente, son intangibles. (v) Es casi imposible no reconocer los principios de geometría; es casi imposible que no escape algún principio de fineza; es difícil hacer que alguien reconozca un principio de fineza si no lo ha percibido por cuenta propia.

(3) *Sobre el uso de los principios:* (vi) Es necesario tener un *esprit faux* para razonar mal sobre principios de geometría. En otros términos, basta tener *droiture d'esprit* para razonar bien sobre principios de geometría. Sin embargo, para razonar bien sobre principios de fineza esto no basta. Aquí se requiere, no sólo *droiture d'esprit*, sino, también, *esprit de justesse*, esto es, una capacidad de captar el detalle, el particular: capacidad de distinguir, propia de la facultad de juicio (en el sentido del buen entendimiento y comprensión), la cual es de tipo intuitivo. (vii) El razonamiento en las cuestiones de geometría parte de las definiciones y de los principios y demuestra ordenadamente: es deductivo. El razonamiento en las cuestiones de fineza no es, las más de las veces, una demostración; tiene lugar "tácitamente, naturalmente, sin arte": no es una demostración, ni una deducción, sino una forma de intuición.³¹

La distinción entre dominio de la ciencia y dominio de la prudencia se encuentra, por lo demás, al origen de distinciones análogas más recientes que la de Pascal: la de Wilhelm Wundt (Mannheim, 1832-Lipsia, 1920) y, actualmente, la de (Georg Henrik) Von Wright (Helsinki,

³¹ Cfr., Pascal, B., *Pensées*, ed. por Zacharie Tourneur y Dider Anzieu, Paris, Librairie Armand Colin, 1960, t. I, pp. 70-71 y t. II, pp. 84-87.

1916), entre ciencias que explican (*erklären*) y ciencias que comprenden o entienden (*verstehen*); la de Wilhelm Windelband (Postdam, 1848-Heidelberg, 1915) y Heinrich Rickert, (Danzing, 1863-Heidelberg, 1936), entre ciencias nomotéticas (o generalizantes) y ciencias ideográficas (o invirtualizantes); la de Benedetto Croce (Pescasseroli, 1866-Nápoles, 1952) entre historia (basada sobre el juicio individual, perceptivo, que entiende, capta, comprende) y ciencias naturales y matemáticas (basadas en juicios clasificatorios o numeratorios, pseudojuicios individuales). Así, la distinción aristotélica entre ciencia y prudencia no es ciertamente extraña al renacimiento reciente de la filosofía hermenéutica, en contraste con aquella científica.

5. LA RECEPCIÓN DE LA TEMÁTICA DE LOS PRINCIPIOS EN DERECHO CIENCIA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO, ET. AL.

Ambas matrices aristotélicas, la de los principios de la ciencia, así como la de los principios del obrar, fueron recibidas en el pensamiento jurídico y canalizadas, en última instancia, en la noción de 'principios generales del derecho'. Éste se produjo a través de dos vías maestras: el derecho romano y la reflexión metaética y ética sobre el derecho natural.

La tradición iusnaturalista con frecuencia ha sido identificada, no erróneamente, con la filosofía del derecho (al menos con la filosofía del derecho de los filósofos, si no con la de los juristas, para usar una clara distinción debida a Norberto Bobbio [Torino, 1909]. Por tanto, se puede decir que, tomada de la filosofía general (Aristóteles, en mi ejemplo), la temática de los principios entró en el pensamiento jurídico a través de la ciencia jurídica romana, y de la filosofía del derecho.

Hay mucho que decir también de la teoría general del derecho, así como de la jurisprudencia y la legislación.* Por razones de espacio, me limitaré a la ciencia jurídica y a la filosofía del derecho, a excepción de algunas referencias al fenómeno de la codificación en que se hace mención de la legislación y de la teoría general del derecho.

* En el mismo evento (*Convegno Italiano de Filosofia Giuridica e Politica 1985*) se presentaron, compartiendo el tema de esta comunicación, otras dos comunicaciones sobre los principios generales del derecho: una, de Ricardo Guastini, referente al tratamiento de los principios generales del derecho en el marco de la teoría general del derecho; la otra, de Federico Sorrentino, sobre los principios generales del derecho en jurisprudencia.

6. LAS REGLAS COMO PRINCIPIOS: LA TRADICIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA ROMANA Y DEL DERECHO COMÚN

a. *El problema*

A propósito de la distinción de Dworkin entre *Rules* y *Principles*, cabe observar que, por una curiosa vicisitud de la historia de los términos y conceptos de la ciencia jurídica romana, el concepto de 'principio' toma, en una acepción originaria e importante, el nombre de *regula*.

Del último título del *Digesto: De diversis regulis iuris antiqui*, este concepto pasa, conservando el nombre de *regula*, a la obra de glosadores y comentaristas; se desarrolla en el *Common Law* bajo el nombre de máxima, hasta aparecer, las más de las veces bajo el nombre de 'principio' aún dentro de la tradición romanística, como ocurría ya dentro de la corriente iusnaturalista, de la cual me ocuparé más adelante. No obstante, de las *regulae*, se habla y se escribe hasta época muy reciente: véase, por ejemplo, el libro de L. de-Mauri, destinado a los prácticos: *Regulae iuris. Duemila regole del diritto*.³² Vayamos ahora, a la antigua Roma.

b. *El influjo del pensamiento griego*

La influencia directa o indirecta del pensamiento griego, incluyendo el aristotélico, sobre la cultura jurídica romana, es comúnmente reconocido. La modalidad de tal influencia debería ser objeto de un estudio profundo para el cual no hay espacio en este ensayo. En particular, sería interesante deslindar cuánto del modelo aristotélico de la ciencia demostrativa (*Segundos analíticos*) y cuánto del modelo aristotélico de la dialéctica (*Tópica*) o en fin, qué tanto una mezcla o construcción de ambos, se encuentran presentes en la elaboración doctrinal, sistemática, de los jurisconsultos romanos. Por todo lo que he podido observar, la literatura específica sobre esta cuestión no ha distinguido exhaustivamente entre estos tres aspectos.³³

³² Reimpresión de la 11a. ed., Milán, Hoepli, 1949. Existen otros ejemplos: *Regole immutabili di diritto universale desunte dalla romana legislazione*, ed. por G. Bragnoli, Massa-Carrara, Regia Tipografia Frediani, 1865; *Raccolta di mille regole generali di diritto romano ed italiano*, ed. por Gaetano Foschini, Nápoles, Ernesto Anfosi Editore, 1883; Falcone, G. *Regulae juris. Esposizione sistematica in confronto al codice civile italiano*, Palermo. Alberto Reber, 1906.

³³ Entre la literatura relevante sobre esta cuestión, puede verse: (Iohanes) Basianus (*aut aiunt*), *De regulis iuris, a Severino Caprioli descriptis e a Ferdinando*

En todo caso, Cicerón (Arpino 106-Gaeta, 43 a.C.) intentó construir libros de derecho público y privado, según modelos aristotélicos. Quinto Mucio Scaevola (cónsul en 95, muere en 82 a.C.) y Servio Sulpicio Rufo, (cónsul en 51 a.C.), alabados por el propio Cicerón, particularmente el

Treggiori recognitus, Rimini, Maggioli, 1983; Caprioli, S. "Tre capitoli intorno alla nozione di 'regula iuris' nel pensiero dei glossatori", en *Annali di storia del diritto. Rassegna internazionale*, vol. V-VI, Milán, Giuffrè, 1961-1962, pp. 221-374; Carcattera A., *Le definizioni dei giuristi romani*, Nápoles, Jovene, 1966; Jolowicz, H. F. "Roman *Regulae* and English maxims", en AA. VV., *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, Milán, Giuffrè, 1954, t. I, 213-223; La Pira, G., "La genesi del sistema della giurisprudenza romana. Il metodo", en *Studia et documenta historiae et iuris*, vol. I, 1935, Roma, pp. 319-348; *id.*, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'arte sistematica", en *Bolletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, vol. XLII, 1934, Roma, pp. 336-355; *id.*, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Problemi generali", en AA. VV. *Studi in onore di Filippo Virgili nel XL anno di insegnamento*, Roma, Società Editrice del "Foro Italiano" (1935, p. 1935; pp. 159-182; Lefebvre, C. "Principes généraux du droit y "règles du droit", en *Dictionnaire de droit canonique*, París, Libraire Lecouzey et Ané, 1965, t. VII, pp. 215-223 y 541-545 (respectivamente; Martini, R. *Le definizioni de i giuristi romani*, Milán, Giuffrè, (Bertrandus) Metensis, *De regulis iuris, a Severino Caprioli descriptis*, Perugia, Grafica Salvi, 1981; Michiels, G. *Normae generales*, Roma/París, Typis Soc. S. Joannis Evangelistae, Icsséc et socii, 1949; Riccobono, S. "Regulae iuris", en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1968, t. XV, pp. 360-361; Roelker, E. "An Introduction to the Rules of Law", en *The Jurist*, vol. X, 1950, pp. 271-303, 417-436; Schmidlin, B. *Die römischen Rechtsregeln Versuch einer Typologie*, Colonia/ Viena, Böhlau Verlag, 1970; Schulz, F. *History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford University Press, 1953; *id.*, *Principles of Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1936; Shand, J. y Stein, P. *Legal Values in Western Society*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 1974; Stein, P. "Equitable Principles in Roman Law", en Newman, A. (ed.), *Equity in the World's Legal System. A comparative Study Dedicated to René Cassin*, Brusclas, Emile Bruylant, 1973, pp. 75-92; *id.*, "Lo svolgimento storico della nazione di *regula iuris* in diritto romano", en AA. VV., *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, Milán, Giuffrè, 1968, t. I, pp. 97-108; *ad.*, "*Regulae iuris*", *From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 1966 (1962), *id.*, "The Digest Title, *De diversis regulis iuris antiqui* and the General Principles of Law", en Newman, R. A. (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis/Nueva York; Bobbs-Merril, 1962, pp. 1-20; *id.*, "The formation of the Gloss *De regulis iuris* and the Glossators' Concepts of *regula*", en Rossi, G. (ed.), *Atti del convegno internazionale di studi acursiani* (Bolonía, 21-26 de octubre de 1963), Milán, Giuffrè, 1968, t. II, pp. 699-722; *id.*, "The Relations between Grammar and Law in the Early Principate: The Beginning of Analogy", en AA. VV., *La critica del testo. Atti del secondo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Florencia, Olschki, 1971, t. II, pp. 757-769; Talamanca, M. "Lo schema *genus-species* nelle sistematiche dei giuristi romani", en AA. VV. *La filosofia greca e il diritto romano*, (Roma, 14-17 de abril de 1973), Roma, Academia Nazionale dei Lincei (Cuaderno 221: Problemi attuali di scienza e di cultura, 1976-1977, Viehweg, T. *Topik und Jurisprudenz*, Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1953.

segundo, son considerados los verdaderos maestros de toda la fila de jurisconsultos que cierra la época republicana e inicia la imperial.³⁴

En la reciente reconstrucción de Rolando Tamayo (quizás, excesivamente esquemática), la ciencia jurídica romana, que se desarrolla a partir de Quinto Mucio Scaevola y Servio Sulpicio Rufo en adelante, bajo el influjo del pensamiento griego, y en particular aristotélico, se configura del modo siguiente:

- 1) Determinación del material jurídico existente.
- 2) Búsqueda y establecimiento de los principios (definiciones o *regulae*) mediante inducción, a partir del material jurídico dado;
- 3) Deducción de proporciones normativas (*responsa*) a partir de los principios.
- 4) Sistematización por *divisiones en genera*, especies y partes del material jurídico así producido.³⁵

Con respecto al propósito del presente ensayo, es suficiente recordar, dentro del marco hasta ahora observado, la evolución del concepto de *regula iuris*. El concepto, por un lado, parece ser descendiente de los principios aristotélicos de la ciencia, en particular de las definiciones, *oroi* u *orismoi*; por el otro lado, parece ser el ascendiente del moderno concepto de 'principio general del derecho'. Para este recorrido, me servirá particularmente de los resultados de la investigación de Peter Stein.

c. *Los juristas romanos*

Oroi u *orismoi* se traducen en latín como *definitiones*. Observa Peter Stein, que los juristas del último siglo de la República consideraban que su tarea era declarar el derecho; por tanto, sus *definitiones* fueron más prescriptivas que normativas. Evidentemente, una definición que

³⁴ La Pira, G., "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Problemi generali", *cit.*, p. 159.

³⁵ *Cfr.*, Tamayo y Salmorán, R. "Il modello razionale della prima giurisprudenza (comunicación presentada al encuentro *La ragione nel diritto*, celebrado en Bolonia del 12 al 15 de diciembre de 1984) el cual ha vuelto a abordar esta temática. Véase "Il modello storico della scienza giuridica" (versión revisada de su conferencia: *Il modello della giurisprudenza*, pronunciada en la Facoltà di Giurisprudenza de la Universidad de Milán 18 de mayo de 1986). De la comunicación citada existe versión española: "El modelo científico de la primera jurisprudencia", en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Universidad de Palma de Mallorca (Universitat des Iles Balears), núm. 8, 1984, Palma de Mallorca, pp. pp. 83-97. Una explicación más amplia se encuentra en su libro: *El derecho y la ciencia del derecho. (Introducción a la ciencia jurídica)*, México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986 (1984). pp. 97-137, en especial 129-133.

hubiera sido reconocida como una descripción exacta del fenómeno al que era ligada, poseía gran autoridad, pero se refería más al pasado que al futuro.³⁶

El jurista Labeón (nace en 45 a.C.) fue el primero que usó el término *regula* (traducción del griego *kanon*) con significado normativo en derecho, refiriéndose precisamente a una *definition*. Este uso normativo de *regula* fue tomado de los gramáticos. Del hecho de la regularidad de las declinaciones de palabras diversas (regularidades llamadas primero *analogiae*, *kanones* y *regulae*), los gramáticos analogistas, favorables a crear modelos normativos en gramática, establecieron, justamente, *regulae* gramaticales entendidas como principios normativos.³⁷ (Contra la opinión de sus adversarios anomalistas que deseaban mantenerse a los usos diferentes de las palabras diversas.)

Mientras que al origen (esto es, en el último siglo de la República) las *definitiones* fueron más descriptivas que normativas, sufrieron después, una evolución que, sucintamente, explico a continuación.

(1) Asumieron significado normativo en los *libri regularum*, escritos por jurisconsultos miembros del *consilium principis*, libros destinados a los funcionarios inferiores de la democracia imperial. El *princeps* recurre, primero incidentalmente, de forma estable con Adriano (117-138 d.C.), a un cuerpo consultivo (*consilium principis*), al cual fueron llamados los mejores jurisconsultos. El *consilium principis* constituyó, de hecho, un soporte institucional del carácter normativo de las *regulae iuris*.³⁸

(2) Extendieron su alcance, ya general dentro de un determinado campo del derecho, por ejemplo, la *regula* catoniana en materia de legados a todo el derecho, convirtiéndose en verdaderas y propias máximas del tipo *iuris ignorantia nocet*.

Con respecto a las *regulae*-máximas del período postclásico, Peter Stein sostiene que éstas eran más bien proverbios que normas, esto es, no tenían que aplicarse literalmente en todos los casos a los que pudieran referirse. Los juristas y abogados de la época, según Stein, sabían bien que había muchas excepciones a las *regulae*, que éstas no eran entendidas a la letra y no podían aplicarse a todos los casos.³⁹ Como

³⁶ Stein, P., "Lo svolgimento storico della nozioni di *regula iuris* in diritto romano", *cit.*, p. 100.

³⁷ Stein, P., "Lo svolgimento storico della nozione di *regula iuris* in diritto romano", *cit.*, pp. 101-103.

³⁸ Stein, P., "Lo svolgimento storico della nozione di *regula iuris* in diritto romano", *cit.*, p. 104.

³⁹ Stein, P., "Lo svolgimento storico della nozione di *regula iuris* in diritto romano", *cit.*, pp. 105-106.

es claro, este punto es de gran interés en relación con la reciente teoría (reputada nueva) de Ronald Dworkin en materia de principios de derecho, caracterizada (con respecto a las *rules*), entre otras cosas, por la elasticidad que admite excepciones sin perjuicio de la validez de los propios principios.

(3) Finalmente, las *regulae*, como es sabido, fueron recopiladas en número de doscientos once para cerrar el *Digesto* justiniano: libro *L*, título *XVII*: *De diversis regulis iuris antiqui*, que contiene, según las propias palabras de Justiniano (*C. 2, 3, 29, 1*), todo aquello que es *regulariter definitum*. El título *XVI*: *De verborum significatione*, recoge, a su vez, doscientas cuarenta y seis opiniones sobre el significado de los términos jurídicos.⁴⁰

d. Glosadores y canonistas

Con el florecimiento del derecho romano en el siglo XII, los glosadores hicieron del título *XVII* del libro *L* del *Digesto* objeto de particular atención, así como del propio concepto de *regula*, el cual es definido en el primer fragmento de este título de la siguiente manera:

Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et (ut ait Sabinus) quasi causae coniectio est: quae, simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.

Esta versión es transcripción del manuscrito florentino de donde derivan las ediciones modernas del *Digesto*.^{*} Los glosadores, por el contrario, se basaban en la *litera bononiensis* que contiene una formulación ligeramente diversa. De esta forma *quasi causae coniectio* en la *litera*

⁴⁰ Stein, P., "Lo svolgimento storico della nozione di *regula iuris* in diritto romano", *cit.*, pp. 106-107. En cuanto a lo anterior, véase: *id.*, "Regulae iuris". *From Juristic Rules to Legal Maxims*, *cit.*, pp. 49-129. La observación de que las *regulae* representan una *praesumptio iuris* válida hasta prueba en contrario (o, simplemente, un argumento capaz de invertir la carga de la prueba) conviene confrontarla con lo que Dworkin dice sobre la elasticidad de los principios:

* Damos a continuación la versión *sandard* de este pasaje:

Regula est, quae rem est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.

(Versión de T. Mommsen, Dublin/Zurich, Weidmann, 1937).

bononiesis está escrito: *quiasi causae coniunctio*. Esto indujo a los glosadores a sostener que una regla es *de singulis quiasi collecta universitas*. Bulgaro (?-Bolonia, 1166) ejemplificaba de la manera siguiente. El pez pertenece a quien lo pesca; lo mismo vale para la caza de animales y pájaros en estado salvaje. De estos casos se reivindica la *regula* de que aquello que no pertenece a nadie se convierte en propiedad del primero que lo posea. Placentino (Piacenza, c. 1135-Montepellier 1192) explicó que una *causa* es común a otra decidida del mismo modo y que esto da origen a la *regula*. Iohanes Bassiano (Cremona-Bolonia, c. 1197) sostenía, por el contrario, que una *regula* contenía conjuntamente diversas causas que tienen en común una misma *ratio* y participan de una misma *aequitas*, desplazando, así, el acento de la regularidad de las decisiones a la razón que justifica la regularidad de las decisiones.⁴¹

Un problema teórico interesante sobre esta cuestión es el representado por la relación entre regla y excepción (mencionado anteriormente con referencia a los juristas romanos) como pródromo remoto de las actuales observaciones dworkinianas sobre la elasticidad de los principios.

Un hombre libre o un bien consagrado, aunque no pertenece a nadie, no podrían ser objetos de apropiación. Estos casos eran *exceptiones* a la *regula*. Placentino sostenía que las excepciones formaban parte de la misma regla. Iohanes Bassiano objetaba que si así fuera, una regla no hubiera podido ser *vitiata* como se contempla en el primer fragmento del título: *De regulis*.

El derecho canónico es también alcanzado por la temática de las *regulae*. A finales del siglo XIII Bonifacio XIII (*Pontifex*: 1294-1303) promovió una nueva recopilación de decretales —después de la ordenada por Gregorio IX (*Pontifex*: 1227-1241) en 1234— y quiso que el último título contuviera las *regulae iuris* siguiendo así el modelo justiniano. La obra confiada a Dino da Muguello (Muguello, c. 1250-Bolonia, 1303) fue concluida en el 1298 y es conocida con el nombre de *Liber sextus*. Dino da Mugeillo incluye ochenta y ocho *regulae*, de las cuales escribe un comentario con el título: *De regulis iuris pontifici*.

Accursio (Bagnolo, c. 1182-1260) ya había anunciado en cuatro puntos los principales problemas teóricos relativos a las *regulae*: 1) cuál es su naturaleza, 2) *cuál es su fuerza* (*protestas*), 3) cuál es su función (*officium*) y 4) cuándo y cómo son viciadas por excepciones.

Dino da Muguello en *De regulis iuris pontifici*, enfrenta los mismos problemas y les da la siguiente solución.

⁴¹ Cfr., Stein, P., "The Digest Title *De diversis regulis iuris antiqui* and The General Principles of Law", *cit.*, pp. 8-12; *id.*, "*Regulae iuris*". *From Juristic Rules to Legal Maxims*, *cit.*, pp. 131 y ss.

1) Sobre la naturaleza. Una *regula generalis* se forma de decisiones que tienen la misma *ratio determinationis*. Una regla, por tanto, para ser general, debe ser formulada en *signa universalis affirmativa*, que cubran todos los casos o bien, en *verba negativa*, que excluyan todos los casos.

2) Sobre la fuerza jurídica sobre si las *regulae iuris* crean nuevo derecho o simplemente sintetizan el derecho viejo, la respuesta es que cuando el derecho ha sido establecido antes de la formulación de la *regula* ésta no crea derecho; en caso contrario, lo crea. Dino da Mugello cita la opinión de algunos doctores según los cuales, cuando la *aequitas* de casos jurídicamente ya decididos sea aplicable también a otros, entonces la *regula* produce derecho en virtud de la *identitas rationis*: casos iguales no pueden ser tratados diversamente.

3) Sobre el *officium* de las *regulae iuris*. No se trata tanto de extender la *ratio* de un caso a otro al que le sea aplicable la misma *aequitas*, sino, más bien, definir la *ratio*, proporcionándole una formulación general única que derive de varios casos dotados de la misma *ratio*. De esta manera, la *regula* reduce varios casos a uno. Este es el significado de *rationes coniungere*.

4) Sobre las excepciones. Las excepciones no forman parte de la regla, esto es, no son prescritas por ella y en la medida en que una excepción alcance una regla, ésta no tiene fuerza. Esta limitación del ámbito de validez confirma que la regla es válida en los casos no exceptuados.⁴²

e. Los comentaristas

En los siglos XIV y XV, los comentaristas abordaron reglas particulares, dedicando menor atención al título *de regulis* en cuanto tal; sin embargo le atribuyeron un particular valor: lo consideraban la institución (en el sentido de acto de instituir) de los principios generales que inspiraban las disposiciones contenidas en la parte precedente del *Digesto*, institución dotada de autoridad en sentido fuerte, porque provenía del emperador Justiniano. Con ello las *regulae* contenidas en *D. 50, 17* reciben un *status* privilegiado con respecto de aquellas *regulae* de origen meramente doctrinal.

Bartolo de Sassoferrato (Sassoferrato, 1313-Perugia 1357) y Baldo de Ubaldi (Perugia 1327-Pavia 1406) ilustraron la naturaleza, de las *regulae* pero advirtieron también, bajo la guía de Cino da Pistoia (Pistoia, c.

⁴² Sobre todo lo anterior, véase: Stein, P. "The Digest Title *De diversis regulis iuris antiqui* and The General Principles of Law", *cit.*, pp. 10-15, *id.*, "Regulae iuris". *From Juristic Rules to Legal Maxims*, *cit.*, p. 131-152.

1270-1336), sus límites: "*Haec via brocardica et ideo semper dubia*"⁴³ (este camino es brocárdico y, por tanto, siempre dudoso").

Philippo Decio (1454-1535), escribe un amplio comentario al título *De regulis*, sintetizando las contribuciones de los anteriores comentaristas, en particular de Bártolo y Baldo. Siguiendo a Dino da Mugello, Philippo Decio sostiene que las *regulae* que siguen a un derecho ya establecido, no innovan, sino que expresan los principios de aquello que ha sido previamente establecido. Los juristas posteriores siguen de manera uniforme esta opinión y sostienen que las *regulae iuris* explicitan los principios subyacentes a las disposiciones particulares contenidas en los anteriores libros del *Digesto*.⁴⁴

f. El Renacimiento y el problema del método

La temática de los principios es grandemente revivida en el campo jurídico con el florecimiento del estudio del método de las artes y de las ciencias en los siglos XVI y XVII. Este no es el lugar para detenerse a considerar el renacimiento metodológico que, desarrollado en los siglos señalados,⁴⁵ habría de conducir, en última instancia, a la cultura

⁴³ Riccobono, S. "Brocardica", en *Novissimo digesto italiano*, Torino, UTET, 1958, t. II, p. 584.

⁴⁴ Cfr., Stein, P., "*Regulae iuris*". *From Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., p. 162. Con respecto a lo anterior, véase: *id.*, pp. 153 y ss., así como Roelker, E. "An Introduction to the Rules of Law", cit. y Jolowicz, H. F. "Roman *Regulae* and English Maxims", cit., pp. 221 y ss.

⁴⁵ Sobre este particular, puede consultarse: Ashworth, E. J., *Language and Logic in the Post-Medieval Period*, Dordrech/Boston, Reidel, 1974; Blake, R., M., C. J. Ducasse y E. H. Madden, *Theories of Scientific Method: The Renaissance trough the Nineteenth century*, ed., por Madden, E. H., Seattle, University of Washington Press, 1960; Crescini, A., *Le origine del metodo analitico. Il cinquecento*, Udine, del Bianco, 1965; Dini, A. (ed.), *La Formazione intellettuale nel '500*, Torino, Loescher, 1978; Garin, E., *L'educazione in Europa (1400-1600)*, Bari, Laterza, 1957; *id.*, *L'eta nuova. Ricerche di storia della cultura dal XII al XVI secolo*, Nápoles, Morano, 1969; Gilbert, W. W., *Renaissance Concepts of Method*, Nueva York, Columbia University Press, 1960; Gilson, E., *La philosophie au Moyen Age, des origines patristiques à la fin du XIVè siècle*, Paris, Payot, 1944 (el autor cita la versión italiana: *La filosofia nel medioevo. Delle origini patristiche alla fine del XVI secolo*, Florencia, Nueva Italia, 1969); Jardine, L., "The Place of Dialectic Teaching in Sixteenth Century Cambridge", in AA. VV. *Studies in the Renaissance*, Cambridge, 1974; Kristeller, O., *La tradizione classica nel pensiero del Rinascimento*, Florencia, La Nova Italia, 1969; Manara, C. F., *Metodi della scienza dal Rinascimento ad oggi*, Milán, Vita e Pensiero, 1975; Pattaro, E., *Il pensiero giuridico de L. A. Muratori tra metodologia e politica*, cit., pp. 109 y ss., 157 y ss. y 191 y ss.; Rossi, P., *Clavis universalis. Arti mnemoniche e logica combinatoria da Lullo a Leibnitz*, Milán, Ricciardi, 1960; Vasoli, C., "Il problema del metodo alle sue origine tra Cinque e Seicento", en *La storiografia della scienza: metodi e prospettive*, Pisa, Domus Galileana, 1975; *id.*, *La dialettica e la retorica dell'Umanesimo. "Invenzione" e "metodo" nella cultura del XV e XVI secolo*, Milán, Feltrinelli, 1968.

y a la filosofía de la Iluminación. Este reconocimiento metodológico tuvo, ciertamente un importante impacto sobre el mundo del derecho, en particular, a través de la llamada "jurisprudencia culta".

En virtud de que el método y el sistema del saber eran objeto de examen y revisión en todos los campos, los juristas, como se ha observado, necesitaban, a su vez, de un conjunto de proposiciones fundamentales las cuales pudieran ser consideradas el equivalente de los principios de las otras ciencias.

Los juristas "cultos" trataron de aplicar al derecho las técnicas de la dialéctica. Sostenía que el mejor método didáctico era, el que iba de lo general a lo particular; buscaban, por tanto, los "universales" del derecho, los cuales, sostenían, se encuentran en los últimos dos títulos del *Digesto* (*De verborum significatione* y *De diversis regulis antiqui*). Este proyecto es el viejo proyecto ciceroniano: "formular el derecho en arte". Así, por ejemplo, Duareno (Montcontour, 1509-Burges, 1559), siguiendo a Aristóteles, sostiene que *ab iis quae universalia et novis notiora sunt ad singularia procedendum* ("de estos [principios] universales, los cuales no son más conocidos, proceden los singulares").

Jean Coras (Corasius, 1513-1572), por su parte, en el *De iuris arte libellus* (1560), considera las *regulae* contenidas en el último título del *Digesto* (conjuntamente con las definiciones del penúltimo *De verborum significatione*) como "*generalia iuris principia et elementa* (esto es, *arxai* y *stoixeioi*, en el sentido aristotélico, respectivamente). Jean Coras concibe las *regulae* como los universales necesarios para cualquier sistema racional de derecho y propone que en el estudio del derecho estos dos títulos sean leídos como una introducción a las *Institutiones*.⁴⁶

No creo que sea extravagante ver en esta impostación una forma de pródromo lejano de la idea que precede la institución de disposiciones preliminares de los códigos.⁴⁷

⁴⁶ Stein, P., "*Regulae iuris*". *From Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., pp. 163 y ss., donde se encuentra la cita de Duarenus [Francesco Duaren] *Epistola ad Andream Guillartum de rationem docendi discendique iuris* (*Opera*, Lyons, 1559, p. 520). Véase, ahí también, todo lo referente a Cuiacio (Jacques Cujas, Tolosa, 1522-Bourges, 1590) y otros. Sobre la diferencia entre principio (*arxe*) y elemento (*stoixeion*) ya hemos hablado al comienzo del trabajo.

⁴⁷ La relación del *Guardasigilli* [título del ministro de Gracia y Justicia encargado de la publicación y compilación de las leyes debidamente provistas del sello del Estado; antiguamente el canciller, encargado de la custodia del sello del soberano o del Estado] con referencia a las "Disposiciones sobre publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general", advertencia [*premesse*] al Código civil italiano de 1865, señala que tales disposiciones son aplicables a "toda legislación a modo de teoremas o de principios directivos". Tomo la cita de Bonini, R. *Disegno*

Finalmente, en el clima cultural aquí esbozado, las *regulae iuris* alcanzaron relevancia institucional en la enseñanza universitaria del derecho. En Cracovia, por ejemplo, en el año 1491 se instituye una cátedra de *regulae iuris*.⁴⁸ En la Universidad de Bolonia una *lectura* es establecida con el mismo propósito, conjuntamente con otra sobre *De verborum significatione*, al inicio del 1600.⁴⁹

g. Reglas, brocardos, máximas, et al.

Los brocardos en la historia del pensamiento jurídico, han sido equiparados a las *regulae*. Recordemos la etimología que propone Vossio, para 'brocardica'. El término vendría de *protarchica* que significa: 'principios primeros'. Esta etimología fue rechazada, pero no objetada, por Savigny (Frankfurt, 1779-Berlín, 1861). El mero hecho que haya sido propuesto reviste, como quiera que sea, un interés evidente para nuestro trabajo.

Se ha observado también que el empleo de brocardos sirvió no sólo para dar luz a los principios generales del derecho, sino, igualmente, a través de muchas precisiones a que tal empleo conduce, a revelar que, con frecuencia, principios opuestos regulan una misma materia: Repetidamente los comentaristas abordan principios contrastantes para buscar reconciliarlos, "brocardizando", como decían.⁵⁰ A este propósito, como he señalado anteriormente, es necesario considerar lo que en la actualidad sostiene Dworkin sobre la elasticidad de los principios: los presupuestos que se oponen y se aplican a una misma materia, se limitan uno al otro, pero no se anulan ni se invalidan. La observación de Dworkin, sorprendente a primera vista (en particular para el teórico

storico del diritto privato italiano. Dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942. (Bolonia, Patron, 1980, p. 18.) En el mismo lugar puede verse las "disposiciones sobre la ley en general", advertencia (*premesse*) al Código civil italiano de 1942. Ciertamente, la relación entre disposiciones preliminares de los códigos y principios generales del derecho es mucho más compleja que lo que puede parecer en mi breve alusión. Sobre este particular, véase el documento de trabajo de Giuliani, A., "Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15", en Rescigno, P. (ed.), *Trattato di diritto privato*, Torino, UTET, 1982, t. I, en especial pp. 177 y ss y 226 y ss.

⁴⁸ Cfr., Urszszak, W., "Krakowski komentarz regul prawa z poczatku VI wieku (Lectura sobre el título de regulis iuris libro sexto), en *Czasopismo prawnohistoryczne*, vol. XXV, núm. 2, 1973, pp. 69-88, Debo la referencia al propio profesor Urszszak.

⁴⁹ Cfr., Dallari, V., *I rotuli dei lettori, legisti, e artisti dello Studio bolognese dal 1384 al 1799*, Bolonia, Il Merlani, 1899, *ad annum* 1603-1604, p. 284 (lectura: *De verborum significatione*), *ad annum* 1604-1605, p. 138 (lectura: *De regulis iuris*).

⁵⁰ Cfr., Naz, R. "Brocardi", en *Dictionnaire de droit canonique* (1937) *cit.*, t. II, cols. 1117-1118; véase también, Riccobono, S., "Brocardica", *cit.*

del derecho fundamentalmente habituado a los ordenamientos de derecho codificado), corresponde a la realidad de la práctica forense, en especial a la tradición anglosajona, así como a la tradición del derecho común.

En la historia del pensamiento en general y del pensamiento jurídico en particular, también el término 'máxima' significa frecuentemente 'principio'. 'Máxima' es la fórmula abreviada de '*maxima propositio*'. Boecio (Roma, c. 480-Pavia, 526) llama 'máxima' a las proposiciones "universales y conocidísimas de las cuales descende la conclusión de silogismo" aquellas, precisa Boecio, que Aristóteles llama "lugares" en la *Tópica*. La referencia al uso de los principios en el contexto de la justificación difícilmente podría ser más clara. Accursio, a su vez, observa que "*principia maximae sive regulae apelantur in dialectica*".⁵¹

Sobre el uso de 'máxima' en el sentido de principio —en particular en Inglaterra a partir del medioevo hasta Sir John Fortescue (¿ c. 1394-? 1476) e, incluso, hasta Sir Edward Coke (Mileham, 1552-Soke Poges, 1634) y Sir Francis Bacon (1561-1626) (el cual también equipara las máximas con las *regulae* y con los principios)* —sin extenderme reenvío a la línea evolutiva, reconstruida por varios autores que han indagado sobre la relación entre máxima y principio en la historia de la lógica y en la historia del derecho.⁵²

Todavía en la actualidad, se habla de "máxima" con referencia a los pronunciamientos generales del derecho; por ejemplo, *i massimari appunto* (recopilación de las sentencias de casación), a propósito de las sentencias de la Corte de Casación italiana.

Finalmente, 'dignidad' tiene significado de 'principio'. *Dignidad* es una traducción muy verosímil del griego *axioma*: las dignidades en

⁵¹ Con relación a Sir William Blackstone (1723-1780, Sir Henry Finch (1558-1625), Noy, Sir Eduard Coke (1552-1634), Francis Bacon (1561-1626), Christopher St. Germain (1460?-1540) y al vínculo que se daba entre máxima y razón, véase Jolowicz, H. F., "Roman *Regulae* and English maxims", *cit.*, pp. 213 y ss. Véase también, Stein, P., "*Regulae iuris*". *From Juristic Rules to Legal Maxims*, *cit.*, pp. 155 y ss. (Las referencias a Boecio y a Accursio se pueden ver en pp. 156-157 y 158, respectivamente.)

* Véase sus *Maxims of the Law* y *Use to the Law* publicadas bajo el título: *The Elements of The Common Lawes of England* (1630).

⁵² Jolowicz, H. F., "Roman *Regulae* and English Maxims", *cit.*, Stein, P., "*Regulae iuris*". *From Juristic Rules to Legal Maxims*, *cit.*, pp. 155 y ss. y 170 y ss.; Giuliani, A., "Abelardi e il diritto", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1964, p. 867-900; Piano-Mortari, V., "Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI", en *Studia et documenta historiae et iuris*, 1955, pp. 276-302; *id.*, "Dialectica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del secolo XVI", en *Annali di storia del diritto*, 1957, pp. 239-401; Kocher, F. H., "Francis Bacon on The Science of Jurisprudence", en *Journal of the History of Ideas*, pp. 3-26.

Gianbattista Vico (Nápoles, 1668-1744), por dar un ejemplo ilustre, son principios, axiomas, de la ciencia nueva.⁵³

7. PRINCIPIOS DEL DERECHO NATURAL Y LA DISTINCIÓN ENTRE RAZÓN EN SENTIDO FUERTE Y EN SENTIDO DÉBIL

a. *El problema*

La tradición iusnaturalista, queriendo decir, como señalé en el inciso 5, la tradición de la filosofía del derecho occidental, gira alrededor de la idea de proporcionar una razón práctica que investigue el mundo del deber ser, así como la razón teórica indaga al mundo del ser.

Tal división se debe, en buena medida, a los modelos aristotélicos de razón que he identificado previamente (razón científica y razón calculadora, prudencial), pero no se limita a recibirlo o a reproducirlo en la forma configurada por este filósofo. Así, existe un filón premiente de la especulación del derecho natural, un filón racionalista en sentido fuerte, propio de los siglos XVII y XVIII en cuyo seno la razón práctica natural, lejos de reflejar la razón prudencial, se configura como la razón científica aristotélica: como una razón geométrica, demostrativa, operante en el campo de la ética. Piénsese en el *methodus scientifica* que Wolff (Breslavia, 1679-Halle, 1754) propone para el derecho o bien en el *ordo geometricus* que Espinoza aplica a la moral.

En otros términos, la división característica entre la razón teórica, que contempla aquello que es, y razón práctica, que contempla y prescribe aquello que debe ser se acompaña frecuentemente —en particular, en el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII— con el presupuesto de que el deber ser es no menos objetivo, necesario e inmutable que el ser y con la idea, consiguiente de que se proporcionen principios éticos prescriptivos que tengan las mismas características de los principios de la ciencia aristotélica, ya sea bajo el perfil de su naturaleza (siendo un tipo de axiomas éticos), el de su cognoscibilidad (son cognoscibles por la razón humana) o, bien, el de su uso en el razonamiento práctico (el cual será un razonamiento deductivo).

La historia del pensamiento iusnaturalista sin embargo no se agota con los dos siglos mencionados; tampoco es una historia monolítica y unívoca. De esta historia también forma parte el modelo prudencial de los principios del obrar vinculado con los principios de prudencia (*phronesis*), equidad (*epeikeia*), comprensión (*gnome*), buen entendimiento o juicio (*eusunesia*), modelo varias veces abordado o interpre-

⁵³ Cfr., Jolowicz, H. F., "Roman *Regulae* and English *Maxims*", *cit.*, p. 216.

tado. Este modelo se basa en el presupuesto de que la conducta humana es el ámbito de lo contingente y de lo mutable, donde se inviste de la temática del buen deliberar.

Sería muy interesante recorrer la historia del iusnaturalismo, siguiendo con ojo atento las diversas posturas de la problemática de los principios con respecto a los dos modelos aristotélicos de razón, así como con referencia a los dos contextos, del descubrimiento y de la justificación, aunque evidentemente no es posible hacerlo aquí.

b. *Cuatro variantes*

No pudiendo adentrarme en un análisis teórico de la forma arriba señalada, tomo como punto de partida, más bien, la distinción entre razón en sentido fuerte y en sentido débil propuesta recientemente por Norberto Bobbio (en relación con el derecho natural). De hecho, me parece que la distinción de Bobbio es susceptible de formularse en un esquema cuádruple, idóneo para representar, de manera concisa, las principales variantes según las cuales se ha planteado la problemática de los principios en la historia del iusnaturalismo y, de forma más general, en la historia del pensamiento jurídico.

Me detenderé, a título ejemplificativo, en el iusnaturalismo de Tomás de Aquino, [Rocaseca, 1225-Fassonova, 1274], toda vez que una de las cuatro posibilidades que determinaré en este esquema, me parece, calza bien, entre otros, al iusnaturalismo tomista.

Escribe Bobbio que:

La razón fuerte es aquella que crea, descubre o revela, según los diversos puntos de vista dentro de la tradición del derecho racional, el derecho o la regla a la cual el hombre (racional), debe atenerse y no se limita a indicarla, sino la pone, propone o impone (dentro de la tradición del racionalismo ético, la razón es, en general, no sólo teórica, sino también práctica).

La razón débil por el contrario:

Es aquella que, establecida la regla, no importa si éstas son puestas por la razón o por una voluntad superior, la aplica al caso concreto y, para tal efecto, se sirve de los procedimientos escritos o regulados por la lógica, la tónica, y por todas las disciplinas que tienen por objeto las operaciones mentales que pueden ser comprendidas dentro del concepto de razonamiento.

Bobbio, con oportuna reserva, se apresura a advertirnos que:

Los límites entre los dos momentos del universo jurídico y, consiguientemente, entre los dos campos de la razón [fuerte y débil] no son, de hecho, así de rígidos [bien que] históricamente haya siempre existido desde la Antigüedad, al menos hasta Kank [Königsberg, 1724-1804] (pero también Hegel [Stuttgart 1770-Berlín 1831]), la distinción entre la razón legislativa y la razón judicante (aunque no siempre haya sido conscientemente asumida).⁵⁴

Ahora bien, me propongo atenuar y articular la distinción de Bobbio de (conformidad, por lo demás, con la reserva que él mismo introduce).

Históricamente, en campo filosófico más que jurídico, la distinción entre razón fuerte y razón débil abraza tanto el momento de la determinación de los principios o leyes fundamentales, como el momento de su aplicación.

La razón científica (*to epistemonikon*) constituye la razón fuerte, la cual trata de las cosas que no pueden ser diversas de como son (trata de aquello que es necesario). La razón calculadora (*to logistikon*), opinante (*to doxastikon*), constituye la razón débil la cual trata de las cosas que pueden ser diversas de como son (trata de aquello que es contingente). En el dominio del obrar la razón débil toma el nombre específico de prudencia (*phronesis*). Ciencia y prudencia, razón científica y razón prudencial, son, en realidad, los dos modelos de razón, los dos modos de concebir la razón, a los cuales la distinción de Norberto Bobbio entre razón fuerte y débil pueden o, quizás, deben ser referidos.

A ambos modelos pertenecen el momento del descubrimiento de los principios, así como el momento de su aplicación. Hay principios de la ciencia (razón fuerte) y hay principios de la prudencia (razón débil); además, mediante razonamiento se dan aplicaciones de los unos (en este caso el razonamiento es completamente deductivo) como de los otros (en éste el razonamiento admite, también, un componente intuitivo).

Según Aristóteles, los principios primeros de la ciencia son necesariamente verdaderos y autoevidentes. Los principios de la prudencia, como en el discurso dialéctico, por el contrario, están constituidos por la opinión común, por la opinión de los más sabios o de los más reputados entre éstos. El razonamiento científico es deductivo. El razonamiento prudencial es dialéctico (lo cual no significa que éste sea formalmente diverso del razonamiento científico, sino solamente que sus premisas, las

⁵⁴ Bobbio, N., "La ragione nel diritto", comunicación presentada al encuentro *La ragione nel diritto*, cit., pp. 5-6.

opiniones, no son verdades necesarias y autoevidentes) e incluye, además, un componente intuitivo. La línea divisoria entre razón fuerte y razón débil no corre horizontalmente, por así decir, entre el nivel superior del descubrimiento o establecimiento de los principios y el nivel inferior de su aplicación; sino que corre verticalmente entre los dos dominios o modelos de la razón científica y de la razón prudencial. (Esto es, cortando de través el nivel del descubrimiento de los principios así como el nivel de su aplicación.) Cada uno de los modelos tiene, así, sus propias modalidades tanto de descubrimiento como de aplicación de los principios.

El propio Bobbio, en otro lugar, al referirse a la tradición del pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, tradición portadora de una idea de razón en sentido fuerte, la presenta como una razón que no sólo recoge los principios, sino igualmente los desarrolla y los aplica en silogismos y teoremas, esto es, proposiciones normativas de nivel intermedio o, incluso, particular, del sistema jurídico o moral:

El ideal de la jurisprudencia como ciencia demostrativa parte de la teoría de los *entia moralia* de Samuel Pufendorf (Dorfchemitz, 1632-Berlín, 1694), inspira la ética de John Locke [Wrigton, Bristol, 1632-Oates, Essex, 1704], según el cual la moral podría ser colocada entre las ciencias susceptibles de demostración de modo que "a partir de proposiciones evidentes por sí mismas, mediante consecuencias necesarias, no menos irrefutables que las de la matemática, se podría derivar todas las medidas de lo justo y de lo injusto, si cualquiera quisiera aplicarse a esta ciencia con la misma imparcialidad y atención que pone en la otra"; preside la *novamethodus* de Leibniz, así como al *ius naturale methodo scientifica pertractatum* de Wolff.⁵⁵

El *Methodus scientifica* que Wolff propone para el derecho es el *ordo geometricus* que Espinoza tiene en mente para la ética, es la ciencia demostrativa del párrafo de Locke citado por Bobbio, es el *esprit de geometrie* tan bien evocado en algunos pensamientos de Pascal: en suma, es la razón fuerte, científica, deductiva, de la que trata Aristóteles en los *Segundos analíticos* la cual habría de estar simbolizada, a través de los siglos, por la geometría de Euclides (activo en Alejandría, c. 300 a.C.) que, en la actualidad, es comúnmente denominada axiomática.⁵⁶ Esta razón científica es fuerte con respecto a la razón prudencial (con-

⁵⁵ Bobbio, N., "La ragione nel diritto", *cit.*, p. 10.

⁵⁶ Cfr., Alchourrón, C. E. y E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer-Verlag, Viena/Nueva York, 1971, p. 43. (Existe versión española de esta obra: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.)

siderada débil), porque se asume, dentro del contexto del descubrimiento, que sus principios son autoevidentes, necesarios e inmutables (mientras que los prudenciales son, más bien; controvertibles, contingentes y variables) y porque se asume dentro del contexto de la justificación, que sus operaciones son rigurosas e irrefutables (mientras que las operaciones de la razón prudencial no son así, o no lo son de la misma forma).

Las dos operaciones (razón fuerte *vs.* razón débil y contexto del descubrimiento de los principios *vs.* contexto de la justificación mediante principios, usados como premisas en un razonamiento) se pueden precisar de manera concisa como sigue.

(*fd*) *Contexto del descubrimiento.* Existe una razón fuerte, objetiva, al *conocer* los principios, los cuales serán, por tanto, verdaderos y evidentes a la razón. No abordaré la naturaleza de esta razón, diversa según varios doctores. Como quiera que sea, en las páginas precedentes me he detenido sobre el *nous* aristotélico en relación con los principios de la ciencia. Hablaré después del *intellectus* y de la *synderesis* en Tomás de Aquino, en relación con los principios de la razón teórica y práctica, respectivamente.

(*ff*) *Contexto de la justificación.* Hay una razón fuerte, objetiva, al *aplicar* los principios, la cual tiene conclusiones deductivamente necesarias con respecto a los principios dados.

(*dd*) *Contexto del descubrimiento.* Existe una razón débil, opinable, al *conocer* los principios los cuales serán, por tanto, verosímiles, probables o, simplemente, "aceptables".

(*dj*) *Contexto de la justificación.* Hay una razón débil, opinable, al *aplicar* los principios la cual obtiene conclusiones de forma no estrictamente deductiva, conclusiones que serán, por tanto, meramente plausibles (pero no necesarias) con respecto a los principios.

El modelo de la razón fuerte se presenta, propiamente, como un modelo de razón doblemente fuerte: dentro del contexto del descubrimiento de los principios (*fd*) y dentro del contexto de la justificación mediante principios (*ff*).

El modelo de la razón débil se presenta, a su vez, como un modelo de razón doblemente débil: dentro del contexto del descubrimiento de los principios (*dd*) y dentro del contexto de la justificación mediante principios (*dj*).

Estos modelos no son los únicos posibles, históricamente, no se presentan siempre en estado puro. Se dan, además de una razón doblemente fuerte y una razón doblemente débil, una razón fuerte-débil y una razón débil-fuerte. De hecho, los elementos (*fd*, *ff*) y (*dd* y *dj*) de los

dos modelos primigenios son susceptibles de ser (y así ha ocurrido históricamente) separados y reagrupados de forma a construir otros dos modelos (*fd*, *dj*), es decir, razón fuerte en el descubrimiento de los principios y débil en la justificación mediante principios y (*dd*, *fj*), esto es, razón débil en el descubrimiento de los principios y fuerte en la justificación mediante principios.

En conclusión, el esquema cuádruple que propongo como idóneo para representar, de forma concisa, las variantes principales en que se ha planteado la problemática de los principios en la historia del iusnaturalismo y, en general, en la del pensamiento jurídico, es el siguiente:

(*FF*) *Razón doblemente fuerte*. La razón humana está en grado de conocer principios verdaderos y evidentes del derecho (razón fuerte) y deducir de ellos conclusiones rigurosamente necesarias (razón fuerte). Esta postura puede encontrarse, por ejemplo, en varios exponentes del iusnaturalismo clásico de los siglos XVI y XVII, como los que hemos ya recordado.

(*FD*) *Razón fuerte-débil*. La razón humana está en grado de conocer principios verdaderos y evidentes del derecho (razón fuerte), pero no está en grado de derivar de ellos conclusiones necesarias sino solamente plausibles (razón débil) frente a problemas jurídicos concretos. Esta, por ejemplo, es la postura que puede encontrarse, en cierta medida, en algunos páginas de Tomás de Aquino.

(*DD*) *Razón doblemente débil*. La razón humana está en grado de conocer sólo principios verosímiles, aceptables, del derecho (razón débil) y, en cuanto a su aplicación, está en grado de alcanzar conclusiones plausibles pero no necesarias (razón débil). Esta postura se puede adscribir al propio Aristóteles en cuanto concierne a la razón práctica en general.

(*DF*) *Razón débil-fuerte*. La razón humana está en grado de conocer sólo principios verosímiles y aceptables del derecho (razón débil), pero de estos pueden proceder de manera rigurosamente deductiva, llegando a conclusiones necesarias (razón fuerte) con respecto a los principios aceptados. Me parece que ésta es la postura sostenida, por ejemplo, por Aleksander Peczenik y por otros teóricos racionalistas del razonamiento jurídico (Aulis Aarnio Robert Alexy) los cuales se proponen establecer como premisas entre los principios, como razonables y aceptables, todos los presupuestos de los juicios de valor que, en tal medida, parecen inevitables en el razonamiento jurídico, de tal modo que todo paso en este razonamiento resulta rigurosamente deductivo y conduce a conclusiones necesarias con respecto a las premisas meramente opinables.

Como había señalado, me detendré para ejemplificar la variante (*FD*), no sólo porque corresponda a posturas como la tomista, relevante *per se*, sino lo es más para quien, como nosotros, está interesado en recoger la influencia de la doctrina aristotélica de los principios dentro del iusnaturalismo.

Tomás de Aquino equipara la razón práctica con la razón científica aristotélica en lo que al conocimiento de los principios se refiere (contexto del descubrimiento). El conocimiento de los principios en el orden del obrar será, por tanto, no menos objetiva y cierta que en el orden del ser. Sin embargo, en cuanto al uso o aplicación de tales principios (contexto de la justificación), Tomás de Aquino reafirma, haciendo eco a Aristóteles, la contingencia, particularidad y variabilidad de los comportamientos y situaciones humanas frente a la necesidad del ser y, por tanto, reafirma, también, el carácter contingente y relativo (a las circunstancias) de las determinaciones concretas de los principios del derecho natural.

c. *Naturaleza de los principios*

En cuanto a la naturaleza y conocimiento de los principios primeros, el paralelismo entre el orden del obrar y orden del ser parece tan cercano a Tomás de Aquino que equipara el primer principio de derecho natural (*bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*) con el principio de no contradicción (*non est simul affirmare et negare*) reconducidos a sus raíces ontológicas: éste, de hecho, *fundatur supra rationem entis, et non entis*; aquél *supra rationem boni sicut autem ens est primum, quod cadit in apprehensione simpliciter, ita bonum est primum, quod cadit in apprehensione practicae rationis, quae ordinatur ad opus*.

Los *praecepta legis naturae*, por tanto, *hoc modo se habent ad rationem practicam, sicut principia prima demonstrationum se habent ad rationem speculativam: utraque enim sunt quaedam principia per se nota*.⁵⁷

⁵⁷ Sto. Tomás, *Sum. Th. 1a, 2a, q. 94, art. 2*; *ibid.*, *1a, 2a, q. 90, art. 1 ad 2*; *asimismo, 2a, 2a, q. art. 7 ad 3* (las versiones españolas de estas transcripciones pueden consultarse en la excelente edición bilingüe: *Suma Teológica*, ed., por Fr. Francisco Barbado Viejo, Madrid. La Editorial Católica, 1947-1955. Biblioteca de Autores Cristianos).

d. *Conocimiento de los principios**(Contexto del descubrimiento)*

Tal y como conocemos *communia principia* (*i koinai arxai* de Aristóteles) en el orden teorético, así conocemos *communia principia* en el orden práctico; los primeros se conocen con el intelecto (el *nous* aristotélico), los segundos con la *sindéresis*, homólogo del intelecto en la esfera de la razón práctica.

Sicut ex parte rationis speculativae, per naturalem participationem divinae sapientiae, inest nobis cognitio quorundam communium principiorum, non autem cuiuslibet veritatis propria cognitio, sicut in divina sapientia continetur; ita etiam ex parte rationis practicae naturaliter homo participat legem aeternam secundum quaedam communia principia, non autem secundum particulares directiones singulorum, quae tamen in aeterna lege continentur.⁵⁸

Prima autem principia speculabilium nobis naturaliter indita, non pertinent ad aliquam specialem potentiam, sed ad quendam specialem habitum, qui dicitur 'intellectus principiorum' [...]. Unde et principia operabilium nobis naturaliter indita, non pertinent ad specialem potentiam; sed ad specialem habitum naturalem, quem dicimus *synderesim*.⁵⁹

Synderesis dicitur *lex intellectus nostri*, in quantum est habitus continens *praecepta legis naturalis*, quae sunt *prima principia operum humanorum*.⁶⁰

Hasta aquí Tomás de Aquino innova con respecto a Aristóteles, porque usa el modelo de la razón científica aristotélica en el campo ético jurídico, concibiendo y construyendo una razón práctica que, dentro del contexto del descubrimiento (conocimiento de los principios), tiene las mismas características que la razón teorética: es una razón fuerte.

Por otro lado, Tomás de Aquino sostiene, al igual que Aristóteles, que los principios del obrar constituyen los fines del obrar. Al respecto Tomás de Aquino articula con mucha elegancia la relación entre la virtud moral, los fines del obrar, la prudencia y la *sindéresis*.

Sicut autem in ratione speculativa sunt quaedam ut naturaliter nota, quorum est intellectus; et quaedam, quae per illa innotescunt, scilicet

⁵⁸ Sto. Tomás. *Sum. Th.*, 1a, 2a, q. 91 art. 3 ad 1.

⁵⁹ Sto. Tomás, *Sum. Th.*, 1a, q. 79, art. 12; *cfr.*; *ibid.*, art. 13.

⁶⁰ Sto. Tomás, *Sum. Th.*, 1a, 2a, q. 94, art. 1 ad 2.

conclusiones, quarum est scientia: ita in ratione practica praeexistunt quaedam, ut principia naturaliter nota, et hujusmodi sunt fines virtutum moralium, quia finis se habent in operabilibus, sicut principium in speculativis.⁶¹

*Virtutibus moralibus praestiriut finem ratio naturalis quae dicitur synderesis, [. . .]: non autem prudentia. Finis non pertinet ad virtutes morales tanquam ipsae praestituant finem: sed quia tendunt in finem a ratione naturali praestitutum. Ad quod iuantur per prudentiam, quae eis viam parat, disponendo ea quae sunt ad finem. Unde relinquitur quod prudentia sit nobilior virtutibus moralibus, et moveat eas. Sed synderesis movet prudentiam, sicut intellectus principiorum scientiam.*⁶²

Tomás de Aquino que, como Aristóteles (en la interpretación que aquí he dado) sostiene que la prudencia afronta los medios, pero no los fines o principios del obrar; fines que, por otro lado, a diferencia de Aristóteles, no los atribuye a la costumbre (ni siquiera la virtud moral, que simplemente tiende a ello), sino, como ya he señalado, al específico *habitus* racional llamado sindéresis.

La identificación del fin último con la felicidad también es aristotélica en su raíz, aunque, obviamente, entendida en términos de teología cristiana. “*Primum autem principium in operativis, quorum est ratio practica, est finis ultimus. Est autem ultimus finis humanae vitae felicitas vel beatitudo*”.⁶³

d. *Uso de los principios*

El paralelismo establecido entre razón práctica y razón teórica reenvía continuamente a la razón propia de los principios, esto es, a su uso discursivo, a la aplicación que se hace de ellos en el contexto de la justificación.

*Sicut nihil constat firmiter secundum rationem speculativam nisi per resolutionem ad prima principia indemonstrabilia, ita firmiter nihil constat per rationem practicam nisi per ordinationem ad ultimum finem, qui est bonum commune.*⁶⁴

⁶¹ Sto. Tomás, *Sum. Th.*, 2a, 2a, q. 47 art. 6; cfr.: 2a, 2a, q. 23, art. 7 ad 2; así como: 1a, 2a, q. 13, art. 3.

⁶² Sto. Tomás, 2a, 2a, q. 47, art. 6 ad 1 et 3.

⁶³ Sto. Tomás, *Sum. Th.*, 1a, 2a, q. 90, art. 2.

⁶⁴ Sto. Tomás, *Sum. Th.*, 1a, 2a, q. 90, art. 2 ad 3.

Al pasar al contexto de la justificación (uso de los principios) Tomás de Aquino recupera la especificidad de la razón práctica, esto es, el presupuesto, aristotélico, de que ésta versa sobre lo contingente, el cual no admite —o admite sólo en medida limitada— las deducciones de carácter necesario propias de la ciencia:

*Ratio practica est operabilia, quae sunt singularia et contingentia: non autem circa necessaria, sicut ratio speculativa. Et ideo leges humanae non possunt illam infallibilitatem habere quam habent conclusiones demonstrativae scientiarum. Nec oportet, quod omnis mensura sit omnino infallibilis et certa, sed secundum quod est possibile in genere suo.*⁶⁵

La referencia a aquello que es posible *in genere suo* también sigue a Aristóteles en modo significativo: el hombre culto requiere en todo tipo de discurso toda la precisión (*akribia*) que le permita la naturaleza del argumento tratado, de otra manera sería como pretender discursos persuasivos (*pithanologountos*) de parte de un matemático y demostraciones (*apodeixeis*) de parte de un orador.⁶⁶

Si se pone atención al hecho, ya considerado, de que Aristóteles distingue una razón demostrativa propia de la ciencia, y una razón conjetural (calculadora, opinante), propia del arte de la prudencia, se reconocerá la expresión, más bien emblemática de la relación en que está la versión tomista del razonamiento práctico con respecto a Aristóteles; allí donde Tomás de Aquino escribe que son dos los modos de inferir el derecho natural: uno, consistente en deducir conclusiones de principios, parangonable a la ciencia (razón fuerte); el otro, consistente en especificar o determinar principios con respecto a situaciones concretas al arte (razón débil).

A lege naturali dupliciter potest aliquid derivari: uno modo, sicut conclusiones ex principiis; alio modo, sicut determinationes quaedam aliquorum communium. Primus quidem modus similis est ei quo in scientiis ex principiis conclusiones demonstrativae producuntur. Secundo vero modo simile est quod in artibus formae communes determinantur ad aliquid speciale: sicut artifex formam communem domus necesse est quod determinet ad hanc vel illam domus figuram. Derivantur ergo quaedam a principiis communibus legis naturae per modum conclusionum: sicut hoc quod est non esse occidendum, ut conclusio quaedam derivari potest ab eo quod est nulli esse malum

⁶⁵ Sto. Tomás, *Sum. Th.*, 1a, 2a, q. 91 art. 3 ad 3; cfr.: *ibid.*, art. 4 (el énfasis es mío).

⁶⁶ Arist., *Eth. Nik.*, 1094b 17-25.

*faciendum. Quaedam vero per modum determinationis: sicut lex naturae habet quod ille qui peccat, puniatur; sed quod tali poena puniatur, hoc est quaedam determinatio legis naturae. Utraque igitur inveniuntur in lege humana posita. Sed ea quae sunt primi modi, continentur in lege humana non tanquam sint solum lege posita, sed habent etiam aliquid vigoris ex lege naturali. Sed ea quae sunt secundi modi, ex sola lege humana vigorem habent.*⁶⁷

En este ensayo me interesa no tanto el tipo de derecho natural que la concepción tomista configura,⁶⁸ sino, especialmente, los tres puntos siguientes.

1) Tomás de Aquino explícitamente establece que la razón práctica al aplicar los principios, *id est*, contexto de la justificación, si bien guarda, para ciertos aspectos, la naturaleza deductiva de la razón científica, tiene también, y sobre todo, la naturaleza conjetural de la razón calculadora (opinante) propia del arte y de la prudencia. Bajo este perfil, Tomás de Aquino vuelve a la concepción de la razón práctica como razón débil que hemos encontrado en Aristóteles.

En Tomás de Aquino el *ius civile* es *determinatio* (especificación) de principios comunes del derecho natural, determinación que (frente a la dificultad representada por el hecho de que, según el jurista Juliano, *non omnium, quae a maioribus lege statuta sunt, ratio reddi potest*) es expresamente reconducida a la prudencia y al juicio de los acertos no demostrables de los ancianos (de ahí el párrafo aristotélico ya transcrito).

*verbum illud Iurisperiti intelligendum est in his quae sunt introducta a maioribus circa particulares determinationes legis naturalis; ad quas quidem determinationes se habet expertorum at prudentum iudicium sicut ad quaedam principia; in quantum scilicet statim vident quid congruentius sit particulariter determinari. Unde Philosophus dicit, [...] quod in talibus "oportet attendere expertorum et seniorum vel prudentum indeminstrabilibus enuntiationibus et opinionibus, non minus quam demonstrationibus".*⁶⁹

2) La razón práctica débil (calculadora, opinante) opera y se explica en la aplicación de los principios llevando a cabo determinaciones o

⁶⁷ Sto. Tomás, *Sum. Th.*, 1a, 2a, q. 95, art. 2 ad 1, 3 et 4.

⁶⁸ Cuestión que, por otro lado, es de gran interés, la cual ha sido tratada brillantemente por Sergio Cotta (*Il concetto di legge nella summa Theologica di S. Tomaso d'Aquino*, Turin, Giappichelli, 1955, véase en particular, 66, 77 y ss.

⁶⁹ Sto. Tomás, *Sum. Th.*, 1a, 2a, q. 95, art. 2, en particular ad 4; *cfr.*: *ibid.*, art. 4; *cfr.*, *supra* (*Loc. cit.*) Arist. *Eth. Nik.*, 1143b 10-14.

especificaciones de ellos que pueden ser diversos según las circunstancias y, sin embargo, congruentes con los principios en cuestión. Este punto debe confrontarse con lo que se ha visto de Aristóteles sobre la diferencia entre deducir a partir de los principios y reconducir a los principios.

Con relación al pasaje de Aristóteles donde se dice que lo justo legal es *quod ex principio quidem nihil differet utrum sic vel aliter fiat* y la dificultad representada por el hecho que, contrariamente, *in his quae oriuntur ex lege naturali, different utrum sic del aliter fiat*, Tomás de Aquino observa que *Philosophus loquitur de illis quae sunt lege posita per determinationem vel specificationem quandam praeceptorum legis naturae*. Y sobre la variedad de las leyes humanas, aunque reconducibles al derecho natural, afirma que *principia communia legis naturae non possunt eodem modo applicari omnibus, propter multam varietatem humanarum. Et exinde provenit legis apud diversos.*⁷⁰

3) La misma razón práctica fuerte, en el momento de la aplicación de los principios, no tiene el carácter de necesidad estricta, propio de la razón científica, porque, diversamente de aquélla, ésta es susceptible de ser influida por los sentimientos y por las pasiones (como ya ha sido señalado por Aristóteles al referirse a la razón prudencial).

Ad rationem autem pertinet ex communibus ad propria procedere [..]. Aliter tamen circa hoc se habet ratio speculativa, et aliter ratio practica. Quia enim ratio speculativa praecipue negotiatur circa necessaria, quae impossibile est aliter se habere, absque aliquo defectu invenitur veritas in conclusionibus propriis, sicut et in principiis communibus. Sed ratio practica negotiatur circa contingentia, in quibus sunt operationes humanae: et ideo, et si in communibus sit aliqua necessitas, quanto magis ad propria descenditur, tanto magis inventur defectus. Sic igitur in speculativis est eadem veritas apud omnes tam in principiis quam in conclusionibus: licet veritas non apud omnes cognoscatur in conclusionibus, sed solum in principiis, quae dicuntur communes conceptiones. In operativis autem non est eadem veritas vel rectitudo practica apud quantum ad propria, sed solum quantum ad communia: et apud illos apud quos est eadem rectitudo in propriis, non est aequaliter omnibus nota.

Sic igitur patet quod quantum ad communia principia rationis sive speculativae sive practicae, est eadem veritas seu rectitudo apud omnes, et aequaliter nota. Quantum vero ad proprias conclusiones rationis speculativae, est eadem veritas apud omnes, non tamen aequa-

⁷⁰ Sto. Tomás, *Sum. Th.*, 1a, 2a, q. 95, art. 2 ad 1 et 3. Cfr.: Arist. *Eth. Nik.* 1134b 20 y ss.

liter omnibus nota: apud omnes enim verum est quod triangulus habet tres angulos aequales duobus rectis, quamvis hoc non sit omnibus notum. Sed quantum ad proprias conclusiones rationis practicae, nec est eadem veritas seu rectitudo apud omnes; nec etiam apud quos est aedem, est aequaliter nota. Apud omnes enim hoc rectum est et verum, ut secundum rationem agatur. Ex hoc autem principio sequitur quasi conclusio propria, quod deposita sint reddenda. Et hoc quidem ut in pluribus verum est: sed potest in aliquo casu contingere quod sit damnosum, et per consequens irrationabile, si deposita reddantur; puta si aliquis petat ad impugnandam patriam. Et hoc tanto magis invenitur deficere, quanto magis ad particularia descenditur, puta si dicatur quod deposita sunt reddenda cum tali cautione, vel tali modo: quanto enim plures conditiones particulares apponuntur, tanto pluribus modis poterit deficere, ut non sit rectum vel in reddendo vel in non reddendo.

Sic igitur dicendum est quod lex naturae, quantum ad prima principia communia, est eadem apud omnes et secundum rectitudinem, et secundum notitiam. Sed quantum ad quaedam propria, quae sunt quasi conclusiones principiorum communium, est eadem apud omnes ut in pluribus et secundum rectitudinem et secundum notitiam: sed ut in paucioribus potest deficere et quantum ad rectitudinem, propter aliqua particularia impedimenta (sicut etiam naturae generabiles et corruptibiles deficiunt ut in paucioribus, propter impedimenta), et etiam quantum ad notitiam; et hoc propter hoc quod aliqui habent depravatam rationem ex passione, seu ex mala consuetudine, seu ex mala habitudine naturae sicut apud Germanos olim latrocinium non reputabatur iniquum.⁷¹

8. De la razón a la autoridad: la codificación de principios

Existe un nexo entre razón y autoridad, al menos en una de las acepciones de estos términos. Todavía en el párrafo precedente hemos vuelto al presupuesto aristotélico de que las opiniones de los hombres expertos, ancianos, sabios, aunque no demostrables, deben ser tenidas en no menor cuenta que las demostraciones:⁷² esto tiene que ver con una forma de autoridad. El problema que se plantea Grocio (Delft, 1583-Rostock, 1645), sobre si el consenso del pueblo funda, o sólo revela, la validez de los principios del derecho natural,⁷³ es un problema de rela-

⁷¹ Sto. Tomás, *Sum. Th.*, 1a, 2a, q. 94, art. 4; cfr.: *ibid.* arts. 5 y 6. Como es sabido el *ius gentium*, según Tomás de Aquino, deriva precisamente del derecho natural "per modum conclusionis quae est multum remota a principiis (*Sum. Th.*, 1a, 2a, q. 95, art. 4 ad 1).

⁷² Cfr., *supra*.

⁷³ Grocio, H., *De iure belli ac pacis*, 1, 1, 12, 1. (Puede consultarse la excelente

ción entre razón y autoridad. La temática subyacente a este problema, se presenta de manera fascinante en Vico, a propósito del *verum legem* y del *certum legum*: *certum ab auctoritate, verum a ratione*, sin embargo *certum est pars veri*.

Iurisprudentia omnis ratione et auctoritate nixa est atque ex iis condita iura factis accommodare profitetur. Ratio naturae necessitate, auctoritas iubentium voluntate constat; philohophia necessarias rerum causas vestigat; historia voluntatis est testis. Itaque iurisprudentia universa coalescit ex partibus tribus: philosophia, historia et quandam propria arte iuris ad facta accommodandi.

Verum gignit mentis cum rerum ordine conformatio; certum gignit conscientia dubitandi segura. Ea autem conformatio cum ipso ordine rerum est et dicitur "ratio". Quare, si aeternus est ordo rerum, ratio est aeterna, ex qua verum aeternum est: sin ordo rerum non semper, non ubique, non omnibus constet, tunc in rebus cognitionis ratio probabilis, in rebus actionis ratio verisimilis erit. Ut autem verum constat ratione, ita certum nititur auctoritate, vel nostra sensuum, quae dicitur autopsia, vel aliorum dictis, quae in specie dicitur "auctoritas", ex quarum alterutra nascitur persuasio. Sed ipsa auctoritas est pars quaedam rationis: nam, si sensus non falsi sint vel aliorum dicta sint vera, persuasio vera erit; sin sensus aut dicta falsa, erit persuasio quoque falsa, ad quam omnia, quae dicuntur "praeuidicia", revocantur. Ratio, autem legis eidem dat esse verum. Verum autem est proprium ac perpetuum adiunctum iuris necessarii [...].

Certum vero est proprium et perpetuum iuris voluntarii attributum [...]. Unde conficias certum ab auctoritate esse, uti verum a ratione.⁷⁴

Puede incluso decirse que la historia de principios generales del derecho de la que he estado esbozando algunas líneas, se desarrolle de la idea de razón a la idea de autoridad. Como se ha visto, en sus orígenes, es la historia de los principios de la razón fuerte (científica), de un lado, y de la razón débil (prudencial), por el otro. Pero ya la razón débil, observando bien, es una forma de autoridad: es la autoridad de los sabios, de los doctos, de los ancianos, de los prudentes. El problema planteado por Juliano (*nom omnium eorum, quae a maioribus nostris constituta sunt, rationem reddi posee*) considerada ya en Tomás de Aquino, se presenta también en Vico. Tomás de Aquino reenvía el fundamento de las leyes humanas a la prudencia de los sabios, pruden-

versión de Jaime Torrubiano Ripoll: *Del derecho de la guerra y la paz*, Madrid, Reus 1925.)

⁷⁴ Vico, G., *De universis iuris uno principio et fine uno. Proloquium* y caps. LXXXII y LXXXIII.

cia no susceptible de demostración; Vico la reenvía a la *ratio civilis*, la cual hace, efectivamente, que la *auctoritas* sea *pars rationis*.⁷⁵

El concepto de autoridad, como el de razón, es susceptible de un sentido fuerte y de un sentido débil. La autoridad en sentido débil es la de los sabios, ya aludida. La autoridad en sentido fuerte es la del soberano, la del legislador, la del poder que está en grado de imponer con la fuerza las propias directivas.

Los principios generales del derecho se mueven, en su origen, entre razón fuerte (científica) y razón o autoridad en sentido débil (razón-autoridad de los prudentes). Razón en sentido débil y autoridad en sentido débil se confunden, son lo mismo, en derecho son la *communis opinio doctorum*: más razonabilidad que razón, más ascendencia (*autorevolezza*) que autoridad. Ascendencia y razonabilidad se equiparan.

Las *regulae* (principios del derecho) elaboradas por los juristas romanos son expresión de esta razón-autoridad en sentido débil. A medida que los juristas son integrados en el *consilium principis* su autoridad se hace más grande. Cuando, finalmente, Justiniano recoge las *regulae* como "broche" del *Digesto* y las emite como derecho propio, adquieren autoridad en sentido fuerte: son queridas y puestas por el soberano; por este motivo, en derecho común son privilegiadas con respecto a las otras máximas de origen meramente doctrinal.

En sus orígenes, la legislación (autoridad en sentido fuerte) recibió la *prudentia doctorum* (razón-autoridad en sentido débil). Pero, por otro lado, en la historia del pensamiento, se requiere que los soberanos obren con prudencia. En Aristóteles la prudencia política se distingue en legislativa (*nomothetike*), deliberativa (*bouleutike*) y judicial (*dikaistike*).⁷⁶ En Tomás de Aquino el fundamento de la ley humana de la

⁷⁵ "Unde conficias certum ab auctoritate esse, uti verum a ratione, et auctoritatem cum ratione omnino pugnare non posse; nam ita non leges essent, sed monstra legum. Ex quibus et perspicue et facile illud Iuliani explicaveris, firmanis 'non omnium eorum, quae a maioribus nostris constituta sunt, rationem reddi posse'. Modo cum Iuliano componas Neratium: 'quia alioquin multa ex iis quae certa sunt (non vera) subverterentur'. Uterque igitur ait rationem naturalem ab auctoritate requirere esse importunum.

Auctoritas pars rationis.

Requiras igitur ab auctoritate rationem civilem, hoc est communem utilitatem, quam legibus omnibus aliquam subesse necesse est, vel quum legislatores ius naturale dicant, ut nos in nostro dissertatione De nostri temporis studiorum ratione indicavimus.

Hinc ratio civilis pars rationis naturalis.

Quae ratio civilis cum dicet publicam utilitatem, hoc ipso pars rationis naturalis est. Non tota autem ratio est, quia, ut utile dicet omnibus aequum, aliquando aliquibus iniqua est"

(Vico, G., *De uno*, c. LXXXIII, in *op. cit.*, p. 101).

⁷⁶ Cfr. Ross, W. D., *Aristotle, cit.*, p. 209.

cual no se logra dar una razón es la prudencia. En el párrafo de Vico arriba considerado, el presupuesto de que la *auctoritas* sea *pars veri* manifiesta el requisito de que el que tiene el poder lo use según prudencia y, expresa, además, la convicción de que este requisito es de derecho natural en sentido estricto (*ratio naturalis*, principios primeros). La razón fuerte (derecho natural en sentido estricto) exige que el que tenga el poder soberano no lo use arbitrariamente, sino ateniéndose a los criterios sugeridos por la razón en sentido débil (prudencia, razón civil).

En todo caso, a partir de finales del siglo XVIII, tanto los principios de la razón fuerte (tradición iusnaturalista) como los principios de la razón débil (tradición romanística), no presentando, en realidad, excesiva diversidad en cuanto al contenido, son recibidos en gran medida en las grandes codificaciones del derecho europeo continental; ambos pasan, así, al dominio de la autoridad en sentido fuerte.

Con la consolidación definitiva de los Estados soberanos, con el monopolio de la producción del derecho por parte del Estado, los principios de la razón en sentido fuerte (del derecho natural), no menos que los principios de la razón en sentido débil (*communes opiniones prudentium*), se transforman, en cuanto a su fundamento, en principios provenientes de la autoridad en sentido fuerte: valen, no objetivamente y por sí mismos (los primeros), ni por la ascendencia que les confiere la experiencia de la sabiduría de quien los propone (los segundos), sino en virtud de la autoridad de quien, detentando el poder soberano de mando, los ha establecido e impuesto. Esta es la visión iuspositivista.

Por otra parte a las normas de los códigos nuevos, se atribuyen también, los caracteres formales de los viejos principios.

Jean E.M. Portalis (Le Beausset, Provenze, 1746-París, 1807) en el *Discours préliminaire* afirma que la tarea de la ley es “*de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir de principes féconds en conséquences et non de descendre dans le détail*”:⁷⁷ las máximas, como se ha visto son principios, y de los principios, precisamente, se extraen consecuencias.

La misma doctrina de las características diferenciales del derecho (generalidad, abstracción, certeza, etcétera) probablemente no son, en su origen, sino una transposición, al campo de la teoría general del derecho, de los requisitos que los filósofos exigían para los principios del derecho natural y los juristas, para las *regulae iuris*.

Hemos visto los principios generales dentro de la filosofía (Aristó-

⁷⁷ El “Discours préliminaire” de J. E. M. Portalis, puede verse en Fenet, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, París, Videcoq, 1836, t. I, p. 474.

teles), dentro de la ciencia jurídica (derecho romano y derecho común), dentro de la filosofía del derecho (iusnaturalismo); llegamos hasta el umbral de la legislación (codificaciones). Aquí se abre un gran campo y una nueva época,⁷⁸ al interior de la cual se despliega, aunque sea dentro de la variada permanencia de los filones precedentes, la labor que en materia de principios ha realizado y realiza la teoría general del derecho, para los propios problemas planteados por la codificación.

Este es un capítulo que debe ser tratado aparte, el cual no podemos abordar en este lugar.

Enrico PATTARO

traducción de
Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

⁷⁸ Al lado de la formulación de principios generales del derecho realizada por la teoría general del derecho, es necesario recordar el desarrollo realizado por la doctrina en materia de principios generales del (o de) derecho, comenzando por la doctrina constitucional. (Véase, por ejemplo, Tamayo y Salmorán, R. *Introducción al estudio de la constitución*, México, UNAM, 1986). La bibliografía que sigue, la cual, aunque no pretende ser sistemática ni mucho menos completa, contiene también algunas indicaciones con referencia a la producción doctrinal: Arnaud A. J., *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris, Librairie Générale du Droit et Jurisprudence, 1969; Benditt, T. M., *Law as Rule and Principle. Problems of Legal Philosophy*, Hassoks, The Harvester Press, 1978; Bobbio, N., *Principi generali di diritto*. Torino, UTET, 1966; Gianformaggio, L., "L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi", en *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1985, pp. 65-103; Giuliani, A., *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit.; Guastini, R., "Produzione di norme a mezzo di norme", en *Informatica e diritto*, 1985, pp. 71-81; Italia, V., *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milán, Giuffrè, 1970; Jori, M., "I principi nel diritto italiano" en *Sociologia del diritto*, 1983, pp. 7-33; Pastore, B., *I principi ritrovati Saggio su Ronald Dworkin*, Palermo, Ila Palma, 1985: así como la bibliografía proporcionada por estos autores; Pintore, A., *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milán, Giuffrè, 1982; Tarello, G. *Storia della cultura giuridica moderna. I Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976.