

Los orígenes históricos de los saberes jurídicos.

1.- Introducción.

La cuestión que nos proponemos considerar es el origen histórico de los saberes jurídicos, entendiendo por *saber jurídico* el conocimiento ordenado, metódico y según principios del fenómeno jurídico. ¿Cómo y cuando nacieron los saberes jurídicos? ¿En qué contexto histórico vinieron a existir, es decir: en qué lugar y en qué etapa de la historia surgieron?

Antes de adentrarnos de lleno en nuestro tema, es menester formular ciertas precisiones: en primer lugar, no es lo mismo preguntarse por el origen de *los saberes* cuyo objeto es el derecho que preguntarse por el origen del *derecho* considerado en sí mismo. Es probable que el derecho, en cuanto tal, haya existido con anterioridad respecto del surgimiento de disciplinas o saberes destinadas a estudiarlo. El derecho es algo propio del hombre, en el sentido preciso de que es algo que emana necesariamente de la esencia del hombre. A punto tal de que es posible afirmar que el hombre no tan sólo es un animal social y político, sino también un animal jurídico. Esto significa que el derecho es tan antiguo, por lo menos, como la vida del hombre en sociedad. Sin embargo, ello no implica que desde ese mismo momento hayan existido saberes jurídicos. Los saberes jurídicos nacen con la reflexión del hombre acerca del derecho. Mientras el hombre no convirtió al derecho en objeto o materia de reflexión, no hubo saberes jurídicos sino simplemente conductas jurídicas o actos jurídicos o fenómenos jurídicos. Por tanto, cabe concluir que es probable que haya existido la realidad que llamamos *derecho* sin que se haya reflexionado aún acerca de ella.

En segundo lugar, es menester que aclarar hay diversos saberes jurídicos. Por lo tanto, conviene comenzar por identificar cuáles son, para luego investigar sus respectivos orígenes:

- 1) La prudencia jurídica: un saber eminentemente práctico, cuyo objeto es la recta elección o determinación de lo justo en concreto, es decir, la conducta jurídica debida a otro que corresponde realizar *hic et nunc* -aquí y ahora-.
- 2) Los saberes técnicos propios del arte de la abogacía: hay unos saberes prácticos, pero no ya práctico-morales sino práctico-poieticos, es decir, un conjunto de saberes técnicos que utilizan quienes ejercen la abogacía para defender los derechos e intereses de los justiciables mayormente ante los órganos judiciales, y aún en sus disputas entre sí.
- 3) El saber jurídico de los juristas: un saber intermedio entre la técnica o el saber artístico propio del abogado y el saber propio del científico del derecho. Baste, por el momento, con esta caracterización provisoria.
- 4) La ciencia o la Filosofía del Derecho: la consideración del derecho en sus principios y causas universales y necesarios, es decir, la instancia propiamente teórica del derecho.

El cometido de nuestra brevísima indagación es, entonces, el siguiente: ¿Cuándo nacieron cada uno de estos saberes? Cabe aclarar que los saberes no nacen en un momento en que ya está perfectamente definido el cuadro epistemológico, es decir, el cuadro de las ciencias; antes bien, van surgiendo casi espontáneamente y, luego, el científico les confiere un lugar propio dentro del orden de las ciencias.

2.- La prudencia jurídica.

Comencemos por el saber jurídico prudencial. La pregunta respecto de su origen podría contestarse mediante la siguiente objeción: que siempre debería haber habido, por lo menos, un saber jurídico: la prudencia jurídica; porque no se puede elaborar una norma jurídica, no se puede hacer un contrato o celebrar un pacto bilateral por más rudimentario que sea, no se puede resolver una controversia jurídica entre dos sujetos, sin hacer uso de una cierta sagacidad intelectual para establecer racionalmente el término medio concreto en que consiste lo justo. En todas estas situaciones, será necesario determinar cuál es la conducta humana que constituye una contraprestación equitativa respecto de lo dado por una de las partes, o bien cuál es la medida de lo suyo que hay que darle al otro aquí y ahora, o cual es la norma general más adecuada para obtener el bien común, y ello es objeto de la prudencia jurídica. Por lo tanto, y en este sentido, es probable que la prudencia jurídica sea tan antigua como el derecho mismo, porque no puede haber derecho sin prudencia jurídica, por la sencilla razón de que no es posible hacer justicia, esto es: dar a cada uno *lo suyo* o su derecho, sin recurrir a un cierto saber que permita establecer que en qué consiste eso *suyo* de cada uno. Prudencia jurídica y derecho aparecen, como se ve, tan íntimamente ligados entre sí que no es posible concebir este último sin aquella. Recapitulando y para concluir: *la prudencia jurídica es coetánea con el derecho*. Si esto es cierto, entonces ya hemos dado una primera respuesta parcial a la cuestión acerca del origen de los saberes jurídicos: hay un saber jurídico que es contemporáneo con el derecho mismo: la prudencia.

Sin embargo, hay otros saberes jurídicos además de la prudencia respecto de los cuales también debemos investigar su origen y es lo que haremos a continuación, siguiendo un orden cronológico.

3.- La Grecia antigua (siglos VI a.C. – II de nuestra era).

3.1. Los saberes técnicos de los primeros abogados: Retórica y Dialéctica.

En la Grecia antigua, los procedimientos judiciales se realizaban al aire libre y eran orales y, por lo menos, a partir del siglo VI a.C., Solon estableció la obligación de que todos los acusados se defendieran personalmente ante los jueces. En una primera época, los ciudadanos ordinarios defendían sus propias causas en los tribunales y pedían asistencia a los llamados *logografos*: escritores que componían el discurso que luego pronunciarían ante el tribunal del Areopago. Con el tiempo, estas personas que escribían los discursos judiciales y que sabían argumentar y hablar bien, comenzaron a acompañar al justiciable y tomaron a su cargo la defensa oral y la tarea de convencer a los jueces de la inocencia de su defendido. A cambio de la defensa, los logografos-oradores solían pedir algún favor, hasta que uno de ellos, Antifonte (480-411 a.C.), puso precio a la actividad de ejercer la defensa del ciudadano ante el tribunal y cobró por primera vez una retribución, costumbre que se hizo extensiva al resto de estos proto-abogados. Fue así como la abogacía alcanzó el *status* de verdadera profesión en Atenas.

Ahora bien, ¿cómo se formaba un abogado litigante en la Grecia antigua? Alguien que elegía dedicarse a la abogacía en la antigüedad clásica indudablemente necesitaba aprender el oficio. Como hemos tenido oportunidad de comprobar, el abogado era un *rhetor*, es decir, un orador, cuya función era persuadir a los miembros de jurado de la razón que asistía a su cliente. Es fácil apreciar que la principal técnica que debía dominar el abogado era la Retórica, instrumento indispensable para convencer al tribunal de que adopte una resolución favorable al defendido o, en su caso, para que condene al acusado. La enseñanza de lo que podríamos llamar el rudimentario *arte de la abogacía* se identifica, por lo tanto, con la enseñanza de la Retórica.

La palabra *retórica*, desde un punto de vista etimológico, significa *la técnica del orador o el arte de la oratoria*. Y, en efecto, la Retórica es el arte del discurso, cuyo objeto es hacer posible la persuasión de la verdad. La Retórica consiste en la técnica de dar al lenguaje hablado¹ eficacia suficiente para deleitar, convencer o conmover al auditorio. La finalidad de la Retórica es lograr la aceptación por parte del circunstancial interlocutor de las premisas, argumentos y conclusiones que postula el orador. En culturas como la clásica grecolatina, eminentemente orales, el arte del bien hablar impregnaba gran parte de la vida pública. Uno de los ámbitos naturales de la Retórica eran los tribunales.

La Retórica nació en la antigua Grecia durante la segunda mitad del siglo V a.C.. Las circunstancias sociopolíticas imperantes en la etapa inmediatamente posterior a las guerras contra los Persas –la abolición de la tiranía, la instauración definitiva de la democracia en Atenas, la participación de una gran parte de la población en el gobierno de la ciudad– contribuyeron al acelerado desarrollo de la Retórica. En la Grecia clásica, se estudiaba Retórica con dos propósitos: (i) *para hacer política*, hablando frente a la Asamblea, con el fin de convencer a los restantes ciudadanos de la conveniencia de adoptar ciertas decisiones políticas que eran sometidas a la consideración de la asamblea; (ii) *para actuar ante los tribunales*, en procura de una decisión jurisdiccional, ya sea para defenderse o para acusar. Todo aquel cuya vocación fuera la política o la abogacía necesitaba aprender a persuadir por medio de la palabra; a los jueces del tribunal, al pueblo reunido en asamblea, en fin, a los integrantes de cualquier órgano público colegiado. Por lo tanto, la Retórica nace como retórica deliberativa o política y como retórica forense o judicial. Tanto es así, que la primera noticia que tenemos de una doctrina retórica es la de dos siracusanos del siglo V a.C., Corax y Tisias, autores de un manual para la elaboración de discursos forenses.²

Los sofistas: primeros maestros de Retórica.

Los sofistas eran profesionales de la enseñanza de la Retórica, además de ejercerla. Si bien ha habido quienes enseñaban Retórica y no eran sofistas, hay consenso en

¹ La retórica nace como una disciplina ordenada a estudiar las técnicas del lenguaje hablado, pero más tarde se extenderá también al lenguaje escrito.

² SPANG, KURT, *Fundamentos de retórica*, Pamplona, EUNSA, 1979, pág. 21.

considerar a los sofistas como los primeros maestros de Retórica. Las características de los sofistas son bien conocidas y no las vamos a señalar aquí porque nuestro objeto de investigación es el origen de los diversos saberes vinculados al derecho.

¿Cómo hacía un aprendiz de abogado para instruirse en el arte del bien decir y convencer? Buscaba a un sofista. A partir del siglo IV, a.C., después de que Platón aplastó a los sofistas, ya no era tan común que alguien se llamara a sí mismo *sofista*. ¿Cómo se enseñaba, entonces, el derecho? El derecho se enseñaba aprendiendo de memoria los procesos más trascendentes, los grandes discursos forenses, pero sobre todo utilizando la memoria. Un buen *rhetor* tenía que ser un hombre de una memoria muy desarrollada. A simple vista parece como si el *rhetor* estuviera improvisando el discurso pero en realidad lo ha venido preparando concienzudamente, memorizando no tan sólo su contenido sino incluso los matices de la voz, los gestos y los giros lingüísticos.

La sofística confirió a la Retórica una finalidad meramente utilitaria. Se enorgulleció por haber descubierto el *arte de convencer*. Los sofistas advirtieron que tenían en sus manos unos instrumentos lingüísticos, lógicos y retóricos de enorme eficacia, que podían poner al servicio de la obtención de fines pragmáticos (dinero, fama, éxito del partido político al que se pertenecía, etc.) y cayeron en una especie de deslumbramiento ante el poder de estas herramientas. Así, por ejemplo, Gorgias decía que la palabra (*logos*) es un gran soberano que con un cuerpo muy pequeño e imperceptible realiza obras de naturaleza divina. De ahí que lo que caracteriza a todo el movimiento sofístico es un exagerado desarrollo de este pensamiento dialéctico -aun cuando no se usara todavía esta palabra- y retórico, con sentido pragmático, oportunista y crematístico. Con esto condenan al pensamiento a un cierto *relativismo*, pues no se preocuparon por desarrollar teorías o por profundizar en los fundamentos gnoseológicos o metafísicos de las posiciones en pugna, sino sólo en los fines utilitarios susceptibles de ser obtenidos por medio de la Retórica (dinero, fama éxito del partido político al que se pertenecía, etc.); por eso puede caracterizarse su forma de pensar como *relativismo retórico*.

El hecho histórico de que el derecho fue enseñado como Retórica por los sofistas es de una enorme importancia porque la enseñanza de la Retórica era también la enseñanza de la Dialéctica, que no es otra cosa que la estructura lógica de la primera. Los sofistas no sólo ponen el énfasis en la elocuencia, sino también en la utilización de ciertos instrumentos lógicos que resultaban de enorme utilidad para el propósito de organizar el discurso, argumentar y demostrar la veracidad de la propia postura, es decir, recurrieron a una forma rudimentaria de Dialéctica. Empero, la Dialéctica no es sólo el arte del discurso sino que es arte de la argumentación racional en aquellas materias y asuntos en los cuales no es posible arribar a una verdad apodíctica sino sólo a una verdad probable. Es el arte de pensar investigando. Por lo tanto, los primeros saberes o disciplinas jurídicas son la Retórica y la Dialéctica y esto hay que subrayarlo porque el derecho va a estar estrechamente vinculado con la Retórica y la Dialéctica a por muchos siglos y esto incluye a todo el periplo del derecho romano.

La Dialéctica.

La Dialéctica es la parte de la lógica que regula el pensamiento que se mantiene como en movimiento en dirección a la verdad o que arriba a ésta sin certeza absoluta –*akríbeia*-. O, dicho en forma más breve, con una expresión de Aristóteles, es la lógica de lo probable, también llamada lógica tópica o lógica de lo razonable o lógica de lo opinable.³

La lógica tiene dos partes: la Analítica y la Dialéctica. La *lógica analítica* es la lógica de la *akríbeia*. La lógica de la verificación de la verdad cierta y segura. Se llama analítica porque es la lógica con la que se analiza un pensamiento para ver si es verdadero. La palabra *akríbeia* significa certeza y precisión. *Akríbeia* viene de *krinoo* que significa juzgar. *Akríbeia* es la característica del conocimiento que tiene dos notas; certeza y precisión y esto es lo propio del conocimiento científico, es decir, de la ciencia o la filosofía. El instrumento típico de la lógica analítica es el silogismo deductivo. La lógica analítica demuestra en sentido estricto, es decir, razona a partir de verdades evidentes por sí mismas y construye silogismos deductivos que arriban a sus consecuencias necesarias.

La *lógica dialéctica*, en cambio, es aquella parte de la Lógica que gira en torno de las proposiciones y demostraciones que no alcanzan la verdad “*per se*” sino sólo la verdad probable, es decir, lo que parece acercarse a la verdad, lo que es plausible, verosímil pero no absolutamente verdadero y cierto. Es un tratado especial dentro de la Lógica, y, al igual que ésta, es una ciencia o arte preceptiva que juzga en general la validez y corrección de las operaciones de la razón (juicios y razonamientos), para asegurar la verdad pero la diferencia que la específica es que la Dialéctica se aplica en todo el ámbito de las proposiciones probables, las tesis opinables, las afirmaciones meramente verosímiles pero que no alcanzan una verdad cierta y definitiva. En todo este ámbito del pensamiento humano en el que no cabe la infalibilidad ni la absoluta certeza, sino la mera probabilidad, también es necesario un método para discurrir y razonar con corrección, un método que guíe y asegure el camino del pensamiento hacia la verdad, y ese método es la Dialéctica.

Por eso, se dice que la Dialéctica es la lógica del razonamiento aporético⁴ y no del razonamiento científico demostrativo. La materia de la Dialéctica son contenidos dotados de extrema contingencia y muy poca necesidad. Se trata de la aplicación de los mismos esquemas formales lógicos que utiliza la lógica analítica –silogismos, principalmente- pero en materia opinable, probable o contingente.

Hay ámbitos en los que el pensamiento no llega a la verdad con *akríbeia*. Una zona de la realidad en la que no es posible formular afirmaciones completamente ciertas y seguras, esto es, verdades absolutas, es la de la conducta humana y la de los juicios acerca de las acciones del hombre. Tanto la evaluación de la conducta humana que hace un Juez para saber si el acusado cometió o no el delito, como todo lo que podemos llamar, en general, el ámbito de la filosofía práctica: la moral, el derecho,

³ Decir que la dialéctica es la lógica de lo opinable es lo mismo que decir que su objeto es la opinión, en el sentido amplio que le otorga REGIS, L en *L'opinion selon Aristote*, Paris-Otawa, Vrin, 1935.

⁴ La palabra “aporético” viene de aporía: que significa, etimológicamente un obstáculo (*a*) en el camino (*poros*), y hace alusión a los problemas que se presentan en el camino del pensamiento. Un razonamiento aporetico es, por lo tanto, un razonamiento problemático que parte de premisas que en alguna medida son susceptibles de ser cuestionadas, discutidas o “problematizadas” y que, consecuentemente, arriba a conclusiones de la misma índole.

la política son materias en las que no podemos llegar a una verdad segura, definitiva, completamente cierta porque el objeto de estas disciplinas es la praxis humana, la conducta de los hombres, afectada por la libertad. Por lo tanto, frente a estos asuntos el pensamiento debe apuntar hacia la verdad e intentar aproximarse todo lo que sea posible, es decir, debemos manejarnos con lo probable, lo verosímil, lo que parece acercarse más a la verdad. Por ejemplo: el juicio respecto de las conductas futuras de un hombre o de una colectividad, es siempre inseguro. No podemos saber con certeza cómo ha de comportarse un individuo cuya conducta es libre. Lo que si podemos hacer es anticipar esas conductas con cierto grado de probabilidad pero no pronosticarlas con exactitud. Por lo tanto, la parte de la lógica que llamamos Dialéctica será el método adecuado de las ciencias prácticas en general (Ética, Política, Derecho) para ordenar el pensamiento cuyo objeto sea la conducta humana particular y concreta, en tanto es una realidad afectada íntimamente por la libertad; ya que la libertad implica contingencia y la contingencia se opone a la necesidad. La lógica analítica no es apropiada para estos asuntos, porque es la lógica de lo necesario mientras que la lógica dialéctica es la lógica de lo contingente.

El oficio de los abogados, entonces, ya desde sus orígenes griegos, se nutre de dos disciplinas tan antiguas como la filosofía misma. Los abogados debían tener presente las reglas de la lógica Dialéctica para construir razonamientos formalmente correctos y para identificar los defectuosos, pero también debían utilizar y aprovechar las reglas de la Retórica para lograr la adhesión de los miembros del tribunal a las tesis propuestas y persuadirlo de la justicia de su petición.

La Retórica de Aristóteles.

Aristóteles abordó el tema de la Retórica en su obra homónima que data del 330 a.C., aproximadamente. La retórica aristotélica excede la mera técnica del orador, para constituirse en un método general que incluye no sólo el discurso hablado sino también el escrito. El estagirita no admite la consideración negativa de la Retórica de su maestro Platón y, consecuentemente, intenta mostrar que la Retórica es un verdadero arte: una disciplina sistemática que puede guiar a los hombres en el hallazgo de medios y de instrumentos adecuados para la consecución de fines nobles y de decisiones justas.

En el capítulo segundo ofrece la siguiente definición de Retórica:

“La Retorica es la facultad de considerar en cada caso lo que sirve para persuadir, este objeto no lo comparte con ningún otro arte, ya que cada una de las demás disciplinas abarca sólo la enseñanza y la persuasión sobre un objeto específico, como la medicina que trata sobre la salud y sobre la enfermedad, y la geometría sobre las propiedades y las magnitudes, la aritmética sobre el número, y, de modo semejante las restantes artes y ciencias; la Retórica se ocupa, por el contrario, de cualquier cosa dada, por así decirlo, parece que es capaz de considerar los medios persuasivos en general, por eso decimos que no limita su estudio a ningún género específico.”⁵

Aristóteles caracterizó, definió y sistematizó definitivamente la Retórica, a punto tal de que su obra es el mejor tratado de Retórica de que disponemos aún hoy. Para él,

⁵ *Retórica*, 1355 b 23-25.

la Retórica es una disciplina paralela a la Dialéctica. En efecto, ambas están estrechamente relacionadas porque tratan sobre asuntos contingentes en donde no es posible arribar a verdades absolutas. Las dos disciplinas se mueven en el ámbito de las verdades probables o verosímiles. La Dialéctica aporta las estructuras lógicas, estudia la forma de argumentar, y la Retórica se orienta a influir persuasivamente en el oyente en cuanto es influenciado por las pasiones: trata de los argumentos en relación con el *ethos* -carácter- del orador y con el *pathos* -pasiones- del auditorio. Mientras la primera recurre a procedimientos lógicos, la última apela también a estímulos psicológicos y a las emociones del auditorio.

Por su parte, para Aristóteles la Dialéctica es una parte de la Lógica. Tal como ha sido dicho, es la lógica de lo probable, la lógica que guía y se utiliza como método para la investigación científica, para el pensamiento aporético, es la lógica propia de la enseñanza y es la lógica y el método adecuado para la argumentación en materia práctica contingente (moral, política y jurídica).

Aristóteles dio un poderoso impulso al desarrollo de la retórica jurídica porque en su obra *Retórica* es donde aparece la primera organización de categorías jurídicas que conocemos. Aristóteles clasifica los discursos en tres especies:

- (i) los *discursos deliberativos*, que son los discursos políticos o parlamentarios que se pronuncian frente a una asamblea política;
- (ii) los discursos *epidícticos o demostrativos* que son los discursos festivos y los discursos laudatorios en los que el orador alaba o vitupera un hecho o una persona; y
- (iii) los *discursos judiciales* que son los típicos alegatos de acusación o defensa que se desarrollan ante los jueces que intervienen en un proceso judicial en el que se discute si un hecho ocurrió o no en el pasado.

Al tratar de los discursos forenses o judiciales, Aristóteles recoge, sistemáticamente, las diversas categorías jurídicas⁶ conocidas en su época. Así, consigna un elenco o catálogo de *topos* o lugares de la argumentación que comprende los siguientes temas: la justicia; el acto injusto y la injusticia; la ley y sus especies: ley natural y ley positiva; el acto voluntario y el involuntario; el delito; la equidad; los testigos; las circunstancias agravantes; los contratos; las confesiones obtenidas por medio de los tormentos; los sujetos –v.g.: la víctima de un ilícito–; la obligación; la responsabilidad; las penas; el juez; los pleitos. Si bien estas categorías jurídicas fueron creándose y configurándose a lo largo del tiempo, aparecen, por vez primera, organizadas en un orden coherente, en la obra aristotélica.

3.2. La ciencia (filosofía segunda) o Filosofía del Derecho.

La Filosofía del Derecho sin llamarse todavía así, nace con el inventor de la Filosofía, el más grande filósofo de Occidente, que es Platón de Atenas, y el primer gran tratado de Filosofía del Derecho es su obra la *República*. El aporte platónico se completa con las otras dos obras dedicadas a temas políticos y jurídicos, a saber: *El político* y *Las leyes*. Hasta ese entonces, el tratamiento de los temas jurídicos no puede ser considerado estrictamente científico. Los sofistas, por ejemplo, si bien tematizaron los asuntos morales y jurídicos, y encontramos en sus debates

⁶ *Retórica*, Libro I, capítulos 10 y subsiguientes, 1368 b – 1377.

cuestiones como la justicia (Trasimaco decía que era lo que convenía al más fuerte), la ley natural (Antifon la identifica con la libertad y la igualdad), la relatividad de las costumbres (argumento basado en las narraciones y observaciones de Heródoto), lo cierto es que estas cuestiones no son abordadas con un propósito propiamente teórico destinado a conocer la verdad de las cosas sino más bien con un fin puramente pragmático, a saber: ganar las discusiones, obtener la victoria en los pleitos, dominar las habilidades necesarias para prevalecer en las polémicas propias de la época.

El otro gran desarrollo de la ciencia del Derecho está dado por Aristóteles en el libro V de la *Ética nicomaquea*. Para Aristóteles, la ciencia se identifica con la filosofía, excepto la filosofía primera que está más allá de la ciencia. En su famosa obra titulada *Metafísica* Aristóteles distingue dos niveles dentro de los saberes: de una parte, la Filosofía Primera, también llamada Sabiduría (*sophia*) o Metafísica: cuyo objeto es Dios y el ente en general. Estudia los principios más comunes de la realidad, tanto en su aspecto de principios ontológicos de los entes (materia-forma, acto-potencia, esencia-existencia), como también los principios del conocimiento humano (gnoseología). Adviértase que el objeto de la Filosofía Primera es el ente en cuanto tal, es decir, el ser en general sin contraerlo a ninguna modalidad o género. Esto significa que la Filosofía Primera estudia la totalidad de lo real.⁷

De otra parte, están las Filosofías segundas o ciencias (*epistéme*), es decir, los saberes cuyo objeto de estudio es algún género determinado del ente, una porción de lo real,⁸ por eso se dice que la ciencia es un saber *particular*. Para Aristóteles, la ciencia o Filosofía segunda es un saber cuyo objeto es lo universal y necesario, un saber que intenta dar cuenta de las cosas por medio de sus principios reales o causas (*aitiai*; las famosas cuatro causas: material y formal, eficiente y final), pero que no tematiza los principios comunes sino que los recibe de la Filosofía Primera. La ciencia estudia las causas del fenómeno u objeto de consideración; lo que implica que mientras se enuncien sólo hechos o se describan fenómenos, sin saber el porqué de ellos, todavía no se ha llegado a un nivel científico. La ciencia del derecho es una Filosofía segunda, pues su objeto consiste en la intelección de la esencia específica del derecho –el *eidos*, la *essentia*, la forma, la estructura constitutiva–, es decir, en establecer qué es el derecho.

Para la tradición aristotélica, por lo tanto, la Filosofía del Derecho se identifica con la ciencia del Derecho. Si, tal como hemos tenido oportunidad de señalar, la ciencia es el saber cuyo objeto es lo universal y necesario, entonces la ciencia del derecho será la disciplina que dará cuenta de los aspectos universales y necesarios propios del fenómeno jurídico. Empero, habíamos dicho que todo lo relativo a la conducta humana adolece de la contingencia propia de los fenómenos asociados a la libertad del hombre. La pregunta que se suscita, entonces, es la siguiente: ¿hay algún aspecto de la conducta humana jurídica que tenga la necesidad y universalidad propia de la

⁷ Dice Aristóteles que a la Filosofía Primera “corresponderá considerar el ente en cuanto ente, su quiddidad y las cosas que le son inherentes en cuanto ente.” (*Metafísica*, Libro VI, 2, 1026 a 32 – 33).

⁸ “...todas estas ciencias, habiendo circunscrito algún ente y algún género, tratan acerca de él y no del Ente en general ni en cuanto ente, ni se preocupan por nada de la quiddidad, sino que partiendo de ésta (...) demuestran así, con más o menos rigor, las propiedades inherentes al género de que se ocupan” (*Metafísica*, Libro VI, 1, 1025b 6 -14).

ciencia? Efectivamente, hay un nivel científico acerca de la conducta humana en general, y de la conducta jurídica en particular, en donde se verifican la certeza y la *akribeia*: es el orden de los principios –los enunciados directamente relacionados con los fines del hombre y de su conducta– y de las causas, y en las definiciones, divisiones y conclusiones más generales implicadas o derivadas de ellos. Todo este ámbito es universal y necesario y, por lo tanto, admite afirmaciones verdaderas dotadas de *akribeia* (precisión, rigor, exactitud). En la medida en que los enunciados científicos en materia práctica se aproximan a la concreción y contingencia de la acción humana singular, perdiendo consiguientemente generalidad y necesidad, las conclusiones científicas disminuyen proporcionalmente en su *akribeia* y certeza.

El conocimiento científico supone, en primer lugar, la definición de la cosa que es objeto de cada ciencia, es decir, la delimitación conceptual precisa de aquel sector de la realidad o género de entes del que se ocupa y su expresión en un concepto universal. En segundo lugar, deberá establecer sus propiedades, entendiendo por propiedades las cualidades que emanan necesariamente de la esencia del objeto de que se trate y, por tanto, también son universales. Seguidamente, habrá que hacer una división del objeto, ya correctamente definido, en sus elementos. Y todo este cuerpo de conocimientos debe organizarse metódicamente en forma sistemática, pues no hay verdadera ciencia sin orden.⁹ Por aplicación de esta metodología científica a la Filosofía del Derecho, esta disciplina deberá considerar y tematizar las siguientes cuestiones: el concepto de derecho, intentando alcanzar una definición correcta y lo más precisa posible del derecho, esto es, una definición por su género propio y su diferencia específica; las propiedades generales del derecho: la validez, la vigencia y la coercibilidad; las divisiones del derecho: derecho natural y derecho positivo, derecho público y privado; derecho interno e internacional; el fundamento del derecho; el concepto de justicia; y el estatuto epistemológico del derecho, esto es, su ubicación dentro del cuadro de los saberes.

Esta concepción de la ciencia del derecho, hoy denominada “Filosofía del Derecho”, continúa a lo largo de todos los siglos en la medida en que existe la tradición platónica-aristotélica. En efecto, la doctrina iusfilosófica platónico-aristotélica nacida en la Grecia clásica continúa con San Agustín de Hipona en el primer medioevo; sigue en la Escolástica medieval con Santo Tomás de Aquino; perdura en la Modernidad con la Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes cuyos representantes más destacados fueron Francisco de Vitoria y Francisco Suárez y así llega hasta nuestros días. Posteriormente, la historia del pensamiento jurídico registra otras corrientes que también tienen incidencia en el pensamiento jurídico: el racionalismo de la Edad Moderna, el empirismo, el criticismo kantiano, el idealismo de Hegel. Esta es la Historia de la Filosofía del Derecho.

3.- Roma: abogados y jurisconsultos.

La oratoria forense en Roma.

En la Roma antigua –sobre todo, en la etapa republicana–, al igual que en Grecia, los estudios de Retórica constituían, junto con el aprendizaje de la Gramática, la base indispensable de la educación de los jóvenes de las familias acomodadas que, como

⁹ “Conclusiones et demonstrationes unis scientiae ordinatae sunt, et una derivatur ex alia” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 54, a. 4, ad. 3).

preparación imprescindible para la vida política o el ejercicio de la abogacía, aprendían la técnica oratoria.

En Roma, todas las actuaciones *apud iudicem* –ante el Juez– también eran orales y públicas: los procesos judiciales se ventilaban en lugares públicos con la presencia de los dos litigantes, sus respectivos abogados, los testigos, el juez y una multitud de curiosos a quienes la afición a las controversias oratorias inmovilizaban durante horas en los alrededores de los tribunales.¹⁰ Los abogados de cada una de las partes tomaban la palabra y presentaban el caso mediante elaborados discursos por medio de los cuales intentaban probar sus imputaciones o bien defender a sus clientes.

La oratoria forense se estudiaba en las escuelas de Retórica nacidas aproximadamente en el siglo I a. C., sobre la base del modelo griego y competidoras de las que florecían en Atenas, Pérgamo y Rodas. Los primeros maestros de Retórica que se instalaron en Roma fueron refugiados procedentes de Asia o de Egipto, víctimas de persecuciones políticas que buscaban asilo y protección; y todos ellos enseñaron en griego. Más tarde, cuando los romanos los reemplazaron en sus cargos docentes adoptaron sus métodos y su lengua. Recién a partir de la revolución de Mario, las clases de Retórica se dictaron en latín. La formación retórica pretendía cultivar únicamente la habilidad oratoria del futuro abogado, de modo de prepararlo para actuar con elocuencia ante los tribunales, pero no el conocimiento del derecho, pues el litigio se desarrollaba ante jueces que no eran técnicos en derecho, quedando el saber estrictamente jurídico en manos de los jurisprudentes, como veremos más adelante. De esta suerte, lo que se enseñaba, principalmente, eran ejercicios literarios y de técnica verbal que se ponían en práctica en ensayos oratorios recitados en público.

La obra de Marco Tulio Cicerón (106-44 a.C.) es un hito importante en el desarrollo de la retórica jurídica. Cicerón nació en Arpino, una pequeña ciudad al sur del Lacio, perteneció a una familia de clase media y para formarse como abogado viajó a Atenas a estudiar Retórica, llegando a ser uno de los más brillantes oradores de la Roma antigua. No era jurista sino abogado y político, aunque en la última etapa de su vida escribió obras de gran relevancia teórica porque traducen algunos conceptos importantes tomados de las obras de Platón y Aristóteles al latín. Han llegado a nuestros días un total de cincuenta y siete de sus discursos políticos y judiciales de los cuales el más famoso es *In L. Catilinam* –las Catilinarias– pronunciado ante el Senado para denunciar la conspiración de Catilina.

La contribución ciceroniana más importante a la Retórica abarca la trilogía formada por *De Oratore* (55 a.C.), *Brutus* (45 a.C.) y *Orator* (46 a.C.). *De Oratore* es, según la opinión de la mayoría de los críticos, la obra maestra de la retórica ciceroniana. Para Cicerón, la elocuencia –belleza y, como consecuencia, eficacia persuasiva de la expresión oral– es un componente necesario de la oratoria que se agrega al valor de verdad. Con esta afirmación reiterada y enfática, parece buscar una síntesis entre la Retórica y la Poética aristotélicas. Dice que la Filosofía alcanza su máxima expresión en la Oratoria, pues la expresión bella de la verdad la hace más amable y fácil de admitir. Con lo cual, resulta que el orador es más que el filósofo griego,

¹⁰ Véanse las precisas descripciones que realiza JERÔME CARCOPINO en su famosa obra *La vida cotidiana en Roma* (he consultado la versión española de RICARDO A. CAMINOS, Buenos Aires, Librería Hachette S.A., segunda edición, 1944), págs. 300 y ss.

porque hace que la sabiduría alcance un grado de perfección superior. Esto parece significar una reducción de la sabiduría a pensamiento interlocutorio pragmático lo cual, unido a cierto escepticismo que grava su filosofía, lo acerca peligrosamente a los sofistas.

Cicerón confirió un desarrollo digno de ser destacado a ciertos recursos retóricos – como las amplificaciones– y a la elocuencia en general. La aportación ciceroniana más valiosa en el campo específico de la retórica jurídica consiste en su catalogación minuciosa de tópicos o lugares de argumentación propiamente jurídicos. El análisis de la acción: sujeto, objeto, circunstancias subjetivas y objetivas, etc., ha tenido una gran influencia en toda la doctrina del Derecho y de la moral del mundo cristiano y constituye, aún hoy, una fuente de utilidad para la metodología jurídica.

Recapitulando lo visto hasta ahora, podemos concluir en que el saber jurídico propio de los abogados, esto es, el conjunto de técnicas eminentemente prácticas –práctico *poiéticas* para ser precisos– necesarias para actuar en el foro –el arte del bien decir, las técnicas de argumentación, la organización del discurso, la discusión antagónica ante el tribunal, los recursos para persuadir al juez, la elocuencia, etc. – nacen en la Grecia clásica, en el siglo V. a.C., con la sofística, continúan con las antiguas escuelas de Retórica griegas y romanas, encuentran una sistematización teórica rigurosa en Aristóteles (siglo IV a. C.) y continúan en Roma con diversos autores entre los que sobresale Cicerón (siglo I a.C.).

El saber técnico de los abogados que, con cierta licencia podríamos denominar *el arte de abogar* tuvo su origen histórico en Grecia y Roma, y las técnicas que utilizaron los primeros abogados que defendían a los ciudadanos en los tribunales eran la Retórica, lógicamente asistida por la parte de la lógica que se llama Dialéctica (en cuanto estructura lógica de aquella). El origen del saber jurídico de los abogados, por lo tanto, es una Retórica y una Dialéctica jurídicas.

El saber de los juristas. De las *Institutas* a la Filosofía del Derecho.

Además de las técnicas retóricas propias de los abogados, tenemos otro saber que surgió típicamente en la Roma antigua: el saber de los juristas o de los jurisconsultos. El saber de los juristas es un saber intermedio porque es más profundo y elevado que el saber de los abogados pero no llega al nivel teórico de la ciencia estricta o Filosofía del Derecho. Este saber nace en Roma y aún cuando puede parecer un híbrido entre técnica y ciencia, es menester dar cuenta de él porque de hecho existió.

Los iurisprudentes o iurisconsulti romanos.

En la antigua Roma la práctica del derecho precedió a la teoría. Las categorías jurídicas y las instituciones del derecho romano fueron surgiendo en el *forum*, al calor de la práctica judicial, es decir, por vía casuística, en ocasión de la solución de los casos concretos y por extensión analógica a casos similares. El derecho consiste en juicios,¹¹ que se fundan en los criterios de justicia formulados por los *iuris prudentes* también llamados *iurisconsulti* (jurisconsultos). Lo característico del

¹¹ *Digesto*, 5, 2, 17, 1: *ius fieri ex sententia iudicis*; *Digesto*, 25, 3, 3pr: *iudicem ius facere*.

derecho romano es que es un derecho jurisprudencial y no un orden impuesto por el legislador. Este proceso se fue produciendo a partir del siglo IV a. C. –en el 367 antes de nuestra era se instituye la intervención del pretor– y a lo largo de las siguientes centurias.

Los jurisprudentes o jurisconsultos romanos eran hombres instruidos, de vasta experiencia, a cuyo consejo debían recurrir litigantes, jueces y magistrados. Se los consideraba autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto (*iuris prudentes*) y es por ello que se les concedió el *ius respondendi*. Su principal actividad consistía en evacuar gratuitamente consultas emitiendo dictámenes sobre casos concretos sometidos a su consideración, respecto de los cuales proponían la solución más justa posible con arreglo al derecho vigente, o bien una solución novedosa a la vista de nuevas circunstancias sociales. Eran consultados por los particulares, cuando querían intentar su acción en la forma requerida; también asesoraban al pretor, hombre político sin competencia técnica, nombrado generalmente por un año, y recibían consultas de los jueces, quienes, en realidad, no conocían el derecho, y por eso, estaban obligados a aplicar sus soluciones o *responsa* al dictar sentencia en los litigios.¹²

Es interesante destacar que los juristas romanos raramente actuaban como abogados. El oficio de la abogacía, como ya fuera dicho, era de índole retórica más que jurídica.¹³ Esto explica que la jurisprudencia romana se desinteresara de los problemas de la prueba judicial, que son los decisivos para el arte del abogado.

En el siglo III a.C., tenemos el primer registro de un verdadero docente en derecho: Tiberio Coruncano, nombrado cónsul en el 280 a.C. y Pontífice Máximo en el año 254 a.C., quien introduce una innovación en la forma de brindar respuesta sobre cuestiones de derecho: la admisión de la presencia de oyentes en el lugar en que pronunciaba sus dictámenes. Empero, lo que también era una novedad destacable era que Tiberio Coruncano exponía los fundamentos jurídicos que lo habían llevado a dar tal o cual solución al caso concreto planteado, transmitiendo a los oyentes sus conocimientos. Si bien se trata de la primera enseñanza del derecho que se conoce, no se puede afirmar que fuera la transmisión de un verdadero saber teórico, puesto que el propio Derecho, todavía en esta etapa no pasaba de ser un arte o una técnica y la enseñanza no podía ser científica por falta de principios teóricos y ausencia de una ordenación metódica. Tampoco era una enseñanza regular, puesto que Tiberio Coruncano se limitaba a enseñar el derecho a los que acudían a él deseosos de aprender.

Durante la República, aquellos jóvenes de familias acomodadas que habían terminado sus estudios de retórica, indispensables para la actuación ante los

¹² A nosotros nos resulta muy extraño todo esto, porque estamos imbuídos del principio *Iura novit curia*, es decir: “el juez conoce el derecho”. Sin embargo, en Roma no era así: el *Iudex privatus* era profano y el derecho, en los últimos tiempos de la República, se había complicado tanto que un profano no estaba en condiciones de conocerlo con seguridad, por eso debía buscar apoyo en los jurisconsultos.

¹³ El jurista Quinto Muscio Escévola reprochaba a los abogados que fuesen ignorantes del derecho (en Pomponio, D. 1, 2, 2, 43); y, por otra parte, los juristas eludían las *quaestio de facto* por considerarlas impropias de un jurista: *non de iure quaeritur* (D. 33, 7, 20, 9).

tribunales, y que deseaban adquirir un conocimiento de derecho propiamente dicho, acudían a un jurisprudente. El aprendizaje del derecho se producía en ocasión de acompañar a un jurista experto, y naturalmente, al margen de todo tipo de escuelas. Era, todavía, un aprendizaje esencialmente práctico –no había aún teorías, ni conceptos generales– completamente individual, personalizado e informal.

Cicerón vivió y murió en el momento histórico en que desapareció la República romana y nació el Imperio (siglos I a.C. – I d.C.) y aún en esa época el derecho se enseñaba de la misma manera: viviéndolo, en contacto con la práctica y con la tradición oral –en el sentido preciso de transmisión de un patrimonio intelectual–. La costumbre consistía en incorporarse al círculo de un jurisconsulto, con el que el discípulo vivía y al que acompañaba cuando daba respuestas en público, o asistía a los procesos. El discípulo tomaba nota de las respuestas y dictámenes que daba su maestro y su escuela era la práctica. De hecho, Cicerón¹⁴ describe como realizó sus estudios jurídicos bajo la dirección de Q. Mucio Agur y Q. Mucio pontífice.

En su obra *De Oratore*, del año 55 a.C., Cicerón hace expresa referencia al estado del “arte” –entendido en el sentido de disciplina ordenada– del derecho civil en su época.¹⁵ Deplora las grandes dificultades que encuentra el orador al estudiar el derecho civil;¹⁶ y afirma que ello se debe a que los conocimientos jurídicos están todavía muy dispersos, no habiendo sido objeto de síntesis; sólo la experiencia de la vida judicial puede llevar a poseer la ciencia del derecho.¹⁷ Concluye afirmando que la ciencia del derecho se encuentra en un estado rudimentario, y agrega que es preciso reunir los conocimientos dispersos en un solo cuerpo de doctrina, metódicamente organizado, aplicable en todos los dominios, es decir, reclama la construcción de una teoría general del derecho.

Para constituir el derecho civil en un “arte” claro y fácil, es necesario, según el gran orador romano, por lo pronto, definir bien qué es el derecho; Cicerón se ocupa de ello.¹⁸ Seguidamente, es preciso dividir la materia en dos o tres partes, de acuerdo con un plan armonioso y cómodo: “*encuadrar todo el derecho civil dentro de algunos géneros, reduciéndolos a un número determinado y pequeño*”.¹⁹ Clasificar luego todas las nociones en géneros y especies. Es fácil apreciar que el método que propone Cicerón para constituir la ciencia del derecho no es más que una aplicación de la lógica griega clásica a lo jurídico, algo que es entendible en un hombre cuya obra es, en gran medida, una traducción y adaptación de la retórica y filosofía griegas a la cultura latina.

¹⁴ CICERÓN, *De Amicit*, I, I; *Brut.*, 83, 306; *De Legibus*, I, 4, 13.

¹⁵ CICERÓN, *De Oratore*, I, 41, 185 -192.

¹⁶ CICERÓN, *De oratore*, I, 41. 185: “nada hay [en el derecho] que pueda reducirse a arte”.

¹⁷

“en esa ciencia todo está a la vista, todo en el uso cotidiano, y en la práctica del foro”, (CICERÓN, op. cit., I, 42, 191).

¹⁸ “sea pues el fin del derecho civil la conservación de la legítima y acostumbrada equidad en las causas y negocios civiles” (CICERÓN, op. cit., I, 41,188).

¹⁹ Op.cit, I, 41,189.

A principios de la Era Cristiana –siglo I de nuestra era– y del Imperio, y a lo largo de los siglos subsiguientes, el derecho romano comienza a recibir esa ordenación metódica y coherente que reclamaba Cicerón para pasar de ser una mera práctica prudencial a constituir, paulatinamente, un saber teórico. Los mismos hombres que tan útilmente habían sabido guiar con sus consejos la práctica judicial comienzan a edificar algo nuevo: una ciencia del derecho. Los jurisconsultos –Labeón, Juliano, Ulpiano, Paulo, Modestino, Papiniano– fueron quienes desarrollaron ese verdadero programa de construcción científica que pedía y anticipaba Cicerón en *De Oratore*.

En el primer período del Imperio –el Principado– nacen las escuelas de jurisprudencia que se organizan según el modelo de las escuelas griegas de retórica y filosofía. Las dos escuelas rivales más conocidas son la de los *Sabinianos*, cuyo jefe era Ateyo Capitón y la de los *Proculeyanos*, seguidores de Antonio Labión; cada una de ellas se propone conservar, desarrollar y extender las doctrinas de sus grandes fundadores. No eran centros de enseñanza, sino agrupaciones de juristas ya formados y de juristas en etapa de formación, cultivando cada una de ellas una determinada tradición de opiniones enseñadas.

A partir de Augusto, surgen las escuelas públicas de derecho, financiadas por el Estado. No eran aún universidades como las que surgirán más adelante. Se trataba, todavía, de una enseñanza sin la organización convencional de un plan de estudios, un programa, un horario, ni mucho menos unos alumnos matriculados. Los alumnos eran simplemente unos oyentes del jurista oficialmente reconocido.

Más adelante, el jurisconsulto se encontró con la necesidad de guiar, a distancia, a un discípulo situado en lejanas provincias del Imperio, o de orientar al gobernador que debía administrar justicia en algún tribunal de las Galias o del Asia Menor. Pensando en ellos, el jurisconsulto redacta grandes tratados prácticos de derecho. De esta manera, nace en Roma la literatura jurídica y, paulatinamente, se va construyendo un cuerpo de doctrina.

Las Institutas.

En los primeros siglos de nuestra era, simultáneamente con el surgimiento y desarrollo de las instituciones de enseñanza superior, surge la necesidad de contar con una ordenación sistemática del derecho como instrumento indispensable para realizar un estudio ordenado. Este es el motivo de la publicación de las obras jurídicas romanas conocidas como *Institutas*, quizás el producto más elaborado de este progresivo trabajo de organización metódica de la ciencia o “arte” del derecho, en el sentido en el que Cicerón utilizaba esta palabra, es decir, como una doctrina coherente y metódicamente organizada.

Se denominan *Institutas* los manuales destinados a la enseñanza jurídica elemental en las escuelas romanas de jurisprudencia, en los cuales se exponen brevemente, de una manera fácil y sencilla, según un orden y una distribución sistemática, los institutos del derecho privado, al mismo tiempo que se sintetizan los principios generales, conceptos y definiciones. Dos de ellos han llegado hasta nosotros: las *Institutas* de Gayo, que datan del año 161 después de Cristo y de las que se ha podido encontrar un texto auténtico, y las *Institutas* de Justiniano, redactadas sobre

la base del manual de Gayo y de las obras de otros juristas, más perfecta aún que el manual del siglo II.

Pero sin duda alguna la obra más importante de este tipo son las *Institutas* de Gayo. Este autor debió ejercer como maestro de derecho en una provincia oriental. Escribió varias obras pero sus *Institutas* tuvieron una suerte singular, pues se convirtieron en libro de texto para el primer curso de la carrera de derecho en las escuelas de Constantinopla y de Berito –la actual ciudad de Beirut- y así su nombre cobró fama en la posteridad. La razón del éxito de su manual radica en su carácter didáctico y elemental, y en que está escrita en un estilo más sencillo y ameno que el habitual de los juristas.

En las *Institutas* –tanto en las de Gayo como en las de Justiniano– encontramos ya, una primera tentativa de construcción de *un saber científico acerca del derecho*, organizado racionalmente en torno a una pirámide de definiciones, como lo pedía Cicerón. La jurisprudencia, el oficio del jurista, es definido como “la ciencia general de las cosas divinas y humanas” de la que forma parte, como objeto especial de los conocimientos del jurista “la ciencia de lo justo y lo injusto”. Los principios universales del derecho son los siguientes: vivir honestamente –moralmente–, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo. Dentro del género derecho se distinguirán distintas especies: el derecho natural, el derecho de gentes y el derecho civil. No es nuestro cometido ahora considerar en qué consisten cada uno de estas especies, sino mostrar que el clásico manual de enseñanza romano contiene ya un verdadero sistema conceptual del derecho, con definiciones, divisiones y principios, cuyo método y estructura científica le viene de la lógica griega.

La compilación de Justiniano: el Corpus Iuris Civilis.

En el siglo VI, los reyes de Occidente y los emperadores romanos ordenan realizar extensas compilaciones que tratan de reunir (*digerere*), en un orden que intenta ser simple y cómodo, toda la ciencia del derecho. Ejemplo de ellos son las mediocres compilaciones de los reyes visigodos y burgundios en Occidente: el *Breviario de Alarico* (506 d.C) y la *Ley romana de los Burgundios*. En el imperio romano de Oriente la antológica compilación de decretos y leyes hecha por el emperador Justiniano el grande (483-565), entre los años 529 y 533, que desde el siglo XII se denomina “Cuerpo del Derecho Civil” (*Corpus iuris civilis*). La compilación de Justiniano tiene una relevancia incuestionable porque a través de ella el derecho romano llegará al mundo moderno y porque constituye uno de los tres grandes textos fundamentales de la historia cultural de Occidente, junto con la Biblia y las obras de los grandes filósofos griegos.²⁰

El *Corpus iuris* consta de tres partes: (i) las *Institutiones* o “institutas” que se fundan principalmente en las de Gayo, pues estaban destinadas a sustituirlas como libro de texto en la primer curso de la carrera de derecho; (ii) el *Digesto* o *Pandecta*: una antología de extractos breves de los juristas de la época clásica; y (iii) el *Codex Iustiniani*, una colección de constituciones imperiales a partir de Adriano, pero mayormente desde la época de los Severos hasta el mismo Justiniano. A estas tres partes se agregó después una cuarta, que contiene las constituciones imperiales de

²⁰ DORS, ALVARO, *Derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA, 10ma edición, 2004, pág. 46.

Justiniano dictadas con posterioridad al *Codex*, que se conocen con el nombre de *Novellae Iustiniani*, es decir: nuevas leyes de Justiniano.

En resumidas cuentas y para concluir: antes de la época ciceroniana, como hemos tenido oportunidad de comprobar, sólo existía una práctica jurídico-prudencial. Le debemos a la labor científica que llevaron a cabo los jurisconsultos romanos entre los siglos I y VI de nuestra era, aproximadamente, el surgimiento y la sistematización de un saber científico acerca del derecho con un alto grado de elaboración, organizado de acuerdo con las reglas de la lógica aristotélica – definición y división en géneros y especies–, con principios generales y un repertorio de categorías y conceptos definidos con claridad –derecho natural, derecho de gentes, derecho público, derecho privado, personas y cosas de distintas especies, contratos, accion real, acción personal, etc. – que utilizamos aún hoy.

4.- La Edad Media: abogados y jurisconsultos.

4.1. La primera Edad Media (siglos V al XI)

El hecho histórico con el que comienza la Edad Media es la crisis y la caída del Imperio romano de Occidente en el siglo V de nuestra era. Al desaparecer la sólida estructura estatal romana, sobreviene un período durante el cual no hay ya un “Estado” tal como se concebirá esta noción en la Edad Moderna o, incluso, como podría serle aplicada al Imperio romano; esto es: no hay una organización política centralizada y unitaria que proyecte su poder efectivo respecto de un ámbito territorial determinado y generalmente amplio, avalado por un aparato de coacción. El mundo que aflora a partir del siglo V se caracteriza por constituir un orden socio-jurídico complejo compuesto por poderes diversos y periféricos, por innumerables grupos sociales, dotados de autonomía relativa: baronías, comunidades feudales, reinos, la Iglesia, etc. Este particularismo político trae aparejado un particularismo jurídico pues las diversas fuerzas y poderes que componen la sociedad civil constituyen otras tantas fuentes de normas jurídicas. “El Derecho ya no es monopolio del poder –explica Paolo Grossi–, es la voz de la sociedad, voz de innumerables grupos sociales cada uno de los cuales encarna un ordenamiento jurídico”.²¹ No hay, por lo tanto, un único derecho sino que cada grupo social elabora un derecho particular a modo de estatuto personal aplicable a los miembros de ese grupo; tal será el caso del clérigo, a quien se reconoce sujeto del Derecho canónico y, más tarde, el caso del mercader sometido al Derecho especialísimo producto del *coetus mercatorum*, primer embrión del futuro “Derecho mercantil”.²²

Durante los siglos que van desde el V al XI, el Derecho se va creando día a día, a partir de la praxis, en la necesidad de regular los negocios cotidianos, y en ocasión de brindar soluciones a los problemas jurídicos propios de la vida cotidiana. El notario es, en palabras de Grossi, “la hormiga laboriosa del taller jurídico medieval” que modela y elabora un Derecho original extraído de los hechos y de la vida jurídica concreta. Los notarios inventaron nuevas figuras jurídicas sobre la base de antiguos esquemas romanos, a veces adecuándolos a las necesidades del momento,

²¹ GROSSI, PAOLO, *El orden jurídico medieval*, traducción de FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE y CLARA ÁLVAREZ, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 67; sigo en esta parte del trabajo esta obra.

²² GROSSI, P. , obra citada, pág. 72.

otras veces modificándolos para crear instituciones novedosas, y en ocasiones modelando una costumbre jurídica preexistente; y todo ello con una libertad y una destreza notables.²³ Ejemplo de este esfuerzo de producción jurídica son los diversos y variados contratos agrarios creados por los notarios a lo largo de este período.

A lo largo de este período no hay una reflexión doctrinal con carácter científico acerca del Derecho. Para Grossi no podría haberla porque “la ciencia, para construir su arquitectura, tiene necesidad de conquistas consolidadas y reposadas sobre las que que levantar validamente una reflexión. Pero en el nuevo taller medieval la praxis construye día a día su Derecho, lo plasma y lo modifica según las exigencias de los lugares y de los tiempos, mostrándosenos a través de una faceta increíblemente compuesta e irreductible a unidad”.²⁴ En efecto, se trata de una etapa de creación de contratos atípicos, de acuñación de nuevos modelos de negocios, de convenciones originalísimas, de costumbres que se consolidan en instituciones novedosas, de nuevos esquemas inventados por los notarios. Un Derecho que es, por su propia índole, ductilísimo y variable, que está en constante proceso de formación, que es producto de una acumulación ininterrumpida de soluciones prácticas no se presta a ser reducido a los esquemas rígidos propios de la ciencia.

4.2. La civilización tardomedieval (siglos XI a XIV).

El derecho medieval. Glosadores, comentadores. Common law.

En el siglo XI, en Italia se produce un fenómeno histórico de largas proyecciones: el redescubrimiento del derecho romano justiniano: en el año 1090 el monje Iñerrio, maestro de las artes liberales del *trivium* (gramática, retórica y dialéctica), descubrió en la biblioteca de Pisa un ejemplar del *Corpus Iuris Civilis*. Fue el primero en estudiarlos en hacer breves comentarios marginales llamados glosas.

El magisterio de Iñerrio dio lugar a una corriente jurídica que conocemos con el nombre de escuela de los glosadores. A ese magisterio y a esa escuela se vincula el nacimiento de la Universidad de Bolonia (*Studium Bononiense*), fundada en 1088, cuya fama se extendió prontamente por toda Europa; los 10.000 estudiantes provenientes de todos los países del continente que llegó a tener, constituye prueba elocuente de ello. Bolonia fue, pues, la sede principal de los glosadores.

El método de los glosadores consistía en hacer breves aclaraciones, comentarios textuales o “glosas” principalmente respecto del *Corpus Iuris* de Justiniano (siglo VI), recientemente redescubierto, a fin de interpretarlo y de extraer de su texto soluciones jurídicas apropiadas para las nuevas exigencias prácticas de la realidad vigente en Europa en esa época. Uno de los más destacados glosadores fue Azón, profesor de Bolonia de 1190 a 1229 y el más famoso fue Accursius, el cuál trabajó por décadas en una compilación exhaustiva de las glosas realizadas por los juristas predecesores, llamada *Glossa Magna*, *Glossa ordinaria*, o, simplemente, –y por antonomasia– *Glossa*, publicada en el año 1227, que llegó a incluir cien mil glosas. Fue enorme el éxito de la *Glossa Magna*, tanto entre la reflexión científica como en la práctica forense. Los glosadores desarrollan sistemáticamente el método de los comentarios a los textos romano clásicos, formulando distinciones, conjeturas e

²³ GROSSI, P., obra citada, pág. 79.

²⁴ GROSSI, P., obra citada, pág. 80.

intentos de soluciones, procurando obtener una visión unitaria de las instituciones y sintetizando los principios extraídos de estos textos en *broccardas*.

A finales del siglo XIII comienza la escuela de los comentaristas o posglosadores, extendiéndose hasta el siglo XV en Perugia. A ella pertenecen Bartolo de Sassoferrato (1314-1357), Alberico de Roste, Paolo de Castro y Jasón de Meino, entre otros. Sobre la base de la metodología escolástica se centran en las *quaestiones* o casos difíciles, y resuelven los nuevos problemas que se presentaban en el momento. Es de notar que glosadores y comentaristas utilizan los instrumentos lógicos de la Dialéctica clásica para realizar su obra de construcción técnico-jurídica. Estamos ya en la época del nacimiento de las primeras universidades: Bolonia (especializada en Derecho, 1088), Oxford (antes de 1096), de la que se escinde su rival Cambridge (1209), Palencia (1208), Salamanca (1218), Padua (1222), Nápoles (1224), París (1275). En las Universidades medievales nacidas en el siglo XII encontramos ya cátedras de jurisprudencia pero también estudios de Filosofía y de Teología, y dentro de esta última, está la Teología Moral que abarca, como una parte, un capítulo dedicado a la Justicia y, a su objeto, el Derecho. Por ejemplo, Tomás de Aquino trató de la ley y del derecho en general, de la ley y el derecho naturales y de la ley y el derecho positivos, en la *Suma Teológica*, en el capítulo dedicado al estudio de la virtud de la justicia y en el tratado de la ley, dentro de su magna obra. Tenemos pues a filósofos, teólogos y juristas trabajando al mismo tiempo sobre un mismo objeto de estudio: el derecho y haciendo ciencia del derecho, es decir, considerando sus aspectos universales y necesarios.

Este vigoroso movimiento doctrinal de los glosadores y comentaristas, unitario, a la vez exquisitamente intelectual –recuérdese que a partir del siglo XIII utilizaba la metodología dialéctica escolástica– y pragmático –en tanto estaba dirigido a brindar soluciones prácticas a los nuevos problemas jurídicos que imponía una nueva situación política, cultural, social y económica– fue fruto de una tradición viva, que a su vez es una de las formas más ricas y creadoras de la experiencia social. En un momento en que hay una nueva civilización política y económica en ebullición y no hay ninguna fuente de derecho a la mano, la tarea de estos juristas es importantísima porque adecúan el *corpus iuris* a esta nueva realidad. Adaptan los esquemas jurídicos tradicionales a los nuevos negocios y realidades jurídicas medievales. La ciencia jurídica de los glosadores y comentaristas revive el texto del *corpus iuris* justiniano pero con extraordinaria libertad para interpretarlo de conformidad con su propia mentalidad y adaptándolo a sus propias exigencias. Como resultado de este acomodamiento de los textos normativos romanos, les confieren nuevos contenidos que se erigen en reglas de la propia vida actual. Los maestros medievales son verdaderos intérpretes y no meros exégetas, mediadores entre el texto antiguo y su realidad contemporánea y mediadores tan comprometidos con la necesaria efectividad de derecho que no dudan en forzar el texto en nombre de las exigencias de la vida.

Proponen hacer como si el *corpus justiniano* fuera el derecho común de Europa, idea novedosa y fecunda. Consideran el derecho romano como el derecho común del Occidente europeo y se aplica para suplir las deficiencias de los derechos particulares de cada lugar o reino. “*Ubi cessat statuta –dice Baldo– habet locum ius*

civile".²⁵ Por ejemplo: en España estaba el derecho foral, el más inmediato y luego está el derecho común, que opera como derecho supletorio. Esta idea del derecho romano como el derecho común de Europa perdurará por lo menos hasta finales el siglo XIX, con Savigny y Von Ihering.

En Inglaterra, surge el *Common law*, que es una síntesis de la *forma mentis* jurídico-romana con la tradición inglesa. Es interesante la semejanza de su desarrollo con el del derecho de los jurisprudentes en la antigua Roma. Uno de sus máximos juristas, Sir Edward Coke, fue objeto de la crítica típicamente moderna de Thomas Hobbes. Frente a la tesis del primero de que el Derecho es lo justo, lo racional, lo equitativo y lo prudente, el segundo opone su afirmación de que el Derecho es el mandato del soberano expresado en ley. Y al método dialéctico del jurista, dirigido a las cosas en perspectiva concreta, el Gran Canciller contrapone su aspiración de construir una ciencia jurídica geométrica, es decir, hipotético-deductiva y sistemática, en la que los tópicos son sustituidos por axiomas y éstos reducidos al texto de la ley. La polémica se planteó en términos harto radicales, y felizmente para el Derecho inglés, salio victorioso el *Common law*.

Entonces, a partir de los siglos XIV y XV, cuando está instalada la mentalidad escolástica en la universidad europea, estilo académico que se perpetúa en el siglo XVI en España e Italia con la segunda escolástica, en la enseñanza del derecho se distinguen dos niveles epistémicos: de una parte lo que podríamos llamar el nivel de los juristas, que se alimenta con la doctrina de los glosadores, de los comentaristas, de los juristas del humanismo jurídico, de los canonistas y de los juristas posteriores, que estudia los principios y reglas del derecho aunque desde un punto de vista más técnico y más próximo a lo concreto; de otra parte, otro nivel sapiencial que es el de la Ciencia del Derecho (utilizando la expresión ciencia en sentido clásico: como saber de lo universal y necesario) que se suele llamar Derecho Natural. A partir del siglo XVI, nacieron obras jurídicas en las que el Derecho natural adquirió gran relevancia porque se creyó encontrar en él, por una parte, el sistema de relaciones con los pueblos no cristianos (principalmente las Indias) y, por otra, la solución para superar las guerras de religión. Así, la asignatura que se enseña en las universidades se denomina durante esta época "Derecho natural" y, luego de Francisco de Vitoria, pasa a llamarse "Derecho Natural y de Gentes" y trata de los problemas más fundamentales del derecho desde una perspectiva más universal. Merecen mencionarse la obra del español Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569) y del holandés Hugo Grocio (1583-1644) en esta línea.

En la enseñanza del derecho tenemos, entonces, dos grandes bloques: la enseñanza del derecho de los jurisconsultos, de los comentarios de los textos, de la hermenéutica del derecho positivo. Y, por otra parte, el "Derecho natural" que poco a poco se va constituyendo en la columna vertebral del Derecho político y del Derecho internacional.

5. El nacimiento de la asignatura "Filosofía del Derecho" a fines del siglo XVIII y principios del XIX.

²⁵ Expresión que cabe traducir así: donde deja de tener validez el estatuto o derecho particular, está el "ius civile", es decir, el Derecho romano.

Todo esto se va desarrollando hasta llegar al punto en el que se produce la ruptura de la filosofía y la ciencia. Se sostiene que existen dos pretendidos órdenes de saber, el “científico” y el “filosófico”, que serían dos campos completamente distintos. De un lado las ciencias experimentales y exactas que, desde una posición típicamente positivista son consideradas las únicas verdaderas ciencias, y de otro la “filosofía”. Los fundamentos de esta separación son diversos y complejos: el origen remoto es el nominalismo y el empirismo como continuación de aquél y su radical limitación de la esfera de lo cognoscible al fenómeno sensible. De un modo más próximo, también contribuyó a esta separación el nacimiento y el desarrollo de las ciencias experimentales o físico-naturales. Pero fue Kant el primero que le dio estado teórico a la cuestión en su *Crítica de la Razón Pura*. A partir de él se reserva el nombre de “ciencia” para todo lo que cae dentro de nuestro conocimiento directo, sensitivo y el de “filosofía” para todo aquello que requiere otros procedimientos de acceso, por razón de su misma naturaleza trascendente. Para la filosofía crítica de Kant, el derecho natural es entendido como formas y principios *a priori* del derecho: la idea de derecho, la idea de justicia y los principios de la legislación. Correlativamente, el conocimiento del derecho natural así entendido no es ciencia, sino filosofía.

A esto hay que añadir que los destellos de positivismo que se encuentran en Thomas Hobbes y en Thomasio, germinaron en la negación del derecho natural en una serie de autores posteriores, quienes, por lo tanto, no aceptaron el derecho natural ni siquiera bajo la forma de la filosofía kantiana. A partir de la generalización de la tesis de origen positivista que negaba que el derecho natural fuese verdadero derecho, pareció necesario modificar el nombre de la asignatura universitaria “Derecho Natural” que se enseñaba en las universidades alemanas del siglo XVIII (con una orientación influenciada por el iusnaturalismo moderno). Los profesores y tratadistas de esta materia buscaron de diversas formas mostrar la nueva orientación de la disciplina, mediante subtítulos y finalmente cambiando su denominación. La expresión que terminó por prevalecer fue *Rechtphilosophie* que significa “Filosofía del Derecho”, que se empezó a usar tanto en manuales y obras como también en los cursos universitarios entre el ocaso del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX. De hecho, Hegel fue el primer titular de la materia “Filosofía del Derecho” en las universidades alemanas de Jena y de Berlín. De Alemania pasó al resto de los países la denominación correspondiente a cada lengua; en España y en Latinoamérica: Filosofía del Derecho. Desde ese entonces, se viene introduciendo en la curricula de las universidades occidentales esta materia que se llama Filosofía del Derecho.

A partir del siglo XIX y de allí en más, encontramos, según hemos visto, una Ciencia del Derecho y una Filosofía del Derecho como dos disciplinas diferentes. La Ciencia del Derecho se identifica con la llamada “Dogmática jurídica”, es decir, una metodología hermenéutica cuyo objeto es exponer la significación del texto legal. La ciencia jurídica queda reducida a la exposición y análisis de la ley jurídica positiva estatal, y la tarea del científico del derecho consiste en explicitar, interpretar y sistematizar el alcance de sus preceptos, sin apartarse nunca de la referencia al texto legal o, en su caso, teniendo en cuenta la jurisprudencia. La Ciencia del Derecho queda reducida a decir qué es lo que el Derecho positivo vigente de un pueblo en un determinado momento dispone sobre cierta materia. El presupuesto teórico de esta concepción es el positivismo jurídico y la tesis según la cual no hay más Derecho que el positivamente dado y la consecuente negación del derecho natural como verdadero derecho vigente. El origen del término “dogmática” aplicado al derecho

puede encontrarse en Rudolf Ihering y se justifica por el hecho de que las normas jurídicas son tratadas por la “ciencia” dogmática del mismo modo que los dogmas del cristianismo son estudiados por su teología dogmática.²⁶ Por su parte, la “Filosofía del Derecho” surge así, en la Modernidad para denominar la asignatura que hasta entonces se venía llamando “Derecho natural”, pero con un contenido que no es el mismo. Si bien el contenido de esta nueva materia varía según el sistema filosófico al que adscriba cada autor, frecuentemente el contenido de la Filosofía del Derecho está integrado por las siguientes cuestiones: una reflexión acerca de la justicia y, en general, acerca de los valores que deben informar la legislación positiva y esto es denominado por algunos autores como *Estimativa jurídica*; el tema del concepto o la idea de derecho, es decir, el problema ontológico acerca del derecho; y el conocimiento jurídico o problema gnoseológico.

Esta concepción merece las siguientes críticas:

1º) Para la tradición aristotélica, la ciencia es el saber cuyo objeto es lo universal y necesario, que aprehende la esencia de las cosas y las explica por sus causas. Ahora bien, la “dogmática jurídica”, en la medida en que circunscribe su objeto de estudio al derecho positivo vigente en un momento dado sobre un territorio determinado, de suyo contingente y mutable, y lo estudia en cuanto tal y no en sus aspectos universales, no es ciencia en sentido aristotélico. De modo que la “dogmática jurídica”, es decir, el mero comentario exegético de las normas positivas vigentes, singulares y concretas, realizado con miras a su descripción neutra y sin pretensión de brindar explicación causal, no constituye una ciencia porque su objeto de conocimiento no es algo universal y necesario.

2º) La “dogmática jurídica” supone una doble mutilación del Derecho: a) en primer lugar, se reduce gratuitamente la realidad del Derecho a las normas positivas sancionadas por el estado;²⁷ b) en segundo lugar, se desvincula la ley de su constitutiva referencia a la justicia y de su contexto socio-político. Una hermenéutica jurídica válida sólo puede verificarse desde la perspectiva una concepción *realista e integral* del Derecho. *Realista*, porque implica comprender lo que el derecho es en su esencia, intentando captar su realidad esencial. *Integral*, porque deberá dar cuenta de la totalidad de las dimensiones del fenómeno jurídico y de los diversos elementos que lo integran: no tan sólo la norma jurídica positiva, sino también las conductas reales obligatorias que constituyen acatamiento de esas normas; los derechos subjetivos que los individuos hacen valer invocando esas normas para exigir conductas de sus contrapartes; los valores que constituyen el núcleo de la validez de todo ese complejo multiforme de realidades jurídicas, entre los cuales sobresale la justicia; los fines del derecho, como el bien común político; la ley natural como principio trascendente de validez del derecho, etcétera.

3º) La Ciencia o Filosofía del Derecho en sentido clásico, si bien puede perfectamente estudiar el derecho vigente, histórico y contingente, lo hará desde la perspectiva de sus principios jurídicos universales y a la luz de su vinculación con el

²⁶ KALINOWSKI, GEORGES, *Querelle de la science normative*, Paris, L.G. DJ., 1969, pág. 2.

²⁷ SOAJE RAMOS, GUIDO, “Sobre derecho y derecho natural. Algunas observaciones epistemometodológicas”, en Revista *ETHOS*, N° 6-7, Buenos Aires, I.F.I.P., 1978/79, pág. 106.

derecho natural, intentado explicar esa realidad contingente por medio de sus causas. No se trata, en este caso, de un estudio del derecho positivo en cuanto positivo sino en cuanto derecho, es decir, en cuanto constituye la determinación o concreción de ciertos principios universales y necesarios.

Félix A. Lamas, en *La experiencia jurídica*, en el segundo libro, donde se habla del derecho y los saberes jurídicos, analiza la posición de un profesor español llamado José María Martínez Doral, que dice ser tomista, pero se hace eco de la distinción típicamente moderna entre “Ciencia del Derecho” y “Filosofía del Derecho”. La ciencia del derecho es ciencia del derecho positivo y la filosofía del derecho trataría de los temas como la justicia, el derecho natural, etc. Remitimos a la vigorosa crítica que formula Lamas de esta posición, en la obra citada.²⁸

6.- La crisis epistemológica del siglo XX.

En el siglo XX se produce lo que cabe llamar una crisis epistemológica. Entra en crisis el concepto de ciencia y el concepto de filosofía, es decir, ya no hay una concepción común de la ciencia sino que hay un número indefinido de posiciones respecto de lo que es la ciencia y de lo que es la filosofía, sostenidas por escuelas de pensamiento rivales sobre la base de sutiles matices y diferencias. Por lo tanto, no hay acuerdo pacífico respecto de la ciencia del derecho y de la Filosofía del Derecho. Frente a esta situación de dispersión, es menester intentar identificar hoy las grandes corrientes metodológicas respecto del derecho.

En el mundo actual, haciendo una simplificación grosera y a efectos meramente didácticos, puede decirse que hay dos grandes corrientes metodológicas en relación al derecho:

a) *El positivismo jurídico, denominado por Francesco Gentile “geometría legal”*: Una serie de autores que adoptan como modelo metodológico de certeza el propio de las matemáticas o el de la geometría y pretenden alcanzar, en la ciencia del Derecho, el rigor, la seguridad y la claridad de las ciencias exactas. Por eso, Francesco Gentile ha acuñado la expresión *geometría legal* para denominar a todas estas corrientes de pensamiento. El primero que habla del método geométrico aplicado al derecho y a la política es Thomas Hobbes, quien en la introducción de su obra *De Cive* dice que es necesario buscar en estas disciplinas una certeza y precisión semejantes a la de la geometría. Para lo cual es necesario utilizar el método de la geometría. Y el modelo metodológico de la geometría es el método axiomático o hipotético deductivo: se supone una hipótesis que no se prueba, que no interesa probar siquiera, pero que se acepta “como si” –esta es la expresión clave: “como si”- fuera verdadera y a partir de esa hipótesis, admitida como “*primum verum*”, se procede “more geométrico” mediante largas deducciones en cadena. Ese método hipotético deductivo aplicado al derecho toma como verdades admitidas el contrato social como explicación de la sociedad, y las leyes más generales, en cuanto ordenes emanadas del soberano (entendiendo por “soberano” el monarca o bien el pueblo reunido en asamblea denominado con la expresión de Rousseau “voluntad general”), considerada la principal y excluyente fuente del derecho. Se establecen esta serie de

²⁸ LAMAS, FÉLIX A. *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, I.E.F. “Santo Tomás de Aquino”, 1991, pág. 475.

reglas como axiomas desde los cuales las demás se obtienen deductivamente dando lugar a un sistema. Se considera al conjunto de las leyes como un sistema normativo completo y coherente, y se reduce la interpretación jurídica a un procedimiento que asigna al juez una función meramente declarativa. Utilizan este método los representantes de la Escuela del Derecho Natural racionalista como Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, Christian Wolff, Gottfried Leibniz, entre otros. Cabe incluir, también, en este grupo a la escuela francesa de la exégesis que se asienta en las concepciones filosóficas de Rousseau y Montesquieu, que está estrechamente ligada a la Revolución francesa y que es posterior a su producto jurídico más genuino: el Código Napoleón de 1804, corriente de pensamiento que predominó en Francia a lo largo de todo el siglo XIX.²⁹ Un sector de la llamada escuela analítica contemporánea entre los cuales, en nuestro país, pueden mencionarse a Roberto Vernengo, Martín Diego Farrell, Eugenio Bulygin y Carlos Alchourron merecen ubicarse en esta línea de pensamiento. Los seguidores del famoso jurista austríaco Hans Kelsen, si bien no son exactamente lo mismo tienen algo en común con los cultores de la escuela analítica, a saber: su nominalismo de base, su concepción gnoseológica de tipo empirista y, en definitiva, el positivismo. En el caso de la famosa *Teoría pura del derecho* de Kelsen, el derecho, que se identifica con la norma jurídica estatal, termina reducido a un mero artificio lógico vacío de contenido, en el que, por ello mismo, cabe cualquier contenido. La fuerza y la arbitrariedad dejan de ser la antítesis del Derecho, para convertirse en su posible contenido. Otro prestigioso jurista que se adscribe al positivismo normativista y que merece ser incluido en este apartado es Norberto Bobbio. Según el profesor italiano el objeto de la investigación del jurista es un conjunto de reglas jurídicas y su tarea consiste en la comprensión de esas reglas y la construcción de un sistema complejo y coherente con ellas.

Todos estos autores y corrientes pueden ser agrupados pues, a grandes rasgos comparten algo, a saber: la tesis según la cual los criterios y métodos de las ciencias físico-matemáticas son susceptibles de ser trasladados al saber jurídico, el que se configurará en forma exacta a través de lenguaje simbólico. El esquema consiste, en última instancia, en la reducción del pensamiento jurídico a las matemáticas.

b) *El resurgimiento de la tradición dialéctica*: Frente al pensamiento sistemático, *more* geométrico, típico del positivismo jurídico dominante en el siglo XIX y en la primera mitad del XX, se produce una reacción en el pensamiento jurídico, que consiste en el surgimiento de un grupo difuso y heterogéneo de autores que pretenden restaurar el uso de la tópic, la Retórica y la Dialéctica como métodos adecuados para el conocimiento del derecho, y que es el sector que de alguna manera es heredero de la tradición clásica. Este sector de pensadores sostiene, con Aristóteles, que el criterio de especificación o diferenciación de los saberes es el objeto; y que cada objeto exige un método proporcionado a él. Según este criterio, que es incluso de sentido común, no puede aplicarse un mismo método a asuntos de naturaleza diversa, ni tampoco puede pretenderse alcanzar el mismo grado de

²⁹ HERNÁNDEZ GIL cita a los siguientes autores como representantes de la escuela: MELVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*, 1905; PROUDHON, *Cours de Droit français*, 1808; DURANTON, *Cours de Droit français suivant le Code civil*, 22 vols., 1825; TROPLONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, 27 vols., 1833; AUBRY ET RAU, *Cours de Droit civil français*, 8 vols, 1833-1844; LAURENT, *Principes de Droit civil*, 33 vols., 1869-1887; BAUDRY-LACANTINERIE, *Precis de Droit civil*, 1882, y *Traite théorique et pratique de Droit civil*, 29 vols., 1895.

precisión y exactitud en todos los ámbitos del saber. Cabe recordar el famoso texto de Aristóteles según el cual “es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada género de conocimiento en la medida en que lo admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aprobar a un matemático que aprobara la persuasión, como reclamar demostraciones exactas a un retórico”.³⁰ Ya hemos dicho que el ámbito de la praxis humana adolece de un alto grado de contingencia, variabilidad y falta de *akribeia*, razón por la cual las premisas, tesis y afirmaciones que pueden formularse no son necesarias, sino más bien provisionales, inseguras, opinables, es decir, discutibles. Por lo tanto, el método adecuado para el Derecho en general y para la Ciencia o Filosofía del Derecho, en particular es la Dialéctica clásica que adopta como punto de partida de la argumentación tópicos, opiniones meramente probables que, en cuanto tales, carecen del rigor y la exactitud de las demostraciones apodícticas propias de las ciencias exactas.

Si bien se trata de autores y corrientes muy distintas entre sí, tienen algunos puntos en común: reconocen una tradición dialéctica, recusan el positivismo y rechazan la geometría legal como método adecuado para el derecho; rechazan la pretensión de convertir al Derecho en sistema, e identifican lo concreto con el caso judicial.

a.- Tópica y jurisprudencia de Viehweg: El punto de partida de esa suerte de reacción lo podemos ubicar a partir de la década del 50, puntualmente: el 21 de julio de 1950 cuando Theodor Wiehweg dicta en la Facultad de derecho y Ciencias Económicas de Maguncia su conferencia sobre “Tópica y axiomática en la jurisprudencia”, cuyo contenido publicó luego en su famoso libro *Topik und Jurisprudenz* del año 1953.³¹ El libro de Viehweg impica una verdadera revolución y una de las aportaciones más trascendentales de los últimos tiempos a la metodología jurídica. La tesis central de su obra consiste en señalar que la ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar ser, una ciencia de problemas, de ningún modo susceptible de ser reducida al esquema mental axiomático-deductivo propio de las matemáticas, de la geometría o de la lógica simbólica. Propone como método para el derecho un retorno a la antigua tópica retórica expuesta por Aristóteles y utilizada por Cicerón y los juristas romanos.

b.- La nueva retórica: en la misma línea, se ubica Chaim Perelman,³² principal cultivador de la llamada “nueva retórica”.

c.- Los “neo-aristotélicos” entre los cuales merecen mencionarse el francés Michel Villey³³, y el maestro español Juan M. Vallet de Goytisolo.

³⁰ ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Libro I, Cap. 3, 1094 a 22.

³¹

Cfr. WIEHWEG THEODOR, *Tópica y Jurisprudencia*, Ed. Taurus, Madrid, 1986.

³²

PERELMAN CHAIM, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Ed. Civitas, Madrid, 1979; PERELMAN CH Y L.OLBRECHTS-TYTECA, *Teoría de la Argumentación-La nueva retórica*, Ed.Gredos, Madrid, 1994.

³³

VILLEY MICHEL, *Compendio de Filosofía del Derecho*. Tomo II, Pamplona, Eunsa, 1981; *Método, Fuentes y lenguaje jurídicos*, Buenos Aires, Ed. Ghersi, 1978.

d.- La dialéctica existencialista: Luis Recasens Siches,³⁴ Karl Engisch³⁵,

e.- La Escuela de Padua: Francesco Gentile.

f.- El aristotelismo clásico: representado en nuestro país por Félix A. Lamas.

g.- La escuela hermenéutica: Hans G. Gadamer (continuador de la hermenéutica de Schleiermacher), Arthur Kauffman (jurista alemán que sigue a Gadamer).

Buenos Aires, abril de 2015

³⁴

RECASENS SICHES, “El logos de lo razonable como base para la interpretación jurídica”, en Revista *Diánoia*, México, 1955; *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable*, México, Fondo de Cultura Económica.

³⁵

ENGISCH KARL, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, Eunsa, 1968.