

## Los orígenes históricos de los saberes jurídicos.

Texto preparado por el profesor Julio E. Lalanne para ser utilizado exclusivamente para la enseñanza y el estudio en la Cátedra de "Filosofía del Derecho", a su cargo, 5to año, turno mañana, de la Universidad Católica Argentina, durante el año lectivo 2019. El mismo se ha realizado en base a la doctrina tradicional de la cátedra impartida por el magisterio del profesor Félix A. Lamas.

### 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. Es tanto como estudiar la historia de la asignatura. Los interrogantes que queremos responder, son, por tanto, los siguientes: ¿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: (i) por el origen de *los saberes* cuyo objeto es el derecho, que preguntarse: (ii) por el origen del *derecho* considerado en sí mismo. Es probable que el derecho, en cuanto tal, haya existido con anterioridad al surgimiento de disciplinas o saberes destinados a estudiarlo. El derecho es algo propio del hombre, en el sentido preciso de que es una realidad que emana necesariamente de la esencia del hombre. A punto tal, que es posible afirmar que el hombre no tan sólo es un animal social y político, sino también un animal jurídico. *Ubi societas, ibi ius*, reza un aforismo latino, es decir, donde hay sociedad, hay derecho. Por lo tanto, es factible afirmar que el derecho es tan antiguo, por lo menos, como la vida del hombre en sociedad. Sin embargo, ello no implica que simultáneamente con el surgimiento de los primeros órdenes jurídicos 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 de estudio, es decir, en término de referencia de su propia reflexión y pensamiento, 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 lo haya convertido en materia de estudio y reflexión metódica.

En segundo lugar, es menester recordar que hay diversos saberes jurídicos. Por lo tanto, conviene comenzar por identificar cuáles son, para luego investigar sus respectivos orígenes. Siguiendo la clasificación tradicional de los saberes que hace Aristóteles en el libro VI de la *Ética nicomaquea*, podríamos señalar los siguientes:

a) La prudencia jurídica: un saber eminentemente práctico, cuyo objeto es la recta determinación de lo justo en concreto, es decir, la elección de la conducta jurídica debida a otro –y el discernimiento de lo suyo del otro que hay que darle– que corresponde realizar *hic et nunc* –aquí y ahora–.

b) Los saberes técnicos propios del arte de la abogacía: hay unos saberes prácticos, pero no ya práctico-morales (como la prudencia) sino práctico-poiéticos, 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.

La palabra "arte", en sentido clásico, significa disciplina o conjunto de conocimientos y destrezas intelectuales vinculadas con *saber hacer algo*, es decir, un saber destinado a la creación de un producto exterior al sujeto. Hoy se utiliza la palabra "arte" solamente para designar la habilidad para la producción de cosas bellas o estéticas, pero en la antigüedad grecorromana el término griego *techné*, traducido al latín como *ars*, tenía un significado más amplio ya que designaba el saber que habilita a hacer todo tipo de cosas, desde fabricar zapatos (para lo cual habrá que dominar el arte de la zapatería) hasta hacer la guerra (y, de hecho, los textos antiguos hablan del arte de la guerra) o elaborar un discurso (y, para ello, será necesario recurrir al arte denominado Retórica)<sup>1</sup>. Así, Aristóteles, por ejemplo, definió el arte como la "disposición permanente a

<sup>1</sup> De allí vienen las palabras modernas "artefacto" (objeto construido con una cierta técnica para un cierto fin); "artificial" (hecho por la mano o el arte del hombre); "artesano" (persona que ejerce un arte).

producir cosas de un modo racional”<sup>2</sup> y Quintiliano estableció que era aquello “que está basado en un método y un orden”<sup>3</sup>. Quede claro, por tanto, que utilizamos la palabra “arte” no en el sentido moderno de "arte" que hace referencia principalmente a las llamadas bellas artes sino en su acepción clásica de saber técnico apto para la producción de cualesquiera cosas.

c) El saber jurídico de los juristas: la evidencia histórica pone de manifiesto la existencia de un saber intermedio entre los saberes técnicos que utilizan los abogados para litigar y ejercer la defensa de sus clientes y el saber teórico riguroso propio del científico del derecho. Si bien no llega a ser, aún, una teoría del derecho propiamente dicha, exhibe un cierto grado de generalización y universalización que supera la mera técnica de abogar. Baste, por el momento, con esta caracterización provisoria.

d) La ciencia o la Filosofía del Derecho: por fin, tenemos la instancia propiamente teórica del derecho, es decir, la consideración del fenómeno jurídico según sus principios universales y necesarios. Es el saber cuyo objeto, en la concepción aristotélica, es explicar el derecho según sus causas. Se trata de la Ciencia del Derecho, llamada desde hace por lo menos dos siglos “Filosofía del Derecho”.

El cometido de nuestra brevísima indagación será, entonces, el siguiente: ¿Cuándo nacieron cada uno de estos saberes?

## **2.- La prudencia jurídica.**

Comencemos por el saber jurídico prudencial. La pregunta respecto de su origen podría contestarse mediante la siguiente objeción: 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 acuerdo bilateral destinado a regular lo tuyo y lo mío, por más rudimentario que sea; no se puede resolver una controversia jurídica entre dos sujetos, en suma: nada de esto puede hacerse sin recurrir y utilizar 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 que constituye el medio más adecuado para obtener el bien común, y todas estas operaciones son 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*. Es 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. Por lo tanto, podemos concluir en que: *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 está será nuestra tarea inmediata, para lo cual seguiremos un orden histórico-cronológico.

## **3.- La Grecia clásica (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, no había abogados ni fiscales sino que eran los ciudadanos comunes quienes debían

---

<sup>2</sup> O también: según otra traducción, “habito productivo acompañado de razón” (*Ética nicomaquea*, Libro VI, Cap. 4; traducción de A. GÓMEZ ROBLEDO, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1957, pág. 138).

<sup>3</sup> TATARKIEWICZ, Wladislaw, *Historia de seis ideas*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 39.

ejercer su propia defensa ante los tribunales populares. Para ello, solían pedir asistencia a los llamados *logógrafos* –término que podría traducirse como *oradores-escritores* o, mejor: *escritores de discursos orales*– a quienes encargaban la elaboración del alegato que luego el justiciable pronunciaría ante el tribunal del Aerópago. Con el tiempo, estos expertos en escribir discursos judiciales que dominaban la técnica de la argumentación y del bien hablar, comenzaron a acompañar al reo 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 logógrafos-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 la Atenas del siglo V a.C..

Ahora bien, ¿cómo se formaba un abogado litigante en la Grecia antigua? Quien 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*, palabra griega que significa *orador*, cuya función era persuadir a los miembros de esos tribunales colegiados de la razón que asistía a su cliente. Es fácil apreciar que la principal técnica que debía dominar el abogado era el arte del buen uso de la palabra, el modo de decir las cosas de una manera persuasiva con el propósito de convencer a los jueces de que adopten una resolución favorable al defendido o, en su caso, para que condenen al acusado. Este arte o técnica la inventaron los griegos y se llama *Retórica*. 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 de hacer discursos cuyo fin es hacer posible la persuasión de la verdad. La Retórica consiste en la técnica de dar al lenguaje hablado<sup>4</sup> 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 y uno de los ámbitos donde más se utilizaba 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 a su desarrollo. En la Grecia clásica, se estudiaba Retórica con dos propósitos: (i) *para hacer política*, es decir, para intervenir en las asambleas públicas, con el fin de convencer acerca de la conveniencia de adoptar ciertas decisiones políticas que eran sometidas a la consideración de los ciudadanos allí reunidos; o bien (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 la *techne* que le permitiera persuadir, por medio de la palabra, ya sea a los jueces del tribunal, a los ciudadanos reunidos en asamblea, en fin, y, en general, a los integrantes de cualquier órgano público colegiado. Por lo tanto, esta técnica nació en Grecia 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.<sup>5</sup>

*Los sofistas: primeros maestros de Retórica.*

Los sofistas fueron los primeros maestros de Retórica, además de ejercerla. Si bien ha habido quienes enseñaban Retórica y no eran sofistas, hay consenso en considerar a estos como los primeros profesionales dedicados a la enseñanza del arte y los recursos del bien hablar. La sofística confirmó a la Retórica una finalidad meramente utilitaria; así

<sup>4</sup> La retórica nace como una disciplina ordenada a estudiar las técnicas del lenguaje hablado, pero más tarde se extenderá también al lenguaje escrito.

<sup>5</sup> SPANG, Kurt, *Fundamentos de retórica*, Pamplona, EUNSA, 1979, pág. 21.

enseñaban las figuras retóricas, las frases de efecto, las imágenes inesperadas, los adornos del discurso, el ruido de las palabras y todo tipo de trucos artificiales que un aprendiz de abogado podía utilizar para convencer al auditorio de modo tal de prevalecer en los litigios en los que le tocara intervenir. 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.) e incurrieron en una suerte de deslumbramiento ante el vigor de estas poderosas 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.

Un ejemplo ilustrativo de las triquiñuelas de la sofística es el caso de Protagoras y Evathlo que narra Aulo Gelio en sus *Noches Aticas*.<sup>6</sup> Protagoras de Abdera fue, probablemente, el más grande de todos los sofistas y uno de los más conocidos maestros de Retórica, mientras que Evathlo era un joven rico e inteligente que deseaba aprender a ser abogado. Por eso hizo un trato con Protágoras, le pagaría una buena cantidad de dinero si le enseñaba los secretos de la profesión. A ser abonada, la mitad por anticipado y el saldo cuando Evathlo ganara su primer caso. Evathlo resultó ser un excelente alumno, pero pese a que su maestro lo alentaba a lanzarse al ejercicio de la abogacía, no terminaba de decidirse. Era, casi, como si no deseara tener juicios, para evitar ganarlos, y evitar tener que pagar la diferencia que adeudaba. Finalmente, Protágoras, harto de esperar, lo demandó empleando en su alegato un argumento que juzgó decisivo. Dijo: *“Ha llegado el momento en que, por fin, me pagarás lo que me debes. Si pierdes, lo harás en virtud de la sentencia, porque el juez te habrá condenado. Pero también si ganas, en virtud de nuestro acuerdo, porque habrás triunfado en tu primer caso”*. Empero, al parecer Evathlo era un digno discípulo de su maestro, pues utilizó exactamente el mismo razonamiento: *“Si yo gano, nada le adeudaré a Protagoras, porque existirá una sentencia que así lo declarará. Y, si llego a perder, tampoco deberé pagarle nada, en virtud del mismo convenio que acaba de mencionar, ya que aún no habré triunfado en ningún caso”*.<sup>7</sup>

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 estas características, era inevitable que la sofística condenara al pensamiento a un cierto *relativismo*, pues su propósito nunca fue el desarrollo de verdaderas teorías susceptibles de explicar la realidad ni tampoco se preocuparon por profundizar en los fundamentos gnoseológicos o metafísicos de las posiciones en pugna; antes bien, utilizaron la Retórica como un instrumento para la obtención de fines puramente utilitarios. Por lo tanto, el pensamiento de la sofística puede bien ser caracterizado, en líneas generales, como un *relativismo retórico*.

El hecho histórico de que la primera enseñanza del derecho haya sido a través de la 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 las figuras literarias y los trucos efectistas, sino también en la utilización de ciertos instrumentos lógicos indispensables para organizar el discurso. En efecto, para convencer a alguien y atraerlo a la propia opinión, es preciso saber encontrar las ideas o argumentos, concatenarlos con cierto orden y exponerlos con coherencia, expresarlos en los términos más claros, lo que no constituye tan solo el arte de hablar sino también el de pensar con orden y esto no es retórica sino una forma rudimentaria de Dialéctica. La Dialéctica no es ya una técnica para persuadir sino que es el 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.

---

<sup>6</sup> AULO GELIO (129-180) fue un escritor, juez y erudito latino del siglo II de nuestra era, autor de una obra miscelánea escrita en prosa, en veinte libros, con el título *Noctes Atticae*, que data del período 161-181 (hay traducción castellana: *Noches áticas*, traducción de Santiago López Moreda, Madrid, Akal, 2009)

<sup>7</sup> Se cuenta que el juez, haciendo uso de una facultad que existía en ese entonces, fijó la fecha de lectura de la sentencia para un día, cien años después de la clausura del debate, una forma amañada de eludir la resolución del problema.

¿Cómo hacía un aprendiz de abogado para instruirse en el arte del bien decir, argumentar 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 Dialéctica.*

Ahora bien, antes de seguir adelante, conviene preguntarse: ¿qué es 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 –*akribeia*–. 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<sup>8</sup>.

En el campo de lo que ahora entendemos por lógica en sentido amplio, Aristóteles distinguió dos partes: la analítica (*analytiká*) y la dialéctica (*dialektiké*).<sup>9</sup> La *lógica analítica* es la teoría del razonamiento científico por medio del silogismo deductivo, es decir, el silogismo que adopta como premisas proposiciones de evidencia inmediata, constitutivas de axiomas, de máxima certeza, que Aristóteles expuso principalmente en su obra *Analítica priora* (primeros analíticos). En expresión sintética, podría caracterizarse como la lógica de la *akribeia*, es decir, 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 griega *akribeia* viene de *krino* que significa juzgar y 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 segunda, en la terminología de Aristóteles. El instrumento típico de la lógica analítica es el silogismo deductivo. La lógica analítica demuestra en sentido estricto, es decir, utiliza silogismos demostrativos que parten de premisas verdaderas y ciertas (principios o, en definitiva, proposiciones que se reducen a principios) y, a partir de estas verdades de suyo evidentes deriva, por inferencia deductiva, conclusiones también verdaderas y ciertas.

La *lógica dialéctica*,<sup>10</sup> en cambio, es la teoría del razonamiento que corresponde al ámbito de lo meramente posible, lo probable y lo opinable. Lo posible es, de suyo, contingente, es decir: lo que puede ser o no ser, o puede ser de dos o más maneras.<sup>11</sup> Acerca de las cosas contingentes caben conocimientos que resultan ser meramente más probables que otros, pero nunca absolutamente ciertos e indudables. Las afirmaciones susceptibles de ser formuladas respecto de esta clase de realidades son proposiciones que no alcanzan la verdad segura sino que tan solo son verosímiles, es decir, parecen acercarse más a la verdad que sus contrarias. El silogismo dialéctico, a diferencia del silogismo deductivo riguroso o apodictico, es aquel que adopta como punto de partida premisas solo probables, a saber: opiniones, esto es: tesis que, *prima facie*, aparecen como plausibles, es decir, como más ciertas que otras que se le oponen. Aristóteles propone como criterio de selección de las premisas de los silogismos dialécticos las afirmaciones aceptadas por todos, o por una gran mayoría, o bien por los sabios, y entre éstos, a su vez, bien por todos ellos, bien por una gran mayoría, bien por algunos muy conocidos e ilustres.

La Dialéctica es, por tanto, 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

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> *Analítica Posteriora*, I, 21, 82 b 35; I, 22, 84a 7; I, 24, 86a 22; I, 32, 88a 19

<sup>10</sup> *Analítica Priora*, I, 24a -24b; *Tópicos*, I, 1, 100a - 100b; I, 10, 104a.

<sup>11</sup> Cfr., entre muchos otros textos: *Analítica Priora*, I 3, 25 a 37; *De Interpretatione*, 9, 19 a 9 y ss.; *De Generatione*, II, 9, 335 a 33; *Metafísica*, VII, 7, 1032 a 20.

diferencia que la específica —es decir, lo que la contradistingue de la Lógica Analítica— es que la Dialéctica se aplica en todo el ámbito de las proposiciones sólo probables, las tesis opinables, las afirmaciones meramente verosímiles pero que no alcanzan una verdad segura 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 aporético,<sup>12</sup> es decir, la lógica adecuada para la discusión sobre problemas, asuntos controvertidos, o cuestiones disputadas y no la lógica del razonamiento científico demostrativo. La materia de la Dialéctica son contenidos dotados de extrema contingencia y muy poca necesidad. La distinción entre lo apodíctico y lo dialéctico no radica en la eficacia demostrativa formal del silogismo apodíctico o dialéctico. De hecho, formalmente ambos silogismos son concluyentes y están sometidos a las mismas reglas. La diferencia estriba en que la conclusión de un silogismo apodíctico, al fundarse en premisas verdaderas, forzósamente será verdadera, mientras que la de un silogismo dialéctico, al basarse en premisas solo probables, opinables, tiene que tener este mismo carácter; lo que no excluye que también pueda ser verdadera, aun cuando no pueda haber seguridad de ello.

La clave de bóveda para comprender la distinción entre lógica analítica y lógica dialéctica radica en advertir que existen ámbitos en los que el pensamiento no llega a la verdad con *akríbeia*. Y una de esas zonas de la realidad en las que no es posible formular afirmaciones completamente ciertas y seguras es el ámbito de la conducta humana y todo lo relativo a los juicios acerca de las acciones del hombre. En efecto, la evaluación de la conducta humana, necesariamente pretérita, que hace un juez para saber si el acusado violó o no la ley, como también la consideración de la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes, el discernimiento de la intención con la que han obrado los sujetos en una situación jurídica determinada (a título de dolo, de culpa, etc.), o bien, en general, la solución más justa posible en un caso concreto, son todos asuntos respecto de los cuales no podemos formular afirmaciones completamente ciertas, ni podemos arribar a conclusiones absolutamente seguras y definitivas, y ello por diversas razones. En primer lugar, porque ni el juez ni tampoco los abogados de las partes tienen un conocimiento directo e inmediato de los hechos pasados sometidos a decisión judicial sino más bien, mediato (pues se accede a los hechos por medio de las pruebas: testigos, documentos, vestigios o huellas que hayan dejado). En segundo lugar, por la consabida ambigüedad e imprecisión de las que adolecen, por necesidad, las reglas de conducta expresadas en lenguaje natural humano. Tercero, porque la materia de estas afirmaciones es la conducta de los hombres o algo relacionado con esa conducta. Y la conducta humana está afectada por la libertad, lo que es lo mismo que decir, por la más amplia contingencia. Por lo tanto, el juicio respecto de las conductas de un hombre (ya sean las pasadas o las futuras) es siempre inseguro. Esto mismo sucede con las disciplinas que forman parte de la Filosofía práctica en general cuyo objeto es la praxis humana: la moral, la política, la economía.

En todo este ámbito, el pensamiento debe contentarse con apuntar hacia la verdad e intentar aproximarse todo lo que sea posible. Por lo tanto, todo aquel que desarrolla un pensamiento, un saber, una disciplina cuyo objeto es la conducta humana libre tendrá que aprender a manejarse con lo probable, lo verosímil, lo que parece acercarse más a la verdad, a sabiendas de que esto es lo más a lo que se puede aspirar en virtud de las limitaciones propias de la materia con la que trata. No podemos saber con certeza perfecta cuál es lo suyo de cada uno en un caso concreto, es decir, cuál es la conducta debida u obligatoria que el obligado debe actuar a fin de satisfacer el derecho del otro. Lo que si podemos hacer es proponer la solución que aparezca como más justa con cierto grado de probabilidad. Por lo tanto, la parte de la lógica que llamamos Dialéctica será el método en general de los saberes cuyo objeto no admite una ciencia demostrativa rigurosa. En especial, la Dialéctica es el método apropiado para poner orden en el

---

<sup>12</sup> 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 aporético 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, no son absolutamente seguras ni definitivas. Por lógica, un silogismo que parte de estas premisas arriba a conclusiones de la misma índole.

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 conocer 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 persuadirlos 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 de la obra mencionada, 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.<sup>13</sup>

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, 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 es una parte de la Lógica. Tal como ha sido dicho, es la lógica de lo probable; es, por lo mismo, la lógica que guía y que se utiliza como método para la investigación científica en general, para el pensamiento aporético; es también la lógica propia de la enseñanza y, por fin y esto es lo que interesa particularmente a nosotros, es la lógica y el método adecuado para la argumentación en materia práctica contingente (moral, política y jurídica).

Dialectica y Retórica son correlativas y complementarias: mientras la primera aporta las estructuras lógicas, el método para argumentar, la segunda se orienta a influir persuasivamente en el oyente en cuanto es influenciado por las pasiones. Para lograr la persuasión no es suficiente que el discurso sea lógicamente coherente, sistemático y concluyente sino que resulta necesario, además, una retórica afectiva, por así decirlo, que recurre a estímulos psicológicos, afectivos y emotivos susceptibles de inclinar al auditorio en sentido favorable al orador. En este sentido, la retórica hará siempre centro en dos elementos fundamentales: el *ethos* del que habla y el *pathos* del auditorio, términos que solo aproximativamente podemos traducir, respectivamente, en nuestro idioma como: el *carácter* del orador, es decir, su personalidad moral y las *pasiones* de quienes escuchan, es decir, los aspectos irracionales del alma humana. Las pasiones, dice Aristóteles, “son, ciertamente, las causantes de que los hombres se hagan volubles

---

<sup>13</sup> *Retórica*, 1355 b 23-25.

y cambien en lo relativo a sus juicios, en cuanto que de ellas se siguen dolor y placer, como, por ejemplo: la ira, la compasión, el temor”.<sup>14</sup>

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 realiza una clasificación sistemática de los discursos sobre la base de tres factores fundamentales: aquel que habla, el asunto sobre el que habla y la persona a quien se dirige. De acuerdo con estos elementos, los discursos se dividen en tres clases:

1. los *discursos deliberativos*, que son los discursos políticos o parlamentarios que pronuncia el miembro de una asamblea política y que tratan sobre la decisión a tomar respecto de cosas futuras;
2. los discursos *epidícticos o demostrativos* que son los discursos festivos y los discursos laudatorios en los que el orador habla frente a un grupo de espectadores y cuyo objeto es alabar o vituperar un hecho o una persona, es decir, trata de asuntos presentes; y
3. los *discursos judiciales* que son los típicos alegatos de acusación o defensa que pronuncian los abogados ante los jueces que intervienen en un proceso judicial en el que se discute si un hecho ocurrió o no en el pasado.

En el libro I de la *Retórica*, capítulos 10-14, Aristóteles examina los discursos forenses o judiciales, y allí recoge, sistemáticamente, las diversas categorías jurídicas<sup>15</sup> conocidas en su época. Así, consigna un elenco o catálogo de *topoi* o lugares de la argumentación que resulta, en verdad, sorprendente, porque abarcan, prácticamente, toda la realidad jurídica:

- La justicia, el acto injusto y la injusticia;
- La ley: a) clases de ley: ley escrita o positiva, “particular” por la que se gobierna cada ciudad y ley, llamada “común” –entiéndase en el sentido de universal– que es “la ley no escrita sobre la que parece haber un acuerdo unánime en todos los pueblos”, es decir, la ley natural;<sup>16</sup> b) la relación entre ley y la justicia (principio de legalidad, validez de la ley positiva), c) la vigencia de la ley (desuetudo), d) las reglas de interpretación de la ley (v. gr.: intentio auctoris y problemas de la ambigüedad de la ley), e) el tipo Jurídico y la calificación, f) la equidad.
- La legitimación pasiva o el sujeto pasivo del daño.
- La teoría de los hechos y actos Jurídicos. El acto humano voluntario, el error de hecho, el dolo, la lesión subjetiva, la violencia.
- La teoría del delito.
- La responsabilidad – imputabilidad: a) los factores de atribución: causalidad, voluntariedad, daño, ilicitud, b) los hechos de la naturaleza, c) los agravantes y atenuantes.
- La prueba: testigos, peritos y confesión.
- Las circunstancias jurídicas.
- El contrato.
- La función del juez: función del juez e interpretación de la ley, el absurdo procesal y la corrupción del juez.
- El arbitraje y la mediación.
- Los brocárdicos y los aforismos en el Derecho.

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.

Recapitulando y para concluir con este apartado: los primeros que se dedicaron al ejercicio de la profesión de abogado, en los albores de la civilización occidental buscaron la formación indispensable para desempeñar el oficio en el aprendizaje de dos saberes técnicos o, para decirlo con la terminología clásica, en dos artes, a saber: el arte

<sup>14</sup> *Retórica*, II, 1, 1378 a 19-24,

<sup>15</sup> *Retórica*, Libro I, capítulos 10 y subsiguientes, 1368 b – 1377.

<sup>16</sup> *Retórica*, Libro I, 10, 1068 b, 7-10; cfr. *Ética nicomaquea*, V, 7, donde la ley común es interpretada como *to physikòn dikaion*, es decir, derecho natural.



de persuadir denominado Retórica y el arte de argumentar llamado Dialéctica. El derecho, en sus etapas liminares estuvo estrechamente vinculado con la Retórica y con la Dialéctica que son, por lo tanto, los dos primeros saberes jurídicos que surgieron en la historia de la cultura occidental. Y este hecho no es casual sino, al contrario, producto de causas muy claras: es que la Retórica y la Dialéctica constituyen el método propio y adecuado del derecho y esa es la razón por la cual durante muchos siglos posteriores estos dos saberes continuarán estando estrechamente vinculados con el derecho

### 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: 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 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, es decir, con el fin de 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. Los primeros lineamientos de la Filosofía del Derecho se completan con el estudio de la justicia que hace Aristóteles en el libro V de la *Ética nicomaquea*.

El pensamiento de Aristóteles nos brinda, además, un marco epistemológico riguroso dentro del cual ubicar a la Filosofía del Derecho. Para el estagirita, 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*) que nosotros conocemos como *Metafísica*: cuyo objeto es Dios y el ente en general. Estudia los principios más generales, comunes a toda 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.<sup>17</sup>

De otra parte, están las Filosofías segundas o ciencias (*epistéme*), que son los saberes cuyo objeto de estudio es algún género determinado del ente, es decir, una porción de lo real,<sup>18</sup> 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 un género de 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 a todas las cosas (materia y forma, acto y potencia, etc.) sino que los recibe de la Filosofía Primera. Aristóteles justifica el análisis causal en los términos siguientes:

El conocimiento y la ciencia se producen en todos los órdenes de investigaciones donde hay principios, causas o elementos cuando se ha penetrado esos principios causas o elementos (no pensamos que hemos captado una cosa sino cuando hemos penetrado las causas primeras, los primeros principios e incluso los elementos).<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> 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).

<sup>18</sup> “...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).

<sup>19</sup> *Física*, Libro I, cap. 1, 184 a.

La ciencia estudia las causas del fenómeno que es objeto de estudio de esa ciencia; lo cual implica que mientras se enuncien sólo hechos o se describan fenómenos, sin saber por qué la cosa es así, es decir, sin conocer la íntima articulación de la cosa, todavía no se ha llegado a un saber 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 esencial o lo que podríamos llamar, también, la realidad efectiva–, es decir, en establecer qué es el derecho. Es claro, pues, que la Filosofía del Derecho deberá esforzarse por definir las causas del 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 lógicamente se suscita, entonces, es la siguiente: ¿hay algún aspecto de la conducta humana jurídica que tenga la necesidad y universalidad propia de la 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 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* (certeza). 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 o atributos que emanan necesariamente de la esencia del objeto de que se trate y que, por tanto, también son universales. Seguidamente, habrá que hacer una división del objeto, ya correctamente definido, en sus diversas clases. Y todo este cuerpo de conocimientos deberá organizarse metódicamente en forma ordenada, pues no hay verdadera ciencia sin orden.<sup>20</sup> 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 platónico-aristotélica. En efecto, la doctrina iusfilosófica platónico-aristotélica nacida en la Grecia clásica continúa con Cicerón en la Roma antigua; San Agustín de Hipona en el primer Medievo; 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 conserva plena vigencia en nuestros días. Sin perjuicio de ello, 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 y excede nuestro cometido. Baste señalar, a modo de conclusión, que el origen histórico de la Ciencia o Filosofía del Derecho, también se produjo en la Grecia clásica, con Platón y Aristóteles.

---

<sup>20</sup> “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).

#### **4.- Roma: abogados y jurisprudentes (siglos III a.C. – VI de nuestra era).**

##### La abogacía 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 preparación imprescindible para la vida política o el ejercicio de la abogacía, aprendían la técnica oratoria. Los romanos no son inventores: tomaron de Grecia toda su literatura; pero lo que imitan lo utilizan en su provecho y le ponen su marca.

La abogacía nació, en la antigua Roma, como una obligación propia de aquellos patricios que tomaban bajo su protección a algún plebeyo, que a partir de entonces pasaba a ser su cliente. En interés de él, cuando éste tenía un pleito, el *patronus* consultaba a los pontífices y tenía el deber de defender a sus clientes ante los tribunales. Cuando este sistema desapareció, siguió habiendo hombres de buena oratoria a los cuales la gente acudía para que, sobre la base de su preparación y habilidad retórica, auxiliara y ejerciera su defensa en un juicio, lo cual era un gran honor que, en ese entonces, todavía se hacía gratuitamente. Surge así un nuevo oficio: el de aquellos grandes oradores que eran convocados para ejercer la defensa de los particulares en los pleitos y los tales fueron denominados *ad vocatus* (de *ad*: a y *vocare*) palabra cuyo significado etimológico es: “aquel que es llamado en auxilio”.

En Roma, al igual que en Grecia, todas las actuaciones *apud iudicem* –ante el Juez– también eran orales y públicas:<sup>21</sup> los procesos judiciales se ventilaban en lugares públicos –en el Foro, por ejemplo– 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.<sup>22</sup> Los abogados de cada una de las partes tomaban la palabra y presentaban el caso mediante adornados discursos por medio de los cuales intentaban probar sus imputaciones o bien defender a sus clientes y el espectáculo solía atraer mucha gente. Entre las figuras más representativas de la abogacía en Roma, merecen mencionarse a Cayo Graco, Marco Tulio Cicerón y Hortensio. El abogado era, pues, un orador, y su mejor caracterización es aquella que ha devenido célebre y que toda la antigüedad ha repetido: *vir bonus dicendi peritus* (varón justo experto en el hablar).<sup>23</sup>

##### *Las Escuelas de declamación en la Roma de la República*

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 (88-81 a.C.), 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. El futuro abogado, por lo tanto, buscaba aprender el arte del bien decir para poder expresar del mejor modo posible lo que debía decir ante el órgano judicial. Los maestros de retórica romanos

<sup>21</sup> “El procedimiento *apud iudicem* se caracterizaba: a) por la oralidad en la los alegatos, defensas e interrogaciones; b) por la publicidad; c) por la intermediación.” (IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Ed. Ariel, 5ta edición revisada y aumentada, 1965, pág. 197).

<sup>22</sup> Véanse las precisas descripciones que realiza Jérôme CARCOPINO en su 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.

<sup>23</sup> Se dice que esta expresión proviene de una obra perdida de Marco Poncio CATÓN (234, a.C.-149 a.C.), llamado *el Censor*, que fue uno de los primeros libros escritos en latín sobre retórica (QUINTILIANO, III, 1, 19)

entendían que el procedimiento más eficaz para enseñar el uso de la palabra a los jóvenes era hacerlos hablar. De esta suerte, lo que se enseñaba, principalmente, eran ejercicios prácticos que consistían en ensayos de oratoria acerca de diversos temas que se les daban a tratar a los alumnos: ¿Qué vale más; casarse o permanecer soltero? ¿Qué es preferible: vivir en la ciudad o en el campo? Quintiliano aconsejaba no utilizar temas abstractos en esas escuelas, sino los asuntos que se debatían en el foro, futura palestra del alumnado. Y así, con el tiempo, se empezaron a utilizar los mismos temas que se se alegaban ante los jueces en los pleitos. El típico ejercicio oratorio escolar mediante el cual se enseñaba a hablar a los jóvenes aprendices recibía el nombre de *declamatio* y las escuelas a las cuales concurren los futuros abogados a ejercitarse en “declamar”, o sea, en tratar asuntos que se parecen a las causas verdadera tal como se alegan ante los Tribunales, se llamaban, por tanto, *Escuelas de declamación*.<sup>24</sup> El alumno componía su declamación; la escribía; y luego la leía ante el maestro, quien la corregía frase por frase. Hecho esto, debía aprenderla de memoria y recitarla con la entonación y los gestos que le habían sido indicados. La declamación enseñaba, por lo tanto, no tan sólo a hablar, sino también a escribir y a pensar. Hacia el final de la República y a comienzos del principado de Augusto, la declamación adquirió en Roma el mayor éxito.<sup>25</sup> Durante cuatro siglos esta fue la forma de educar a la juventud romana.

### *La obra de Cicerón*

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 al latín algunos conceptos importantes tomados de las obras de Platón y Aristóteles. 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 Catilinas– 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. Sostiene que ciencia y elocuencia, conocimiento y palabra (el *sapere* y el *dicere*), son dos aspectos complementarios e inseparables de la competencia oratoria. Es inaceptable la separación entre *res* (contenidos) y *verba* (expresión). Afirma 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 el tipo acabado de hombre perfecto, en el que se amalgaman la filosofía y la elocuencia. Y es incluso, superior al filósofo griego, 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. El orador de Arpino cita unas narraciones de Rutilio, de las cuales se infieren las dos principales calidades del orador: disputar sutilmente y conmover el ánimo de los oyentes. Esas narraciones son las siguientes: “*Galba fue el primero en atender el ornato del discurso, en deleitar los ánimos, en conmover, en amplificar, en excitar las pasiones y en usar los lugares comunes...*”; “*Defendió su causa Galba con tanta fuerza y gravedad, que casi ninguna parte de su discurso fue oída en silencio, y de tal manera logró mover la compasión, que aquel día salvó de toda pena a sus defendidos*”.

<sup>24</sup> Véase el estudio de Gastón BOISSIER titulado *Las escuelas de declamación en Roma*, prólogo y traducción de Daniel SCHWEITZER, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1955.

<sup>25</sup> La palabra *declamación* tiene aquí el sentido de ejercicio oratorio destinado al adiestramiento en el uso de la palabra que tenía en la Roma del siglo II a.C., por lo que no hay que darle el significado de discurso banal y enfático que tiene modernamente.

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 reglas del razonamiento lógico, el planteo del caso sobre la base de argumentos sólidos y bien organizados, 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 prosiguen 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 Diálectica (en cuanto estructura lógica de aquella). Los dos primeros saberes jurídicos vinculados con el ejercicio de la abogacía son, por lo tanto, la Retórica y la Dialéctica jurídicas.

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

Además de la técnica retórico-dialéctica propia de los abogados, tenemos otro saber que surgió típicamente en la Roma antigua: el saber de los juristas o de los jurisconsultos. 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, llamada hoy 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,<sup>26</sup> que se fundan en los criterios de justicia formulados por los *iuris prudentes*, peritos en materia jurídica, también llamados *iurisconsulti* (jurisconsultos). Lo característico del 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 abogados, jueces y magistrados. Se los consideraba autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto (*iuris prudentes*) y es por ello que, en el período del principado, se les concedió el *ius publice respondendi*, es decir, el privilegio de emitir dictámenes que expresaban el derecho en nombre del príncipe. Su principal actividad consistía en evacuar gratuitamente consultas emitiendo dictámenes sobre casos concretos sometidos a su consideración, respecto de los cuales, luego de detenido estudio y consideración, proponían la solución más justa posible con arreglo al derecho vigente, o bien una solución novedosa a la vista de las exigencias vitales de cada momento. Al jurisprudente acude en busca de asesoramiento el abogado o el particular, cuando querían intentar su acción en la forma requerida; pero también el pretor, hombre político sin competencia técnica, elegido por el pueblo para desempeñar la magistratura por un año, y también el juez, quien, en realidad, no conocía el derecho,

<sup>26</sup> *Digesto*, 5, 2, 17, 1: *ius fieri ex sententia iudicis*; *Digesto*, 25, 3, 3pr: *iudicem ius facere*.

y por eso, estaba obligado a aplicar la respuesta a su consulta: la *responsa*, al dictar sentencia en los litigios.<sup>27</sup>

La *iurisprudencia*, es decir, este saber intermedio al que venimos haciendo referencia, es ejercida en los primeros tiempos por los pontífices.<sup>28</sup> A fines del siglo IV y comienzos del III a.C., la jurisprudencia deja de ser pontifical para convertirse en oficio libre –y liberal por lo generoso–<sup>29</sup> y ornado con la máxima dignidad.

Es interesante destacar que los juristas romanos raramente actuaban como abogados. El jurisconsulto o iurisprudente realiza una actividad más bien teórica, que desarrolla fuera de los tribunales, y es quien ayuda y aconseja al litigante acerca del fundamento jurídico de sus pretensiones o defensa. El oficio de la abogacía, como ya fuera dicho, era de índole retórica más que jurídica, pues su función era acompañar a las partes en el proceso, confortándolas con su consejo, y hablar en su nombre en el proceso ejerciendo su defensa ante el juez. Los *advocati* eran elegidos por sus cualidades oratorias (*oratores*) o por su alta posición social (*patronus*).<sup>30</sup> Por tanto, el saber que le resultaba útil al abogado era la retórica, es decir, el arte de expresar con elocuencia y buena oratoria la argumentación jurídica que había consultado con algún jurisprudente.<sup>31</sup> Esto explica que la jurisprudencia romana se desinteresara de los problemas fácticos y de 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 Coruncanus, 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 a las consultas jurídicas que recibía: 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 Coruncanus 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 Coruncanus se limitaba a enseñar el derecho a los que acudían a él deseosos de aprender.

Durante la República (siglos III, II, I, a.C.), aquellos jóvenes de familias acomodadas que habían terminado sus estudios de retórica, indispensables para la actuación ante los tribunales, y que deseaban adquirir algún conocimiento del derecho propiamente dicho, acudían a un jurisprudente, a quien frecuentaban, acompañaban y escuchaban cuando emitía sus dictámenes. 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, asistemático, personalizado e informal.

El ya nombrado 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 de generación en generación por medio de la palabra–. La costumbre consistía en incorporarse al círculo de un jurisprudente, con el que el discípulo vivía y al que acompañaba cuando daba respuestas en público, o asistía a los procesos. El discípulo

---

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> *Digesto*, I, 2, 26.

<sup>29</sup> *Digesto*, 50, 13, 1, 5: est quidem res santissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec deshonestanda.

<sup>30</sup> *Digesto*, 50, 13, 1, 11; véase, asimismo: Rodríguez Ennes, Luis, “La remuneración de la oratoria forense”, p. 350.

<sup>31</sup> El jurista Quinto Muscio Escévola reprochaba a los abogados que fuesen ignorantes del derecho (en Pomponio, *Digesto*, 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* (*Digesto*, 33, 7, 20, 9).

tomaba nota de las respuestas y dictámenes que daba su maestro y su escuela era la práctica. De hecho, Cicerón nos cuenta, en diversas obras, como realizó sus estudios jurídicos bajo la dirección de Quinto Muscio Agur y Quinto Muscio pontífice.<sup>32</sup>

En su obra *De Oratore*, del año 55 a.C., Cicerón hace expresa referencia al estado del “arte” –entendido en el sentido de disciplina particular científicamente organizada– del derecho civil en su época.<sup>33</sup> Deplora (por boca de Craso, en el diálogo) las grandes dificultades que encuentra el orador al estudiar el derecho civil,<sup>34</sup> y afirma que ello se debe a que los conocimientos jurídicos constituyen todavía un saber desarticulado, fragmentario y disperso, no habiendo sido objeto de síntesis; sólo la experiencia de la vida judicial puede llevar a poseer la ciencia del derecho.<sup>35</sup> 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 *reductio ad artem* del *ius*: la elaboración de un saber teórico y sistemático acerca del derecho susceptible de superar el estado de oscuridad y desorden en el que se encuentra.

Para constituir una *perfecta ars iuris civile*, es necesario, según el gran orador romano, recurrir a un método que consiste en reunir los elementos fragmentarios de la materia jurídica ordenándolos y ligándolos entre sí de un modo racional. Dicho método consta de varias operaciones sucesivas: lo primero es identificar, mediante una definición, la materia o el objeto al que el método va a ser aplicado, esto es, definir bien qué es el derecho; Cicerón se ocupa de ello.<sup>36</sup> Seguidamente, es preciso dividir este objeto en un reducido número de géneros, de acuerdo con un plan armonioso y cómodo: “*encuadrar todo el derecho civil dentro de algunos géneros, reduciéndolos a un número determinado y pequeño*”.<sup>37</sup> Los géneros, a su vez, deben ser divididos en las correspondientes especies. Es fácil apreciar que el método que propone Cicerón para constituir la ciencia del derecho no es más que una aplicación de las categorías y las herramientas de la lógica y de la epistemología clásicas elaboradas por el pensamiento griego 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.

A principios de la Era Cristiana –siglo I de nuestra era– y del Imperio, y a lo largo de los siglos subsiguientes (siglos II, III y IV), el derecho romano comienza a recibir esa ordenación metódica y coherente que reclamaba Cicerón y, paulatinamente, pasa 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. La época aurea de la jurisprudencia romana comprende un período que va, aproximadamente, desde Augusto a los Severos (27 a. C. – 235 de nuestra era). En este período de algo más de dos siglos y medio 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*.

A partir de Augusto, en el primer período del Imperio, surgen las escuelas públicas de jurisprudencia, financiadas por el Estado, que se organizan según el modelo de las escuelas griegas de retórica y filosofía. 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.

En este período (hacia mitad del siglo I de nuestra era), dio gran auge a los estudios de jurisprudencia la rivalidad que existía en entre las dos famosas escuelas fundadas por

---

<sup>32</sup> CICERÓN, *De Amicit*, I, I; *Brut.*, 83, 306; *De Legibus*, I, 4, 13.

<sup>33</sup> CICERÓN, *De Oratore*, I, 41, 185 -192.

<sup>34</sup> CICERÓN, *De oratore*, I, 41. 185: “nada hay [en el derecho] que pueda reducirse a arte”.

<sup>35</sup> “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).

<sup>36</sup> “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).

<sup>37</sup> *Op.cit.*, I, 41,189.

Ateyo Capitón y Antonio Labión, conocidas por los nombres de sus respectivos sucesores: Mauricio Sabino y Próculo: la de los *Sabinianos*, y la de los *Proculeyanos*. 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.<sup>38</sup>

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 jurisprudente redacta grandes tratados prácticos de derecho. De esta manera, nace en Roma la literatura jurídica y, paulatinamente, se va construyendo un cuerpo de doctrina.

A partir de Diocleciano (siglo III d.C.) cesa la antigua diferencia entre jurisconsulto y abogado, produciéndose la unión de ambas actividades en la figura del abogado, a causa, probablemente, de las complicaciones del ordenamiento jurídico y del procedimiento. El abogado es, a partir de ese momento, un jurista que debe formarse y adquirir conocimientos más profundos mediante el estudio en las escuelas de derecho.

#### *Las Institutas.*

En la época del derecho postclásico (a partir del siglo IV d.C.), la idea de *escuela de derecho* tiene algunas diferencias con las ya conocidas de sabinianos y proculeyanos. En esta época, las llamadas escuelas de derecho tienen distinto asentamiento geográfico y ya no representan, como las anteriores, dos líneas de pensamiento jurídico enfrentadas (la sabiniana más cercana al poder que la proculeyana), sino que están destinadas a la tarea común de la enseñanza, aunque sumisas y respetuosas de los textos oficiales. Por otra parte, los juristas clásicos (tanto proculeyanos como sabinianos), creaban normas, mientras que las escuelas postclásicas, se dedicaban especialmente a la recepción y la enseñanza del derecho.<sup>39</sup>

Se conocen principalmente tres escuelas de derecho durante el período postclásico: la de Roma, la de Beirut y la de Constantinopla. Estas tres escuelas fueron autorizadas por el emperador Justiniano (siglo VI d.C.) para dedicarse a la enseñanza oficial del derecho. Gozaban del favor oficial, pero también de su control. Los profesores eran funcionarios asalariados de alta dignidad, que además recibían una compensación de los mismos estudiantes, y venían nombrados o autorizados por el Senado del lugar en que se encontrase la escuela.<sup>40</sup>

Simultáneamente con el nacimiento y desarrollo de estas verdaderas instituciones de enseñanza superior, surge la necesidad de contar con una organización 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 fruto más elaborado de este progresivo trabajo de construcción 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 organizada en forma lógica.

#### La sistematización de las Institutas.

La denominación *Institutiones* deriva del latín *instituere* que significa educar, iniciar, instruir, formar, enseñar y se utilizaba no solamente en el ámbito del derecho sino que se aplicaba para toda obra que iniciaba en el conocimiento de alguna materia, así tenemos, por ejemplo, las *Institutiones oratoriae* de Quintiliano del siglo I, un manual de introducción al estudio de la retórica.

<sup>38</sup> RINALDI, Norberto, en: *Lecciones de Derecho Romano*, Madrid, Editorial Edictum, 2003, sostiene que parece preferible la posición sustentada por Arangio Ruiz en el sentido de que se pertenecía a una u otra escuela por un “sentimiento de filiación espiritual del alumno con el maestro y (para) defender con tesón...doctrinas e hipótesis a las cuales los nombres de los maestros se hallaban ligadas”.

<sup>39</sup> RINALDI, Norberto, *op. cit.*

<sup>40</sup> DE LAS HERAS SÁNCHEZ, Gustavo Raúl, *La legislación justiniana y la reforma de las enseñanzas jurídicas, Estudios in memoriam del Profesor Manuel Iglesias Cubría*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1994.



Así, 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 clara, accesible y sencilla, según un orden y una distribución sistemática, las diversas instituciones del derecho privado romano, al mismo tiempo que se sintetizan los principios generales, conceptos y definiciones del derecho. Dos de ellos han llegado hasta nosotros: las *Institutas* de Gayo –*Gaius*–, que datan del año 161 después de Cristo y de las que se ha podido encontrar un texto auténtico,<sup>41</sup> 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, las *Institutas* de Gayo es la obra más importante. Este autor debió ejercer como maestro de derecho en una provincia oriental y vivió en el siglo II, bajo Adriano (emperador desde el 117 hasta el 138 de nuestra era), Antonino Pio (138-161) y Marco Aurelio (161-180). Escribió varias obras, pero sus *Institutas*, un compendio de derecho romano de la época posclásica, 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 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 escrito en un estilo más sencillo, elegante y ameno que el habitual de los juristas.

En las *Institutas* –tanto en las de Gayo como en las de Justiniano, que tomaron como modelo aquella– encontramos quizás por vez primera, una tentativa de construcción de *un saber científico acerca del derecho*, organizado de acuerdo con los cánones de la lógica clásica, de acuerdo con el proyecto de Cicerón. Gayo aplica al campo del derecho la técnica sistematizadora disponible en la cultura helenístico-romana, que se origina en la Grecia clásica y que ya había sido aplicada en Roma en tratados sistemáticos de muy variadas disciplinas (medicina, arquitectura, retórica). Por primera vez, en las *Institutas* el Derecho romano es objeto de una consideración general que se propone la superación de su carácter casuístico mediante la reducción del material empírico a proposiciones jurídicas geniales y su encuadramiento según un esquema expositivo de finalidad didáctica en el que las clasificaciones y las definiciones desempeñan un papel fundamental.

El método de sistematización que Gayo aplica al Derecho consiste en partir el todo en sus partes, es decir, distinguir prolijamente los géneros y dividirlos en sus especies, todo ello con el propósito de ordenar racionalmente el conjunto de los conocimientos jurídicos disponibles. Luego, en su respectivo lugar, cada concepto es prolijamente definido y frecuentemente las definiciones se relacionan unas con otras. La jurisprudencia es definida 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*”. Gayo comienza con la partición del género “derecho” en sus distintas especies: (i) el derecho natural –*ius naturale*–, (ii) el derecho de gentes –*ius gentium*–, y (iii) el derecho civil –*ius civile*–. Sigue con una nueva división del derecho civil romano de acuerdo con sus fuentes: leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones imperiales, edictos y respuestas de los juristas; cada parte es prolijamente definida; y continúa con una tercera división del derecho de acuerdo a su objeto en: derecho pertinente a las personas, a las cosas y a las acciones. Esta última división determina la sistemática de todo el resto la obra. No es nuestro cometido ahora considerar en qué consisten cada uno de estas divisiones, sino mostrar que el clásico manual de enseñanza romano contiene ya una verdadera ordenación de la materia jurídica, utilizando la lógica griega clásica en función sistemática, con principios generales, divisiones y definiciones.

Las *Institutas* de Gayo, pues, realizaron tardíamente el ideal ciceroniano del *ius in artem redigere*; en efecto, las exigencias de Cicerón acerca de la necesidad de una organización racional del derecho parecieron haber sido seguidas fielmente por Gayo.

---

<sup>41</sup> El texto de las *Institutas* fue descubierto por NIEBUHR en 1816, en un palimpsesto de la Biblioteca capitular de Verona. El manuscrito, que data del siglo V y se conserva hoy en la Biblioteca Vaticana, ofrece lagunas hoy colmadas en parte por el papiro de Oxyrrinco (P. Oxy, 2103), que publicaron HUNT y BUCKLAND, en 1927.

Su manual tuvo un éxito notable y llegó hasta Justiniano, quien lo modernizó y reeditó bajo su propio nombre (*Institutiones Iustiniani*) asegurando su permanencia hasta nuestros días.

### El concepto de sistema.

A propósito de nuestra afirmación según la cual las *Institutas* contienen una “sistematización” del derecho, conviene hacer una breve digresión sobre el concepto de *sistema* para evitar equívocos y confusiones. Siguiendo a Helmut Coing, puede afirmarse que existen por lo menos dos acepciones de la palabra *sistema* susceptibles de ser aplicadas a lo jurídico: la primera, que a los efectos de esta distinción podríamos llamar “sistema en sentido lato” o “amplio”, es la que hace referencia a un simple esquema de orden, a una ordenación de un conjunto de elementos con vistas a reducirlo a cierta unidad que facilite su manejo y conocimiento, y, en este sentido, designa algo que es indispensable en todo estudio de carácter científico. En efecto, ya hemos dicho que no hay verdadera ciencia sin un orden. Este concepto amplio de orden abarca y comprende una ordenación de tipo lógico-dialéctica como podría ser la división de un género en sus especies y la subdivisión de estas en sub-especies, como también un simple orden cronológico a incluso alfabético, en la medida en que los elementos admitan adoptar tales criterios de ordenación.

En cambio, hay otro sentido del término *sistema*, que llamaremos “estricto”, que el citado autor entiende como aquel según el cual “las proposiciones individuales puedan deducirse como consecuencias lógicas a partir de ciertos axiomas fundamentales”.<sup>42</sup> El sistema, concebido de este modo, implica una articulación de un conjunto de elementos de acuerdo con reglas lógicas sumamente estrictas (generalmente, derivación por inferencia deductiva de unas respecto de otros) de modo tal de que cada componente se articula con el todo sistemático del que forma parte dando lugar a una unidad rígida, cerrada y autorreferencial –sistema–, una pirámide de proposiciones que parte de axiomas y que da lugar a un sistema rígido y cerrado. Este es el sentido que el racionalismo filosófico y jurídico dará al concepto de sistema.

Las *Institutas* de Gayo constituyen una primera tentativa de organización metódica del cuerpo de nociones y conocimientos jurídicos y, desde tal perspectiva, puede aplicársele perfectamente el sentido amplio de la palabra *sistema*, aunque no el último.

### *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 528 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.<sup>43</sup>

El *Corpus iuris* consta de tres partes:

1. Las *Institutiones* o “institutas” son una obra elemental, destinada a los estudiantes, redactada sobre la base principal de las *Institutas* de Gayo, pues estaban destinadas a sustituirlas como libro de texto en la primer curso de la carrera de derecho.
2. Los *Digesto* o *Pandectae*: es una compilación del material jurisprudencial, es decir, una antología de extractos breves de los juristas de la época clásica. Los fragmentos de Ulpiano –la tercera parte del Digesto–, Paulo, Papiniano y Juliano

<sup>42</sup> COING, Helmut, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft* (1958), cito de la traducción castellana: *Historia y significado de la idea de sistema en la jurisprudencia*, México, UNAM, 1959, pág. 21.

<sup>43</sup> DORS, Alvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA, 10ma edición, 2004, pág. 46.

ganan a los de todos los demás juristas. A la suma total de treinta y nueve juristas, corresponde el conjunto de los 9.000 fragmentos que, aproximadamente, integran el Digesto.

3. 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 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: hasta el nacimiento del Imperio (época en la que vivió Cicerón, siglo I a.C. y los primeros años de nuestra era), como hemos tenido oportunidad de comprobar, el derecho romano existía bajo la forma de una práctica jurídico-prudencial y el material jurídico se encontraba disperso e inorgánico. Le debemos a la labor científica que llevaron a cabo los jurisconsultos romanos entre los siglos I y VI de nuestra era –entre los cuales sobresalen: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y, como ha sido dicho: Gayo–, el surgimiento y la paulatina sistematización de un saber científico acerca del derecho con un alto grado de elaboración, organizado de acuerdo con las reglas de la lógica clásica de cuño aristotélico –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, acción real, acción personal, etc.– que utilizamos aún hoy, y que fue materia de estudio y enseñanza en las escuelas de jurisprudencia de la época del Imperio, en los manuales de uso común entre los estudiantes de derecho, llamados *Institutas*. Las *Institutas* de Gayo sirvieron de modelo para las *Institutas* de Justiniano y éstas, a su vez, para la ordenación de materias de nuestros códigos modernos.

## **5.- La Edad Media (siglos V al XV).**

### **5.1. 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 (476). 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. No hay tampoco, por lo tanto, un poder central que produzca una legislación escrita y uniforme. 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 diversos grupos sociales, dotados de autonomía relativa: baronías, comunidades feudales, reinos, la Iglesia, etc. Este particularismo político trae aparejado un particularismo jurídico pues los diversos poderes sociales y grupos infrapolíticos 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”.<sup>44</sup>

De una parte, se produce lo que podríamos llamar una tendencia a la *territorialización del derecho*, es decir, se configuran órdenes jurídicos que rigen exclusivamente en un determinado territorio, que coincidía, las más de las veces, con los grandes señoríos feudales. La inseguridad propia de la época y la poca frecuencia de las comunicaciones y el comercio acentuó el aislamiento de las comunidades entre sí y contribuyó a la formación de un derecho consuetudinario de carácter local, con prácticas e instituciones propias de cada región o comarca. Había una cierta graduación en la aplicación: la costumbre local era excluyente; si ella no contemplaba el caso a resolver, se recurría a la costumbre general.

---

<sup>44</sup> 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.

Empero, de otra parte y sin perjuicio del parcelamiento territorial del derecho consuetudinario –uno por cada región–, dentro de cada región había también una pluralidad de derechos particulares. 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 las diversas clases y funciones sociales. Así, hay un derecho que rige las relaciones de derecho privado entre hombres libres, otro que regula los vínculos entre señores, vasallos y feudos; los clérigos estaban sujetos al Derecho canónico y, más tarde, los mercaderes estarán sometidos al Derecho especialísimo producto del *coetus mercatorum*, primer embrión del futuro “Derecho mercantil”.<sup>45</sup> En un mismo lugar, el régimen sucesorio será el del mayorazgo para la nobleza, es decir, el que establece un privilegio para el hijo mayor, en cambio, será absolutamente igualitario para la clase campesina.

No hay, por otra parte, una organización judicial unitaria sino tribunales especiales: la corte feudal para los vasallos; la eclesiástica, para los clérigos; la corte señorial, para los campesinos; las cámaras municipales, para los burgueses; los consejos de las corporaciones gremiales, para maestros, oficiales y aprendices, etcétera. Esta pluralidad de manifestaciones de derechos se debe a la particular función que cada derecho estatutario debe cumplir: el derecho feudal, está destinado a organizar el gobierno y defensa de la comunidad; el de la Iglesia, tiene el propósito de afirmar o preservar los valores espirituales y proteger a los más débiles; el corporativo, apunta a asegurar la calidad de los productos y la relación entre oferta y demanda.

Durante los siglos que van desde el V al XI, el Derecho se va creando día a día, a partir de la *praxis*, como consecuencia de la necesidad de regular los negocios cotidianos, y en ocasión de brindar soluciones a los problemas jurídicos propios de la vida diaria. El notario es, en expresión de Grossi, “*la hormiga laboriosa del taller jurídico medieval*” que modela y elabora un Derecho original extraído de los hechos y que se va acomodando a las exigencias de la vida jurídica de cada momento. Los notarios inventaron nuevas figuras jurídicas sobre la base de antiguos esquemas romanos, a veces adecuándolos a las necesidades del momento, otras veces modificándolos para crear instituciones novedosas, y, en ocasiones, adaptando una costumbre jurídica preexistente; y todo ello con una libertad y una destreza notables.<sup>46</sup> Ejemplo de este esfuerzo de producción jurídica son los diversos y variados contratos agrarios creados por los notarios durante la primera Edad Media.

A lo largo de este período no hay una reflexión doctrinal con carácter científico acerca del Derecho. Para Grossi, a quien seguimos, no podría haberla porque “*la ciencia, para construir su arquitectura, tiene necesidad de conquistas consolidadas y reposadas sobre las 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, mostrándose a través de una faceta increíblemente compuesta e irreductible a unidad*”.<sup>47</sup> 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, y de esquemas originales 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.

## 5.2. La civilización tardomedieval (siglos XI a XV).

### *El redescubrimiento del Derecho romano y la labor de los glosadores*

A fines del siglo XI, en Italia se produce un fenómeno histórico de enorme trascendencia: el redescubrimiento del derecho romano justinianeo.

Durante este período medieval, los principales centros de enseñanza eran los monasterios, esto es, las escuelas monacales, episcopales y catedrales. En ellas,

<sup>45</sup> GROSSI, P., *Op. cit.*, pág. 72.

<sup>46</sup> GROSSI, P., *Op. cit.*, pág. 79.

<sup>47</sup> GROSSI, P., *Op. cit.*, pág. 80.

llamadas escuelas de “artes liberales”, se enseñaba todo el saber humano que se agrupaba en dos ramas: el Trivium y el Quadrivium. El *Trivium* incluía la enseñanza de Gramática (arte de expresarse correctamente, tanto en forma oral como por escrito), la Retórica (arte de convencer o persuadir) y la Dialéctica (el arte de examinar lógicamente, analizar y discutir lo que se expresaba). El *Quadrivium* correspondía a los estudios de Geometría, Aritmética, Astrología y Música. Pues bien, dentro del Trivium, y en relación con la Retórica y la Dialéctica, se estudiaban nociones de derecho. En el año 1090, el monje Irnerius, *magister artium*, es decir, maestro de las artes liberales del *trivium* (Gramática, Retórica y Dialéctica) de una de estas escuelas catedráticas de Bolonia, descubrió en la biblioteca de Pisa un ejemplar del *Corpus Iuris Civilis*.<sup>48</sup> Fue el primero en estudiarlos en hacer breves comentarios marginales llamados glosas y, por eso, se lo considera el fundador de la Escuela de los Glosadores.

Sobre el manuscrito del *Corpus Iuris*, Irnerius habría hecho confeccionar, cotejándolo corrigiéndolo con otros manuscritos que no conocemos, una *lectio vulgata* que comenzó a utilizar como texto de estudio de la materia Jurisprudencia que hasta ese momento se estudiaba como apéndice de los estudios de Gramática, Retórica y Dialéctica. El magisterio de Irnerius dio lugar a una corriente jurídica que conocemos con el nombre de escuela de los *Glosadores* y transformaría lo que había sido una modesta escuela de artes catedrática en la Universidad de Bolonia (*Studium Bononiense*), una de las más antiguas y prestigiosas de Europa, fundada en 1088, cuya fama se extendió prontamente por todo el continente; la extraordinaria cantidad de diez mil 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.

Irnerius y sus discípulos –entre ellos, los “cuatro doctores”: Jacobo, Martín, Búlgaro y Hugo, y, más tarde, Accursius di Bagonolo (1182-1263), Azón y Odofredo– aplican el método exegético al estudio del *Corpus iuris* de Justiniano (siglo VI) y, singularmente, del Digesto, en el manuscrito “pisano” o “florentino” recién descubierto. El método de los glosadores consistía en escribir breves aclaraciones, comentarios textuales o “glosas” a través de las cuales se intentaba explicar el significado literal de cada pasaje del texto justiniano. Progresivamente y con el devenir de los años, el método de los glosadores fue evolucionando pasando de ser meras aclaraciones de vocablos situadas entre las líneas de los textos (glosas interlineales) que contenían una interpretación principalmente gramatical (*littera*), a recoger reducidos desarrollos teóricos, conexiones lógico-conceptuales con otros lugares del *Corpus Iuris*, susceptibles de aportar la comprensión de la ley o el espíritu de la regla (*sensus*) y su capacidad de erigirse en norma jurídica adecuada respecto de las situaciones de hecho contemporáneas a los juristas. Las glosas adquirieron tales dimensiones que se hizo necesario escribirlas al margen del texto estudiado (glosas marginales). De este modo, comenzaron a hacer silogismos, a construir argumentos y a realizar interpretaciones susceptibles de extraer del viejo tesoro de la tradición romano-clásica soluciones prácticas para la realidad vigente en Europa en esa época.

Los glosadores desarrollan sistemáticamente el método de los comentarios a los textos romano clásicos, formulando distinciones, conjeturas e intentos de soluciones, con el propósito de obtener una visión unitaria de las instituciones, y, luego, sintetizan los principios extraídos de estos textos en reglas o definiciones llamadas *Brocardas*. Para ello, utilizaban una serie de operaciones lógicas: en primer lugar, agrupaban los pasajes análogos o paralelos –*loci paraleli*– que, dentro del *Corpus Iuris*, eran similares al texto objeto de estudio; así como también reunían los pasajes que proporcionaban soluciones diferentes y concordaban las contradicciones o antinomias. Luego, procuraban dar definiciones y conceptos claros de las diversas instituciones mediante generalizaciones a partir de las coincidencias en los textos; también: realizan clasificaciones, eliminan contradicciones y, en algunos casos, prescinden de algún texto que consideran *caput mortuum*. Los textos antiguos, olvidados por tanto tiempo, son estudiados, armonizados e interpretados, en forma minuciosa y sutil, con el propósito de llevar a cabo “la construcción de conceptos y principios jurídicos valederos para las sociedades modernas”,<sup>49</sup> y, en definitiva, para poder acomodar el Derecho romano a las exigencias de los nuevos tiempos de modo tal de que resulte aplicable a los problemas particulares

<sup>48</sup> Actualmente, se encuentra en la Biblioteca Laurenciana, en Florencia.

<sup>49</sup> BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Milán, 1933, pág. 2.

de la época. El pensamiento de los Glosadores era, sin duda, hacer del Derecho romano un Derecho vivo; por eso en su *Corpus iuris* asoma siempre el cetro del Imperio germánico, y por eso también el templo glorioso del Derecho romano se ve ceñido, en esta época, por las murallas feudales de la Edad Media.

Uno de los más destacados glosadores fue Azón, profesor de Bolonia de 1190 a 1229 y el último y más famoso fue Accursius di Bagnolo (1182-1263), el cuál trabajó por décadas en una compilación exhaustiva de todas las glosas realizadas por los juristas predecesores y compuso un ingente comentario total del *Digesto* que en las nuevas ediciones manuscritas se acostumbó a transcribir en amplios márgenes que encuadraban el texto justiniano. Esta obra, llamada *Glossa Magna*, *Glossa ordinaria*, o, simplemente, –y por antonomasia– *Glossa*, publicada en el año 1227, llegó a incluir cien mil glosas. El éxito de la *Glossa Magna* fue enorme, fue la única en circular y su autoridad fue indiscutida, tanto en la práctica jurídica como también en las aulas universitarias y en la la reflexión científica, por lo menos hasta el siglo XV.

El método que utilizan los glosadores es la lógica y la Dialéctica, disciplina que formaba parte del *Trivium*, es decir, del programa de estudios vigente en la universidad medieval de los siglos XI y XII y que se estudiaba sobre la base de los textos de Aristóteles y Boecio. Por lo general, el jurista había culminado sus estudios de dialéctica antes de comenzar a estudiar jurisprudencia y, además, la suponía conocida por sus alumnos. El monje Irnerio tuvo una relación directa con la dialéctica porque antes de enseñar derecho era maestro de Gramática y Dialéctica –*magister in artibus*–. Los propios glosadores utilizan la expresión *quaestiones dialecticae* para aludir a cuestiones controvertidas o a casos prácticos que había que resolver. Se trataba, como es obvio, de cuestiones discutibles en las que había opiniones contradictorias. Todo aquello que aparecía, desde un principio, como incontestable no era objeto de una *quaestio*. Ejemplo de *quaestio* podía ser la siguiente: ¿por qué dos situaciones de hecho análogas (que presentan similitudes) están reguladas de modos diversos? Una respuesta posible es que la misma regla debe traspolarse y aplicarse a ambas situaciones por analogía, la otra solución, contraria, es que cada situación exige una norma diversa. Para resolver la *quaestio*, el jurista debía argumentar y dar razones a favor de una de las dos tesis contradictorias o bien mostrar que la contradicción es sólo aparente y ello se hacía utilizando la dialéctica.

#### *Los Postglosadores o Comentaristas.*

A finales del siglo XIII, sucede a la escuela anterior la de los *Postglosadores* o *Comentaristas*, que se extiende hasta el siglo XV en Perugia. Se la llamó Escuela de los Postglosadores porque el método de trabajo que utilizaron siguió, con matices, el ya elaborado por los Glosadores. Recibió también el nombre de Escuela de los Comentaristas porque el género literario que utilizaron para la exposición del derecho fueron los *Commentaria*. Los postglosadores se establecieron en Italia, razón por la cual la orientación que dieron a los estudios jurídicos se le ha llamado *mos italicus*. A ella pertenecen Bartolo de Sassoferrato (1314-1357),<sup>50</sup> Alberico de Roste, Paolo de Castro y Jásón de Meino, entre otros.

El método de trabajo de los Postglosadores fue muy semejante al de los glosadores, aunque influidos por los canonistas, utilizaron el método escolástico que hacía uso de la lógica y la dialéctica de Aristóteles.

Los postglosadores estuvieron más orientados a la práctica del derecho que sus antecesores, razón por la cual convirtieron las construcciones jurídicas hechas por estos en un “derecho foral”, esto es, un derecho aplicable y aplicado en los tribunales de las respectivas sociedades donde vivieron, para lo cual adaptaron el derecho romano con el fin de que resultara útil. Así, Bartolo decía que los textos romanos no eran ídolos a los que había que adorar, sino instrumentos de los que el jurista se debía servir para resolver casos prácticos. Además, estudiaron los derechos municipales y locales y consideraron el derecho romano como supletorio o subsidiario de los anteriores. Su importancia radica en haber convertido el derecho creado en las universidades en un

---

<sup>50</sup> La enorme autoridad y prestigio que llegó a adquirir este jurista en los siglos XIV y XV merece ilustrarse mediante el difundido aforismo: *nemo iurista nisi bartolista*: nadie es jurista si no es bartolista.

derecho aplicable en los tribunales, haciéndolo compatible con el derecho vigente, con lo cual, convirtieron el derecho romano y el canónico en el tronco común del derecho europeo.

Su expresión característica fueron los comentarios a las diversas partes del *Corpus Iuris* con utilización de otras fuentes, de derecho local o canónico. Del lado formal, la diferencia entre una y otra escuela radica en esto: la glosa es la clarificación y explicación de la *littera*, en tanto que el comentario trata de adentrarse en el *sensus*. Pero lo que otorga la nota distintiva, yendo ya a lo intrínseco, a la escuela de los Postglosadores, es el empleo de la lógica dialéctica clásica típica de la escolástica medieval y de la retórica, animados por la reaparición de los textos de Aristóteles, para la realización de su tarea de interpretación de las fuentes romanas y, en última instancia, para la construcción de las bases de la ciencia jurídica moderna.

Este vigoroso movimiento doctrinal de los glosadores y comentaristas, a la vez exquisitamente intelectual –recuérdese que a partir del siglo XIII utilizaba la metodología dialéctica escolástica– y pragmático –en tanto no tenía un propósito meramente teórico sino que estaba dirigido a brindar soluciones prácticas a los nuevos problemas jurídicos que imponía una nueva situación política, cultural, social y económica– fue el fruto de una tradición viva. 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.

El Derecho romano no es aplicado en su forma original, sino tras su reforma o adaptación, esto es, bajo el imperio de una visión distinta, para amoldarlo a la situación vigente. Los glosadores, pero sobre todo los comentaristas, recurren a una manipulación pragmática del imponente material jurídico romano, con el propósito de extraer todo aquello que pudiera servir, amalgamado con los elementos del derecho viviente, para la creación de un derecho adecuado a las necesidades contemporáneas. El *Corpus iuris* brindaba a los juristas medievales los materiales necesarios para que, sobre la base de ellos, pero con extraordinaria libertad para interpretarlo de conformidad con su propia mentalidad, pudieran adaptar los esquemas jurídicos tradicionales a los nuevos negocios y realidades jurídicas de la época. La dinámica de esta metodología encontraba su lema en un texto del propio Digesto: “*Los casos nuevos necesitan nuevas disposiciones*”. Así, glosadores y comentaristas logran descubrir y crear, a partir de este acomodamiento de los textos normativos romanos, nuevos contenidos que se erigen en reglas aptas para regular la propia vida actual. Los maestros medievales son verdaderos *intérpretes* y no meros exégetas, genuinos mediadores entre el texto antiguo y su realidad contemporánea y mediadores tan comprometidos con la necesaria eficacia de derecho que no dudan en forzar el texto en nombre de las exigencias de la realidad concreta.

Los glosadores y, quizás en mayor grado los comentaristas, fueron los fundadores de la ciencia jurídica europea. Fueron, al igual que los jurisprudentes romanos, creadores de derecho. Un derecho de juristas, parecido en ello al derecho romano clásico, para diferenciarlo del derecho moderno creado autoritativamente por el poder central –rey, príncipe territorial, parlamento, consejo deliberante municipal, etcétera– a través de leyes.

La labor de las escuelas italianas de los glosadores y comentaristas, con su celo infatigable, su sagacidad, su tacto jurídico y su sentido de equidad, y, sobre todo, la cultura y la conciencia jurídica por ellas irradiada, lleva a la formación de un “Derecho común” de los territorios europeos. Propusieron la idea novedosa y fecunda de concebir el Derecho romano como *ius commune* que, sobreponiéndose a todos los particularismos jurídicos típicos del Medioevo, pudiera servir para suplir las deficiencias de los derechos locales de cada lugar o reino. “*Ubi cessat statuta* –dice el jurista Baldo de Ubaldis– *habet locum ius civile*”.<sup>51</sup> 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, surgida en

---

<sup>51</sup> Expresión que cabe traducir así: donde deja de tener validez el estatuto o derecho particular, está el “*ius civile*”, es decir, el Derecho romano.

el siglo XIII, constituye uno de los pilares de la unidad espiritual de Europa y perdurará por lo menos hasta la época de la codificación (siglo XIX), con Savigny y Von Ihering.

### *El origen y el desarrollo de las primeras universidades*

Las universidades, tal como las entendemos hoy en día —con profesores, estudiantes y grados académicos—, nacieron en la Alta Edad Media. Sus predecesoras fueron las escuelas monásticas, episcopales y catedralicias, ya explicadas, donde se estudiaban las “artes liberales”. Estas se desarrollaron principalmente en Francia —centro intelectual de Europa en el siglo XII— y se extendieron más tarde a Italia y a otros países de Europa.

El término “universidad” —que se deriva de la palabra latina *universitas*— significaba corporación o gremio de estudiantes y de maestros. La primera universidad europea, como ya hemos apuntado, apareció en la ciudad de Bolonia, Italia, aunque más o menos paralela a ella, se estableció una escuela de medicina en la ciudad de Salerno, también en Italia. La fundación de la Universidad de Bolonia, como ya se ha dicho, coincidió con el “descubrimiento” de Ihering y la fundación por este de la “Escuela de los Glosadores”. A ella se debe el gran interés que se produjo entonces por los estudios del derecho romano justiniano. Ese interés hizo que vinieran estudiantes de toda Europa a estudiar en Bolonia, creándose en ella asociaciones (*universitas*) de estudiantes: la de los “citromontanos” y la de los “ultramontanos”. Los primeros eran estudiantes provenientes de la península itálica; los segundos eran estudiantes del resto de Europa, esto es, de más allá de los Alpes. Con el aumento de la población estudiantil se produjo una subdivisión en naciones y más tarde en “subnaciones”. En el siglo XII ya había en Bolonia 17 “subnaciones” de italianos y 14 “subnaciones” de ultramontanos. Estos estudiantes eran enviados por sus países de origen para que se formaran y capacitaran conforme a los textos jurídicos romanos y canónicos con el fin de que, a su regreso, se convirtieran en letrados, jueces, asesores jurídicos de los monarcas y maestros de las universidades que se estaban creando por toda Europa.

Las primeras universidades de la Europa greco-latina-cristiana fueron fundadas principalmente en Italia, Francia y España y se dedicaron a los estudios de derecho, teología y medicina. Entre 1200 y 1400 se crearon en Europa 52 universidades, 29 de ellas erigidas por los papas. Las más importantes, además de Bolonia y Salerno, fueron la de la Sapienza en Roma, la Carolina en Praga, las de Oxford y Cambridge en Inglaterra, las de París —uno de cuyos colegios fue La Sorbona—, Montpellier y Orleáns en Francia, la de Coímbra en Portugal, la de Viena, en Austria, la de Cracovia en Polonia y las de Alcalá de Henares, Palencia y Salamanca en España. Las universidades alemanas y de los Países Bajos fueron más tardías. De finales del siglo XIV y principios del XV son las fundaciones de las universidades de Heidelberg y Colonia en Alemania y las de Lovaina y Upsala, en Bélgica y Suecia.

En las universidades medievales, nacidas en el siglo XII, encontramos cátedras de “Jurisprudencia” en las cuales, gracias a los Glosadores y Postglosadores, se estudiaba principalmente el Derecho Romano y el Derecho Canónico, los cuales, se convertirían en el derecho común (*ius commune*) de toda Europa y, más adelante, en el sistema jurídico de los países conquistados por las potencias europeas. Pero también había cátedras 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 (II-II, q. 57 y siguientes) y en el tratado de la ley (I-II, q. 90), dentro de su magna obra. Tenemos pues a filósofos, teólogos y juristas trabajando simultáneamente sobre un mismo objeto de estudio: el derecho y haciendo ciencia del derecho, es decir, considerando sus aspectos universales y necesarios.

### *El Common law*



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, salió 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 elaboran reglas del derecho, generalmente, como hemos tenido oportunidad de comprobar, a partir de un texto del *Digesto*, aunque desde un punto de vista más técnico y con una metodología casuística destinada a brindar solución a los casos concretos; 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 jurídica que se enseña en las universidades europeas durante esta época se denomina “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 y teórica. Merecen mencionarse la obra del español Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569) y del holandés Hugo Grocio (1583-1684) en esta línea.

En la enseñanza del derecho tenemos, entonces, dos grandes bloques: la enseñanza del derecho de los juristas, de los comentarios de los textos, de la hermenéutica del derecho romano. 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 público.

## **6.- El surgimiento de la geometría legal.**

Entre los siglos XVI y XVII surge una actitud teórica novedosa frente a lo jurídico que consiste en pretender obtener en la Ciencia del Derecho el rigor, la seguridad y la claridad de las ciencias exactas. La aspiración que subyace a estas corrientes de pensamiento consiste en alcanzar en el ámbito de lo jurídico, a través del método hipotético-deductivo, la misma exactitud y certeza que es propia de las matemáticas o de la geometría. Por ello, el iusfilósofo de la Universidad de Padua, Francesco Gentile, ha acuñado la expresión *geometría legal* para denominar a este heterogeneo grupo de pensadores.

Fue tal el éxito del método experimental hipotético-deductivo, creado para el estudio de la naturaleza física por Roger Bacon (1219-1292), Galileo (1554-1642) y los fundadores de las ciencias fisico-matemáticas, que se entendió que era un método que tenía valor universal y que, por lo tanto, podía ser aplicado a todas las ciencias, incluso a las ciencias prácticas, es decir, a la política, a la ética, y al derecho. La *geometría legal* es una calificación que puede aplicarse a una gran diversidad de autores y de escuelas, entre las que merecen mencionarse: el *racionalismo jurídico* cuyos representantes más importantes fueron Hugo Grocio (1583-1645), Gottfried Leibniz (1646-1716), Baruch Spinoza (1632-1677), Samuel Pufendorf (1632-1694), Christian Wolff (1679-1754). Pero también, Thomas Hobbes (1588-1679) en Inglaterra. En el siglo XIX, puede

incluirse la “jurisprudencia de conceptos”; en el siglo XX, alcanza una expresión teórica sólida y sistemática con el jurista vienes Hans Kelsen (1881-1973), y se difunde con la Escuela Analítica hasta que, a finales del siglo XX, llega a lo que podríamos llamar su agotamiento. La razón por la cual esta corriente traslada el método de las ciencias experimentales al Derecho fue la búsqueda de “certezas”, como camino para la adquisición de verdades seguras.

Una de las características de estos autores es que reducen el fenómeno jurídico a uno de sus elementos estructurales: la norma jurídica, dejando de lado otros elementos ineludiblemente presentes en todo fenómeno jurídico, tales como: la conducta jurídica obligatoria y su objeto terminativo, y las facultades y potestades jurídicas. Se privilegia la norma jurídica porque se trata de un elemento susceptible de ser identificado con precisión y porque la reducción de la complejidad del fenómeno jurídico a norma jurídica permite y hace más fácil su estudio y consideración. Se trata, en general, pues, de un *normativismo*. El derecho, por lo tanto, es concebido como un sistema de normas jurídicas, racionalmente elaborado, con una conexión interna conceptual y que encierra en sí mismo todas las soluciones a los posibles problemas que se plantean en la vida social.

El método que estos autores aplican al Derecho es una interpretación, al modo sistemático, del que utilizó el matemático griego Euclides en su famoso tratado de geometría titulado *Elementos* (publicado en Alejandría en el año 300 a. C.). El libro primero de los *Elementos* contiene las verdades primarias que habrán de operar como punto de partida de todo el sistema: definiciones (punto, línea, recta, superficie, plano, etc.), postulados y axiomas. A partir de estas definiciones, postulados y axiomas cuya verdad es aceptada por evidencia inmediata (axiomas) o por asunción (postulados), Euclides realiza la demostración de las restantes proposiciones de la geometría mediante rigurosos razonamientos deductivos. Uno tras otro, son demostrados los teoremas (o corolarios) que se desprenden de los axiomas o de otros teoremas ya demostrados, dando lugar a una organización sistemática casi perfecta. Los *Elementos* de Euclides se convirtieron en el arquetipo del método axiomático-deductivo.

En el siglo XVII, las matemáticas y la geometría se convirtieron en los saberes científicos que, por excelencia, permitían asegurar la exactitud, el rigor y la coherencia en el estudio de cualquier sector de la realidad. Los representantes de la escuela racionalista del derecho natural, sin perjuicio de sus diferencias, comparten la idea de la similitud entre la ciencia jurídica y las matemáticas o la geometría<sup>52</sup> y, por lo tanto, tomaron el método propio de la geometría y lo aplicaron al derecho. De conformidad con este procedimiento, los diversos autores y corrientes que hemos de agrupar en la llamada geometría legal sostienen que la tarea de la ciencia del derecho proceden de un modo aproximadamente semejante: comienzan por formular una idea iusfilosófica o una proposición –la idea de libertad, la idea de derecho subjetivo, la idea de contrato social, la idea de norma hipotética fundamental– que hace las veces de *axioma* (a semejanza de los axiomas de Euclides) o bien una *hipótesis*: una afirmación provisoria convencionalmente adoptada como proposición inicial. Ese axioma o hipótesis es colocado en el vértice de la pirámide lógico conceptual de tal manera que cumpla la función de punto de partida o principio de todo el desarrollo posterior. De allí que se hable de método *axiomático-deductivo* o *hipotético-deductivo*, según se encuentre en la base del sistema un axioma o una hipótesis. A partir de estos enunciados iniciales, el pensamiento se desarrolla del mismo modo que lo hace la geometría, pasando de ese postulado primero a consecuencias racionalmente demostrables, utilizando para ello inferencias lógico-deductivas que van de los enunciados más generales a los más particulares, es decir, un típico método “geométrico”. Así, las proposiciones jurídicas se integran dentro de un sistema lógico-axiomático o lógico-deductivo, en el cual cada una de ellas procede o deriva lógicamente de otras y, a su vez, condiciona o determina lógicamente, las subsiguientes. El modelo de la ciencia del derecho es, por lo tanto, una pirámide de conceptos y de proposiciones jurídicas en la que, cada concepto y cada proposición, pueden ser lógicamente obtenidos de las demás, por una vía rigurosamente deductiva.

---

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto, voz “Método”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo X, 1957, págs. 602 y 603.

Los biografos de Thomas Hobbes dan cuenta no tan sólo de que el autor inglés conoció los *Elementos* de Euclides sino también del fuerte impacto que le produjo la obra. En el *Leviatan*, deja constancia de su admiración por la geometría: “en la geometría (única ciencia que Dios se ha complacido en donar a la humanidad), los hombres empiezan estableciendo los significados de sus palabras, significados que llaman definiciones, y se sitúan al comienzo de sus investigaciones”.<sup>53</sup> Y, consecuentemente, aplica el método geométrico a los dos temas de su obra: el estudio del hombre y del Estado. Comienza por las definiciones de las palabras que designan los elementos más simples: las facultades del hombre, a saber: la razón, las pasiones, etc. Los efectos que derivan de estas facultades nos dan un conocimiento cierto de los hombres y de sus relaciones mutuas. El estudio de las relaciones de los hombres en su estado natural arroja como consecuencia que éstos necesitan pasar a una nueva situación, el estado civil, el que se instaure un poder común que genera nuevas relaciones entre los individuos. Así es como Hobbes realiza la deducción de los caracteres del Estado partiendo del análisis de la naturaleza humana y avanzando desde los elementos más simples, por medio de deducciones, hasta sus derivaciones.

En las *Seis lecciones para los profesores de matemáticas*, establecerá, rotundamente, las conexiones entre el método geométrico y de la ciencia política: “La geometría es demostrable porque las líneas y las figuras a partir de las cuales razonamos proceden y son descritas por nosotros mismos; y la filosofía civil es demostrable porque nosotros mismos hacemos la comunidad”.<sup>54</sup> Esta misma conexión es expuesta en un pasaje paralelo del *De Homine*.<sup>55</sup>

Puesto que las causas de todas las cualidades de las figuras particulares están contenidas en las líneas que nosotros trazamos puesto que la creación de estas figuras depende de “nuestro arbitrio”, para determinar alguna de las propiedades de cualquiera de nuestras figuras, lo único que se requiere es considerar todas las consecuencias que se deducen de nuestra propia construcción. Sobre la base de esta explicación y únicamente sobre ella, existe una geometría como ciencia exacta y demostrable. [...] Del mismo modo la política y la ética, es decir, la ciencia de “lo justo” y de lo “injusto”, puede ser demostrada a priori, puesto que se conocen los principios sobre los que se basan lo justo y lo equitativo, lo injusto y lo inicuo, a que nosotros creamos las causas de la injusticia, es decir, las leyes y los pactos. Pues antes de que fueran creados los pactos y las leyes, ninguna justicia ni ninguna injusticia, ni ninguna naturaleza de los bienes o de los males públicos existía entre los hombres, más que entre las bestias.

Gottfried W. Leibniz constituye una expresión paradigmática de esta concepción que asimila de algún modo la ciencia jurídica con la geometría. En su obra *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentia* (Nuevo método para aprender y enseñar la jurisprudencia) del año 1667, dice que el derecho es un tipo de realidad que debe y puede presentarse *more geométrico, more mathematico*, es decir, un sector de lo real donde se puede aplicar el método geométrico deductivo y, por lo tanto, puede exponerse y estudiarse a la manera de la geometría o a la manera de las matemáticas.<sup>56</sup> No es casual que otra de sus obras jurídicas se titule *Elementa Juris naturalis* (1672), nombre evidentemente inspirado en el famoso tratado de Euclides. En esta obra, el gran racionalista alemán elabora un sistema filosófico jurídico que, partiendo de los *elementos* del derecho, bajo la forma de definiciones y axiomas, va deduciendo de ellos todas las restantes proposiciones jurídicas que conforman el sistema. En la primera parte, define los términos que harán las veces de componentes básicos y “elementales” del sistema: derecho, justo, injusto, sujeto, objeto, acto, obligación, equidad, etc. Todas las definiciones son *a priori*, es decir, no surgen de la experiencia sino que son consideradas verdades innatas, captadas por la razón, sin recurso a la experiencia. De las definiciones dadas anteriormente, se deducen otras. Con esos elementos primeros, se obtienen los principios generales de los que se deduce, a su vez, todo el derecho

<sup>53</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatan*, Madrid, Editora Nacional, 1980, IV, pág. 143.

<sup>54</sup> HOBBS, T., *Seis lecciones sobre los profesores de matemáticas*, citado por MONDOLFO, Rodolfo, *Il verum factum prima di Vico*, Nápoles, Guida 1969, pág. 59.

<sup>55</sup> HOBBS, T., *De Homine*, X, 5, citado por MONDOLFO, R., Op. cit., pág. 58.

<sup>56</sup> Una exposición del contenido de las obras jurídicas de Leibniz puede verse en: MARTÍNEZ TAPIA, Ramón, “Leibniz la ciencia jurídica”, en *Anales de Derecho*, Facultad de Derecho, Murcia, Universidad de Murcia, nro. 14, págs. 149-176; véase, también: FASSO, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. II: La Edad Moderna, 1979, pág. 162.

positivo, que será organizado y expuesto de manera racional deductiva. Las definiciones y proposiciones pueden ser combinadas a fin de desprender de ellos una serie indefinida de teoremas jurídicos que, en última instancia, se pueden aplicar a los casos concretos. Se reduce, de esta forma, todo el derecho a un sistema racional axiomático-deductivo compuesto de normas que se desprenden unas de otras; unidad sistemática que no depende de los hechos sino de la razón que es la que va construyendo el sistema, siempre según el modelo de las matemáticas, y con aspiración de abarcar todos los posibles casos concretos que pudieran darse.

Esta idea del derecho concebido como un sistema estructurado de normas jurídicas deducidas de algunos principios naturales o evidentes, eternos e inmutables, asociada a la idea de un legislador racional y universal, se proyecta hasta la época de la Ilustración y la Revolución francesa, es decir, el siglo XVIII. Uno de los productos jurídicos fundamentales de la modernidad se inspira en esta concepción: el Código. Los Códigos, obra típica del racionalismo, no guardan relación formal con los escritos jurídicos de etapas anteriores, ni con el Digesto, ni con los Fueros Medievales, ni con las recopilaciones de la Edad Moderna. “Un Código moderno tiene muchas más semejanzas con algo diferente: con un tratado de geometría, por ejemplo. Las analogías matemáticas serán de ahora en adelante, muy caras a todo buen jurista. Y no sin razón. El derecho está en los Códigos, como la ética en Espinoza, *more geométrico demonstrato*”.<sup>57</sup>

El Código Napoleón de 1804 y todo el posterior movimiento codificador que se extendió por Europa, primero, y por las colonias americanas después, quizás el proyecto jurídico más trascendente y duradero de la Ilustración, está directamente inspirado en el modelo geométrico del orden jurídico que lo concibe como un sistema deductivo cuyas notas típicas deberían ser: la perfecta unidad, la integridad o completitud y la coherencia o no contradicción. Por lo tanto, corresponde incluir dentro de esta reseña de corrientes que aplican el método axiomático, geométrico o matemático al derecho, a la llamada *Escuela de la exégesis*, que se asienta en las concepciones filosóficas de Rousseau y Montesquieu, y que predominó en Francia a lo largo de todo el siglo XIX.<sup>58</sup> Para esta escuela, el derecho ha de definirse por la razón, a través de ideas, en forma apriorística y es la voluntad del Estado –aquí se ve la influencia de Rousseau– la que ha de elaborar un derecho racional, formulado en normas generales y abstractas, conformando un sistema. El *Code Napoleon* es considerado la encarnación de ese sistema racional perfecto, plasmación del ideario iusnaturalista triunfante en la Revolución, y contiene, supuestamente, todas las soluciones jurídicas necesarias para regular la vida en sociedad. La crítica decisiva a la Escuela de la Exegesis fue asestada por Francois Geny en una obra fundamental: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, publicada, por primera vez, en 1899, en donde observaba: “En el orden lógico, la Escuela de la Exegesis conduce al absurdo de hacer residir, a priori, todo el sistema de derecho en un número limitado de categorías lógicas, inmutables en sus fundamentos, regidas por dogmas inflexibles e incapaces de acomodarse a las exigencias de la vida”.<sup>59</sup> A partir de este momento (siglo XVIII), la concepción del derecho de tipo racionalista y sistemática, ahistórica y abstracta, pasó a predominar tanto en los países de la Europa continental como en Iberoamérica, por lo menos hasta mediados del siglo XX.

En la segunda mitad del siglo XIX, surge una escuela que también podría ser incluida dentro de la *geometría legal*. Nos referimos a la llamada *jurisprudencia de conceptos*, cuyos representantes más cualificados son Puchta (1798-1846); Rudolf von Ihering (1818-1892) –en su primera época–, Windscheid (1817-1892). El Derecho, para esta corriente, es un “sistema conceptual”, montado sobre el análisis de las normas positivas y sobre la creencia en la logicidad inmanente del ordenamiento jurídico. Puchta, por

<sup>57</sup> GÓMEZ ARBOLEYA, Enrique, *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1962, pág. 448.

<sup>58</sup> HERNÁNDEZ GIL cita a los siguientes autores como representantes de la escuela: MELVILLE, *Analyse raisonné de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*, 1905; PROUDHON, *Cours de Droit francais*, 1808; DURANTON, *Cours de Droit francais 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 francais*, 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.

<sup>59</sup> GENY, François, citado por BADENES, *Metodología del derecho*, Barcelona, 1959, pág. 95.

ejemplo, sostiene que la ciencia del derecho constituye una “pirámide de conceptos”. “La tarea de la ciencia –dice Puchta– es la de llegar a conocer las proposiciones jurídicas en su conexión sistemática, a fin de poder elevarse de las proposiciones hasta su principio y de poder descender, también, desde los principios hasta los peldaños inferiores.” Todo concepto superior permite determinados enunciados; al subsumir el concepto inferior en el superior, rigen para aquel, forzosamente, todos los enunciados que se hicieron del concepto superior. Así, el concepto supremo, del que todos los demás derivan, determina, con su contenido, a todos los restantes. Este punto de partida, al modo de los axiomas euclidianos, desde el que se edifica deductivamente todo el sistema por vía lógico-deductiva es, para Puchta, un “a priori”, iusfilosófico, es el concepto de libertad kantiano.<sup>60</sup> Windscheid, por su parte, continúa la línea de Puchta, pero coloca en el vértice de la pirámide conceptual jurídico-privada el concepto de derecho subjetivo, que caracteriza como una “soberanía de la voluntad” conferida a la persona por el orden jurídico.<sup>61</sup>

Ya en el siglo XX, el autor que representa, por antonomasia, la *geometría legal* es el jurista vienés Hans Kelsen. Kelsen reduce el derecho a norma jurídica positiva emanada del Estado y afirma que las normas están organizadas en un sistema jurídico bajo la forma de una pirámide, en función de su mayor o menor jerarquía. En la cúspide del sistema jurídico, o de la *pirámide* de normas jurídicas estatales, Kelsen ubica la *Grundnorm* o norma hipotético-fundamental: una norma *hipotética* no establecida o puesta de un modo jurídico-positivo; sólo puede ser una norma *supuesta* por el jurista, que no depende en su validez de otra norma de superior jerarquía porque se trata precisamente de una norma primaria, que hace las veces de axioma del cual depende la validez de todo el sistema. Si preguntamos por el fundamento de validez de una sentencia, lo encontramos en una ley determinada. Esta ley es válida (es decir, es una norma obligatoria), porque fue establecida de acuerdo con un precepto constitucional, es decir, por una norma de superior jerarquía dentro del sistema. Si proseguimos y preguntamos cuál es el fundamento de esta constitución hallaremos quizás otras leyes constitucionales precedentes conforme a las cuales fue dictada. Pero, por fin, se llegará a una constitución que ya no fue establecida conforme a los preceptos de otra más antigua: a la primera constitución, por así decirlo. La validez de esta primera constitución no deriva de una norma jurídico-positiva anterior, pues de hecho una norma como esa no existe. Sin embargo, el jurista vienés advierte que una norma semejante es necesaria para mantener la coherencia –y hasta para la subsistencia– de todo el ordenamiento; de allí que resulta imprescindible suponerla como hipótesis de trabajo. Esta norma hipotética opera como *fundamento* –de allí su nombre– o como “principio de validez” de todo el entero sistema. ¿Cuál es la fórmula de la norma hipotética fundamental? El enunciado podría ser el siguiente: “*el legislador originario debe ser obedecido*” o “*se debe uno comportar de acuerdo a lo que ordena el poder constituyente que estableció la primera constitución*”, es decir, de conformidad con la voluntad de aquella fuerza política que demostró poseer la capacidad para imponer normas a todo el resto de la sociedad. Dicho más crudamente: “*debe obedecerse al que tiene poder efectivo y fuerza suficiente para hacerse obedecer*”. En última instancia, toda la validez del sistema jurídico, cuando menos en la versión kelseniana, depende de un hecho, a saber: el poder coactivo del legislador originario.

De este modo, se arriba a la más absoluta formalización del Derecho, es decir, a la pretensión de construir todo el Derecho bajo la forma de un aparato lógico-normativo en cuya base el kelsenianismo coloca una *norma fundamental hipotética*, esto es, un principio artificial, un presupuesto del que se parte, un postulado típicamente *a priori* – en el sentido de: ajeno a la experiencia– del cual se deducen todas las restantes normas del sistema, según el modelo de las ciencias físico-matemáticas. De allí la exactitud del calificativo *geometría legal*.

Como hemos tenido oportunidad de comprobar, el conjunto de las normas jurídico-positivas en las que consiste el Derecho, para la *geometría legal*, jamás se presentan aisladas sino que aparecen orgánicamente asociadas en un sistema coherente y cerrado, el cual, modernamente, recibe el nombre de *ordenamiento jurídico*. Así, el derecho es concebido, en general, por los autores enrolados en esta concepción, sin perjuicio de sus

<sup>60</sup> LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1966, págs. 34 y ss.

<sup>61</sup> HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, vol. I, 1971, págs. 143 y ss.

matices y particularidades, como *un conjunto sistemático de normas jurídicas, cada una de las cuales procede o deriva lógicamente de otras, por una vía rigurosamente deductiva, a partir de ciertos axiomas fundamentales*.<sup>62</sup> El ordenamiento jurídico es concebido como una estructura compleja cuyos elementos individuales son las normas jurídicas, que se reclaman recíprocamente y se sustentan unas a otras, mediante conexiones lógicas, formando una unidad, cerrada y completa, que encierra todas las soluciones jurídicas aplicables a la infinidad de casos que se susciten en la vida real.

La teoría del ordenamiento jurídico constituye una de las tesis fundamentales de la geometría legal, en sus versiones modernas y contemporáneas.<sup>63</sup> Diversos autores a quienes cabe incluir dentro de esta actitud teórica utilizan esta expresión: Jeremy Raz habla de *legal system*, J.L. Austin utiliza la expresión *body of rules*, H.L. Hart prefiere usar *legal order*. El jurista italiano Norberto Bobbio acepta la expresión *ordenamiento jurídico*. Empero, no hay duda que la teoría del ordenamiento jurídico encuentra su más coherente expresión en el pensamiento del ya mencionado Hans Kelsen, quien propone su famosa *pirámide* entendida como un sistema conformado única y exclusivamente por normas jurídico-positivas, que posee las siguientes características:

1. *Unidad*: la unidad del ordenamiento jurídico está dada, en primer lugar, porque todas ellas derivan de la primera constitución y, a su vez, por su unidad de origen estatal: todas fueron creadas por el Estado soberano.
2. *Jerarquía*: las normas se distribuyen en sucesivos niveles o escalones jerárquicos en virtud de su mayor o menor generalidad (a esto, precisamente, alude Kelsen cuando hace referencia a la estructura piramidal del sistema de normas).
3. *Plenitud*: el ordenamiento jurídico es un sistema completo y cerrado –plasmado en el Código, por ejemplo– en tanto contiene todas las respuestas jurídicas requeribles o, dicho de otro modo: no puede haber lagunas jurídicas, es decir, supuestos de hecho no regulados por alguna norma del sistema. Todo lo que no está prohibido, está permitido, por lo tanto: todo hecho o conducta no prevista en el sistema es una conducta permitida. La labor de los operadores jurídicos en general y de los jueces en particular, consiste en realizar silogismos deductivos estrictos -como los de la ciencias físico-matemáticas- en los cuales la norma hace las veces de premisa mayor bajo la cual se subsumen los hechos del caso, para llegar a conclusiones precisas que proveen la solución exacta para toda situación. En caso de laguna, la labor del jurista consiste en la *integración* del ordenamiento mediante el recurso a la analogía y a otros mecanismos similares.
4. *Coherencia*: el ordenamiento jurídico es un sistema perfectamente organizado en el cual no existen o, cuando menos no deberían existir, normas incompatibles entre sí (es decir: antinomias) y, en el hipotético supuesto de haberlas, la labor del jurista consiste en la *depuración* del ordenamiento jurídico, esto es, en eliminar la norma contradictoria. Hay tres criterios para resolver las eventuales contradicciones: (i) el criterio cronológico: *lex posterior derogat priori*; (ii) el criterio jerárquico: *lex superior derogat inferior*; y (iii) el criterio de especialidad: *lex specialis derogat generali*.

Todos estos autores y corrientes pueden ser agrupados en la medida en que, a grandes rasgos comparten algo, a saber: la pretensión de convertir el saber jurídico científico en una matemática o geometría del derecho, o, dicho con mayor rigor: 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.

---

<sup>62</sup> Cabe recordar aquí la distinción, ya citada, que hace Helmut Coing, de la palabra *sistema* en sentido amplio y en sentido estricto. Como es obvio, aquí la utilizamos en el sentido más estricto que el citado autor entiende como aquel según el cual “las proposiciones individuales puedan deducirse como consecuencias lógicas a partir de ciertos axiomas fundamentales” (COING, Helmut, *Historia y significado de la idea del sistema en la jurisprudencia*, op. cit., pág. 21)

<sup>63</sup> BOBBIO, Norberto, obra citada, pág. 201.

Lo que interesa destacar es que, a partir de fines de siglo XVII y principios del XIX, con el triunfo del movimiento codificador, la consecuente consolidación de lo que hemos llamado aquí, el auge de la ciencia jurídica sistemática, y la instalación de la mentalidad racionalista, abstractista y uniformista en el derecho, se produce la ruptura con una tradición jurídica de, por lo menos veintitres siglos, durante los cuales prevaleció una forma de concebir al derecho como algo que se realiza como cosa concreta, dotada de cierta contingencia, que reclama, por lo tanto, una metodología jurídica que atienda principalmente a los problemas de esa realidad y que, de hecho, fue el método dialéctico-retórico.

En efecto, el Derecho romano, que indudablemente ha sido el eje vertebral de la tradición jurídica occidental, era un derecho de jurisprudentes que se fue formando a medida que surgían los problemas o se planteaban los entuertos. Es, por ello mismo, *un derecho de juristas* cuya principal preocupación era encontrar la solución justa para cada caso concreto. El saber jurídico adecuado para ello era la *prudentia iuris*, es decir, la prudencia jurídica, que consiste en establecer lo justo en concreto, para lo cual, resulta imprescindible la consideración del problema jurídico tal como este se presenta en la realidad, con sus circunstancias de tiempo, lugar, calidad de las personas, etc. Nunca podría habersele ocurrido a un romano o a un griego que la mente humana pudiera intentar con éxito encerrar en un sistema de normas jurídicas, sistemático y pleno, contruido a priori (es decir: con prescindencia de la experiencia histórica y del contacto con el mundo real) las soluciones jurídicas aplicables a la infinidad de casos que se suscitan en la vida real, por medio de un método geométrico deductivo. Antes bien, los jurisprudentes utilizaban la metodología creada por los griegos para resolver problemas, es decir, la lógica Dialéctica, método apropiado para el examen y la consideración de los asuntos humanos en general. Los juristas medievales creadores del Derecho común europeo también cultivaron una metodología casuística y, sobre la base de interpretaciones libres y novedosas del texto del *Corpus Iuris*, haciendo uso de la Retórica y de la Dialéctica clásicas, buscaron la solución a problemas particulares sin ánimo de construir un sistema.

Es curioso comprobar, que el derecho hoy vigente en Europa continental e Iberoamérica se ha apartado tan profundamente de la tradición jurídica imperante con anterioridad a fines del siglo XVIII/principios del XIX, a punto tal de que ese antiguo orden resulta, muchas veces, de difícil comprensión para el hombre de derecho actual, aún cuando se conservan muchos principios y reglas concretas. Empero, es necesario advertir, por tanto, que la mayor parte de la tradición jurídica occidental se configuró bajo una concepción diferente a la que predominó en los dos últimos siglos (XIX y XX).

## **7. El nacimiento de la asignatura “Filosofía del Derecho” a fines del siglo XVIII y principios del XIX.**

Simultáneamente con el surgimiento del espíritu sistemático, 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 –la física, la química, por ejemplo–, 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 Immanuel Kant el primero que le dio estado teórico a la cuestión en su *Crítica de la Razón Pura*. A partir del filósofo de Königsberg, se reserva el nombre de “ciencia” para todo lo que cae dentro de nuestro conocimiento empírico 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* (“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 explicar, interpretar y sistematizar el alcance de sus preceptos, sin apartarse nunca de la referencia al texto legal o, a lo sumo, 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, claro está, 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.<sup>64</sup> 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 repertorio de temas 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, por último, 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 y necesarios, 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 lo 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

---

<sup>64</sup> KALINOWSKI, Georges, *Querelle de la science normative*, Paris, L.G. DJ, 1969, pág. 2.



sancionadas por el estado;<sup>65</sup> 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 de una concepción *realista* e *integral* del Derecho. *Realista*, porque implica comprender lo que el derecho es en su esencia, intentando captar su realidad efectiva. *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 mismas 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 las 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 Derecho natural, intentando 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.<sup>66</sup>

## **8.- 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 legalista, denominado por Francesco Gentile geometría legale*: del cual ya hemos dado cuenta en un capítulo anterior de este trabajo al cual nos remitimos por razones de brevedad y a fin de evitar repeticiones innecesarias.

b) *El resurgimiento de la tradición dialéctica*: Frente al pensamiento sistemático, *more geométrico*, típico del positivismo legalista dominante en el siglo XIX y durante gran parte 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 tópica, 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. De acuerdo con esta tesis, que es incluso de sentido común, no

<sup>65</sup> SOAJE RAMOS, Guido, “Sobre derecho y derecho natural. Algunas observaciones epistemometodológicas”, en Revista *ETHOS*, N° 6-7, Buenos Aires, I.N.F.I.P., 1978/79, pág. 106.

<sup>66</sup> LAMAS, Félix A. *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, I.E.F. “Santo Tomás de Aquino”, 1991, pág. 475.

puede aplicarse un mismo método a asuntos de naturaleza diversa, ni tampoco puede pretenderse alcanzar el mismo grado de precisión y exactitud en todos los ámbitos del saber. Cabe recordar el famoso pasaje 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*”.<sup>67</sup> 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. Valga como ejemplo el juez que resuelve una controversia judicial: la sentencia que dicta no puede ser considerada una conclusión que se desprende con certeza apodíctica de las premisas del caso –normativa y fáctica– sino más bien una solución razonable para la situación concreta que le toca dilucidar, válida teniendo en cuenta las circunstancias particulares y concretas, pero que quizás no resultaría válida en otras circunstancias. No puede pedírsele más exactitud y precisión que aquella que tolera la materia con la que opera: lo ágil humano.

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 y proposiciones meramente probables que, en cuanto tales, carecen del rigor y la exactitud de las verdades matemáticas y que, consecuentemente, arriba a conclusiones de idéntico tenor y no la lógica propia de las demostraciones apodícticas típica 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.- La obra *Tópica y jurisprudencia* de Viehweg: El punto de partida de esa suerte de reacción lo podemos ubicar a partir de la década de los años '50 del siglo XX, puntualmente: el 21 de julio de 1950 cuando Theodor Viehweg 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.<sup>68</sup> 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, es decir, un procedimiento especial de discusión de problemas en torno a los casos que se presenten que, según Viehweg, en su época era desconocida. “Se puede aceptar –señala este autor –que toda disciplina especializada toma estado cuando surge una problemática cualquiera. Pero mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos seguros y efectivamente fecundos en su campo y, por eso, pueden ser sistematizadas, hay otras, en cambio, que no son sistematizables, porque no puede encontrarse, en su campo, ningún principio que sea al mismo tiempo, seguro y objetivamente fecundo. Cuando este caso se presenta, sólo es posible una discusión de problemas. En esta situación se encuentra, sin lugar a dudas, la jurisprudencia”.<sup>69</sup>

b.- La nueva retórica: en la misma línea, se ubica el profesor belga Chaim Perelman,<sup>70</sup> principal cultivador de la llamada “nueva retórica”.

<sup>67</sup> ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Libro I, Cap. 3, 1094 a 22.

<sup>68</sup> Cfr. WIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de DIEZ PICASO y prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, Ed. Taurus, 1986.

<sup>69</sup> WIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit. pág. 129.

<sup>70</sup> 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.

c.- Los “neo-aristotélicos” entre los cuales merecen mencionarse el francés Michel Villey,<sup>71</sup> y el maestro español Juan Bms. Vallet de Goytisoló. Este último, establece una neta contraposición entre la geometría legal y la metodología clásica: “De una parte – dice– tenemos a los juristas racionalistas y uniformistas, que siempre sueñan en recoger todo el derecho en Códigos completos y de aplicación lo más general posible; y de otra, a los juristas que por su modo de pensar y sentir han buscado el derecho en el orden de las cosas, como ínsito por Dios en su obra creadora, y que por consiguiente han estimado que sólo en la realidad concreta puede ser encontrado e inducido ese orden, pues en ella es donde se encarna vitalmente el pueblo en una tradición, progresiva pero siempre arraigada, que cabe rectificar y corregir en cuanto suponga desorden, pero que precisamente para eso, y también para mejorarla en lo posible, no se puede desconocer ni destruir”.<sup>72</sup>

d.- La dialéctica existencialista: en la que cabe incluir al iusfilósofo Luis Recasens Siches,<sup>73</sup> y al alemán. Karl Engisch<sup>74</sup>.

e.- La Escuela de Padua: cuyo representante más destacado es el ya nombrado Francesco Gentile.

f.- El aristotelismo clásico: representado en nuestro país por Félix A. Lamas quien ha venido estudiando las cuestiones de metodología jurídica desde la perspectiva de la concreción del derecho.

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

Buenos Aires, marzo de 2016.

---

<sup>71</sup> VILLEY, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*. Tomo II, Pamplona, Eunsa, 1981; *Método, Fuentes y lenguaje jurídicos*, Buenos Aires, Ed. Ghersi, 1978.

<sup>72</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., “Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes del Derecho foral”, en su obra *Estudios sobre las fuentes del Derecho y método jurídico*, Madrid, 1982, pág. 471.

<sup>73</sup> RECASENS SICHES, Luis, “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.

<sup>74</sup> ENGISCH, Karl, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, Eunsa, 1968.