

NOCIONES GENERALES Y ESQUEMAS ORDENADORES INTRODUCTORIOS AL CURSO DE HISTORIA GENERAL DEL DERECHO

Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nociones generales*. 1. *Historia e historiografía*. 2. *La noción filosófica del tiempo y sus consecuencias*. 3. *Historia general y evolución jurídica institucional*. 4. *Noción precomprensiva y valorativa del derecho*. 5. *Contenido y método*. III. *Algunos esquemas ordenadores*. 1. *Auctoritas y potestas*. 2. *Tópica y sistemática*. 3. *Interpretatio y hermeneusis*. 4. *Pluralismo y monismo*. 5. *Justicia y orden*. IV. *A manera de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya bastante tiempo se ha mostrado, y hoy goza de reconocimiento unánime, la gran importancia que ha revestido la enseñanza de la Historia del derecho en la Escuela Libre de Derecho, así como la significativa influencia que la misma ha ejercido sobre los estudios histórico-jurídicos en nuestro país.¹

Desde la incorporación en el Plan de Estudios de la asignatura de Historia del derecho patrio en 1917, y gracias a su ulterior enriquecimiento merced a la inclusión de la diversa y también anual materia de Historia general del derecho en 1935, muy destacados historiado-

¹ Cfr. DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "La historia del derecho patrio en la Libre de Derecho", en *Hombres e historia de la Escuela Libre de Derecho*, México, Fondo para la Difusión del Derecho, Escuela Libre de Derecho, 1999, pp. 377-383.

res del derecho² han contribuido, desde las aulas de nuestra Escuela, a dotar a sendas cátedras de un contenido formativo inapreciable para sus egresados.

A casi noventa años de su cultivo, "la tradición de esta disciplina no se ha perdido, antes bien, se mantiene viva",³ y su vida misma la toma de su permanente necesidad de renovarse pues, por paradójico que pueda parecerle a algunos, pocas disciplinas exigen tanto de actualización permanente y de un espíritu siempre abierto a los nuevos acontecimientos y enfoques como la historiografía jurídica.

Esta necesidad de renovarse ha llevado a que la cátedra de Historia general del derecho haya visto modificados significativamente sus contenidos, como consecuencia de un proceso de progresiva maduración, cuyos frutos han sido una mayor homogeneidad temática, así como un abordamiento más científico a partir de métodos mejor depurados.

En efecto, como hace poco más de diez años señalara el propio Jaime del Arenal, los nuevos contenidos y enfoques aportados por Jorge Adame y por él mismo desde 1977 y 1980 respectivamente, proporcionaron a la Historia general del derecho, a partir de la lectura de nuevas e importantes obras histórico-jurídicas⁴ y de la reflexión

² Desde los "padres fundadores", Miguel S. Macedo, Toribio Esquivel Obregón, Javier de Cervantes, hasta en nuestros días Francisco de Icaza, Jaime del Arenal, José Manuel Villalpando, Sergio Vela Martínez, han impartido estas asignaturas en nuestra escuela distinguidos historiadores juristas como Eduardo Olmedo, Íñigo Laviada, José de Jesús Ledesma, Jorge Adame, José Luis Soberanes, Martín Díaz y Díaz, y Julio Montejano, entre otros.

³ DEL ARENAL, "La historia...", *op. cit.*, p. 383.

⁴ Pueden destacarse de entre las muchas que desde entonces y hasta ahora han sido fundamentales en la conformación actual del curso: D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 5a. ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1983; CANNATA, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, Ed. Tecnos, 1996; FASSO, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, trad. José F. Lorca Navarrete, 3a. ed., Madrid, Ed. Pirámide, 1983; GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, t. I, 7a. ed., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1977; GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996; HERVADA, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, 3a. ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1996; KOSCHAKER, Paul, *Europa y el derecho romano*, trad. José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955; MOLITOR Eric, y SCHLOSSER, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, trad. Ángel Martínez Sarión, Barcelona, Ed. Bosch, 1980; VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, trad. Diorki, revisada por Jesús Valdés y Menéndez Valdés, Pamplona, Ed.

desde perspectivas más seguras, "bases más científicas, más firmes, correcta metodología, propósitos definidos, clara orientación" y "contenido atractivo, crítico y enriquecedor" que le conferirían "un insospechado contenido liberador",⁵ respecto de una dogmática jurídica agotada, caduca y en general empobrecedora de la cultura jurídica.

Ahora bien, la profundidad de esta renovación temática y metodológica, así como las propias limitaciones de un curso anual de Historia del derecho, no siempre permiten a los alumnos captar del todo ideas, métodos y conceptos que, tanto por provenir de una tradición más historiográfica que jurídica, cuanto por proponer puntos de vista novedosos e incluso revolucionarios, no les son en lo absoluto familiares.⁶

Universidad de Navarra, 1979; VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picazo, Ed. Madrid, Taurus, 1986; WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, Madrid, Ed. Aguilar, 1957. Últimamente he encontrado también como muy aprovechables: ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense y Ed. Civitas, 1989; ORESTANO, Riccardo, *Introducción al estudio del derecho romano*, trad. Manuel Abellán Velasco, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1997; COING, Helmut, *Las tareas del historiador del derecho. Reflexiones metodológicas*, trad. Antonio Merchán Álvarez, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977; REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho*, trad. Ángeles Mateos, Madrid, Ed. Tecnos, 1997; RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1973; SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *El derecho en la aventura europea de la libertad*, Madrid, Ed. Reus, 1987; *Textos y estudios sobre derecho natural*, selección por Ángel Sánchez de la Torre, 2a. ed., Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1985; y también de SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Los principios clásicos del derecho*, Madrid, Unión Editorial, 1975; RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, *Historia del pensamiento jurídico*, 5a. ed., Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1984.

⁵ DEL ARENAL, Jaime, "La renovación de la historia general del derecho en la Escuela Libre de Derecho: su sentido romanista", en *Hombres e historia... op. cit.*, pp. 388, 389 y 392.

⁶ En efecto, la novedad y la radicalidad de estos conceptos y métodos que arraiga, como ha visto Paradisi, en la crisis del historicismo y del derecho, estriba en la necesidad de la formación de una autoconciencia a partir de la historia: "Nuovi metodi e nuovi compiti si propongono oggi allo storico del diritto. Una preoccupazione profonda, che non può non toccare immediatamente la storiografia giuridica, nasce dalla crisi dello storicismo ed insieme dalla crisi del diritto... Quell'opera, che potremmo chiamare di formazione di un'autocoscienza de parte della storiografia giuridica, è appena cominciata", PARADISI, Bruno, *Apologia della storia giuridica*, Bolonia, Il Mulino, 1973, p. 15. De ahí que dada su novedad, radicalidad, profundidad y "seipsidad" (referencia a sí mismos, "se ipsum") exijan un abordamiento previo y completo.

Más aún, la propia densidad de dichas ideas, métodos y conceptos no permiten que en todos los casos puedan ser objeto de una exposición completa y preliminar, como debieran, sino que más bien conduce a que o deban darse de plano por presupuestos, o cuando mucho sean objeto de exposiciones tangenciales con motivo de las diversas lecciones que comprenden el curso.

De aquí que a pesar de su enorme importancia didáctica, dichos conceptos generales, dichas ideas rectoras, dichos hilos conductores, dichos esquemas ordenadores, sólo alcancen a ser comprendidos por el alumno hasta el final del curso, y eso, de manera más bien vaga e intuitiva.

Precisamente con el propósito de facilitar a los estudiantes la comprensión de estas ideas y de permitirles desde el comienzo del curso lectivo empezar a interiorizarse con ciertas nociones, referentes y perspectivas recurrentes a lo largo del mismo, he pensado, a partir de mi propia experiencia docente, en preparar estas muy breves notas, que sin pretensiones de erudición, puedan servir a efectos meramente propedéuticos, preparando mejor la mente de los alumnos para una comprensión más profunda de la historia del derecho.

II. NOCIONES GENERALES

1. Historia e historiografía

Para no entrar en demasiadas complicaciones,⁷ podemos entender por historia “una sucesión de acontecimientos pretéritos conectados según algún sentido u orden”.

⁷ Las siguientes definiciones son propias y a pesar de sus limitaciones creo que tienen como ventaja la sencillez y la concisión; son el producto de la enseñanza y están redactadas, por lo mismo, con un fin meramente didáctico. Sobre estas nociones elementales de historia e historiografía son recomendables por su sencillez y fácil acceso para quienes quieran familiarizarse aún más con estos temas los siguientes textos: BLOCH, Marc, *Apología para la historia o el oficio del historiador*, trad. María Jiménez y Danielle Zaslavsky, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001; BURCKHARDT, Jacob, *Reflexiones sobre la historia universal*, trad. Wenceslao Roces, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1961; COING, Helmut, *Las tareas... op. cit.*; GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de historia... op. cit.*; KAHLER, Erich, *¿Qué es la historia?*, trad. Juan Almela, México, Fondo de Cultura Económica, 1992; PEREYRA, Carlos, *et al.*, *Historia, ¿para qué?*, 17a. ed., México, Siglo XXI, 1998; y PÉREZ-PRENDES José Manuel, y MUÑOZ DE ARRACÓ, *Historia del derecho español. Parte general*, Madrid, Ed. Darro, 1973.

De aquí que no haya en puridad historia sin hombres, o lo que es lo mismo, sin conciencia, sino sólo pretérito, es decir, una sucesión inconexa de fenómenos carentes de sentido.

Ahora bien, una cosa es la historia —*res gestae*— y otra cosa muy distinta es su estudio —*historia rerum gestarum*— al que se denomina usualmente historiografía. En efecto, la historiografía es el estudio que hace de la historia su objeto y bien puede definirse así como una “investigación documental comprensiva sobre el pretérito (en el sentido de historia) desde el presente”.

Se dice que es una investigación porque, a partir de indicios, huellas y vestigios, reconstruye mentalmente ciertos acontecimientos pretéritos.

Ahora bien, reconstruir algo mentalmente supone un poco —o un mucho— de recreación, de conjetura, de hipótesis; esto es, un partir de hechos ciertos, para dar explicaciones verosímiles sobre los mismos.

Así, por ejemplo, el historiador del derecho que se acerca a las opiniones del jurista romano vertidas en el *Digesto*, o a los preceptos didácticos —dispositivos contenidos dentro de las *Siete Partidas*, o a los artículos contenidos dentro del *Código de Napoleón*, busca a partir de los mismos y de su comprensión histórica recrear una experiencia jurídica pretérita, reconstruirla y ofrecernos una razón completa —a partir de una opinión, de un precepto o de un artículo—, de modos de pensar, de valorar y de expresarse jurídicamente. La historiografía es pues investigación, o sea, recreación reconstructiva a partir de la comprensión profunda de las huellas.

Se apuntó en segundo lugar que la historiografía es una investigación documental y ello por cuanto que lo característico de la historia es, precisamente, la existencia y conservación de huellas y vestigios, a partir de cuya manipulación y crítica pueden conocerse los hechos pretéritos.

En efecto, sin huellas ni vestigios no hay historia posible. La reconstrucción mental que la historia supone, la recreación intelectual que el historiador realiza, exige necesariamente la supervivencia de documentos, testimonios y monumentos que son como la fuente misma del saber histórico. Y donde no hay fuente tampoco hay agua: sin documentos para conocerlo el pasado se nos pierde volviéndonos ignoto e inaccesible y, sólo a la fantasía le es dable penetrar a esta dimensión arcana del pretérito a través de la leyenda...

Ahora bien, para aprovechar sin desperdicio el torrente histórico que las fuentes nos proporcionan, es necesario saber servirse de ellas óptimamente, y para ello, el historiador debe adiestrarse en el empleo de ciertos instrumentos, de ciertos métodos y de ciertas técnicas que le ofrecen las así denominadas disciplinas auxiliares de la historia, tales como la paleografía, la diplomática, la emblemática, la numismática, la geografía histórica, la filología y un muy largo etcétera.

En efecto, cuando el historiador del derecho se enfrenta al *Digesto*, a las *Siete Partidas*, o al *Código de Napoleón*, no puede hacerlo desprevenidamente. Si quiere encontrar, por ejemplo, las opiniones de los juristas romanos clásicos que a través del *Digesto* se han preservado hasta nuestros días, no le basta con acudir a cualquier traducción al castellano del *Corpus Iuris Civilis*. Deberá, ante todo, saber cuáles son las fuentes más confiables y seguras (crítica de fuentes o *bibliografía*). En caso de tener que acudir a los manuscritos originales, deberá poder tener acceso al símbolo lingüístico escondido para el lector común tras de grafías desusadas (*paleografía*). Además, encontrará que dichos signos se encuentran frecuentemente ocultos detrás de diversas formas manuscritas más o menos legibles para el investigador inexperto (*caligrafía*). Más aún, cuando venciendo los anteriores obstáculos haya descubierto finalmente el símbolo lingüístico, deberá poder determinar, primero, si es originario y auténtico o interpolado y espurio (*filología*). Sólo hasta entonces podrá, y para ello sirviéndose a su vez de muy sólidos conocimientos lingüísticos, comprender el texto tanto en su significado actual (*lengua latina histórica*) cuanto en su sentido originario (*etimologías del latín clásico*) y, sólo a partir de entonces, apreciarlo, finalmente, en cuanto a su estilo literario y su contenido jurídico...

Por poner un caso más familiar entre nosotros: para tener una idea más o menos completa de la influencia ejercida por el derecho común europeo, a través de las *Siete Partidas*, en el orden jurídico mexicano de la primera mitad del siglo XIX, el investigador debería estudiar los archivos judiciales y darse a la fascinante, aunque laboriosa tarea, de exhumar documentos inéditos. Para ello, además de las disciplinas auxiliares anteriormente señaladas, debería, sobre todo si la investigación tiene un carácter regional, atender a las divisiones territoriales entonces existentes (*geografía histórica*), tendría que ser capaz de reconocer las firmas y los sellos así como las diversas

fórmulas protocolarias típicas de los instrumentos judiciales de la época (*serigrafía, diplomática*) y mucho le convendría también estar familiarizado con la *emblemática* para comprender el sentido profundo de escudos y emblemas cuyas significaciones jurídicas son a veces tanto o más elocuentes que las mismas expresiones textuales.⁸

En dos palabras: que el quehacer del historiador del derecho, como investigador documental, exige tanto del empleo de un sólido acervo de conocimientos accesorios para extraer de los indicios la mayor cantidad de información histórica posible, cuanto de la suficiente capacidad de recreación que le permita encontrar entre los "silencios" que ofrecen los indicios, las relaciones, las conexiones, las finalidades y los sentidos, a partir de los cuales, puedan reconstruirse fragmentos de las experiencias jurídicas históricas.

2. La noción filosófica del tiempo y sus consecuencias

Ahora bien, el objeto de la investigación documental en que consiste la historiografía es la historia, y ésta, como pretérito significativo, constituye como el pasado uno de los tres "instantes" del tiempo. Así las cosas, ya se entiende que para comprender bien a bien el quehacer historiográfico se imponga siquiera una mínima digresión respecto de lo que el tiempo sea.

Claro está que no pretendemos aquí agotar —ni siquiera adentrarnos—, en uno de los temas más inquietantes de la filosofía de la

⁸ El estudio de los emblemas y de las imágenes jurídicas constituye un tema prácticamente virgen dentro de nuestra historiografía jurídica siendo pioneras en esta interesantísima materia las obras de CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador, "A rey muerto, rey puesto. Imágenes del derecho y del Estado en las exequias reales de la Nueva España (1558-1700)", en *Las dimensiones del arte emblemático*, Zamora, Michoacán, El Colegio de Michoacán y el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. "La 'Rueda de la Fortuna': un emblema del Estado moderno en los arcos de triunfo novohispanos", en *Esplendor y ocaso de la cultura simbólica*, Zamora, Michoacán, El Colegio de Michoacán y el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2002. "Las insignias del rey: disciplina y ritual público en la ciudad de México (siglos XVI-XVIII)", en *Jahrbuch für geschichte Lateinamerikas*, Weimar, Böhlau Verlag Köln Weimar Wien, 2002. De hecho este creciente interés por los monumentos jurídicos está siendo cada vez más explorado por una arqueología jurídica que día con día toma una mayor conciencia de la importancia de los "orígenes genéticos" de nuestra tradición jurídica. Véase con provecho a SÁNCHEZ DE LA TORRE Ángel, y LÓPEZ MELERO, Raquel, *Estudios de arqueología jurídica*, Madrid, Ed. Dykinson, 1988.

historia, que sirve a su vez de bisagra entre los dos problemas más escabrosos de la filosofía entera: el del ser y el devenir. Aquí deberemos contentarnos, únicamente, con dar una "razón aproximada" de lo que sea el tiempo.

Quizás la definición más poética —y acaso también la más densa desde un punto de vista filosófico y hasta teológico— sea la que nos ofrece Platón en su diálogo *Timeo* (37); el tiempo, nos dice, es: "una imagen dinámica de la eternidad".

Ahora bien, esta concepción del tiempo, anclada en el idealismo ontologizante de Platón, tan sólo podemos aprovecharla con fruto si la desamarramos un poco —o un mucho—, del mismo.

Efectivamente, si por "imagen" entendemos un "aspecto real" y si por la "dinámica" comprendemos no el movimiento del *no-ser* al *ser*, sino el movimiento desde un *modo-de-ser* hacia otro *modo-de-ser* distinto, podemos muy bien reconceptualizar la noción platónica del tiempo para definirlo como: "*la sucesión de instantes dentro de los cuales se produce un movimiento en el ser, que se llama devenir, y que se presenta según el orden de un antes y de un después*".

Desde luego que tal definición requiere de un *minimum* de explicación. En efecto, decir en primer lugar que el tiempo es una "sucesión de instantes", significa precisamente que se integra mediante una como cadena de momentos subsecuentes que se engarzan a la manera de eslabones. Ahora bien, estos instantes (eslabones de la cadena del tiempo) forman una "imagen", o más bien, una auténtica "apariencia real", a partir de la cual vemos algo, y ese algo que vemos es, precisamente, el movimiento.

Más aún, el movimiento que vemos bajo el aspecto real de la sucesión de instantes, es el movimiento de unos modos de ser hacia otros modos de ser distintos, cuyo dinamismo nos muestra, precisamente, que el ser en el tiempo es deviniendo. Dicho en otras palabras, el ser dentro del tiempo se mueve, y el movimiento del ser en el tiempo se llama devenir, que es el movimiento desde un modo de ser hacia otro distinto, que se produce bajo la apariencia real de la sucesión de instantes. Por último, esta sucesión de instantes, se produce según un cierto orden, el orden del antes —si se quiere también del ahora, aunque claro, el ahora ya es ido— y del después.

Así las cosas, a partir de esta noción filosófica del tiempo, ya podemos sacar en limpio varias conclusiones históricas fundamenta-

les. En primer lugar: la historia no se repite. En otras palabras, las concepciones circulares de la historia, el *corsi* y *recorsi* de Gianbattista Vico, valen a efectos puramente metafóricos mas nunca reales. El tiempo se presenta, en efecto, como una sucesión de instantes que conforma una cadena lineal, integrada por eslabones que se engarzan unos con otros sin solución de continuidad, esto es, sin ruptura.

Así, precisamente desde este punto de vista, y sin demérito de que algún eslabón se parezca a otro, o inclusive de que tramos enteros de la misma cadena se asemejen entre sí, lo propio del acontecer histórico lineal, que tiene un principio y un fin, es que cada acontecimiento sea un suceso "inédito e irrepetible".

Ahora bien, de nuestra noción filosófica del tiempo sacamos mucho más en claro. Sacamos en segundo lugar que el ser en el tiempo, y por ende el ser del hombre y el del derecho en el tiempo, sin menoscabo de su entidad, han sido y son en movimiento, o sea, en devenir, y por ello mismo, no han podido ni pueden ser iguales, ayer, hoy y siempre. Dicho a la inversa: el ser del hombre y el del derecho, como un existir, son un devenir en movimiento marcado por el cambio.

De aquí que la historia y el historicismo como corriente filosófica, hayan contribuido a la formación de una visión más comprensiva del hombre y del derecho, situándolos dentro de una circunstancia singular, concreta, original y por ende inédita e irrepetible, misma que, a su vez, puede ser apreciada diferentemente por diversas personas.

Sin embargo, esta virtud comprensiva de la historia y del historicismo no debe ser desvirtuada por un cierto relativismo filosófico que descuadra la relación entre coordenadas tan sensibles como ser y tiempo, esencia y existencia, ser y movimiento, ser y devenir.

La historia y la perspectiva histórica, rectamente entendidas, sirven para contextualizar al ser y al hombre en la dimensión temporal del existir, lo que supone la necesidad de armonizar lo eterno con lo mudable.

En otras palabras, si bien no puede negarse la evidencia de ser el hombre un ser histórico, inserto en una cultura concreta, tampoco es posible negar que en su singularidad existencial concreta, ha sido y es, esencialmente, el mismo desde sus orígenes y hasta nuestros días. Mucho menos se puede, en mi concepto, afirmar que la cultura —y dentro de ella el propio derecho—, que es obra suya, lo subyugue

hasta el punto de desnaturalizarlo, pues es su naturaleza la medida y el límite de la cultura y no a la inversa. Dicho de otra manera, que la cultura histórica es producto del hombre y no el hombre producto de la cultura y, así, aunque las formulaciones culturales puedan ser varias, siempre expresan, aunque de diversa manera, una sola naturaleza humana, sea naturalmente para promover su realización o antinaturalmente para inhibirla.⁹

En resumidas cuentas, las exigencias naturales propias de la persona humana, en tanto que hombre, son invariables, aunque varíen y mucho las diversas circunstancias existenciales de su realización.

En dos palabras: las exigencias naturales del hombre, que inciden desde luego en el derecho, son pues las mismas siempre, aunque su aplicación en distintos contextos y su diversa formulación puedan ser y de hecho hayan sido distintas históricamente.

De aquí que aunque pueda afirmarse la existencia de ciertas exigencias naturales propias del ser humano, arraigadas en su naturaleza, universales e inmutables, dichas exigencias naturales, universales e inmutables, sean también en cierto sentido, particulares e históricas, por donde, por paradójico que parezca, puede decirse que la naturaleza humana, aun siendo inmutable, debe adaptarse a la singularidad de los casos y las peculiaridades espacio-temporales de los diversos contextos culturales.

⁹ “La gran sensibilidad que el hombre contemporáneo muestra por la historicidad y por la cultura, lleva a algunos a dudar de la *inmutabilidad de la misma ley natural*, y por tanto de la existencia de “normas objetivas de moralidad” válidas para todos los hombres de ayer, de hoy y de mañana... No se puede negar que el hombre existe siempre en una cultura concreta, pero tampoco se puede negar que el hombre no se agota en esta misma cultura... precisamente esta naturaleza es la medida de la cultura y es la condición para que el hombre no sea prisionero de ninguna de sus culturas, sino que defienda su dignidad personal viviendo de acuerdo con la verdad profunda de su ser... Ciertamente es necesario buscar y encontrar la *formulación* de las normas morales universales y permanentes *más adecuada* a los diversos contextos culturales, más capaz de expresar incansablemente la actualidad histórica...” JUAN PABLO II, *Veritatis Splendor. Carta Encíclica sobre algunas cuestiones fundamentales de la enseñanza moral de la Iglesia*, documentos pontificios 43, México, Librería Parroquial de Clavería, s.f., núm. 53, *op. cit.*, pp. 69 y 70. Además: “*Esta universalidad no prescinde de la singularidad de los seres humanos*, ni se opone a la unicidad y a la irrepitibilidad de cada persona; al contrario, abarca básicamente cada uno de sus actos libres, que deben demostrar la universalidad del verdadero bien”, *Idem*, núm. 51, p. 67.

Dicho de manera más clara y sintética: la naturaleza humana aun siendo inmutable es también, y precisamente por ello, mudable¹⁰ e histórica. De aquí también que lúcidamente propugne Del Arenal por el regreso a un iusnaturalismo historicista o dulcificado por una cierta dosis de relativismo en su aplicación.¹¹

¹⁰ En palabras de PIEPER comentando en este punto, como siempre, el pensamiento de Santo Tomás DE AQUINO: “El hombre lleva a la práctica sus buenas acciones cara a la realidad. La bondad de la operación humana singular descansa en esa refundición a que es sometida la verdad de las cosas reales; verdad que ha sido antes lograda y recibida mediante la consideración de la propia realidad, *ipsa res*. Pero las realidades que circundan la acción concreta son de una variedad casi infinita, *quasi infinitae diversitatis*. Y, sobre todo, el hombre mismo —y en ello se diferencia del animal— es una “esencia apta para realizar múltiples y diversas actividades”; justamente por su rango ontológico goza el alma de una disposición estructural que le permite referirse a una pluralidad sin fronteras. De ahí que “el bien humano” posea margen para “variar de múltiples maneras, según la constitución, en cada caso diversa, de las personas y las distintas circunstancias de tiempo, lugar, etcétera”. No es que cambien los fines del obrar ni fluctúen sus direcciones fundamentales... Pero la forma concreta de cumplir ese deber inmutable puede emprender innumerable diversidad de caminos. Podemos afirmar de las virtudes morales, justicia, fortaleza y templanza, que “cada una de ellas se realiza de múltiples formas y no de la misma manera en todos”. En la *Summa theologica* se nos dice que en los asuntos humanos las vías que conducen al fin no están determinadas, sino que se diversifican de múltiples modos, conforme a la diversidad de negocios o personas”. PIEPER, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Ed. Rialp, 1980, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

¹¹ Es precisamente en este contexto que, comentando el pensamiento de Santo Tomás DE AQUINO —específicamente el pasaje *Natura autem hominis est mutabilis* en *S Th II Ilae q. 57 a. 2,3*—, el profesor Jaime DEL ARENAL enseña: “De esta forma el Santo de Aquino abrió el camino hacia un *ius naturalismo* histórico, contingente, que rige al hombre en la historia y lo sigue y contempla en sus propios procesos de transformación y cambio; o si se quiere hacia un *ius naturalismo* con cierta dosis de “relativismo” en su aplicación. Lo que no supone ni su derogación absoluta, ni la mutabilidad de sus primeros principios; de tal modo que si algo en sí mismo se opone al derecho natural, “no puede hacerse justo por voluntad humana”. Voluntad, a la que, sin embargo, sí se le reconoce autonomía y capacidad de determinar lo que es justo... Lo legal, sería, siguiendo a Aristóteles, “lo justo que por principio es indiferente para ser de un modo o de otro; pero que lo es una vez establecido”. Mucho del contenido del derecho positivo se formulará de esta manera tanto por la acción de los juristas como por la de los legisladores.” DEL ARENAL, Jaime, “Las virtudes del jurista”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 21, Escuela Libre de Derecho, México, 1997, pp. 29 y 30. Así pues, como indica el maestro DEL ARENAL, la concepción tomista del derecho, que arraiga y parte de una tal naturaleza humana inmutable aunque histórica, es “...una concepción realista, flexible, humana, prudencial, tópica, virtuosa, donde el derecho es entendido como objeto de la justicia y como orden justo”. *Idem*, p. 34. Precisamente el desconocimiento de esta visión integral de la idea del derecho en Santo Tomás, con un énfasis desmedido en el *Tratado de ley* en demérito del estudio del *Tratado de la justicia*, donde de hecho se ocupa en específico del

Por último, en cuanto al tiempo, y en virtud de la definición que del mismo propongo, puede sacarse como tercera conclusión fundamental que el pasado se encuentra íntimamente implicado en el presente, que a su vez sólo será plenamente descubierto por el futuro. En efecto, el pasado no puede comprenderse sino desde el presente, y sobre todo el pasado reciente, no podrá captarse íntegramente sino hasta el futuro, por cuanto que las experiencias históricas germinan, surgen, maduran y fecundan paulatinamente.

Más aún, precisamente en razón de esa profunda interdependencia entre los instantes del tiempo, la historia ofrece, además de una comprensión del pasado, una seductora precomprensión del futuro... En efecto, la sensibilidad histórica ofrece, a quien la ejercita, una cierta intuición providente —y hasta escatológica— que convierte a los historiadores, según la feliz expresión de Grossi, en auténticos “présagos del futuro”,¹² capaces incluso, a mi juicio, de escrutar el “signo de los tiempos”.

Así las cosas, la historia supone una comprensión hermenéutica del sentido del pasado desde el presente, y por eso la historia se reinventa constantemente pues, aunque sigan siendo los mismos documentos, huellas y vestigios el objeto de estudio del historiador, su comprensión será distinta según el sentido que se les asigne.

estudio del derecho (lo que de suyo es ya significativo), ha tenido, como señala el profesor DEL ARENAL, las siguientes consecuencias: “...el iusnaturalismo moderno no se fundamentaría en esta visión [se refiere a la de Santo Tomás de Aquino en el *Tratado de la Justicia*] del derecho. Otros teólogos, también escolásticos o luteranos, se encargarían de continuar, difundir e imponer un iusnaturalismo inflexible, ahistórico, jerárquico respecto del derecho positivo, sistemático, geométrico, inhumano y normativista, que pronto condujo a un voluntarismo legalista que reforzado por la aparición del Estado moderno... condujo a la época del absolutismo jurídico caracterizada desde entonces por el olvido de esa visión prudencial, virtuosa, ética, equitativa, humana, realista y justa del derecho...”. *Ibidem*, p. 36.

¹² Cfr. GROSSI, Paolo, “Modelos históricos y proyectos actuales en la formación de un futuro derecho europeo”, en *Anuario de historia del derecho español*, t. LXVII, vol. I, Madrid, 1997, pp. 63 y 64. En el mismo sentido ELLSCHEID observa: “Así, la filosofía del derecho debería concebirse como filosofía de la historia: como filosofía que interpreta el sentido de futuro de lo que ha llegado a ser en la historia, y que obtiene así sus postulados referidos a la situación de que trate”. ELLSCHEID, Günter, “El problema del derecho natural. Una orientación sistemática”, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. Francesca Puigpelat Martí, edición alemana a cargo de Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer, Madrid, Ed. Debate, 1992, p. 192.

Es en este sentido también que la historiografía, como investigación documental-comprensiva, supone entre otras cosas la posibilidad de varias aproximaciones subjetivas (tantas cuantas interpretaciones históricas quepan)¹³ referidas, claro está, a un mismo momento objetivo.¹⁴

De esta manera, la objetividad de la historia viene dada por los hechos y su subjetividad por el sentido que a los mismos se les asigna desde determinada perspectiva.

Por eso mismo definí a la historiografía como investigación documental (objetiva) comprensiva (subjetiva) del pasado (hechos) desde el presente (perspectiva), pues, el quehacer historiográfico exige, en efecto, de un siempre difícil equilibrio entre realidad y perspectiva.¹⁵

¹³ Como exactamente observa COING: “Puesto que se trata de conocer testimonios del pasado, parece inevitable que los métodos hermenéuticos deban constituir los fundamentos de la Historia del derecho... Se puede considerar cada interpretación realizada sobre una fuente como hipótesis sobre el sentido de la misma. Con mayor motivo hay que considerar como hipótesis las afirmaciones sobre la relación de un determinado ordenamiento jurídico con factores extrajurídicos de tipo político, económico o religioso o con otro ordenamiento jurídico... Estas hipótesis desde luego son susceptibles de comprobación mediante su confrontación con la totalidad de las fuentes accesibles y su valoración con sujeción a ciertas reglas de interpretación específicas... [pero] “En muchos puntos debemos conformarnos con hipótesis más o menos verosímiles pero en general débilmente sostenibles”. *Las tareas...*, *op. cit.*, pp. 25-31.

¹⁴ “Las fuentes o testimonios conservados constituyen la base de toda investigación histórico-jurídica. En este sentido es una ciencia empírica”. COING, *Las tareas...*, *op. cit.*, p. 28. “La base empírica se encuentra, por tanto, en las fuentes, las cuales protegen una disciplina como la historia del derecho contra el puro subjetivismo. Y esta base empírica es irrenunciable”. *Idem*, p. 30.

¹⁵ Seguimos aquí, desde luego, las líneas fundamentales del perspectivismo filosófico del gran pensador español José ORTEGA Y GASSET, cuando explica: “El punto de vista individual me parece el único punto de vista desde el cual puede mirarse el mundo en su verdad. Otra cosa es un artificio... La realidad, precisamente por serlo y hallarse fuera de nuestras mentes individuales, sólo puede llegar a éstas multiplicándose en mil caras o haces... la realidad no puede ser mirada sino desde el punto de vista que cada cual ocupa, fatalmente, en el universo...” “Verdad y perspectiva”, en *El Espectador*, t. I, “Confesiones de El Espectador, febrero-marzo 1916”, en *Obras*, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1932, p. 128. Claro está que dicha perspectiva individual debe integrarse con las demás perspectivas; de nuevo en palabras de ORTEGA: “La realidad, pues, se ofrece en perspectivas individuales. Lo que para uno está en último plano se halla para otro en primer término. El paisaje ordena sus tamaños y sus distancias de acuerdo con nuestra retina, y nuestro corazón reparte los acentos... En vez de disputar integremos nuestras visiones en generosa colaboración espiritual, y como las riberas independientes se aúnan en la gruesa vena del río, compongamos el torrente de lo real”, *Idem*, *loc. cit.*

3. Historia general y evolución jurídica institucional

Pues bien, dadas ya las definiciones y explicaciones relativas a la historia, a la historiografía y al tiempo, así como expuestas algunas de sus múltiples implicaciones, estamos en aptitud, muy brevemente también, de dar una razón de lo que puede entenderse por historia general.

Por historia general entiendo en primer lugar, por oposición, una historia que no se detiene ni en lo local ni en lo particular.

En el primer sentido la Historia general del derecho se asemeja a la historia universal, pero no se identifica con ella. En efecto, la Historia general del derecho se parece a la historia universal por cuanto que no se ocupa de historiar una o varias experiencias jurídicas nacionales o regionales concretas. Se distingue, sin embargo, de la misma por dos razones. La primera porque su objeto material, el derecho, comprende solamente un ámbito específico de la sociedad y de la cultura, aunque claro está, dicha parcela no puede comprenderse íntegramente si no es a partir de su referencia al todo. Pero además, en segundo lugar, la Historia general del derecho, tal como se imparte en nuestra Escuela, está conscientemente circunscrita al desenvolvimiento de la tradición jurídica occidental, excluyendo consecuentemente el estudio de las importantes experiencias jurídicas históricas de Oriente.¹⁶

En el segundo sentido, o sea, entendiéndolo por historia general a aquélla que no se detiene en lo particular, se puede decir que la Historia general del derecho no se concentra tampoco en las peculiaridades propias de cada institución o de cada época, sino en la visión

¹⁶ Cfr. DEL ARENAL, Jaime, temario "La renovación...", *op. cit.* A este respecto merece la pena señalarse que el profesor Sergio VELA MARTÍNEZ, decidió incluir en su temario —acaso por seguir la tradición inaugurada por Javier DE CERVANTES— una referencia introductoria a los derechos orientales. En efecto, el temario seguido por el profesor VELA, a diferencia del propuesto por DEL ARENAL, abordaba el derecho babilonio, el derecho hebreo y el derecho griego. Personalmente he preferido omitir el tratamiento del primer tema, abordar el segundo sólo con motivo del derecho canónico y principalmente para subrayar el distinto significado del concepto de "ley" para el pueblo de Israel y para la Iglesia Católica y conservar solamente con una entera autonomía temática la lección del derecho griego, misma que abordé únicamente para evidenciar la medida en la que la jurisprudencia romana clásica y la bajomedieval se nutrieron, en sus principales ideas jurídicas, del pensamiento filosófico griego en torno al derecho y la justicia.

general del conjunto. Más aún, da cuenta de una visión de conjunto que debe estar referida, en mi concepto, principalmente a las ideas y métodos recogidos por los juristas respecto de sus experiencias jurídicas históricas.¹⁷ Y es, precisamente por esta razón, que muchos afirman que la Historia general del derecho es una historia externa del derecho, pues se queda en la superficie, sin adentrarse en sus intimidades institucionales.

Ahora bien, con independencia de que dada la naturaleza general (o externa si se quiere) del curso de Historia general del derecho, exorbita a sus pretensiones el realizar un análisis exhaustivo de las instituciones vigentes dentro de las diferentes experiencias jurídicas históricas, conviene considerar que dada su peculiar importancia, algunas instituciones sí deberán ser abordadas en profundidad por constituir la piedra angular de ciertos ordenamientos jurídicos.

En efecto, es de todo punto imposible entender la evolución de la jurisprudencia romana hacia el periodo clásico sin comprender a profundidad la estructura del *agere per formulas* y, para ello, debe exponerse con detalle el alcance del *ius edicendi* del pretor haciendo el correspondiente hincapié en la importancia del edicto traslaticio y del edicto repentino. Tampoco podría entenderse la importancia del *ius mercatorum* como una obra fundamental y cimentadora del edificio jurisprudencial bajomedieval si no es bajo el prisma de los *nova negotii* que lo nutren. Qué decir cabe del "contrato feudo-vasallático", institución eje del feudalismo, o de la *aequitas* como dimensión prudencial del derecho canónico, o más aún de la "teoría de los estatutos" de los posglosadores como institución clave para propiciar la recepción del *ius commune* europeo. Sin referencia, más aún, sin una exposición relativamente completa de tales instituciones, las experiencias jurídicas antes mencionadas permanecerían incomprensibles para el estudiante.

¹⁷ En palabras del profesor DEL ARENAL: "Una historia de ideas y de métodos: lógico-racionales, filológicos, exegéticos, etcétera, puestos en marcha en la búsqueda de soluciones justas y prácticas de problemas jurídicos concretos. Ideas y métodos que se han plasmado en escritos, textos o libros, por lo cual bien pudiera afirmarse que en el fondo de esta concepción de la historia jurídica hay una aceptación tácita de la idea de D'ORS y de nuestro maestro Rafael GIBERT de la Historia del derecho concebida como historia de los libros jurídicos. "La renovación...", *op. cit.*, p. 390.

Además el derecho, o más exactamente las experiencias jurídicas históricas, en tanto que ordenamiento jurídico de la vida social, está entretejido precisamente a partir de las instituciones jurídicas, que son antes que otra cosa instituciones sociales, a partir de cuyos cambios se modifican también los propios ordenamientos, desarrollándose de esta forma las propias experiencias históricas.

Me explico: los derechos históricos son ordenamientos de la vida social. En otras palabras, el "orden jurídico" es el resultado de una tensa relación inordinadora entre un ordenamiento jurídico y una sociedad inordinada. Ahora bien, el ordenamiento jurídico ordena los diversos ámbitos de la vida social, y esos ámbitos, en tanto que dotados de cierta homogeneidad vital, forman las instituciones sociales. Pues bien, dichas instituciones sociales, en tanto que reguladas por el ordenamiento jurídico, conforman precisamente las instituciones jurídicas, y las instituciones jurídicas son como las moléculas (las reglas que las componen son como sus átomos) que conforman el tejido orgánico del ordenamiento jurídico.¹⁸

Así las cosas, conviene aquí subrayar que las modificaciones que presentan los ordenamientos jurídicos históricos, encuentran su origen precisamente en las mutaciones que sufren las instituciones jurídicas. Y consecuentemente, para entender el desenvolvimiento histórico de los ordenamientos jurídicos, debe comprenderse primero

¹⁸ En este sentido TOMÁS Y VALIENTE expone: "El derecho actúa en la sociedad construyendo instituciones por medio de las cuales la sociedad resulta organizada. Pero, ¿qué es una institución jurídica? Entendemos por institución el conjunto formado por unas relaciones sociales homogéneas y el marco normativo que las regula. Son, por consiguiente, instituciones jurídicas aquellos conjuntos formados por unas relaciones sociales homogéneas y por el marco jurídico normativo que las regula. Algunos juristas atribuyen el concepto de institución jurídica sólo al conjunto de normas, dejando fuera como "metajurídico", es decir, como una realidad ajena al derecho, el contenido de intereses y conflictos sociales que esas normas tratan de regular. Esta es una actitud metodológica de carácter formalista. Por nuestra parte... hemos de entender que la institución jurídica está compuesta tanto por el marco normativo como por el contenido del mismo integrado por relaciones sociales homogéneas. El matrimonio, la Bolsa, el contrato de arrendamiento de servicios, el delito de homicidio, la patria potestad, las Cortes, el pacto feudal no son meros complejos normativos. Son incomprensibles si los vaciamos de contenido, pues de éste les viene a las instituciones su real razón de ser y su propio e interno dinamismo... Forma (es decir, normas jurídicas convergentes) y contenido (esto es, relaciones sociales homogéneas) constituyen un conjunto institucional inescindible". TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995, p. 31.

cómo evolucionan progresivamente, o involucionan regresivamente, las instituciones jurídicas.

A estos efectos me parece que la explicación más sencilla y convincente es la que ofrece el profesor Alfonso García-Gallo, para quien las instituciones jurídicas se desenvuelven históricamente, fundamentalmente por tres causas: a) por la aparición de nuevas situaciones de hecho, o b) por cambios en la valoración de dichas situaciones de hecho a partir de nuevas ideas políticas, religiosas, morales o económicas, o bien c) por cambios atinentes a la propia regulación jurídica de las instituciones por motivos puramente técnicos, para hacerlas más eficaces.¹⁹

En efecto, si confrontamos las causas propuestas con nuestra tradición jurídica, veremos que las transformaciones del derecho se deben a la aparición de nuevos problemas sociales, o al surgimiento de nuevos referentes valorativos o a la depuración técnica de los instrumentos jurídicos. Ejemplos del primer caso abundan a lo largo del curso; piénsese por todos en la nueva y crecientemente sofisticada conflictiva urbana que desencadena la actuación flexible del pretor urbano en la Roma del siglo II a. C., o en la aparición de las complejísimas transacciones comerciales trayecticias que excitó la reapertura comercial de Europa a partir del siglo XI y que fueron el sustrato de los *nova negotii* que conformaron el *ius mercatorum* bajomedieval. Respecto de la incidencia del cambio en las valoraciones puede citarse como caso emblemático la influencia del pensamiento cristiano en el derecho romano vulgar del Bajo Imperio y la consecuente dulcificación de instituciones características del derecho quirritario como la *patria potestas* y las *manus maritalis*. Por último, y por lo que hace a la depuración técnica de los instrumentos, piénsese sobre todo en los *modus arguendi* y en la teoría de los estatutos como el legado que por antonomasia ofreció a la ciencia jurídica europea la jurisprudencia sapiencial del *mos italicus*.

Ahora bien, aunque las anteriores causas son explicativas de la mayor parte de los cambios que se advierten en las instituciones jurídicas que conforman los ordenamientos jurídicos, no ofrecen una

¹⁹ Cfr. GARCÍA-GALLO, *Manual...*, op. cit., pp. 2 y ss.

razón satisfactoria de las eventuales coincidencias y similitudes que presentan varios ordenamientos dentro de vastas regiones jurídicas.

Para desentrañar este nuevo problema y siguiendo también en este punto a García-Gallo, puede afirmarse que la evolución jurídica institucional se produce de tres maneras fundamentales: a) por innovación (adecuación de instituciones tradicionales a realidades nuevas), b) por creación *ex novo* (diseño de soluciones *ad hoc* a la problemática social concreta) y c) por difusión, que puede ser pacífica (recepción) o violenta (imposición).²⁰

Por ejemplificar brevemente. Por innovación procede sobre todo el *ius honorarium* del pretor respecto del *ius civile*, al cual, como es sabido "confirma, suple y corrige". También procede por innovación, y de manera egregia, la ciencia jurídica bajomedieval en su afán de acomodar los textos justinianos a las exigencias de su realidad contemporánea. Por creación *ex novo* procedieron los derechos primitivos, procedió el *ius mercatorum*, y ha procedido en buena medida el positivismo legalista por cuanto ha tenido de improvisado e irreflexivo. Finalmente, por difusión se propagaron infinidad de instituciones, ideas, conceptos y reglas, del derecho romano, del derecho común europeo, y de las codificaciones francesa y alemana, tanto pacíficamente por la vía de la recepción en la mayor parte de los países europeos, cuanto violentamente por la vía de la imposición en la mayor parte de los países sometidos a la hegemonía colonialista europea, como fue nuestro propio caso.

De la anterior explicación podemos concluir que las referidas similitudes y coincidencias que presentan sobre todo los ordenamientos jurídicos pertenecientes a una misma región, familia o tradición jurídica, pueden deberse fundamentalmente o al común origen de muchos problemas o, sobre todo, al fenómeno de la difusión jurídica.

Resumiendo muy brevemente: el curso de Historia general del derecho, por su misma generalidad, no debe adentrarse en el estudio pormenorizado de las instituciones jurídicas que integran los diversos ordenamientos históricos; debe, sin embargo, abordar el estudio de algunas instituciones emblemáticas de sus ordenamientos jurídi-

²⁰ Cfr. *Idem*, pp. 3 y ss.

cos y procurar que el alumno recuerde siempre que los ordenamientos cambian a partir de los cambios institucionales.

4. Noción precomprensiva y valorativa del derecho

Una de las razones por las cuales me ha resultado satisfactoria la explicación sobre las causas de la evolución institucional propuesta por García-Gallo, consiste en que arraiga, quizás inconscientemente, en una noción completa y correcta del derecho.

Decir, en efecto, que las instituciones jurídicas se transforman bien sea por cambios en las situaciones de hecho, bien sea por modificaciones en los referentes valorativos, bien sea en fin por depuraciones de naturaleza puramente técnica, supone un tácito reconocimiento de que el "sustrato" de lo jurídico consiste, precisamente, en un complejo de hechos, valores y formas.

De aquí que el mérito fundamental de García-Gallo sea ofrecer un esquema explicativo apropiado a su objeto, pues el derecho, como ha expuesto coincidentemente el iusfilósofo Miguel Reale, es "una integración normativa de hechos según valores".²¹

Ahora bien, esta coincidencia no es puramente casual. Evidencia, a mi modo de ver las cosas, que todo historiador del derecho debe tener una idea suficientemente clara de lo que sea su objeto de su estudio. ¿Cómo historiar algo que no se conoce? El historiador del derecho ha menester de una idea clara y suficiente de su objeto para poder investigarlo satisfactoriamente. De ahí la exigencia, aunque sea otro lugar común, de M. Ortolán: "Todo historiador debería ser jurisconsulto, y todo jurisconsulto debería ser historiador".

Pero, ¿puede el historiador servirse de cualquier noción del derecho para emprender su trabajo? La pregunta no es bizantina, ni siquiera sutil, es elemental. Si un historiador del derecho pretendiese, desprevencidamente, partir de una noción del derecho, hoy por hoy común y generalizada, que le considera como "un conjunto de normas jurídicas positivadas mediante ciertos procedimientos extrínsecos que garantizan la validez formal de sus contenidos", tendría que renunciar al estudio de vastos sectores históricos pues, de entrada, ni

²¹ REALE, *Teoría tridimensional...*, op. cit., p. 98.

la jurisprudencia romana clásica, ni la jurisprudencia europea bajomedieval, ni las costumbres de los pueblos germánicos, por no citar más que tres experiencias bien conocidas, podrían válidamente estudiarse bajo tal perspectiva.

Así pues, en primer lugar, se nos impone desde un punto de vista metodológico la exigencia de no intentar comprender las experiencias jurídicas históricas, precisamente a partir de las nociones actuales de derecho.

¿Qué noción pues habrá de servirnos entonces? Porque igualmente podría afirmarse, y con razón, que la noción histórica de derecho en la antigüedad difícilmente podría servirnos para comprender al derecho medieval y mucho menos al derecho moderno.

¿Qué noción, pues, tomaremos? Se podría pretender también el partir de una noción "intemporal" o filosófica del derecho, que apelando a su sola esencia, prescindiera de sus diversos modos de realización existencial y así comprendiera cualquier experiencia jurídica histórica posible. Sin embargo, este tipo de "definiciones esencialistas" ofrecen mayores problemas todavía, pues son de suyo definiciones valorativas que escatiman toda juridicidad a una multiplicidad de experiencias que deben ser estudiadas como parte de un curso de Historia general del derecho. Piénsese, por ejemplo, en la experiencia jurídica del derecho nacionalsocialista del Tercer Reich. Es claro que desde la óptica de varias (incluso desde la perspectiva de las mejores) definiciones filosóficas del derecho, no puede reconocérsele una auténtica juridicidad material a los caprichos racistas y al abuso instrumental de las formas jurídicas al servicio de la eugenesia; y sin embargo, por irritante que resulte, no puede sesgarse el estudio del nacionalsocialismo dentro de un curso completo de Historia del derecho.

En fin, que aun a pesar de todos los anteriores escollos, tampoco podemos renunciar a la exigencia metodológica de partir de alguna noción de derecho para poder historiarlo, pues es evidente que para tratar de construir nuestro "entendimiento" histórico sobre el derecho, debemos partir de un mínimo "sobrentendido" sobre lo que el derecho sea.

Ciertamente, toda investigación científica supone una búsqueda que exige a su vez de dirección, y tal dirección no puede darse sino mediante la precomprensión, o representación hipotética provisio-

nal y providente de la meta hacia la cual nos dirigimos. En definitiva, necesitamos ineludiblemente partir de una noción de derecho para poder emprender el quehacer reconstructivo que supone la historiografía jurídica como investigación científica, pero dicha noción deberá ser, precisamente, una noción meramente precomprensiva.²²

Ahora bien, merece la pena puntualizar, para evitar ulteriores malentendidos, que dicha precomprensión no supone en lo absoluto la admisión de un prejuicio. La precomprensión, rectamente empleada, debe servir exclusivamente como una herramienta en el plano metodológico, sin jamás interferir en el plano temático donde, ciertamente, corre el peligro de transformarse en un prejuicio.²³

Más claramente, la idea de derecho que necesitamos ahora no puede ni debe ser una definición esencial, unívoca, precisa y rigurosa, sino más bien una noción instrumental, relativamente ambigua, general y flexible.

Pues bien, para tales efectos, la noción precomprensiva del derecho que propongo es una noción del derecho como experiencia jurídica.²⁴

²² En el mismo sentido TOMÁS Y VALIENTE: "Ahora bien, para hacer la historia de una realidad cualquiera es indispensable poseer una noción previa de la misma, en este caso del derecho, pues, de lo contrario, el historiador no sabría qué es lo que busca en el pasado. Nos encontramos así con que el concepto de derecho debe desprenderse como resultado de una investigación histórica, la cual, por otra parte, presupone como requisito de su propia viabilidad un previo concepto de derecho. ¿Cómo romper el círculo? ¿Cómo resolver la aporía? La solución del problema puede consistir en la elaboración de un concepto provisional de derecho instrumentalmente válido para orientar la investigación del historiador y susceptible de enriquecerse y completarse a lo largo de la misma. (...) Concepto provisional, porque no tratamos de definir qué es el derecho, sino, más modestamente, de proporcionarnos unas nociones mínimas acerca del mismo, conscientes de que la investigación sobre la historia nos permitirá enriquecer esta esquemática noción". TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, *op. cit.*, p. 23.

²³ Respecto de la comprensión mediante la precomprensión en el ámbito del derecho, *cfr.* SCHROTH, Ulrich, "Hermenéutica filosófica y jurídica", en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. Juan Antonio García Amado, edición alemana a cargo de Arthur Kaufmann y Winfried Hassemmer, Madrid, Ed. Debate, 1992, pp. 289-309.

²⁴ Sobre el tema de la experiencia jurídica puede verse con provecho a RECASÈNS SICHES, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM, 1971. Sigo aquí, desde luego, el magisterio del profesor Grossi, quien con razón observara: "Un instrumento adecuado para la comprensión y la correcta ordenación del inmenso material que tenemos ante nosotros nos parece el esquema de la 'experiencia jurídica' como esquema interpretativo y unificador del devenir histórico-jurídico", GROSSI, Paolo, *El Orden...*, *op. cit.*, p. 44. Esta noción tiene la virtud de subrayar "la irrenunciable humanidad del derecho, su continua implicación con

Entiendo por experiencia, en general, tanto un conocimiento orientado a la realidad y comprobable a partir de ésta —un conocimiento experimental—, cuanto un aprendizaje práctico que se va adquiriendo a partir de lo vivido, o sea, de lo experimentado. Y me quedo precisamente, en muy resumidas cuentas, con que la experiencia en general supone: a) algo real y b) algo vivido. Ahora bien, una experiencia es jurídica, cuando tiene que ver de alguna forma con el derecho. ¡Petición de principio! En efecto, por eso buscamos una precomprensión, que tiene por necesidad un algo, o un mucho, de convencional. Y convencionalmente hablando, creo que puede reconocerse sin comprometer en lo absoluto ninguna posición iusfilosófica, que el derecho: a) tiene algo que ver con la sociedad y el hombre, b) que, al menos en cierto sentido, ordena la convivencia social, y c) que es también, siquiera en alguna forma, imperativo.

Precisamente con la anterior ambigüedad, generalidad, indeterminación y flexibilidad, me propongo entender por derecho a “*toda experiencia humana que tenga que ver con algún orden más o menos imperativo de la vida social*”. De esta forma, pretendo “tomar como derecho”, desde la experiencia burocrática del registro de un nacimiento, hasta la experiencia política de la votación, pasando por la experiencia judicial del dictado de una sentencia capital, y tengo también por experiencias jurídicas, igualmente, a la experiencia de lo justo y de lo injusto, de lo lícito y de lo ilícito, de lo legal y de lo ilegal, de lo conforme a las costumbres y de lo contrario a ellas, de lo ajustado a la naturaleza de las cosas y de lo que subvierte todo orden natural...

Como se advierte enseguida, con la anterior noción precomprensiva del derecho como experiencia jurídica y por su propia naturaleza provisional, hipotética y elástica, pueden ubicarse perfectamente, tanto la norma legislada característica del absolutismo jurídico con-

la vida”, el ser “un modo peculiar de vivir el derecho en la historia, de percibirlo”, “en conexión con una determinada visión del mundo” que se caracteriza por su “flexibilidad” al no restringirse a “confines netos y netamente visibles, sino a signos complejos e interpretables de forma variable”, capaz de abarcar el “carácter esencialmente problemático del fenómeno jurídico”. *Idem*, pp. 45 y 46. En el mismo sentido también, desde luego, el propio WIEACKER, quien indica ya desde las primeras páginas de su libro que la historia del derecho mira su objeto desde el punto de vista de la experiencia jurídica, *cfr. Historia...*, *op. cit.*, p. 4.

temporáneo, cuanto la opinión prudente del jurista romano, pasando por el derecho consuetudinario de los pueblos germánicos, por los cánones eclesiásticos y por la dogmática abierta que conformó al *ius commune* europeo.

Ahora bien, se me reconvenirá que tras ubicar las experiencias jurídicas históricas y explicarlas tratando de comprenderlas se puede —y acaso en ocasiones también se deba— juzgarlas con base en alguna otra noción valorativa del derecho.²⁵ Ciertamente, pero sin perder de vista que lo esencial de la historiografía es, sin embargo, no el juicio, sino la comprensión: ubicar las experiencias, explicarlas, sobre todo comprenderlas a la luz de la sociedad y la cultura contemporáneas.

Hay casos, desde luego, en los que deben emitirse juicios de valor, pero aun en esos casos es mejor apelar al alumno para que él mismo se forme su propio juicio de valor. A tales efectos, pueden servir para acotar la discusión los esquemas ordenadores que se exponen en el siguiente apartado y que, aunque están diseñados primordialmente para comprender en sus propios perfiles las tipicidades propias de cada experiencia jurídica y proveer así a su adecuada clasificación, pueden servir también como punto de partida seguro para una diferenciación crítica.

En cualquier caso, conviene propiciar que el alumno se vaya formando, sobre todo a partir del cuarto año de la carrera, una noción

²⁵ Hoy por hoy la historiografía en general y la historiografía jurídica en particular, reconocen la legitimidad de los juicios de este tipo de juicios de valor. Cito aquí por todos a COING, quien apunta: “Para el historiador del derecho como para cualquier historiador es completamente imposible evitar los juicios de valor acerca de los fenómenos que investiga”. *Las Tareas...*, *op. cit.*, p. 97. Ahora bien, como advierte el propio COING: “Estas valoraciones no puede realizarlas el historiador del derecho sin recurrir a su propia escala de valores... Que en ello se encuentran graves riesgos de juicios subjetivos es evidente, pero de todos modos estos peligros pueden limitarse si se observan dos recomendaciones. En primer lugar, el historiador del derecho no debería exponer ningún juicio de valor sin formular claramente el criterio sobre el que lo apoya. Tales criterios podrían ser, por ejemplo, la evolución de un lenguaje jurídico propio o de determinados principios morales... En segundo lugar, el historiador del derecho, siempre que establezca valoraciones, de ningún modo puede quedar dispensado de la correspondiente prueba de lo que afirma. Debe, por tanto, aducir una prueba auténtica tanto para el juicio de valor como para la verificación de los hechos, por ejemplo, la prueba de que los jueces de una determinada sociedad y época estuvieron corrompidos... Si estas dos recomendaciones se cumplen, entonces llegará a ser comprobable en todo caso el juicio de valor...”. *Idem*, pp. 99 y 100.

valorativa propia de lo que sea el derecho, aunque para ello, mi convicción personal es que el curso de Historia general del derecho será tanto más efectivo cuanto menos acuda el profesor a sus propias definiciones valorativas y más insinúe y promueva la inquietud con motivo de lo que ha sido, sea y pueda ser en el futuro el derecho.²⁶

5. Contenido y método

Provistos ya de las anteriores nociones generales conviene, antes de exponer los principales esquemas ordenadores del curso, hacer una última puntualización sobre su contenido y método.

Se habrá advertido ya, a lo largo de estas notas, una referencia recurrente a la “tradición jurídica occidental”; incluso se recordará cuanto adelantamos respecto a que el curso de Historia del derecho se circunscribe a ella, excluyendo por principio el abordamiento de las importantes experiencias jurídicas orientales. Pero, ¿por qué? La respuesta es, de entrada, sencilla: pues porque nuestro ordenamiento jurídico pertenece precisamente a dicha tradición jurídica occidental y no puede comprenderse del todo sin apelar al desenvolvimiento, maduración y estado actual de aquélla, siéndole en cambio relativamente ajeno el desenvolvimiento de otras tradiciones jurídicas, que no ejercieron sino una influencia muy escasa y más bien indirecta sobre el mismo.

Ahora bien, dicho lo obvio resta aclarar: ¿qué se entiende por tradición jurídica occidental? Y, siendo imposible aquí dar una respuesta satisfactoria y completa, *brevitatis causa*, deberemos conformarnos con decir que por la misma entendemos: aquélla cuyo sustrato es la jurisprudencia romana, cuyo origen se encuentra en el *ius commune* europeo, y cuyo desenvolvimiento actual se debe, primordialmente, a la difusión de la obra codificadora.

²⁶ De aquí que, como ha visto con razón PÉREZ-PRENDES: “La historia del derecho se ocupa de la vida de éste a lo largo del tiempo. Su misión no consiste en suministrar antecedentes históricos al derecho vigente hoy, ni en la búsqueda y presentación de antigüedades jurídicas, en cuanto tales. Su existencia se explica por constituir la única vía posible para la comprensión de la esencia del derecho”. PÉREZ-PRENDES, *Historia...*, *op. cit.*, p. 13. Ahora, insisto, sin dogmatizar, sólo así el alumno se apercebirá, por sí mismo, según la clásica expresión de SCHÖNFELD: “Derecho es el derecho histórico” (“*Recht ist geschichtliches Recht*”).

Pero hay todavía más. Desde finales de la década de 1930, la moderna historiografía jurídica ha abierto una vía efficacísima para el estudio histórico de la tradición jurídica occidental, que emprendida por autores tan influyentes como Kunkel, Bonfante, Calasso, Orestano, Bretone, Jolowicz y, emblemáticamente por Franz Wieacker, ha tomado de la obra de este último, cuya primera edición data de 1953, su nombre propio: *Historia del derecho privado de la Edad Moderna (Privatrechtsgeschichte der Neuzeit)*. Precisamente, ha sido esta actual y fecunda corriente del pensamiento historiográfico-jurídico, la más acreditada en nuestros días, la que encontró en nuestra Escuela, desde hace casi 30 años, un vehículo eficaz para su difusión en México.

Esta corriente se ha centrado, como ha observado Aguilera, “en el estudio de las transformaciones del derecho romano”²⁷ que, de acuerdo con Del Arrenal, constituye el “hilo conductor del curso” cuyos “avatares, realizaciones, ascensos, ausencias o depresiones se examinan siempre desde la perspectiva del legado intelectual, racional, lógico y ético del derecho romano”.²⁸

En efecto, para esta corriente historiográfica la persistencia del derecho romano y su continuada influencia sobre nuestra tradición jurídica es una de las claves para el entendimiento de su devenir histórico, concentrándose en el desenvolvimiento del derecho privado. Como ha observado a este respecto Bretone, “el derecho romano” que “no es sólo una realidad del pasado” ha ejercido y ejerce su principal y más positiva influencia “práctico-científica” en el ámbito del “derecho privado”.²⁹

Ahora bien, para evitar cualquier malentendido, conviene detenernos un instante en estas dos limitaciones materiales del curso: tradición romanista y derecho privado.

Por lo que hace a la primera, nos referimos deliberadamente a la “tradición romanista”, precisamente para diferenciarla del “derecho romano histórico”. Esta distinción, que proviene de la moderna

²⁷ AGUILERA BARCHET, Bruno, *Introducción jurídica a la historia del derecho*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, p. 138.

²⁸ DEL ARENAL, Jaime, “La renovación...”, *op. cit.*, p. 389.

²⁹ BRENONE, Mario, *Derecho y tiempo en la tradición europea*, trad. Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 78.

romanística,³⁰ supone una prudente toma de distancia respecto del clasicismo desmesurado de la romanística decimonónica. Efectivamente, los excesos de esta última, llevados a su extremo por la pandectística alemana, pretendieron entronizar al derecho romano como un modelo arquetípico y perfecto, a partir de cual, pudiera desarrollarse un sistema completo de conceptos jurídicos.³¹

Más ponderada y circunspectamente, la romanística contemporánea reconoce la pobreza y el desfase material del derecho romano histórico respecto de la tradición jurídica occidental y por eso lo distingue de la tradición romanista, cuya influencia, duradera y fructífera, se ha producido en un plano diferente al de los contenidos: precisamente en el plano de las maneras y de las formas, o sea, en el plano de los “cómos” más que en el de los “qués”.

En efecto, salvo para un historiador o un romanista enfermo de clasicismo, el derecho romano, visto desde el punto de vista material de sus instituciones jurídicas, constituye un derecho histórico caduco, cuyas soluciones han ejercido una influencia más bien escasa y negativa sobre nuestra tradición jurídica.³²

³⁰ Vid. ORESTANO, *Introducción...*, op. cit.

³¹ Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ed. Ariel, 1966, pp. 39-56; RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia...*, op. cit., pp. 417-425; WIEACKER, op. cit., pp. 378-436.

³² Como ha observado el romanista y iusfilósofo Michel VILLEY: “...la mayor parte de estas soluciones particulares (las del derecho romano) ya no tienen ninguna utilidad; son completamente caducas: los juristas de hoy no se interesan ya por problemas como los presentados: que eran necesarios cinco testigos y una balanza para enajenar una *res Mancipi*, o que los patronos recibían tal cantidad de los bienes de sus libertos”. VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, trad. Diorki, revisada por Jesús Valdés y Menéndez Valdés, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1979, p. 101. BRETONE inclusive ha subrayado lo pernicioso de su perfil material: “Las sociedades modernas de personas y las sociedades de capitales, el derecho cambiario, han encontrado en las fuentes romanas más de un obstáculo a su nacimiento. Las fuentes tampoco ofrecían un serio apoyo a la formación de un derecho marítimo o de un derecho minero”. BRETONE, *Derecho...*, op. cit., p. 192. Llegando hasta sugerir que una “investigación histórico-dogmática” pueda emancipar al derecho contemporáneo de los “prejuicios romanísticos”. *Idem*, p. 194. WIEACKER mismo resalta cómo le falta al derecho romano un registro inmobiliario y cómo sus inseguras hipotecas inhibían el crédito inmobiliario, cómo su derecho societario rudimentario e incipiente, estaba lejos de posibilitar el desarrollo de la propiedad en mano común, cómo prácticamente desconocía las formas de tráfico dinerario y particularmente los títulos-valor, así como la escasa influencia que ha tenido, dentro de nuestra tradición jurídica, en materia de familia. Cfr. *Historia...*, op. cit., p. 114.

En contrapartida, la tradición romanista, como un cierto “perfil formal”³³ que podemos referir fundamentalmente: 1) a ciertas “ideas jurídicas fundamentales”, 2) a ciertos “métodos para el hallazgo de soluciones jurídicas materiales”, y 3) a ciertas “*regulae iuris*”, como un riquísimo acervo tópico de razones jurídicas a partir de los cuales puede entretejerse una argumentación, constituye sin duda lo mejor, lo más duradero y lo más influyente del derecho romano sobre nuestra tradición jurídica.

De hecho, la clasicidad del derecho romano, o sea, su propia reinterpretabilidad y susceptibilidad de reutilización, se encuentran precisamente asociadas a este perfil formal integrado por las ideas, los métodos y las reglas de su jurisprudencia.

Esta distinción entre el derecho romano histórico material y la tradición romanista formal, además de ser una distinción firme, es también paradójica, dada la esterilidad del primero y la fecundidad de la segunda, el agotamiento de aquél y la vitalidad de ésta, pero sobre todo, dada la inversión de la influencia ejercida por los contenidos y las maneras del derecho romano. Efectivamente, es un hecho notabilísimo el que nuestra tradición jurídica haya tendido, por un lado, a distanciarse cada vez más de los contenidos materiales del

³³ A este perfil formal se refiere BRETONE cuando afirma: “El formalismo del derecho romano —en primer lugar la tendencia a la abstracción, al aislamiento del problema jurídico— determinó o favoreció su acogida en la Europa medieval y moderna, marcando la civilización (y la mentalidad) de Occidente... Los pontífices especificaron por primera vez el derecho como ‘forma’. Algo muy profundo se creó, entonces, en la edad arcaica, y no se perdió más. Lo advertimos en los modos de pensar de los juristas ‘clásicos’ y de sus herederos medievales... formalismo y... maestría de sus artífices en corregir los resultados negativos mediante el recurso a los principios de una ‘racionalidad material’.” *Derecho...*, op. cit., p. 191. En el mismo sentido WIEACKER: “La contribución del derecho justiniano al conjunto de la cultura europea no estribó, pues, en modo alguno en la ‘calidad’ o ‘justicia’ de sus normas e instituciones, sino en la disciplina metódica de un pensamiento jurídico autónomo... en el predominio de la ciencia sobre la vida, y, finalmente, en las reservas de ética jurídica realmente vivida atesoradas en las obras de los grandes juristas romanos...” *Historia...*, op. cit., p. 115. Igualmente VILLEY cuando asegura: “La aportación más duradera de Roma es... por primera vez en la historia, la de haber hecho del derecho una ciencia autónoma, con su método, con su lenguaje, sus conceptos y sus principios generales; su redescubrimiento en la Europa posterior constituyó una de las bases de nuestra civilización. Otra cosa son las soluciones de detalle; vinculadas a las contingencias de la historia social, su duración no podía ser larga”. *Compendio...*, op. cit., pp. 101 y 102.

derecho romano, profundizando, en contrapartida, cada vez más en las formas de la tradición romanista.³⁴

Ahora bien, si una de las claves para la comprensión histórica de la tradición jurídica occidental es su arraigo en la tradición romanista, habremos de concentrarnos solamente, según se dijo, en el ámbito del derecho privado.

Efectivamente, el curso de Historia general del derecho se circunscribe al derecho privado, en primer lugar por la necesidad de reducir el inmenso material historiográfico que supone nuestra tradición jurídica a un volumen capaz de ser estudiado con provecho en un curso lectivo anual. Ahora bien, que aunque partamos de una necesidad de delimitación relativamente arbitraria —la corta duración del curso— las razones por las cuales nos quedamos con el derecho privado son mucho menos caprichosas.

El derecho privado constituye la parte más aprovechable de nuestra tradición jurídica para la formación integral del jurista contemporáneo, y ello por varias razones.³⁵ En primer lugar, pues en torno al derecho privado se incardinan las instituciones más duraderas, permanentes y tradicionales del derecho occidental, cuyo señero arraigo en el derecho quirritario es de sobra conocida. De hecho la influencia más duradera del perfil formal romano en la tradición jurídica occidental, se ha ejercido precisamente en el ámbito del derecho privado.

Pero además, lo privado como lo propio de los particulares en cuanto tales, arraiga como en los ámbitos más perdurables de la vida del hombre, mientras que, en contrapartida, lo público, dada su esencial vocación por la oportunidad y la conveniencia, se encuentra como

³⁴ Este hecho tan notable incluso ha sido propuesto por el propio WIEACKER como una ley histórica (entiéndase como un índice de generalidad y frecuencia) de acuerdo con la cual "...la ley fundamental de que cada vez se haga más débil efectivamente la supervivencia material al aumentar la distancia entre los nuevos creadores de cultura y la cultura originaria, y, en cambio, se concentre cada vez más y se haga más hondo el influjo de las formas espirituales... Sin esta relación fundamental tampoco puede comprenderse el ritmo de la ciencia jurídica europea, basada en el esclarecimiento cada vez más progresivo de la herencia romana, que aún pervive en el presente siglo". *Historia...*, *op. cit.*, p. 23.

³⁵ Véase por ejemplo respecto del fecundo tema de los principios jurídicos la extraordinaria exposición que respecto de su elaboración jurisprudencial en el ámbito del derecho privado hace ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. Eduardo Valentí Fiol, Barcelona, Ed. Bosch, 1961.

más sujeto a los avatares propios de las circunstancias políticas, siempre cambiantes y efímeras.³⁶ Lo privado tiene así como una mayor durabilidad y, por ende, el derecho privado es un derecho más perdurable, cuya evolución, por lo mismo, parece ser como más constante y coherente, a diferencia de lo que muchas veces acontece con el derecho público cuyo desarrollo es más bien episódico y contingente.

Más aún, lo público surge desde el poder, desde las intimididades de las organizaciones políticas y, generalmente, dura lo que éstas. Lo privado se encuentra, en contrapartida, en la relación entre los particulares y, consecuentemente, goza de la estabilidad de éstas.³⁷

Finalmente, lo público, al surgir desde el poder, tiende a encontrar su apoyo en el poder mismo; por ello se caracteriza por su mayor verticalidad, por ser algo impuesto, mandado, y por ende su eficacia descansa, preponderantemente, en la fuerza con la que es impuesto, en lo que más adelante denominaremos *potestas*. En contrapartida, como lo privado aparece generalmente al margen del poder, encuentra su

³⁶ De aquí la importancia dentro del ámbito de la emblemática político-jurídico de las representaciones de la fortuna, del azar, o dentro del ámbito del pensamiento cristiano católico de la Providencia pues, en el caso particular de la Nueva España, como ha apuntado Salvador CÁRDENAS respecto de este clásico tópico: "La precariedad de las instituciones, la fugacidad de los cargos y oficios públicos, la condición provisional de las acciones de gobierno y, en no pocas ocasiones, el ruinoso desorden que se sufría en el virreinato, encontraron en el emblema de la rueda de la fortuna un buen cauce de expresión. "La 'rueda de la fortuna'..."", *op. cit.*, p. 285.

³⁷ También en este sentido el eminente historiador del derecho PARADISI ha observado: "*Se il diritto è un fatto storico... non si può però tacere che si tratti di un fatto con particolari caratteristiche. Gli istituti che lo compongono mostrano infatti in molti casi un coerenza reciproca ed una vischiosità nel loro sviluppo che contrasta con i mutamenti repentini e con gli urti violenti della storia politica. Quei casi riguardano non il diritto pubblico, che è immediata espressione dello stato, ma invece il diritto privato, che è espressione della società. La storia c'insegna che, sul fondamento di un primitivo costume regolante la semplice vita di una società arcaica, le norme e gli istituti del diritto pubblico si distaccano a poco a poco dal comune contesto normativo, con la stessa rapidità e nella stessa misura che di volta in volta si ricontrano nella formazione e nello sviluppo dello stato. Nel diritto privato, al contrario, la cui determinazione è, com'è naturale, contemporanea a quella del diritto pubblico, gli istituti non soltanto sono in funzione della volontà de una classe politica o di una situazione più o meno contingente, ma delle necessità della vita sociale". De aquí concluye: "Proprio perchè il diritto è l'espressione e quasi la proiezione della società nel suo insieme, di una società che si esprime indipendentemente dallo stato...". PARADISI, Bruno, "Questioni fondamentali per una moderna storia del diritto", en *Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 1, Milán, Giuffrè Editore, Milán, 1972, pp. 28-30.*

apoyo en la misma realidad de las cosas, en el orden existente en la propia relación entre las cosas, caracterizándose por su mayor horizontalidad, por su mayor cercanía con los particulares que lo reconocen como propio, descansando pues su eficacia obligatoria más en su adecuación a la realidad y en su razonabilidad que en la *potestas*.

Dicho lo anterior y recapitulando, podemos decir que el contenido del curso de Historia general del derecho está circunscrito a la tradición jurídica occidental, a la que se aborda, como se dejó sentado anteriormente, desde una perspectiva general que se interesa principalmente por las ideas y los métodos recogidos por los juristas respecto de sus experiencias jurídicas históricas, con una especial atención por el sustrato romanista formal, y limitándose solamente al ámbito propio del derecho privado.

Hechas las anteriores precisiones materiales o de contenido, nos resta tan sólo hacer, muy brevemente, unos someros apuntamientos metodológicos pues todas las "disciplinas de encuentro", como lo es la Historia del derecho, suponen, dada su propia interdisciplinariedad, una cierta ambigüedad metodológica.

En efecto, téngase en cuenta que la historiografía jurídica busca dar una razón histórica del derecho; más exactamente, busca dar una razón histórica del derecho precisamente en cuanto a derecho (no como hecho social, o factor de la producción o instrumento político), por lo que, aunque su perspectiva deba ser la del historiador, debe construirse también, en cierta medida, como perspectiva de jurista.

Más aún, a la anterior ambigüedad metodológica debe agregarse la relativa juventud de esta disciplina científica, que apenas en nuestros días alcanza un nivel de madurez que permite estudiarla con cierta seguridad. En efecto, antes del Renacimiento no existe una historiografía jurídica propiamente dicha y no es sino hasta la fundación de la *Escuela Histórica Alemana*, hacia el primer tercio del siglo XIX, que se inicia su cultivo sobre bases científicas más sólidas. De hecho, no es sino hasta el siglo XIX que la Historia del derecho se ve beneficiada por una importante depuración metodológica y enriquecida merced al aprovechamiento de muchas de las apenas nacientes disciplinas auxiliares de la historia.³⁸

³⁸ Cfr. GARCÍA GALLO, *Manual...*, op. cit., pp. 8 y ss.

Ahora bien, a efectos de exponer lo más sucintamente esta cuestión metodológica y aun a riesgo de simplificar demasiado las cosas, se puede decir que a partir de la división de la Escuela Histórica Alemana en sus dos principales corrientes, la rama romanista y la rama germanista, se produjo también una cierta diferencia epistemológica y metodológica respecto de la forma correcta de emprender el estudio histórico del derecho. Los romanistas reclamaron así, como la más idónea, la perspectiva jurídico-dogmática, mientras que los germanistas reivindicaron en contrapartida, los fueros de una perspectiva más bien histórico-social.³⁹

En efecto, los romanistas defendieron que la forma apropiada de abordar el estudio de la Historia del derecho era partiendo de los principios, axiomas, dogmas y conceptos del sistema jurídico contemporáneo, retrotrayéndolos después en el tiempo, siempre con el afán práctico de comprenderlos mejor a partir de la ubicación de sus orígenes y del señalamiento de su ulterior desarrollo.

De esta forma, para los romanistas, el derecho actual debía proyectarse hacia el pasado y explicarse conforme a los esquemas y clasificaciones presentes, agotando su quehacer en la investigación exclusiva de los principios, máximas y dogmas, con absoluto desinterés y consecuente exclusión de las realidades sociales normadas y orientadas por aquéllos.

Esta forma de concebir la Historia del derecho ofrecía, supuestamente, una mayor facilidad para la comprensión del derecho pretérito a partir de los conceptos, nociones e ideas actuales, que por ser los nuestros, nos son también más familiares. Sin embargo, bien visto el asunto, dicha facilidad era tan sólo aparente, pues dichos conceptos, nociones e ideas son realmente, como ya se dijo, un obstáculo que nos impide comprender las instituciones históricas en su originalidad, o sea, dentro del contexto en el cual aparecen. Más aún, según también se dijo, dichas nociones e ideas operan como un auténtico prejuicio, que nubla una adecuada visión, y que muchas veces obs-

³⁹ Sobre las diferencias epistemológicas y metodológicas de las orientaciones dogmáticas, y de las históricas, sociales o institucionales, es muy sugerente la exposición crítica hecha por BRETONE, *Derecho...*, op. cit., pp. 133-154.

taculiza positivamente la ubicación y comprensión de importantes instituciones jurídicas.⁴⁰

Para la rama germanista, en contrapartida, la Historia del derecho es y debe configurarse, tanto epistemológica cuanto metodológicamente, como una disciplina historiográfica, debiendo servirse por ello de un método preferentemente histórico.

Así concebida, la Historia general del derecho es una disciplina histórica especial, que busca destacar las conexiones entre la sociedad historiada y su derecho, debiendo servirse para ello, como atinadamente sugiere Helmut Coing, de un método capaz de relacionar al derecho, como ordenamiento social que es, con la sociedad a la que inordina y con la cultura a la que pertenece.

Efectivamente, es necesario, en primer lugar, vincular al derecho con la totalidad de la vida social que norma y de la cultura de la cual forma parte. Esto es precisamente lo que Coing denomina como el “método de la concatenación global” (*globale Verknüpfung*).

Ahora bien, dicha concatenación global supone apenas un punto de partida pues, el derecho, como ordenación de la vida social, obedece en su conformación a las necesidades concretas que la propia realidad social le plantea y, para responderle, el derecho se orienta también por referentes culturales igualmente específicos. Y, estas necesidades sociales concretas, estos referentes culturales específicos, no pueden ser observados por el solo método de la concatenación global.

Precisamente por ello, siguiendo Coing aquí la fórmula del “*challenge and response*” propuesta para Toynbee, nos ofrece para complementar el método de la concatenación global el “método de la concatenación especial” (*spezielle Verknüpfung*) por virtud del cual se busca, a partir del binomio “estímulo-respuesta”, una explicación

⁴⁰ En este sentido apunta COING: “No se puede partir simplemente del derecho vigente en la actualidad. De hacerlo así se podrían ciertamente comprender en determinada medida partes esenciales de los ordenamientos jurídicos del pasado —en cuanto ellos tuvieran alguna correspondencia con el derecho actual— pero se correría el peligro de no tener en cuenta instituciones desaparecidas que tuvieron un gran significado en épocas pasadas; piénsese por ejemplo, en fenómenos como el derecho feudal, o el derecho de fideicomiso o en el dominio señorial”, *Las tareas...*, op. cit., p. 83.

a los problemas jurídicos concretos, precisamente, en los problemas sociales concretos y en los referentes culturales específicos.⁴¹

Pues bien, como puede suponerse, parece que esta última corriente epistemológica y metodológica resulta mucho más apropiada para historiar al derecho.⁴² Sin embargo, debe hacerse todavía una puntualización final.

⁴¹ Por ello observa COING, respecto de la concatenación global: “El verdadero problema para el historiador del derecho es, por tanto, poder seleccionar de la totalidad de los elementos culturales aquellos que sean relevantes...”, *Las tareas...*, op. cit., pp. 56 y 57. Y el riesgo que se corre es que el historiador “idealista” “caerá en la tentación de consagrarse sobre todo a la investigación de las ideas éticas de la época y a fundamentar sobre ellas su análisis del derecho”, mientras que en contrapartida el “materialista se inclinará por consagrar su atención primordialmente a los hechos económicos, a las relaciones de producción”. De aquí que la ventaja de la concatenación especial estribe en indagar a partir de las fuentes los problemas sociales y los referentes culturales concretos. No resisto transcribir aquí el siguiente ejemplo propuesto por Coing sobre las ventajas de este método: “El siglo XIII vivió una decisiva transformación del derecho procesal en Europa. Allí donde existieron los duelos y los juicios de Dios surgieron pruebas racionales; en el Continente las del derecho romano-canónico, en Inglaterra la intervención del jurado... Si nos preguntamos por los fundamentos de este cambio podríamos remitirnos ante todo al cambio espiritual que significa el *renaissance of the 12th century*; y nos podríamos también remitir al florecimiento de las ciudades y de la clase social de los comerciantes. Esto sería lo que podría señalarse poniendo en práctica la *globale Verknüpfung*, concatenación global. El procedimiento a seguir en la *spezielle Verknüpfung*, concatenación especial, consistiría por el contrario en aclarar, basándonos en las fuentes de la época en particular, quién ha criticado y por qué causas los juicios de Dios. Se tropezaría entonces con la existencia de fuentes en las que se observa que los ciudadanos exigen la abolición de los juicios de Dios y de los duelos: la ciudad de Ypern recibió en 1116 un privilegio en este sentido. Pero nos encontraríamos sobre todo con una fuente, el canon XVIII del Concilio laterano, que prohibió a los sacerdotes asistir a las ordalfas... nos encontramos con que teólogos como Juan de Salisbury o Rodolfo Niger rechazan los juicios de Dios desde el punto de vista teológico, porque con ello el hombre tienta a Dios. El problema, por tanto, que el siglo XIII solucionó mediante disposiciones jurídicas había tenido su origen en ideas religiosas. Solamente mediante estas constataciones se ofrece un camino seguro para poner en conexión el cambio jurídico con los factores extrajurídicos...”. *Idem*, pp. 61 y 62.

⁴² Además de su mayor plausibilidad, esta es la tradición historiográfica que desde sus principios influyó en los estudios histórico-jurídicos de nuestra Escuela. En efecto, como ha observado DEL ARENAL (ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael, *La formación del jurista*. Estudio preliminar, edición y notas por DEL ARENAL, Jaime, México, Escuela Libre de Derecho, 1993), la tradición germanista, que fue introducida a la historiografía jurídica española por Eduardo DE HINOJOSA Y NAVEROS, fue transmitida a los fundadores de nuestra Escuela por mediación de Rafael ALTAMIRA Y CREVEA. Curiosamente, es esta misma tradición de la “Escuela de Hinojosa” la que, a partir de las décadas de 1970 y 1980, y gracias en parte al magisterio iberoamericano ejercido por Alfonso GARCÍA-GALLO, la

En efecto, de que la Historia del derecho sea ante todo una asignatura histórica, no se sigue que no deba considerar al derecho, también, como se dijo desde un principio, desde una perspectiva jurídica.⁴³

Así, aunque miremos las diferentes experiencias jurídicas históricas desde una perspectiva historiográfica-social-institucional, deberemos también servirnos, como anteriormente propuse, de un concepto precomprensivo del derecho y eventualmente, inclusive, de algún concepto valorativo de lo jurídico.

Más aún, será imposible evaluar el material histórico-jurídico que expongamos, en sí mismo, esto es, en cuanto a las ideas, conceptos, nociones, métodos e instituciones jurídicos propiamente tales, sino es mediante el auxilio de las diferentes ciencias jurídicas especiales o ramas de la jurisprudencia técnica.⁴⁴

De aquí la enorme complejidad metodológica de la ciencia de la Historia del derecho, que exige igualmente un muy raro amaestramiento del florilegio de las diversas ramas del derecho, un dominio de sólidos conocimientos historiográficos y el empleo seguro de las ciencias auxiliares de la historia a las que nos referimos desde un principio.

Dicho todo lo anterior ya estamos en aptitud de aventurar una definición del curso de Historia general del derecho como *“la investigación documental comprensiva de la tradición jurídica occidental, que abordada desde una perspectiva general, estudia la evolución de sus ideas, métodos y conceptos, tomando en cuenta su extracción*

que terminó por inclinar los estudios jurídicos en la Escuela Libre de Derecho hacia esta orientación historiográfico-institucional-social, sin renunciar a la riquísima veta romanista que toma sobre todo de la obra de WIEACKER, que propone también una clara orientación institucional.

⁴³ En efecto, la individualidad científica de la historia del derecho exige la reivindicación de ambas perspectivas y su autonomía respecto de cada una de ellas en particular. Cfr. en este mismo sentido a ROCA TOCO, C. Alberto, “En torno a la historiografía jurídica”, en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, t. II, vol. 2, Madrid, Editorial Complutense, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1996.

⁴⁴ Como magistralmente ha expuesto BRETONE: “La dogmática actual no sirve tanto para individualizar (y en cierto sentido para predeterminar) los ‘objetos’ de la investigación histórica, sino que más bien puede ser empleada en función heurística y diagnóstica, como instrumento para comprender el pasado jurídico en su nexa subterráneo con la experiencia actual. Más que en el plano temático, opera en el plano metodológico”. BRETONE, *Derecho...*, op. cit., p. 135.

romanista y circunscribiéndose al ámbito del derecho privado, desde una perspectiva simultáneamente histórica, cultural, social, institucional y jurídica”.

III. ALGUNOS ESQUEMAS ORDENADORES

Pues bien, estando claros ya respecto de las anteriores nociones generales y teniendo asimismo una idea más aproximada respecto del contenido y método de la Historia del derecho, se puede entender mejor la necesidad del investigador y del docente de clasificar convenientemente su materia de su estudio.

Efectivamente, como investigación comprensiva que supone la recreación de experiencias jurídicas pretéritas, la historiografía jurídica exige la explicación de los diversos ordenamientos jurídicos que contribuyeron especialmente a la conformación de la tradición jurídica occidental.

Ahora bien, para poder dar una razón satisfactoria de dichos ordenamientos, el historiador debe poder tipificarlos según ciertos esquemas, a partir de los cuales, puedan distinguirse unos de otros conforme a una base objetiva y puedan a su vez compararse para advertir sus similitudes, sus diferencias, sus desarrollos y sus involuciones.

Para tales efectos de clasificación y comparación y con el solo propósito de comprender mejor y explicar más sencillamente los ordenamientos históricos a partir de ciertos tipos, modelos o esquemas, propongo aquí el empleo de ciertas herramientas metodológicas que pretenden, en cuanto tales, facilitar la individualización de las diversas experiencias jurídicas objeto del curso.

Dichos tipos, modelos o esquemas, deben usarse, sin embargo, con circunspección y medida, esto es, buscando precisamente comprender y explicar, asimilar o distinguir los diversos ordenamientos históricos. En otras palabras, deben utilizarse ponderadamente y en un plano estrictamente metodológico pues, si por equivocación se pretendiera aplicarlos en un plano temático, se correría el grave riesgo que hemos pretendido conjurar con nuestra noción precomprensiva del derecho y renunciando a toda definición valorativa, o sea, el riesgo de enjuiciar críticamente determinados ordenamientos jurídicos, en lugar de comprenderlos a la luz de la sociedad dentro de la que surgen y de la cultura a la que pertenecen.

Dicho lo anterior, los esquemas que aquí propongo para ayudar a una mejor comprensión y explicación del curso, son en general —salvo por un par de adiciones propias— aquellos conforme a los cuales éste es expuesto por Jaime del Arenal.

Ahora bien, puesto que dichos esquemas ordenadores provienen —según puede inmediatamente advertirse— de muy diversos ámbitos históricos, filosóficos y técnico jurídicos, se impone a este respecto una mínima digresión preliminar.

En efecto, hablar de la *auctoritas* y la *potestas* supone remontarnos a nuestra tradición romanista; referirnos a la tópica y a la sistemática adentrarnos en los dominios de la filosofía del derecho y, muy específicamente, en las parcelas correspondientes a la metodología y a la argumentación jurídicas; remitirnos a la *interpretatio* y a la *hermeneusis* es aventurarnos en los territorios de la deontología jurídica y más puntualmente de la teoría de la prudencia jurídica; hablar de pluralismo y monismo respecto de las fuentes supone remitirnos a nociones de derecho comparado; y, por último, abordar a la justicia y al orden supone el tratamiento de uno de los temas más espinosos de la filosofía del derecho.

Sin embargo, la enorme diversidad de los anteriores conceptos no debe desconcertarnos en lo absoluto, pues con independencia de la suspicacia inicial que pueda producirnos el caer en la cuenta de su ostensible heterogeneidad, lo que debe realmente importarnos es su extraordinario valor comprensivo.

En efecto, hoy en día las nuevas direcciones metodológicas proponen una nueva epistemología liberada de un cientificismo artificialmente aséptico⁴⁵ y, afortunadamente, sus postulados son cada vez más tenidos en cuenta por la historiografía en general y por la historiografía jurídica en particular, permitiéndole al estudioso proceder con menos restricciones y reconociendo inclusive la legitimidad en el empleo de herramientas meramente heurísticas.⁴⁶

⁴⁵ Es emblemática a este respecto la exposición de Paul FEYERABEND, cuya tesis es, precisamente, el que “la ciencia es una empresa esencialmente anarquista” y cuyo primer principio o regla es “que el único principio que no inhibe el progreso es: *todo sirve*”. Cfr. su obra *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, trad. Diego Ribes, México, Ed. Rei, 1997.

⁴⁶ Por todos, cito textualmente a BREONE, quien a este respecto, apunta: “El historiador, estoy convencido de ello, hace bien en dar un paseo por el campo de las ciencias

Adicionalmente, la forma en la que presento aquí los anteriores esquemas es, precisamente, la de binomios o “diadas ordenadoras”. Esta forma de referirme a ellas debo reconocer que es, en parte, el producto de las lúcidas indicaciones que me hiciera en su tiempo el profesor Sergio Vela Martínez, quien me ayudó también a comprender mejor su profundo valor metodológico, precisamente como parejas de conceptos polares.

Pues bien, en definitiva, a partir de los anteriores esquemas ordenadores, binomios hermenéuticos o diadas comprensivas, y sin menoscabo de que puedan emplearse otros muchos criterios de clasificación y explicación de las experiencias jurídicas históricas, lo que se pretende ante todo es: a) facilitar la comprensión de los ordenamientos históricos, b) unificar ciertos criterios para su comparación diacrónica y c) aportar elementos para una comprensión crítica del sistema jurídico contemporáneo.

Me explico: como se verá enseguida, es mucho más sencillo explicar y comprender en su originalidad y tipicidad propias a los diversos ordenamientos jurídicos históricos, cuando después de conectarlos —global y especialmente— con la sociedad y la cultura a la que pertenecen, los evaluamos y clasificamos, desde las perspectivas jurídicas que nos ofrecen las diadas comprensivas. Desde luego que dicha clasificación tendrá —como cualquier otra— un poco o un mucho de arbitrario, pero es indudablemente más provechoso para el alumno retener, por ejemplo, que la jurisprudencia romana clásica es un ordenamiento jurídico: a) cuya obligatoriedad descansa importantemente en la *auctoritas* del jurista, b) cuya conformación es preponderantemente tópica, c) en cuya elaboración se advierte un prudente equilibrio entre *interpretatio* y *hermeneusis*, d) que respecto de la creación jurídica acusa una sensible pluralidad en sus fuentes y e) que acusa en sus soluciones más la satisfacción de la justicia que la realización de un orden previsible con certidumbre *a priori*.

sociales y en buscar hipótesis, modelos, paradigmas útiles para su trabajo”, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 115. “...antes que en hipótesis o en fórmulas, o en cada uno de los paradigmas, el historiador puede estar interesado en un libre juego de las combinaciones y de las diferencias. En este juego crítico no se oculta ningún eclecticismo. Éste estimula su fantasía, le ofrece instrumentos heurísticos corregibles y modificables, y lo guía para comprender los datos desde uno o más ángulos”. *Idem*, p. 116.

Pero además, el empleo de los anteriores esquemas ordenadores sirve también para propiciar la comparación de los ordenamientos históricos. Efectivamente, la ciencia del derecho comparado exige para la comparación entre los ordenamientos jurídicos contemporáneos de la construcción de ciertos criterios a partir de los cuales pueda realizarse la asimilación o diferenciación sobre bases objetivas.⁴⁷ Así también, la historiografía jurídica requiere, para una comprensión profunda del desenvolvimiento —a veces ascendente, otras decadente— de la tradición jurídica occidental, de ciertos criterios conforme a los cuales podamos emprender una comparación segura.

Ahora bien, la comparación que realiza la historiografía jurídica no es ya sincrónica, como la que hace la ciencia del derecho comparado, sino diacrónica, pues lo que se busca es comprender, con profundidad, la manera en que los ordenamientos se interfieren e influyen históricamente, en que abrevan de su tradición para desarrollarse, o se trasplantan a otras latitudes en el tiempo, o reciben injertos de diferentes tradiciones, o de plano rompiendo con toda tradición, proceden de manera enteramente original y propia. Y para esos efectos, la comparación, conforme a ciertas bases jurídicas como las propuestas, es fundamental.

Así, por ejemplo, resulta muchísimo más provechoso, para comprender las diferencias profundas existentes entre el sistema de derecho codificado de la modernidad y la jurisprudencia romana clásica, decir que aquél, a diferencia de éste, es un ordenamiento jurídico: a) cuya obligatoriedad descansa fundamentalmente en la *potestas* del Estado, b) cuya conformación es preponderantemente sistemática, c) en cuya elaboración se advierte un imprudente desequilibrio entre *interpretatio* y *hermeneusis*, con una preponderancia desmedida de la segunda sobre la primera, d) que respecto de la creación jurídica ofrece un ostensible monismo en cuanto a sus fuentes y e) que acusa en sus soluciones más la búsqueda de la realización de un orden general y abstracto donde exista certidumbre *ex ante* respecto del derecho aplicable, aun a costa de sacrificar, en muchas ocasiones, la justicia en el caso concreto.

Por último, el empleo de los esquemas ordenadores propuestos en tanto que binomios heurísticos, permite la tipificación y la comparación sin referencia a “modelos arquetípicos”. En efecto, como ha advertido el profesor Grossi con singular acierto: “Querer proyectar en el presente modelos históricos del pasado es una actitud de máxima presunción... El modelo resulta ser para dicho cuerpo [el histórico de los ordenamientos] un vestido demasiado estrecho o demasiado amplio”.⁴⁸

De aquí precisamente la virtud fundamental de las diadas propuestas: no constituyen ni pretenden ser ningún modelo, sino apenas una guía respecto de ciertas tendencias contradictorias y polares en torno a las cuales puede decirse que han oscilado, a la manera de un péndulo, las diferentes experiencias históricas incardinadas a nuestra tradición jurídica.

De ahí que la comparación a partir de las mismas pueda servir, como sugería en otro contexto Grossi: “no para adquirir un modelo más o para ganar un modelo sustitutivo, sino, en todo caso, para liberarse del modelo oprimente que ofrece el presente revestido, en apariencia, de mundo jurídico perfecto. La historia (y la comparación por lo general) como roce entre momentos profundamente dialécticos, representa una contribución esencial para poder construir libremente un futuro, un verdadero futuro”.⁴⁹

1. *Auctoritas* y *potestas*

Sea cual fuere nuestra idea del derecho, su función directriz —acusada por su etimología en prácticamente todas las lenguas romances: *derecho*, *diritto*, *droit*, *direito*— exige la capacidad de mover voluntades, ya sea por su natural razonabilidad, ya sea por su imposición coactiva.

Así pues, esta capacidad de mover voluntades puede alcanzarse ya sea doblegando o persuadiendo; como explica García Pelayo: “El poder somete, la *auctoritas* provoca adhesiones y, por ello, así como

⁴⁷ Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro, *Curso de derecho comparado*, trad. Juana Bigozzi, Barcelona, Ed. Ariel, 1987.

⁴⁸ GROSSI, Paolo, “Modelos...”, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁹ *Idem*, p. 69.

el poder se realiza imperativamente, la *auctoritas* ha de ser reconocida por sus seguidores”.⁵⁰

En otras palabras: la cualidad vinculante del derecho puede realizarse, y de hecho se realiza, ya sea convenciendo al intelecto con buenas razones (*auctoritas*) o rindiendo a la voluntad con buena fuerza (*potestas*); de ahí que como ha subrayado el máximo expositor del binomio *auctoritas/potestas*, Álvaro D’Ors, que la *auctoritas*, simbolizada en el derecho romano por el *ius*, pertenezca más bien al orden intelectual, mientras que, en contrapartida, la *potestas*, representada por la *lex*, se ubique mejor en el ámbito de lo volitivo.⁵¹

Ahora bien, como puede suponerse, este tema de las nociones y relaciones existentes entre la *auctoritas* y la *potestas*, lo encontramos precisamente, como ha visto con razón el profesor Emilio Suñé Llinás, en el espinoso terreno condenado a servir como la “borrosa frontera, que conecta más que separa al derecho de la política”, zona conflictiva si la hay no obstante que, en contrapartida, como “en todas las esferas del conocimiento, son precisamente los nexos interdisciplinarios los puntos de mayor interés”.⁵²

Por lo mismo han sido muchas y muy diversas las definiciones que se han propuesto para diferenciar a estos conceptos; así por ejemplo, por *auctoritas* entiende Schulz un cierto “prestigio social” que, en la poética descripción de Mommsen, siendo “más que un consejo y menos que una orden” no se puede eludir decentemente⁵³ y que por lo mismo, supone, como ha querido ver García de Enterría como un “plus de superioridad moral”. En contrapartida, por *potestas* se ha

⁵⁰ GARCÍA PELAYO, Manuel, “Auctoritas”, en *Idea de la política y otros escritos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 139.

⁵¹ Cfr. D’ORS, Álvaro, *Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, Madrid, Ateneo de Madrid, colección “Crece o Muere”, 1952, pp. 13-15.

⁵² SUÑÉ LLINÁS, Emilio, “Sobre el concepto de potestad”, en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (coord.), Madrid, Ed. Civitas, 1989, p. 1343.

⁵³ SCHULZ, Fritz, *Principios del derecho romano*, trad. Manuel Abelán Velasco, 2a. ed., Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 187. Esta noción de SCHULZ de la *auctoritas* como “prestigio social” no obstante ser, como se verá inexacta, contribuye a explicar aquellos casos extremos en los que la autoridad no radica en la razonabilidad del consejo sino en el solo prestigio de la persona, y sirve para explicar aquella máxima desconcertante según la cual, la autoridad se tiene por la misma razón (*stat pro ratione auctoritas*), idea ésta que llevó, por ejemplo durante la Edad Media, a la abdicación de la razón en la autoridad.

entendido en general, siguiendo la tradicional noción weberiana, “la probabilidad de imponer la propia voluntad”, “aun contra toda resistencia” que en la modernidad ejerce típicamente el Estado en ejercicio del “monopolio de la función coactiva”,⁵⁴ o, más precisamente, en las palabras del profesor Suñé, como un “poder político y, por lo tanto, con vocación organizadora de un conjunto social”, “que entra en el mundo de lo jurídico al normalizarse el poder soberano en Constitución”.⁵⁵

Ahora bien, las nociones más acabadas y maduras son, a mi modo de ver las cosas, las propuestas por el propio D’Ors, a partir de sus estudios romanísticos, quien las define muy exactamente: a la *auctoritas* como un “saber socialmente reconocido” y a la *potestas* como un “poder socialmente reconocido”.⁵⁶

⁵⁴ Cfr. WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 43 y ss.

⁵⁵ SUÑÉ, *op. cit.*, p. 1369.

⁵⁶ Para no abultar este apartado con citas superfluas, las principales obras en la que puede encontrarse el pensamiento orsiano a este respecto son “Autoridad y potestad”, en *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Madrid, 1973, *Derecho privado romano, op. cit.*, *Los romanistas...*, *op. cit.*, *Una introducción al estudio del derecho*, 8a. ed., Madrid, Ed. Rialp, 1989, y puede encontrarse con mucho provecho una exposición completa sobre estas nociones de D’ORS en la obra de Rafael DOMINGO, *Auctoritas*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999, especialmente en su capítulo segundo, “Teoría orsiana de la *auctoritas*”. A manera de *excursus* y como dato aprovechable para el alumno más interesado, la palabra *auctoritas*, de orígenes remotos, deriva del sustantivo *auctor* que a su vez procede del verbo *augere* que significa aumentar, pero también apoyar, dar plenitud e incluso santificar. En contrapartida la palabra *potestas* deriva de *potis* cuya raíz indoeuropea da la idea de poder constituido. Las diferencias entre *auctoritas* y *potestas* dentro de nuestra cultura son fundamentalmente latinas, hasta el punto de que el concepto de *auctoritas* no encuentra un correlato exacto dentro de la lengua griega. De hecho, el binomio *auctoritas/potestas* es una de las claves para la comprensión de la Constitución romana, sintetizada por la fórmula *SPQR* (*Senatus Populusque Romanus*) donde el Senado ejercía, como órgano meramente consultivo, la *auctoritas patrum* y el pueblo era depositario de la *maiestas Populi*, a partir de la cual, apoderaba a los magistrados para que ejercieran la *potestas*. Así también, el binomio *auctoritas/potestas* es esencial para comprender la diferencia entre el *ius* y la *lex* romanas. El derecho era obra fundamentalmente de los juristas romanos quienes por medio del *respondere de iure* ejercían su *auctoritas prudentium*; la *lex* en contrapartida, era obra de los magistrados en ejercicio de la *potestas*, a través de sus diversas proyecciones, como por ejemplo el *ius agendi cum populo* para las *leges rogatae* o del *ius edicendi* para los edictos que elaboraban. Finalmente, la diada *auctoritas/potestas* es clave para el entendimiento del procedimiento formulario, cuya bipartición entre la etapa *in iure* y la *apud iudicem*, revela, de un lado, la *potestas* del pretor, que en ejercicio del *ius edicendi*

La teoría orsiana a que nos referimos, parte de la necesaria diferenciación entre la *auctoritas* y la *potestas*, precisamente por el hecho de constituir las mismas como el correlato de las potencias del alma: la inteligencia y la voluntad.

En efecto, para D'Ors, la *auctoritas* tiene una filiación claramente intelectual, donde en contrapartida la *potestas* tiene un origen más bien volitivo, y si bien es cierto que inteligencia y voluntad se encuentran implicadas e interferidas en los diversos actos humanos, es cierto también que pueden y deben distinguirse.

Por saber entiende D'Ors cualquier tipo de conocimiento —ya sea intuitivo, deductivo, científico o de cualquier otro tipo—, mientras que por poder comprende, ante todo, una fuerza (en el sentido de *virtus*, a su vez derivación de *vis*, fuerza ejercida contra alguien), debiéndose, sin embargo, más puntualmente, definir como una fuerza consentida (*vis ac potestas*), pues la fuerza no consentida es violencia, misma que puede ser a su vez natural y lícita o contranatural e ilícita. En una palabra, sólo la fuerza consentida es *potestas* y por ello la *potestas* es poder socialmente reconocido.

Ahora bien, dentro de las definiciones anteriores, la característica común de la *auctoritas* y de la *potestas* es el reconocimiento social, que es elemento constitutivo de ambas, aunque también es un dato meramente de hecho pues, puede reconocerse inclusive una fuerza ilegítima en su origen, por donde el reconocimiento, aun siendo un dato constitutivo de la autoridad y de la potestad, no puede considerarse como el origen de ninguna de éstas, pues ni el saber ni el poder, rectamente entendidos, tienen su origen, sino a lo sumo su confirmación, en el reconocimiento social.

Ahora bien, la clave de toda esta teoría reside en la necesaria separación entre la *auctoritas* y la *potestas*, separación que se encuentra en la Roma Republicana, en el binomio clásico *ius/lex* y en el procedimiento formulario, pero que ulteriormente desaparece, produciéndose a partir del Principado y ulteriormente una confusión entre las mismas. De hecho, esta confusión entre la *auctoritas* y la *potestas*

no fue propia y exclusiva de la Roma Imperial, sino que ha sido una constante que se ha repetido reiteradamente a lo largo de la historia.

De hecho, para D'Ors el simbolismo antiguo de “la mano y los dedos” explica la relación que deben tener autoridad y potestad. La *manus* siempre ha simbolizado, dentro de nuestra cultura, al poder; más exactamente, el puño cerrado ha simbolizado desde tiempo inmemorial la fuerza beligerante, mientras que la mano abierta, normalmente, ha significado la fuerza ya reconocida, o sea, la potestad. En contrapartida, el dedo índice levantado simboliza el saber y dos dedos levantados —el índice y el medio— representan a su vez el saber reconocido, o sea, la autoridad. Pues bien, de este simbolismo concluye D'Ors:

“Este símbolo de la mano capta certeramente lo más profundo de la relación entre autoridad y potestad, en el sentido de que la autoridad supone una renuncia a la potestad: quien quiere levantar los dos dedos en señal de autoridad debe renunciar a levantarlos todos en señal de potestad... Quien levanta todos los dedos y asume la potestad, ése no puede pretender que la autoridad se contiene ya en la potestad, que tiene levantados los dos dedos al tenerlos levantados todos, pues la autoridad no es un atributo de la potestad. Esa pretensión es frecuente en la vida social, y ella es la causa de la confusión entre autoridad y potestad, y de los males que de tal confusión se derivan”.⁵⁷

Esto es así, pues la función de la autoridad como límite de la potestad, no puede ejercerse sino a condición de que exista separación e independencia entre una y otra. En efecto, para limitar a la potestad “autorizando” o “desautorizando” sus actos, la separación y la independencia son indispensables. Esta es la clave, para D'Ors, de la recta filosofía política, donde “pregunta el que puede: responde el que sabe” y, por ende, la potestad manda y gobierna y la autoridad informa y aconseja pues, “el nervio de la *auctoritas* está precisamente en la renuncia del poder”, lo propio de la autoridad es, pues, “saber sin poder”.

Como corolario y para nuestros efectos comprensivos, la anterior oposición entre *auctoritas* y *potestas* nos servirá para tipificar: a)

⁵⁷ D'ORS, “Autoridad...”, *op. cit.*, p. 94.

de la *iurisdictio*, daba o negaba acción, y del otro la *auctoritas* del *iudex* privado, a quien se le confiaba por virtud de la *litis contestatio* la evaluación de las pruebas y la judicación del asunto. Cfr. DOMINGO, Rafael, *op. cit.*, pp. 13-44.

aquellos ordenamientos cuya obligatoriedad estuvo mayormente asociada al reconocimiento social de un saber (por ejemplo, el “derecho de juristas” del periodo clásico de la jurisprudencia romana o de la ciencia jurídica bajomedieval), o b) aquellos ordenamientos cuya obligatoriedad estuvo vinculada principalmente al reconocimiento social de un poder (por ejemplo, el derecho legislado en la época de la exégesis), o bien c) aquellos ordenamientos cuya obligatoriedad descansó igualmente en una confusión entre *auctoritas* y *potestas* (por ejemplo, el *ius respondendi ex auctoritate Principis*, durante el principado, las leyes de citas durante el Imperio, o la jurisprudencia del Tribunal Cameral del Imperio —*Reichskammergericht*— que promovió la conformación de la ciencia jurídica alemana moderna).

2. Tópica y sistemática

Hacia mediados del siglo XX, muchos autores inauguraron un creciente interés, dentro del ámbito de la jurisprudencia y de la filosofía jurídica, por el método jurídico y, específicamente, por la lógica y la argumentación jurídicas.

Son fundacionales de este periodo la *Lógica jurídica* de Klug, la *Lógica déontica* de H. G. von Wright, la *Nueva retórica* de Chaïm Perelman y la *Tópica y jurisprudencia* de Theodor Viehweg,⁵⁸ debiéndose señalar también, como muy influyentes, las obras de uno de los más eminentes pensadores jurídicos mexicanos del siglo pasado, Eduardo García Máynez.⁵⁹

Todas estas obras han buscado resaltar el *modus procedendi* de los razonamientos jurídicos de los juristas y, mediante ellos, han propuesto diferentes métodos y pautas para la interpretación o hermenéutica jurídica, dentro de los cuales, muchos de ellos, por su hondo

⁵⁸ Una exposición, meramente introductoria al tema, puede encontrarse en ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁵⁹ Su trilogía *Lógica del juicio jurídico*, *Lógica del concepto jurídico* y *Lógica del raciocinio jurídico*, ha ejercido una enorme influencia, incluso internacionalmente, en esta materia. Como acto de justicia debe aquí mismo reconocerse también la gran influencia internacional que ha ejercido su célebre monografía *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, que ha sido determinante, por ejemplo, en la concepción tridimensional del derecho de Miguel REALE.

calado, han llevado incluso a proponer una reconceptualización del derecho mismo.

En efecto, si el razonamiento jurídico consiste, por ejemplo, en la aplicación vertical lógico-deductiva, de ciertos principios axiomáticos por medio de raciocinios silogísticos necesarios e inexorables, la idea misma del derecho subyacente a esta concepción, será diametralmente opuesta a aquella otra que se forme, implícitamente, quien considere que los razonamientos jurídicos son argumentaciones meramente retóricas, que partiendo de muy diferentes premisas (lógicas, cuasilógicas, pragmáticas, situacionales, jurídicas, etc.) llegan a soluciones plausibles y verosímiles, pero nunca únicas ni necesarias.

En este contexto general, la obra de Viehweg ha servido para poner de relieve, frente al modo de argumentación típicamente moderno, a partir de normas, principios y conceptos generales, abstractos e impersonales, cuya importancia radica en su inarticulación dentro de un sistema cerrado, otro modo de argumentación contrastante, que era el propio de la Antigüedad y de la Edad Media, a partir de casos o mediante ejemplos, que procedía de lo particular a lo particular, dentro de una dinámica esencialmente abierta.

Efectivamente, a partir de la distinción aristotélica dentro del *Organon*, entre los argumentos apodícticos o demostrativos —propios de la lógica apofántica—, que parten de proposiciones verdaderas y buscan arribar a conclusiones irrefutables, y los diversos argumentos dialécticos —propios de la lógica erística—, que parten de proposiciones simplemente verosímiles o plausibles y que llegan a conclusiones razonables aunque no necesarias, Viehweg concluye que la argumentación jurídica pertenece precisamente al ámbito de esta última.

De hecho, tomando en consideración también la *Tópica* de Cicerón, donde se ofrece un catálogo de lugares comunes, tópicos, *loci* o *topoi*, que son como sedes donde se encuentran argumentos o razones para convencer respecto de cosas dudosas, Viehweg encuentra que los razonamientos de los juristas muy frecuentemente parten de los mismos para entretejer sus argumentaciones.

Adicionalmente, Viehweg advierte en sus obras cómo el espíritu racionalista de la modernidad cartesiana repudió este modo de razonar antiguo y medieval sobre lo plausible, sobre lo probable, sobre lo verosímil y lo conveniente, sustituyéndolo por un método que no

confía más que en verdades incontrovertibles y en conclusiones necesarias al modo matemático.

De esta forma, el modo de pensar del jurista contemporáneo quiere ser un modo de pensar racionalista, axiomático, matemático y sistemático, por lo que subvierte la naturaleza misma de las cosas, que nos enseña que en el ámbito de lo jurídico, las soluciones no siempre son necesarias sino dudosas y las argumentaciones apoyan juicios que no son en lo absoluto incontestables sino, solamente, verosímiles, razonables, útiles y plausibles.⁶⁰

Así, Viehweg contrapone un modo de pensar “sistemático”, propio de la modernidad, con un modo de pensar “tópico-aporético”, que era el propio, de acuerdo con su exposición, de la jurisprudencia romana y del *mos italicus*, donde importaba menos la elaboración de reglas y mucho más el descubrimiento de soluciones apropiadas para los casos concretos.⁶¹

Ahora bien, detrás de este modo de pensar tópico, aporético, problemático y casuístico, se encuentra también, por debajo, una cierta concepción del derecho que, a mi modo de ver las cosas, ha sido expresada de manera insuperable por el jurista romano Marco Antisio

⁶⁰ En palabras del propio VIEHWEG: “...a comienzos de la Época Moderna, el énfasis en la sintaxis condujo a las grandes y apreciadas jerarquías de signos de los sistemas jurídicos racionales... La sintactización aislante subrayó el sistema deductivo y, manifiestamente, era adecuada para promover la axiomatización de forma tal que las, aparentemente, asituacionales matemáticas pudieron ser presentadas como un modelo imponente. Pero, en el ámbito jurídico, a diferencia de lo sucedido en el ámbito matemático desarrollado, la axiomatización que se acaba de mencionar [es inviable]... por su referencia situacional uno quedó remitido a un análisis extrasintáctico, en última instancia, situacional y pragmático”. VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, trad. Jorge M. Seña, 2a. ed., Barcelona, Ed. Gedisa, 1997, p. 178.

⁶¹ Según el propio VIEHWEG: “El punto más importante en el examen de la tónica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema”. Ahora bien: “Todo problema objetivo y concreto provoca un juego de suscitaciones, que se denomina tónica o arte de la invención... Para nuestro fin puede llamarse problema —esta definición basta— a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta”. Y en eso consiste precisamente la tónica, en un modo de pensar abierto que combina un acervo de razones o tónicos, a partir los cuales se conforma el entretejido argumental al servicio de la solución de un problema, pero sobre la base de que los tónicos son repertorios flexibles de razones para la argumentación que no impiden, por el contrario promueven, su empleo elástico, e incluso la apertura para el hallazgo de nuevos tónicos. VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, Ed. Taurus, 1986, pp. 53 y ss.

Labeón. Este jurista, en el proemio de su libro *Pithanà* (del griego “*to pithanon*” que significa “lo probable”) mismo que, por cierto, lamentablemente no conservamos,⁶² nos dice en primer lugar que las reglas son ciertas formulaciones breves sobre las cosas —*regula est, quae rem quae est breviter enerrat*— y que —¡he aquí precisamente su genialidad!—, por ello, el derecho no consiste en reglas ni puede extraerse de las mismas, sino que, encontrándose en la realidad y sus problemas, precede a las reglas y condiciona su formulación: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*.

Ahora bien, regresando a Viehweg y concluyendo, puede decirse que no obstante las muchas imprecisiones y ambigüedades que presenta su obra, como pionera que fue sobre el tema, tuvo el mérito fundamental de partir del modo de raciocinar histórico de los juristas antiguos y medievales para concluir que el modo de razonar de los juristas contemporáneos no es el único modo de razonamiento jurídico posible.

Más aún, tuvo el mérito de replantear que frente al razonamiento lógico formal, deductivo y silogístico, existe un modo de argumentar, acaso más apegado a la realidad de la jurisprudencia, que no procede de certeza en certeza, de forma *matemático-deductiva-vertical-necesaria*, con la fuerza de una cadena que se integra mediante la concatenación necesaria de sus eslabones y cuya fuerza reside en cada uno de los mismos.

En efecto, el razonamiento *tópico-aporético-problemático-dialéctico-retórico* de la jurisprudencia antigua y medieval, no partía de principios ciertos para llegar a conclusiones necesarias sino, por el contrario, partía de la realidad misma, argumentando horizontalmente a partir de casos similares. De esta forma se concentraba más en las peculiaridades propias del problema y menos en las generalidades propias de los principios axiomáticos, buscando siempre soluciones apropiadas y plausibles a la realidad concreta de cada problema y no soluciones únicas e incontestables para todos los problemas del mismo género y especie, esforzándose siempre por alcanzar la justicia

⁶² Sobre esta obra de LABEÓN y la pervivencia de algunas de sus ideas a través de los *libri ad Plautium* de PAULO y del mismo *Digesto*, donde muchos aforismas verosímelmente originarios de LABEÓN son atribuidos a PAULO, véase CANNATA, *Historia...*, op. cit., pp. 61 y ss.

material en cada caso concreto y no la justicia formal para todos los casos posibles. Por ello mismo, más que conformarse como una cadena que concatena férreas certezas, se integra más bien como un entramado argumental, que recurriendo tópicamente a varias “razones plausibles”, constituye una especie como de tejido, donde la fuerza reside en el entramado mismo, con entera independencia de la fragilidad de cada uno de sus hilos argumentales.

En una palabra, las diferencias fundamentales entre la “sistemática” y la “tópica” residen en sus premisas (axiomáticas o verosímiles), en su *modus arguendi* (lógico-deductivo-silogístico o dialéctico-retórico), en sus conclusiones (necesarias o plausibles) y en la misma concepción del derecho que presuponen (sistema de certezas generales, acervo de reglas referido a la realidad concreta).

Por último, a partir de las anteriores diferencias entre tópica y sistemática (premisas, *modus arguendi*, conclusiones, concepción del derecho) pueden, a los efectos comprensivos que he propuesto, tipificarse las experiencias históricas que constituyen el objeto del curso, en a) tópicas (por ejemplo, la jurisprudencia romana clásica, o la ciencia jurídica bajomedieval), b) sistemáticas (como la *Begriffsjurisprudenz* o jurisprudencia de conceptos de la pandectística alemana, o el positivismo legalista formalista) o c) mixtas (por ejemplo, el caso del derecho inglés de los siglos XVI y XVII entre la esclerotización del *common law* y la oxigenación del *equity law*).

3. *Interpretatio y hermeneusis*

El dilema entre *interpretatio* y *hermeneusis* lo he tomado de la notabilísima exposición hecha por el profesor Ángel Sánchez de la Torre sobre “La interpretación y la hermenéutica en la estructura de la sentencia judicial”.⁶³

Dentro de la misma, el connotado iusfilósofo español explicaba, con motivo de la estructura de la sentencia judicial, como el “hecho

⁶³ “Interpretación y hermenéutica en la estructura de la sentencia judicial”. Curso correspondiente al Módulo de metodología, lógica e informática jurídica, impartido por el profesor Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE, dentro del doctorado en derecho impartido por convenio entre la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad Anáhuac de México, durante los días 26 a 30 de noviembre de 2001 en la ciudad de México.

jurídico” es captado por los jueces mediante un “análisis interpretativo” de los hechos, una “comprensión hermenéutica” de los “mensajes normativos” y una reconducción imperativa de aquéllos según éstos.

Partiendo del significado etimológico de los términos, Sánchez de la Torre recordaba cómo la interpretación (*in-ter-pretatio*) consistía, originariamente, en una mediación llevada a cabo por un tercero (*ter*) entre el *emptor* y el *venditor*, dentro del contrato romano de compraventa (*in*), para proveer a la determinación del precio (*pretium*) de la *res venditae*. Esta “intermediación” vino, posteriormente y por extensión semántica, a significar también cualquier actividad realizada por un tercero respecto de una controversia relativa a ciertos hechos.

La hermenéutica, por su parte, y de acuerdo con la exposición en comento, se encuentra enderezada más que al “análisis de los hechos” a la “captación de un mensaje normativo”. Esto aparece más claramente, también en este caso, cuando nos remontamos al significado etimológico de la palabra, que supone la “develación comprensiva” o *gnosis* (gnvsiV) del “mensaje de los dioses” que es transmitido, precisamente, por su mensajero *Hermes* (ErmhV). Los extremos de la hermenéutica son: la existencia de un mensaje y la capacidad para comprenderlo, lo que también por extensión y en el ámbito de la sentencia judicial supone, dentro del pensamiento de Sánchez de la Torre, la preexistencia de ciertos símbolos jurídicos (normas) y la capacidad cultural para comprenderlos. La hermenéutica jurídica consiste así en la “comprensión cultural de los mensajes normativos”.

Dentro de este orden de ideas, la sentencia judicial se encuentra estructurada para Sánchez de la Torre de la siguiente forma: “análisis interpretativo de los hechos” (*resultandos*), “comprensión hermenéutica de las normas” (*considerandos*), determinación de la licitud o ilicitud de los primeros respecto de las segundas y, finalmente, determinación potestativa de lo justo concreto —*ius suum cuique tribuere*— mediante la adjudicación (*resolutivos*).

Se impone una última explicación antes de iniciar mi propia exposición a partir de las ideas anteriores. Cuando Sánchez de la Torre explica que el “hecho jurídico” debe ser “analizado” mediante la interpretación y “comprendido” a la luz de la *hermeneusis* normativa para determinar así la “licitud o la ilicitud” de los hechos confor-

me a las normas, y poder a partir de la misma adjudicar “lo justo” concreto, nos propone, claramente, un regreso a la noción romana de ciencia del derecho.

En efecto, como se recordará, según la clásica definición de Ulpiano, la jurisprudencia consiste en la “*iusti atque iniusti scientia*” o sea, en la ciencia de lo justo y de lo injusto. Pero ésta es tan sólo una parte —la más conocida por cierto— de la excelente exposición de Ulpiano, quien puntualiza con todo rigor, que la ciencia del derecho supone: a) un “*aequo ab iniquo separantes*” y b) un “*licito ab illicitum discernentes*”, o sea, a) una separación entre lo equitativo y lo inequitativo y b) un discernimiento entre lo lícito y lo ilícito.

La cuestión es fundamental —como lo ha puesto de relieve en otro lugar el propio Sánchez de la Torre—,⁶⁴ pues una cosa es la licitud y otra cosa diferente es la justicia. En efecto, la licitud y la ilicitud son las dimensiones de la tipicidad formal, mientras que la equidad y la iniquidad son las dimensiones materiales de lo justo concreto. Dicho en otras palabras y sin ánimo de abundar en uno de los filones más ricos de la filosofía del derecho: la jurisprudencia como ciencia del derecho, supone ciertas formas (licitud) y ciertos contenidos (equidad), por eso es que, volviendo a la exposición de Sánchez de la Torre, el juez hace dos cosas distintas: en primer lugar tipifica los hechos conforme a la licitud y en segundo lugar adjudica lo que les corresponda conforme a derecho, es decir, conforme a lo justo (derecho = *ius* = *quod iustum est*).

De esta manera se entiende en toda su profundidad la exposición referida, que estructura la sentencia judicial como un análisis interpretativo de los hechos, como una comprensión hermenéutica de las normas, como una tipificación de aquéllos según éstas (dimensión de licitud) y como una adjudicación potestativa (dimensión de la equidad) del derecho para el caso concreto.

La exposición anterior es, a mi modo de ver las cosas, notable por dos razones. La primera, porque nuevamente está presupuesta en ella una noción (completa, tradicional y sugerente) sobre el derecho. La segunda porque es susceptible de servir como fundamento y punto

de partida para la construcción de una teoría completa sobre la prudencia jurídica.

En efecto, las observaciones hechas por el profesor Sánchez de la Torre respecto de la sentencia judicial son, a mi modo de ver las cosas, idóneas para delinear el itinerario general de todo trabajo jurisprudencial. Se trata, en efecto de un conjunto de esclarecimientos perfectamente generalizables al quehacer del jurista, quien arriba a sus soluciones jurídicas, a partir de los problemas sociales concretos (hechos jurídicos) mediante su análisis, su comprensión, su tipificación y su resolución.

Dicho en otras palabras, las coordinadas *interpretatio/hermeneusis* no son solamente nociones idóneas para comprender la estructura de la sentencia judicial, sino mucho más aún, son los referentes obligados para la construcción de una teoría específica sobre una prudencia en particular: la prudencia jurídica.

Efectivamente, al igual que la prudencia general, la prudencia jurídica requiere para formar sus juicios de una inteligencia de las peculiaridades originales, concretas, únicas e irrepetibles de cada caso concreto, que es lo que respecto de la prudencia general se llama *circumspección*. Esta circumspección supone, como análisis de hechos, precisamente de la descomposición o atomización de los mismos, esto es, un dividir los problemas, casi siempre complejos, en sus partes elementales, que es lo que Cicerón recomendaba precisamente, en su *Invención retórica*, como el primer paso para la solución de un problema, dividirlo: *rem universam tribuere in partes*. Pero hay todavía más: en el caso de la prudencia jurídica, esta circumspección que denominamos *interpretatio*, supone un análisis de los hechos objeto de estudio, reconociendo cierta juridicidad subyacente en los mismos, juridicidad que está lúcidamente entrevista en infinidad de lugares comunes, como el que indica que “de los hechos nace el derecho” —*ex factum ius oritur*—, o aquel otro que pone en la boca del magistrado la expresión “dame los hechos y yo te daré el derecho” —*la mihi factum, dabo tibi ius*—, lugares que evidencian, sobre todo, que el derecho se encuentra primera e irrenunciablemente en los hechos, es decir, en la realidad, así sea de manera latente y burda.

Ahora bien, así como la prudencia general forma sus juicios mediante la circumspección y la *syndéresis*, la prudencia jurídica no se

⁶⁴ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *Los principios...*, op. cit.

basta con la sola *interpretatio* para emitir sus decisiones, sino que arraiga también en la *hermeneusis* como captación de mensajes. Pero, dicha captación de mensajes, puesto que está referida a la cultura, debe hacerse precisamente al modo de la comprensión humanística, que como ha dicho entre nosotros con razón Sergio Vela, "no divide, entrelaza" en una "perspectiva absorbente".⁶⁵ De esta manera, la división atomizadora y descompositiva de la *interpretatio*, exige una re-unificación re-constructiva por medio de la comprensión hermenéutica.

Sin embargo, la *hermeneusis* no puede referirse sola y exclusivamente a la captación de mensajes normativos como expone Sánchez de la Torre, pues a mi modo de ver las cosas, la cultura y la cultura jurídica, objetos de comprensión hermenéutica, no se agotan en las normas. Antes bien, la realidad cotidiana abunda en ejemplos donde se exige una solución, sin que existan normas a las que acudir o, peor aún, casos en los cuales las normas existentes son enteramente inapropiadas. En estos casos, el jurisprudente debe buscar la solución en otras fuentes jurídicas aunque carezcan de naturaleza normativa, o bien, incluso, en parámetros o referentes culturales que se encuentran fuera de las fuentes formales del derecho, pero que igual exigen comprensión para poder ser tenidos en cuenta. ¿En qué consiste, pues, en dichos casos, la comprensión hermenéutica? A mi modo de ver las cosas, puede consistir nada más que en dos expedientes: o a) en la consideración de los principios, reglas, máximas, o normas si las hubiere, que nos ofrezca el ordenamiento jurídico vigente a través de sus diversas fuentes, o b) en defecto de aquéllas, las pautas y guías generales que ofrecen los bienes y las valoraciones que nos proporciona la cultura jurídica o inclusive la cultura en general.

Ahora bien, si el binomio *interpretatio/hermeneusis* puede servir como eje para la construcción de una noción filosófica del derecho o como bisagra para la elaboración de una teoría de la prudencia jurídica, a nosotros también nos sirve a efectos de explicación, tipificación y comprensión histórica de las experiencias jurídicas.

Efectivamente, como podrá constatarse a lo largo de un curso completo, hay momentos históricos en los cuales el jurista se encuentra

⁶⁵ VELA, Sergio, *La legiferancia y la prudencia*, tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, 1988, pp. iii y iv.

como volcado sobre la realidad social pero ciego respecto de las reelaboraciones culturales precedentes sobre la misma. Tales son los casos, por ejemplo, de algunas experiencias jurídicas altomedievales, cuya principal virtud es estar orientadas por la realidad proponiendo soluciones acomodadas a sus necesidades concretas (piénsese por antonomasia en el *ius mercatorum*), pero cuyo principal defecto es prescindir del rico acervo de soluciones, ideas y métodos que les habrían servido para evitar errores, vulgarismos y estancamientos. Un caso también emblemático de *interpretatio sin hermeneusis* es el del sociologismo jurídico que, como llamado de escuela a no olvidar que el derecho es ordenamiento social, se olvida que el derecho es también tradición cultural.

Hay también, en contrapartida, otros momentos en los que el jurista se encuentra como de espaldas a la realidad, ocupado solamente en la comprensión de mensajes culturales de contenido jurídico, atento sola y exclusivamente a la exégesis textual, y en que tiende a reducir la rica realidad multifacética del derecho, a solos principios, dogmas o normas. Tal es el caso, por ejemplo, de los glosadores italianos, cuya dependencia textual del *Corpus Iuris Civilis* a veces les impedía optar por soluciones audaces que se acomodaran mejor a su realidad contemporánea; tal es el caso igualmente de la pandectística que, ocupada en la sublimación de conceptos de sabor romanista, se olvida de la realidad social de la Alemania del siglo XIX; tal es también, emblemáticamente, el caso de la exégesis francesa que no se ocupa, según la desgraciada opinión de Bugnet, del derecho civil, sino apenas del *Código de Napoleón*.

Hay finalmente experiencias históricas en las que se advierte un equilibrio, siempre tenso y difícil, entre *interpretatio* y *hermeneusis*. Momentos estelares dentro de nuestra tradición jurídica tales como la jurisprudencia romana clásica o la escuela italiana de los *consiliatores* bajomedievales, lograron esta rara atemperación prudencial entre realidad y cultura, donde esta última es vista como al servicio de aquélla.

De esta forma y con este criterio, podremos tipificar las experiencias jurídicas históricas en: a) preponderantemente interpretativas, b) preponderantemente hermenéuticas, o c) equilibradamente prudenciales.

4. Pluralismo y monismo en las fuentes

Un criterio que puede servirnos también para mejor entender, tipificar y comparar las diversas experiencias jurídicas históricas, es el de la abundancia o la escasez, la pluralidad o el monismo de las fuentes de conocimiento y creación del derecho en los diferentes ordenamientos jurídicos históricos.⁶⁶

Efectivamente, como ha observado ya Helmut Coing, existe una cierta como “oposición entre [las] concepciones pluralistas y [las] concepciones unitarias del derecho”⁶⁷ por cuanto que dichas concepciones son en cierta medida excluyentes y determinan, también en buena medida, la conformación misma de los derechos históricos.

Hace relativamente poco tiempo, el también profesor de Historia general del derecho en nuestra Escuela, Julio Montejano Hilton, dedicó su atención a este tema en una monografía en la que expuso, precisamente, las relaciones entre esta tipología dual (pluralidad y escasez en las fuentes) y las posibilidades de conformar un derecho justo.⁶⁸

En dicha monografía, el profesor Montejano apuntaba como la escasez en las fuentes jurídicas (que él designaba como “vacuidad de fuentes”), suponía para los diferentes operadores jurídicos “pocas alternativas”, “pocos recursos” y la misma “petrificación” de los ordenamientos jurídicos históricos.⁶⁹

⁶⁶ La importancia de esta dicotomía ha sido recientemente subrayada por DEL ARENAL en “Las virtudes...”, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁷ *Las tareas...*, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁸ MONTEJANO HILTON, Julio, *Las fuentes formales del derecho condicionantes de un derecho justo*, tesis profesional, México, Escuela Libre de Derecho, 1992. Una tipología *sui generis* sobre las fuentes es la propuesta por Sergio VELA, para quien las fuentes del derecho pueden reconducirse en dos tipos fundamentales: aquéllas que provienen de un orden preexistente en las cosas y aquellas otras provenientes del entendimiento práctico del hombre, que apreciando las circunstancias concretas de cada caso, ilustra prudentemente sobre la solución más plausible para el mismo. En palabras del propio VELA: “La ley se debe al ‘kosmos’, la doctrina y la jurisprudencia, al prudente, la costumbre es el ‘nomos primordial’ (‘nomos agraphos’) y los principios generales del derecho, a la jurisprudencia, articulada con la doctrina del notable. En última instancia, son dos, como he dicho, las fuentes jurídicas: el cosmos (y su legiferancia) y la prudencia al estudiar el caso”. VELA, Sergio, *La Legiferancia...* *op. cit.*

⁶⁹ *Cfr. Idem*, p. 122.

Por eso mismo advertía: “la vacuidad de fuentes es sinónimo de abogados y jueces mediocres”; lo que tiene de muy positivo el que difícilmente puede exigirse de los mismos la deseable excelencia (normalidad es medianía), pero de muy negativo el que los jueces y abogados mediocres sólo pueden trabajar sobre un derecho mediocre también, que es a su vez, sólo medianamente justo.⁷⁰

En contrapartida, “pluralidad es riqueza”, “muchas alternativas y recursos” y por ello “al buen juez, la pluralidad de fuentes, contradictorias incluso, lo enriquece; al mal juez, lo confunde”. De aquí también que pluralidad de fuentes sea “sinónimo de una alta cultura jurídica”.⁷¹

Dicho de manera un poco más explícita: mientras sea menor el número de fuentes de conocimiento y creación jurídicas, se gana en simplicidad lo que se pierde en diversidad y riqueza, y lo que se aprovecha en términos de certidumbre sobre las soluciones y contenidos jurídicos, se pierde también en términos de flexibilidad y elasticidad para adaptarse a las siempre cambiantes exigencias sociales.

En otras palabras, cuando es menor el número de fuentes, alternativas y recursos, es relativamente más sencillo hallar la solución jurídica preestablecida para el problema social a ser reconducido. Existen, en efecto, pocas soluciones unilaterales que pueden encontrarse en un número limitado de sedes. Esto hace relativamente sencilla la aplicación del derecho a los operadores jurídicos, brindándoles una mayor certidumbre sobre el derecho aplicable (certidumbre que incluso alcanza a los “ciudadanos de a pie”) pues, en efecto, pueden saber, *ex ante*, a qué atenerse. Sin embargo, en contrapartida, por la misma sencillez, escasez y unilateralidad, dichas soluciones, las más de las veces son insuficientes (salvo en los casos de sociedades simples y estáticas) para reconducir la complejidad siempre inestable del medio social.

Los ordenamientos en los que se presenta la pluralidad de fuentes ofrecen por el contrario una mayor riqueza y diversidad en sus alternativas y soluciones, aportando de un lado un acervo de soluciones más completo para reconducir los conflictos sociales, pero im-

⁷⁰ *Idem*, p. 123.

⁷¹ *Idem*, pp. 123 y 124.

niendo, por el otro, una mucho mayor complejidad en los materiales jurídicos.

Dicha complejidad exige mayores y mejores disposiciones por parte de los operadores jurídicos, pues las muchas alternativas ponderan el buen criterio y obnubilan hasta la perplejidad al deficiente. Más aún: la mayor riqueza, diversidad y complejidad de estos ordenamientos los hace más eficientes para la mejor reconducción de los problemas sociales, incluso de los no resueltos previamente, aunque al precio cierto de ser relativamente difícil, incluso para los operadores jurídicos (y poco menos que imposible para el ciudadano común), el prever *ex ante* dichas soluciones. Por esta razón, su mayor flexibilidad asegura su mejor reconducción del conflicto social, pero al costo irrenunciable de esconder sus virtualidades, tanto del ojo vulgar, cuanto mismamente, en ciertas ocasiones, de la primera mirada del experto, pues sólo la prudencia reflexiva puede servirse sin confusión de la misma.

Por último, puede decirse también que la pluralidad, generalmente, supone una menor jerarquía en cuanto a las fuentes de conocimiento y creación jurídicas. En efecto, dentro de los ordenamientos jurídicos plurales, importa más a los operadores el hallazgo de una solución idónea, para cuya elaboración cuentan con un rico acervo de fuentes. En contrapartida, los ordenamientos escasos de fuentes y sobre todo los monolíticos, al constreñir la búsqueda de los operadores jurídicos a pocas (o incluso a una sola) fuentes, tienden a reducir su actividad a la aplicación de los principios, reglas o normas de la misma a la realidad social de una forma casi vertical, contraria al horizontalismo de quienes, dentro de un ordenamiento plural, buscan en diversas fuentes, para encontrar diversas razones, capaces de servir a la resolución de diversos casos.

En muy resumidas cuentas: escasez (o vacuidad) = pobreza de alternativas y recursos = simplicidad = relativa certidumbre sobre soluciones jurídicas = petrificación = verticalismo monolítico en las soluciones jurídicas = cultura jurídica mediocre = / pluralidad = riqueza de alternativas y recursos = complejidad = relativa incertidumbre sobre los contenidos jurídicos = flexibilidad = horizontalismo proteico de las soluciones jurídicas = alta cultura jurídica.

De esta manera, y a nuestros efectos comprensivos, podemos tipificar las diversas experiencias jurídicas históricas en plurales, esca-

sas y monolíticas. Ejemplo de las primeras son la jurisprudencia romana clásica (*mores maiorum*, senadoconsultos, leyes comiciales, los edictos de los magistrados, las *responsa prudentium*) y, emblemáticamente el derecho bajomedieval (*ius communeliura propria* tales como el *ius canonicum*, el derecho consuetudinario, el derecho estatutario, *ius mercatorum*, el derecho regio, el derecho feudal, etc.). Entre las segundas pueden citarse como típicas las experiencias del derecho romano vulgar (binomio *ius/lex*) y el derecho de la sociedad germano-romana (costumbres germánicas recopiladas y leyes romano bárbaras). Por último, un caso del tercer tipo es el del positivismo legalista, donde la única fuente directa es la Ley del Estado, concediéndose un valor, meramente subordinado y *secundum legem* a otras fuentes tradicionales como la costumbre, y eso, tan sólo porque la ley así se los “atribuye”.

5. Justicia y orden o seguridad jurídica

Uno de los temas más intrincados de la jurisprudencia y, por antonomasia, de la filosofía del derecho, es el del esclarecimiento de la naturaleza, alcance y relaciones entre los que se han venido a denominar los “fines del derecho” y que, de acuerdo con la generalidad de la filosofía jurídica hasta la primera mitad del siglo XX eran fundamentalmente tres: la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.⁷²

Independientemente de que dicho enfoque teleológico de la filosofía del derecho pudiera estar de entrada mal planteado —como desde siempre ha observado un sector de la filosofía del derecho— o de que el dilema entre justicia, seguridad jurídica y bien común fuese un falso dilema —como han sostenido también muchos— lo cierto es que hasta nuestros días, tanto en legos como en letrados, resuena como máxima de sabiduría la desgraciada expresión de Goethe quien afirmara: “prefiero la injusticia al desorden”, sin advertir, como ha observado entre nosotros recientemente el profesor

⁷² Véase entre nosotros como muy representativa de este tipo de abordamientos sobre los fines del derecho la exposición que hizo Rafael PRECIADO HERNÁNDEZ, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Ed. Jus, 1947.

Cárdenas, que “la injusticia es el peor, es el único al cabo, de los desórdenes”.⁷³

Sea como fuere y sin que me aventure en estas muy breves reflexiones a este espinosísimo terreno, lo cierto es que tradicionalmente se han opuesto —bien o mal— la justicia y el orden, o si se prefiere la justicia y la seguridad jurídica, como bienes contrapuestos que se excluyen recíprocamente en las decisiones jurídicas concretas.⁷⁴

Así, aseguran conspicuamente algunos sedicentes iuspositivistas: el juzgador no tiene alternativa respecto de su obligación de aplicar la norma legal injusta al caso concreto, pues en caso de querer atemperar sus rigores so pretexto de una valoración subjetiva con base en sus sentimientos sobre la justicia, estaría precipitando el caos, la anarquía, el desorden, y contrariando las acomodaticias pretensiones de certeza a las que aspira para su tranquilidad la cómoda sociedad burguesa. Así también, en contrapartida, afirman los recalcitrantes iusnaturalistas: el juzgador no tiene opción tampoco respecto de su obligación de desaplicar la norma legal injusta al caso concreto, por cuanto que la naturaleza del hombre, universal y eterna, le exige preterir una ley humana contraria a la misma que, más aún, por ser injusta, no debe ser considerada siquiera como ley, sino, meramente, como un disfraz, una apariencia que, en las multicitadas palabras del Aquinatense, más que ley es una corrupción de la misma.

Más allá del falso dilema y de las posiciones de facción o de escuela —ambas equivocadas, por cierto—, el asunto parece tener algún sustrato de verdad, y a dicho sustrato apelo aquí para nuestros efectos heurísticos.

⁷³ CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador, “Pluralidad jurídica y democracia consociativa en México. (Una aproximación metalegal a la cuestión de los derechos indígenas)”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 26, Escuela Libre de Derecho, México, 2002, p. 131.

⁷⁴ Incluso iusfilósofos de la talla de un Gustavo RADBRUCH, cuyo pensamiento tuvo la oportunidad de madurar después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, trataron el tema de una manera decepcionante. En el caso de RADBRUCH, partiendo del reconocimiento del falso dilema no se atrevió sin embargo a decidirse por un extremo o por otro, sino que ofreció más bien ciertos criterios de preferencia ambiguos y oscuros. Véase brevemente la *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, o mejor aún su *Filosofía del derecho*. Granada, Ed. Comares, 1999.

En efecto, es un hecho comprobable el que los diversos ordenamientos jurídicos históricos y las diversas experiencias que respecto de los mismos nos han legado los juristas del pasado, han oscilado, a la manera del péndulo, entre dos concepciones diferentes del derecho, una inclinada más acusadamente hacia su concepción como un “orden justo”, y otra recargada más hacia su diversa concepción como un “orden de seguridad”.

Conviene, para esclarecer la cuestión, precisar los términos. Me refiero en primer lugar al derecho como “orden justo”, por cuanto que el derecho siempre sanciona un cierto orden y, para muchos, este orden se estructura, precisamente, conforme a una cierta medida objetiva de proporción entre personas y cosas⁷⁵ o, en la celeberrima definición de Santo Tomás de Aquino, como una “cierta igualdad de proporción entre una cosa externa y una persona extraña”.⁷⁶ El derecho como lo justo es, ante todo, un cierto orden consistente en diferentes medidas, que varían según las distintas condiciones de las personas y de acuerdo con las diferentes naturalezas de las cosas y, por virtud de dicha variación de medidas personales y reales, es que en los “órdenes justos” la justicia se realiza siempre en concreto, dándole “a cada quien” (no “a todos”) lo que le corresponde, por cuanto

⁷⁵ Parafraseo aquí desde luego la famosa definición de DANTE en *De Monrchia* II, V: “*Ius est realis ac personalis hominis ad hominem proportio quae servata hominum societatem servat et corrupta corrumpit*”. En palabras más explícitas de ARISTÓTELES: “Y puesto que lo igual es un término medio, lo justo será también un término medio. Lo igual requiere, por lo menos, dos cosas. Necesariamente, por tanto, lo justo será un término medio e igual, relativamente a algo y a algunos. En cuanto término medio, lo será de unos extremos (es decir, de lo más y lo menos); en cuanto igual, requerirá de dos términos, y en cuanto justo, lo será para algunos. Por tanto, lo justo requerirá, necesariamente, cuatro términos por lo menos: en efecto, aquellos para quienes es justo tienen que ser dos, y aquello en que se expresa lo justo, las cosas, dos también. Y la desigualdad será la misma en las personas y en las cosas, la misma relación que hay entre estas últimas habrá también entre las primeras: en efecto, si no son iguales, no tendrán partes iguales, de lo contrario vienen las disputas y reclamaciones cuando o los que son iguales no tienen o reciben partes iguales, o los que no son iguales tienen y reciben partes iguales.” Para este pasaje hemos tomado la traducción del Libro V de la *Ética a Nicómaco* o *Nicomaquea* propuesta por SÁNCHEZ DE LA TORRE que, en este punto, nos parece más clara que la de GÓMEZ ROBLEDO que es la que usualmente consultamos. Cfr. “ARISTÓTELES (Ética)” en *Textos y estudios...*, op. cit., p. 29.

⁷⁶ *S. Th.* II, IIae, 58, 10.

que la medida de la justicia varía siempre en cada caso y, por ende, no es previsible *ex ante facto* sino solamente *ex post facto*.

En segundo lugar me refiero al derecho como un "orden de seguridad" cuando dicho orden en que el derecho consiste, más que buscar una medida lo más ajustada posible a la diversidad de personas y de casos, se conforma a sí mismo para ordenar a la sociedad de una manera tal que, prescindiéndose de las particularidades propias de cada cual, el orden sea el mismo para todos en todos los casos y los miembros de la comunidad "sepan siempre a qué atenerse" y puedan por ende conocer *ex ante facto* cuál es la forma en la que, conforme a dicho orden, pueden y deben relacionarse.

Parto para la anterior distinción, como puede verse, de tres premisas. La primera, el derecho siempre es un orden. La segunda, lo propio del "orden justo" es la seguridad jurídica de que el orden se realizará en concreto según una medida objetiva que tomará en consideración la individualidad de las personas y la concreción de las cosas. Y, finalmente, la tercera, que en los "órdenes de seguridad" lo fundamental es, más que la seguridad misma, la certidumbre respecto de las reglas del juego, mismas que no son siempre claras dentro del "orden justo"; ahora bien, en contrapartida, la ganancia en certidumbre en los "órdenes de seguridad" se ve necesariamente compensada con la pérdida en flexibilidad para adaptarse al caso concreto.

En el anterior sentido, existen claramente, a lo largo de nuestra tradición jurídica, ordenamientos jurídicos que buscan conformarse más como un "orden justo"; tal es el caso de la jurisprudencia romana clásica, pero sobre todo del derecho canónico, acaso el ordenamiento jurídico más flexible, donde caben tanto el *rigor legis* (aplicación literal y rigurosa de la ley) cuanto la *temperatio legis* (aplicación dulcificada) e inclusive la *relaxatio legis* (desaplicación de la ley al caso concreto).

Igualmente, han habido ordenamientos históricos, dentro de nuestra tradición jurídica, que se han conformado como "órdenes de seguridad"; tal es el caso, por ejemplo, de los derechos germánicos, que se estructuraron como "órdenes de paz" donde las infracciones jurídicas podían llevar a la pérdida de la misma paz y a la consecuente desprotección social del delincuente quien podía ser matado impunemente por cualquiera de los miembros de la *sippe*.

Finalmente, otros ordenamientos históricos han pretendido inarticularse a sí mismos como "órdenes justos con seguridad", tal ha sido el caso de la jurisprudencia romana vulgar del posclásico y tal pudiera ser, en nuestros días, el del derecho comunitario europeo en el ámbito de los derechos humanos, donde existe, de un lado un catálogo de derechos fundamentales que deben ser respetados por los gobiernos de los Estados miembros, pero de otro lado existe también una interpretación liberal y progresiva realizada vía pretoriana por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Pues bien, sin que las presentes notas propedéuticas hayan pretendido agotar un tema de suyo abundante, rico y aprovechable como es el de proveer ciertas definiciones elementales para los conceptos más fundamentales de la Historia del derecho y el de ofrecer ciertos esquemas ordenadores que permitan, sobre bases más científicas y seguras, emprender la exposición, aprendizaje y estudio de la misma, espero que puedan servir como guía para los alumnos que se inician en el estudio de esta disciplina.

Si sirven estos apuntes para aligerar la carga expositiva de los profesores de la asignatura y facilitan a los alumnos la comprensión de los elementos epistemológico-metodológicos del curso, creo que habrán servido a su propósito original.

Como nociones propedéuticas, definiciones generales y esquemas de ordenación, están sujetos a la revisión y adaptación que los permita mejor acomodarse a la materia a cuyo servicio se encuentran destinados. Lo esencial es que abrevien la exposición, ayuden a la comprensión y colaboren con el aprendizaje.

Las nociones y esquemas propuestos son tan sólo algunos de entre los muchos que pudieron haberse elegido y que seleccioné en atención a) tanto a su arraigo en las exposiciones de los profesores de nuestra Escuela cuanto b) en consideración al valor formativo, crítico y liberador que ofrecen al estudiante respecto de la dogmática jurídica contemporánea y del ordenamiento jurídico que la misma ha construido.

Como ha escrito Jorge Adame respecto de la jurisprudencia romana, su estudio interesa al jurista actual para "reivindicar dos liberta-

des: la libertad frente al sistema conceptual, y la libertad frente al poder".⁷⁷

Así también, por antonomasia, la Historia general del derecho puede y debe servir para liberarnos de un presente, mediante la reconquista de un pasado, que nos ayude a construir un mejor futuro. Mejor futuro que, desde la Libre, debiera construirse libre también —como su lema nos propone—, del amiguismo, del poder y de la corrupción: *ius neque inflecti gratia, neque perfigni potentia, neque aduleterari poecunia de. et...*

LAUS DEO

⁷⁷ ADAME GODDARD, Jorge, "El derecho romano como jurisprudencia", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 15, Escuela Libre de Derecho, México, 1991, p. 23.