



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de México

México

Tamayo y Salmorán, Rolando  
Jurisprudencia y formulación judicial del derecho (Principium)  
Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,  
núm. 21, 2004, Octubre-Febrero, pp. 193-215  
Instituto Tecnológico Autónomo de México  
México

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363664124014>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UDEM  
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso  
abierto

# JURISPRUDENCIA Y FORMULACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO (PRINCIPIUM)

---

Rolando Tamayo y Salmorán\*

*Nam imperator noster Severus rescripsit in  
ambiguitatibus quæ ex legibus proficiscuntur  
consuetudinem aut rerum perpetuo similiter  
iudicatarum auctoritatem vim legis optinere  
debere<sup>1</sup>.*

Digesto 1, 3, 38

## I. CONOCIMIENTO DEL DERECHO

### 1. Derecho y predichos dispocicionales

La idea de que las decisiones judiciales son obligatorias no sólo para las partes no es nueva. De hecho, hubo un tiempo en que éstas constituían el único derecho. Por ello, los rasgos distintivos del derecho (δικαίον, *ius*, *Reth*), i.e. sus características definitorias, fueron sólo perceptibles como creación judicial.

La ciencia jurídica desde su origen ha tenido muy claro qué es el derecho. Sin embargo, para algunos autores contemporáneos el derecho es inasible, inefable, en fin, indefinible. Esta extraña convicción debe mucho a la ignorancia; pero también a la abundante literatura que ha oscurecido su descripción al convertirlo en expresión de sentimientos o emociones; de virtudes, valores o idearios situados en dimensiones inaccesibles e impenetrables. Por fortuna, esto no es así. Para la profesión jurídica, desde los tiempos clásicos, la descripción del derecho ha sido clara e inteligible.

\* Facultad de Derecho, UNAM.

<sup>1</sup> “Puesto que nuestro emperador [Séptimo] Severo ha ordenado que, en casos de ambigüedades surgidas de las leyes, la costumbre inveterada o la autoridad de las cosas que han sido juzgadas en el mismo sentido tienen fuerza de ley.”

La perplejidad proviene de ciertas peculiaridades del objeto derecho. Algunos objetos (o algunas de sus características) se pueden definir ostensiblemente;<sup>2</sup> basta con mostrarlos. Se puede señalar un perro y decir: ‘esto es un perro’ o simplemente: ‘perro’; Se señala una mesa y se dice ‘mesa’ y, así, una multitud de objetos. Muchas cosas no pueden definirse ostensiblemente, sin más; para mostrar sus características (o algunas de ellas) se requiere crear las condiciones para su observación. Esto ocurre especialmente con aquellas propiedades que indican tendencia, inclinación, o disposición. De ahí que a este tipo de características Rudolf Carnap (1891-1970) y Gilbert Ryle (1900-1976) las denominaran ‘propiedades disposicionales’.<sup>3</sup>

Según Carnap el algoritmo para la prueba de un predicado disposicional es el siguiente:

Que sea *D* la disposición de *X* a reaccionar a la condición *C* con la característica respuesta *R*.<sup>4</sup>

Un caso típico de estas propiedades es la “solubilidad del azúcar”, ejemplo que tomo de Ernesto Garzón.<sup>5</sup> Es obvio que la propiedad (disposición *D*) “soluble”, (o maleabilidad, friabilidad o conductividad térmica o eléctrica<sup>6</sup>) no es una propiedad directamente observable (ostensible), como puede serlo la blancura del azúcar.<sup>7</sup> Ahora bien esta *démarche* para aprehender una propiedad disposicional podría sugerir

<sup>2</sup> Del *L ostendere*: ‘mostrar’; ‘que puede manifestarse o mostrarse’. (Cfr. Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa Calpe, S.A., Edición Electrónica, 2.0, 1998. Vid.: Blánquez Fraile, Agustín. *Diccionario Latino-Español*, Barcelona, 1988, t, II, p. 1082).

<sup>3</sup> Vid.: Carnap, Rudolf. *Meaning and Necessity*, Chicago, University of Chicago Press, 1975 (1956), pp. 242-244 y Ryle, Gilbert, *The Concept of Mind*, Nueva York, 1961, pp. 116-118. Descubrí las propiedades disposicionales leyendo el magnífico ensayo de Ernesto Garzón: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, (México, Distribuciones Fontamara, S.A., 1992, reimpresso en Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 573-609).

<sup>4</sup> *Meaning and Necessity*, cit., p. 243.

<sup>5</sup> Cfr. “Estabilidad de los sistemas políticos”, *op. ul. cit.*, p. 577.

<sup>6</sup> Vid.: Feigl, Herbert “Positivism” en *Encyclopædia Britannica*, DVD 2004, Chicago, Encyclopædia Britannica, Inc., especialmente: *The Earlier Positivism of Viennese Heritage*.

<sup>7</sup> Pienso en el azúcar común (sucrosa); substancia obtenida de la caña de azúcar, perteneciente al grupo químico de los hidratos de carbono, de color blanco en estado puro y soluble en el agua y en el alcohol. (Vid.: *Encyclopædia Britannica*, “Sugar”, en *Encyclopædia Británica*, DVD, cit.

la idea de que ésta fuera un predicado metafísico alcanzable sólo por alguna intuición existente sólo en los iniciados; pero no es el caso. Los enunciados que describen propiedades disposicionales son también enunciados falsificables.<sup>8</sup> En los enunciados ‘el azúcar es soluble’, ‘Aquiles es iracundo’ o ‘César es arrogante’ la “solubilidad” del azúcar, la “iracundia” de Aquiles o la “arrogancia” de César son cualidades tan empíricas como la “blancura” del Azúcar, la “fortaleza” de Aquiles o la “calvicie” de César, sólo que requieren la presencia de la condición (C) para manifestarse: el azúcar es soluble si, y sólo si, se disuelve en agua; Aquiles es iracundo si, y sólo si, cualquier minucia lo irrita y César es arrogante si, y sólo si, frente a los demás, actúa siempre con altivez y envanecimiento. Como estas propiedades son características definitorias de los objetos, pueden ser llamadas. ‘reacciones de identidad’, como hace Ernesto Garzón.<sup>9</sup>

## 2. Ius y ius dicere

Los juristas, desde temprano, se percataron que el derecho no era definible ostensiblemente. Para describir el derecho es necesario producir las condiciones que permitan su observación, exactamente como ocurre con la “solubilidad del azúcar”: ¿Y qué se tiene que hacer? Simple. Para que el derecho se presente, para que sea observable, es necesario **decirlo**.

Los romanos usaban *ius* para indicar el lugar donde se pronunciaba el derecho: “*ius dicitur locus in quo ius redditur, appellationes collata*

<sup>8</sup> Vid.: “Estabilidad de los sistemas políticos”, *op. ul. cit.*, p. 577.

<sup>9</sup> Cfr. “Estabilidad de los sistemas políticos”, en Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 573-609, esp. p. 578. Sobre este particular cabe señalar que el enunciado ‘el azúcar es soluble’ (o cualquier enunciado disposicional) no es mera predicción; la solubilidad del azúcar –comenta Eugenio Bulygin– es una propiedad actual del azúcar, tan presente como su “blancura”. El azúcar es soluble aún si no se disuelve. El enunciado ‘el azúcar es soluble’ –continúa Bulygin– es mas bien un enunciado que “afirma que el azúcar tiene la **disposición** de disolverse si ciertas condiciones se presentan. (Cfr. “El concepto de eficacia”, en Bulygin, Eugenio (en prensa, versión española de “Der Begriff der Wirksamkeit”, en Garzón Valdés, Ernesto. *Lateinamerikanische Studien zur Rechtsphilosophie*, Archive für Rechts- und Sozialphilosophie, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, Beiheft 41, pp. 39-58, 1965. Stuttgart, El énfasis es mío).

*ab eo quod fit in eo ubi fit. ...is locus recte ius appellatur.*”<sup>10</sup>. *Ius* indica, así, el acto o el lugar de “administración de *jus*-ticia”; el lugar del *ius dicere*; el mismísimo acto del *ius reddere*, del pronunciamiento del derecho. *Ius* es un topónimo. *Ius* nombra la resolución judicial; de ahí la frase *ita ius esto* (‘[e]l derecho es...’) frase con la que el juez comenzaba su sentencia.<sup>11</sup>

De esta forma, la expresión *ius* funciona como un “operador oracional” que señala un específico pronunciamientos jurídico. Así se explica la importancia primordial de la *iuris-dictio* en el nacimiento y desarrollo del derecho. Sobre esta cuestión dice Rudolf von Ihering (1818-1892), con sobrada razón, que ‘[e]l origen del derecho no data... sino de la época de la creación de las funciones judiciales... [derecho] y administración de justicia son nociones sinónimas.’<sup>12</sup>

El derecho surge a partir del momento en que es pronunciado. Por ello no es extraño que *ius* signifique, en ocasiones, ‘actos o formalidades procesales como se aprecia en las frases: *in ius vocatio*, *interrogatio in iure*, etcétera.’<sup>13</sup> No es extraño sin embargo que *ius* se refiera a un precepto específico como se precibe en frases como *idem iuris est, quid iuris est?*, o similares (cuando se plantea cuál es el derecho que debe aplicarse).<sup>14</sup> Si, como señalé anteriormente, *ius* nombra la sentencia pronunciada por el *iudex*, *iura*, en plural, señala, muy consecuentemente, el conjunto de las decisiones de los *iudices*, de ahí que, después *ius*, por extensión (o posiblemente desde su origen), se refiere, también, al acto o al instrumento en que el derecho se establece, esto es, al conjunto de *praecepta* o *formulae* fijados en un texto (e.g. *leges*, *senadoconsulta*, *edicta*). De ahí las expresiones: *ius dare*, *ius statuere*.<sup>15</sup>

Por eso se sostiene que los *iura* (los derechos y facultades de los individuos establecidos en los pronunciamientos judiciales precedieron al *ius* (conjunto de *praecepta* y principios). El *ius quo populus romanus*

<sup>10</sup> D. 1, 1, 11: “...se llama *derecho* el lugar donde el derecho es aplicado, dando el nombre de lo que se hace a dónde se hace... ese lugar se denomina correctamente *derecho*.” (Las cursivas son mías).

<sup>11</sup> Cf., Tit. Liv. 1.8.1; Virg. *Aen.* 1. 507.

<sup>12</sup> *Geis des römischen Recht*, Berlín, 1877.

<sup>13</sup> *Vid.*, Kaser, Max, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvertellung und Rechtsgeschichte Römer*, Gotinga, Vandenhoeck & Ruprech, 1949; Gaudemet, Jean, *Institutions de l'antiquité*, París, Sirey, 1967.

<sup>14</sup> *Vid.*: Berger, Adolf. *Encyclopaedic Dicctionary of Roman Law*, cit, 525.

<sup>15</sup> *Vid.*: *Ibidem*.

*utitur* (el complejo de normas que el pueblo romano aplica) tiene su origen en *alicui ius esse utendi fruendi* (el ejercicio o goce del derecho de alguien), judicialmente establecido.<sup>16</sup>

De lo anterior se sigue que *ius* no es sólo una palabra, sino algo más: una *formula*. *Ius* (como *δίκη* en griego) *son* expresiones que enuncian un *dictum* de autoridad que **crea** el derecho; privilegio de ciertos individuos (*e.g.*: los jueces). Estamos ante el imperio de la palabra, imperio que se evidencia en expresiones en las cuales esta función se manifiesta: *iu-dex* (*lat*), *med-diss* (*osc.*), *δικας* – *πόλος* (*gr.*), *eo-sago* (*ger.*). Es el acto de decir del *iudex* el dispositivo que crea el derecho. Por ello, el verbo *dicere* domina en las fórmulas judiciales. Con la mediación de este acto de palabras, se desarrolla toda la terminología procesal romana: *iudex*, *iudicare*, *iudicium*, *iuris-dictio*, *iustus*, *ius-titia et sit cetera*.<sup>17</sup>

La situación era similar en la antigua Grecia. Los griegos llamaban *δίκαι* a las decisiones que ponían fin a los conflictos en el ágora, lugar donde se lleva a cabo la *δικασπολία* (*i.e.* el enjuiciamiento).<sup>18</sup> El conjunto de las *δίκαι* constituye un cuerpo de opiniones de autoridad al que se les conoce como *δικαιον* o con su nombre colectivo: *δίκη*. Precisamente esta expresión adquiere la connotación de ‘justicia’ (‘aplicación del derecho’), la cual cubre en su totalidad la actividad jurídica griega, constituida esencialmente por la actividad judicial.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> *Vid.*: Kaser, M., *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsverstellung und Rechtsgeschichte röm. cit.*; Sohm, R., *Instituciones del derecho privado romano*, trad. de Wenceslao Roces, México, Editora Nacional, 1955 y 1975.

<sup>17</sup> *Vid.*: Benveniste, E., *Le vocabulaire des institutions indoeuropéennes II: Pouvoir, droit religion*, París, Les éditions de Minuit, 1969; Calhoun, George Miller, *Introduction to the Greek Legal Science*, *cit.*

<sup>18</sup> *Vid.*: Harrison, A.R.W., *The Law of Athens*, Oxford, Oxford University Press, 1975, t. II, pp. 64 y ss.

<sup>19</sup> *Vid.*: Calhoun, George Miller, *Introduction the Greek Legal Science*, Aalen, Scientia Verlag, 1967(reimpresión de la versión de Oxford University Press de 1944).

## II. *PRUDENTIA IURIS*<sup>20</sup>

*Dixi sæpius post scripta geometrarum nihil  
extare quod vi ac  
subtilitate cum romanorum iurisconsultorum  
scriptis comparari possit*

Leibnitz

### 1. Prudentia y prudentia iuris

Primeramente hay que preguntarse por qué el nombre *iursiprudentia*. ¿Qué es *prudentia iuris*? ¿Por qué *prudentia*? Esta idea tenemos que rastrearla en la vieja Grecia. Varias palabras griegas están asociadas con ἐπιστήμη, palabra clave en esta búsqueda, y que es traducida como ‘ciencia’, ‘el conocimiento científico’; entre ellas se encuentra λόγος (‘razón’, ‘razonamiento’) y todas las palabras que deriven de ella. Todas estas palabras indican una actividad intelectual, como conocer, razonar (no psíquica). Sin duda, una de las palabras más vinculadas al razonamiento y al quehacer científico es ἐπιστήμη. Había otras palabras que también significan ‘conocimiento’; y eran, en cierto sentido, sinónimas de ἐπιστήμη, como, por ejemplo σοφία<sup>21</sup> y la familia de palabras con ella relacionadas, e.g. σοφός, φιλόσοφος,<sup>22</sup>. Otras dos palabras son especialmente importantes en este ensayo: φρόνησις y σωφροσύνη que los romanos tradujeron con las voces latinas: *prudentia* y *sapientia*.

<sup>20</sup> Algunas de las ideas expuestas en esta sección se encuentran desarrolladas in extenso en mi libro: *Razonamiento y argumentación jurídica*, 2ª.ed. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, *Vid. part.*: Segunda parte: Paradigma posteriora. (*Interpretatio prudentium*), cap. IV, V y VI.

<sup>21</sup> “‘Habilidad en arte y oficios’, ‘conocimiento de’... ‘buen juicio’, ‘inteligencia’...”. (Liddell and Scott’s *Greek-English Lexicon*, cit., p. 737).

<sup>22</sup> “‘Amante de la sabiduría’, usado primeramente por Pitágoras, quien se llamaba a sí mismo ...en un sentido amplio ‘hombre de ciencia’, ‘erudito’”. (Liddell y Scott’s *Greek-English Lexicon*, cit., p. 865).

<sup>23</sup> *Ethica nicomachea*, 1140a 24-25. En cuanto a la traducción, transcribo la versión de Antonio Gómez Robledo. (Cfr. *Ética nicomachea*, versión española y notas de Antonio Gómez Robledo, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 1983 (Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana), p. 138).

Φρόνεσις y σωφροσύνη, como ἐπιστήμη, se aplican a un hombre sabio, a un hombre culto. Pero, existe una variante. Este hombre no sólo es culto y sabio; sino además es un hombre de “buen juicio”, de “buen consejo”: Φρόνεσις y σωφροσύνη no se aplican a aquél que sólo conoce, sino a aquél que conoce y **sabe qué hacer**.

Por ello Aristóteles atinadamente señalaba: “[c]on relación a la prudencia (φρονήσεως), podremos comprenderla considerando cuáles son las personas a las que llamamos prudentes (φρονίμους).”<sup>23</sup> Más adelante agrega:

Lo propio del prudente... [consiste en] poder deliberar [ponderar] acertadamente... llamamos prudentes... [a] los que calculan bien lo conveniente que no es objeto del arte [ciencia]. Y así podría decirse que en general el prudente es el que sabe deliberar [ponderar].<sup>24</sup>

Agamenón se acerca a Nestor a pedir su consejo. Agamenón, ante un predicamento, quiere la opinión de un hombre prudente (σώφρων) **que sabe elegir**, que puede decirle **qué hacer**.

“Y así, —dice Aristóteles— de Anaxágoras y Thales y de sus semejantes se dice que son sabios y no prudentes”. (Ἀναξαγόραν καὶ Θαλῆν καὶ τοὺς τοιοῦτους σοφοὺς μὲν, φρονίμους).<sup>25</sup> Más adelante Aristóteles agrega:

La prudencia... tiene por objeto las... [acciones]... humanas y sobre las cuales puede deliberarse [ponderarse]... El hombre de buen consejo... es el que, **ajustándose a los cálculos de la razón** acierta con lo mejor que puede ser realizado por el hombre.<sup>26</sup>

Dos preguntas han fuertemente intrigado a los seres humanos a través de la historia de la humanidad; éstas son: ‘¿qué es?’ y ‘¿qué hacer?’. Las respuestas dadas a estas cuestiones han producido dos diferentes

<sup>24</sup> *Ethica nicomachea*, 1140a 25-32. En cuanto a la traducción, transcribo la versión de Antonio Gómez Robledo. (Cfr. *Ética nicomachea*, versión española y notas de Antonio Gómez Robledo, cit. p. 138. Las pausas y los corchetes son míos).

<sup>25</sup> *Ethica nicomachea*, 1141b 4-5. En cuanto a la traducción, transcribo la versión de Antonio Gómez Robledo. (Cfr. *Ética nicomachea*, cit., p. 141).

<sup>26</sup> *Ethica nicomachea*, 1141b 8-14. En cuanto a la traducción, transcribo la versión de Antonio Gómez Robledo. *Ética nicomachea*, cit., p. 141. Las pausas, los corchetes y el énfasis son míos).



derroteros: descripción (*i.e.* la demostración) que hace la ciencia (ἐπιστήμη), por un lado, y la **justificación de la acción**, por el otro. Este último constituye el campo de la “razón práctica”, el mundo de la “acción humana”, *i.e.* el mundo de la *prudentia*.

Es necesario subrayar un rasgo peculiar de la *prudentia*; ésta no es caprichosa ni arbitraria. La *prudentia* procede con el mismo rigor que la ciencia, “ajustándose a la razón”.<sup>27</sup> Lo que divide al conocimiento científico (ἐπιστήμη) de la prudencia no es el mecanismo del pensar, sino sus respectivos objetos; la ciencia, conoce; la prudencia conoce y dice **qué hacer**.

La prudencia contruye la acción humana **racional**, la acción justificada. La prudencia, “siguiendo los cálculos de la razón”<sup>28</sup> señala la mejor acción que un hombre puede seguir en la circunstancia. Esta acción, la que no puede ser objetada (superada) por otra deviene la acción “correcta”, la acción “válida”.

Al igual que φρόνησις, la expresión latina *prudentia* significa: ‘conocimiento’, ‘competencia’, ‘sabiduría’, ‘inteligencia’, ‘discernimiento’. *Prudentia* proviene de *prudens (tis)* que significa: ‘[quien] sabe de antemano’, ‘[quien] obra con conocimiento de causa’.<sup>29</sup> La *prudentia*, se aplica a distintos campos del saber. Existen *prudentes* con diferentes habilidades o capacidades: “*prudens rerum*” (‘hábil en los negocios’), “*prudens rei militaris*” (‘versado en el arte militar’).<sup>30</sup> Hubo, sin embargo, un campo de la acción humana en que la *prudentia* era especialmente requerida y la presencia de prudentes era imprescindible: la *prudentia iuris*. Es en Roma donde surge y se desarrolla una *prudentia* (una sabiduría) versada específicamente en el derecho.

## 2. La profesión jurídica

De la expresión *prudentia iuris* surge el sustantivo *iurisprudentia* que designa un oficio particular: ‘el arte de conocer del derecho’. La

<sup>27</sup> *Loc. cit.*

<sup>28</sup> *Loc. cit.*

<sup>29</sup> Cfr. Blánquez Fraile, Agustín. *Diccionario Latino Español*, Barcelona, Editorial Ramón Sopena, S.A. 1985, t. II, p. 1264.

<sup>30</sup> Cfr. *ibidem*.

*iurisprudentia* (en adelante ‘jurisprudencia’), desde su origen, era un oficio nada rudimentario, su dominio requería recursos intelectivos más bien sofisticados. Con el tiempo, la jurisprudencia fue adquiriendo solidez y prestigio. Pero, no obstante su significado originario y su creciente importancia, a la jurisprudencia, en un principio, los romanos no le llamaban *scientia*, el sólo el nombre de una disciplina, de una profesión.

La palabra *scientia*<sup>31</sup> es el equivalente latino que los romanos encontraron para ἐπιστήμη. La jurisprudencia, como mostraré más adelante, se convierte en *scientia* sólo cuando los juristas romanos adoptan los métodos de la ciencia griega, recogidos a la perfección en los *Segundos analíticos*.<sup>32</sup>

La jurisprudencia desde el principio fue un oficio practicado por individuos preclaros. Este oficio implicó una dedicación vocacional hacia el derecho; no era una ocupación diletante u ocasional. Esta dedicación continuada produjo una penetración muy estrecha con el derecho. Pues bien, el conocimiento específico así producido, conjuntamente con las actividades orientadas a obtener este conocimiento, se llamó *iurisprudentia*, y a sus su operarios se les llamó: *iurisprudentes*.

### 3. ¿Cómo se conoce el derecho?

Los primeros juristas (*i.e.* los *iurisprudentes*) **conocían** el derecho. Pero, ¿cómo se conoce el derecho? El derecho se compone básicamente de textos; es un discurso, un lenguaje. La formulación (articulación) en un lenguaje es condición de existencia del derecho.<sup>33</sup> Pero aquí surge una nueva pregunta: ‘¿cómo se conoce un lenguaje?’. La respuesta es sencilla: ‘conoce un lenguaje quien sabe **qué dice**’. Quien sabe qué dice, puede hacer una “lectura” de sus signos y sus fonemas. Se dice de una persona que **sabe** griego (o cualquier otra lengua), si **entiende** grie-

<sup>31</sup> “ ‘Conocimiento’, ‘lo que uno sabe’, ‘saber’... ‘conocimiento científico’, ‘saber teórico’... ‘arte’... ” (Blánquez Fraile, Agustín. *Diccionario Latino Español*, cit., t. II, pp. 1401-1402).

<sup>32</sup> Los *Segundos analíticos* (*Analítica Posteriora*) constituyen el principal trabajo de Aristóteles sobre el método científico, pero a ellos podemos agregar: *Analítica priora* (24a 10-25b 37), *Physica* (esp. 184a 10-194b 15), *Meta physica* (esp. los primeros tres libros: 980a 22-103b 16).

<sup>33</sup> En diversos trabajos he abordado el problema del discurso jurídico (o de los discursos jurídicos), véase mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, capítulos: xvii, xix, xx, xxii y xxv y la bibliografía ahí referida.

go, esto es, si entiende los signos y fonemas de ese lenguaje. Un hombre que sabe griego puede **decir** lo que está dicho en griego.

Pues bien, la disciplina (el oficio) que permite a los juristas “leer” (describir) derecho es, precisamente, la *iurisprudentia*.

#### 4. Genesis iurisprudentiæ

El nacimiento de la jurisprudencia comienza en el periodo que sigue la aparición de las *XII Tablas*. Nada se conoce sobre una jurisprudencia anterior.<sup>34</sup> La historia de la jurisprudencia romana es bien conocida. La primera fase es la etapa pontificia en la cual los cánones de la profesión jurídica fueron mantenidos en secreto, monopolio de una casta reducida de pontífices.

Al lado de las *XII Tablas* surge como consecuencia natural, la *interpretatio prudentium* (la actividad de los *iurisprudentes*), concurso fundamental en el desarrollo del derecho. Con la *interpretatio prudentium* la aplicación de la legislación de los *decenviri*<sup>35</sup> se extendió a una nueva Roma.<sup>36</sup>

En Roma, contrariamente a las culturas que precedieron, surgió y se cultivó un oficio (una profesión<sup>37</sup>) cuya única función era el **conocimiento** (*interpretatio*) del derecho. La tradición romana<sup>38</sup> es del todo exacta al colocar la cuna de la jurisprudencia en el Colegio de los Pontífices,<sup>39</sup> a los cuales correspondió, durante los dos primeros siglos de la *Republica*, el conocimiento del derecho así como la custodia de ese conocimiento. Las fuentes (*Digesto* 1, 2, 2, 35) refieren: “... *ceteri autem ad hunc vel in latenti ius civile retinere cogitabant solumque*

<sup>34</sup> Vid.: Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford University Press, 1967, pp. 1 y 5.

<sup>35</sup> Los *decenviri* (‘diez varones’) eran una comisión compuesta de diez personas designadas en 451 a.C. para ir a las ciudades griegas a pedir leyes y proceder a la codificación del derecho. Su legislación fue conocida como las *XII Tablas*. (Cfr. *Digesto* 1, 2, 4. Vid.: Berger, Adolf. *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, Transactions of the American Philosophical Society, The American Philosophical Society, Filadelfia, 1968, p. 425).

<sup>36</sup> Cfr. *Digesto* 1, 2, 5. Vid.: Berger, Adolf. *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, cit., p. 513.

<sup>37</sup> En el sentido de ‘profesar’ (‘dedicación’, ‘vocación’, ‘participar de ciertos cánones’).

<sup>38</sup> *Digesto* 1, 2, 2, 6.

<sup>39</sup> Vid.: Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., p. 8.

*consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant.*<sup>40</sup> Igualmente, Tito Livio habla de *ius civile reconditum in penetralibus pontificum*.<sup>41</sup> Sobre este particular sostiene Wolfgang Kunkel:

La interpretación de las *XII Tablas*... siguió siendo, hasta principios del siglo III, un monopolio celosamente custodiado por el colegio de pontífices... el saber de los pontífices era... secreto... durante mucho tiempo sólo fue accesible a sus miembros y únicamente en su seno se transmitieron, de generación en generación, los métodos de aplicación del derecho que habían desarrollado.<sup>42</sup>

De *Digesto* 1, 2, 2, 6,<sup>43</sup> claramente se desprende que el conocimiento del derecho y de la ciencia de su **interpretación** (su “lectura”) estuvieron por más de cien años, después de la legislación de los *decenviri*, en manos de los pontífices.”<sup>44</sup> A través de la *interpretatio* los pontífices **proporcionaron el significado** de las *XII Tablas*. Esta circunstancia hizo que el *ius civile* fuera considerado *compositum* por los *iurisprudentes*.<sup>45</sup>

Por paradójico que parezca, la innovación y el desarrollo de la jurisprudencia se debe al hermetismo de los *iurisprudentes* pontificios. En efecto, este hermetismo condujo a los pontífices a emplear, frente a nuevos problemas surgidos en una Roma más compleja, únicamente las fórmulas y los institutos existentes. Fue así que mediante el uso de las “mismas” fórmulas se pudieron alcanzar nuevos objetivos que, de otra manera, hubieran sido impensables en Roma.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> “... puesto que todos los que le precedieron [a Tiberius Caruncianus] procuraban mantener el derecho civil en secreto y sólo atendían las consultas que se les hacían...”

<sup>41</sup> Tito Liv., IX, 46, 5.

<sup>42</sup> Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, trad. De Juan Miguel, Ariel, Barcelona, pp. 29 y 93. Las cursivas son mías.

<sup>43</sup> “... *omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant*...” (... pero toda la ciencia de la interpretación de estas leyes y de la acciones se encontraba en el colegio de los pontífices”).

<sup>44</sup> Moyle, J. B., “General Introduction”, en *Imperatoris iustiniani institutionum. Libri Quattuor*, cit., p. 43.

<sup>45</sup> Cfr. *Digesto* 1. 2, 2, 5. Cfr. Serrao F., “Interpretazione”. Il diritto romano. a) Interpretazione de la legge, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1972, t. xxii. p. 242.

<sup>46</sup> Moyle, J. B., “General Introduction”, en *Imperatoris iustiniani institutionum. Libri Quattuor*, with Introductions, commentary, and excursus por J.B. Moyle, Oxford, Oxford University Press, 1964. pp. 42-44.

La *interpretatio* (la forma de “leer” textos jurídicos) era la función central de la jurisprudencia pontificia, a través de la cual los *iurisprudentes* “leían” el derecho y señalaban sus alcances. Mediante la *interpretatio* dada a los *præcepta iuris*, la jurisprudencia *reformuló*,<sup>47</sup> en gran medida, el *ius civile*.<sup>48</sup>

La segunda fase de la jurisprudencia romana es una fase de secularización en la cual el conocimiento del derecho se difunde notablemente. Surgen *iurisprudentes* laicos. Varias fueron las causas que produjeron una jurisprudencia secular. Una de las más importantes, *inter alia*, fue la publicación, alrededor de 304 a.C. de una compilación conteniendo las *legis actiones*, hecha por Appius Claudius Cæcus (Cónsul en 307 y 296 a.C.), robada y publicada por Cneo Flavius.<sup>49</sup>

Poco después, Cneo Flavius (c. 300 a.C.) colocó en el *forum* el calendario (*dies fasti*) de los tribunales, mientras Sextus Ælius Pætus Catus (Cónsul en 198 a.C.) publicó algunas formas suplementarias que no se encontraban en la compilación flaviana.<sup>50</sup> En 300 a.C. la *lex Ogulnia* incrementó el Colegio de Pontífices por cuatro miembros, de los cuales, uno tenía que ser plebeyo, hasta entonces inelegibles. Cincuenta años más tarde, Tiberius Caruncanius (Cónsul en 280 y Pontif. Max. en 254 a.C.) daba consultas en público y admitía a toda clase de personas como discípulos.<sup>51</sup> Con esta variedad de formas, el conocimiento del derecho lentamente dejó de ser monopolio pontificio.

La jurisprudencia, desde su infancia, fue un oficio prestigioso. Sus “operarios” estaban bien entrenados y practicaban su oficio manteniendo los cánones de la profesión. Sin embargo, los romanos, no obstante su elevado prestigio y utilidad los romanos, instruidos bien de la ciencia, aún no la llamaban así. Para que la jurisprudencia romana fuera llamada ‘ciencia’, tuvo que adentrarse a una nueva fase.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> *Sit venia verba.*

<sup>48</sup> *Vid.:* Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, cit., p. 39; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., p. 20.

<sup>49</sup> *Cfr. Digesto* 1, 2, 7. Sobre este particular, *vid.:* Moyle, J. B., “General Introduction”, en *Imperatoris iustiniani institutionum. Libri Quattour*, cit., pp. 42 y 44. Consecuentemente, “*ius civile per multa sæcula inter sacra cærimonisque deorum immortalium solisque pontificibus notum vulgavit*” (Val. Max. 2, 52, cit. por Moyle, J. B., “General Introduction”, en *Imperatoris iustiniani institutionum. Libri Quattour*, cit., p. 44.).

<sup>50</sup> *Cfr. Digesto* 1, 2, 7.

<sup>51</sup> *Cfr. Digesto.* 1, 2, 35.

<sup>52</sup> Ciertamente, durante estos periodos precientíficos la *interpretatio* de los *iursprudentes* alcanzó enorme importancia en la aplicación del derecho.

## 5. Iurisprudentia seu Scientia iuris

Fritz Schulz observa que desde el término de la Segunda Guerra Púnica la jurisprudencia entró en una fase nueva que puede ser llamada ‘periodo helenístico’. Aunque Roma, en ningún momento de la historia estuvo exenta de la influencia penetrante de la cultura griega, fue en los dos últimos siglos de la *Republica* que esta moda helénica transformó la jurisprudencia romana. El resultado más asombroso de este impacto cultural fue, precisamente, el desarrollo de la jurisprudencia romana dentro del marco de la ciencia griega.<sup>53</sup> El material, sin duda, se mantuvo romano; pero, el método mediante el cual fue organizado, era griego. Fue de Aristóteles de quien los jurisconsultos romanos aprendieron estos métodos.<sup>54</sup>

Cuando se estudia la jurisprudencia del último siglo de la *Republica*, se maravilla uno al observar la transformación casi súbita de una fase en que la jurisprudencia aparece cautelar y práctica hacia una fase en que se convierte en un **sistema**.<sup>55</sup> A partir de entonces los juristas romanos comenzaron a llamar *scientia iuris* a la *iurisprudentia*.

Para convertir a la jurisprudencia en ciencia los juristas romanos tuvieron que construirla de conformidad con el único modelo disponible: la ciencia griega (ἐπιστήμη).<sup>56</sup> Con la adopción de los métodos de los *Segundos analíticos* los juristas romanos fueron capaces de construir los conceptos jurídicos fundamentales y encontrar los (primeros) principios de la jurisprudencia.

Cualquiera que observe los escritos de los juristas romanos y los compare con los escritos de los geómetras griegos se percatará del cercano paralelismo que Leibnitz<sup>57</sup> encuentra entre ellos.

En Roma ἐπιστήμη se traduce por *scientia* y, por *scientia*, los romanos, en el último siglo de la *Republica*, entendían: ‘la sistematización

<sup>53</sup> Vid.: *The History of Roman Legal Science*, cit., pp. 38 y s..

<sup>54</sup> Vid.: Stein Peter. *Regulae Juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburgh, Edimburgh University Press, 1966, pp. 33 y s.

<sup>55</sup> Vid.: La Pira, Giorgio, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L’arte sistematrice”, cit., p. 336. Vid.: “Geometrical Method and Aristotle Account of the First Principles”, *Classical Quarterly*, Núm. 19, 1935, p. 113 y ss.

<sup>56</sup> Sobre el particular Cicerón dice: “sint ista graecorum, quamquam ab iis philosophiam et omnes ingenuas disciplinas habemus, sed tamen est aliquid, quod nobis non liceat, liceat illis.” (*De finibus*, 2, 21, 68.).

<sup>57</sup> *Epist.*, 1; *Cfr. Epist.*, 15. (*Loc. cit.*).

de una disciplina en *genera* y *partes* mediante la aplicación de los dos métodos usados por lógicos y geómetras. Primeramente, la observación de los hechos singulares (ἐμπείρια) para obtener, por inducción (ἐπαγωγή), definiciones (ὁροί), hipótesis (ὑποθέσεις), conceptos (ὀρισμοί), hasta alcanzar los (primeros) principios de una ciencia en particular. Y, en segundo lugar, deducción de nuevos enunciados a partir de estas **premisas**.<sup>58</sup>

Los juristas romanos saben que mediante la observación de los hechos singulares se “recoge” lo que ha sido **repetidamente** observado. Saben, también, que de la etapa de la experiencia (ἐμπείρια) se pasa a la etapa de la ciencia, al encontrar el elemento común en los casos particulares observados.<sup>59</sup> Y, por supuesto, saben que cuando los primeros principios de la ciencia han sido descubiertos, éstos tienen que ser formulados en proposiciones.<sup>60</sup> En fin, los romanos saben que éstos son los elementos básicos de una ciencia y sólo cuando esta construcción se ha completado es posible hacer uso de ella.

## 6. La “experiencia jurídica” y el objeto de la jurisprudencia

Los juristas enfrentaron los mismos problemas que los “constructores” de cualquier ciencia particular. Ante todo, los juristas tienen que determinar el “material jurídico” existente. Los juristas “seleccionan” de entre los hechos del mundo empírico, ciertos hechos que comparten atributos comunes. Los juristas se preocupan por “leer” los *præcepta* dados por el “legislador”. Aquí, ‘legislador’ significa simplemente: “‘fuente del derecho’, ‘instancia reconocida de creación del derecho’”, v.g. *lex*, *senatus consultum*, *plebiscitum*, *constitutio principis*, *edicta* (“*qui ius edicendi habent*”) y *responsa prudentium*.<sup>61</sup>

En la transición que va de los hechos singulares y separados a la construcción de la “experiencia jurídica” el paso clave es la determinación de los rasgos comunes compartidos por el material que los juristas

<sup>58</sup> Vid.: La Pira, Giorgio, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il concetto di scienze e gli strumenti della costruzione scientifiche”, en: *Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano*, vol. 44, Roma, 1936-1937, pp. 132-133.

<sup>59</sup> Cfr. *Anal. Post.*, 100a-110b 1.

<sup>60</sup> Vid. *supra*: Cap. III. *Analytica posteriora. Ciencia y meta ciencia*.

<sup>61</sup> Cfr. Gayo, *Inst.*, 1, 2; 1, 3-7.

tienen que manejar. De esta manera, los juristas determinan el campo de la *sapientia iuris*. La “experiencia jurídica” es, por tanto, un subconjunto de la *ἐμπείρια* y, consecuentemente, se mantiene *ἐμπείρια*.

Los materiales jurídicos a considerar pasan por pruebas de “identidad” y de existencia. Primeramente, tienen que ser *præcepta* dados por el “legislador” (*i.e.* establecidos por una “fuente del derecho”) y, además, tienen que “existir”, *i.e.* tienen que haber sido “creados”, puestos en vigor, no haber sido derogados o abrogados (no haber prescrito, no haber caducado, no haber precluido, *et sit cetera*). Los juristas tienen que determinar la identidad y la existencia empírica de los materiales (hechos) jurídicos como condición necesaria para su lectura. Hay mucho que decir sobre los criterios de existencia e identidad de los materiales jurídicos, lamentablemente no puedo detenerme a abordar estos problemas aquí. Mi interés es simplemente subrayar que los juristas romanos, en la determinación del campo de la jurisprudencia, comienzan con los hechos singulares que han sido observados y que los criterios de identidad y existencia de estos “hechos jurídicos” se basan en pruebas empíricas.

Los juristas romanos (al igual que cualquier hombre de ciencia) confrontan un mundo formado sólo de entidades singulares y separadas. Aquí surge la misma pregunta planteada en los *Segundos analíticos*: ¿Si los materiales jurídicos son dados en forma de entidades singulares y separadas, cómo pueden ser descritas por la ciencia, si no existe ciencia de lo singular? Los juristas resolvieron este problema, al igual que los geómetras, recurriendo a *ἐπαγωγή*, (léase ‘generalización empírica’).<sup>62</sup> Mediante este método los juristas romanos construyeron la base empírica de la ciencia de la jurisprudencia.

## 7. Nomina iuris y definitiones

Al final del siglo III a.C. después de los trastornos sociales causados por la Segunda Guerra Púnica la *prudentia iuris* habría de sufrir una importante evolución. En el siglo II, el conocimiento del derecho se había gradualmente separado de las ramas del antiguo saber pontificio. La aparición de juristas laicos habría de transformar el escenario. Estos

<sup>62</sup> Vid. *supra* cap. III: *Analytica posteriora*. Ciencia y metaciencia.



juristas laicos frecuentemente seguían la carrera política o militar. El cambio se evidencia con la publicación de las *responsa* a las cuestiones que les eran sometidas. Como las *responsa* de los juristas no siempre coincidían las controversias jurídicas surgieron a la luz por vez primera.<sup>63</sup>

La actividad de los nuevos juristas comienza gradualmente a diferir de sus antecesores. Con ellos aparecen los primeros tratados sobre derecho civil. Fundamentalmente, estos tratados consistían en largas colecciones de opiniones dadas sobre casos particulares. Poco a poco estas *responsa* empiezan a aplicarse a casos similares y parecen, cada vez más, conceptos jurídicos (*nomina iuris*). Como v.g. el concepto de *quasi rupto* introducido por Marcus Junius Brutus,<sup>64</sup> que permite la aplicación de la *Lex aquilia* a nuevos casos.<sup>65</sup> De esta manera las opiniones comienzan a extenderse a situaciones inusuales.<sup>66</sup>

Muchas discusiones versaban sobre el alcance de las palabras o, más bien, sobre el alcance y peso de los *nomina iuris* (categorías creadas por palabras o conceptos generales). Una de las primeras controversias entre los juristas romanos se refiere al concepto *fructus*. A fines del siglo III se incrementó la costumbre de legar, de por vida, el uso de una propiedad, conjuntamente con el derecho a gozar de los frutos que dicha propiedad produce. Por supuesto la cuestión surgió sobre qué es exactamente lo que cubre la expresión *fructus*.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> Vid. Stein, Peter. *Regulae Juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, p. 27.

<sup>64</sup> *Prætor* en 142 a. C.

<sup>65</sup> Según la *lex aquilia* si un individuo causa una pérdida a otro por quemarlo, fracturarlo o romperlo (*quod usserit fregere ruperit*), estaba obligado a repararla. Piensa Peter Stein que seguramente se le preguntó a Marcus Junius Brutus que si alguien golpeaba a una esclava y, como resultado del golpe abortaba, si era responsable frente al dueño de la esclava. Marcus Junius Brutus respondió que era responsable “como cuando lo es por algo roto” (*quais rupto*). Cfr. D. 9, 2 27, 22). Vid. Stein, Peter. *Regulae Juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, p. 28.

<sup>66</sup> Un ejemplo es D. 41, 2. 3, 3. Es claro que en derecho romano uno podía adquirir la propiedad de un terreno por posesión. Pero si con desconocimiento del poseedor del terreno, resulta que había un tesoro enterrado, la cuestión era saber si el poseedor adquiría el tanto el terreno como el tesoro. Señala Peter Stein que Marcus Junius Brutus y Manus Manilius (*Prætor* en 155 o 154 a.C., *Consul* en 149 a.C.) sostenían que sí. (Vid. *Regulae Juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, p. 28).

<sup>67</sup> Vid.: Stein Peter, *ibidem*. Había mucha discusión particularmente sobre si el hijo de una esclava podía ser considerado fruto. Sobre este particular –dice el profesor escocés– Publius Mucius Scævola (*Prætor* en 136 a.C.) y Manius Manilius sostenían que sí. Marcus Junius Brutus, por el contrario, sostenía que no: *neque enim in fructu hominis homo esse potest* (D. 7. 1. 68). (Vid.: *ibidem*).

En gran medida, los juristas estaban interesados, *inter alia*, en saber si ciertos hechos (insólitos o imprevistos) caían dentro del campo de aplicación de un texto jurídico o no. Estos “hechos” eran ubicados en sus lugares apropiados, llenando las “categorías jurídicas” establecidas por los juristas para describir el derecho. Este ejercicio se incrementa con el surgimiento de nuevas fuentes de derecho: *plebiscita* y *edicta* de los magistrados.

Aunque los juristas normalmente limitaban sus *responsa* a la determinación del alcance de los preceptos jurídicos, señalando el significado de un término o proponiendo la aplicación extensiva de un precepto jurídico, los juristas se dieron a la tarea de generalizar.<sup>68</sup> Para ello los juristas recurrieron a la ciencia griega.

Los juristas construyen *definitiones* mediante ἐπαγωγή. Partiendo de la observación de un conjunto de casos individuales, encontraban el elemento que les era común. De esta forma, el método admirable y riguroso de los geómetras se convirtió en el más importante elemento en la construcción de la jurisprudencia. Para explicar la experiencia jurídica, los juristas romanos tienen que construir “clases de cosas”. Así surgen los *nomina iuris*, i.e. los conceptos técnicos (ὀρισμοί) y las *definitiones* (ὁροί) de la jurisprudencia.

Dotados con los métodos de la ciencia griega, los juristas romanos introdujeron los conceptos y *definitiones* que su disciplina requería. Además de determinar el significado del lenguaje en que el derecho se formula formularon las *definitiones* que la descripción (y aplicación) del derecho exigía. *Definitiones* célebres de estos juristas son, v.g. las de *nexum*, *fructus*, *vi factum* (coacción), *ruta cæsa* (bienes accesorios), *et sit cetera*.

Manius Manilius dice que por *nexum* se entiende: *omne quod per libram et aes igitur in quo sint Mancipia*. “([*nexum* es] todo [negocio] que se celebre *per aes et libram*, [mediante el bronce y la balanza], incluyendo *mancipia*”).<sup>69</sup> Es fácil observar que ésta es una definición que, en tanto tal comprende a todos casos que la satisfacen,

<sup>68</sup> Vid.: Stein Peter, *Regulæ Juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, pp. 29 y 30.

<sup>69</sup> Varro, *De Ling., Lat.*, 25, 7, 105. (Lo que se encuentra entre corchetes es mío). El profesor Peter Stein sugiere que a Manius Manilius probablemente le consultaron si *nexum* incluía *mancipia* y respondió que sí, porque *nexum* se aplica a cualquier transacción celebrada mediante el ritual *per aes et libram*. (Cfr. *Regulæ Juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., p. 30).

incluyendo *mancipia*.<sup>70</sup> Es importante observar el cambio que sufre el concepto. En un principio *nexum* nombraba un acto mediante el cual un individuo garantizaba con su persona una deuda propia o ajena.<sup>71</sup> Formulada como definición general indica un tipo de traslado de dominio.

El jurista romano que proporciona una clara evidencia de la influencia de los métodos griegos para definir en jurisprudencia es Q. Mucius Scaevola,<sup>72</sup> probablemente el más importante jurista de la *República*. Con él rápidamente se alcanza la excelencia en la ciencia del derecho.<sup>73</sup> Q. Mucius Scaevola escribió un libro que lleva por título el significativo nombre de *Liber ὁρων* (el libro de las definiciones).<sup>74</sup> No es en ningún sentido extraño que Q. Mucius mantenga la palabra griega.

Una definición excepcional de Q. Mucius Scaevola se refiere al concepto de coacción, *vi factum* ('uso ilícito de la fuerza'). A este respecto el célebre *Pontifex maximus*, dice: *vi factum id videtur esse, qua de re quis cum prohibetur, fecit*. ("Se considera que un acto es realizado con coacción si quien lo realiza le había sido prohibido").<sup>75</sup> Claramente Q. Mucius evita el significado ordinario de *vi factum* y se concentra en formular una definición que muestra cómo es entendida la expresión *vi factum* en el foro. Por ello su definición contempla casos en la que no existe coacción física.

Otro ejemplo significativo es la definición de *ruta cæsa*. Ciertos muebles están adheridos o fijados a los inmuebles y son "inmuebles por destino". Éstos se transmiten al comprador. Los que no se transmiten al comprador son *ruta cæsa* (lo que es "extraído" o "cortado". Q. Mucius Scaevola, en el *Liber ὁρων*, lo dice en estos términos: *In rutis cæsis ea sunt. Qua terra non tenentur, quæque opera structili tectoriove non*

<sup>70</sup> En singular: *mancipium*. Acto por el cual se adquiere poder sobre cosas o personas; designa también las *res Mancipi*, i.e. el patrimonio agrario (Vid.: Berger, Adolf. *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, cit., p. 595; García Garrido, Manuel J. *Diccionario de jurisprudencia romana*, cit., p. 231).

<sup>71</sup> Una *lex Poetelia Papiria* de 263 a.C. substituyó la garantía personal del deudor por la de sus bienes. (Vid.: Berger, Adolf. *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, cit., p. 595; García Garrido, Manuel J. *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000, p. 263).

<sup>72</sup> Consul en 95 a.C. *Pontifex maximus*.

<sup>73</sup> Schulz, Fritz. *History of Roman Legal Science*, cit., p. 41.

<sup>74</sup> Vid.: Stein, Peter, *Regulæ Juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburgo, Edimburgo University Press, 1962, p. 36.

<sup>75</sup> D. 50, 17, 73, 2. Vid.: Stein, Peter, *Regulæ Juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., p. 36.

*continentur*. (“*ruta cæsa* comprende cualquier cosa que no esté unida a la tierra, como cualquier cosa que no pertenece a la construcción ni a la estructura”).<sup>76</sup>

En este orden de ideas es importante volver a subrayar que las *definitiones* de Q. Mucius Scaevola (como en las de Manius Manilius o las de cualquier otro jurista) se construyen sólo a partir de la observación de los hechos del derecho (positivo); de la observación de varios casos en los cuales ha sucedido así, reteniendo el elemento común que comparten todos estos casos.<sup>77</sup>

Observa el profesor Peter Stein que el paso clave en la transición de la experiencia a la ciencia es la determinación del elemento común que unifica los casos individuales. Este paso de los particulares a los universales (ἡ ἀπὸ τῶν καθ' ἕκαστον ἐπὶ τὰ καθόλου ἔφοδος<sup>78</sup>) es precisamente ἐπαγωγή, el método mediante el cual se alcanzan, también, los primeros principios.<sup>79</sup> Ciertamente, este método es propio de las ciencias naturales, pero Aristóteles —señala el profesor Stein— lo consideró aplicable a otras ciencias.<sup>80</sup> En todo caso, así lo consideraron, y lo hicieron, los juristas romanos.

Cuando los primeros principios son encontrados (mediante la observación), estos tienen que ser formulados en proposiciones. Sólo cuando este paso ha sido realizado, *i.e.* cuando los primeros principios han sido establecidos y formulados en proposiciones, el edificio conceptual de la jurisprudencia está listo para funcionar. En la ciencias naturales (v.g. geometría, física, *et al*), cuando esta etapa se completa, es posible la deducción a partir de los primeros principios. El mecanismo que utilizan las ciencias naturales para la construcción de inferencias es el silogismo (básicamente la primera figura).<sup>81</sup>

<sup>76</sup> D. 50, 16, 241. *Vid.*: Stein, Peter, *Regulæ Juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., p. 37.

<sup>77</sup> *Vid.*: Stein, Peter, *Regulæ Juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., p. 37.

<sup>78</sup> Arist. *Topica*, I, 12; 105a 14.

<sup>79</sup> Arist. *Post. Anal.* I. 18; 81b 1.

<sup>80</sup> *Vid.*: Stein Peter, *Regulæ iuris. From juristic rules to Legal Maxims*, cit., pp. 34-35.

<sup>81</sup> *Vid. supra* Cap. III: *Analytica posteriora. Ciencia y meta ciencia*.

## 8. *Muestra didáctica*

La traducción latina de ὅρος, como ya indiqué, es *definitio*.<sup>82</sup> Pero, además de su significado como proposición, deviene el nombre de las formulaciones que usan los juristas para explicar un término técnico o una institución. Las *definitiones* pueden ser de dos clases. Las definiciones de objetos perceptibles y las definiciones de objetos que sólo pueden ser percibidos por razonamientos.

Estos procesos intelectuales estaban acompañados de un presupuesto básico ampliamente compartido. Los juristas conciben el derecho como un todo completo y consistente. Cicerón y sus contemporáneos (incluido Servius Sulpicius Rufus) daban por sentado que el derecho, consistía *inter alia*, en un cuerpo coherente y acabado. En el derecho –pensaban– se encuentran todas las respuestas. Basta sólo que los juristas, dotados del conocimiento científico apropiado, las obtengan y formulen.<sup>83</sup>

Podría continuar proporcionando más ejemplos de conceptos jurídicos (*definitiones*) contruidos mediante (ἐπαγωγή). Sin embargo, creo que es mejor introducir un ejemplo gráfico donde pueda observarse varios momentos de este mecanismo.

Sabemos desde Aristóteles que no hay ciencia de lo singular. Pero si no hay ciencia de lo singular, ¿tampoco hay *iurisprudencia* de lo singular! La ciencia se compone de enunciados universales. No hay ciencia de un suceso singular. Hay ciencia de “clases de cosas”. No hay ciencia, v.g., de la acción de Titius Octavenus que, pálido, el quinto día de las kalendas de enero (*i.e.* 28 de diciembre), por la mañana, fue a casa de Lucius Porcius, hijo de Lucius Marcellus, para proponerle 10 aces por usar la casa que le fue donada a éste último, inmueble sito en un fundo contiguo al *exodus*, a lo que Lucius Porcius, después de consultarlo con su esposa Hortensia Agripa esa misma noche, accedió al día siguiente por la tarde y se lo comunicó a Titius Octavenus, por lo que convinieron reunirse un *dies fasti* en presencia de cinco testigos púberes y otros funcionarios para pronunciar palabras rituales, por las que, *eo*

<sup>82</sup> La expresión griega, en su origen, significa: ‘linderos’, ‘límites’, ‘mojoneras’. (Cfr. Liddell y Scott’s *Greek-English Lexicon*, cit., p. 570). La voz latina *definitio* (*onis*) mantiene este sentido toda vez que definir “es la acción de circunscribir; acción de fijar los límites...”. (Blánquez Fraile, Agustín, *Diccionario Latino-Español. Español-Latino*, cit., t. II, p. 487).

<sup>83</sup> *Id.*: Stein, Peter. *Regulae Juris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, p. 45.

*ipso*, Titius Octavenus se vio constreñido en la necesidad, de entregar 10 ases cada 20 días a Lucius Porcius, no obstante no usara la casa a causa de la reuma... *et sit cetera*. Téngase presente este ejemplo mientras se analizan los siguientes argumentos.

El *ius* puede ser representado como un (sub)conjunto de entidades singulares:<sup>84</sup>

$$ius = \{x, x, x, x, x, x, x, x, x, x, x\ldots\}$$

Las entidades del *ius*, ciertamente, son entes singulares; pero esto no impide que compartan características comunes. Supongamos que en el conjunto *ius* existen entes que comparten la cualidad *P*:

$$ius = \{ \mathbf{x}, \mathbf{x}^P, \mathbf{x}, \mathbf{x}^P, \mathbf{x}^P, \mathbf{x}, \mathbf{x}, \mathbf{x}^P, \mathbf{x}, \mathbf{x}^P, \mathbf{x} \dots \}$$

De este modo tenemos que en *ius* existen entidades que comparten la cualidad *P* y otras no. Sabemos que lo que la ciencia describe son **clases de cosas**; pues bien, lo que la *iurisprudencia*, describe no son singulares, sino, **clases de cosas**.<sup>85</sup> La *iurisprudencia*, en tanto *scientia iuris*, se ocupa de **clases de cosas**, en el caso, la clase de todas las cosas que tengan la cualidad *P*:

$$\{x: xP\}$$

Supongamos que ‘*P*’ es una variable que cubre los siguientes casos. El de un individuo que tiene que pagar el cuádruplo de los bienes que robó (Gayo, 3, 189); el de un individuo que tiene que pagar porque habiendo recibido un caballo para ir a algún sitio, lo “llevó a la guerra” (Gayo, 3, 196); el del deudor que tiene que pagar por sustraer un objeto

<sup>84</sup> *Vid. supra*: capítulo III. *Analytica posteriora*. Ciencia y metaciencia.

<sup>85</sup> Aristóteles dice que “Suponemos tener ... conocimiento científico de una cosa... cuando pensamos que conocemos la causa de la que el hecho depende, como la causa de ese hecho y no de otro y, más aún, deforma que el hecho no podría ser de otra forma más que como es” (*Anal. Post.*, 71b 9-11). En un conocido pasaje Aristóteles dice: “la ciencia [...] nace cuando, de una multitud de nociones tomadas de la experiencia, se obtiene un solo juicio universal. Puesto que juzgar que cuando Callias estaba enfermo de cierta enfermedad, esto le hizo bien y, similarmente, a Sócrates y en muchos casos individuales, es una cuestión de experiencia; pero juzgar que le ha hecho bien a todas las personas de cierta constitución, miembros de una clase, cuando estaban enfermos de esa enfermedad... esta es una cuestión de ciencia” (*Meta.*, 981a 7-12).

de su propiedad entregado en prenda; (Gayo, 3, 200) el de un tutor que tiene que dar garantía del buen manejo de los bienes del pupilo (Gayo, 1, 199); el de un individuo que tiene que indemnizar a la víctima por su fraude (Gayo, 3, 215); el de un individuo que no puede edificar más alto para no tapar la luz del vecino; (Gayo, 1, 14); el de un individuo que tiene que pagar por haber matado un cuadrúpedo propiedad de otro (Gayo, 3, 210); el del individuo que tiene que indemnizar por haber destruido un inmueble de otro (Gayo, 3, 217; *Inst. Just.*, 4, 3, 13); el de un difamador que debe reparar el daño por afrentar públicamente a alguien (Gayo, 3, 220); el de un vendedor que tiene que entregar la cosa vendida por haberlo convenido (Gayo, 3, 139); así como a todo el sinnúmero de actos que imponen a los individuos un vínculo (encadenamiento) jurídico que los constriña en la necesidad de realizar algo de conformidad con el derecho. Si esto es así, entonces, para los juristas romanos, ‘P’ se lee: ‘*iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendæ rei, secundum nostræ civitatis iura*’.<sup>86</sup>

Es así que los juristas introducen el concepto *obligationes*, fundamental en la descripción del derecho. Ahora sabemos qué son obligaciones, quiénes son los sujetos de las obligaciones; cuál es su contenido, *et sit cetera*. Hay *scientia iuris* para **clases de cosas**, en el caso, de las *obligationes*. Esto es, de todas las cosas que comparten la cualidad ‘P’.

Hay que tener en cuenta que *obligationes* no es una cosa. *Obligationes* es un nombre, el concepto que designa una **clase de cosas**, a saber: el conjuntos de todas las entidades que satisfacen la regla de formación del conjunto (‘*iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendæ rei, secundum nostræ civitatis iura*’).

Supongamos ahora que ‘P’ es una variable que cubre otra clase de casos, por ejemplo: verse en la necesidad de entregar una cosa al haber recibido un precio cierto y en dinero (*Inst. Just.*, 3, 23; *D.* 18, 1 y 5); tener que cuidar y restituir una cosa que convino guardar (*D.* 16, 3; *C.* 4, 34); tener que dar en garantía el bien inmueble acordado (*D.* 20, 1, 3 y 6; *C.* 8, 13-35); pagar un precio convenido por el uso de un inmueble; (*Inst. Just.*, 3, 24; *D.* 19, 2); tener que llevar convivencia marital por haber celebrado nupcias (*D.* 23, 2, 22; 50, 17, 30); tener que realizar gratuitamente una transacción en beneficio de alguien con quien acordó (*Ins. Just.*, 3, 16; *D.* 17, 1); tener que devolver puntualmente una

<sup>86</sup> *Inst. Just.* 3, 13, pr.

suma de dinero recibida en préstamo (Gayo, 3, 90); entregar los aperos de labranza como garantía del pago de la renta pactada de finca rústica (D. 20, 1, 5, 1); así como cualquier acuerdo de voluntades que genere un vínculo que constriña a los individuos a realizar algo de conformidad con el derecho. Es así que los juristas introducen el concepto de *pactum (contractu)* todo acuerdo de voluntades que crea, modifica, transmite o extingue *obligationes*.

Por supuesto, *pactum*, como en su caso, *obligationes*, no es una cosa sino el nombre que designa una **clase de cosas**; i.e. el conjunto de todos los acuerdo de voluntades que crean, modifican, transmiten o extinguen *obligationes* en el sentido aquí descrito.

Supongamos que ‘*P*’ es una variable que cubre el caso de Titius Octavenus, como cualquier acuerdo (*pactum, contractu*) que constriña a las partes en la necesidad de hacer algo conforme al derecho. Si esto es así, entonces, para los juristas, el acuerdo de Lutius Octavenus y Lucius Porcius es un contrato y le corresponden todos los predicados que convienen a ‘*P*’, i.e. todos los predicados que convienen a todas las *obligationes ex contractu*.

Así, como se construye el concepto de *obligationes*, así se establecen los demás conceptos jurídicos (*matrimonium, tutela, usufructus, possession, et sit cetera*). De esta manera se construyen los conceptos de la geometría, de la mecánica, de la astronomía. Como quiera que sea, este “paso” lo realizan los juristas a través del mismo procedimiento traído de la ciencia griega: ἐπαγωγή.<sup>87</sup>

Los juristas, siguiendo las estrategias descritas en los *Segundos analíticos*, resuelven el paso, aparentemente problemático, de cómo puede la jurisprudencia describir la experiencia jurídica, compuesta únicamente de entidades singulares y separadas, mediante conceptos generales. Aplicando los razonamientos de la ciencia griega los juristas romanos conciben su tarea como el conocimiento (científico, racional) de lo que **realmente** ocurría en la experiencia jurídica.

‘Jurisprudencia’ significa ‘conocimiento del derecho’. Los romanos como nota característica de la jurisprudencia afirman de ésta que es “...*rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*...”<sup>88</sup>, i.e. “...el conocimiento de lo que es lícito como de lo que es ilícito...”

<sup>87</sup> Vid. *supra* capítulo III: *Analytica posteriora. Ciencia y meta ciencia*.

<sup>88</sup> *Inst. Just.*, 1, 1, 1; *D.* 1, 1, 10, 2