

Algunas consideraciones en torno al concepto de jurisprudencia

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA¹

El derecho, que es por un lado la prosa, se trueca en la lucha por la idea en poesía, porque la lucha por el derecho es, en verdad, la poesía del carácter.

Rudolph VON IHERING, *La lucha por el derecho*

SUMARIO: I. Introducción. II. El problema del concepto de jurisprudencia. III. ¿Qué es lo que han hecho los jurisconsultos? IV. ¿Cómo se hacía la ciencia del derecho? V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es una breve reflexión en la cual se pretende precisar, desde la perspectiva romanista, algunas cuestiones relativas al concepto, alcance y significado, del término jurisprudencia.

El punto de partida arranca de diversas lecturas, y en concreto de un pasaje de una obra del gran jurista y romanista alemán Rudolf von Ihering (1818-1892): *Jurisprudencia en broma y en serio*. No resisto a la tentación de transcribir parte de su último capítulo, que es una deliciosa fantasía titulada “En el cielo de los conceptos jurídicos”:²

¹ Profesora de Derecho romano y de Derecho internacional privado en la Universidad Panamericana, sede Guadalajara.

² Tomado de PACHECO, Máximo *Teoría del derecho* 4ª (Chile Editorial Jurídica de Chile 1990) 375-376.

Yo me había muerto. Un halo luminoso rodeó mi espíritu al abandonar el cuerpo...

— Como tú eres romanista, vas destinado al cielo de los conceptos jurídicos. En él encontrarás de nuevo todos aquellos que durante tu existencia terrenal tanto te han preocupado. Pero no en su configuración incompleta, con las deformaciones que el legislador y los prácticos le imprimen, sino en su plena e inmaculada pureza. con toda su ideal hermosura. Aquí son premiados los teóricos de la jurisprudencia por los servicios que les han prestado a los conceptos en la tierra; aquí ellos, que solamente los vieron en una forma velada, los descubren con entera claridad, los contemplan cara a cara, y tratan con ellos como con sus iguales. Las cuestiones para las que en vano buscaron una solución durante su existencia terrenal, son contestadas aquí y resueltas por los propios conceptos. No hay ya enigmas en el derecho civil, en la construcción de la *hereditas iacens*, o en la de la obligación correal, de los derechos sobre los derechos, de la naturaleza de la posesión, de la diferencia entre precario y comodato, de la prenda en cosas propias, y cualesquiera otros problemas que puedan ocurrirse y que a los hijos de la ciencia tanto han dado que hacer en su peregrinación por la tierra, están aquí resueltos

— Este es el cielo en el cual tú como teórico, vas ahora a participar.

—¿De modo que es sólo para teóricos? ¿Dónde van pues los prácticos?

— Tienen su más allá especial, pero pertenecen todavía al sistema solar. El sol hace lucir allí sus rayos y existe aire atmosférico, apropiado para las duras construcciones de un práctico, de la misma manera que sería inadecuado para los conceptos: allí domina aún una vida como la de la tierra: en una palabra, el práctico encuentra allá todas las limitaciones de la existencia terrena. No podría respirar en el cielo teórico, ni podría avanzar un paso de su lugar, como quiera que sus ojos no están hechos para la profunda oscuridad que allí domina.

—¿Luego, se trata de un lugar oscuro?

— Completamente. Allí reina la noche más profunda. Los astros que se encuentran en este más allá no pertenecen al sistema solar, y no reciben ni un rayo de sol. El sol es la fuente de toda la vida toda, pero los conceptos nada tienen que ver con la vida y necesitan de un mundo que exista sólo para ellos, alejado de cualquier contacto con la vida.

—¿Cómo pueden, pues, los teóricos que allí lleguen ver en medio de esa oscuridad?

— Los ojos de los teóricos están ya acostumbrados desde su existencia terrena a ver en la tinieblas. Tanto más oscuro es el objeto de que tratan, más atractivo tiene para ellos, puesto que pueden hacer alarde de su agudeza visual. se parecen al búho, el pájaro de Minerva, que ve en la oscuridad...³

En el sueño de von Ihering, en el paraíso reservado para los teóricos del derecho, los numerosos conceptos de la teoría jurídica se encontraban en su absoluta pureza, liberados de toda concomitancia con la vida humana. Allí estaban los espíritus incorpóreos de la buena y la mala fe, la propiedad y la posesión, la negligencia y los derechos *in rem*. Además, se hallaban todos los instrumentos lógicos necesarios para manipular y transformar estos conceptos jurídicos, y mediante ellos crear y resolver los más hermosos problemas del derecho.

³ IHERING, R. von *Jurisprudencia en broma y en serio*.

Dice que había una máquina, una prensa hidráulica para la interpretación, que podía extraer a presión un ilimitado número de significados de cualquier texto o ley. Anticipábase von Ihering en su sueño a lo que hoy nos proporciona el CD-Rom de la jurisprudencia de la Corte, y otros tantos CD's que por ahí navegan en las modernas redes de la informática jurídica. Si levantara la cabeza, probablemente tendría que reinventarse un tercer estadio celestial para los internautas del derecho.

Todas las posibilidades ilimitadas de este paraíso de conceptos estaban abiertas a todos los juristas calificados, siempre que los mismos hubieran bebido un líquido leteo que provocaba el olvido de todos los asuntos terrenos de los hombres. Pero, para los juristas expertos, el líquido leteo era superfluo, ya que ellos nada tenían que olvidar...

II. EL PROBLEMA DEL CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA

La palabra jurisprudencia posee varias acepciones:⁴ en una, significa conocimiento del derecho;⁵ en otra, ciencia del derecho, teoría del orden jurídico positivo o doctrina jurídica;⁶ en otra, sirve para designar el conjunto de principios generales

⁴ La importancia de la *definición* en la ciencia jurídica y en el derecho en general es de todo punto necesaria, ya que sirve no sólo para determinar el objeto del conocimiento de la ciencia jurídica, sino también para precisar el significado de conceptos o términos generales, tanto a nivel de ciencia jurídica general, como de ciencia jurídica dogmática o concreta. A un nivel distinto, se encuentran las llamadas definiciones legales consideradas estipulaciones realizadas por los órganos del Estado, ya sea en una ley, ya en una norma individualizada, y cuya finalidad es indicar el significado de las palabras empleadas en esa misma norma. Sobre el particular resulta ilustrativa la obra de PÉREZ CARRILLO, Agustín *Introducción al estudio del derecho: la definición en la ciencia jurídica y en el derecho* (México UNAM 1982).

⁵ En el *Derecho romano*, Ulpiano, l. reg. D.1.1.10.2 "...el conocimiento de las cosas divinas y humanas..." Sobre esta definición volveremos más adelante.

⁶ Algún sector doctrinal niega el valor científico de la ciencia del derecho. Kirchmann (1802-1889) afirmó que ello se debe no tanto a los juristas que la cultivan sino al objeto al que ella se dirige: el derecho. El derecho —dice Kirchmann— es progresivo y cuando la ciencia jurídica "logra encontrar el concepto verdadero, la ley de una institución, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado". La ciencia jurídica —continúa Kirchmann— "llega siempre tarde en relación con la evolución progresiva; no puede nunca alcanzar actualidad". Otro argumento de Kirchmann para negar el carácter científico de la jurisprudencia, se refiere a la circunstancia de que "el derecho no se halla sólo en el saber, sino también en el sentimiento"; en que "su objeto no reside sólo en la cabeza, sino también en el corazón del hombre. Los objetos de las demás ciencias están libres de esta añadidura". Por otro lado, las leyes positivas del derecho —según nuestro autor— son rígidas y abstractas, en tanto que el derecho es progresivo. "Por eso la verdad misma de aquélla se convierte con el tiempo en falsedad. Su sustitución por una ley nueva no es nunca realizable sin violencia; le falta la flexibilidad continua y, por tanto suave, del derecho natural". KIRCHMANN, Julius Hermann von *La jurisprudencia no es ciencia*, pp. 41-42, citado por PACHECO, Máximo, *op. cit.*, pp. 697-698. Las opiniones de Kirchmann fueron pronunciadas en 1847, en una conferencia titulada "La falta de valor científico de la jurisprudencia", la cual provocó un enorme revuelo entre los juristas de su tiempo. Su tesis fue publicada al año siguiente y alcanzó tres reediciones. Existe traducción al español por Werner Goldschmidt, en Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, en la obra: *La ciencia del derecho: el carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho*.

emanados de los fallos uniformes de los tribunales de justicia para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas;⁷ en otra, en fin, corresponde a las normas jurídicas individuales emanadas de las sentencias pronunciadas por los tribunales de justicia.⁸

En estos dos últimos casos debemos señalar que son vinculantes los principios, criterios, precedentes o doctrinas que emanen de los tribunales superiores de justicia que en México son: *a nivel local*, los tribunales superiores de los estados y del Distrito Federal;⁹ y, *a nivel federal*, los tribunales del Poder Judicial de la federación, y en concreto, la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en salas, y los tribunales colegiados de circuito.¹⁰ La jurisprudencia de estos últimos (los federales), en materia de amparo, versará sobre la interpretación, es decir el sentido con que deberá ser entendida o aplicada la Constitución, las leyes federales o locales, los reglamentos federales o locales y los tratados internacionales firmados y ratificados por México e incorporados a su sistema jurídico.¹¹

Las decisiones, sentencias o ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia (en pleno o en salas) y la de los tribunales colegiados de circuito, constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en las mismas se sustente en cinco tesis no interrumpidas por otra en contrario, y siempre que hayan sido aprobadas por un número determinado de sus ministros o magistrados.¹² También cabe la posibilidad de tesis contradictorias; la ley establece en estos casos el procedimiento que determina, a través de una sola y única ejecutoria, cuál tesis con carácter jurisprudencial y, por tanto obligatoria, debe prevalecer.¹³ Es decir, la ejecutoria dictada en casos de contradicción fijará la tesis jurisprudencial que determina el criterio que ha de prevalecer, sin alterar las decisiones sostenidas en las anteriores tesis o criterios que dieron lugar a la contradicción.¹⁴ En otras palabras, que los efectos de la ejecutoria serán siempre *ex nunc*.

⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo *Introducción al estudio del derecho* 38^o (México Porrúa 1986) 68.

⁸ Tradicionalmente la jurisprudencia es considerada fuente formal del derecho, al ser ésta un proceso de creación del mismo a través de las resoluciones de los tribunales que interpretan y explican sus normas. VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho* (México Porrúa 1966). Para Tamayo y Salmorán, el término jurisprudencia designa en cambio "la actividad que realizan los juristas cuando "describen" el derecho, actividad que normalmente se denomina "ciencia del derecho..." Literalmente la palabra significa "conocimiento del derecho". TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando *El derecho y la ciencia del derecho* (México UNAM) 143.

⁹ Por ejemplo, en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco, se refiere a la obligatoriedad de la jurisprudencia para los tribunales sujetos a dicha ley (artículo 101); señalando en los siguientes artículos que, en asuntos de competencia del pleno y de las salas del Supremo Tribunal, habrá jurisprudencia cuando se esté en presencia de cinco fallos en el mismo sentido y sin interrupción. Además, para que la misma surta efectos, se publicará en el *Boletín Judicial* a iniciativa de cualquiera de los magistrados y previo informe de la oficina de estadística.

¹⁰ Artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo. A este respecto es de obligada consulta la obra de BURGOA, Ignacio *El juicio de amparo* (México Porrúa). Debe señalarse que la naturaleza de la jurisprudencia de un tribunal superior local no deriva del juicio de garantías, por ello imperará siempre la de los tribunales federales como tribunales de amparo, por la propia naturaleza del juicio.

¹¹ *Idem*.

¹² Artículo 194 de la Ley de Amparo.

¹³ Artículos 195 y 195 bis de la Ley de Amparo.

¹⁴ Por lo que respecta a la jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido estos criterios

Hasta aquí, y resumido, lo que podemos leer en cualquier buen texto de teoría general del derecho o de introducción al estudio del derecho.

Pero, jugando a entrar en el plano de lo conceptual, el derecho, considerado como ciencia, puede ser encuadrado dentro de las llamadas por el romanista español don Álvaro D'Ors, *humanidades prudenciales*.¹⁵ Si nuestro objetivo primordial es discernir qué cosa es la jurisprudencia, parece bastante razonable partir de la expresión “ciencia del derecho” (nuestra segunda acepción) para —sabiendo qué situación o situaciones indica— abordar seguidamente otras dos preguntas: qué es lo que han hecho los jurisconsultos, y cómo se ha hecho esa ciencia jurídica.

Sobre estas tres preguntas “navegaremos”, y esperemos que la nave de nuestras ideas y disertaciones no represente para el amable lector la de aquel barquero que dirigía el alma del difunto en el tránsito hacia “mejor vida”.

La expresión “ciencia del derecho”, como explica Rolando Tamayo y Salmorán,¹⁶ puede indicar dos cosas o situaciones: una, que existen ciertos *hombres* (llamados juristas o jurisconsultos) que se ocupan del estudio, análisis, investigación o descripción de algo, denominado “derecho”; y otra, que existen un conjunto de enunciados (resultado de la labor de los juristas) los cuales versan sobre algo que también es designado con la palabra “derecho”.¹⁷

Así pues, y según lo anterior, resulta que existe una actividad humana de tipo intelectual por medio de la cual los juristas estudian, investigan, analizan, etcétera, el derecho; y, en segundo lugar, que del resultado de esa labor se establecen

en diversas tesis. Citamos algunas relevantes, orientando al interesado a una búsqueda o rastreo más pormenorizada en el disco óptico de la jurisprudencia de la Corte, versión 6ª I. Tesis 120. Jurisprudencia del Pleno. Las salas deben dirigirse a él, sólo cuando estimen que existen razones graves para sustentarla (Amparo en revisión 2228/86); 2. Tesis 121 Jurisprudencia. La constituye un criterio reiterado en cinco resoluciones recaídas en conflictos de competencia (Competencia civil 194/86. Jueces segundo de distrito en el estado de Tabasco y segundo de lo civil en Villahermosa. Informe remitido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente, año 1987, vol. II, segunda parte, tercera sala, pp. 98-100); 3. Tesis 21. Jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito. Obligatoriedad para todos los tribunales que se encuentren dentro del mismo circuito (Amparo en revisión 55/86); 4. Tesis 22. Jurisprudencia. La constituyen las tesis que diluciden contradicciones de sentencias de los tribunales colegiados (Amparo directo 1405/85. Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente, año 1986, tercera parte, tribunales colegiados de circuito, pp. 56-57, 484-485. Para comentarios ver PÉREZ NIETO, Leonel y LEDESMA, Abel *Introducción al estudio del derecho* 2ª (México Harla 1992) 131-134.

¹⁵ Citado por ADAME GODDARD, Jorge, en “El derecho como jurisprudencia” en *Ars Iuris* revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana (número 12 1994) 13-38. Para el maestro español, según explica Adame, “las humanidades prudenciales son aquellas que tienen por objeto el juicio de la conducta humana y perfecciona el hábito intelectual de la prudencia”. En concreto son: la ética (a veces denominada también moral), la política (que comprende la eunomía o ciencia de la legislación); la filáctica o policía (que se refiere a la conservación de la seguridad del grupo), y la anfictiónica (que estudia la conveniencia de las alianzas con otros grupos); y, la jurisprudencia o derecho, que estudia los criterios para juzgar acerca de la justicia posible en las relaciones humanas.

¹⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando *Elementos para una teoría general del derecho: introducción al estudio de la ciencia jurídica* (México Themis 1992) 274.

¹⁷ *Ibid.*, p. 297.

conjuntos de enunciados que versan precisamente sobre el derecho. Tenemos pues ya las condiciones para que el operador (en la oración gramatical) “ciencia” se predique de la expresión “derecho”.

Hemos resaltado expresamente las palabras “hombre” y “enunciado” de la afirmación *ut supra*, porque nos interesa destacar que esa labor intelectual es llevada a cabo por hombres, entonces se desprende que hay una profesión, la jurídica, que entre otras cosas estudia, analiza, investiga, describe conducta humanas emitiendo un juicio enunciativo; pero no es un enunciado como los de las ciencias especulativas (las matemáticas o la física), sino un juicio sobre la conducta humana;¹⁸ son juicios preceptivos que prescriben u ordenan realizar o abstenerse de realizar ciertas conductas en tanto que constituyen un medio para alcanzar un fin. Y esto es, precisamente, lo que se entiende por “prudencia”: “el hábito intelectual por el que se juzga la conducta humana libre, que también se llama obrar humano, desde el punto de vista de su conveniencia o inconveniencia para un bien” (Pieper).¹⁹

Entonces, “ciencia del derecho” (*i.e.*, *iurisprudentia*) designa la actividad que realizan los juristas cuando “describen” el derecho. Literalmente la palabra significa “conocimiento del derecho” (*divinorum atque humanorum rerum notitia iusti et iniusti scientia*, Ulpiano, D.1.1.10.2), o “el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto”, celeberrima sentencia, la primera de las Instituciones justinianas, sólo precedida de la definición de *Iustitia*: “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”.²⁰

Merece la pena una precisión en torno a la definición de Ulpiano: el que la *prudentia iuris* o jurisprudencia tome como base el conocimiento de las cosas divinas y humanas, es un tópico de la filosofía griega que se refiere a la *sapientia* (*sofia*) o conocimiento de todas las cosas. En palabras de otro romanista español Manuel García Garrido,²¹ la *prudentia* (frónesis), como camino de la sabiduría, se considera la virtud de realizar actos buenos y rechazar acciones malas. Ya lo había así considerado Aristóteles al referirse a ella como “virtud del intelecto mediante la cual se puede resolver acerca de los bienes y males que encaminan hacia la felicidad”.

Por ello, los prudentes del derecho (*iuris prudentes*) deciden sobre la justicia o injusticia de los actos, de lo lícito y de lo ilícito, como sacerdotes en el culto de la justicia.²² La prudencia en el derecho está integrada en cuanto a su aplicación por lo justo y lo útil: *iustitia et utilitas* forman así la *prudentia*.

¹⁸ ADAME, *op. cit.*, p. 26.

¹⁹ *Ibidem*, señalando la obra de PIEPER, J. *Traktat über die Klugheit* (trd. español, García Garrido, Manuel) *Las virtudes fundamentales* (Madrid 1976).

²⁰ Ulpiano 1 reg. D. 1.1.10 pr. El texto de Ulpiano nos sitúa en los fundamentos morales y religiosos de lo jurídico. *Ius* significa *lo justo*, según las concepciones sociales y las decisiones de los expertos en justicia. Originalmente, hace referencia a las que la comunidad considera justo realizar. La función del juez es declarar sobre el *ius* de los actos concretos de fuerza que realiza formalmente una persona (*ius dicere, iudicium*). Así, el derecho se realiza en juicios, fundados en los criterios de justicia que formulan los prudentes. Cfr. GARCÍA GARRIDO, Manuel *Diccionario de Jurisprudencia Romana* (Madrid Dykinson 1993) 191.

²¹ GARCÍA GARRIDO *Diccionario...* (*Iurisprudentia*), p. 191.

²² *Idem* (*Iuriconsultus*) p. 189.

Con esta aclaración de García Garrido queda entendida aquella primera afirmación de Álvaro D'Ors (recogida y explicada por su discípulo, Jorge Adame Goddard),²³ cuando decía que el derecho es una de las humanidades prudentiales o jurisprudencia.

Continuando con nuestra conceptualización, reconocemos ya que von Ihering tenía razón cuando ironizaba sobre la dificultad de aclarar los conceptos. Quien escribe estas líneas está convencida que nunca entrará en el cielo de los conceptos jurídicos...; si acaso será merecedora de un discreto lugar en la zona reservada a los otros: "donde luce el sol y hay atmósfera para que los prácticos construyan sus duras ideas..."

Es de todos conocido que la cultura occidental *es como es* gracias a Roma y a su derecho. Sin lugar a dudas sus normas, sus instituciones y su jurisprudencia se convirtieron en el derecho y en la jurisprudencia modernos. Usamos, pese a las grandes diferencias que nos separan y a las influencias de otras culturas jurídicas, los mismos conceptos que surgieron de la interpretación dada por los juristas romanos a sus normas e instituciones; conceptos que sin la obligada referencia a Roma serían imposibles de entender.²⁴

Esta referencia nos lleva precisamente a reflexionar sobre la primera de nuestras cuestiones: qué es lo que hacen o han hecho los jurisconsultos.

III. ¿QUÉ ES LO QUE HAN HECHO LOS JURISCONSULTOS?

La grandeza que la cultura y la civilización occidental deben a Roma es precisamente que los romanos, naturalmente aptos para las cuestiones jurídicas, como lo fueron los griegos para la especulación filosófica, desarrollaran un sistema: el de la jurisprudencia. Sistema que logró evitar que las instituciones quedaran petrificadas (como había sucedido con las concepciones jurídicas que les precedieron en el tiempo), logrando su permeabilidad y permitiendo su incorporación a las ideologías imperantes y su recepción en los siglos posteriores.²⁵

²³ ADAME GODDARD, Jorge "El derecho como jurisprudencia", *cit.*

²⁴ El jurisconsulto romano utilizaba múltiples medios y recursos técnicos en la elaboración de la casuística, en la deducción de principios y reglas, y en la adaptación y creación de nuevas instituciones. Tal y como explica el profesor García Garrido, los juristas partían para ello del caso concreto, analizaban sus elementos y circunstancias particulares y sobre los mismos fundamentaban sus decisiones. Además de los casos o supuestos-base, los juristas utilizaban los llamados caso-guías o "modelos", que servían de comparación para la solución de otros análogos o contrarios. Al exponer todos ellos seguían un orden o sistema interno, con el fin de decidir sobre las acciones o remedios procesales, y centrados en el edicto del pretor. Así, en las decisiones jurisprudenciales aparecen íntimamente ligados y fundidos los aspectos procesales o formales, y los sustantivos o materiales del derecho, que hoy los modernos juristas diferencian. También es de observar que por encima de las decisiones particulares y de la construcción de principios o reglas, aparecen las antiguas instituciones del *ius civile* y los principios morales que inspiran el ordenamiento jurídico (*bona fides, aequitas, utilitas, officium*). GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Derecho privado romano* (Madrid Dykinson 1993) 54.

²⁵ La recepción del *Corpus Iuris* de Justiniano inicia en Europa una larga tradición jurídica que llega

El jurista romano, el *prudens*, es un profesional del derecho y de la ciencia de su interpretación (*interpretatio prudentium*. D. 1, 2, 2, 5).²⁶ Los jurisconsultos estudiaban el derecho, lo describían, determinaban cuál era el derecho y sus alcances, en suma, decían qué decía el derecho.²⁷

En el derecho romano arcaico junto a las XII Tablas, que contenían el *ius civile*, aparece la *interpretatio* de los pontífices que extendieron su ámbito de aplicación a situaciones nuevas no contempladas en las Tablas, e incluso cambiaron su sentido original. De ello se sigue que la actividad de los jurisprudentes (*i.e.*, *iurisprudentia*) era precisamente el estudio, análisis y determinación del derecho: la *interpretatio*.²⁸

Ahora bien, la *interpretatio* estuvo durante los dos primeros siglos de la República celosamente conservada en manos de los pontífices, que formaban el más importante de los cuatro colegios sacerdotales. Los pontífices tenían competencia en cuestiones de derecho sagrado y de derecho civil, ya que el derecho estaba profundamente vinculado a la religión. Eran los intérpretes del *fas* o voluntad de los dioses y de las antiguas *mores* o costumbres que formaban el núcleo del derecho

hasta el siglo XIX. Al hablarse de una "segunda vida del derecho romano", se quiere referir a un largo periodo histórico en el que aparecen dos tendencias marcadas: la de quienes pretenden servirse de la aportación clásica para aplicarlas a las necesidades de su época; y las que, dominadas de un sentido científico e histórico, pretenden reconstruir el derecho romano en sus distintas fases históricas. Así como en Oriente —llevados por la idea de Justiniano de que su obra es perfecta— se prohíbe que se realicen comentarios y síntesis, en Occidente existe una fase muy activa de vulgarización del derecho romano en la legislación visigótica y, posteriormente, en las edades Media y Moderna, se suceden etapas de vulgarismo o de clasicismo, según estén en auge o en decadencia los estudios de derecho romano. GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, pp. 63-70. Sobre la recepción del derecho romano en Europa, existe una abundante bibliografía, destacamos entre otras las de KOSCHAKER *Europa und das römische Recht*, traducida por José Santa Cruz, catedrático de Derecho romano en la Universidad de Valencia y publicada por la Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955; RICART "La traducción manuscrita del Digesto en el Occidente medieval a través del estudio de las variantes textuales" en *Anuario Histórico del Derecho Español* 57 (1987); CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* (Milano 1982); FERNÁNDEZ BARREIRO *Derecho común y derechos nacionales en la tradición jurídica europea* (La Coruña 1991); del mismo autor, *La tradición romanística en la cultura jurídica europea* (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces 1992); USCATESCU, *Del derecho romano al derecho soviético* (Madrid 1968).

²⁶ La *interpretatio prudentium* se convirtió en una fuente del derecho (como procedimiento creador del derecho) puesto que extendió la legislación de los *decenviri* a nuevas situaciones jurídicas. Fue un método que sirvió para convertir el derecho consuetudinario en una de las formas de *ius scriptum*. TAMAYO Y SALMORÁN *Elementos...*, *op. cit.*, p. 359.

²⁷ De ahí que el intérprete fuera considerado aquel que *iura condiderunt* ("aquel que establece el derecho") TAMAYO, *ibidem*. *Cfr.* D. 1.3. 13 y 17.

²⁸ En su primera acepción de *Interpretatio prudentium* o interpretación jurisprudencial, es la función desempeñada por los jurisconsultos romanos desde los primeros tiempos del derecho antiguo y que dio una gran flexibilidad a la aplicación práctica de los preceptos jurídicos. Originalmente fueron los pontífices los intérpretes del derecho y de las costumbres (*cfr.* Pomponio, *enchirir.* D. 1.2.2.6). En la época clásica era una función creadora del derecho (*cfr.* Pomponio, *enchir. sing.* D. 1.2.2.12). En el Bajo Imperio, el emperador se proclama en único intérprete de la ley, y finalmente, Justiniano afirma que él es el único legislador y exclusivo intérprete de la ley (*cui solum concessum est leges interpretari*, Cons. Tanta 21). GARCÍA GARRIDO *Diccionario...*, *op. cit.*, p. 182 (*interpretatio*).

arcaico; guardaban el calendario judicial y eran los intérpretes supremos de las cosas divinas y humanas.²⁹

Ello quiere decir que si bien el derecho era susceptible de ser conocido por todos, sin embargo su modo de aplicación y su significado interior estaban en manos de unos profesionales, sin cuya ayuda un lego nada podía hacer; tal profesión creó un complejo y esotérico conjunto de reglas procesales que devino el conocimiento del derecho en algo impráctico y casi inútil.

Pues bien, lo que nos interesa destacar de esta más arcaica fase de *interpretatio* es precisamente lo que hace a la actividad: establecer definiciones, reglas de aplicación y de sistematización del material jurídico que, como ya hemos visto más arriba, es la jurisprudencia; disciplina que, hoy como ayer, tiene los mismos rasgos esenciales.

Otra idea que a nuestro juicio merece también resaltarse respecto de la labor del pontífice y del jurisconsulto, es que no eran órganos de creación del derecho en el sentido legislativo. Las reglas, formulaciones, clasificaciones y enunciados de la jurisprudencia no son derecho, sino que son la *scientia* del derecho romano (excepción hecha del *ius respondendi*, aunque éste es muy posterior en el tiempo). *Iurisprudentia* es, como señala el profesor Tamayo y Salmorán citando a Yan Thomas,³⁰ el metalenguaje del derecho romano: el conjunto de definiciones, clasificaciones y enunciados que nos permiten una lectura jurídica del derecho. Y jurista o jurisconsulto era aquel que se dedicaba al manejo y dominio de la *iurisprudentia*.

Frente a esta *interpretatio* jurisprudencial, en Roma existía también la de los órganos aplicadores del derecho, esto es, la de los jueces y árbitros. Estos intervenían en la aplicación del derecho al caso concreto y determinado en una fase procesal llamada *apud iudicem*, tanto en la época de las *legis actiones* como en el proceso formulario, con las diferencias sabidas de rigidez en la primera y enorme flexibilidad valorativa en la segunda, si se trataba de acciones *ex bona fidei*, es decir, aquellas que no eran de estricto derecho. Pero su labor —a diferencia de la *interpretatio* jurisprudencial— es parte del material jurídico; es decir, es la significación dada a los materiales y a las pruebas jurídicas, y en ese sentido es impuesta, es obligatoria.³¹

Así pues, la labor del aplicador del derecho (del *iudex* o del *arbitrer*) es como tal objeto del estudio de la jurisprudencia ya que, como establecía Kelsen,³² “si un órgano jurídico debe aplicar el derecho, entonces tiene, necesariamente, que establecer el sentido de las normas que va a aplicar; debe, necesariamente, inter-

²⁹ “La interpretación de las XII Tablas y del rico repertorio de formularios procesales y negociales que se venía transmitiendo siguió siendo hasta comienzos del siglo III un monopolio celosamente custodiado por el colegio de pontífices. Su actividad, que constituye el ordo de la jurisprudencia romana [...] se desarrolló esencialmente siguiendo los cánones de la interpretación literal, de acuerdo con el espíritu formalista de la época primitiva; no obstante, supo desenvolver el ordenamiento jurídico en importantes puntos. Utilizando hábilmente el tenor de la ley e imaginando complicados formularios, crearon medios para satisfacer las nuevas necesidades de la vida jurídica.” KUNKEL, Wolfgang *Historia del derecho romano* (trad. de la 4a. ed. alemana por Joan Mikel) (Barcelona Ariel 1966) 39.

³⁰ TAMAYO, *op. cit.*, p. 276.

³¹ *Ibidem*.

³² KELSEN, Hans *Teoría pura del derecho* (México Editora Nacional 1981).

pretar dichas normas. En resumen, todas las normas, en tanto que tienen que ser aplicadas, requieren una interpretación". No es éste sin embargo el sentido de jurisprudencia como ciencia o estudio del derecho, sino el moderno de jurisprudencia como fuente formal indirecta de interpretación del sentido de la ley o de colmar sus lagunas.

Por la limitación de extensión impuesta a este ensayo, pondremos aquí un punto a la primera de las cuestiones que nos habíamos planteado para llegar a la aprehensión de qué cosa es eso de la jurisprudencia y, pasemos a la segunda: cómo se hacía esa ciencia del derecho.

IV. ¿CÓMO SE HACÍA LA CIENCIA DEL DERECHO?

Recorremos necesariamente el *iter* romano y nos maravillamos cuando en el último siglo de la República se observa el cambio, la transformación de aquella jurisprudencia cautelosa, enigmática y esotérica de los orígenes en un verdadero sistema.

Pero, ¿cómo fue que se dio y sobre qué fundamentos se edificó?

Los romanistas analizan este cambio como un proceso de laicización del derecho debido a la concurrencia de tres fenómenos: 1. La divulgación de las fórmulas de la ley en el año 304 a.C., debido a un liberto llamado *Cneo Flavio*, escriba del censor Apio Claudio, lo cual constituyó un duro golpe para los pontífices, que vieron salir de su égida de control cuestiones antes reservadas a ellos, y permitir así a los particulares (los laicos) iniciarse en el arte de la *interpretatio*; 2. La labor divulgadora del plebeyo Tiberio Coruncanio, en el año 254 a.C., quien comienza a enseñar públicamente el derecho; y, 3. La publicación en el 204 a.C., de una obra llamada *Tripertita* (por estar dividida en tres partes: XII Tablas, *interpretatio* y *legis actiones*), por un jurisconsulto, Aelius Petus Catus Sextus, llamado "el astuto", que fue cónsul en el año 198 a.C., y que culminó el proceso de laicización del derecho haciendo nacer la jurisprudencia laica.³³

¿Cómo actuaban estos jurisconsultos? Se distinguen tres importantes funciones: *Respondere*, que era atender a las consultas sobre cuestiones jurídicas que les planteaban en casos reales y debatidos. *Agere*, consistente en la dirección del proceso, indicando las acciones a ejercitar y los procedimientos a seguir con la fórmula. *Cavere*, que era el consejo a las partes sobre las formalidades y requisitos de los actos, contratos y negocios jurídicos en general.³⁴

³³ BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús *Historia del derecho romano y de los derechos neo romanistas* (México Porrúa 1989) 138-139.

³⁴ GARCÍA GARRIDO *Diccionario.... op. cit.*, p. 189 (*iurisconsultus*). Ver también en este sentido BERNAL y LEDESMA, *op. cit.*, p. 139.

Pues bien, para ello debieron de afrontar problemas fundamentales: los que plantea la construcción de cualquier ciencia (llámese aritmética, retórica, gramática, geometría o filosofía). Se inspiraron, necesariamente, en el modelo de la ciencia griega, en especial en la geometría y en la lógica y, no lo dudamos, que también y, sobre todo, en Aristóteles. Así lo deducimos de un pasaje del Digesto (D. 50, 17, 1): “las reglas realizan, en el caso de la jurisprudencia, el mismo papel que desempeñan los axiomas en el caso de la geometría y de la lógica”.

Entonces, ¿cuál es el sistema? ¿qué proceso mental hubieron de seguir los juriconsultos romanos en la elaboración de esa *iurisprudentia*?

El jurista primeramente ha de determinar el material existente, lo que hay, lo que nos dice la ley o nos proporciona el legislador: establece pues la base empírica de su sistema; a la vista de ello, busca y establece principios fundamentales, axiomas, postulados, definiciones, después deduce enunciados; a continuación los sistematiza y los ordena; por último, puede establecer generalizaciones alcanzadas por inducción a partir de la experiencia sensible, dicho en términos menos filosóficos, del caso concreto y del material jurídico dado. Estas generalizaciones servirán para, a su vez, convertirse en premisas de las cuales deducir un nuevo enunciado y las consecuencias y alcance del mismo.³⁵

En todo este proceso hay un mecanismo: el silogismo. Veamos el siguiente ejemplo ilustrado por Tamayo y Salmorán:³⁶ “si Cayo roba ciertos bienes a Flavio, quien a su vez es despojado por Livio (premisa menor), ¿a quién corresponde la *actio furti*? Partiendo del principio de que esta acción corresponde a aquél “*cuius interest id quod subreptum est salvum esse*” (D. 47, 2, 77-1); es decir, “a quien tenía interés en conservar lo sustraído” (premisa mayor); y, como en el presente caso, éste es el primer despojado, que era el propietario, entonces, la *actio furti* corresponde al propietario (conclusión). Así, pues, aunque interese al ladrón que la cosa no se pierda, sin embargo, sólo puede tener acción aquel que tiene un interés por causa lícita.

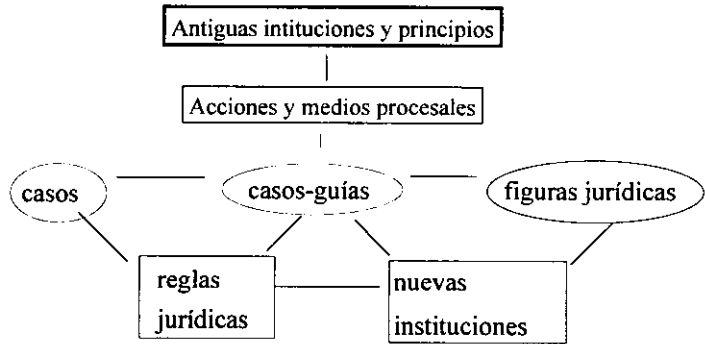
Siguiendo al profesor García Garrido,³⁷ podríamos esquematizar el orden de proceder de la actividad jurisprudencial romana y los grados de elaboración jurisprudencial del modo que aparecen en el cuadro 1.

³⁵ TAMAYO, *op. cit.*, p. 278.

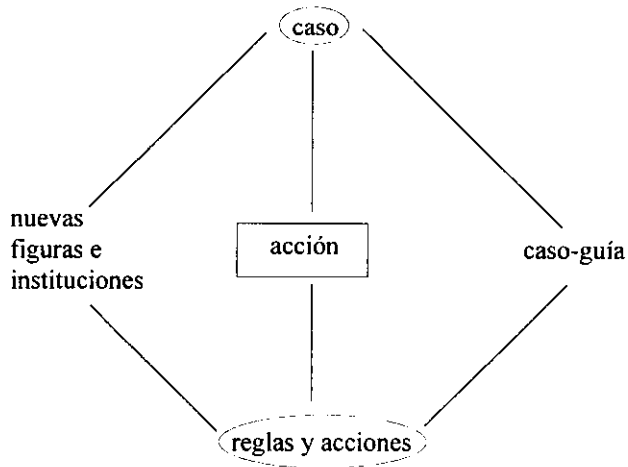
³⁶ *Idem.*, p. 280.

³⁷ GARCÍA GARRIDO *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 55.

Cuadro 1. Orden de proceder en la actividad jurisprudencial



Cuadro 2. Grados de elaboración jurisprudencial



Caso: es el supuesto de hecho que el jurista analiza en cada uno de sus elementos y circunstancias. Es la base que le sirve para decidir con arreglo a los criterios de *iusititia* y de *utilitas*.

Caso-guía: se consideran patrones o modelos para la solución de casos parecidos. En el ámbito de la jurisprudencia opera sobre todo utilizando la analogía o técnica de conexiones.

Reglas y axiomas jurídicos: comprende no sólo las *regulae* en sentido técnico, sino también los juicios y decisiones que los juristas formulan, abstrayéndolo del caso guía o conjunto de casos en el que tienen aplicación. Particular importancia tienen los axiomas formulados por los juristas en torno al comentario del edicto del pretor y a las leyes. El valor de estos juicios y axiomas se fundamenta en la equidad

y la *auctoritas* de los juristas, que en otras decisiones similares han contribuido a crearlos.³⁸

Esto es sencillamente el mismo silogismo que contiene una norma. La norma jurídica, como sabemos, tiene una estructura interna integrada por: a) un supuesto de hecho, que contiene cierta relación o situación jurídica (premisa menor); y, b) una consecuencia jurídica, constituida bien por un mandato de aplicación (conclusión), o bien por una respuesta material concreta que el propio ordenamiento establece en otra norma (premisa mayor). La consecuencia jurídica se justifica porque, cuando se da ese supuesto de hecho abstracto y general contemplado en la norma, necesariamente se ha de producir la consecuencia jurídica o conclusión.³⁹

Y esto fue, precisamente, lo que construyeron los juristas romanos con sus axiomas, que recogieron (*scribere*) en libros, colecciones y tratados, a los cuales daban publicidad bajo las formas de *responsa* (respuestas) o de *regulae* (reglas); y que también enseñaban (*instituere*), en las clases que impartían en las famosas escuelas de derecho de la época clásica (la de los sabinianos y la de los proculeyanos).

El jurista romano se convirtió así no sólo en un experto, sino incluso en creador del derecho.⁴⁰ En virtud de esta función creadora tuvieron un preeminente papel social e influencia en los órganos de producción y desarrollo del derecho. Ellos asesoraron a los magistrados y al príncipe en las leyes, senadoconsultos y constituciones imperiales; en ocasiones las formularon y hasta las redactaron. Sus decisiones eran claras y sencillas, estaban al alcance de todos los ciudadanos. Eran prácticos, certeros en el consejo, pensadores en la respuesta. Como dice Cicerón, “el jurisprudente es el oráculo de la ciudad y todas las cosas son examinadas por él en el discurrir cotidiano, ante los hombres reunidos, y en el foro”.

Todo lo cual fue posible gracias a una gran lucidez en el estilo, en las aclaraciones y en los ejemplos. Por eso se les llama modelos, y modélica fue su

³⁸ *Idem*, p. 56. También BERNAL y LEDESMA, *op. cit.*, p. 189.

³⁹ En este sentido resulta útil acudir al estudio de las normas del sistema de derecho internacional privado cuyos principios de regulación y los procedimientos técnicos de su desarrollo nos ofrecen un buen ejemplo de este modo de reglamentación centrado en las relaciones de tráfico jurídico externo. Así, el profesor K. Juenger ha señalado que en la evolución del derecho internacional privado existen determinadas constantes en cuanto a los métodos de regulación del tráfico externo, métodos que pueden reducirse a tres: a) los que el legislador ofrece una solución específica para el supuesto con un elemento de tráfico jurídico externo, estableciendo normas de carácter sustantivo que den una respuesta *ad hoc* a la situación de la vida privada internacional. El primer ejemplo histórico de este modo de operar —continúa diciendo el profesor Juenger— lo encontramos en el derecho romano, en el *ius gentium* aplicado por el pretor peregrino; b) en segundo lugar, y partiendo de soluciones materiales de derecho interno, se pueden analizar las normas del propio derecho material para de ahí deducir su ámbito de aplicación en el espacio, fijando las situaciones internacionales a las que la norma alcanza. Esta técnica de delimitación fue seguida por la doctrina estatutaria; c) por último, el tercer método de reglamentación, consistiría en centrar la atención en la relación o situación internacional en cuestión y “localizarla” en uno de los ordenamientos nacionales que presenten vínculos territoriales o personales con ella, y que será el ordenamiento llamado a regularla. Este método llamado “de localización” del supuesto en uno de los ordenamientos concurrentes, ha sido defendido a partir de F.C. de Savigny. *Cfr.* PÉREZ VERA, Elisa *et. al.*, *Derecho internacional privado* 4ª (Madrid UNED 1993) 72.

⁴⁰ GARCÍA GARRIDO *Derecho privado romano*, *cit.*, p. 70.

tarea, ya que con ella elaboraron la casuística y decidieron sobre los numerosos incidentes o facetas que planteaban la oposición, tan humana, de los intereses humanos. Al saber elaborar reglas e instituciones jurídicas establecieron el fundamento del derecho de todos los tiempos, el que ha pervivido hasta nuestros días desde Justiniano, el que ha venido siendo considerado como “derecho común” por la perfección que alcanzó su jurisprudencia.

Por ello, como señala el profesor García Garrido, “el derecho romano es el elemento común imprescindible para los estudios de derecho comparado y el nexo de unión del derecho europeo e hispanoamericano”.⁴¹

V. CONCLUSIONES

Terminaremos este breve trabajo con cinco puntos que intentan sintetizar las ideas hasta aquí hemos apuntadas:

1. El concepto de jurisprudencia es uno de esos conceptos multívocos a los que tan acostumbrados nos tiene la ciencia del derecho, pero que podemos acercarnos a su esencia, a lo que es, partiendo de su significado literal o etimológico.

2. Este significado literal nos lleva a desentrañar en primer lugar el concepto de *prudencia* como parte integrante del término (*i.e., iuris prudentia*) y a entender que la prudencia, precisada y desarrollada por Aristóteles, es virtud del intelecto mediante la cual se puede resolver acerca de los bienes y males que encaminan hacia la felicidad.

3. Esto (la prudencia), en el campo de lo jurídico, se proyecta en una actividad humana, particularmente la judicial, que consiste estrictamente en la dación por parte de un sujeto, llamado juez, a otro sujeto que llamaremos el particular, de lo que le es debido en justicia, determinando para ello lo justo objetivo y estableciéndolo con carácter definitivo e inapelable (si se trata de últimas instancias).

4. Al preguntarnos sobre quiénes hacen la jurisprudencia y cómo la hacen, nos tenemos que referir ineludiblemente al derecho romano. La manera como los juristas romanos entendieron la jurisprudencia, como la analizaron, como resolvieron y argumentaron los casos, como construyeron un sistema a base de axiomas o reglas y de conceptos, constituyen para nosotros un paradigma del quehacer jurídico, en el cual nos podemos y debemos asomar para encontrar ideas que nos ayuden a entender y perfeccionar nuestras concepciones jurídicas actuales.

5. Y ello nos lleva a la conclusión final de esta reflexión, y es que el derecho romano sigue vigente no sólo a través de los principios que a veces enuncian los abogados en sus escritos como muestra de “cultismo jurídico”, sino que la noción romana del derecho como jurisprudencia o prudencia de lo justo, es una antorcha que arroja luz para la mejor comprensión de la naturaleza del derecho, de los fines de la justicia, y de la formación de los juristas.

⁴¹ *Ibidem.*

VI. BIBLIOGRAFÍA

ADAME Goddard, Jorge, "El derecho como jurisprudencia", en *Ars Iuris*, revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, número 12, año 1994.

———, "El derecho romano como jurisprudencia", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 15, México, 1991.

BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neo romanistas*, México, Porrúa, 1989.

BURGOA, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Derecho común y derechos nacionales en la tradición jurídica Europea*, La Coruña, 1991.

———, *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.

GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Madrid, Dykinson, 1993.

———, *Derecho privado romano*, Madrid, Dykinson, 1993.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 38ª ed., México, Porrúa, 1986.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Editora Nacional, 1981.

KUNKEL, Wolfgang, *Historia del derecho romano* (trad. de la 4a. ed. alemana por Joan Mikel), Barcelona, Ariel, 1966.

KOSCHAKER, P., *Europa y el derecho romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

PÉREZ CARRILLO, Agustín, *Introducción al estudio del derecho: la definición en la ciencia jurídica y en el derecho*, México, colección Textos Universitarios, 1982.

PÉREZ VERA, Elisa et. al., *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Madrid, UNED, 1993.

PÉREZ NIETO, Leonel y LEDESMA, Abel, *Introducción al estudio del derecho*, 2ª ed., México, Harla, 1992.

PACHECO, Máximo, *Teoría del derecho*, 4ª ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, México, 1986, UNAM.

———, *Elementos para una teoría general del derecho: introducción al estudio de la ciencia jurídica*, México, Themis, 1992.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1966.