



## XI. EL DERECHO ROMANO Y EL “RULE OF LAW” (LA NORMA JURÍDICA)

De acuerdo a Roscoe Pound, la alternativa entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo comenzó en los tiempos de Grecia y fue continuada por el Derecho Romano. Así, refiriéndose a los romanos en su *Introducción a la Filosofía del Derecho* (*Introduction to the Philosophy of Law*) dijo: “Por tanto, lo que para los griegos era una distinción entre el derecho natural y el derecho por convención o legislado, se convirtió para los romanos en una distinción entre el derecho natural y el derecho por costumbre o legislación.” Para mí, la anterior alternativa no es la importante. Antes de entrar en materia, permítanme recordar el dictum de Kant: “Fiat justicia pereat mundi” (Hágase justicia aunque perezca el mundo). Entonces, puedo decir que el dictum anterior encierra una gran falacia, pues el único objeto de la justicia es precisamente impedir la posibilidad de que el mundo perezca.

Ahora bien, la alternativa entre el derecho natural y lo que se denomina el derecho positivo, es irrelevante si no definimos previamente qué es justicia y cuál es su objeto. Y esta diferencia procede precisamente de la naturaleza misma del derecho romano, el cual, como dice Pound: “los jurisconsultos eran abogados prácticos y la preponderante importancia del interés por la seguridad general estaba siempre ante sus ojos... Pero el empirismo jurídico mediante el cual el derecho civil (*ius civile*) se hacía ley del mundo necesitaba más que incentivos teóricos”. La creación del derecho civil era más el empirismo del *ius gentium* que estaba a cargo del “pretor pregreino.” Y así Pound reconoce: “Era un proceso muy similar al que mediante el empirismo judicial angloamericano ha sido posible hacer la ley del mundo sobre la base de los preceptos legales de la Inglaterra del siglo XVII”.

En Inglaterra del siglo XVII, el derecho estaba influenciado por John Locke, quien usó la idea del derecho natural a fin de justificar su concepto de derechos individuales. Así en su *Carta sobre la Tolerancia*, escribió: “Los intereses civiles son los que yo llamo vida, libertad, salud e indulgencia del cuerpo y la posesión de cosas externas.” Aquí tenemos los derechos individuales como tales, que conforme a su criterio, eran derechos naturales. Tanto era así que bien que estemos de acuerdo o no (y yo no lo estoy) en la misma *Carta sobre la Tolerancia* estableció que no era posible ser tolerante con los ateos, pues porque ellos no respetan la ley de la naturaleza. Más tarde, en su *Segundo Tratado del Gobierno Civil* repite su visión sobre los derechos individuales, pero en forma diferente y considera que el derecho natural provee el derecho de los hombres a “preservar su propiedad, su vida y su libertad”.

Por su parte, Pound considera que existe una diferencia entre el enfoque americano y el inglés respecto al derecho natural. Así dice respecto a la variante americana del derecho natural: “No es que el derecho exprese la naturaleza de los hombres, sino más bien expresa la naturaleza de los gobiernos”. Ciertamente no estoy de acuerdo con este criterio, dado que de hecho la naturaleza del gobierno tal como fuera concebida por los *Founding Fathers*, reflejaba precisamente su concepción respecto a la falibilidad de la naturaleza humana.



Es precisamente, basado en este presupuesto, que Locke en su *Segundo Tratado del Gobierno Civil* se pronuncia contra la monarquía absoluta y dice: “Pero yo desearía que aquellos que hacen esa objeción recordaran que los monarcas absolutos son sólo hombres, y si el gobierno va a ser el remedio para los males que derivan de los hombres, siendo jueces en sus propias causas y el estado de naturaleza no debe soportarse, yo deseo saber qué clase de gobierno es éste, y cuánto mejor es que el estado de naturaleza cuando un hombre al frente de una multitud tiene la libertad de ser juez en su propia causa y puede hacerle a sus súbditos todo lo que le plazca sin que nadie tenga la más mínima libertad de cuestionar o controlar a aquellos que ejecutan sus placeres.” Y en el capítulo de la “Sociedad Política o Civil”, añade la siguiente reflexión: “Es como si los hombres, abandonando el estado de naturaleza, entraran en sociedad y acordaran que todos menos uno deben estar bajo la restricción de la ley, y que puede retener la libertad del estado de naturaleza incrementada con poder y se haga licenciosa por impunidad.” Esto es pensar que los hombres son tan tontos que tienen cuidado de evitar los males que le pueden hacer los gatos o los zorros, pero están contentos y pueden pensar que es seguro el ser devorado por leones.”

Las anteriores citas son los argumentos fundamentales para limitar el poder político, aun cuando Locke no incluyó la separación del poder judicial como el instrumento fundamental para lograrlo. Entonces podemos decir que al contrario de lo sostenido por Pound, la organización del gobierno fue reflexión una sobre la naturaleza humana, tal como fuera claramente expresado por Madison en la Carta 10 de *El Federalista*. Yo diría que los derechos naturales no son el producto de la naturaleza humana, sino a pesar de ella. Y la forma de cumplir con esos derechos fue la limitación del poder político o lo que Locke denominaba las prerrogativas. Y con ese propósito el rol del parlamento era fundamental. El problema fue que en la medida que se redujeron las prerrogativas del rey, de hecho el parlamento se hizo cargo de las mismas.

Es verdad que en Inglaterra prevalecía el denominado “common law” que reflejaba la costumbre, y esencialmente el rol de los jueces era interpretar y aplicar la ley. En la realidad, creaban la ley a través de un enfoque pragmático para resolver problemas en nombre de la equidad (equity). Pero no debemos olvidar que al tiempo de Isabel I estaban sometidos al poder político. Tales eran la “Corte de la Cámara de las Estrellas” (*The Court of the Star Chamber*), la Corte de la Alta Comisión (*The Court of the High Commission*) y la Corte Marcial (*The Martial Court*). De acuerdo a Eugene Miller ensayo sobre la *Historia de Inglaterra* de David Hume, las funciones de esas cortes eran las siguientes: La Corte de la Cámara de las Estrellas tenía una autoridad discrecional ilimitada para imponer penas por una variedad de ofensas no cubiertas por el “common law” y sus miembros eran personas que mantenían sus posiciones el tiempo que al rey le pluguiera. El rey era, de hecho, el juez mismo cuando estaba presente. La Corte de Alta Comisión ejercía jurisdicción sobre los crímenes de herejía; y los poderes de la Corte Marcial podían ser ejercidos para imponer castigos bajo el pretexto de insurrección o de desorden público (sic).

A pesar de esa realidad, Locke no se refirió al poder judicial en sus Tratados, si bien debemos tener en cuenta que al tiempo que escribía, la Corte de la Cámara de las Estrellas había sido abolida. Pero antes de entrar en la separación del poder judicial, prescripto por Montesquieu, creo conveniente considerar el concepto de justicia tal como



lo concibiera David Hume. Al contrario de Locke, el enfoque de Hume respecto a la justicia es completamente ajeno al concepto de derecho natural, pero está basado precisamente en la naturaleza humana. Así dice en su *Tratado Sobre la Naturaleza Humana*: “Aquí tenemos una proposición que yo pienso, puede ser considerada como cierta, que es sólo por el amor de sí mismo y la limitada generosidad de los hombres, conjuntamente con la escasa provisión que la naturaleza ha dado a sus deseos, que la justicia deriva su origen...” “Porque es evidente que la única causa por la cual la extrema generosidad del hombre y la perfecta abundancia de todas las cosas destruiría la mera idea de justicia, es porque la haría inútil.”

Del juicio anterior es fácil percibir que el concepto de justicia de Hume no es una reflexión sobre el derecho natural, sino que está basado en la naturaleza del hombre y el carácter de la naturaleza que lo rodea. Por tanto, él considera a la justicia como una virtud artificial, que está profundamente relacionada con la misma naturaleza de la propiedad privada. En ese sentido, la principal característica de la propiedad es que ha sido establecida por convención. Entonces, distingue entre moral y justicia. La moralidad es la virtud natural que surge de las pasiones del hombre, y en ese sentido se opone al concepto de moral racional concebido por Platón en el *Phaedro* y por Kant en su *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*.

Por la misma razón, la moral es intencional en tanto que la justicia es consecuencial. Y por lo tanto podemos decir que ese enfoque pragmático al derecho surgió fundamentalmente del *ius gentium* y no de la codificación de Justiniano en el siglo VI después de Cristo. Al mismo tiempo, Hume no considera que artificial signifique arbitrario, sino todo lo contrario. Y por tanto dice: “El interés propio es el motivo original para el establecimiento de la justicia, pero la consideración por el interés público es la causa de la aprobación moral que tiene esa virtud. Así determina que: “Las tres leyes fundamentales de la naturaleza son la estabilidad en la posesión, la transferencia por consenso y el cumplimiento de las promesas. Es sólo de la estricta observación de estas leyes que la paz y seguridad de la sociedad humana depende completamente.”(sic)

### El poder judicial

Ya hemos hablado acerca de la justicia, de la propiedad y de los límites al poder político, pero no hemos mencionado la necesaria independencia del poder judicial a fin de poder aplicar la ley y reconocer los límites al poder político. Esa fue originalmente la contribución de Carlos Luis de Secondat, barón de la Brede y Montesquieu. En su obra *Del Espíritu de las Leyes* escribió: “No hay libertad si el poder de juzgar se realiza por el poder legislativo. Si no está separado del legislativo, sería posible ignorar la libertad y la vida de los ciudadanos, pues el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez tendría el poder de un opresor”.

Del párrafo anterior ha surgido la idea de considerar a Montesquieu como el creador de la teoría de la separación de los poderes. En tal sentido, se ha ignorado la contribución de Locke a esa teoría dado que tal como hemos citado anteriormente, él no se refirió al poder judicial. Este reconocimiento constituye un gran error histórico, porque Montesquieu ignoraba las razones mismas de la necesidad de establecer la



separación de los poderes. Cuando define las condiciones en que se basa la República, establece la virtud de los ciudadanos y dice: “Pero la virtud política es el desinterés propio, la generosidad lo que es muy difícil. Es posible definir esta virtud, diciendo que es el amor a la patria y a las leyes. Este amor que siempre prefiere el bien público al propio genera todas las virtudes privadas que componen esas preferencias.” Y continúa: “El amor a la República en una democracia es el amor a la igualdad. Al darle a todos el mismo bienestar y las mismas ventajas, deben disfrutar los mismo placeres y tienen la misma esperanza. Lo que no es posible si la frugalidad no es general.” Vemos entonces que ya en el siglo XVIII Montesquieu estaba en búsqueda del “buen salvaje” (Rousseau) y del hombre nuevo (Marx). Por tanto, él ignora la mera razón de ser de la libertad y por supuesto los intereses privados y en consecuencia los derechos individuales. Ya se confundía democracia con socialismo.

### El ius gentium y la Codificación

Hemos analizado el instrumento así como la esencia de la razón de la separación de poderes, ahora debemos continuar nuestra argumentación respecto a la diferencia entre la original creación del derecho a través del ius gentium en Roma, tal como fuera heredado por el common law anglo-americano y la codificación de Justiniano que ha influenciado el sistema jurídico de Europa continental. En este aspecto, Hayek en su *The Constitution of Liberty* (Los Fundamentos de la Libertad) escribió: “La famosa ley de las Doce Tablas, reputadamente como la imitación conciente de las leyes de Solón, forman los fundamentos de su libertad. La primera ley pública en ella provee que no se debe promulgar ningún privilegio o ley a favor de personas privadas, en perjuicio de los demás y contraria a la ley común de todos los ciudadanos, y cuyos individuos sin tener en cuenta su rango tienen el derecho de hacer uso de ella. Ésta fue la concepción básica bajo la cual mediante un proceso similar a aquel por el cual creció se formó gradualmente el “common law”, el primer sistema completo desarrollado de derecho privado-en su espíritu muy diferente del posterior Código de Justiniano, que determinó el pensamiento legal del continente.”

De acuerdo a Hayek, fue Cicerón quien desarrolló el concepto de libertad bajo la ley. Es decir que no hay conflicto entre ley y libertad. Este concepto fue precisamente reconocido por Locke en su *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, donde dijo que no había libertad sin ley. Este concepto fue aun más extendido por David Hume y así lo cita Eugene F. Miller en su ensayo “Hume sobre el Desarrollo de la Libertad Inglesa”: “La verdadera libertad, tal como Hume la entendía, incorpora la restricción de la ley. Requiere tales limitaciones que son necesarias para hacer al individuo seguro frente al daño ya proviene de otros individuos o del gobierno.” Así insiste en que la libertad individual puede ser limitada sólo por las leyes y no por las prerrogativas o el poder discrecional del ejecutivo. Y Miller continúa: “Lo que teme Hume no es tanto la tiranía del pueblo, sino la de las asambleas populares denominadas por líderes que pretenden hablar en nombre del pueblo. Las asambleas populares dada su dimensión, están exentas en gran medida de la restricción de la vergüenza y cuando traspasan los límites de la ley, naturalmente caen en actos de la mayor tiranía e injusticia.

Podemos ver que estos principios son los que más tarde fueron desarrollados en Estados Unidos, para establecer el “rule of law” (la norma jurídica) como la antítesis de



la razón de Estado que prevalece en el continente europeo. La razón de Estado se basa en el realismo de los universales, tales como el estado, la nación, el pueblo etc. y es la expresión misma de las prerrogativas absolutas del poder político. Al respecto dice Hayek en su *The Road to Serfdom* (Camino de Servidumbre): “La razón de Estado en la que la ética colectivista ha fundado su más explícita formulación, no conoce otro límite que el oportunismo –la adecuación de una ley particular para lograr el fin propuesto.” Esto es ignorar el “hallazgo” de Locke cuando “descubrió” que los monarcas también eran hombres.

Es en tal respecto que Miller reconoce la diferencia entre la filosofía de la historia británica y la continental y así dice: “Hume subordina el estudio de la historia a la ciencia moral, y la premisa fundamental de ésta es que la naturaleza humana es constante y uniforme. Aún el objeto principal de la historia es descubrir los variables y universales principios de la naturaleza humana, mostrando a los hombres en todas las variantes circunstancias y situaciones y proveyéndonos con datos de los cuales podemos formar nuestras observaciones y conozcamos el motor de las acciones humanas y su comportamiento.”

“La filosofía de la historia continental, por el contrario, parte del presupuesto de que los seres humanos no tienen una naturaleza fija. A fin de comprender a los hombres, debemos estudiar su desarrollo; y la historia es el campo en que el que este desarrollo se produce. El proyecto o el fin del desarrollo humano es la libertad y la historia se mueve inexorablemente hacia la completa realización de ese fin.” Este enfoque de Hegel siguiendo la razón en la historia kantiana, fue más tarde superada por el fin de la historia de Marx en la sociedad sin clases.

Así hay una gran diferencia entre aceptar que no hay libertad sin ley (Locke) y la pretensión de que toda ley es libertad (Hegel). Esa es la diferencia entre la libertad y la opresión. En el primer caso, todo lo que no está prohibido, está permitido, en tanto que el segundo significa que sólo aquellos casos que están legalmente permitidos no están prohibidos.

Pero volviendo a los orígenes de “rule of law” (la norma jurídica) veamos que dice Hayek al respecto. Y dice: “Durante el último imperio, la ley estricta fue debilitada, en la medida que en interés de una nueva política social, el estado incrementó su control sobre la vida económica. El resultado de este proceso que culminó durante Constantino, fue en palabras de un distinguido estudiante del Derecho Romano, que el imperio absoluto proclamó en conjunto con el principio de equidad, la autoridad de la voluntad empírica, sin restricción por la barrera de la ley. Justiniano con sus ilustrados profesores, llevó este proceso a su conclusión. “Después por mil años, la concepción de que la legislación debe servir para proteger la libertad individual se perdió. Y cuando el arte de la legislación fue redescubierto fue el Código de Justiniano con su concepción de que es el príncipe quien está por encima de la ley el que sirvió de modelo en el continente.”

De las anteriores consideraciones, podemos aceptar la tesis de que los verdaderos herederos del Derecho Romano fueron los Anlgo-Americanos. Del otro lado, la Europa continental y obviamente América Latina heredaron la codificación y



con ella la noción de que el poder político está por encima de la ley. Esa es una de las principales razones por las cuales la democracia fracasó en Europa, y en la actualidad está probada nuevamente su debilidad bajo la égida del socialismo y el nacionalismo. No hace falta resaltar el hecho de que en América Latina el sufragio universal durante los últimos 20 años ha sido justamente la excusa para violar los derechos individuales por la ley.

### EL sistema legal americano

La mayor contribución de Estados Unidos a la filosofía política fue la institución de una Constitución escrita y el rol fundamental de la Corte Suprema como guardiana de los derechos garantizados por aquélla. En la Carta 78 de *El Federalista*, Hamilton escribió lo siguiente: “Por tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. El negar esto sería como afirmar que el secundario es superior al principal. La Constitución es de hecho y debe ser considerada como la ley fundamental. Por tanto, a ellos le corresponde definir su significado, así como el significado de cualquier ley particular procedente del cuerpo legislativo.”

El principio establecido por Hamilton fue aplicado en 1803 por el juez Marshall en el famoso caso *Madison vs. Marbury*, donde la Corte dijo: “Todos aquellos que han instituido una Constitución escrita, la consideran formando la ley fundamental y principal de la nación, y consecuentemente la teoría de tales gobiernos debe ser que toda ley de la legislatura que repugna a la Constitución es nula...” Es enfáticamente el ámbito y el deber del departamento judicial el decir qué es ley. Todos los que aplican la norma a casos particulares deben por necesidad expandir e interpretar la norma. Si dos leyes están en conflicto la una con la otra, las cortes deben decidir la operatoria de cada una. Si las cortes han de considerar la Constitución y la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, la Constitución y no la ley ordinaria debe gobernar el caso al que ambas se aplican.”

Ese es el concepto operativo de lo que se denomina *judicial review* (revisión judicial) que es el instrumento a través del cual el poder político puede ser limitado. Obviamente, la idea subyacente para explícitamente controlar al gobierno es el principio establecido por Madison en la Carta 51 de *El Federalista*. Ese principio refleja la sabiduría de John Locke y David Hume en su respectivo concepto de la naturaleza del gobierno y el rol de la justicia dada la naturaleza humana. Así Madison dice: “Pero qué es un gobierno en sí mismo sino la mayor de las reflexiones sobre la naturaleza del hombre?”. Si los hombres fueran ángeles, no sería necesario gobierno alguno. Si los ángeles fueran a gobernar a los hombres, no sería necesario ningún control externo o interno. Al instituir un gobierno que es una administración de hombres sobre hombres la gran dificultad yace en lo siguiente: Primero se debe capacitar al gobierno para controlar a los gobernados; y en segundo lugar obligarlo a controlarse a sí mismo. La dependencia en el pueblo es sin duda el primer control sobre el gobierno; pero la experiencia le ha enseñado a la humanidad la necesidad de instrumentos auxiliares.” No es necesario decir que ese rol de la Corte Suprema sólo puede ser ejercido en tanto ella sea independiente del poder político.



Yo me atrevo a decir, entonces, que el sistema constitucional americano implica no sólo la formalidad de la separación de los poderes del estado (límites al poder político) sino la juridicidad de los principios filosóficos contenidos en el *Bill of Rights* (Declaración de Derechos). Esos derechos pueden ser aceptados como la expresión de los derechos naturales (Locke) o el resultado del proceso de aprendizaje acerca de la naturaleza humana (Hume). Esa es la razón por la cual en Estados Unidos las discusiones políticas versan sobre los casos particulares dentro del ámbito de la Constitución. Esa es la sabiduría de la República que es completamente diferente del concepto de las reglas de la mayoría (*majority rule*), que es el proceso democrático en el resto del mundo. Consecuentemente el respeto a los derechos individuales a la vida, a la libertad, a la propiedad y a la búsqueda de la propia felicidad nunca se cuestionan o nunca deben ser cuestionados en el ámbito político.

Lo más importante de este reconocimiento es el reconocimiento y así la eticidad de los intereses privados, los cuales no se consideran per se contrarios al interés general. Tanto así que el derecho a la búsqueda de la propia felicidad es el reconocimiento jurídico de la eticidad y de los interés privados en este mundo tanto como en el otro. Y en ese sentido, las palabras de Madison en la Carta 51 antes citada son realmente ilustrativos en este respecto cuando dice: “En un gobierno libre la seguridad de los derechos civiles debe ser la misma que para los derechos religiosos. Consiste en un caso en la multiplicidad de intereses y en el otro en la multiplicidad de sectas”.