

Derecho Romano y Etica Convergente*

Luis Aníbal Maggio

Professor titular de Direito Romano na Faculdade de
Direito, Ciências Políticas e Sociais da Universidade
de Morón (Argentina)
anibalmaggio@yahoo.com.ar

1

Sea por la Caja de Pandora, sea por la serpiente tentadora, desde que el mundo es mundo los males andan dispersos por la tierra y en consecuencia la Etica despliega su oficio porque su problema primordial es el del bien y del mal, al que Dios diera forma de árbol en la entrada misma del Paraíso. En torno a este núcleo primario y sus incontables derivados aparecen muy diversas clasificaciones pero quizá la más abarcativa y adecuada sea la división entre éticas “teleológicas” y éticas “deontológicas”. Las primeras se caracterizan por la aceptación de ciertos fines, considerados bienes supremos (placer, excelencia virtuosa, utilidad, solidaridad, etc) como fundamentos de la moralidad a partir de los cuales se construyen arquitectónicamente ciertos sistemas éticos. Dichos bienes conforman “contenidos materiales” que originan por ello las llamadas “éticas materiales” (teleológicas). Las segundas no reconocen ningún contenido previamente determinado sino que privilegian la configuración de ciertas “formas” cuya observancia fundamentaría la validez de los resultados cediendo paso a las llamadas “éticas formales” (deontológicas). El concepto “estrella”, al decir de Esperanza Guisán, de las éticas teleológicas es “lo bueno” (good), mientras en las éticas formales brilla el de “lo correcto” (right).

Desde la antigüedad y hasta Kant imperó en la ética una visión teleológica; sin haber caducado esta concepción, de Kant en adelante se desarrollan profusamente importantes éticas deontológicas o formales. El “imperativo categórico”, fuente originaria de éstas últimas, no presupone ningún contenido, ninguna conducta sustancialmente buena, pero cualquier conducta cuya máxima pueda ser elevada a ley

* Conferência proferida em 24 out. 2008 no Instituto Dr. Lapieza Elli, em Buenos Aires. Como tratou-se de exposição oral, não se indicam aqui as fontes bibliográficas nem se faz resumo.

universal sin caer en contradicción, será moralmente válida. Sólo la buena voluntad (el deber por el deber) es absolutamente buena y no es buena por lo que efectúe o realice sino que es buena por sí misma. El fundamento moral no radica pues en ningún contenido material sino en la forma.

La doctrina kantiana expresa en todo su esplendor el ideal de la modernidad que ha sido bien sintetizado por Benedicto XVI en su última Encíclica “*Spe salvi*”: progreso, ciencia, razón y libertad. Si el ser humano se atreve a saber (*sapere aude*), la ciencia disciplinará las fuerzas de la naturaleza, la racionalidad lo dotará de un auténtico señorío moral constituyéndolo en un ser instruido, autodeterminado, libre y solidario. Habrá un progreso material y moral indefinido hasta alcanzar el reino de los fines en los que todos se determinarán autónomamente por leyes universales y reinará la paz perpetua bajo los ideales de libertad, igualdad y fraternidad proclamados por la Revolución Francesa.

Tan alto paradigma es asediado y atacado por diversos y sucesivos flancos. La teoría de la evolución, el psicoanálisis, el existencialismo, el estructuralismo, el multiculturalismo van minando los cimientos culturales de la modernidad diseminando toda clase de relativismos, escepticismos y nihilismos desesperanzados. La “crítica de la modernidad” muy en boga produce una “intrépida y decidida negación de la razón”, al decir de Habermas. Al mismo tiempo enfrentamientos, guerras, genocidios y calamidades varias ofrecen un panorama de horrores que disuelven la confianza en las bondades de la naturaleza humana. Se hace sentir entonces un reclamo perentorio a la Ética para “volver a la razón”, pero volver a la razón es “volver a Kant”. Bajo esta consigna aparecen las Escuelas de Baden, Hamburgo y Frankfurt.

Estaba haciendo falta una teoría filosófica de lo bueno y lo correcto, una teoría ética que se extienda a los campos de la política y del derecho para encausar normativamente el desarrollo de la sociedad. Pero una teoría sólida, capaz de restaurar y sostener una ordenación racional de la vida en sociedad, requiere de cimientos firmes, de una “fundamentación última” a la que puedan reconducirse incuestionablemente todas sus diversas manifestaciones. Tal basamento no pueden ofrecerlo ya ni la religión al no existir una doctrina universalmente válida, ni la tradición por la labilidad multicultural de las costumbres modernas. Tampoco filosofías políticas paternalistas o autoritarias, incompatibles con la dignidad de la ética. El hombre moderno queda entonces como expuesto en una soledad metafísica. El problema que tiene en vilo a los autores es el de la “fundamentación última” de la ética que, si no se quiere caer en relativismos u otras posturas escepticas, requiere para estar “bien fundada” normas de “validez universal”. Pero, al no ser susceptibles de “universalización” los contenidos (controvertidas éticas materiales) de las normas, se apunta a la dimensión “formal”, sea en una postura monológica (vgr. Hare), sea mayoritariamente “dialógica” (Ética discursiva). Solo la “forma” es “universalizable”, los contenidos son siempre contingentes y objeto de muy diversos juicios de valor.

Paralelamente, ocurre el desplazamiento del “paradigma de la conciencia” (“factum” de la conciencia moral normativa) por el “giro lingüístico” (“factum” del lenguaje) como punto de partida de la reflexión filosófica. Por encima de todas las determinaciones particulares, el ser humano se caracteriza y distingue específicamente por el lenguaje, somos seres hablantes. El lenguaje exhibe una triple dimensión: sintáctica (coordinación interna y construcciones verbales), semántica (correspondencia entre significantes y significados) y pragmática (usos). En esta última dimensión, el habla tiene por objeto comunicarnos y la comunicación tiende necesariamente al entendimiento. La racionalidad humana no se expresa ya en el sujeto kantiano (particular y universal a la vez) capaz de querer lo que todos quisieran sino en la intersubjetividad comunicativa del lenguaje. El rechazo a toda fundamentación metafísica lleva a definir a la persona humana por su competencia dialógica para la formación de “consensos” legitimadores, así como a la búsqueda de la universalización en los procesos productores de las normas por mor de las condiciones normativas de todo diálogo posible. De este modo la racionalidad humana, en palabras de Robert Alexy, “no es nada distinto a la preservación de las reglas del discurso”. La dimensión axiológica (lo bueno) es subsumida bajo la deontológica (lo correcto).

La perspectiva deontológica de la ética postkantiana ha dado cauce a las llamadas “TEORIAS PROCESALISTAS DE LA JUSTICIA”, de entre las cuales abordaremos algunas de las más relevantes, bien que a paso de turismo meramente descriptivo.

2

Hay general asentimiento en que la “Teoría de la Justicia” (Justicia como equidad o imparcialidad) de John Rawls es una de las contribuciones quizá más importante del siglo XX.

El autor propone una “interpretación procesal” de la doctrina de la autonomía de la voluntad y el imperativo categórico kantianos, adscribiendo su teoría en el ámbito de la “justicia puramente procesal”. Hay, dice, una “justicia procesal” tripartita: a) Justicia procesal perfecta cuando existe un criterio anterior de lo justo y un procedimiento para alcanzarlo (caso del pastel dividido en partes iguales). b) Justicia procesal imperfecta cuando siguiendo el procedimiento se llega a un resultado injusto (caso del inocente condenado o del culpable absuelto). c) Justicia puramente procesal en la que no interesa el resultado sino el procedimiento “ya que no existe un criterio independiente por referencia al cual se pueda saber que un determinado resultado es justo”. Esta es precisamente el ámbito en que queda adscripta la “justicia como imparcialidad”.

Mediante recursos metodológicos descriptos como “ciertas restricciones de procedimiento” (sic), elabora su teoría desde una constelación conjetural o hipótesis

descripta como la “posición inicial” o “posición original”, que se configuraría acotando la misma con una serie de “restricciones” o especificaciones (básicamente el “Velo de la ignorancia” y las “Circunstancias de la Justicia”, que veremos seguidamente, y algunas otras restricciones formales de principios) inexistentes en el universo kantiano y el célebre contrato social russoniano.

La “posición original” no es un symposium ni una asamblea realmente acontecida; se trata de una situación conjetural producto de un “razonamiento contrafáctico” que postula : Si se reconstruye mentalmente, si nos representamos una situación inicial en la que los seres: a) fueren racionales noumenales, (aplicarían la racionalidad deliberativa), autointeresados (no envidiosos), libres (de condicionamientos empíricos para elegir) e iguales (tendrían los mismo derechos en el procedimiento para escoger principios; b) estuvieren bajo el “velo de la ignorancia” de modo tal que para asegurar la imparcialidad fueren desconocedores de su propia condición, pero conocieren las leyes básicas de la sociedad y la economía; c) actuaren en circunstancias (“circunstancias de la justicia”) tales que reinara una moderada escasez y equilibrio de fuerzas, fueren iguales en poderes físicos y mentales, pero vulnerables a las agresiones de los otros ; d) no omitieren cierta previsión de futuro (para si y al menos tres generaciones) y e) se supone la existencia de ciertos bienes (bienes primarios) presuntamente deseados por todo ser racional, (derechos, libertades, oportunidades, ingreso y riqueza, autorespeto) y un cierto nivel de desarrollo (justicia especial), en este marco ideal restringido, acordarían por unanimidad dos principios básicos, a saber:

- 1: **Principio de la libertad:** Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.
- 2: **Principio de la diferencia:** Las desigualdades económicas y sociales habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez: a) se espere razonablemente sean ventajosas para todos; b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.

El primer principio (de la libertad) se aplica a las libertades básicas; el segundo (de la diferencia) a: 1) distribución de ingreso y riqueza (ventajoso para todos). 2) puestos de autoridad y responsabilidad (asequibles para todos) y tiene que ser consistente con las libertades básicas e igualdad oportunidades.

Coordinando la igualdad de oportunidades con el principio de la diferencia, el segundo principio especifica que “las expectativas más elevadas de quienes están mejor situados son justas si y sólo si funcionan como parte de un esquema que mejora las expectativas de los menos favorecidos de la sociedad”.

Los dos principios como caso de una concepción general de la justicia pueden enunciarse: “Todos los valores sociales -libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, así como las bases sociales y el respeto a si mismo- habrán de ser distribuídos igualitariamente a menos que una distribución desigual de algunos o de todos estos valores redunde en una ventaja para todos”.

Los “principios de justicia” (justicia sustantiva) que se acuerden en la posición original informarán y serán reflejados en el contrato constitutivo de la sociedad y los elementos principales del sistema económico y social y serán efectivizados en sucesivas etapas (constitucional, legislativa, judicial, administrativa).

“El concepto de que algo es justo, equitativo o beneficioso puede ser reemplazado por el de estar de acuerdo con los principios que en la situación original serían reconocidos como aplicables a asuntos de su clase”, en otras palabras, lo “correcto” reemplaza a lo “justo”.

Los hechos morales están determinados por los principios que hayan sido acordados en la posición original sustitutiva del pacto, de modo tal que algo será bueno sólo si se ajusta a las formas de vida compatibles con los principios de derecho ya existentes. Solamente una vez establecidos los principio de justicia resulta posible el orden moral. El bien de una persona está determinado por lo que para ella es el plan más racional, dadas circunstancias razonablemente favorables, de modo que algo es bueno, si se ajusta a formas de vida compatibles con los principios de derecho ya existentes, ya que “los planes racionales de vida que determinan qué cosas son buenas para los seres humanos, los valores de la vida humana, se hallan sometidos ,a su vez, a los principios de justicia”. Es decir, la moral consiste en realizar planes personales racionales de vida bajo la bóveda celeste de los principios de justicia previamente establecidos en la “posición original”. En consecuencia y aquí tenemos un giro en redondo de de la concepción tradicional sobre la primacía de la moral sobre el derecho, para Rawls, el concepto de derecho tiene prioridad sobre el de bien. Este ángulo de visión implica una separación entre “lo justo”, que queda así transferido a la dimensión pública (principios de justicia) y “lo bueno” que se privatiza en planes personales de vida.

3

Otra concepción de gran prestigio es la “Etica de la Comunicación”, “Etica Consensual” o “Etica Discursiva”, como prefieren llamarla sus propulsores Kart Otto Apel y Jurgen Habermas.

El “giro lingüístico” al que se ha hecho mención nos señala que formamos entonces una “comunidad de hablantes”, una “comunidad dialógica”. Si nos situamos en una “comunidad ideal de comunicación”, es posible desde este promontorio otear las condiciones últimas de todo dialogo posible que conduzca al entendimiento sobre la verdad de las proposiciones en el terreno científico y/ corrección de las normas en el de la ética y el derecho. En el proceso comunicativo de esta comunidad ideal ocurren ciertos “presupuestos trascendentales”, i.e no empíricos, según Apel y “universales”, según Habermas, que son irrebasables, i.e, conforman un “non plus ultra”, no pueden existir otros que lo superen y desde la “pragmática del lenguaje” están necesariamente supuestos, no pueden negarse sin

caer en “autocontradicción preformativa” o “petición de principios”. Son criticables pero no falibles, su verdad es axiomática, no puede arguirse ni demostrarse su falsedad. En línea observante de estos presupuestos, se obtendrían necesariamente a ciertos acuerdos básicos “correctos” o, en últimas, desacuerdos fundamentados, límites máximos a los que puede acceder la racionalidad humana.

Rige en esta comunidad ideal, soberana y trascendentalmente supuesta, una “Norma Básica” bajo cuyo imperio se articula todo el sistema discursivo: “Todo conflicto de intereses debe procurar resolverse no por medio de la violencia sino por medio de argumentos (discursos prácticos) y del consenso que éstos permitan alcanzar”.

Opera asimismo un “Principio ético de universalización”:

Sólo puede pretender validez las normas que se encuentren (o podrían encontrar) aceptación por parte de todos los afectados como participantes en un discurso práctico”. “Cada norma habrá de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos secundarios que se seguirían de su acatamiento universal para la satisfacción de los intereses de cada uno (previsiblemente) puedan resultar aceptados por todos los afectados (y preferidos a las consecuencias de las posibles alternativas conocidas.

Los seres racionales de Kant o noumenales de Rawls son sucedidos por los posibles afectados que adquieren la condición de interlocutores válidos:

Cualquier sujeto capaz de lenguaje y acción puede participar en los discursos prácticos, cualquiera puede problematizar cualquier afirmación, cualquiera puede introducir en el discurso cualquier afirmación, cualquiera puede expresar sus posiciones, deseos y necesidades y no puede impedirse a ningún hablante hacer valer sus derechos, establecidos en reglas anteriores, mediante coacción interna y externa al discurso.

La aceptación recíproca de los hablantes como “interlocutores válidos” conforma la dimensión ética del discurso ideal.

En el diálogo que celebra la comunidad ideal cada interlocutor válido desempeña ciertas “Pretensiones”, a saber:

- a: inteligibilidad de lo dicho: identidad de significantes y significados para todos los interlocutores, lo que otorga al discurso su dimensión hermenéutica.
- b: verdad de los enunciados y corrección de las normas.
- c: veracidad, sincera convicción de lo afirmado.

Si pues bajo la bóveda celeste de la Norma Básica todos los alcanzados reales o posibles por los efectos de los acuerdos desempeñaren como interlocutores válidos el trípode de pretensiones, la observancia de tales principios procedimentales importará la “corrección” de las normas resultantes.

4

Ahora bien, el mismo Rawls señala que la doctrina de Kant “se halla poblada de gran número de dualismos y especialmente por los existentes entre lo necesario y contingente, la forma y el fondo, el deseo y la razón y entre el noumeno y el fenómeno” y cree superarlos proponiendo, como ya se dijo, una “interpretación procesal” de la doctrina de la autonomía de la voluntad y el imperativo categórico que lo lleve a sobrepasar la pura formalidad, superar los “dualismos” y establecer principios sustantivos de justicia, valiéndose de nociones que “ya no son puramente trascendentales y faltas de conexión con la conducta humana”.

Que lo haya logrado es del todo opinable; al menos en el campo del derecho, donde el “vacuum” entre fondo (materia - contenido) y forma se manifiesta a cada paso y la necesidad de conciliarlos interpela al jurista, los dos principios que considera sustantivos aparecen hartamente insuficientes para el abordaje y resolución de los conflictos concretos de la vida social cotidiana. Tampoco la ética discursiva que para Habermas ha de mantenerse estrictamente en el plano fundamentador y para Apel sólo en cuanto sea posible descendería esforzadamente del plano trascendental al de la mundaneidad mediante el “principio de complementación”, pareciera tender puentes idóneos. Materia y forma se mantienen como a la distancia en sus respectivas órbitas.

La ética, al decir de Maliandi, no tiene conflictos sino que es un “conglomerado de conflictos”, aserto que bien puede extenderse al derecho. Cada situación conflictiva concreta aporta un “thema decidendum” como fondo, materia o contenido a resolver desde ciertas formas jurídicas.

Es precisamente en torno a esta dicotomía básica irresuelta entre materia y forma que argumenta enérgicamente Artur Kaufmann, ex profesor de la Universidad de Munich. Si se lograra crear materia desde la forma, dice, muchos misterios del universo serían resueltos, pero jamás de las formas se pudieron extraer contenidos, la forma como tal jamás produce materia. Las teorías procesalistas son meramente formales y por ende vacías e inocuas, no resuelve ningún problema, ni nada dicen sobre el cómo y el qué debemos hacer en situaciones concretas como, por ejemplo, la de un médico frente a dos heridos graves teniendo un solo aparato para conectarlos.

La filosofía y la filosofía del derecho actuales operan frente a esto, es decir, frente a los problemas reales, de contenido, extraordinariamente difíciles en la teoría del discurso, de la cual, aunque algunos se matan hablando hasta el cansancio (parece serles necesario basar su cientificidad en tales vacuidades como fundamentación final, pragmática trascendental y otras parecidas), no hay nada que esperar. Pero, para no ser malentendido, naturalmente se necesita de la ciencia y más aún de la filosofía, del discurso, pero este debe ser un discurso que tenga contenidos y estos contenidos no provienen de la pura forma, sino predominantemente de la “experiencia, ya que los resultados de tales “discursos reales” no son desde luego “finalmente fundados” sino que plantean arriesgados juicios problemáticos.

El discurso ético, dice, aunque pudiese funcionar en el ámbito macroético, no es operante en el microético porque hay decisiones que no pueden universalizarse. “Las normas no pueden ser formuladas fuera de un contexto, en la pura racionalidad porque se basan en la prudencia; el poder del juicio moral no alcanza para fijar un catálogo de reglas universales”.

La fundamentación final si se refiere al discurso argumentativo mismo, es aceptable; pero no es científicamente sustentable si se refiere al contenido (consenso idealmente logrado). Ese contenido no es susceptible de comprobación empírica y su accesibilidad por vía formal-ideal es harto problemática porque no hay la tal comunidad ideal de comunicación (Apel), ni la situación dialogal ideal (Habermas), ni el auditorio universal (Perelman), formas de pensar ficticias, a punto tal que el mismo Apel estima poco viable su ética pura del discurso para el “tiempo intermedio” y apela al “principio de complementación”, aludido precedentemente.

Rechaza asimismo la preeminencia de lo correcto sobre lo bueno que caracteriza a la ética procesal. Todo intento de aferrarse a una teoría de lo correcto sin respaldo en una teoría del bien está condenado al fracaso. ¿Por qué se debe ordenar obligatoriamente que determinado procedimiento, desempeñando una posición especial, logre consecuencias?

El punto de vista procesal es válido en cuanto a los principios de argumentación y consenso. La verdad, que requiere la correspondencia (*adequatio rei et intellectus*) no puede darse sino en la intersubjetividad, pero haciendo uso de “*pro domo sua*” del racionalismo crítico de popperiano, introduce el principio de falibilidad (falsación); en consecuencia, ningún consenso es definitivo, ya que cada afirmación, cada conclusión, cada argumento es esencialmente corregible, salvo el principio mismo del consenso.

Ahora bien, las reglas del discurso intersubjetivo son vacías y nada dicen sobre qué o cómo debemos proceder en la circunstancia, el consenso por el consenso mismo es como el barón de Mathausen y el método de la falsación, si sólo está meramente interesado en descubrir errores, no puede asegurar que algo sea justo o que son las buenas costumbres sino tan sólo lo que es sin duda injusto y decididamente inmoral. Lo mismo podría decirse, agregaríamos nosotros, de los razonamientos contrafácticos. Pero de lo que se trata es de fundamentar y, si bien el concepto de que ninguna fundamentación es definitiva es aceptable en la reflexión filosófica, no lo es en el discurso porque impediría toda posibilidad de entendimiento. “Nosotros, dice, debemos decidir y actuar”. Se hace necesario entonces la inducción hasta llegar a una saturación de argumentos. Por esa vía, muchos sujetos independientes entre sí pueden alcanzar con relación al mismo asunto “conocimientos convergentes” (“convergencia de la verdad”), objetivos, un consenso fundamental sobre valores básicos. El medio más importante para la confirmación de lo objetivo es el consenso, pero el fundamento no es el consenso obtenido en forma ideal, sino la convergencia, que no es “acumulación de opiniones subjetivas, una especie de opinión dominante, sino la ordenación de diversos

conocimientos, procedentes de distintos sujetos e independientes entre si, del mismo ente”. Se da así una “falibilidad pragmática” que exige en el punto de convergencia de las opiniones falibles un “conocimiento objetivo” (no “sustancial”), la “adequatio rei et intellectu” requerida tradicionalmente como elemento constitutivo de la verdad. “Consenso como fuente del derecho justo, derecho justo como límite del consenso”, escribe reproduciendo la cita de W. Naucke.

En este sentido y como enseñara Aristóteles ciertos principios no dependen de las convenciones humanas, son evidentes por si mismo y exhiben una inteligibilidad tal no admiten posibilidad contraria. Sería absurdo argumentar que la viabilidad, o si se quiere, el derecho de la autodefensa en caso de una agresión dependiera de un acuerdo o consenso, con o sin consenso yo me voy a defender, lo que sí puede ser objeto de consenso son la forma y/o circunstancias en que puedo defenderme (legítima defensa). Ciertos “primeros principios” o principios sobre valores fundamentales en los que necesariamente vamos a “converger” se aprehenden por actos cognoscitivos. Pero, como enseña Kalinowski, también son actos cognoscitivos aquellas regulaciones propias de la discrecionalidad política legislativa o administrativa o sobre lo que en principio sería indiferente que fuera de uno y otro modo. Y es precisamente aquí donde aparece la necesidad de la “interdisciplinarietà” para lograr acuerdos fundados. No se pueden hoy en día regular sobre temas tan cruciales como la vida humana, el medio ambiente, las comunicaciones, las cuestiones demográficas y económicas globalizadas, etc. sin la concurrencia de los aportes y estado actual de los conocimientos de las ciencias tanto naturales como sociales.

En esa “convergencia” del discurso en un consenso sobre valores básicos ni la primera ni la última afirmación son definitivas. Toda afirmación es refutable por otra mejor argumentada, pero ésta, por más irrefutable que parezca, por más que se imponga con una objetividad inteligible que “con-venza” a los participantes, los libere de dudas y les permita decidir y actuar con sólido fundamento, siempre quedara como a la espera de una posible posición superadora. El derecho humano no se agota en el instante, es tradición y cultura; entendida hermenéuticamente al modo de Gadamer como suceso que llega por trasmisión y empalma en la tradición o se beneficia del enlace que de ella proviene, la confluencia del pasado, permite conjugar las formas vacías con la experiencia y el experimento. Los argumentos del debate ético deben ser con contenidos, pero los contenidos no son comprobables apriorísticamente, sino diferenciadamente en las distintas épocas y los distintos hombres.

Como todo proceso, el discurso normativo debe tener un objeto, un tema, que no se da por terminado como “objeto procesal” antes del proceso, sino que en el proceso adquiere su contorno definitivo, aunque precede al proceso como “relación jurídica”. Si se radica el objeto del derecho fuera del proceso, se cae en ontologismo; si en el proceso de producción jurídica, en funcionalismo. Se hace necesario hallar

un “fenómeno” tal que sea simultáneamente ontológico y procesal. ¿Cuál será ese fenómeno que represente el tema del derecho a convertir en objeto procesal?. No puede ser otro que el hombre, el ser humano, pero no como ente empírico o noumenal, sino como persona tanto dentro como fuera del proceso, es decir, como la estructura de relaciones en que se encuentra con los otros hombres y las cosas, porque como dijera Santo Tomas el hombre como persona no es sustancia sino relación (“ordo non est substantia, sed relatio”), la que no es estática e intemporal sino dinámico-histórica, ni tampoco discrecionalmente disponible. La centralidad del hombre en el discurso ético-jurídico requiere no sólo formas de “pensar ficticio” sino de comunidades reales de argumentación, lo que le otorga la dimensión histórica que es decisiva y constitutiva del derecho. Refiriéndose a los derechos humanos expresa que cuanto más pobres de contenido hayan sido pensados, sus posibilidades de universalización como “fórmulas vacías” son infinitas, pero así carecen de sentido porque con tales fórmulas no se puede argumentar, con éticas formales o matemáticas no se vencerán los gigantescos problemas actuales. La sola pregunta ¿ posee el embrión humano dignidad humana? las pone contra las cuerdas y prueba que hay muchas más respuestas diversas que universalizables. Kaufman interroga retóricamente si la ética de Apel ofrece algún consejo, llamamiento o ejemplo ante los problemas éticos actuales como energía nuclear, bioética o genética, entendiendo que la ética de la responsabilidad de Hans Jonas y de la reciprocidad de Jean Piaget y Paul Ricoeur son mucho más aptas que los metadiscursos para enfrentarlos.

En este punto podríamos por nuestra cuenta referenciar a Adela Cortina cuando en “Ética Mínima” enfatiza que por encima de todas las diferencias, la base de la cultura de nuestro tiempo se va extendiendo en forma imparable hasta el punto de poder considerarse como sustento universal para legitimar y deslegitimar instituciones nacionales e internacionales “el reconocimiento de la dignidad del hombre”. Tenemos aquí una notable convergencia de la Ética con el Derecho en la primacía de la persona humana como fuente y destinataria de toda normatividad posible.

Con relación a la filosofía del derecho, enfatiza que no puede limitarse exclusivamente a lo formal y descuidar los contenidos o dejárselos a la política y le requiere que deberá recordar de nuevo su tarea original de dar respuesta a los interrogantes que los hombres le han planteado: la diferencia entre derecho y entuerto, las condiciones de una sociedad bien ordenada, la paz duradera, los bienes, sus posibilidades y cargas, la medida de justicia que es posible alcanzar; pero ello, enfatiza, no es juguete para una élite de lógicos aventajados y le augura que en el futuro no estará caracterizada por “rasgos postmodernos irracionales o místicos ni tampoco por un creciente ascenso de la razón formal, técnica, funcionalista”.

La verdad como correspondencia, la posibilidad de gnoseológica de un realismo crítico en la convergencia de conocimientos objetivos, la consideración de lo justo como

una forma de lo bueno y la operatividad de la prudencia en el juicio moral, permitiría ubicar a Kaufmann entre los autores neoaristotélicos que desde la década del 80 han cuestionado severamente las doctrinas racionalistas formales.

5

Hemos visto al comentar sobre J. Rawls la tripartición de la “justicia procesal” en procesal perfecta, procesal imperfecta y puramente procesal.

En nuestra materia corremos el riesgo de pensar que porque usamos a veces las mismas palabras que los romanos, estamos pensando las mismas cosas y nos asedia la tentación de ver reeditadas como meras reproducciones o copias instituciones antiguas en las instituciones modernas. Preciera no caer en cuenta que el derecho es un producto histórico y cada institución alcanza su plenitud de significación en circunstancias tempoespaciales y culturales específicas, cuya atenta consideración es postulada por una hermenéutica idónea. No obstante, resulta interesante observar cómo muchas de las instituciones hodiernas no surgen de la nada o del tiempo presente sino que es posible rastrear en antiguas instituciones lineamientos germinales que se desarrollan y esplenden en instituciones modernas y cómo, a la vez, la luz de lo contemporáneo permite descubrir nuevos o no advertidos matices en aquellas y así rescatar su valor y pervivencia en el devenir de la cultura jurídica.

El Proceso Civil Romano desde sus orígenes hasta el advenimiento de la “cognitio extra ordinem” se caracterizó por su doble faz “in iure” e “in iudicio”. Examinando tal estructura del proceso romano podremos arribar a interesantes evidencias sobre cómo en la incesante pugna por la “verdad jurídica” la tensión entre forma y fondo se fue manifestando y desarrollando y cómo quizá aquel proceso discursivo puede servirnos de modelo orientador hacia la tan necesaria “convergencia” que en definitiva ha de ser sobre el “derecho justo”.

Al decir de Foucault, el afán de conocimiento del ser humano se canalizó mediante la lucha y la interrogación y ésta comenzó por la búsqueda de la “verdad procesal o jurídica”, especialmente en el derecho penal.

En tal búsqueda de la verdad así entendida, el derecho romano puede arrimar el precedente del sistema de las “acciones de la ley” (“legis actiones”), tema que ya he tratado en la ponencia presentada en el XVI Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano celebrado en la ciudad de Córdoba (año 2003).

El formalismo es una de las características esenciales del antiguo derecho del pueblo romano, que profesara como ningún otro pueblo el culto de la forma. Y es en este sentido, es decir de gestos y ritos procesales, cómo deben entenderse las “legis actiones”.

Al tratar la Teoría de las Acciones, Scialoja, explica que “actio” originariamente quiso significar “actus”, acto jurídico solemne, entre los que tuvieron una importancia

capital los que debían cumplirse para obtener la ejecución de un juicio o la decisión de un punto controvertido y, al estar establecidos por la ley, se denominaron “legis acciones”. Poco a poco el sentido formal dado por el “carácter exterior” del acto, se va trasladando al contenido sustancial del acto mismo.

La expresión derecho “procesal” no es romana, pero al hablar del derecho romano como un “derecho de acciones”, el sentido de “actio” se liga semánticamente a la actividad jurisdiccional en el sentido de posibilidad de amparo judicial de una situación o posición jurídica y las “legis acciones” a las formas o vías procedimentales mediante cuya observancia se conforma el “ius persecuendi” que definiera Celso.

Sabemos que la expresión “derecho subjetivo” tampoco es de cuño romano; no se trata de las facultades que el ordenamiento jurídico objetivo otorga al ciudadano como lo entendemos modernamente. El “ius persecuendi” era en esencia la posibilidad de obtener un “iudicium” (iudicium dabo), la resolución de un conflicto por un ciudadano designado juez y, si bien en el proceso formulario el pretor con mayor o menor margen de discrecionalidad es quien da o deniega la acción, en el procedimiento de las acciones de la ley la posibilidad o poder de obrar jurisdiccionalmente depende y se materializa por la estricta observancia de las formas procedimentales solemnes. El actuar de acuerdo con las formas sacramentales, especialmente las palabras (“legum verbis accomodatae”) crea un derecho, el derecho al proceso; caso contrario, nos dice el ejemplo paradigmático de Gaius, se hubiere perdido la “res”.

Cuál era la “res” que habría perdido el litigante mal hablado? El “juicio” (“iudicium”) en sentido estricto sin duda no porque todavía no había accedido a la segunda etapa; lo que perdía era precisamente esa posibilidad, la de la “actio” en el sentido de poder perseguir “in iudicio” lo que le era debido, mediante la designación de un juez, o si se quiere, la “res litigiosa”, el proceso, el pleito como traduce Di Pietro.

En esta primera etapa, cumplida la forma, hay “actio”; la forma es “ad solemnitatem”, constitutiva del “ius actionis”; no cumplida, no la habrá, el derecho al proceso se ha perdido. Vemos que aquí el “ius” sustancial (“good”), lo que nos es debido, no interesa, lo que importa es la forma, la “corrección” del procedimiento (“right”). En otras palabras, lo que en esta etapa importa no es si el litigante tiene o no tiene derecho, si es justa o no su pretensión, sino el cumplimiento de ciertas formalidades como condición visceral para que se abra la posibilidad de considerar y resolver, en la otra etapa, esa cuestión. Lo que preocupa al Estado es controlar la “regularidad de la acción”, es decir, su encausamiento a través de los cánones formales, el derecho de cada cual que se decidirá en la segunda etapa es, si se quiere, un asunto privado. Hoy diríamos el “debido proceso”, la actuación judicial de acuerdo a reglas preestablecidas como garantía de juzgamiento “correcto” y, como vimos supra, “lo debido”, “lo correcto” es propio de la visión “dentológica”.

En este sentido, podríamos arriesgar que el elemento raigal de las teorías procesalistas de la Justicia, es decir, la prevalencia de “lo correcto” (right) dada por la observancia de las formas se encuentra ya en el procedimiento de las “legis acciones” conformando un paradigma de “justicia puramente procesal”.

6

En las teorías procesalistas de la justicia, la justicia puramente procesal se atiene a la observancia de las reglas procesales. Al no existir ningún criterio previo sobre lo justo o lo injusto, lo que interesa es la regularidad del proceso que, por haberse desarrollado de acuerdo con reglas preestablecidas, desembocará en un acuerdo deontológicamente válido en cuanto formalmente “correcto”. Desde este punto de vista, el contenido de la labor jurisdiccional, sea cual fuere, sería indiferente o neutro en términos de justicia, pero sería sí un pronunciamiento válido, “correcto” si se ha resguardado la regularidad del proceso.

A esta conclusión tentativa nos aproxima, como hemos visto, el examen de las acciones de la ley como primera etapa del proceso (“in iure”), desde el prisma de los principios de las teorías procesalistas de la justicia, pero no sería válida y extensible a la totalidad del proceso civil romano. He tratado también este tema en la ponencia “La etapa “in iudicio” y las teorías procesalistas de la Justicia” presentada en el Congreso Iberoamericano de Derecho Romano celebrado en la Universidad del rey Juan Carlos, Madrid, año 200.

En la segunda etapa del proceso civil romano (“in iudicio”) de lo que se trataba era de develar el “ius positum in causa” el “ius cuique tribuendi”, el derecho “de fondo”, mediante una convergencia en principios sustanciales. Mientras en la primera etapa se procura celosamente asegurar la regularidad, la corrección del proceso merced a la estricta observancia de las formas solemnes, ello era como preparación introductoria para la segunda en la que habrá de hallarse no ya lo correcto, sino lo justo, lo que es debido a cada uno. El “ius persecuendi” (procesal) tiene por objeto final que le da sentido el “ius quod sibi debetur”, que corresponde “cuique tribuere” (sustancial).

En la primera etapa, “in iure” (en el tribunal) se exponen los hechos y pretensiones siguiendo ciertos cánones gestuales y verbales ante el Pontífice, luego más informalmente ante el magistrado (pretor), se daba o denegaba la acción; si la había, se establecía la “litis contestatio” (legis acciones) o se redactaba la fórmula (procedimiento formulario) con la designación del juez y sus distintas partes, prescripciones y excepciones según el caso y la alternativa de soluciones aplicables en función de los supuestos de hecho o derecho. En la segunda, “apud iudicem”, se examinan y comprueban los hechos aludidos en la fórmula y los que se le relacionan y se hace aplicación de los principios de derecho puestos en juego.

Es opinión corriente que el proceso civil romano tenía un carácter privado, interesándole primordialmente al Estado resguardar, como dijimos, la regularidad

de la acción. Las reglas de organización del proceso “in iure” dan cuenta de tal preocupación tutelar prioritaria. El resultado del litigio, dilucidado ante el juez, sería un asunto particular del que el estado prácticamente se desinteresaba.

Quizá esta visión del proceso sea una de las razones por la que en los manuales se trata ampliamente la primera etapa con las principales acciones (Gaius con sus “Instituta” y epígonos puede ser un ejemplo), relegándose la segunda a una sumaria relación de los medios de prueba e insistiéndose en el carácter ampliamente discrecional de la “sententia” en la apreciación de los mismos, de modo que el hacer lugar a las opciones de la fórmula prácticamente dependería de un cierto e impreciso arbitrio del “iudex”.

Desde este punto de vista, el proceso civil romano podría exhibirse como uno de los antecedentes históricos de “justicia puramente procesal”: lo determinante sería la observancia de las reglas del proceso, no el resultado. El resultado será válido en tanto que “correcto”, es decir, obtenido mediante el seguimiento de las normas rituales, siendo indiferente para el estado que fuere uno u otro, justo o injusto.

Sin embargo, lo esencial en el proceso civil romano no era la cobertura “deontológica” en la resolución de los conflictos sino la “axiológica”, de modo tal que su finalidad no era un resultado correcto, sino una solución justa. Y en este sentido, tendría un interesante parentesco con la “teoría de la convergencia” o, mejor dicho, cabría ilustrar dicha teoría con el ejemplo histórico del proceso civil romano.

Podemos entender el término “derecho” como lo “correcto”. Sin embargo, los romanos mencionaban regularmente el “ius”, que era “lo justo”. Santo Tomás dirá que los romanos llamaron “ius”, a lo que los griegos llamaba “ison”.

La función pretoriana (do-dico-addico) de “dicere” el ius”, no era un mero “decir”, sino una señalamiento, una demostración del derecho aplicable como solución justa. Si bien tenía una faz “cognoscitiva”, en cuanto indagación interpretadora de la solución justa (en la que sin duda coayudaba la tarea intelectual de los prudentes), tenía una estructura hipotética disyuntiva (si x, a; si no x, no a) y, en cuanto disposición emanada del “imperium”, tenía carácter “volitivo”. Por otra parte, aunque la oportunidad de decir el derecho estuviera dada por una circunstancia o caso concreto, al dar la acción y señalar las alternativas de solución, el pretor tiene en mira e induce a partir del caso la norma general en la que pueda subsumirse y servir para todos los casos similares o análogos (siempre que x, a, siempre que no x, no a), precisamente porque la ley (o el edicto) que fundamenta la “actio” se establecen “ut plurimum accidunt, non quae ex inopinato”.

Ahora bien, el pretor ha iniciado y ordenado una solución alternativa en forma hipotética mediante la expresión la condicional “si paret”, que generalmente es traducida como “si aparece” o “si resulta” y merece ser acotada para mejor entender.

“Pareo-es-ui-utum-ere”, significa: parecer, aparecer, mostrarse, Darse a conocer, dejarse ver. Cui pecudum fibrae parent (Vir): que lee en las entrañas de las víctimas.- Abunde arbitror parere: estar suficientemente demostrado (Suetonio).- Si paret (Cic): si consta, si se prueba, si se justifica.

El pretor ha interpretado y establecido cuál es la regla aplicable o, si se quiere, si el asunto traído a su estrado es expresión casuística de una norma y, por ende, debe aplicarse, eventualmente con qué aditamentos o restricciones (“praescriptiones”, “excepciones”) o no lo es y, por ende, debe desestimarse. Pero quien efectivamente debe verificar si se dan de hecho las circunstancias empíricas que conforman realmente el caso conceptualizado por la fórmula, si concurren las llamadas “circunstancias del caso”, es el “iudex”.

El pretor ha dicho, “señalado”, el “ius” aplicable; el juez al sentenciar, al decir cuál es la “res iusta”, “hace” el “ius”. De allí que pudiera sostenerse, como lo hiciera M. Villey apoyado precisamente en el derecho romano, que las proposiciones jurídicas son “descriptivas”, no “prescriptivas”: describen cuál “es” el “ius” en el caso concreto.

Si el “ius” es la “res iusta”, es obvio que todo el proceso está ordenado a la determinación de la misma. Y, si la “res iusta” no es fruto de un mero acto volitivo, sino que es algo objetivo, real, intersubjetivamente inteligible, resulta que la faz “discursiva” (confrontación de argumentos) y la faz “procesalista” (observancia de las reglas) no conducen a cualquier resultado que pueda considerarse justo por la sola observancia de las reglas (correcto), sino que han de “converger” en la objetividad conformante de aquella “res” que así debe serlo.

Las labor de los prudentes era la “interpretatio” de la ley y del “ius non scriptum”, que, en tanto “iurisprudencia”, consistió precisamente sólo en la interpretación que ellos realizaban. La “interpretatio” práctica de los prudentes tiene por objeto el hallazgo de la solución justa del caso concreto; se interpretan las normas ante un estado de controversia que requiere solución y no cualquier solución. El caso es la “res litigiosa”, de la que ha de extraerse, hacer emerger (pro-ducere) la solución justa, la “res iusta”, la “ipsa res iusta” en que consiste el “ius”. Esta “res iusta” es el develamiento de una razón de justicia que está ínsita en la estructura de la causa. “in causa ius esse positum”, como dijera Alfeno, como desocultamiento de lo latente, es una verdad patente alcanzada en su máxima evidencia, un arribo a una realidad inteligible pero siempre susceptible de nuevas miradas y desocultamientos.

Ahora bien, el prudente examina, descompone, analiza, se introduce intuitivamente en la “res” que, por ser “res litigiosa” conlleva un conflicto, una confrontación disyuntiva que habrá de superarse y armonizarse en términos no de cualquier solución sino de una solución justa. Y esta “res litigiosa” se compone de un repertorio, de una corona de datos empíricos en función de los cuales la justicia de la solución puede variar de dirección y alcances.

En el célebre pasaje de Alfeno que acabamos de citar, el prudente llega a distintas evidencias conclusivas según las distintas situaciones fácticas condicionantes que pudieran concurrir en el accidente de la cuesta Capitolina, de modo que, dado determinado hecho, corresponde determinada solución.

Pero los hechos, aunque no se trate de un ejercicio académico sino de un caso real traído a consulta, en el discurrir del prudente siempre operan a título de hipótesis a comprobar. La “res litigiosa” ha sido captada, “intuída”, al decir de Di Pietro, en toda su complejidad y la solución justa ha sido como traída a presencia; sin embargo, el “ius” ha sido pre-visto, pero no ha sido hecho, conformado. Hay un suceso histórico-concreto que el prudente convierte en tema o posible “objeto procesal” para hablar en términos modernos, esbozado con minuciosa precisión, pero los componentes fácticos del suceso permanecen como realidades supuestas o hipotéticamente conceptualizados.

La solución justa tiene que ser “producida”, es decir, puesta en evidencia, develada, objetivada. Y para que esa presencia descienda del plano mental y se inserte en la realidad, para que todo lo que las “leges” y los “iura” han previsto como susceptible de general y frecuente ocurrencia, todo lo que los prudentes han sopesado como elementos fácticos del conflicto, toda la estructura de la “res litigiosa” intuída y expresada en la fórmula, se concrete en el un acto de justicia (“ius suum cuique tribuere”) es necesario “re-producir” el suceso que reclama la solución justa. Hay que “volver a producir”, “re-construir” la cosa litigiosa.

Y no se trata de “re-construir” o “re-producir” la mera materialidad del suceso sino las circunstancias del suceso en tanto que litigioso, de modo tal que permitan situar a la “res” reconstruída en el marco de las condiciones previstas por la fórmula para una alternativa de soluciones.

Y es aquí donde aparece la dimensión de la figura del “iudex” como verdadera llave maestra del proceso de la “res litigiosa” a la “res iusta”, a la propia, misma (“ipsa”) cosa justa, generalmente aminorada en los manuales por la preferencia de la etapa “in iure”. Se dice que “apud iudicem” se producía la prueba cuyos distintos medios se comentan con mayor o menor detenimiento, que el “iudex” tenía amplia libertad de apreciación de la prueba, pero estaba condicionado por el marco del conflicto y las alternativas de solución indicadas en la fórmula, que su “sentencia” era una opinión basada en un leal saber y entender, pero el asunto da para más.

En el tránsito de la “res litigiosa”, “intuída” y estructurada por el pretor y el “prudens” (aunque pudiese ser real) al de la “res reconstruída” y de ésta a la “ipsa res iusta”, entre la etapa “in iure” y la etapa “in iudicio”, entre la solución prevista y la solución concreta, opera como una bisagra “artística”, en el sentido que podría darle Celso (h), la condicional de la fórmula “si paret”.

“Paret” (videtur) que no se ha reparado suficientemente en la funcionalidad de esta pequeña e impersonal locución en el ejercicio del servicio de justicia. Todo aquel proceso que se abriera ante el magistrado, siguiera diversas reglas, viviseccionara la “res litigiosa” como si leyera las entrañas de las víctimas, al decir de Virgilio, hasta intuírla en su integral complejidad y hallar por fin la solución justa, se hará efectivamente “ius”, se transformará en real y verdaderamente en la “ipsa res iusta”, “si paret” al “iudex”.

Ahora bien, lo que “paret” al juez no es ciertamente, como veremos luego, “lo que le parece”, su visión subjetiva, sino lo que “debe aparecer” merced a la requisita de los hechos a probar. De allí que, aunque la etapa “in iudicio” sea la etapa probatoria por excelencia, quepa la pregunta sobre si solamente son los hechos lo que debe probarse, si la función del juez se circunscribe a la apreciación de los hechos y emisión de su sentencia.

En latín existe el verbo “probo” que, entre muchas acepciones (juzgar, estimar, aprobar) tiene la de “probar”. Cuando el lenguaje forense se refiere a algún medio de prueba, usa el vocablo “probatio”; “probatio probatissima” decimos de la confesión. Sin embargo, la fórmula no decía “si probatur”, sino “si paret”.

Esta terminología no parece ser accidental y bien podría estar originada en la circunstancia de que las actuaciones ante el juez no tenían por objeto solamente la prueba de los hechos o, si se quiere, que no era función del juez sólo recibir la prueba de los hechos y dictar sentencias.

Un breve recorrido por las fórmulas puede aclarar la cuestión.

Gaius nos refiere tres tipos de fórmulas:

- a: “In factum”, aquellas en que, después de expresado el hecho ocurrido, se agregan las palabras que facultan al juez para condenar o absolver: “Recuperatores sunt. Si paret illum patronum ab illo illius patroni liberto contra edictum praetoris in ius vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestertium X milia condemnate; si non paret absolvito”: Que haya recuperatores. Si aparece que este patrono hubiera sido citado a juicio por este liberto del patrono en contra del pretor, condenad a este liberto a pagar 10.000 sestercios a este patrono; si no aparece así, absolvedlo. Aquí el tema es claro: probado el hecho, la condena; no probado, la absolución.
- b: Están las fórmulas “in ius conceptae”, es decir, las que tratan cuestiones de derecho. Veamos por ejemplo la de la acción reivindicatoria: “Si paret fundum Cornelianum, de quo agitur, ex iure Quiritium Auli Agerii esse, neque is fundus Aulo Agerio restituetur, quanti is fundus erit, tantam pecuniam iudex Numerius Negidius Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito: Si aparece que el fundo Cornelianum del que se trata, es de Aulo Agerio según el derecho civil, y el fundo no le es restituído a Aulo Agerio, condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio tanto dinero como vale el fundo; si no aparece, absuévelo. Aquí los hechos a probar son la no restitución y el valor del fundo, pero todo depende de una cuestión de derecho: el dominio del fundo que no es un hecho sino una situación jurídica y una situación jurídica no se prueba como un hecho, sino que se demuestra, se acredita o justifica.

- c: Y hay también fórmulas mixtas que contienen antecedentes de hecho y cuestiones de derecho a determinar por el juez.- “Quod Aulus Agerius Numerio Negidium fundum Cornelianum, quo de agitur, vendidit, quidquid paret ob eam rem Numerium Negidium dare facere oportere ex bona fide eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito”: Puesto que Aulo Agerio vendió a Numerio Negidio un fundo Corneliano, que es el asunto de que se trata (hecho), todo cuanto aparece que por esta causa Numerio Negidio deba dar o hacer (determinación) conforme a la buena fé (estimación) , condena a Numerio Negidio a darlo y hacerlo a favor de Aulo Agerio; si no aparece, absuelvo. Aquí tenemos un acto jurídico (hecho), una valoración (la buena fé) y un arbitrio para determinar la naturaleza y entidad de las prestaciones (qué y cuánto deba dar o hacer).

Como puede apreciarse a través de esta breve relación, la función del juez no se reducía a recibir y apreciar la prueba de los hechos, sino que debía justificar o no cuestiones de derecho, emitir juicios de valor, calibrar prudencialmente penas, etc. Un examen más detenido de las distintas fórmulas, que no cabe en esta oportunidad, sin duda ampliaría mucho más el margen de posibilidades del juez y del alcance de la expresión “si paret”.

Se traduce generalmente la expresión de marras por “si aparece”; también podría ser “si resulta”, “si se justifica”, “si se acredita”, “si se prueba”. El verbo impersonal “oportere”, de uso frecuente en las fórmulas, puede significar conviene, corresponde, es razonable, es oportuno, etc. Pero, que significación podemos atribuir al “si paret”? Qué es lo que debe aparecer, resultar, acreditarse en la sentencia, si no es “lo que le parece” subjetivamente al juez. Arriesgaríamos que no es “lo que le parece” sino “lo que se le aparece” al “iudex”, es decir, el “ius”, develado, objetivo, el “objeto procesal” que está “positum in causa”, y en el que “convergen” los elementos integrantes de la “res litigiosa” porque ha sido desentrañado como la cosa justa.

A esta solución no se ha llegado de cualquier manera sino a través de las reglas del proceso que es obra intersubjetiva en la que cada parte ha desempeñado sus pretensiones discursivas. El “ius” sentenciado es la mejor solución de justicia hallada en la causa, quizá tenga antecedentes en causas anteriores o servirá como precedente en el futuro y queda como un mojón en el camino de la justicia, pero no necesariamente será la solución definitiva en asuntos similares. Siempre será perfectible y susceptible mejor solución. Pero no es sólo “correcta” sino “justa”. Y no lo es por la mera observancia de las reglas ni por arbitrio subjetivo del “iudex”; lo es porque se ha logrado una “convergencia”, una “confluencia” de los elementos obrantes en la causa, una “adequatio” entre los resolución y los fundamentos (rei et intellectu) que llevan a un “con-vencimiento” pleno, a un “consenso” válido y realmente alcanzado sobre el derecho en el caso.

7

El “ius”, según el Digesto, proviene de “iustitiae”, que es la “constans et perpetua voluntas suum ius cuique tribuere” y toda la organización de las instituciones y los procedimientos judiciales estaban encaminadas a encontrar y dar ese “ius” que a cada uno corresponde. El “ius”, así como no era la ley, tampoco su determinación era un acto voluntarista del juzgador. El ius, ínsito en la causa, tenía entidad como estructura inteligible latente que habría de aparecer, hacerse patente con tal evidencia que “convenciere” produciendo una “convergencia” unificante. Y, como anticipándose a Javoleno, Cicerón había escrito que: “Aun a las cosas más extraordinarias da la naturaleza pequeños principios. Estos no han de sacarse de afuera sino de las entrañas mismas de la causa.

El juez actúa siempre ante casos litigiosos, es decir, situaciones que suponen una relación de conflicto intersubjetivo sobre personas, cosas y acciones. “Era misión propia de los jueces decir lo que era de cada uno: basta pensar en los términos de la fórmula de reivindicación. La tarea del juez se encontraba definida así: buscar si tal o cual bien, tal o cual esclavo, o tal campo es de tal litigante: si paret rem de qua agitur Aulii Agerii esse”, dice certeramente M.Villey. En esa función, el juez es el instrumento por el que se materializa el “ius civile”, cuyo fin esencial, al decir, de Cicerón es conservar la legítima y observada proporcionalidad en las cosas y las causas de los ciudadanos: “Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequibilitatem conservatio.

La proporcionalidad, la equidad del reparto, no es el resultado de la mera observancia de las reglas del proceso, no es una decisión “discrecional” o arbitraria del juzgador. Tiene una entidad objetiva de modo tal que de ella resulta el “ius”, no de la regla que se aplica: “Ius non a regula sumatur sed a iure, quod est, regula fiat”.

En Dig.(21) se lee: “Verbum “oportere” non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest vel pluris, vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur”. La palabra “conviene” no corresponde a la facultad del juez, que puede condenar en más o en menos, sino que se refiere a la verdad.- Análogamente podría decirse que la expresión “si paret” no corresponde a la subjetividad mental o emocional del juez sino a la realidad de lo que aparece objetivamente a través de lo probado. En términos gnoseológicos, “adequatio rei et intellectus”.

En otra pasaje (22): “Condemnatum” accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententiam valeat; ceterum, si aliqua ratione sententia nullis momentum sit, dicendum est, condemnationis verbum non tenere. Debemos entender que fué “condenado” el que fue condenado con arreglo a derecho, de modo que sea válida la sentencia; pero, por si por alguna razón fuere de ningún valor la sentencia, se ha de decir, que no tiene eficacia la palabra condenación. Es decir, la condena aun ajustada al rito procesal (formalmente válida, i.d. “correcta”) no es suficiente si por otra razón (vgr. no ser justa, no convenir a la realidad, etc) no puede considerarse un verdadero acto de justicia.

Tanto es así que si un juez hubiere juzgado falsamente (depravada, mala, inopinada, inadvertidamente) no podía juzgar otra vez el mismo día. Sin duda, se juzga así cuando no se halla la “*ipsa res iusta*” a que se está funcional y como eidéticamente obligado.

Por las dudas, se aclara: “*Nominis*” *appellatione rem significare ait*. Con la designación nombre se significa una cosa. Si las palabras son signos significantes de cosas, la expresión “*si paret*” no puede significar sino la cosa justa que aparece en la etapa “*in iudicio*” y se expresa en la sentencia.

La solución del pleito pasa por la bisagra del “*si paret*”, lo que hace necesario la apreciación de los hechos y demás elementos del mismo, pero quizá se pueda arriesgar que todo ello no se agota en la condicionalidad del “*si paret*” (si aparece, si resulta) y toda la estructura funcional del proceso, de la primera a la segunda etapa, lleva implícita un “*ut pareat*”, una valoración de la prueba y componentes de la causa “para que aparezca” la cosa justa.

La actuación del pretor, de los prudentes, de las partes y sus asesores y finalmente la del juez han de llegar en un resultado, pero no a cualquier resultado, sino un resultado concertante en la “*ipsidad*” de una “*res iusta*”. Citando a Heidegger y Kasser, dice estupendamente Di Pietro: “...en la “*res litigiosa*”, las partes, los prudentes, el pretor, el *iudex*, todos ellos están “*concernidos*” en torno del anillo de la “*res litigiosa*”. De similar manera podríamos decir que en la sentencia todos están “*convergiendo*” en la “*res iusta*” que ha sido fatigosamente hallada en el proceso para asignarla con constante y perpetua voluntad a quien corresponde.

8

En términos modernos, el proceso civil romano habría sido un medio de resolución “*discursiva*” de los conflictos, es decir, mediante confrontación de argumentos bajo ciertas reglas preceptivas de los discursos. Los prudentes tenían sus discusiones, sus “*disputationes*”, sus controversias, sus diversas escuelas, etc, de las que dan cuenta la literatura existente. Las partes en el proceso tenían posiciones encontradas que confrontaban argumentativamente según un orden ritual establecido, el pretor en la fórmula definía el litigio en cuanto a las pretensiones de las partes, el núcleo del asunto a tratar y la regla aplicable; el juez resolvía en el marco de la fórmula. Todo estaba ordenado minuciosamente a determinar en cada situación qué correspondía a cada uno, cual era la “*cosa justa*” objeto de la condena o absolución.

El proceso tendía asimismo a lograr un consenso. Aunque eventualmente no estuvieren conformes con el resultado del pleito, al menos estaba necesariamente presupuesto que el proceso era la vía apropiada para resolver el conflicto y, por ende, la solución debía ser aceptada o cargada con las consecuencias de la no aceptación. Aquel “*manus conserere*” ante el Pontífice simbolizaba ejemplarmente la renuncia a la violencia en la resolución de los conflictos.

Al proceso precede un suceso real y una relación jurídica que, en el proceso, se convierte en “causa”, “cosa litigiosa”. Aparece el tema u objeto procesal perseguido, impreciso y controversial que se irá perfilando y adquiriendo sus contornos definitorios en todo el trayecto del proceso hasta desembocar en la solución justa. El objeto o tema procesal “in limine” está como latente, insinuado; se irá corporizando en el proceso hasta lograr su forma definitiva al concluirse el litigio. Y así como el objeto procesal ha de irse conformando, en cierta forma “construyendo” en el proceso, la solución investigada (*vestigium*) ha de ser desentrañada en el proceso hasta converger en la “*ipsa res iusta*”, como el fin que corona la obra de la justicia (“*finis coronat opus, opus coronat finem*”).

Aquello en que se converge a través del proceso argumentativo es lo que, “se impone” a los participantes por su fuerza de convicción, por su patencia y potencia inteligible y su resistencia a todo el repertorio de razones opuestas.

Pero, ni el objeto procesal ni las soluciones casuísticas son definitivas, universales o finales. Son conocimientos convergentes intersubjetivos como “cosa justa” en el caso dado y cuya “*regula iuris*” puede servir para otros casos similares o análogos, pero siempre queda en expectativa la posibilidad de que en un nuevo proceso, con nuevas indagaciones, nuevas intuiciones, nuevos descubrimientos, nuevos medios, el objeto se construya y la cosa justa “aparezca” como otros matices, perspectivas, alcances.

El derecho, como dijera Santo Tomás, es la “*actio iustitiae*” y, perteneciendo el obrar humano al orden de lo particular, tiene la intrínseca posibilidad de ser de otra manera, según advierte Aristóteles, que también en su *Ética Nicomaquea* nos dice;

lo bueno y lo justo, de cuya consideración se ocupa la ciencia política, ofrecen tanta diversidad y tanta incertidumbre que ha llegado a pensarse que sólo existen por convención y no por naturaleza....En esta materia, por tanto y partiendo de tales premisas, hemos de contentarnos con mostrar en nuestro discurso la verdad en general y aun con cierta tosquedad. Disertando sobre lo que acontece en la mayoría de los casos y sirviéndonos de tales hechos como premisas, conformémosnos con llegar a consideraciones del mismo género.

Lo que postula el Estagirita es un cierto tipo de acción que permanece sobre la variedad y contingencialidad; en otras palabras, que el accionar humano varía dentro de un cierto marco (tipo) estable. Y todo lo existente tiene una causa final un “telos” al que tiende, está como animado por una “*kínesis*” o movimiento hacia su perfección. De allí que el acto de la justicia sea siempre perfectible.

Horacio preceptuó que hay un “modo”, una posibilidad de discrecionalidad en el manejo de las cosas, pero finalmente hay ciertos límites fuera de los cuales no puede tener consistencia nada recto”.- “*Est modus in rebus: sunt certi denique fines quos ultra citraque nequit consistere rectum*”.

Todo el proceso se compone de una confrontación argumentativa de posiciones y pretensiones a dirimir con ajuste a reglas (principio de argumentación discursiva) que han de conducir y concluir en una meta compartida (principio de consenso), que no

es necesariamente consecuencia de haberse observado las reglas ni puede consistir en cualquier contenido legítimo por la sola observancia de las mismas (justicia puramente procesal). Se trata de un punto final concurrente, no en una mera decisión sino en una “cosa justa” (justicia convergente), que puede estar dotada de todas las posibilidades de ser distinta que tiene la acción humana, pero siempre dentro de cierta medida, cierta “ratio” que se impone como marco de una convergencia intersubjetivamente alcanzada en el caso, sin por ello clausurar la posibilidad de perfeccionamiento propia de todo acto humano (principio de falibilidad).

La estricta observancia de las formas en la primera etapa configura inexcusablemente el “ius persecuendi”; que en el ejercicio de este derecho persecutorio se alcance el “ius” como “ipsa res iusta” en la segunda etapa, ya entra en el ámbito de la falibilidad humana por el elemental principio “errare humanum est”. De ello despuntan dos significaciones: 1) En tanto la etapa “in iure” de las “acciones de la ley” pueden conformar una muestra de “justicia puramente procesal”, la segunda (in iudicio) lo es de una “justicia procesal imperfecta”. 2) Sin embargo, lo puramente procesal, lo estrictamente formal, lo “correcto”, no tendría sentido alguno si no lo fuere en función de una decisión jurisdiccional “justa”, aunque siempre susceptible de error. En suma: la forma, aun la más perfecta, está al servicio de la justicia, aun imperfecta. Lo “axiológico” (justo) tiene para el romano prioridad sobre lo “deontológico” (correcto) pero uno y otro plano, como la materia y la forma, han de complementarse funcionalmente para converger en el verdadero ser del derecho. Y si queremos hallar cuál era el “thema”, el “objeto procesal” de toda actividad jurisdiccional, bien podríamos decir que el derecho romano converge en la portada del Código Hermogeniano: “Omne ius propter hominem constitutum est”: todo el derecho ha sido constituido por causa del hombre.