

SEGUNDO SEMINARIO MAYO- JUNIO 2006

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
EN LA HISTORIA DEL
DERECHO OCCIDENTAL
*Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez**

* Director de Análisis e Investigación Histórico Documental de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

I. EL DERECHO: UN SABER PRUDENCIAL

Existen muchos métodos de razonamiento, según el fin que se persiga. Así, por ejemplo, si se pretende deducir el peso de un material de carga en el diseño de un puente, el razonamiento no puede ser otro que el propio del cálculo matemático; o quizá deberíamos decir, para ser más precisos, que el apodíctico o lógico deductivo. Por el contrario, si se busca contemplar el universo y recrearlo por medio de la imaginación, lo primero que el sujeto cognoscente debe hacer, es disponerse a la contemplación especulativa del mundo, para luego, tras la inspiración que aquello le provoque, y en la que entran en juego las pasiones y emociones, logre aplicar ciertas reglas del arte (o técnica) para plasmar lo que observa, en un lienzo o en una pieza de mármol, o bien en la partitura de composición.

Tratándose del derecho, la forma de razonar es distinta. Lo que se pretende es resolver problemas concretos. De ahí que se diga que las reglas del razonamiento jurídico, esto es, de la argumentación, pertenecan al terreno del conocimiento aporético.

Una aporía es un problema, una situación compleja en la que se debaten posiciones o se suscitan encuentros de yuxtaposición de intereses. Los problemas tienen como característica fundamental la convergencia de tiempo y espacio. No son hipótesis, ni realidades aislables, sino realidades circunstanciadas, que, como tales, han de ser tratadas.

El método prudencial de los juristas romanos, y más tarde, de los medievales, tal como se enseñaba en Bolonia, no consistía en la explicación de normas jurídicas estáticas, pues el derecho —al igual que la ética—, como ha visto Manlio Bellomo, se mueve en el campo de lo contingente, de lo probable, de la *dubitatio*, “donde lo que es puede no ser, y a cada afirmación puede corresponder una negación: este terreno es propio de los hechos de la vida no incluidos en las normas”.¹

La invención (palabra cuya raíz, *inventio*, *invenire* significa encuentro, hallazgo o descubrimiento) consistía fundamentalmente en un “arte de integración” dirigida a encontrar, por medio del discurso racional y argumentativo, la mejor solución posible para un caso concreto.

El método surgió en la universidad medieval, misma que no estaba —como lo está hoy en la mayor parte de los países del mundo occidental— aislada de los problemas concretos de la vida. La universidad, y específicamente las facultades de Derecho, no eran “centros de investigación” ni menos aún lugares para elaborar teorías abstractas, sino instituciones en las que se ofrecía a los alumnos “métodos de razonamiento”. De hecho, sabemos que para eso nació la universidad en el siglo XIII, pues en sus

¹ Bellomo, Manlio, *La Europa del Derecho Común*, Roma, Galileo Galilei, 1996, p. 155.

orígenes era una “corporación”, como lo eran los gremios de artesanos o las ciudades y cabildos. La finalidad de la corporación universitaria era precisamente enseñar a razonar.

Para llevar a cabo este cometido, el profesor de derecho hacía observar el hecho a sus alumnos para plantear el problema; después venía el razonamiento conjetural y la argumentación de su mejor solución por elemental juicio lógico y de conveniencia de los hechos; además había que revisar las leyes generales y su posible incidencia y aplicación al caso. Enseguida debían buscar en los dichos antiguos de los juristas romanos y de los glosadores de su época similitudes y diferencias con el caso presente (*loci paralleli aut contrarii*), y concluía deduciendo la mejor solución posible.² Inventar es, por tanto, un arte o forma de razonar sobre lo justo e injusto a la que los juristas romanos llamaron “arte de lo bueno y de lo justo” (*ars boni et æqui*). Este modo de trabajar se caracteriza sobre todo porque permite a los juristas entender el derecho, no como algo que se limitan a aceptar (*aequitas constituta*), sino como algo que está por hacerse y que ellos han de elaborar de una manera responsable: “toda su personalidad –señala Viehweg– esta comprometida en ello, y como decía Ihering, *su orgullo no es sólo de tipo intelectual, sino también de tipo moral*”.³

El significado de la palabra “razón” (*ratio*) entre los jurisconsultos del siglo XIV es elaboración de los profesores universitarios boloñeses quienes, inspirados en la tradición romanística y a partir de las nocio-

² Carpintero Benitez, Francisco. “En torno al método de los juristas medievales”, en *Anuario de Historia de Derecho Español*, vol. LII (1982), pp. 617-647.

³ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1986, p. 96.

nes fundamentales de la Escolástica, se ocuparon de establecer sus alcances y límites en el Derecho. Santo Tomás de Aquino se ocupa de la razón práctica en la *Suma Teológica* (Ia-IIæ, qq.18-21), y allí mismo, en su tratado de la justicia, explica el Derecho como realización de la razón prudencial cuyas resoluciones tienen siempre un carácter aproximativo, nunca apodíctico, como las ciencias exactas que concluyen enunciando leyes de valor absoluto.⁴ De allí que la palabra “razón” sea utilizada en la baja Edad Media para referirse a la capacidad del jurista de sobrepasar el texto de la ley, con plena conciencia de ello, es decir, de modo libre. El objeto de esta libertad es razonar y descubrir la justicia a partir de las cosas y no según una ley o mandato superior.

El más grande jurista de la época, Bártolo de Saxoferrato (1314-1357), así como sus discípulos, estuvo muy lejos de ver en el *Corpus Iuris* un conjunto de leyes romanas que debían conservarse íntegras. Aquel cuerpo fue visto como el fundamento más firme y sólido para la construcción de un nuevo derecho, para la creación de nuevas figuras jurídicas que habrían de incluirse en la argumentación en los tribunales.

El jurista debía, pues, cumplir la importante función de interpretar aquel cuerpo jurídico y confrontarlo con la realidad. Y el profesor en la universidad, debía enseñar a sus alumnos a pensar y a discernir con libertad, es decir, no según el mandato, sino según la *ratio iuris*. Sólo así estaría en condiciones de encontrar y realizar la Justicia.

⁴ Vid. Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales* (Traducción y estudio preliminar: C. Orrego), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 422 y ss.

Me parece que este es el *quid* de la enseñanza del derecho en la universidad medieval. Ya Cino de Pistoia había señalado a este respecto que es a la razón, más que a la voluntad del legislador, a la que compete la determinación de lo justo y de lo injusto (*si non esset aliqua lex... tamen per rationem probaretur quod esset ius*). Siguiendo a su maestro Cino, Bártolo señalaba que la razón ha de discernir con libertad la justicia, pues lo justo no está primero en la ley sino en las cosas según las *capta* y entiende la recta razón natural (*non est aliud mens legis quam ratio*), y en última instancia, concluye Bártolo haciéndose eco de una profunda convicción de los juristas de su época, la razón práctica y ordenada por la lógica de las cosas creadas (en el tiempo y el espacio) vence siempre a la ley hecha por el hombre (*ratio vincit legem*).⁵

II. DERECHO Y TIEMPO COMO BASE DE LA SABIDURÍA DEL JURISTA

Según la tradición romano-canónica, la argumentación jurídica debe tener como base el tiempo real y empírico, tal como lo marcan los calendarios naturales o los campanarios y relojes de los pueblos, pues los problemas jurídicos se dan siempre en un ámbito cronológico y topográfico concretos. De ahí la estrecha relación que guarda el derecho con la ética, pues ésta se ocupa de regir los actos humanos para enderezarlos al bien moral, pero siempre *in fieri*, en su hacerse, en un aquí y un ahora condicionados por las circunstancias históricas, por la eventualidad, en fin, por un regato de imponderables sobre los que sólo se puede gober-

⁵ Paradisi, Bruno, “La diffusione europea del pensiero di Bartolo e le esigenze attuali della sua conoscenza”, en *Studia et Documenta Histoiae et Iuris*, XXVI (1960), pp. 1-70, recogido más tarde en *Studi sul Medioevo Giuridico* Roma, Instituto Storico Italiano per il Medio Evo, Studi Storici, 1987, pp. 911-913.

nar con la virtud moral de la *prudencia*, a la que los juristas medievales concibieron también como *sabiduría*.

Para los romanos el tiempo y el derecho forman una unidad moral. Los juristas de la época clásica hacían girar la acción prudencial en torno a la “ocasión”, entendida como el tiempo oportuno para llevar a cabo una acción o para tomar una buena decisión, según el decir de Cicerón (*tempus actionis oportum*).⁶ Por eso he dicho que el jurista no es hombre de especulación y contemplación metafísica, sino de pensamiento pertinente, puntual y oportuno. Su actividad está inserta en la historia, entendiendo por tal no el pasado muerto sino el *pasar pasando*, el devenir en un espacio concreto. Así lo encontramos en algunos textos antiguos, no sólo latinos sino también griegos. En la *Política* de Aristóteles, por ejemplo, *nomos* y *chronos*, orden y tiempo, forman una simbiosis.⁷

En el pensamiento judeo-cristiano estas ideas se enriquecieron a partir de su inserción en la trascendencia y de su interpretación escriturística. En las Sagradas Escrituras está siempre presente la imagen del tiempo en relación con la virtud de la prudencia, consistente en dar respuestas adecuadas a los problemas concretos en el momento oportuno, pues como dice el *Eclesiastés* (3, 1-8): “todo tiene su tiempo y su sazón”.

La sabiduría, tal como aparece en la Biblia, se adquiere y se recibe. Se adquiere, mediante el esfuerzo del hombre; se recibe, en cambio, como don de Dios, si bien recae en el hombre que está inmerso en el

⁶ Iglesias, Juan, *Roma. Claves históricas*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid (Seminario de Derecho Romano), 1985, p. 24.

⁷ Cf. Bretone, Mario, *Derecho y tiempo en la tradición europea*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 40.

tiempo. En el libro de *Ester* (1, 13) leemos que “los sabios [son los] conocedores de los tiempos”, es decir, los que entienden el sentido de la historia, que no es otra cosa que el orden de la realidad temporal expresado en los diversos momentos e instantes de la vida. Pero llama la atención que en otra traducción del mismo texto bíblico la expresión “los tiempos” es sustituida por “la ley y el derecho”: “Sabios –leemos– son los conocedores de la ley y del derecho”.⁸ Sabiduría se identifica, pues, con el conocimiento del derecho que se desarrolla en el tiempo, por lo que podemos decir entonces que pensar jurídicamente –con *criterio jurídico*– no puede ser otra cosa que razonar diacrónicamente, es decir, según los problemas reales de este mundo, que tienen lugar en el tiempo real y suelen presentarse como “ocasión”.

Como he mencionado, no hay contradicción entre la concepción de la sabiduría de estos textos bíblicos y la que se desarrolló en la tradición jurídica romana. En ambas visiones la sabiduría pertenece a una “especie humana mutante”.⁹ El iusfilósofo francés Michel Bastit, en un artículo de gran interés en el que se ocupa de las *Instituciones* de Gayo, ha señalado que es precisamente esa mutabilidad que sobrepasa cualquier uniformidad espacial y temporal, lo que caracteriza al derecho romano de la época clásica. Como fundamento de esta diversidad, dice Bastit, subyace, por una parte, una clara conciencia de imperfección, y consecuentemente de la posibilidad de mejorar la resolución. Por otra parte, se nota un profundo respeto del jurista romano por todas las modalidades de la realidad, por la variación y movimiento propios de

⁸ Vid. Rad, Gerhard von, *Sabiduría en Israel. Proverbios, Job, Eclesiastés, Eclesiástico, Sabiduría*, Madrid, Ediciones Cristiandad, 1985, p. 30.

⁹ La expresión es de Gastón Bachelard, *La formación del espíritu científico. Contribución de un psicoanálisis del conocimiento objetivo*, México, Siglo XXI, 1993, p. 48.

todo lo temporal y caduco.¹⁰ Y esta realidad fluctuante sólo se conoce y encausa por medio de un razonamiento igualmente dinámico: este es el papel del pensamiento deliberativo, también llamado problemático, o de una manera más común, según venimos diciendo, prudencial, el cual opera, no sobre nociones y conceptos, sino sobre realidades temporales.

En la Edad Media, como ha visto Laurent Mayali, con la utilización de los relojes mecánicos de varillas y campanillas, más confiables para medir el tiempo que las viejas clepsidras de agua o los relojes romanos de arena y de sol, se facilitó la medición de los años, días, horas y minutos, pero además se fue desarrollando una más clara conciencia del curso del tiempo y de la capacidad del hombre para dominarlo mediante el uso de la razón.¹¹

A la vez que se colocaban los primeros relojes mecánicos en las torres de las ciudades medievales (siglo XIII), los *legum doctores* se iban familiarizando con la manipulación de unidades de tiempo (plazos, términos, prórrogas, treguas) que aplicaban a los procesos judiciales en casos concretos. El jurista italiano Baldo de Ubaldis (1327-1400) había señalado en sus comentarios a los textos romanos, que para el jurista es primordial medir el tiempo con precisión, pues esa medición es parte de la realización concreta de la justicia, ya que en la mayoría de los casos es necesario actuar según los *tiempos*.¹² Se refería a los tiempos en todas sus inflexiones, ya sea los acordados por las partes, o

¹⁰ Bastit, Michel, “La diversidad en las Instituciones de Gayo”, en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, Madrid (1996), año VI, 2000, pp. 17-26.

¹¹ Mayali, Laurent, “Law and time in medieval jurisprudence”, en Helmholz, R., Mikat, P., Müller, J., Stolleis, M. [ed.], *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, Zürich, 2000, pp. 605-619.

¹² *Idem*.

en su caso, la duración de los sucesos reales que sirve como base para deslindar ciertas responsabilidades (imputación) y reconocerse títulos y derechos (caducidad, prescripción, posesión), o bien, simplemente los tiempos y ritmos vitales (climáticos, vegetativos, ciclos agrícolas) que imponen las diversas regiones y comarcas geográficas.

A partir de estos descubrimientos, los juristas llevaron a cabo una serie de clasificaciones del tiempo, distinguiendo los tiempos útiles de los módicos, o los tiempos reales de los negociados o ficticios, y los plazos breves de los largos. En adelante, todo contrato o pacto y toda resolución judicial o arbitral debían plantearse en términos claros de temporalidad: el tiempo entre los juristas medievales –dice con toda razón Mayali– se volvió de este modo “tiempo jurídico”.¹³

Desde esta perspectiva es punto menos que imposible si quiera pensar en el desarrollo de una ciencia de la argumentación jurídica en aquellas sociedades en las que arbitrariamente se niega el tiempo real, sustituyéndolo por tiempos ficticios, vacíos de su esencia. Hay dos formas de realizar esta desnaturalización de la historia y, por ende, del derecho, en ambas se trata de visiones míticas de la realidad. La primera es la propia de algunas sociedades tribales en las que el tiempo queda atrapado en las costumbres ancestrales (*longa consuetudo*) cuando éstas dejan de corresponder a conductas reales, mutables e históricas, y se transforman en mitos intemporales refractarios a cualquier cambio o innovación.

La segunda es esa otra forma de mitificación del tiempo, consistente en petrificar el derecho histórico en la letra muerta de la ley y en

¹³ *Idem.*

el discurso de la igualdad social isócrona. En uno de sus más recientes libros, el iushistoriador florentino, Paolo Grossi, ha destacado como una de las características distintivas del derecho jurisprudencial medieval, la tensión vital y temporal en que éste se desenvuelve, así como la complejidad mental de los juristas, capaz de adaptarse a la diacronía histórica, mientras que, en contraste, la modernidad, al querer reducir la *complejidad jurídica* a un sistema de categorías formales, separa al derecho de su dimensión naturalmente histórica y diacrónica, transformándolo en “mito”, es decir, en tiempo irreal, deshistoricado y reducido a forma estática, a dogma carente de vitalidad temporal.¹⁴ Este era el señalamiento que ya había hecho Bonnacase al afirmar que:

[...] al esclavizar el derecho positivo a la ley y a la intención del legislador, la escuela de la exégesis necesariamente lo inmoviliza, lo reduce a la impotencia, le impide alcanzar su fin, al menos si nos atenemos a las reglas que integran el programa de la escuela.¹⁵

III. LA ARGUMENTACIÓN A PARTIR DE LA CODIFICACIÓN

Lo que solemos llamar *modernidad* –que es esa forma de pensar y de entender el mundo a partir del individuo y según los principios de las matemáticas y de la geometría, la cual se extendió en occidente a partir del renacimiento y se radicalizó en la época de la Ilustración– conlleva necesariamente un cambio en el papel asignado a la razón en el derecho.

¹⁴ Grossi, Paolo, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milán, Giufrè, 2001, pp. 50 y ss.

¹⁵ Bonnacase, Julien, *Introducción al Estudio del Derecho*, Bogotá, Temis, 1991, p. 156.

Si para los medievales la razón está estrechamente relacionada con el ejercicio de la virtud moral de la prudencia, y tiene por objeto el descubrimiento (*inventio*) del orden preexistente en las cosas, para los modernos no hay más razón que la aritmética. Ésta tiene por finalidad no sólo inventar sino sobre todo crear y construir nuevas realidades a partir del vacío. Ante tales cambios epistemológicos la filosofía práctica hubo de dejar el paso a un nuevo concepto de “filosofía”, que habría de cambiar con el tiempo el sentido del derecho y, por tanto, el de la argumentación. En el siglo xvii, uno de los padres del pensamiento jurídico y político moderno, Thomas Hobbes, resumía esta forma de pensar señalando que “filosofar es razonar, y razonar no es más que contar, sumar o restar”.¹⁶

Entre las causas que produjeron este cambio conceptual, podemos señalar como una de las principales, el utópico deseo de certeza absoluta que movió a los filósofos a rechazar cualquier método que implicara duda, dilemas metodológicos o fluctuación de respuestas en las diversas facetas del conocimiento.

Como culminación del largo proceso de racionalización geométrica del derecho y de creciente rechazo al método prudencial, apareció en la primera década del siglo xix, el fenómeno conocido como “codificación”. En términos generales se entiende por codificación del derecho la tendencia a reunir varios ordenamientos jurídicos (originalmente heterotextuales) en un solo texto con pretensiones de sistematicidad y totalidad.¹⁷

¹⁶ Hobbes, Th., *De Corpore* II, I, 6, *Leviatán* I, V, citados por Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 32.

¹⁷ Oppetit, Bruno, “De la Codification”, en Bernard Beiniger [ed.] *La codification*, Toulouse, Institut d’Études Judiciaires, 1996, pp. 7-18.

Se trata de un fenómeno de ruptura y discontinuidad histórica estrechamente vinculado a una ideología política del siglo XVIII que proponía fortalecer el papel del Estado moderno otorgándole la facultad plena y exclusiva de “decir el derecho” mediante leyes y decretos derivados de su poder soberano. Es de suponerse que en este régimen conocido como “Despotismo ilustrado”, se lograría la exclusividad jurisdiccional del Estado amparada en el principio de legalidad. En adelante la ley pondría a salvo a los individuos de las arbitrariedades de los jueces y de la diversidad de opiniones y doctrinas de los juristas y doctores. Sin embargo, como bien lo ha señalado Bernardino Bravo Lira, en el terreno de los hechos “esta exaltación de la ley estuvo lejos de significar un fortalecimiento de ella. Antes bien, abrió las compuertas a su desvirtuación. Lo que la ley ganó en fuerza obligatoria –poder– lo perdió en contenido racional –autoridad–. Desde que los jueces dejaron de examinar su contenido, la ley se vacía. En adelante, lo único que cuenta es el mandato, *iussum*, sin importar lo mandado, *iustum*”.¹⁸

Los antecedentes más directos de la codificación los podemos encontrar en la Ilustración y en el iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, época en la cual el terreno estaba abonado para que creciera pronto la ideología de la codificación, tanto desde el punto de vista teórico (*vgr.* el concepto de legalidad, de los derechos subjetivos y las libertades individuales), como desde el metodológico (método axiomático de razonamiento según el modelo de las ciencias exactas). Asimismo, las obras de Montesquieu, Bentham y Filangieri, entre otros, planteaban

¹⁸ Bravo Lira, Bernardino, “*Judex, Minister, Æquitas*. La integración del derecho antes y después de la codificación”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1991, pp. 111-163.

un modelo de legislación eudemonista perfecta que influyó en el ambiente intelectual de la época. Estas ideas están en la base de los primeros proyectos de codificación europeos. Siguiendo la idea, especialmente de Bentham, acerca de la necesidad de un derecho total y unitario, solía hablarse de la “omnicomprensividad” (*allcomprehensiveness*) del nuevo ordenamiento general, es decir, de la exclusividad de su aplicación y de su carácter exhaustivo, tanto en lo formal como en lo material. Además, según los principios benthamianos de la “utilidad pública”, el código tenía en sí mismo una expresión moral pues por su generalidad debía servir al bien común. Voltaire, por su parte había sentado el principio de un nuevo orden ético, social y político *ex nihilo*, para instalar el cual, el código era considerado un instrumento imprescindible.¹⁹

La ideología codificadora triunfante en el siglo XIX fue la que habían defendido los filósofos ilustrados Thomasius, Puffendorf y Leibnitz, quienes enfatizaron la necesidad de unificar los criterios de interpretación como parte de la unificación del derecho, tendiente a lograr una mayor certeza jurídica. Lógica consecuencia de este afán unificador y centralizador del saber jurídico, como veremos más adelante, sería la suspensión del juicio, o para decirlo drásticamente, la prohibición de razonar el derecho más allá del texto de la ley.

En ningún momento desapareció del panorama doctrinal de entonces, la imagen eticista del derecho vinculada al deísmo. Se consideraba, al igual que en la Edad Media, que Dios había creado el mundo como “Gran Arquitecto del Universo”, dejando en la creación unos principios

¹⁹ Ksz, “Codification”, en *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et Sociologie du Droit*, Sous la direction de André-Jean Arnaud, CNRS, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, *sub voce*.

de orden (*ordo iuris*) cifrados matemáticamente, por lo que sólo un ilustrado, capaz de leer el lenguaje oculto de las matemáticas, sería capaz de deducirlos y plasmarlos en una ley universal. De allí el discurso matematizador del derecho, que se desprende de esa visión mítica de la supuesta lectura matemática del orden universal. En realidad, como diré más adelante, esta visión deísta de lo jurídico no desapareció, ni aun en el siglo XX, pues el derecho desde entonces abandonó la antigua concepción cósmica medieval para sumarse a la visión ideológica del Estado moderno, en donde no hay más fuente del razonamiento argumentativo que la voluntad del Estado expresada en sus leyes, idea ésta que generalmente aparece rodeada de un marco de interpretación mítica o de un discurso teologizante con fines de legitimación.

Como es bien sabido el resultado material de esta ideología fue el *Código Civil* de Napoleón, de 1804, considerado como la expresión más acabada de la racionalidad jurídica y, por lo mismo, como eficaz instrumento de gobierno. Se trata, como acertadamente le ha llamado Manlio Bellomo, de un ordenamiento que no es otra cosa que la imagen de su triunfo militar y político en Europa:

[...] la simplificación por medio de la unificación del sujeto jurídico, la posibilidad de prever un status igual para todos, una sola e idéntica capacidad jurídica [...] significa la imposición de un modelo al que debe corresponder la identidad de cada individuo [...] la seguridad de la ley es la seguridad de un orden social: La vocación por la justicia, se convierte en legalidad.²⁰

²⁰ Bellomo, Manlio, *La Europa...*, cit., p. 11.

Así pues, a partir de la promulgación de aquel código la legalidad se convirtió en el ideal y en el dogma inspirador de todo orden jurídico.²¹ Este dogma se mantiene vivo y llega hasta nuestros días, no únicamente al ámbito de la práctica jurídica, sino además a la universidad en donde se le incluye en cualquier programa de enseñanza del derecho

Pero antes de lo que se podría haber previsto, la argumentación se resisitó a ser reducida a mera interpretación. León Duguit señalaba, con su característico tono crítico, que:

Los hombres de 1789 y los autores del Código de Napoleón, y también, debemos decirlo, la mayoría de los jurisconsultos franceses y extranjeros de la primera mitad del siglo XIX, salvo la Escuela de Savigny, estimaron que se trataba de un sistema de derecho definitivo, el cual se imponía con el rigor y la evidencia de un sistema de geometría; que así como la geometría moderna se basa aún en los principios formulados por Euclides, así en todos los tiempos y en todos los países, el Derecho de todos los pueblos civilizados, no podría ser sino el desarrollo normal y racional de los principios inmortales y definitivos formulados en estos textos. Ha sucedido, empero, que tan pronto como se hubo concluido la construcción jurídica aparecieron las lagunas...²²

²¹ Sobre el monismo codicista moderno y la ocusión de otras formas de expresión jurídica que este implica, me permito remitir al lector a mi artículo: “Pluralidad Jurídica y democracia consociativa en México (Una aproximación metalegal a la cuestión de los derechos indígenas)”, publicado en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 26, México, Escuela Libre de Derecho, 2002, pp. 99-132.

²² Duguit, Leon, *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, citado por Bonnacase, Julien, *La filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de familia* (trad. J. M. Cajica), Puebla, J. M. Cajica-Porrúa Hnos., 1945, p. 48.

IV. LA RECUPERACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA TRÁS LA DESCODIFICACIÓN

Nadie duda de la profunda crisis por la que atraviesa el derecho en el mundo occidental desde la irrupción y general adopción del modelo codicista francés. Los síntomas del malestar son claros: la incapacidad del discurso jurídico para dar respuestas a una problemática cada vez más compleja, sus lánguidas figuras derivadas de una lógica formal inmanente alejadas de la realidad, así como sus sistemas clausurados de interpretación, cerrados a una hermenéutica que pretenda reivindicar derechos y libertades más allá de la ley. Todo nos habla de un evidente fracaso del modelo voluntarista y del discurso legalista que de éste se desprende, el cual ha venido afirmando que es posible deducir el derecho de un conjunto sistemático de leyes promulgadas por el poder público y recogidas en un código único, relegando toda concreción en lo real.

Pero el Derecho del siglo XXI apunta claramente hacia la dispersión y la pluralidad, tal y como era antes de la codificación, es decir, a la recuperación de un derecho como cosa concreta, histórica, real, singular y diferenciada, un derecho en fin, que recupera el contacto con lo real (*ius ad rem*). Es un hecho que el legalismo abstracto del Estado empieza a ceder el paso al arbitrio judicial y al arbitraje de carácter privado, mientras que el centralismo burocrático hace lo mismo respecto a la pluralidad de centros de decisión en la periferia social. El Derecho mercantil (*Ius mercatorum*) es el ejemplo más claro de como las demandas del comercio pueden crear y sostener un sistema jurídico de carácter privado, llegando a desafiar en ocasiones al orden legal vigente creado por los órganos del Estado.

El Internet, por otra parte, ha propiciado el desarrollo de un “mundo virtual” regulado no por los códigos estatales, sino por la ley del más fuerte. El profesor Robert Ellickson de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale ha señalado que estos casos no vienen sino a poner de manifiesto que: “en el Internet, al igual que sucedía en el viejo oeste, la gente resuelve sus disputas frecuentemente en forma privada, sin prestar demasiada atención a las leyes del Estado”.²³ Este salvajismo de las sociedades cibernéticas ha llevado a los usuarios a plantear algunas iniciativas a nivel mundial con el objeto de lograr una mayor “equidad en el Internet”.

La institución en algunos países de los “ciudadanos de la red” (*Netcitizens*), es uno de los primeros intentos por fijar unas reglas formales mínimas de equidad. Otra iniciativa interesante que ya ha empezado a funcionar es la creación de sistemas de mediación y arbitraje por vía del correo electrónico, como el *Magistrado virtual* o el *Internet arbitral*. Los criterios de resolución en estos servidores judiciales no son, obviamente, ni aquellos que provienen de la interpretación de alguna ley estatal, ni los expuestos en la doctrina de los juristas, sino exclusivamente los de la así llamada “equidad de la red”, que se determina de acuerdo a ciertos patrones de comportamiento cibernético.

²³ Los conflictos comerciales en Estados Unidos tienden cada vez más a ser resueltos por compañías privadas como la *Asociación Americana de Arbitraje* (A.A.A.), que administró 62,433 casos en 1995. Con esta asociación compitieron más de mil corredores bursátiles por medio de otra compañía californiana llamada *Arbitraje Judicial y Servicios Alternativos de Mediación en Controversias*, fundada en 1979. Esta, por su parte, mantuvo cerca de 15,000 arbitrajes y mediaciones en 1997 con una ganancia de 45 millones de dólares. Para marzo de 1998 su promedio mensual de casos subió un 13% sobre la cantidad de 1997, hasta llegar a un total de 1,500. Bell, Tom W., “Polycentric Law in a New Century”, en *Cato. Policy Report*, noviembre-diciembre de 1998, s.p. Una traducción crítica de este trabajo, la he publicado de modo reciente en la revista *El Siete*, No. 11, del Departamento de Derecho de la Universidad de Sonora.

Tanto la resolución alternativa de controversias como la equidad de la red, así como un creciente número de casos de derecho comercial internacional, han empezado a acoger los criterios de la equidad judicial (*aequitas*) y de la jurisprudencia o ciencia jurídica creada por juristas (*prudencia iuris*). En tiempos recientes, ante la insuficiencia de las leyes internacionales y de los códigos nacionales, los jueces y árbitros de la Comunidad Europea se han visto en la necesidad de resolver un buen número de controversias, con base en las *Sentencias* de Paulo y las opiniones de Ulpiano, Papiniano y Gayo recogidas, como es bien sabido, en la monumental compilación justiniana, y en ocasiones aparecen al lado de la doctrina clásica, las glosas y comentarios de los grandes juristas medievales como Accursio, Azzone, Bártolo y Baldo.

Un nuevo horizonte se abre así ante la Argumentación jurídica. La descodificación del derecho, que no es la supresión absoluta de los códigos modernos, sino la relativización de su exclusividad, pone al descubierto la necesidad de cambios estructurales profundos en las formas de comprender el derecho y de razonarlo. Las normas especiales, el arbitraje y la pluralidad de ordenamientos no constituyen el reino del arbitrio y del capricho, sino como ha visto Natalino Irti, “el terreno de emersión de nuevas lógicas” que forman “microsistemas jurídicos” y rompen con la indiferenciación y generalidad de las leyes codificadas.²⁴ Las nuevas situaciones deben ser afrontadas a partir del derecho histórico, que como hemos visto en estas páginas, no es derecho ancestral o del pasado, sino la jurisprudencia, es decir esa forma de argumentación naturalmente histórica, y por ello flexible para atender al cambio temporal y a las situaciones inéditas y novedosas del mundo actual.

²⁴ Irti, Natalino, *La edad de la descodificación* [trad. de L. Rojo Ajuria], Barcelona, J.M. Bosch, 1992, pp. 58-59.