

## CAPÍTULO 2 LA NOCIÓN DE REGLA DE DERECHO

69. Unidad del sistema. No se pueden examinar las semejanzas o diferencias de estructura entre los derechos de la familia romano-germánica, sin que se analicen únicamente las grandes divisiones del derecho y sus conceptos. Para entender cabalmente la formación de la unidad de la familia, se le debe dar al análisis una perspectiva diferente: estudiar la concepción de la regla de derecho. Esta nueva perspectiva permite constataciones que resaltan un elemento fundamental para la unidad de la familia romano-germánica, considerada en toda la amplitud geográfica que actualmente se le reconoce.

En cualquier país de la familia romano-germánica, la regla de derecho se presenta, caracteriza y analiza de la misma manera. En esta familia, en donde la doctrina se encuentra colocada en un lugar privilegiado, la regla del derecho no aparece sólo como la regla llamada a solucionar un caso concreto. Debido a la sistematización realizada por la doctrina, se le ha visto elevada aun plano superior, como una regla de conducta, dotada de cierta generalidad, situada por encima de la aplicación cotidiana que los tribunales o practicantes puedan hacer de ella. Esto ha provocado cierta desconfianza respecto de la concepción contraria, la casuística, que circunscribe a la regla de derecho a la estricta aplicación al nivel de los casos concretos. No se pretende soslayar la importancia que los repertorios de jurisprudencia, los formularios de actos jurídicos y los diccionarios de derecho tienen como instrumentos de trabajo indispensables para practicantes y juristas; son sin discusión la materia prima de sus trabajos. Pero estas compilaciones carecen del mismo prestigio que se le da a la ciencia del derecho. La función del jurista es obtener de esta mas desordenada las reglas para enseguida formular los principios generales que iluminen la materia, decantar de los elementos extraños que pudieran confundir u obscurecer el análisis y proporcionar a los practicantes y a la jurisprudencia misma, en el futuro, guías para la solución de controversias.

70. La elaboración de la regla de derecho. La anterior, es la actitud que predomina en los países pertenecientes a la familia romano-germanica. Los derechos de esta familia no constituyen de manera alguna, sistemas elaborados por teóricos, en donde la realidad de la vida estaría sacrificada por la búsqueda de una construcción perfectamente lógica.

Algunos teóricos pudieron, en determinados países y épocas, sucumbir a esta tentación e influenciar la enseñanza del derecho, pero con una penetración muy reducida en la práctica. En Roma, es sobre la óptica del caso concreto como los prudentes formulaban sus opiniones y es también, como los autores del antiguo derecho francés redactaron sus tratados apoyándose en decisiones emitidas por los Parlamentos, y es finalmente atendiendo a la práctica judicial o extrajudicial como los autores modernos desarrollan nuevos análisis que su época les exige en las disciplinas del derecho administrativo, del derecho laboral, del derecho de los negocios, del derecho del consumidor o del derecho del medio ambiente. Sin embargo, la doctrina no estima que su tarea se circunscribe a presentar y ordenar, hasta donde esto sea posible, los elementos que se ofrecen en la práctica; su función es formular por encima de este cuerpo de reglas de derecho,

formado cotidianamente, al azar de los acontecimientos, bajo la presión de la urgencia y con una carencia de principios rectores bien definidos, las reglas de derecho que en un futuro pudieran servir cómo referentes para jueces y practicantes. En principio, no son los jueces los que establecen la regla del derecho: sus consideraciones de equidad propias a tu tarea, corren el peligro de afectar su juicio, su papel no es pronunciarse “por vía general o reglamentaria”. Sin desconocer la obra jurisprudencial cada vez más importante en la actualidad, al juez no le corresponde crear la regla del derecho. Esta es el producto de una reflexión fundada en parte, por la observación de la práctica, pero en parte también, de consideraciones en torno a la justicia, la moral, la política y la armonía del sistema.

La regla de derecho decanta y purifica la práctica, rechazando elementos discordantes o superfluos. Simplifica el conocimiento del derecho al reducir el volumen de elementos a ser considerados. Da un significado a esos elementos mostrando cómo convergen en garantizar una mejor justicia social y un orden económico o moral más seguro. Permite tanto a la opinión pública, cómo al legislador intervenir de manera más eficiente para corregir determinados comportamientos e incluso orientar la sociedad hacia determinados fines. Esta función que se le atribuye al derecho no obedece más que a la tradición que lo conceptúa como un modelo de organización social. En la época actual al derecho se le conceptúa también como un elemento que contribuye a la evolución de la sociedad; esta nueva vertiente confirma y refuerza el prisma ordenador y político del derecho, adicionalmente al de solución de controversias.

Esta concepción de la regla de derecho, aceptada en la familia romano-germánica, es uno de los fundamentos de la codificación conforme a las ideas prevalecientes en Europa continental. Los juristas de familia romano-germánica han venido sosteniendo la imposibilidad de elaborar un verdadero código si se persiste en identificar en cada resolución de los jueces una regla de derecho y si el análisis se focaliza exclusivamente en las decisiones judiciales. Conforme a la concepción de la familia romano-germánica, un código no debe resolver todos los casos concretos que se presenten en la práctica; su función es prescribir reglas lo suficientemente generales, ordenadas en sistema, que serán fáciles de identificar y acceder, para que a partir de ellas y mediante un trabajo tan simple como sea posible, jueces y ciudadanos deduzcan fácilmente la manera en la que un caso concreto deba ser resuelto.

71. La generalidad óptima de la regla. La regla del derecho romano-germánico se encuentra a medio camino entre la resolución de la controversia, considerada como una aplicación concreta de la regla de derecho y los principios, dotados de una mayor generalidad, respecto a los cuales la regla de derecho puede considerarse como una aplicación. En los países de la familia romano-germánica, el arte del jurista consiste en identificar la regla y formularla, en un punto determinado de equilibrio: no puede ser demasiado general porque dejaría de ser una guía suficientemente segura para la práctica; pero igualmente tiene que ser lo suficientemente general para resolver un número determinado de casos concretos, y no ser sólo aplicable, como la decisión del juez a una situación particular. Agregemos que este punto de equilibrio no es necesariamente el mismo en todas las disciplinas del derecho. Así, *verbi gratia*, una mayor concreción es deseable en disciplinas como el derecho penal o fiscal, en que se pretende reducir al máximo la arbitrariedad de la administración pública. Un grado mayor de generalización puede

por contrario parecer deseable en otras disciplinas, más fluidas, donde se pretende imponer menos estrictamente el rigor de las soluciones jurídicas.

Este proceso que se narra estuvo muy lejos de ser sencillo y desde luego no corresponde a los inicios de los derechos de los diferentes países de la familia romano-germánica. El Código prusiano de 1794<sup>1</sup> y más aún el *Svod zakonov* ruso de 1832, presentan textos casuísticos que en la actualidad parecen especialmente farragosos. A principios del siglo XIX, los códigos napoleónicos proveyeron en términos generales el modelo de abstracción que se ha seguido desde entonces y que se estima como óptimo en todos los países, salvo quizá en los derechos escandinavos proclives a la casuística.

Al respecto, la tensión entre ámbitos tradicionales y legislación nueva se percibe con mayor claridad al interior de cada sistema de legalidad. En los diferentes países la crítica a las nuevas leyes, consiste en destacar la mala técnica legislativa debida en gran medida a que el legislador carece con frecuencia de la destreza en la redacción de las reglas de derecho para situarlas en el nivel donde pretende. La desconfianza del juzgador hace que se recurra a una casuística exagerada que agrava a menudo la reglamentación administrativa; otras, en cambio, se expresan con fórmulas demasiado generales, lo que impide el conocimiento de la ley, y se deja a su “interpretación”, para determinar su verdadero alcance. Las críticas formuladas a la mala técnica legislativa están sin duda fundamentadas pero conviene tener presente que el trabajo legislativo es técnicamente muy difícil y que han transcurrido siglos de esfuerzos doctrinarios para llegar a las fórmulas de nuestros códigos, que hoy en día se asumen tan sencillas, como obvias, de nuestros códigos.

72. Interpretación del derecho y técnica de las distinciones. La concepción prevaleciente que se tiene de la regla de derecho y del orden que debe asignársele conforme a la jerarquía normativa con relación a los principios generales por una parte y la solución de los casos concretos por otra, es uno de las vertientes fundamentales —insuficientemente subrayado— que crea una estrecha comunidad entre las maneras de ver y de razonar de los juristas, en todos los países de la familia romano-germánica. En la práctica, es una de las manifestaciones de mayor evidencia e importancia de esta afiliación. En efecto y en lo particular, esta manifestación se encuentra en el origen de toda la concepción actual de la teoría de las fuentes de derecho de la familia romano-germánica. La generalidad que se le atribuye a las reglas de derecho explica como en estos países la tarea del jurista se concibe esencialmente como una tarea de interpretación de las fórmulas legislativas, a la inversa de los países del *common law* en los que la técnica jurídica se caracteriza por el proceso de distinciones. La “correcta regla de derecho” no corresponde a la misma concepción, en uno u otro sistema: los países del *common law* buscan que las reglas de derecho tengan una formulación tan precisa como sea posible. Los países de la familia romano-germánica, consideran por su parte deseable que la regla de derecho confiera cierto margen de libertad al juez y por lo tanto se limitan a formular marcos regulatorios para la aplicación del derecho y proveer directivas al juzgador. El autor de la regla de derecho, jurista o legislador, no debe

---

<sup>1</sup> *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten von 1794*, con una introducción del profesor H. Hattenbauer y una bibliografía de G. Bernert, 1970. El Código prusiano ha sido traducido al francés: *Code général pour les États prussiens* (An IX). B. Dölemeyer y H. Mohnhaupt: *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, 1995.

excederse y esforzarse por regular el detalle pues es incapaz de prever, en sus variedades, todas las posibilidades de los casos concretos que podrían presentarse en la práctica.

73. Previsibilidad del derecho. Como consecuencia de la concepción que prevalece en los países de la familia del sistema romano-germánico, su orden normativo está compuesto de un número de reglas de derecho más reducida que los países en los que la regla de derecho tiene un grado menor generalidad y se concentra más en los detalles de situaciones concretas.

Esto tiene como efecto que *prima facie* el estudio del derecho francés, o de cualquier otro derecho del sistema, sea mucho más fácil de adquirir que el relativo a un derecho vinculado al *common law*. El practicante francés, egipcio o japonés tendrá una menor dificultad que su colega inglés, norteamericano o canadiense anglosajón para ilustrar a su cliente sobre la regla o reglas aplicables en un caso concreto. Sin embargo, esta aparente ventaja de los derechos de la familia romano-germánica no debe confundir: es totalmente ilusoria.

La concepción de la regla de derecho aceptada en los países de la familia romano-germánica no conlleva una mayor predictibilidad de la solución para tal o cual controversia. Todo lo que se le menoscaba a la especialización de la regla de derecho acrecienta de manera automática la función interpretativa del juzgador. La formulación de la regla de derecho en términos de mayor generalidad, significa darle necesariamente menor precisión y por ende a los jueces, una libertad mayor en su aplicación. La seguridad de las relaciones jurídicas no se incrementa porque la regla de derecho aplicable se le pueda identificar más rápidamente; resulta que es exactamente todo lo contrario.<sup>2</sup>

Otra observación se impone. Las reglas de derecho, tales y como se encuentran formuladas por el legislador y la literatura jurídica son insuficientes para dar una idea exacta del contenido del derecho de los países de la familia romano-germánica. Es altamente impreciso considerar que todo se sitúa en el ámbito de los “hechos de la especie”, justamente por debajo del nivel jerárquico normativo que el legislador asumió al formular la regla de derecho. En su ánimo de dar seguridad y certeza a las relaciones jurídicas, la jurisprudencia, cuando aplica reglas de derecho cuya formulación es demasiado general, les da un sentido específico; las Cortes superiores en particular ejercen su control de legalidad sobre la manera en que los juzgadores interpretan las reglas de derecho. En este contexto la regla de derecho formulada por el legislador es un núcleo; es el centro de gravedad en cuya órbita gravitan las reglas de derecho secundarias.

Es difícil precisar en qué medida las reglas de derecho secundarias vienen a complementar a la regla principal. El análisis varía según los países y también según las disciplinas del derecho consideradas; varía igualmente con la formulación de las reglas de derecho de origen legislativo, de los principios que gobiernen la organización judicial, de la tradición de los jueces, entre otros. Mayor o menormente difundido y enunciado el fenómeno tiene un alcance universal. Por doquier los contornos entre el derecho y el hecho resultan ser totalmente artificiales y es difícil determinar en qué medida en la solución del caso concreto se pone en riesgo la apreciación de hechos propios de la especie o la interpretación de una regla de derecho.

Lo más que se puede sostener es que cuando una situación de hecho aparece lo suficientemente típica, susceptible de replicarse con frecuencia, debe procurarse, mediante el empleo de alguna

---

<sup>2</sup> A. P. Sereni, “The Code and the Case Law”, en *The common law World*, 1956, pp. 55-79; R. David, “English Law and French Law”, en *Codified Law and Case Law*, 1980, pp. 16-26.

técnica o cualquier otro medio, reglamentarla con una regla de derecho, de manera que los interesados tengan conocimiento a qué se deben y cómo deben comportarse. La Corte de Casación francesa controlará de esta forma la manera en que los “jueces de hecho” aplican una regla de derecho a un caso concreto y podrá imponer su propia “interpretación” de la regla de derecho. En tanto que en otros supuestos, menos típicos, la Corte de Casación francesa se podrá negar a ejercer su control de “interpretación” y se limitará a declarar que los jueces del foro apreciaron soberanamente los hechos que daban causa a la controversia.<sup>3</sup>

74. Importancia real de las reglas secundarias. Es en esta forma como en los países de la familia romano-germánica, el derecho está conformado no solamente por las reglas de derecho tal y como han sido formuladas y aprobadas por la vía legislativa, sino igualmente por la interpretación que los juzgadores hacen de estas fórmulas. Es válido sostener que los comentarios vertidos anteriormente no invalida el alcance de la afirmación que postula que en nuestros países, la regla de derecho se concibe de manera relativamente abstracta y general. La interrogante natural sería: ¿no significa la aceptación de estas “reglas de derecho secundarias”, deducidas por la jurisprudencia, una gran aproximación a la concepción que sitúa la regla de derecho en el plano de las decisiones jurisprudenciales del caso concreto?

Es innegable que en la actualidad muchos juristas de los países de la familia romano-germánica han devenido, conciente o inconscientemente, en casuistas, para quienes la preocupación por describir la jurisprudencia prevalece sobre el espíritu crítico y la erudición predomina sobre la reflexión. Si esta actitud llegara a prevalecer y si toda decisión judicial llegase a ser ponderada con un efecto jurídico equivalente a la regla de derecho, el sistema de derecho romano-germánico se vería profundamente transformado y se aproximaría sensiblemente al *common law*. Empero, aún no se ha llegado a ese extremo y la existencia de reglas de derecho secundarias no ha transformado nuestros derechos en un sistema jurisprudenciales, ni nuestro sistema en casuístico.

Cualquiera que sea su importancia, es evidente que las reglas de derecho secundarias elaboradas por la jurisprudencia conservan una mayor generalidad que la regla de derecho que crea el juzgador cuándo el legislador no le ha proporcionado ninguna directriz. Los países de la familia romano-germánica tienen “menos de derecho” que los países en los que la regla de derecho proviene de la formación judicial directa. Los derechos de la familia romano-germánica continua siendo, conforme a sus postulados, un conjunto de derechos fundamentados en principios; no son sistemas casuísticos y, por lo tanto, conservan por este hecho, se puede pensar, ciertas ventajas de sencillez y de claridad.

Es incontrovertible que las reglas de derecho, tal y como los legisladores de esos países han considerado oportuno formularlas, no se pueden bastar a si mismas y que necesitan reglas de derecho secundarias para precisarlas y complementarlas; cómo tampoco se puede negar que proveen al derecho marcos de referencia sólidos e incontestables, lo que no deja de tener beneficio. En los sistemas de derecho de formación jurisprudencial, con frecuencia se

---

<sup>3</sup> G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, 1929, pp. 365 y 366: “El Tribunal Supremo debe considerar recurrentemente que, a consecuencia del carácter de la decisión objeto del recurso de casación, su fallo puede tener un alcance general y servir de guía en la resolución de futuras dificultades”. La distinción entre hecho y derecho se inspira de la misma idea en Inglaterra: Sir Patrick Devlin, *Trial by jury*, 1956, p. 61; W. Cornish, *The jury*, 1968, p. 105; J. Baldwin y M. Mcconville, *Jury trial*, 1979.

controvierte sobre la necesidad de abrogar o modificar una regla de derecho ya que las consecuencias que se pueden provocar sobre todo el conjunto de tales abrogaciones o modificaciones, no resultan en ocasiones lo suficientemente claras. En los países de la familia romano-germánica es más fácil admitir tales reformas porque se puede percibir con mayor nitidez qué reglas de derecho se verán afectadas y cuales permanecerán incólumes. Las modificaciones de “reglas secundarias de derecho” serán más sencillas, puesto que las mutaciones de la jurisprudencia no alteran los fundamentos del sistema; no presentan el mismo riesgo y no provocan las mismas incertidumbres que en los países que no reconocen la regla de derecho de la naturaleza tal y como es admitida en la familia romano-germánica.