

ELEMENTOS JURIDICOS Y EXTRAJURIDICOS EN EL DERECHO

Olga Marlasca Martínez

Sumario: 1. Prenotandos; 2. Antigüedad clásica: Séneca; 3. Derecho Romano; 4. Modernidad; 5. Contraposición categorial.

1. Prenotandos

Pensadores antiguos y de la modernidad han visto la conveniencia de que las normas jurídicas reciban el concurso de otros elementos extrajurídicos. El mismo Ortega y Gasset ha insistido en que «la vida colectiva es un sistema de funciones, cada una de las cuales se apoya en las demás y las supone», sin que haya una sola institución legal que se agote en su propio perfil jurídico y «no requiera el complemento existente en los senos profundos y ultrajurídicos de la sociedad»¹.

Es evidente que una cuestión a tener en cuenta es la superación del conceptualismo jurídico; los conceptos en el campo del Derecho cumplen su función, pero lo que puede producir consecuencias nefastas es la absolutización de los mismos.

A lo largo de la historia no han faltado autores que han puesto de relieve la insuficiencia de la ley y del abstraccionismo jurídico para producir la justicia más adecuada a cada caso (Séneca, juristas romanos, autores modernos...).

Es bien sabido que a raíz de la publicación del Código Civil de Napoleón, en el s. XIX, «la idea de la omnisciencia y de la omnicomprensión

¹ ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*. Tomo VI. Rev. de Occidente. (Madrid 1983) p. 106. El autor se refiere en las pp. 105-107 del lugar citado a una Teoría de los complementos de la vida colectiva. También RUIZ GIMÉNEZ, J. en la obra *Derecho y Vida Humana* se refiere a la Teoría de los complementos jurídicos, p. 201 y ss.

de la ley escrita, así como la concepción mecánica de la función judicial, alcanzan un grado de frenética apoteosis»². En ese mismo siglo y también en el s. XX una serie de escuelas en países europeos y en Norteamérica³ se han pronunciado en contra de la absolutización de la ley; de ahí la importancia de resaltar la existencia de los elementos extrajurídicos en la concepción genuina de la justicia y que trataremos de explicitar en los apartados siguientes.

En el fondo del problema tiene lugar aquí, desde una perspectiva filosófica jurídica, un prejuicio racionalista en favor de lo general y de desdén hacia lo individual, singular y concreto que inspiró, entre otras cosas, la Codificación francesa⁴.

Tampoco se puede dejar de lado la importancia enorme del lenguaje, tematizado en profundidad por algunos autores, y sus consecuencias concretas en el campo jurídico al que haremos algunas alusiones en páginas más adelante.

De lo dicho anteriormente podemos deducir que es perfectamente aplicable aquí el criterio interdisciplinar de las ciencias en el campo jurídico; como dice Saavedra Fajardo «una profesión sin noticia ni adorno de otras es una especie de ignorancia, porque las ciencias se dan la mano y hacen un círculo»⁵.

Este mismo aspecto interdisciplinar lo destaca el romanista Juan Iglesias al referirse a la metódica en el Derecho romano: «Filosofía, religión, retórica, historia, política... Sí, de todo eso se ocupan los juristas de Roma. De otro modo, ¿cómo habría que entender la definición de la jurisprudencia? ¿Qué sentido tendría, en efecto, lo de «divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia»? Se ocupan de todo eso, pero sin hacerlo brillar en superficie, en juego de teorizaciones o lucubraciones»⁶.

2. Séneca

El escritor cordobés, representante máximo de la filosofía estoica, la escuela filosófica que más influyó en el Derecho romano, presenta en sus obras numerosos testimonios en la línea de la superación conceptual y de la estrechez del marco legal para la implantación de la justicia.

² RECASENS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. E. Porrúa. (México 1973), p. 193.

³ Cfr. RECASENS SICHES, *o.c.*, pp. 33-130.

⁴ Cfr. RECASENS SICHES, *o.c.*, pp. 145 y 157.

⁵ SAAVEDRA FAJARDO, D., *Idea de un príncipe político-cristiano*. Clásicos Castellanos. (Madrid 1958), p. 63.

⁶ IGLESIAS, J., *Estudios*. Universidad Complutense. (Madrid 1985), p. 137.

Sigamos al autor en estas líneas de su obra *De Ira*:

«qué inocencia tan raquíca la inocencia legal! ¡Cuánto más amplias exigencias tienen la piedad, la humanidad, la liberalidad, la justicia, la lealtad y ninguna de ellas está grabada en las Tablas!»⁷.

Otro testimonio en este mismo sentido lo recogemos en el *De Beneficiis*; se lamenta, aquí, de la falta de libertad del juez que tiene que atenerse al contenido de la fórmula —escrito que recoge las pretensiones del demandante y alegaciones del demandado—, en tanto que el árbitro;

«...puede sacar y puede añadir alguna cosa y regular su sentencia no por lo que prescribe la ley o la justicia sino siguiendo el impulso de la benignidad o de la clemencia»⁸.

También este otro pasaje del tratado *De Clementia* nos sitúa en la misma atmósfera que los anteriores:

«La clemencia conserva libre su albedrío; no juzga según fórmula sino según la equidad y la bondad: le es lícito absolver y evaluar la lid según le pareciere. Ninguna de estas cosas hace como quien hace menos de lo justo, sino como quien tiene por justísimo lo que decidió»⁹.

En cuanto a la humanitas relacionada con los esclavos, son también muy frecuentes las alusiones que hace el autor en diversos lugares de su obra.

Hay que tratar a los esclavos con humanidad, dice, entre otras cosas:

«¡...Son esclavos! Pero también hombres. ¡Son esclavos! Pero viven bajo el mismo techo»¹⁰.

En la edad imperial, según Schulz, «la humanitas se afirma muy enérgicamente también en materia de esclavitud. Séneca tiene el mérito de haber trabajado con la mayor insistencia no ya, entiéndase, por la abolición de la esclavitud, sino para que la relación entre amos y esclavos adquiriera actitudes humanas, y otros le han seguido»¹¹.

⁷ SÉNECA, *De Ira*, 2, 28. Obras completas. Trad. Lorenzo Riber. Aguilar. (Madrid 1961). A esta edición de las obras completas de Séneca nos referiremos en notas posteriores.

⁸ SÉNECA, *De los Beneficios*, 3, 7.

⁹ SÉNECA, *De Clementia*, 2, 7.

¹⁰ SÉNECA, *Epístola 47*.

¹¹ SCHULZ, F., *Principios del Derecho Romano*. Trad. M. Abellán Velasco. Civitas. (Madrid 1990), p. 239.

Esta afirmación del autor alemán se refleja en otro lugar de la Epístola citada:

«Respénte, mas que no te teman. Alguien dirá que ahora hago yo un llamamiento a los esclavos para que recobren su libertad y que derroco a los señores de su encumbramiento porque dije que respeten al señor, mas que no le teman...»¹².

No se pronuncia de esta manera Cicerón acerca del trato humanitario con los esclavos. «Es significativo, dice Schulz, que él, mientras que utiliza con infinita frecuencia las palabras humanitas y humanus, no las aplica, a lo que parece, ni siquiera una vez a la relación entre esclavo y dueño...»¹³.

El autor latino presenta en *De los Oficios* algunas cuestiones relacionadas con los esclavos a las que se refiere el griego Hecatón en el libro sexto de su obra: «Si será obligación de un hombre de bien, cuando están sumamente caros los víveres, sustentar sus esclavos». Pregunta también, «si habiéndose de arrojar al mar parte, de la carga de 1a nave, se sacrificará un caballo de mucho precio o un esclavo de poco valor...»¹⁴. Se presentan razones de una y otra parte mas lo sorprendente ante estas cuestiones está en que el autor no se pronuncia con un rechazo tajante ante las mismas. Es evidente una diferencia significativa en el contenido de los textos pertenecientes al filósofo estoico Séneca, anteriormente citado.

Otro testimonio valioso del egregio cordobés en orden a la no absolutización de los conceptos nos lo presenta en el tratado *De Clementia*, escrito bajo el reinado de Nerón; después de intentar varias definiciones acerca del nombre de clemencia dice que «todos entienden que clemencia es doblarse más acá de lo que podría imponerse por justicia»¹⁵.

Estas componentes extrajurídicas a las que hemos hecho alusión son contrarias a una concepción abstraccionista y deductivista de las normas jurídicas. «En Séneca no se encuentra ni debe buscarse edificios ontológicos, armazones de conclusiones cerradas, catedrales de silogismos»¹⁶, nos dice Franquiz.

Los testimonios citados procedentes de la obra de Séneca, así como el aserto de Franquiz, están en una línea muy diferente de la dogmática

¹² SÉNECA, *Epístola 47*.

¹³ SCHULZ, F., *Principios...*, p. 236.

¹⁴ CICERÓN, *De los Oficios*, III, 23. Espasa Calpe. Quinta edición. (Madrid 1980).

¹⁵ SÉNECA, *De Clementia*, 2, 3.

¹⁶ FRANQUIZ, J. A., *Actas del Congreso Internacional de Filosofía, en conmemoración de Séneca, en el XIX centenario de su muerte*. Editorial Augustinus. (Madrid 1967), p. 63.

jurídica que concede al sistema la máxima importancia. Esta actitud de la dogmática es criticada por numerosos autores y, entre ellos, Iglesias se manifiesta de la siguiente forma: «Los pandectistas dan cima a una ciencia jurídica abstracta, es decir, nutrida de irrealista conceptualismo. La dogmática jurídica, fundamentada por la Pandectística, confiere el máximo rango al sistema, que es concordancia suprema de conceptos bajo dictados de racionalidad, orden y simetría»¹⁷.

3. Derecho Romano

Uno de los romanistas modernos que ha tratado el tema de las componentes jurídicas y extrajurídicas en el Derecho Romano es el Prof. J. Iglesias. En su obra «Estudios»¹⁸ dedica una serie de páginas al Orden jurídico y al Orden extrajurídico. Según el autor mencionado en el Derecho Romano positivo influyen preceptos de razón política, religiosa y ética. En relación con estos últimos, «hay todo un conjunto de valores éticos, merced a los cuales se actúa la justicia, viniendo a ser como elementos o partes de ésta. Así están la pietas, la devoción hacia los padres, la patria y los dioses; la humanitas..., la fides..., lealtad en el cumplimiento de los compromisos...»¹⁹.

En el mismo tema de las componentes extrajurídicas abunda Torrent, precisamente al comentar la obra citada «Estudios». Dice a este respecto: «La influencia de la religión sobre el ius primitivo, la fides, la amicitia, el officium, la pietas..., sobre el fenómeno reglado es evidente, y ningún romanista debe desprestigiar estas componentes que se interfieren en el Derecho reglado»²⁰.

Uno de los elementos mencionados es la fides, valor de carácter ético-social, concebida como fidelidad a la palabra dada²¹. La fides está presente en numerosos textos del Digesto (nexum, sponsio, fiducia, mandato, negotiorum gestio, pactos...) y en todos ellos, la fides «crea deberes que están por más allá de los simplemente reglados»²².

En el ámbito procesal, en la fórmula correspondiente de los juicios de buena fe, a instancia del magistrado el juez que interviene en la se-

¹⁷ IGLESIAS, J., *o.c.* p. 218.

¹⁸ IGLESIAS, J., *o.c.* pp. 169-212.

¹⁹ IGLESIAS, J., *o.c.* pp. 191-192.

²⁰ TORRENT, A., *Estudios* del prof. J. IGLESIAS. «AHDE» 40, 1970, p. 563.

²¹ CHURRUCA, J., *Introducción histórica al Derecho Romano*. Cuarta edición revisada. Publicaciones de la Universidad de Deusto. (Bilbao 1987), pp. 169-170.

²² IGLESIAS, J., *o.c.* p. 204.

gunda fase del pleito va a exigir «quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona»²³.

Precisamente uno de los primeros textos del Digesto, se manifiesta en contra de la interpretación dura de las normas, reflejando así la conveniencia de tener en cuenta los elementos a los que nos estamos refiriendo: «Ninguna razón del derecho permite, ni la justicia benigna y equitativa, que hagamos más severo, en virtud de una interpretación demasiado dura y contra el interés de las personas, aquello que se introduce saludablemente para utilidad de las mismas»²⁴.

Otro de los elementos extrajurídicos en la jurisprudencia romana es la humanitas. La humanitas en Derecho Romano se refleja en diversos campos²⁵, como veremos seguidamente.

La manus sobre la mujer, como es sabido, se podía adquirir inicialmente a través de la usucapión de la misma. Esta institución —la usucapio— creada para la adquisición de las cosas, va cayendo en desuso, es de suponer que bajo la influencia de la idea de la humanidad.

También en el matrimonio «libre» en las relaciones patrimoniales del mismo, la humanitas atenúa la rigidez de las normas jurídicas derivadas de la separación de bienes.

En el campo de la esclavitud, la humanitas aboga por una limitación de los poderes de dueño. La institución de la esclavitud muy arraigada en el mundo romano no podía desaparecer de la noche a la mañana, continuó subsistiendo aunque desde distintos ángulos se proponía un mejor trato a los esclavos. Algunos textos de Cicerón no demuestran un entusiasmo significativo por un acercamiento humanitario, tal como se constató anteriormente²⁶. Distinta es la actitud de Séneca acerca de la esclavitud, ya que en sus obras aboga en numerosas ocasiones por la aplicación de la humanitas en el trato a los esclavos²⁷.

Otro de los campos donde la humanitas ejerció su influencia fue en el ámbito jurídico de los peregrinos.

²³ Véase, entre otros, ALVAREZ SUAREZ, U., *Curso de Derecho Romano*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado (Madrid 1955), pp. 401 y ss.

²⁴ D. 1, 3, 25.

²⁵ Cfr. SCHULZ, F., *o.c.* pp. 214 y ss.

²⁶ Cfr. Nota 14.

²⁷ Cfr. Notas 10 y 12 de este trabajo acerca de textos de Séneca en relación con los esclavos. Son numerosos los textos del autor donde se refiere a los esclavos: *De los Beneficios*, 3, 18 donde dice: Quien niega que el esclavo haga nunca beneficio al señor ignora el derecho humano, porque lo que importa no es el estado de quien hace el favor, sino su intención. *De los Beneficios*, 3, 20; 3, 21; 3, 28 también tratan el tema de los esclavos. En este último citado, al mencionar previamente al señor y al esclavo, dice: Todos tenemos unos mismos principios y un mismo origen.

También la familia se ve fuertemente afectada de estas fuerzas extra-jurídicas, nos dice el romanista Iglesias. En la familia antigua, sobre todo, tiene lugar «el juego de fuerzas de naturaleza jurídica y extrajurídica». El poder absoluto del paterfamilias aparece templado por una serie de fuerzas extrajurídicas. En relación con la mujer, consideraciones morales y sociales, no enajenadas de influjo religioso, otorgan a la mujer, a la materfamilias, la mejor estima²⁸.

Estos elementos extrajurídicos son contrarios a una concepción abstraccionista del derecho, y es que en la aplicación del derecho, «ninguna norma, aunque parezca perfecta, está asistida de la amplitud y precisión que convienen a cada caso, matizado siempre por particulares circunstancias»²⁹.

Es precisamente conocida la actitud hostil a la abstracción por parte de los juristas romanos y su actividad esencialmente asistemática y casuística. «A la antipatía por los conceptos generales se acompaña la resistencia a la formulación abstracta de las normas jurídicas»³⁰. De ahí que la literatura jurídica se concrete en obras del tipo de Responsa, Quaestiones, Disputationes...

Contra esa actitud se manifiesta en algunos pasajes de su obra Cicerón. Así, en *De Oratore*, el autor presenta la conveniencia de dividir el derecho civil romano en una serie de géneros y éstos, a su vez, dividirlos en especies y a través de la definición correspondiente dar a cada término su propio valor³¹. En *Brutus*³², aboga por la utilización de otra ciencia, ajena al derecho, que permita dividir un todo en sus diversas partes, presentar reglas generales... Ahora bien, «la jurisprudencia romana respondió a estas incitaciones con un silencio cortés, sin pensar de ningún modo en amoldarse a planes similares», según el romanista Schulz³³.

Los romanos supieron percatarse del peligro que podía suponer la concreción de reglas jurídicas que tuviesen carácter general y que no pudieran amoldarse a las exigencias de los casos concretos y particulares.

Es sabido también que los juristas romanos no crearon una «teoría general del derecho» y tampoco se esforzaron en ofrecer definiciones acerca de sus propias instituciones.

²⁸ IGLESIAS, J., *o.c.*, pp. 206-207. Véase sobre la situación de la mujer, Dionisio DE HALICARNASO, *Historia Antigua de Roma*, 2, 25. E. Gredos (Madrid, 1984).

²⁹ IGLESIAS, J., *o.c.* p. 204.

³⁰ SCHULZ, F., *o.c.* p. 69.

³¹ CICERÓN, *De oratore*, 1, 42, 190. Les Belles Lettres. 5.ª edición. (París, 1962).

³² CICERÓN, *Brutus*, 41, 152. Les Belles Lettres. 3.ª edición. (París, 1962).

³³ SCHULZ, F., *o.c.* p. 86.

Por eso el jurista Javoleno nos dice en un texto del Digesto «*omnis definitio in iure civile periculosa est*»: «toda definición en derecho civil es peligrosa»³⁴.

Es evidente que el método casuístico al que tan aficionados eran los juristas romanos prescinde completamente de la formulación abstracta. Es razonable pensar que esa actitud no ha sido la misma en las diferentes épocas; esa actitud, según Schulz, depende del claro conocimiento del peligro que el exceso de abstracción lleva consigo³⁵.

A estos elementos extrajurídicos Álvarez Suárez los considera «vinculaciones y medios coercitivos sociales y morales, que aun cuando sobrepasan la esfera de lo estrictamente jurídico, no por ello dejaron de imprimir su huella en el área del Derecho»³⁶. Aunque también es digna de mención la consideración que hace Iglesias cuando dice que «los mismos juristas romanos, aún contando forzosamente con lo extrajurídico, apenas lo mencionan en sus exposiciones»³⁷.

4. Modernidad

La «omnisciencia y la omnicompreñión» de la ley escrita es denunciada por autores modernos pertenecientes a disciplinas variadas. Coinciden al referirse a la insuficiencia de las leyes y la necesidad de contar con las componentes extrajurídicas.

«Existe una plétora de leyes y de requisitorias sociales y una enorme penuria de justicia», nos dice Villey³⁸. También el escritor Mario Bunge en la misma línea que el anterior se expresa en los siguientes términos: «... hay demasiadas leyes y reglas externas y no hay bastantes normas internas o morales»³⁹, nos dice en un artículo cuyo título significativo es: «Las leyes no bastan». Se refiere aquí a las consecuencias de esa situación en la economía, en la política y en la vida en general⁴⁰.

La insuficiencia de las normas se pone también de relieve por Ruiz Jiménez en su obra «Derecho y Vida humana»; se refiere aquí a un apartado sobre la Teoría de los complementos jurídicos. Después de decir que el Derecho es factor de seguridad y de concordia en la coexistencia humana,

³⁴ D. 50, 17, 202.

³⁵ SCHULZ, F., *o.c.* pp. 62-63.

³⁶ ALVAREZ SUAREZ, U., *Curso de Derecho Romano*. Tomo I. Revista de Derecho Privado. (Madrid, 1955), p. 153.

³⁷ IGLESIAS, J., *o.c.* p. 172.

³⁸ VILLEY, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*. EUNSA. (Pamplona, 1979), p. 218.

³⁹ BUNGE, M., En ABC, Sección «Tribuna Abierta», 8-9-1991.

⁴⁰ *Ibidem*.

sigue escribiendo: «Nuestra preocupación se ciñe ahora a saber si la justicia es por sí sola suficiente para producir en la vida del hombre esa paz que ha de franquearle las puertas de su perfección definitiva»⁴¹.

Creemos que no es necesario extenderse más con autores que se han pronunciado en esta misma línea, sino mencionar el hecho de que las modernas investigaciones sobre la naturaleza del lenguaje resaltan la idea de la no absolutización de los lenguajes y la diferente captación de la realidad y de la interpretación del mundo, en virtud de los diferentes modelos lingüísticos.

Estimamos pertinente, no obstante, recordar que la crítica moderna a los formalismos tiene antecedentes remotos en la historia del pensamiento: Ya Francisco Suárez fue procesado tres veces por antiaristotélico. A su vez Descartes acusó a Aristóteles de mala fe por haber propiciado una interpretación de la filosofía platónica proclive al formalismo abstraccionista. Así lo constata Ortega en su obra «La idea de principio en Leibniz», cuando dice: «Buen ejemplo de la deficiente actitud en que los historiadores ejercen su cometido es que no se hayan nunca detenido ante esta acusación de Descartes que atribuye a los matemáticos griegos nada menos que un «engaño culpable» —pernitiosa quadam astuta—. Porque no se trata de un mal humor momentáneo, sino que corresponde al espíritu con que Descartes habla siempre de los griegos. Y no sólo de los matemáticos. En el Prefacio a sus Principios de Filosofía dice que Platón «confesaba francamente no haber podido hallar aún nada de cierto y se contentó con escribir las cosas que le parecían verosímiles, imaginando a este efecto algunos principios por los cuales trataba de dar razón de las demás cosas; al paso que Aristóteles ha sido menos sincero y aunque fue veinte años su discípulo y no tuvo otros principios que los de aquél, cambió por completo el modo de enunciarlos y los propuso como verdaderos y seguros sin que haya la menor apariencia de que los estimase jamás como tales». La cosa es de gran calibre. Descartes no se contenta con declarar erróneas las doctrinas de Aristóteles, sino que formalmente le califica de falsario e inauténtico. ¿Cómo no detenerse ante pareja enormidad? La historia, si es algo, es el ensayo a fondo de entender los hechos humanos. De ahí, un hecho humano de alto rango por quien lo dice, por de quien lo dice y por lo que dice»⁴².

También E. Elorduy presenta en su obra una contraposición de mentalidades: la clásica y la moderna, con la salvedad de que el estudioso del

⁴¹ RUIZ GIMÉNEZ, J., *Derecho y Vida Humana*, Instituto Estudios Políticos. 2.ª edición. (Madrid, 1957), p. 202.

⁴² ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*. Tomo VIII. Rev. de Occidente. (Madrid, 1983), pp. 321-322.

estoicismo la retrotrae a la época de la lucha multiseccular entre estoicos y peripatéticos⁴³.

Como consecuencia de esta corriente crítica que arranca del estoicismo en la modernidad se ha explicitado copiosamente sus derivaciones jurídicas como puede documentarse en la obra de Recasens Siches, «La nueva filosofía de la interpretación del Derecho»⁴⁴.

5. Contraposición categorial

El contenido de este epígrafe puede estar justificado si recordamos el aspecto interdisciplinar al que aludíamos al principio y se menciona a Saavedra Fajardo cuando dice que «una profesión sin noticia ni adorno de otras es una especie de ignorancia porque las ciencias se dan la mano y hacen un círculo»⁴⁵.

En el mundo antiguo se produce ya una contraposición categorial que dio como resultado diferentes cosmovisiones de la realidad social y, entre ellas, la realidad jurídica.

Nos estamos refiriendo con ello a la contraposición de las categorías aristotélicas y las categorías del lógos, explicitadas en su origen y consecuencias distintas por el estudioso del estoicismo E. Elorduy. Creemos que no es éste el lugar para desarrollar con amplitud los dos tipos de categorías o modos de concebir la realidad en general, de la cual participa la realidad del derecho, pero sí vamos a hacer mención a algunas consecuencias en el campo jurídico derivadas de ambos sistemas.

Es sabido que los griegos trataban de buscar lo general, lo constante..., en contra de lo singular. «En términos generales, la Filosofía, desde su nacimiento en Grecia, más acentuadamente todavía en los siglos XVI, XVII y XVIII, había desdeñado todo aquello que no pudiese expresarse en

⁴³ ELORDUY, E., *El estoicismo*. Tomo I y II. Editorial Gredos. (Madrid, 1972). Cfr., entre otras, las pp. 13-16, 28-29, 37-42, 58-61, 100, 148-149, 169-174, 207-208, etc.

⁴⁴ Cfr. Nota n.º 3. Para una exposición actualizada del trasfondo de toda esta problemática pueden consultarse con sumo provecho las obras de A. SCHAFF, *Lenguaje y conocimiento*. Grijalbo. (México, 1975) y C. ESPADA, *La utopía de Séneca*. Tesis Doctoral. Editorial Univ. Complutense. (Madrid, 1984). De esta última obra son especialmente interesantes los capítulos dedicados al sistema categorial estoico y a las coordenadas etnolingüísticas y socioculturales. También nosotros en nuestra obra, *La figura ético-jurídica de la clemencia y su proyección moderna* (Tesis Doctoral), nos hemos ocupado ampliamente de la misma problemática cuyas consecuencias explicitamos en el presente trabajo.

⁴⁵ Cfr. Nota n.º 5.

un concepto general»⁴⁶. El mismo autor en otra de sus obras se pronuncia también en esta misma línea cuando dice que:

«La preocupación intelectual principal de los griegos era la de buscar el ser permanente por debajo de los cambios. Frente a lo multiforme, lo vario, lo abigarrado, lo imprevisible, lo singular, los griegos trataban de hallar lo general, lo constante...»⁴⁷.

Las consecuencias en el campo del Derecho caen por su propio peso. «Los griegos se acercan al mundo de las normas en una actitud análoga: buscan las normas universalmente válidas, absolutamente generales, necesarias, las cuales son concebidas como expresión o consecuencia de la supuesta naturaleza del hombre y de la naturaleza de las cosas que interviene en la vida de éste»⁴⁸.

Y puede ser fácilmente comprensible que «la auténtica vida del Derecho está en lo particular y no en lo general»⁴⁹.

Las consecuencias nefastas de esa concepción del Derecho son también puestas en evidencia por el polifacético Ortega cuando escribe: «Hoy vemos claramente que, aunque fecundo, fue un error de Sócrates y los siglos posteriores. La razón pura no puede suplantar a la vida: la cultura del intelecto abstracto no es, frente a la espontánea, otra vida que se baste a sí misma y pueda desalojar a aquélla»⁵⁰. Tiene sentido, aquí, hablar del «Método de Inversión» al que se refiere Heck. Mediante este método el intérprete utiliza realizando un proceso a la inversa los elementos lógicos de que debe valerse para fijar la significación y el alcance del derecho positivo. Es evidente que los preceptos jurídicos no son más que conceptos o formas, mediante los cuales se resuelve un conflicto de intereses; por lo tanto, el camino a seguir es de la vida a la forma abstracta, de los intereses a los conceptos; ir por el contrario de las formas a los intereses, de los conceptos a la vida, es un procedimiento inverso, y de aquí la denominación de «Método de Inversión»⁵¹.

La concepción griega en el campo del Derecho —a la que antes se aludía— ha dado lugar en muchas ocasiones a antinomias, paradojas y

⁴⁶ RECASSENS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*. E. Porrúa. (México, 1961). 2.ª edición, p. 442.

⁴⁷ RECASSENS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, o.c., p. 145.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ ROSCOE POUND, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Trad. esp. de Puig Brutau. E. Ariel. (Barcelona, 1950), p. XIX.

⁵⁰ ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*. Tomo III. Rev. de Occidente. (Madrid, 1983), p. 177.

⁵¹ DUALDE, J., *Una revolución en la lógica del Derecho*. Bosch. (Barcelona, 1933). Cfr. pp. 107-108.

contradicciones; a una mecánica silogística y a un fetichismo legal. En definitiva se produce con esa concepción un abstraccionismo y absolutización de los conceptos. Estas consecuencias no se dieron en el Derecho Romano en el que predominó una concepción casuística y una no absolutización de los conceptos, como se vio anteriormente.

La ciencia del Derecho, como todas las ciencias, necesita elaborar conceptos abstractos, lo que no puede hacer es absolutizar el contenido de los mismos, ya que los conceptos no son infalibles. «Lo conveniente y justo es, por tanto, adoptar en este punto una postura de reconocimiento para los conceptos, mas sin abusar de ellos. Son instrumentos utilizables en la elaboración del Derecho. Lo peligroso es el exclusivismo; nunca su prudente empleo»⁵². Es evidente que no se trata de negar valor a la dogmática moderna, sino, como dice Biondi, «de asignarle una función meramente instrumental y subordinada al logro de una finalidad superior, que es la justicia»⁵³.

La no absolutización de los conceptos jurídicos se pone también de manifiesto por el mercantilista Garrigues cuando dice que «veinte años de labor universitaria me han permitido familiarizarme con el conceptualismo jurídico y han hecho que le pierda un tanto el respeto... No nos dejemos llevar de la abstracción que suele convertir al jurista en un puro mecanismo de lógica y que pretende reducir todos los hechos de la realidad a conceptos y figuras, haciendo de la técnica jurídica un juego dialéctico sin contacto alguno con la vida»⁵⁴.

Conviene tener en cuenta que la filosofía griega parte de unos presupuestos gnoseológicos, tales como las «formas eternas» o los universales..., de manera que nos presenta una visión estereotipada de la realidad, dando lugar a esas consecuencias a las que antes aludíamos y entre ellas, a la absolutización de los conceptos. Frente a esa visión (estereotipada de la realidad) numerosos autores en todos los campos abogan por la idea de dar más relieve a lo individual y concreto⁵⁵.

Una concepción diferente a la filosofía griega la tenemos en otra escuela filosófica: nos estamos refiriendo a la filosofía estoico-semítica. Uno de los autores, entre otros, que ha estudiado el estoicismo es

⁵² PÉREZ GONZÁLEZ, *El método jurídico*. Revista de Derecho Privado, XXVI. 1942, p. 22.

⁵³ BIONDI, B., *Arte y Ciencia del Derecho*. Trad. por A. Latorre. E. Ariel. (Barcelona, 1953), p. 29.

⁵⁴ GARRIGES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I. (Madrid, 1947), Prólogo, IX.

⁵⁵ Además de los autores citados en notas anteriores, Cfr. también ABELARDO, P., *Diálogo entre un filósofo, un judío y un cristiano*. Trad. y orientación didáctica: A. Sanjuán y M. Pujadas. E. Yalde. Zaragoza. Interesa destacar sobre todo: El problema de «los Universales» en pp. 50-54.

E. Elorduy⁵⁶ y presenta en sus obras excelentes exposiciones acerca de las características básicas de la filosofía estoica y su contraposición con la helénica.

La clásica oposición entre estoicos y peripatéticos podemos verla reflejada en los ataques de Plutarco y Galeno a las orientaciones «holísticas» del *Pórtico*:

«En realidad Crisipo no parece haber escrito lo más mínimo ni sobre el telos, ni sobre la justicia, ni sobre los bienes y los males, ni sobre el matrimonio y educación de los hijos, ni sobre leyes y política, a no ser como los que decretan honores para las ciudades y se contentan con enviarles la inscripción “Buena suerte”; así también pondría él la inscripción “Júpiter” o Hiernamane o “Providencia” o que el Cosmos está contenido en una sola fuerza y es uno e ilimitado; todas ellas que no pueden probarse, si no es metiéndose en el abismo insondable de las cosas naturales»⁵⁷.

Y también:

«Los de Zenón y Crisipo no nos han dejado método alguno, ni ejercicios prácticos sobre la retórica y la gimnástica, que se diferencien de los tratados científicos dialécticos en los caracteres antes apuntados. De momento parece que en los libros se mezclan desordenadamente todos los asuntos. Para poner un caso, muchas veces insinúan un tema de retórica, a continuación viene un tema gimnástico y dialéctico, después un problema científico y más tarde un asunto sofístico, sin que uno sepa cómo se relacionan las cuestiones científicas con la materia de que se trata»⁵⁸.

En relación con estas apreciaciones de Plutarco y Galeno, según E. Elorduy tienen una fuerte dosis de hipérbole. «Pero más que exageración, dice el autor citado, la actitud antiestoica de Plutarco y Galeno revela una falta —tal vez intencionada— de comprensión. Muy especialmente Plutarco, escritor griego y profundamnete helenista, profesa un antagonismo irreconciliable contra el sistema del *Pórtico*...»⁵⁹.

⁵⁶ ELORDUY, E., *o.c.* en nota n.º 43. También en *Die Sozialphilosophie der Stoa*. Philologus, Supplementband XXVIII, Heft 3. (Leipzig 1936) y en otras obras posteriores, expone el autor su doctrina acerca de la doctrina estoica.

C. ESPADA en la obra citada en nota n.º 44 hace una explicación del estoicismo elorduyano.

⁵⁷ PLUTARCO, *De stoicorum repugnanti*. Trad. italiana por M. Baldassarri. Vol. I, IX, 3. 1035. (Trento, 1976), p. 62.

⁵⁸ GALENO, *De Hippocratis et Platonis placitis*, II, 3, 178. Ed. Müller, citado por E. Elorduy, *El Estoicismo I*, p. 100.

⁵⁹ ELORDUY, E., *El Estoicismo I*, p. 100.

Como es sabido, representante máximo de la escuela estoica es el filósofo Séneca. El mismo para defenderse de otras escuelas de concepciones contrapuestas en las diversas materias de la realidad social nos presenta el siguiente testimonio:

«Sé que la secta de los estoicos tiene mala reputación entre los ignorantes por demasiado dura e incapaz de dar a los príncipes y a los reyes ningún buen consejo; se le acusa de que prohíbe al sabio la compasión, le prohíbe el perdón. Esto dicho así es odioso porque parece que no deja ninguna esperanza a los errores humanos, sino que somete a pena todos los delitos. Y si es así, ¿qué me importa esta ciencia que manda desprender toda humanidad y cierra el puerto más bonancible contra las borrascas de la fortuna, que es el auxilio mutuo?»⁶⁰.

Y, sin embargo —según Séneca—, «no hay secta más benigna ni más suave, ninguna más filantrópica ni más atenta al bien común»⁶¹. De tal forma que su propósito no es otro que «el ser útil y socorre no solamente a sí, sino a todos y cada uno de los hombres»⁶².

Los siguientes pasajes de Séneca, aunque suenen distinto, vehiculizan —dada su «polarización» personalista— mensajes similares. No debe despistarnos el nombre de sus destinatarios. Si critica la elocuencia y dialéctica divina de Crisipo es tan sólo por sus adherencias con las sutilezas estériles de los primeros cavilladores, contaminadas por el helenismo abstractivista. La «atalaya» metalingüística y personalista del filósofo cordobés parece denunciar —además de las contaminaciones de escuela— el fetichismo de los adoradores modernos de la mecánica jurídica:

«Deseas que te escriba mi sentir sobre esta cuestión que se agita entre los nuestros: si la justicia, la fortaleza, la prudencia y las otras virtudes son animales. Con sutilezas así, carísimo Lucilio, hemos conseguido que parezca que ejercitamos el ingenio en cosas inútiles y malogramos nuestro ocio en discusiones que no han de reportarnos provecho alguno. Haré lo que deseas y te expondré la opinión de los nuestros. Pero yo te confieso que soy de otro parecer. Creo que estas cosas son propias de los que van calzados con zapatos y mantos a la usanza griega»⁶³.

⁶⁰ SÉNECA, *De Clementia*, II, 5.

⁶¹ SÉNECA, *Ibidem*.

⁶² SÉNECA, *Ibidem*.

⁶³ SÉNECA, *Epístola* 113. En relación con el carácter filosófico de la escuela estoica, E. Elorduy en la Presentación a su obra *El Estoicismo* dice: «La semblanza del Estoicismo ha ido cambiando a lo largo de un siglo de investigaciones cada vez mejor documentadas. El Estoicismo, tal como ahora se nos presenta no es una escuela auténtica de filosofía griega. En su primera fase es predominantemente oriental: en la última es predominantemente occidental y senecista». De esta manera se explican las críticas de Séneca a representantes de su propia escuela o al mismo Crisipo.

El diletantismo discursivo es atacado por Séneca, incluso en su adorado maestro Crisipo, cuya dialéctica le hacía digno émulo de los dioses:

«Crisipo, varón grande a fe mía, pero griego de todas maneras, que de tan agudo se embota y de puro delgado dobla la punta hartas veces; y aún cuando parece hacer algo eficaz, pincha pero no horada. Pero, ¿es esto agudeza? De los beneficios se ha de tratar y poner en orden esta virtud, que es el vínculo más fuerte de la sociedad humana.»⁶⁴

Esta flagrante denuncia de Séneca contra el planteamiento intelectualista y mítico de la moral a la usanza griega es perfectamente extensible al campo del Derecho. La categorización personalista y relacional que subyace en el estoicismo representado por el autor, es más fecundo en el campo del Derecho y nos permite referirnos a la gran importancia de los elementos extrajurídicos⁶⁵.

Del sentimiento helenófilo de los Séneca nos da cuenta A. Bourgery de la siguiente manera: «Entre Séneca y los griegos había una verdadera incompatibilidad. Yo creo que es éste un rasgo del pensamiento español. Griegos e iberos se entienden mal. Tal vez haya un poquito de envidia de la península Ibérica contra su hermana mayor en la civilización. En todo caso, esta aversión de los Séneca es una tradición familiar. La orgullosa Grecia es el epíteto que Séneca padre aplica a Grecia en diversas ocasiones, rebajando su elocuencia en favor de los oradores romanos. Su hijo manifiesta a cada paso sus sentimientos helenófilos. Para el espíritu griego, sutil y en exceso diletante, tiene un desdén que no disimula ni siquiera en los maestros del estoicismo⁶⁶.

La existencia de elementos extrajurídicos a tener muy en cuenta en la aplicación de la ley: La piedad, la liberalidad, la humanitas..., a las que hace alusión el autor en diversos pasajes de sus escritos, nos permite decir que subyace en su obra un personalismo y humanismo que no concuerda con los presupuestos gnoseológicos aristotélicos.

En un plano más concreto, cual es el referente a los métodos probativos, el autor de *Clementia*, entre otras obras, no se ciñe con exclusividad al deductivismo grecolatino, imperante en la época, sino que su poliva-

⁶⁴ SÉNECA, *De los Beneficios*, I, IV. Véase la explicación acerca de las distintas fases del estoicismo en la nota anterior.

⁶⁵ La categorización personalista y relacional del estoicismo ha sido estudiada ampliamente por E. Elorduy en algunas de sus obras, entre otras, en *El estoicismo* en dos tomos; en *Die Sozialphilosophie der Stoa*. También puede verse la categorización mencionada en la obra de C. ESPADA, *La «Utopía» de Séneca* citada anteriormente.

⁶⁶ BOURGERY, A., *Sénèque prosateur*, Société D'édition Les Belles Lettres. (París, 1922), p. 28. La traducción es nuestra.

lencia es tan rica como puede desprenderse del presente testimonio de Trillitzsch: «En una ojeada a los métodos probativos de Séneca, se puede establecer una línea que los une, atravesando las diversas formas de probar y relacionándolas entre sí. Séneca rechaza el silogismo abstracto prolijamente como prueba ineficaz. Por el contrario, se encuentran en él acá y allá procedimientos inductivos que arrancan de ejemplos concretos. Apenas asoman deducciones retóricas minuciosas o epiqueremas completos; por el contrario, y contrastando notablemente, todos sus escritos se hallan poblados de motivos lógicos inmediatos de comprobantes y de razones, de entimemas retóricos en el sentido más amplio de la palabra. Con ellos se combinan un gran número de sentencias que hacen el estilo vivaz y brillante rozando a veces con la forma del refrán. Con éste expresa, por otra parte, una experiencia y opinión generalizada y con frecuencia aduce un famoso inventor, cuyo nombre se ha perdido. Cuando se expresa con una frase como de un autor importante, tenemos una prueba de autoridad, que se apoya en personajes de nota, ante todo filósofos y poetas. Sus sentencias y versos añaden, además, la fuerza del lenguaje rítmico. También puede aparecer la semblanza de figuras notables aun en su manera de portarse y de vivir, con lo que se produce el ejemplo histórico. El puente lo forma el apotegma y la anécdota, que caracteriza con palabras impresionantes y atinadas una manera de pensar y de obrar. Históricamente imprecisas se introducen figuras modelos del mito y de la fábula, y aun animales, como protagonistas de la acción.

Esto confina con la comparación y puede ser un ejemplo sin mención de nombres históricos, pero que como comparación puede extenderse a todos los demás componentes de la naturaleza. El cuadro pinta inmediatamente ante los ojos unos hechos de nuestro tiempo y actúa plenamente sin necesidad de moraleja; en descripciones más amplias se alcanza una composición minuciosa y representativa. Aquí se llega con todo, a la frontera de una demostración determinable, y aún se pasa más allá, incluso entendiéndola en toda su amplitud y provista de todos los medios que contribuyen a la persuasión del lector, como lo hizo la retórica antigua. En la argumentación de Séneca se palpa siempre su pensamiento concreto, orientado a la práctica de la vida diaria y a un modo vívido de pensar. Sus medios probativos cuentan para ello siempre con un carácter de predominio no formalista⁶⁷.

A nuestro modo de ver, Séneca es ya consciente en su momento de las limitaciones del lenguaje objetual, de las consecuencias derivadas del formalismo simbólico cultivado por Crisipo⁶⁸ y fomentado en la logística

⁶⁷ TRILLITZSCH, W., *Senecas Beweisführung*, Akademie-Berlag. (Berlín, 1962), pp. 135-136.

⁶⁸ Cfr. ELORDUY, E., *El estoicismo*, p. 328.

moderna; se trata de un «formalismo» que no abarca todas las zonas del plano sintáctico del lenguaje⁶⁹. Séneca es consciente, decíamos, de estas limitaciones del lenguaje y trata de superarlas con esa polivalencia argumentativa a la que hace referencia el autor alemán y también con la pluralidad de planos existente en sus obras.

Sabido es que el lenguaje es reduccionista de la realidad y esta deficiencia es perfectamente trasladable al lenguaje propio del ámbito jurídico; de ahí que la absolutización de los conceptos, el abstraccionismo en el Derecho..., pueden dar como resultado lo contrario de lo que se pretendía conseguir, esto es, la justicia. Las leyes están escritas en un lenguaje, al igual que los conceptos jurídicos, y les es aplicable las mismas deficiencias propias del aspecto reduccionista del lenguaje en general. En este ámbito jurídico —y lenguaje jurídico, podemos añadir— «ninguna norma jurídica, aunque parezca perfecta, está asistida de la amplitud y precisión que convienen a cada caso, matizado siempre por particulares circunstancias»⁷⁰.

Las limitaciones y consecuencias derivadas del aspecto reduccionista de los lenguajes es lo que justifica, a nuestro modo de ver, la existencia de los elementos extrajurídicos en el campo del Derecho, admitidos tanto por autores de la antigüedad clásica como por autores de la actualidad, estudiosos de diversas disciplinas.

También los juristas romanos se percataron de las limitaciones del lenguaje —lenguaje jurídico, en este caso—, ya que «cuando presentan una definición no pretenden aprisionar en una fórmula sintética la compleja realidad jurídica, porque comprenden bien que ésta es tan varia y mudable que no pueden encerrarse en una docena de palabras sabiamente dosificadas»⁷¹.

Autores modernos han estudiado los protosustratos etnolingüísticos, de manera que permiten referirnos a la existencia de dos categorizaciones diferentes: por una parte, la categorización personalista y relacional subyacente en las llamadas lenguas preindoeuropeas; por otra, la categorización sustancialista y reduccionista del lenguaje, sustentada en el uso y significado «absoluto» del verbo énai y cuyo ejemplo representativo es la lengua preindoeuropea griega⁷².

⁶⁹ Cfr. ELORDUY, E., *Ibidem*.

⁷⁰ IGLESIAS, J., Estudios. *o.c.* p. 204.

⁷¹ BIONDI, B., *Arte y ciencia del Derecho*. E. Ariel (Barcelona, 1953), p. 74. Trad. y estudio preliminar por A. Latorre.

⁷² Cfr. SCHAFF, A., *Lenguaje y conocimiento, o.c.* ELORDUY, E., *El estoicismo, op. c.* ESPADA, E., *La «Utopía» de Séneca, op. c.* De aquí interesa sobre todo el cap. I de la 2.^a parte, pp. 156-253.

No pretendemos extendernos aquí en estas temáticas aludidas que, por otra parte, han sido estudiadas convenientemente por autores especialistas en la materia; pero sí se trata de hacer hincapié en la importancia grande del lenguaje y en la diferente categorización a que puede dar lugar y sus repercusiones en el campo del Derecho: categorización personalista y relacional, en unos casos, y sustancialista, en otros. En la primera categorización podemos incluir a los autores que denuncian la absolutización de los conceptos y abogan por la necesidad de tener en cuenta los elementos extrajurídicos en la aplicación del Derecho.

En una perspectiva más amplia —no ciñéndonos exclusivamente al campo del Derecho— podemos mencionar también la problemática del lenguaje, expuesta por algunos autores, que tiene incidencia en la valoración y alcance del contenido de los conceptos. «Las palabras acarrear el sentido sin excesivas precauciones», dice G. Villapalos⁷³. Y más adelante, en esta línea de la no absolutización del lenguaje —de las palabras, en este caso—, nos dice que «nos servimos de palabras que no son más que palabras antes de haber determinado su significado o de haber evaluado su peso»⁷⁴. Y también Henri Poincaré encuentra que el lenguaje ordinario es «demasiado pobre y demasiado vago para expresar las relaciones tan delicadas, tan ricas y tan precisas que se pueden extraer de la experiencia»⁷⁵.

Estas afirmaciones de los autores arriba mencionados poniendo en evidencia las limitaciones del lenguaje, creemos que nos autorizan a poner el énfasis conveniente en los elementos extrajurídicos como complemento de los jurídicos, debido precisamente a las limitaciones y deficiencias de los conceptos jurídicos.

⁷³ VILLAPALOS, G., *Metáfora y palabra*, art. en el diario ABC. Madrid, 27-7-1991.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ POINCARÉ, H., citado por Villapalos en *l.c.*