

**POSITIVISMO Y IUSNATURALISMO  
EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA CLASICA**

**Dr. Víctor Rodríguez Gallón**  
Profesor en la Facultad de Derecho U.P.B.  
de la Cátedra "Derecho Romano".

La polémica entre Positivismo e Iusnaturalismo Jurídico, más que un asunto de orden jurídico es una controversia de carácter filosófico.

Por este motivo, entre los romanos, probablemente, no había avanzado mucho esta inquietud, o por lo menos, quizá, no habría interesado a la mayoría de los juristas profundizar sobre el tema, solo habría sido tratado con detenimiento por ciertas individualidades, como fue el caso de Cicerón.

Esta clase de discusiones pertenecen fundamentalmente al espíritu griego. Fueron ellos quienes delinearon la teoría del Derecho natural y sembraron esa profunda inquietud en la Cultura de Occidente.

Las divergencias entre "iusnaturalistas" y "positivistas" obedecen a sus correspondientes posiciones frente a la metafísica.

Es lógico que si el pensamiento metafísico se considera superado, como lo afirmaba Augusto Comte, todo lo que tenía fundamento en él perdía automáticamente su vigencia. "La idea del Derecho natural logra aceptación general sólo en épocas en que la metafísica, reina de las ciencias, ocupa el primer lugar. Por el contrario, pierde terreno o se eclipsa cuando el ser. . . y el deber, la Moralidad y el Derecho, aparecen separados; cuando la esencia de las cosas y su orden ontológico son considerados como incognoscibles". (H. Rommen, *The natural law*, trad. pag. 129). "Toda genuina filosofía del Derecho natural. . . tiene que ser sin reservas de carácter ontológico. Ha de referirse a la naturaleza de la existencia en general, pues sólo a la luz de tal análisis básico puede ser comprendida con mayor claridad la estructura moral de la vida humana". (Wild, *Plato's Modern Enemies and the Theory of Natural Law*, trad. pag. 72).

Cuando el positivismo científico "redujo" el conocimiento humano sólo a lo medible, el Derecho natural quedó relegado al cuarto de las cosas incognoscibles y en consecuencia salió del campo de la ciencia. El clásico y amplio concepto griego de "Ciencia" fue recortado y reservado exclusivamente para los conocimientos experimentales. Y no sólo el Derecho natural sino todo el Derecho fue arrojado a las tinieblas exteriores de lo no científico; la otrora orgullosa Ciencia Jurídica quedó como una "disciplina vergonzante" condenada a no ser considerada como "ciencia", sino se ajustaba a los modelos de las matemáticas, la física, la antropología o la sociología.

Con este inmenso complejo de inferioridad se presenta el Derecho en el amanecer del siglo XX; debe abandonar una tradición filosófica y práctica de dos mil quinientos años; su estructuración griega y romana canalizada hacia la vida moderna por el pensamiento medieval, de nada le sirven; debe tocar humildemente a las sacrosantas puertas de las ciencias que sirven de fundamento a lo tecnológico, sólo en lo tecnológico cree el hombre del siglo XX.

Pero a pesar de que el siglo XX aún no ha terminado, esto también es historia; la estéril generación del positivismo científico ya ha pasado; regresa de nuevo la preocupación por la metafísica; se ha pasado de la aparente seguridad del conoci-

miento positivo a la audacia de la aparente inseguridad del pensamiento metafísico; por este motivo ha vuelto a cobrar vigencia el viejo tema del Derecho natural.

Es difícil saber a ciencia cierta qué pensaban los juristas romanos sobre el Derecho natural. Fuera de las exposiciones teóricas de Cicerón, el pensamiento de los juristas no tiene una suficiente exposición que permita saber los alcances y las aplicaciones que este concepto tenía para ellos.

Los romanos, juristas por antonomasia, no se desviaron del espíritu práctico que animó su estructuración de la Ciencia del Derecho; evitaron como siempre las grandes elucubraciones y generalizaciones; fieles a su disciplina mental tradicional esquivaron la senda de las teorías puras.

Sin embargo, a pesar de no haber inventado ni explanado la idea del Derecho natural, la recibieron de los griegos y sacaron de ella fructíferos resultados en el orden práctico de la Ciencia Jurídica.

El Derecho privado romano es la obra maestra del espíritu humano en materia jurídica. De ahí que su aliento recorra con vigor más de mil años de la historia romana y su herencia aún vivifique los nuevos árboles del Derecho Moderno.

Brilla la maestría de la obra en el equilibrio que la anima; a pesar de su pragmatismo no tuvo inconveniente en reconocer que lo jurídico hunde sus raíces en lo moral y formuló como principios supremos del Derecho, los principios morales de vivir honestamente, no hacer mal a nadie y dar a cada cual lo suyo; éstas, que son NORMAS en el campo de la Moral, en el terreno del Derecho, como principios supremos suyos que son, deberían traducirse en NORMAS JURIDICAS; pero la realidad de la vida práctica demuestra que no siempre esto es así y por ello la máxima romana de que no todo lo que el Derecho permite es honesto.

Al parecer, la opinión romana en relación con el problema de la inmoralidad de la norma jurídica, era la de que esto era fundamentalmente, más que un problema jurídico, un problema moral.

Aparentemente la posición del positivista y la del jurista romano son similares; sin embargo, hay entre ellas una gran diferencia; el primero se olvida, cierra los ojos a lo moral, porque hace una separación radical entre la Moral y el Derecho; uno y otro deben ignorarse; para poder estructurar una verdadera ciencia del Derecho, independiente de otras disciplinas, válida per se, crea sus propios fundamentos, sólo acepta fundamentos positivos para lo jurídico.

El romano, como el positivista moderno, circunscribe su disciplina al campo de las normas positivas del Derecho, aunque la norma permita algo que no sea honesto; pero esto último lo reconoce como un hecho que se da en la vida práctica de los hombres y que no invalida el principio de que los fundamentos de todo Derecho deben ser Morales.

Difícil encontrar un pueblo tan apegado a la norma positiva, tan respetuoso y

celoso cuidador de su observancia, como el romano. Pero la norma no es todo el Derecho y el Derecho no está al servicio de la norma positiva, sino al contrario. La parte más valiosa del Derecho romano fue la creación de Derecho, Derecho positivo, a base de la interpretación del Derecho positivo existente; fue la obra magistral del Derecho honorario y de las Respuestas de los prudentes. La norma positiva romana era similar al tronco vivo de un árbol, su vitalidad producía múltiples ramificaciones, unas ramas morían y otras brotaban en el mismo tronco del conjunto del Derecho Positivo.

Y fue la comprensión práctica de las ideas de igualdad y justicia la que guió la construcción de la obra inigualada de los juristas romanos; es el Espíritu Universal del Derecho guiando la interpretación y aplicación de la norma positiva y creando, renovando simultáneamente el Derecho positivo nuevo.

Ellos no le llamaron inicialmente Derecho natural, ni se agotaron en estériles divagaciones al respecto; inclusive no es muy clara ni muy técnica su diferenciación con el Derecho de gentes.

El pueblo romano, pueblo de juristas natos, poseedor de un Derecho nacional que considera único y original, al entrar en contacto con otras naciones descubre que tal derecho en parte es creación suya y en parte es algo común a los demás hombres. Luego viene la idea filosófica griega del Derecho natural a iluminar esta sencilla observación del jurista romano. Pero como lo expresa D'Entreves, el concepto romano del Derecho natural "tiene poco que ver con la filosofía del Derecho; fue más bien —como se ha sugerido— una "construcción profesional de juristas" (Schulz). Lo que los juristas romanos pretendían era encontrar la regla correspondiente a la naturaleza de las cosas, a una concreta situación de hecho y de vida. En suma, el *ius naturale* era para ellos no un sistema de normas completo y acabado, sino un medio de interpretación".

En la tarea jurídica romana de interpretación del Derecho y de creación simultánea del mismo, la búsqueda del Derecho natural no es la búsqueda de una imprecisa norma jurídica latente en la naturaleza, es algo más sencillo, consiste en crear normas positivas interpretando el Derecho positivo existente, de tal manera que esa interpretación se ajuste lo mejor posible a la naturaleza de las cosas, para que así el Derecho cumpla sus fines de la manera más racional.

Pero la "naturaleza" para el romano no es la naturaleza del racionalismo de la Era Moderna, o sea, una naturaleza que está exclusivamente limitada a la íntima representación que la razón hace de los fenómenos. El romano, también sin largas disquisiciones, creía que hay una naturaleza de las cosas, independiente del conocimiento que cada cual tuviera de ella y creía, además, que la inteligencia humana tiene la capacidad de conocer tal naturaleza objetiva.

Esta posición metafísica del romano frente a la naturaleza es lo que hace compatible en él su positivismo jurídico práctico encuadrado dentro de la teoría general del Derecho natural.

El hombre moderno, en términos generales, se considera incapaz de alcanzar la certeza objetiva del conocimiento de las realidades exteriores a la razón de cada uno; de ahí por qué su posición frente al Derecho natural es problemática. El pensamiento de hoy, inicialmente se encaminó hacia un iusnaturalismo de corte nuevo, el "iusnaturalismo racionalista", pero finalmente desembocó en la negación de todo Derecho natural y redujo su concepto del Derecho al mero Derecho positivo.

Como lo expone un jurista europeo: "el positivismo es la teoría que sostiene que el único uso apropiado de la palabra Derecho es el de los abogados". Es lógico que si a priori se reduce el concepto de "Derecho" al mero "Derecho positivo", solo es Derecho el Derecho Positivo. Esto parece una perogrullada, pero es así; si se renuncia o se rechazan las dimensiones ética y metafísica del Derecho, sólo queda su dimensión positiva y entonces, por sustracción de materia, ya no hay lugar a polémica filosófica en este campo.

Pero ni el espíritu romano era para teorizaciones, ni el pensamiento de esa época era como el moderno.

D'Entreves observa: "Pienso en la afirmación del profesor Fuller sobre la existencia de un "orden natural" subyacente a la vida del grupo y respecto del cual la tarea del juez —y del legislador— consiste en descubrirlo. Casi estaría tentado a aplicar a la noción romana del Derecho natural su observación de que no hay en esa idea "nada místico"; de que nuestra actitud respecto a tal especie de Derecho natural no es la de "quien hace una reverencia ante el altar, sino más semejante a la del cocinero que trata de hallar el secreto de la pasta de un pastel de hojaldre, o la del ingeniero que trata de determinar los medios para trazar el puente sobre un barranco". Prefiero imaginar a los juristas romanos como cocineros o ingenieros. El pastel que cocieron y el puente que trazaron fueron sin duda especialmente buenos al probar su éxito a lo largo del tiempo. Su "tecnología" fue excelente; descubrieron en verdad el Derecho dotado de mayor eficacia durante muchos siglos".

Quizá si en el tiempo de los romanos hubiera surgido la polémica sobre el Derecho natural y el Derecho positivo, tal vez se habría eliminado el término "Derecho natural" para hablar de un "Orden natural" que debe ser el fundamento del Derecho positivo.

Sin que se encuentre una formulación explícita al respecto, ya que ese no era un problema de la época, de la práctica romana se puede deducir que para ellos, si la polémica hubiera surgido, los términos "positivismo" y "iusnaturalismo" jurídico son perfectamente compatibles en la estructuración de la ciencia jurídica. La norma positiva es el material de trabajo del jurista: su aplicación lo más exactamente posible al caso controvertido es su tarea y esta aplicación se hace interpretando la norma en sí misma y en su encadenamiento subordinado con las otras normas positivas; este trabajo se hace ajustándose rigurosamente a la ley positiva, de tal manera que si de la norma o del encadenamiento de normas se desprende una clara aplicación, es esa la que hay que acoger; el juzgador o el intérprete de la ley no pueden apartarse del texto claro para dar cabida al Derecho natural. En el caso concreto que se controvierte debe ser la interpretación que se desprende del

Derecho positivo existente, la que debe aplicarse. Si hay controversia con el Derecho natural, la solución jurídica consiste en modificar el ordenamiento positivo por las vías que el mismo Derecho positivo establece.

La norma del Título Preliminar de nuestro Código Civil que manda, cuando el sentido de la ley es claro, no desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, es de pura raigambre romana.

Como lo expresa D'Entreves: "En ningún lugar, en efecto, encontramos en el Corpus Iuris una afirmación de la superioridad del Derecho natural sobre el Derecho positivo, en el sentido de que, en caso de conflicto, el uno deba prevalecer sobre el otro. La concepción romana del Derecho natural es todo menos un principio revolucionario. No contiene ninguna reivindicación de los "derechos del hombre". No tiene mucho en común con la noción de una "ley fundamental" tal como se encuentra formulada en algunas constituciones modernas. Al ser en sí mismo meramente "una reflexión sobre el Derecho existente", no era su intento dar "sanción legal a lo que de otra forma no era Derecho". En efecto, el Derecho natural "era desplazado en los casos de conflicto por lo que era Derecho" (Zuleta) Aunque contrarias al Derecho natural, instituciones tales como la esclavitud podían aún aparecer, incluso para los juristas bizantinos, como perfectamente justificables y legítimas. Y nosotros mismos hemos de despojarnos si queremos comprender la noción romana del Derecho natural, no sólo de la moderna concepción de los derechos naturales, sino también de la noción de la subordinación del Derecho positivo al natural, que tiempos posteriores nos han hecho familiar".

Pero como no siempre el texto positivo es claro y como además, para el infinito número de casos que se presentan no siempre hay disposición exactamente aplicable, la ciencia jurídica debe dar precisamente solución a todos los conflictos e iluminar todas las oscuridades, ya que también ha sido de universal aceptación la norma que entre nosotros está consagrada por el artículo 48 de la ley 153 de 1887, según la cual son responsables por denegación de justicia "los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley".

En circunstancias tales y habiéndose agotado la claridad del Derecho positivo existente, como lo expresa el art. 32 del Título Preliminar del Código Civil, "se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

Y esta regla era especialmente fructífera para el avance del Derecho ya que en Roma tal interpretación se convertía automáticamente en Derecho positivo en virtud del poder que el magistrado y el prudente tenían para interpretar "con autoridad" el Derecho.

En la práctica de creación de Derecho positivo a través de la interpretación del Derecho positivo existente, el Pretor o el Jurista no investigaban lo que el legislador o creador del Derecho positivo habían querido decir en el momento histórico de creación de la norma, sino que inquirían el significado de la norma en el momento de su aplicación; no le interesaba al jurista el sentido que habían tenido en el pasa-

do, sino el que tenían en el presente; este procedimiento fue el que permitió al derecho romano evitar su anquilosamiento y mantener su vitalidad por tantos siglos, dando soluciones acertadas y actualizadas a los distintos conflictos de cada momento histórico.

Es realmente poco práctico el mandato del artículo 27 del Código Civil que ordena acudir a la historia fidedigna de la ley para interpretar una expresión oscura; esto sólo es valioso si la disposición legal es reciente; como lo expone Ballot Beau-pré: “. . . el juez no debe detenerse a buscar de una manera precisa, cuál hubiera podido ser, hace cien años, el pensamiento de los autores del Código en el momento en que redactaban tal o cual artículo. El juez debe preguntarse, cuál sería el pensamiento de esos autores si tal o cual artículo fuera hoy redactado por ellos”.

El positivismo jurídico romano no era un universo cerrado; se nutría conjuntamente del “ser” y del “deber ser”, de los “hechos” y de “los valores”.

Así como existen distintas concepciones “iusnaturalistas”, también hay varios “positivismos” jurídicos. En la práctica romana convivieron, sin excluirse ni desnaturalizarse, una práctica positivista dentro de un marco general del Derecho natural.

Al parecer, para ellos, se cumplen las palabras del profesor Vander Heydte: “Así como el hombre, compuesto de alma y cuerpo, forma una esencia indivisible que es el hombre entero, así también el Derecho natural y el Derecho positivo forman todo el Derecho. El Derecho natural es el alma, el Derecho positivo el cuerpo. IUS NATURALE EST FORMA IURIS CIVILIS”.