

## SEGUNDA PARTE

### EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NORMATIVIDAD JURÍDICA

|  |    |
|--|----|
| Antecedentes del formalismo jurídico.....                      | 57 |
| Evolución de los derechos jurídicos subjetivos.....            | 68 |
| Desarrollo de la racionalización formal y material del derecho | 74 |

SEGUNDA PARTE

EVOLUCIÓN HISTÓRICA  
DE LA NORMATIVIDAD JURÍDICA

## ANTECEDENTES DEL FORMALISMO JURÍDICO

En la actualidad, en casi todos los países se sigue más o menos el mismo camino en la formación del derecho. Los órganos legislativos considerados como legítimos, señalan una serie de pautas a seguir en la creación de la ley. Pero este procedimiento racional en la Antigüedad no era así. Se puede encontrar una evolución en el devenir histórico del procedimiento en la creación, aplicación e interpretación de la normatividad jurídica:

a) La revelación legal carismática a través de los profetas, magos o hechiceros;

b) La configuración del derecho por los notables legistas al referirse a la tradición;

c) La imposición del derecho por los poderes seculares o teocráticos, y

d) La elaboración sistemática del derecho y la administración profesional de justicia por personas que reciben una formación académica legal, en una forma lógica.<sup>1</sup>

En principio, los diferentes órdenes normativos no tienen una garantía jurídica, pues las personas consideran que la presión social es suficiente para obligar a los individuos a actuar, pues éstos lo deben hacer como consecuencia de su lealtad al grupo. La primera garantía que se da, se presenta cuando los miembros del clan ayudan al titular de un derecho a que se les respete éste, haciendo que se cumpla o, sobre todo, castigando al infractor. Esto último se vino a fortalecer posteriormente, cuando las obligaciones se sancionaban con un castigo mágico o divino; el obligado juraba cumplir con su obligación y a este juramento se le consideraba como una garantía muy sólida. Pero es precisamente la intervención de un cuadro coactivo, aunque sea en forma incipiente, lo que le da el carácter de jurídico a este tipo de normatividad social.

En la Antigüedad no existía la formación de las normas jurídicas derivadas de un pacto, no se aceptaba que fuera posible la creación

<sup>1</sup> Bendix, Reinhard, *op. cit.*, p. 391.

intencional y consciente de normas. El aplicar una norma no era el resultado de subsumir el caso concreto a la norma general. Las reglas que en principio regulaban la forma de resolver las contiendas, no se consideraban como creaciones humanas, porque se relacionaban con la voluntad de los dioses, la que se manifestaba por medio de los profetas. La obediencia a estas normas no se hacía únicamente como medio de resolver las contiendas, sino además para evitar un maleficio o un castigo divino. Posteriormente en aquellos casos en que la tradición ejerce una gran fuerza sobre el comportamiento de las personas, es necesario el saber conocerla e interpretarla correctamente. Hay que distinguir cuando alguien trata de conocer las normas tradicionales o de interpretarlas, pues esto no debe confundirse con su creación. En principio se designaba a los más ancianos del grupo para que las dieran a conocer e indicaran cómo deberían interpretarse, pues se suponía que ellos, por su edad, eran los primeros en haberlas conocido; después fueron los hechiceros y los sacerdotes los que en su calidad de profetas se encargaban de recibir los designios divinos y manifestarlos a la comunidad.

Se puede dar también un proceso de creación de nuevas normas en forma consciente, a través de una revelación carismática, en este caso es una creación de normas jurídicas por *otorgamiento*.<sup>2</sup> Esta forma de crear nuevos ordenamientos vino a revolucionar la tradición, puesto que en este proceso carismático no se requiere que las condiciones externas varíen para que una inspiración pueda llegar a la creación de nuevas normas. Indudablemente que cuando los cambios que se producen a consecuencia de las modificaciones de las condiciones externas son bruscos, habrá necesidad de crear una serie de normas que vengan a regular las nuevas situaciones que se presentan y que anteriormente no existían. En este caso se podrá tratar de encontrar en la tradición esas normas, pero como esto generalmente resultaría ineficaz, porque son situaciones que no estaban previstas, habrá que crear dichas normas en forma artificial por medios mágicos, siendo los designados para tratar de encontrar esos ordenamientos los hechiceros, magos, sacerdotes o profetas.

Se debe tratar de determinar cuáles son las consecuencias jurídicas del proceso anterior cuando vienen a afectar las cualidades formales del derecho, ya que cuando se hace intervenir los

<sup>2</sup> Weber, Max, *op. cit.*, t. II, p. 32.

medios mágicos para ayudarse a resolver los problemas que se presentan y por tanto a crear nuevas normas, se está afectando el carácter formal del derecho, aunque sea en forma muy rudimentaria. Es un formalismo mágico, pues a través de esos medios es como se plantean y resuelven los problemas jurídicos que se originan.

Por supuesto que no hay un procedimiento uniforme y único que venga a resolver todas las cuestiones que se suscitan, puesto que se pueden emplear diferentes medios, todos ellos mágicos, según la situación que se tenga enfrente. En estos casos estamos ante un principio fundamental del procedimiento, el de la necesaria e indispensable realización de los actos que se consideran como solemnes dentro de él. Esto era preciso para ambas partes, pues de no actuar de acuerdo con la formalidad establecida, se perdería no sólo el recurso jurídico de que se trata, sino también la causa del litigio.

El derecho probatorio adquiere una gran importancia en el comienzo del formalismo jurídico. En realidad, las pruebas sirven más para que las partes planteen su problema a los dioses por medios mágicos, que el que demuestren a quién corresponde la verdad y quién es el que está mintiendo. Vemos coincidir por un lado, los medios irracionales a través de los cuales se plantea y se resuelve el proceso y por otro al formalismo del procedimiento.

Cuando la tradición está sumamente arraigada en una determinada comunidad, las decisiones que se toman en un caso concreto tienden a mantenerse, a perdurar, a aplicarse a los casos semejantes que se presentan en el futuro. En cambio, en aquellos lugares en que no existen normas tradicionales se da el fenómeno contrario, esto es, el derecho objetivo representado por las decisiones dadas a las situaciones concretas será sumamente flexible. Lo anterior se presenta también en aquellos casos en que no hay una fundamentación racional en las respuestas dadas a los problemas planteados, cuando no es resuelto el conflicto por medios de prueba mágicos, es decir, que los dioses reconocidos no fallan directamente sobre el problema, sino que éste es resuelto por una persona carismática, o por el más anciano del clan, o el consejo de ancianos, o, en todo caso, por un mediador que las partes designan, aunque también puede suceder que haya un juez nombrado para ese caso o que se encuentre establecido permanentemente.

Hemos visto que para determinar cuáles son los elementos jurídicos relevantes, se requiere un índice tomado del mundo sensible y no se sigue un proceso estructurado en una forma lógica. Lo

primero que se hace es recoger aquellos problemas que se van a plantear a la divinidad, las cuestiones en litigio; a continuación, de acuerdo con las distintas clases de situación que se requieran presentar, se busca la forma más adecuada de hacerlo, de qué manera se va a hacer llegar el problema a los dioses, y por último se les manifiesta a las partes la forma como deben actuar y cómo seleccionar y aplicar los distintos medios de prueba que en el caso se requieran. El fallo se dictará de acuerdo con las pruebas ofrecidas, y sobre éste recaerá la coacción jurídica. Con frecuencia sucedía que a una de las partes contendientes se le designaba para que cumpliera con una determinada prueba, la que influiría en el resultado del conflicto; esta obligación era, a la vez, un derecho de la persona que tenía que realizarla. En esta época no es posible determinar todavía ciertos conceptos jurídico-técnicos; no es posible distinguir con claridad cuándo se está frente a una norma objetiva y cuándo frente a un derecho subjetivo, ni cuándo frente a una acción de derecho civil y una de derecho penal, pues toda falta era considerada como delito, se desconocían las obligaciones y los contratos. La distinción entre derecho público y derecho privado tampoco es posible hacerla puesto que la actividad tendiente a la creación de normas y la que busca su aplicación se confunden. Todas estas distinciones se encuentran en embrión. Los medios coactivos y las instancias coactivas se confunden unas con otros; por ejemplo, cuando el hecho delictuoso expone a la colectividad a un maleficio, el autor del mismo se hace acreedor a que lo linchen. Esta última es una consecuencia religiosa, que se asemeja al procedimiento expiatorio del clan; esta relación la podemos comparar con la persecución actual de los delitos que se siguen de oficio, y aquella que se sigue a instancia de la parte ofendida. De acuerdo con lo expuesto, nos será fácil comprender por qué el derecho consuetudinario tiene una de sus fuentes en los precedentes judiciales. Vemos que en principio ejercieron gran influencia los medios mágicos de prueba, los cuales eran sumamente variados; cuando la tradición se fue imponiendo sobre éstos, cuando el prestigio de los magos, hechiceros y profetas fue decreciendo, entonces ciertos medios probatorios fueron prevaleciendo sobre los demás, lo que originó dentro de los conflictos, ciertas variantes, pues entonces las partes no sólo tratarían de probar determinados hechos, sino tam-

bién deberían demostrar la existencia y reconocimiento de los medios de prueba empleados.<sup>3</sup>

De acuerdo con lo que estamos viendo, encontramos que en esta etapa inicial del desarrollo del orden jurídico, no es posible distinguir desde un punto de vista formal, la diferencia entre un orden jurídico público y un orden jurídico privado que pudieran actualizarse como un derecho penal y un derecho civil.

Podemos considerar el derecho penal como un conjunto de normas que tienden a dar protección a intereses jurídicos públicos, por lo que cuando estas normas no se cumplen, los órganos estatales tienen que intervenir para castigar al infractor, de acuerdo con un procedimiento preestablecido. En cambio, el derecho civil es un conjunto de normas que tienden a proteger los intereses jurídicos privados. En este caso, sólo se podrá dar esa protección al sujeto ofendido cuando éste así lo solicite a los tribunales. En tales circunstancias la intervención de éstos será para tratar de confirmar y mantener el interés jurídico que se protege. No es propiamente que se le imponga una pena al infractor de la norma, como sucede en el derecho penal, de lo que se trata es poner las cosas, de ser posible, como estaban antes de la infracción.

Pero la distinción del derecho moderno no aparece en la Antigüedad, en la que no se conocían los contratos y las obligaciones, así que tanto la violación a una norma como la actitud que perjudicara los intereses de un particular, se consideraban como delitos. No se distinguía entre la conducta que obligó a una venganza, y aquella que únicamente exige una reparación. Encontramos esta situación tanto dentro del clan mismo, como cuando el delito provenía de un tercero ajeno a éste. Lo anterior se debe a que se desconocía el papel que la culpabilidad podía jugar en una conducta considerada como delictuosa. No importaba la intención que el sujeto ponía en su actuar, lo único que se juzgaba era el resultado externo de su conducta, toda acción cuyo resultado perjudicara al clan o a los miembros de éste, era un delito, no importaba si éste hubiese sido realizado en forma involuntaria. Las consecuencias jurídicas que se derivan de la sentencia y de la ejecución serán las mismas, no importa que se trate del robo de un objeto, o de un asesinato, o de precisar a quién corresponde un predio.

<sup>3</sup> Malinowski, Bronislaw, *op. cit.*, p. 9.

En el terreno militar aparece con posterioridad una variación en el procedimiento expiatorio; éste se llevaba a cabo delante de un grupo de compañeros, a quienes Weber denomina *circunstantes*.<sup>4</sup> La presencia de ellos se relaciona con el fallo. Cuando una sentencia había sido dictada y no se impugnaba o se hacía esto sin resultado, los presentes debían evitar intervenir para que éste se cumpliera. El beneficiado con ella sólo podía exigir a los *circunstantes* una actitud pasiva. Cuando una sentencia no se ejecutaba inmediatamente, el clan podía intervenir para su cumplimiento en favor del perjudicado. Cuando el infractor sancionado se resistía a cumplir con la sentencia, se le castigaba, y aunque con posterioridad el ofendido podía hacer uso de ciertos medios oficiales para que se ejecutara la sentencia, todavía no se distinguía el derecho civil del penal.

Fue fuera de la comunidad doméstica donde aparecieron los primeros rasgos del derecho penal, puesto que dentro de la administración doméstica el señor dominical impone los castigos en forma arbitraria, y por tanto no se puede considerar eso como derecho penal. Éste se inició en aquellos casos en que la conducta de alguno de los miembros del clan se consideraba perjudicial para el grupo por haber violado algún ordenamiento religioso o militar. Al violar la norma religiosa se provocaba el castigo de los dioses, el cual no sólo caería sobre el infractor, sino sobre el clan al que pertenecía. Para evitarlo, se le podía someter a un procedimiento expiatorio de tipo religioso, que le era impuesto por magos o sacerdotes; generalmente éstos pedían al clan la expulsión o el linchamiento del culpable.

Por otro lado, la violación a normas militares exponía la defensa del clan y era considerada como traición. También se consideraba delito cuando por cobardía o falta a la disciplina, en los combates organizados, se menguaba la fortaleza del grupo. En este caso el infractor era sometido a un procedimiento sumario.

Las sanciones domésticas, militares y religiosas, en su origen no estuvieron sometidas a reglas y principios perfectamente definidos. De hecho, el derecho penal se vino a fortalecer en el procedimiento que se seguía para los casos de la venganza. Aquí propiamente se puede hablar del inicio de un procedimiento penal.

<sup>4</sup> Weber, Max, *op. cit.*, t. II, p. 17.



Cuando posteriormente el titular del *imperium* —esto es, el que tenía el poder político de una comunidad— imponía ciertas penas para los infractores a las normas establecidas, en lugar de tratar de obligar a éstos en forma violenta a cumplirlas, aparece en sus inicios el poder disciplinario, pues el titular podía imponer estas sanciones tanto a sus subordinados —poder disciplinario— como a sus súbditos —poder penal—. <sup>5</sup> El *imperium* no tenía la misma libertad de acción que, por ejemplo, el titular del poder dominical poseedor del poder doméstico, el cual muchas veces sólo tenía como límite de su acción ciertas normas religiosas; en cambio, el titular del *imperium* frecuentemente se encontraba ante la tradición o ante normas establecidas que lo obligaban a respetar ciertos derechos subjetivos en favor de sus súbditos.

A menudo el titular solamente podía ordenar sobre ciertas cosas y llenando ciertos presupuestos para que se consideraran válidas o en otro caso no podría intervenir en algunos aspectos. De todas formas, lo que sucede es que su poder no era absoluto, sino que tenía ciertas limitaciones, y éstas variaban según el caso (podía ser una desaprobación convencional o consensual o, si había algún aparato coactivo aunque fuera muy primitivo, de tipo jurídico).

Los primeros estatutos que se crearon, y pudieron ser tanto pactados como otorgados, probablemente tuvieron su origen en la revelación carismática, por medio de la cual se creaban nuevos órdenes, los que se fortalecían por la intervención del *imperium*, porque quienes creaban estos estatutos eran los jefes o líderes de los clanes.

Posteriormente se fueron formando ciertas asociaciones políticas o comunidades fuera de la aldea o de los clanes. Por lo general se formaban a causa de intereses políticos o económicos y su dominio era mucho más extenso que el de las aldeas o que el del clan mismo. Para poder controlar los intereses que los unían, con frecuencia tenían reuniones, las que con el tiempo ya no sólo abarcaron las cuestiones que en un principio los unían —o sea las de tipo político o económico—, sino que se empezó a ampliar el campo de sus discusiones y así, comenzaron a tratar sobre la interpretación de la tradición, llegando repetidas veces a unificarla, pues a estas juntas concurrían los jefes de distintos clanes o aldeas. También podían tratar otros temas de trascendencia jurídica, como por ejemplo la

<sup>5</sup> *Idem*.

exogamia de los clanes.<sup>6</sup> La forma como generalmente se lograba que se unificaran los criterios sobre alguna materia era recorriendo el siguiente camino: algún profeta, hechicero, mago o sabio carismático de gran prestigio, se presentaba en las reuniones y manifestaba las revelaciones de que había sido objeto (éstas podían llegarle o por medio del sueño o en momentos de inspiración); después del relato de sus relaciones, los jefes unidos, tomando en cuenta el prestigio reconocido de quien las hacía, podían aceptarlas, y al regresar a sus grupos originales las propagaban tratando de que los miembros de esos grupos las conociesen y a la vez que las cumplieran.

Históricamente, los jurados no deben ser considerados como descendientes de los profetas jurídicos carismáticos, puesto que aquéllos vinieron a sustituir a los medios irracionales de prueba en los casos en que la justicia era impartida dentro de las asambleas primitivas con la intervención de los miembros de la comunidad.

La autonomía corporativa y estamental tuvo un gran desenvolvimiento en el occidente medieval, pues el titular de *imperium*, o su representante en aquellos casos en que se le designaba, no intervenían en el fallo judicial, ya que su actitud se reducía a guardar el orden dentro del juicio, y por tanto no se le permitía fallar porque para eso se requería tener cierta calidad carismática.

Cuando se integraron los jurados éstos fueron formados únicamente con personas de un determinado círculo, incluso el juez no podía intervenir más que para citar a juicio, ya que él debería tratar de que las partes desecharan la venganza y aceptaran la expiación, y que se siguiera el juicio llenando las formalidades que éste requería. Asimismo, el juez no podía ir más allá porque no tenía una calidad carismática que en esos casos era indispensable para poder interpretar las normas (esta última cualidad era reconocida solamente en magos y sacerdotes y gracias a ella intervenían en el juicio y no porque tuvieran alguna otra autoridad).

La evolución que hemos venido estudiando se encuentra, con rasgos similares, en todas las legislaciones. La intervención de los oráculos se hacía también en aquellas contiendas políticas y sociales de carácter racional, pues las revelaciones proféticas estaban revestidas siempre de una gran autoridad.

<sup>6</sup> Freud, Sigmund, "Totem y tabu", en sus *Obras completas*, trad. Luis López-Ballesteros y de Torres, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 1948, pp. 419 y ss.

Un fenómeno social que vino a ser determinante para que el derecho adquiriera un carácter laico y pudiera independizarse de la tradición y del pensamiento mágico, fue la guerra. El *imperium* del jefe conquistador se expande, no sólo sobre los prisioneros y el botín de guerra, sino también sobre el territorio conquistado. Frente a esta nueva realidad, que ha sido consecuencia de un cambio brusco, es necesaria la formación de normas que regulen esas nuevas situaciones que se presentan. El poder de disposición del caudillo es propiamente ilimitado, pues nada debe impedirle que asegure la paz y el orden interno. Como la guerra provoca un cambio radical en la tradición, se tambalean una serie de situaciones que eran reconocidas como divinas y valiosas, las que tienden a desaparecer. La necesidad de la creación de nuevas normas fomenta la racionalidad del derecho. Cuando la expiación se había afirmado sobre la venganza de sangre vemos aparecer por un lado un precepto que castigaba el homicidio y los delitos de sangre, y por otro lado un cuadro sancionador para aquellos delitos más leves. Estos últimos motivaron que el ofendido muchas veces se preguntara si valía la pena recurrir a los tribunales, dada la sanción que le correspondía al culpable según el delito cometido.

La influencia del *imperium* sobre el derecho civil aparece mucho después que sobre el derecho penal. El *imperium* tiene que respetar la tradición, pero conforme va pudiendo procura evitarla y en esa forma va ampliando su campo de acción.

También podemos ver que algunas veces la formación jurídica se realiza en otra forma. El poder del príncipe radicaba en una cualidad inherente a él, era, por así decirlo, un derecho subjetivo patrimonial. Por tanto, podía hacer descansar parte de ese poder en ciertas personas que le ayudarían a realizar sus funciones jurídicas, en este caso estamos frente a una *administración estamental de justicia*. Pero también la administración y aplicación de justicia podía ser de un carácter principesco patrimonial. En este último caso el príncipe no delega parte de su poder en ninguna persona, no lo hace para evitar ligarse a nadie, y en esa forma centraliza su poder. Podía resolver cada caso concreto que se le presentara o dirigir las actividades de sus funcionarios, por medio de unos reglamentos que eran un conjunto de disposiciones generales aplicables a todas las situaciones. Todavía no se puede hablar de un derecho objetivo y de un derecho subjetivo. Las personas que solicitan la

administración de justicia podrán estar ante la posibilidad de que se resuelva un asunto favorablemente, como reflejo de las disposiciones generales, pero no tienen en realidad una garantía jurídica, y, por tanto, su pretensión no podrá ser considerada como un derecho subjetivo. Es un caso como el procedimiento que sigue un niño con su padre cuando le solicita algo. El padre, para resolverle al hijo, no tendrá que apegarse a ningún principio formal, ni a ningún procedimiento. Por tanto, no es erróneo decir que se está frente a una administración paternal de justicia, como si fuese un padre de familia que soluciona los problemas que los miembros de ésta le presentan. Es una mera administración de este tipo de aplicación del derecho, si es que es posible hablar de derecho en este caso, pues como ya dijimos, el reglamento no tiene un carácter formal. Este tipo de administración de justicia trata de llegar materialmente a la verdad, por eso evita ligarse a un derecho probatorio formal y por lo mismo a los medios mágicos probatorios. Lo anterior viene a afirmar lo ya dicho, que en este tipo de justicia patriarcal no existen los derechos subjetivos. Desde cierto punto de vista, se puede considerar esta forma de administración y aplicación del derecho como racional, en cuanto que se encuentra vinculada a una serie de principios fundamentales. No es que sea una racionalidad lógica de las formas jurídicas de pensamiento, sino es por estar sujeto este tipo de administración a ciertos principios materiales de orden social, los que pueden variar en su contenido, por ejemplo: político, utilitario, ético, etcétera. Al observador se le presenta esta situación como una unidad entre la función judicial y la administración de justicia, claro que esto no debe tomarse en el sentido de que toda administración toma la forma de función judicial, sino al contrario, estamos frente a una situación en la cual la aplicación del derecho tiene las características de la administración. Ya se dijo que el príncipe tiene como funcionarios suyos a los jueces, por lo que puede intervenir también para aplicar el derecho, de acuerdo con un criterio personal. La garantía que puede tener la aplicación del derecho, en esos casos, no va más allá de ser un gracia del príncipe en favor del caso concreto. No se puede decir que el príncipe se encuentre limitado en su función, pues en realidad las únicas pautas que se pueden trazar son no ir más allá de donde pueda llegar a perder su trono o ir abierta y constante-

mente contra la tradición, la que es tenida como sagrada y en la que por último, tiene su base la legitimación de su propio poder.<sup>7</sup>

De la intervención del *imperium* se desprenden las codificaciones. El príncipe trataba de unificar y sistematizar el derecho, para que en esa forma hubiera orden, disciplina y armonía en su reino; trataba de formar una unidad jurídica y a la vez de preparar a los funcionarios jurídicos para que pudieran desempeñar sus funciones en cualquier parte de su territorio y no tener que estar arraigados en un solo lugar. Esto último fomentó la creación del funcionario de carrera.

La guerra trae otro fenómeno que influye en la evolución del derecho: el militarismo. Éste se produce cuando la asociación política que surge de la nueva situación, conserva su aspecto militar, y por lo mismo el ejército ejerce una gran influencia en las decisiones de las contiendas, no sólo las que aparecen entre sus miembros, sino también los conflictos que brotan entre personas no militares. Esto es un golpe más contra la magia, los ancianos y la tradición. En esta situación se ejercen distintas fuerzas sobre la comunidad, la del *imperium* del conquistador, la de la tradición y la del ejército. Los miembros de éste se van haciendo los propietarios de la tierra.

En Europa, durante la Edad Media, la Iglesia Católica, por mediación de sus obispos, tuvo una gran influencia en la formación y aplicación del derecho, por su enorme poder de decisión sobre los príncipes, y así pudo obtener máximos beneficios en propiedades territoriales.

Cuando el titular del *imperium* delega en ciertos representantes sus facultades para la creación y aplicación del derecho, éstos tratan siempre de eliminar del terreno jurídico a los personajes carismáticos. Así fue como el derecho, en esos casos, llegó a asumir un carácter teocrático patrimonial.

Posteriormente fue decisiva la influencia que los juristas ejercieron en la formación del derecho, pues al querer darle un carácter racional necesariamente implicaba el conocerlo y por medio de este conocimiento influían en su creación. En cualquier parte en donde el derecho tenga un carácter formal, se verá la influencia que sobre éste tienen los jurisperitos. Son el jurista profesional, los abogados y teóricos de la ley, quienes junto con el aparato coactivo

<sup>7</sup> Weber, Max, *op. cit.*, t. II, p. 48.

persiguen el mismo fin: la aplicación del orden jurídico. Dentro de estos estudiosos del derecho se debe considerar a los procuradores y a los consejeros privados de las partes, que formaban lo que se puede llamar los juristas prácticos. Más adelante, debido a la especialización del derecho, aparece el abogado profesional, cuyos conocimientos y dominio de la materia tenían que ser muy amplios, pues para llegar a tener la especialidad se requería experiencia y conocimientos técnicos, puesto que cualquier solución que se dé a los problemas jurídicos debe ser racional. Este último carácter del derecho también fue impulsado por los comerciantes, los que se refugiaban en las normas jurídicas para proteger sus intereses.<sup>8</sup>

## EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS JURÍDICOS SUBJETIVOS

Para determinar cuándo existe un derecho subjetivo, desde un punto de vista sociológico, debe verse si existe la probabilidad de que se realicen ciertas expectativas que se encuentran protegidas por el derecho objetivo y que favorecen a una persona que es considerada como titular de ese derecho.

Actualmente el derecho es un conjunto de normas abstractas que abarcan de hecho todas las situaciones jurídicas que se puedan presentar. Estas normas se pueden catalogar en:

- a) Normas imperativas;
- b) Normas prohibitivas, y
- c) Normas permisivas.

En estas últimas normas es donde se originan los llamados derechos subjetivos. Es posible considerar como fuentes de poder a los derechos subjetivos, pero solamente en relación con el contenido que éstos tengan y siempre tomando en cuenta que se encuentren amparados por la norma objetiva, pues sin ella no podrían actualizarse. Los derechos subjetivos representan ciertas facultades para sus titulares; éstas las podemos clasificar de acuerdo con el contenido de los derechos que representan, en dos grupos: los derechos

<sup>8</sup> Simpson, Sidney y Julius Stone, *Cases and Readings on Law and Society*, West Publishing, 1948, t. I, pp. 319 y ss.

de libertad que impiden que al titular del derecho se le obstaculice por un tercero o por el Estado la ejecución del mismo, y, por otro, aquellos que facultan a las personas para que, dentro de ciertos límites, regulen sus relaciones con los particulares. Esto último se hace por medio de los negocios jurídicos.

En la Antigüedad, la libertad de contratación no se encontraba tan desarrollada como en la actualidad, ya que hoy, el negocio jurídico ha tenido una gran evolución, sobre todo los contratos como fuentes de obligaciones que se encuentran coactivamente garantizadas.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de la regulación de las relaciones económicas entre las personas son muy variadas, ya que de ellas se desprenden una serie amplísima de derechos y obligaciones jurídicamente reglamentados. Por ejemplo, la adquisición de derechos hereditarios constituye, en la actualidad, una supervivencia a la forma en que en la Antigüedad se justificaba la adquisición de derechos legítimos. Debe tomarse en cuenta que dentro del derecho hereditario se presenta una serie de situaciones de hecho, dentro de las cuales la voluntad de las personas afectadas jurídicamente no participa, aunque represente el fundamento y el supuesto de esa actividad. Esto se debe a que en principio, la persona a quien se otorga un derecho hereditario puede no intervenir, y por tanto se da la situación jurídica sin voluntad suya. Generalmente es a consecuencia de una serie de relaciones naturales —el nacimiento, por ejemplo— como una persona pasa a ocupar un lugar en una familia; en este caso el orden jurídico reconoce esta situación sin que la persona afectada intervenga, pues el derecho reconoce ciertas cualidades inherentes a ella. Aunque en algunas ocasiones podía suceder que las percepciones hereditarias se regularan por medio de un contrato.

En la época primitiva existían distintos grupos independientes entre sí, los cuales podían llegar a formar, por medio de convenios jurídicos, asociaciones políticas, pudiendo ser de carácter temporal (puesto que se reunían únicamente para la realización de un fin determinado, por ejemplo cazar o saquear), y cuando éste se cumplía, la asociación se disolvía. Pero estos convenios eran externos, es decir, se realizaban fuera de la comunidad. Cuando la influencia del empleo de los medios mágicos para la creación del derecho disminuye, entonces aparece la idea de que el orden jurídico puede

ser formado con la intervención de la mayoría de los miembros de la comunidad. En estos casos las minorías deberían plegarse a lo pactado por el grupo y éste podría, en caso de que aquéllas no la aceptaran, imponerles sanciones. Aquí estamos frente a la creación del derecho objetivo. Por el contrario, cuando dos o más personas que sin tener obligación alguna voluntariamente celebran contrato, nace el derecho subjetivo. Esto último dio un carácter técnico al proceso jurídico, ya que muchas veces se daba la intervención de un órgano oficial dentro del procedimiento para que las partes celebraran un convenio que permitiera un mejor desarrollo de aquél. Un ejemplo de esto lo encontramos en el pacto arbitral que se derivaba del pacto expiatorio entre los clanes, en el cual las partes contendientes debían someterse al juicio de dios.

Es acertado decir que en cierta forma el contrato, como fundamento jurídico del cual se originaban obligaciones y derechos para las personas, se encuentra en las épocas donde empieza a desarrollarse el derecho, pero se daba en sectores en donde en la actualidad no aparecen dichos convenios o, en todo caso, ocupan un lugar secundario, como es por ejemplo, en el derecho público, en el derecho procesal, en el derecho sucesorio, etcétera. Contrario a esto, el contrato por medio del cual se adquirirían bienes económicos, y que en la actualidad se realiza con plena libertad, en la Antigüedad era raro encontrarlo fuera del ámbito familiar.

Es a consecuencia de la transformación que han sufrido los convenios libres, por lo que a los contratos primitivos se les considera como relativos al *status* de las personas, para diferenciarlos de los que se refieren al intercambio de bienes, los que se consideran como contratos determinados por el fin.<sup>9</sup>

Los contratos primitivos producían una transformación en la calidad jurídica de las personas, pues el hecho de pertenecer a una determinada asociación o ser miembro de una familia modificaba el *habitus* social. Para que el contrato cumpliera su finalidad, se vinculaba con ciertos caracteres mágicos, sin los cuales no tendría ninguna validez. La mayoría de estos contratos daban cierta calidad a las personas que los realizaban; por ejemplo, pasaban a ser miembros de una fraternidad, o la persona se convertía en hijo, hermano, esclavo, compañero, cliente, vasallo, etcétera. El derecho era el medio por el cual las personas adquirirían ciertas cualidades en su estado

<sup>9</sup> *Idem*, p. 205.



personal. Por lo mismo, se dificulta la distinción entre normas objetivas y normas subjetivas. La práctica de estos actos duró mucho tiempo.

Se conocían las normas que regulaban a los miembros de una asociación, o las normas que regían las sucesiones pero, insistimos, no aquellas que podían derivarse de un contrato entre particulares y que sólo tenían valor para las partes contratantes. Esto aparece con posterioridad, y una de las causas que lo motivaron fue el comercio. Con la ayuda de los medios mágicos, la persona adquiere su nuevo espíritu. Para adquirir la calidad de miembro de alguna fraternidad, el intersado tenía que recurrir a un juramento ante los dioses, quienes lo sancionarían si no cumplía con los postulados de la hermandad. Una persona no podía exigir su ingreso a una agrupación, pues a esta última le correspondía decidir quién llenaba la calidad de miembro y quién no. Esto ocurría tanto en una comunidad doméstica como en el clan, o en una asociación política.

Posteriormente vemos aparecer también cierto tipo de contratos que no tenían como finalidad el dar un nuevo *status* a las personas, como por ejemplo el trueque. Éste no sólo se realizaba con miembros del clan, sino también con personas de otras comunidades (esto último era el llamado “trueque hacia afuera” y requería el empleo de medios mágicos para su realización). A diferencia de éste, se encuentra el llamado “trueque mudo”, que se verificaba entre los miembros de una misma fraternidad y no requería de la ceremonia mágica como garantía. Ésta se daba por el solo hecho de pertenecer los partícipes a la misma hermandad. Con la aparición de la moneda, el trueque adquiere una auténtica construcción jurídica de carácter formalista.

El contrato pecuniario aparece como un tipo clásico de la contratación coactiva. Es un acuerdo cuantitativamente determinado, sin que tenga ninguna significación cualitativa, pues normalmente está condicionado económicamente. A consecuencia de su aparición desaparece el carácter mágico de los actos jurídicos.

No hay que olvidar que estas apreciaciones son hechas a distancia, pues como hemos dicho anteriormente, cualquier obligación jurídica era considerada como exdelicto. El procedimiento expiatorio se aplicaba para resolver las contiendas de este tipo, por lo que se le considera el proceso más antiguo para resolver los conflictos de deudas.

La situación se agravaba cuando había algún conflicto entre los miembros de clanes diferentes, pues no existía un proceso formal en relación con la restitución de las cosas; todas las acciones se fundaban en las acusaciones del actor contra el acusado, consistentes en que éste había cometido un acto expiable contra él. No se conocía ninguna acción derivada de los contratos, ni siquiera la acción reivindicatoria.

Debido a que las normas de la comunidad no permitían a una persona declarar en contra de su hermano o llevarlo a juicio, no existía la venganza de sangre. Lo único que se podía esperar era el castigo que provenía de los dioses o, en otros casos, la maldición de los sacerdotes o la intervención del titular del poder dominical.

Posteriormente, a consecuencia de la guerra, como ya se dijo, se presenta el fenómeno del militarismo el cual trae aparejado una serie de derechos en favor de los militares. Como consecuencia, se hizo una selección de aquellos que podían formar parte del ejército, haciéndose ésta de acuerdo con los nacimientos de los matrimonios reconocidos como legítimos. El esclavo y las clases inferiores no gozaban de los privilegios militares, siendo uno de los más importantes entre éstos, el botín de guerra. Esto hizo necesario que se estableciera un recurso por medio del que se pudiera determinar el *status* de las personas.

Además aparecieron aquellas acciones que se derivan de la propiedad territorial y que permitían la producción de las tierras, lo que era indispensable porque los medios de la vida escaseaban, afectando tanto a la comunidad doméstica como a la asociación política. Resultado de esto fue que sólo se considerara con todos sus derechos a una persona como miembro de una asociación, cuando era propietaria de la tierra, y que por tanto el ser miembro de una determinada asociación le daba derecho a participar sobre la titularidad de la tierra.

Una consecuencia muy importante que se desprende de lo anterior, fue la creación de una nueva acción, la acción reivindicatoria.

Cuando algunas asociaciones se disputaban cierta propiedad territorial, la vencedora recibía por medio de esta acción el predio en disputa.<sup>10</sup>

Más adelante, como resultado de la apropiación individual de la tierra, las disputas sobre ésta se hacían entre particulares. Ya no es

<sup>10</sup> Weber, Max, *op. cit.*, t. II, p. 60.

la asociación la que pide ejercer la acción reivindicatoria, sino que es el interesado en particular quien lo hace. El resultado del proceso otorga a uno de los contendientes la razón, al cual se le otorga el bien disputado. Es aquí donde empieza a nacer la diferencia entre acciones reales y personales, pues ambas se encuentran dentro de las acciones que se derivan del *status* personal, aun las que tratan sobre la propiedad.

Hemos visto que las cuestiones internas de los clanes no requerían, para su solución, de las formalidades y procedimientos mágico-jurídicos que se empleaban en las contiendas entre clanes. Generalmente, los más ancianos resolvían estos problemas que eran de carácter administrativo, y a quienes no aceptaban la resolución se les boicoteaba por todos los miembros del clan.

Más adelante vino la coexistencia de las comunidades domésticas y las comunidades locales; se formaron las asociaciones políticas; el clan se desintegró y es entonces cuando se presenta un problema consistente en determinar cuál era la competencia de la asociación política en los problemas que se suscitaban entre los miembros de un mismo clan o de una misma familia. Los problemas de este tipo, en relación con la propiedad de la tierra, se tenían que presentar ante el juez. En estos casos podía suceder que el poder político actuara con un carácter patriarcal, por lo que el proceso, en este caso, era más o menos de tipo administrativo.

A consecuencia de las necesidades jurídicas, aparece la fianza procesal. En realidad, una de las finalidades del proceso era evitar la autodefensa. En algunos sistemas jurídicos el proceso se iniciaba con ciertos actos de autoayuda. El ofendido llevaba al acusado al tribunal y no lo soltaba hasta garantizarse que no iba a tratar de evadir la sanción que se le impusiera en caso de ser declarado culpable; esta autodefensa siempre se dirigió contra el adversario, porque el haber cometido un delito obligaba a su autor a responder con su persona. El acusado podía garantizar lo anterior, y a la vez se protegía para que no le molestasen mientras duraba el juicio y se dictaba el fallo, por medio de una prenda o señalando un fiador. Éste representaba artificialmente a una serie de acciones contractuales nuevas, porque era una garantía jurídica derivada de una acción exdelicto. Posteriormente y debido a lo que se puede llamar la racionalización económica del derecho, nació la idea de que la responsabilidad expiatoria no debería ser algo que sólo buscara la venganza.

za, sino que se debería buscar la compensación al daño causado, se consideraba como el incumplimiento de un contrato por lo que se obligaría al culpable a la expiación del daño causado.

## DESARROLLO DE LA RACIONALIZACIÓN FORMAL Y MATERIAL DEL DERECHO

El *imperium* dio al derecho un racionalismo de tipo material. En la aplicación del orden jurídico se buscaba no llegar a una vinculación jurídica formal o a una sistemática racional del derecho y del procedimiento, sino a una solución práctica de acuerdo con el contenido del problema suscitado.

Cuando las normas religiosas empiezan a separarse del derecho, éste va adquiriendo un carácter racional y formal, lo que también es fomentado por la aparición del derecho natural, el cual ejerce una gran influencia sobre el derecho positivo.<sup>11</sup>

En aquellos casos en que no hay esa separación entre normas religiosas y jurídicas se produce una amalgama de esas dos pretensiones. No se podía precisar cuándo se estaba frente a normas morales, jurídicas, religiosas, etcétera, por tanto aquí el derecho no tenía aún carácter formal.

Como se dijo anteriormente, el formalismo jurídico tuvo su inicio en el procedimiento primitivo expiatorio entre los clanes y en la administración popular de justicia, en los que se daba un derecho probatorio estrictamente formal. El hecho de no atenerse al procedimiento hacía que se perdiese el juicio. Las presunciones y los testigos que actualmente tienen tanta importancia en un juicio, antiguamente se desconocían. En aquellos tiempos un testigo, conjurador,<sup>12</sup> jura a quien cree que pertenece el derecho, pero no atestigua sobre la verdad o motivo de un suceso. En este caso el conjurador se expone a una maldición divina, si es que ha jurado en falso. El antiguo derecho consideraba la prueba como un derecho y no como una obligación de las partes. El juez, para poder actuar, requiere que las partes lo soliciten, y a él únicamente debe importarle lo garantizado y solicitado por éstas. Lo que se resuelve y demuestra con las pruebas, aunque sean irracionales, es llegar a una

<sup>11</sup> *Idem*, pp. 144 y ss.

<sup>12</sup> *Idem*.

sentencia justa desde un punto de vista material. Sólo cuando este tipo de actuaciones irracionales desaparecen, se puede hablar de un proceso lógico, el que es orientado por los distintos intereses de las partes, tratando de llegar a la verdad.

Hemos estado viendo cómo se encuentran caracteres racionales e irracionales, tanto en la formación como en la aplicación del derecho. Desde un punto de vista formal, se considera al derecho como irracional, cuando tanto en su creación como en su aplicación se emplean medios que no se controlan racionalmente, y cuando las decisiones sobre cada situación concreta puedan variar, cuando falten normas generales que regulen los casos concretos, entonces se considera irracional al derecho desde un punto de vista material.

Enfocando el derecho desde un punto de vista racional, es posible hacer también una clasificación formal y material de su creación y aplicación. Cuando el derecho no toma de los hechos más que sus caracteres generales, estamos frente a un derecho formal racional. Se puede caer en un extremismo del formalismo jurídico cuando hay alguna característica jurídica relevante de carácter sensible. Un ejemplo de esto puede ser el tener que pronunciar alguna palabra determinada a la que se le atribuye un significado especial que previamente ha sido establecido. Aunque lo que se procura es obtener lógicamente los caracteres jurídicos relevantes y formar normas abstractas. Por otro lado, encontramos el carácter racional material del derecho cuando las “normas cuya dignidad cualitativa es diferente a las generalizaciones lógicas fundadas en interpretaciones abstractas, influyen en la decisión de los problemas jurídicos”.<sup>13</sup> Esto puede suceder cuando en las decisiones particulares influyen normas de moral, conveniencia, etcétera. Lo que permite independizarse del formalismo externo por un lado, y de la abstracción lógica por otro.

En el desarrollo histórico de los caracteres formales del derecho, éstos desembocan en ciertos principios que rigen actualmente en el campo jurídico:

- a) El que toda decisión a un problema concreto se derive de un precepto general;
- b) El derecho debe abarcar, bajo sus preceptos generales, cualquier hecho concreto; no debe tener lagunas de acuerdo con su carácter sistemático;

<sup>13</sup> Weber, Max, *op. cit.*, t. I, pp. 26 y ss.

c) Debe desechar cualquier medio irracional, tanto en su creación como en su aplicación;

d) La conducta de los miembros de una comunidad, necesariamente debe ser o apegada o en contra del derecho, pero siempre dentro del campo jurídico.

En resumen, en la evolución de las normas jurídicas encontramos cuatro tipos ideales del derecho:

a) *Derecho irracional y material*. Es la emotividad la que determina a jueces y legisladores a actuar;

b) *El derecho irracional y formal*. Aquí tanto el legislador como el juez se guían por normas no racionales.

c) *El derecho racional y material*. El legislador y el juez hacen referencia a un libro sagrado, o a una ideología, o a la voluntad política del conquistador, y

d) *El derecho racional y formal*. La creación y apreciación de justicia se basa en conceptos generales y abstractos.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Freund, Julien, *Sociología de Max Weber*, trad. Alberto Gil Novales, Barcelona, Colección Península, 1967, p. 227.