

EXCURSUS II. LA JURISPRUDENCIA GRIEGA . . . . .	197
1 <i>Introducción</i> . . . . .	197
a) <i>Necesidad de una retrospectiva histórica</i> . . . . .	197
b) <i>El problema</i> . . . . .	198
2 <i>La monarquía primitiva</i> . . . . .	201
3 <i>El pensamiento jurídico bajo la aristocracia</i> . . . . .	205
4 <i>El derecho legislado</i> . . . . .	206
5 <i>La enseñanza del derecho</i> . . . . .	209
6 <i>El periodo helénico</i> . . . . .	210
7 <i>La literatura jurídico griega</i> . . . . .	213

## EXCURSUS II

### LA JURISPRUDENCIA GRIEGA <sup>1</sup>

SUMARIO: 1. *Introducción*. a) *Necesidad de una retrospectiva histórica*. b) *el problema*. 2. *La monarquía primitiva*. 3. *El pensamiento jurídico bajo la aristocracia*. 4. *El derecho legislado*. 5. *La enseñanza del derecho*. 6. *El periodo helénico*. 7. *La literatura jurídica griega*.

#### 1. *Introducción*

##### a) *Necesidad de una retrospectiva histórica*

Pienso que una respuesta satisfactoria a la cuestión: '¿cómo surgió la jurisprudencia?' ayuda a resolver sustancialmente el problema de por qué la jurisprudencia presenta las características que presenta. Un claro entendimiento de esta cuestión aumentará nuestra comprensión del problema: '¿qué es la jurisprudencia?', cuya solución es, por su propia naturaleza, extraordinariamente compleja.

Comparto la creencia de que un procedimiento especialmente útil

<sup>1</sup> En esta explicación sigo particularmente el célebre trabajo del profesor George Miller Calhoun, *Introduction to Greek Legal Science*, Aalen, Scientia Verlag, 1977 (reimpresión de la edición de Oxford University Press, 1944). Incidentales referencias a otros autores son más bien menores: Guthrie, W. K. C., *History of Greek Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press; Bretone, Mario y Talamanca, Mario, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma, Editori Laterza, 1981; Ehrenberg, Victor, *The Greek State*, Londres, Methuen & Co., Ltd., 1974; Jaeger, Werner, W., *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959; Paoli, U., *Studi sul processo attico*, Padua, Casa Editrice Dott. Milani, 1933; Daresté, R., *La science du droit en Grèce; Platon, Aristote, Theophraste*, Paris, L. Larose & Forcel Editeurs, 1893; Vinogradoff, Sir Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence of II. Jurisprudence of the Greek City*, Oxford, Oxford University Press, 1922; Jones, Walter, John, *The Law and Legal Theory of the Greeks*, Aalen, Scientia Verlag, 1977 (reimpresión de la edición de Oxford University Press de 1956); Bonner, R.J. y G. Smith, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle II*, Chicago, Illinois, The University of Chicago Press, 1938; Wolf, H. J., *The Origine of Judicial Litigation among the Greeks*, en *Traditio*, vol. iv, 1946, p. 86; Harrison, A.R.W., *The Law of Athens II*, Oxford, Oxford University Press, 1975; Saunders, A. N. W. (ed.), *Greek Political Oratory*, Harmondsworth, 1979; etcétera, etcétera.

para determinar con claridad los rasgos característicos de ciertos fenómenos sociales es el estudio cuidadoso de su funcionamiento en sociedades relativamente simples. Este recurso es particularmente fructífero cuando esta sociedad es la cuna de la filosofía y de la ciencia política de occidente.

Creo, sin embargo, que un procedimiento adecuado para plantear claramente los diferentes aspectos del problema es investigando, no sólo su funcionamiento en sociedades relativamente simples sino, además, estudiando cuidadosamente su *periodo de formación*. El estudio de la etapa de formación de la jurisprudencia permitirá descubrir las creencias, mitos y métodos no explicitados por los juristas. Ahora bien, si las características distintivas de la jurisprudencia se encuentran claramente dibujadas ya en la jurisprudencia pontificia, especialmente en la obra de Quinto Mucio Scaevola,<sup>2</sup> es especialmente importante estudiar el periodo de formación que le precede.

#### b) *El problema*

Cuando uno inquiera por el origen de algunas instituciones políticas o cuando pregunta por el nacimiento de algunas ramas o disciplinas del conocimiento (o sus antecedentes) es común señalar que éstas tienen su origen en Grecia. Pero ¿puede extenderse esta práctica al caso a la jurisprudencia, *i.e.* a la ciencia jurídica? Es ampliamente conocido el hecho de que la jurisprudencia alcanza en Roma niveles impresionantes. Sin embargo, también es de todos conocido la formidable influencia que ejerció la filosofía griega sobre la cultura romana incluyendo a la propia jurisprudencia: "en ningún periodo conocido por nosotros estuvo la ciencia jurídica romana exenta de la influencia griega".<sup>3</sup>

¿Qué tanto se desarrolló la jurisprudencia en la misma Grecia? En este *excursus* me propongo explicar algunos aspectos de la actividad judicial y forense de los antiguos griegos, con objeto de ver si los rasgos característicos que informan la ciencia jurídica se dieron en la vieja Grecia. Pienso que el estudio de la actividad judicial y forense de los antiguos griegos permitirá observar qué tanto se desarrolló la jurisprudencia entre ellos. La exposición que me propongo desarrollar en este *excursus* no es específicamente histórica, aunque difícilmente podría evitar tal carácter. Mi interés es mostrar el funcionamiento y evolución

<sup>2</sup> Cfr. *supra*, *La ciencia jurídica*, pp. 124-134.

<sup>3</sup> Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, *cit.*, p. 38.

de la jurisprudencia en un contexto muy apropiado para entender ciertas características que se mantendrían en la jurisprudencia posterior. El estudio podría considerarse como una contribución a la historia de la ciencia jurídica.<sup>4</sup>

Saber si los antiguos griegos llegaron a producir una ciencia del derecho (*i.e.* jurisprudencia), depende de la definición que de 'ciencia' se use. Si por 'ciencia del derecho' entendemos meramente la disciplina especializada de los juristas por la cual se determina el derecho aplicable, entonces los griegos conocieron una incipiente jurisprudencia. Pero, si por jurisprudencia se implica, también, la presencia de un cuerpo sistematizado de principios y enunciados, reglas de hermenéutica y de razonamiento jurídico, separados de la filosofía política, entonces la jurisprudencia aparece en Roma. En este último sentido la jurisprudencia, su método y su doctrina fundamental es predominante creación de los romanos. Nunca existió una colección sobre derecho griego comparable al *Corpus iuris civilis*.<sup>5</sup>

En nuestro análisis de la "jurisprudencia" griega consideramos cinco etapas (las cuales corresponden a las que establece G.M. Calhoun):<sup>6</sup>

- i. Los tiempos homéricos (hasta 800 a C)
- ii. El periodo arcaico (de 800 a 650 a C)
- iii. La época de los legisladores (de 650 a 500 a C)
- iv. La época clásica (de 500 a 338 a C)
- v. El periodo helénico (de 338 a 30 a C).

En cuanto a los tiempos homéricos nuestra única fuente la constituye justamente la épica homérica.<sup>7</sup> Estas fuentes se complementan con

<sup>4</sup> Conjuntamente con la historia de la jurisprudencia romana (*supra*, pp. 123-137) y de la jurisprudencia medieval. Sobre esta última *vide*: Tamayo y Salmorán, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político (Introducción histórica a la ciencia jurídica)*, *cit.*

<sup>5</sup> *Cfr.* Calhoun, George Müller, *Introduction to the Greek Legal Science*, *cit.*, pp. 1-2.

<sup>6</sup> *Cfr.* *Introduction to the Greek Legal Science*, *cit.*, pp. 1-2.

<sup>7</sup> Los textos de los dos grandes poemas homéricos están bastante bien establecidos —con pocas variantes de importancia—. Las dificultades en su interpretación son relativamente pocas. La descripción de la vida social que aparece en los poemas es coherente y muy completa. El mayor mérito que, como fuentes de información, poseen dichos cantos es —señala G.M. Calhoun— su objetividad, puesto que no es sino puro relato de historias y "no hace intento alguno por instruir, explicar o persuadir" (*cfr.* *Introduction to the Greek Legal Science*, *cit.*, p. 3). Es posible que la neutralidad que G. M. Calhoun le atribuye a estos cantos no sea precisamente una de sus características —o no absolutamente—, pero, como quiera que

la tradición recogida en escritos posteriores. Para el periodo arcaico la principal fuente de información se encuentra en los poemas de Hesíodo y en los himnos homéricos, complementada, como en el caso del periodo anterior, por la tradición recogida en fuentes posteriores.<sup>8</sup>

Por lo que a la época de los legisladores se refiere, las fuentes son extremadamente limitadas en cantidad. No contamos sino con algunos fragmentos. Los códigos de los grandes "legisladores" se encuentran prácticamente perdidos. Estos fragmentos, en razón de la ausencia de contexto, tienen que ser interpretados con el mayor de los cuidados. Esta dificultad es compensada, sin embargo, por la posibilidad de adscribir de manera definitiva un fragmento a determinado autor, en cierto tiempo y en cierto lugar. Afortunadamente poseemos buena cantidad de información sobre este periodo en escritos posteriores. También de este periodo datan los fragmentos de los primeros filósofos los cuales bosquejaron, aunque vagamente, algunas reflexiones sobre la aparición y evolución del derecho, su función social y su relación con el derecho natural.<sup>9</sup>

En relación con el periodo clásico reina otro panorama. Sobre el siglo v la escasez de fuentes primarias continúa; sin embargo, se cuenta con numerosas inscripciones y trabajos literarios de finales de siglo. El siglo vi ha legado a la posteridad la más completa información que cualquier otro periodo de la historia griega. Miles de epígrafes han sido recuperados y su número se incrementa rápidamente como consecuencia de los trabajos arqueológicos. Dichos textos son de primera importancia en lo que al pensamiento jurídico se refiere. Comprenden documentos de todo tipo (*e.g.* textos originales de leyes, resoluciones de la asamblea, instrumentos públicos, privados). Entre las fuentes literarias resaltan los primeros "tratados" que abordan "sistemáticamente" cuestiones jurídicas (*i.e.* *La república*, *La constitución de Atenas*).<sup>10</sup> Igual-

sea, estos monumentos literarios describen, de forma más o menos completa, la vida y la manera de pensar de los griegos antes de los tiempos históricos.

<sup>8</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., p. 4. Los poemas de Hesíodo y los himnos homéricos, en cuanto fuentes, no son, en opinión de Calhoun, tan satisfactorios como la *Iliada* y la *Odisea*; son menos homogéneos y sensiblemente más limitados en cuanto a extensión. Más que describir la vida social se preocupan por instruir, aconsejar y argumentar (cfr. *ibid.*, p. 4).

<sup>9</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., p. 4. Sobre este particular *vide*: Guthrie, W. K. C., *History of Greek Philosophy*, cit., t. III, pp. 55-134; Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., pp. 84-88.

<sup>10</sup> Para una breve descripción de la Constitución de Atenas, *vide*: Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., pp. 20-31.

mente valiosos son los trabajos de los oradores áticos que comprenden, aproximadamente, ciento cincuenta discursos pronunciados por litigantes en procedimientos judiciales ante los tribunales atenienses o dirigidos al Consejo. También hay escritos de historiadores los cuales preservan considerable información sobre las instituciones jurídicas y la práctica jurídica se aprende en los trabajos de los poetas dramáticos, especialmente en las comedias de Aristófanes.<sup>11</sup>

Con respecto al periodo helénico o helenístico, el material epigráfico es también abundante. Sobre este periodo nuevas fuentes habrían de aparecer: los papiros. Miles de ellos, los cuales van desde pequeños fragmentos hasta rollos de manuscritos conteniendo instrumentos jurídicos de toda clase (*e.g.* registros públicos, transcripciones de texto de leyes, documentos comerciales, etcétera).<sup>12</sup>

## 2. La monarquía primitiva

Físicamente la *πόλις* (la ciudad-estado es una comunidad pequeña, normalmente fortificada en una colina.<sup>13</sup> Políticamente, la *πόλις* es un grupo tribal autónomo, compuesto, en última instancia, de jefes patriarcales de familia. A la cabeza de la *πόλις* se encuentran el *βασιλεύς* cuyo cargo es generalmente hereditario. El *βασιλεύς* es jefe civil, jefe militar y funcionario religioso. Este líder político se encontraba rodeado por un consejo de *γέροντες*, al que pertenecían las cabezas de las principales ramas de parientes, así como los hombres de marcada bizarría o habilidad. Una asamblea de varones adultos, visiblemente idéntica a los efectivos militares, es tenida a veces, en el *ἀγορά* de la *πόλις*; normalmente, escucha al *βασιλεύς* y a los *γέροντες*. Su considerable poder latente pudo, quizá, mostrar una acción espontánea concertada.<sup>14</sup> Como quiera que se haya producido y tan simple como pudiera ser, el "gobierno" homérico funcionó continuamente con los tres de sus elementos componentes: *βασιλεύς*, *γεροντία* y *ἐκκλησία* (asamblea). Lo cual habría de ser de mucha importancia para el desarrollo del pensamiento político y jurídico.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, p. 5.

<sup>12</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, p. 6.

<sup>13</sup> Para una descripción de las condiciones (geográficas, étnicas, religiosas, sociales y políticas) de la formación de la *πόλις*, así como de los tipos de *πολεις*, *vide*: Ehrenberg, Victor, *The Greek State, cit.*, pp. 3-102.

<sup>14</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, p. 7.

<sup>15</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, p. 8.

El *ἀγορά* —el lugar de reunión— se encontraba usualmente cerca de la morada del βασιλεύς. En bancos de piedra se sentaba el βασιλεύς y los γέροντες para hablar día tras día. Aquí venían todos los hombres de la πόλις para pasar el tiempo, para hablar y para oír al βασιλεύς y a los γέροντες. En las primeras monarquías de los tiempos homéricos es en el *ἀγορά* donde los individuos exponen sus problemas, las ofensas sufridas y sus querellas. Su exposición pública tiene por objeto que dichos problemas sean discutidos y juzgados. Es aquí donde tenía lugar δικαιοπολία (el “enjuiciamiento”).<sup>16</sup> Para tal efecto, era necesario determinar las “normas” aplicables a la solución de los problemas cuando éstos presentaban la forma de controversias o disputas (cuando había un contradictorio). Una vez determinadas, de la forma que fuera, las “normas aplicables” tenían, justamente, que aplicarse. Por ello, dice el profesor G.M. Calhoun que en el *ἀγορά* se da la génesis de lo que, en un sentido muy amplio, podría llamarse ‘ciencia jurídica’.<sup>17</sup>

La actividad jurídica llevada a cabo en el *ἀγορά* constituía la “fuente del derecho” de la πόλις. El derecho se presentaba en forma de costumbres enunciadas, de alguna manera, con mayor o menor autoridad, con el respaldo principalmente en la opinión pública, pero en última instancia con la perspectiva de la intervención del βασιλεύς o de la ἐκκλησία.<sup>18</sup> La evidencia en cuanto a la existencia de normas jurídicas positivas —base de la pretensión de cualquier justiciable— se encuentra en la efectiva presión social que origina su infracción.<sup>19</sup> Esta es una de las razones de la exposición pública en el *ἀγορά*. Si la presión social se levantaba era síntoma de que existía una norma (consuetudinaria) reconocida por la comunidad; norma que imponía una obligación que alguien, presumiblemente, había violado. La incertidumbre e ineficacia que se da en las comunidades en donde no hay una instancia que determine finalmente la existencia de una obligación (e, indirectamente, de la norma que la impone) y el hecho de su violación, se encontraba superada con la presencia del βασιλεύς, de los γέροντες y de la ἐκκλησία. Estos “ órga-

<sup>16</sup> Sobre el proceso en los tiempos homéricos *vide supra: Excursus I: El proceso jurisdiccional*, pp. 167-196.

<sup>17</sup> *Introduction to the Greek Legal Science, cit.*, p. 8.

<sup>18</sup> *Vide supra: Excursus I: El proceso jurisdiccional*, pp. 178-181.

<sup>19</sup> “Las reglas [normas] son concebidas... como imponiendo obligaciones cuando el reclamo general por la conformidad es insistente y la presión social aplicada sobre aquellos que se apartan de ella, o que amenazan apartarse, es muy grande.” (Hart, H.L.A., *The Concept of Law, cit.*, p. 84.)

nos" eran prueba de la existencia indiscutible de normas de competencia y adjetivas que facultaban a ciertos individuos o cuerpos de individuos a decidir sobre la existencia de una obligación (e, indirectamente de la norma que la establece) y de si ésta ha sido o no violada. La presencia de estas "normas secundarias" —para usar la expresión de H.L.A. Hart— es suficiente para transformar el "régimen de normas primarias de obligación" en lo que es, indiscutiblemente un orden jurídico.<sup>20</sup>

De esta manera puede decirse que el procedimiento de creación es la enunciación *autoritativa* —i.e. expresada por un órgano de la comunidad (e.g. los *γέροντες*— de un curso general de conducta, sancionada por una aceptación general).

A este derecho positivo los griegos se refieren con la expresión: *θέμις* (la costumbre, el derecho, el orden). La actividad jurídica se hacía presente justamente cuando se trataba de determinar qué conducta era *θέμις* y cuál no. Para esto era necesaria una instancia que señalara qué cosa era *θέμις*. Esa determinación se hacía mediante ciertos pronunciamientos que probablemente empezaran con la palabra "*θέμις*". *θέμις* conoce el destino que pende sobre los nombres; tal es la razón de que las instrucciones que da Zeus a los reyes tenían el nombre de *θέμιστες* lo que a la vez coincide con el hecho de que la conducta que se conforma con el derecho se expresa por la fórmula *ἔστι θέμις*.<sup>21</sup> Estos pronunciamientos son colectivamente designados como *θέμιστες*.<sup>22</sup> Las *θέμιστες* son las costumbres —curso de conducta— sancionadas por un pronunciamiento público hecho en el *ἀγορά*. El conjunto de costumbres sancionadas con el comportamiento general —presión social— era uno de los elementos con los que tenían que trabajar los hombres encargados de la *custodia del derecho*. Las *θέμιστες*, según la ideología normativa imperante, eran confiadas por el propio Zeus al *βασιλεύς*.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 90-91.

<sup>21</sup> Cfr. Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental* (trad. Mario de la Cueva), México, UNAM, 1983, p. 10.

<sup>22</sup> Zeus manifiesta su voluntad a través de las *θέμιστες*, los cuales se convierten en el patrón de la regularidad. Polifemo es muerto en forma justa a manos de Ulises porque aquél no había actuado *regularmente* (Jaeger, Werner W., *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, cit., p. 21, n. 6).

<sup>23</sup> Homero usaba la palabra '*θέμιστες*' para designar la autoridad de la costumbre y la tradición oral. Cfr. Jaeger, Werner W., *La alabanza de la ley*, cit., páginas 20 y 55; Calhoun, G. M., *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., p. 9.

<sup>24</sup> Para una breve explicación al respecto, *vide*: Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, cit., pp. 15-19; *Id. Introducción al estudio de la Constitución*, cit., pp. 84-91.



Otra *fuerza del derecho*, tan importante como la formulación de *θέμιστες*, son las decisiones llamadas 'δικαί' que resolvían los conflictos (litigios) en las πόλεις.<sup>25</sup> El conjunto de estos δικαί constituye un cuerpo de opiniones de autoridad a las cuales se les conoce con el nombre colectivo de δίκη. Esta palabra que, gradualmente va a adquirir, conjuntamente con sus expresiones derivadas tales como 'δικαιον' o 'δικαία', las connotaciones de "justicia", cubren, casi en su totalidad, la actividad jurídica griega: particularmente, el campo judicial.<sup>26</sup>

Este derecho positivo, compuesto, como dije, por las *θέμιστες* y las *δικαί* no es creado *stricto sensu*, por todo el cuerpo político, sino por un cuerpo especial de individuos: los δικασπολοι hombres que tienen que pronunciar las *δικαί* preservar las *θέμιστες* confiadas por Zeus. Ellos son generalmente βασιλέως ο γέροντες. Sólo ellos preservan el derecho; lo hacen a través de su conocimiento de la tradición y de la sabiduría jurídica acumulada. Por ello están investidos de poder para pronunciar *θέμις*. Ahora bien, aquellos que llevan al *άγορά* una reclamación tienen necesariamente que aceptar (no explicitar ni justificar) que los pronunciamientos de los δικασπολοι son *θέμις* (ο δίκη) es decir, derecho positivo. Los procedimientos de creación del derecho (las "fuentes" del derecho) se aceptaban sin exponer las razones de su aceptación, sin cuestionar su validez, cada vez que se iniciaba la disputa (pacífica y pública) de una controversia. "En lo que a la adhesión a las *formas establecidas* se refiere —señala G.M. Calhoun— la práctica jurídica tenía que ser exactamente igual a la de cualquier orden jurídico moderno."<sup>27</sup>

En la Atenas anterior a Solón los procedimientos (y, consecuentemente, la labor del jurista) era altamente formalizada. Los litigantes en el *άγορά* tenían que *jurar*, sometiéndose a un ritual. La función de los jueces era declarar un victorioso, de acuerdo con las reglas de una "justa", de una "contienda". Esto era δικαί. La función de juzgar no es *reconocer* un derecho subjetivo. La sentencia no es sino el medio de terminar un pleito. De esta forma cada δικαί otorga simplemente una preferencia a favor de un litigante; preferencia que no implica un derecho subjetivo de la parte ganadora que preceda la declaración del juez.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Cfr. Harrison, A. R., *The Law of Athens, cit.*, t. II, pp. 64 y ss.

<sup>26</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to the Greek Legal Science, cit.* p. 9.

<sup>27</sup> *Introduction to the Greek Legal Science, cit.*, p. 10. *Vide supra*, pp. 148-150.

<sup>28</sup> Cfr. Harrison, A. R., *The Law of Athens, cit.*, t. II, pp. 70-71. *Vide supra: Excursus I: El proceso jurisdiccional.* De ahí el significado original de la palabra 'δίκη', el cual no es 'senda' ('path boundary mark'); significado que corresponde

El conocimiento de las *θέμιστες* y de las reglas formuladas en las *δικαι* constituían una tradición muy bien determinada, la cual era transmitida de generación en generación. El aprendizaje se hacía justamente en el *ἀγορά*, ahí donde tenían lugar los pronunciamientos, ahí donde se decidían las controversias. No hay indicios de que su conocimiento fuera un secreto profesional como lo fue en cierto tiempo en Roma.<sup>29</sup>

El derecho positivo comprendía el conjunto de *θέμιστες* y *δικαι*. No había huella de algo que pudiera parecerse a una legislación. Sin embargo, los intentos por racionalizar la actividad jurídica dio origen al establecimiento de *precedentes*, los cuales, al ser mencionados, y seguidos, se convirtieron en reglas a las cuales se esperaba normalmente observar y aplicar. Estas reglas, cuyo número tendía a incrementarse constantemente, eran determinadas mediante formulaciones explícitas.<sup>30</sup>

La selección de las disposiciones del derecho griego era llevada a cabo por aquellos que se ocupaban de él. Toda costumbre establecida en el *ἀγορά* por el βασιλεύς o por los γέροντες y toda regla establecida en un *δικαι* (reconocida como precedente) constituyen las prescripciones de las que se ocupan los *δικασπολοι*.

La aceptación no explicitada de estas disposiciones por parte de los *δικασπολοι* se debe a causas más o menos eulogísticas e irracionales.<sup>31</sup>

### 3. El pensamiento jurídico bajo la aristocracia

En la época histórica las *θέμιστες* para entonces denominadas 'θεσμος' ya no las dirige el "cabeza natural" de una comunidad a un grupo homogéneo de hombres libres, sino las dirigen gobernantes a súbditos. Las decisiones (*δικαι*) pronunciadas por los miembros del consejo en litigios dentro de la *πόλις* son decisiones de un *poder soberano*. Ciertamente, el derecho (en el sentido que no es resultado de un proceso legislativo) sigue aún siendo derecho consuetudinario. Pero ha llegado a ser, desde el punto de vista de sus formalidades, más derecho.<sup>32</sup> Sus instancias de creación y aplicación son más *centralizadas*.

al grupo de ideas que entienden el mundo como un universo ordenado donde los dioses, los hombres y los objetos naturales tenían, cada uno, su porción alícuota y cuyos límites están asigados por Δίση. (Cfr. Harrison, A. R. W., *The Law of Athens*, cit., t. II, p. 70, nota 4.)

<sup>29</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., pp. 10-11.

<sup>30</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., p. 14.

<sup>31</sup> Sobre el carácter eulogístico de 'δικαια', vide: Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., pp. 84-85, cfr. *ibid.*, pp. 85 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to the Greek Legal Science*, cit., p. 16.

El derecho consuetudinario tiene ciertamente un comienzo, quizás recién. No obstante, el derecho consuetudinario tiende a ser considerado,

El incremento del poder político del gobernante hizo que el conocimiento y la exposición del derecho se convirtieran en monopolio de una clase hereditaria de funcionarios. Los *δικασπολοι*, que en otras condiciones hubieran podido evolucionar en un cuerpo profesional de jurisperitos, fueron sustituidos por magistrados cuyas obligaciones e intereses eran predominantemente políticos. Esto sugiere un retroceso de la dogmática jurídica, los intérpretes del derecho no son escogidos teniendo en cuenta su conocimiento del derecho o su habilidad o justicia que muestran en su aplicación, sino principalmente por su influencia política y su habilidad administrativa. Aquellos que tienen la custodia e interpretación del derecho van a utilizarlo, principalmente como instrumento de acción política.

#### 4. El derecho legislado

moto y obscuro, pero inevitablemente sometido al cambio y a la evolución aquellos a quienes rige, como si fuera absoluto e inmutable. Sin embargo, el derecho consuetudinario es, en realidad, el que los custodios hereditarios determinan.<sup>33</sup> En esta forma no es una exageración decir que el derecho consuetudinario de la *πόλις* era consciente o intencionalmente cambiado o adicionado.

Los nuevos o importantes principios establecidos por los *δικαστοῦ*, los jueces, eran concebidos como algo existente. En efecto, *θέμις* es lo que ya existe y *δίκη* es una decisión que sigue la forma en que decidían los padres. He ahí un elemento nuevo enmascarado con el aspecto de la antigüedad.<sup>34</sup>

Así aparece la idea de que los jueces únicamente aplican un derecho dado de antemano. Cada decisión o *θέμις* se encuentra previamente establecida. Ellos no hacen sino aplicarla. Según esta idea los jueces no introducen elementos nuevos ni modifican los existentes, sin embargo,

El profesor Calhoun, a mi juicio, erróneamente sostiene que el proceso jurisdiccional surge el arbitraje. *Vide*, en contra *Excursus I: El proceso jurisdiccional*.

<sup>33</sup> Sobre el derecho consuetudinario, *vide*: Tamayo y Salmorán, Rolando, "el derecho consuetudinario y la Constitución", en Tamayo y Salmorán, Rolando (Ed.), *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977, pp. 164-168.

<sup>34</sup> *Cfr.* Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, *cit.*, p. 22.

esta idea está contradicha por los hechos. ¿Es esta una característica de la dogmática jurídica?

Con los primeros códigos los griegos no intentaban cambiar el derecho sino, por el contrario, trataban de impedir su modificación mediante aplicaciones erróneas o distorsiones.<sup>35</sup>

Ésta debió haber sido la intención de Dracon al exhibir sus leyes en la plaza pública. Con los primeros códigos comienza un largo proceso que habría de culminar en un sistema de derecho legislado bastante desarrollado. La aparición de la legislación trae como consecuencia importante que la custodia del derecho consuetudinario no es más monopolio de las clases gobernantes (eupátridas). Ciertamente, esto no resulta del hecho de ser escrito, ni porque éste fuera novedoso. La legislación, en un principio, compilaba el derecho consuetudinario, derecho conocido por los primeros "legisladores". Ciertos registros y récords, fueron hechos ya por los *θεσμοθέτης*. Tales textos habían sido sólo accesibles a los magistrados aristócratas mientras que el código de Dracon fue exhibido en la plaza pública. La difusión del conocimiento jurídico entre súbditos, adquiere especial significado en la historia del pensamiento jurídico. La legislación gradualmente transformó la esotérica sabiduría jurídica de la aristocracia en una "dogmática jurídica".<sup>36</sup> De hecho, el comienzo de la interpretación jurídica parece haber seguido inmediatamente la publicación del derecho en forma escrita. Solón dejó Atenas después de establecer su código porque sintió que sus leyes en tanto que escritas deberían ser aplicadas por los atenienses y no por el legislador en persona.<sup>37</sup> Con la introducción de la democracia el sistema judicial, tuvo que ser, en principio, drásticamente modificado y continuamente adaptado. Las instituciones y las concepciones jurídicas cambiaron radicalmente en menos de un siglo. En la madurez de la democracia la *fuerza del derecho* reconocida era la decisión del pueblo (asamblea) expresada en *νόμος* y *ψήφισμα* (legislación y decretos).<sup>38</sup> Desde que Clisthenes confió el poder del gobierno a una asamblea de ciudadanos,

<sup>35</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 23; Cfr. Guthrie, W. K. C., *History of Greek Philosophy*, cit., t. III, pp. 55-134.

<sup>36</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 22-25.

<sup>37</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 26.

<sup>38</sup> Siempre y cuando fuera posible aplicar a estos fenómenos, conceptos propios de la dogmática moderna. Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, "Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y la tradición judicial del *Common Law*", cit., pp. 357-358; Paoli, U. E., "Nomothetai" en *Nuevo digesto italiano*, Torino, UTET, 1939, vol. VIII, p. 1049; Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1972, p. 31.

existía entre los atenienses un conocimiento general de su derecho. A este respecto, es bastante significativo el hecho de que los profesores de retórica dieran por supuesto el conocimiento del derecho. Es característico del sistema ateniense obligar al ciudadano a realizar continuamente tareas de naturaleza jurídica. En esta forma adquirirían un considerable conocimiento práctico del derecho. No es exagerado decir, como lo hace Calhoun, que la mayoría de los ciudadanos atenienses estaban sometidos a un continuo proceso de educación jurídica a través de toda su vida.<sup>39</sup>

En el siglo v, el sistema judicial griego era bastante sofisticado. Es claro que este complicado sistema judicial no hubiera podido trabajar satisfactoriamente —como fue el caso—, si la gran mayoría de los δικαστοῦ (jueces) no hubieran adquirido, durante sus largos años de funciones ciudadanas, un adecuado conocimiento del derecho y habilidad en su aplicación. No obstante, este conocimiento general del derecho —resultado de la idea que de la democracia tenían los griegos—, hubo, además, un conocimiento jurídico especializado, superior al promedio del que tenían los δικαστοῦ. Los individuos que poseían dicha habilidad constituían una clase de versados en derecho. Entre ellos, se encuentra el experimentado litigante, el hábil abogado, el λογογράφος (que escribía discursos para los litigantes), el profesor de oratoria forense, etcétera.<sup>40</sup>

Entre los más famosos de estos expertos en derecho, se encontraban Demóstenes, Lysias, Iseus, Antiphon, Isócrates, etcétera. Todos ellos litigantes, λογογράφου, abogados y profesores de retórica forense.

Los hombres que combinaban el conocimiento jurídico con la habilidad y la experiencia en el alegato judicial, eran requeridos como συνήγορου (abogados). El principio fundamental en el sistema procesal de Atenas, era el de la comparecencia de las partes. Sin embargo, en ocasiones excepcionales les era permitido recurrir a un abogado. En el tiempo en que la oratoria forense adquirió auge extraordinario, se hubiera podido esperar el advenimiento de una clase de abogados que prestaran sus servicios por un honorario (como llegaría a suceder en Roma, no obstante, la prohibición de pago de honorarios). Pero el ateniense desconfiaba del experto en derecho; la opinión pública de Atenas, firmemente desaprobaba la abogacía profesional de paga. Si bien es cierto que esta desconfianza se debía, en parte, a que el conocimiento del derecho y la destreza en el aprovechamiento de las oportunidades

<sup>39</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, pp. 30-33.

<sup>40</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, pp. 37-39.

ofrecidas por el enjuiciamiento ateniense, fueron frecuentemente usadas para trampas y chantajes, también lo es que esta circunstancia obedecía, en realidad, a causas más profundas. La antipatía hacia el experto en derecho —principal obstáculo para el desarrollo de una profesionalización jurídica— no es, como pudiera pensarse, un mero desencanto y reprobación a posibles trampas y chantajes o miedo a la monopolización del conocimiento jurídico o del poder político,<sup>41</sup> sino es resultado de la concepción griega de las funciones ciudadanas, el litigio era una de ellas. El litigio para los atenienses era una cuestión de honor, un enfrentamiento ante el público para “hacer justicia”. Los tribunales eran el escenario donde se repartían bienes y honores de conformidad al derecho de la comunidad.

En los tribunales, como en cualquier cuerpo político, los ciudadanos deben participar de igual a igual. Existía, así, una predisposición a favor del *amateur* en contra del experto. Este prejuicio no es un fenómeno aislado, sino una manifestación de la predilección general por el individuo profano, el ciudadano promedio. La ciudadanía, como la magistratura, es una función pública. La necesaria participación de los individuos en las funciones públicas se evidencia en el uso del sorteo más que en la elección, en la rotación de los mandatos, en los periodos cortos de estos últimos, en la amplia composición de los tribunales y de los cuerpos deliberativos, etcétera. Estos esfuerzos tradujeron en hechos el ideal griego de la participación directa de todos los ciudadanos en todas las funciones gubernamentales. El sistema ateniense con los hábitos políticos y los sentimientos que engendraba, impidió la formación de una nobleza, de una burocracia, de un clero profesional; pero, también, impidió la profesionalización de la abogacía.<sup>42</sup>

### 5. Enseñanza del derecho

La enseñanza del derecho a aquellos que deseaban ser *λογογράφου*, *συνήγορου* o simplemente, aprender la técnica del litigio, no se encontraba organizada. El individuo cuyo interés era la carrera forense, tenía que aprovechar cada oportunidad, a la que todo ciudadano se encontraba expuesto, de adquirir conocimientos y experiencia. Asistiría a las sesiones de la Asamblea durante la revisión de las leyes o bien cuando se ventilara alguna cuestión judicial importante. Sería especta-

<sup>41</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 42-46.

<sup>42</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 48-49.

dor en los tribunales de los *δικαστοῦ*, escucharía atentamente los argumentos de los litigantes y abogados; frecuentaría las discusiones de los magistrados. Finalmente, formaría parte de los grupos informales que en las cercanías del *ἀγορά* dedicaban su tiempo a discutir problemas forenses o a escuchar discursos o lecturas. En estos grupos se discutía de litigio, de política y de retórica forense. De estos grupos había muchos en Atenas.<sup>43</sup>

De manera general, puede decirse que la formación de un versado en derecho es sustancialmente la formación que corresponde a la de un estadista o político. El elemento dominante es la retórica. Ahora bien, los asuntos jurídicos y la oratoria forense se asemejan considerablemente. No hay que olvidar que la retórica empezó en los tribunales y tiene como primer objetivo ganar procesos judiciales. La instrucción de elocuencia forense pudo haberse combinado con alocuciones en público, formulación de alegatos y práctica, dando por supuesto el conocimiento del derecho positivo.<sup>44</sup>

## 6. El periodo helénico

Incuestionablemente, la gran época creativa de Grecia en materia de derecho, como en otros campos de la actividad humana, alcanzó su clímax en el tiempo de la democracia ateniense. Existe, por tanto, una tentación natural a concebir el periodo siguiente como una época de declinamiento y regresión. Lo fue en ciertos aspectos, pero, fue, también, una época de expansión, de ajuste y de combinación de ideas y prácticas jurídicas de varios Estados helénicos.

Según el profesor Calhoun este periodo puede ser convenientemente estudiado bajo dos perspectivas: 1) el pensamiento jurídico de Atenas y 2) la difusión y amalgamamiento del derecho helénico. Atenas, después de la derrota de Chaeronea, no sufre cambios sustanciales. No existe una reorganización profunda de la maquinaria gubernamental ni tampoco abrogación de disposiciones jurídicas. La mayoría de los funcionarios jurídicos mantienen sus cargos y el derecho aplicable es básicamente el derecho promulgado en la época de la democracia. Sin embargo, bajo esta nueva circunstancia aparecen diferencias que tuvieron que conducir eventualmente a cambios sustanciales. Bajo la guía macedónica existe una persistente tendencia a alejarse del principio de la par-

<sup>43</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, pp. 45-46.

<sup>44</sup> Cfr. Calhoun, G. M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, p. 46.

ticipación directa del ciudadano en la administración de justicia. Esto condujo a la concentración de las actividades jurídicas en manos de una minoría. Afirma Calhoun que el impacto de este cambio estuvo amortiguado por la ficción jurídica que producía una deificación del emperador o del rey.<sup>45</sup>

Cuando la democracia ateniense confió la aplicación del derecho directamente a los ciudadanos, el resultado inevitable fue la amplia dissemination del conocimiento jurídico y una general adquisición de habilidad jurídica práctica. Bajo el sistema político y judicial de la Atenas posterior se produjo una tendencia creciente en la dirección opuesta. El particular tenía que ver cada vez menos con el derecho; de éste se ocupaban únicamente los magistrados. Esto significó una mayor diferenciación entre el lego y el experto. Esta situación se evidencia por la considerable importancia de la retórica y por la aparición de la palabra 'πρωματικός' la cual, *inter alia*, no está lejos del significado de 'jurista'.

Durante este periodo surge la legislación de Demetrios de Phalerum. Demetrio había sido discípulo de Teofrasto (sus trabajos sobre derecho, comparables a los estudios que Aristóteles realizó sobre el gobierno, permiten considerarlo como el fundador de la jurisprudencia comparada).

Dice Calhoun que la revisión del derecho ateniense que llevó a cabo Demetrio en su calidad de νομοθετης se basaba en la filosofía política de los peripatéticos y parecía haber sido tomada de extensas colecciones de textos jurídicos hechos por Teofrasto para sus estudios comparativos. El hecho de que la legislación de Demetrio se mantuviera vigente por un periodo muy largo y la estima que alcanza Demetrio en autores posteriores, indica que su trabajo no estuvo desprovisto de influencia sobre el curso del pensamiento jurídico ateniense.<sup>46</sup>

Fuera del área de la cultura griega clásica, en los nuevos reinos helénicos establecidos por las conquistas de Alejandro, existió una fuerte tendencia a concentrar las actividades jurídicas en manos de un pequeño grupo. El hecho dominante era el poder real: constituía la suprema autoridad política y la última sanción del derecho. Un factor de enorme importancia lo constituyó la fundación de ciudades griegas en los reinos helénicos; pobladas por emigrantes de todo el mundo helé-

<sup>45</sup> Sobre el periodo helénico puede verse: Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., pp. 94-97.

<sup>46</sup> Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., p. 52.



nico. De la misma manera en que este movimiento produjo un lenguaje común por la fusión de varios dialectos griegos y creó una cultura helénística cosmopolita, en el dominio del derecho se produjo una fusión de ideas y prácticas jurídicas derivadas de varias ciudades-estado. Los complejos problemas inherentes a la aplicación de este sistema jurídico ecléctico se complicaba más por el hecho de que este sistema se encontraba superpuesto a otro, el cual continuaba aplicándose a las poblaciones autóctonas. Tal situación, con sus ilimitadas posibilidades de conflictos de normas y jurisdicciones, parecería constituir el paraíso de un jurista, el *medium optimum* para el crecimiento de una judicatura erudita y una desarrollada profesión jurídica. Sin embargo, existe poca información específica sobre expertos jurídicos o sobre una ciencia jurídica.<sup>47</sup>

La probabilidad de que una clase profesional de consejeros jurídicos o abogados se haya desarrollado en este periodo únicamente es respaldado por consideraciones muy generales, tales como la complejidad del derecho, la variedad y dificultad de cuestiones jurídicas, la tendencia de burocratización judicial y el uso abundante de documentos y archivos. Todo esto, en efecto, crea la fuerte probabilidad de que el hombre común no estaba calificado para participar directamente en la administración del derecho ni de conducir su propio caso ante un tribunal. Por otro lado, la importancia continuada de la enseñanza retórica es una buena evidencia de que la educación jurídica práctica se mantenía en este periodo. Los tratados de retórica de la época contienen mucho material jurídico y el mantenimiento de esta tradición no puede ser puesto en duda.

El experimento ateniense, tan importante como pueda ser, no pudo haber tenido gran efecto sobre la evolución jurídica general. Ciertamente, una gran cantidad de derecho ático pudo penetrar en los códigos panelénicos de las monarquías. Sin embargo, la diseminación popular del conocimiento jurídico que se observa en Atenas en la época de la democracia fue sólo un momento en un largo periodo de historia. Los tribunales de los ptolomeos y seleucidas se mantuvieron más en la tradición aristocrática. La contribución de Atenas al derecho, hay que buscarla principalmente en su lado teórico, en el trabajo de los filósofos y en la influencia que ejercieron sobre los juristas romanos.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, pp. 53-54.

<sup>48</sup> Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, p. 56.

### 7. La literatura jurídica griega

Normalmente, el historiador que va tras la búsqueda del pensamiento jurídico encuentra su material en la literatura jurídica, *i.e.* en los escritos de los juristas. Si la literatura jurídica la constituyen los escritos de los juristas, entonces es claro que, en este sentido, no existe literatura jurídica griega. No obstante, ideas íntimamente relacionadas con la teoría y la práctica jurídica se encuentran en la demás literatura. Los comienzos de la filosofía y la historia entre los griegos es tan tardía como la legislación de Solón. No hay efectiva preocupación con problemas jurídicos, en sentido estricto, sino hasta que la democracia ateniense alcanza su madurez.<sup>49</sup>

La primera especialización clara en ciencia jurídica y en filosofía del derecho aparece con los estudios de Aristóteles y Teofrasto. En el aspecto teórico, los estudios jurídicos griegos se mantuvieron como un departamento de la filosofía; en cuanto a su aspecto práctico, éstos estaban comprendidos por la retórica.<sup>50</sup>

Según el profesor G. M. Calhoun los escritos jurídicos prácticos los constituyen los manuales de retórica. La retórica comenzó como una disciplina formal a mediados del siglo v en las ciudades de Sicilia donde el cambio de gobiernos autocráticos a sistemas democráticos, con asambleas y tribunales populares crearon un ambiente favorable para el desarrollo de la elocuencia forense. Las revoluciones democráticas fueron seguidas por innumerables demandas para la restitución de derechos. Los tribunales fueron inundados de procesos los cuales, frecuentemente, eran de extrema dificultad jurídica. El ciudadano promedio se encontraba desprovisto de conocimiento y experiencia para una adecuada presentación de su caso. Por ello, parece haber habido una inmediata exigencia de cierto tipo de adiestramiento en la conducción práctica del litigio. Este entrenamiento fue rápidamente ofrecido por Corax y su discípulo Tisias. Según Calhoun, Corax y Tisias establecieron las primeras escuelas prácticas para litigantes y abogados y fueron ellos los que compusieron los primeros manuales.<sup>51</sup> Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, parece un inicio muy tenue; sin embargo, contiene el germen de un desarrollo que no está desprovisto de importancia. La influencia de Corax y Tisias es clara en los trabajos de adiestramiento

<sup>49</sup> Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, pp. 57-58.

<sup>50</sup> Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, p. 58.

<sup>51</sup> Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, p. 59.

jurídico práctico en Atenas y los escritos que compusieron para la instrucción constituyeron los primeros "libros de derecho". La "biblioteca" de los litigantes o abogados se componía de los manuales del maestro de retórica; de sus colecciones de "lugares comunes" —incluyendo un arsenal de *exordia* y *perorationes*—, de una selección de sus discursos, posiblemente con algunos discursos de otros oradores o retóricos que existían como modelos. Sus "códigos", como indiqué anteriormente, los encontraban expuestos en piedra, cerca del asiento de los tribunales. Ciertamente, las piezas oratorias son discursos; pero, jurídicamente, son más que eso. Los argumentos fueron cuidadosamente escogidos por personas cuya profesión era la instrucción práctica para la actuación procesal y eran considerados como fuente de conocimiento jurídico. A este respecto señala Calhoun que los trabajos de los oradores áticos tienen que ser considerados como constituyendo una literatura jurídica cuya autoridad necesita ser ponderada en cualquier estudio de la ciencia jurídica griega.<sup>52</sup>

En cuanto a una literatura filosófica del derecho, cabe señalar que el análisis de los conceptos jurídicos no estuvo desconectado de la actividad moralizadora de los primeros poetas. Pero estas reflexiones se presentan con toda nitidez hasta el siglo v. La cantidad de fragmentos en el que se hace referencia a la justicia y al derecho revela un conocimiento general sobre el derecho y los medios de su aplicación y sugiere considerable interés en varios de los problemas que el derecho implica. El interés por las cuestiones jurídicas se manifiesta de manera persistente. Hacia el fin del siglo v, señala Calhoun, Demócrito muestra qué tanto lugar tenía el derecho en la mente de los griegos que usa la sorprendente figura de un proceso que es iniciado por el cuerpo en contra del alma bajo el cargo de abuso del derecho. Un tratado anónimo llamado *anonimus de iamblichus*,<sup>53</sup> probablemente compuesto hacia el final del siglo v, contiene argumentos sorprendentes sobre el derecho como un instrumento político y social; el derecho establece y mantiene a los hombres juntos, unidos en *πόλεις*. Sin embargo, no existe evidencia de ningún intento por definir conceptos jurídicos y crear, de esta manera, una ciencia del derecho.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 60-62.

<sup>53</sup> Sobre el *anonimus*, vide Guthrie, W.K.C., *History of Greek Philosophy*, t. II, pp. 71-74 y 314-315. Sobre la sofística griega, vide Guthrie, W.K.C., *History of Greek Philosophy*, t. III, pp. 27-54; Dumont, J.P., *Les sophistes*, París, Presses Universitaires de France, 1969; Jaeger, Werner W., *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

<sup>54</sup> Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 63 y ss.

Durante este periodo existe la tendencia de revestir las teorías con reconstrucciones históricas que encuentran el origen del derecho en una especie de contrato social. También surge la tendencia de concebir al derecho un mandato divino. En ambos casos el derecho y la justicia son considerados los fundamentos del arte político el cual hace posible el establecimiento y mantenimiento de las πόλεις.<sup>55</sup>

En el siglo v aparece, también, la literatura utópica. En ella se otorga enorme atención e interés a problemas conectados con la promulgación y aplicación del derecho. Todas esas ideas y muchas otras estuvieron en constante fermentación. En Jenofonte, por ejemplo, encontramos, dice Calhoun, una clara descripción del derecho positivo.<sup>56</sup> El *Minos*, a su vez, es una exposición de la doctrina del derecho natural.<sup>57</sup>

Durante la primera mitad del siglo iv, Platón es la figura dominante de la filosofía griega. Sin embargo, pocos son los diálogos que se dedican enteramente a problemas conectados con la naturaleza y funciones del derecho. El *Critón*, *La república* y *Las leyes* son, sin duda, los de más interés para el jurista. En el *Critón*, según Calhoun, Platón intenta definir los derechos y las obligaciones de un individuo en relación con el Estado. Afirma Calhoun que la conclusión del *Critón* es que el derecho y el Estado son supremos y que el individuo no está autorizado a resistirlo por procedimientos extrajurídicos. Sobre *La república* dice Calhoun que aunque constituye el prototipo de muchas otras utopías, no es una utopía, estrictamente hablando. En *La república* Platón intenta formular una definición de justicia. El puente entre la especulación ética y metafísica de *La república* y el punto de vista práctico representado en el *Critón*, lo encuentra Calhoun en *Las leyes*. Aunque únicamente una parte comparativamente pequeña del diálogo se dedica a problemas considerados como objeto específico de la ciencia de la jurisprudencia, contiene ideas muy importantes sobre las funciones y la aplicación del derecho.

Para G. M. Calhoun el "Estado ideal" platónico se deriva fundamentalmente de los derechos e instituciones positivas áticas y dóricas. El tratado de *Las leyes* muestra un mayor conocimiento del derecho y un mayor interés en la ciencia jurídica que lo que se observa en los

<sup>55</sup> Cfr. Guthrie, W.K.C., *History of Greek Philosophy*, cit., t. III, pp. 60-84.

<sup>56</sup> *Memorabilia*, I, 2, 40, 6.

<sup>57</sup> Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science*, cit., pp. 67-68. Sobre los seguidores de *Physis*. Vide Guthrie, W.K.C., *History of Greek Philosophy*, cit., t. III, pp. 85 y ss.

diálogos anteriores. Dice el profesor Calhoun que la enorme atención que otorga Platón a los problemas jurídicos en sus últimos años puede verse en la erudición jurídica de sus discípulos (Aristónimos, Menedemus, Aristóteles, etcétera).<sup>58</sup>

La contribución de Aristóteles a la ciencia jurídica fue más en la tradición de *Las leyes* que en el de *La república*; en la investigación del derecho existente, más que en la definición y análisis de conceptos jurídicos. Aunque Aristóteles no llegó a considerar a la ciencia jurídica como una disciplina independiente separada de la política, estuvo muy consciente de su importancia. En los escritos de Aristóteles los temas que son el objeto propio de una ciencia de la jurisprudencia se encuentran en una posición subordinada. Esto no significa que Aristóteles conceda poca importancia al sistema jurídico; más bien, Aristóteles presupone el conocimiento del derecho tanto sustantivo como procesal.<sup>59</sup> El conocimiento de Aristóteles sobre el derecho y su historia, así como su interés por problemas jurídicos, se perciben fácilmente en la descripción sistemática de la *Constitución de Atenas*.<sup>60</sup> En la que, Aristóteles pone mucho énfasis en el análisis de las funciones judiciales y de las diferentes jurisdicciones. Igualmente en la *Retórica* se abordan cantidad de conceptos jurídicos de importancia fundamental.

Fue Teofrasto, discípulo de Aristóteles, a quien le corresponde el mérito de haber producido el primer tratado especializado en materia de derecho. Su famoso trabajo: *Las leyes*, comprendía veinticuatro libros que trataban sobre el derecho y las instituciones jurídicas. Su desaparición constituye una pérdida irreparable (sólo quedan alrededor de treinta fragmentos).<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, pp. 69-70.

<sup>59</sup> Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, pp. 70-73.

<sup>60</sup> Sobre la *Constitución de Atenas*, vide Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución, cit.*, pp. 20-31.

<sup>61</sup> Cfr. Calhoun, G.M., *Introduction to Greek Legal Science, cit.*, p. 73.