

Dura lex sed lex. Interpretación a la luz del ius certum en el derecho romano clásico*

Bertha Alicia Ramírez Arce**

RESUMEN: *En la presente investigación abordaremos al ius certum como circunstancia misma de sujeción del juzgador romano al precepto normativo, destacando las diferencias en cuanto a la interpretación y finalidad del ius, al resolver el conflicto. En contraposición con el del derecho moderno y la noción del principio de legalidad jurídica como base del ius positivismo.*

En este ejercicio se evidenciará que la frase dura lex sed lex, enarbolada por los iuspositivistas como fundamento de la exégesis misma, es producto de una equívoca interpretación de lo expresado por Ulpiano en el Digesto.

Concluyendo que el principio de certeza jurídica ius certum, ha sido parte del modelo romanista en armonía y coherencia con el ius, contrario al principio de legalidad que otorga preeminencia al contenido gramatical de la norma, aun en contravención de la justicia y equidad.

Palabras clave: *Certeza jurídica, ius certum, interpretación, verba, sententia.*

ABSTRACT: *In the present investigation we will approach to ius certum like same circumstance of subjection of the Roman juzgador to the normative rule, emphasizing the differences as far as the interpretation and purpose of ius, when solving the conflict. In contrast with the one of the modern right and the notion of the principle of legal legality as it bases of ius positivismo. In this exercise it will be demonstrated that the phrase lasts lex thirst lex, hoisted by the iuspositivistas like foundation of the same exégesis, is product of an ambiguous interpretation of the expressed thing by Ulpiano in the Digesto.*

Concluding that the principle of legal certainty ius certum, has been part of the romanista model in harmony and coherence with ius, in opposition to the legality principle that preeminence to the grammar content of the norm grants, even in disobedience of justice and fairness.

Key words: *Legal certainty, ius certum, interpretation, verba, sententia.*

* Artículo recibido el 10 de febrero de 2012 y aceptado para su publicación el 2 de abril de 2012.

** Maestra en Derecho Constitucional y Juicio de Amparo. Docente de tiempo completo de la Facultad de Derecho e Investigadora del Seminario de Derecho Romano y Derechos Indígenas de la Universidad Veracruzana.

SUMARIO. 1. Planteamiento. 2. El valor del Derecho Romano. 3. La interpretación y aplicación de la norma. 4. El *ius certum* en el modelo romanista clásico. 5. *Dura lex sed lex*, interpretación original. Bibliografía.

1. Planteamiento

El objetivo del presente artículo es destacar algunos aspectos que desde la romanística moderna podrían coadyuvar en el debate y discusión del tema, el principio de legalidad o certeza jurídica en la noción moderna del derecho, tomando como base la tesis postulada por Guzmán Brito, acerca de la significación entre *verba* (palabras) y *sententia* (sentido).

Cuando la norma es aplicada por el juzgador, éste tendrá que realizar un ejercicio interpretativo, interpretación que plantea una discusión central, exégesis o hermenéutica.

En este sentido y en congruencia con la experiencia romanista, expondremos al *ius certum* como la vis interpretativa en el acto de aplicación de la ley; contrario a la noción moderna, que postula al principio de legalidad o certeza jurídica, como el apego a la literalidad de la norma, presupuesto obligado del positivismo.

Por tanto, el propósito es traer a cuenta argumentos que nos permitan sostener que el *ius certum*, existió para los romanos en los términos que los jurisconsultos Paulo y Neracio expresan en el Digesto, contrario a lo que lo que los iuspositivistas modernos han interpretado de la máxima *dura lex sed lex*, como se demostrará a continuación.

2. El valor del Derecho Romano

De manera general cuando nos referimos a la grandeza del desarrollo del derecho romano, el consenso en la actual romanística moderna ha sido atribuir tal circunstancia a la labor jurisprudencial, no obstante, a decir de Ihering “Por muchas palabras que se empleen en encomiar las excelencias de los jurisconsultos romanos, una sola las resume todas. Basta decir: eran grandes maestros.”.¹

¹ IHERING, Rudolf V., *El espíritu del derecho romano*, Volumen 1, Biblioteca de derecho romano, Oxford, México, 2001, p.13.

Ihering refiere que sólo dos autores han tratado de profundizar el problema del valor del derecho romano: Savigny y Stahl.

Para Savigny, el método de los jurisconsultos romanos, es lo que determina su importancia. Afirma que: “Los excelentes principios del derecho romano, dice, son de un carácter tan general, que el buen sentido, haciendo abstracción de toda educación jurídica, bastaría para hallarlos fácilmente, pero este débil resultado no merece la pena de llamar en nuestro auxilio leyes y jurisconsultos de hace dos mil años”.²

Savigny sostiene que el valor del derecho romano, parte del hecho de no haber distinción entre la teoría y la práctica, es decir, la elaboración científica ennoblece siempre su práctica, por tanto afirma “que el valor material del derecho romano está en el carácter magistral de aquel método jurídico”.³

En este sentido Ihering critica a Savigny, señalando: “No se debe olvidar que por muy instructivo que para el aprendiz sea ver trabajar en el taller a su maestro, en la obra acabada de éste es donde encuentra el genio el artista.”⁴

Asimismo, explica que: el método jurídico, no es, la destreza o el virtuosismo para la aplicación de aquello que existe; como lo sostiene Savigny, postulando por su parte, que la fuerza intelectual que caracteriza la grandeza del derecho romano, no se funda exclusivamente en un elemento de pura forma, o en el tecnicismo del derecho sino que:

...aparece tanto en la legislación como en la jurisprudencia, obra en el conjunto y la realización de casos prácticos lo mismo que en la construcción de las fórmulas teóricas, y ejerce su influjo así en la intervención y en la transformación de los preceptos jurídicos como en la manera de aplicarse éstos. Ojo perspicaz de todo aquello que es necesario en la vida, mano segura y diestra en la elección de los medios, oído atento a las exigencias de la justicia y de la equidad, ánimo para resistir a las seducciones de la lógica cuando ésta llega a estar en contradicción con los intereses reales, son cualidades no menos importantes que el espíritu puramente analítico de los jurisconsultos y, si se me permite la expresión, que su habilidad manual operatoria.⁵

Por su parte Stahl, para determinar el valor del derecho romano, señala que “lo encuentra en el signo característico de la preeminencia de ese derecho en la

² *Ídem*, pp. 13-14. Ihering parafraseando a Savigny.

³ SAVIGNY, citado por IHERING, Rudolf V. *Op. Cit.*, p. 14

⁴ *Ídem*, p.14.

⁵ *Ibidem*, p.15

organización de las instituciones y no en la habilidad técnica de los jurisconsultos clásicos".⁶

Ihering, en este sentido sostiene que la tesis de las relaciones jurídicas que postula Stahl no es suficiente para comprender la esencia del derecho romano ni para justificar su valor. Por lo que afirma:

Para juzgar el derecho romano no basta dedicarse a sus disposiciones concretas, sino que es preciso considerarlas en su engranaje y en sus principios mismos, para lo que nos veremos obligados a hacer abstracciones. En lugar de la lente microscópica necesitaremos, si se me perdona la comparación, el telescopio; es decir, que en vez de entregarnos a un examen limitado, a la forma como se trasmite el derecho romano, escritos, opiniones, variantes, etc., deberemos emprender el de la historia natural del *derecho en general*.⁷

Y en este sentido Ihering, con plena conciencia de la magnitud de tal empresa, y de las limitaciones de la doctrina del derecho natural, que serviría de medida para medir un derecho particular (derecho romano), señala que es a través del método de la exposición histórica del derecho, como se podrá generar la ocasión de apreciar el valor del derecho romano. Siempre y cuando éste método responda cabalmente a la doble noción de historia y de derecho.⁸

A medida que la doctrina de la historia natural del derecho se perfeccione por medio de la filosofía y del derecho comparado, que se enriquezca con ideas nuevas y con nuevos aspectos, la noción de la genuina esencia del derecho romano será más vasta.⁹

Es en el sendero de este propósito, considero, que la tesis expuesta por Guzmán Brito, en la obra *Historia de la Interpretación de las Normas en el Derecho Romano*, se revela como una contribución magnífica que proporciona argumentos científicos que orientan a la comprensión y valor del derecho romano.

El método de exposición coincide con el sugerido por Ihering, respondiendo a la doble noción de desarrollo histórico y de derecho, circunstancia que nos lleva a ponderar la obra del Profesor Guzmán como una aportación inmejorable a la romanística moderna.

3. La Interpretación y aplicación de la norma

⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁷ *Ibidem* p. 17.

⁸ *Ibidem* pp. 15-18.

⁹ *Ibidem* p. 18.

Sin que el presente trabajo pretenda abordar el vasto tema de la interpretación. Iniciaremos con la casuística como práctica de los juristas romanos y particularmente las prácticas interpretativas, como Guzmán Brito propone a la luz de: la gramática, dialéctica y retórica.¹⁰

Guzmán Brito, considera que el desarrollo del derecho romano fue tarea de juristas, que hicieron uso de la disciplina filosófica por excelencia, la dialéctica.

Nuestro autor concibe a la dialéctica, como “el bien pensar en un discurso breve y dialogado”, a diferencia de la retórica que la define como “el bien pensar en un discurso unilateral y continuado”. Señala que es la *tópica*, la técnica de la invención o hallazgo de argumentos a partir de una pregunta o problema que plantea la realidad (de un conflicto, en el caso del derecho).¹¹

Habrá que puntualizar que esta afirmación encuentra su fundamento en un profundo y especial estudio que el Profesor Guzmán, realiza titulado *Dialéctica y Retórica, en los “Topica” de Cicerón*, en el que explica, que partiendo del concepto fundamental de la *ratio (diligens) disserendi* “método de razonar” en el que Cicerón encuentra dos partes: una *pars inveniendi* y una *pars iudicandi*.¹²

Ratio disserendi: Aristóteles (*topiké*) *pars inveniendi*; y por otro lado Aristóteles-estoicos (*dialektiké*) *pars iudicandi*. Haciendo notar la ausencia de la retórica.

Cicerón como se ha dicho, distingue en el interior de la *ratio disserendi* (lógica- método de razonar), una *pars iudicandi*, que llama *dialektiké* y otra *pars inveniendi*, que llama *topiké*.¹³

La dialéctica, explica Guzmán Brito, es el recurso que lleva a dar a las palabras un sentido más amplio del originario, permitiendo comprender la forma

¹⁰ Ver GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la Interpretación de las Normas en el Derecho Romano*, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereira, Santiago, 2000.

¹¹ Ver BARROS BOURIE, Enrique, *La interpretación en el Derecho Romano: El predominio del sentido*, (Comentario del libro de Alejandro Guzmán Brito, *Historia de la Interpretación de las Normas en el Derecho Romano*, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereira, Santiago, 2000.) Consultable en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 No. 4, pp. 803-812, Sección Bibliografía.

¹² Ver GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Dialéctica y Retórica. En los ‘Tópica’ de Cicerón”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Historia del Pensamiento Jurídico y Político*, XXXII, Valparaíso, Chile, 2010, pp.161-195.

¹³ *Ídem*.

de pensar que subyace al paulatino proceso de generalización de las reglas sobre la base de este recurso, es decir en la práctica del ejercicio interpretativo.¹⁴

Por otro lado, nos queda la práctica de la interpretación gramatical, que para nuestra investigación resulta ser medular, se pretende observar a la luz del modelo romanista, es decir a la luz de un derecho cuyo horizonte interpretativo es la *ratio* (fin).

Ahora bien, en cuanto a la interpretación gramatical Guzmán Brito, muestra la distinción entre *verba* (palabras) y *sententia* (sentido), y destaca el valor que los juristas romanos otorgaron al caso de la sentencia.

Señala en primer término que la sola distinción entre *verba* y *sententia* “demuestra que el sentido de las palabras no configura, al menos necesariamente, a la sentencia normativa; de lo contrario, la dicotomía no hubiera existido”.¹⁵

Afirma que la contraposición *verba-sententia*, implica la posibilidad de congruencia e incongruencia entre ambos elementos y de que entre estas la preeminencia esté en la *sententia*, lo cual implica que la norma siempre tendrá que ser objeto de una interpretación, por que con solo entender los *verba* no se capta la *sententia* de la norma.¹⁶

4. El *ius certum* en el modelo romanista clásico

Con relación al *ius certum*, corresponde señalar que en roma existió el derecho especial, que establece que no deberán indagarse las razones cuando el caso ha sido constituido por el derecho, esto es, cuando las reglas no respondan a una estructura normativa de la propia realidad¹⁷, porque si así fuera se subvierte la certeza. Se trata del *ius singulare*, denominado por Paulo (D.1.3.16).

16. PAULUS libro singulari de iure singulari. – *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium* 16. PAULO; De los derechos especiales, libro único. – *Derecho singular es aquel, que contra el tenor de la razón ha sido introducido con autoridad de los que lo*

¹⁴ Ver BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 804

¹⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la Interpretación de las Normas en el Derecho Romano*, *Op. Cit.*, Capítulo IV, p. 167.

¹⁶ *Ibidem*, p.173.

¹⁷ DI PIETRO, Alfredo, “*Ius Certum y Certeza Jurídica, Verba Iustitia*”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año IV, núm.7, Buenos Aires, 1998.

introducitur est.

establecen, por causa de alguna utilidad particular.

Asimismo, encontramos que el mismo Paulo, refiere la existencia de una interpretación cierta, que evite la alteración de aquello que coherente con el derecho y su *ratio* confiera certeza a la práctica (D.1.3.23.).

23. PAULUS libro IV. ad Plautium. – 23. PAULO; Comentarios á Plaucio, libro Minime sunt mutanda, quae IV. – En manera ninguna deben alterarse interprationem certam semper habuerunt. las cosas, que siempre tuvieron interpretación cierta.

En este mismo sentido Neracio. (D.1.3.21.)

21. NERATIUS libro VI. Membranarum. – 21. NERACIO; Notas, libro VI. – Y por lo Et ideo rationes eorum, quae tanto, no conviene que se inquietan los constituuntur, inquirinon oportet; fundamentos de lo que se constituye; de alioquin multa ex his, quae certa sunt, otro modo, se subvierten muchas cosas de subvertuntur. las que son ciertas.

Esta citas nos revelan que el principio de certeza jurídica no era desconocido por los jurisconsultos romanos, más aún nos confirma su aplicación en el hecho mismo de la formulación de la regla singular.

5. Dura lex sed lex, interpretación original

Corresponde ahora citar y analizar un caso concreto a la luz de la orientación de la regla singular de Paulo y Neracio, lo que nos develará el sentido original de la máxima *dura lex sed lex* y confirmará nuestra hipótesis acerca del *ius certum*.

D.40.9.12 pr. Ulpiano. De los adulterios.- Proveyó el legislador a que por medio de la manumisión no fuesen substraídos los esclavos al tormento; y por esto prohibió que fuesen ellos manumitidos, y prefijó cierto término dentro del cual no fuera lícito manumitirlos.

1. Así, pues, a la que se divorció se le prohíbe que manumita o enajene a ningún esclavo suyo, por que la letra dice así, que no puede manumitir o enajenar ni aún ciertamente al esclavo que estuvo fuera del servicio de esta mujer, o en el campo, o en una provincia; lo que ciertamente es muy duro, pero así está escrita la ley.

1. Ipsa igitur, quae divertit, omnes omnimodo servos sous manumittere vel alienare prohibetur, qui ita verba faciunt, ut ne eum quidem servum, qui extra ministerium eius mulieris fuit vel in agro, vel in provincia, possit manumittere vel alienare ; quod quidem perquam durum est , sed ita lex scripta est.

Fue sobre la base de esta frase *durum est, sed ita lex scripta est*, que se le atribuye a Ulpiano, el conocido aforismo “*dura lex sed lex*”, “la ley es dura pero es la ley”, y se enarbola como premisa fundamental de los *iuspositivistas* y fundamento interpretativo de la noción actual del principio de certeza jurídica o legalidad.

No obstante, como podemos observar en este pasaje del Digesto, se observa un ejemplo de una disposición restrictiva para los casos de manumisión, que de realizarse generaría como consecuencia sustraer a un esclavo del tormento, lo cual, representa un caso de excepción, y que el ejercicio interpretativo es según su *sententia* evitar el incumplimiento de la ley, acotando la prohibición a un cierto termino.

En el siguiente párrafo aparece el caso concreto, “la que se divorció” se le prohíbe manumisión o venta, incluso en el supuesto “de aquél esclavo que hubiera estado fuera de su servicio”, y concluye Ulpiano: “lo que ciertamente es muy duro, pero así está escrita la ley”, argumento que pretende salvaguardar el sentido de la ley y su *utilitas*.

Considero que recordar la diferencia que, Paulo expresa en D.1.3.29. Entre lo que significa “contravenir la ley” y “obrar en fraude”, sería de gran utilidad a nuestro análisis.

29. IDEM <i>libro singulari ad legem Cinciam</i> (3). – Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, (4) qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.	29. EL MISMO; <i>Comentarios á la ley de Cincia, libro único</i> . – Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; y en fraude, el que salvadas las palabras de la ley elude su sentido.
--	--

Finalmente considero que este caso práctico, es un ejemplo del *ius singulare* de Paulo, ya que la interpretación *de sus verba* (palabras), es evitar la subversión de aquello que resulta interpretativamente cierto.

Por tanto podremos concluir que el *ius certum* para los romanos, es orientador del ejercicio práctico de interpretación de la ley,¹⁸ otorgando entre *verba*

¹⁸ En este sentido ver estudios relacionados, RAMIREZ ARCE, Bertha A., *Los principios Generales del Derecho en el Constitucionalismo Mexicano Contemporáneo. Garantismo y Justicia a la luz del modelo ius-romanista*. Tesis para obtener el grado de Maestría, Universidad de Xalapa, México, 2009.

_____, *Los principios generales del derecho. Reflexiones a partir del pensamiento romanista, en torno a la necesidad de su aplicación en el sistema jurídico mexicano*, Ponencia presentada en el XVI

y *sententia* preeminencia a esta última, en sentido general; y de manera particular a partir del (*ius singulare*) intenta restringir la vulneración de aquello que ha gozado *per se* de una interpretación cierta, es decir, salvaguardar la *ratio* que subyace en la literalidad misma de la ley: la *equitas*, o *utilitas*.

Bibliografía

Corpus iuris civilis

- BARROS BOURIE, Enrique, "La interpretación en el Derecho Romano: El predominio del sentido, (Comentario del libro de Alejandro Guzmán Brito, Historia de la Interpretación de la Normas en el Derecho Romano)", Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereira, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 No. 4, Sección Bibliografía, Santiago, 2000.
- DI PIETRO, Alfredo, "Ius Certum y Certeza Jurídica, Verba Iustitia", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año IV, núm.7, Buenos Aires, 1998.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Tomo I, Jurídica de Chile, Chile, 1997.
- _____, "Dialéctica y Retórica. En los 'Tópica' de Cicerón", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Sección Historia del Pensamiento Jurídico y Político, XXXII, Valparaíso, Chile, 2010.
- _____, *El juez entre la equidad y la ley. Un estudio histórico-dogmático*, Jurídica de Chile, Chile, 2005.
- _____, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pereyra, Santiago de Chile, 2000.
- IHERING, Rudolf V., *El espíritu del derecho romano*, Volumen 1, Biblioteca de derecho romano, Oxford, México, 2001.
- RAMIREZ ARCE, Bertha A., *Los principios Generales del Derecho en el Constitucionalismo Mexicano Contemporáneo. Garantismo y Justicia a la luz del modelo ius-romanista*. Tesis para obtener el grado de Maestría, Universidad de Xalapa, México, 2009.
- _____, *Los principios generales del derecho. Reflexiones a partir del pensamiento romanista, en torno a la necesidad de su aplicación en el sistema jurídico mexicano*, Ponencia presentada en el XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, celebrado en San José, Costa Rica, Universidad Interamericana y Universidad de Costa Rica, 2008.