

“LO SUYO” Y EL CONCEPTO DE JUSTICIA

► JOSÉ DE JESÚS LEDESMA URIBE

· Doctor en Derecho Romano y Derechos del Medio Oriente en la Universidad de Roma Italia. Académico de la Facultad de Derecho de la UNAM.

1. Recordar en este punto la importancia que revisten las circunstancias en el pensamiento de Ortega y Gasset para entender al “yo”, y siguiendo a su discípula María Zambrano, el yo lo es, a pesar de sus propias circunstancias. Mientras el pensador contempla al yo de manera más estática, Zambrano acude al poder creativo, aun por sobre las citadas circunstancias.
2. Atender al art.1 de nuestra Constitución que se refiere a los derechos humanos reconocidos por ella y por nuestros tratados internacionales. Ha habido grande pensadores en la materia, contamos con los griegos presocráticos, como Anaximandro, Heráclito y Pitágoras; después Platón, especialmente, en el diálogo de la “República o lo justo”; Aristóteles, en el libro V de la *Ética a Nicómaco*. Por su parte, Tomás de Aquino le dedica a la justicia 23 cuestiones de la Ila-IIae, de la 57 a la 79 en la Suma Teológica. Ya en este siglo, Kelsen, Rawls, Ricoeur, Nozick, Atienza y otros muchos. Puede verse de Ruiz Rodríguez, pp. 143-144.
3. Es evidente que en última instancia el propio derecho subjetivo se finca en la realidad personal y en las necesidades correspondientes. Pero si buscamos en estricto sentido gramatical el primitivo de derecho, nos daremos cuenta de que se trata de una posición geométrica, sin que el significante respectivo se asocie con el vocablo *ius*. Desde luego que el significado es el mismo en las dos palabras, ya relacionado con nuestra ciencia. Ciertamente, el poder legítimo de acción u omisión que es el derecho subjetivo se sustenta en la realidad, la de la misma persona y la de su comunidad en el más vasto sentido. Por ello puede sostenerse con la misma energía y convicción, que todo se apoya en lo justo objetivo, no visto sólo como norma, sino como realidad compleja de persona y circunstancias de donde habrá de emanar la formulación normativa.

En estos tiempos que corren, especialmente con el auge de los derechos humanos, no es posible sensatamente desconocer la naturaleza humana como fuente generadora de exigencias normativas. Es cierto, también, que es preciso acudir al hecho de la realidad, como llamaba la atención el positivismo en todas sus variantes.

Sin duda una de las riquezas que aporta el positivismo dentro de su reduccionismo limitador y excluyente, es colocar la atención en el hecho social. Esto es en sí muy valioso porque dicho hecho corresponde al *corpus* de la relación, pero no podemos prescindir de la valoración, el *animus* que insufla vida y sentido al fenómeno social y que se inserta en la intencionalidad de la persona, al menos en los hechos sociales voluntarios.

De ese modo, lo normativo viene a ser una resultante de la confrontación de la necesidad ética de la persona humana con su entorno.¹

La síntesis que media entre estas dos realidades es atendida por la ciencia jurídica en sus respectivos enunciados acerca de la naturaleza del derecho subjetivo y las fuentes reales de la normatividad misma.

En una sana síntesis que por su propia contextura es analógica, se combinan esos dos enunciados para determinar la idea y la realidad de “lo suyo” de cada uno. Es, pues, natural que lo suyo de cada uno sea una noción variable por su objeto, a partir de ciertos mínimos intocables.²

La indagación acerca de la analogía siempre es de gran utilidad por su aplicación. Es que el concepto mismo de derecho es de carácter analógico. Su propia polisemia nos muestra significados que se encuentran referidos y enlazados. Considero que el analogado primero, o analogado príncipe, en el concepto de derecho es el poder de exigencia que corresponde al sujeto activo de la relación jurídica. Por ello, el orden jurídico se connota más como la atribución de lo que es debido, que no sólo como una normatividad fundante.³

Empero el llamado derecho subjetivo se sustenta en la realidad objetiva tal cual es. Ya que esta realidad es cambiante, la teoría jurídica acude

a las fuentes del derecho y a las formas de extinción de la relación jurídica. De esa manera, el orden normativo va tras de la realidad y la asume. En otros términos, la realidad social y la normatividad corren paralelas, pero es el orden normativo el que debe ajustarse a la primera.

Precisamente, por lo anterior, continúa siendo de primera importancia la temática de las fuentes del derecho. Justamente a esto se debe que el jurista, y desde luego el moralista, deben estar empapados de lo que ocurre en la vida social. De manera tradicional se ha aceptado que la sociología es un ingrediente primario del jurista. Sin tener la medida y la razón de lo “que es”, no se puede ni entender ni fundar “lo que debe ser”. Por ello no hay falacia alguna entre los dos niveles, del ser y del deber, al contrario, se coordinan y complementan.

El deber ser es el mismo ser en desarrollo que va tras su realización, el ser en movimiento ascendente. Pero cuando no se realiza el deber, el ser se detiene y puede llegar a frustrarse, incluso a desaparecer.

Debemos notar que la vida comunitaria, entendida como vocación de ser y de hacer, está inscrita en la naturaleza racional. La persona está llamada a vivir en unión de otros seres y a establecer con ellos diversas y variadísimas relaciones. La persona humana es, en sí misma, una tensión hacia otros seres racionales, es vida comunitaria en acción y pasión.

También, la persona humana es respecto de sus semejantes, análoga, se destacan sus diferencias, por ello decimos, con toda razón, que no hay dos personas iguales, pero, al mismo tiempo, es de milenario abolengo referirse a “mi semejante” a “mi prójimo”.⁴

No únicamente se trata de participar en una misma comunidad de género, sino de complementarse, ya que la persona, por su propia indigencia e imperfección, necesita del otro desde su misma concepción.

En el empleo de esa analogía se aplica lo similar, que es una ingeniosa combinación de lo diferente con lo idéntico, eso es justamente la analogía.

Nos recuerda Lucas, en Ev. 10, 25-37, que dialogando el experto en la ley con Jesús, pregunta aquél: ¿Y quién es mi prójimo? Jesús respondió: “Bajaba un hombre de Jerusalén a Jericó, y cayó en manos de unos ladrones. Le quitaron la ropa, lo golpearon y se fueron, dejándolo medio muerto. Resulta que viajaba por el mismo camino un sacerdote, quien, al verlo, se desvió y siguió de largo. Así también llegó a aquel lugar un levita y, al verlo, también se desvió y siguió de largo. Pero un samaritano que iba de viaje llegó hasta donde estaba el hombre y, viéndolo, se compadeció de él. Se acercó, le curó las heridas con vino y aceite, y se las vendó. Luego lo montó sobre su propia cabalgadura, lo llevó a un alojamiento y lo cuidó. Al día siguiente, sacó dos monedas de plata y se las dio al dueño alojamiento: Cuídamelo, le dijo, y lo que gaste Usted de más, se lo pagaré cuando yo vuelva. ¿Cuál de estos tres piensas que demostró ser el prójimo del que cayó en manos de los ladrones? El que se compadeció de él, respondió el experto en la ley”.

Prójimo es mi análogo que como tal debe ser impelido a participar de la vivencia ajena, más cuando se trata de necesidad, que no tanto cuando

4. El prójimo es mi próximo pero entendido por comunidad de naturaleza, no sólo por cercanía física. El concepto de prójimo es central en el pensamiento hebreo pero se universaliza, esto es, se ecumeniza con las enseñanzas del evangelio, sale así del estrecho mundo hebreo para comprender a toda la humanidad. A este propósito es fundamental la parábola del buen samaritano. Se puede decir que toda la historia del derecho es una lucha constante por afirmar lo suyo de cada uno. Esa es también la historia de la lucha diaria que se realiza en todo el universo del derecho a través del juzgador, la determinación efectiva de lo suyo. Lo más importante es afirmar lo suyo en el terreno de las acciones, ese es el paradigma de un verdadero derecho.

es de gozo.

Compadecerse del otro es una de las grandes puertas de ingreso a los actos virtuosos. La empatía hacia el necesitado constituye un impulso fundamental para hacer el bien.⁵ Precisamente el prójimo lo es porque de forma moral está a mi lado, es el otro con cuya conjunción se construye la idea del “nos-otros”. En cierto modo despierto a la idea de que el otro es parte de mí. Brota así la conciencia de comunidad que está llamada a generar una genuina hermandad entre todo el género humano. Es aquí donde reside el paradigma de la moral social y, por consiguiente, del derecho.

Bajo la sombra de una empatía bien fincada, el orden jurídico queda en reserva para casos de duda o fractura.

La empatía es una experiencia cognitiva que coloca en la conciencia el dato del otro en su vivencia como originaria y que mueve a la voluntad del cognoscente para llegar habitualmente a un movimiento de simpatía que impele a alegrarse o a socorrer, según se trate de la alegría o del pesar ajeno, respectivamente. Por ello, la empatía es conocimiento del otro en mí. De este modo, sólo la simpatía nos mueve a ser solidarios. Es precisamente en esa dinámica de empatía-simpatía que desde la conciencia se mueve la voluntad para participar por reflejo de una vivencia ajena, por ende, como se afirmó, no originaria, pero que se hace propia.⁶

Uno de los mayores asombros que experimenta el niño cuando, abriendo los ojos va conociendo su entorno es, desde luego, el hallazgo del otro como yo, que, sin embargo, no es yo mismo. Habitualmente se trata de la madre, pero poco a poco el horizonte personal del pequeño va creciendo y así se adquiere la conciencia enorme y, a la vez, intensa de comunidad.

Clavada en la esencia de la conciencia personal, está la noción de oportunidad. Todo lo que la vida nos ofrezca con sólo estirar el brazo es un don. Poco a poco la persona despierta a la noción de creaturidad y va tratando de ganar lo que le es preciso y posible. De este modo se va tejiendo el ser personal con el tener. Este es el terreno propio de lo suyo.

Como se aprecia desde el punto de vista de este escrito, nos estamos refiriendo a tres grandes capítulos de la teoría del derecho: la persona, el objeto y el mismo ser de la justicia.

La noción de prójimo que deriva de *proximus* es la piedra basilar de todas las ciencias normativas.⁷ Ahí radica precisamente la dignidad de la persona humana entendida como supremacía que está presente por causa de la racionalidad. Dignidad alude por ello a “altura”, que exige un trato efectivo que sea congruente con esa misma eminencia. Se busca cumplir con el merecimiento mínimo que deriva de la grandeza personal. Por ello, reconocer al prójimo y sus derechos es un acto de tributo a la verdad que debe hacerse acción consciente. Téngase en cuenta que la dignidad personal no depende de ser reconocida, sino que es previa y acompaña al propio ser personal a lo largo de toda su existencia.

De lo anterior, se desprende una idea de respeto y, a la vez, de promoción de la misma persona. Y es justamente en el “otro” en donde, desde

5. Parece que desde el punto de vista psicológico, compadecerse está en relación con el grado de identificación que se produzca entre las dos personas. Justamente, el amor se sustenta sobre la misma vivencia. A la experiencia cognitiva, sucede el movimiento consciente, que es el producto directo e intencionado de la misma emoción.

6. En términos modernos, el origen de estos estudios radica en el formidable libro de Max Scheler: *esencia y formas de la simpatía*. Este autor fue quien propuso a Edith Stein que dedicara su tesis doctoral dirigida por Husserl para ahondar en las aguas de la empatía. La filósofa alcanzó resultados muy interesantes que dejaron en claro el impulso cognoscitivo de la empatía para mover, a su vez, a la simpatía que es propiamente “sentir juntos”. No puede omitirse que Theodor Lipps, 1851-1914, había ya formulado la teoría de la empatía estética para adentrarse en la cuestión del aprecio y disfrute de la obra de arte. Lo entiende como un proceso de afinidad entre sujeto y objeto y en un sentido más trascendente entre el autor de la obra de arte y el intérprete. Esto abrió grandes e importantes rutas a la hermenéutica como comprensión del texto. Tenemos en consideración que “el otro”, debe ser entendido como un texto, de acuerdo con Levinas, a partir de su rostro. El otro sufriente es mi análogo en estado de necesidad al que debo socorrer para restaurar el orden cósmico. De ese modo, sembraré la semilla, legitimidad para ser socorrido en caso recíproco. Estamos en presencia de la llamada “regla de oro”.

7. Etimológicamente, el vocablo se forma del prefijo *pro*, que denota dirección, y del sufijo *ximus*, que añade a cercanía. Se trata de un cultismo de la lengua que a partir de la literatura hebrea se esparce por todo el mundo. Basta aludir a las disciplinas que preceptúan lo que debe ser para disponer de un catálogo primario de las ciencias normativas: la moral en sus diferentes manifestaciones, la religión, el derecho, la política...

un punto de vista comunitario, los valores, particularmente la justicia y la caridad, encuentran su razón cimentadora.

Debe apreciarse el tipo variadísimo de necesidades que se plantean para que la persona reciba su propia complementación en la misma vida comunitaria.

Entendemos que “lo suyo” de cada uno de los sujetos jurídicos del universo del derecho, incluye un componente claramente analógico, ya que lo de cada uno es proporcional, como se afirmó arriba.⁸ Esto quiere decir, como se expresa a menudo, que la justicia clama por soluciones semejantes para casos semejantes. Sabemos bien que analogía es “según proporción”. Esto corresponde a un aspecto cuantitativo y a otro cualitativo. Veamos cada uno y después su forma de integrarse.

Ante todo está lo que me corresponde por naturaleza, lo que soy; de lo que me corresponde por convención, lo que he contratado.

Por lo pronto, hay que traer a colación, precisamente en este sitio, lo que se afirma con frecuencia: Mi derecho comienza donde acaba el de los demás. Existe, pues, una correlatividad, una reciprocidad que legitima al reclamante en la medida en que cumple con lo que a él, por su parte, le incumbe. Aquí reside la razón suficiente para demandar el cumplimiento de mi derecho, es decir, la correspondiente legitimidad.⁹

Es cierto que ya encontramos desde nuestra Constitución política alusión directa a la proporción. El artículo 22 establece como derecho para los gobernados que, en caso necesario, la pena sea proporcional al delito que sanciona y al bien jurídico tutelado que fue agredido.¹⁰

La proporción es, por su propia esencia, una relación de similares entre cantidades, se trata de un *quantum*, como cuando se van determinando las porciones hereditarias en la sucesión por causa de muerte, en cumplimiento de lo dispuesto por la ley. Recordemos el caso del cónyuge sobreviviente que concurre con hijos. Se determina que en el supuesto de separación de bienes, dicho consorte supérstite herede la porción que corresponda a un hijo si carece de bienes propios y, en caso de tener un patrimonio inferior a la porción de un hijo, sólo heredará la cantidad necesaria para igualarla. Estamos refiriendo el artículo 1624 del Código Civil Federal, que alude a la sucesión intestamentaria. Empero, la aplicación cuantitativa de la proporción ofrece ejemplos continuos dentro de un catálogo inagotable en todos y cada uno de los ámbitos del derecho.

Pero en la proporción también está presente un aspecto modelador de ella, que es de índole cualitativa. Estamos así en presencia de que al titular del derecho subjetivo se le reconozca en el más cabal sentido de la expresión, precisamente aquello que le es debido. Véase que ya en el viejo derecho civil romano se conocían los derechos irrenunciables y, además, que el deudor debía satisfacer en el acto del pago, lo que adeudaba y no otra cosa, salvo que, por disposición legal o acuerdo expreso de las partes, se conviniera lo contrario, configurándose así la dación en pago.¹¹

Es esta una cuestión fundamental que debemos despejar antes de proseguir nuestro camino. Pero antes de aproximarnos a la rica y multifacética experiencia de los juristas romanos, dejamos claro de qué modo

8. Por lo mismo, solemos decir que es lo que le corresponde. Es justamente en la idea de correspondencia donde reside esa atribución proporcional.

9. Ya en el derecho clásico de los romanos, se perdía el derecho de crédito si se hacía fuerza sobre el deudor para tratar de obtener satisfacción.

10. Entre otra de las aplicaciones de esta noción tan íntimamente unida a la de derecho, encontramos la representación proporcional.

11. Nos referimos al principio de la exactitud material en el pago, elemento fundamental de su validez, dado que se trata del objeto jurídico que es debido. De esa manera se garantiza al propio acreedor la mejor posibilidad de ser satisfecho conforme con el objeto adeudado. Desde ahora importa notar que la proporción tiene también un aspecto cualitativo que está presente en este caso, aludiendo justamente a lo que debe ser solventado.

se conjugan ordenadamente los aspectos cualitativos con los cuantitativos en la realización de la justicia que opera en gran parte siguiendo el sentido proporcional.

Ya los juristas romanos se ocuparon de construir extensiones por analogía de la persona del acreedor para efectos de reconocer la validez del pago, es decir, para precisar quién debe ser considerado como legítimo beneficiario de la satisfacción debida.

Así, en la solución que propone el derecho objetivo, lo cuantitativo y lo cualitativo se encuentran integrados como en el caso del objeto del pago y sus requisitos de validez.

Un caso por demás interesante en la línea arriba comentada, lo encontramos en el derecho romano clásico, nos lo conservan las fuentes en materia de validez del pago, cuando las fuentes se ocupan del pago que normalmente debe hacerse al acreedor o a su representante. En esta última denominación se incluye al mandatario, al tutor, curador o al procurador, podía tratarse de una persona capaz encargada por el mismo acreedor precisamente de recibir lo debido y después rendirle las cuentas respectivas: *adiectus solutionis causa*. Desde luego el pago es válido y debido cuando se hace también al acreedor solidario.¹²

En la cotidianeidad romana debió presentarse el caso de que el deudor o su representante acudiesen a pagar y en la *domus* del acreedor se encontrara con su *vicarius*, esclavo principal y administrador. Dentro del ámbito de la buena familia, y en apoyo a una apariencia fincada en la realidad, a ese esclavo se pagaba y dicho cumplimiento era considerado válido.¹³ Se trata en palabras del jurista Ulpiano, extraídas de su libro 28 al Edicto, del *servo pecuniis exigendi praeposito*. Más tarde esta disposición ha sido vista como que dicho esclavo fuese una verdadera prolongación del bolsillo de su señor que es el acreedor.¹⁴ De esta manera, se alcanza un buen grado de persuasión en la solución propuesta que, además, abonará con los siglos a favor de la teoría de la apariencia jurídica.

Es muy apreciable admirar de nueva cuenta, en el caso arriba referido, el realismo de los juristas romanos que acuden a explicaciones que pueden parecer infantiles, pero que no lo son. Verdaderamente sustentan sus abstracciones en la experiencia y en la razón. El hecho de que empleen estas metáforas nos dice que buscan ejercer su poder de convencimiento, quizás auto y heteroconvencimiento, que penetra de tal modo en su modo de pensar que, ya con el paso del tiempo, deviene totalmente innecesario.

Resulta que en la medida en que se engrandece la autoridad legislativa del emperador, ya no hace falta justificar con explicaciones persuasivas, sino que basta la sola disposición. Hemos pasado del terreno de la jurisprudencia en un sistema abierto al de ley escrita, integrado con la novedosa idea de la plenitud hermética de la estructura normativa.¹⁵ Lo anterior es de suma importancia si quisiéramos seguir el proceso de formación y majestad de la Ley como expresión típica del derecho.¹⁶

“Lo suyo” ejerce un genuino poder de abstracción centrípeta desde la dignidad humana hasta la satisfacción plena del deber jurídico. En este

12. En caso de solidaridad, también entramos al reino de la proporción.

13. Tengamos presente que el derecho nace de la vida misma y es vida. Los romanos insisten en que brota de las costumbres buenas, en sentido propio: *bonos mores*.

14. D.13.7.11.5. Puede verse Margadant, *Derecho privado romano*, p. 374. Caso muy distinto, aunque también liberatorio, es el del pago hecho a un falso apoderado, si el acreedor había sido el causante del error, creando así la falsa creencia. El falso acreedor comete *furtum*. Esa consideración del vicario como una prolongación del bolsillo del acreedor es a las claras una analogía de atribución que con bastante elocuencia pretende fundar la legitimidad del pago hecho a dicho vicario. Se trata del *servus vicarius* del derecho romano privado. Esta figura pasó al derecho público con gran desarrollo en Roma, C.1.38. y de ahí al derecho medieval y de modo destacado al actual derecho canónico.

15. Lo cual significa que no hay posibilidad de lagunas en la obra escrita, sino que el sistema contenido en la legislación del emperador Justiniano es suficiente para resolver cualquier controversia

16. La majestad de la ley como expresión de la magnificencia del derecho y del poder soberano.

sentido, el deber es en sí, la expresión correlativa, generalmente coactiva, del propio derecho subjetivo.¹⁷

“Lo suyo”, entendieron lo romanos, no puede ser subordinado a las formas estrictas que han sido concebidas por seguridad jurídica y también como resultado del temperamento propio de una época. Lo suyo como concepto, como realidad existencial, es un imperativo supraordinador en nuestra disciplina. Así ocurrió con el llamado principio del acto contrario que postulaba que a la obligación generada por una determinada fuente debía oponerse para validar su disolución, una forma extintiva que desde el punto de vista de su estructura externa, fuera opuesto a aquella fuente. Sólo así, podía entenderse para el *ius civile*, que el vínculo de la obligación hubiese quedado verdaderamente disuelto. De esa manera a una obligación generada “*verbis*”, habría de oponerse la expresión, igualmente verbal del acreedor de haber quedado satisfecho. Dígase lo mismo de la literalidad, la entrega de la cosa y aún de las obligaciones nacidas sólo del consentimiento.¹⁸

El sustento lógico del principio del *contrarius actus*, se entiende, si apreciamos que en una época de rigor en la forma expresiva del consentimiento, la disolución del vínculo obligacional está conectada con la fuente que la originó. Esta especial concepción puede explicarse por la idea de oposición que debía fomentarse y practicarse entre el surgimiento y el perecimiento de la obligación. No lejos de esta explicación reside el cultivo al principio de simetría, que para los romanos de estos tiempos había sido transpuesto de la arquitectura a los terrenos abstractos de la vida del espíritu. Con la vida de este principio, no únicamente se embellece el orden jurídico, sino que queda fortalecido, ya que la “simetría” es en sí misma “igual medida”, por lo que estamos frente a la vida misma de la proporción.

Puede apreciarse que la noción clásica que los juristas romanos forjaron del divorcio está sustentada en la cesación o interrupción de la *affectio maritalis*, cesación que implica y explica el *actus contrarius* en cuanto se le haga saber al otro cónyuge, sea *per litteras* o *per nuntium*, para los efectos del divorcio.¹⁹

Es verdad que en ocasiones la palabra repudio es reservada por los clásicos para aludir al divorcio por voluntad de uno solo de los consortes y divorcio para expresar que ambos desean la disolución del vínculo.²⁰ Empero, en todo caso se aprecia que si el matrimonio romano ha surgido de la *affectio maritalis*, como quedó asentado arriba, y está ha cesado, aún por uno solo de los esposos, se configura el acto contrario a dicho matrimonio *in factum et in fieri*.²¹

En este punto de la presente investigación emerge la cuestión que deseamos comentar. Se trata de la aceptación, que fue una fórmula verbal inversa a las fuentes obligacionales verbales en la cual el deudor interrogaba a su acreedor para que éste le respondiera que se daba por satisfecho de aquello que le debía el primero. Detrás de esta práctica podía haberse dado efectivamente el pago, esto es el acto solutorio, que por lo mismo es satisfactorio para el acreedor o no haberse dado.²²

17. Por ello, nos asombramos de la extinción del derecho y de la obligación, en el caso de confusión de sujetos.

18. D. 50.17.35. Esto incluye, por supuesto, a los contratos innominados que por analogía se asimilan a los reales debido a que el pretor únicamente reconoció dando acción a aquéllos que siendo bilaterales perfectos fueran satisfechos al menos con una de las prestaciones ofrecidas.

19. Por lo mismo, el mutuo disentiendo puede, a falta de acuerdo en contrario como en el caso del plazo; disolver el vínculo. En D. 50.16.101.1, Modestino explica el significado de divorcio. En D. 24.2.2.pr, aprendemos que la estructura de “divorcio” deriva de transitar, ya no por vía común, sino por caminos diferentes, *divertunt*.

20. Ver Gordillo con referencia a las fuentes y a la doctrina romanística en su p. 284. Ya Gayo nos informa en l. 137, que ya desde la época final de la República la mujer tenía la facultad de divorciarse por su solo querer. Sabido es que ya en tiempos posclásicos se emprenderán diferentes medidas para limitar el divorcio en muchas hipótesis sin que éste llegue a desaparecer.

21. Es decir, el matrimonio puede ser visto como en su mismo proceso de formación o a lo largo de su vigencia.

22. Gayo nos informa de la liberación del deudor en los negocios *per aes et libram* y del *nexum*, a través de la *nexi liberatio*.

La observancia del acto contrario, no fue elevado a la categoría de una norma o de un principio general, más bien, se trató de una práctica, especialmente en cuanto abundaron formas de obligarse en época posclásica. En efecto con la difusión venturosa de la acción y de la excepción de dolo desde el S. I. a.C., el *actus contrarius* dejó de ser un requisito indispensable ya que el deudor podía alegar en juicio el dolo de un actor que pretendiera cobrar una prestación ya extinguida jurídicamente sin el cumplimiento preciso de ese acto contrario.

Para romper el rigorismo de ese acto inverso o contrario, los juristas romanos acuden a una solución en la cual se invoca un pago imaginario en el que se hubiese acatado la idea simétrica del acto contrario a la fuente que produjo el nacimiento de la obligación. Se acude a una *imaginaria solutio*. En esta expresión, el adjetivo “imaginaria” significa evocar imágenes, experiencias conocidas, independientemente del objeto presente. Se quiere a todas luces suponer que ha ocurrido lo que la tradición rigorista del *ius civile* imponía, aun sabiendo que no es así.²³ Esto porque se ha entendido que este rigor es innecesario en estricto acomodo con la justicia. La razón se finca en el deseo claro e inequívoco de las partes.²⁴ Debe apreciarse cómo en la evolución del derecho se va sobreponiendo la causa de la obligación y el consentimiento mismo de las partes a los rigores de la forma.

El componente analógico está a la vista. La analogía está presente aquí por un acto de memoria que sabe, retiene y reproduce algo ya experimentado y cuyo solo recuerdo otorga razón suficiente a esta novedad. Ya no es preciso que el pago como acto contrario de la producción de la obligación se cumpla de modo literal. Ahora, basta entender el acuerdo de las partes como sustento suficiente de este cambio disolutorio del vínculo. Gracias a la analogía, la significación de pago es un poco más equívoca sin apartarse de su significado propio. Se ha logrado no restringir la idea jurídica de solución del vínculo a su literalidad. Se busca evitar el univocismo, ya que no permitiría comprender otras hipótesis, tampoco disolverla en una equivocidad pervertidora que destruya la idea de satisfacción del acreedor. He aquí, los principales textos jurídicos que encontramos al respecto.

Veamos: Gayo nos conserva pistas que permiten asegurar la claridad de la figura, I. 3. 169. D.46.4.16 pr. La *acceptilatio* vale también para formalizar la extinción de obligaciones que han sido remitidas. Gayo mismo nos recuerda en 3.170. que si las obligaciones que quieren extinguirse proceden de causas no sólo verbales, era posible llevar a cabo una previa estipulación novatoria que las transfunda en una obligación verbal cancelable por medio de la propia aceptación.²⁵

Por otra parte, la anterior exigencia, pero también posibilidad que nos transmite Gayo, permite entender los esfuerzos que en plena época clásica hacía la jurisprudencia romana por quebrar los residuos del formalismo aún subsistente. Lo importante es reconocer cómo se va afirmando la voluntad de las partes que responde a la realidad convencional y jurídica. Aquí es donde emerge con fuerza y claridad “lo suyo”, que des-

23. Ver, particularmente, Aristóteles, *De anima* III, 3 y de modo especial III, 428b, b26. La imaginación por sus componentes intelectuales es menos precisa que cuando es vista, empero, gracias a que fue vista es posible imaginarla. Como fenómeno humano, lo imaginario acude en parte a la realidad conocida que el sujeto reelabora gracias a su creatividad. Los romanos fueron especialmente creativos en atención a su temperamento activo e inclinado a lo pragmático.

24. Ya en el derecho romano tardío esta voluntad se reconoce y bajo algunas restricciones resulta generadora de deberes exigibles, como en el caso de los contratos innominados.

25. Ver, también, D. 2.15.4. e I, de Justiniano, 3.29.2. Gordillo Montesinos, p.694. Debe tenerse presente que la *acceptilatio* no admite término ni condición. D.12.15.4. Si dicha aceptación es inválida por razones formales puede valer como mero pacto de remisión, D.2.14.27.9. El mismo *Digesto* nos recuerda que la mujer siendo acreedora no puede válidamente extinguir una deuda sin la *auctoritas* de su tutor, D.46.4.2. En cambio, el pupilo que es deudor no necesita tal autorización para ser liberado por su acreedor. En la propuesta gayana todavía relumbra la vigencia del acto contrario como legitimador de la disolución del vínculo.

de las fuentes reales, el propio orden normativo, no sólo reconoce, sino que garantiza a través de su técnica. De ese modo queda claro que el derecho tutelador del valor justicia y pertenencia se acomoda a tal realidad y coloca su instrumental a tal servicio. De ese modo, lo expresa con claridad y también con elegancia D. 50.17. 1.

Así, podemos apreciar como, por su parte, el código civil de Puebla ha aprovechado la experiencia habida en el derecho romano al establecer en su artículo 3115 que es hijo póstumo: I El nacido después de la muerte del testador y II “El nacido en vida de su padre o de su madre después de que aquél o ésta hayan otorgado testamento”. De este modo, el legislador poblano aplica la analogía de proporción para reconocer el derecho del hijo. No se trata en la fracción II en rigor, de un póstumo, ya que ha nacido estando vivo su progenitor o progenitora, empero se ha tomado en consideración la fecha de otorgamiento del testamento.²⁶ Éste queda sin efecto por caducidad siguiendo lo dispuesto por el numeral siguiente y, de esa manera, se abre la sucesión “*ab intestato*”.

El lenguaje jurídico ha ampliado su propia semántica a partir de la ley romana Junia Vellea del año 28, capítulo Primus. La posterioridad que aquí es importante tener en cuenta para proteger “**lo suyo**” es la fecha de la suscripción del testamento ya no sólo el momento del nacimiento del descendiente. El orden normativo presume de modo irrefutable el error del testador al no haber previsto el advenimiento del hijo, por ello, dispone la apertura de la sucesión intestamentaria.²⁷

Como se aprecia natural en esta disposición que crean los póstumos *velleianos*, el hijo sobrevive al progenitor, cuyo testamento pierde su validez y así se abre la sucesión legítima con todo el comedimiento para los derechos plenos del hijo.

La gran aportación del estoicismo romano fue haber universalizado la “justa razón” que el viejo Heráclito reducía a los límites de la polis.²⁸ Cicerón, el mejor y más original difusor de la *Stoa*, sostiene que la ley no puede derivar su obligatoriedad sino del derecho natural y a partir de entonces toda la jurisprudencia romana va a asumir la pretensión, no sólo de estar formulando derecho romano, sino derecho.²⁹

Se anota que ha sido rica e insustituible la aportación del positivismo, especialmente del neopositivismo lógico, que ofrece gran riqueza con su giro hermenéutico para encontrar una noción actualizada de derecho natural que sustente correctamente los derechos humanos. Corral ha expresado que el “derecho natural constituye el saber filosófico e inmutable de lo mutable”.³⁰ Se produce, por tanto, una sinergia, un verdadero compuesto entre las dos corrientes; una emana de la historia, es mutable y ve hacia la realización del derecho como vida efectiva;³¹ la otra, inspira con la fuerza de la razón, las orientaciones que no se proponen sólo al grupo comunitario para su subsistencia y desarrollo, sino que la racionalidad humana las impone. De esta combinación, por demás humana, surge algo mestizo,³² que es el derecho en cuanto tal, referido a un contexto preciso. De ese modo, la historia jurídica ha contribuido desde su percepción singular al entendimiento de lo variable y la filosofía asume razones,

26. Testamento que no fue revocado, pues en tal caso ya no lo sería.

27. Debe apreciarse el corrimiento de las fechas concepción del hijo---nacimiento, hacia, otorgamiento del testamento no concebido aún el hijo--- concepción y nacimiento del hijo---muerte del testador. Ahí estriba la analogía. El fundamento de esta solución aparece ya en las Leyes de las XII Tablas, al establecer el carácter de *heres sui*.

28. Ver Gómez Robledo, p.87.

29. Asegura Cicerón que la Ley no es sino la recta razón derivada del pensamiento de los dioses Philip. XI, 28. Más tarde Lactancio, y especialmente la Escuela Patrística, seguirán con gran riqueza sobre la misma línea.

30. Ver esta voz en el *Diccionario de derecho canónico* citado.

31. Es muy interesante que algunos juristas, cual es el caso de Villoro Toranzo, en su *Introducción al derecho*, emplean la expresión “derecho muerto” para aludir a las normas vigentes que son general o continuamente descatadas. Esta analogía de atribución que se hace hacia el derecho es oportuna, rica y precisa en el decir. De esa manera se logra evadir la antiquísima expresión introducida por Calcidio de *ius positum*, derecho positivo. Puede consultarse del autor de este escrito *El cristianismo en el derecho romano*. Ver el inciso relativo al lenguaje analógico del derecho.

32. El tema de lo mestizo ha atraído de modo muy cundo la atención de Beuchot desde su hermenéutica analógica.

explicaciones y comprensiones de orden permanente.

Este mestizaje contiene en sí, como dice Gómez Robledo: la simbiosis entre la filosofía y el derecho.³³ Ya en el pensamiento de Cicerón se encuentran todos los elementos con los cuales Sto. Tomás formulará su definición de la Ley.

En el seno de ese orden permanente palpita el sentido de la justicia distributiva a fin de que, como explica el predicador,³⁴ "... no se trata de que los demás vivan tranquilos mientras ustedes están sufriendo. Se trata más bien de aplicar durante nuestra vida una medida justa, ya que así la abundancia de ustedes remediará las carencias de ellos, y ellos, por su parte, los socorrerán a ustedes en sus necesidades... "Y ahí precisamente es donde podemos degustar el sentido analógico y distributivo de la sabiduría cósmica. Agrega en el mismo sitio Pablo de Tarso: "Al que recogía mucho, nada le sobraba; al que recogía poco, nada le faltaba."

Si nos adentramos más aún en las honduras de "lo suyo", podemos apreciar que ahí se encuentra la idea de un orden universal de ajustamiento de la misma realidad del cosmos, particularmente del cosmos personal. Se aprecia, por lo mismo, un nexo inescindible entre las exigencias de la justicia sin calificativos y la actualización de lo suyo de cada uno. Es esa, la exigencia implacable de la misma realidad ontológica de la persona. Veamos enseguida de qué manera la proporcionalidad se desprende inexorablemente del ser personal.

En primer lugar, lo suyo, se refiere a la estructura integral misma de la persona, a su ser y a sus derechos. Pero lo suyo incumbe también a las pertenencias en el sentido más amplio del término, esto es a los "teneres". En esta visual sigue sirviendo, y mucho, lo que con gran profundidad ha enseñado Gabriel Marcel respecto del ser y el tener. Como escribimos arriba, dentro de los dos ámbitos se inscribe con diversa intensidad lo suyo.

Evidentemente, es más profundo lo que compete a la persona en sí, pero también las pertenencias caen dentro de lo que le corresponde en función, en última instancia, dentro de su legitimidad. Es que hay una serie de conexiones entre los teneres y el mismo ser. Se trata de fomentar con legitimidad, la subsistencia, la felicidad y el respeto del titular del derecho en cuestión.

Ser y tener son abrazados con diferente fuerza por la normatividad ética y jurídica, por ello, a falta de satisfacción se habla del bien jurídico tutelado que no ha sido cumplido. El orden normativo en la estructura jerarquizada de los ilícitos establece diferentes tipos y, por lo mismo, sanciones. Es que lo suyo parece atravesar la barrera de los límites que consideramos tradicionales. Por lo mismo, apreciamos derechos que son perpetuos como las relaciones de consanguinidad, la autoría, los llamados "derechos morales". Si bien, la teoría jurídica replica que en atención a que no hay "derecho sin titular", lo cual es en puridad correcto, en tales casos o se trata de proteger a los sucesores o es el Estado quien puede accionar, siempre en función del valor "verdad".

No deja de ser especialmente curioso que ciertas situaciones jurídicas

33. P. 90. Por ello el gran abogado de Arpino no busca el origen del derecho en el edicto del magistrado, tampoco en la Leyes de las XII Tablas, sino en el corazón propio del hombre: *Ex intima philosophia*.

34. De la segunda carta de Pablo a los corintios 8.7.9. 13-15.

puedan rebasar la duración humana de la persona. Ahí está igualmente la buena fama de los difuntos, en tanto que puede emerger el interés jurídico para rescatar la verdad. No debe olvidarse que la verdad es uno de los trascendentales del ser en tanto que éste es cognoscible. En estricto rigor moral y jurídico también, la persona tiene derecho a la verdad. Si no se puede en ocasiones arribar a ella es por motivos de hecho y, si alguna vez se remueven, la verdad resplandece.³⁵

Queda aún por hacer algún apuntamiento respecto a los conceptos dentro de la analogía, de proporción y la equidad. Ya hemos asentado que la proporción establece una relación numérica que guarda en su relación una cierta simetría.³⁶ La equidad, por su parte, busca administrar y garantizar “lo suyo” de cada uno mirando a las circunstancias, de modo que caracterizan a los titulares del respectivo derecho. De esa manera, el artículo 31 de nuestra Constitución, en su fracción IV, establece que es obligación de los mexicanos contribuir para los gastos públicos... de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes. De tal forma que en dicho precepto se están declarando estas dos cualidades de las obligaciones fiscales. ¿Cuál es, pues, la diferencia entre lo proporcional y lo equitativo? Lo proporcional, como se ha visto, es un derivado de la justicia, en virtud del cual se rigen y aplican las normas propias de la justicia distributiva, el que tiene más debe contribuir con algo proporcional; quien tiene menos, concurrirá a cumplir en la medida respectiva a partir de la base gravable. Por ello se establecen cuotas o tarifas progresivas.

Por su parte, la equidad es igualmente una exigencia de la misma justicia que impone la obligación de tratar a cada uno de conformidad con sus propias circunstancias, tanto de orden intrínseco como extrínseco. Dentro de las primeras estarían las capacidades diferentes, la instrucción y demás peculiaridades de la persona. Por lo que hace a las segundas, vienen determinadas por las circunstancias de modo tales como la pobreza, la ignorancia y otras. Así, el tratamiento que el derecho otorga a los contribuyentes en el modo de hacer efectivo su deber, varía teniendo en consideración su realidad misma.³⁷

Encontramos también en el Código Civil del DF textos como el artículo 17, en el que se contienen los dos valores, la proporción y la equidad. Se refiere a la obtención de un lucro que sea evidentemente “desproporcionado” a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la nulidad del contrato o la reducción “equitativa” de su obligación. En este caso de lesión derivada del contrato, se conjuntan ambas nociones. Otro tanto acaece en la prescripción que en materia fiscal hallamos en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución. Por su parte, los artículos 1796 ter, 1845, 2395 del propio Código Civil, ameritan también de algún comentario en referencia con las nociones de proporción y equidad.

A menudo, los especialistas en derecho fiscal se han ocupado de contrastar estas dos nociones a propósito del invocado precepto constitucional, empero, es preciso hacerlo también desde la óptica de la semántica jurídica. Ciertamente, los dos conceptos son derivados de la justicia misma que es en buena parte medida y, por ello, proporción pero también

35. Como es el caso de los ejecutados por sentencia condenatoria, cuya inocencia es indubitable tiempo después.

36. Tal es el actual principio de la representación proporcional en materia de la propia representación política de diputados y senadores.

37. Las diferencias pueden ser, además, de la hipótesis de causación, fecha de pago, objeto, base, gastos deducibles y otros.

debe mirar las circunstancias, las modalidades propias de cada caso singular para que desde la llamada justicia social se otorgue un trato igual a los iguales y desigual a los que así lo son. En este último principio se contiene la vinculación que hay entre proporción y equidad. La primera alude principalmente a una relación cuantitativa en la que se conserva una relación numérica entre proposiciones relacionadas. Mientras tanto, la equidad mira de manera más enfática a lo cualitativo, a las circunstancias que, como expresamos arriba, requieren tratos diferenciados a fin de que impere la justicia.

Lo justo es más geométrico, se deduce, se infiere mientras que la equidad se fija más en los singulares. Esto último es lo que denomina Beuchot espíritu de fineza, siguiendo a Blas Pascal.³⁸

Cerramos el texto acerca de “lo suyo” con una referencia y con una alabanza hacia el pensamiento helénico, que aportó importantes elementos para que, más tarde, fuera definida la justicia y, derivadas de ella, la proporción y la equidad.

Por su propia esencia, la equidad es más inductiva que la justicia, es más casuística y por ello, deben atribuirse al juez facultades que no pueden plasmarse tanto en abstracto, en el propio derecho objetivo. Pero la justicia verdadera y profunda, la justicia perfecta, es como ha sido dicho por el sabio: un secreto de Dios.

“Lo suyo” tal como ha sido leído y entendido desde Simónides,³⁹ implica encontrar “una conveniencia”,⁴⁰ aquí ya está la necesaria paridad, pero especialmente la compatibilidad que no sólo dice alteridad, es decir, diversidad, comenta también proporcionalidad y equidad, ya que se trata de una conveniencia, en el caso de la experiencia humana en el derecho, de orden ontoantropológico y axiológico, mira al ser y a su propio crecimiento. Ya Simónides de Ceos hacia mediados del siglo VI a.C., estando en la corte de Hierón de Siracusa, en su poesía lírica, antes aun de Píndaro, se preocupa de la Justicia y sus ideas serán aprovechadas y desarrolladas en la ulterior cultura mediterránea. Cicerón y Quintiliano lo recordarán como fundador de la mnemotecnia. Ha quedado inmortalizada la siguiente expresión de Simónides, pintor muy celebrado entre sus contemporáneos: “La poesía es pintura que habla, la pintura es poesía muda”.⁴¹

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino, *Horizonte actual del derecho romano*, Madrid, Centro Superior de Investigaciones Científicas, 1944
- ARISTÓTELES, *Obras completas*, Madrid, 1999. Aguilar
- BEUCHOT PUENTE, Mauricio, *Hermenéutica analógica*, México, UNAM., 2015.
- _____, *Hermenéutica, analogía y signaturas*, México, UNAM, 2014.
- _____, *Hermenéutica y analogía en la filosofía medieval*,

38. Ver su *Ordo analogiae*, p. 122.

39. Gracias a Platón sabemos el pensamiento de Simónides sobre la justicia en de Rep. 332 c. Sócrates consideraba muy general la aportación de Simónides, pero, a decir verdad, y siguiendo a Gómez Robledo en el capítulo final de su libro, poco se ha podido agregar.

40. Gómez Robledo, *Meditación sobre la justicia*, capítulo final en el que trata de la epifanía de la Justicia.

41. Gómez Robledo, *Meditación sobre la justicia*. Horacio asentará: *ut pictura poesis*. Esta temática es muy importante para el entendimiento cabal de la estética fundada por los griegos. Es interesante y creativo apreciar hasta dónde puede llegar en la analogía el juego de comparativos. Se puede hablar así de la luz de la oscuridad. Y de ahí en busca del oxímoron, como en el caso de un silencio atronador, y en el de su contrario, que es el pleonasmo.

- México, UNAM, 2013.
- _____, *Ordo analogiae*, México, UNAM, 2012.
- CARNELUTTI, Francesco, *El arte del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídica Europa- América, 1948.
- DIHIGO, Ernesto, *Apuntes de derecho romano*, La Habana, 1960.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Meditación sobre la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963.
- GORDILLO MONTESINOS, Roberto H, *Derecho privado romano*, México, Porrúa, 2004.
- IGLESIAS JUAN, *Derecho privado romano*, Barcelona, Ariel, 1958.
- LEDESMA URIBE, José de Jesús, *Bases romanísticas de la legislación protectora del consumidor*, México, Jurídica 11, Universidad Iberoamericana, 1979.
- _____, *El cristianismo en el derecho romano*, México, Porrúa, 2007.
- _____, “Los modelos morales en el derecho romano”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 263, 2015 I.
- MARGADANT, Guillermo F., *Derecho privado romano*, México, Esfinge, 2009.
- PEÑA GUZMÁN-ARGÜELLO, *Derecho romano*, Buenos Aires, TEA, 1962.
- RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio, *Filosofía del derecho*, Instituto Electoral del Estado de México, 2009.
- VILORO TORANZO, Miguel, *Introducción al derecho*, México, Porrúa, 2008.

FUENTES JURÍDICA ROMANAS

Biblia, BAC, Madrid 2003.