

sin poder militar o político, sino por el solo, poder de la convicción por su fe, logró convencer al temido tirano para que perdonara a Roma. El espíritu demostró ser más fuerte en la lucha entre espíritu y poder.

Aunque Gregorio I no tuvo un éxito tan espectacular, también logró proteger a Roma contra los lombardos, de nuevo al oponerse el espíritu al poder y alcanzar la victoria del espíritu.

Si comparamos la historia de los dos Papas con la de Juan Pablo II tampoco tenía poder militar o político. Durante las deliberaciones sobre la forma futura de Europa y Alemania, en febrero de 1945, se observó que la opinión del Papa también debía tenerse en cuenta. Entonces Stalin preguntó: ¿Cuántas divisiones tiene el Papa?. Es claro que el Papa no tiene divisiones a su disposición. Pero el poder de la fe resultó ser un poder que finalmente derrocó el sistema de poder soviético en 1989 y permitió un nuevo comienzo. Es indiscutible que la fe del Papa fue un elemento esencial en el derrumbe del poder comunista. Así que la grandeza evidente en León I y Gregorio I es ciertamente visible también en Juan Pablo II.

Dejamos abierto si el epíteto “magno” prevalecerá o no. Es cierto que el poder y la bondad de Dios se hicieron visibles para todos nosotros en Juan Pablo II. En un momento en que la Iglesia sufre una vez más la aflicción del mal, este es para nosotros un signo de esperanza y confianza.

Querido San Juan Pablo II, ¡ruega por nosotros!
Benedicto XVI.

Recibido el 18 de abril de 2020. Publicado el 30 de mayo de 2020

¿POR QUÉ LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y LA AUTONOMÍA DEL DERECHO SE MANTIENEN O CAEN JUNTAS?¹

Bjarne MELKEVIK y Asbjorn MELKEVIK

Traducción a la lengua castellana por parte de Corina DUQUE AYALA

RESUMEN: Jean-Marc Trigeaud ha señalado en varias oportunidades y circunstancias la importancia de la autonomía individual y jurídica. Por ejemplo, él escribió “la autonomía postula la autosuficiencia”, y esta autosuficiencia no se puede desconocer “en el derecho, el cual es una de sus mejores expresiones”.² Este ensayo se le dedica a este autor, siguiendo su apreciación de la importancia de la autonomía del derecho, donde los individuos afirman su libertad, y donde el derecho es “el fruto de una actividad práctica y contingente”.

Dos tipos de autonomía jurídica e individual

En Filosofía del Derecho, hay actualmente una controversia en cuanto a la autonomía del Derecho y más precisamente, teniendo en cuenta que el derecho se distingue de otros fenómenos. La opinión dominante en la actualidad, estudia el derecho en cuanto cumple cierto rol instrumental, es decir el derecho se comprende a través del seguimiento de ciertas “cuestiones deseadas o

desideratas” que son externas a la lógica jurídica. La justicia distributiva y eficacia son probablemente las más comunes “cosas deseadas” del derecho. Por ejemplo, es normal decir que la ley debe favorecer cierta comprensión de la justicia distributiva – es el punto de vista privilegiado de filósofos tales como John Rawls y Ronald Dworkin. Además, se hace valer la eficacia del derecho, como estudio del análisis económico del derecho, teoría defendida por los jueces Frank Easterbrook y Richard Posner. Este artículo defiende una comprensión radicalmente diferente del derecho. El derecho debe ser completamente autónomo. La cuestión no es por tanto, saber si el derecho es realmente autónomo o no, por cuanto esto no es evidente. El derecho es con demasiada frecuencia el instrumento de los legisladores que persiguen diversos objetivos, sin que esto tenga que ver con el derecho como tal. La verdadera cuestión es más bien la siguiente: ¿queremos ser autónomos como individuos? La respuesta es evidentemente sí. La libertad individual es un valor universal. Nuestro artículo establece un paralelo entre la autonomía individual y la autonomía del derecho.

Estas dos clases de autonomías se conservan o se derrumban juntas. En consecuencia, nuestro artículo asegura que el derecho debe igualmente ser autónomo, independientemente de las diversas desideratas comúnmente defendidas en filosofía política, e independientemente de los caprichos de los jueces y los legisladores.

Nos inspiramos en la tradición romana, y más precisamente de Cicerón, en lo que comprendemos como el derecho desde un punto de vista de partida apropiado para nuestra comprensión de la buena conducta humana –“los hombres más sabios”-, nos dice Cicerón, “han escogido tomar el derecho como su punto de partida”. Como Cicerón, estamos inclinados a pensar que estos sabios tienen razón, al comprender el derecho como la razón máxima “que impone lo que se debe hacer y prohíbe lo contrario”³. Evidentemente, es innegable que la legalidad es una condición de eficacia para una sociedad, y que ésta conduce igualmente a la justicia, la cual, a pesar de todo, es esencial para el bienestar de la humanidad. Sin embargo, algo se perderá inevitablemente, si comprendemos el derecho en términos instrumentales. El debate sobre la autonomía del derecho puede comprenderse mejor como un debate sobre la inteligencia de la acción jurídica. El derecho es un arte práctico que se vuelve frecuentemente (aunque no siempre, y a veces no tan frecuentemente, valga la redundancia) corrupto cuando se comienza a perseguir objetivos extrajudiciales y desafortunadamente esta corrupción, afecta igualmente a nuestras libertades, como individuos. La noción del Derecho, seguramente, es sobre todo ambigua. Comencemos entonces por decir algunas palabras sobre esta noción. El derecho es una cuestión práctica –su objeto es la resolución de los conflictos, ya sea al interior o normalmente al exterior de una sala de Corte de Justicia. Las fuentes de autoridad utilizadas para reglar tales conflictos son también llamadas “derecho”, pero al fin de cuentas la cuestión está siempre atada a la gente que tiene conflictos por resolver. En otros términos, el derecho es un mecanismo de cooperación, y nuestra comprensión del derecho está influenciada por la forma cómo pensamos que estos conflictos deben ser resueltos. Como lo explica Christopher Tomlins, “el sentido y el carácter que atribuimos al derecho varían necesariamente según las relaciones que identificamos como pertinentes, las relaciones que reconocemos y la manera de carterizarlas”⁴. La hipótesis jurídica de este artículo es que el objeto del derecho es la resolución de conflictos y que

estos conflictos pueden llegar a ser mejor manejados por la misma gente, y no de manera inmediatamente por los jueces o los legisladores.

Nosotros ilustraremos nuestra tesis sobre la autonomía del derecho, explicando, primero que todo, la razón por la cual nosotros deberíamos pretender que el derecho sea autónomo puede quedar abierta utilizando ejemplos extraídos del derecho romano y del derecho de los Vikingos. En segundo lugar explicaremos la distinción entre el “derecho del abogado” y el “derecho del legislador”. Finalmente, el objetivo de nuestro artículo será mostrar que la autonomía individual y la autonomía del derecho, son conceptos inseparables el uno del otro. Nosotros no podemos gozar verdaderamente el uno, sin tener el otro.

El pueblo romano tiene el derecho de hacer la paz por el mismo. La ley, en su caso se revela de la autonomía de las personas. Los individuos pueden ser llamados por la ley, y la ley está allí si ellos quieren utilizarla en beneficio. Lo que es importante, entonces, es que la gente misma, la que posee, produce, utiliza y se beneficia de la ley. La ley no sirve para gobernar, para reglamentar, o para tener, como ocurre en la actualidad, un control sobre el pueblo. La ley es más que todo utilizada como un método para establecer la paz, resolver los problemas y garantizar las relaciones ordenadas entre los individuos. Si los romanos utilizan la ley para hacer la paz entre ellos, sin tener que comparecer ante el Pretor, diríamos que un código como este respeta de manera debida la autonomía de los romanos. En otros términos, el derecho les pertenece porque no sigue objetivos que no sean de ellos. Los Romanos son entonces, hablando con seguridad, los propietarios del Derecho. Además, Tito Livio, el célebre historiador romano, describió la creación de las doce Tablas como sigue “todo ciudadano debería tranquilamente considerar cada punto, luego hablar con sus amigos y, finalmente, discutir públicamente las adiciones o sustracciones que parecen necesarias”⁶.

Las Doce tablas no han establecido únicamente la prerrogativa del pueblo romano para resolver los problemas por ellos mismos. Sino que esas tablas son también una obra del pueblo. No podemos entonces decir que los Romanos fueran libres en lo que no dependen de la aprobación de cualquier cuestión para la conducción de sus propios asuntos y más particularmente para la resolución de conflictos, que es de hecho el verdadero objetivo del derecho.

Examinemos un segundo ejemplo traído de la época de los Vikingos. Los escandinavos de la Edad Media han sido descritos frecuentemente como brutos sanguinarios. Sin embargo, esta imagen popular es incorrecta. Aunque sea verdad que sus excursiones fueron empresas sangrientas. Por ejemplo, en la Saga de Egil, los héroes, Egil Skallagrimsson decía: “Volvamos al campo y conduzcámonos como verdaderos guerreros: matemos todo lo que podamos atrapar y tomemos los objetos de valor que podamos transportar”⁷. Sin embargo, no es sino un lado de los Vikingos y ciertamente, no es el más importante. Se olvida frecuentemente que los Vikingos tenían sin duda el sistema escrito más más completo de Derecho privado⁸ un verdadero sistema de autonomía del derecho.

La Saga de Njal, particularmente, es una gran saga judicial en la cual, gran parte de la acción tiene lugar en el Consejo de la Ley. Esta historia muestra una comunidad de gente libre que no se arrodilla ante nadie, a excepción de la ley que ellos están convencidos de aceptarla como suya. Mientras los aliados de Njal Porgeirsson proponen poner fin a sus procesos judiciales contra sus

enemigos utilizando la fuerza, Njal responde: “Ustedes no deberían hacerlo, porque no es posible estar sin ley en el país (...) la mejor opción, me parece, es para nosotros convocar a una Asamblea de todos los jefes y discutir⁹”.

Los Vikingos comprendían entonces la Ley como un medio simple para buscar la paz. Ellos deciden juntos y ellos juzgan juntos. Es la mejor forma de comprender en general el derecho. Por ello el derecho no debe ser un simple instrumento para alcanzar ciertos objetivos, o aún para promover nobles causas. A fin de cuentas, cuando el derecho no es autónomo, él es inevitablemente utilizado para dirigir el pueblo, buscando hacerlos actuar y pensar como los legisladores desean. Esto no es lo que un pueblo libre debe fomentar. Tanto el derecho romano antiguo como el Derecho de los Vikingos fueron probablemente más democráticos que la mayoría de los que se dicen democracias en la actualidad. Estos pueblos habían comprendido una lección simple, pero crucial –si el pueblo desea ser libre, y si los individuos desean ser tratados como seres autónomos, entonces el derecho debe ser también autónomo, un simple instrumento de resolución de conflictos entre individuos.

El derecho de los legisladores y el derecho del abogado.

El problema, que venimos afirmando, es que la ley no es evidentemente autónoma hoy. Los legisladores, los políticos, los funcionarios y los jueces representan frecuentemente el más grande peligro ante el cual debe hacer frente la autonomía de las personas. Si la autonomía es individual debe ser preservada, los poderes conferidos a estos individuos, que controlan la ley, deben necesariamente ser limitados, probablemente de manera radical.

Los jueces detentan actualmente una cantidad inmensa de poder en sus manos. Las recomendaciones normales explican cómo domesticar la función del juez, por cuanto no podrían funcionar adecuadamente en nuestra modernidad, y en efecto, por esto ellos fracasan con frecuencia. Es importante, de hecho, conocer cómo las antiguas leyes habían reconocido el peligro del juez, y cómo estas habían tratado de impedir una expansión de la función del juez que pusiera en peligro la autonomía del derecho. Recordemos que en el Derecho romano la función del juez estaba prohibida para los juristas profesionales y era reservada únicamente para los “honestos ciudadanos de Roma” quienes podían ejercer esta competencia. Igualmente en la Edad Media, había un precepto bien conocido del “derecho de ser juez por sus pares”, es decir el “per iudicium parium suorum” que tenían los profesionales del derecho al exterior del proceso judicial de juzgar.

Estos viejos, pero eficaces preceptos, así lo creemos, son mucho más apropiados a nuestra modernidad, que muchas teorías jurídicas modernas deseables de ser admitidas. Estos preceptos señalan el argumento principal de nuestro artículo, que la gente debe ser propietaria del derecho y deben poder reglar sus diferencias ellos mismos, en lo posible. Es imperfecto que la gente otorgue sus propias prerrogativas a los jueces, aún así se presume que los jueces interpretan el derecho, por el bien de la comunidad de individuos libres – como lo ha propuesto por ejemplo Ronald Dworkin con su teoría del derecho como la integridad. Si el derecho puede realmente ser “parte integrante” de una comunidad, es preferible que la gente, ella misma, se haga cargo de tal derecho.

Nosotros debemos imperativamente rechazar el modelo clásico que asimila impropriamente el “juez” con el “derecho”, tal y como ocurrió en el juicio de Salomón¹⁰, donde el juez está representado como la encarnación de la sabiduría y la justicia¹¹. Cicerón, por ejemplo, dijo que el juez es una ley hablante, y la ley

un juez mudo”. Nosotros no estamos de acuerdo. Nosotros aceptamos más bien la célebre frase de Montesquieu, quien declaró que los “jueces de la Nación no son, (...), sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; de seres inanimados, que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor”¹³. El derecho, en efecto, pertenece al pueblo, y es entonces a ellos a quienes les corresponde decir lo que es el derecho.

Personalmente nosotros preferimos comprender el derecho desde el punto de vista de los abogados, de manera práctica, como en la Saga de Njal. Lon Fuller había remarcado ya cómo era extraño que la filosofía del derecho descuidara, casi por completo la actividad de los abogados para concentrarse, sobre todo, en los temas habituales relacionados con la jurisprudencia –por ejemplo, las teorías sobre el derecho estático, el proceso judicial, la interpretación de la ley o la interacción entre el derecho estático y las costumbres¹⁴. Tal negligencia en la actividad de los abogados empobrece inútilmente la filosofía del derecho contemporáneo.

En efecto, una tal focalización sobre el derecho estático no hace justicia al derecho como un arte práctico, en el cual la meta es resolver los conflictos.

1. Traducción de Corina Duque Ayala (Bogotá) [según el editor Manuel J. Peláez, muy bien hecha por cierto. No hay tanto acierto en las notas a pié de página].
2. Jean-Marc Trigeaud, *Philosophie juridique européenne*, Bordeaux, Bière, collection Bibliothèque de philosophie comparée.
3. Cicéron, *De legibus*, 1.18.
4. Christopher Tomlins, „How Autonomous is Law?”, *Ann. Rev. Law Soc. Sci.*, vol 3, 2007, p. 46.
5. *Duodecim Tabulae (Leges Duodecim Tabularum)*, 1.7.
6. Tito Livio, *Ab Urbe Condita libri*, 3.34.
7. *La saga d'Egil*, 58.30.
8. David D. Friedman, *The Machinery of Freedom: Guide to a Radical Capitalism*, La Salle, Open Court Publishing Company, 1989, ch. 44, „Private Law Enforcement, Medieval Iceland, and Libertarianism”.
9. *Saga de Njal*, 97.
10. Voir Bjarne Melkevik, „Le jugement de Salomon : La justice, la compassion et l'intérêt de l'enfant”, *Studia Universitatis Babeş-Bolyai: Jurisprudentia*, Cluj, Roumanie), n° 4, 2015, pp. 21-44.
11. *Libros de los Reyes*, 1 Reyes, 3, 16 a 28.
12. Cicéron, *De legibus*, 3.2.
13. Montesquieu, *Esprit des Lois*, iv. XI, chap. VI
14. Lon L. Fuller, „American Legal Philosophy at Mid-Century: A Review of Edwin W. Patterson's Jurisprudence, Men and Ideas of the Law”, *Journal of Legal Education*, vol 6, N° 4, 1954, pp. 476 and fol.
15. Nuestra traducción de „The discretion of a judge is the law of tyrants; it is always unknown; It is different in different men; it is causal and depends upon constitution, temper, and passion. In the best it is often caprice; in the worst, it is casual and dependence upon constitution, temper, and passion to which human nature is liable!. Cité dans Roscoe Pound, „Discretion, Dispensation and Mitigation: the problem of the Individual Special Case”, *New York University Law Review*, 1960, p. 926.
16. Harold Berman, „The Struggle of Soviet Jurists Against a Return to Stalinist Terror”, in *Slavic Review*, vol. 22, 1963, p. 315.
17. Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, pp. 106 f.
18. Jean-Marc Trigeaud, *Philosophie juridique européenne*, Bordeaux, philosophie du droit n° 4, 1990, 4, 1990, p. 68.