

**LUIS ANÍBAL MAGGIO**

*Profesor de Historia e Instituciones del Derecho Romano.  
Universidad de Morón (Argentina)*

## **LA ETAPA *IN IUDICIO* y LAS TEORÍAS PROCESALISTAS DE LA JUSTICIA**

1.- Las llamadas “teorías procesalistas de la justicia” son tributarias de la llamadas morales dialógicas, discursivas, argumentativas, constructivas o “Ética Comunicativa”, de amplia difusión en estos tiempos y cuyos principales exponentes son los filósofos alemanes Karl Otto Apel y Jürgen Habermas y J.Rawls, Profesor de la Universidad de Harvard.

JOHN RAWLS<sup>1</sup> distingue tres clases de “justicia procesal”: a) *Justicia procesal perfecta* cuando existe un criterio anterior de lo justo y un procedimiento para alcanzarlo (caso del pastel dividido en partes iguales). b) *Justicia procesal imperfecta* cuando siguiendo el procedimiento se llega a un resultado injusto (caso del inocente condenado o del culpable absuelto). c) *Justicia puramente procesal* en la que no interesa el resultado sino la observancia del procedimiento “ya que no existe un criterio independiente por referencia al cual se pueda saber que un determinado resultado es justo” (109).

Las teorías procesalistas de la justicia son de cuño puramente procesal (c) y sus pilares básicos de apoyo en la ética comunicativa, podrían esbozarse sumariamente en estos rasgos:

a) El desplazamiento del “paradigma de la conciencia” (“*factum*” de la conciencia moral normativa) por el “giro lingüístico” (“*factum*” del lenguaje) como punto de partida de la reflexión filosófica.

b) El lenguaje, desde la dimensión pragmática, orientado al entendimiento como su “*telos*” y la radicación y expresión de la racionalidad humana no en la conciencia subjetiva universalizable sino en la *acción co-*

---

<sup>1</sup> Teoría de la Justicia. FCE. UNAM. México, II-14).

*municativa*, por lo que la persona humana queda definida por su competencia dialógica en una comunidad de comunicación.

c) La *resolución discursiva* de los conflictos, es decir, mediante discursos prácticos o actos de argumentación sujetos a ciertos supuestos fundamentales y destinados al acuerdo.

d) El *consenso* como fuente de validez de las normas y la legitimación del consenso por la observancia de las reglas del discurso en los *procesos productores* de las mismas, de modo tal que la racionalidad humana, en palabras de Robert Alexy, “no es nada distinto a la preservación de las reglas del discurso”.

e) La consecuente preeminencia de la dimensión *deontológica* (lo “correcto” - *right*) sobre la *axiológica* (“lo bueno” - *good*).

En suma, la validez de las normas generales o particulares no se fundamenta en sus contenidos, por ser justas, sino por la forma, por ser “correctas”, es decir, fruto del consenso alcanzado a través de discursos prácticos observantes de ciertas reglas necesariamente supuestas en una discusión ideal o contrafáctica posible.

2.- Ante las falencias de estas teorías que, por un lado, al ser de naturaleza formal no resultan suficientes para resolver estados situacionales o determinar normas concretas de actuación y, por el otro, podrían llevar a validar cualquier contenido, aparece la “Teoría de la Convergencia”, expuesta especialmente por Arthur KAUFMANN, ex profesor de la Universidad de Munich.

La Teoría de la Convergencia rechaza la preeminencia de lo correcto sobre lo bueno que caracteriza a la ética procesal sosteniendo todo intento de aferrarse a una teoría de lo correcto sin respaldo en una teoría del bien está condenado al fracaso, pero adhiere, en cambio, *los principios de argumentación* y de *consenso* del discurso normativo, complementados con el de *falibilidad*. Con relación a la verdad, trata de conciliar la teoría del consenso y la tradicional teoría de la “correspondencia” (“*adequatio rei et intellectu*”).

Los principios de argumentación y consenso llevan a aferrarse al punto de vista procesal y a no poder separar la verdad de la intersubjetividad, pero, haciéndose uso del el principio de *falibilidad* o falsación del racionalismo crítico de Karl POPPER, se especifica y sostiene que ningún consenso es definitivo, ya que cada afirmación, cada conclusión, cada argumento es esencialmente corregible, salvo el principio mismo del consenso.

Ahora bien, las reglas del discurso son vacías y nada dicen sobre qué o cómo debemos proceder, el consenso por el consenso mismo es como el barón de Mathausen y el método de la falsación, si está meramente interesado en descubrir errores, no puede asegurar que algo sea justo o

qué son las buenas costumbres, sino tan sólo que es sin duda injusto y decididamente inmoral, mientras que lo que se necesita es *fundamentar* positivamente. Si bien el concepto de que ninguna fundamentación es definitiva es aceptable en la *reflexión* filosófica, no lo es en el discurso práctico porque impediría toda posibilidad de entendimiento (en nuestro caso diríamos toda posibilidad de resolución). Se hace necesario entonces llegar a un cierto punto, una especie de *saturación de argumentos*. Por esa vía, muchos sujetos independientes entre sí pueden alcanzar “con relación al mismo asunto *conocimientos convergentes objetivos*” (convergencia de la verdad), un consenso fundamental sobre valores básicos. El medio más importante para la confirmación de lo objetivo es el consenso, pero el fundamento no es el consenso obtenido en forma ideal, sino la *convergencia*, que no es “*acumulación de opiniones subjetivas, una especie de opinión dominante, sino la ordenación de diversos conocimientos, procedentes de distintos sujetos e independientes entre sí, del mismo ente.*” Se da así una “*falibilidad pragmática*” que exige en el punto de convergencia de las opiniones falibles un “*conocimiento objetivo*” (no “sustancial”). “*Consenso como fuente del derecho justo, derecho justo como límite del consenso*”, escribe reproduciendo una cita de W. Naucke<sup>2</sup>.

Como todo proceso, el discurso normativo debe tener un objeto, un tema, que no se da por terminado como “objeto procesal” antes del proceso, sino que en el proceso adquiere su contorno definitivo, aunque precede al proceso como “relación jurídica”.

3.- El proceso civil clásico romano constaba, como es harto conocido, de dos etapas: “*in iure*” e “*in iudicio*”.

En la primera etapa, se exponen los hechos y pretensiones siguiendo ciertos pasos rituales ante el magistrado (pretor) que daba o denegaba la acción; si la había, se redactaba la fórmula con la designación del juez y sus distintas partes, prescripciones y excepciones según el caso y la alternativa de soluciones aplicables en función de los supuestos de hecho o derecho. En la segunda, ante el juez, se examinan y comprueban los hechos aludidos en la forma y los que se le relacionan y se hace aplicación de los principios de derecho puestos en juego (Petit, E: *Tratado*, nros. 706 y 748 et passim).

Es opinión corriente que el proceso civil romano tenía un carácter privado, interesándole primordialmente al Estado resguardar la regularidad

<sup>2</sup> Arthur KAUFMANN. *La Filosofía del Derecho en la posmodernidad*. Monografías Jurídicas. Temis SA. Colombia.

de la acción. Las reglas de organización del proceso "*in iure*" dan cuenta de tal preocupación tutelar prioritaria. El resultado del litigio, concretizado "*apud iudicem*" sería un asunto particular del que el estado prácticamente se desinteresaba<sup>3</sup>.

Quizá esta visión del proceso sea una de las razones por la que en los manuales se trata ampliamente la primera etapa con las principales acciones (Gaius con sus "Instituta" y epígonos puede ser un ejemplo), relegándose la segunda a una sumaria relación de los medios de prueba e insistiéndose en el carácter ampliamente discrecional de la "*sententia*" en la apreciación de los mismos, de modo que el hacer lugar a las opciones de la fórmula prácticamente dependería de un cierto e impreciso arbitrio del "*iudex*" (Cfr: textos usuales).

Desde este punto de vista, el proceso civil romano podría exhibirse como uno de los antecedentes históricos de "*justicia puramente procesal*": lo determinante sería la observancia de las reglas del proceso, no el resultado. El resultado será válido en tanto que "correcto", es decir, obtenido mediante el seguimiento de las normas rituales, siendo indiferente para el estado que fuere uno u otro, justo o injusto.

4.- Nos proponemos en esta comunicación rebatir esa tesis y trataremos de demostrar que lo esencial en el proceso civil romano no era la cobertura "deontológica" en la resolución de los conflictos sino la "axiológica", de modo tal que *su finalidad no era un resultado correcto, sino una solución justa*. Y en este sentido, tendría un interesante parentesco con la "teoría de la convergencia" o, mejor dicho, cabría ilustrar dicha teoría con el ejemplo histórico del proceso civil romano.

Podemos entender el término "derecho" como lo "correcto"<sup>4</sup>. Sin embargo, como también comenta, los romanos mencionaban regularmente el "*ius*", que era "*lo justo*". Santo Tomás dirá que los romanos llamaron "*ius*", a lo que los griegos llamaban "*ison*"<sup>5</sup> y "*lo justo*", en tanto emanado de la realidad misma, era la "*res iusta*"<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> M. VILLEY. *El derecho romano*. Eudeba. Bs.As. Cap.I.-

<sup>4</sup> A. Di PIETRO: "La prudente tarea de interpretación del derecho romano". *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Buenos Aires Nro.9. En este punto nos serviremos abundantemente de dicho trabajo y de "*Ius fasque est*", del mismo autor.

<sup>5</sup> *Comment. Ethic. Nic. V,12*

<sup>6</sup> Granneris G: *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*. Soc. Edit. Internazionale. Turín, 1949.- Massin, Carlos I:

*Sobre el realismo jurídico*. ABELEDO-PERROT. Buenos Aires.

La función pretoriana (*do-dico-addico*) de “dicere” el “*ius*”, no era un mero “decir”, sino una señalamiento, una mostración o develación del derecho aplicable como solución justa<sup>7</sup>. Si bien tenía una faz “cognoscitiva”, en cuanto indagación interpretadora de la solución justa (en la que sin duda coadyuvaba la tarea intelectual de los prudentes), tenía una estructura hipotética disyuntiva (si x, a; si no x, no a) y, en cuanto disposición emanada del “*imperium*”, tenía carácter “volitivo”. Por otra parte, aunque la oportunidad de decir el derecho estuviera dada por una circunstancia o caso concreto, al dar la acción y señalar las alternativas de solución, el pretor tiene en mira e induce a partir del caso la norma general en la que pueda subsumirse y servir para todos los casos similares o análogos (siempre que x, a, siempre que no x, no a), precisamente porque la ley (o el edicto) que fundamenta la “*actio*” se establecen “*ut plurimum accidunt, non quae ex inopinato*”<sup>8</sup>.

Ahora bien, el pretor ha señalado y ordenado la solución (o las soluciones alternativas) en forma hipotética mediante la expresión la condicional “*si paret*”, que generalmente es traducida como “si aparece” y merece ser acotada para mejor entender.

“*Pareo-es-ui-itum-ere*”, significa: parecer, aparecer, mostrarse, darse a conocer, dejarse ver: “*Cui pecudum fibrae parent (Vir)*”: que lee en las entrañas de las víctimas. “*Abunde arbitror parere*”: estar suficientemente demostrado (Suetonio). “*Si paret*” (Cic): si consta, si se prueba, si se justifica.

El pretor ha interpretado y establecido cuál es la regla aplicable o, si se quiere, si el asunto traído a su estrado es expresión casuística de una norma y, por ende, debe aplicarse, eventualmente con qué aditamentos o restricciones (“*praescriptiones*”, “*exceptiones*”) o no lo es y, por ende, debe desestimarse. Pero quien efectivamente debe verificar si se dan de hecho las circunstancias empíricas que conforman realmente el caso conceptualizado por la fórmula, si concurren las llamadas “circunstancias del caso”, es el juez.

El pretor ha dicho, “señalado”, el “*ius*” aplicable; el juez al sentenciar, al decir cuál es la “*res iusta*”, “hace” el “*ius*”. De allí que pudiera sostenerse, como lo hiciera M. VILLEY apoyado precisamente en el derecho romano, que las proposiciones jurídicas son “descriptivas”, no “prescriptivas”: describen cuál “es” el “*ius*” en el caso concreto<sup>9</sup>.

Si el “*ius*” es la “*res iusta*”, es obvio que todo el proceso está ordenado a la determinación de la misma. Y, si la “*res iusta*” no es fruto de

<sup>7</sup> A. DI PIETRO, op.cit.

<sup>8</sup> Dig. I-III,3,4,5,6.

<sup>9</sup> M.-VILLEY. *Compendio de Filosofía del derecho*. Eunsa. II-nro. 236,3.

un mero acto volitivo, sino que es algo objetivo, real, emanado de la realidad, resulta que la faz discursiva (confrontación de argumentos) y la faz “procesalista” (observancia de las reglas) no conducen a cualquier resultado que pueda considerarse justo (“correcto”) por la sola observancia de las reglas, sino que “convergen” en la objetividad conformante de esa “*res iusta*”.

La labor de los prudentes era la “*interpretatio*” de la ley<sup>10</sup> y del “*ius non scriptum*”, que consistió precisamente sólo en la interpretación que ellos realizaban.<sup>11</sup> La “*interpretatio*” de los prudentes tiene por objeto el hallazgo de la solución justa del caso concreto; se interpretan los “*iura*” o los “*mores*” ante un estado de controversia que requiere solución y no cualquier solución. El caso es la “*res litigiosa*”, de la que ha de extraerse, hacer emerger (*pro-ducere*) la solución justa, la “*res iusta*” en que consiste el *ius*. Esta “*res iusta*” es el develamiento de una razón de justicia que está ínsita en la estructura de la causa. “*in causa ius esse positum*”<sup>12</sup> y, como desocultamiento de lo latente, es una verdad objetiva alcanzada en su máxima evidencia, un arribo a una realidad inteligible pero siempre susceptible de nuevas miradas y desocultamientos.

Ahora bien, el prudente examina, descompone, analiza, se introduce intuitivamente en la “*res*” que, por ser “*res litigiosa*” conlleva un conflicto, una confrontación disyuntiva que habrá de superarse y armonizarse en términos no de cualquier solución sino de una solución justa. Y esta “*res litigiosa*” se compone de un repertorio, de una corona de datos empíricos en función de los cuales la justicia de la solución puede variar de dirección y alcances.

En el célebre pasaje de Alfeno que acabamos de citar, el prudente llega a distintas evidencias conclusivas según las distintas situaciones fácticas condicionantes que pudieran concurrir, de modo que, dado determinado hecho, corresponde determinada solución.

Pero los hechos, aunque no se trate de un ejercicio académico sino de un caso real traído a consulta, en el discurrir del prudente siempre operan a título de hipótesis a comprobar. La “*res litigiosa*” ha sido captada, “intuída”, al decir de Di PIETRO, en toda su complejidad y la solución justa ha sido como traída a presencia; sin embargo, el “*ius*” ha sido pre-visto, pero no ha sido hecho. Hay un suceso histórico-concreto que el prudente convierte en tema o posible “objeto procesal” para hablar en términos modernos, esbozado

<sup>10</sup> Dig. I. II. 2, 5.

<sup>11</sup> Dig. I- II, 2, 12.

<sup>12</sup> Alfeno. Dig: IX, II-52. 2.

con minuciosa precisión, pero los componentes fácticos del suceso permanecen como realidades supuestas o hipotéticamente conceptualizados.

La solución justa tiene que ser “producida”, es decir, puesta en evidencia, objetivada. Pero para que esa presencia descienda del plano mental y se inserte en la realidad, para que todo lo que los “*iura*” han previsto como susceptible de general y frecuente ocurrencia, todo lo que los prudentes han sopesado como elementos fácticos del conflicto, toda la estructura de la “*res litigiosa*” intuída y expresada en la fórmula, se concrete en el un acto de justicia (“*ius suum cuique tribuere*”) es necesario “re-producir” el suceso que reclama la solución justa. Hay que “volver a producir”, “re-construir” la cosa litigiosa.

Y no se trata de “re-construir” o “re-producir” la mera materialidad del suceso sino las circunstancias del suceso en tanto que litigioso, de modo tal que permitan situar a la “*res*” reconstruída en el marco de las condiciones previstas por la fórmula para una alternativa de soluciones.

Y es aquí donde aparece la dimensión de la figura del “*iudex*” como verdadera llave maestra del proceso de la “*res litigiosa*” a la “*res iusta*”, a la propia, misma (“*ipsa*”) cosa justa, generalmente aminorada en los manuales por la preferencia de la etapa “*in iure*”. Se dice que “*apud iudicem*” se producía la prueba cuyos distintos medios se comentan con mayor o menor detenimiento, que el “*iudex*” tenía amplia libertad de apreciación de la prueba, pero estaba condicionado por el marco del conflicto y las alternativas de solución indicadas en la fórmula, que su “sentencia” era una opinión basada en un leal saber y entender.

En el tránsito de la “*res litigiosa*”, “intuída” por el pretor y el *prudens* (aunque pudiere ser real) al de la “*res reconstructa*” y de ésta a la “*ipsa res iusta*”, entre la etapa “*in iure*” y la etapa “*in iudicio*”, entre la solución prevista y la solución concreta, opera como una bisagra “artística”, en el sentido que podría darle Celso (h) la condicional de la fórmula “*si paret*”.

Pareciera que no se ha reparado suficientemente en la funcionalidad de esta pequeña e impersonal locución en el ejercicio del servicio de justicia. Todo aquel proceso que se abriera ante el magistrado, siguiera diversas reglas, viviseccionara la “*res litigiosa*” como si leyera las entrañas de las víctimas, al decir de Virgilio, hasta intuir la en su integral complejidad y hallara por fin la solución justa, se se hará efectivamente “*ius*”, se transformará en real y verdaderamente en la “*ipsa res iusta*”, “*si paret*” al “*iudex*”.

Ahora bien, lo que “*paret*” al juez no es ciertamente, como veremos luego, “lo que le parece”, sino lo que debe “aparecer” merced a la requisita de los hechos a probar. De allí que, aunque la etapa “*in iudicio*” sea la etapa probatoria por excelencia, quepa la pregunta sobre si solamente son los

hechos lo que debe probarse, si la función del juez se circunscribe a la apreciación de los hechos y emisión de su sentencia.

En latín existe el verbo “*probo*” que, entre muchas acepciones (juzgar, estimar, aprobar) tiene la de “probar”. Cuando el lenguaje forense se refiere a algún medio de prueba, usa el vocablo “*probatio*”; “*probatio probatissima*” decimos de la confesión. Sin embargo, la fórmula no decía “*si probatur*”, sino “*si paret*”.

Esta terminología no parece ser accidental y bien podría estar originada en la circunstancia de que las actuaciones ante el juez no tenían por objeto solamente la prueba de los hechos o, si se quiere, que no era función del juez sólo recibir la prueba de los hechos y dictar sentencias.

Un breve recorrido por las fórmulas puede aclarar la cuestión.

Gaius nos refiere tres tipos de fórmulas:

1: “*In factum*”, aquellas en que, después de expresado el hecho ocurrido, se agregan las palabras que facultan al juez para condenar o absolver: “*Recuperatores sunt. Si paret illum patronum ab illo illius patroni liberti contra edictum praetoris in ius vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestertium X milia condemnate; si non paret absolvito*”: “Que haya recuperatores. Si aparece que este patrono hubiera sido citado a juicio por este liberto del patrono en contra del pretor, condenad a este liberto a pagar 10.000 sestercios a este patrono; si no aparece así, absolvedlo”<sup>13</sup>. Aquí el tema es claro: probado el hecho, la condena; no probado la absolución.

2. Están las fórmulas “*in ius conceptae*”, es decir, las que tratan cuestiones de derecho. Veamos por ejemplo la de la acción reivindicatoria: “*Si paret fundum Cornelianum, de quo agitur, ex iure Quiritium Auli Agerii esse, neque is fundus Aulo Agerio restituetur, quanti is fundus erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito*”.<sup>14</sup> “Si aparece que el fundo Corneliano del que se trata, es de Aulio Agerio según el derecho civil, y el fundo no le es restituído a Aulio Agerio, condena a Numerio Negidio a pagar a Aulio Agerio tanto dinero como vale el fundo; si no aparece, absuévelo”. Aquí los hechos a probar son la no restitución y el valor del fundo, pero todo depende de una cuestión de derecho: el dominio del fundo que no es un hecho sino una situación jurídica y una situación jurídica no se prueba como un hecho, sino que se demuestra, se acredita o justifica.

<sup>13</sup> Inst. IV,46.

<sup>14</sup> SCHULZ, F: *Derecho Romano Clásico*. Bosch. (Barcelona. II,58).



Y hay también fórmulas mixtas que contienen antecedentes de hecho y cuestiones de derecho a determinar por el juez. “*Quod Aulus Agerius Numerio Negidium fundum Cornelianum, quo de agitur, vendidit, quidquid paret ob eam rem Numerium Negidium dare facere oportere ex bona fide eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito*”<sup>15</sup>. “Puesto que Aulo Agerio vendió a Numerio Negidio un fundo Corneliano, que es el asunto de que se trata (hecho), todo cuanto aparece que por esta causa Numerio Negidio deba dar o hacer (determinación) conforme a la buena fé (estimación), condena a Numerio Negidio a darlo y hacerlo a favor de Aulo Agerio; si no aparece, absuelvelo”. Aquí tenemos un acto jurídico (hecho), una valoración (qué sea la buena fé) y un arbitrio para determinar la naturaleza y entidad de las prestaciones ( qué y cuánto deba dar o hacer).

Como puede apreciarse a través de esta breve relación, la función del juez no se reducía a recibir y apreciar la prueba de los hechos, sino que debía justificar o no cuestiones de derecho, emitir juicios de valor, calibrar prudencialmente penas, etc. Un examen más detenido de las distintas fórmulas, que no cabe en esta oportunidad, sin duda ampliaría mucho más el margen de posibilidades del juez y del alcance de la expresión “*si paret*”.<sup>16</sup>

Se traduce generalmente la expresión de marras por “si aparece”; también podría ser “si resulta”, “si se justifica”, “si se acredita”, “si se prueba”. El verbo impersonal “*oportere*”, de uso frecuente en las fórmulas, puede significar conviene, corresponde, es razonable, es oportuno, etc.

Pero, ¿Qué indica semánticamente “*si paret*”? Qué es lo que debe aparecer, resultar, acreditarse en la sentencia, si no es “lo que le parece” al juez. Opinaríamos que no es “lo que le parece” sino “lo que se le aparece” al “*iudex*”.

En las teorías procesalistas de la justicia, la justicia puramente procesal se atiene a la observancia de las reglas del proceso. Al no existir ningún criterio previo sobre lo justo o lo injusto, lo que interesa es el “resultado” del proceso que, por haberse desarrollado de acuerdo con reglas preestablecidas, desembocará en un acuerdo deontológicamente válido en cuanto formalmente “correcto”. Desde este punto de vista, el contenido de la sentencia del juez romano, sea cual fuere, sería indiferente o neutro en términos de justicia, pero sería sí un pronunciamiento válido, “correcto” si se ha resguardado la regularidad del proceso.

<sup>15</sup> SCHULZ, F: op.cit.33.- GAIUS, Inst.IV,47,61.

<sup>16</sup> GAIUS, Inst. IV,114.

Entiendo que este criterio no encajaría para nada en la mentalidad romana, por lo contrario, la colmaría de espanto.

El “*ius*”, según el Digesto, proviene de “*iustitiae*”, que es la “*constans et perpetua voluntas suum ius cuique tribuere*” y toda la organización de las instituciones y los procedimientos judiciales estaban encaminadas a encontrar y dar ese “*ius*” que a cada uno corresponde. El “*ius*”, así como no era la ley, tampoco su determinación era un acto voluntarista del juzgador. El *ius*, como dijera Javoleno, estaba puesto en la causa, tenía entidad como estructura inteligible latente que habría de aparecer, hacerse patente con tal evidencia que “con-venciere” produciendo una “convergencia” unificante. Y, como anticipándose a Javoleno, Cicerón había escrito que: “Aun a las cosas más extraordinarias da la naturaleza pequeños principios. Estos no han de sacarse de afuera sino de las entrañas mismas de la causa”.<sup>17</sup>

El juez actúa siempre ante casos litigiosos, es decir, situaciones que suponen una relación de conflicto intersubjetivo sobre personas, cosas y acciones. “Era misión propia de los jueces decir lo que era de cada uno: basta pensar en los términos de la fórmula de reivindicación. La tarea del juez se encontraba definida así: buscar si tal o cual bien, tal o cual esclavo, o tal campo es de tal litigante: *si paret rem de qua agitur Aulii Agerii esse*”<sup>18</sup>. En esa función, el juez es el instrumento por el que se materializa el “*ius civile*”, cuyo fin esencial, al decir, de Cicerón es conservar la legítima y observada proporcionalidad en las cosas y las causas de los ciudadanos (“*Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequibilitatem conservatio*”).<sup>19</sup>

La proporcionalidad, la equidad del reparto, no es el resultado de la mera observancia de las reglas del proceso, no es una decisión “discrecional” del juzgador. Tiene una entidad objetiva de modo tal que de ella resulta el “*ius*”, no de la regla que se aplica (“*Ius non a regula sumatur sed a iure, quod est, regula fiat*”).<sup>20</sup>

En Dig.<sup>21</sup> se lee: “*Verbum “oportere” non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest vel pluris, vel minoris condemnare, sed ad veritatem referatur*”. “La palabra “conviene” no corresponde a la facultad del juez, que puede condenar en más o en menos, sino que se refiere a la verdad”.

<sup>17</sup> CICERÓN. De Orat.II.

<sup>18</sup> M. VILLEY, *Compendio*, op.cit.I,102/3.

<sup>19</sup> CICERÓN, *Tópica*.

<sup>20</sup> Dig. L,XVII,1.

<sup>21</sup> Dig. L,XVI,37.

Análogamente podría decirse que la expresión “*si paret*” no corresponde a la subjetividad mental o emocional del juez sino a la realidad de lo que aparece objetivamente a través de lo probado. En términos gnoseológicos “*adequatio rei et intellectu*”.

En otro pasaje<sup>22</sup>: “*Condemnatum*” *accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententiam valeat; ceterum, si aliqua ratione sententia nullis momentum sit, dicendum est, condemnationis verbum non tenere.* “Debemos entender que fué “condenado” el que fue condenado con arreglo a derecho, de modo que sea válida la sentencia; pero, por si por alguna razón fuere de ningún valor la sentencia, se ha de decir, que no tiene eficacia la palabra condenación”. En otras palabras, la condena aun ajustada al rito procesal (formalmente válida, i.d. “correcta”) no es suficiente si por otra razón (vgr. no ser justa, no convenir a la realidad, etc) no puede considerarse un verdadero acto de justicia.

Tanto es así que si un juez hubiere juzgado falsamente (depravada, mala, inopinada, inadvertidamente) no podía juzgar otra vez el mismo día<sup>23</sup>. Sin duda, se juzga así cuando no se halla la “*ipsa res iusta*” a que se está funcional y como eidéticamente obligado.

Por las dudas<sup>24</sup>, se aclara: “*Nomini appellatione rem significare ait*”. “Con la designación nombre se significa una cosa”. Si las palabras son signos significantes de cosas, la expresión “*si paret*” no puede significar sino la cosa justa que aparece en la etapa “*in iudicio*” y se expresa en la sentencia.

La solución del pleito pasa por la bisagra del “*si paret*”, lo que hace necesario la apreciación de los hechos y demás elementos del mismo, pero quizá se pueda arriesgar que todo ello no se agota en la condicionalidad el “*si paret*” (si aparece, si resulta), sino que lleva implícita un “*ut pareat*”, una valoración de la prueba “para que aparezca” la cosa justa.

La actuación del pretor, de los prudentes, de las partes y sus asesores y finalmente la del juez han de llegar en un resultado, pero no a cualquier resultado, sino un resultado concertante en la “ipsidad” de una “*res iusta*”. Citando a Heidegger y Kasser, dice estupendamente Di PIETRO: “...en la “*res litigiosa*”, las partes, los prudentes, el pretor, el iudex, todos ellos están “concernidos” en torno del anillo de la “*res litigiosa*”<sup>25</sup>. De similar manera podríamos decir que en la sentencia todos están “convergidos” en la

<sup>22</sup> Dig. XLII,I,4,6.

<sup>23</sup> Dig. XLIII,I,62.

<sup>24</sup> Dig. L.XVI,4.

<sup>25</sup> Di PIETRO, A: op.cit, 238.

“*res iusta*” que ha sido fatigosamente hallada en el proceso para asignarla con constante y perpetua voluntad a quien corresponde.

4.- En términos modernos, el proceso civil romano habría sido un medio de resolución “discursiva” de los conflictos, es decir, mediante confrontación de argumentos bajo ciertas reglas preceptivas de los discursos. Los prudentes tenían sus discusiones, sus “*disputationes*”, sus controversias, sus diversas escuelas, etc, de las que dan cuenta la literatura existente. Las partes en el proceso tenían posiciones encontradas que confrontaban argumentativamente según un orden ritual establecido, el pretor en la fórmula definía el litigio en cuanto a las pretensiones de las partes, el núcleo del asunto a tratar y la regla aplicable; el juez resolvía en el marco de la fórmula. Todo estaba ordenado minuciosamente a determinar en cada situación qué correspondía a cada uno, cuál era la “*cosa justa*” objeto de la condena o absolución.

El proceso tendía asimismo a lograr un consenso. Aunque eventualmente no estuvieren conformes con el resultado del pleito, al menos estaba necesariamente presupuesto que el proceso era la vía apropiada para resolver el conflicto y, por ende, la solución debía ser aceptada o cargar con las consecuencias de la no aceptación.

Al proceso precede un suceso real y una relación jurídica que, en el proceso, se convierte en “causa”, “cosa litigiosa”. Aparece el tema u objeto procesal perseguido, impreciso y controversial que se irá perfilando y adquiriendo sus contornos definitivos en todo el trayecto del proceso hasta desembocar en la solución justa. El objeto o tema procesal “*in limine*” está como latente, insinuado; se irá corporizando en el proceso hasta lograr su forma definitiva al concluirse el litigio. Y así como el objeto procesal ha de irse conformando, en cierta forma “construyendo” en el proceso, la solución investigada (*vestigium*) ha de ser desentrañada en el proceso hasta converger en la “*ipsa res iusta*”, como el fin que corona la obra de la justicia (“*finis coronat opus, opus coronat finem*”).

Aquello en que se converge a través del proceso argumentativo es lo que, “se impone” a los participantes por su fuerza de convicción, por su patencia y potencia inteligible y su resistencia a todo el repertorio de razones opuestas.

Pero, ni el objeto procesal ni las soluciones casuísticas son definitivas, universales o finales. Son conocimientos convergentes intersubjetivos como “cosa justa” en el caso dado y cuya “*regula iuris*” puede servir para otros casos similares o análogos, pero siempre queda en expectativa la posibilidad de que en un nuevo proceso, con nuevas indagaciones, nuevas intuiciones, nuevos descubrimientos, nuevos medios, el objeto se construya y la cosa justa “aparezca” como otros matices, perspectivas, alcances.

El derecho, como dijera Santo Tomás, es la “*actio iustitiae*”<sup>26</sup> y, perteneciendo el obrar humano al orden de lo particular, tiene la intrínseca posibilidad de ser de otra manera, según advierte Aristóteles<sup>27</sup>, que también en su *Ética Nicomaquea*<sup>28</sup> nos dice “...lo bueno y lo justo, de cuya consideración se ocupa la ciencia política, ofrecen tanta diversidad y tanta incertidumbre que ha llegado a pensarse que sólo existen por convención y no por naturaleza... En esta materia, por tanto y partiendo de tales premisas, hemos de contentarnos con mostrar en nuestro discurso la verdad en general y aun con cierta tosquedad. Disertando sobre lo que acontece en la mayoría de los casos y sirviéndonos de tales hechos como premisas, conformémosnos con llegar a consideraciones del mismo género”. Lo que postula el Estagirita es un cierto tipo de acción que permanece sobre la variedad y contingencialidad<sup>29</sup>; en otras palabras, que el accionar humano varía dentro de un cierto marco (tipo) estable. Y todo lo existente tiene una causa final un “*telos*” al que tiende, está como animado por una “*kínesis*” o movimiento hacia su perfección. De allí que el acto de la justicia sea siempre perfectible.

Horacio preceptuó que hay un “modo”, una posibilidad de discrecionalidad en el manejo de las cosas, pero finalmente hay ciertos límites fuera de los cuales no puede tener consistencia nada recto”. “*Est modus in rebus: sunt certi denique fines quos ultra citraque nequit consistere rectum*”.

Todo el proceso se compone de una confrontación argumentativa de posiciones y pretensiones a dirimir con ajuste a reglas (principio de argumentación discursiva) que han de conducir y concluir en una meta compartida (principio de consenso), que no es necesariamente consecuencia de haberse observado las reglas ni puede consistir en cualquier contenido legítimo por la sola observancia de las mismas (justicia puramente procesal). Se trata de un punto final concurrente, no en una mera decisión sino en una “cosa justa” (justicia convergente), que puede estar dotada de todas las posibilidades de ser distinta que tiene la acción humana, pero siempre dentro de cierta medida, cierta “*ratio*” que se impone como marco de una convergencia intersubjetivamente alcanzada en el caso, sin por ello clausurar la posibilidad de perfeccionamiento propia de todo acto humano (principio de falibilidad).

<sup>26</sup> *Summa Theolog.* II-II-57,1.

<sup>27</sup> *Metafísica*: I,981,a).

<sup>28</sup> *Étic. Nic.*I-III.

<sup>29</sup> GUARIGLIA Osvaldo: “Consideraciones sobre el concepto aristotélico de justicia”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires nro.2. Idem: *La Ética en Aristóteles y la moral de la virtud*. Eudeba. Buenos Aires.

