

# DERECHO ROMANO E ILUSTRACIÓN

---

EN UNA HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES, EL DERECHO APARECE COMO LA expresión estabilizada, racionalizada en un momento dado, de relaciones sociales y económicas, de doctrinas y de tendencias ideológicas, de intervenciones de grupos dominantes o de personalidades decisivas. No hay una clave única que permita en todas la circunstancias determinar las leyes de aparición y de desarrollo del derecho.

Jacques Ellul,  
*Histoire des Institutions*, I, p. 6

Adam Smith y el derecho,  
*Federico Escobar Córdoba*



# ADAM SMITH Y EL DERECHO\*

FEDERICO ESCOBAR CORDOBA

This article concentrates on Adam Smith's legal analysis and his valuable method of studying law, particularly in his *Lessons on Jurisprudence*. The author first sketches the legal context of the *Lessons*, and identifies its original audience. Then, he focuses on the presence of Roman Law in that work, referring to two aspects that the editors of the Glasgow Edition consider mistaken or imprecise. The author analyzes both elements, and offers possible explanations that underline the sophistication of Smith's ideas on law. Finally, the article recognizes three levels of analysis that Smith uses in the *Lessons*, whose interaction would make a significant contribution to contemporary legal literature.

## 1. Adam Smith como jurista

Adam Smith (1723-1790) ha gozado, y al mismo tiempo ha sufrido, por ser ampliamente reconocido como uno de los fundadores de la economía política. De hecho, quienes hoy conocen el nombre de Smith tienden a asociarlo con la economía, y tal vez con la variedad de la economía catalogada como liberal, atada a frases del corte de *laissez-faire* y "mano invisible."

Sin embargo, no es erróneo afirmar que Smith ha *sufrido* esta fama, dado que ella ha logrado oscurecer su plenitud como pensador. Cuando se vinculó a la Universidad de Glasgow en 1751, después de haberse graduado de la misma universidad, lo hizo como profesor de Lógica. Al año murió el profesor titular de Filosofía Moral, y Smith pasó a ocupar ese puesto. Las clases que dictó como *Chair of Moral Philosophy*, desde 1752 hasta su retiro de la universidad en 1764, constituyeron el plan académico del resto de su vida. El curso de Smith estaba compuesto de cuatro partes: (1) Teología

---

\*Este trabajo ha sido leído y discutido con los demás investigadores del proyecto "La ilustración escocesa y el nacimiento de la economía política", de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi.

Natural, (2) Ética, (3) La parte de la moralidad que se refiere a la Justicia, y (4) Las regulaciones políticas basadas no en la justicia sino en la eficiencia (*expediency*).<sup>1</sup>

La primera parte de este curso no dejó rastro histórico. En cambio, con fundamento en la segunda parte Smith desarrolló la obra *Theory of Moral Sentiments* (1759) (*La teoría de los sentimientos morales*); es la base de su proyecto filosófico y el texto que Smith más quería. La cuarta parte sirvió como fuente de *An Inquiry into the Nature And Causes of the Wealth of Nations* (1776), conocida en español como *La riqueza de las naciones*, su obra más famosa.

A su vez, la tercera parte recogió los estudios de Smith sobre el Estado y el derecho. Smith tuvo la intención de convertirlos en un libro, pero no alcanzó a hacerlo, y permanecieron inéditos hasta 1896. En ese año el académico Edwin Canaan publicó un texto que había descubierto el año anterior: era una recopilación de los apuntes de uno o más estudiantes de la clase de Smith; alguien los había recogido y encuadernado con el probable propósito de venderlos. Ese manuscrito hoy se conoce como LJ(B), en razón del nombre de la obra, *Lectures on Jurisprudence* (*Lecciones de jurisprudencia*). Las notas parecen haber sido tomadas en la sesión académica de 1763 a 1764, pero la recopilación tiene la fecha 1766. Además de este texto, en 1958 otro académico, John M. Lothian, descubrió en una subasta en Aberdeen un reporte de las clases que Smith dictó en la sesión de 1762 a 1763. El autor parece haber sido un estudiante que pasaba las notas poco después de cada clase; alcanzó a completar seis volúmenes. Esta obra se conoce como LJ(A); su contenido es más detallado pero menos pulido y abarca menos temas que LJ(B).

En estos textos Smith se muestra como un estudioso del derecho, confirmando así su diversidad de intereses y capacidades. Si bien las obras publicadas de Smith demostraban que conocía y confrontaba problemas jurídicos, fue con el descubrimiento de los manuscritos de sus *Lecciones de jurisprudencia* que el alcance de sus estudios en derecho se hizo evidente. De hecho, Knud Haakonssen, autor del principal análisis jurídico sobre Smith, resalta la “facilidad con la que él entra en discusiones críticas de asuntos relativamente detallados del derecho.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> La organización de la materia de Smith se la debemos a un reporte de John Millar. Este documento lo reproducen los editores (R. L. Meek, D. D. Rápale, y P.G. Stein) de la Edición Glasgow de *Lectures on Jurisprudence* (Indianapolis: Liberty Fund [1982]), en su “Introduction,” p. 3.

<sup>2</sup> Knud Haakonssen, *The Science of a Legislator: The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*. Cambridge: Cambridge University Press (1981), p. 111. Haakonssen hace este comentario en el contexto de la discusión de Smith sobre los derechos reales distintos a la propiedad.

La manera en que Smith aborda el derecho es distinta a la que es tan conocida entre los abogados. En las páginas que siguen me concentraré en los comentarios de Smith sobre el derecho romano para examinar algunas de sus ideas y para destacar su poderosa técnica de análisis del derecho, que tiene mucho que aportar a la dogmática jurídica contemporánea.

## 2. El derecho que conoció Smith y el público al que se dirigían sus *Lecciones*

Antes de pasar al derecho romano, es importante recordar dos aspectos de los escritos jurídicos de Smith: su contexto y su audiencia.

En primer lugar, Smith nació y vivió en Escocia, y las particularidades del derecho escocés pueden afectar sus escritos, como lo propondré más adelante. Es necesario, entonces, caracterizar muy brevemente ese derecho. En el artículo de la *Encyclopaedia Britannica* sobre los sistemas jurídicos, titulado “Legal systems,” los autores dicen que en el siglo anterior a la unión de los parlamentos inglés y escocés en 1707, Escocia “adoptó como guía mucho del derecho romano que había sido desarrollado por los juristas de Holanda y Francia. Pero es una falacia suponer que el derecho de Escocia se fundó en el derecho de Roma: los escoceses sólo recurrieron al derecho romano, o al civil, cuando había un vacío en su propio *common law* o derecho consuetudinario.” Igualmente, Kenneth Mackinnon afirma que “aunque el derecho escocés no es un sistema puro de derecho civil,” es más civilista que el derecho inglés.<sup>3</sup>

Por lo tanto, Escocia se nutría tanto de la vertiente romanística del derecho continental, como de una tradición con marcado énfasis jurisprudencial, afín al *common law* inglés. Incluso, comparando ambos sistemas, Smith parece haber considerado que el derecho creado por los jueces es más propicio para el desarrollo de una sociedad comercial que el derecho positivo, dado que las reglas derivadas de las decisiones concretas de los jueces atienden el criterio de corrección brindado por un tercero imparcial, que no está necesariamente presente en las normas dictadas por un poder legislativo.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Kenneth A. B. Mackinnon, “Adam Smith on Delictual Liability.” *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics*. Ed. Robin Paul Malloy y Jerry Evensky. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers (1995).

<sup>4</sup> Es la tesis de John W. Cairns, quien dice: “Sin embargo, el *common law* era el mejor tipo de derecho, en el sentido de ser más cercano a la justicia, ya que surgió directamente de los casos que requerían la simpatía de un espectador [*spectatorial sympathy*], en vez de especulación abstracta” (“Adam Smith and the Role of the Courts in Securing Justice and Liberty.” *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics*. Ed. Robin Paul Malloy y Jerry Evensky. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers (1995), p. 45; ver, además, la página 33).

Para señalar dos ejemplos de la presencia del derecho escocés en Smith, él se refiere con alguna frecuencia a las reglas específicas de este derecho, como veremos en el caso del contrato de mutuo. Además, aunque sus estudios sobre los tribunales les dedican más tiempo a las cortes inglesas, él también demuestra suficiente conocimiento de los tribunales escoceses, y en concreto de su tribunal principal, el *Court of Session*.<sup>5</sup>

El segundo elemento para tener en cuenta al estudiar los escritos jurídicos de Smith es su audiencia. Los textos que tenemos no fueron obras que Smith preparó para el público en general, sino que fueron construidos con base en apuntes de clase. La audiencia de las *Lecciones* estaba compuesta, entonces, por estudiantes. Muchos de ellos eran conocedores del derecho, a quienes Smith les ofrecía una crítica filosófica, y muchos eran, además, miembros destacados de la sociedad escocesa que luego serían figuras influyentes en su país. “Para alguien de la mentalidad reformista de Smith,” comenta John W. Cairns, “una situación como esta ofrecía una oportunidad de influenciar la manera en que los abogados y estadistas del futuro veían su sistema jurídico y de proponer soluciones para las deficiencias en el sistema, tanto al nivel de las normas individuales como al nivel de sus instituciones, tales como los tribunales.”<sup>6</sup> El mismo autor se pregunta (p. 53) si una serie importante de reformas a la *Court of Sessions* escocesa, realizada en el siglo XIX, habría tenido su origen en las críticas que Smith le formuló a ese tribunal.

Uno de los efectos que se derivan del público que tuvieron las *Lecciones* es que parte del análisis puede estar dirigido no sólo a describir el sistema existente, sino a integrar propuestas de cambio. Es posible que haya sucedido algo así en una referencia que Smith hace a los cuasicontratos.

Ahora, teniendo en cuenta el contexto jurídico de los comentarios de Smith, y la audiencia a la que estaban dirigidos, veamos la presencia del derecho romano en las *Lecciones*.

### 3. El derecho romano en Smith

En sus *Lecciones de jurisprudencia*, Adam Smith revela ser un ávido lector del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Smith cita una variedad de temas del

---

<sup>5</sup> Al respecto, ver el estudio en: John W. Cairns, “Adam Smith and the Role of the Courts in Securing Justice and Liberty.” *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics*. Ed. Robin Paul Malloy y Jerry Evensky. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers (1995), en particular, pp. 46-53.

<sup>6</sup> John W. Cairns, “Adam Smith and the Role of the Courts in Securing Justice and Liberty.” *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics*. Ed. Robin Paul Malloy y Jerry Evensky. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers (1995), en particular, p. 35.

derecho romano<sup>7</sup>: la autoridad del padre sobre los hijos, que incluía la facultad de abandonarlos en ejercicio del *ius vitae et necis* (pp. 126-128); la condición de los esclavos en Roma (pp. 131-133), y las maneras en que los emperadores los protegieron (pp. 134-136); la agencia oficiosa (*negotiorum gestio*) como una forma de cuasicontrato compatible con la equidad (p. 341); el principio de abandono noxal de los *paterfamiliae* sobre sus esclavos (pp. 343-344). En total, los editores de la Edición Glasgow (*Glasgow Edition*) de las *Lecciones* reportan cincuenta referencias al *Corpus Iuris*, en ambos manuscritos, y otras trece a la Ley de las Doce Tablas.

Algunos de los comentarios de Smith sobre el derecho romano son brillantes. Un ejemplo de su capacidad es la respuesta que le da a esta pregunta: ¿Por qué los emperadores y no los republicanos protegieron a los esclavos? Para Smith, en “un gobierno despótico los esclavos pueden ser tratados mejor que en un gobierno libre, donde cada ley es hecha por sus amos, quienes nunca van a hacer nada perjudicial para sí mismos” (LJ(B) 135).<sup>8</sup> Hay más: a través de la historia romana, la condición de los hijos y la de las esposas mejoró. Smith observa que fue porque ellos gozaban de redes de amigos ante quienes quejarse. En cambio, los sirvientes, generalmente recluidos y alejados de sus culturas, no tenían esas redes, por lo cual no podían contar con otros que defendieran su causa; así su situación empeoró hasta que se convirtieron en esclavos que, ante el derecho, ocupaban un terrible lugar.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Las páginas citadas en este párrafo se refieren a LJ(B), según la paginación original reproducida en el volumen V de la Edición Glasgow: Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence*. Eds. R. L. Meek, D. D. Raphael, y P. G. Stein. Indianapolis: Liberty Fund (1982). Las referencias posteriores que incluyen un número romano, como “iv.75,” indican el volumen y la página correspondiente, en LJ(A), paginación también reproducida en esa edición de las *Lecciones*.

<sup>8</sup> “In a despotic government slaves may be better treated than in a free government, where every law is made by their masters, who will never pass anything prejudicial to themselves.”

<sup>9</sup> “En la medida en que el poder del esposo se suavizaba a través de los amigos de la esposa, con quienes ella estaba conectada y ante quienes podía quejarse, el poder del padre se suavizaba de igual manera. Pero no fue así con los sirvientes; ellos no tenían nadie ante quién quejarse, no tenían una conexión con nadie, así que, sin nadie que compartiera su posición, ellos cayeron necesariamente en un estado de esclavitud” (“As the power of the husband was softened by means of his wife’s friends with whom she was connected and to whom she could complain, so that of the father was softened by the same means. But it was not so with the servants; they had no body to whom they could complain, they had no connection with any person, and having none to take their part they necessarily fell into a state of slavery”) (pp. 130-131). Al estudiar la condición de los esclavos en Roma, siempre es saludable recordar el comentario de un personaje de Petronio en *El Satiricón*: “De hecho, mi padre era un rey. ¿Por qué soy tan solo un libertino ahora? Porque me entregué a la esclavitud de mi propia voluntad. Quería terminar como un ciudadano romano, no un peregrino que paga impuestos” (57.4). La cita muestra que era plausible que un príncipe extranjero estuviera dispuesto a ser esclavo con tal de llegar a ser ciudadano romano, indicando que la condición de los esclavos no podía ser tan desagradable que nadie querría vivirla.

Si pasamos ahora a las formas de adquirir el dominio, Smith ofrece una reflexión sobre la ocupación que rebosa los usualmente diminutos reportes dogmáticos sobre el tema entre los doctrinantes del derecho romano. Él se pregunta por la justificación de la ocupación, y en vez de remontarse, como es tan común, a los tipos de cosas susceptibles de ocupación, centra el problema en lo siguiente: la ocupación “parece estar bien fundada cuando el espectador acepta mi posesión del objeto, y aprueba lo que hago cuando defendiendo esa posesión por la fuerza.”<sup>10</sup> Aquí Smith usa la figura del “espectador imparcial” para evaluar la legitimidad de una figura jurídica en la sociedad; es un recurso novedoso y enriquecedor, tomado de la *Teoría de los sentimientos morales*, como veremos más adelante. En LJ(A), Smith continúa asociando la ocupación con el espectador imparcial, explicando que la aceptación del espectador se debe a que reconoce en el primer poseedor una “expectativa razonable” de usar el objeto de la ocupación.<sup>11</sup> En esta versión de las *Lecciones* Smith hace un estudio mucho más extenso de la figura (i.26-i.63), en el que enmarca la discusión dentro de las etapas por las que, dice, pasa la humanidad (cazadores, pastores, agricultura, y comercio), y considera factores como el inicio y el fin de la propiedad.

#### 4. ¿Imprecisiones de Smith sobre el derecho romano?

A pesar del importante lugar que ocupa el derecho romano en las *Lecciones*, un especialista actual notará algunas posibles imprecisiones o equivocaciones en la aproximación de Smith a la materia. Ellas no son serias, y de hecho sólo comentaré dos que los editores de la Edición Glasgow resaltan. Encontrar dos posibles imprecisiones en el océano de referencias que hace Smith al derecho romano en las *Lecciones* es muestra del rigor jurídico del autor. Las descripciones que siguen no deben, por lo tanto, invitar al lector a menospreciar el conocimiento romanista de Smith. De hecho, el detalle de los siguientes comentarios se justifica porque, a pesar de iniciar como una manera de defender al autor de un error, terminan destacando su lugar dentro del debate jurídico e introduciendo su método de análisis del derecho.

<sup>10</sup> Occupation “seems to be well founded when the spectator can go along with my possession of the object, and approve me when I defend my possession by force” (LJ(B) 150).

<sup>11</sup> “La causa de esta simpatía o concurrencia entre el espectador y el poseedor es que el espectador entra en sus pensamientos y concuerda con la opinión del poseedor de que puede formar una expectativa razonable de usar la fruta, o cualquier cosa, en la manera que le plazca” (“The cause of this sympathy or concurrence betwixt the spectator and the possessor is, that he enters into his thoughts and concurs in his opinion that he may form a reasonable expectation of using the fruit or whatever it is in what manner he pleases”) (LJ(A) i.36).

#### 4.1. Cuasicontratos.

La primera de las posibles imprecisiones surge en el contexto del daño. Smith indica tres maneras en las que se puede herir a una persona: como persona, como miembro de una familia, y como miembro de un Estado. En la primera categoría (como persona), el autor distingue dos tipos de derechos a los que se les puede causar daño: los derechos naturales, que corresponden al cuerpo y a la reputación de una persona; y los adquiridos, que corresponden al patrimonio. Los derechos adquiridos se dividen en derechos reales y personales. Dentro de los personales Smith menciona los contratos, los cuasicontratos, y los delitos. En nuestra tradición estos conceptos se ubicarían en una discusión sobre las fuentes de las obligaciones.<sup>12</sup>

El problema que señalan los editores de la Edición Glasgow es que Smith, hablando sobre los cuasicontratos, da el siguiente ejemplo: “Si una persona me presta una cantidad de dinero, tiene derecho no sólo a esa cantidad, sino también a los intereses.”<sup>13</sup> Éste no es un ejemplo de un derecho cuasicontractual, que Smith define como “el derecho que uno tiene a que lo compensen por la molestia y el gasto necesarios para atender los asuntos de otro.”<sup>14</sup> De acuerdo con la objeción, si una persona me presta una cantidad de dinero, esa persona y yo estamos celebrando un contrato, así que los intereses son de naturaleza contractual. Los editores glosan el texto con la siguiente nota: “El préstamo, siendo el resultado de un acuerdo, es un contrato, no un cuasicontrato. A Smith lo pudo haber confundido [una afirmación de] Hutcheson [...].”<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Sin embargo, los análisis en términos de “daño” y de “fuentes de las obligaciones” no son incompatibles. El siguiente es un intento de mostrar la coherencia entre uno y otro: un espectador imparcial desapruueba ciertas formas de daño que una persona le puede causar a otra; en el pasaje citado, Smith clasifica esas formas. El derecho, incorporando el resentimiento del espectador imparcial, protege a las personas del daño reprochado, y lo hace mediante la figura de los derechos. Un derecho radicado en cabeza de una persona genera obligaciones para otra. Así, una persona tiene derecho a que le cumplan lo pactado en un contrato porque, por un lado, el espectador imparcial desapruueba el daño que se le causaría a alguien si le generan expectativas mediante una promesa y no la cumplan; y, por otro lado, un contrato es fuente de obligaciones, y el obligado debe responder por su incumplimiento. En este contexto, es enriquecedor el comentario de Haakonssen sobre los derechos naturales y adquiridos: “ambas clases de derechos tienen el mismo fundamento, o sea el resentimiento basado en simpatía [*sympathetic resentment*] del espectador imparcial ante los daños contra los cuales los derechos son una protección” (*The Science of a Legislator: The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*. Cambridge: Cambridge University Press (1981), p. 101).

<sup>13</sup> “If a man lend me a sum of money he has a right not only to the sum, but to interest also” (p. 10).

<sup>14</sup> “Quasi contract is the right which one has to a compensation for necessary trouble and expence about another man’s affairs” (p. 10).

<sup>15</sup> Edición Glasgow, página 401, nota 5.

Sin embargo, no es tan claro que estemos en presencia de una equivocación, y hay por lo menos dos maneras de entender lo que propone Smith: la primera es que él sugiere una reforma, y la otra es que adoptó una posición ante una figura fluctuante.

#### 4.1.1. Propuesta de reforma.

De acuerdo con el modo antiguo de pactar intereses en el derecho romano, las partes debían hacerlo mediante una *stipulatio* adicional al contrato de mutuo correspondiente al préstamo del dinero.<sup>16</sup> Smith explica que, para ese sistema jurídico, en el contrato de mutuo “el beneficio está, normalmente, del todo del lado del mutuuario [...]. Incluso, el contrato de mutuo se entiende gratuito, dado que no implica ninguna recompensa o ningún interés [para el acreedor]. Aún en nuestro derecho nadie debe intereses sobre el dinero prestado salvo que las partes los mencionen por separado.”<sup>17</sup> Así, en el derecho romano, y en el escocés que conoció Smith, el contrato de mutuo no generaba intereses por sí solo. Ésta es la regla del Código Civil colombiano actual, redactado en el siglo XIX, según la cual los intereses sólo se causan si las partes los pactan.<sup>18</sup>

Es posible que Smith, insatisfecho con esa regulación, haya propuesto prudentemente una solución intermedia entre la que estaba vigente en su época y la que hoy ofrece el derecho comercial. Para el derecho mercantil actual, fundado en buena medida en el ánimo de lucro de los comerciantes, el silencio sobre los intereses en un préstamo de dinero causa intereses legales.<sup>19</sup>

Sin contradecir su definición de cuasicontrato, Smith pudo haber considerado que los intereses, salvo que las partes los pacten, son de naturaleza cuasicontractual, por ser una forma de compensarle al acreedor lo que dejó de percibir mientras su dinero estaba atendiendo los asuntos de otro. Es un planteamiento coherente con la manera en que Smith describió el contrato de mutuo: no implica ninguna re-

---

<sup>16</sup> Ver: R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Clarendon Press (1990, 1996), p. 155.

<sup>17</sup> “[T]he profit is intirely in ordinary cases on the side of the mutuarius [...]. For even in the mutuum th[e] contract is reckond to be gratuitous, as no reward or interest is given. And even in our law no interest is due on the loan of money unless it be seperately mentioned” (LJ(A) ii.79). Smith repite este punto, pero reducido a una sola frase, en LJ(B) 178.

<sup>18</sup> El artículo 2230 del Código Civil colombiano dice: “Se puede estipular intereses en dinero o cosas fungibles.”

<sup>19</sup> El artículo 1163 del Código de Comercio colombiano dice: “Salvo pacto expreso en contrario, el mutuuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales de las sumas de dinero o del valor de las cosas recibidas en mutuo. [...]”

compensa para el acreedor. Un acreedor que demande al deudor para cobrar intereses estaría demostrando que el préstamo le generó costos adicionales sin generarle beneficios y que no tiene la intención de exonerar al deudor de su pago. Es una situación análoga a la del agente oficioso que demanda a la persona cuyos asuntos defendió. Vistos así los intereses, un préstamo siempre implicaría la posibilidad de accionar por los intereses no pactados. Smith habría planteado, pues, una reforma; no olvidemos que Smith dictaba sus clases ante un público de estudiantes destacados e influyentes, a muchos de los cuales él les querría extender el ánimo crítico de la filosofía, además de propuestas concretas de cambio.

#### 4.1.2. Toma de posición ante una figura fluctuante.

Otra posible explicación de por qué Smith describe como cuasicontractuales los intereses en un contrato de mutuo es que la noción de cuasicontrato no había alcanzado una formulación estática en la época de Smith, y él asumió una posición en el debate que le permitió aplicar la figura en este caso. La explicación apunta hacia tres elementos: las variaciones en la institución del cuasicontrato desde sus orígenes, la ubicación cronológica de Smith antes de la codificación, y la permanente duda sobre los alcances de este concepto.

En el derecho romano coexistieron varias clasificaciones de las fuentes de las obligaciones: en Gayo encontramos una clasificación bipartita, en el *Digesto* una tripartita y una quinaría, y en las *Instituciones* de Justiniano una cuatripartita.<sup>20</sup> Desde su origen, la noción de cuasicontrato no fue precisa; Justiniano se refiere a “obligaciones que se entiende que no surgen propiamente de los contratos, pero, no obstante, porque no participan de la naturaleza de un acto ilícito, se considera que surgen ‘como de un contrato’ (*quasi ex contractu*)” (*Instituciones* 3.23). La definición anterior es, claramente, una manera de completar un vacío de una clasificación, que los hechos habían vuelto evidente, y no es un modelo de precisión.

253

La vaguedad en los inicios del cuasicontrato se tradujo en incontables debates. Zimmermann explica el tormentoso recorrido del cuasicontrato por la historia del derecho civil, señalando “la composición desordenada de esta categoría” y “la ausencia percibida de un criterio positivo común que lo distinga del contrato.” Él indica que el contrato de mutuo y el enriquecimiento sin causa proviniéron de la misma raíz, y, aunque su desarrollo posterior los separó, esa afinidad se prestó para confusiones.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Ver: Hernán Valencia Restrepo, *Derecho privado romano*. Bogotá: Temis (1986), pp. 292-294 (§ 425).

<sup>21</sup> R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Clarendon Press (1990, 1996), pp. 20-21.

El inicio oficial de la era de los códigos fue la promulgación del Código de Napoleón en 1804. Con la codificación, dice Paolo Grossi, la “legolatría ilustrada inmoviliza el derecho en su momento de producción,” y el producto pretende ser unitario, completo, y exclusivo.<sup>22</sup> Un resultado concreto de este esfuerzo simbólico y político fue obtener leyes cuyo texto era relativamente fijo y que se aplicaban de manera homogénea por un territorio. De ese modo, muchos debates que hervían entre doctrinantes, y entre normas descentralizadas y maleables, los podía acallar el poder legislativo con un solo renglón.

Las disputas en torno a la definición de los cuasicontratos aún continúan hoy, a pesar de existir normas al respecto desde hace varios siglos. Un representante doctrinante nacional, Guillermo Ospina Fernández, señala que esta noción sufre del “defecto capital” de haber amalgamado “dos figuras distintas y dotadas independientemente de eficacia jurídica,” como el enriquecimiento sin causa y el acto jurídico unipersonal.<sup>23</sup>

Si el cuasicontrato, ya regulado por normas codificadas, sufre de un “defecto capital,” si además sus orígenes fueron “desordenados,” y su vida posterior tormentosa, es factible que lo que vemos en Smith sea una de las tantas convulsiones que experimentó el cuasicontrato durante su evolución. Adicionalmente, Smith escribió antes de las codificaciones, por lo cual es de esperarse que las discusiones en torno a las instituciones jurídicas, carentes de un sustento normativo de la estirpe de un código, tuvieran un vigor especial. Además, él escribió en un contexto marcado por el *common law*, donde las reglas se construyen sin el grado de abstracción y el ánimo de permanencia que se evidencian en el derecho positivo.

Entonces, antes de considerar como una equivocación el ejemplo de Smith sobre los intereses, habría que preguntarse si el concepto de intereses correspondía a lo que él y seguramente otros de su época entendían por cuasicontrato. Otro ejemplo semejante, que los editores de la Edición Glasgow no tildan de erróneo, aparece cuando Smith habla de la acción de la que goza el fiador contra el deudor garantizado, una vez el fiador paga la deuda. Él dice que esta acción es cuasicontractual,<sup>24</sup> pero en la formulación actual del contrato de fianza<sup>25</sup> la acción está contemplada de manera explícita, y

<sup>22</sup> Paolo Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. M. Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta (2003), pp. 84 y 76.

<sup>23</sup> Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis (2001), p. 42 (§ 47).

<sup>24</sup> LJ(A) ii.86 y LJ(B) 180-181.

<sup>25</sup> Por ejemplo, en el artículo 2395 del Código Civil colombiano: “El fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada del deudor. [...]”

es, por lo tanto, contractual. La concepción de Smith sobre los cuasicontratos puede ser diferente de la que llegó a prevalecer en el derecho moderno, pero es cuando lo medimos a él con parámetros actuales, inexistentes en su momento, que calificamos sus afirmaciones como errores. No obstante, con alguna frecuencia los comentaristas sucumben a la tentación de encontrar supuestos errores en procesos históricos: Kenneth A. B. MacKinnon, por ejemplo, dice que Smith cometió un “error común en su tiempo” al distinguir tres clases de negligencia, identificadas como culpa lata, leve, y levísima.<sup>26</sup> Es justo preguntar con base en qué el autor estima que esa clasificación es un error; no olvidemos que desde mediados del siglo XIX el Código Civil colombiano<sup>27</sup> ha acogido este error como una regla de derecho vigente.

#### 4.2. El matrimonio romano.

La otra posible imprecisión, o serie de imprecisiones, que los editores de la Edición Glasgow señalan se presenta cuando el autor estudia, en LJ(B), las formas del matrimonio entre ciudadanos en Roma. Smith dice que había tres: *confarreatio*, *coemptio*, y *usus*.<sup>28</sup> Dice que posteriormente los romanos inventaron otra, la *deductio in domum*, que era una forma contractual de matrimonio que implicaba acuerdo sobre ciertos términos y una posterior ceremonia en la que el esposo se llevaba a la esposa a su casa; Smith subraya que esta forma de matrimonio, a diferencia de las anteriores, no legitimaba a los hijos.<sup>29</sup>

##### 4.2.1. Primer posible problema: *manus* y matrimonio.

La descripción anterior alberga algunos posibles problemas. Primero, las tres formas de matrimonio que Smith invoca son de hecho formas de entrar en la *manus* del esposo, no formas de contraer matrimonio. Antes de ofrecer una explicación sobre este punto, es necesario distinguir estas figuras.

Por un lado, Barry Nicholas dice que “hay pocas instituciones romanas que difieren de manera tan fundamental de sus instituciones análogas modernas como el matrimonio.”<sup>30</sup> Principalmente, esto se debe a que el matrimonio romano dependía, en todas sus fases, de la *affectio maritalis*, o afecto conyugal. Las manifestaciones de esta *affectio* bastaban para que se considerara que una

<sup>26</sup> “Adam Smith on Delictual Liability.” *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics*. Ed. Robin Paul Malloy y Jerry Evensky. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers (1995), p. 85.

<sup>27</sup> Artículo 63.

<sup>28</sup> LJ(B) 106, LJ(A) iii.6.

<sup>29</sup> LJ(B) 107; esto contrasta, como lo indicaré más adelante, con LJ(A) iii.8-9.

<sup>30</sup> Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*. Oxford: Clarendon Press (1962), p. 80.

pareja estaba casada, y las expresiones de su fin servían para dar por terminado un matrimonio.<sup>31</sup> El divorcio era, por lo tanto, bastante más sencillo en Roma que hoy. No obstante, ciertos períodos estuvieron marcados por movimientos contra la libertad para divorciarse, alcanzando finalmente el matrimonio casi indisoluble del cristianismo.

Por otro lado, la *manus* es una institución que afirmaba el señorío del esposo sobre su cónyuge, y constituía una verdadera potestad del esposo, afín a la patria potestad. La esposa *in manu* pierde el parentesco civil que tenía con su propia familia, y lo adquiere con su nueva familia, asumiendo el lugar de una hija de su esposo<sup>32</sup> (*in loco filiae*) y de una hermana de sus propios hijos. Los bienes de la mujer pasaban bajo el control de su cónyuge. Además, estar casada con *manus* limitaba la facultad de una mujer de divorciarse. Esta figura decayó hacia el final de la República, pero fue sólo Justiniano quien la disolvió del todo.

El matrimonio y la *manus* son, pues, instituciones similares, e incluso relacionadas entre sí, pero diferentes. Smith parece confundirlas cuando señala los tres procedimientos para entrar en la *manus* como tipos de matrimonio. Sin embargo, teniendo en cuenta dos ideas, este problema no es tan grave.

Primero, la conexión entre ambas instituciones es terreno fértil para la confusión. Guzmán Brito dice que la constitución de la *manus* “aviene a través de ciertos modos típicos, del todo distintos al modo en que se celebra un matrimonio,” pero señala que en la “época arcaica y en parte de la clásica inicial, normalmente van unidos el *matrimonium* y la *manus* [...]”<sup>33</sup> Petit describe como una mera “con-

<sup>31</sup> Al respecto, son útiles las observaciones de César Rascón García, en su *Manual de derecho romano* (Madrid: Editorial Tecnos [1992]): “La concepción del matrimonio en las modernas legislaciones apenas tiene nada que ver con la que tuvieron los romanos hasta época tardía. Actualmente, el matrimonio se hace depender de la voluntad recíproca de los esposos de ‘contraer’, manifestada conforme a unas formalidades que están previstas en las normas. Este consentimiento inicial unido a la forma determina la existencia del vínculo jurídico, sin tener en cuenta ninguna otra circunstancia, como la convivencia de los cónyuges o el afecto que se profesen. Es más, lo quieran o no, permanecerán casados, con todas las consecuencias jurídicas que esto conlleva, en tanto la autoridad judicial no dicte una resolución declarando el divorcio o la separación.

Los romanos, por el contrario, concibieron el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer libres que tenían el *connubium* o facultad de constituir una relación matrimonial conforme al derecho romano, con la voluntad continua de ser esposo y esposa. Era precisamente esa voluntad recíproca, denominada  *affectio maritalis*, la que determinaba la existencia del matrimonio” (pp. 86-87).

<sup>32</sup> Refiriéndose a esta figura, en el contexto de las sucesiones, Smith dice que la esposa “se consideraba en la calidad de una hija” (“She was considered in the character of a daughter [...]”) (LJ(A) i.94).

<sup>33</sup> Alejandro Guzmán Brito, p. 351.

jetura<sup>34</sup> la teoría que indica que antes de las Doce Tablas las formas de entrar en la *manus* eran también las formas matrimoniales. Es muy posible que Smith haya conocido esta teoría, y que sus ideas estén basadas principalmente en la concepción arcaica del matrimonio.<sup>35</sup>

Segundo, las fuentes con las que trabajaba Smith se prestaban para aumentar el problema, como indicaré, en términos generales, más adelante. En este caso concreto, Smith no disponía de las *Instituciones* de Gayo, que contienen observaciones sobre la *manus* que la doctrina moderna ha utilizado para caracterizar esta figura. Otro origen del planteamiento de Smith puede ser el autor Heineccius, a quien los editores de la Edición Glasgow identifican como una fuente de Smith en el tema del matrimonio.<sup>36</sup>

En últimas, los editores no destacan la clasificación de Smith como un error, y es factible que, dado el material con el que el pensador escocés trabajó, no lo sea.

#### 4.2.2. Segundo posible problema: La forma del matrimonio.

Un segundo problema con la descripción es la posibilidad de que Smith esté pasando la *deductio* como una forma contractual de matrimonio en la que la ceremonia era fundamental. Smith dice que, en la *deductio*, “las partes acordaban ciertos términos contractuales, y luego venía el esposo y se llevaba a su esposa a la casa.”<sup>37</sup> Si este comentario sugiere que el traslado de la mujer a la casa del esposo es un requisito para perfeccionar el matrimonio, habría una imprecisión.

<sup>34</sup> Eugène Petit, *Tratado elemental de derecho romano*. Trad. José Ferrández González. México DF: Editora Nacional Edinal (1963), p. 122 (§ 98).

<sup>35</sup> Una objeción a esta teoría surge de la forma de entrar en la *manus* conocida como *usus*, a la que Smith se refiere un par de veces y que describe como “prescripción.” De acuerdo con este procedimiento, si una mujer pasaba todo el año en el lecho de su marido, él adquiría sobre ella la *manus* como lo haría un poseedor que adquiere la propiedad de una cosa mueble por prescripción (LJ(A) iii.6). Ella podía interrumpir este proceso a través de la *trinocitium*: “se instruía a la mujer que se ausentara de su marido tres noches cada año, lo que interrumpía la prescripción” (“she was directed to be absent from her husband three nights every year, which interrupted the prescription”) (LJ(A) i.157). El *usus* constituye una objeción a la asimilación de las formas de entrar en las *manus* con las formas de contraer matrimonio en la medida en que es un proceso dirigido a adquirir una verdadera potestad, más que a demostrar la *affectio maritalis*. Además, a diferencia de la *confarreatio* y la *coemptio*, el *usus* no se agota con una ceremonia que también marca el inicio del matrimonio, sino que se configura silenciosamente por el paso del tiempo.

<sup>36</sup> Por ejemplo, ver la nota 46 en la página 440.

<sup>37</sup> “Certain terms were agreed on between the parties, and then the husband came and carried her home” (LJ(B) 107).

De acuerdo con la visión romana del matrimonio, lo esencial para configurar el matrimonio no era la ceremonia sino la *affectio maritalis*. Esto no quiere decir que la ceremonia no fuera importante; de hecho, existían ceremonias de valioso contenido religioso y social. Sin embargo, la ceremonia servía como medio de prueba de la *affectio*, a diferencia del matrimonio moderno, en el que las solemnidades son requisitos de existencia.

Los editores de la Edición Glasgow glosan una referencia de Smith a la *deductio* con la siguiente nota: “La *deductio in domum*, una ceremonia que evidencia el consentimiento de las partes para casarse, pero nunca, en sí, un requisito legal.”<sup>38</sup> Esta observación puede entenderse como una manera de corregir la descripción de Smith, si, de hecho, el texto sugiere que el tránsito a la casa del esposo forma parte del perfeccionamiento del matrimonio.

#### 4.2.3. Tercer posible problema: Legitimación.

Finalmente, Smith dice, en LJ(B), que las formas del matrimonio sin *manus* no legitimaban a los hijos; esto no era cierto, como el mismo Smith lo afirma en LJ(A): “este tipo de matrimonio, a pesar de no tener ninguna de las viejas solemnidades, fue descubierto por los juristas como una forma de proteger el honor de la mujer y legitimar a los hijos.”<sup>39</sup>

#### 4.3. Tres consideraciones generales.

Además de las explicaciones que he ofrecido en las secciones anteriores, el lector de las *Lecciones* debe recordar tres consideraciones que, en general, pueden producir lo que un especialista consideraría imprecisiones, problemas, o errores.

Primero, los problemas que hoy existen en el texto pueden ser el resultado de errores de los estudiantes de Smith, o de los copistas, y no de Smith. Ésta es una posibilidad que nunca podemos despreciar al leer las *Lecciones*. Un ejemplo claro parece ser el de la legitimación, señalada en la sección anterior, dado que la descripción de LJ(A), que es más completa y precisa, contraría la afirmación errónea de LJ(B). La equivocación seguramente brotó de la mano de una persona distinta a Smith.

Una segunda consideración consiste en afirmar que la manera en que el derecho romano llegó a Escocia modificó algunas instituciones hasta el punto de que

---

<sup>38</sup> Página 440, nota 48.

<sup>39</sup> “This sort of marriage, tho it had none of the old solemnities, was found by the lawyers to save the ladys honour and legitimate the children” (iii.9).

Smith hacía propuestas jurídicas válidas en Escocia, pero no en la Roma antigua. Esta posibilidad se relaciona con dos elementos que ya vimos, el contexto jurídico y el público de Smith en las *Lecciones*.

Una tercera consideración es que el material sobre derecho romano que estudió Smith es, ciertamente, menos completo que el nuestro. Para la época del “segundo reporte” (LJ(B)) de sus *Lecciones*, fechado en 1766, Adam Smith tenía a su disposición muchas de las fuentes del derecho romano que conocemos hoy. La principal, el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, fue descubierta en 1094 por el monje Irnerio en un manuscrito de la Biblioteca de Pisa;<sup>40</sup> los años que Irnerio pasó estudiando ese manuscrito sirvieron de punto de partida para el reencuentro del Occidente con el derecho romano codificado, a través de oleadas sucesivas de comentaristas como los glosadores, los post-glosadores, y los pandectistas. Sin embargo, Smith no contaba con la fértil tradición de análisis textual del siglo XIX, que, a través de líneas de investigación como la palíngenesia y la cacería de interpolaciones, pudo detectar distintas escuelas jurídicas dentro del *Corpus Iuris* y separar en cierta medida lo clásico de lo posclásico. Smith tampoco contaba con importantes hallazgos posteriores, como las *Instituciones* de Gayo, descubiertas en Verona en 1816.

Así, habiendo visto los pasajes problemáticos, las explicaciones de las páginas anteriores se prestan para dos conclusiones: en primer lugar, ninguna de las aparentes imprecisiones es grosera, ni delata franca ignorancia de la materia. En segundo lugar, a pesar del esfuerzo detallado por absolver a Smith, no podemos descartar la posibilidad de que estemos ante simples, aunque pequeños, tropiezos de Smith en el tema. No obstante, la formación jurídica de Smith es importante, como espero haber demostrado hasta ahora; el rico contenido jurídico e histórico de las *Lecciones* debería servir como una invitación a los lectores modernos a confrontar la obra. Además, el texto hace gala del valioso método de análisis de Smith, que constituye el aporte que voy a destacar a continuación.

259

## 5. Smith y la dogmática jurídica

En su estudio del derecho romano podemos apreciar las virtudes de Smith como agudo observador de la sociedad; esto es igualmente evidente en sus demás obras. Sin embargo, para el derecho es de particular relevancia la

---

<sup>40</sup> El mismo Smith se refiere a este momento cuando, en las *Lecciones*, dice lo siguiente: “El derecho inglés [...] ya se había formado como un sistema antes del descubrimiento de las Pandectas de Justiniano” (“The English Law was [...] formed into a system before the discovery of Justinians Pandects”) (LJ(A), ii.74).

técnica que utiliza Smith al abordar estos temas, y nos lleva a distinguir tres niveles de estudio dentro de la dogmática jurídica.

### 5.1. Primer nivel: la exégesis.

El primer nivel consiste en la exégesis, o la exposición, más o menos detallada, de las instituciones jurídicas. Es un esfuerzo esencialmente descriptivo. Un ejemplo es el siguiente, tomado de una simple descripción de Smith sobre la autoridad paterna en la Roma arcaica: “La autoridad de un padre sobre sus hijos, con respecto a la libertad y a la propiedad, fue, inicialmente, absoluta. El padre era libre de escoger si iba a criar a sus hijos o no, y no se consideraba injusto que un padre se negara a hacerlo. [...] Todo lo que el derecho prohibía era matarlos inmediatamente, pero los podía abandonar si quería.”<sup>41</sup>

La exégesis puede aumentar en complejidad, incorporando otras normas y variadas técnicas de interpretación. Sin embargo, siempre responde a la siguiente pregunta: ¿cuáles son las reglas que regulan cierto tema?

Así, si un *paterfamilias* romano, en el año 400 AEC, quisiera saber si puede o no matar a su hijo porque le fue irrespetuoso, o abandonarlo porque nació deforme, es factible que acudiera a un juriconsulto. El jurista traduciría la inquietud particular en la pregunta amplia que señaló: ¿cuáles son las reglas que regulan la autoridad paterna? El párrafo citado de Smith contiene, de forma sucinta, la respuesta. Halladas las reglas, el jurista las aplicaría al caso concreto, y ofrecería una solución. Este tipo de asesoría se conocía como *respondere*.<sup>42</sup>

Los juristas romanos clásicos tenían una notoria orientación a resolver casos particulares, y no a sistematizar. En consecuencia, solucionar el caso, con fundamento en principios compartidos por la comunidad jurídica, era más importante que compilar todas las reglas sobre un tema. Esta forma de practicar el derecho, marcada además por debates entre juristas en torno a sus soluciones a un caso, y por la paulatina depuración de reglas, es evidente en el *Digesto* de Justiniano.

---

<sup>41</sup> “The authority of the father over his children, both with respect to liberty and property, was at first absolute. He was at liberty to choose whether he would bring up his children or not. And it was accounted no injustice to refuse to do it. [...] All that the law prohibited was immediately putting them to death, but he might expose them if he pleased” (LJ(B) 126).

<sup>42</sup> Ver: Alfredo Di Pietro, *Derecho privado romano* (2 Ed.). Buenos Aires: Depalma (2001), p. 21 (§ 45).

En cambio, la dogmática jurídica moderna, al menos en nuestra cultura, constituye un esfuerzo por sistematizar. Es normal, por lo tanto, encontrar resúmenes normativos como el que cité de Smith, tendientes a organizar el cuerpo de reglas jurídicas sobre un asunto o problema. En ocasiones el resumen es complejo, porque, por ejemplo, no es claro cuál es la norma vigente, o cómo interpretarla.

## 5.2. Segundo nivel: la lógica de las instituciones.

Un segundo nivel es el estudio de la lógica de las instituciones. Pensemos en uno de los ejemplos que señalé más arriba: los comentarios sobre los esclavos muestran a Smith tratando de entender la lógica de las figuras jurídicas que describe. Smith sabe que los ciudadanos son los que votan las leyes en la República, que esos ciudadanos son probablemente esclavistas, y que los esclavos, al no ser ciudadanos, no pueden participar en la formación de las normas. Conociendo estos datos, ¿cómo no va a ser difícil poner de acuerdo a un grupo grande de personas que, al legislar a favor de los esclavos, va a perder patrimonialmente, si esos esclavos no tienen ni voz ni voto en el proceso? Es mucho más fácil persuadir a un emperador que de manera unilateral adopte medidas a favor del grupo silenciado, siempre y cuando las medidas no sean tan extremas como la emancipación total porque en ese caso el emperador correría el riesgo de provocar una insurrección.<sup>43</sup> Llegar a esta conclusión evidencia un hábil manejo no sólo de las reglas que rigen las instituciones sino de la manera en que operan esas reglas.

Smith no tiene el monopolio sobre este tipo de análisis. De hecho, hoy existen otros sofisticados comentaristas de la operatividad del derecho romano que usan este método de estudio, como Barry Nicholas, David Johnston, y John A. Crook.<sup>44</sup> Smith se distingue de ellos por el momento en que escribió, siglos antes de los autores que señalé, y por sus preocupaciones carac-

<sup>43</sup> Smith es consciente de los efectos de la medida extrema: “La esclavitud, entonces, puede ser suavizada de manera gradual bajo un monarca pero no puede ser abolida del todo, porque ninguna persona tiene tanta autoridad como para eliminar en un solo acto la parte más significativa de la propiedad de una nación, pues esto causaría una insurrección general” (“Slavery, then, may be gradually softened under a monarch but not entirely abolished, because no one person whatever can have so much authority as to take away at once the most considerable part of the nation’s property, because this would occasion a general insurrection”) (pp. 135-136).

<sup>44</sup> Ver: Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*. Oxford: Clarendon Press (1962); David Johnston, *Roman Law in Context*. Cambridge: Cambridge University Press (1999); John A. Crook, *Law and Life of Rome, 90 B.C. - A.D. 212*. Ithaca, New York: Cornell University Press (1967). Sobre estas obras, ver: F. Escobar C., “Contra la ‘petitización’ del derecho romano.” *Precedente* 2003, pp. 268-275.

terísticas: la idea de la transformación de los sirvientes en maltratados esclavos, por no tener con quién comunicarse y por lo tanto a alguien que simpatizara con ellos, es propia del Smith de *La teoría de los sentimientos morales*. Para ese Smith, la interacción entre personas, y las relaciones de simpatía que se desprenden de esa interacción, son fundamentales.

Volviendo a la técnica que he identificado como el segundo nivel de análisis, los comentarios jurídicos hábiles tienden a abordar este nivel, valiéndose de diversos métodos, tales como extraer principios generales del estudio de las normas y de la jurisprudencia, o como identificar la forma en que los procedimientos logran hacer efectivo o nugatorio un derecho.

Supongamos que el *paterfamilias* que quería deshacerse de su hijo irrespetuoso ya tenga a la mano las reglas aplicables, y le indiquen que puede hacerlo, siempre y cuando cite una asamblea familiar para tomar la decisión. Ahora, un jurista que piense en la operatividad de las reglas podría señalarle que al hacerlo incurriría en abuso del derecho: esto, le diría, no está expresado en ninguna norma, pero es un principio que se puede extraer de otras reglas del ordenamiento. Un segundo jurista podría alertar al *paterfamilias* de ciertas consecuencias indeseadas de su decisión, tal vez con respecto a los nietos bajo su potestad, o a los órdenes hereditarios. Finalmente, otro jurista podría decirle que si bien la regla aplicable parece sencilla, hay otra que establece cómo se deben tomar las decisiones en las asambleas familiares, y fija que en ellas predomina la voluntad de los hijos (aunque esto no es históricamente cierto); con esta nueva regla procesal, aparentemente ajena al problema de derecho sustantivo planteado, sería muy difícil que la asamblea aprobara la moción de eliminar al hijo irrespetuoso. Ésta es la operatividad procesal con la cual los pretores inscribieron sus nombres en los anales de la historia, en la medida en que los derechos dependían de sus acciones.

Todas estas indicaciones pertenecen al segundo nivel de análisis, sobre la operatividad de las reglas. Una norma puede ser clara y precisa, pero su verdadera aplicación dependerá de cómo interactúa con otras reglas del sistema, inclusive con principios, valores, términos procesales, etc. Un buen libro de dogmática jurídica tiende a asumir este tipo de análisis.

### 5.3. Tercer nivel: la fundamentación.

El tercer nivel de estudio está asociado con la fundamentación de las instituciones jurídicas. Veamos nuevamente los comentarios de Smith sobre la ocupación. El autor ya no se pregunta sólo cuáles eran las reglas de la ocupación, ni cómo operaban esas reglas en la sociedad, sino cuál era el fundamento de esas normas.

En este contexto surge la simpatía, y aparece la idea del espectador imparcial. Esta figura la retomó recientemente Martha Nussbaum en su libro *Poetic Justice*,<sup>45</sup> y es probablemente la idea más conocida de *La teoría de los sentimientos morales*. El espectador imparcial no es un espectador ideal, sino un tercero que goza de la mayor capacidad de comprender, de manera independiente y completa, la situación de las personas a quienes observa. El espectador es una figura que resulta de la convergencia de las visiones y sentimientos de los miembros de una sociedad en una época determinada. Así, el espectador imparcial comparte, mediante la simpatía, la situación de una persona, bien sea su felicidad ante un logro o su resentimiento ante un daño, en la medida en que esa persona esté reaccionando ante un objeto que razonablemente produciría el sentimiento, y en cuanto la reacción no sea extravagante o inentendible. En lo jurídico, el espectador funciona como un recurso análogo al criterio de razonabilidad o a la figura de un tercero razonable que es tan común en el derecho anglosajón, y ofrece un “estándar inter-subjetivo o convencional para la moral y la justicia.”<sup>46</sup> Es inevitable asociarlo con los jueces, pero la correspondencia no es nítida: por ejemplo, la perspectiva del espectador imparcial puede estar consagrada en la norma que el juez debe aplicar, pero el mismo juez puede considerarla injusta y rechazarla.

Volviendo al ejemplo de la ocupación, lo que es de verdad innovador en el análisis jurídico que realiza Smith es aplicar el espectador a este modo de adquirir el dominio: recordemos que el fundamento de la ocupación para Smith radica en que el espectador imparcial apruebe las acciones mediante las cuales, usando la fuerza, el ocupador defiende la posesión de algo. Lo normal entre los comentaristas es pensar que alguien que tiene el ánimo de dueño toma una cosa susceptible de ocupación, como una *res nullius*, y el proceso de apropiación opera de manera automática. La definición de Smith, en cambio, socializa el acto de adquisición al apelar a los valores de la comunidad encarnados en el espectador imparcial, y muestra la fricción inherente inclusive en la forma de apropiación que, por lo general, es menos disputada en la doctrina. Es, pues, un análisis original, típico del ingenio de Smith.

El ejemplo de la ocupación no es una aplicación aislada de la figura del espectador imparcial. Al contrario; Smith usa esta figura en toda la obra, y especialmen-

<sup>45</sup> Martha C. Nussbaum, *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*. Boston: Beacon Press (1995), capítulo 3<sup>o</sup>.

<sup>46</sup> Kenneth A. B. Mackinnon, “Adam Smith on Delictual Liability.” *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics*. Ed. Robin Paul Malloy y Jerry Evensky. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers (1995), p. 86.

te en la más detallada LJ(A),<sup>47</sup> para estudiar los fundamentos de las instituciones jurídicas que analiza. De acuerdo con Haakonssen, “lo que le da unidad a la teoría de Smith es el método del espectador.”<sup>48</sup> Esta herramienta conceptual ofrece un punto de vista crítico para confrontar el sistema jurídico.

Veamos un ejemplo que involucra los tres niveles de análisis que he señalado. Ante el deseo de un padre en Roma de ofrecerle libertad económica a su hijo, el primer nivel de estudio le podría explicar las normas o instituciones pertinentes, tales como el peculio y la emancipación. El segundo nivel le podría señalar los efectos de una u otra decisión (por ejemplo, la pérdida de alguien que continúe con el culto familiar en caso de optar por la emancipación) y la manera más adecuada de lograrlo. El tercer nivel se preguntaría por qué el ordenamiento alcanzó esas soluciones al problema y no otras. Esto es lo que busca Smith al remitirse a la sociedad, a través del espectador imparcial, cuando juzga la legitimidad de quien adquiere por ocupación. No es un nivel que le ofrezca una solución práctica al padre del ejemplo, y por lo tanto es entendible que algunos abogados no se muestren muy animados con la idea de profundizar en él. Tampoco contribuye a la labor de sistematización que es propia de la doctrina, y por eso puede perder el interés de tratadistas y profesores.

No obstante, estudiar la fundamentación de las instituciones supone el manejo de los dos niveles anteriores, como lo hace muy bien Smith en las *Lecciones*, y debe ser el motor de las reformas importantes al sistema jurídico. Así, pensar en modificar el régimen actual de cesantías no partiría de la mala redacción de alguna norma del Código Sustantivo del Trabajo, o de la opinión de algunos de que la manera en que se aplica la prescripción trienal de las cesantías en últimas protege a los empleadores aunque contraría la redacción de la norma. En cambio, la reforma partiría de preguntarse por qué, como sociedad, les damos importancia a las cesantías, si de hecho lo seguimos haciendo, y qué otros intereses estamos dispuestos a sacrificar para mantener el sistema como está. El recurso del espectador imparcial serviría para medir los efectos sobre acreedores, deudores, y administradores de cesantías.

---

<sup>47</sup> Haakonssen explica lo que representó el hallazgo de LJ(A) para apreciar el alcance de la figura del espectador imparcial en las *Lecciones*: “una vez la aplicación más completa y explícita de los principios del espectador [*spectator principles*] en LJ(A) nos ha hecho concientes, veremos que el lenguaje de Smith, como quedó registrado en ambas colecciones de apuntes, está totalmente lleno de un número de expresiones comunes que indican el punto de vista del espectador” (*The Science of a Legislator: The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*. Cambridge: Cambridge University Press [1981], p. 109).

<sup>48</sup> Knud Haakonssen, *The Science of a Legislator: The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*. Cambridge: Cambridge University Press (1981), p. 136.

## 6. Observación final

Es de gran valor leer el análisis de Smith sobre los fundamentos sociales de las instituciones, y el placer de hacerlo se nutre de la sofisticación que lo caracteriza. Además, este tipo de estudio trasciende los intereses más tradicionales del derecho: entender cómo la falta de comunicación es, también, un problema jurídico, como vimos en el caso de los sirvientes, hijos, y esposas en Roma, le hace mucha falta a nuestro medio.

La importancia del derecho parte de las normas, pero no se agota en ellas. Existe, como lo demuestra Smith, un tipo de estudio jurídico que supone el conocimiento de las reglas, y que a la vez desborda sus contornos explícitos. De hecho, las normas serán más relevantes en la medida en que sus fundamentos respondan a los juicios de valor de la sociedad en que operan. Es un factor que la dogmática jurídica debe tener en cuenta, y las *Lecciones* de Smith, ricas en derecho y marcadas por la variedad de intereses de su autor, ofrecen un buen punto de partida.

