

Autoridades de la Universidad

Dr. Fernando Fragueiro
Rector

Dr. Ricardo Crespo
Director de Investigación

Dr. Víctor Herrero
Vicerrector de Asuntos Académicos

Esp. María Inés Montserrat
Directora de Estudios

Abog. Juan Pablo Magdaleno
Secretario General

Mag. Ivana Lobo
Cra. Ana Gervasoni
Consejeras

Autoridades de la Facultad de Derecho

Mag. Jorge Albertsen
Decano

Dra. Frida Armas
Dr. Andrés Sánchez Herrero
Mag. Valentina Aicega
Lic. Ángeles Rodríguez
Consejeros

Autoridades del Departamento de Derecho Judicial

Dr. Rodolfo Vigo
Director del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Gattinoni de Mujía
Directora Ejecutiva del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Rosa Dabadie
Coordinadora del Departamento de Derecho Judicial

Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial

María Gattinoni de Mujía
Domingo Sesín
Enrique V. del Carril
Rafael Nieto Navia
Néstor Sagüés
Rodolfo L. Vigo

Romero, Maximiliano Javier
Cuaderno de Derecho Judicial N° 25: De las relaciones entre el saber jurídico y la determinación judicial del derecho / Maximiliano Javier Romero.
- 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017.

??? pp.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-
1. Derecho. I. Título.
CDD 342

© Maximiliano Javier Romero, 2017
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2016
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: ??? ejemplares

ISBN 978-987-

MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

Maximiliano Javier Romero

Dirección: Enrique H. del Carril

Director del Departamento de Derecho Judicial:

Dr. Rodolfo L. Vigo

Directora Ejecutiva de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial:

Dra. María Gattinoni de Mujía

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE DOGMÁTICA JURÍDICA
PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER
EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

DE LAS RELACIONES ENTRE EL SABER JURÍDICO
Y LA DETERMINACIÓN JUDICIAL
DEL DERECHO

BIOGRAFÍA PROFESIONAL Y ACADÉMICA

El autor nació en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 3 de julio de 1973.

Completó sus estudios primarios y secundarios en el colegio Carmen Arriola de Marín y Plácido Marín, del último de los cuales egresó en el año 1991 con el título de Bachiller con orientación docente.

Desde mayo de 1995 forma parte del Poder Judicial de la Nación, donde actualmente se desempeña como secretario de primera instancia, cargo para el que ha sido nombrado en 2006.

En octubre de 2001 se recibió de Abogado en la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Durante los años 2003 y 2004 cursó la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial en la Universidad Austral, lo que le permitió desarrollar los conocimientos, habilidades y valores implicados en la actividad y en el desempeño de la función judicial. Integra el Departamento de Derecho Judicial de la Universidad Austral y ha sido convocado en distintas oportunidades para conformar el tribunal de tesis de la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial de la misma casa de estudios.

El autor cuenta además con artículos de doctrina publicados: “El principio de igualdad y los efectos horizontales de los derechos constitucionales. Entre el conflictivismo y la armonización”, en coautoría con el Prof. Dr. Juan Cianciardo, publicado en el diario *El Derecho*, ejemplar del 30 de marzo de 2011; “El derecho a la salud y los límites del secreto profesional”, en coautoría con el Prof. Dr. Juan Cianciardo, publicado en la *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, Méndez Costa, Vidal Taquini, Córdoba, Medina y Solari (dirs.), La Ley, nro. 7, 2011; “La impugnación de paternidad matrimonial y reclamación de filiación extramatrimonial”, publicado en la *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, Méndez Costa, Vidal Taquini, Córdoba, Medina y Solari (dirs.), La Ley, nro. 11, 2012; y el capítulo “Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad”, en coautoría con el Prof. Dr. Juan Cianciardo, en *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo I, Julio C. Rivera (h) [dir.], AbeledoPerrot, 2014.

En octubre de 2015, rindió un concurso público de antecedentes y oposición para cubrir ocho cargos de juez de primera instancia en el fuero civil del

Poder Judicial de la Nación, quedando entre las posiciones con posibilidades para integrar las ternas definitivas.

Mayo de 2016

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
BIOGRAFÍA PROFESIONAL Y ACADÉMICA	V
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO 1

LA CAPACIDAD COGNOSCITIVA DEL HOMBRE

1.1. El conocimiento en general	9
1.2. Saberes especulativos y prácticos	14
a) Por el fin del saber	19
b) Por el diverso sentido de la verdad	20
c) Por la certeza del saber	21
d) Por el método del conocer	22
1.3. La continuidad de los saberes	25

CAPÍTULO 2

EL SABER JURÍDICO

2.1. El saber jurídico. Objeto. Conocimiento práctico	27
2.2. El saber jurídico. Sus diferentes niveles epistemológicos	29
a) Nivel filosófico	31
b) Nivel científico	32
c) Nivel prudencial	34
2.3. El saber jurídico. Subalternación entre sus distintos grados	35
2.4. Nivel prudencial del derecho. La prudencia jurídica	42

CAPÍTULO 3**LA EVOLUCIÓN DEL SABER JURÍDICO**

3.1. El desarrollo del pensamiento jurídico según el desenvolvimiento del conocimiento científico en general. Principales concepciones ...	49
3.2. Implicaciones de los postulados de la ciencia moderna en el pensamiento jurídico y, en particular, en el marco de la actividad judicial	58
a) Racionalismo metódico	58
b) El sistematismo deductivista	60
c) El normativismo	62
d) El abandono del finalismo	64
e) La perspectiva individualista	66
3.3. ¿Es posible una alternativa epistemológica que se ajuste al objeto específico del saber jurídico? Concepción analógica de la ciencia	68
3.4. Tendencias actuales. Rehabilitación de la razón práctica. Nuevas propuestas	72

CAPÍTULO 4**EL SABER JURÍDICO Y LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO**

4.1. Análisis del presente de la actividad judicial a la luz de los conceptos desarrollados en los capítulos previos	75
REFLEXIONES FINALES	83
BIBLIOGRAFÍA	89
a) Libros	89
b) Revistas y artículos	92

INTRODUCCIÓN

“...parvus error in principio magnus est in fine...”

TOMÁS DE AQUINO

Juris prudentia designa el conocimiento acertado de lo que es justo en una situación singular de la vida⁽¹⁾. Por tanto, el momento más específico del derecho se encuentra en la parte resolutoria que integra cada uno de los pronunciamientos de nuestros magistrados, tanto si el fallo tiene proyecciones dentro del mismo proceso o si sus efectos, en su función propiamente dicha, se propagan fuera de él para dirimir definitivamente el conflicto que, habiendo tenido su origen en la sociedad en virtud de las dificultades inherentes a la vida en comunidad, ha sido trasladado al estrado judicial. En esta instancia definitoria, convergen todos los demás elementos examinados —o que, cuando menos, debieron haberlo sido— para arribar al aspecto del razonamiento judicial de mayor relevancia práctica para las personas⁽²⁾. En efecto, esta expresión última del pensamiento del juez constituye el acontecimiento que pondrá punto final a la contienda que puso en marcha el mecanismo judicial de resolución de controversias.

Aunque la delimitación de lo que se debe entender por derecho en un caso concreto no es función exclusiva del magistrado judicial —la designación de “jurista” se predica también de otros sujetos que comparten la tarea de discernir el derecho y, por supuesto, la de si ha sido lesionado dentro de unas determinadas y particulares relaciones humanas y sociales⁽³⁾—, cabe remarcar, de acuerdo con Massini, que la relevancia de la determinación de lo justo cuando proviene de un juez se fundamenta en su carácter definitivo y, en ciertos casos, irrevisable⁽⁴⁾. En la composición del conflicto, la intervención del órgano jurisdiccional adquiere tanta importancia que, aun cuando disientan todas las otras manifestaciones de orden especulativo que concu-

(1) Cfr. MASSINI, Carlos I., *La prudencia jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 22.

(2) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1981, ps. 94/95.

(3) Cfr. HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3ª ed., Eunsa, Pamplona, 2000, p. 76.

(4) Cfr. MASSINI, ob. cit., ps. 46/47.

rran a la formación de la conciencia jurídica de la comunidad, incluso en el extremo supuesto de que todas ostenten una eminencia científica superior a la obra del juez, es la única que tiene verdaderos efectos sobre la conducta obligatoria de los sujetos⁽⁵⁾.

Procedente de una necesidad universal, el arte del jurista reclama su presencia “dondequiera que existe sociedad humana. En efecto, en todo tiempo y lugar habrá siempre alguien que se considere con título para afirmar que tal o cual cosa es ‘suya’; e igualmente se producirán, de modo inevitable, desacuerdos en cuanto al régimen de las cosas y obstáculos para el disfrute efectivo de las cosas atribuidas a alguien como titular. En toda sociedad humana se impone, pues, la intervención de personas expertas en el arte de declarar la parte de cada uno y poner remedio a los litigios”⁽⁶⁾.

Desde otra perspectiva, pero en una línea pareja de ideas, asimismo es dable hacer notar que el alcance de las decisiones de los jueces trasciende el interés individual de las partes directamente involucradas en la disputa. Los pronunciamientos jurisdiccionales, según se ha dicho, constituyen expresiones autoritativas que pesan en el ámbito social y marcan el rumbo para la acción, puesto que, en tanto fuentes materiales del derecho, las sentencias judiciales “inspiran a otros jueces, a los funcionarios administrativos, a los legisladores, y a los integrantes del grupo social, llevándoles a actuar de manera similar en el futuro”⁽⁷⁾. Pero además, una mirada dinámica del asunto habilita a sostener, conforme con el mismo autor, que para la articulación del grupo social interesa, más que la perfección lógica del conjunto de disposiciones legales que componen un ordenamiento particular, aquello que los integrantes de la comunidad perciben en concreto como “derecho”, motivo por el cual adquieren una posición destacada las personas a las cuales se atribuye la potestad de dirimir sus controversias⁽⁸⁾.

Dado que a nuestro criterio lo anterior es exacto, ya que “aquello que los hombres de derecho reclaman del saber jurídico son directivas del obrar, criterios a la luz de los cuales evaluar las conductas jurídicas y juicios normativos acerca de cuál es la conducta jurídicamente debida en un cierto tipo de situaciones”⁽⁹⁾, no ha de ser entonces indiferente que aquellos sujetos a quienes, justamente, en el ámbito de un sistema jurídico singular, les ha sido constitucionalmente encomendada la difícil tarea de resolver esa clase de litigios, comprendan de manera acabada la especificidad y los matices inhe-

(5) Cfr. CASARES, Tomás D., *La justicia y el derecho*, 3ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, ps. 156 y ss.

(6) SCHOUPE, Jean-Pierre, “La concepción realista del derecho”, *Persona y Derecho*, Revista del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Navarra, nro. 11, Pamplona, 1984, ps. 555/633 [612].

(7) CUETO RÚA, Julio C., *Fuentes del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 128.

(8) Cfr. *ibidem*, p. 129.

(9) MASSINI, *ob. cit.*, p. 98.

rentes a la materia con la que habrán de operar. No sin grandes dificultades, entonces, podría cuestionarse que para penetrar el simple fenómeno y aprehender el sustrato donde descansa la juridicidad es menester una explicación causal del derecho, esclarecimiento que redundará en un mejor saber acerca de nuestro objeto de estudio⁽¹⁰⁾. Más todavía, no bien se retome la percepción, demasiadas veces olvidada, de que lo justo no puede ser cabalmente entendido en un contexto sino racional, en tanto que el derecho se halla inseparablemente unido a un saber⁽¹¹⁾. De ahí, a nuestro entender, que aquellos importantes actores aprehendan el núcleo que se halla en la base del saber jurídico como también los otros componentes que lo integran no constituye una simple pretensión abstracta ni una aspiración que, en el fondo, encierra un teórico interés cientificista preocupado por la pulcritud de determinada actividad intelectual, sino, antes bien, una exigencia que conlleva ineludibles derivaciones prácticas para el ejercicio de tan noble magisterio.

Es que, naturalmente, según cuáles sean los presupuestos sobre los que nuestros magistrados apoyen sus decisiones en el diario desempeño de su función, esencial para el desarrollo de la vida común en el marco de un Estado de derecho, dependerá en una cuota importante el resultado del uso que hagan de la autoridad de la que están investidos, toda vez que, al examinar cada entuerto, el fundamento teórico y metodológico de su razonamiento habrá de tener decisivas proyecciones cualitativas y axióticas en la determinación de la conducta objetivamente justa y, por ende, exigible a uno de los sujetos o grupo de éstos en cada situación particular. En función de esto último, no por casualidad ha sido dicho que “[s]er jurista —o en general vivir conforme a derecho— necesita un saber; presupone un hábito intelectual (dianoético) específico, consistente en saber realizar el orden social justo dentro de la sociedad. Por lo mismo, ser jurista es estar en posesión del hábito intelectual dirigido a establecer, dentro de la comunidad humana, el orden social justo”⁽¹²⁾. Acerca de este aspecto de vital relevancia, acaso con algo de resignación, se ha señalado tiempo atrás, aunque con perdurable vigencia, que “[m]al que nos pese, la gran mayoría de quienes elaboran el derecho lo hacen —hoy en día— con categorías propias del crepúsculo de la Edad Moderna: el legalismo, el deductivismo metódico, la dogmática como ciencia del derecho, el formalismo y, en general, todas las notas que caracterizan la labor jurídica de nuestros días, son el legado del pensamiento jurídico moderno. Elaborado en los gabinetes hace ya doscientos años, aún configura y determina las tareas que se realizan en los tribunales y palacios legislativos”⁽¹³⁾.

Por consiguiente, habida cuenta de que la solución judicial de todo litigio condensa de forma tácita o expresa, supuesta o explícitamente, consciente

(10) Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984, ps. 28/29.

(11) Cfr. SCHOUPPE, ob. cit., p. 611.

(12) HERVADA, ob. cit., p. 592.

(13) MASSINI, Carlos I., *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 13.

unas veces y en otras —que no son pocas, mal que nos pese— de manera inadvertida, una determinada concepción o paradigma acerca del significado radical del asunto jurídico, entendemos que no será indiferente el camino que el juzgador recorra como tampoco las herramientas de las que se auxilie para establecer cuál ha de ser en una situación particular el derecho de un sujeto y el correlativo deber del otro, puesto que, al margen de casuales coincidencias, no conducirá a igual producto —ni nominal ni axiológico— que el sentenciante asuma la validez de determinado postulado intelectual, su contrario o algún otro de tonos intermedios.

Además, como consecuencia de la velocidad con la que se desarrollan en nuestros días los acontecimientos, la infinita información que desde los más dispersos ángulos recibimos en cada momento, sumados los numerosos inconvenientes que —por esa causa o junto con otras—, en estos tiempos inestables, las personas deben atravesar para llevar a cabo sus distintos proyectos de realización, circunstancias que, por su parte, ponen a prueba nuestras más profundas convicciones y, cada vez con más asiduidad, nos enfrentan a la pregunta última acerca del sentido de nuestra existencia, entendemos que el emprendimiento que encaramos recibe un justificativo adicional, desde que, como ha sido señalado, “en los tiempos de crisis, se hace necesario plantearse el problema de los fundamentos últimos de las realidades humanas. Las instituciones, las creencias comunes, los usos sociales, el derecho, necesitan ser explicitados en sus presupuestos más profundos, bajo pena de perder toda efectividad en la vida social. Lo que en épocas de relativa estabilidad se acepta sin cuestionamientos, o con una remisión a los fundamentos más próximos, en tiempos como los nuestros requiere para ser acatado o respetado, una remisión filosófica a su sentido y finalidad intrínseca”⁽¹⁴⁾.

De esto cuanto llevamos manifestado podemos extraer, entonces, que no habrá de ser inútil la tarea que, como la que en este trabajo iniciaremos, sea acometida con el propósito de poner a la vista de qué manera la relación que se verifica entre los presupuestos y lineamientos del saber jurídico y la respuesta del caso se pone especialmente en juego en el ámbito del quehacer cotidiano de nuestros tribunales.

En este estudio, pues, concentraremos nuestro esfuerzo en poner de relieve una serie de cuestiones que gravitan en torno del enfoque epistemológico implicado en el ejercicio más propio de la función judicial, aspecto que, según creemos, debe ser especialmente atendido o, por lo menos, no ignorado por el intérprete intelectualmente honesto, como tampoco disimulado bajo la apariencia de impropios artificios exegéticos o retóricos, instrumentos estos sin duda útiles para el acto de juzgar, mas siempre en la medida en que se los mantenga dentro de su ámbito propio. De todos los valiosos y fecundos interrogantes que plantea el estudio del conocimiento jurídico,

(14) MASSINI, Carlos I., *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 29.

escogimos dirigir el foco de nuestra investigación hacia las relaciones que se entablan entre dicho saber y el desempeño de la tarea jurisdiccional, puesto que los asuntos y las conductas que constituyen la experiencia jurídica encuentran en el recinto judicial un escenario paradigmático que posibilita la reflexión desde la óptica de la ciencia del derecho⁽¹⁵⁾.

Por su parte, a raíz de las restricciones que impone el marco académico en que se inscribe esta presentación —que se suman a los condicionamientos propios—, es preciso puntualizar que lejos se estará de examinar cada uno de los puntos que conciernen a la problemática general que constituye el eje por el que habrá de discurrir el hilo de la investigación, menos todavía de agotarlos. Como bien podrá ser observado a partir de las diversas referencias que se realizarán durante el despliegue del trabajo, acerca del saber jurídico se escribieron numerosos ensayos y se dedicaron capítulos enteros de libros específicos y de otras tantas obras generales, de modo que allí se podrá encontrar mucho de lo que esta exposición deje sin respuesta. Empero, en nuestra defensa, es legítimo aducir que a medida que se avance en el desarrollo de la idea que impulsa la obra, será posible advertir que, de una manera u otra y con mayor o menor grado de intensidad, la materia que conoca nuestra atención se encuentra conectada, a su vez, con otros tantos tópicos que remiten al estudio de complejas cuestiones largamente discutidas, respecto de las cuales, aún hoy, no existe un acuerdo generalizado.

De su lado, nuestra intención, vale aclarar, viene animada por el sincero deseo de coronar un proceso de estudio riguroso e integral acerca del fenómeno jurídico y su singular abordaje desde la mirada judicial, recorrido que en lo personal ha resultado gratamente enriquecedor y, simultáneamente, generador de innumerables indagaciones ulteriores, nuevas preocupaciones, renovados estímulos y mayores inquietudes acerca del saber jurídico, su sentido propio, sus presupuestos metafísicos, como, asimismo, sus implicancias gnoseológicas y epistemológicas. Con todo, creemos imprescindible subrayar que todo este bagaje de conocimientos recién adquiere un sentido pleno en el concreto ejercicio de la magistratura judicial, toda vez que, sin que se desconozca la satisfacción plenificante que se sigue de cualquier asimilación de orden intelectual, el estudio minucioso y acabado de este espacio de la realidad social se encamina, por esencia, a la dirección de un aspecto fundamental del obrar humano, hecho que, justamente, constituye la razón que justifica la existencia del denominado servicio de administración de justicia. Por lo tanto, ya sea que un cuerpo independiente de jueces convenga porque la necesidad de dar primacía al imperio del derecho implica ciertas cualidades que pueden ser aseguradas sistemáticamente sólo mediante la

(15) Cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, "A manera de introducción: el derecho como saber práctico y los derechos humanos como *ultima ratio*", en AA. VV., Renato RABBI-BALDI CABANILLAS (coord.), *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 16.

institución de la autoridad judicial ejercida por individuos profesionalmente preparados y motivados a obrar conforme a derecho⁽¹⁶⁾, o porque la figura del juez al que las personas recurren representa, por decirlo de alguna manera, lo justo dotado de vida⁽¹⁷⁾, el sentido del trabajo adquiere su auténtica dimensión si se lo examina y aprecia desde esa perspectiva particular.

Como decíamos, la finalidad que inspira el trabajo no es pretenciosa; únicamente aspiramos a que nuestras líneas puedan contribuir a despertar la preocupación por el conocimiento en profundidad del derecho y de todas sus manifestaciones, pero también esperamos que sean de utilidad para insinuar las ventajas que, tarde o temprano, se siguen de tal emprendimiento. Por esta razón, intentaremos mostrar una dimensión de la actividad judicial que no es del todo advertida en el foro, en función de lo cual continuamente nos apoyaremos en las ideas y reflexiones de reconocidos pensadores que, con erudición y sentido constructivo, ya han destinado su esfuerzo racional a la indagación de estas fecundas cuestiones. En dicha dirección, pues, a lo largo de la presente monografía intentaremos: a) describir a grandes rasgos qué tipo de realidad es aquella sobre la que el juez emite sus fallos; b) establecer, si es que puede ser admitida la existencia de una regulación racional del obrar humano, qué clase de saber es aquel que se presenta como el más idóneo para comprender y dirigir ese espacio específico de relaciones de las personas en comunidad, como, asimismo, cuáles son las notas salientes de ese modo de conocimiento; c) exponer, una vez alcanzado lo anterior, de qué manera ha repercutido en el quehacer jurídico la recepción o el apartamiento de esa forma específica de entender el derecho; d) luego, determinada la matriz analítica que nos proporcionarán los desarrollos precedentes, con ánimo crítico efectuaremos una serie de consideraciones encaminadas a vislumbrar en qué proporción la tarea judicial recoge o se aleja de dichos postulados, y e) para concluir, expresaremos nuestras reflexiones finales.

Basados en este esquema, el capítulo 1 será dedicado, en primer término, a describir la función cognoscitiva del hombre, oportunidad en la que serán expuestas las notas principales que posibilitan el conocimiento intelectual y los procesos fundamentales que intervienen en esa operación, exposición que nos permitirá, en segundo lugar, mostrar la más elemental división que, desde la Antigüedad, se predica entre el conocimiento especulativo y el práctico. Seguidamente, en el capítulo 2, ahondaremos acerca del saber jurídico, su carácter eminentemente práctico y las distintas dimensiones que lo conforman. El tratamiento de estos conceptos iniciales nos proporcionará un catálogo de herramientas necesarias para intentar una aproximación sintética que, mediante el discernimiento, nos posibilite descubrir el modo en que el marco teórico se articula en la realidad concreta. Por eso, en el capítulo 3, nos

(16) Cfr. FINNIS, John, *ley natural y derechos naturales*, trad. y estudio preliminar de Cristóbal Orrego Sánchez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 299.

(17) Cfr. ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, trad. Eduardo Sinnott, Colihue Clásica, Buenos Aires, 2007, p. 168 [V-III, 1132a, 20].

ocuparemos de exponer históricamente de qué forma la aceptación de determinada concepción del saber científico ha penetrado, con la llegada de la Edad Moderna, en las bases del pensamiento jurídico y, por carácter transitorio, incidido en la actuación de los jueces. Luego, a la luz de las apreciaciones desarrolladas en los apartados precedentes, en el capítulo 4, presentaremos nuestra percepción respecto de la manera en que la función judicial es principalmente cumplida en la época actual y, si el despliegue de la problemática lo aconseja, serán presentados casos concretos para ilustrar tales consideraciones. Por último, para terminar, formularemos nuestras apreciaciones conclusivas.

CAPÍTULO 1

LA CAPACIDAD COGNOSCITIVA DEL HOMBRE

1.1. El conocimiento en general

Distingue Pieper, con cita de Tomás de Aquino, entre entes no cognoscentes y cognoscentes. Los primeros, por definición, como las piedras, no son aptos para conocer, están limitados a su propia naturaleza y esencia; son ellos mismos y no otra cosa. Los otros, los que pueden conocer, “no se limitan a lo que son en sí mismos, no tienen solamente su propia naturaleza y esencia, sino que están en condiciones y son capaces de tener también las esencias de otras cosas; no tienen unas fronteras cerradas, sino abiertas”⁽¹⁸⁾. A su vez, en esa misma dirección, precisa Millán Puelles que dentro de las capacidades superiores con las que el hombre cuenta, además, por supuesto, de las facultades vegetativas y sensitivas, tiene el entendimiento, esto es, “la máxima potencia de que el hombre naturalmente dispone para la operación cognoscitiva”⁽¹⁹⁾, mediante el cual conoce —operación que, incluso, algunos animales poseen, mas sólo en la medida en que las cosas exteriores impresionan sus sentidos, esto es, en forma meramente fenoménica—, pero en un doble orden de posibilidades, a todos los entes, por un lado, y en cuanto son, por otro⁽²⁰⁾. De acuerdo con este esquema elemental, mas no por ello sin consecuencias determinantes para los desarrollos posteriores del tema sobre el que trata este capítulo, se puede apreciar que la capacidad de conocimiento espiritual no es, en rigor de verdad, otra cosa que la receptividad abierta a toda la realidad, en virtud de la cual el sujeto conocedor capta la esencia de una cosa concreta, objetivamente real, la aprehende en su interior, donde la fija y conserva. En pocas palabras: el conocimiento es la operación por la que en un ser se hace presente una forma, o sea, de un modo inmaterial⁽²¹⁾.

Según este proceso mental, por medio del conocimiento se verifica una forma particular de acuerdo, una cierta compenetración —que indistinta-

(18) PIEPER, Josef, “La verdad de las cosas. Concepto olvidado”, *Revista Universitas*, Stuttgart, vol. VII, nro. 4, 1970, http://www.hottopos.com/mp2/verd_olvi.htm [visita del 7/8/2008].

(19) MILLÁN PUELLES, Antonio, *Fundamentos de filosofía*, 12ª ed., Rialp, Madrid, 1985, p. 357.

(20) Cfr. *ibídem*, ps. 358 y ss.

(21) Cfr. *ibídem*, p. 330.

mente podría ser denominada conformidad, identidad o acoplamiento—, que origina una clase de adecuación entre dos extremos: de un lado, lo que está “fuera” del sujeto que aprehende, vale decir, la realidad objetiva que recién mencionamos, y, del otro lado, lo que se encuentra “dentro”, que a raíz de la acción cognoscitiva penetra en el interior del sujeto conocedor, ya sea en forma de representación, concepto, pensamiento o juicio⁽²²⁾. Es decir que, por efecto de esta operación básica, el conocimiento permite que “seres físicamente distintos, puedan estar, si son cognoscentes, unos ‘en’ otros, cognoscitivamente”⁽²³⁾. Dicho de otra forma, “[c]uando conozco algo, yo poseo su forma, me ‘conformo’, me adecuo con ello, pero de un modo inmaterial, intencional”⁽²⁴⁾.

Después de haber señalado esto que antecede, es necesario mencionar seguidamente que este nuevo modo de ser que posibilita el procedimiento al que recién nos referimos se denomina conocimiento intencional, expresión con la que se persigue expresar, con base en el significado etimológico de esa palabra, que el conocimiento siempre tiende hacia algún ente u objeto, vale decir, que la aprehensión de la forma conocida no es sino inmaterial, habida cuenta de que el sujeto cognoscente no es afectado físicamente, porque de un modo natural es el mismo que era antes de conocerla. No obstante, es menester no olvidar que esta intencionalidad, por medio de la cual tendemos hacia algo, “no es sólo esta propiedad del conocimiento de tender hacia un ente distinto de sí, sino que al mismo tiempo es la propiedad de los entes cognoscentes gracias a la cual son capaces de recibir ‘en sí’ (de un modo no material), a otros entes, a los entes que ellos conocen”⁽²⁵⁾.

En el proceso cognoscitivo, por otra parte, junto con la aprehensión intencional de conceptos o realidades, presenciamos, simultáneamente, el fenómeno del conocimiento “reflejo”, a causa del cual el agente toma conciencia de sí y conoce, volviendo sobre él mismo, no sólo la propia operación cognoscitiva, sino también su ser en tanto sujeto cognoscente. De acuerdo con esta operación intelectual, a partir del conocimiento, el agente experimenta cierta amplitud inmaterial de su ser, porque, como describe Casaubón, aunque materialmente el ente cognoscente sólo es lo que es y nada más, cognoscitiva, esto es, intencionalmente, llega a ser otras entidades, los seres que conoce; además, a través de este ciclo, cuando el individuo reflexiona, llega a ser sí mismo, pero de una manera distinta de la mera identidad material consigo mismo, según lo antes explicado⁽²⁶⁾.

Para resumir, pues, lo visto hasta ahora, podemos señalar que “[l]a primera cosa que el entendimiento capta es una naturaleza situada en una exis-

(22) Cfr. *ibídem*.

(23) CASAUBÓN, Juan A., *Introducción al derecho*, vol. 2, “La actividad cognoscitiva del hombre”, Ariel, Buenos Aires, 1979, p. 12.

(24) LLANO, Alejandro, *Gnoseología*, 5ª ed., Eunsa, Pamplona, 2000, p. 27.

(25) Cfr. CASAUBÓN, ob. cit., p. 13 [los destacados se encuentran en el original].

(26) Cfr. *ibídem*, p. 14.

tencia que no es la del entendimiento, es el ens de una naturaleza material. Ese es su objeto propio [...]; sólo secundariamente es, a su vez, conocido el acto por el cual se conoce el objeto [...]; y, finalmente, a través del acto es conocido el entendimiento mismo..."⁽²⁷⁾.

Observamos luego de lo anterior que los humanos, a diferencia de los otros seres, poseen en sí la capacidad de tener, aparte de la suya, la forma de todas aquellas cosas que quedan bajo el alcance de su facultad cognoscitiva. Conforme con lo cual se intenta explicar, con fuente en la doctrina de origen aristotélico, que todo ente se estructura en materia y forma. Es de acuerdo con los lineamientos de dicha teoría, que se entiende que "[t]odos los seres materiales constan de dos principios esenciales, potencial el uno, y actual el otro, material y formal. El primero es enteramente pasivo, pura capacidad o sujeto de recepción sin determinación alguna, a la par que el segundo es el principio de la constitución determinante y actual; aquél que constituye al primero tal o cual cosa"⁽²⁸⁾. La materia, entonces, es el elemento potencial, pasivo y determinable; en cambio, la forma es el componente activo, el determinante, por el cual una realidad es lo que es y no otra cosa distinta. Esta última —la forma—, en su aspecto inmanente o intrínseco, no externo, constituye el aspecto de los entes que nuestro entendimiento capta y recepta del mundo real, y que luego, con nuestra intermediación, se transforma en conocimiento. En este sentido, es que se sostiene que la facultad intelectual de los seres humanos no sólo conoce, sino que, por sobre todo, entiende, ya que la comprensión de nuestro entorno, por decirlo de alguna manera, no se circunscribe a la captación fenoménica de cosas concretas y singulares —como en el caso de algunos animales—, puesto que, en tanto potencia inorgánica, "además de conocer cualquiera de las cosas que tienen de algún modo la índole de su objeto, el entendimiento puede también aprehender a este de una manera general"⁽²⁹⁾, es decir, como ente universalmente considerado.

No obstante, antes de avanzar, es dable aclarar que para que de veras haya correspondencia entre las formas inmanentes de las cosas y las formas cognoscitivas, es menester que se constate cierta identidad de naturaleza entre ellas, esto es, que la forma en la cosa participe del mismo modo de realidad que la forma en el entendimiento. Planteada la aporía con otras palabras, si asumimos que el entendimiento humano es inmaterial —hipótesis que se confirma por la capacidad que tenemos para conocer realidades abstractas y universales—, una primera condición de posibilidad de este conocimiento estará dada por la necesidad de que las cosas efectivamente participen en algún grado de esa misma inmaterialidad. De donde se sigue, pues, que el elemento del objeto asimilable por un pensamiento no será sino su forma.

(27) GILSON, Etienne, *El realismo metódico*, 3ª ed., trad. Valentín García Yebra, Rialp, Madrid, 1963, p. 125.

(28) DERISI, Octavio N., *La doctrina de la inteligencia de Aristóteles y Santo Tomás*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1980, p. 40.

(29) MILLÁN PUELLES, ob. cit., ps. 357 y ss.

En definitiva, sostener que la cosa conocida se incorpora en el sujeto cognoscente equivale a decir que la forma del sujeto cognoscente se incrementa con la forma del objeto conocido⁽³⁰⁾. Todo esto, conviene insistir, parte de la tesis central que indica que “la causa formal o constitutivo esencial del conocimiento y de la cognoscibilidad de la realidad es la inmaterialidad del sujeto y del objeto, respectivamente, de tal manera que los grados de la inmaterialidad constituyen y señalan los del conocimiento y de la cognoscibilidad”⁽³¹⁾.

Por tanto, podemos sintetizar los conceptos que anteceden diciendo que “el objeto del entendimiento no es la cosa material en su individualidad concreta, sino la quiddidad inmaterial, que, en cuanto tal, puede constituir una unidad real con el intelecto”⁽³²⁾; conocer, por ende, no es sino el acto por el que una forma hace suya otra forma, tanto respecto de un objeto distinto de sí, como, al mismo tiempo, de la suya propia, mas en este caso en cuanto objetividad enfrentada a sí misma. Al fin y al cabo, el conocimiento consiste en “captar un acto esencial sin recibirlo como actuación de una potencia, sino en la realidad impasible del propio acto esencial”⁽³³⁾.

Al margen de la innegable relevancia que para nuestro propósito asume lo que acaba de ser dicho, debemos anotar a continuación, con parejo grado de interés, que el aprendizaje intelectual, que únicamente a muy grandes rasgos buscamos reflejar en los párrafos precedentes, presupone la posibilidad del conocimiento sensible. Éste, mediante un procedimiento similar al recién descrito, permite que el agente que interviene en la operación incorpore ya no algo inteligible, sino sensible. En este proceso, a diferencia del visto precedentemente, no se adquiere una nueva forma sino, como se dice, básicamente “las cualidades sensibles de las cosas materiales que se hacen, ‘intencionalmente’, imágenes en la sensibilidad del que conoce”⁽³⁴⁾. Con todo, para evitar caer en confusiones y trazar diferencias de principios donde no las hay, corresponde subrayar que, aunque en una medida proporcional distinta, en todo acto de conocer, vale decir, sea que se trate de la posesión inmaterial de una esencia ajena o, como recién se indicó, ya del conocimiento sensible, “lo sensible en acto y el sentido en acto como lo inteligible en acto y el entendimiento en acto y, en general, lo cognoscible en acto y el conocimiento [son] una misma cosa, pues ambos son el acto inmaterial del conocimiento”⁽³⁵⁾.

De su lado, para explicar la posibilidad del conocimiento objetivo —aquí, por considerar que se autorrefutan, deliberadamente omitimos el tratamiento de posiciones escépticas que, pese a tal postulado, sostienen que es posible afirmar con razón que no es concebible el conocimiento de algo fuera del sujeto—, es decir, aquel que no tiene al hombre como medida o pauta central

(30) Cfr. MASSINI, *La prudencia...*, ps. 150/51.

(31) DERISI, ob. cit., p. 52.

(32) GILSON, ob. cit., p. 74.

(33) DERISI, ob. cit., p. 53.

(34) MASSINI, ob. cit., p. 152.

(35) DERISI, ob. cit., p. 61.

de la exactitud de todas las consideraciones, se ha expresado que la persona cognoscitivamente se pone en contacto con el objeto individual del mundo exterior a través de los sentidos; éstos captan de dichos entes diversos accidentes sensibles, como el color, el sonido, la forma exterior y el sabor, entre otras propiedades. Pese a que el conocimiento intelectual consiste, primariamente, en la aprehensión de lo que la cosa es mediante la obtención del concepto universal que expresa la esencia misma de tal objeto, no obstante, para poder cumplir con esta tarea de una forma satisfactoria y objetiva, la facultad intelectual requiere partir de las imágenes sensibles concretas de los entes que tienen realizadas en sí esas esencias, aunque materializadas e individuadas⁽³⁶⁾. Cabe añadir, con todo, que puesto que no conocemos esencias, sino seres reales, es de éstos que obtenemos los dos elementos que constituyen lo real: el esencial y el existencial. Al juzgar, el entendimiento opera con los contenidos que le nutre la percepción sensorial, a través de la cual toma contacto con la realidad tal cual ésta es, de donde extrae después los aspectos esenciales. De ahí que, como define Vigo, en el “acto intelectual del juicio se unen, afirmando, o se separan, negando, conceptos entre sí, y se restablece así la unidad existencial rota por la abstracción conceptualizante”⁽³⁷⁾. Por lo tanto, en última instancia, son los datos de la experiencia el sustrato material que posibilita el saber intelectual, y, aun cuando lo cierto sea que este saber no se detiene en los datos concretos, dado que por una serie continuada de operaciones logra alcanzar un concepto universal, no es menos exacto que el juicio es el resultado de la actividad cognoscitiva que refleja la esencia de esas cosas concretas en el entendimiento⁽³⁸⁾, sin las cuales, pues, ni el conocimiento humano como tampoco sus ulteriores desarrollos a través de sucesivos cálculos mentales serían factibles.

Finalmente, corresponde agregar que la inteligencia lleva a cabo un tercer paso por intermedio del razonamiento, en virtud del cual de una verdad sabida obtiene una nueva que desconocía, y así establece un nexo entre dos juicios o cadena de ellos, sea de manera deductiva —de lo general a lo particular— o de forma inductiva, según un proceso inverso⁽³⁹⁾.

Como se puede apreciar de lo que se lleva dicho, el esquema expuesto en los párrafos precedentes sintetiza las tres operaciones básicas del intelecto en el plano del conocimiento especulativo. Por su intermediación, tiene lugar tanto “la simple aprehensión, intelectual (no sensible), que produce el concepto y la definición; el juicio, por el que une, afirmando, o separa, negando, conceptos entre sí o en relación a la realidad singular, y cuya obra es la enunciación o proposición; y el raciocinio, por el que de una verdad conocida saca otra”⁽⁴⁰⁾. Verificamos, conforme con lo señalado, de qué modos

(36) Cfr. VIGO, ob. cit., p. 40.

(37) *Ibidem*, p. 41.

(38) Cfr. MASSINI, ob. cit., p. 153.

(39) Cfr. VIGO, ob. cit., p. 41.

(40) CASAUBÓN, ob. cit., p. 24.

diferentes opera y se despliega la capacidad cognoscitiva del hombre, ya que, aunque se trata de distintas expresiones de una misma facultad, se la designa inteligencia cuando capta una esencia o una verdad de una manera inmediata, y se la denomina razón si discurre de una verdad conocida a otra nueva que se dilucida en virtud de la primera⁽⁴¹⁾.

1.2. Saberes especulativos y prácticos

La potencia espiritual del hombre, que posibilita poner en acto sus facultades cognoscitivas, no se circunscribe a la adquisición intencional de otras esencias o formas de los restantes individuos del universo. En nuestro caso, a diferencia de algunos seres animales con capacidad para adquirir ciertos conocimientos, observamos también que aquella aptitud nos permite determinar de qué manera corresponde obrar entre las diversas opciones que la actuación libre ofrece al hombre. Hay, pues, en el conocimiento intelectual humano dos tipos básicos: el teórico o especulativo, por un lado, cuya única finalidad estriba en conocer o contemplar la verdad, y, por otro lado, el práctico, que así mismo busca encontrarla, aunque ahora principalmente para dirigir la acción humana⁽⁴²⁾. Por práctico, pues, se entiende la función del pensamiento que se proyecta sobre la decisión y la acción, esto es, pensar acerca de qué se debe o no se debe hacer⁽⁴³⁾. Entonces, la razón conoce para satisfacer la necesidad humana de saber, pero también para dirigir la acción de las personas.

En el sentido indicado, la inteligencia, abordada en su doble faz especulativa y práctica, no conforma dos facultades diversas, puesto que en sendas proyecciones el entendimiento se encamina a establecer la identidad intencional con el ser. Por eso, no se trata de dos potencias racionales, sino una sola inteligencia con dos funciones o formas de conocer⁽⁴⁴⁾. Aun cuando el dinamismo intelectual sea distinto en los dos casos, y a pesar de que sean también típicos los modos respectivos de enfrentarse con su objeto, el entendimiento práctico y el especulativo no configuran dos capacidades separadas⁽⁴⁵⁾. Por más que uno sea práctico, no por ello deja de ser conocimiento, puesto que si a la diversidad que se verifica entre el pensar especulativo y el práctico se la concibiese en términos de contradicción, tal oposición importaría la incongruencia de dividir, por un lado, al hombre en mitades recíprocamente extrañas, pero, por el otro, reconocer, no obstante, su conexión por medio de la facultad cognoscitiva común a ambas⁽⁴⁶⁾. Antes bien, uno y otro conforman dos caras de una misma facultad, ya que el “entendimiento

(41) Cfr. *ibídem*, p. 21.

(42) Cfr. *ibídem*, p. 47.

(43) Cfr. FINNIS, *ob. cit.*, p. 46.

(44) Cfr. HERVADA, *ob. cit.*, p. 360.

(45) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963, p. 14.

(46) Cfr. MILLÁN PUELLES, *ob. cit.*, p. 383.

teorético se hace por una especie de desbordamiento o ‘extensión,’ entendimiento práctico. Este conoce la verdad y la conoce como especulativa, pero la orienta inmediatamente a la acción, y en esta extensión del conocer al querer y al obrar, es como se hace práctica la razón teórica”⁽⁴⁷⁾. Tal como se explica, la diferencia fundamental radica en el fin al que se dirige la función intelectual, dado que, en sí misma, es siempre una sola: “mientras el entendimiento especulativo o teorético [...] se dirige a conocer la verdad como a su objeto y fin último a la vez, el entendimiento práctico busca también la verdad, pero como medio subordinado al bien o fin, objeto de la voluntad. En el primer caso se trata de una actividad pura y exclusivamente intelectual, no así en el segundo en que la actividad del entendimiento no tiene sentido sino como medio subordinado a la actividad esencialmente práctica de la voluntad. El primero conoce por conocer, se detiene en la contemplación [...] de un objeto, el ser; el segundo contempla para dirigir la actividad práctica [...] de la voluntad y sus facultades subordinadas”⁽⁴⁸⁾.

Inversamente a lo que sucede con los demás seres, los cuales tienen interiormente predeterminado el fin e, incluso, hasta el modo en que habrán de alcanzarlo, es decir, que por su forma se hallan ordenados a ser siempre de una particular y misma manera —v. gr., el caso de las plantas, cuyo ciclo evolutivo tiende a que se originen, desarrollen y desaparezcan según una única manera de ser—, los dotados de conocimiento, más todavía en el supuesto del hombre, no se encuentran determinados por su forma o, mejor dicho, es esta forma, constitutivamente racional, la que les imprime en su estructura un modo de ser consciente y libre, auxiliado por una potencia capaz de conocimiento universal⁽⁴⁹⁾.

A raíz de esto que recién ha sido expresado, podrá entenderse con bastante facilidad por qué la razón no solamente es promotora del conocimiento intelectual, sino que, además, y bastantes veces con pareja o superior relevancia, constituye la potencia directiva del obrar humano⁽⁵⁰⁾ que habrá de guiar al hombre a lo largo de todo su proceso evolutivo. En efecto, aunque desde un ángulo riguroso no sería equivocado sostener que el entendimiento es propiamente especulativo, mirado el asunto una vez consideradas todas las cosas, es válido sostener que, de un modo extensivo, se hace práctico, porque permite dirigir la actividad de otras potencias humanas⁽⁵¹⁾. De ahí que, aunque siempre único, en su función práctica el entendimiento asume, propiamente, una tarea directiva o normativa de la conducta humana. queda claro, entonces, que “[l]a razón especulativa busca la verdad y la razón práctica el bien, aunque ambos objetos, como inteligencia y voluntad, están

(47) MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., p. 14.

(48) DERISI, ob. cit., p. 216.

(49) Cfr. MASSINI, ob. cit., p. 155.

(50) Cfr. KALINOWSKI, Georges, *El problema de la verdad en la moral y el derecho*, trad. E. Marí, Eudeba, Buenos Aires, 1979, p. 130.

(51) Cfr. MILLÁN PUELLES, ob. cit., p. 178.

interpenetrados en la acción; la verdad es fin o bien de la inteligencia, como el bien es captable como verdad a través del conocimiento que formalmente causa el acto voluntario”⁽⁵²⁾.

Efectuadas las consideraciones que preceden, en este turno, antes de seguir, es propicio detenerse por un momento para apreciar que la intervención del hombre en el universo puede verificarse en sentidos diversos, ya sea en la fabricación de cosas exteriores —la que a su vez se divide, por un lado, en producción de obras útiles, y, por el otro, en la creación de obras de arte—, ya sea en la modificación de su propio comportamiento. Tal distinción, que en el primer caso recae sobre objetos producidos por el hombre mediante una actividad que se proyecta fuera de él y, por eso mismo, logra su perfección con independencia de la del sujeto —aunque, de un modo u otro, siempre subordinada a las exigencias corporales y espirituales del hombre—, mientras que en el otro consiste en un obrar inmanente, vale decir, que se constituye en el interior del sujeto y se ordena a su propio mejoramiento, adquiere singular importancia por cuanto son necesarios hábitos intelectuales diferentes para el ejercicio de cada una de esas operaciones: el arte o la técnica, para la producción o actuación; la prudencia, para el obrar.

Aunque luego volveremos sobre esto último, por ahora debemos dejar de lado este asunto para reparar en otra cuestión, la que también nos proporcionará mayores y mejores herramientas para comprender de modo cabal el meollo de la problemática que nos ocupa. Por de pronto, a poco que echemos una mirada a nuestro alrededor, lograremos observar que las cosas no se nos presentan todas de la misma manera. Desde las más asequibles a nuestros sentidos hasta las más alejadas, es decir, aquellas que sólo conocemos merced a un proceso intelectual segundo, esto es, como resultado del procesamiento de los datos que nos proporciona la experiencia sensible, no es posible conocerlo todo en la misma medida y por los mismos métodos. Bastante conocido es aquel atinado veredicto de Aristóteles, quien, hurgando en las diferencias y variaciones que exhiben los distintos bienes y fines perseguidos por los hombres, remarcaba que era claro que admitir los dichos de un matemático porque hablara persuasivamente sería más o menos lo mismo que pretender demostraciones del orador⁽⁵³⁾. En función de esta constatación primaria, de momento cabe recordar que desde antiguo se ha propiciado una elemental división entre los saberes, la que en muchas épocas ha sido descuidada o, peor todavía, directamente olvidada. Tan primordial es esta clasificación que, aparte de ser anterior a aquella otra, también básica, que se detiene en la distinción de los objetos formales propios de cada una de las ciencias, se asienta en el modo mismo de comportarse el entendimiento en uno y otro tipo de saber. De conformidad con este criterio, observamos que en el entendimiento se verifican dos funciones según la inteligencia, a

(52) VIGO, Rodolfo L., *Las causas del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 35.

(53) Cfr. *Ética nicomaquea*, p. 8 [I-III, 1094b, 25].

pesar de ser, lo decíamos antes, una misma y única facultad cognoscitiva, se articule desde sus primeros pasos, como reza la expresión canónica, con el único fin de conocer, o para dirigir el obrar específicamente humano, o con el propósito de producir un objeto⁽⁵⁴⁾. Esta clave que se nos proporciona para distinguir un tipo de saber del otro radicaría, principalmente, en no ignorar las características de la materia que constituye el objeto de estudio sobre la que opera cada función del entendimiento. A raíz de esta particularidad, es dable precisar que la razón humana puede actuar, o bien con un cometido teórico, o bien con una función práctica. En el primer supuesto —faz teórica—, el entendimiento no se propone otra misión más que la de conocer la verdad para contemplarla, lo cual ocurre, por ejemplo, con las matemáticas, con las ciencias experimentales, como la química o la física, y también con las ramas especulativas de la filosofía, es decir, la metafísica o la filosofía de la naturaleza, entre otros tantos casos que se podrían citar. Por el contrario, la razón adquiere un papel práctico cuando la verdad es aprehendida para dirigir la acción del hombre; aquí ya no se trata de la contemplación y del examen de los objetos de la realidad en tanto cosas, sino que, justamente, se persigue la transformación de lo real, tal cual sucede con la filosofía moral⁽⁵⁵⁾, fuera de las aclaraciones que esta última afirmación requeriría para ser completamente exacta. Dicho de otro modo, cuando nos encontramos en ese campo de lo que hemos denominado “operable” para diferenciarlo de lo meramente “especulable” y, más específicamente, dentro de aquel espacio donde la razón se articula bajo la dimensión del obrar, ocurre que el saber es práctico o normativo, o sea, que las realidades no nos son dadas a conocer “para develar su esencia y descubrir su sentido; por el contrario, su conocimiento se ordena naturalmente a la dirección de obrar, hacia la actualización de esas realidades posibles, es decir, hacia el logro del bien humano”⁽⁵⁶⁾.

A partir de estos datos preliminares, estamos en condiciones para definir la ciencia especulativa como aquel tipo de conocimiento riguroso que se dirige simplemente a aprehender un objeto, cuya operación se agota con el conocimiento obtenido, por lo que resulta indiferente que dicho elemento sea algo en sí mismo dado o susceptible también de realización, pues en cualquier caso, esto es, aun en el segundo, la ciencia especulativa abordará esa porción de la realidad desde un enfoque primordialmente teórico, aproximación intencional en la cual se detendrá la contemplación⁽⁵⁷⁾. De su lado, será práctica la ciencia que se encargue de las conductas humanas para estudiarlas, ya no con propósito contemplativo o descriptivo, sino para regularlas o valorar su error o acierto⁽⁵⁸⁾.

(54) Cfr. Rossi, Abelardo F., *Algunos modos del saber humano*, El Derecho, Buenos Aires, 2003, p. 19.

(55) Cfr. VIGO, *Visión crítica...*, cit., p. 30.

(56) MASSINI, ob. cit., ps. 160/61.

(57) Cfr. HERVADA, ob. cit., p. 593.

(58) Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Iusnaturalismo vs. iuspositivismo (un alegato iusnaturalista)”, *Prudentia Iuris*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia

Ocurre, en la base de estas distinciones, que el objeto de las ciencias teóricas es siempre un inteligible, donde el “espíritu se dirige al mundo de la existencia y penetrando con su luz en el dato sensible hace surgir núcleos de inteligibilidad cada vez más desprendidos de la materia. Alcanza aquellos objetos a título de puros inteligibles y los conoce con la única finalidad de descansar en su conocimiento”⁽⁵⁹⁾59. En las ciencias prácticas, a diferencia de las primeras, “su objeto no es esta vez un inteligible, obtenido por abstracción de la existencia concreta, sino precisamente un «operable», algo que todavía no ha sido hic et nunc y a lo cual debe darse forma, algo que está aún por realizar o en lo que la idea de realización interviene de manera decisiva”⁽⁶⁰⁾.

En esta línea de pensamiento, procede avanzar hacia el núcleo del asunto que capta nuestra atención y, con esa meta, ahora corresponde señalar que el conocimiento práctico requiere que la practicidad del objeto no se circunscriba al aspecto material —v. gr., acto de justicia, sanción de una norma legislativa, etc.—, sino que, además, se extienda simultáneamente a la dimensión formal, es decir, que el estudio del objeto se lleve a cabo con una inequívoca aspiración práctica, esto es, con la inmediata finalidad de establecer su corrección, v. gr., jurídica o política. De cualquier manera, para no caer en los enredos a los que nos podría conducir una mirada algo apresurada, es propicio no desatender que, como ocurre con el saber de los juristas, también hay otros conocimientos que, desde algún punto de vista —*secundum quid*— pueden ser considerados teóricos y, desde otro, prácticos⁽⁶¹⁾.

Al cabo de estas primeras impresiones, junto con Massini, podemos llegar a esbozar una conclusión inicial que, aunque preliminar, por su carácter fundamental se proyectará sobre todas las demás e informará el contenido de estos juicios posteriores. En tal sentido, cuadra manifestar que siempre la primera aproximación del saber práctico proviene de una doble estimación de su objeto, vale decir, no sólo material sino también formal⁽⁶²⁾, lo que es lo mismo que decir que no alcanza para determinar la practicidad del conocimiento con que el objeto del estudio abarque cierta parcela de la realidad que encuadre en el significado de acción humana, sino que, al mismo tiempo, para ser fundamental y principalmente práctico, requiere enderezarse a conocer esas manifestaciones de la realidad con la finalidad de dirigirlas o aconsejarlas mediante la intervención de la razón⁽⁶³⁾63. En suma, para resumir esta idea, conviene recordar las palabras de Rossi, para quien, en el

Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, nro. 62/63, octubre de 2007, ps. 72.

(59) MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., p. 15.

(60) Ibídem, ps. 15/16.

(61) Cfr. VIGO, “Iusnaturalismo vs. iuspositivismo...”, cit., p. 72.

(62) Cfr. MASSINI, ob. cit., p. 162; en igual sentido, ver SANZ, Carlos R., “Notas para un replanteo en la enseñanza del derecho civil”, ED, 135-870 y ss.

(63) Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos I., “Derecho natural y ciencia jurídica. Consideraciones sobre la ciencia del derecho como ciencia práctica”, *Prudentia Iuris*,

sentido apuntado, “la índole teórica o práctica de una ciencia no depende ni de la intención subjetiva del cognoscente, ni de los diversos grados del conocimiento según éste se encuentre más o menos próximo a la dirección de la conducta, ni de un fin extraño sobreañadido a una misma y única clase de ciencia siempre teórica en cuanto tal que la hiciera permanecer en tal carácter o derivar en práctica. Pensamos, por el contrario, que una ciencia cualquiera por el solo hecho de ser tal ciencia será siempre teórica o práctica desde sus primeros principios hasta sus últimas conclusiones, considerando una y otra formalidades distintas de la misma realidad cognoscible y originando, por las exigencias propias de sus respectivos objetos, métodos diversos”⁽⁶⁴⁾.

Pues bien, a más de la que venimos desarrollando, la caracterización de los saberes en teóricos y prácticos admite nuevas distinciones, de todas las cuales sólo nos detendremos en aquellas más directamente relacionadas con el propósito y utilidad de nuestro estudio.

Veamos, entonces, las principales.

a) *Por el fin del saber*

A partir del criterio fundamental presentado líneas más arriba, se nos abre el camino para el hallazgo de nuevas precisiones. De forma sucinta, en este momento, es dable señalar que en el caso del conocimiento especulativo el fin del saber está constituido por la intención de conocer debido a la satisfacción que en sí misma genera esa operación; en el conocimiento práctico, inversamente, el objetivo se encamina a la búsqueda de las pautas para la dirección del obrar humano, juicios que, ya sea de un modo explícito o implícito, demuestran que alguna acción, omisión o abstención debe, o no, ser hecha, o que podría, o no, ser realizada adecuada o justificablemente⁽⁶⁵⁾. Esto es, ya sea en acto, ya sea en potencia, la actividad cognoscitiva para ser práctica, es necesario que se encamine o tenga el propósito de regular la acción humana hacia algún bien o perfección⁽⁶⁶⁾. En otras palabras, “el fin del saber —no del sabedor— depende intrínsecamente de su objeto; de su objeto material, ya que no puede haber un saber práctico acerca de un objeto metafísico, pero sobre todo de su objeto formal, es decir, de que se perciba ese objeto material operable en tanto que operable”⁽⁶⁷⁾.

Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, nro. 62/63, octubre de 2007, ps. 132/33.

(64) ROSSI, ob. cit., ps. 21/22.

(65) Cfr. FINNIS, ob. cit., p. 268.

(66) Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos I., “La interpretación jurídica como interpretación práctica”, *Jurisprudencia Argentina*, 2004-IV, fascículo nro. 1, p. 7.

(67) MASSINI, *La prudencia...*, cit., ps. 163/64.

b) *Por el diverso sentido de la verdad*

Si bien desde la perspectiva realista clásica no se postula la presencia de dos formas de verdad distintas, una según la dimensión práctica del conocimiento y otra para la vertiente teórica, por cuanto en ambos niveles se persigue la verdad, en un caso mediante juicios teóricos y en el otro a través de enunciados prácticos⁽⁶⁸⁾, la diferencia que se verifica en la proyección del concepto general de verdadero es de grado y proviene, justamente, de la falta de identificación entre un ámbito y el otro. Por eso, según vimos, aunque en sendos supuestos la verdad responde a las directivas de un postulado principal —relación de adecuación entre la cosa que se aprehende y la cosa aprehendida en el entendimiento, *adaequatio intellectus cum re*—, no es inoficioso precisar que mientras que en el orden práctico un juicio será verdadero cuando el acto esté ordenado hacia un fin objetivamente bueno, para la dimensión especulativa del conocimiento la verdad consistirá en la conformidad entre lo que se predica de un ente y lo que ese ente es en realidad⁽⁶⁹⁾. En este último nivel gnoseológico, “se tratará de lo real especulable y de la adecuación del intelecto al orden que la razón contempla pero no crea y que viene dado en las cosas naturales; en el otro, de lo realmente operable, de aquello que debe o puede ser hecho en relación al perfeccionamiento de la naturaleza humana”⁽⁷⁰⁾. Mejor expresado todavía, al contrario de lo que sucede con el pensamiento teórico, no existe en materias prácticas “una correspondencia estricta con una realidad moral dada, tal como la que existe entre el conocimiento teórico de la animalidad de la oveja y la oveja misma. Dicho de otro modo, [...] no existen en la realidad anterior al conocimiento humano ‘hechos morales’ en tanto que morales, es decir, directivos de la conducta humana hacia su perfección; por el contrario, sólo por la mediación de la razón, más concretamente de la razón práctica, los datos de la realidad objetiva pueden fundamentar preposiciones normativas del obrar humano”⁽⁷¹⁾.

En el orden especulativo, la búsqueda intelectual tiende a lo verdadero en cuanto aprehensión cabal del ser como tal; en el práctico, se contempla el bien en tanto apetecible por su adecuación al fin que, en la dimensión directiva del obrar, actúa como principio. Por eso, en tanto que la primera categoría se funda en los principios primeros del conocimiento especulativo —el de identidad y en el de no contradicción—, en el orden práctico, el principio del obrar prescribe qué hay que hacer, y procurar el bien y evitar el mal⁽⁷²⁾. Por tanto, como veníamos diciendo, la verdad en lo especulativo radica en la conformidad del entendimiento con lo real. Inevitablemente, en el campo práctico, la verdad ha de ser algo distinto, por la insoslayable razón de que lo

(68) Cfr. KALINOWSKI, ob. cit., ps. 78/79 y *passim*.

(69) Cfr. HERVADA, ob. cit., p. 360.

(70) KALINOWSKI, ob. cit., p. 171.

(71) MASSINI CORREAS, Carlos I., *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Eunsa, Pamplona, 2006, p. 187.

(72) Cfr. ROSSI, ob. cit., p. 27.

real a lo cual ha de conformarse el entendimiento no existe todavía. Luego, la razón práctica no se ocupa de contemplar objetos, sino que el fin de su oficio consiste en realizarlos, es decir, se trata de un conocimiento que, en cierta forma, se anticipa a la existencia de su objeto. De esto bien se sigue que, al no haber posibilidad en el ámbito práctico de los estudios de que la razón se acomode a una cosa realizada, toda vez que, casualmente, es función de tal facultad espiritual la de determinar qué ha de ser hecho o qué debe ser evitado, aquí la rectitud y el acierto sólo pueden provenir de la conformidad de la razón con su principio directivo⁽⁷³⁾.

c) *Por la certeza del saber*

La certeza es el estado de la mente que se adhiere firmemente y sin ningún temor a una verdad, y, si bien desde esta perspectiva, a diferencia de la evidencia —a la que no obstante está ligada, pero que en sentido estricto es una propiedad objetiva de ciertos juicios y, por eso, de las proposiciones que los significan⁽⁷⁴⁾—, tal adhesión vendría a ser una situación primariamente subjetiva en la que se encuentra el sujeto pensante, es decir, un “estado de la inteligencia en la que se juzga firmemente, por remoción del temor de que sea verdadero lo contrario de aquello a lo que se asiente [...], de una manera secundaria —por analogía de atribución— puede llamarse también ‘certeza’ a la evidencia objetiva que fundamenta la certeza como estado de la mente”⁽⁷⁵⁾. De donde se obtiene que, aunque en algún sentido sea susceptible de grados, en su acepción propia la plena seguridad en el asentimiento sólo se verifica en la certeza.

Según este enfoque, si de grados de certeza hablamos, tendremos que hacer notar que, a consecuencia de la realidad contingente sobre la que trabaja la razón práctica y, por ende, necesariamente mudable, en los saberes directivos la certeza sólo podrá ser alcanzada en los primeros principios del obrar, en virtud del carácter universal y necesario con que tales prescripciones se manifiestan en ese nivel. En cambio, a medida que se descienda desde la generalidad de dichos principios y, pasando por los niveles intermedios, nos acerquemos a la conducta singular, en esa misma proporción habrá de disminuir el grado de verosimilitud de los juicios deónticos⁽⁷⁶⁾. De modo que, con remisión al pensamiento de Tomás de Aquino, se ha sostenido que en el ámbito de los saberes prácticos “es necesario contentarse con una certeza sólo probable, con un juicio, aunque inseguro, razonable, sin que pueda alcanzarse, en la gran mayoría de los casos, una certeza como la que se logra en el ámbito de las ciencias naturales o matemáticas. En el nivel de las decisiones concretas, que es el que en última instancia importa en el orden de la praxis,

(73) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., p. 86.

(74) Cfr. KALINOWSKI, ob. cit., p. 140.

(75) LLANO, ob. cit., p. 52.

(76) Cfr. FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo, *Compendio de filosofía y lógica*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 237/vta.

existe siempre un rastro de duda, de incertidumbre, de riesgo, de error, que otorga a las decisiones humanas en ese ámbito un carácter angustioso⁽⁷⁷⁾. Desde luego, por definición, la certidumbre alcanzable respecto de la verdad práctica y, por eso mismo, también de la verdad jurídica, nunca podrá ser absoluta, relatividad cuyo grado, en última instancia, dependerá del nivel en que nos encontremos: será, por tanto, menor en el círculo próximo a la norma general, porque aquí se trazan las grandes directrices para la mayoría de los casos, y por eso resultará intelectualmente factible determinar con cierta seguridad la verdad o el error, pero, a medida que nos alejemos hacia la periferia del caso concreto, como, por ejemplo, en el campo propio de la sentencia, y nos instalemos en el ámbito de la pura contingencia, la probabilidad del acierto exacto será más lejana y la magnitud de la certidumbre será reducida⁽⁷⁸⁾. En la raíz de estas reflexiones, hallamos que a diferencia de lo que ocurre con los raciocinios teóricos, en los cuales el juicio involucra sólo consideraciones abstractas y, por ende, acompañadas de necesidad, en el saber práctico, que opera en el mundo de lo concreto y singular, la operación intelectual se elabora en torno de lo realizable, esto es, un asunto que todavía no tiene realidad existencial y, por tal motivo, se ve alcanzado por los efectos de la contingencia y mutabilidad⁽⁷⁹⁾.

En definitiva, aun cuando solamente pueda ser alcanzada en un grado diverso, por natura y de un modo u otro, la certidumbre no es extraña al terreno de los saberes prácticos, proposición esta que no resulta refutada por la afirmación, paralela y también cierta, de que en la otra clase de conocimientos la proporción de la certidumbre respecto de lo que ha de ser demostrado sea mayor⁽⁸⁰⁾.

d) *Por el método del conocer*

En último término, a los fines que inspiran nuestro estudio, bastará con mencionar una distinción adicional. No debemos olvidar, con todo, que el listado admite algunos otros puntos que en forma deliberada omitiremos; éstos, sin embargo, en el fondo proceden de aquella esencial diferencia que apuntábamos líneas más arriba con cierto detenimiento y que, según allí se vio, radicaba en las características particulares del objeto formal de uno y otro tipo de saber.

En este momento, pues, toca referirnos a los matices que se advierten con relación al método de conocimiento, sea que se trate del saber teórico o del práctico. Pero antes, para tomar noción de la relevancia que este tópico

(77) MASSINI, *La prudencia...*, cit., p. 175.

(78) Cfr. MASSINI, *Sobre el realismo...*, cit., p. 128.

(79) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., ps. 85/86; en similar sentido, véase MILLÁN PUELLES, ob. cit., p. 332.

(80) TALE, Camilo, *Lecciones de filosofía de derecho*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1995, p. 147.

adquiere en el ámbito intelectual cuando se pretende el perfeccionamiento de nuestra inteligencia con relación a cierta materia, es recomendable indicar que ya Aristóteles otorgaba inculcable preponderancia a este asunto, habida cuenta de que, según comenta Brie, en su tratado *Sobre las partes del alma*, el estagirita decía que “la mente humana puede perfeccionarse de dos maneras: primero, por el conocimiento del objeto, e.d., por la adquisición de la ciencia acerca de un objeto; segundo, por el conocimiento del método adecuado al estudio del objeto”⁽⁸¹⁾.

Ahora bien, respecto de los medios intelectuales que nos permiten llegar a la verdad en un campo y en el otro, no es inoportuno subrayar que tales instrumentos están inicialmente condicionados por la especial característica del objeto propio del saber teórico y del práctico, es decir, que el interrogante no se reduce a aquella ingenua aspiración cartesiana de hallar un conjunto común de “reglas ciertas y fáciles” que nos guíen a enunciar verdades de gran extensión, esto es, una lista de recetas para dar con respuestas correctas. Aquella restricción proviene, conforme pudimos advertir antes, de la primaria constatación de que las cosas a las que se aplica el intelecto no son en todas las situaciones iguales, motivo que, antes que justificar, torna imperioso diversificar la manera de aproximarse a lo real en la misma medida que lo real asume una corporeidad o, mejor dicho, forma diferente⁽⁸²⁾.

Aunque es claro que en el conocimiento especulativo abundan distintos métodos y muchos principios heurísticos, cada cual con sus particularidades, todos ellos se orientan, de un modo u otro, a descubrir y aprehender las estructuras que se esconden en lo real, por lo que, al margen de sus accidentales diferencias, el procedimiento, sea cual fuere, siempre se halla subordinado a ese fin primario de contemplación. En cambio, o acaso por eso mismo, en el campo de los saberes prácticos, el método tampoco puede prescindir de la finalidad que lo especifica, habida cuenta de lo cual, por efecto de la naturaleza especial de su objeto, quienes dediquen sus esfuerzos a dilucidar los problemas propios que plantea el obrar humano tendrán que hallar la herramienta propicia para obtener directivas o estimaciones acertadas respecto de tales conductas⁽⁸³⁾. En efecto, por sus notas especiales, en una ciencia práctica la idea de la realización concreta rige su método y su propio método de investigación⁽⁸⁴⁾.

En lo que concierne a los saberes prácticos, se constatan numerosos debates en torno a la determinación del método más idóneo, discusiones que, sin embargo, todavía no se encuentran completamente concluidas. Aunque no desconocemos el rumbo correcto, profundizar sobre este tópico y preten-

(81) BRIE, Roberto J., *Los hábitos del pensamiento riguroso*, Ediciones del Viejo Aljibe, Buenos Aires, 2000, p. 21.

(82) Cfr. GILSON, ob. cit., p. 149.

(83) Cfr. MASSINI, *La prudencia...*, cit., p. 178.

(84) Cfr. HERVADA, ob. cit., p. 593.

der dirimir en estas páginas el entrevero excedería, por mucho, el propósito del trabajo y el marco del programa trazado al inicio. De cualquier manera, debe quedar en claro que al escoger las herramientas para obtener una respuesta correcta en este campo, el investigador, consejero o intérprete no podrán desconocer la característica básica que informa a todo conocimiento directivo en general, puesto que, si esto sucediera, se correría el riesgo, bastante alto por cierto, de fallar en el cometido de alcanzar la verdad. En función de esta regla elemental, es conveniente recordar que el hombre “sabio no comienza nunca por definir el método de la ciencia que va a fundar; incluso éste es el rasgo por el que con más seguridad se reconocen las falsas ciencias: que se hacen preceder por sus métodos; porque el método se deduce de la ciencia, no la ciencia del método”⁽⁸⁵⁾ El acento, por lo tanto, ha de ser puesto en el respeto por el objeto del conocimiento, directiva que debe conducir a apartarse del acostumbrado defecto en que se incurre cada vez que se intenta acomodar o delinear el objeto de estudio con la finalidad de someterlo, con menoscabo de la realidad, a las reglas de un tipo de saber arbitrariamente elegido⁽⁸⁶⁾.

A pesar de que no se llega a establecer la existencia de un nivel de racionalidad de sustancia diversa —las operaciones intelectuales que se realizan en ambos conjuntos participan de la misma naturaleza racional, luego no se verifica una distinción de orden ontológico—, en el sector de la razonabilidad práctica, la inteligencia utiliza criterios y procedimientos propios, que originan la formación de una lógica o manera de pensar distinta consecuente con dicha particularidad⁽⁸⁷⁾. Entonces, por ahora, aparte de esto señalado, alcanza con mencionar que el método jurídico adopta una forma típica de elaborar sus conceptos y adquiere características especiales por su manera de alcanzar el orden social justo, lo que conlleva que el jurista conceptualice, razone, enjuicie y proceda de ordinario conforme con unas reglas distintas de otras ramas del saber, operaciones que, al fin de cuentas, se articulan en torno a la verdad práctica que la ciencia del derecho tiende a aprehender y se unifican por el bien que tratan de conseguir⁽⁸⁸⁾.

En sentido concordante con estas aproximaciones, si bien no se niega la presencia de momentos analíticos, antes bien, se los admite dentro de unos límites definidos, vale señalar que, a juicio de Massini —quien, no obstante su autoridad intelectual, representa una de entre varias voces que se pronuncian sobre el particular—, el modo propio de conocer de las ciencias prácticas es sintético-compositivo. Lo primero, habida cuenta de que en materia de pensamiento directivo no se intenta encontrar las causas partiendo de los efectos que comunican los fenómenos, aspecto que lo diferencia de las ciencias analíticas, cuyas investigaciones, en cambio, persiguen descomponer los

(85) GILSON, ob. cit., p. 185.

(86) Cfr. *ibídem*, p. 190.

(87) Cfr. FINNIS, ob. cit., p. 67.

(88) Cfr. HERVADA, ob. cit., p. 612.

elementos de los objetos examinados. Por el contrario, a través de un proceso inverso, en la ciencia práctica se indaga acerca de las conclusiones con punto de partida en los principios, que en este ámbito funcionan como causas. Lo segundo —compositivo—, porque al final de ese itinerario reflexivo, el entendimiento práctico formula un enunciado conclusivo en el que concurren todos los elementos deliberativos estudiados previamente, mas ahora presentados en forma de unidad⁽⁸⁹⁾.

Pues bien, antes de pasar a nuestra siguiente sección, para concluir el desarrollo de la distinción fundamental que se da entre saberes especulativos y prácticos, y el análisis de las diversas facetas en que ella es susceptible de ser observada, será conveniente hacer hincapié en que, en substancia, para que un conocimiento intelectual pueda ser a la vez reputado práctico, debe satisfacer, al menos, tres requisitos fundamentales, a saber: 1) que su objeto sea material y formalmente práctico; 2) que el fin que el sujeto persiga con el conocer se enderece a la ordenación de una perfección humana, y 3) que el modo por el que se lleve a cabo dicho conocer sea primordialmente sintético⁽⁹⁰⁾.

1.3. La continuidad de los saberes

Para completar este capítulo, debemos subrayar que la distinción básica que no permite identificar ni confundir los saberes especulativos con los prácticos no significa escindir plenamente a unos de los otros, según también lo anunciamos pasajes más arriba. Antes bien, hay que remarcar que la razón humana es una sola, pero, en las disciplinas que integran la segunda categoría, nuestro intelecto proporciona juicios deónticos o normativos, para lo cual, sin embargo, necesita procurarse del conocimiento que le proveen las distintas ciencias especulativas, ya que resultaría gravemente inadecuado defender la existencia de dos planos independientes de la realidad.

El conocimiento práctico, por consiguiente, se apoya o requiere del saber teórico que lo funda, en tanto así la razón humana, en clave especulativa, adquiere una novedosa dimensión con su uso práctico⁽⁹¹⁾. En sentido concordante con el diseño explicado en los pasajes que anteceden, el conocimiento de índole práctica no podría ser sino derivación del saber especulativo, que lo origina⁽⁹²⁾. El mandato en el que culmina la razón práctica, encaminada, como se vio, a establecer la conducta humana correcta en una situación concreta, no puede ser imperado con prescindencia de lo que las cosas son. Naturalmente —lo que de ninguna manera implica caer en las redes del equi-

(89) Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del derecho III. El conocimiento y la interpretación jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 69.

(90) Cfr. ibídem, p. 66.

(91) Cfr. VIGO, *Visión crítica...*, cit., ps. 30/31.

(92) Cfr. PORTELA, Jorge G., *Derecho natural. Introducción al derecho. Propedeutica filosófica*, vol. 5, Juan Alfredo CASAUBÓN (dir.), Buenos Aires, 1985, p. 69.

vocado argumento de la “falacia naturalista”, que se invocó para cuestionar los postulados de la doctrina clásica en materia de juicios éticos⁽⁹³⁾—, ocurre que “el deber tiene su fundamento en el ser; aquello que debe ser hecho por el hombre para el logro de su perfección, depende intrínsecamente de aquello que el hombre es, en otras palabras, de su esencia o naturaleza y de las concretas circunstancias en que debe poner su acto libre y racional”⁽⁹⁴⁾. Para apreciar, al fin de cuentas, el cabal sentido del significado de dicha relación de continuidad que une estas dos ramas principales en que se diversifica la actividad cognoscitiva, es útil traer a nuestra memoria la feliz formulación de los antiguos, para quienes “sólo el que sabe, puede mandar”.

(93) Véase al respecto MASSINI CORREAS, Carlos I., *La falacia de la falacia naturalista*, Edium, Mendoza, 1995.

(94) MASSINI, *La prudencia...*, cit., ps. 182/83.

CAPÍTULO 2

EL SABER JURÍDICO

2.1. El saber jurídico. Objeto. Conocimiento práctico

De acuerdo con las características observadas, resulta un emprendimiento de por sí demasiado complicado, quizá en el fondo directamente inabordable, intentar justificar con éxito que el conocimiento de la materia jurídica constituye, ciertamente, un saber teórico⁽⁹⁵⁾, o de contenido exclusivamente descriptivo y avalorativo⁽⁹⁶⁾. Efectivamente, el objeto del saber jurídico se enfoca en el examen de una conducta humana particular —la jurídica—, su finalidad específica consiste en la ordenación y dirección de esa obra hacia un objetivo determinado por el fin del derecho, esto es, la cosa justa, y, aparte, se vale para ello de un modo de conocer que se articula en torno a principios y normas de mayor generalidad, que conforman sus premisas mayores, y que concluye en la valoración de las conductas jurídicas singulares, que constituyen las consecuencias prácticas concretas de aquellos postulados iniciales⁽⁹⁷⁾.

Aun cuando la enseñanza académica que se imparte en nuestras principales universidades mediante el diseño de programas conformados, en su amplia mayoría, por una extensa lista de disciplinas particulares, inarticuladas entre sí, al tiempo que desarrolladas bajo el influjo de los cánones heredados de concepciones normativistas que equiparaban, y todavía hoy se empeñan en hacerlo, el fenómeno jurídico con la ley o, lo que es en esencia lo mismo, con otros enunciados a los que aquélla asignaba valor obligatorio, o con prescripciones que sólo provienen de una fuente estatal, fomenta que se elucubre en forma inmediata, acaso instintivamente, un ensayo de respuesta contraria a la tesis que proponemos en nuestro estudio, corresponde insistir en que, bien que se mire el asunto, la cualidad directiva y valorativa del derecho son los elementos por excelencia que, desde su núcleo hasta sus diversas proyecciones, determinan que el conocimiento jurídico sea un saber radicalmente práctico. El derecho, a diferencia de lo que aquella imagen parcializada de la realidad refleja, pertenece al orden del obrar humano y se encamina intrínsecamente al establecimiento del bien común, por el cual

(95) Cfr. SCHOUPPE, ob. cit., *passim*.

(96) Cfr. FINNIS, ob. cit., capítulo I, *passim*.

(97) Cfr. MASSINI CORREAS, “La interpretación jurídica...”, cit., p. 8.

entendemos, con el profesor de Oxford, “el factor o conjunto de factores [...] que, presentes como consideraciones en el razonamiento práctico de una persona, darían un sentido a, o una razón para, su colaboración con otros y darían asimismo, desde el punto de vista de los otros, una razón para la colaboración con ellos mismos y con esa persona”⁽⁹⁸⁾. El conocimiento jurídico reúne las características de las ciencias prácticas, dado que constituye un saber que “se compromete con el campo de las conductas y sus reglas a las que orienta, legitima o descalifica con argumentos racionales. A diferencia de los saberes teóricos propios de los espectadores, el saber jurídico corresponde a los protagonistas en tanto lo que se sabe requiere ciertos comportamientos y desecha otros”⁽⁹⁹⁾. En esta misma dirección, en una obra dedicada al análisis de una serie de casos judiciales de particular interés, cuyo mérito estriba en el doble propósito de exponer a través de ellos, por un lado, que el derecho es una obra que inicia el legislador y recién concluye con la labor del intérprete y, por el otro, la manera preponderante en la que intervienen en esa determinación los distintos órdenes que conforman la sustancia jurídica, en ocasión de exponerse las razones que justificaban dicha modalidad de trabajo, por cierto no acostumbrada en nuestro medio, se indicó que el sentido último de la ciencia del derecho lo constituía su calidad de saber práctico. Allí se dijo, con razón, que se trataba de “un conjunto de conocimientos orientados no al puro conocer, sino al obrar, ya que su objeto final consiste en proporcionar a la persona un haz de herramientas necesarias para la regulación exterior de sus conductas en las diversas situaciones que se le presentan en la realidad de la vida”⁽¹⁰⁰⁾.

Por eso, para quienes ejercen el oficio de jurista —abogados, notarios, jueces, entre otros— ninguna duda debe haber en que no se aprende por saber, sino de saber para hacer⁽¹⁰¹⁾. El pensamiento jurídico es intrínsecamente práctico, porque su objeto radica en un obrar contingente, como lo es la conducta humana, y por esta razón no puede ser razonado con categorías y reglas elaboradas para trabajar con objetos ciertos e inmutables ni con cantidades o densidades⁽¹⁰²⁾.

A pesar de los numerosos embates de los que ha sido destinatario este modo genuino de entender el derecho, todavía es posible sostener que “[l]a razón por la que el orden jurídico existe, no puede ser la perfección teórica de sus estructuras formales: leyes, instituciones, conceptos jurídicos, etc., sino la perfección práctica, operativa, de sus contenidos. No interesa primordialmente la redacción lógicamente perfecta de una norma, sino su virtualidad para dar lugar, en los hechos, a relaciones sociales armónicas”⁽¹⁰³⁾. Desde

(98) FINNIS, ob. cit., p. 183.

(99) VIGO, Rodolfo L. - DELGADO BARRIO, Javier, *Sobre los principios jurídicos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 137.

(100) RABBI-BALDI CABANILLAS, ob. cit., ps. 15/16.

(101) Cfr. HERVADA, ob. cit., p. 75.

(102) Cfr. MASSINI, *Sobre el realismo...*, cit., p. 126.

(103) *Ibíd.*, ps. 18/19.

las mismas coordenadas, se expresa que la practicidad de la materia jurídica atraviesa toda la ciencia del derecho, puesto que el fin último de esta rama del saber no es dilucidar el sentido de conceptos teóricos, como, por ejemplo, “la institución”, “la propiedad” o “la relación jurídica” ni su meta radica en conformar un sistema de términos; tampoco se trata de la investigación de las relaciones sociales y su orden. Antes bien, el saber jurídico se juega en todas esas instancias, pero se ordena al caso concreto, donde se discierne el derecho de cada uno⁽¹⁰⁴⁾.

No obstante, como antes lo apuntáramos al trazar las diferencias de base que se verifican entre el conocimiento meramente especulable y el práctico, también aquí debemos anotar que el derecho no constituye un conocimiento directivo del obrar, ágil, nada más que porque elabora sus razonamientos y obtiene sus conclusiones a partir de los datos que extrae de unas determinadas relaciones humanas, sino que, a diferencia de lo que sucede con otras disciplinas afines, como la sociología, la historia del derecho, la criminología, alcanza su especificidad en tanto saber práctico en virtud de que su finalidad intrínseca estriba en regular la acción humana⁽¹⁰⁵⁾.

Para concretar nuestra idea rectora, vale enfatizar, con términos de Martínez Doral, que “el objeto del conocimiento jurídico es por cierto un operable; no algo que ya es, que está ahí y puede ser objeto de nuestra contemplación, sino algo que todavía no es, que aún no ha sido realizado en su existencia concreta y que ha de ser puesto en obra. En una palabra, se trata de un ‘operable formalmente tomado como tal’ que especificará, no ya a un saber puramente especulativo, sino a un auténtico conocimiento práctico”⁽¹⁰⁶⁾.

2.2. El saber jurídico. Sus diferentes niveles epistemológicos

Las ideas precedentes sirven de apoyo para acercarnos con mayor profundidad al núcleo de la materia que concita la atención de nuestro estudio. Para introducimos de lleno en el ámbito específico del derecho, es propicio referir que la actividad intelectual que se ocupa formalmente de nuestra materia, vale decir, el saber jurídico, tiene por objeto de estudio y de conocimiento aquello que de jurídico se juega en la sociedad humana⁽¹⁰⁷⁾. La materia sobre la que desarrolla sus investigaciones el pensamiento jurídico, como recién se pudo ver, “no es una esencia puramente especulable sino que es un operable, o sea una conducta que exige ser rectificada por la justicia. A través de perspectivas diferentes —aclara Vigo—, el saber jurídico se propone establecer reglas y medidas para el obrar, el conocer no se agota en el conocer,

(104) Cfr. HERVADA, Javier, *introducción crítica al derecho natural*, 8ª ed., Navarra, Eunsa, 1994, p. 37.

(105) Cfr. MASSINI, “Derecho natural y ciencia jurídica...”, cit., p. 134, nro. 8.

(106) MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., ps. 16/17 [el destacado pertenece al original].

(107) Cfr. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 594.

sino se proyecta como 'deber ser' de la conducta en orden a que ella dé o respete al otro lo suyo"⁽¹⁰⁸⁾.

En el interior de esta dimensión intelectual por la que discurren nuestras reflexiones —la del conocimiento práctico—, cabe acudir a una subdivisión, en este caso según una pauta que ya no repara en el objeto material de estudio ni en el formal, sino en un tercer criterio, que permite establecer dentro del saber práctico diferentes niveles de estudio, cada cual con sus características singulares⁽¹⁰⁹⁾. En efecto, sin desconocer el elogio que merecen aquellas categorías primarias, esto es, los parámetros básicos en función de los cuales se distingue, primeramente, el objeto material de una ciencia del de otra, como así también, en un segundo momento, la distinta perspectiva de inteligibilidad desde la que la cosa se expone al conocimiento —*objectum formale quod*—, asimismo es posible reparar en la especial sintonización que se produce entre la mente y el objeto a partir de los diversos grados de inmaterialidad, —*ratio formalis objecti ut objectum*—, mas no según la genérica mirada del saber, sino, además, con particular referencia al objeto sobre el que versa esa operación abstractiva del entendimiento. Si, por tanto, adoptamos esta óptica, tenemos que “el principio último de especificación de las ciencias no se toma sólo de las maneras típicas como el espíritu en su actividad abstractiva se aleja de la materia, sino más bien de los modos según los cuales constituye positivamente a su objeto en un determinado nivel de inmaterialidad; es decir, en las maneras típicas de conceptualizar el objeto y de construir las nociones y definiciones”⁽¹¹⁰⁾.

Establecido esto, a fin de desentrañar la extensión del saber jurídico con las ventajas que nos proporcionan estas clasificaciones complementarias, conviene poner de manifiesto que el conocimiento acerca del orden normativo o deóntico admite más de un rango, de acuerdo con el nivel de generalidad, profundidad o intensidad de la actividad intelectual⁽¹¹¹⁾. Esta escala, que va desde lo más universal hasta el campo de las conductas singulares, o viceversa —tal cual proponen otros, quienes, al poner el acento en la practicidad inherente al conocimiento jurídico, prefieren el orden inverso⁽¹¹²⁾—, se extiende, en consecuencia, desde los primeros principios normativos del obrar humano jurídico y concluye en el juicio prudencial, cuyo mandato será el que ordene a la voluntad la realización, en una situación concreta, de determinado acto⁽¹¹³⁾. Conforme este enfoque, se ha rescatado la posibilidad de establecer en el saber práctico jurídico un triple orden: el filosófico, el científico y el prudencial, los cuales, aun cuando concuerdan en estudiar el obrar justo desde la perspectiva de su operabilidad, la filosofía del derecho

(108) VIGO, *Visión crítica...*, cit., p. 32.

(109) Cfr. MASSINI, *La prudencia...*, cit., p. 187.

(110) MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., p. 23.

(111) Cfr. VIGO, “Iusnaturalismo vs. iuspositivismo...”, cit., p. 72.

(112) Cfr. MASSINI, *Filosofía del derecho III...*, p. 13.

(113) Cfr. PESTALARDO, Silvio P., *Conocimiento jurídico como saber práctico*, Educa, Buenos Aires, 2000, p. 34.

examina las causas primeras o finales de esas conductas, la ciencia jurídica, en sentido estricto, se encarga de los principios segundos o próximos, y el saber prudencial versa sobre la dirección de la persona humana aquí y ahora⁽¹¹⁴⁾. Estos planos, pese a tratarse de tipos epistemológicos distintos, brindan al conjunto del saber jurídico, sin embargo, nuevos ingredientes. De ahí que, por una parte, ninguno puede ser suprimido ni sustituido por los demás y, por la otra, cada uno cuenta con elementos suficientes para constituirse autónomamente en un nivel cognoscitivo⁽¹¹⁵⁾.

a) *Nivel filosófico*

Según el criterio decreciente de generalidad, el peldaño superior lo ocupa el estudio filosófico de la materia jurídica. En este espacio, el dato específico radica en que el grado de abstracción es el propio del conocimiento ontológico, donde se discierne acerca del ser y lo que le es inherente, en tanto refleja lo que más hay de jurídico en el ente⁽¹¹⁶⁾. Si esto es así, la filosofía práctica, en general, y la filosofía jurídica, en particular, serán las encargadas de investigar, cada cual desde su enfoque propio, acerca de las causas últimas del obrar humano. A este sector le incumbe, principalmente, hallar las razones que de modo directo inciden en la constitución del accionar de los hombres como, así también, extraer los primeros principios, toda vez que, como es sabido, en el ámbito del obrar humano el fin cumple la función de principio. En otras palabras, dadas distintas maneras de adquirir el conocimiento de las cosas, también del derecho es dable llevar a cabo un conocimiento filosófico, vertiente que lo examinará en sus últimas causas y más íntima esencia. Este papel, por tanto, es el que cabe desempeñar a la filosofía del derecho⁽¹¹⁷⁾, que procurará conocer el objeto del fenómeno jurídico en razón de sus “causas íntimas, es decir, su esencia, su función, su justificación y su valoración más radicales. Tiende, pues, a captar la realidad jurídica del hombre y de la sociedad en su nivel más alto y profundo de conocimiento jurídico”⁽¹¹⁸⁾.

Aparte, a este conocimiento en clave filosófica concierne, por lo observado, la construcción de una serie de nociones y juicios, mas siempre relacionados con la conducta del hombre en cuanto objeto realizable, aspecto al que serán siempre referidos y reconducidos los principios supremos reguladores de esa conducta⁽¹¹⁹⁾. Corresponderá, pues, a este tipo epistemológico, la tarea de establecer la esencia del derecho y sus caracteres generales, como así también la profundización de las razones que lo justifican en último término y, a la luz de esta perspectiva radical, le compete la función de extraer las causas primeras de la dimensión jurídica de las relaciones humanas.

(114) Cfr. VIGO, *Visión crítica...*, cit., p. 32.

(115) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., p. 37.

(116) Cfr. HERVADA, ob. cit., p. 596.

(117) Cfr. HERVADA, *Introducción crítica...*, cit., p. 189.

(118) HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 597.

(119) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., p. 42.

b) *Nivel científico*

Entre los sentidos diversos de “ciencia”, uno amplio y el otro reducido, es decir, en ese orden, “un conocimiento en que el espíritu no se satisface con alcanzar un dato, sino que trata de penetrar en él —*intus legere*— y de captar lo que lo fundamenta en el ser y en la inteligibilidad”⁽¹²⁰⁾ o, según el restrictivo esquema moderno, aquel cuerpo de ideas que conforma un “conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente falible”⁽¹²¹⁾, esto es, la especulación teórica que trabaja con objetos formales o reales, pero despreocupada por completo de la noción de realidad, visión estrecha que reserva el adjetivo científico para referirse al saber que se “contenta con una coherencia interna de las proposiciones que la constituyen y con exigir a sus métodos de verificación el máximo rigor”⁽¹²²⁾, por las razones que se ofrecerán, escogemos aquel significado que designa el conocimiento cierto por las causas, mas no respecto de las últimas razones, sino de las causas segundas y de los condicionamientos aparentes.

Con este proemio, ineludible a consecuencia de las numerosas nociones que han sido ensayadas para denotar desde muy disímiles ángulos el significado de conocimiento científico, cabe indicar que si descendemos un escalón en la imaginaria escalera que se interna dentro de la estructura básica del saber jurídico, se llegará al nivel que, según el punto de vista que estimamos preferible, calificamos “científico”, es decir, en el lugar correspondiente a aquel tipo de conocimiento que indaga no ya en las últimas de las causas del fenómeno jurídico, sino en las que guardan una proximidad mayor con la acción y que conforman un paso intermedio entre la máxima generalidad y la situación concreta.

En función de esto que acabamos de expresar, fruto de las especulaciones realizadas hasta aquí, sin perjuicio de ulteriores matizaciones, por el momento podemos decir que el conocimiento científico del derecho estudia su objeto sólo por sus causas próximas, que en materia jurídica estarían representadas por las leyes humanas positivas o por las costumbres jurídicas efectivamente vigentes en una sociedad dada⁽¹²³⁾. En este sector, el de la ciencia del derecho en sentido estricto, el conocimiento se caracteriza por ser fenoménico. Y al ser científico, el sujeto interroga acerca de las causas próximas y aparentes, que son las captables empíricamente, como la ley, la costumbre, el contrato, la decisión judicial⁽¹²⁴⁾. Sin embargo, cabe aquí precisar que aun cuando el estudio científico del derecho indagará acerca de cuáles son las normas que rigen en una sociedad determinada y en un momento particular, no habría motivos para circunscribir esa investigación al análisis del derecho

(120) *Ibidem*, p. 55.

(121) BUNGE, *ob. cit.*, p. 7.

(122) MARTÍNEZ DORAL, *ob. cit.*, p. 56.

(123) Cfr. CASAUBÓN, Juan A., *Conocimiento jurídico*, Educa, Buenos Aires, 1984, p. 13.

(124) Cfr. HERVADA, *ob. cit.*, p. 597.

positivo y prescindir del examen de las reglas del derecho natural vigentes, y, por eso, con valor deóntico actual⁽¹²⁵⁾, aunque circunscripto a las manifestaciones positivadas de éste, ya que este plano cae dentro de la perspectiva formal de examen propia de la dimensión científica del derecho.

Es dable agregar que, según Hervada, en este ámbito del saber jurídico es factible efectuar una nueva división, representada por lo que, a su modo de ver, constituye el momento del “casuismo jurídico”, aunque admite que el grado teórico y de abstracción es bastante reducido, porque no se resuelve una situación real, sino un caso típico. Entiende el iuspensador español, para quien el “casuismo” vendría a ser el conocimiento que estudia los casos reducidos a tipos, no inmediatamente práctico y existencial, sino a modo ejemplar⁽¹²⁶⁾, que en el campo de esta categoría se persigue la síntesis de una serie de conclusiones derivadas de los niveles anteriores para resolver posibles casos, presentes o futuros, pero con especial atención a todas aquellas circunstancias que los configuran como singulares⁽¹²⁷⁾.

En este mismo orden de ideas, podemos añadir que Martínez Doral, a diferencia de Hervada, defiende la independencia del saber casuístico respecto del momento científico del derecho, puesto que, en su opinión, la casuística sigue un modo de procedimiento y se sirve de nociones que, por ser distintas de las empleadas por otros saberes, habilitan a caracterizarla como un modo autónomo de conocimiento⁽¹²⁸⁾. En tal sentido, para explicar esta postura, en el pensamiento de Martínez Doral la casuística se distingue del nivel prudencial, en primer término, porque no opera con la acción concreta y singular, pero asimismo de la filosofía y de la ciencia, ya que aquella no procede como éstas de un modo analítico, sino sintético⁽¹²⁹⁾.

Ahora bien, en el proceso de elaboración científica del derecho, es dable observar, por un lado, el análisis de los factores jurídicos para descubrir su significado. A la par de dicha indagación, se encuentra la tarea de sistematización, que elabora principios, luego relaciona y ordena los conocimientos obtenidos y, al final, los reduce a la unidad. No obstante, cabe alertar que ambas actividades, aunque propias de la abstracción, son altamente útiles en tanto permiten hallar el criterio común por donde pasa la solución correcta de los casos. Por tanto, a propósito de lo que más adelante veremos, es conveniente subrayar desde ahora que el valor de estas herramientas es instrumental, ya que en su sentido específico se encaminan a perfeccionar el saber acerca del derecho, aunque sin sustituir el nivel prudencial⁽¹³⁰⁾. De momento, entonces, basta con señalar que el elemento realizable sobre el que opera el saber jurídico no es alcanzado inmediatamente por la llamada

(125) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., p. 58.

(126) Cfr. HERVADA, ob. cit., p. 598.

(127) Cfr. *ibídem*

(128) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., p. 92.

(129) Cfr. *ibídem*, p. 93.

(130) Cfr. HERVADA, ob. cit., p. 615.

ciencia jurídica, ya que dicho objetivo es el resultado del momento prudencial. De su parte, aunque aquélla lo analiza teóricamente para encontrar sus razones explicativas y causales, tarea que conlleva la ventaja de que reduce las nociones de la acción humana —que es su elemento constitutivo— implicadas en la experiencia jurídica a sus principios generales y así mismo reconduce aquellos conceptos a sus causas, estas conclusiones no remiten a los principios supremos y definitivos, porque esta operación corresponde a la filosofía del derecho, sino solamente a los próximos y aparentes⁽¹³¹⁾.

También este plano del saber jurídico es objeto de la observación analítica de Casaubón, quien, mediante un camino propio y particulares estimaciones, arriba, no obstante, a conclusiones básicamente similares. Según este profesor, la validez de la ciencia positiva, por su importancia accidental, se mantiene en tanto no sobrepase sus límites. A su juicio, este nivel lo conforma una teoría general del derecho, encargada de construir conceptos jurídicos de alcance general —como los de derecho mismo sobre la base de las ciencias jurídicas más particulares, deber jurídico, relación jurídica, obligación jurídica, potestad jurídica, norma jurídica, interpretación de las normas, entre otros—, aplicables, por ende, a todas las ramas del derecho⁽¹³²⁾. En este mismo ámbito, pero en segundo lugar, Casaubón ubica a las ciencias dogmáticas del derecho, como el derecho civil, comercial, penal, constitucional, por mencionar algunas, cuya tarea, a partir de los enunciados que sirven de dogmas —leyes o costumbres jurídicas efectivamente vigentes—, consiste, principalmente, en interpretar las leyes; construir sistemáticamente la teoría de una rama de derecho específica y obtener, por inferencias de las leyes o costumbres, todas las conclusiones implícitas en ellas⁽¹³³⁾.

c) *Nivel prudencial*

Por último, nos encontramos con el conocimiento prudencial, el cual elabora sus estimaciones directamente con la conducta concreta, vale decir, con el comportamiento humano en una circunstancia histórica particular. En esta situación, procede destacar que la elección entre las varias posibilidades correctas que ofrece una situación específica no puede deducirse lógicamente en virtud de ninguna teorización, por más desarrollada que sea. Tanto en el nivel científico como en el filosófico, las teorías acaban siempre en lo general, por lo que sus aplicaciones bien podrían valer para innumerables casos posibles, más no para una situación actual, que precisa la decisión de la prudencia. En efecto, habida cuenta de que una relación humana y todo lo que esto engloba no constituye un caso particular de una idea universal, sino que, en sí misma, es algo único porque aporta siempre un elemento novedoso, entonces, no son suficientes los conceptos o los juicios teóricos que

(131) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., p. 59.

(132) Cfr. CASAUBÓN, ob. cit., p. 14.

(133) Cfr. ibídem, ps. 13/14.

proporcionan la filosofía o la ciencia, dado que para captar verdaderamente la respuesta que reclama la situación concreta, con toda su singularidad y carga de propiedades reales, es menester la determinación que sólo puede brindar el imperio prudencial⁽¹³⁴⁾.

Opera aquí, por tanto, la virtud de la prudencia, que reside en el entendimiento práctico, cuyo objeto propio consiste en la determinación, en cada caso, de los debidos medios para alcanzar el fin de la acción humana⁽¹³⁵⁾. Su importancia, como se podrá apreciar, radica en que se trata del conocimiento práctico por antonomasia, habida cuenta de “que culmina en un acto de imperio, en un imperativo de la razón práctica, por el que se ordena en forma inmediata a la voluntad —propia o ajena— que ponga en obra los medios adecuados para el logro de un fin percibido como bueno. Se trata del acto de la razón más cercano a la acción singular, más allá del cual ya no hay conocimiento sino obrar y en el que culmina el saber práctico. Todos los niveles enumerados adquieren su perfecto sentido en el último juicio práctico por el que el hombre decide, en vista de ciertas circunstancias muy concretas, realizar o no realizar una acción determinada. Aquí las circunstancias son determinantes y han de ser consideradas en su mayor concreción”⁽¹³⁶⁾. En este nivel epistemológico, en consecuencia, tiene lugar “la realización del orden jurídico en la vida real, en las situaciones singulares y realmente existentes. Es la resolución de un juez, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, o la actuación conforme a justicia y derecho. Esta decisión, que no es la conclusión de un silogismo, ni tampoco un acto arbitrario de la voluntad, es producto de una virtud [...]: la prudencia jurídica”⁽¹³⁷⁾.

A su vez, por último, corresponde observar que el juicio práctico, iluminado por la virtud de la prudencia, se distingue de la ciencia propiamente dicha, pues el conocimiento sobre el que ésta actúa versa sobre lo necesario; la prudencia, acerca de lo contingente. Tampoco el juicio prudencial se confunde con la técnica, porque esta última, aplicable en el campo de lo “factible”, tiende a la perfección de una realidad exterior; en cambio, la prudencia se endereza a la perfección del hombre mismo⁽¹³⁸⁾.

2.3. El saber jurídico. Subalternación entre sus distintos grados

Para completar las consideraciones precedentes dedicadas a desentrañar la conformación del saber jurídico desde un abordaje epistemológico, para esta sección que sigue, entendemos de interés plantear una cuestión adicional que, aunque de ordinario descuidada, no puede ser olvidada, toda vez que, a nuestro modo de ver, presenta algunas consecuencias relevantes para

(134) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., p. 75.

(135) Cfr. CASAUBÓN, *Introducción...*, cit., p. 66.

(136) MASSINI, *La prudencia...*, cit., p. 192.

(137) HERVADA, ob. cit., p. 598.

(138) Cfr. MASSINI, *Sobre el realismo...*, cit., ps. 132/33.

el quehacer judicial, donde, muy a menudo, la realidad jurídica únicamente es examinada en forma parcial, o bien otorgando preferencia a la dimensión filosófica —la menos de las veces, se nos ocurre—, a la instancia científica —bastante seguido, bajo la ilegítima preeminencia de los conceptualismos racionalistas— o al momento prudencial —indirectamente, cuando se confunde decisión judicial con el mero voluntarismo del ocasional juzgador—, o bien negando, acaso sin quererlo, la conformación integral del saber jurídico.

Sucede, bien miradas que sean las cosas, que dentro del ámbito del conocimiento práctico es posible observar un diverso orden de relaciones en función de las cuales, por necesidad rigurosa, se articulan de una manera complementaria sus distintos estamentos, que, aunque epistemológicamente diferenciados y específicos, son insustituibles. En líneas generales, procede indicar que la unidad del saber práctico y, por inmediata consecuencia, la del saber jurídico también, se despliega en un doble sentido. Según el primero, se aprecia entre los diversos planos que integran los saberes prácticos una efectiva continuidad, determinada por el hecho de que todos ellos, a su modo, tienden hacia la conducta singular y concreta; además de esta practicidad compartida, en segundo lugar, se verifica entre los distintos niveles del conocimiento práctico una relación de apertura, habida cuenta del modo en que los presupuestos de cada uno descansan en los conocimientos superiores⁽¹³⁹⁾.

Si abandonamos por el momento este esquema básico y pasamos a un desarrollo con mayores precisiones, toca entonces indicar que, aunque una sola sea la intención que atraviesa todo el terreno de la ciencia práctica —la que se orienta intrínsecamente a lo realizable—, cada uno de los sectores que conforman el saber jurídico, en primer lugar, mantiene cierta independencia como consecuencia de la perspectiva formal de conceptualización que no permite confundirlos. Sin embargo, en segundo lugar, al mismo tiempo se advierte que ninguno de los niveles de conocimiento podría excluir a los demás, dado que son todos radicalmente insuficientes para aprehender el orden jurídico en su plenitud. Desde luego, aun cuando de manera individual proporcionan una imagen de la verdad del objeto, aisladamente considerados no agotan la totalidad de las proyecciones que en potencia contiene el fenómeno jurídico⁽¹⁴⁰⁾. De donde se extrae, por tanto, que entre todos ellos se configura cierta conexión indispensable, una relación de continuidad que va desde el plano más teórico hasta la dirección misma de la conducta.

De acuerdo con lo anterior, obtenemos que la articulación que tiene lugar en el interior de los diferentes saberes prácticos responde a ciertas relaciones de subordinación y de subalternación⁽¹⁴¹⁾ o, si se prefiere, obedece

(139) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., ps. 101/03.

(140) Cfr. HERVADA, ob. cit., p. 599.

(141) Véase la distinción conceptual que propone MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., p. 145, nota al pie nro. 226.

a la inherente insuficiencia a la que recién aludíamos. Al margen de otros repartos posibles, las mencionadas conexiones pueden ser organizadas en tres especies. En este sentido, si para nuestra exposición convocamos una vez más al profesor mendocino, debemos mencionar con él, en primer término, que la relación de subalternación se verifica entre los distintos niveles que integran el conocimiento práctico, dado que el saber prudencial recibe sus fundamentos, inmediatamente, de las ciencias prácticas y, en forma especial, de la filosofía práctica; de su lado, las ciencias prácticas los obtiene de la filosofía. Explica Massini, que “los fines próximos que consideran las ciencias prácticas —y con mayor razón, los medios que discierne el saber prudencial— tienen carácter instrumental respecto de los fines que la filosofía considera; este último saber ejerce, por ello, una función directiva sobre las restantes formas de conocimiento práctico, controlando la verdad de sus resultados, orientando sus investigaciones y confiriéndoles la unidad que proviene de su ordenación a un fin común”⁽¹⁴²⁾. Dicho con otras palabras, es la “filosofía del derecho la encargada de dilucidar el fin último del derecho y los preceptos primeros directivos del obrar jurídico, mientras que la ciencia jurídica subalternándose a la filosofía afronta el análisis de los fines intermedios y normas generales próximas a las conductas, y es tarea del saber prudencial jurídico prescribir en los casos concretos y singulares los actos justos”⁽¹⁴³⁾.

En este nivel de reflexiones, a la altura en que se encuentra hoy día el debate entre quienes atribuyen al derecho una extensión meramente positiva —ya sea porque entienden que el único conocimiento susceptible de ser calificado científico tiene que responder inevitablemente a los preceptos metodológicos de las ciencias matemáticas, o bien porque un saber de esa clase exige la presencia de datos empíricamente verificables, o en virtud de algunas de sus ulteriores proyecciones, todas más o menos cercanas en sus presupuestos originarios⁽¹⁴⁴⁾— y aquellos otros que, con sobrados argumentos, resisten ese impropio encasillamiento, pareciera que es cada vez más difícil continuar afirmando que la experiencia jurídica se reduce a un conjunto de normas estatales o enunciados con fuera deóntica por autorización del órgano político. La denominada ciencia del derecho, por la que provisoriamente entenderemos aquel conocimiento jurídico que se limita a la descripción, sistematización y al análisis lingüístico de un ordenamiento determinado⁽¹⁴⁵⁾, no puede dar respuesta a la totalidad de los interrogantes que plantea la vivencia jurídica, incluso la de un sistema jurídico dado, y, por ende, es incapaz por sí sola de proporcionar soluciones razonables para la multiplicidad de entuertos que la vida humana origina. Es más, en rigor de verdad, la aplicación estricta de sus presupuestos arroja como resultado que sólo estará en condiciones de resolver un número limitado de casos, es decir, no más que aquellas controversias que únicamente involucren disputas

(142) MASSINI, *La prudencia...*, cit., ps. 197/98.

(143) VIGO, *Las causas...*, cit., p. 37.

(144) Cfr. MASSINI, ob. cit., ps. 91 y ss.

(145) Cfr. ibídem, ps. 117 y 126 y ss.

propias de este ámbito particular del saber jurídico, entre los cuales contamos los conflictos que se dilucidan por intermedio de las reglas introducidas por el propio sistema para superar sus aporías intrínsecas⁽¹⁴⁶⁾. En efecto, si el rol de la dogmática jurídica se reduce a una “visección de normas, a una hermenéutica de los textos legales, cerrada a toda dimensión que trascienda el aspecto puramente expositivo, a lo más con algunas implicancias técnico-jurídicas, queda irremediablemente condenada a no comprender sino sólo uno de los elementos de la realidad jurídica: la norma escrita”⁽¹⁴⁷⁾. Al adherir a este compromiso a rajatabla, nos enfrentaríamos con la imposibilidad de comprender lo que el derecho es en esencia⁽¹⁴⁸⁾, dificultad que, a su vez, antes o después, impediría contar con un baremo seguro para distinguir las decisiones correctas de las que no lo son. Por el contrario, por su propiedad estimativa inaccesible a la técnica hermenéutica, pensamos que “cualquier intento de trascender el análisis puramente exegético de los textos legales, remite necesariamente a fines y valores, realidades éstas que sólo pueden ser aprehendidas desde una perspectiva filosófica. Toda pretensión cognoscitiva que desee ir más allá de la mera ordenación o sistematización técnica de un orden normativo dado dogmáticamente, que intente señalar orientaciones, marcar diferencias de fondo y contribuir al mejoramiento del orden vinculante de la convivencia, exige imprescindiblemente el acceso al nivel filosófico; allí es donde podrá conocerse cuál es el fin del derecho, qué valor es el que debe encarnar, cuáles son los criterios primeros de la ordenación de la convivencia”⁽¹⁴⁹⁾.

Queda claro, entonces, que “si lo que se pretende con un saber acerca del derecho es conocerlo todo y no sólo en parte y comprender la totalidad de los ingredientes que entran en su compleja composición, es indispensable que ese saber se corone con una filosofía de lo jurídico”⁽¹⁵⁰⁾. Todavía más, nos arriesgamos a sostener que una solución acertada en materia jurídica es alcanzable a pesar de un insuficiente dominio del conocimiento dogmático que proporciona el nivel de la ciencia. Es decir, si son los enunciados del obrar válidos en todo tiempo y para cualquier situación los que gobiernan en su más profunda esencia deóntica los dominios por los cuales se extiende el comportamiento jurídico y, por eso, constituyen las bases que informan el sentido de los ulteriores desarrollos cognoscitivos de la materia, luego, pues, tendremos que admitir que la determinación de la conducta jurídica válida es alcanzable con atendible margen de corrección con la posesión de los principios universales y el conocimiento de los datos fácticos correspondientes⁽¹⁵¹⁾.

(146) Aludimos así a reglas que, entre otros ejemplos, disponen que “ley especial deroga a la ley general”.

(147) *Ibíd.*, p. 127.

(148) *Cfr. ibíd.*, p. 128.

(149) *Ibíd.*, p. 129.

(150) *Ibíd.*, p. 136.

(151) *Cfr. MARTÍNEZ DORAL, ob. cit.*, p. 108.

En línea con esto, aun cuando en el campo de los saberes exclusivamente teóricos se podría llegar a discutir si es aceptable adoptar una postura valorativa acerca de los fines de la ciencia de que se trate, interrogante que concedemos al solo efecto de posibilitar el debate, de nuestra parte pensamos que una postura de esta característica debe ser rechazada de plano cuando nos referimos al orden directivo y de la práctica, donde, como se ha dicho, en algún punto la adopción de una actitud respecto a los fines últimos de la existencia humana se vuelve un emplazamiento inevitable⁽¹⁵²⁾. Sea como fuere, según ocurre en casi la totalidad de los órdenes, pero con más razón en el ámbito de las relaciones humanas, no cabe duda de que detrás de una postura siempre se oculta una posición más general de las cosas. Así también, en cualquier operación jurídica subyace una concepción acerca del derecho que, al mismo tiempo, remite a un determinado sistema filosófico, dado que no es filosóficamente posible fundamentar y conceptualizar de manera coherente la juridicidad si se carece de una visión acerca del ser, sobre la posibilidad y el alcance del conocer y, por encima de todo, respecto a qué es el hombre⁽¹⁵³⁾. En este nivel de reflexiones, aunque con la intención de asegurar una auténtica objetividad científica y así minimizar el peligro que para ese cometido representan los factores culturales incontrolables, incluso en el segmento científico más impermeable a reconocer el modo en que las condiciones vitales repercuten en la tarea del investigador, se admite que uno de los soportes de las hipótesis científicas consiste en su compatibilidad con alguna concepción del mundo y, especialmente, con la prevaleciente⁽¹⁵⁴⁾.

Dicho esto, para continuar con las relaciones de subalternación, corresponde referirnos al otro extremo de la estructura del saber jurídico, el prudencial, respecto del cual, empero, tampoco es válido ignorar su carácter irremplazable, desde que a la prudencia jurídica cabe acudir en todo momento de la elaboración de la respuesta concreta, porque el conocimiento de las situaciones singulares permanece inaccesible a todas las formas del pensamiento generalizador, aspecto en donde se aprecia en toda su dimensión la autonomía del conocimiento prudencial en la estructura del saber jurídico⁽¹⁵⁵⁾. Sin embargo, conforme se verá en la próxima sección con mayor detenimiento, la solución particular de un problema determinado no puede ser alcanzada con éxito si se prescinde de los parámetros que proporcionan el nivel filosófico y el científico propiamente dicho, dado que en estos campos del pensamiento jurídico es donde se elaboran, desarrollan, ponen a prueba y perfeccionan los conceptos de alcance general acerca del derecho, los que luego constituirán las herramientas que, junto con otros instrumentos, permitirán establecer la conducta, prestación u obra jurídica válida aquí y ahora.

Luego de indicado lo anterior, en este segundo momento, cabe dedicar unas palabras a la relación de subalternación del conocimiento práctico res-

(152) *Ibíd.*, p. 128.

(153) Cfr. VIGO, *Visión crítica...*, cit., p. 36.

(154) Cfr. BUNGE, *ob. cit.*, ps. 82 y ss.

(155) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, *ob. cit.*, p. 92.

pecto de los saberes teóricos encargados de estudiar al hombre, a los cuales incumbe primariamente la labor de descubrir los caracteres de su naturaleza y sus modos de operar. Hallamos, pues, por debajo de todo esto, aquel enunciado fundamental que expresa que “[t]oda acción humana encuentra su último y más íntimo módulo de orden en el ser y sus fines últimos, de tal forma que su conocimiento en el plano científico requiere a veces conocer los principios que rigen el ser y sus fines últimos. De este modo, la filosofía, y de modo especial el nivel ontológico, deberán proporcionar a la ciencia jurídica un necesario bagaje de saberes previos”⁽¹⁵⁶⁾. Con razón ha sido manifestado que, aun cuando el saber jurídico aborda el estudio de su objeto desde un punto de vista propio, “en cuanto realidad lo estudiará en nombre de los atributos y leyes del ser en cuanto ser, es decir, que para conocer con veracidad y en toda su profundidad la actividad jurídica es necesario contar con la luz de la metafísica”⁽¹⁵⁷⁾. Expresado esto en otros términos, sabemos que la razón práctica es norma del obrar y de la conducta, y constituye la herramienta idónea para dirigir, en sentido racional, la tarea del jurista enredada a determinar cuál es la opción que merece ser realizada entre todas las que ofrece el campo de lo contingente. Y porque el deber ser se funda en el ser, la razón práctica recibe su norma y medida de la realidad. Justamente, entonces, lo que “hace posible y realiza esta unión del mundo objetivo del ser con el mundo del hacer y de la realización es cabalmente esta profunda unidad del entendimiento, en el ejercicio de su doble función especulativa y creadora”⁽¹⁵⁸⁾. De ahí que sea posible comprender el sentido cabal de afirmar que quien ignora cómo son verdaderamente las cosas, no puede decidir nada justo⁽¹⁵⁹⁾.

A más de cuanto se dijo precedentemente, en el interior del conjunto del conocimiento ético se detecta un nuevo orden de relaciones conforme con el criterio de inclusión, esto es, de acuerdo con el grado de generalidad de las ramas que lo componen. Este hecho provoca, por ejemplo, la subalternación de la filosofía del derecho, encargada de estudiar la adecuación de los actos humanos jurídicos hacia el bien común, respecto de la ética, que la incluye, habida cuenta de que la segunda, además, desde su enfoque trata de la articulación de los actos humanos en general. Una conexión similar se genera con la política, dado que si, según su sentido clásico, el objeto de esta ciencia directamente atañe al bien común de la sociedad, asumirá entonces el papel de subalternante de las demás ramas del saber práctico, las cuales, al igual que la primera, encolumnan los actos hacia ese mismo destino, aunque indirectamente a través de acciones particulares⁽¹⁶⁰⁾.

Asimismo, cabe hacer referencia a la relación de subordinación que tiene lugar en el ámbito del saber práctico respecto del conocimiento metafísico,

(156) HERVADA, ob. cit., p. 613.

(157) VIGO, *Las causas...*, cit., ps. 47/48.

(158) MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., p. 103, nota al pie nro. 152.

(159) Cfr. *ibídem*, p. 107.

(160) Cfr. MASSINI, ob. cit., ps. 198/99.

ya que éste, que estudia las características del ente en cuanto ente, será el encargado de suministrar a las demás disciplinas que investigan al ente, pero solamente en una de sus diversas proyecciones particulares, las nociones básicas con las que se desenvuelve la filosofía práctica y, por extensión, todas los niveles que, a su vez, se nutren de ésta. Para ejemplificar este orden de subalternación, nos limitaremos a enunciar la relevancia de ciertos términos fundamentales que desarrolla aquélla, tales como el de “ente”, “causa”, “acto”, “potencia”, “sustancia”, “accidente”, “persona”, entre otros, cuyo significado o concepto constituyen los presupuestos sobre los que se vertebran las especialidades subalternadas.

Desde una perspectiva un tanto distinta, pero no por ello contraria a las definiciones precedentes, sino que, antes bien, descansa en las mismas inspiraciones, se ha escogido la expresión “nivel filosófico del conocimiento jurídico” para indicar que en el plano superior de la estructura del saber jurídico convergen otros tipos epistemológicos, en los cuales abrevia la filosofía del derecho —tomada en su sentido propio—, disciplina que halla respuestas más amplias sobre el obrar correcto en general. en este nivel, entonces, junto con la filosofía del derecho convergen la ética, la filosofía natural y la metafísica⁽¹⁶¹⁾.

Cabe dejar precisado para concluir, que estos planos no constituyen compartimentos aislados ni espacios estancos. Por el contrario, entre ellos se constata una mutua conexión y permanentes puntos de contacto, habida cuenta de que, por un lado, aquellos niveles que más se acercan a la conducta concreta suponen los anteriores, que proporcionan al intérprete la sabiduría y los criterios básicos en función de los cuales es posible establecer, frente a un caso dado, cuál es la respuesta que más se aproxima a la realización de los principios primeros del obrar humano, de conformidad con los parámetros del orden justo y las correspondientes determinaciones positivas que extraen de las primeras pautas de comportamiento general. Del otro costado, pero simultáneamente, sucede que aquellos grados más abstractos que se alejan de la conducta singular no se pueden desatender del objeto material que los justifica y les otorga su razón de ser. En este orden de ideas, es conveniente subrayar que estos planos de generalidad superior, si bien a su manera, en ningún momento deben apartar la mirada del hecho de que la prudencia se refiere a las cosas humanas, pero no a todas, sino a “aquellas acerca de las cuales decimos que es posible deliberar, pues decimos que la función propia del prudente es ante todo esta: deliberar bien; pero nadie delibera acerca de las cosas que es imposible que sean de otro modo, ni acerca de las que no tengan un fin [...]. Tampoco se refiere la prudencia solo a lo universal, sino que debe conocer también las cosas particulares, pues es práctica, y la acción se refiere a cosas particulares. [...] La prudencia es práctica, así que debe poder ambas cosas...”⁽¹⁶²⁾.

(161) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., p. 45, nota al pie nro. 45.

(162) ARISTÓTELES, ob. cit., ps. 214/15 [VI, VII, 1141 b, 10-20].

Al cabo de estas apreciaciones, para cerrar este apartado, podemos resumir lo expresado señalando, junto con el profesor Massini, que “por tratarse de un saber práctico, el de la ciencia jurídica se encuentra constitutivamente ordenado a dirigir la conducta humana en el ámbito del derecho, dirección que, en última instancia, ha de realizarse a través de un juicio práctico singular, propio del hábito intelectual de la prudencia. La prudencia supone una dimensión cognoscitiva, a la que ha de contribuir fundamentalmente la ciencia jurídica —segundo nivel—; también supone la prudencia el saber filosófico de los primeros principios del obrar —primer nivel—, pero éstos son muy lejanos al obrar concreto y su universalidad los aleja de la vida del derecho. Por ello, la ‘ciencia jurídica práctica’, que estudia las realidades jurídicas contingentes desde la perspectiva de los principios universales, tiene por misión servir de ‘puente’ entre la filosofía y la prudencia, facilitando el juicio de esta última sobre un problema de derecho singular y concreto”⁽¹⁶³⁾.

2.4. Nivel prudencial del derecho.

La prudencia jurídica

Por su preponderante relevancia para el ejercicio de la actividad judicial, merece una especial atención, si bien dentro del acotado marco de este opúsculo, el saber prudencial del derecho. Cabe por ello dedicar las líneas que quedan de este capítulo para formular sobre el particular ciertas precisiones adicionales.

De acuerdo con nuestro sistema jurídico, establece el artículo 108 de la Constitución Nacional que el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación. Luego, el artículo 116 atribuye a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación y por los tratados con las naciones extranjeras.

Independientemente de las diversas teorías políticas desarrolladas durante el curso de la historia para explicar las bases de la convivencia social entre los hombres y exponer los fundamentos del poder de quienes gobiernan, o, asimismo, lo que esas distintas concepciones hayan expresado acerca del modelo más propicio para ejercer la autoridad, y, en el marco de tales indagaciones, cuál es la función primordial que incumbe a los jueces a la luz de sus postulados fundamentales, la mayoría de esas corrientes, si no todas, atribuyen a estos funcionarios, en mayor o medida, la tarea de resolver específicos conflictos de derecho entre sujetos. En este sentido, considero —con Serna— que no existen jueces cuya competencia provenga por derecho natural; su tarea, por el contrario, obedece necesariamente a una autorización

(163) MASSINI, ob. cit., ps. 116/17.

institucional⁽¹⁶⁴⁾, al margen de si por ordenación natural no debería ser obligatorio establecer en la comunidad política alguna clase de individuo imparcial con capacidad para dirimir conflictos de justicia, aspecto que involucra una cuestión distinta.

Ahora bien, si hacemos un poco de memoria y nos remontamos bastante tiempo atrás, alcanzaremos a reparar que es un hecho objetivo que en Roma los juristas lograron perfeccionar, hasta elevarlo a categoría de arte, algo que desde los inicios de la humanidad —en palabras de Hervada— constituía “una necesidad de la convivencia entre los hombres, una necesidad de la práctica diaria: el saber dar a cada hombre lo suyo; o sea, qué era lo que correspondía a cada uno en el marco de las relaciones humanas, en las cuales se ponen en juego una serie de bienes. [...] A eso que correspondía a cada uno lo llamaron *ius* o derecho de cada uno y a la ciencia que consistía en saber averiguar el *ius* o derecho de cada uno le dieron el nombre de *ars iuris* o arte del derecho”⁽¹⁶⁵⁾. Y aun cuando la actividad en sí misma reviste singular interés, tanto o más importante será el papel del sujeto que ejecute dicha tarea, el prudente, esto es, el hombre capaz de deliberar bien, pues la deliberación no es una noción ética, en razón a que su empleo específico es propio de los ámbitos políticos y técnicos⁽¹⁶⁶⁾.

Este saber, cuyo ejercicio en determinado punto evolutivo devino arte, constituye —según se sigue de lo que se lleva visto— un conocimiento práctico, es decir, propio de la razón práctica, que exige saber qué hay que dar, a quién, cuándo, cómo y dónde hacerlo. Los romanos lo llamaron prudencia del derecho, y quienes eran expertos en él fueron designados juristas, sujetos especializados en el arte de discernir lo suyo, cuya misión, entonces, consistía en decir el derecho⁽¹⁶⁷⁾.

A grandes rasgos, la “prudencia” constituye el “hábito práctico y verdadero, acompañado de razón, referente a las cosas buenas y malas para el hombre”⁽¹⁶⁸⁾. Según Aristóteles, a quien corresponde esta definición, el *phronimos* es el hombre que posee *phronesis*, sabiduría práctica, plena razonabilidad. La *phronesis*, por eso mismo, es una cualidad racional orientada a alcanzar la verdad, que se ocupa de la acción en relación con las cosas que son buenas o malas para los seres humanos⁽¹⁶⁹⁾. De donde obtiene Massini que, en el pensamiento aristotélico, la prudencia era una virtud de índole intelect-

(164) Cfr. “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, en AA.VV., *Las razones del derecho natural*, Renato RABBI-BALDI CABANILLAS (coord.), Ábaco, Buenos Aires, 2000, ps. 81 y ss., y nota al pie nro. 67.

(165) HERVADA, *Introducción crítica...*, cit., ps. 15/16.

(166) Cfr. AUBENQUE, Pierre, *La prudencia en Aristóteles*, trad. María José Torres Gómez-Pallete, Crítica, Barcelona, 1999, p. 123.

(167) Cfr. HERVADA, ob. cit., ps. 15/16.

(168) ARISTÓTELES, ob. cit., p. 209 [V, VI, 1140b].

(169) Cfr. E.N., VI, 5: 1140b 6-8, citado por FINNIS, ob. cit., p. 157.

tual, más precisamente del intelecto práctico, de la que depende establecer y prescribir lo que es recto en el obrar humano⁽¹⁷⁰⁾.

De su lado, para Tomás de Aquino, escribe Finnis, la virtud de la prudencia es lo que capacita a cada uno para razonar correctamente con miras a la elección de compromisos, proyectos y acciones; permite aplicar de manera concreta los principios prácticos más generales, elegir correctamente, encontrar el justo medio; nos prepara para ser hombres virtuosos, para ser hombres buenos⁽¹⁷¹⁾. En suma, la prudencia es aquella disposición intelectual que nos habilita para juzgar lo que es bueno o malo hic et nunc en cuanto medio propio para alcanzar un fin⁽¹⁷²⁾.

En el caso del conocimiento práctico-prudencial, el proceso consta, fundamentalmente, de tres etapas: la deliberación y el juicio —actos propios del conocimiento—, por un lado, y el mandato —que conforma la dimensión imperativa de la prudencia—, del otro. Por eso, entiende Tomás de Aquino que los vicios del razonamiento práctico derivan de la ausencia o insuficiente desarrollo de cada uno de esos momentos. Luego, la “precipitación” es el producto de la falta de deliberación, la “inconsideración” acontece cuando el juicio está ausente o es defectuoso, y en la “inconstancia” se incurre al fallar el mandato en que culmina el razonamiento prudencial⁽¹⁷³⁾.

Respecto de la deliberación, desde antiguo nos advierte Aristóteles que la finalidad específica de la acción deliberativa no corresponde a lo eterno, ni a lo que sucede siempre de la misma manera, ora por necesidad, ora por naturaleza, ni a lo que depende del azar, sino que opera con lo que está al alcance del hombre y es realizable. Se delibera, por tanto, sobre las realidades prácticas, aquellas situaciones que en su existencia y en su modo de existir dependen del querer y de la obra humana, ya sea que el hombre las produzca con su arte o técnica, o por el uso que realiza en el orden ético. En este sentido, una de las características de la obra práctica, que la constituyen en objeto propio de la dimensión deliberativa destinada a conocer cuál de los diversos instrumentos es el medio más idóneo para acercar la conducta del hombre a un determinado resultado provechoso, es su contingencia, variabilidad e indeterminación, por lo que esa materia escapa del ámbito de la ciencia, mejor dicho, de la verificación o demostración rigurosa, y requiere, por consiguiente, acudir a un método de conocimiento distinto, es decir, a un mecanismo capaz de adecuarse a las exigencias de este tipo de objetos⁽¹⁷⁴⁾. En su función específica, la deliberación prudencial radica en investigar, a través del análisis, los medios más adecuados para alcanzar un fin práctico;

(170) Cfr. MASSINI, ob. cit., p. 34.

(171) Cfr. S.T., II-II, q. 47, aa. 1-7, citado FINNIS, ob. cit., p. 157.

(172) Cfr. KALINOWSKI, ob. cit., p. 136.

(173) Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, t. XI, “La prudencia, la justicia y el derecho”, Club de Lectores, Buenos Aires, Cuestión LIII: “De los vicios opuestos a la prudencia”, ps. 75 y ss.

(174) Cfr. MASSINI, ob. cit., ps. 51 y ss.

se trata de una búsqueda o examen dirigidos a alcanzar el conocimiento de lo que ha de hacerse en un asunto singular de la vida humana⁽¹⁷⁵⁾.

A su vez, el itinerario de la deliberación prudencial consta de distintas estaciones. Según expone Massini, la primera —la experiencia o memoria— estriba en la averiguación de lo sucedido, ya que “a raíz de la variabilidad y contingencia de las cosas humanas, el único modo de lograr cierta seguridad en los juicios consiste en el recurso al pasado, extrayendo pautas y parámetros de decisión de la experiencia que sólo él puede darnos”⁽¹⁷⁶⁾. En este instante, además, en el caso del juicio prudencial jurídico, el juez debate acerca de las diversas perspectivas que exhibe el entuerto con sus colegas del tribunal, como también, y aquí es cuando entra en acción el juez unipersonal, se entabla un diálogo con las partes que se cruzan en el litigio, las que asimismo aportan sus distintos puntos de vista sobre la solución correcta. Aparte, la comunicación dialógica que demanda toda sincera deliberación abraza, asimismo, a las decisiones que fueron dictadas con anterioridad para resolver situaciones que guardan similitud con el discutido. Se ve cómo, a través de estos interlocutores, la experiencia del juez incrementa su contenido, ya que por su intermedio accede a las respuestas de otros magistrados, gracias a lo cual, mediante el conocimiento de las soluciones pasadas, el juez puede manejar múltiples alternativas que ofrece un caso de derecho⁽¹⁷⁷⁾.

A más de la memoria del pasado, la deliberación prudencial exige tomar contacto con las circunstancias particulares de la situación jurídica respectiva, es decir, desarrollar la inteligencia de las cosas singulares, que se obtiene con la colaboración de la “cogitativa”, que permite al intérprete elaborar la premisa menor del cuasi-silogismo práctico⁽¹⁷⁸⁾. Es dable mencionar, por lo menos de pasada, la preponderante relevancia que este momento del diálogo adquiere para la obtención de una conclusión plausible que resuelva el problema que plantea el caso particular, habida cuenta de que será aquí donde quedarán fijados los elementos que harán del entuerto un caso específico, inconfundible con los demás, análisis que, simultáneamente, determinará qué tipo de respuesta es la que reclama la solución razonable del problema.

En tercer lugar, a la par de la inteligencia acerca de las cosas particulares, la deliberación prudencial requiere que se lleve a cabo también la indagación propia del extremo universal del proceso racional, es decir, la lectura del significado jurídico de la regla normativa que, en la estructura del juicio práctico, ocupará la posición de la premisa mayor del silogismo. En este estadio, el esfuerzo del intérprete estará encaminado tanto a hallar la regla que mejor habrá de regir el caso como, asimismo, a determinar el significado jurídico de esa norma.

(175) Cfr. *ibídem*, p. 53.

(176) *Ibídem*, p. 60.

(177) Cfr. *ibídem*

(178) Cfr. *ibídem*, ps. 61/62.

Santo Tomás, de su lado, engloba ambas etapas en un mismo grupo, que denomina indistintamente “entendimiento” o “inteligencia”, puesto que de acuerdo con su clasificación de las partes integrales de la prudencia, aquí incluye la adquisición del conocimiento de las cosas presentes, tanto las contingentes como las necesarias⁽¹⁷⁹⁾.

Por último —cuarto lugar de la enumeración del profesor cuyano—, observamos que la etapa deliberativa de la prudencia finaliza con la consideración de las consecuencias futuras que puede deparar cada una de las decisiones razonablemente posibles del entuerto⁽¹⁸⁰⁾. Esta fase del juicio prudencial constituye el aspecto más problemático de la deliberación, puesto que el futuro acerca del cual se razona no es susceptible de un conocimiento cierto. Sin embargo, tal como anticipamos, “el intercambio de pareceres y puntos de vista acerca de las consecuencias futuras, tiende a disminuir ese carácter aleatorio; una deliberación bien llevada, con rigor y seriedad, considerando la mayor cantidad de variables posibles, conducirá, probablemente, a consecuencias felices. Pero jamás se logrará esa certeza absoluta en las cosas futuras que ha sido una de las tentaciones del hombre a lo largo de la historia. Ni el dogmatismo legalista, ni el deductivismo judicial, han logrado su intento de eliminar la contingencia del mundo del derecho; lo que corresponde, por lo tanto, es asumirla, con la convicción de que el único camino para reducirla y delimitarla consiste en la correcta deliberación sobre las cosas humanas”⁽¹⁸¹⁾.

Agotados adecuadamente los primeros pasos que integran el segmento deliberativo de la prudencia, vale decir, aquellas antedichas operaciones destinadas a conocer la realidad, y a delinear el marco y esbozar los perfiles de la futura respuesta, en el juicio en sentido estricto —segunda etapa de la prudencia— es cuando se extrae el resultado de dicha tarea intelectual, o sea, la acción aceptablemente correcta que corresponde adoptar frente a unas ciertas circunstancias y en un momento histórico dado. En el ámbito jurídico, la conclusión equivale a un “precepto, es decir, una norma particular destinada a regir una situación determinada; [...] es la culminación de lo que podríamos llamar la parte ‘cuasi-especulativa’ del raciocinio prudencial. En ella la inteligencia determina cada vez con mayor concreción, aquello que es debido en justicia”⁽¹⁸²⁾. De todas formas, aunque para distinguirlo del razonamiento meramente deductivo el silogismo práctico es presentado como un caso especial de relación entre dos premisas, una universal y la otra particular, de las cuales, una vez establecido el contenido de ambas, la conclusión se obtiene en forma inmediata, este esquema sólo representa en forma abstracta y resumida el acto final de la decisión prudencial, puesto que la elección de las premisas supone —como acabamos de apreciar— una

(179) Cfr. SANTO TOMÁS, ob. cit., ps. 43 y ss.

(180) Cfr. MASSINI, ob. cit., p. 69.

(181) *Ibíd.*, p. 71.

(182) *Ibíd.*, p. 77.

exhaustiva deliberación y un minucioso análisis, que aquella representación esquemática no refleje sino de una manera parcial.

Sea que a simples efectos didácticos se las incluya en la última instancia de la etapa deliberativa o, a partir de otro criterio de clasificación, se las encuadre en la fase preceptiva, en nuestro caso sólo interesa destacar que Tomás de Aquino distingue conceptualmente entre la “providencia”, la “circunspección” y la “precaución” como partes integrales de la virtud de la prudencia⁽¹⁸³⁾. La primera importa la ordenación adecuada de los contingentes hacia el fin de la vida humana práctica, es decir, determinar la relación, aunque en alguna medida distante, entre las cosas que ocurren en el presente y la finalidad buscada; la segunda, consiste en la consideración de las cosas que nos rodean y el modo en que éstas pueden influir en el logro de ese objetivo. Por eso, mientras que la providencia implica establecer si una cosa es en sí misma adecuada para alcanzar determinado fin, la circunspección estriba en considerar si cierta conducta conviene al propósito perseguido, pero según las especiales circunstancias del caso. Finalmente, la precaución es necesaria para el ejercicio de la prudencia, ya que, en el campo propio de ésta, vale decir, en el de las cosas contingentes operables donde no hay necesidad o certeza en los resultados, permite evitar o, a lo sumo, reducir el margen de las consecuencias negativas que pueden verse mezcladas con el acto bueno.

Toca referirse ahora al mandato, con el que se arriba al desenlace del nivel prudencial, imperación que involucra todo juicio práctico y que se corresponde con el aspecto volitivo de la prudencia. Se obtiene de esta manera el movimiento de la voluntad, propia o de otros, para que ponga en acto la obra o cosa debida, puesto que si se omitiese este paso definitivo, el razonamiento práctico-jurídico quedaría incompleto, toda vez que no logrará satisfacer el propósito de dirigir las conductas humanas hacia su fin⁽¹⁸⁴⁾. En efecto, aunque el entendimiento humano es capaz de mostrar algo como bueno y, por tanto, apetecible, no lo exhibe sino de un modo general, imperfecto, a consecuencia de nuestra imposibilidad de aprehender de modo pleno los entes absolutamente inmateriales a raíz de nuestra dual composición. A su vez, el conocimiento práctico, intrínsecamente determinado por su objeto material y formal, no tiene por finalidad el conocimiento del bien puro y universal, sino bienes finitos, lo conveniente en este momento y con estas condiciones. De ahí que, por esa razón, en tanto que finito, esto es, limitado, el bien regularmente se nos muestra con ambivalencia, en donde reside la limitación del conocimiento práctico para atraer a la voluntad en una u otra dirección. Es aquí cuando, con el objetivo de concluir la fase deliberativa, de la cual se obtienen un número de opciones admisibles que demoran nuestra facultad intelectual debido al impedimento de aplicarse a una de entre todas las alternativas, entra en escena la voluntad para comandar y guiar la decisión, y, finalmente, seleccionar la solución válida para un momento y lugar de-

(183) Cfr. TOMÁS DE AQUINO, ob. cit., ps. 49 y ss.

(184) Cfr. MASSINI, ob. cit., p. 79.

terminados⁽¹⁸⁵⁾. Es decir, con otros términos, que el entendimiento, la facultad donde se aloja la prudencia, no se circunscribe a mostrar aquello que se presenta como bueno, justo o correcto, sino que, con el concurso de la voluntad, lleva a la realización de la conducta recta. En este segmento del acto prudencial, toma intervención la voluntad, aquella de las potencias del alma que tiene por cometido propio mover al hombre a poner en práctica lo que la razón le presenta como bueno y, por eso mismo, apetecible⁽¹⁸⁶⁾.

Para agotar la descripción de los actos que involucra el juicio directivo del obrar, quedan por mencionar las cualidades anexas a la prudencia⁽¹⁸⁷⁾. Es que, junto con las examinadas más arriba, esto es, la memoria, la inteligencia y la previsión, también participan en el juicio práctico la “docilidad” —pre-disposición a aceptar el consejo de otro—, la “solercia” o sagacidad —aptitud para lograr una buena opinión por sí mismo, de modo rápido y simple—, la “razón” o buen raciocinio —idoneidad en el manejo de las reglas lógicas del pensamiento— y, por último, como también se vio, la “circunspección” o cautela —exacto conocimiento de las circunstancias que rodean cada caso y comprensión de los riesgos que encierra la situación particular. Tomás de Aquino⁽¹⁸⁸⁾, por su parte, expresa que las virtudes adjuntas, secundarias o potenciales de la prudencia son la “eubulia” —la rectitud del consejo, que supone la bondad del fin y la de los medios—, la “sinesis” —la corrección del juicio para las cosas particulares según reglas comunes— y, finalmente, la “gnomes” —virtud especial que permite apartarse de lo que determinan las reglas generales según el dictado de los principios más elevados.

(185) Cfr. MILLÁN PUELLES, ob. cit., ps. 384 y ss.

(186) Cfr. MASSINI, ob. cit., p. 38.

(187) Cfr. *ibídem*, ps. 81/83.

(188) Cfr. TOMÁS DE AQUINO, ob. cit., ps. 61 y ss.

CAPÍTULO 3

LA EVOLUCIÓN DEL SABER JURÍDICO

3.1. El desarrollo del pensamiento jurídico según el desenvolvimiento del conocimiento científico en general. Principales concepciones

En general, la categoría de estudio científico se adjudica al conocimiento que se tiene de una cosa por sus causas. Sin embargo, con el advenimiento de la modernidad, en particular desde el siglo XIX, se comenzó a reservar la calificación de ciencia para referirse con exclusividad —o principalmente— al saber de características fenoménicas, es decir, a la investigación que descansa en la comprensión de su objeto de estudio por sus causas próximas y por sus condicionamientos aparentes⁽¹⁸⁹⁾.

Para interiorizarnos de los motivos que coadyuvaron a que en el ámbito científico se instalara ese criterio de validez epistémico estrecho, resulta conveniente retroceder un tanto más en el tiempo, ya que este regreso ayudará a poner de relieve la peculiar fisonomía que adquirió el siglo XVII europeo. Esta retrospectiva, a su vez, permitirá dar cuenta de las causas que constituyeron las raíces del cambio de paradigma. Es que, por supuesto, cuando se intenta describir los condicionantes que marcaron la especial conformación de este periodo, distintas voces han recalcado la particular influencia que en su configuración ha tenido el desarrollo de las ciencias de la naturaleza, la formación de los Estados nacionales, el fuerte crecimiento de la burguesía y la expansión del dominio europeo sobre el resto del mundo, vale decir, toda una serie de fenómenos complejos, cuya gestación y desarrollo comenzó mucho antes, y se extendió tiempo después⁽¹⁹⁰⁾.

En este retorno histórico, para explicar el tránsito que condujo al abandono de la matriz clásico-aristotélica y que desembocó en el establecimiento del paradigma ilustrado, se ha hecho hincapié en tres notas fundamentales, a saber⁽¹⁹¹⁾: 1) la pérdida moderna de la noción teleológica de la naturaleza;

(189) Cfr. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 601.

(190) Cfr. PARDO HIDALGO, Ángel, *El problema de la verdad. Estudios sobre Platón, Aristóteles, Descartes, Nagarjuna, Kant, Nietzsche y Sastre*, en AA. VV., Augusto PÉREZ LINDO (comp.), Biblos, Buenos Aires, 1998, p. 84.

(191) Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del derecho II. La justicia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, ps. 79/83.

2) la aparición moderna de la concepción de sujeto, al que ahora se lo veía dotado de capacidad para configurar sus objetos de conocimiento y de voluntad, de modo que, a través de una tarea constructiva, ya no contemplativa, de una conciencia razonante y con su voluntad, el individuo dota de sentido a la realidad, y 3) la inmanentización del pensamiento en un doble sentido —metafísico y cognoscitivo—, ya que, en el primer caso, se niega todo lo trascendente al mundo y, en el otro, se desconoce cuanto no aparezca en la conciencia del sujeto.

En la base de todo, ha sido apuntado que “[i]nvirtiendo el método aristotélico y de la tradición medieval, Descartes decide que, en adelante, *a nosse ad esse valet consequentia*, a lo cual añade que éste es incluso el único tipo de conclusión válida, de suerte que, en su filosofía, todo lo que puede atribuirse clara y distintamente a la cosa es verdadero con relación a la cosa: *cum quid dicimus in alicuius rei natura, sive conceptu, contineri, idem est ac si dicere-mus id de ea re verum esse, sive de ipsa posse affirmari*. Aquí fue —sentencia Etienne Gilson—, en efecto, donde se produjo por primera vez en filosofía la revolución copernicana”⁽¹⁹²⁾. En esta obra, más adelante, el profesor de la Sorbona y creador del Instituto de Estudios Medievales de Toronto, al emprender la tarea de averiguar cómo se produjo la ruptura entre la Edad Media y el pensamiento moderno, explica que aun cuando hacía ya mucho tiempo que los intelectuales se habían apartado de la escolástica para emprender nuevos rumbos, fue Descartes quien, por decirlo de alguna manera, levantó el acta de defunción⁽¹⁹³⁾.

En el ámbito científico, con todo, se atribuye a Galileo haber establecido los fundamentos básicos para la constitución de una estructura de la ciencia distinta, que en el comienzo de la Edad Moderna derivó en la búsqueda de un nuevo método de conocimiento. Este cambio de orientación no reflejó una simple preocupación metodológica, sino que, según se indica, representaba la manifestación en lenguaje filosófico de una dramática situación producida a raíz del derrumbe de un sistema de ideas y creencias que había imperado durante siglos. René Descartes y Francis Bacon fueron quienes, en los inicios del siglo XVII, expresaron los fundamentos de dos concepciones que serían esenciales para el desarrollo del pensamiento moderno: racionalismo y empirismo, en ese orden. Con ellos, nacía un nuevo método de conocimiento y una nueva teoría de la realidad⁽¹⁹⁴⁾.

Acorde con esto, en el campo jurídico, recuerda Vigo que Villey insistía con dos maneras fundamentales en función de las cuales había sido entendido el fenómeno jurídico. Por un lado, la que llamaba clásica, erigida según las enseñanzas de Aristóteles, practicada luego en Roma y perfeccionada en la Edad Media con Tomás de Aquino; la otra, que se remonta al siglo XVI con

(192) GILSON, ob. cit., p. 68.

(193) Cfr. ibídem, p. 133.

(194) Cfr. PARDO HIDALGO, ob. cit., ps. 85/86.

Descartes, logra su maduración filosófica con Kant, y se exterioriza política y socialmente con la Revolución Francesa⁽¹⁹⁵⁾. Comenta Massini, en una misma línea de análisis, que “[d]esde que Descartes expuso, en pleno siglo XVII, su proyecto de edificar una *Mathesim Universalem*, es decir, de aplicar el método de las matemáticas a todos los campos del saber humano, la historia del pensamiento jurídico registra una larga serie de intentos de configurar el saber jurídico sobre los moldes de una ciencia teórica. A partir de un despreciativo repudio del modo como, en la práctica, trabajaban y estudiaban los hombres de derecho, los mentores de la filosofía moderna —completa el autor— intentaron la sustitución del modo ‘a-científico’, ‘vulgar’ o ‘irracional’ con que pensaban de hecho los juristas, por uno auténticamente ‘científico’, adaptado a los procedimientos y pautas de la ‘ciencia moderna’ ”⁽¹⁹⁶⁾.

En este sendero por el que discurre el desarrollo de nuestros conceptos, asimismo merece ser destacado, por un lado, que se atribuye a la obra de Pufendorf, Wolf, Domat, Thomasius y de otros tantos haber llevado al racionalismo jurídico, en el siglo XVII, a su expresión más perfecta. El derecho era, según la visión de estos autores, un producto exclusivo de la razón deductiva, reflejo del cálculo matemático, que asumía el papel de modelo metódico aplicable a toda rama del saber, incluida la ciencia del derecho⁽¹⁹⁷⁾. Uno de los exponentes más calificados de esta corriente, Grocio, en su obra *De jure belli ac pacis*, ha definido que el derecho natural —racional— es “...un dictamen de la recta razón, dirigido a mostrar que un acto es moralmente censurable o moralmente necesario, según sea o no conforme a la misma naturaleza racional del hombre...”⁽¹⁹⁸⁾.

La observación de estas particularidades pone a la luz que para el derecho la razón, en línea pareja con las novedades que marcaban el rumbo del pensamiento filosófico general y que le imprimirían una particular evolución, pautas de acuerdo con las cuales dicha facultad asumiría para lo sucesivo, junto con su función propia de iluminadora suprema del conocimiento, una tarea adicional, pero de allí en más constitutiva de su objeto, también actuaría no sólo como fuente de conocimiento, que sería lo natural, sino, además, como fuente de existencia⁽¹⁹⁹⁾.

Por otro lado, aunque más cerca en el tiempo, también con aquella intención, otra corriente de pensadores, bajo el influjo del mismo espíritu, concibió la idea de trasladar al campo jurídico las directivas de las ciencias experimentales, en cuyo vértice pendía aquel axioma, según el cual conocimiento riguroso equivalía a verificado empíricamente. De esta manera,

(195) Cfr. VIGO, *Visión crítica...*, cit., p. 13.

(196) MASSINI, *La prudencia...*, cit., p. 92.

(197) Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos I., “Introducción a la lógica judicial”, en AA.VV., *La función judicial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, p. 29.

(198) Citado por BOBBIO, Norberto, en *El positivismo jurídico*, trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1993, p. 40.

(199) Cfr. PORTELA, ob. cit., ps. 91/92.

se alcanza a vislumbrar cómo el terreno se hallaba preparado para que los juristas que abrazaban esta concepción de la ciencia como la única vía posible de adquisición del conocimiento riguroso concibieran la ciencia del derecho como un saber de tipo experimental, meramente descriptivo, cuyas afirmaciones, por tanto, debían ser inevitablemente sometidas a demostración empírica⁽²⁰⁰⁾.

Por tanto, para ser auténticamente científico, el conocimiento jurídico debía quedar sujeto a un doble requisito: 1) rigor científico y coherencia formal, por una parte, que exigen a su vez la determinación clara y unívoca del significado lingüístico de los términos, como el establecimiento de las reglas para su uso y la transformación de los enunciados que se utilizan en el discurso; y 2) la verificabilidad empírica del objeto, por la otra⁽²⁰¹⁾.

En el seno de quienes forjaron el conocimiento del derecho al amparo de los lineamientos proporcionados por los cánones metodológicos de filiación positivista, la única diferencia apreciable residía en una propiedad de índole accidental, vale decir, en la clase de “hecho” que se seleccionaba para ser estudiado: las leyes sancionadas por el Estado, para el positivismo normativista; los hechos sociales, para el sociologismo; las decisiones judiciales, para quienes se asumían “realistas”⁽²⁰²⁾.

En esta etapa de nuestra recorrida, si pretendemos identificar la mayor cantidad de datos que revisten utilidad para reordenar las piezas que articularon el eje del pensamiento positivista en general, no podemos pasar por alto la decisiva influencia que, en el marco de esta forma de ver las cosas, tuvieron, de un lado, el llamado dogma de la soberanía popular o nacional, en virtud del cual se entendía que la voluntad general suprema se expresaba sólo por medio de la ley, como tampoco, de otro lado, la doctrina de la división de poderes, a la cual, a los fines que ahora importan, se confió el papel de reconocer a los departamentos legislativos la función propia, monopólica e intransferible de establecer, a despecho de los jueces, el derecho por medio de las normas generales que dictaban. A los integrantes de los cuerpos judiciales, en consecuencia, únicamente cabía, a lo sumo, aplicar mecánicamente la ley. De suerte que, fruto de la doctrina de la voluntad general soberana, de la codificación y del racionalismo extremista, se arribó así a un concepto de la actividad jurisdiccional y de la lógica que debía ser utilizada denominado “deductivismo judicial”⁽²⁰³⁾. Ejemplo prototípico de este modelo —mas no el único— y de la consecuente tarea servil a la que se reducía el rol de los jueces lo constituye la Escuela de la Exégesis, cuyos principales enunciados, tributarios de la concepción a la que nos venimos refiriendo, pueden ser re-

(200) Cfr. MASSINI, *La prudencia...*, cit., p. 92.

(201) Cfr. SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de las argumentación y sus problemas*, Porrúa, México, 2006, ps. 16/17.

(202) Cfr. MASSINI, ob. cit., p. 94.

(203) Cfr. MASSINI, “Introducción a la lógica...”, cit., ps. 30/31.

sumidos en los siguientes⁽²⁰⁴⁾: 1) inversión de las relaciones tradicionales entre derecho natural y positivo; 2) concepción rígidamente estatal del derecho; 3) interpretación de la ley fundada en la voluntad del legislador; 4) identificación del derecho con la ley escrita, y 5) respeto al argumento de autoridad como correlato directo de la creencia en la omnipotencia del legislador.

Con posterioridad, otros pusieron el énfasis metodológico en una característica distinta del mismo signo. Éstos, que podrían ser llamados neo-positivistas, pasaron a entender que conocimiento científico únicamente sería aquel que reuniese dos requisitos básicos: a) ser susceptible de verificación empírica y b) estar expresado en lenguaje perfecto desde el punto de vista lógico⁽²⁰⁵⁾. En tal sentido, del encuentro entre esta propuesta positivista del conocimiento jurídico y la concepción analítica de la filosofía surgió la corriente analítica del derecho, centrada en el estudio del lenguaje y del discurso normativo, esto es, con referencia exclusiva a sus enunciados, en especial a su significación y designación, con lo que el análisis quedaba reducido a una aproximación meramente descriptiva del lenguaje normativo⁽²⁰⁶⁾.

De su parte, aunque en una dirección de análisis semejante, esta línea de evolución epistemológica la hallamos en el trabajo de Hernández Gil, quien describe que la ciencia jurídica tomó forma de dos modos primordiales. A juicio del autor ibérico, desde su constitución como saber acerca del derecho positivo, en el campo jurídico la aproximación científica adoptó dos posiciones fundamentales, pero siempre con el propósito común de lograr los merecimientos de la episteme⁽²⁰⁷⁾. La primera, consistió en parecerse a las ciencias de la naturaleza, porque invocarlas era acudir a la ciencia misma, debido a que “en esa sola región del saber —la de la naturaleza y la magnitud— el conocimiento se había hecho científico, al despojarse de todas las reminiscencias míticas o ideológicas conforme a los postulados de los nuevos planteamientos. [...] El arquetipo de la ciencia viene a ser la historia natural. Esta —traslaticiamente entendida— y la lógica —todavía aquella lógica a la que Kant no había visto moverse desde Aristóteles— se reparten el saber acerca del derecho. El derecho se ve aglutinado y organizando —en el específico sentido organicista— en las instituciones jurídicas que se consideran, al mismo tiempo, como individualidades lógicas y como seres, cuerpos jurídicos, provistos de vida y que, como tales, nacen, mueren, actúan y luchan. De esta manera el conocimiento del derecho pasó de la doxa [...] y de la filosofía (el derecho natural racionalista) a la ciencia”⁽²⁰⁸⁾.

Según la opinión de este pensador, debió aguardarse el transcurso de algunos decenios hasta verificarse la plena elaboración de la otra corriente. En

(204) Cfr. BOBBIO, ob. cit., ps. 97/103.

(205) Cfr. MASSINI, *La prudencia...*, cit., ps. 94/95.

(206) Cfr. MASSINI, *Filosofía del derecho III...*, cit., ps. 28 y ss.

(207) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., p. 22.

(208) *Ibidem*, ps. 22/23.

este caso, aunque participaba de la misma aspiración —constituir una ciencia jurídica verdaderamente científica—, se apartaba de la anterior, porque su objetivo inmediato residía en diferenciarse de las ciencias de la naturaleza para obtener la especificidad propia de lo jurídico y de su conocimiento, meta cuya consecución sería perseguida mediante dos rumbos diversos: ya sea por el camino de la norma, ya sea por el de la conducta o la realidad cultural en general⁽²⁰⁹⁾. Para Hernández Gil, una de estas modalidades estuvo dada por la Teoría Pura del Derecho, que pretendía “...insensibilizar el conocimiento del mismo y a la ciencia correspondiente respecto de la naturaleza (y sus ciencias) y respecto de la política. [...] El derecho queda así centrado en la norma, reducido a su pureza, y la ciencia le considera en cuanto norma, sin preocuparse del contenido, adoptando, en fin, una actitud neutral indiferente, meramente descriptiva, que no es de sometimiento ni valoración”⁽²¹⁰⁾. La otra cara de estos proyectos, que también buscó alejarse de los métodos de las ciencias de la naturaleza, no se nutrió, sin embargo, de elementos exclusivos del saber de los juristas como perseguía la Teoría Pura elaborada por Kelsen; empero, al mismo tiempo que se diferenciaba de las primeras, también lo hacía de la Escuela Histórica —que el autor encuadra en la categoría de las doctrinas racionalistas—, toda vez que se sirvió de un método individualizador o ideográfico, que le permitía separar de la “naturaleza” a la “cultura” y a la “historia”. No obstante, aunque con este nuevo rostro la ciencia jurídica encontraba una vía para distanciarse de los ingredientes fenoménicos, a diferencia de lo que sucedía con la Teoría Pura, con la cual, como dijimos, compartía la búsqueda del elemento propiamente jurídico, no lo hacía con el pretexto de la reducción de su contenido a la estricta normatividad, sino que, por el contrario, la pretendida exclusividad derivaba, por encima de todo, de la heterogeneidad de su materia que impedía el monismo metodológico y que ahora se integraba por la norma, el hecho y el valor⁽²¹¹⁾.

Pues bien, bajo el influjo de la concepción positivista, la ciencia jurídica quedó conformada en torno a los ejes principales trazados por el derecho positivo y el reduccionismo metodológico. En este sentido, cuadrar señalar que a raíz de la impronta del pensamiento ilustrado sobre la materia jurídica, en este sector se forjó “un tipo de conocimiento que, si no pretende el saber exclusivo, tiende a representar el modo más característico de operar con el derecho en cuanto tal. En el ámbito cultural europeo —teoriza Hernández Gil— este conocimiento prototípico ha permanecido durante mucho tiempo recluso [...] en el seno de las disciplinas particulares, como son el derecho civil, el penal, el administrativo, etc. Singulariza este saber la admisión de ciertos presupuestos en orden a identificar lo jurídico y la utilización de criterios metodológicos que dan lugar a la llamada ‘dogmática jurídica’ o también ‘ciencia del derecho positivo’ y más modernamente ‘ciencia normativa’ ”⁽²¹²⁾.

(209) Cfr. *ibídem*, p. 23.

(210) *Ibídem*, ps. 23/24.

(211) Cfr. *ibídem*, ps. 24/26.

(212) *Ibídem*, ps. 88/89.

Ni siquiera la teoría general del derecho se hallaba a salvo de estas recusas; antes bien, era merecedora de análogos reproches por su acentuado nivel formalista y consecuente despreocupación por el contenido de los elementos a los que reconocía carácter normativo.

Más allá de los diversos matices propios de cada situación particular, lo visto hasta el momento alcanza para percibir en el interior del universo jurídico una práctica generalizada, consumada en el siglo XIX, que consistió en extender irreflexivamente los parámetros metodológicos inherentes a las ciencias modernas —exactas o empíricas— al ámbito del conocimiento jurídico con la excusa de dotarlo de rigor científico, lo cual involucró más de un desatino, ya que, en mayor o menor medida, esta traslación determinó la imposición del conceptualismo, del positivismo jurídico, del formalismo, del logicismo y, en suma, la derrota de la razón práctica a manos del pensamiento especulativo, con la consiguiente sustitución de la prudencia jurídica por una serie de herramientas extrañas a las características del derecho⁽²¹³⁾.

En primer lugar, pues, al pretender estudiar, describir y explicar toda una serie de hechos, aun los más diversos, por intermedio de un único canon metodológico, se ha dejado de lado el más elemental y seguro de los criterios de especificación de los saberes: el objeto. En esta dirección, cabe insistir en el acierto —evidente e incuestionable— de sostener que el método de conocimiento depende de la naturaleza del objeto, habida cuenta de que el camino para descubrir la esencia de una cosa depende, justamente, de esa misma cosa y no de consideraciones de otra índole⁽²¹⁴⁾. En la búsqueda de la pureza metódica total, se cayó en la trampa del defecto opuesto por excesivo ánimo científico, que se designa con el nombre de “reduccionismo científicista”, el cual consiste en la tentativa de resolver toda suerte de problemas con la ayuda de un catálogo de técnicas diseñadas para el estudio de otra parcela de la realidad con cualidades específicas⁽²¹⁵⁾. Cabe precisar, en esta línea de apreciaciones, que si bien el éxito de una investigación en el campo de un saber determinado depende de cierto rigor metódico, esta exigencia, en su sentido cabal, tiende a evitar que se importen los métodos de otras ciencias con necesidades distintas⁽²¹⁶⁾.

Aparte, en segundo término, con aquella extrapolación se ha precipitado en el desconocimiento de la existencia de ciencias prácticas, las cuales, a diferencia de las teóricas, se hallan radicalmente destinadas a extraer criterios en virtud de los cuales evaluar la corrección de una conducta en una situación determinada. De este modo, lo único que se ha logrado es acomodar un número de instrumentos dentro de un esquema diseñado para responder a cuestiones que involucran elementos radicalmente diferentes, con el consiguiente resultado distorsionado al que tal modalidad ha de conducir de suyo.

(213) Cfr. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 602/03.

(214) Cfr. MASSINI, *Sobre el realismo...*, cit., ps. 109/110.

(215) Cfr. BUNGE, ob. cit., p. 93.

(216) Cfr. HERVADA, ob. cit., p. 600.

También, en tercer turno, debemos hacer notar que el intento de construir una ciencia jurídica sobre la base de reglas propias de los saberes que operan con un objeto formal distinto, ha llevado a erradicar del ámbito del derecho uno de sus constitutivos primordiales, como lo son las proposiciones estimativas. Esto ha ocurrido por la imperiosa necesidad para algunos de contar con un aceptable criterio de verificabilidad —pauta que, a su vez, respondía a esa unívoca manera de comprender el conocimiento racional riguroso—, sin el cual, siempre según aquéllos, resultaría infructuoso intentar predicar la verdad respecto de ciertos postulados. En nuestro caso, sin olvidar los excesos racionalistas, este criterio vino a ser el empírico, emparentado íntimamente con el principio de causalidad inherente al mundo de la naturaleza, que, por sus características, de antemano se sabía inapropiado para establecer pautas válidas a fin de obtener preferencias entre un juicio y otro.

Al cabo de esta síntesis, queda del todo claro de qué forma quienes pretendieron construir un conocimiento riguroso de la materia jurídica a la luz de los parámetros examinados, lo han logrado a costa de sacrificar, paradójicamente, las notas esenciales del fenómeno que intentaban objetivar. En otras palabras, “un saber que deje metódicamente de lado las dimensiones conductual, institucional, cognoscitiva, valorativa y comprensiva del derecho, no puede pretender legítimamente constituirse como un saber jurídico, es decir, que aborde la realidad jurídica, aun cuando satisfaga los estrictos cánones de cientificidad elaborados para la física, la fisiología, la matemática o cualquier otra ciencia descriptiva. Y ello es así porque el derecho es eminentemente una praxis humana, que incluye de modo constitutivo elementos valorativos, teológico-intencionales y de sentido, y que se concreta en conductas, instituciones, relaciones y también normas, por lo que necesita un modo de abordaje capaz de captar adecuadamente toda la riqueza y todas las modalidades de esa realidad —y de su correspondiente experiencia—, que es esencialmente práctica”⁽²¹⁷⁾.

Con todo, no podemos dejar de mencionar que esta extendida visión dentro del espacio jurídico, aunque subsistente, no ha podido mantenerse completamente indemne. Al margen de los retoques que en el interior de la misma corriente han sido ensayados con el propósito de disimular los defectos provocados por sus congénitas falencias, todas esas correcciones han pasado por deshacerse de categorías insostenibles, al tiempo que empecinadamente se profundizaba en alguna otra de sus notas fundamentales. Tarde o temprano, como no podía ser sino así, la realidad iba a demostrar las consecuencias que se seguirían de la construcción artificiosa de un determinado aparato gnoseológico que prescindía de cómo las cosas eran en la realidad.

Para explicar las causas, si no del derrumbe, cuanto menos del notorio retroceso de la visión positivista del derecho, es dable destacar, en lo que al objeto de este estudio concierne, que uno de los motivos de tal declive ha

(217) MASSINI, “Derecho natural y ciencia jurídica...”, cit., p. 125.

sido extraído del campo de la teoría del conocimiento y de la ciencia⁽²¹⁸⁾. En tal dirección, se entendió que el paradigma positivista, para el cual el conocimiento científico solamente podía ser aquel que reuniese las siguientes características: 1) experimental y exacto; 2) puramente descriptivo y libre de valoración, y 3) reducido a objetos materiales cuantificables, ya no podía ser defendido en forma consistente⁽²¹⁹⁾. Este modelo epistémico, fruto de una imitación, no sólo fue criticado por filósofos de la ciencia, sino también por pensadores dedicados a reflexiones más generales, quienes, de un lado, impugnaron la aceptación del esquema de las ciencias positivas como paradigma universal de todo conocimiento riguroso y, del otro, auspiciaron alternativamente patrones cognoscitivos de carácter fenomenológico, hermenéutico, tópico-dialéctico, lingüístico-estructural o filosófico-práctico⁽²²⁰⁾. Como se explica, esta propuesta revitalizadora cerró sus filas en torno del llamado “movimiento de rehabilitación práctica,” que se constituyó en el punto de partida “de toda una orientación destinada a superar las estrechas limitaciones del positivismo y de sus correlatos éticos: el emotivismo, el imperativismo, el sociologismo, etc. En especial, diversas líneas de la contemporánea epistemología de las ciencias humanas y de las ciencias sociales se han pronunciado por una ampliación del ámbito de la experiencia en el campo de las realidades humanas, así como por una diversificación de los métodos cognoscitivos, adecuándolos a las características del objeto estudiado, y a las diversas perspectivas de abordaje de un mismo objeto”⁽²²¹⁾.

Para terminar el tema de este epígrafe, sólo haremos referencia a que los “anatematos” lanzados contra el conocimiento jurídico no han cesado⁽²²²⁾. En el siglo xx, al igual que en el que lo precedió, desde enfoques distintos se ha renovado el rechazo del valor epistémico del pensamiento de los juristas. Fuera del error o acierto de los argumentos esgrimidos en tales ataques, lo que importa subrayar es que se desconoce que las investigaciones jurídicas reúnan las propiedades de objetividad y científicidad, y, en ciertos casos, incluso su carácter racional⁽²²³⁾. De ahí que, en la época actual, debería celebrarse con favorable acogida el empeño en llevar a un primer plano la reflexión acerca de la naturaleza y características del saber sobre el derecho, dado que, por sus implicancias, constituye uno de los temas ineludibles en todo debate serio acerca de las cuestiones fundamentales del fenómeno jurídico. Más todavía en estos tiempos, donde el acelerado y continuo avance tecnológico, sumados a la complejidad y los conflictos culturales que genera el mundo globalizado, aparte de sus nocivas consecuencias en términos de pobreza e inequidad, plantean a la comunidad jurídica, en general, y a los jueces, en particular, nuevos y complejos desafíos, cuya respuesta ópti-

(218) Cfr. MASSINI, *La ley natural...*, cit., ps. 29 y ss.

(219) Cfr. *ibídem*, p. 30.

(220) Cfr. *ibídem*.

(221) *Ibídem*, ps. 30/31.

(222) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, ps. 30 y ss.

(223) Cfr. MASSINI, “Derecho natural y ciencia jurídica...”, cit., p. 103.

ma requiere, entre otras herramientas, un aparato gnoseológico a la medida de las dificultades que los problemas jurídicos encierran. El testimonio que nos brinda el devenir de los acontecimientos históricos y su incidencia en el ámbito del derecho constituye una razón adicional, según creemos, para instalar definitivamente en nuestra agenda la discusión acerca de las notas del pensamiento jurídico.

3.2. Implicaciones de los postulados de la ciencia moderna en el pensamiento jurídico y, en particular, en el marco de la actividad judicial

Naturalmente, como pudo observarse de lo anterior, la versión clásica de lo que se entendía principalmente por ciencia jurídica no ha podido resistir incólume los embates propiciados desde los círculos intelectuales que se agruparon en torno a las novedosas y predominantes ideas originadas de la mano de la evolución sucedida en el seno del mundo científico, impregnado, a su vez, de las nociones que, sin pausas, dotaron de una particular fisonomía al paradigma de la modernidad. Para cerrar, entonces, este panorama general y mostrar un esbozo del saber jurídico tal como ha quedado configurado a consecuencia de las transformaciones operadas en virtud de los cambios a los que hicimos referencia en el apartado que antecede, presentaremos las siguientes inferencias para sintetizar la referida metamorfosis.

a) *Racionalismo metódico*

Si a raíz de su claridad expositiva nos guiaremos para la presentación esquemática de estas nociones, aunque no por ello en forma exclusiva, por la sistematización lograda por Massini, de quien asimismo tomaremos, cuando sea beneficioso, algunas de sus consideraciones⁽²²⁴⁾, debemos entonces mencionar de entrada que, entre otras derivaciones principales, la Edad Moderna ha influido en el pensamiento jurídico al impregnarlo de racionalismo fundamental. Con Descartes en adelante, dijimos, se ha tomado la decisión de aplicar el método de la matemática, perfectamente válido para una determinada especie de entidades, al conjunto de las ramas del saber, con lo que *a priori* se decreta que el método de una ciencia particular es válido para todas las demás⁽²²⁵⁾. Sobre el asunto de esta manera introducido, cabe puntualizar que esto condujo a la elaboración de los conceptos y categorías jurídicas mediante procedimientos deductivos y de pura abstracción, con lo que se dio forma a una teoría del derecho puramente abstracta y ahistórica⁽²²⁶⁾. Con cita de Villey, añade Massini que en el ámbito de la actividad judicial “la doctrina moderna nos invita a extraer la sentencia deductivamente de las reglas de

(224) Cfr. MASSINI, *La desintegración...*, cit., ps. 17 y ss.

(225) Cfr. PALACIOS, Leopoldo E., “Estudio preliminar”, en *El realismo metódico*, ya citado, p. 48.

(226) Cfr. MASSINI, ob. cit., ps. 17/18.

derecho, ya se encuentren codificadas en las grandes obras de doctrina, ya puestas en los textos de las leyes por la voluntad más o menos arbitraria del legislador”⁽²²⁷⁾.

Aunque desde un enfoque diverso, es ejemplificadora de la situación que nos proponemos reflejar, la siguiente reseña con la que Cueto Rúa inicia el capítulo “Derecho y realidad” de su obra *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*:

Es un presupuesto muy generalizado de la enseñanza universitaria del derecho que éste se encuentra constituido por un sistema de normas susceptible de ser conocido mediante procedimientos racionales. Quien llega a una Facultad de Derecho no espera encontrar en ella fenómenos empíricos como objetos de enseñanza, objetos cuyo conocimiento requiriese la operación de los sentidos sensibles del sujeto cognoscente. Los alumnos están preparados anímica e intelectualmente para encontrarse con conceptos, proposiciones, definiciones y razonamientos lógicos. A lo largo de sus estudios ellos encuentran confirmaciones reiteradas de esos presupuestos. Deben estudiar normas y teorías sobre las normas. Poco o nada se ocupan de la realidad social y de los intercambios y las relaciones recíprocas de quienes la constituyen. Cinco años de enseñanza conceptual de objetos conceptuales preparan para la abstracción, la generalización y la deducción. No preparan para conocer realidades empíricas individuales ni conflictos concretos experimentados por hombres de carne y hueso en un contexto histórico específico⁽²²⁸⁾.

El citado autor nos alerta de ese mismo estado de cosas cuando, en otro trabajo, al referirse al contenido de una las asignaturas que integran el programa de la carrera de Abogacía, al que considerada sobrecargado de abstracciones y teorías, y a la forma en que se transmite el conocimiento en nuestras universidades, señala con agudeza y sentido crítico:

El derecho civil parecería reducirse a un juego de conceptos generales, preciosamente articulados, y lógicamente hilados, pero desconectado de los seres humanos en función de los cuales el derecho cobra un sentido real. [...] El tipo de enseñanza predominante en la Argentina, induce al estudiante a creer que el derecho es lógica, mas el ejercicio de la profesión les arranca muy pronto de esa no explicitada creencia, para proyectarlo en el mundo heterogéneo y contradictorio de la realidad. Cada problema individual viene tan cargado de modalidades únicas, que el abogado se encuentra perdido si es que calcula que ha de poder encontrar apoyo para su problema en textos colocados en plano teórico general...⁽²²⁹⁾.

(227) *Ibidem*, ps. 18/19.

(228) CUETO RÚA, Julio C., *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 13.

(229) CUETO RÚA, Julio C., “El ‘Case Method’. Observaciones sobre la enseñanza del derecho en los Estados Unidos”, en *Páginas de Ayer*, La Ley, 2005-5-5 (junio

Por nuestra parte, observamos con llamativa asiduidad la manera en que los repertorios de jurisprudencia son testimonio de primera fuente del modo persistente en que gran cantidad de fallos no cejan en el intento de demostrar, en todo momento y para cualquier situación, que la solución del entuerto deriva deductiva y necesariamente de cierto texto legal o de la conjunción de una serie de normas en las que, apodócticamente, con ocultación de toda tarea de selección, se subsume el presupuesto de hecho debatido. Aquellos otros casos en donde, acaso por su complejidad, ya no es posible percibir con nitidez esta característica, notamos, sin embargo, que la situación no difiere demasiado de la anterior, habida cuenta de que, en el fondo, se acude a una práctica similar, puesto que las indagaciones son presentadas mediante impecables cadenas de silogismos que orientan, por el mero juego de las reglas de la lógica, el “descubrimiento” de la solución correcta del problema.

Por estos días, el auge que ha tomado el interés por el estudio de los métodos de interpretación judicial —generalmente bajo la sugerente denominación de “métodos de interpretación de la ley”— provoca que, por su intermedio, los jueces no deban enfrentar ningún dilema si el caso indica que es menester apartarse del sentido gramatical de la ley, ya que, en definitiva, a través de aquellos instrumentos, se asume que se decide conforme a la norma, aunque ahora bajo la suposición de que se ha logrado dar con el recto sentido de un texto normativo específico.

Se verifica, pues, de qué manera, todavía hoy, se proyectan con inoculable intensidad los postulados de la ciencia jurídica según los lineamientos del modelo decimonónico, para la cual la sentencia judicial constituye un claro reflejo de un silogismo racional, cuyas exactas inferencias parten de un dogma legal incommovible.

b) *El sistematismo deductivista*

Aparte de lo visto recién, también es conveniente hacer notar el modo en que la utilización del método deductivo puro, tomado del esquema matemático, ha conllevado el establecimiento de unos sistemas cerrados y completos de conocimiento, en los que cada afirmación puede ser reconducida al primer principio a partir del que toda deducción comienza. En efecto, denuncia Massini que “tomando por modelo epistemológico único el de las ciencias exactas, no le quedaba al pensamiento moderno más salida que la de edificar el saber jurídico bajo la forma de un perfecto sistema, cerrado y autosuficiente, en el que todas sus proposiciones, de la primera a la última, guardaran un encadenamiento lógico formal perfecto. [...] La exigencia de unidad y encadenamiento del saber propia del ‘espíritu de sistema’ tuvo como resultado la construcción de edificios jurídicos rígidos, desconectados de la historia y de la vida del derecho, que pretendían contener todas las soluciones posibles

para los problemas humanos. Cualquier solución jurídica debía tener su lugar en el sistema y justificarse racionalmente a partir del mismo”⁽²³⁰⁾.

A partir de este modelo basado en los caracteres que agrupa todo sistema formal —unidad, completitud, economía, coherencia y jerarquía—, el derecho judicial perdió el rumbo que hasta entonces orientaba sus decisiones. En lugar de mantener la actitud de hallar la regla de derecho o solución correcta para el caso singular a partir de los hechos relevantes del entuerto y en función de la esencia del respectivo litigio, los jueces, a través de un proceso inverso, esto es, colocando el peso ya no en las características del conflicto que reclamaba una específica respuesta, sino en el respeto por el equilibrio del sistema que anticipa un remedio para cualquier problema, restringieron su labor a la búsqueda de la consecuencia jurídica predeterminada en el texto de la obra jurídica codificada, lugar en el cual, sin que cupiera espacio para las dudas, alguna norma o grupo coherente de ellas debía contener, sino el supuesto de hecho idéntico al debatido en la causa, que debía ser lo natural, las directivas para integrar el ocasional silencio o la insuficiencia, siempre según las pautas proporcionadas por el propio ordenamiento jurídico.

Para no ir demasiado lejos, con lo que evitamos volver sobre el reiterado ejemplo del artículo 4º del Código de Napoleón y sus diversas interpretaciones, nótese, como ejemplo elocuente de aquel temperamento, lo que a primera vista dimana de lo dispuesto por el artículo 22 de nuestro Código Civil. Más allá de lo que en realidad —o también— haya querido establecerse con su sanción, y dejando de lado la presencia de otras prescripciones que, aunque del mismo estatuto, es decir, legal positivo, han mitigado el valor absoluto de esa regla —v. gr., artículo 16 del ordenamiento citado—, aquel rasgo de completitud surge inequívoco en tanto expresa que “[l]o que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial”.

Queda claro entonces que, salvo excepciones, la determinación del derecho, lo justo, la regla jurídica particular o la conducta deónticamente exigible según las particularidades de cada caso fue paulatinamente reemplazada por un elenco uniforme de respuestas generales plasmadas en normas positivas, las que, inexcusablemente y en forma necesaria, contenían la solución jurídica para cada una de las disputas que se llevasen ante la autoridad de los tribunales.

En el campo judicial, como contrapartida, “la sentencia se construía deductivamente, a través de un silogismo en donde la norma cumplía la función de premisa mayor, la situación concreta la de premisa menor y la norma

(230) MASSINI, ob. cit., ps. 25/26.

singular y circunstanciada, la de conclusión”⁽²³¹⁾. De la mano de esta práctica, olvidaban los precursores del modelo que en razón del carácter mudable del dato jurídico, por principio susceptible de valoración, no puede emplearse sólo un silogismo formal, que opera sobre realidades necesarias, o sea, que no resultan aptas para ser objeto de juicios de valor⁽²³²⁾.

Ante un escenario como el descripto, poco más faltaba para que los jueces, en su mayoría, ordenasen su actuación bajo ese unidimensional parámetro, no sólo en el establecimiento de la consecuencia jurídica que debía seguirse de un determinado hecho descripto a priori por el legislador, sino también adaptando a ese postulado el resto de las herramientas a su alcance, tal como ocurría, por ejemplo, en la faz interpretativa, donde el objetivo pasaba, o por establecer una ingenua armonía entre normas de la más diversa fuente, o por conocer cuál había sido la voluntad del órgano político, o en desentrañar, bajo el ropaje de procedimientos que se reputaban objetivos, cuál habría sido la respuesta en el hipotético caso de que se hubiera anticipado esa novedosa situación que la realidad ahora deparaba. Con lo cual, en definitiva, asistimos al paradójico acontecimiento de que “un derecho construido en forma prudencial, circunstanciada y asistemáticamente, fue transformado en el más férreo sistema lógico-jurídico que haya conocido la historia”⁽²³³⁾.

c) *El normativismo*

En este acápite, debemos dar cuenta de que, como derivación de la visión unívoca de tipo cientificista que hunde su origen en el paradigma al que nos venimos refiriendo, el único dato verificable no podía ser sino la norma o ley escrita, la que, para peor, producto del concurso de otras teorías que también encarnan el modelo ilustrado de la modernidad, era aprehendida sólo en el sentido equivalente a una orden emitida por el poder de la autoridad, de modo que a este precepto se reducían básicamente o podían reconducirse las fuentes creadoras y reguladoras de deberes y derechos. Como era de esperar, de manera consecuente con los presupuestos de los que partía, las demás realidades o ingredientes de la experiencia jurídica —conducta, facultad, sentencia, débito, etc.— no eran detectables desde un aparato puramente ideal⁽²³⁴⁾. Va de suyo, entonces, que sólo con estos elementos abstractos el racionalismo podía llevar a buen destino las operaciones intelectuales que involucraba el conocimiento verdaderamente científico, al cual el saber jurídico debía adecuarse para merecer esa calificación honorable y abandonar la doxa u otros niveles inferiores en la escala epistemológica. Desde dicha óptica, según se destaca, ocurre que “con realidades concretas —conductas, opiniones jurisprudenciales, deberes— no se puede trabajar sino ateniéndolo-

(231) MASSINI, *Sobre el realismo...*, cit., p. 118.

(232) Cfr. *ibídem*, p. 120.

(233) MASSINI, *La desintegración...*, cit., p. 29.

(234) Cfr. *ibídem*, p. 31.

se constantemente a los datos de la realidad. Entre normas se puede deducir, subsumir, relacionar, etc., sin necesidad de tener siquiera en cuenta la existencia de la vida jurídica. Por el contrario, la realidad jurídica concreta es más reacia a las manipulaciones de la razón..."⁽²³⁵⁾.

Al investigar las causas que pudieron haber empujado el fenómeno jurídico a este legalismo sin concesiones, no puede ser ignorada la influencia de la teoría voluntarista del poder político, en virtud de la cual se abandonó el entendimiento de que la ley, como expresión de la razón, participaba de la tarea de ordenar los actos humanos a su fin propio, para sostenerse, en cambio, que el precepto legal, en tanto norma del obrar humano, constituye un acto de la voluntad del soberano, cualquiera que sea la forma que éste pudiera asumir⁽²³⁶⁾.

En síntesis, para la visión moderna, la voluntad desplaza a la razón y, en su lugar, adquiere el rol exclusivo de generadora de normas⁽²³⁷⁾. Con Suárez, uno de los teólogos del Siglo de Oro español, se produjo una modificación de perspectiva con consecuencias relevantes, ya que para distinguir una ley con fuerza obligatoria de un simple consejo, el elemento específico debía ser encontrado en la ordenación racional; ahora, en cambio, esa cualidad dependía más que nada de la manifestación de algún órgano soberano del que emanara una voluntad imperativa y ejecutable en virtud de la fuerza del órgano estatal⁽²³⁸⁾.

Sin perjuicio de otros matices, aunque es cierto que la ley es una regla y, en tal sentido, equiparable a una norma, puesto que ambos conceptos denotan la idea de medida, no es menos acertado que en el ámbito jurídico no constituye la única causa del derecho. Basta para conocer este limitado papel, con reparar en aquellas prescripciones normativas cuyo origen radica en las convenciones fundadas en la autonomía privada, que, no obstante su extendido reconocimiento positivo —v. gr., artículo 1197 del Código Civil—, su valor jurídico no encuentra su fuente —cuando menos no del todo— en esa autorización legal.

Dado que las leyes estatales son de la más diversa índole —asignadoras de competencias, creadoras de entes y organismos estatales, dativas de títulos jurídicos, reglamentadoras del ejercicio de los derechos, etc.—, adquieren intrínseco valor jurídico en la medida en que marcan qué es obligatorio por razón de justicia. Cumplen esta función cuando reparten las cosas atribuyendo títulos a las personas y generando deudas en justicia; también, en tanto se

(235) *Ibidem*, p. 32.

(236) Véase acerca del origen, los significados y las funciones de la ley, y su relación con la norma jurídica y el derecho, el desarrollo de HERVADA, en *Lecciones propedéuticas...*, ya citado, lección VIII, ps. 303 y ss.

(237) Cfr. MASSINI, *La desintegración...*, cit., p. 34, nro. 12.

(238) Cfr. ANDRÉ-VINCENT, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, trad. C. R. S., Ghersi Editor, Buenos Aires, 1978, ps. 18 y ss.

constituyen en la medida de esos derechos, ya que regulan su ejercicio estableciendo, entre otras previsiones, los límites, los presupuestos de capacidad, las condiciones para su ejercicio, etcétera. Además, asumirán un específico rol jurídico si, al desplegar sus efectos en el marco de la dimensión legal de la justicia, fijan las reglas a las que el sujeto debe ajustar su conducta para con la sociedad, como si, en su expresión distributiva, establecen el reparto de las cargas y los bienes entre los individuos; lo tendrán asimismo en el plano conmutativo, siempre que dispongan el modo de ser de las relaciones entre los particulares⁽²³⁹⁾.

Pero, como decíamos, ambos sucesos del desarrollo humano —exclusividad del método científico y voluntarismo político— han conducido a que en el campo del derecho y, con mayor razón, en la actividad judicial, se desembocara “en el más absoluto monismo en cuanto a las fuentes del derecho: la ley y sólo la ley, puede ser considerada fundamento de soluciones jurídicas; es más: sólo la ley es el derecho estrictamente hablando; las demás realidades jurídicas sólo pueden calificarse de derecho en la medida de su vinculación con la norma legal”⁽²⁴⁰⁾. Son resultado de esta misma idea y del consiguiente postulado epistemológico que la encarna, la tesis coactiva o de las fuentes sociales, la teoría imperativa de la norma jurídica y la tesis legalista, que, junto con otros postulados, constituyen el núcleo fuerte del positivismo en tanto teoría del derecho⁽²⁴¹⁾.

Sin embargo, desde el enfoque que estimamos correcto, la ley positiva asume una ubicación más acorde con lo que de ordinario puede aguardarse de ella. Bajo el prisma de esta óptica, la norma puesta por el legislador, aparte de que no representa el único criterio válido de juridicidad, en sentido político auténtico no es más ni menos que un medio para el logro de una vida social armónica, un instrumento encaminado a que los hombres obren con racionalidad en su concreta vida social. De lo que se sigue que la norma jurídica no encarna un fin en sí misma, como tampoco representa el derecho. Lo contrario implicaría invertir el orden que surge de la realidad de las cosas y desorbitar su papel de medio enderezado a promover la perfección societaria⁽²⁴²⁾.

d) *El abandono del finalismo*

El arribo de la modernidad también importó una modificación sustancial en la forma de comprender el mundo. Según el pensamiento antiguo y medieval, el universo se encontraba orientado a hacia un fin que le confería razón y sentido, de modo que “lo real —en su totalidad o individualmente— era percibido desde un término hacia el que —naturalmente— se dirigía.

(239) Cfr. HERVADA, *Introducción crítica...*, cit., ps. 131 y ss.

(240) MASSINI, ob. cit., p. 33.

(241) Cfr. SERNA, ob. cit., ps. 17 y ss.

(242) Cfr. MASSINI, *Sobre el realismo...*, cit., p. 24.

Cada ente, para esta concepción, está dotado de un sentido propio y, conforme a su modo de ser, ordenado hacia un fin que especifica su movimiento operativo”⁽²⁴³⁾. En sentido diverso, el antropocentrismo propio de la Edad Moderna significó el rechazo de la noción de finalidad natural inmanente. A partir de entonces, con la desaparición de las causas finales, perdieron sentido las ciencias prácticas, cuya esencia las ordenaba a determinar los fines del obrar. Opina Massini, que este novedosa manera de plantear la relación del hombre con su contexto aparejó, en palabras del autor, “...la pérdida de especificidad de los estudios concernientes a la praxis, entendido este último término en el sentido clásico de todo lo referido a la perfección del hombre, ya sea en su vida personal o social y que comprende a la actividad moral, política y jurídica. El derecho dejó, por ello, de ser considerado prácticamente, desde el punto de vista de los fines y objetivos a lograr en la concreta convivencia del hombre, y elevado al campo de las abstracciones, propias del mundo estrictamente racional de las matemáticas”⁽²⁴⁴⁾.

Porque no respondía a las exigencias de los esquemas lógico-deductivos de las ciencias exactas, en forma deliberada se excluyó el estudio del obrar humano y de sus fines propios, su historia, contingencia y singularidad, tanto en su faz personal como también social⁽²⁴⁵⁾.

Este fenómeno es descripto, con profunda erudición, desde una perspectiva literaria por Marechal, quien, acostumbrado a indagaciones de índole metafísica, al reflexionar acerca del destino del hombre, en su ensayo “Manual del Astronauta”, escribía:

Lo que llamamos Natura (o “macrocosmo”) también se distribuye y jerarquiza en tres modalidades, dominios o mundos: el espiritual, el psíquico y el corporal, enumerados aquí en su ordenación “descendente” a partir de la Causa Primera. Y es evidente, que limitándose al solo mundo corporal (el más “exterior” de los tres), la ciencia contemporánea dejó a los otros dos mundos fuera de su órbita, con lo cual redujo su campo a una tercera parte de la intelección posible; [...], tras estudiar la mutilación de la Natura en su esencia ternaria, vimos que correspondía exactamente (y en curioso paralelismo) a una “mutilación del hombre” operada también en su *compositum* ternario (cuerpo, alma y espíritu). En efecto, para trabajar con la sola modalidad “corpórea” de la Natura, el investigador sólo necesita poner en juego su propia “modalidad corporal” (abierta sólo a “lo sensible”), asistida por cierta Razón “minimizante” que se redujo a observar fenómenos físicos y a descubrir sus leyes. Y la mutilación del hombre (un “microcosmo”) en su *compositum* también se hizo en desmedro de sus dos modalidades “extracorporales” (alma y espíritu), las cuales fueron excluidas primero y negadas al fin en su “capacidad de ciencia”. Justamente aquí, en este mismo punto, el

(243) MASSINI, *La desintegración...*, cit., p. 37.

(244) *Ibidem*, ps. 38/39.

(245) Cfr. MASSINI, *Sobre el realismo...*, cit., p. 113.

método *ad extra* iniciado por los renacentistas mostraba su fuerza de oposición al método *ad intra* de los antiguos, oposición que significaría una “ruptura” total del mundo moderno con su antecedente⁽²⁴⁶⁾.

Como era de esperar, en el ámbito jurídico, este trajinar desprovisto de fines acarrearía la instauración del formalismo jurídico, cuyas raíces penetran en nuestros días. Así, sin contenido, la normatividad jurídica ignora el “para qué” del precepto, y el jurista reduce su estudio al “cómo”, extremos que conllevaron la configuración de una ciencia del derecho “dogmática”, anclada en el análisis de las leyes positivas con interés en el significado gramatical, lógico o sistemático, esto es, con ausencia de toda reflexión acerca de su intrínseca vocación hacia la perfección de la persona en la comunidad política⁽²⁴⁷⁾.

e) *La perspectiva individualista*

Otra de las notas que describe con mayor elocuencia las diferencias entre el enfoque de la Edad Moderna y el que lo precedió, estriba en el marcado individualismo propugnado por sus expositores⁽²⁴⁸⁾. El antropocentrismo al que nos hemos referido más arriba determinó “colocar en primer plano todo lo atinente a la persona, a sus perfecciones y prerrogativas; a considerar a la libertad y razón del individuo como algo absoluto, cuyos límites no merecían ser imaginados. Paralelamente, todo lo que significara objetiva ordenación de la conducta, regulación o límite externo al libre arbitrio humano, fue minimizado o, lisa y llanamente, dejado de lado”⁽²⁴⁹⁾.

En esta línea de apreciaciones, merece ser recordado que en un riguroso trabajo sobre la noción de derecho subjetivo, se ha explicado que por el reflejo de la obra de Guillermo de Occam, quien emprendió la defensa de la orden de los franciscanos en su disputa contra el Papado, la noción de derecho cesó de designar el bien que a cada uno toca según la justicia, y pasó a significar algo mucho más restringido: el poder que se tiene sobre un bien, con lo cual —precisa Villey— cada derecho equivale al contenido de ese poder⁽²⁵⁰⁾. A continuación, el profesor francés esclarece el trasfondo filosófico del nominalismo propugnado por el *Venerabilis Inceptor* y su nítido contraste con los lineamientos sentados por Aristóteles y sus continuadores de la Edad Media, movimiento para el cual, en síntesis, todo gravitaba alrededor del sujeto individual. De esta manera, con Occam, nada más que “el individuo está dotado de existencia real, él es el único centro de interés, él solo es el objeto auténtico de nuestro conocimiento, de suerte que no puede haber orden

(246) MARECHAL, Leopoldo, “Manual del astronauta”, en *Cuaderno de Navegación*, edición aumentada, Seix Barral, Buenos Aires, 2008, p. 81.

(247) Cfr. MASSINI, *La desintegración...*, cit., p. 41.

(248) Cfr. ibídem, ps. 43 y ss.

(249) Ibídem, ps. 44/45.

(250) Cfr. VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976, ps. 177/78; ver asimismo HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., ps. 239 y ss.

jurídico sino el orden procedente de la voluntad individual. [...] Occam no puede imaginar, partiendo del nominalismo, sino un arte tendiente, no a la búsqueda de una armonía en la ciudad tomada como fin en sí mismo, sino solamente al servicio de los individuos, orientado hacia la utilidad particular, lo que presagia el utilitarismo del pensamiento jurídico moderno, que viene a negar al derecho toda frontera precisa. El fin buscado parece ser el asegurar al individuo las condiciones de una vida libre y plenamente individual: aunque nos parezca contrario al oficio del derecho, el asegurarle, tanto como sea posible, las libertades y los poderes a los que el individuo aspira”⁽²⁵¹⁾. Por último, Villey cierra su análisis indicando que, a su manera de ver, la irrupción de esta doctrina configura el momento copernicano de la ciencia del derecho, ya que marca el nacimiento de un nuevo orden social, en el que el derecho individual será el núcleo en torno al cual, de ahí en más, se estructurará el ordenamiento jurídico, que por completo se construirá sobre la base de la noción de *potestas* o *facultas*. En adelante, la facultad moral será el eje de las leyes positivas, lo que a su vez determinará el contenido individualista, liberal y utilitario del derecho⁽²⁵²⁾.

En resumen, cabe glosar que el derecho concebido por la matriz de la filosofía individualista traerá consigo el retraimiento a un segundo plano de las dimensiones distributivas y legal de la justicia, con la consiguiente reducción de las relaciones de justicia a parámetros de estricta igualdad aritmética; en el campo del derecho público, el individualismo importará que se adopte la imagen de un hombre portador de libertades innatas, titular de facultades subjetivas ilimitadas derivadas de su naturaleza ideal, sin ninguna clase de referencia, por tanto, a los condicionamientos históricos, sociales, económicos o religiosos en los que se enmarca la vida de las personas⁽²⁵³⁾. En términos más actuales, vemos, en línea con lo anterior, de qué manera esa comprensión simplemente individual y aislada del ser humano ha desencadenado —junto con otros factores, es cierto— complejos enfrentamientos entre sujetos que, en forma coherente con los enunciados de esa perspectiva individual en la que se desenvuelven, esgrimen unos contra otros la titularidad de opuestas, pero correlativas, facultades que revisten el mismo grado de validez formal y, por ende, simultáneamente defendibles en teoría por igual, mas en la práctica, desde el interior de esa corriente, revelan insolubles aporías si en definitiva, sobre la base de cuestionables métodos, no se decide la disputa sino en favor de la primacía de un derecho a costa del sacrificio del otro, asunto que adquiere mayor preocupación cuando se plantea la tensión entre derechos fundamentales⁽²⁵⁴⁾.

(251) *Ibidem*, p. 178.

(252) *Cfr. ibidem*, p. 190.

(253) *Cfr. MASSINI, ob. cit.*, p. 48.

(254) *Cfr. CIANCIARDO, Juan, El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000.

3.3. ¿Es posible una alternativa epistemológica que se ajuste al objeto específico del saber jurídico? Concepción analógica de la ciencia

Las consecuencias poco satisfactorias a las que condujo el ininterrumpido objetivo defendido por unas y otras vertientes, mas todas ellas siempre bajo el esquema de una visión teórica compartida o paradigma filosófico general, de adaptar mediante fundamentos defectuosos, cuando no arbitrarios, el contenido de la materia jurídica a las características del instrumento con que se la intentaba medir u operar de un modo pretendidamente científico —resultado que en la mayor parte de las veces era obtenido a cambio de la expulsión de aquellos componentes que, según el parecer de quienes así procedían, impedían alcanzar el grado de plena y exhaustiva objetividad que debía satisfacer el saber para ser catalogado intelectual⁽²⁵⁵⁾—, con lo que aparte se concretaba un grave error de abordaje epistemológico al otorgarse primacía al método por sobre el objeto, lograron instalar en el mundo jurídico la percepción de un panorama sombrío, poco alentador de cara a la solución de los concretos desafíos que la evolución de los sucesos planteaba. En este sentido, como reflejo de la resignación con la que habría que conformarse si se verificara la supremacía definitiva de aquellas teorías y, en línea con ello, el papel meramente técnico y limitado a un simple “conglomerado de opiniones” al que cabría reducir el saber jurídico si, por una parte, se le negara capacidad para efectuar un aporte cognoscitivo útil y, por la otra, se le desconociera estatus de pensamiento orientado a valores, observemos de paso que Larenz, al denunciar las insuficiencias en general del positivismo moderno, expresaba, aunque desde su particular perspectiva, que si se deserrara la ciencia jurídica del ámbito científico, tal confinamiento importaría tanto como suscribir “una declaración de bancarrota de la razón humana” frente a la mayor parte de los problemas a los que nos enfrenta la vida⁽²⁵⁶⁾.

Es dable recordar en la dirección apuntada, sólo por mencionar un trillado ejemplo, el incómodo dilema que ofrecía la resolución de los debates originados como consecuencia de los disparates cometidos en la Segunda Guerra Mundial o los inconvenientes que planteaba la decisión de aquellos otros casos relacionados con la caída de regímenes totalitarios desde la matriz de análisis que proporcionaba la moderna ciencia jurídica, para la cual, según la tesis imperativista, el derecho era primordialmente concebido como un sistema de normas positivas dadas por el legislador de conformidad con un determinado procedimiento, comprobación empírica que bastaba, en el

(255) Cfr. SERNA, ob. cit., ps. 27/28, quien, en el sentido apuntado, recuerda que en el mundo jurídico el positivismo normativista asumió la inequívoca actitud de acordar prevalencia al principio de científicidad por encima de la realidad, esto es, tomó la decisión de reflejar científicamente su objeto de estudio, incluso a expensas de deformar su imagen real.

(256) LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, 2ª ed, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, p. 233.

pensamiento de quienes cultivaban hasta sus últimos extremos tal visión, para reconocer la validez de la norma o, incluso, para equiparar ley con justicia con independencia de cuál fuera el contenido de la disposición dictada por el órgano soberano creador⁽²⁵⁷⁾.

Por eso, en lo que queda de este capítulo, nos enfocaremos en la descripción de la propuesta auspiciada desde el ámbito de la doctrina clásica con la intención de superar las aporías irreductibles a las que ha sido arrojado el derecho como consecuencia de su artificial constitución según los parámetros de un saber teórico o especulativo, asunción que condujo a desatender los presupuestos propios de la regulación jurídica de la vida social y la finalidad primera que la justifica. Es que, tal como ha sido planteado —aunque por razones a las que no cabe adherir ciegamente—, si bien podría concederse, con ciertas reservas, que la ciencia jurídica no tiene una entidad epistemológica equiparable a la de las ciencias exactas o empíricas, esta impresión inicial no debería llevarnos a tener que admitir que el conocimiento jurídico carece de elementos científicos⁽²⁵⁸⁾. En línea con esto, por tanto, es de interés rescatar las enseñanzas de Aristóteles, dado que el Estagirita ya advertía que “es propio del hombre instruido buscar en cada género tanta exactitud cuanto la naturaleza de la cosa consiente”⁽²⁵⁹⁾. Naturalmente, como propiciamos, no correspondería “buscar la exactitud de la misma manera en todo, sino en cada caso con la que la materia admite y en la medida que es propia de la investigación”⁽²⁶⁰⁾.

Con este escenario, desde una visión distinta a la que impera, cabría reflexionar acerca de la posibilidad de hallar una alternativa que, sin renunciar a las notas esenciales del derecho, permita, sin embargo, alcanzar ciertos niveles de objetividad que habiliten a erigirlo en una auténtica ciencia por encima del conocimiento vulgar y a diferenciarlo, como mencionamos, de un simple conglomerado de opiniones.

En este esquema de pensamiento, con el propósito de indagar una respuesta para neutralizar la opinión de quienes, como resultado de reservar el carácter de ciencia a una clase exclusiva de conocimientos que responden a determinados requisitos seleccionados de antemano mediante un criterio de clasificación unidimensional, niegan la categoría científica del estudio del derecho tal como este fenómeno se presenta en la realidad, conviene acudir a un concepto análogo de ciencia que otorgue valor epistémico al saber jurídico sin que éste tenga que rehusar sus aludidas peculiaridades⁽²⁶¹⁾.

A tales efectos, si “análogo” se dice de una palabra o concepto que puede predicarse de varias realidades distintas, pero que entre sí mantienen

(257) Cfr. BOBBIO, ob. cit., ps. 141 y ss.

(258) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., p. 38 y *passim*.

(259) ARISTÓTELES, ob. cit., p. 8 [I, III, 1094 b, 25].

(260) *Ibidem*, p. 27 [I, VII, 1098 a, 30].

(261) MASSINI, *Filosofía del derecho III...*, cit., ps. 69 y ss.

cierta relación que autoriza a que se las designe con el mismo término, con el vocablo “ciencia”, entonces, puede designarse una gama de saberes que, aunque diferentes en varios aspectos, comparten una estructura básica similar⁽²⁶²⁾. Según el autor que orienta nuestras indagaciones, las notas que autorizan a adjudicar estatus científico a determinado conocimiento serían principalmente dos, a saber: a) debe tratarse de saber explicativo, es decir, que permita conocer las causas y determinar una relación directa entre éstas y sus efectos, y b) debe tratar sobre un objeto universal y necesario, esto es, no contingente⁽²⁶³⁾. Son estas directivas merced a las cuales, sin que sea menester eludir el carácter práctico del saber jurídico, es posible sostener con validez epistemológica la calidad de conocimiento científico del derecho. Por más que el estudio de la conducta humana se emprende con la finalidad de valorarla y dirigirla, desde esta perspectiva analógica no se verifican verdaderos motivos que impidan llevar adelante ese singular cometido de un modo riguroso y sistemático, con justificación y demostración de sus principios, enunciados y conclusiones por intermedio de operaciones racionales correctas y objetivas⁽²⁶⁴⁾.

Con todo, cabe en este punto un nuevo interrogante a consecuencia de la base material respecto de la cual funciona el derecho, esto es, determinar en qué medida podría afirmarse la configuración de un saber jurídico universal y necesario, cuando sabemos que, en realidad, la instancia definitiva en la que acaba el derecho radica, en último término, en juicios y conductas particulares que se desarrollan en medio de circunstancias históricas únicas, siempre mudables y, por ende, irrepetibles. Al margen de las dificultades y la perplejidad que plantea esta cuestión reiteradamente discutida, tal aporía ha recibido una contundente respuesta de parte de quienes han considerado que “para que un conocimiento orientado hacia lo contingente pueda revestir el carácter de científico, es preciso que se refiera a aquello que de necesario y universal hay en todo lo singular y mudable [...]. Esto, en otros términos, significa que aquello que se refiere a la forma de los entes, es decir, a su principio determinativo intrínseco, aquello que lo hace ser eso que es y constituye el principio especificador de su dinamismo, es universal y corresponde a todas las realidades de esa especie [...]. De este modo, atendiendo al elemento formal de realidades en sí mismas o en su individualidad contingentes, es posible adquirir de ellas ciencia, llegar a un conocimiento que siempre y en todas partes resulte verdadero”⁽²⁶⁵⁾.

Al cabo de estos lineamientos generales, volvemos sobre lo que ya tuvimos ocasión de examinar pasajes más arriba cuando nos ocupaba el tratamiento de las denominadas ciencias prácticas y, en particular, su objeto y sus

(262) Cfr. MASSINI, *La prudencia...*, cit., ps. 102/03.

(263) Cfr. *ibídem*, ps. 103 y ss.

(264) Cfr. MASSINI, *Filosofía del derecho III...*, cit., p. 73; consultar también KALINOWSKI, ob. cit., p. 130 y *passim*.

(265) MASSINI, *La prudencia...*, cit., p. 106.

características básicas. Ahora, inmersos en el interior del universo jurídico, debemos recordar que, en tanto conocimiento práctico, el saber acerca del derecho tiene por objeto el obrar humano. Y aunque realiza la razón propia de la ciencia en aquello que su objeto tiene de universal, lo efectúa con un alcance distinto de las ciencias exactas, dado que, a diferencia de éstas, la necesidad del objeto, que requiere un conocimiento más profundo que el vulgar, se verifica en el nivel de los principios, mas no en el campo de lo contingente. Comoquiera que fuese, lo que al fin de cuentas realmente interesa es que el pensamiento jurídico satisfice, aunque en distinta medida, las propiedades del saber científico: explicación causal y necesidad en el objeto⁽²⁶⁶⁾. Dicho de otro modo, el saber jurídico absoluto, no relativo ni mudable, es propio del nivel fundamental. En cambio, en el científico, aun cuando elabora conceptos que pueden ser absolutos y constantes, contiene otros elementos particulares de una legislación determinada y, por consiguiente, variables⁽²⁶⁷⁾. Vale decir, en resumidas cuentas, que el estudio de la experiencia jurídica puede adquirir valor “necesario, universal y absoluto en el plano de las definiciones primeras perfiladas desde la filosofía, pero, precisamente, por su practicidad, el saber jurídico reclama ser encarnado o asumido en normas y conductas, y es aquí donde aparece la historicidad y con ella la incertidumbre, las ponderaciones de argumentos y las excepciones; en definitiva, las posibilidades de una certeza práctica y no teórica”⁽²⁶⁸⁾.

En definitiva, apreciamos en qué medida es factible adquirir en el ámbito de la dimensión jurídica, a pesar de las múltiples facetas a la que nos enfrenta la naturaleza contingente de los asuntos humanos, un tipo de conocimiento riguroso; más necesario en sus principios generales y con algún grado menor en el peldaño de la actuación concreta, lo cual, sin embargo, no impide que sea objeto de un estudio y desarrollo cierto. Lo que cuenta en el caso de los saberes prácticos, al fin y al cabo, es que “a través de la doctrina de la analogía es posible sostener la posibilidad epistemológica de un conocimiento que sea, a la vez, práctico y científico: (i) *práctico*, en razón de que su objeto propio es la praxis humana considerada en cuanto susceptible de valoración y dirección racional; y (ii) *científico*, porque aborda ese objeto de un modo riguroso y sistemático, a la vez que intenta justificar racionalmente sus conclusiones por medio de un itinerario lógico correcto y objetivo”⁽²⁶⁹⁾.

Tal confirmación, además —o por eso mismo— permite elaborar toda una serie de herramientas gnoseológicas adecuadas para operar con las características de la materia que hace del derecho un saber práctico ordenado a la dirección de la conducta humana, desarrollos técnicos que evitarán incurrir en los desaciertos señalados más arriba.

(266) Cfr. *ibídem*, p. 109.

(267) Cfr. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 623.

(268) VIGO, *Sobre los principios...*, cit., ps. 135/6.

(269) MASSINI, “Derecho natural y ciencia jurídica...”, cit., p. 141.

3.4. Tendencias actuales. Rehabilitación de la razón práctica. Nuevas propuestas

En último término, conviene aprovechar esta oportunidad para mencionar, acaso nada más que de pasada, la iniciativa de algunos movimientos que, con la intención de superar decadentes aparatos gnoseológicos, a pesar de sus diferencias específicas, concuerdan, no obstante, en la necesidad de encarar la tarea de dilucidar cuál ha de ser, en reemplazo de aquéllos, el procedimiento intelectual más propicio para enfrentar con éxito los desafíos que las particularidades del obrar humano, por definición mudable, histórico y con intrínseco valor ético, plantean al pensamiento jurídico y, por inmediata traslación, según creemos, al razonamiento judicial⁽²⁷⁰⁾. En tal sentido, enfrentados a pensadores que, como Kelsen y Ross, u otros de línea anglosajona, como Bentham o Austin, consideraban —en líneas generales— que la noción de razón práctica era un concepto autocontradictorio y lógicamente insostenible, porque confundía los ámbitos del querer y del conocimiento⁽²⁷¹⁾, o a Nietzsche, para quien la razón y, en mayor medida, la razón práctica, sería “una vieja y trapacera mujerzuela”⁽²⁷²⁾, son muchos los filósofos e iuspensadores que reconocen la utilización de la razón humana en procura de la dirección o valoración de las conductas el instrumento apropiado para formular sus propios saberes⁽²⁷³⁾. Desde que en Alemania, a finales de la década del setenta del pasado siglo, fue detectada la necesidad de rehabilitar la razón práctica, autores diversos como Viehweg, Hennis, Perelman, Aarnio, Villey, Alexy, Recaséns Siches, Kalinowski, Finnis, por citar algunos, participan de una idea primordial que implica:

- a) aceptar que el objeto del razonamiento jurídico es contingente y, por ende, variable y múltiple;
- b) sostener el carácter valioso de la realidad jurídica y, con ello, la existencia de juicios de estimación junto con los de realidad;
- c) defender la idea de que la lógica formal por sí sola es insuficiente para obtener soluciones jurídicas adecuadas;
- d) avanzar en la necesidad de recurrir a un modo distinto de pensar, adecuado a la naturaleza del objeto, es decir, hallar la manera de razonar con los problemas que presentan los asuntos prácticos.

Sobre la base de estos postulados, ha tenido lugar el desarrollo de dos líneas de investigación principales. En este sentido —escribe Serna—, en el seno de la filosofía jurídica se observa, por un lado, el surgimiento de una corriente de inspiración hermenéutica, que profundiza el estudio de las di-

(270) Cfr. MASSINI, *Sobre el realismo...*, cit., ps. 124 y ss.

(271) Cfr. SERNA, ob. cit., ps. 22 y ss.

(272) Cfr. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 132.

(273) Cfr. VIGO, ob. cit., p. 135.

menciones subjetivas del conocimiento y de la aplicación del derecho. De otro lado, en el campo de las teorías de la argumentación, también se aprecia el interés por el diseño de modelos que se muestren aptos para la justificación o el control de la racionalidad de las decisiones jurídicas, en particular de aquellas que provienen de los órganos judiciales⁽²⁷⁴⁾.

En suma, el interrogante que subyace debajo de estas preocupaciones apunta a poner de manifiesto que es menester hallar una alternativa que “haga posible explicar razonablemente el carácter científico de un conocimiento sobre un objeto como el derecho y, a la vez, su naturaleza estructuralmente práctico jurídica, es decir, constitutivamente ordenada al progreso, mejoramiento y desarrollo de la vida jurídica concreta”⁽²⁷⁵⁾. Se trata de una corriente que, en definitiva, persigue refundar las bases de un saber focalizado en las conductas humanas con el propósito de dirigir las, no ya en función de decisiones centralizadas en torno a posturas que, en mayor o menor medida, encarnan criterios subjetivos, sino a la luz de respuestas que admitan una justificación racional⁽²⁷⁶⁾.

(274) Cfr. SERNA, ob. cit., ps. 61 y ss.

(275) MASSINI, “Derecho natural y ciencia jurídica...”, cit., p. 130.

(276) Cfr. VIGO, *De la ley al derecho*, 2ª ed., Porrúa, México, 2005, ps. 17/18.

CAPÍTULO 4

EL SABER JURÍDICO Y LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

4.1. Análisis del presente de la actividad judicial a la luz de los conceptos desarrollados en los capítulos previos

La relación que en cualquier asunto se verifica entre las proyecciones y el centro común del cual esas manifestaciones no son sino derivadas prolongaciones, se reproduce también, a su manera, en el ámbito de la justicia, con la conexión que se da entre el derecho —la causa— y la sentencia —el producto—. Ocurre que, en ese instante último de la actividad judicial, convergen desde las nociones más generales que involucra el proceso de determinación del acto singular justo hasta aquellos ingredientes de mayor especificidad, trayecto que, por supuesto, atraviesa las diversas zonas intermedias. Entonces, si, como sostenemos, el derecho no constituye una materia meramente especulable, vale decir, un acontecimiento de la realidad que escrutamos cual pasivos espectadores con el único propósito de desentrañar en qué consiste lo justo, de conocer cuáles son las causas que lo genera, y, como resultado de lo anterior, formular las leyes teóricas que expliquen sus distintos efectos y anticipen el modo en que sus fenómenos habrán de repetirse en cada situación singular, sino que, por principio, trasciende esa dimensión teórica para alcanzar su desarrollo auténtico en la ordenación práctica y directiva del obrar humano, tendremos que aceptar, en primer lugar, de acuerdo con lo que llevamos expresado, que el saber jurídico participará de las mismas notas radicales que conforman la fuente en la que abreva y que, examinada en su sentido formal, configura el objeto de su estudio. De manera similar, merced a los mismos enunciados, aquel acto judicial por antonomasia, la sentencia, habrá de constituir la exteriorización de una de las distintas expresiones del fenómeno jurídico, y, por ende, será —o debería ser— un reflejo genuino de sus propiedades esenciales. En efecto, si de todo conocimiento que resulta constitutivamente jurídico se predica, con acierto, su carácter práctico, de la misma forma deberá pensarse respecto del acto judicial auténtico, vale decir, la sentencia, pues si, tal como se verá, esta clase de pronunciamientos participa del género de los actos intelectuales de conocimiento, al ser al mismo tiempo jurídico, también tendrá carácter práctico⁽²⁷⁷⁾.

(277) Cfr. MASSINI CORREAS, “La interpretación jurídica...”, cit., p. 8.

Si esto que postulamos es así, será válido extraer, en un segundo paso, que tampoco en ocasión de emitir los pronunciamientos el magistrado habrá de proponerse encontrar, encerrado en su despacho, la respuesta de un problema teórico determinado, que se oculta detrás de una interminable sucesión de papeles que componen un expediente, a través de una cadena de silogismos y cálculos formales, cuya develación, por autorización del sistema jurídico al que pertenece, le habría sido encomendada por las partes que protagonizan el conflicto, donde la complejidad de la resolución provendría, por un lado, del entrecruzamiento incardinado de diversos enunciados legales, en algunos casos superpuestos, en otros directamente contradictorios, y, por el otro, de los intereses enfrentados de dos o más sujetos que batallan por erigirse en los triunfadores de la disputa. A diferencia de esta imagen inexacta, como continuadora de aquello que es radicalmente el derecho, la sentencia establece para una situación particular cuál debe ser el obrar jurídico de las personas⁽²⁷⁸⁾. Dicho con otras palabras, el juez, al momento de encarar el examen de un caso, no podrá perder de vista que “un objeto de conocimiento que consista en una obra del hombre —como el derecho— no puede ser conocido en cuanto tal obra sino en una perspectiva práctica, directiva, toda vez que su objeto está por hacerse y que de la orientación que se dé al obrar humano depende cuál habrá de ser la forma que adquiera en definitiva”⁽²⁷⁹⁾.

Asimismo, conviene recordar que el proceso de determinación del derecho es una operación intelectual y racional, y, por ende, una de sus dimensiones es inevitablemente cognoscitiva⁽²⁸⁰⁾, de donde se sigue la necesaria conexión que se entabla entre el saber jurídico y la actividad judicial, relación que, a su vez, más tarde o temprano, pero inevitablemente al fin, enfrentará al intérprete jurídico con la tarea de reflexionar acerca de las características de la ciencia jurídica a la que se aplica, y, por esta vía, a emprender la búsqueda de aquella corriente que le proporcione instrumentos más idóneos para operar con el objeto de su trabajo, es decir, con lo justo del caso concreto.

Véase si no, en lo que concierne a la actuación judicial, las enseñanzas que suministra la historia del derecho. Por ejemplo, el positivismo legalista —tanto el representado por la Escuela de la Exégesis como el escenificado por otros movimientos del siglo XIX de cuño formalista— encarnó una visión ingenua de la interpretación jurídica y una teoría de la aplicación que giraba en torno a la doctrina de la subsunción y era tributario de su correlativo sistema logicista, notas que se extendían también a su concepción de la ciencia jurídica. En el irracionalismo de Kelsen, como se sabe, la decisión judicial, que daba forma a una norma jurídica individual, era un acto de voluntad soberana. Por el lado de los círculos intelectuales que responden a Hart y a su pretendido positivismo renovado, el panorama no es mucho más alentador. Para responder a Dworkin y la tesis defendida por éste, tanto en lo que concierne

(278) Cfr. MASSINI, *Sobre el realismo...*, cit., p. 27.

(279) MASSINI, *La prudencia...*, cit., p. 110.

(280) Cfr. MASSINI, *Filosofía III...*, cit., p. 83.

a la discrecionalidad judicial y a la idea de única respuesta correcta, se circunscribió a defender que la actividad del juez era aplicativa y creadora, pero sin exponer las auténticas razones que justificarían tales afirmaciones⁽²⁸¹⁾. Aunque en algún punto beneficiosas, tampoco llegan a ser plenamente satisfactorias las propuestas procedimentales de autores como Perelman o Alexy, ente otros. Estos planteamientos se revelan insuficientes y quedan a mitad de camino, porque son incapaces de aportar un criterio material de corrección en virtud de la imposibilidad lógica que impide derivar contenidos sustantivos con elementos de orden exclusivamente procedimental.

En nuestros días, por su parte, se advierte en el ámbito jurisdiccional cómo, demasiadas veces, tampoco se respeta el carácter eminentemente práctico de la actividad judicial. En efecto, descendiente de la forma racionalista de concebir la función del juez, con regularidad se observa que el magistrado se ocupa de su tarea como si fuera un émulo del investigador matemático o del técnico de cierta especialidad auxiliar, para quienes, al margen de su intención subjetiva, no interesan las consecuencias prácticas de los razonamientos formales de uno —en el mejor de los casos ocupan un lugar secundario— o, en términos de justicia, el resultado de la técnica que aplica el otro. Frente a este escenario, debemos poner el acento en que “el juez cumple una labor específica en la vida social y su modo de razonar debe ser coherente con esa función, no puede hacerlo como un científico, porque su posición dentro del cuerpo social y de los órdenes de la realidad, es distinta. Su función es práctica, porque es práctico su objeto; es práctica pues se dirige hacia aquellas realidades que el hombre hace para el logro de su propia perfección, hacia unos modos de ser operables por el hombre, contingentes, mudables, históricos y cargados de valor [...] Su tarea no es demostrar la verdad de las normas, sino encarnarlas en la vida social concreta, haciendo de ellas un eficaz instrumento del bien común”⁽²⁸²⁾. Por consiguiente, en tanto entendamos que el derecho en su sentido propio y primario es la cosa justa⁽²⁸³⁾, aquella cosa que, por estar atribuida a un sujeto, que es su titular —pensamos nosotros que este acto primero también debería estar legitimado por un reparto justo—, o le es debida en virtud de una deuda en sentido estricto, o de la que no debe ser privado, porque es algo suyo, mientras sea el departamento judicial la autoridad dotada de imperio y a quien se adjudica la labor de discernir, determinar y declarar con fuerza definitiva cuál es la conducta jurídica razonablemente correcta, quien de aquellos magistrados que integre dicho poder gubernamental pretenda culminar exitosamente esa misión, no sólo no podrá ignorar los elementos fundacionales y más sustancialmente propios de esa porción de la obra humana en torno a la cual se desarrolla el saber jurídico, sino que, más todavía, deberá adaptar su actuación a las prescripciones inherentes a esa dimensión. El trabajo profesional del

(281) Cfr. SERNA, *Paradigmas...*, cit., p. 37.

(282) MASSINI, *Sobre el realismo...*, cit., ps. 122/23.

(283) Cfr. HERVADA, ob. cit., ps. 197/98.

juzgador, por tanto, al igual que el de todo otro individuo que, como aquél, en el ejercicio de una función distinta se encamine a la estimación de cuál es la conducta debida por razones de justicia —enseñanza, consejo, asesoramiento, etc.—, habrá de respetar los lineamientos radicales del orden jurídico.

Entonces, bien que se mire lo anterior, no podrá ponerse en discusión la relación sustantiva que, en el tema que nos ocupa, se configura entre la tarea del juez, en una punta, las características del saber jurídico, en el medio, y el derecho y la justicia, en el otro extremo, ya que, por esa misma conexión constitutiva, lo último —aunque anterior en el orden ontológico— informa el modo de ser de los primeros. Entonces, en correspondencia con la línea de este trabajo, cabe subrayar el modo particular en que las ciencias prácticas se especifican por su objeto o fin⁽²⁸⁴⁾.

Examinado el problema a la luz de la matriz de análisis que conforman las pautas que se acaban de mencionar, para entrar de lleno a la parte final del trabajo, conviene remarcar que “el elemento que hace inteligible el fenómeno jurídico, el que permite la comprensión del derecho, no puede ser sino la obra justa. A partir de esta realidad se ilumina el sentido de las restantes que forman el todo jurídico; sin la obra justa, norma, facultad, saber y sentencia quedan sin razón suficiente, sin elemento unificador y especificador. [...] Sólo si partimos del núcleo inteligible, se nos hará patente lo que el derecho esencialmente es, y sólo si sabemos lo que el derecho es podremos pensar cómo debe ser, problema este último el que realmente debe interesar a todo auténtico jurista”⁽²⁸⁵⁾. Por tanto, agregaremos de nuestra parte, el juez no puede quedar eximido del deber moral de conocer, con veracidad, cuáles son las notas radicales que inhiere en la materia jurídica ni los componentes fundantes del fenómeno. Antes que instrumento de una voluntad superior o de simple explorador de los sentidos literales de la ley, en ciertos supuestos mediante la búsqueda, a veces artificiosa, de la auténtica o presunta voluntad del legislador, bajo cuyo presupuesto fáctico quedará comprendida una controversia particular —procedimiento que, por lo demás, supone la ingenua expectativa de que las leyes son sancionadas por un cuerpo legislante con ideas uniformes, y de que están capacitadas para regir por siempre y para todo caso—, el magistrado debe adecuar, por intrínseca necesidad, su actividad a los parámetros que se hallan preestablecidos en los datos particulares que determinan que el derecho —lo justo— sea eso que es y no una cosa distinta.

De acuerdo con una óptica diferente, pero en un sentido afín a las ideas que anteceden, en estas líneas conclusivas es dable reparar en que, en sentido inverso a lo que se suponía e, incluso, se daba por irrefutable, toda vez que se parte de la base de que la deliberación prudencial actúa sobre realidades prácticas, es decir, contingentes y, por ende, infinitamente variables,

(284) Cfr. *ibídem*, ps. 201.

(285) MASSINI, *ob. cit.*, p. 28.

cada caso de justicia es, por vía de principio, irrepetible. Esta comprobación revela, a su vez, que el juez se enfrenta cotidianamente con entuertos que, aunque parecidos en ciertos aspectos —afirmación no exenta de reservas, dado que esa conclusión requiere la previa selección de los elementos comunes—, exhiben en el fondo circunstancias distintas. El juzgador, entonces, debe contar con posibilidades de solución diversas y apropiadas para cada uno de esos supuestos, al margen de la importancia, no menor, que en cada situación podría adquirir el peso de las respuestas brindadas previamente para resolver entuertos similares. Luego, pretender —como de hecho a menudo sucede— el mismo resultado para dos controversias, incluso frente a las mismas partes y sobre el mismo objeto, implicaría desconocer las bases que constituyen el fenómeno jurídico, apartarse de los lineamientos que provee el saber riguroso que lo examina y, finalmente, podría traer aparejado, aunque intuitivamente lo contrario pareciera natural, un absurdo jurídico por efecto de la presencia de una nueva circunstancia que modificase el valor teórico de la solución jurídica precedente⁽²⁸⁶⁾. Con asiduidad, es recordado que las normas no pueden anticipar conductas de manera definitiva y pormenorizada, “sino que, antes bien, deben examinarse en circunstancias concretas, rodeadas de un contexto específico, razón por la cual dan lugar a una conclusión propia, que rara vez encontrará paralelo en otra situación de la vida, por lo que sólo en contadas oportunidades (de ordinario, situaciones carentes de mediana o superior complejidad) será posible una remisión a soluciones análogas”⁽²⁸⁷⁾.

Aparte, si el derecho —como creemos haber demostrado— no es una realidad teórica, especulable *per se*, sino una obra práctica, esencialmente dirigida al ordenamiento de las conductas para el establecimiento del bien común de la sociedad política, también la interpretación de las diversas expresiones con contenido normativo —leyes en sentido formal y material, facultades, potestades, deberes, competencias, atribuciones, instituciones, etcétera— debería adecuarse a esa naturaleza sustancial. Tal propósito, con mayor razón todavía, tendría que ser perseguido y alcanzado por las sentencias judiciales, dado que, por su intermedio, los jueces son los sujetos quienes establecen en cada una de las situaciones concretas sometidas a su conocimiento cuál es la conducta, obra o cosa⁽²⁸⁸⁾ debida por razones de justicia. No olvidemos, al respecto, que “...si bien el derecho se expresa genéricamente por medio de normas universales, alcanza su realización a través de conductas concretas, es decir, máximamente determinadas. [...] De este modo, para la existencia y operatividad práctica del derecho, resulta necesario un ‘paso’ de la universalidad de las normas a la máxima concreción de la vida jurídica, que se realiza a través de un proceso racional que incluye inevitablemente la fijación o delimitación del contenido significativo de

(286) Cfr. MASSINI, *La prudencia...*, cit., p. 53.

(287) RABBI-BALDI CABANILLAS, ob. cit., p. 16.

(288) Cfr. TALE, Camilo, “El concepto de derecho (*ius*) en Santo Tomás de Aquino”, ED, 183-1466.

la norma o las normas que han de aplicarse para la resolución de cada uno de los casos jurídicos”⁽²⁸⁹⁾. De tal manera, también la interpretación que de la norma debe hacer el juez es práctica, ya que ha de perseguir alcanzar la mejor solución del caso controvertido, la regulación de las conductas más justa que se pueda en la situación de que se trate. Puesto que el juez tiene el mandato constitucional de realizar la justicia en los casos en los que le toque conocer —“...afianzar la justicia...” reza el Preámbulo de nuestra Ley Fundamental—, la interpretación de las leyes debe estar ordenada y subordinada a ese objetivo⁽²⁹⁰⁾.

Para recapitular, cabe indicar que todo cuanto se lleva dicho es, a nuestro juicio, suficientemente esclarecedor de que el juez, sujeto político encargado de establecer con imperio cuál es el derecho de las partes o, expresado de otro modo, autoridad imparcial a la que se le ha encomendado por mandato constitucional la tarea de discernir en un conflicto específico quién ha de tener la razón y, consecuentemente, cuál de entre todas las alternativas razonables ha de ser la solución jurídica más adecuada que demanda el planteo particular, no podrá perder de vista la característica fundamental del asunto sobre el que le toca intervenir. En este entendimiento, cuando ante su estrado se dirime una determinada disputa, con las particularidades que, dentro del universo de las cosas posibles, la tornan única e irrepitable, el juez no podrá reflexionar y deliberar acerca de la respuesta para ese caso y hallar la solución apropiada, si no lo hace mediante la utilización de las herramientas conceptuales que se inscriban en el modo de ser propio de esa problemática especial de la vida humana, instancia donde las características del saber jurídico no pueden ser desatendidas. Pues, entonces, sostener que el derecho participa de la naturaleza de los saberes prácticos —afirmación que constituye la tesis sobre la que se vertebra nuestro trabajo— o adherir a una corriente de pensamiento opuesta, no constituye un asunto con consecuencias prácticas inocuas, cuando de lo que se trata es de indagar cuál es la esencia de la actuación de los juristas, principalmente en lo que atañe a los jueces, y, con tal propósito, determinar los presupuestos que guiarán dicha tarea de cara a la dilucidación acertada de los casos concretos.

La observación de lo que acontece en la función judicial, es propicio agregar, es el ensayo heurístico más idóneo para descubrir de qué manera se proyecta el modo de entender el derecho según una u otra corriente. Cabe decir, en abono de esto, que la “historia de la ciencia del derecho y del derecho mismo muestra que los jueces utilizaron diferentes métodos para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas generales, aun cuando ellas fueren de origen legislativo, consuetudinario o judicial. Según las circunstancias históricas ciertos métodos prevalecieron sobre otros, mientras que otros lo hicieron en un ambiente social distinto”⁽²⁹¹⁾. En línea con lo anterior, resulta

(289) MASSINI, Carlos I., “Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica”, *La Ley* del 10/3/2004.

(290) Cfr. MASSINI, *La prudencia...*, cit., p. 226.

(291) CUETO RÚA, *Una visión realista...*, cit., p. 227.

conveniente destacar que si para Aristóteles era el juez una especie de justicia viviente, que se encargaba de encontrar prudencialmente lo suyo de cada uno en el caso planteado, para la concepción moderna, en cambio, los jueces no eran ni más ni menos que la boca que pronunciaba las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar ni su fuerza ni su rigor, conforme la célebre frase de Montesquieu⁽²⁹²⁾. Este papel deslucido que encarnan los jueces cuando eluden reflexionar sobre la esencia de la materia que configura el campo de su actuación cae, de alguna manera, dentro del reproche de J. H. Kirchmann en *La jurisprudencia no es ciencia*, quien es citado por Zagrebelsky⁽²⁹³⁾ y por Hernández Gil⁽²⁹⁴⁾. A juicio de aquél, la jurisprudencia sería un trabajo sustentado en los defectos de la legislación positiva, desde que son la ignorancia, la desidia y la pasión del legislador los asuntos que constituyen el objeto de estudio de los juristas. Partiendo de estos discutibles presupuestos, von Kirchmann va más allá y, al redoblar su acusación, exclama que “[p]or obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; alejándose de la sana, establecen su nido en la enferma...” La concepción del derecho que se aloja bajo la superficie de esta declaración está determinada por el positivismo jurídico más recalcitrante, que originó la construcción de una ciencia de la legislación positiva que rinde culto a la omnipotencia del legislador. De conformidad con esta corriente, la producción jurídica se reduce nada más que a lo dispuesto por la ley, lo que ha llevado a aquél a acuñar la famosa máxima: “Un plumazo del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado”. Pese a las recusaciones de las que puede ser destinataria esta concepción de la función judicial, debemos tomar nota de que tal vocación ha sido mantenida por el positivismo decimonónico y, mal que nos pese, aún hoy, con excesiva difusión, prolonga sus secuelas en los juristas prácticos⁽²⁹⁵⁾.

(292) Cfr. VIGO, *Visión crítica...*, cit., ps. 33/34.

(293) ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2002, p. 33.

(294) HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., p. 17.

(295) Cfr. ZAGREBELSKY, ob. cit., p. 33.

REFLEXIONES FINALES

Al cabo de lo que llevamos expuesto a lo largo de este opúsculo, en lo que resta queda por formular las respectivas consideraciones de cierre.

Con esta finalidad, como lo dijimos en el comienzo al presentar la idea central del trabajo, cabe puntualizar ahora, al culminar, que para ser vivido el orden jurídico o el derecho para ser plenamente alcanzado necesita ser conocido. Escribe Hervada, con esta idea, que “es preciso estar en posesión de unos *criterios*, de un *método* de trabajo, de unos conocimientos. Ocurre lo mismo que en las demás facetas de la vida humana: para obtener algo, para realizar bien una acción, no basta querer, hace falta saber”⁽²⁹⁶⁾. Y estos requisitos son los que nos colocan, diría que en forma indefectible, de cara a la problemática del saber jurídico y sus múltiples manifestaciones. Cobra pleno valor aquel adagio, de acuerdo con el cual “sólo el que sabe, puede decidir”.

Entendemos, pues, que las propuestas que persiguen una sincera evolución en la labor de nuestros tribunales, independientemente de las mejoras que, con sus límites propios, esto es, valiosas pero insuficientes, aportarían una serie de medidas accesorias —que, según mi modo de ver, con demasiada insistencia apuntan principalmente a dotar al Poder Judicial de mayores elementos materiales y de innovaciones tecnológicas, a modificar ciertas actitudes de quienes integran sus diversas filas y a introducir cambios legislativos en aras de la celeridad de los procedimientos, en sendos casos tendientes a obtener ventajas en términos de eficacia y eficiencia—, tendrían que aspirar a introducir una radical modificación de mentalidad en lo que al conocimiento del derecho se refiere. Por aquello de que “dime qué piensas sobre el derecho y te diré qué clase de juez eres”, es que “[s]obre los gastados moldes del actual pensamiento jurídico —heredero directo del elaborado en la modernidad— no habrá cambio verdadero ni progreso en el derecho; a partir del formalismo, el normativismo, el deductivismo judicial, la dogmática, el consensualismo y el positivismo jurídico, no habrá reforma que merezca los esfuerzos llevados a cabo para concretarla. [...] Como todas las reformas, la reforma judicial debe comenzar por la inteligencia; es preciso dar la espalda a los mitos y conjuros del pensamiento moderno e iniciar la

(296) HERVADA, ob. cit., p. 591.

marcha hacia la boca de la caverna, donde nos espera la luz que dimana de la verdad objetiva”⁽²⁹⁷⁾.

En el ámbito de los saberes prácticos, como el jurídico, por esencia destinados a dirigir el obrar humano, es imperioso que el jurista puramente técnico, forjado a la medida de los enunciados característicos del pensamiento moderno, se detenga, cuando menos por un instante, a contemplar las bases sobre las que se cimienta la dimensión de la realidad sobre la que aplica su intelecto, dado que si en ese esfuerzo reflexivo percibiese en toda su profundidad las particularidades que distinguen a ese sector de otros espacios, podrá calibrar los mecanismos con los que trabaja y, por derivación, mejorar el resultado de su importante misión.

Es oportuno recordar, entonces, que la actividad jurídica requiere saber y querer, saber dar a cada uno lo suyo y querer darlo. En tanto la intención es objeto de la voluntad justa, el saber es propio de la razón prudente⁽²⁹⁸⁾. Y si bien la voluntad y el entendimiento son importantes en igual proporción en la actividad jurídica, tomamos nota una vez más de cuán vital es para el juez conocer con plenitud las características que configuran la experiencia jurídica. Supuesto el fenómeno del reparto justo de las cosas y la consiguiente atribución de ellas al dominio de las personas, y conscientes del provecho que se sigue de que cada uno tenga, disfrute pacíficamente o no se lo prive de aquello que legítimamente le pertenece, junto con la constante y perpetua voluntad de otorgar o hacer respetar ese suyo, resulta menester saber en qué consiste eso que debemos dar o no privar al otro, y cuáles son los instrumentos gnoseológicos pertinentes. Si admitimos que esto es correcto para la realización espontánea de la justicia en el marco de la relación entre el acreedor de esa prestación suya y el deudor para quien es obligatorio satisfacer el respectivo débito, mucho más lo será para el jurista, quien, tanto por su condición de perito o experto en el arte o ciencia de lo justo —*ars boni et aequi*— como, asimismo, para el cumplimiento de su función política y social encaminada a asegurar, a su manera, el respeto del orden justo, debería ser el sujeto más capacitado para decir con mayor sabiduría qué es el derecho, aptitud que, desde luego, exige un sólido compromiso para alcanzar el apropiado conocimiento de todas las dimensiones por las que atraviesa la materia jurídica.

En efecto, creemos que no es menester una indagación minuciosa de la diversidad de diagnósticos y proyectos de reforma cuya meta reside en la mejora del servicio de justicia para advertir que, si no todos, la gran mayoría omite o difiere todo tipo de meditación penetrante acerca del tema de este trabajo, con lo que se olvida que el progreso cualitativo mucho depende del exacto conocimiento no sólo de la realidad comprometida en toda disputa judicial, sino también, y por añadidura, de todas las consecuencias impli-

(297) MASSINI, *La desintegración del pensar...*, cit., p. 79.

(298) Cfr. HERVADA, ob. cit., p. 81.

cadadas en esa asimilación. Para ello, parece necesario asumir que el razonamiento del juez no está encaminado a descubrir una verdad teórica o a subsumir situaciones reales en el texto de una norma o enunciado leal, sino a solucionar un problema práctico, a hallar la regla de derecho para un caso, parámetro que debe ser tenido en cuenta en todas las etapas del razonamiento judicial⁽²⁹⁹⁾.

El juicio prudencial, propio del *iuris prudente*, supone un conocimiento sintético que conecta el nivel prudencial con las estaciones más abstractas, esto es, la filosófica y la científica. A partir de ello, podrá ser apreciado hasta qué punto el intérprete jurídico, en nuestro caso el juzgador, necesita adquirir el conocimiento de las verdades captadas a nivel ontológico y a nivel científico, dado que estas exigencias abstractas son las que habrán de ser sintetizadas y realizadas en la concreta y singular situación que toque dirimir en ocasión del fallo. Además, las particularidades del saber jurídico —pre-dispuestas por el objeto formal de la experiencia jurídica— impiden que la decisión constituya una formalización meramente lógica de ciertos datos a la manera de un estricto silogismo teórico, sino, antes bien, “un paso de los principios abstractos a la decisión concreta, en una síntesis de los elementos universales y generales normativos con los propios de la existencia real y singular”⁽³⁰⁰⁾.

Coincidimos plenamente con Martínez Doral cuando afirma de manera contundente que “[l]a consecuencia más importante de este planteamiento general de la estructura del saber jurídico y concretamente, de las relaciones entre los niveles prudencial y doctrinal que componen aquella estructura, nos parece ser la que se refiere a las relaciones entre conocimiento y actividad en el derecho, a las recíprocas relaciones entre DOCTRINA Y DECISIÓN”⁽³⁰¹⁾. Aunque del extracto literal de este pasaje pareciera desprenderse que la conclusión del pensador se detiene en las relaciones entre dogmática —ciencia del derecho— y decisión judicial, una mirada atenta hacia los fundamentos en que se sustenta aquella aseveración habilita a extender válidamente su proyección al campo filosófico de la reflexión jurídica, puesto que, en definitiva, la relación que en el fondo se examina es aquella que se verifica entre teoría y praxis. En el sentido apuntado, se enfatiza que, a diferencia de los saberes exclusivamente especulativos, donde la fidelidad por el objeto de estudio y el respecto por la pureza metodológica obligan a separar con el máximo rigor todo lo que suponga intervención en la realidad que se contempla, en el dominio del conocimiento práctico, en cambio, el objeto de la actividad intelectual no es una entidad simplemente captable, porque el conocedor participa de alguna manera en la configuración de esa realidad que aprehende al determinar lo que debe o no debe hacerse. En consecuencia, en el ámbito jurídico, teoría y práctica se convocan recíprocamente, habida cuenta de

(299) Cfr. MASSINI, *Sobre el realismo...*, cit., ps. 129.

(300) HERVADA, ob. cit., p. 608.

(301) MARTÍNEZ DORAL, ob. cit., p. 112 [el destacado corresponde al original].

que, aisladamente, el conocimiento intelectual se convierte en una cadena de inútiles silogismos; de su lado, razón práctica sin conocimiento deviene imposición arbitraria⁽³⁰²⁾.

Trasladadas estas ideas a la actividad judicial, se obtiene que el juzgador que opera como un teórico incurre en un doble defecto: por una parte, al prescindir de las características formales del objeto de la realidad que origina su actuación, sólo en apariencia podría afirmarse que se ocupa de establecer lo justo concreto; por la otra, al aplicarse a la elaboración de la respuesta correcta que demanda el entuerto sin un cabal conocimiento del objeto del saber que especifica su función, el juez echaría mano a un conjunto de herramientas que no condicen plenamente con el catálogo de instrumentos que el objeto del fenómeno jurídico determina.

En apretada síntesis, por ser el conocimiento jurídico un saber primordialmente práctico, una de sus dimensiones ha de revestir, necesariamente, carácter concreto. De donde se sigue, por tanto, que dicho proceso cognoscitivo habrá de desembocar, al final de su recorrido, en la estimación o prescripción de una conducta humana singular, es decir, o bien en la determinación judicial, o bien en la recomendación profesional, o bien en el juicio académico de cierto comportamiento jurídico válido para un aquí y un ahora, situación puntual que, por mediación del entendimiento y el aporte de los resultados que proporcionan los niveles epistemológicos de mayor generalidad, logra ser finalmente determinada. Justamente, la obtención de la conducta jurídica correcta constituye la labor propia de la dimensión prudencial del conocimiento jurídico y se corresponde con la faz judicial e institucional del derecho. Luego, si la función fundamental de la tarea judicial consiste en establecer cuál ha de ser la conducta, obra o prestación debida en una específica contienda, podrá apreciarse de qué manera se verifica una inevitable conexión entre el saber jurídico y la actividad judicial.

A su vez, si esta relación entre un extremo y otro, vale decir, entre saber jurídico y actividad judicial, no puede ser válidamente negada, debemos entonces admitir, en segundo lugar, que la actividad judicial no puede desenvolverse con independencia de los elementos que le proporciona el saber jurídico, ya que, por lo que se vio, sea en forma consciente o no, toda práctica judicial supone la presencia de una teoría o concepción acerca de la ciencia jurídica. Por eso, en sentido inverso a quienes propician una separación tajante entre ambos momentos del fenómeno jurídico, corresponde poner de resalto que no es un asunto intrascendente plantear desde la mirada judicial el interés por el estudio acerca del saber jurídico y sus particularidades, sino que, por el contrario, parecería ser un lugar de encuentro necesario para quienes desempeñan ese rol en el servicio de administración de justicia y asumen el carácter racional de su tarea en todos sus aspectos⁽³⁰³⁾.

(302) Cfr. *ibídem*, ps. 113 y ss.

(303) Cfr. MASSINI, *Filosofía del derecho III...*, cit., ps. 88 y ss.

La categoría de saber en la que nuestros magistrados ubiquen el derecho encierra la clave en la que se cifra gran parte de la comprobación de nuestra hipótesis principal, esto es, que, tarde o temprano, del conjunto de herramientas que se utilicen para encontrar la solución del problema jurídico dependerá el producto de la indagación sobre lo justo en una situación concreta, selección de instrumentos que, a su vez, viene condicionada por aquella determinación previa. De ahí, entonces, que no ha de ser indiferente la adhesión —razonada, claro está— a tal o cual concepción acerca del saber jurídico ni, en conexión con esta opción, la inclinación por uno u otro tipo de método. Del mismo modo, tampoco habrá de ser indistinta la elección de las herramientas racionales que se utilicen para cumplir ese objetivo. Es decir, que el destino de la misión encomendada a los jueces habrá de encontrarse subordinado a —o más bien supone— un abanico de consideraciones y consiguientes opciones predisuestas por el estatuto ontológico, gnoseológico y metodológico de la materia sobre la que dichos funcionarios desarrollan su oficio de jurista.

Por fortuna, tenemos en nuestro medio que el Máximo Tribunal ya ha sentado las bases fundamentales del quehacer judicial, desde que ha expresado que “[h]acer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo en concreto; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia, animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios enunciados por la ley con los elementos fácticos del caso”⁽³⁰⁴⁾.

Debido a su valor esclarecedor de la idea que intentamos transmitir, una vez más acudimos a las palabras de Hervada, quien, al postular los factores básicos que demanda el establecimiento de una sociedad justa, afirma que “no menos necesaria es la sabiduría o la prudencia del derecho, el saber dar lo que corresponde, a quien corresponde y cuando corresponde. Esa sabiduría, hecha ciencia de lo justo, es la ciencia del derecho. Es, pues, la ciencia del derecho la ciencia de lo justo, aquel saber a cuyo través la sociedad tiene los expertos en justicia, que eso son los juristas. Es a los juristas a quienes pertenece la tarea de decir lo justo. De donde hay que concluir que el problema de la justicia en la sociedad depende en parte principal de la correcta orientación de la ciencia jurídica”⁽³⁰⁵⁾.

En resumen, como cierre podemos manifestar:

1) que la decisión propia de la actividad judicial supone o forma parte de una serie de operaciones, básicamente intelectuales, enderezadas a establecer, de entre las diversas posibilidades que brinda la complejidad de

(304) CSJN, *in re*, “Oilher, Juan Carlos c/Arenillas, Oscar N., Recurso de hecho”, sentencia del 23/12/1980.

(305) HERVADA, *ob. cit.*, p. 20, nota al pie nro. 5.

la dimensión de los asuntos realizables, la solución correcta para cada caso. De ahí, que estemos frente a una tarea racional y no ante un mero acto de voluntad;

2) que lo anterior nos remite inmediatamente a la indagación acerca del saber jurídico y, por ende, a la necesidad de profundizar sobre los aspectos gnoseológicos y, más que nada, epistemológicos que involucra el fenómeno jurídico, es decir, las características de su objeto formal, su finalidad práctica, su estructura de triple nivel, los elementos de cada uno de tales grados y las relaciones que se configuran entre todos y cada uno de ellos, como también el método que ha de subordinarse a las particularidades del objeto;

3) que en razón de los enunciados que anteceden, el ejercicio idóneo de la actividad judicial demanda del juzgador, en primer lugar, una constante preocupación acerca de las cuestiones relacionadas con las bases del conocimiento jurídico, y, en un paso lógicamente posterior, la ineludible adecuación de la tarea de determinación del derecho a los enunciados extraídos a partir de 2).

Valga, pues, este estudio como un aporte al esfuerzo de quienes, con inagotable e inquebrantable perseverancia, bregan por colocar en primer plano el fecundo debate acerca de las causas que otorgan una explicación última al derecho y, en esa orientación, habida cuenta de las directas consecuencias que tiene sobre el rol de la actividad judicial, detienen sus reflexiones en las particularidades epistemológicas del saber encargado del conocimiento de la dimensión jurídica del obrar humano.

BIBLIOGRAFÍA

a) Libros

- AA. VV., *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Renato RABBI-BALDI CABANILLAS (coord.), Ábaco, Buenos Aires, 2000.
- *El problema de la verdad. Estudios sobre Platón, Aristóteles, Descartes, Nagarjuna, Kant, Nietzsche y Sastre*, Augusto PÉREZ LINDO (comp.), Biblos, Buenos Aires, 1998.
- *La función judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1981.
- *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes*, Renato RABBI-BALDI CABANILLAS (coord.), Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.
- ANDRÉ-VINCENT, Ph., *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, trad. C. R. Sanz, Gheri Editor, Buenos Aires, 1978.
- ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, trad. Eduardo Sinnott, Colihue Clásica, Buenos Aires, 2007.
- AUBENQUE, Pierre, *La prudencia en Aristóteles*, trad. María José Torres Gómez-Pallete, Crítica, Barcelona, 1999.
- BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, trad. Rafael de Asís y Andrea Grepí, Debate, Madrid, 1998 (1993).
- BRIE, Roberto J., *Los hábitos del pensamiento riguroso*, Ediciones del Viejo Aljibe, Buenos Aires, 2000.
- BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1968.
- CALVO GARCÍA, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994.
- CASARES, Tomás D., *La justicia y el derecho*, 3ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

- CASAUBÓN, Juan A., *Introducción al derecho*, vol. 2, *La actividad cognoscitiva del hombre*, Ariel, Buenos Aires, 1979.
- *Conocimiento jurídico*, EDUCA, Buenos Aires, 1984.
- CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000.
- CUETO RÚA, Julio C., *Fuentes del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994 (1961).
- *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- DELGADO BARRIO, Javier - VIGO, Rodolfo L., *Sobre los principios jurídicos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- DERISI, Octavio N., *La doctrina de la inteligencia de Aristóteles y Santo Tomás*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1980.
- FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo, *compendio de filosofía y lógica*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- FINNIS, John, *ley natural y derechos naturales*, trad. y estudio preliminar de Cristóbal Orrego Sánchez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- GILSON, Etienne, *El realismo metódico*, trad. Valentín García Yebra, 3ª ed., Rialp, Madrid, 1963.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981.
- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 8ª ed., Eunsa, Pamplona, 1994.
- *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3ª ed., Eunsa, Pamplona, 2000 (1992).
- KALINOWSKI, Georges, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, trad. Enrique Marí, Eudeba, Buenos Aires, 1979.
- LARENZ, Karl, *metodología de la ciencia del derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, 2ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 2001.
- LLANO, Alejandro, *Gnoseología*, 5ª ed., Eunsa, Pamplona, 2000.
- MASSINI, Carlos I., *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.
- *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.
- *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

-
- *La falacia de la falacia naturalista*, Edium, Mendoza, 1995.
- *Filosofía del derecho II. La justicia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.
- *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Eunsa, Pamplona, 2006.
- *Filosofía del derecho III. El conocimiento y la interpretación jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- MARECHAL, Leopoldo, *Cuaderno de navegación*, ed. aumentada, Seix Barral, Buenos Aires, 2008.
- MILLÁN PUELLES, Antonio, *Fundamentos de filosofía*, 12ª ed., Rialp, Madrid, 1985.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Colección Mayor Filosofía y Derecho, 2ª ed., ampl. y revis., Astrea, Buenos Aires, 1995.
- PESTALARDO, Silvio P., *Conocimiento jurídico como saber práctico*, EDUCA, Buenos Aires, 2000.
- PIEPER, Josef, *Las virtudes fundamentales*, 8ª ed., Rialp, Madrid, 2003.
- PORTELA, Jorge G., *Derecho natural. Introducción al derecho. Propedéutica filosófica*, vol. 5, Juan Alfredo CASAUBÓN (dir.), Buenos Aires, 1985.
- *La justicia. Introducción al derecho. Propedéutica filosófica*, vol. 6, Juan Alfredo CASAUBÓN (dir.), Buenos Aires, 1980.
- ROSSI, Abelardo F., *Algunos modos del saber humano*, El Derecho, Buenos Aires, 2003.
- SERNA, Pedro, *filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006.
- TALE, Camilo, *Lecciones de filosofía del derecho*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1995.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Las ideas jurídicas en la Argentina. Siglos XIX-XX*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999 (1977).
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, vol. XI, *La prudencia, la justicia y el derecho*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1993.
- VIGO, Rodolfo L., *Las causas del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984.
- *De la ley al derecho*, 2ª ed., Porrúa, México, 2005.
- VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2002.

b) Revistas y artículos

CUETO RÚA, Julio, “El ‘Case Method’. Observaciones sobre la enseñanza del derecho en los Estados Unidos”, en *Páginas de Ayer*, LA LEY, 2004-5-5, ps. 8/25.

MASSINI CORREAS, Carlos I., “Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica”, *La Ley* del 10/3/2004.

— “La interpretación jurídica como interpretación práctica”, *Jurisprudencia Argentina*, 2004-IV, octubre de 2007, fascículo nro. 1.

— “Derecho natural y ciencia jurídica”, *Prudentia Iuris*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, nro. 62/63, octubre de 2007, ps. 103/154.

PIEPER, Josef, “La verdad de las cosas, concepto olvidado”, *Revista Universitäts*, Stuttgart, vol. VII, nro. 4, 1970 [http://www.hottopos.com/mp2/verd_olvi.htm], visita del 7/8/2008.

RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “La ciencia del derecho como saber retórico-tópico: el planteamiento de Theodor Viehweg”, ED, 185-1270/1282.

SANZ, Carlos. R., “Notas para un replanteo en la enseñanza del derecho civil”, ED, 135-870/878.

SCHOUPPE, Jean-Pierre, “La concepción realista del derecho”, en *Persona y Derecho*, Revista del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Navarra, Pamplona, nro. 11, 1984, ps. 555/633.

SMITH, Juan C., “El conocimiento jurídico”, ED, 67-755/768.

TALE, Camilo, “El concepto de derecho (*ius*) en Santo Tomás de Aquino”, ED, 183-1466.

VIGO, Rodolfo L., “Iusnaturalismo vs. iuspositivismo (un alegato iusnaturalista)”, *Prudentia Iuris*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, nro. 62/63, octubre de 2007, ps. 43/102.

