
GABRIEL MORA RESTREPO
UNIVERSIDAD DE LA SABANA

**RAZÓN PRÁCTICA Y TEORÍA
DEL DERECHO: A PROPÓSITO
DEL OFICIO DEL JURISTA^{*}**



**PRACTICAL RATIONALE AND LAW THEORY:
APROPOS OF THE JURIST DUTY**

RECIBIDO ABRIL 26. EVALUADO JUNIO 11. APROBADO SEPTIEMBRE 20.

RESUMEN

En este escrito se exploran, en primer término, algunos elementos de crítica frente a la teoría tradicional del derecho (fuentes del derecho, interpretación jurídica, dignidad humana y razonamiento práctico), los cuales sirven para mostrar la necesidad de abordar el oficio del jurista desde unas coordenadas más realistas y ajustadas a la realidad contemporánea. En segundo lugar, el autor da cuenta de las razones que le llevaron a escribir la obra que es objeto de esta presentación.

PALABRAS CLAVE

Teoría del derecho, fuentes jurídicas, interpretación jurídica, persona humana, crisis del derecho, oficio del jurista, razonabilidad práctica.

ABSTRACT

This writing was presented by the author with occasion of the publication of his first book, *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*. It explores, in first place, some key concepts as part of a critic towards traditional Legal Theory (sources of rights, juridical interpretation, human dignity and practical reasoning), which aims to show the necessity to approach juridical practice from a more realistic point of view. Secondly, the author takes into consideration the reasons that took him to write the book that is object of this presentation.

KEY WORDS

Legal theory, sources of rights, juridical interpretation, human person, legal crisis, juridical practice, practical reasoning.

SUMARIO: 1. LA REVOLUCIÓN “ANTIPATRIARCAL”. 2. LOS ELEMENTOS DE LA CRÍTICA FRONTAL. 2.1 LAS FUENTES DEL DERECHO. 2.2 LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. 2.3 LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA HUMANA. 3. LA RAZONABILIDAD PRÁCTICA COMO PUNTO DE QUIEBRE DE LA TEORÍA DEL DERECHO TRADICIONAL. 4. CIENCIA JURÍDICA Y ARTE DEL DERECHO. 5. ¿UN LIBRO PARA UN “MUNDO DE ÁNGELES”?

1. LA REVOLUCIÓN “ANTIPATRIARCAL”

Hace pocos años un autor colombiano, muy conocido hoy, escribía sobre las grandes transformaciones por las que atraviesa la teoría del derecho latinoamericano en la actualidad. Señalaba, con cierto sabor melancólico, que sobre la mesa están ya los elementos para elaborar una crítica frontal a la teoría del derecho que durante muchos años ha cimentado la formación jurídica de nuestros abogados y jueces. Sostenía que esta teoría de muchos años se articulaba a partir de la figura –son sus reiteradas palabras– de “nuestro padre Kelsen”, y que esta especie de revolución “antipatriarcal” era señal de una confrontación con las teorías fundacionales del derecho.¹

Aunque jamás sentí ese grado de filiación con Kelsen, creo que esta observación era y sigue siendo acertada. Ya están –de hecho están desde hace varias décadas– los elementos determinantes que nos posibilitan apreciar que en el derecho se han producido cambios importantes y que nuestra comprensión de la realidad jurídica ha venido acomodándose a exigencias nuevas. Desde luego, como tal, el derecho no ha cambiado como fenómeno social que ordena la vida comunitaria según la perspectiva de la justicia. Tanto hoy como ayer el derecho dimensiona una parte importante de nuestra existencia como seres humanos, independientemente de la mayor o menor incidencia de nuevos hechos, o del mundo globalizado, de la aparición de nuevas formas de contratación o nuevas constituciones políticas: toda manifestación histórica del derecho, cualquiera que sea, no deja de ser representativa de un mismo dato especialmente significativo: la dimensión jurídica de la persona humana en su relación social, en su horizonte de vida en comunidad.

¿Qué es entonces lo que ha cambiado? ¿Y cuáles son esos elementos de la “crítica frontal” a la teoría tradicional del derecho? Intentar dar una respuesta contundente, al estilo de una lista exhaustiva, no deja de ser arriesgado y creo que

* Discurso pronunciado en el Club de Abogados, Bogotá, el 19 de septiembre de 2005, con motivo de la presentación del libro *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Universidad de La Sabana, 2005.

¹ El autor al que me refiero es Diego Eduardo López Medina, en la presentación a la obra de la edición castellana de Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, estudio preliminar de César Rodríguez, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999, pp. 9-15.

además sería inoportuno. Aun el marco de la propia pregunta puede resultar confuso, porque podría suponer que existe o ha existido una única teoría tradicional a la que ahora se le contraponen otras. Yo diría, más bien, que la mayoría de los elementos de esa crítica de nuestro tiempo han estado de alguna manera presentes en una teoría tradicional más vieja o antigua, desde luego olvidada, que a la que se refiere el citado autor.

Muchos de los elementos a los que alude la crítica contemporánea pueden, en efecto, ser rastreados en la tradición jurídica de la antigüedad, en las obras de grandes filósofos como Aristóteles, o de grandes teólogos de la Edad Media como Tomás de Aquino. Pero al margen de ello, es verdad que en la actualidad existen cambios, replanteos, reformulaciones al entorno jurídico, una especie de repensar el mundo del derecho que va desde su propia noción –a la que ya no se le puede simplemente identificar con un conjunto de normas jurídicas–, hasta cuestiones concernientes a la forma como los juristas abordan diariamente el ejercicio de su profesión.

No pretendo creer, por supuesto, que todo jurista se haya apropiado plenamente de algunos y menos de la mayoría de los elementos de la crítica, o que los abogados hayan llevado a cabo un ejercicio de interiorización y discernimiento de los mismos. Creo más bien que poco a poco, pausadamente, los juristas hemos ido decantando el tránsito que supone una nueva manera de ver los asuntos centrales de la realidad jurídica. Me atrevo a señalar, de todos modos, tres elementos de esa crítica: el primero tiene que ver con una marcada reformulación de la teoría tradicional de las fuentes del derecho; el segundo con un replanteamiento profundo en torno a la teoría de la interpretación jurídica; y el tercero con una toma de conciencia de lo más elemental, pero a su vez lo más importante del derecho, como es la dignidad de la persona humana.

2. LOS ELEMENTOS DE LA CRÍTICA FRONTAL

2.1 Las fuentes del derecho

El primer tema ha sido particularmente fecundo. Somos testigos de primera mano de un giro extraordinario que ha venido presentándose alrededor de la teoría de las fuentes del derecho, tema que es definitivo para comprender conceptual y argumentativamente las relaciones de justicia. De modo sobresaliente, esta teoría contemporánea de las fuentes jurídicas ha transformado radicalmente nuestro modo de entender la noción de derecho a partir del reconocimiento explícito de valores y principios jurídicos comprendidos como exigencias racionales, de primera mano, que justifican la articulación concreta de derechos y obligaciones de las personas. Al lado de las leyes formalmente establecidas (como “las fuentes” tradicionalmente consideradas de mayor jerarquía), hoy se formula un oficio del jurista abierto a distintos estándares (no consagrados, necesariamente, en la legislación) mediante los cuales se argumenta, se razona y se resuelven los casos concretos.

Cada día apropiamos más esto: el derecho de nuestro tiempo no se agota en la formulación de un conjunto de reglas válidas provenientes de un legislador omnímodo, sino en la comprensión de espacios más amplios de juridicidad abiertos a principios jurídicos no positivizados, a exigencias racionales que superan los métodos de identificación jurídica a los que nos tenían acostumbrados en aquella teoría tradicional.²

Desde luego, la teoría “novedosa” también manifiesta la importancia y relevancia práctica de *todas y cada una* de las fuentes del derecho, porque todas aparecen como posibles estándares o criterios de determinación del *ius* en los casos particulares. La perspectiva de todo jurista deja de ser la de un esquema prefijado en donde se le ordena el seguimiento derivado, jerárquico y a priori de las fuentes del derecho, porque todas resultan ser igual o potencialmente significativas de cara al problema jurídico que tiene ante sus ojos. En tal sentido, lo novedoso consiste en comprender que el sistema jurídico se reconstruye desde el problema y no al contrario, como lo había sostenido con tanto empeño la teoría tradicional.

2.2 La teoría de la interpretación jurídica

El segundo tema, relativo a un gran replanteamiento alrededor de la teoría de la interpretación jurídica, especialmente aquella que es adelantada por los jueces, constituye otro de esos grandes tópicos insistentemente abordados en la teoría jurídica de nuestro tiempo. El propio concepto de interpretación ha cambiado. Antes se pensaba que interpretar consistía en una de tres cosas: en aplicar una norma clara, en determinar uno de los posibles sentidos de una norma, o en desentrañar un sentido oculto que tenía la norma.³

Ésta es una noción estrecha de lo que significa la interpretación del derecho, por varios motivos. Uno de ellos, por supuesto, tiene que ver con el propio concepto de derecho que subyace allí. El derecho, visto exclusivamente como norma, deja por fuera espacios de juridicidad esenciales, los cuales surgen al amparo de una realidad jurídica mucho más rica y compleja en la que aparecen distintos elementos que exigen ser interpretados.⁴ Seguramente lo primero que tienen los jueces ante sí sean las normas que regulan o regularían el caso que deben resolver. Son, como afirma Recaséns Siches, el ingrediente más importante de todos,

² Clave para esta lectura es la obra de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, trad. de M. Guastavino, pp. 72 y ss.

³ Cfr. por ejemplo Carlos Peña González, “Discreción e interpretación judicial: la tesis de Dworkin”, en AA. VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 231-232.

⁴ Especialmente los hechos del caso, el contexto social y axiológico de la práctica jurídica, la apelación a distintos niveles de discernimiento conceptual de la realidad misma que debe ser interpretada, y aún la necesidad, no poco usual, que tienen los jueces de establecer ámbitos regulativos completamente nuevos. Sobre estas distintas dimensiones que harían parte de todo proceso hermenéutico véase Rodolfo L., Vigo, *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 19 y ss. Así mismo, Rafael de Asís Roig, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 177 y ss.

pero no el único. Y cuando las normas jurídicas están presentes, aún se requiere “tejer un puente” entre su generalidad y la particularidad del caso concreto.⁵ Desde luego, a veces ni siquiera hay una norma jurídica, hay una laguna legal. Esto plantea cuestiones esenciales que apuntan, primordialmente, a replantear el propio concepto de derecho y de la realidad jurídica en su conjunto. En casos de inexistencia de elementos normativos que sirvan de referencia o de soporte a las decisiones de los jueces, surge no sólo la necesidad de articular nociones concernientes a la función “creadora” de derechos y obligaciones concretas desde la judicatura, sino además la necesidad de llevar a cabo excepciones en torno a la (usualmente aceptada) sinonimia entre norma y derecho, y entre aquella y las restantes fuentes de producción jurídica.

Y aunque nos mantuviésemos girando alrededor de una interpretación jurídica basada en normas, la teoría contemporánea insiste en diluir aquella rígida distinción entre aplicación e interpretación jurídica. La teoría tradicional nos decía que si la norma es clara, se aplica simplemente, sin necesidad de interpretarla. Hoy distintas voces, casi todas provenientes de jueces –lo que de suyo es altamente significativo– insisten por el contrario en que todas las normas jurídicas exigen ser *interpretadas* porque suponen de parte del intérprete una comprensión de su propio sentido. La supuesta claridad de una norma es tal porque se ha llevado a cabo un ejercicio de interpretación que capta, precisamente, su claridad.⁶ Como afirma R. de Asís, “incluso cuando se invoca el principio *in claris non fit interpretatio* es porque previamente la interpretación del caso ha conducido al convencimiento de que es clara, sencilla y sin ambigüedades”.⁷

Aquel brocárdico que en la facultad nos hacían repetir tantas veces no pasa de ser hoy un residuo de aquella visión forjada al amparo del Estado liberal de derecho,

⁵ Cfr. Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* (1956), México, Porrúa, 1980, pp. 217-219. En similar sentido Andrés Ollero, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996, p. 477: “[las] leyes deben y suelen facilitar [el] ajustamiento. El juez sabe, sin embargo, que los hechos brindan pruebas en contrario. Por eso, cuando –tras una apariencia formal simétrica– descubre un desajuste práctico, no vacilará –por ejemplo– en dictaminar, en nombre del derecho, que se ha cometido una injusticia mediante un *fraude a la ley* [...] Con tal actitud nos está diciendo que, para que una pretensión individual se convierta en derecho, no basta con que cuente con la cobertura formal de la ley”.

⁶ Sostiene Esser que “cada ‘aplicación’ de la ley es ya interpretación, pues ya el decidir que el tenor literal de un texto es tan inequívoco que hace superflua toda interpretación (doctrina del ‘sentido claro’), descansa sobre una interpretación”. Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, trad. de E. Valenti Fiol, 1961, p. 323. En igual sentido Emilio Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, trad. de J. L. de los Mozos, 1975, pp. 100 y 258; Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cuadernos Civitas, trad. de Arantxa Azurza, 1985, p. 72; Antonio E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 256-257. También son importantes las consideraciones de Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, 2 edición, Barcelona, Gedisa, trad. cast. de Claudia Ferrari, 1993, pp. 247-250. Frosini también ofrece algunas luces al respecto: “El aforismo latino, en su significado original, tenía una función específica: la de hacer prevalecer la voluntad del legislador sobre la del comentarista. Pero en el uso habitual ha ido adquiriendo el sentido irreflexivo y engañoso, de que se puede prescindir de la interpretación del mensaje legislativo cuando este es claro en sí mismo. En realidad, la claridad de una ley (...) no es una premisa, sino el resultado de la interpretación, que la reconoce y la afirma como tal: como claridad y certeza”. Vittorio Frosini, *Teoría de la interpretación jurídica*, Bogotá, Temis, trad. de Jaime Restrepo, 1991, p. 98.

⁷ Asís Roig, ob. cit., p. 178.

en el que toda manifestación jurídica giraba alrededor de un legislador omnisciente y todopoderoso. Hoy sabemos que todo ejercicio hermenéutico es más que eso, por cierto, algo que también sobrepasa un ejercicio de aplicación silogística en el que pasamos de unas premisas a otras para formular conclusiones certeras.

Así mismo, en esta teoría contemporánea de la interpretación jurídica constituye un lugar común sostener que los casos debatidos en sede judicial admiten varias posibilidades de solución. Cada juez, dependiendo de múltiples y variadas circunstancias –como la naturaleza y complejidad del problema debatido, las pruebas aportadas, los actos de voluntad de las partes, el entramado de fuentes jurídicas disponibles o ausentes, entre otras–, va dando forma a los distintos elementos que considera pertinentes y relevantes para dar cuenta de la decisión. En dicho proceso acude a un ejercicio racional de motivación a través del cual intenta mostrar, tanto a las partes involucradas como a la sociedad entera, que el fallo alcanzado resulta justificado en el marco del ordenamiento jurídico vigente. El material constitutivo de los casos judiciales –como su determinación y ordenación al fallo–, cobra sentido gracias a la comprensión que el propio juez tenga de todos sus elementos, a su mirada particular de los hechos, a la importancia que conceda a determinados asuntos. En cierto sentido, tanto su personalidad como sus convicciones son puestas en relación constante, y de qué forma, con el caso concreto que debe juzgar.

La teoría contemporánea del derecho de los jueces ha sido particularmente insistente en este aspecto: el juez es un protagonista central y definitivo de la trama jurídica desarrollada en los casos concretos que requieren su autoridad decisoria. No es aquel “funcionario de segunda”, confinado a pronunciar las palabras de un legislador histórico. Aunque por otro lado, si bien ha adquirido un notable protagonismo, también se insiste en sus responsabilidades como juez. No es posible sostener en nuestros días, como pensaba Kelsen (y así muchas veces seamos testigos de algunos fallos injustos), que las distintas respuestas dadas por los jueces en los casos son igualmente legítimas, o que es imposible evaluarlas racionalmente, o que ellas descansan en cualquier ejercicio de discrecionalidad judicial. Por el contrario, la legitimidad de sus fallos depende de un ejercicio de justificación racional al servicio de la justicia: al oficio de los jueces se le reclama hoy, más que discrecionalidad, o por lo menos al lado suyo, prudencia y racionalidad.⁸

2.3 La centralidad de la persona humana

Existen temas adicionales que permiten identificar más elementos para elaborar la crítica frontal. De todos ellos, sin lugar a dudas sobresaliente, está el del

⁸ Sobre la imposibilidad de evaluar racionalmente las decisiones judiciales producto de un ejercicio discrecional véase Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 7 edición, México, Porrúa, trad. de Roberto J. Vernengo, 1993, pp. 353-354.

carácter determinante de la persona humana como realidad fundante y fundamental del derecho. Contrario a aquella centralidad de las normas jurídicas o del poder que las crea, la ciencia jurídica contemporánea parte de la persona humana como fuerza gravitacional sobre la cual debe girar toda manifestación del acontecer jurídico. Ni siquiera el tan repetido carácter normativo, supremo y soberano de la Constitución, encuentra su razón de ser con prescindencia de la persona humana. Ni la Constitución, ni la actividad de los jueces constitucionales o de cualquier otro operador jurídico, se sobrepone a ese hecho eminente y exigente que irradia y debe irradiar toda la vida del derecho.

La dignidad de la persona humana nos ha obligado a replantear categorías, a profundizar en su conocimiento, a abrirnos a la filosofía jurídica como saber eminente de lo más eminente, a fundamentar intelectualmente, en medio de un mundo antifilosófico, una realidad que se resiste a ser comprendida desde instancias meramente fenomenológicas. Esto tiene implicaciones profundas. La dignidad humana no es un tema que pueda ser tratado mediante graduaciones vacías provenientes de datos numéricos o estadísticos; se resiste a ser abordada por medio de categorías tan defectuosas y falaces como aquellas que la cosifican, que la clasifican según un momento de su desarrollo corporal o mental, que la aminoran mediante criterios interpretativos acomodados a cualquier tipo de pretexto ideológico.

Es posible que éste sea el gran reto que debemos afrontar los juristas en este tiempo: a pesar de que teóricamente se ha constituido en el centro y la razón de ser del derecho, la persona humana afronta terribles peligros ante un sinnúmero de corrientes que intentan socavar su eminencia ontológica, señalándole características indiscriminadas e inventándole propiedades que no posee. La dignidad humana, como supuesto de toda legislación, requiere todavía sobrepasar instancias jurídicas muy poderosas, como aquella que, arbitrariamente instaurada en algún sector de la Corte Constitucional, parece haber resuelto una injusta discriminación en el caso del *nasciturus*. Esto hace parte de un dato bien interesante: la pobre formación en *humanidad* que poseen algunos de nuestros jueces hace aún más pertinente insistir en niveles claros de conceptualización jurídica, en la necesidad de formar a los juristas en una racionalidad capaz de fundamentar apropiadamente el saber jurídico desde un plano de realidad o, lo que es lo mismo, desde la *verdad* de lo humano y no desde su mentira. La persona humana, como tema esencial, es algo bastante serio, constituye un referente ontológico sobre el cual nadie tiene derecho a disponer sin cometer injusticia.⁹

⁹ Como sostiene P. Serna, "hablar de referente ontológico equivale a hablar de algo no disponible". Pedro Serna, "Hermenéutica jurídica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", en *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá, Universidad, vol. 2, 2002, p. 756.

3. LA RAZONABILIDAD PRÁCTICA COMO PUNTO DE QUIEBRE DE LA TEORÍA DEL DERECHO TRADICIONAL

Todos los tópicos y explicaciones anteriores son piezas fundamentales para dar cuenta de esa crítica frontal a la teoría jurídica tradicional. Representan algo así como los lineamientos generales, los derroteros conceptuales por los que transita actualmente la teoría del derecho. Sin embargo, por muy importantes que sean, a ellos debe anteponerse una consideración previa, acabada de enunciar en el último comentario: suponen de parte del jurista, para comprenderlos cabalmente, un camino que posibilite su interiorización definitiva, una suerte de apertura racional dispuesta a dejarse llevar por la compleja, pero profunda y rica, realidad que tiene ante sus ojos.

Ese camino racional es, creo, lo que viene a ser determinante para elaborar aquella crítica frontal. Por cierto que algunos teóricos contemporáneos que abordan críticamente el derecho tradicional, ese derecho de “nuestro padre Kelsen”, han sido particularmente tímidos a la hora de dar cuenta de la perspectiva racional de los juristas. Hablar de nuevas maneras de comprender la juridicidad humana a través de un concepto más amplio de la teoría de las fuentes del derecho, o del papel central que juegan los jueces en la interpretación jurídica, y aún de las exigencias de la dignidad humana, supone, para decirlo con palabras de Martínez Doral, una sintonía mental, un dejarse llevar por el objeto, suponen de parte del jurista dejarse medir por el campo de realidad que tiene en frente suyo.¹⁰ Esta sintonía, esta mirada a los casos concretos, a sus exigencias, esta perspectiva racional interesada por la justicia y la realización de los más altos y preciados valores del derecho, sólo puede ser cabalmente mostrada, plenamente interiorizada y comprendida desde la razonabilidad práctica.

Éste constituye el verdadero punto de quiebre a la teoría tradicional, no sólo porque la razonabilidad práctica haya sido negada, hasta más no poder, por sus más connotados expositores, por los representantes de esa “teoría de muchos años”, sino porque constituye una exigencia epistemológica del saber jurídico: la realidad de los juristas, lejos de consistir en un simple campo de especulación, de descripciones neutrales sin sentido, está llamada por su propia índole a la valoración de medios conducentes a fines, a la realización de acciones concretas, a poner en la existencia una obra, a dar al acreedor su derecho, a exigir al deudor un comportamiento que satisfaga el cumplimiento de sus obligaciones. Buena parte de la interiorización es correspondiente con la idea del razonamiento práctico como *modo de pensar y actuar* el derecho.¹¹

¹⁰ Cfr. José María Martínez Doral, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1963, en esp. la primera parte.

¹¹ Es importante reconocer que hoy en día parece aceptarse con mayor facilidad el punto de vista de la razón práctica como forma de conocimiento del derecho, aunque permanezcan algunos intentos de la teoría tradicional por mantener el punto de vista teórico y descriptivo como la forma más idónea de hacer “ciencia del derecho”. Este tema es analizado a profundidad en *Ciencia jurídica y arte del derecho* (cfr. esp. el capítulo 2).

La realidad jurídica asumida como es, impregnada de valores, de principios, de moralidad, no puede ser plenamente comprendida sin las exigencias de la razonabilidad práctica. Ellas plantean la necesidad de pensar el derecho en términos de “decisiones”, “acciones” y “fines” que deben ser perseguidos o evitados porque existen parámetros, condiciones y realidades humanas que aparecen como *mejores* que otras, que están referidas a lo que puede o debe llegar a ser verdaderamente razonable en términos de una genuina realización humana, en términos de la posesión y el disfrute de nuestros más preciados bienes.¹²

Entre otras cosas, aquel derecho de “nuestro padre Kelsen” se asentaba justamente en premisas racionales de signo contrario. En su método científico extraído del pensamiento racionalista, nos quiso hacer creer que lo científico debía ajustarse a determinados cánones de verificación. El ideal del racionalismo, que también lo fue de Kelsen, consistió en buscar que el conocimiento humano se estructurara, en la mayor medida de lo posible, como lo están las matemáticas, la geometría, el álgebra, el cálculo, que las cosas fueran comprendidas con la mayor pureza posible. El pensamiento moderno nos impuso una especie de derrotero científico: nos hizo creer que el conocimiento verdadero consistía en afirmar ideas claras y distintas, y con esto querían decir que una ciencia, para ser tal, debía ser capaz de construir y articular conceptos precisos, que sólo pudieran ser de una manera y no de otra.¹³ Lo grave de esto no está, sin embargo, en la necesidad de contar con ideas claras y distintas. Está más bien en creer que todas las áreas del saber, que toda ciencia, debe contar con ellas.¹⁴

El racionalismo jurídico tiene de base un elemento epistemológico que oscurece la posibilidad del conocimiento práctico: nos quiere hacer creer que existe un geniecillo maligno en nuestra mente que nos engaña cuando queremos conocer la realidad humana, las acciones y los fines humanos, que no nos permite saber y distinguir las cosas, que no podemos saber sobre la justicia y la injusticia, que nuestros juicios valorativos son arbitrarios y emotivos, poco científicos, etc. Tiene también un concepto muy pobre de realidad: un conjunto de fenómenos que pueden ser descritos, pero sobre los cuales no cabe realizar ningún tipo de estimación, corrección, prescripción. Kelsen lo afirma expresamente: la ciencia jurídica, en cuanto ciencia, estudia “realidades”, “tiene que describir su objeto tal

¹² Sobre este uso de razonabilidad práctica y sus exigencias véase, por todos, John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. al cast. de Cristóbal Orrego Sánchez, 2000, en esp. pp. 37 ss. y 50-51.

¹³ Cfr. Teófilo Urdánaz, O.p., *Historia de la filosofía*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1975; Julián Marías, *Historia de la filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1993. Para una introducción en el tema consúltense Emanuel Severino, *La filosofía moderna*, Barcelona, Ariel, 1986.

¹⁴ Hay parcelas de la realidad que no son susceptibles de esta precisión indubitable. Por lo menos no lo son respecto de todas sus cosas. A los racionalistas les cuesta mucho entender, por ejemplo, el concepto de analogía: les cuesta entender que hay realidades que en algo coinciden y que en algo son diferentes; que hay cosas que llamamos con un nombre, y otras con varios, y otras con uno solo; que los nombres son términos para definir “realidades”; que existen casos centrales, focales y duros, y que hay zonas de penumbra, casos periféricos y marginales. Que las cosas a las que nos referimos, cosas del mundo práctico, no siempre coinciden, en todo momento, con la idea “precisa” que tenemos en mente. Al racionalismo le cuesta digerir esto: que hay realidades jurídicas que son derecho *simpliciter*, y otras que son *secundum quid*.

como realmente es, y no prescribir cómo debería o no debería ser desde el punto de vista de determinados juicios estimativos”.¹⁵

Kelsen rectificará muchas cosas, no en este sentido claro está, pero en todo caso el germen de su teoría pura permanecerá intacto. A pesar de todo, en ciertos ambientes académicos perduran aún muchos de sus elementos conceptuales para explicar alguna institución jurídica. Piénsese por ejemplo en su afamada pirámide, su nomoestática, sus juicios hipotéticos, su centro de imputación normativa, su derecho como organización de la fuerza y como técnica social, la amenaza de un mal como forma de explicar el acontecer jurídico. Alguna vez le escuché al profesor Vigo que la razón de esta insistencia “académica” radica en lo atractivo de la obra del profesor vienés, en su lógica interna, su rigor y precisión envidiable en el tratamiento de los temas. Piénsese en la *claridad y facilidad* de la pirámide jurídica como modo de exposición del derecho, y hágase el contraste con lo complejo que son las relaciones humanas. Desde luego, la claridad en Kelsen nos exime de lo difícil y lo complejo, nos exime de hablar de moral, de bienes humanos básicos, de normas justas e injustas, de prudencia, nos exime de la *cogitativa*, de la razón por connaturalidad, del sentido común. No se piense que estoy negando a secas la obra del profesor vienés. Hay elementos importantes en la teoría de Kelsen, no hay duda de ello. Pero no tantos, o por lo menos tan excluyentes respecto de otros más significativos y negados por él.¹⁶

Ideas claras y distintas, en el mundo jurídico, no pasan de ser un anhelo, ni dejan de ser una excusa para salir al paso a una realidad tan rica y tan profunda como es el derecho. Que si bien es rica y profunda, no por ello exige ser sistematizada a través de una metodología fenomenológica, descriptiva, mediante la cual se separe de ella lo que pueda tener de “oscuro”, de “menos claro”, de “similar”, de “parecido”, de “análogo”. Que una realidad sea rica y profunda, no significa que sea caótica y por ende incognoscible. La realidad que sirve de base a la ciencia jurídica es aquella de personas concretas que reclaman, tienen y exigen cosas concretas, la realidad de unas reglas de conducta que operan en razón de fines humanos y sociales, unas y otras, reglas y fines, inteligibles, valorables, comparables, juzgables, que pueden ser determinadas como tal mediante una racionalidad que se le ajusta. La riqueza y profundidad de la realidad jurídica no tiene por qué ser desconocida por la ciencia. Su única condición es asumirla como es: rica, profunda, práctica.

4. CIENCIA JURÍDICA Y ARTE DEL DERECHO

En este contexto, crítico y de profunda crisis de nuestra profesión, aunque también de diálogo académico, es en el que aparece la obra que presento a la comu-

¹⁵ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. viii.

¹⁶ Un estudio de la obra de Kelsen, desde el punto de vista de sus aporías, es el de Carlos J. Errázuriz, *Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987, en esp. pp. 17-32 y 85-114.

nidad jurídica universitaria. *Ciencia jurídica y arte del derecho* es un libro de fundamentación jurídica que intenta responder las preguntas elementales y esenciales que conciernen a la epistemología jurídica, a la manera como transcurre y debe transcurrir el saber de los juristas en el cumplimiento de su oficio, de ese saber práctico y fundamentable teóricamente desde instancias superiores del conocimiento humano. Parte de la interiorización de la que hablaba es correspondiente con la idea del razonamiento práctico como *modo de pensar y actuar* el derecho. En *Ciencia jurídica y arte del derecho* la razonabilidad práctica es planteada como telón de fondo, aparece decididamente como contraste de aquella tradición de “nuestro padre Kelsen”, que se asentaba justamente en premisas racionales de signo contrario.

El libro tuvo su origen remoto en discusiones profesoriales, en la Facultad de Derecho, en momentos en que el país jurídico universitario reflexionaba sobre la forma de enseñar, practicar y comprender el derecho de nuestro tiempo. Sabíamos entonces, en consonancia con la comunidad jurídica del mundo entero, que ya no podíamos seguir entendiendo, enseñando y practicando el derecho de la misma forma como lo había hecho la teoría tradicional. Sabíamos que el derecho de nuestro tiempo exige de los juristas una mayor atención al caso litigioso que al solo sistema; que nuestro derecho contemporáneo apunta más a la formación del criterio jurídico que a la memorización de normas cambiantes; que a los juristas de hoy se les pide mayor corrección de sus juicios, un talante racional y ético que apunte más a las soluciones justas que a las formas legales. El derecho de nuestro tiempo se aprende, se comprende, se hace vivo, educando la razonabilidad práctica, la formación de un saber jurídico abierto a distintas posibilidades, todas siempre dispuestas y ordenadas a una finalidad buena, a la efectiva realización de la justicia.

Ciencia jurídica y arte del derecho intenta ser, eso espero, un libro que aporte a las discusiones contemporáneas sobre el saber del derecho, desde una perspectiva que recoge algunos de los principales elementos del realismo jurídico clásico. Allí se insiste en que el conocimiento de una realidad práctica exige ser advertido tal cual es, sin desnaturalizarlo, sin ajustarlo a lo que nosotros quisiéramos que fuera, sino en asumirlo teóricamente *en su practicidad*. Y asumir dicha realidad como tal es sabernos parte de ella: el mundo jurídico que consideramos no está conformado por entes de razón, por ideas a priori, ajenas a nuestro propio mundo de realidad, a nuestra experiencia cotidiana. Allí parece radicar su clave: hacer ciencia y arte del derecho consiste en participar, con nuestra fuerza vital, con nuestros juicios, estimaciones, valoraciones, en la realidad práctica, rica y profunda que consideramos.

He titulado la obra “ciencia” y “arte” a la vez, porque considero que describe fielmente las dimensiones racionales del oficio del jurista. El derecho es una ciencia (la *scientia iuris*) porque está constituida por un cuerpo ordenado de conocimientos, posee una metodología propia y además cuenta con una estructura de nociones y principios susceptibles de fundamentación, tanto por sus causas próximas como por sus últimas. Y también es un arte (el *ars iuris*), pues

esos conocimientos encuentran su razón de ser en el hecho de estar naturalmente dispuestos, encausados y ordenados a realidades concretas, nada menos que a determinar y discernir lo justo y lo debido, los derechos y las obligaciones de las personas en los casos particulares. Por eso el saber jurídico no es un “mero” o “simple” saber, sino más bien un “saber hacer” y un “saber obrar” la justicia concreta, y esto requiere un conjunto de habilidades, técnicas, destrezas, una disposición ética y prudente. Se trata de un oficio artístico que se caracteriza por la exigencia de hacer bien las cosas en su propio ámbito de realidad.

5. ¿UN LIBRO PARA UN “MUNDO DE ÁNGELES”?

Quisiera finalmente hacer mención de algo que me ha dejado pensando desde hace algunos días, cuando un estudiante me dio sus impresiones sobre el libro. Me dijo que lo había leído completamente. Supongo que así fue. Me dijo que le había gustado pero que tenía que hacerme una observación de fondo: creía que era un libro “ingenuo”, escrito para otros tiempos, que idealizaba la profesión. “Usted plantea una teoría para ‘un mundo de ángeles’”; “usted intenta fundamentar el derecho desde la metafísica y desde las exigencias de la razonabilidad práctica, en las que ya nadie cree”. “Usted sostiene que el oficio del jurista es un oficio emparentado con la moral, y hace de esta perspectiva el lugar convergente de su exposición. ¿Cuál moral, si el mundo la ha relativizado? ¿Cuáles bienes humanos básicos, si a veces son interpretados mediante razonamientos falaces? ¿Por qué no escribió un libro distinto, menos comprometido y polémico, menos chocante con la realidad?”

Luego de pensarlo detenidamente, debo admitir que aquel sensato estudiante podría tener razón, al menos en parte. Desde luego que la tendría si miramos a nuestro alrededor y encontramos tantas noticias sobre abogados corruptos, sobre jueces perversos, sobre leyes sin sentido, sobre funcionarios inescrupulosos. Tendría razón cuando se contrastan las exigencias de la razonabilidad práctica con algunas decisiones de las Cortes en las que se manipulan injustificadamente precedentes, se elaboran subnormas desde premisas pobremente digeridas, o se inventan nuevos requisitos de procedibilidad de alguna institución jurídica cualquiera, cuando se constitucionalizan tantas falacias desde un ejercicio discursivo altamente sofisticado. Tendría razón y, por tanto, *Ciencia jurídica y arte del derecho* estaría fuera de lugar, cuando vemos que parte de la realidad se nos presenta injusta, cuando a veces no parecen existir límites, exigencias o condiciones de argumentación de los jueces, cuando algunos siguen pensando el derecho desde las piezas del poder, cuando algunos abogados son inescrupulosos.

Pero a la par que he pensado estas cosas, también creo que no podría haber escrito otro libro. De haberlo hecho, estaría negando la vocación y la propia naturaleza del oficio del jurista. Le dije al estudiante, unos días después, que no debíamos quedarnos en esa mirada del mundo jurídico, que también es parcializada, y además desesperanzadora. El mal suena muy duro, pero el bien tiene la ventaja de ser más consistente y, en último término, de tener mayor

difusión. También existen abogados buenos, jueces ejemplares en todas las ramas del derecho, fallos impecables, juristas íntegros, que nos recuerdan con sus acciones que el oficio tiene sentido, que el derecho ha servido a las sociedades y a los hombres para alcanzar una mejor vida y una mayor plenitud humana, que es posible la defensa irrestricta de los derechos fundamentales, que sí hay un talante moral del jurista, que la prudencia del derecho ilumina como un alto faro el ejercicio de nuestra profesión.

Ciencia jurídica y arte del derecho comparte también esta visión. Es un libro crítico, pero optimista. No se desconocen allí los retos, sino que se asumen con responsabilidad, es un libro que invita a la reflexión, compártanse o no las explicaciones allí presentadas. Es un escrito que polemiza, pero que a su vez propone, desde la vida universitaria, una enseñanza del derecho basada en el ejercicio honesto de la profesión para que, poco a poco, se interioricen sus elementos centrales, para que contribuyamos al logro de una sociedad más justa y equitativa, para que el talante que otorga la prudencia del derecho nos haga partícipes de ese excelso y noble oficio al que hemos sido llamados, ese arte de decir, discernir y determinar la justicia entre los seres humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Asís Roig, Rafael de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- Betti, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, trad. de J. L. de los Mozos, 1975.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, trad. de M. Guastavino, 1984.
- Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, 2 edición, Barcelona, Gedisa, trad. cast. de Claudia Ferrari, 1993.
- Errázuriz, Carlos J., *Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987.
- Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, trad. de E. Valentí Fiol, 1961.
- Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. al cast. de Cristóbal Orrego Sánchez, 2000.
- Frosini, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, Bogotá, Temis, trad. de Jaime Restrepo, 1991.

- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 7 edición, México, Porrúa, trad. de Roberto J. Vernengo, de 1993.
- Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, estudio preliminar de César Rodríguez, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999.
- Mariás, Julián, *Historia de la Filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1993.
- Martínez Doral, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1963.
- Mora Restrepo, Gabriel, *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez - Universidad de La Sabana, 2005.
- Ollero, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996.
- Peña González, Carlos, "Discreción e interpretación judicial: la tesis de Dworkin", en AA. VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1992.
- Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984.
- Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* (1956), México, Porrúa, 1980.
- Serna, Pedro, "Hermenéutica jurídica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", publicado en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá, Universidad, Vol. 2, 2002.
- Severino, Emanuel, *La filosofía moderna*, Barcelona, Ariel, 1986.
- Urdániz, O. P., Teófilo, *Historia de la Filosofía*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1975.
- Vigo, Rodolfo L., *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cuadernos Civitas, trad. de Arantxa Azurza, 1985.