
JOSÉ JULIÁN SUÁREZ RODRÍGUEZ
UNIVERSIDAD DE LA SABANA, CHÍA,
CUNDINAMARCA, COLOMBIA

HACIA UNA NUEVA FORMA DE COMPRENSIÓN DE LO JURÍDICO*

TOWARDS A NEW WAY OF UNDERSTANDING
JURIDICAL THINGS



RECIBIDO AGOSTO 6, APROBADO SEPTIEMBRE 19 DE 2007

RESUMEN

El pensamiento jurídico moderno ha intentado abordar el estudio de lo jurídico con una mirada exclusivamente teórica, es decir, ha intentado hacer una descripción del fenómeno jurídico y elaborar un sistema lo más adecuado posible para explicar dicho fenómeno, a la manera como las ciencias naturales escogen un sector de la realidad para describirla, elaborando un modelo que la explique de la mejor manera posible. Esta forma de abordar lo jurídico tiene como origen la influencia de la moderna filosofía racionalista, el auge que las ciencias físicas toman a partir de los *Principia mathemática* de Newton, y el querer asimilar toda ciencia a las ciencias de la naturaleza que daban, según los modernos, mejores y más efectivos resultados. La consecuencia de este fenómeno fue la negación de lo complejo de la realidad; la distinción entre razón teórica y razón práctica pierde todo su sentido, y el derecho pierde su carácter de ciencia práctica y prudencial. Por ello se hace necesario recuperar el nivel prudencial de la ciencia jurídica para que responda de manera más adecuada a la naturaleza de su objeto: si la realidad jurídica es una realidad práctica, que busca la resolución de casos concretos, debe buscarse un método que se adecue a esta naturaleza del objeto, y no seguir queriendo adaptar el método de las ciencias teóricas al objeto jurídico.

PALABRAS CLAVE

Realidad, razón teórica, razón práctica, método, ciencias naturales, objeto jurídico, prudencia.

ABSTRACT

Modern legal thought has tried to approach the study of juridical matters with an exclusively theoretical view; that is, attempting to make a description of the legal phenomenon while devising a system as appropriate as possible to explain that phenomenon, just as natural sciences choose a sector of reality to describe it by preparing a model serving to through light on them as best as possible. This manner of approaching things of juridical nature originates in the influence of modern rationalist philosophy, the boom experienced by the physical sciences since Newton's *Principia mathematica*, and the will to assimilate every science to the sciences of nature that, according to the modern thinkers, gave the best and most effective results. The consequence of this phenomenon was denial of the complexity of reality. The distinction between theoretical reason and practical reason loses all its sense, and law loses its nature as a practical and prudential science. This is why recovering the prudential level of legal science is necessary for it to respond more properly to the nature of its object: if juridical reality is a practical one in search of the resolution of specific cases, a method has to be found, to fit in with this object's nature of the object, instead of insisting in adapting the method of theoretical sciences to the juridical object.

KEY WORDS

Reality, theoretical reason, practical reason, method, natural sciences, legal/juridical object, prudence

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. RAZÓN TEÓRICA Y RAZÓN PRÁCTICA. 2. EL MÉTODO RACIONALISTA MODERNO: LA NEGACIÓN DE LO COMPLEJO DE LA REALIDAD. 3. LA COMPRENSIÓN DE LO JURÍDICO DESDE EL PENSAMIENTO MODERNO: EL POSITIVISMO COMO MÉTODO. 4. UNA NUEVA FORMA DE COMPRENSIÓN DE LO JURÍDICO. 5. CONCLUSIONES. A MANERA DE RECAPITULACIÓN.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objetivo principal resolver una cuestión que hoy en día se presenta como problemática. El hombre es un ser problemático, no sólo en el sentido en que se presenta ante sí mismo como un problema por resolver, sino que es, además, un ser que se ve enfrentado a problemas que requieren de él una solución.¹ Este carácter problemático exige al hombre respuestas, soluciones a los problemas con los que se enfrenta en el diario vivir. El derecho aparece, desde esta perspectiva, como la solución a uno de los problemas más importantes para el ser humano: cómo organizar una sociedad desde el punto de vista de la justicia. Dicho esto, el objetivo de este trabajo tiene que ver con el camino racional que los juristas emplean para dar solución a este problema, que además se encuentra en estrecha relación con la solución que se dé al mismo. Como señalábamos al inicio, ésta es una cuestión problemática, pues si hay discusión acerca de cuál ha de ser la solución al problema de cómo organizar una sociedad de tal manera que a cada cual se le dé lo suyo (aún se discute si esto es posible, si realmente el problema ha de plantearse en estos términos), también la discusión está planteada acerca de cómo hemos de hallar solución a este problema.

Desde distintas perspectivas se han dado respuestas a este problema, pero no es el objeto de este trabajo exponerlas y analizarlas todas, el verdadero objetivo es proponer una solución, que además no tiene nada de original, pero que así lo parecerá seguramente a muchos por el olvido imputable del que ha sido objeto. El punto de partida de esta propuesta de solución será la crítica, que hace también parte de este trabajo, a la tradicional forma de razonar jurídicamente, a la forma tradicional que la teoría dominante del derecho ha establecido como el camino racional para encontrar la solución del problema al que responde el derecho, para pasar luego, a partir de los vacíos y las inconsistencias que nos plantee su método, a proponer el nuestro, un camino racional para dar solución a uno de los problemas antropológicos y sociales puestos a consideración de la razón humana.

* Ponencia evaluada por los pares de la Red Sociojurídica, para el VII Encuentro Nacional de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Sociojurídica de Colombia, Medellín, septiembre 13 al 15 de 2007.

¹ Leonardo Polo, *Quién es el hombre. Un espíritu en el mundo*, Madrid, Rialp, 1991, pp. 19-41.

2. RAZÓN TEÓRICA Y RAZÓN PRÁCTICA

La realidad, toda la realidad, esto es, todo aquello que es susceptible de presentársenos como objeto, entendido como un todo unitario, no es una cosa y la misma, o lo que es lo mismo, es compleja. Esta complejidad de lo real ha sido puesta de relieve por filósofos como Aristóteles² (para señalar sólo a uno de tantos), por ejemplo, cuando nos dice que en la realidad hay cosas (*res*) que son sustancias³ y otras cosas que son accidentes⁴ que inhieren en una sustancia y que existen en ella, o que hay realidades que son en potencia o, lo que es lo mismo, posibilidad de ser, y otras que son en acto, que poseen efectivamente la perfección de ser.⁵ En fin, la realidad tiene diversas formas de ser o de existir, y éstas constituyen este todo unitario que denominamos realidad. Algunos de esos modos de ser de lo real son *lo dado* y *lo por hacer*. Lo dado está constituido por todas aquellas realidades que son ya algo, de tal manera que no cabe en ellas ninguna realización, ellas son lo que son (aunque no sean todo lo que son, todo lo que pueden ser), sus contornos están definidos. Otras realidades, en cambio, aunque son ya algo dado exigen, por su mismo ser, de algún otro tipo de realización, exigen ser hechas y no simplemente como una posibilidad o como deseo (que bueno que esto fuese más de lo que es) sino como una verdadera exigencia de su mismo existir (debe ser realizado).

La realidad humana participa de esta doble configuración, pues por una parte ya es algo dado, completamente definido sin que quepa lugar a duda acerca de lo que somos: somos personas; pero, por otro lado, hay en el ser humano, en la persona, una exigencia de ser. El hombre es una realidad configurada de tal manera que desde lo que es tiene el deber de hacerse, de construirse a sí mismo por medio de su obrar libre.

Por otro lado, es este mismo hombre, por su carácter racional, el que se ve abocado a la realidad, el que siente por naturaleza el deseo de saber.⁶ Este saber no significa otra cosa que el conocimiento de la realidad tal como ella es. ¿Qué realidad? Toda la realidad.⁷ Pero ya veíamos que la realidad presenta diversas formas, diversos modos de ser, y por ello, el acercamiento que hace el hombre a ésta toma diversas formas. No es lo mismo acercarse, para conocerla, a una realidad que está totalmente dada en todos sus contornos, y ante la cual el espíritu humano no tiene otra opción que decir de ella *lo que es*, o acercarse a una realidad que requie-

² Aristóteles, *De anima* III, 9, 432a 15.

³ "La sustancia es aquella realidad a cuya esencia o naturaleza le compete ser en sí, no en otro sujeto". Tomás Alvira, Luis Clavell y Tomás Melendo, *Metafísica*, Pamplona, Eunsa, 1993, p. 54. Para un estudio de la sustancia en Aristóteles puede verse Giovanni Reale, *Introducción a Aristóteles*, Barcelona, Herder, 1985.

⁴ En contraposición a la sustancia, "los accidentes son realidades a cuya esencia le conviene ser en otro como en su sujeto", *ibid.*, p. 55.

⁵ Véase Aristóteles, *Metafísica*, IX, 1045b, 30-1052a, 10.

⁶ Aristóteles, *Metafísica*, A 1, 980a.

⁷ Al respecto dice Josef Pieper: "Filosofar significa reflexionar sobre la totalidad de lo que nos aparece, con vistas a su última razón y significado". Esta cita es pertinente en la medida que en el saber filosófico se manifiesta de una manera más pura y originaria la natural tendencia del ser humano al saber. Véase también Gabriel Mora Restrepo, *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, cap. 3.

re ser hecha, la actitud es distinta. Si intento conocer algo acerca del movimiento de los planetas que conforman el sistema solar alrededor del sol, o si la realidad que tomo como objeto es el movimiento de un planeta determinado, no tengo nada que decir acerca de cómo *deben ser* tales movimientos, la única opción que me queda es la de describir lo más exactamente posible cómo se da este movimiento. Mas si la realidad con la que me enfrento es de distinta naturaleza, por ejemplo, el orden social justo, mal haríamos si simplemente describiéramos un tipo de orden social particular y concreto, y tomar ello como todo lo que puedo decir acerca del orden social justo, lo que debemos hacer es, no describir, sino prescribir, no simplemente decir *cómo es* determinado orden sino *cómo debe ser* el orden social justo y qué debemos hacer para conseguirlo. Estos diversos modos de acercarse el hombre de manera racional a lo real constituyen lo que la tradición clásica ha denominado como la función teórica y la función práctica de la razón, que distingue cuando la realidad que toma como objeto de su conocimiento es un *inteligible* o un *agible*, esto es, un objeto ya dado o un objeto que requiere ser hecho.⁸

Lo anterior coincide con lo que debe ser nuestra primera conclusión. El modo de conocer la realidad no es caprichoso para el hombre, sino que está mediado por la realidad: para determinada clase de objeto (*res*) corresponde determinada forma de conocer. Así, la realidad es la medida del conocer. Esto no sólo quiere decir que conocemos la realidad, que todo nuestro conocimiento parte de lo real, sino que, además, el modo como la conocemos, el *methodos* por el cual nos aproximamos a ella nos es también dado en la misma realidad que conocemos. Es el método el que se adecua al objeto y no el objeto el que se adecua al método, una posición diversa no haría más que sacrificar aquella parte de realidad que no es alcanzada por el método.

2. EL MÉTODO RACIONALISTA MODERNO: LA NEGACIÓN DE LO COMPLEJO DE LA REALIDAD

Esta verdad que se nos ha hecho patente no siempre ha sido reconocida por todos, especialmente a partir del *boom* que se desató en el ámbito de las ciencias (y por tanto en el ámbito del conocimiento) con el descubrimiento del método científico. Este método permitió, después de Nicolás Copérnico, Keples, Galileo Galilei e Isaac Newton, un gran avance en las ciencias físicas, que hizo pensar que a partir de ese momento y, en adelante, toda ciencia que quisiera considerarse como tal debería optar por estudiar su objeto usando este método considerado paradigmático. Pero la elevación de este *methodos* como única vía posible de conocimiento científico tiene una grave dificultad, y es que no reconoce la complejidad de lo real a la que hemos hecho referencia, y, por tanto, no le hace justicia. En efecto, las realidades que nos son accesibles a través de este método son las físicas, las realidades observables por los sentidos y que son capaces de soportar el principio de verificación⁹ (elevado a primer principio de conocimiento por el Círculo de

⁸ Mora Restrepo, ob. cit., pp. 19-24.

⁹ "Según la concepción positivista, lo único que es accesible al conocimiento científico, prescindiendo de la lógica

Viena, casa matriz del positivismo lógico). Por otro lado, el conocimiento que nos proporciona el método científico no es más que un conocimiento especulativo, aquel que refleja una realidad (en este caso la física) tal como ella es, y que, por tanto, apunta a darnos un conocimiento de un *inteligible*, de una realidad que ya está dada y hecha en todos sus contornos y dimensiones. Pero, ¿qué pasa con las realidades *agibles*, con aquellas realidades que exigen ser realizadas? A su vez, ¿nos proporciona este método un camino adecuado para obtener una respuesta adecuada? Parece que estamos ante un problema, pues el método científico, como hemos señalado, nos brinda un conocimiento descriptivo acerca de lo que las cosas son, pero no nos dice nada acerca de lo que las cosas deben ser y, sin embargo, la realidad de lo *agible*, de lo que está por hacer, se caracteriza por requerir un conocimiento que sepa dar cuenta de ese deber ser. Tenemos que decir que este método no nos proporciona verdadero saber de toda la realidad, la dada y la que está por hacer (la que exige ser), se da aquí preferencia a la razón en su función teórica dejando en el olvido a la función práctica de la razón y a sus exigencias. ¿Dónde puede estar la razón de ello?

Una de las razones por las que este fenómeno se da ya la hemos señalado: el éxito que el método científico obtuvo en el ámbito de las ciencias físicas da lugar a que se efectúe una traspolación del método a todo conocimiento que pretendiera el carácter de científico, con la finalidad, además, de emular el éxito de estas ciencias en todos los ámbitos del conocimiento. Sin embargo, no es la única razón por la que este método llega a convertirse en paradigmático, digamos que esto lo único que hace es actuar como el detonante, y como el momento final y culminante de un proceso que tiene su comienzo un tiempo atrás y que sólo esperaba de este hecho para alcanzar su fin.

Para encontrar los verdaderos orígenes de este proceso debemos remontarnos a la doctrina filosófica del racionalismo.¹⁰ El filósofo francés René Descartes da inicio a su filosofía, por un lado, poniendo en duda la realidad y aceptando como única realidad salvada de su duda metódica el *cogito*, esto es, la razón. Pero la verdadera pretensión detrás de esta negación y afirmación (negación de la realidad y afirmación de la razón) tiene una única pretensión: alcanzar verdades claras y distintas, y más aún, alcanzar certezas similares a las que proporcionan las matemáticas, para, a partir de ellas, construir una filosofía segura, un cuerpo de doctrina que tenga la claridad de los sistemas matemáticos y que resista cualquier tipo de contradicción.¹¹ A partir de Descartes esto se convierte en una pretensión común de todo el pensamiento filosófico de la época subsiguiente, conocida como racionalismo por tener en común este aludido anhelo. A esto debemos sumarle el optimismo que los modernos tenían en la capacidad racional humana, de tal manera que, según su

y la matemática, son los hechos perceptibles junto con la legalidad, corroborable experimentalmente, que en ellos se nos manifiesta". Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 58.

¹⁰ Emanuele Severino, *La filosofía moderna*, Barcelona, Ariel, 1986.

¹¹ "Es bastante obvio que el objetivo fundamental de Descartes fue el logro de la verdad filosófica mediante el uso de la razón, 'quería dedicarme por entero a la búsqueda de la verdad'. Pero lo que Descartes quería no era descubrir una multiplicidad de verdades aisladas, sino desarrollar un sistema de proposiciones verdaderas en el que no se diese por supuesto nada que no fuera evidente por sí mismo e indudable". Frederick Copleston, *Historia de la filosofía. De Descartes a Leibniz*, Tomo IV, Barcelona, Ariel, 2004, pp. 49-50.

creencia, el ser humano podía llegar a comprender la realidad en su totalidad y, por tanto, crear sistemas filosóficos que dieran cuenta de toda la realidad.

Ahora, no debe confundirnos el uso que en este contexto hacemos de la palabra realidad, pues aquélla aludida por los racionalistas no es la misma de la que hablaban los clásicos, como una realidad distinta al sujeto pensante, que es de diversas maneras,¹² recuérdese que para Descartes la primera y más importante realidad es el sujeto que piensa, y para filósofos posteriores será la única realidad que puede ser. Así que comprender la realidad en su totalidad no significa nada más que comprender contenidos de razón, de esta razón todopoderosa. Hay una reducción de la realidad y una transmutación: la realidad se ve reducida a aquella que el hombre puede captar a través de su razón por medio del método analítico-matemático, la realidad es ahora comprendida mecánicamente, como una gran máquina que puede ser comprendida en su totalidad por el hombre para posteriormente ser controlada por él. La realidad ya no es la medida del conocer, sino el conocer y sus posibilidades son la medida de la realidad.

La consecuencia que produjo esta nueva concepción fue la eliminación del conocimiento adquirido a través de la función práctica de la razón, y la elevación de la función teórica como única vía posible de verdadero conocimiento.¹³ Además, la función teórica de la razón perdió su más importante dimensión de alcanzar las verdades y últimas razones de toda la realidad para quedar reducida a una función descriptiva de la realidad empírica, meramente fenoménica, lo cual sucede, no ya en el racionalismo como doctrina filosófica, sino en los desarrollos del empirismo tales como el positivismo y otras corrientes científicas. La razón práctica, se decía, no proporcionaba verdadero conocimiento –conocimiento científico–, era fuente de inseguridades, pues a través de ésta no se podían conseguir verdaderas certezas como las proporcionadas por el método matemático, en principio, y por el método científico después. La reducción de la función práctica de la razón al nuevo método no era posible, la de la razón teórica sí, por tanto, el resultado fue reducir toda ciencia y todo verdadero conocimiento al que es posible por la razón según su función teórica-descriptiva.

Pero tenemos que hablar aún de algo más que explica la nueva situación de la ciencia y del conocimiento posible. El atractivo de esa nueva forma racional de acercarse a la realidad para conocerla radicaba en que este método tenía como punto de partida el escoger una porción de la realidad física (un fenómeno), aislándola del total de la realidad, y por otro lado, elaborar un modelo teórico (hipótesis) que de la manera más simple posible, reduciendo el número de variables por considerar, lograra explicar dicho fenómeno. Es el método analítico que pretende estudiar un fenómeno concreto aislado de la totalidad de la realidad, como una pieza aparte de la gran máquina que es el universo, y sin que aparezcan en su estudio las relaciones que esta porción de realidad tiene con el resto de lo real.¹⁴

¹² Véase Etienne Gilson, *El realismo metódico*, Madrid, Ediciones Encuentro, 1997.

¹³ Mora Restrepo, ob. cit., cap. 2.

¹⁴ Para una mejor comprensión del método analítico, y su uso y significado para la modernidad así como sus limitaciones y debilidades, véase Leonardo Polo, ob. cit., pp. 42-63.

Ahora bien, lo propio de una máquina es que está hecha de piezas, ensambladas de tal manera que las relaciones entre ellas, su consistencia, son meramente accidentales. Pero no pretendo en este momento tomar este camino, sólo quisiera tomar nota de esta cuestión.

Hechas estas breves consideraciones podemos ahora hacer un balance. La complejidad de lo real no es alcanzada cuando se pretende hacer del método científico de conocimiento el único método verdadero, un método tal sólo puede darnos cuenta de una porción muy reducida de la realidad, y no sólo eso, además, la perspectiva propia de dicha metodología sólo nos puede iluminar un aspecto de la realidad que estudia, para comprenderla adecuadamente hacen falta otras perspectivas distintas. Así, si en la realidad los objetos son de diversa índole (inteligibles o ágiles), y por otro lado las perspectivas desde las cuales es posible su estudio por parte del hombre son distintas, se requerirán distintas formas de abordar cada realidad y diversas perspectivas desde las cuales se haga por parte del ser cognoscente. Esto sirve por ahora de balance general de lo hasta ahora expuesto, y sobre esto hay más que decir, pero volveremos más tarde sobre ello, ahora es importante que nos detengamos en unas breves consideraciones acerca de cómo este fenómeno que hemos descrito para el conocimiento en general se ha visto reflejado de manera paralela en la ciencia del derecho y las consecuencias que de ello se derivan.

3. LA COMPRESIÓN DE LO JURÍDICO DESDE EL PENSAMIENTO MODERNO: EL POSITIVISMO COMO MÉTODO¹⁵

El mundo del conocimiento jurídico ha recibido de manera directa el influjo de las ideas racionalistas y positivistas descritas, hasta el punto de haber reducido el conocimiento jurídico a un estudio meramente descriptivo de fenómenos empíricamente considerados. El deseo por parte de los cultivadores de la ciencia jurídica por hacer que sus estudios merecieran ser llamados científicos los llevó, de manera un poco acrítica a mi parecer, a querer asemejar su método de trabajo al método de las ciencias físicas, pues se consideraba que cualquier conocimiento que quisiera ser considerado tal debería acomodar su proceder al de las dichas ciencias, lo demás era considerado irracional, o por lo menos irrelevante. La objetividad y la certeza sólo eran garantizadas a través de este proceder racional.

Las consecuencias de esta intención no se hicieron esperar. La más importante de ellas se refiere a la racionalidad propia que desde ese momento adoptó la ciencia jurídica y todo el proceder del derecho. En efecto, la forma como accedemos al conocimiento de algo, y la definición que de dicho objeto demos, determina la forma en que razonamos acerca de él. En primer lugar, la mentalidad racionalista de los juristas pretendió que todo el derecho, todo lo que se podría considerar jurídico (o relevante desde el punto de vista jurídico) podía ser captado a priori por la razón humana, y posteriormente podía ser puesto por escrito, de tal manera que

¹⁵ Una descripción completa de la tradición jurídica que originó la influencia del pensamiento racionalista e ilustrado en las ideas jurídicas puede verse en John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano-germánica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

todo el derecho habría de estar contenido en códigos de conductas jurídicamente relevantes con sus respectivas soluciones, como hemos señalado ya, previamente establecidas. Esto trajo como consecuencia lógica que la función del operador jurídico (para usar una terminología con la que ellos se sintieran a gusto) se reduciría a algo parecido a la función de una máquina, según la cual, dados unos hechos determinados el jurista no tendría nada más que hacer que encontrar en el sistema la solución jurídica previamente establecida y dar solución al caso. La racionalidad propia del jurista es la de el operador de una máquina judicial, o peor aún, el jurista era considerado él mismo una especie de máquina jurídica.

Por otro lado, se difundió la idea según la cual, conforme a la mentalidad y al método positivista, el teórico del derecho, a la hora de ejercer su función propia, es decir, la de acercarse al derecho para conocerlo, para responder las preguntas fundamentales del quehacer jurídico, no podía más que hacer este acercamiento a través del método que, como vimos, habría adquirido el estatus del único método posible para que un estudio pudiera considerarse científico y, por tanto, con algún valor objetivo. Dicho método pretendía un acercamiento neutral y avalorativo para poder construir una teoría pura del derecho en la que no viera entrometida su cabeza ningún elemento que no fuera estrictamente jurídico (por ejemplo valores como la justicia), y asegurar un estudio objetivo de la realidad jurídica, sin que se mezclaran elementos subjetivos por parte del jurista en dicho conocimiento (como pasaría, según ellos, con la prudencia).

Todo esto tiene además una finalidad muy concreta, que hemos señalado también al hablar en general de lo que buscaba el método racionalista en el conocimiento, y que no era otro que la búsqueda de certezas, de verdades claras y distintas, semejantes a las que proporcionaba el método matemático. La certeza jurídica, denominada también como seguridad jurídica, se convirtió así en el único valor permitido dentro del estudio y la teorización del derecho, y el proceso racional de deducción lógica que la teoría mecanicista atribuía a la función judicial aseguraba de manera coherente con el sistema la consecución de dicha finalidad. Así vemos reflejada, en el ámbito del conocimiento jurídico, la traspolación del método que privilegia el uso de la razón en su función teórica, convirtiendo a la ciencia del derecho en una ciencia teórica, cuya única función legítima sería la de describir fenómenos e intentar explicarlos a través de modelos teóricos, y no permitir ningún tipo de valoración o prescripción que no conciba al conocimiento jurídico como un conocer fundamentalmente orientado a un hacer. Hay, así mismo, una mutilación del objeto de estudio de la ciencia jurídica, pues la jurídica no es considerada como una realidad que en parte está dada, pero que en parte requiere ser construida, es decir, se trata como un inteligible, como algo ya dado y configurado, y no como un operable, como aquello que exige ser construido a partir de algo dado.

Sin embargo, esta teoría, tal como lo he planteado, entra en crisis y sus postulados básicos se ven sometidos a fuertes críticas que a su vez provienen, aunque parezca paradójico, de teóricos del derecho que pertenecen a las filas del positivismo jurídico. Uno de los principales problemas que presenta esta teoría es que para muchos la ficción según la cual el sistema era completo y tenía para cada

hecho una respuesta jurídica previamente establecida, se vio minada por la aparición de lagunas o vacíos legislativos, es decir, hechos para los cuales el sistema no tenía una respuesta establecida en una ley, o ni siquiera era claro si una ley determinada (más bien su consecuencia jurídica) era la apropiada para el hecho que se presentaba a consideración del juez para ser resuelto desde el punto de vista jurídico. O aun a veces, en determinados casos el problema era el contrario, un caso concreto podía ser resuelto a partir de diversas normas del sistema jurídico con consecuencias totalmente distintas o contradictorias.

Una de las respuestas a estos problemas, y tal vez la que a mi modo de ver resulta la de más recibo entre los teóricos del derecho es la que plantea que todos estos problemas tienen su base en un problema de tipo lingüístico, es decir, que las palabras en que necesariamente se expresa una ley no son del todo claras, o mejor, pueden resultar claras para algunos casos pero no para otros. Esto da lugar a una diferenciación de casos a los que se ve enfrentado el juez, aquellos denominados fáciles, en los que el operador jurídico vuelve a ser una máquina aplicadora de la ley porque el caso es claro, la norma también lo es, y por tanto no hay más que hacer un razonamiento de tipo silogístico en el que la norma juega el papel de la premisa mayor, el caso la premisa menor y la conclusión se derivará necesariamente de las premisas así consideradas. La racionalidad propia de los llamados casos difíciles es radicalmente distinta. Los casos difíciles, al contrario de los fáciles, son aquellos en los que, por problemas del lenguaje en el que está expresada la norma, no es clara la consecuencia jurídica aplicable, o simplemente no existe una norma que establezca con anticipación cuál ha de ser la solución jurídica para un caso concreto. La racionalidad propia de estos casos es distinta, como decíamos. Podemos plantear el tema de los casos difíciles desde otra perspectiva que nos dé nuevas luces y un mejor entendimiento de este importante tema. El problema de fondo en la diferenciación entre casos fáciles y difíciles es el de la determinación de la fuente o el título que legitima a alguien para reclamar un derecho o una deuda, o aquello por lo cual alguien está obligado a una determinada conducta a favor de otra persona igualmente determinada. La cuestión en los casos fáciles es que la fuente está claramente determinada, es decir, se logra identificar la ley que legitima a alguien para reclamar de otra el cumplimiento de una prestación o la realización de una determinada conducta, pero en los casos difíciles esa fuente no es clara, no se logra identificar con certeza qué debe hacer el operador jurídico. Si no existe la fuente, y el caso debe ser resuelto (así lo exige la necesidad social de que los conflictos que se presentan dentro de una comunidad deban ser resueltos para garantizar un mínimo de viabilidad), el operador jurídico debe de alguna manera, y a través de un mecanismo denominado discrecionalidad judicial, crear de su propio haber y por su propia cuenta la fuente por medio de la cual ha de resolver el caso concreto, esto es, por medio de la cual va a legitimar a una determinada parte en la relación jurídica para exigir de la otra parte una determinada conducta, que como es obvio se hará cargo de ella, pues a ella está obligado en virtud de dicha fuente creada por el juez. Pero al decir que el juez por su propia cuenta debe crear la fuente por medio de la cual resolverá el caso difícil, tenemos que decir, a la par, que la creación de dicha fuente debe ir acompañada de unas condiciones de racionalidad y de legitimidad de la misma

respuesta que no son más que las de elaborar una justificación que haga acorde la respuesta con el sistema jurídico en general, condiciones que a mi gusto no son lo suficientemente adecuadas para limitar la discrecionalidad amplia del juez en estos casos: cualquier respuesta es válida mientras que haya una justificación meramente formal adecuada al sistema normativo.¹⁶

Por tanto, la distinción entre casos fáciles y difíciles, que ha tenido tan amplia difusión y aceptación entre la moderna teoría del derecho, sigue siendo el resultado de tratar la ciencia jurídica como una ciencia descriptiva, neutral y aséptica, y no como una ciencia práctica que incluye, no sólo descripciones sino también prescripciones, valoraciones, fines y bienes que deben ser alcanzados y medios idóneos acordes con dichos fines. A su vez, la respuesta de la discrecionalidad jurídica constituye la respuesta propia de estas posturas, o por lo menos de un sector muy amplio de ellas, que sigue presentando la dificultad fundamental que hemos venido señalando: no hacer justicia a la realidad propia del derecho, que está dada en parte y que por eso admite un momento descriptivo y especulativo, pero dicho momento apunta a algo que está por hacer, que exige ser realizado, y como tal corresponde a la función práctica de la razón descubrir los fines y los valores que deben ser realizados en dicha acción, que prescribe e impera los medios idóneos y propios para alcanzar dichas finalidades. El problema sigue sin solución.

4. UNA NUEVA FORMA DE COMPRENSIÓN DE LO JURÍDICO

Una nueva forma de comprender la realidad se hace necesaria a la luz de las consideraciones que hemos hecho. ¿Cuáles son los elementos que deben caracterizar esta nueva forma de comprensión de lo jurídico? El principal y primero de éstos, y en el que ha de hacerse mayor énfasis es en el de la realidad a la que debe dirigirse el conocimiento jurídico. La realidad jurídica no puede ser reducida a un mero fenómeno normativo, a una realidad que está dada, como hemos dicho, en todos sus contornos, una realidad que no acepte otro conocimiento que el meramente descriptivo-especulativo, la realidad jurídica es ante todo una realidad práctica.¹⁷ En efecto, el objeto de la ciencia jurídica es complejo, pues además de tener elementos dados (por ejemplo, la persona humana como fundamento del derecho), es en esencia una realidad que exige ser realizada (el orden social justo no está ya dado, hay que realizarlo, aunque su realización se hace a partir de algo dado como es la naturaleza humana).

Esta naturaleza del objeto del comprender jurídico exige un método que se adecue a este tipo de realidad, pues no sería apropiado tratar una realidad con una naturaleza determinada como la jurídica, con un método que no nos permita su

¹⁶ Véase H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

¹⁷ "El objeto del conocimiento jurídico no es una esencia puramente especulable, puesta ante nuestra consideración para ser contemplada. Se trata aquí de conductas, acciones, decisiones humanas, es decir, objetos que hacen referencia a la realidad concreta, y que no pueden ser entendidos –en tanto que jurídicos–, privados de esa referencia a la realidad". José María Martínez Doral, *La estructura del conocimiento jurídico*. Universidad de Navarra, Pamplona, 1963, pp. 16-17.

real comprensión, sino que nos dé una caricatura de la realidad. Si el objetivo del conocer humano es alcanzar o aprehender la verdad sobre algo, esto es, llegar a saber lo que la cosa es (causa formal), hacer patente al entendimiento humano la realidad de una cosa, el camino racional por el cual debe discurrir la mente para la consecución del fin deseado, debe ser tal que nos permita alcanzar, de la manera más completa posible, la realidad de tal cosa. Así, el método, el camino racional por el cual se nos ha de hacer patente la realidad jurídica ha de adecuarse al tipo de realidad propia del derecho, es decir, una realidad que en parte está dada y que en parte está por hacerse, y “esto implica considerar al método racional como un medio, un camino por el cual el estudioso transita para acceder al conocimiento, y no como un fin en sí mismo y en virtud del cual las condiciones del saber humano aparecen prefijadas según sus propios entornos de racionalidad”.¹⁸

Sin embargo, hablar de método práctico del conocimiento puede llegar a confundir a muchos, pues el nombre puede sugerir la idea según la cual en el método de comprensión de lo jurídico no estaría comprendido algún momento especulativo, o podría sugerir la idea de ser un método absolutamente práctico, separado de toda teoría, y que en el conocimiento jurídico lo teórico y lo práctico no tendrían ningún punto de relación. Nada más lejano a la realidad que esto, pues hablar de practicidad de la metodología jurídica no implica la eliminación de todo momento especulativo, al contrario, si se ha reparado bien en la definición que se ha dado del conocimiento práctico en general se habrá de ver que éste no es otra cosa que un conocimiento que tiene como finalidad no ya el mero conocer, sino que es un conocer para obrar. Aunque lo que define y distingue al conocimiento práctico es su esencial orientación al obrar, éste se constituye también como conocimiento, como captación racional de una realidad; sin embargo, esta captación no se tiene con una mera finalidad especulativa, sino que se tiene para un obrar. Con ello, el conocimiento jurídico, al ser esencialmente práctico, no estaría excluyendo el conocimiento especulativo; conocer jurídicamente también es captar esencias, realidades, pero en la ciencia jurídica ese conocer está ordenado al obrar, a la construcción de una realidad que exige y espera ser realizada. Así, el método del conocimiento jurídico debe construirse articulando estos dos momentos, el teórico de captación de esencias, descriptivo de realidades, de fenómenos jurídicos, y por otro lado, el momento de realización de la finalidad propia del derecho. ¿Cuáles son esos momentos?

Hablemos en primer lugar del momento teórico. El momento especulativo de captación de esencias y descripción de fenómenos jurídicos a su vez requiere una distinción, pues el mismo conocimiento teórico puede tener dos niveles, la realidad permite ser captada desde distintas perspectivas. Conocer, tener ciencia de algo significa conocer sus causas,¹⁹ es decir, poseer el saber acerca de aquello que origina el ser de algo y entiendo aquí por ser no sólo la mera existencia, sino una existencia determinada, algo que es, pero que es algo concreto. A su vez, la causa admite una doble concepción, ya sea como causa última o causa próxima o in-

¹⁸ Gabriel Mora Restrepo, *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 40.

¹⁹ Cfr. Aristóteles, *Analíticos posteriores*, I, 2, 71b 9, y Aristóteles, *Metafísica*, I, 981a25.

mediata de algo. En palabras del doctor Gabriel Mora, la causa última se expresa “cuando ese conocimiento (el conocimiento por causas) apunta a la mayor radicalidad posible de la realidad, es decir, a la indagación de la realidad por sus causas o principios últimos y universales”,²⁰ mientras que el segundo tipo de conocimiento por causas “consiste en aquel conocimiento cierto por las causas que apunta no ya a las causas y principios últimos de la realidad, sino a sus condicionamientos aparentes, próximos e inmediatos”.²¹ Esta diferenciación en el conocimiento por causas origina dos formas de conocer teóricamente la realidad jurídica, según se pretenda encontrar las causas últimas de ella, su fundamento, o según se indague por las causas próximas o inmediatas.

Así las cosas, el conocimiento jurídico por sus causas últimas corresponde al estudio de la filosofía del derecho que indaga por el significado último y más radical de las realidades jurídicas, mientras que el conocimiento de la realidad jurídica por sus inmediatas causas corresponde al estudio de la dogmática jurídica. Un ejemplo nos ayudará a hacer mayor claridad. Tomemos un fenómeno jurídico como lo es un contrato de compraventa celebrado entre dos personas plenamente capaces, y en el que se satisfacen todas las demás condiciones de existencia, validez y oponibilidad. Si queremos indagar por la causa próxima o inmediata del derecho que tiene cada persona de reclamar de la otra el cumplimiento de una prestación de dar, debemos dirigir nuestra mirada al Código Civil y buscar en él la causa, esto es propio del estudio de la dogmática jurídica. Pero si nos preguntamos por la causa última de los recíprocos derechos no la encontraremos en el Código, tendremos que acudir a la filosofía para explicar cómo el hombre, por ser persona, es decir, por ser digno, tiene la facultad de poseer cosas como suyas, y cómo por ser persona, y por tanto libre, es capaz de ejercer su libertad contratando con otros. Así se nos hace patente cómo el conocimiento jurídico requiere un doble nivel de comprensión teórica. Sin embargo, y como hemos insistido, el conocimiento teórico está orientado a la práctica, a un obrar específico y concreto, que es dar a cada cual lo suyo, la cosa debida según una medida o relación de igualdad, cosas que poseemos en virtud de un título. Por ello se hace necesario pasar del nivel teórico al práctico, nivel en el que se da propiamente la realización de la justicia.

Al igual que en el momento teórico, el momento práctico también requiere de una especial distinción de niveles, según la obra que se realiza sea juzgada como exterior al agente que la realiza como bien o mal hecha, o según se atienda, no sólo a la obra como algo extrínseco al agente, sino atendiendo a la rectitud moral del agente al realizarla. De acuerdo con esta distinción se puede juzgar un robo como una obra maestra de la táctica y el ingenio, pero lo que no se podría hacer –en condiciones normales por lo menos– es juzgarla como algo moralmente bueno. Según esta distinción podemos decir que el derecho requiere cierto nivel técnico que proporcione un conjunto de herramientas o habilidades por medio de las cuales se puede determinar o discernir el derecho en el caso concreto, por ejemplo, saber hacer una demanda, saber escribirla o la habilidad retórica que permite convencer o persuadir al otro (el juez) acerca de dónde está el derecho y dónde la deuda.

²⁰ Mora Restrepo, ob. cit., p. 40

²¹ Idem.

Esto hace parte del saber propio del jurista. Pero este conjunto de herramientas o habilidades no es suficiente para que el cuadro del conocimiento jurídico, determinado a dar a cada uno lo suyo (obrar propio del derecho) quede completo, se requiere algo más. De este último elemento hablaré a continuación, pero ha de hacerse una advertencia previa que se justifica por el estado actual de la ciencia jurídica. El último nivel de realización práctica del derecho corresponde al nivel prudencial, que con todo y ser el de más antigua data es el más controversial, ya que para muchos juristas, incluso los que aceptan que el conocimiento jurídico es esencialmente práctico, no aceptan que el nivel prudencial haga parte del conocimiento jurídico. Así, hablar de la prudencia jurídica hoy en día justificaría, si no una obra jurídica completamente dedicada a ella, por lo menos sí un extenso capítulo en alguna obra que trate los problemas propios del conocimiento y el razonamiento jurídico; sin embargo, aquí no podemos hacer nada más que una breve referencia expositiva de ella, que logre ilustrar y hacer medianamente comprensible el tema. Nos es imposible, por la naturaleza de este escrito, asumir y dar cuenta de la polémica que alrededor de este tema se ha suscitado, para que el estudio de esta importantísima virtud jurídica quedara completo.²²

Hemos dicho ya que la ciencia jurídica es práctica, esto quiere decir que el conocimiento que se da en la ciencia del derecho es de tal manera que no le basta con la simple captación intelectual de un *inteligible*, su objeto propio es un *agible* y su conocimiento está, por naturaleza, orientado a la acción. ¿Hacia qué obrar está dirigido este conocimiento? Es Javier Hervada quien en su libro *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho* trata el tema desde la perspectiva del oficio del jurista, es decir, aquello que constituye en esencia el oficio del jurista coincide con el obrar propio al que está dirigido el conocimiento jurídico: el oficio del jurista no es otro que determinar lo justo en el caso concreto. Así, el obrar propio del derecho es el de crear un orden social justo y a ello está dirigido también el conocer del jurista. Pero

el orden social, a cuya regulación se dirige el derecho, es un orden de la acción humana. Requiere, por ello, una virtud moral de la voluntad y una virtud moral del entendimiento: la justicia –que quiere el bien social, dar a cada uno lo suyo– y la prudencia política (en su aspecto de prudencia jurídica), que señala el orden social, la norma, para conseguir el bien común. Si el legislador o los súbditos no son justos (no quieren dar a cada uno lo suyo), o no son prudentes (no saben dar a cada uno lo suyo) el orden social y, por consiguiente, el bien común, no se realizarán.²³

De las palabras citadas es posible deducir que para que el hacer propio del derecho se realice no basta la recta disposición de la voluntad de dar a cada uno lo suyo, es necesario saber hacerlo, y ese saber hacer en el derecho es proporcionado por el nivel del conocimiento jurídico que constituye la prudencia, y ella es esencialmente una virtud por la cual se perfecciona la razón, que al fin y al cabo es conocimiento. Ahora, ¿qué tipo de saber nos proporciona el conocimiento prudencial?

²² Una referencia a esta polémica puede verse en Carlos Ignacio Massini, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

²³ Javier Hervada, *Vetera et Nova. Cuestiones de derecho canónico y afines*, Pamplona, Eunsa, 1991, p. 131.

Como hemos dicho, el oficio del jurista consiste en saber determinar lo justo en el caso concreto, en una relación jurídica concreta, no el saber abstracto acerca de la justicia (aunque también se incluye), por ello el conocimiento que nos proporciona la prudencia no es el conocimiento de los principios universales y abstractos del obrar justo, el saber propio de la prudencia es el saber de lo que es justo *hic et nunc*, aquí y ahora, en el caso concreto. “La prudencia jurídica –como dice Hervada– es una virtud de la razón práctica que la dispone a realizar con prontitud, facilidad y eficacia los actos enderezados a la consecución del orden social justo”,²⁴ con lo cual, el saber que nos proporciona la prudencia es un saber acerca de los medios que son idóneos para la consecución de un fin, que en derecho no es otro que la realización de la justicia del caso concreto. Saber determinar qué es lo justo en una relación jurídica concreta, y cuáles son los medios adecuados para su realización a partir del conocimiento de las circunstancias concretas y de los principios primeros y universales del obrar humano es lo propio de la prudencia entendida como virtud propia del jurista y como un elemento necesario y propio del conocimiento jurídico.

5. CONCLUSIONES. A MANERA DE RECAPITULACIÓN

Este ensayo no ha tenido otra intención que la de mostrar que la realidad a la que se dirige la mirada racional del jurista para conocerla está determinada por la especial naturaleza de dicha realidad, su forma de conocerla. La realidad jurídica es esencialmente práctica, su objeto es un *agibile*, esto es, un objeto que no acepta un conocimiento meramente especulativo, sino que exige su realización. Por ello, el conocimiento jurídico es esencialmente práctico, no se puede quedar en la mera descripción de fenómenos normativos, como pretendieron hacer los positivistas al querer asimilar el conocimiento jurídico al conocimiento especulativo propio de las ciencias descriptivas de las realidades naturales, y aún haciendo del conocimiento jurídico uno meramente descriptivo de realidades cometieron el error de no hablar de más realidad que la fenoménica, es decir, su trabajo se redujo a la mera descripción de lo fenoménico en el derecho, por ello redujeron el conocimiento teórico al conocimiento de la norma identificando norma y derecho, el problema es epistemológico.

No obstante, y en un intento por superar estas propuestas deficientes, hemos querido mostrar cómo la realidad jurídica, distinta a la teorizada por los positivistas, hace de la jurídica una ciencia esencialmente práctica, es decir, que el conocimiento jurídico es un conocimiento orientado a un obrar, que no es otro que la realización de la justicia, es un saber que busca dar a cada uno lo suyo en el caso concreto. Es un saber y como tal requiere de categorías y corrección racional, y requiere también de un momento especulativo, teórico, constituido por el conocimiento filosófico y dogmático del derecho. Pero al estar esencialmente ordenado al obrar, este conocimiento requiere ser complementado con un momento práctico, que no deja de ser conocimiento, pero que tiene como fin esencial ordenar

un obrar humano, que impere lo justo en los casos concretos. Ese saber práctico se alcanza a través de la técnica jurídica y la prudencia. Esta última se constituye como una virtud de la razón práctica que nos permite conocer, y que impere o mande lo justo en el caso concreto, alcanzando así el conocimiento jurídico su finalidad propia. Una sola frase podría resumir este ensayo, y sirva además como conclusión final: el conocimiento jurídico es, en esencia, un conocimiento especulativamente práctico.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvira, Tomás. Luis Clavell y Tomás Melendo, *Metafísica*, Pamplona, Eunsa, 1993.
- Aristóteles, *Metaphisica*, Edición trilingüe por Valentín García Yerba. Gredos, 1987.
- Copleston, Frederick. *Historia de la filosofía. Tomo IV. De Descartes a Leibniz*. Barcelona, Ariel, 2004,
- Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- Hervada, Javier. *Vetera et Nova. Cuestiones de derecho canónico y afines*, Pamplona, Eunsa, 1991.
- Larenz, Kart. *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- Martínez Doral, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1963, pp. 16-17.
- Massini, Carlos Ignacio, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.
- Mora Restrepo, Gabriel, *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-germánica*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2003.
- Ollero, Andrés, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982.
- Pieper, Josef. *Defensa de la filosofía*, Barcelona, Herder, 1989.
- Polo, Leonardo, *Quién es el hombre. Un espíritu en el mundo*, Madrid, Rialp, 1991.
- Reale, Giovanni, *Introducción a Aristóteles*, Barcelona, Herder, 1985.
- Severino, Emanuele, *La filosofía moderna*, Barcelona, Ariel, 1986.