

## CIENCIA DEL DERECHO

**Jorge Streeter**

Importantes e influyentes corrientes del pensamiento jurídico del siglo XX sostienen que el derecho es, en lo fundamental, un conjunto de normas y principios generales. De ello se sigue que la ciencia del derecho sería un conocimiento sistemático del aspecto normativo del derecho. Este artículo quiere ofrecer una visión diferente, proponiendo que el saber propiamente jurídico ni es general ni tiene por principal objeto lo normativo. Es conocimiento jurídico por antonomasia aquel que informa la decisión de una contienda específica entre partes. Que tal sea el sentido primario de nuestra *scientia*, saber de lo justo en una causa particular, tiene consecuencia porque lo más importante que hacemos en ejercicio del hermoso arte del derecho es con miras a la decisión de un conflicto actual o potencial.

### I

Que el derecho sea esencialmente el conjunto de normas y principios generales que regulan coercitivamente el comportamiento de los seres humanos que vivimos en sociedad, es algo que de tan repetido nos llega a parecer evidente, no necesitado de mayor explicación. El fenómeno más

---

JORGE STREETER PRIETO. Profesor de Derecho en la Universidad de Chile.

propio de lo jurídico, se nos dice y reitera, encuentra su foco en la ley, paradigma de la regla general de conducta, por lo cual los saberes jurídicos son conocimientos organizados referidos fundamentalmente a normas generales y a los principios que de esas normas se deducen.

Si revisamos los textos que más influencia han tenido en la formación jurídica en Chile durante el siglo veinte, no es otra la visión que obtenemos.

Para Claro Solar “el derecho es el conjunto de reglas a cuya observancia el hombre puede y debe ser obligado por la fuerza”<sup>1</sup>. V. Pescio, a su vez, se vale habitualmente de la voz “derecho” en el sentido de regla o ley y describe el ordenamiento jurídico como un conjunto de normas<sup>2</sup>.

Vodanovic, culminando con la tradición intelectual mencionada, señala que “derecho objetivo es el conjunto de normas que, en una sociedad organizada y autónoma, disciplinan, generalmente bajo amenaza de sanción, el comportamiento de los miembros de ella en las relaciones que entablan entre sí para satisfacer sus necesidades materiales y espirituales y lograr el bien común”<sup>3</sup>.

El pensamiento jurídico nacional en la materia no se aparta en esto de tendencias que predominan en diversas tradiciones jurídicas. La tradición continental, centrada en la obra de Hans Kelsen, y la tradición del derecho común cuyos mejores expositores han sido Austin y H. L. A. Hart, comparten en lo sustancial la idea de que el derecho es principalmente un asunto de normas. La norma fundamental hipotética propuesta por Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart son, pese a múltiples diferencias entre ellas, ilustraciones de la preeminencia que lo normativo tiene en sus respectivos sistemas de explicación del derecho.

En los años 1989 y 1990 una revista francesa de teoría jurídica publicó ponencias de diversos autores sobre el tema “Definir el derecho”<sup>4</sup>. De ellos, 25 conciben lo jurídico en función de normas, reglas, leyes.

Siendo la antes descrita la noción que el siglo concibe como la más expresiva de la *res iuridica*, no es de extrañar que la concepción de la *scientia iuris* se muestre en la misma línea de razonamiento.

---

<sup>1</sup> La cita de Claro Solar está tomada del primer tomo de sus *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (1978), p. 4. La similitud entre ley y derecho se muestra en el mismo texto, al escribir: “En su sentido más lato la ley es una regla de conducta impuesta por una autoridad a la cual debemos obediencia” (p. 27).

<sup>2</sup> La opinión del profesor Pescio es de su *Manual de Derecho Civil*, Tomo I (1978), pp. 25-26 y 185-186.

<sup>3</sup> Los conceptos dados por Vodanovic se encuentran en el *Tratado de Derecho Civil: Parte Preliminar y General*, Tomo I (1998), p. 15.

<sup>4</sup> La recensión de opiniones de juristas extranjeros está en *Droits* números 10 (1989) y 11 (1990), que consigna los puntos de vista de 45 autores.

Vodanovic, resumiendo muchos decenios de docencia jurídica nacional, expone que “la Ciencia del Derecho se ocupa del origen y evolución de los principios teóricos y normas de orden jurídico, sea en un país determinado o en el mundo en general: compara las instituciones jurídicas de diversos países y las agrupa en sistemas, atendiendo a sus caracteres fundamentales comunes; también analiza las diferencias legislativas en el tiempo; de acuerdo con las necesidades sociales, prevé los cambios de los ordenamientos jurídicos y se adelanta a proponer las soluciones y, en fin, concibe diversos métodos de interpretación del derecho”<sup>5</sup>.

Un autor extranjero de similar opinión señala que “se denomina ciencia jurídica a aquella disciplina que trata de conocer el derecho desde el punto de vista normativo, es decir, tiene como objeto la descripción del aspecto normativo del derecho o, mejor, el derecho visto como conjunto de normas”<sup>6</sup>.

Si se concibe el derecho como un conjunto de normas generales y principios, y si se cree también que la ciencia no es de lo singular, sino de lo general, pareciera que lo que han tratado de hacer juristas de los siglos XIX y XX es, hasta donde lo permite la naturaleza especial de lo que aceptan como *res iuridica*, construir una disciplina al estilo de la geometría, como la jurisprudencia de conceptos, o al modo de la física, como la jurisprudencia de intereses, entendidos éstos casi como fuerzas de acción y reacción<sup>7</sup>.

Teniendo un objeto como son las reglas generales, la demanda de verdad que hace toda ciencia estaría satisfecha por la coherencia de las proposiciones que se mientan sobre las normas, construidas en un sistema u ordenamiento jurídico.

## II

Me parece que no es adecuado colocar como centro de lo jurídico, como foco del sentido de aquello que denominamos derecho, a la ley general. Esta, cuya indudable importancia para la convivencia social no se discute, es la obra de un arte muy respetable, el arte de la política, pero no es

---

<sup>5</sup> Vodanovic, *Tratado de Derecho Civil: Parte Preliminar y General*, Tomo I (1998), p. 79.

<sup>6</sup> A. Calsamiglia, citando a H. Kelsen, en “Ciencia Jurídica” (1996), p. 17.

<sup>7</sup> Sobre concepciones actuales de la ciencia del derecho, véase también M. Atienza, “Introducción al Derecho” (1998), y el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (1998).

una obra del derecho<sup>8</sup>. Como lo ha dicho un destacado profesor chileno, el derecho es en cierta medida reactivo a las normas. Creo que el núcleo de lo jurídico, que no está en la ley general, se encuentra propiamente hablando en el juicio particular que decide, aquí y ahora, un conflicto entre dos partes en disputa.

Sabemos que el juez, principal actor del mundo del derecho, no puede excusarse de pronunciar juicio o sentencia so pretexto de que no ha encontrado una ley que resuelva el caso. Por consiguiente, el acto más propio del arte jurídico, el juicio que decide un pleito, puede existir en ausencia de ley que mire al núcleo de la *litis*. Así como debe haber juicio aunque faltare ley, es también perfectamente sabido que debe haber juicio aunque existieren dos o más leyes, principios o normas generales de contrario sentido, aplicables al núcleo del pleito. Así, pues, sea por defecto o por exceso, puede faltar “la” ley en lo que es el foco de lo jurídico, pero lo que no puede faltar es precisamente el juicio que constituye lo esencial de nuestro fenómeno.

No se trata de restar importancia a la ordenación, a la disposición de las cosas humanas que la política hace a través de la ley. Las reglas generales se encuentran en todas las épocas y en todas las sociedades en que conviven seres humanos que se comunican mediante lenguaje. No se discute tampoco que la ley general sea importante en la decisión de conflictos, por lo menos en aquellos casos en que habiendo una norma sobre la materia principal del pleito, ella no es contrariada por otras normas, reglas o principios.

Lo que sí se sostiene es que lo propio, lo esencial, lo fundamental de lo jurídico no se encuentra en la ley, sino que en el juicio, que —como ya se vio— es debido aunque no exista ley o aunque las haya contradictorias.

La ley o regla general es una ordenación o disposición de conductas, una instrucción o mandato dirigido hacia personas. Su vocación propia es la aplicación o cumplimiento de lo que preceptúa la llamada norma secundaria. Mientras las personas cumplan espontáneamente la ley, o lo hagan asistidas por la administración, estamos en el campo propio del arte político. A éste cabe la obra consistente en lograr que la generalidad de las personas, en la generalidad de las situaciones, dé, haga u omita lo que la ley pone de su cuenta. Es así que el político y el administrador tienen por

---

<sup>8</sup> La naturaleza política y no propiamente jurídica de la ley es la tesis que creo desprender de E. Voegelin, *The Nature of The Law* (1991). Para Voegelin la ley es “la sustancia del orden” del Estado, con lo que muestra su honda discrepancia con quienes la conciben como una cierta forma de interpretación desprovista de contenido esencial, a la par que ubica lo legal en el ámbito de la *episteme politike*.

propia tarea procurar que las normas sean eficaces, pues así disponen realmente las conductas de las personas hacia el bien común.

Mientras la ley se cumpla espontáneamente, o con el mero auxilio de la policía administrativa, todavía no entramos propiamente en el campo del derecho, sino que aún nos mantenemos en el gobierno de la comunidad por el poder político.

### III

Alexandre Kojève ha mostrado en forma estupenda a nuestra época lo que juristas y jueces han experimentado por siglos: la sede de lo jurídico yace en el juicio, acto particular en que se dice lo justo de la causa o *litis*<sup>9</sup>. La ley, si la hay aplicable, es un criterio de decisión; pero ella, la ley, no resuelve ni decide la *litis*. Quien tiene la carga de decidir o fallar la causa es el juez. Y durísima carga es ésta, por aquello de “No juzguéis” (Mateo 7,1-2 y Lucas 6,37). Quien sobre sí toma el juicio, quien acepta ser juez de su prójimo, necesariamente será, a su vez, juzgado por lo que en tal calidad hiciere.

En los ensayos de P. Ricoeur sobre lo justo, relata el autor una experiencia y muestra una esperanza en relación con el juicio jurídico.

La experiencia se dice así:

En la École National de la Magistrature encontré lo jurídico bajo la figura precisa de lo judicial, con sus leyes escritas, sus tribunales, sus jueces, su ceremonia del proceso y, por último, el pronunciamiento de la sentencia *donde se dice el derecho*, en las circunstancias de una causa, de un caso eminentemente singular. Así llegué a pensar que lo jurídico, aprehendido bajo los rasgos de lo judicial, ofrecía al filósofo la ocasión de reflexionar sobre la especificidad del derecho, en su lugar propio, a medio camino entre la moral y la política<sup>10</sup>.

Y así se muestra la esperanza:

Pienso que el acto de juzgar alcanza su meta cuando el que ha ganado el proceso aún se siente capaz de decir: “Mi adversario, el que ha perdido, sigue siendo un sujeto de derecho como yo; su causa merecía ser escuchada; él tenía argumentos plausibles y éstos

<sup>9</sup> Alexandre Kojève, *Esquisse d'une Phénoménologie du Droit* (1981), Cap. I, “Définition du Droit”, pp. 19 ss.

<sup>10</sup> Paul Ricoeur, *Lo Justo* (1997), p. 9.

fueron escuchados”. Pero el reconocimiento no sería completo si estas palabras no pudieran ser dichas por el que perdió, el que no tuvo la razón, el condenado: él debería poder declarar que la sentencia que le quita la razón no es un acto de violencia sino de reconocimiento<sup>11</sup>.

#### IV

La relación entre ley, hecho y juicio se mienta habitualmente como una inferencia que va desde premisas legales y de hecho hacia una conclusión necesaria que constituiría el juicio o decisión del asunto controvertido. Un juez nacional, escribiendo precisamente sobre la sentencia, expresa lo siguiente:

Tanto la interlocutoria, el auto, como la sentencia definitiva constituyen uno o varios silogismos que determinan uno o múltiples efectos jurídicos: la hipótesis de hecho que contempla la norma; un determinado actuar que ha sido comprobado y, por último, su concordancia con la hipótesis enunciada. De esta adecuación surgen los efectos jurídicos pretendidos por el litigante. La premisa mayor consiste en la hipótesis de hecho que la ley prevé y la premisa menor la constituye su efectiva realización. Finalmente, la premisa final o conclusión implica la consecuencia necesaria de dicha subsunción y la determinación de los efectos jurídicos que por ella deben producirse<sup>12</sup>.

Y luego el mismo autor agrega: Si se sabe razonar y si se cuenta con las leyes necesarias y éstas se encuentran al día, ninguna causa resultará irresoluble.

La opinión de este magistrado está lejos de ser un punto de vista aislado. Más bien, constituye una clara expresión de lo que buena parte de nuestra doctrina jurídica y la mayoría de nuestros magistrados creen respecto de la aplicación jurisdiccional de la ley.

Al poner los juristas el acento en la ley se hace usual la mala inteligencia de los tópicos “ubi societas ibi ius”, “iura novit curia”, “da mihi facta, dabo tibi ius” y otros similares. Las doctrinas al uso leen “ley” donde el tópico muestra *ius*. No se trata de que “en toda sociedad hay leyes”, sino que el tópico destaca que el estado de cosas, la situación o relación entre personas, que es amparada por el juez sólo tiene sentido en una circunstancia de convivencia, por razón de lo cual no existe *ius* que prescinda del otro, del prójimo, o que autorice que se convierta al otro en mera cosa o

<sup>11</sup> Paul Ricoeur, *Lo Justo* (1997), p. 188.

<sup>12</sup> La cita está tomada de J. Guzmán T., *La Sentencia* (1996), p. 15.

medio para lograr mis propósitos. En el mismo sentido, no significan estos tópicos que los jueces conozcan las leyes (claro que deben conocerlas, pero también lo pueden otros letrados y muchos legos) por lo que, una vez que las partes prueben los hechos, ellos —los jueces— dirán a las partes cuál es el mandato legal. No es así. Más bien se trata de que lo sustancial de ser juez está en su experiencia de conocer, y por ende poder decir lo que es justo en la causa singular descrita por los hechos que se le demuestran y por las peticiones de los litigantes.

Por tanto, no hay pretensión jurídica que sea “absoluta”: *summum ius summa iniuria*. Un alcance: el carácter no absoluto del derecho, de lo justo, precede por muchos siglos la máxima kantiana, postulado de toda relación que, por justa, merezca llamarse jurídica: “No degradar a ningún otro hombre convirtiéndolo únicamente en medio para mis fines”<sup>13</sup>.

Desconocer que lo justo es relación entre personas, exigir tanto o de tal modo que el otro ya no sea sujeto de relación jurídica, sino mero objeto o cosa, acarrea lo siguiente:

Si yo soy un puro medio, también es puro medio el tú que amo, y entonces ninguno de los dos tenemos nada gratuito que darnos, porque ni como esencias somos algo único e irrepetible, ni como entes existentes nos está verdaderamente consentido *ser*. Esto quiere decir que el amor personal ya no irradia destello alguno de gloria, o a lo sumo una ilusión engañosa de la misma a la que los amantes deberían mirar con una nostalgia cada vez más grande, o con cinismo: ya que una gloria del amor sólo puede florecer en el ámbito de una gloria del ser al menos barruntada. Donde el amor personal queda degradado en elemento casi mecánico de un proceso trascendental o biológico-evolucionista o materialista, ningún otro valor podrá contrarrestar jamás esa pérdida, la existencia queda completamente privada de sentido y de esplendor, y no sería posible aportar una sola razón por la que es mejor que algo exista en lugar de nada<sup>14</sup>.

Muestra el texto anterior que quien utiliza a otro como medio para lograr sus finalidades, quien —en otras palabras— le trata como si fuera una cosa, le priva de ser persona. Y yo no deseo ser tratado como mera cosa, por lo cual la regla de oro pone de mi cargo, siendo con el otro como deseo que el otro sea conmigo, tratar al prójimo siempre como persona, nunca como cosa, como medio, como objeto.

<sup>13</sup> *Metafísica de las Costumbres*, 2ª Parte, I. § 26; *Crítica de la Razón Práctica*, Libro I, Cap. III.

<sup>14</sup> Hans Urs von Balthasar, *Gloria*, volumen 5, p. 593.

De esta manera, la regla áurea, que es la más antigua de todas las máximas morales, varios de los más significativos tópicos del derecho y la propia máxima kantiana del actuar correcto, apuntan todas en una misma dirección: la del camino que he de seguir para develar el *ius*.

La centralidad del juicio, núcleo de lo jurídico, está en la filosofía ética de Aristóteles, en la jurisprudencia romana, en Tomás de Aquino, en los teólogos juristas españoles del Siglo de Oro y, hasta nuestros días, en pensadores como M. Villey y G. Kalinowski. Pero, más que todo, ha estado y está en la experiencia de quienes practican el arte jurídico.

## V

Veamos someramente si la opinión mayoritaria entre nosotros comprende bien la naturaleza del juicio jurídico.

Hay juicios, y por cierto que muy famosos, en que el litigio entre las partes está casi enteramente determinado por lo que llamaríamos cuestiones de hecho, esto es, por el conocimiento que tenga el juez de la realidad de las cosas. El famoso juicio del sabio rey Salomón, la ingeniosa sentencia del gobernador Sancho en su ínsula Barataria, son ilustraciones de aquellos casos que, sin plantear ninguna discusión de cuestiones de derecho, pueden ser resueltos por la perspicacia del juzgador. Ante Salomón nadie discute que el hijo debe quedar con su madre. Ante Sancho nadie controvierte que las monedas de oro dadas en préstamo hayan de ser restituidas. La sabiduría del rey, lo que en el gobernador Sancho se llama sólo ingenio, está en la mirada con que captan la realidad de los hechos por conocer la naturaleza de las personas que ante ellos se encuentran.

En aquellas contiendas en que las reglas aplicables no se discuten, en que ellas son aceptadas por la generalidad de quienes acuden ante el juez, y en que el conflicto reside en una discrepancia sobre lo que realmente ha ocurrido, una vez establecidos los hechos en su verdad el juicio no presenta mayor dificultad.

Otras causas tenemos en que sí hay contienda o controversia sobre aspectos propiamente legales, amén de aquella que pudiere existir respecto de situaciones de hecho. Muchas de estas causas permiten su decisión por el modo paradigmático de aplicación de las leyes, que es el razonamiento deductivo. Dos estupendas ilustraciones de esta manera de aplicar la ley se encuentran en un libro de Neil MacCormick y en el tratado sobre interpretación de las leyes de F. Bennion, quienes muestran magistralmente el modo



de aplicar el razonamiento deductivo en derecho, sus exigencias y limitaciones<sup>15</sup>.

Que la lógica sea prescindible al momento de redactar el juez su sentencia y el jurista su opinión o dictamen, es una ineptia. Quien quiera prescindir de la lógica que no se prive de leer *La Génesis Lógica de la Sentencia Civil* que P. Calamandrei publicara a comienzos del siglo veinte, y saldrá de su error.

Pero quien cree que el arte jurídico se agota en la lógica, que no precisa sino de ella, yerra gravemente.

Hay contiendas en que el razonamiento deductivo no puede ser aplicado, sin más, para determinar la adecuada consecuencia de una disposición legal. Ch. Perelman ha escrito, y J. Wróblewski lo cita con aprobación, que en verdad no sería necesario contar con un juez en aquellos casos en que las reglas llevan a la generalidad de las personas a la misma solución, por existir reglas adecuadas de razonamiento que parten de premisas no controvertidas<sup>16</sup>. Ambos distinguidos autores están contestes en que la verdadera prueba de fuego del juicio jurídico se encuentra en aquellas controversias en que las reglas son equívocas, en que el razonamiento, por correcto que fuere, no permite inferir una conclusión única, sino que es preciso adoptar decisiones, tantas cuantas fueren necesarias, para permitir volver al modo paradigmático de aplicación de las leyes. Y estas decisiones, cada una de ellas un verdadero juicio jurídico, juicio del jurisprudente en que se aúnan inteligencia y voluntad, no proceden solamente del empleo de la razón.

Son estas contiendas las que van bajo el nombre de casos jurídicos difíciles, en que la dificultad no está en que exista controversia entre las partes sobre los hechos o sobre las leyes o sobre ambos, sino que consiste en que la certeza moral del juicio jurídico no se logra obtener por el solo empleo de razonamientos silogísticos.

Lo dicho en este artículo sobre el juicio en casos difíciles podría hacer creer que, a mi modo de ver, las causas en que la sentencia puede derivarse deductivamente serían banales o mecánicas. No hay tal. Su fallo puede exigir el máximo de quien debe justificarlo, tanto en habilidades argumentativas y de razonamiento, cuanto en la más insigne fortaleza de espíritu y valentía moral.

---

<sup>15</sup> El ejemplo de MacCormick está en *Legal Reasoning and Legal Theory* (1997), pp. 19 ss. Las explicaciones de Bennion en *Statutory Interpretation* (1997), pp. 909 ss.

<sup>16</sup> Wróblewski, *The Judicial Application of Law* (1992), p. 315.

Sin duda que al juez del caso *Daniels*, expuesto por MacCormick, no le fue simpático acoger la demanda respecto de la señora Tarbard, mientras le negaba lugar respecto de la sociedad comercial que elaboró la bebida contaminada.

La entereza llevada al límite es la del Capitán Vere, creado por la magistral pluma de H. Melville en *Billy Budd, Sailor*. Vere, con el alma hondamente dolida, aconseja a los oficiales que juzgan a Billy Budd que procedan en una forma que, técnicamente, corresponde a la aplicación de la ley en forma deductiva. Sabe Vere que ello no puede sino concluir, como de hecho concluye, en sentencia de muerte dictada contra el marinero. Sabe también Vere que, en otro navío, en otra época, en otras circunstancias, el tribunal podría haber aceptado una excusa o atenuante, que exculpara a Billy Budd o que le permitiera recibir una pena menor. Pero en 1797, recién controlados dos graves motines de la flota, en un navío inglés en campaña contra las escuadras de la Francia del Directorio, no podía el capitán Vere actuar sino como lo hizo.

Las causas en que procede, por ser posible, la aplicación de la ley por modo deductivo, pueden comprometer hasta lo más íntimo al jurista, al juez. Lo “difícil” que se les niega, se refiere a un aspecto del arte del derecho; no se refiere a una exigencia menor a la persona que juzga o dictamina.

## VI

El paso de la generalidad de la regla a la particularidad de su aplicación, aquí y ahora, a estas personas y no a otras, respecto de cierta conducta, puede estar marcado por cierto halo de incertidumbre, de indeterminación, de duda.

Quienquiera se haya ocupado realmente de la práctica del arte del derecho, de procurar conocer qué es lo justo de cada uno en una situación de conflicto, por buena experiencia propia sabe que esa incertidumbre, esa indeterminación, esa duda, le han acompañado una y otra vez en su contacto con la realidad de lo jurídico.

¿Y qué es, para una persona, esa duda?

Wenisch la describe así:

El sujeto [que experimenta la duda] (1) considera posiblemente verdaderas al menos dos respuestas que se le ofrecen como solución de una cuestión determinada o de un problema determinado; (2) vacila perplejo entre las posibles respuestas; no sabe a cuál de ellas

quedarse; (3) tiene el deseo no satisfecho de estar seguro, y (4) el sujeto tiene la convicción de que, en el asunto de que se trata, él no debe dar prematuramente su asentimiento<sup>17</sup>.

El que la duda que uno tenga constituya o no una duda razonable es cuestión de la calidad de ser discreto, que a la persona le viene de su experiencia en el trato serio y habitual con cuestiones o problemas de la especie de que se trate: en nuestro caso, conflictos entre partes con posiciones encontradas que han de resolverse mediante la decisión de un tercero imparcial y desinteresado. Si un sujeto que trata habitualmente con lo jurídico nunca hubiera tenido la experiencia de la duda, o sería un espíritu puro, o tal vez sería alguien que carece de discreción, del discernimiento requerido para distinguir entre diversas opiniones más o menos bien fundadas.

A continuación se dan tres de muchas ilustraciones posibles sobre las causas o motivos de la incertidumbre, indeterminación o duda que se puede experimentar ante una *litis*.

Es bien sabido desde las primeras reflexiones que el hombre ha hecho sobre la ley que ésta es una proposición de conducta que no es universal, sino que es meramente general, esto es, pretende regir en la mayoría de los casos: aquéllos en que los juristas aprecian que se da la *mens legis* o aquéllos en que realmente se encuentra el bien jurídico protegido por la norma o aquéllos en que se cumple en plenitud la finalidad que la norma persigue. Decir que una regla es meramente general, ha significado siempre aceptar que hay situaciones particulares que parecen estar comprendidas en la letra y el sentido de la ley, pero en las que en realidad la ley no ha de tener aplicación. Reconocer cuáles son esos casos es propio del discernimiento jurídico, particularmente de la calidad de ser discreto que corresponde al juez, que cabe esperar del jurista.

Tan fuerte es este fenómeno, llamado de la equidad o epiqueya, que él se manifiesta no solamente en las leyes humanas, sino que también en la ley divina. Una prueba al canto. Dijo Dios a Moisés, y lo grabó con fuego en las Tablas de la Ley entregadas en el Sinaí, que los israelitas debían guardar el día del Señor. Pues bien, sin discutir un ápice esta ley de Dios, los sabios de Israel, reconociendo que la propia ley de Dios es general y no universal, llenaron muchas páginas de la Misná exponiendo situaciones y conductas que no eran alcanzadas por el precepto del descanso sabático<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> F. Wenisch, *La Filosofía y su Método* (1987), p. 50.

<sup>18</sup> C. del Valle (ed.), *La Misná* (1997), especialmente en "Shabbat", pp. 217 ss.

No se trata, como algún moralista actual malamente pueda haber entendido, que los justos de Israel hubieran desconocido la infinita sabiduría de Dios legislador, atribuyendo a algún defecto suyo el que no pudiera dictar una ley plenamente universal. Bien sabían esos sabios que la falla que impide a la ley divina ser universal no está ciertamente en Dios, sino que está en los hombres, en la debilidad que es propia de nuestra condición. Que el Señor hubiera entregado a Moisés un mandamiento detallando todas y cada una de las situaciones en que no era exigible el descanso sabático, hubiera importado dar una regla de tal extensión y complejidad que ninguno de nosotros habría podido comprenderla y ni siquiera leerla en su integridad. Prefirió Dios dejar en manos de los suyos el ejercicio del discernimiento necesario para distinguir cuándo el reposo era exigido y cuándo podía no serlo. No solamente eso, sino que también Dios permitió a los sabios de Israel discrepar sobre algunas de estas materias, como ocurrió entre las escuelas de Samay e Hilel, con lo cual el necesario ejercicio del discernimiento se desplazaba de las opiniones discrepantes de los sabios al juicio de aquella persona que, sin ser hombre de la ley, era un israelita piadoso.

El tratamiento clásico de la epiqueya está en Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V, 1136 a 34 -1138 a 4, y en Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, Q.XCVI, art. 6. Para comprender la fuerza del ejemplo que pone Santo Tomás (“en una ciudad cercada se decide por una ley que sus puertas permanezcan cerradas, lo que es útil al bien general en la mayoría de los casos”) conviene recordar que a comienzos del siglo en que se escribe la *Suma de Teología*, la infracción de este precepto por algunos imprudentes ciudadanos de Béziers permitió que los sitiadores entraran en la ciudad, la tomaran y masacraran a sus habitantes, tanto a los cátaros contra quienes se dirigía la cruzada, como a los fieles hijos de la Iglesia Romana a los que se quería proteger.

Así como en las contiendas con vocación de equidad se crea un aura de indeterminación, incertidumbre o duda respecto de alguna situación particular en que falla la presunta universalidad de la letra y del sentido de la ley, también ocurre algo similar cuando frente a la ley se yergue un estado que hace que ella, la ley, sea temporal y excepcionalmente inaplicable. Es el estado de necesidad, del cual la más antigua sabiduría jurídica dice que él no reconoce ley. Ciertamente es que el estado de necesidad no tiene ley, pero eso no absuelve al juez de decir el derecho, lo justo, en esa particular circunstancia.

Una bella ilustración del estado de necesidad, de cómo ante él cede la ley para dar lugar a la creación equitativa de lo justo por el juez prudente, es el famoso caso de Luisa Ménard resuelto por el juez Magnaud en un

humilde tribunal de aquella Francia que estaba dominada por la escuela jurídica de la exégesis. Luisa Ménard, dispuesta a trabajar, pero quien no podía hacerlo por falta de un trabajo que fuera compatible con el deber de mantener a su madre enferma y cuidar a su hijo infante, acuciada por el hambre y para beneficiar, no a sí misma, sino a su madre y a su hijo, ambos sangre de su sangre, se apropia de un pan en una panadería y es encausada por robo. El buen juez Magnaud la absuelve y esta absolución, en su época tan duramente criticada, hoy día nos parecería no solamente normal, sino que hasta necesaria en un juez digno y probo<sup>19</sup>.

Otro caso notabilísimo es el de la epístola o informe de Maimónides sobre la conversión forzosa de israelitas al Islam en el siglo XII<sup>20</sup>.

Una tercera y típica causa de “dificultad” en la dicción del derecho se encuentra en la colisión, en la *litis* de que se trate, que se produce entre dos principios que cobran simultánea aplicación, pero que —en el caso en cuestión— parecen apuntar en direcciones opuestas.

En los principios de Unidroit para los contratos mercantiles internacionales, se contemplan —entre muchos— los dos siguientes:

1.1. Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido.

1.3. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes.

Es el clásico *pacta servanda sunt*.

3.10 (I). Cualquiera de las partes puede dar por anulado un contrato o cualquiera de sus disposiciones si en el momento de su celebración, éste o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva.

Se trata, aquí, de la lesión por falta de equivalencia de las prestaciones.

Muchos hemos tenido la experiencia de causas en que el actor pone como causa de pedir uno de estos principios, mientras el demandado se acoge al otro. Sería una torpeza que el jurista decidiera que uno de los

<sup>19</sup> La decisión se transcribe y comenta en H. Leyret, *Las Sentencias del Buen Juez Magnaud* (1990), pp. 11 ss. Magnaud incluye el estado de necesidad en la eximente del artículo 64 del Código Penal Francés. “No hay crimen ni delito cuando el procesado [...] ha sido violentado por una fuerza a la cual no ha podido resistir”. Se señala en comentario que, a la época del fallo (1898), los tribunales franceses presuponían que la fuerza irresistible debía ser física y extraña.

<sup>20</sup> Véase el texto del informe en Maimónides, *Cinco Epístolas de Maimónides* (1988), pp. 49 ss.

principios es nulo o inaplicable. No se trata de excluir un principio a favor del otro, sino de ponderarlos, y esto sólo es posible ante la circunstancia particular de la *litis*.

Ninguno de los dos principios puede, sin más, constituirse en premisa mayor de un razonamiento deductivo. El peso que uno y otro tengan, siendo ambos principios fundamentales de la contratación, es materia, no de un silogismo, sino de una decisión prudente que importa elegir entre alternativas, ambas tal vez plausibles, pero entre las cuales hay que pronunciarse.

## VII

Ocorre, entonces, que hay conflictos jurídicos en que aquello que es exigido saber para decidirlos justamente se encuentra en un área donde la regla no guía hacia una buena decisión, porque en esa área la realidad de las cosas hace que las leyes se presenten inciertas o dudosas. No se trata, en modo alguno, de que los casos jurídicos difíciles sean tales que en ellos todas las leyes adolezcan de incertidumbre. Si así fuera, respecto de tales casos la convivencia se haría imposible. Lo que ocurre en casos jurídicos difíciles es que una o más normas que directamente interesan para la decisión de la *litis* están, por así decirlo, en entredicho, no dan luz en aquella área que es la más importante para decidir la controversia.

Por eso, en estos casos jurídicos difíciles el modo paradigmático de aplicación de reglas de conducta, que es el razonamiento deductivo, no puede tener inmediata aplicación. El caso jurídico difícil exige del juez, del jurista, una o más decisiones o juicios jurídicos parciales que le permitan recomponer, hacer posible, el razonamiento deductivo para seguir el camino desde las premisas hasta la conclusión tantas veces cuanto fuere necesario.

Las fuentes que crean dificultad en una *litis* pueden ser, además de las ya vistas epiqueya, colisión de principios y estado de necesidad, muchas otras, tales como las que encuentran su origen en conceptos jurídicos indeterminados o difusos, en antinomias, en colisión de tópicos, en la novedad del asunto litigioso, etc.

En los casos jurídicos difíciles el jurista y el juez deben, antes de dar el primero su opinión y el segundo su sentencia, tomar decisiones, esto es, emitir juicios: por ejemplo, deben decidir qué significa aquí y ahora, en este caso, la expresión “orden público”; deben decidir cuál sea, de entre dos exigencias diversas, la que se aviene con la *ratio iuris* pertinente, etc.

El saber que informa esos juicios jurídicos es lo que se conoce propiamente como *scientia* del derecho, no en el sentido en que se usa el término “ciencia” a partir de la Edad Moderna, sino en el sentido que la *scientia* tenía para quienes fueron creadores de la jurisprudencia. Qué claro lo tenían esos romanos para quienes la *scientia* o saber del derecho, la jurisprudencia, era sobre lo justo y lo injusto referido a una *litis* específica.

La sabiduría jurídica de los romanos se ocupó muy poco de la *lex*. Quienes sí lo hicieron, al modo de Cicerón, fueron oradores o filósofos estoicos que seguían las aguas de la filosofía helenística. Los jurisperitos romanos se ocuparon del *ius*, de aquel estado de cosas, de aquella relación específica entre personas, que la *polis*, *civitas*, *regnum* o Estado, encarnado para este efecto en el juez que practica el arte jurídico, protege y tutela.

## VIII

La ley es el núcleo del fenómeno político. Su vocación está en el cumplimiento espontáneo o asistido por el auxilio meramente administrativo, que hace posible aquella general eficacia de las normas jurídicas, ausente la cual la *polis* no puede subsistir.

Pero la ley no va directa y necesariamente a lo singular contencioso; ella no decide la *litis* entre partes. Entre la generalidad de la prescripción legal y el particular juicio sobre una controversia en justicia, puede interponerse una situación de relativa indeterminación, de duda o incertidumbre. El *iter* desde aquella generalidad al juicio particular pasa por la persona del jurista, del juez. Pasa por su *ratio*, pero no solamente por ella, sino que también pasa por su *intellectus* y por su *cor*, por lo más profundo de su persona. Así es el juicio jurídico en casos difíciles, así es la causa que informa la sentencia que dice qué es lo justo en la decisión de esta concreta *litis*.

Puede y debe haber decisión jurídica aunque falte, falle o sobrea-bunde la ley; pero no hay derecho sin juicio. Y este juicio procede de *ratio* y *voluntas*, de *intellectus* y *cor*.

En lenguaje de Pascal, el juicio jurídico exige el *esprit de finesse* que describe en sus *Pensamientos*:

En uno (*l'esprit de géométrie*) los principios son palpables, pero están alejados del uso común, por manera que, faltos de hábito, apenas les prestamos atención; pero por poco que atendamos a ellos, captamos los principios con plenitud; y se requeriría de falsedad espiritual para razonar mal a partir de principios tan de bulto que es casi imposible que (su significado) se nos escape.

Pero en el *esprit de finesse*, los principios son de uso común y están delante de los ojos de todo el mundo. No exigen que nos violentemos para aprehenderlos; se trata solamente de tener buena vista, y muy adecuada; porque los principios son tan poco sistemáticos y los hay en tan gran número, que es casi imposible que alguno no se nos escape. Ahora bien, la omisión de un principio arrastra al error; por lo tanto hay que tener la visión clara para aprehender todos los principios, y luego valerse de un espíritu justo para no razonar incorrectamente a partir de principios conocidos<sup>21</sup>.

Comentando este pensamiento, Romano Guardini en su *Pascal*, expone algo que me parece muy pertinente a lo nuestro:

*Esprit de finesse* es la capacidad de comprender en su singularidad la realidad del hombre, realidad muy distinta a la de los cuerpos simples que el *esprit de géométrie* estudia en las Matemáticas y la Física. *Coeur* es la unidad de los actos que experimentan y se apropian de los valores. Ambos son, no obstante, de procedencia espiritual; conocimientos que se fundan en percepciones. Lo que realiza el *esprit de finesse* no es una intuición irracional; existe, al contrario, una “lógica” que lo ayuda. Y si Pascal declara con modestia que él no se encuentra en condiciones de construirla, sus *Pensamientos* contienen contribuciones sorprendentes al problema de saber con qué instrumentos racionales debe abordarse la realidad viviente del hombre.

Por lo tanto, el *coeur* no es un sentimiento irracional, sino una valoración espiritual, que funda un conocimiento en el sentido más preciso del vocablo; así existe una lógica del corazón, es decir, de los motivos y de los valores de la realidad<sup>22</sup>.

Que ni *coeur* ni *esprit de finesse* estén al margen de la razón se confirma con una afirmación de la filosofía perenne que, para el caso, tomamos en la formulación que de ella hace J. Pieper.

La Edad Media distingue la razón como *ratio* de la razón como *intellectus*. La *ratio* es la facultad del pensar discursivo, del buscar e investigar, del abstraer, del precisar y concluir. El *intellectus*, en cambio, es el nombre de la razón en cuanto que es la facultad del *simplex intuitus*, es la “simple visión” a la cual se ofrece lo verdadero como al ojo el paisaje. Ahora bien: la facultad cognoscitiva espiritual del hombre, y así lo entendieron los antiguos, es ambas cosas: *ratio* e *intellectus*; y el conocer es una actuación conjunta de ambas<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Blas Pascal, *Pensées* (1997), párrafo 466.

<sup>22</sup> Guardini, *Pascal o el Drama de la Conciencia Cristiana* (1955), pp. 34-35.

<sup>23</sup> Pieper, *El Ocio y la Vida Intelectual* (1970), p. 21.



Para nosotros, a quienes el concepto de ciencia significa conversación con lo universal, nos puede parecer inaceptable, por extraño, que la ciencia jurídica del romano haya sido saber de lo individual y concreto. Pero así fue y, en el núcleo de lo jurídico, así es todavía.

La jurisprudencia, la *scientia* del derecho propiamente tal, es la noticia que uno tiene de lo justo y de lo injusto, y no de lo que sea tal en general, sino de lo que es justo e injusto respecto a esta causa que litigan Pedro y María por la propiedad de un terreno, quienes la controvierten por determinadas causas de pedir ante el tercero imparcial y desinteresado que está llamado a dictar sentencia.

Quiero sugerir, en consecuencia, que *scientia* del derecho es conocimiento particular, como aquel conocimiento que el abuelo tiene del amor de su nieta, como aquel conocimiento que uno tiene de la bondad de otro ante su acto generoso de amistad, y no un saber formado de proposiciones generales, ni mucho menos de proposiciones necesarias. La *scientia* del derecho no es conocimiento al modo del que es propio de la geometría, de la aritmética o de la física.

Y qué bien sabían esto los creadores de la jurisprudencia, de la *scientia* de lo justo y de lo injusto. No eran para ellos las consideraciones sistemáticas del estoicismo tardío de un Cicerón, con sus reflexiones sobre la ley general, que el jurista romano bien sabía era una manifestación del poder político y no una creación de los jurisprudentes. Y así lo entienden preclaros romanistas, como Guzmán Brito entre nosotros y Kaser entre los extranjeros.

Escribe este último:

La manera que tenían los romanos de ver su derecho casuísticamente, es decir, desde la perspectiva del caso concreto, domina todos los períodos de la historia de su derecho. En los comienzos de cualquier pensamiento jurídico existe el tribunal, en que se encuentra el derecho para cada caso concreto, no la ley. El derecho romano mantuvo siempre ese carácter de casuística jurídica, o mejor, de problemática jurídica.

Ahora bien, al preguntar por los caminos que conducían a los romanos a elaborar su derecho dentro de este estilo casuístico, lo que se encuentra en primer plano es más bien la intuición, esto es, se llega a la decisión mediante una comprensión inmediata, que no necesita de una argumentación racional. Este ver espontáneamente la solución exacta se basa en dos tipos de fundamentos que se compenetran íntimamente: a saber, el sentimiento jurídico material y la enorme experiencia adquirida en esmerada labor<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Kaser, *En Torno al Método de los Juristas Romanos* (1964), pp. 15, 16 y 17. Sobre los términos “ius” y “iurisprudentia” véase también A. Guzmán B., *Derecho Privado Romano*, Tomo I (1996), pp. 83 ss. y 98 ss.

Ahora es que uno se pregunta: ¿qué tipo de saber, conocimiento o ciencia es esta jurisprudencia que consiste en la noticia de lo justo y de lo injusto? Para proponer una reflexión a este respecto, prestemos brevísimamente atención a dos palabras usadas en la frase anterior. *Saber* es propiamente aprehender aquello que tiene sabor, de donde la “sabrosa ciencia” de que habla Juan de la Cruz<sup>25</sup>. Conocer, que es la palabra clave con que se define el concepto de jurisdicción, mienta también la relación más íntima y personal entre dos seres humanos. “Conocer desborda el saber humano y expresa una relación existencial. Conocer alguna cosa es tener experiencia concreta de ella; así se conoce el sufrimiento y el pecado, la guerra y la paz, el mal y el bien; es un compromiso real con profundas consecuencias. Este conocimiento incluye una capacidad de discernimiento”<sup>26</sup>. *Saber* y *conocer* son, en los sentidos indicados, la raíz de la prudencia, que es un conocimiento dirigido a la decisión. La prudencia jurídica es saber y conocer sobre lo singular para ordenar, para disponer, aquí y ahora, respecto de tal o cual persona, lo que se ha de dar, hacer u omitir.

## IX

En el más profundo estudio sobre la justicia que nos haya dado la filosofía occidental, expone Platón la alegoría de la caverna: experiencia íntima y personal de quien sigue el camino desde la sombra a la luz, de quien pasa desde las meras apariencias externas hasta la luminosa idea del Bien, mostrada por Platón como un sol que primero enceguece, haciéndonos echar de menos el contacto indoloro con las apariencias, pero que luego, por una transformación del espíritu de la persona, le permite acercarse hacia el bien, la verdad y la belleza del ser.

Esta hermosa alegoría sirva también para mostrar que el *saber* y el *conocer* jurídicos del prudente no quedan, en aquellos casos que se califican como difíciles, agotados por el razonamiento discursivo, sino que hacen uso de la facultad de inteligir, de intuir, de discernir, que es propia de la sensibilidad espiritual. En virtud de ésta, el jurisprudente se encamina desde la retórica de las partes, que pone énfasis en las apariencias, hacia la inteligencia que le permite reconocer la verdad y el bien de lo justo.

---

<sup>25</sup> Juan de la Cruz, “Cántico Espiritual”, Canción 27 [18].

<sup>26</sup> La cita sobre el significado de “conocer” es de J. Corbon y A. Vanboye, en *Vocabulario de Teología Bíblica* (1993), p. 183.

La sensibilidad del espíritu frente a lo justo, proveniente de la experiencia del jurisconsulto, encuentra también ilustración en este bello ejemplo que da el Maestro Eckhart:

Cuando un maestro hace una imagen de madera o de piedra, no hace que la imagen entre en la madera, sino que va sacando las astillas que tenían escondida y encubierta a la imagen; no le da nada a la madera, sino que le quita y expurga la cobertura y le saca el moho y entonces resplandece lo que yacía escondido por debajo<sup>27</sup>.

La frase del místico va a lo más hondo de la visión del artista, calidad que también tienen quienes crean obras de derecho, como son la sentencia, el informe o dictamen, etc. El arte del jurista no consiste en imponer “su” justicia sobre los litigantes, sino en inventar lo que es objetivamente justo en la *litis* actual o potencial. Como aclara C. G. Jung, inventar consiste en encontrar algo, buscándolo. Buscándolo, porque ya está allí y hay que develarlo. “La palabra inventar deriva del latín *invenire* y significa ‘encontrar’, y de ahí, encontrar algo ‘buscándolo’. En el último caso, la propia palabra insinúa cierto conocimiento anticipado de lo que se va a encontrar”<sup>28</sup>.

Que en la visión del artista hay sentimiento, ni dudar. Pero atendamos bien a lo que realmente es esto.

El sentimiento no es una emoción (que es involuntaria). El sentimiento es (como el pensamiento) una función racional (es decir, ordenante) mientras que la [mera] intuición es una “sospecha”, no es el producto de un acto voluntario; es más bien, un acto involuntario que depende de diversas circunstancias externas o internas y no de un acto de juicio<sup>29</sup>.

El artista escultor, y también el jurisprudente es artista, tiene la sensibilidad espiritual que le permite recibir de la madera no sólo la materia de su escultura sino que también el develamiento de su forma. Y quienes atienden a la verdad como develamiento de la forma del ser, a la manera de Martin Heidegger o de Hans Urs von Balthasar, en los bellos libros que han dedicado al tema, podrán dar ahora todo su rico significado a la frase, tan conocida de nosotros, que reclama para el juicio jurídico afinado la propiedad de ser verdadero, *pro veritate habetur*. El camino a la verdad supone una inclinación amorosa del sujeto que conoce hacia el ser que frente a él,

<sup>27</sup> Maestro Eckhart, *Tratados y Sermones* (1983), p. 225.

<sup>28</sup> C. G. Jung, “Acercamiento al Inconsciente” (1979), p. 79.

<sup>29</sup> *Ibídem*, p. 61.

mostrándose, se le devela. El develamiento, el mostrarse del ser de las cosas (en lo que a nosotros nos interesa, el mostrarse el ser de lo justo) exige una actitud del ser humano que está lejos de agotarse en el ejercicio de la facultad discursiva. Quien medite los escritos que Heidegger y von Balthasar han dedicado al tema de la verdad, podrá convenir conmigo que, sin desmerecer en nada a la razón como facultad discursiva, sería amputar a la persona de lo más digno que tiene en la esfera del conocimiento, pretender privarlo de la facultad de inteligir, de comprender mediante la captación de la esencia de la cosa, de intuir aquello que aprehende su sensibilidad espiritual.

Hablar de sensibilidad espiritual y de discreción en derecho podrá parecer, a la primera y superficial visión de algunos de nosotros, como un excursus hacia la irracionalidad y el misticismo que dejaría abierto el ánimo del juez a la arbitrariedad que permite el abuso.

Que la sensibilidad espiritual sea tomada muy en serio por otras disciplinas, es algo de lo que debemos tomar conciencia. Para Wenisch la intuición intelectual es el método más propio de la filosofía. Para Gödel y tantos otros matemáticos de distinción, la intuición ocupa un lugar fundamental en la que es ciencia por antonomasia. Qué bien nos hará saber que para físicos de categoría, la belleza sea un respetable criterio de verdad en su ciencia<sup>30</sup>.

Lo que sea el sentido espiritual lo ilustra von Balthasar citando con aprobación a ese otro gran humanista contemporáneo que fue Romano Guardini:

Guardini explica lo que realmente debe ser la percepción, con un análisis de la función del ojo. Este tiene su razón de ser en lo que ha de ser visto, lo cual no es un caos de cualidades sensibles secundarias, sino un conjunto de formas, que se expresan para ser percibidas. Ahora bien, la forma no es sólo corpórea, significa proporcionalidad, contexto funcional, base evolutiva, imagen esencial, configuración de valor, y todo esto, tanto desde el punto de vista espiritual como desde el material. La cosa puramente material no existe, porque el cuerpo está determinado espiritualmente desde el principio. Y esta dimensión espiritual no se añade al dato sensible posteriormente, por ejemplo, a través de una elaboración del inte-

---

<sup>30</sup> Wenisch, *La Filosofía y su Método* (1987), p. 26 ss. En similar sentido, M. García Morente, *Lecciones Preliminares de Filosofía* (1994), pp. 32-46. Sobre la intuición en matemática se pueden consultar las obras de M. Kline, *Mathematical Thought from Ancient to Modern Times* (1972), y de I. Grattan-Guinness, *The Norton History of the Mathematical Sciences* (1998). Sobre “La ciencia y lo bello”, véase el artículo del mismo nombre por Werner Heisenberg.

lecto, sino que es captada en seguida por el ojo, si bien de un modo indeterminado e incompleto. El ver es un encuentro con la realidad. Ahora bien, el ojo es simplemente el hombre en cuanto que puede ser tocado por la realidad a través de sus formas, que están en función de la luz. Las raíces del ojo están en el corazón; en la más íntima... toma de posición ante la persona del otro como ante la existencia en su totalidad. Ciertamente, esta visión, como toda percepción de los sentidos, va acompañada o es llevada a cabo por un pensar que compara, distingue, ordena, ilumina y cuya labor puede caracterizarse como un extraer conclusiones<sup>31</sup>.

Martin Heidegger, por su parte, describiendo la doctrina de la verdad según Platón, nos recuerda que:

Al modo que el ojo corporal tiene que acostumbrarse, larga y progresivamente, sea a la claridad, bien a la oscuridad, así también el alma, con paciencia y conveniente procesión de pasos, ha de habituarse a los dominios del ser, al que está expuesta. Tal habituación exige, sin embargo, que, ante todo, se vuelva el alma entera hacia la dirección fundamental de su aspiración, a la manera que el ojo no puede mirar rectamente y hacia cualquiera dirección si, primero, no ha comenzado el cuerpo en bloque a estar vuelto hacia el correspondiente lugar<sup>32</sup>.

Y unas últimas reflexiones de von Balthasar que aparecen en un estudio sobre la esencia de la verdad, verdad como develamiento, desocultamiento, verdad como rectitud, verdad como fidelidad, todo lo cual tiene tan hondas resonancias para el jurista. Dice von Balthasar:

Las palabras *individuum ineffabile* significan sólo que lo individual jamás puede traducirse, sin dejar restos, en lo universal, pero en modo alguno significa que por eso no pueda ser conocido en su esencia. A medida que el ser y también su verdad van perfilándose paulatinamente desde la naturaleza hacia la libertad, desde la universalidad hacia la unicidad, se modifica también el método del conocimiento, el medio adecuado para recibir la verdad. Si del lado de lo universal y abstracto bastara una actitud cognoscitiva impersonal, puramente objetiva, entonces la *ratio*, que debe adecuarse a la recepción de lo personal y único, tendría que satisfacer hasta a las suposiciones y condiciones previas de lo personal. Pero el hecho de que un objeto postule ciertas condiciones previas para ser conocido y que por eso sólo sea accesible a quien acate esas condiciones no significa, evidentemente, que él en sí mismo sea menos cognosci-

<sup>31</sup> Hans Urs von Balthasar, *Gloria* (1985), Vol. 1, p. 346.

<sup>32</sup> Martin Heidegger, "Doctrina de la Verdad según Platón" (1953), p. 124.

ble, menos racional que cualquier otro. Sólo que el conocimiento de tal valor está atado a ciertas condiciones que no cualquiera está en situación de cumplir (p. 200). Los caminos y movimientos de las situaciones únicas e irrepetibles son fundamentalmente materia para el entendimiento judicial, que establece relaciones y ordena las tramas de sentido (pp. 202 y 203). Si las cosas no fueran jamás otra cosa que un “caso de”, una magnitud que puede intercambiarse sin pérdida con otros seres, en cuanto individualmente no poseerían el más mínimo valor propio, por consiguiente, tampoco pretenderían ninguna esfera exclusiva, reservada sólo a ellas. El conocimiento de lo singular no sería entonces sino una discrecional aplicación del conocimiento general, así como se puede aplicar a menudo, a discreción, un axioma matemático, o con un molde de hornear, se pueden formar cuantos pasteles se quiera. En un mundo en el que tal sucediera, la existencia perdería todo sentido, pues el ser habría perdido aquella única propiedad que hace apetecible su posesión: su respectivo carácter único e irrepetible. Todo grado del ser posee su propio amparo diferente del de los otros. Este amparo otorga a su respectivo develamiento y revelación el carácter de un acto único e irrepetible, en cierto modo solemne, en el cual se ostenta, imponente, el siempre nuevo valor de la verdad<sup>33</sup>.

Con atrevimiento, propongo estas paráfrasis con el objeto de mostrar hacia dónde apunta la sensibilidad espiritual:

El ver, oír, gustar, tocar y oler del espíritu que ama la justicia son la expresión de la experiencia de la oculta presencia de lo justo, que se devela en el *sabor* de la *sapientia*. La *mens* es la facultad íntima y central con que podemos tocar y sentir lo justo, tocarlo en la inmediatez de su sabor (adaptado de H. U. von Balthasar).

La sabiduría implica rectitud de juicio, la que puede darse de dos maneras: la primera, por el uso perfecto de la razón; la segunda, por cierta connaturalidad con las cosas que hay que juzgar. Así, por ejemplo, juzga rectamente por cierta connaturalidad con lo justo quien tiene el hábito de la justicia. Juicio significa propiamente el acto del juez en cuanto es tal, que es decir el derecho (*ius dicens*). Así, la acepción básica del juicio es la recta determinación de las cosas justas. Y esta determinación requiere el uso exacto de la razón y la idoneidad para juzgar rectamente. Así pues el juicio es en verdad acto de la justicia como de quien inclina a juzgar rectamente, y de la prudencia de quien pronuncia el juicio (adaptado de Tomás de Aquino).

---

<sup>33</sup> Hans Urs von Balthasar, *La Esencia de la Verdad* (1955), p. 200.

## X

Decir el derecho, pronunciar juicio, es acto singular de una persona, no cometido de una regla general. Por obra del jurista, del juez, se hace el tránsito desde la ley o regla general a la particular, específica y determinada contienda de que conoce el juzgador. Y este paso de lo general a lo particular puede no ser ni automático ni necesario ni resultado de un razonamiento deductivo.

Aceptado que sea que en los casos difíciles es no sólo respetable sino que indispensable valerse de los sentidos espirituales para captar la esencia de lo justo en la causa, digamos ahora que la sensibilidad espiritual no es, en modo alguno, una simple irracionalidad. Ella no prescinde de la facultad discursiva del espíritu humano. Lo que ocurre es que quien se vale de la sensibilidad espiritual va más allá de la sola razón, más allá del discurso, tiende a la inteligencia, a la aprehensión de lo esencial, luego de que ha concluido, por agotamiento natural, una cadena de argumentos y razonamientos deductivos.

La sensibilidad espiritual del jurisprudente no es una conjetura, ni un presentimiento, ni un tanteo, ni una mera apreciación superficial del estilo de aquélla a que se refiere el chilenismo “me tinca que...”, eso que los anglosajones denominan “hunch”. La tinca o el “hunch” pueden tal vez ser conjeturas que prescindan de la realidad de las cosas, de la efectividad del ser que está en y frente a cada uno de nosotros. Puede que la tinca o el “hunch” no cumplan con la sentencia socrática de pasar el examen de la inteligencia, de mostrar su justificación; inteligencia y justificación que son esenciales en el actuar del prudente<sup>34</sup>.

Creo que un ejemplo de sensibilidad espiritual, de saber o *scientia* de lo justo, es el que en su momento presidió la sentencia absolutoria dictada por el juez Magnaud en el juicio contra Luisa Ménard. También hay sensibilidad espiritual, y mucha, en el jurista o el juez que, ante una controversia en el orden económico, por ejemplo en la producción o el comercio de bienes y servicios, está atento a las posibilidades de cálculo del funcionamiento de las empresas que son necesarias para que haya seguridad del tráfico. Es también muestra de la sensibilidad espiritual del jurista o del juez estar realmente atento a que el “audi alteram partem” no signifique un mero pasar la vista por sobre el decir de esta o aquella de las partes intere-

---

<sup>34</sup> Tal vez lo que en los Estados Unidos se denomina “hunch” es bastante más que una “tinca” o conjetura. Véase el artículo del juez J. C. Hutcheson, Jr., “The Judgment Intuitive: The Functions of the ‘Hunch’ in Judicial Decision” (1929).

sadas en la contienda, sino que se tome en serio el deber de escuchar a ambas como una necesaria invitación a comprender la sustancia de sus puntos de vista. Muestra también sensibilidad espiritual el jurista o el juez que está atento a tutelar la igualdad de quienes ante él comparecen, tanto en lo procesal como en lo sustantivo, juzgando de manera tal que ante él se haga realidad la máxima de que ninguna persona del género humano puede usar a otra como un mero medio para el cumplimiento de fines propios.

Por el contrario, creo que falta la sensibilidad espiritual, creo que no existe prudencia en la apreciación de lo justo, en tantos casos que conocemos de dictámenes contrarios dados por los Tribunales de Justicia, sin que los que pronuncian un juicio se hagan cuestión, muestren siquiera tener noticia, de que existe una posible y racional solución en contrario, de la que no se hacen cargo, de cuyo rechazo no dan justificación.

## XI

La *scientia* de lo justo que mostró el juez Magnaud en el caso de Luisa Ménard no es una especie de *Deus ex machina* de que el juez se haya servido para ocultar una preferencia personal. La sensibilidad espiritual del juez Magnaud, su intuición de lo que había de hacerse en un estado de necesidad, fue sometida a examen, fue justificada: él introdujo en su fallo el concepto de estado de necesidad, evaluó comparativamente distintos bienes jurídicos, consideró situaciones en que la conducta de la persona puede tener justificación o ser objeto de exculpación. La sentencia que dio está bien trabada en su justificación interna y externa.

Podrá discreparse de mi apreciación sobre la sentencia del juez Magnaud, en cuanto a que yo la estimo correcta mientras que otro pudo encontrarla contraria a derecho, como realmente ocurrió en la época en que esa sentencia se dictó. Pero me parece que no puede negarse que la sensibilidad espiritual de que dio muestras el juez Magnaud, que lo llevó al conocimiento de lo justo en el caso de Luisa Ménard, con aquella certeza moral que es dable exigir del juez, fue una sensibilidad espiritual cuyo resultado, el juicio, fue sometido a examen, respecto del cual se hizo un esfuerzo serio de justificación, por manera que la decisión a que llegó el juez con la intuición del prudente se nos muestra razonablemente justificada por medio de un proceso racional discursivo.

Como antes se mencionó, el ver propio de la sensibilidad espiritual, que devela la forma de lo justo en la controversia que podemos tener entre manos, no prescinde de la razón, ni mucho menos se opone a la atenta



consideración dialéctica de las alternativas de decisión que están frente al jurisprudente. Un modelo de deliberación, al estilo del que nos muestra S. L. Hurley<sup>35</sup>, o el análisis hasta el límite de argumentaciones tales como las que describen S. Toulmin<sup>36</sup> o Ch. Perelman<sup>37</sup> o R. Alexy<sup>38</sup>, son deberes que el jurista debe cumplir en todo caso, va de suyo que con la mayor honradez intelectual, para delimitar el ámbito en el cual habrá lugar a ejercer discernimiento. Porque el discernimiento de la persona discreta no es ejercicio de arbitrariedad, sino manifestación de la virtud de la prudencia, informada por la razón, iluminada por el intelecto, movida por el corazón.

Así, pues, me parece que la *scientia* o saber propiamente jurídico, el del jurisprudente que tiene ante sí un caso jurídico difícil, versa sobre lo particular de la *litis*, informa el juicio jurídico y puede muchas veces reconocer su origen en la intuición o sensibilidad espiritual. El juicio jurídico que de esa *scientia* toma su causa, ha de ser explicado y justificado en la obra de arte primordial del derecho, que es la sentencia. Así, el juicio jurídico justificado, contenido en la sentencia, se comunica razonable y racionalmente a las partes interesadas, al tribunal superior, a todas las personas que forman la comunidad de la *polis*.

La *scientia* jurídica así entendida no es de generalidades, no es de relaciones necesarias, sino que se mueve en el ámbito de la singularidad de un conflicto específico, cuya dificultad consiste en que hay un halo de incertidumbre, duda o indeterminación respecto de lo que, en esa concreta situación, sea la relación justa entre las partes. Corresponde al jurista en su dictamen y al juez en su sentencia mostrar, con razones pero sin verse necesariamente limitado por razones, que el *intellectus* y el *cor* de cada uno le han develado, descubierto, mostrado lo justo del caso más allá de las apariencias. En otras palabras, feliz el jurista y el juez que no añaden nada a la causa, sino que le quitan y expurgan la cobertura meramente retórica que se le haya dado, le sacan el moho, y permiten que resplandezca ante todos lo justo que yacía escondido por debajo.

## XII

El foco del hermoso arte que practicamos está, como bien lo ha mostrado Kojève, en el juicio y no en la ley general. Es por ello que el

<sup>35</sup> S. Hurley, *Natural Reasons* (1989), pp. 203 ss.

<sup>36</sup> S. Toulmin, *The Uses of Argument* (1986), pp. 15 ss.

<sup>37</sup> Ch. Perelman, *Traité de l'Argumentation* (1988) y *Ethique et Droit* (1990).

<sup>38</sup> R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (1989).

<sup>39</sup> J. Pieper, *Defensa de la Filosofía* (1982).

<sup>40</sup> L. Wittgenstein, *Sobre la Certeza*, párrafo 387.

jurista y el juez prudente no pueden ni deben disculparse frente a la comunidad, poniendo de cargo de “la ley” o de su falla, la mala decisión de un caso o, lo que es peor, la falta de sentencia oportuna en el mismo. El juicio jurídico, particular y no general, puede no seguirse necesariamente de premisas tomadas de normas, de manera que el razonamiento deductivo, el discurso racional, tal vez no basten para discernir qué sea lo justo en la *litis*.

Sabemos que es posible, que ocurre cotidianamente, que sobre lo justo de la causa pueda haber una discrepancia de pareceres, como ocurre siempre que un tribunal superior enmienda con arreglo a derecho una sentencia del tribunal de primera instancia. Pero, en los casos jurídicos difíciles, el uno y el otro de estos ejercicios de discernimiento, el del juez de primera instancia y el del tribunal colegiado de apelación, deben, en la sentencia que manifiesta el juicio y que es la obra maestra del arte del derecho, dar justificación de ese juicio en cada una de sus líneas. El artista de excelencia que fue Joseph Conrad exigió de sus obras que lleven justificación en cada una de sus líneas. Cuánto más habrá el jurista de poner justificación en cada una de las de su dictamen, opinión o sentencia, como que en esas obras suyas puede irles la vida, la libertad, la relación de familia, la honra o los bienes a las personas que ante los jurisprudentes han acudido.

La discrepancia de pareceres es una experiencia cotidiana para quien se ocupa en la dialéctica jurídica.

A modo de ejemplo, véase el caso del barbero en D.9.2.11:

Escribe Mela que si varios jugasen a la pelota y uno habiendo golpeado la pelota con más fuerza, la hubiese lanzado sobre la mano de un barbero de tal modo que a un esclavo, al que el barbero estaba afeitando, le fuera cortada la garganta con la navaja, queda obligado por la ley Aquilia cualquiera de los que fueran culpables. [Próculo] dice que la culpa está en el barbero y, ciertamente, si afeitaba donde era costumbre jugar o donde el tráfico era frecuente, hay motivo para imputarle la responsabilidad.

Aunque también se dice acertadamente [Ulpiano] que si alguien se confía a un barbero que tiene colocada la silla en un lugar peligroso, sólo él tiene la culpa.

Si haya de encontrarse negligencia en el barbero, en el esclavo o en uno o más de los jugadores, no es cosa que se decida al azar. Si tres juristas imparciales y de nota ofrecen puntos de vista discrepantes, ahí precisamente es donde la dialéctica entre los juristas destierra a las retóricas encontradas

de las partes. La dialéctica permitirá dar una decisión (tal vez sólo por mayoría de votos) y ésta deberá ser justificada con argumentos razonables.

Un libro de J. Pieper se abre así:

Muchas cosas, necesarias y grandes como el derecho, están desamparadas por naturaleza. Han de ser defendidas por el poderoso, que tiene en esto no sólo su quehacer, sino también su legitimación. Ahora bien, el ejercicio del poder del intelecto, para el bien como para el mal, es la argumentación<sup>39</sup>.

La reflexión que se ha hecho durante el siglo que acaba de terminar ha querido poner el acento en el lado político de la ley, dejando en una situación tal vez desmedrada al juicio propiamente jurídico que está en el centro de nuestra vocación. Debemos reparar esta injusticia intelectual, prestando en lo sucesivo la atención que el juicio jurídico se merece, analizando con seriedad crítica las obras del arte del derecho en que manifestamos nuestros juicios, para abrimos a la inteligencia del núcleo de lo jurídico y volver la jurisprudencia hacia aquella “ciencia sabrosa de lo justo” que nunca debe dejar de ser.

Permítaseme cerrar estas líneas con una frase de Wittgenstein que puede mostrar el espíritu de estas reflexiones:

Creo que la lectura de mis notas podría interesar a un filósofo [y tal vez ¿por qué no? a un jurista] que fuera capaz de pensar por sí mismo. Puesto que, aunque sólo raramente haya dado en el blanco, podrá reconocer los objetivos que siempre he tenido presentes<sup>40</sup>. (El agregado entre [ ] es mío).

### **Nota al cierre**

Al terminar de escribir lo que antecede, la honradez intelectual obliga a decir que en este artículo nada hay de original. Confío que tanto su propio texto como las referencias que hago dejen en claro que, si bien la responsabilidad de lo escrito corresponde íntegramente al autor, cualquiera idea meritoria que en el ensayo pudiera encontrarse viene de aquellas personas con que he procurado mantenerme en conversación espiritual durante muchos años de vinculación con las dos más bellas formas de lo jurídico: la enseñanza en la Universidad y la práctica profesional del arte del derecho.

---

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford University Press, 1989.
- Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Valparaíso: Edeval, 1998.
- Atienza, Manuel. "Introducción al Derecho". En E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (ed.), *El Derecho y la Justicia*. México: Fontamara 1998.
- Bennion, Francis. *Statutory Interpretation*. Londres: Butterwoths, 1997.
- Calsamiglia, A. "Ciencia Jurídica". En E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978.
- Corbon, J.; y A. Vanboye. "Conocer". En X. León-Dufour (ed.), *Vocabulario de Teología Bíblica*. Barcelona: Herder, 1993.
- Del Valle, C. (ed.). *La Misná*. Salamanca: Sígueme, 1997.
- Droits*, N° 10 (1989) y 11 (1990), P.U.F., París.
- Eckhart, Maestro. *Tratados y Sermones*. Barcelona: Edhasa, 1983.
- García Morente, M. *Lecciones Preliminares de Filosofía*. México: Editorial Porrúa, 1994.
- Grattan-Guinness, I. *The Norton History of the Mathematical Sciences*. Nueva York: Norton, 1998.
- Guardini, Romano. *Pascal o el Drama de la Conciencia Cristiana*. Buenos Aires: Emecé, 1955.
- Guzmán B., A. *Derecho Privado Romano*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- Guzmán T., J. *La Sentencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- Heidegger, Martin. *Doctrina de la Verdad Según Platón*. Santiago: Universidad de Chile, 1953.
- Heisenberg, Werner. "La Ciencia y lo Bello". En K. Wilber (ed.), *Cuestiones Cuánticas*. Barcelona: Kairos, 1994.
- Hurley, S. *Natural Reasons*. Oxford University Press, 1989.
- Hutcheson, Jr., J. C. "The Judgment Intuitive: The Functions of the 'Hunch' in Judicial Decision". *Cornell Law Review*, 14 (1929): 274-288.
- Juan de la Cruz. *Cántico Espiritual*.
- Jung, C. G. "Acercamiento al Inconsciente". En *El Hombre y sus Símbolos*. Madrid: Aguilar, 1979.
- Kaser, Max. *En Torno al Método de los Juristas Romanos*. Valladolid: Facultad de Derecho, 1964.
- Kline, M. *Mathematical Thought from Ancient to Modern Times*. Oxford University Press, 1972.
- Kojève, Alexandre. *Esquisse d'une Phénoménologie du Droit*. París: Ed. Gallimard, 1981.
- Leyret, E. *Las Sentencias del Buen Juez Magnaud*. Bogotá: Temis, 1990.
- MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Maimónides. *Cinco Epístolas de Maimónides*. Barcelona: Riopiedras Ediciones, 1988.
- Pascal, Blas. *Pensées*. Edición de M. le Guern. París: Ed. Gallimard, 1997.
- Perelman, Ch. *Traité de l'Argumentation*. Univ. Bruxelles, 1988.
- Perelman, Ch. *Ethique et Droit*. Univ. Bruxelles, 1990.
- Pescio, V. *Manual de Derecho Civil*, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978.
- Pieper, J. *El Ocio y la Vida Intelectual*. Madrid: Rialp, 1970.

- Pieper, J. *Defensa de la Filosofía*. Barcelona: Herder, 1982.
- Ricoeur, Paul. *Lo Justo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Toulmin, S. *The Uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- Voegelin, E. *The Nature of The Law*. Louisiana State University Press, 1991.
- Vodanovic, Antonio. *Tratado de Derecho Civil: Parte Preliminar y General*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Von Balthasar, Hans Urs. *La Esencia de la Verdad*. Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1955.
- Von Balthasar, Hans Urs. *Gloria*, Vol. 1. Madrid: Encuentro Ediciones, 1985.
- Wenisch, F. *La Filosofía y su Método*. México: F.C.E., 1987.
- Wittgenstein, L. *Sobre la Certeza*. Barcelona: Gedisa, 1991.
- Wróblewski, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Kluwer, 1992. ☐