

## LA PRUDENCIA JURIDICA - II (\*)

6. *La deliberación y su objeto.* Nos toca tratar ahora el primero de los actos propios de la Prudencia: la deliberación, consejo o *consilium*. Este último término, el que con mayor propiedad designa al acto que tratamos, hace referencia —según la etimología aceptada por Santo Tomás— a una conferencia o intercambio de opiniones entre quienes se han sentado juntos <sup>(1)</sup>. En otras palabras, hace mención a la actividad que consiste en un diálogo, en un cambio de pareceres, en un análisis conjunto y compartido de una cierta realidad práctica. Fue Aristóteles quien puso en evidencia cuál era el ámbito propio, el objeto específico de la acción de deliberar: “sobre lo eterno —escribe— nadie delibera, por ejemplo sobre el cosmos o sobre la inconmensurabilidad de la diagonal y su trazado; tampoco sobre lo que está en movimiento, pero acontece siempre de la misma manera, o por necesidad o por naturaleza, o por cualquier otra cosa, por ejemplo sobre los solsticios o la salida de los astros (...). Ni sobre lo que depende del azar, por ejemplo el hallazgo de un tesoro. Tampoco sobre todas las cosas humanas (...); pero *deliberamos sobre lo que está a nuestro alcance y es realizable* y eso es lo que quedaba por mencionar (...); sobre todo lo que se hace por mediación nuestra, aunque no siempre de la misma manera, *deliberamos* (...). Pero *no deliberamos sobre los fines, sino sobre los medios* que conducen a esos fines (...); la deliberación tiene por objeto lo que nosotros mismos podemos hacer y las acciones que se hacen en vista de otras cosas” <sup>(2)</sup>. En este riquísimo texto aristotélico está contenido todo lo que de fundamental puede decirse sobre el tema: a) *la deliberación recae sobre las realidades prácticas*, realizables por el hombre, sobre todo aquello que depende en su existencia y en su modo de existir del querer y la obra humanos; fundamentalmente sobre las realidades que el hombre produce con su técnica o arte y sobre el uso que realiza de su libre actividad en el orden ético. Desde el punto de vista de nuestro estudio, tendrá por objeto al derecho, realidad práctica por antonomasia, obra del hombre en ejercicio de su dinamismo ético-social; b) *la deliberación lo es acerca de los medios*, de-

---

(\*) Continuación del número anterior. (N. de la D.).

(1) S. Th., I-II, q. 14, a. 3; “Según su etimología latina, equivalente a *consilium*, expresa la idea de que muchos se sientan para deliberar juntamente”. Para Santo Tomás, la deliberación era objeto de una virtud anexa a la prudencia: la “*eubulia*” o buen consejo; S. Th., II-II, q. 51, a. 1 y 2.

(2) E.N., III, 3, 1112 a 18-1113 a - Vid. Ross, W. D., *Aristóteles*, Buenos Aires, Charcas, 1981, p. 285.

los instrumentos que han de ponerse en obra para el logro de un fin, sobre el que, por principio, existe certeza y, por consiguiente, no es preciso deliberar; c) lo que hace de las realidades prácticas, en el nivel de los medios, objeto propio del acto deliberativo, es su *contingencia, variabilidad e indeterminación*; estos caracteres sustraen a la consideración de los medios prácticos del ámbito de la ciencia (3), de la demostración rigurosa y hacen necesario otro método de conocimiento distinto, que sea capaz de adecuarse a las exigencias de ese tipo de objetos; “en lo particular y contingente —escribe Santo Tomás— se deben tener en cuenta, para conocer una cosa con certeza, muchas condiciones o circunstancias, difícilmente observables por uno solo y que pueden ser percibidas con más seguridad por varios, pues lo que uno no advierte, puede considerarlo el otro. En cambio, en objetos necesarios y universales, la consideración es más absoluta y cierta, para lo cual basta de suyo uno solo. De allí que la investigación del consejo o deliberación verse propiamente sobre cosas particulares y contingentes” (4). Particulares, complejas y mudables son las soluciones que el derecho exige de los juristas y jueces; cada caso de justicia es irrepetible y único y debe contarse con circunstancias distintas y posibilidades de solución diversas. Pretender la misma solución para dos controversias, aunque sea entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, puede resultar un absurdo jurídico por la sola presencia de una nueva circunstancia, que haga variar el sentido íntegro de la solución jurídica. Por ello, no puede ponerse en duda que el ámbito del derecho es uno de aquellos en que la deliberación tiene su “lugar” propio; que el discurso deliberativo es la parte fundamental de todo conocimiento de lo justo en concreto.

7. *La inquisición deliberativa.* Establecida la materia propia del acto deliberativo, debemos pasar a considerar ahora en qué consiste la deliberación, en otras palabras, cuál es su naturaleza en cuanto acto del conocimiento práctico. Una vez más Tomás de Aquino nos da la respuesta precisa, al decir que nos encontramos frente a una investigación o inquisición que se lleva a cabo sobre una materia práctica. “En materias dudosas e inciertas —escribe el Aquinate— la razón no da su juicio sin una deliberación e investigación precedente. Por eso es necesaria una indagación de la razón antes del juicio sobre lo que se ha de elegir”, y concluye afirmando que “bajo este aspecto es preciso que el proceso deliberativo del consejo sea analítico, que partiendo de lo que ha de alcanzarse en el futuro (el fin), llegue a saber lo que ha de hacerse en el momento” (5). Esto significa que de lo que se trata en el proceso deliberativo es de investigar, a través del análisis, cuáles sean los medios más adecuados para alcanzar un fin práctico, que consiste en una búsqueda, examen o encuesta, encaminada a lograr un conocimiento de lo que ha de hacerse en la actividad humana singular.

Sistematizando lo dicho hasta ahora, podemos sostener, acerca de la naturaleza del acto deliberativo, las siguientes afirmaciones:

---

(3) Vid. nuestro trabajo *Querrela sobre la ciencia jurídica*, en prensa, en la Rev. La Ley.

(4) S. Th., I-II, q. 14, a. 3.

(5) S. Th., I-II; q. 14, a. 1 y 5.

a) *La deliberación consiste en una indagación o investigación*; es decir, en una búsqueda que se realiza de modo analítico o resolutorio, con el fin de alcanzar un cierto conocimiento.

b) *El objeto de la deliberación radica en lo operable por el hombre, en tanto que operable*, o sea, la múltiple y circunstanciada actividad humana, en su máxima concreción, considerada en sus posibilidades de realización efectiva.

c) *El fin de la deliberación es práctico*, en otras palabras, se trata de conocer lo que ha de hacerse en una circunstancia concreta con el fin de dirigir la acción humana <sup>(6)</sup>.

Por todo ello, consideramos que el modo propio del conocimiento jurídico debe ser calificado como “deliberativo”. En efecto, en él se reúnen las tres notas especificatorias del proceso deliberativo: a) se trata, en el caso del derecho, de *una materia operable*, obra del hombre, singular, contingente y circunstanciada; b) el conocimiento jurídico consiste en una *investigación acerca de los medios* conducentes a una justa solución de los casos en examen; c) por último, *el fin del conocimiento jurídico estriba en la dirección justa del obrar humano social*; se trata de un proceso eminentemente práctico, ordenado todo él a la racionalización de la *praxis* humana en materia jurídica <sup>(7)</sup>.

Lo que es más, consideramos que su determinación como “deliberativo”, es más correcta que la que realizan Perelman al conceptualizarlo como “retórico” <sup>(8)</sup> o Villey al denominarlo “dialéctico” <sup>(9)</sup>. Y las razones nos las aporta —una vez más— el mismo Tomás de Aquino en la *Summa Teológica*; allí nos habla de un triple proceso científico: “por *demonstración*, que da origen a la *ciencia* y tenemos la «física», abarcando bajo esta denominación todas las ciencias especulativas; otro, que parte de lo *probable* y forma la *opinión*, que da origen a la *dialéctica*, y un tercero, que de ciertas *conjeturas* infiere una sospecha o una leve *persuasión*, lo cual es propio de la *retórica*” <sup>(10)</sup>. En los esquemas de esos tres procesos científicos se ha intentado, por diversos autores, incluir al razonamiento jurídico:

a) Ante todo, en el de las *ciencias demostrativas*, tarea esta que corrió a cargo de la “Escuela del Derecho Natural y de Gentes” y de varias que siguieron sus pasos, intentando aplicar al derecho los criterios metódicos de las ciencias exactas <sup>(11)</sup>; ya hemos expuesto en otros lugares los argumentos que

---

<sup>(6)</sup> Vid. nuestro trabajo *El conocimiento práctico - Introducción a sus cuestiones fundamentales*, en: PRUDENTIA IURIS, Nº 1, Buenos Aires, Universitas, 1980, p. 27 ss.

<sup>(7)</sup> Vid. nuestro libro *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, *passim*.

<sup>(8)</sup> Vid. *Infra*, nota 17.

<sup>(9)</sup> Vid. *Infra*, nota 24.

<sup>(10)</sup> S. Th., II-II, q. 48, a. 1. Acerca del significado de estos conceptos en Aristóteles, vid. de Marcel Clément, *La sed de la sabiduría*, Rosario, U.N. de Rosario, 1980, pp. 139-141.

<sup>(11)</sup> Vid. *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, *passim*.

descartan los intentos de pensar al derecho según los cánones de la física o la matemática <sup>(12)</sup>, argumentos que pueden reducirse a uno fundamental: el método de conocimiento debe corresponderse con la naturaleza del objeto y siendo el derecho una realidad práctica, no puede considerárselo a partir de esquemas metódicos propios de saberes teóricos <sup>(13)</sup>; en otras palabras, el derecho no es de la misma naturaleza que los números o los cuerpos físicos y debe, por lo tanto, considerarse de un modo diverso, que se adecue a las particularidades de ese objeto. Esta afirmación parece ser de perogrullo, pero es estrictamente necesaria no bien se echa una mirada al panorama filosófico contemporáneo.

b) *Michel Villey*, ya lo hemos dicho, propone para el pensamiento jurídico *el modelo dialéctico*: “La dialéctica tiene el mérito —escribe— de abarcar todo el proceso de constitución del derecho, que ella toma desde sus orígenes hasta sus efectos, la invención y el uso de los textos. La dialéctica tiene para nosotros un valor de síntesis; de medio entre los excesos del formalismo jurídico y el nihilismo de sus adversarios (...). Este modelo lógico tiene el mérito de reunir y de ordenar en un solo concepto el total de las operaciones intelectuales del jurista” <sup>(14)</sup>.

Pero sucede que el modelo dialéctico es propio del conocimiento teórico, no del práctico y si se asemeja a la deliberación es sólo en el carácter no necesario de sus premisas y, por consiguiente, de sus conclusiones. Pero su objeto y su fin son teóricos; por el contrario, “el intelecto práctico no busca resolver, hablando formalmente, su conocimiento en la causa; está vertido hacia la existencia del objeto, es decir, la realización concreta de la acción, mientras que la dialéctica no tiene por fin más que el puro conocimiento de su objeto” <sup>(15)</sup>. Es por ello que Villey, a los efectos de no incurrir en contradicción, ha debido afirmar el carácter teórico del razonamiento jurídico: “el discurso jurídico ofrece un carácter teórico” afirma expresamente, sin tomar en consideración el primero de los criterios de especificación de los saberes: el del objeto. Conforme a este último, un conocimiento cuyo objeto es una realidad práctica, en tanto que práctica, habrá de ser necesariamente práctico. Pero si esto es así, el conocimiento del derecho, realidad práctica por excelencia, habrá de ser práctico, no teórico y culminar no en la contemplación, sino en la dirección del obrar humano. No podrá ser, por tanto, objeto de la dialéctica sino de la deliberación, esa “indagación de las cosas singulares en que se da la operación” <sup>(16)</sup>.

c) *Chaim Perelman* y su escuela de Bruselas, han sostenido, frente a las pretensiones de corte científicista de someter al discurso jurídico a la metodo-

---

(12) *Ibidem*.

(13) *Ibidem*.

(14) VILLEY, MICHEL, *Précis de Philosophie du Droit*. Vol. II, París, Dalloz, 1979, pp. 81-82.

(15) SACHERI, CARLOS, *Aspectos lógicos del discurso deliberativo*, en: *Ethos*, N° 1, Buenos Aires, I.F.I.P., 1979, p. 180; el mismo Villey lo reconoce cuando escribe: “La dialectique authentique ne peut fonctionner que sur le terrain spéculatif”; *La dialectique...* cit, nota 24, p. 225.

(16) *S. Th.*, I-II, q. 14, a. 6.

logía de la física o de las matemáticas, que el razonamiento jurídico y en especial el del juez, responde *al modelo "retórico"*. Escribe el filósofo belga, que observando los razonamientos que implicaban valores, "llegó a la conclusión de que no existe una lógica específica de los juicios de valor, sino que, en los dominios examinados, como en todos aquellos en que se trata de opiniones controvertidas, cuando se discute o se delibera, se recurre a técnicas de argumentación (...). Esto es lo que nosotros hemos examinado —concluye— en nuestro *Tratado de argumentación*, que titulamos igualmente *La nueva retórica*" (17).

El intento de Perelman no deja de tener un aspecto enormemente positivo: el haber puesto de relieve que el método del pensar jurídico no puede asimilarse al de las ciencias teóricas, ni estructurarse sobre sus bases; que por el contrario, existe un modo propio de razonar en derecho, que no se encuentra en los Analíticos de Aristóteles, sino en otras de sus obras: Perelman afirma que en *La Retórica*. Es esta última de las afirmaciones del filósofo belga la que nos parece cuestionable; en efecto, Aristóteles afirma que la Retórica es "la facultad de conocer en cada caso aquello que es apto para persuadir" (18), lo que puede hacerse por simples conjeturas, ejemplos o sospechas, pero no es su fin propio la búsqueda de la verdad práctica, tal como lo es el de la prudencia y, por tanto, el de la deliberación. "También la retórica discurre sobre objetos operables —escribe Santo Tomás—. Y no hay inconveniente en que una misma materia pertenezca a la retórica y a la prudencia. Sin embargo, no consideramos aquí la virtud de conjeturar sólo en el campo de las conjeturas usadas por los oradores, sino en todas las materias en que el hombre se dice que averigua por conjeturas la verdad" (19).

En el texto de Santo Tomás recientemente transcrito aparece patente la diferencia entre el razonamiento del retórico, cuyo fin es convencer a un interlocutor, y el razonamiento práctico de quien debe decidir *con verdad*, un problema en el campo de la *praxis*; en rigor, el retor no busca la verdad, sino sólo que el interlocutor adhiera a las conclusiones que favorecen sus intereses. Por el contrario, el fin del razonamiento jurídico y en especial del juez, es el logro de la verdad jurídica, de aquel juicio verdadero que permita hacer justicia en una situación concreta (20). La mejor prueba de lo afirmado es que Perelman no habla jamás de verdad práctica, yendo a parar a una actitud relativista respecto a las posibilidades del conocimiento práctico, concordante con su relativismo en materia axiológica; para el filósofo belga, lo máximo a que

---

(17) PERELMAN, CHAIM, *Logique Juridique - Nouvelle Rhétorique*, París, Dalloz, 1976, pp. 101-103; vid. asimismo: *Traité de l'argumentation - La Nouvelle Rhétorique*, Bruxelles. Université de Bruxelles, 1970 (avec M. Lucie Olbrechts - Tyteca); *Droit, Morale et Philosophie*, París, L.C.D.J., 1976, p. 93 ss; *Justice et Raison*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1972, *passim*. *L'Empire rhétorique*, París, Vrin, 1977; y sus trabajos en varias obras colectivas sobre el tema del razonamiento jurídico.

(18) Aristóteles, *Retórica*, I, 2, 1355, b. 25.

(19) S. Th., II-II, q. 49, a. 4, ad. 3.

(20) Vid. nuestro trabajo citado en nota 6, *passim*.

puede aspirarse es a dar razones convincentes de una posición <sup>(21)</sup>, pero nunca a alcanzar *la verdadera solución* de un problema práctico.

Por lo expuesto, consideramos que si bien los argumentos retóricos contribuyen a la formación del juicio práctico, el razonamiento práctico y en especial el jurídico, no pueden reducirse a la sola retórica; ella aportará los elementos para que los abogados intenten convencer al juez de la bondad de sus pretensiones; por su parte, el juez, a través de un discurso deliberativo intentará *superar la controversia* y encontrar la solución jurídica verdadera del caso en cuestión <sup>(22)</sup>.

Por ello sostenemos que el modo propio del razonamiento jurídico —como de todo razonamiento práctico— no es ni dialéctico, ni retórico, ni —menos aún— demostrativo <sup>(23)</sup>, sino *deliberativo*, es decir práctico, sobre un objeto contingente y encaminado a la investigación del medio adecuado —verdadero— para el logro del fin debido en justicia.

8. *El primer "momento" de la deliberación: la experiencia.* Habiendo precisado el concepto de deliberación y establecido que ella es el instrumento fundamental de razonamiento jurídico, debemos investigar ahora cómo se desarrolla la deliberación, cuál es su método y sus exigencias. Como ya lo hemos expuesto, la deliberación supone un análisis, un intercambio de puntos de vista, una ponderación de los pro y los contra, acerca de los diferentes medios posibles de conducir eficazmente a la realización de un fin en el orden humano. Es evidente que esta tarea —tal como lo expresara Santo Tomás en un texto ya citado— se realiza mejor entre varios. Es por ello que los organismos "deliberativos" están compuestos por muchos y los tribunales de justicia aumentan el número de sus miembros a medida que se incrementa la complejidad y gravedad de las cuestiones. Al dicho clásico de que "cuatro ojos ven más que dos", hay que agregar la evidencia de que cada uno de quienes deliberan en conjunto puede aportar al debate una perspectiva distinta, una nueva observación, la consideración de un aspecto olvidado por los demás.

Pero lamentablemente, no siempre tenemos la posibilidad de intercambiar opiniones acerca de los problemas prácticos que nos toca resolver; en el caso del juez, sobre las circunstancias de un caso que debe juzgar. El juez impersonal se encuentra en la necesidad de suplir la ausencia de consejeros con quienes intercambiar opiniones acerca del caso en debate, acerca de su solución correcta. Pero como bien lo han puesto de relieve Villey <sup>(24)</sup> y Perel-

---

(21) PERELMAN, CHAIM. *Le raisonnement juridique*, en: *Droit, Morale et Philosophie*, cit., p. 94 y *passim*.

(22) Para todo el problema de la verdad jurídica, nos remitimos al libro de Georges Kalinowski, *El problema de la verdad en la Moral y en el Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, *passim*.

(23) Vid. nuestro trabajo *Introducción a la lógica judicial*, en: AA.VV. *La función judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1981, pp. 27-57; en especial, p. 32.

(24) Vid. VILLEY, MICHEL, *Le raisonnement juridique dans l'histoire*, en: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, N° 7, Wiesbaden, F. Steiner Verlag, 1972, pp. 43-61; *Sur la dialectique comme art du dialogue*, en: A.P.D. N° 21, Paris, Sirey, 1976, pp. 215-227..

man (25), en esa tarea deliberativa el juez no está solo: cuenta con los abogados de las partes, los que, a través de sus alegatos, ponen de manifiesto los diferentes puntos de vista y proponen las posibles, y disimiles soluciones del caso.

Pero además del diálogo entablado con los abogados, el juez tiene como interlocutores a los magistrados que fallaron, antes que él, casos similares; el recurso a la jurisprudencia permite un diálogo integral entre todos aquellos que tuvieron entre sus manos la responsabilidad de decidir situaciones semejantes. La riqueza y virtualidad de este diálogo son enormes, ya que a raíz de la variabilidad y contingencia de las cosas humanas, el único modo de lograr cierta seguridad en los juicios consiste en el recurso al pasado, extrayendo pautas y parámetros de decisión de la experiencia que sólo él puede darnos. Ha escrito a este respecto Santo Tomás, que “la prudencia, como se ha dicho, trata de las acciones contingentes. En éstas no puede el hombre regirse por la verdad absoluta y necesaria, sino por lo que sucede comúnmente (...) Mas la experiencia enseña cuál es la verdad en los hechos contingentes” (26).

En el caso del juez —y de sus interlocutores, los abogados— la experiencia se amplía en gran forma, gracias a la posibilidad de conocer el modo como fallaron antes otros jueces; gracias a este conocimiento de las soluciones pasadas —y en general, de la historia del derecho— le es posible al juez determinar en cierta medida las múltiples soluciones que es posible dar a un caso de derecho. “No es deduciendo, sino observando, que se llega a la posesión de esas reglas prácticas singularizadas, gracias a las cuales se determinarán, en el mejor modo, los principios abstractos de la conducta que ha de cumplirse en situaciones concretas” (27). Sin este recurso a la experiencia del pasado, en cada caso se abrirían ante el juzgador todas las posibilidades que permite la generalidad y abstracción de la norma jurídica (28). La vida del derecho se transformaría en un eterno recomenzar, en un continuo recaer en las malas soluciones que dieron nefastos resultados en el pasado o en un lamentable desechar las decisiones felices y acertadas, que ya fueron ensayadas con éxito.

Santo Tomás llamó a esta “parte” o elemento de la deliberación prudencial, “memoria”, colocándola en el primer lugar entre lo que es necesario para la rectitud del juicio práctico (29). Siguiendo sus pasos, Dante escribió, en *El Convite*, que para ser prudente se requiere “una buena memoria de las cosas vistas, un buen conocimiento de las cosas presentes y una buena previsión de las futuras” (30). Lo primero, entonces, que debe considerarse en el

---

(25) Vid. nota 17.

(26) *S. Th.*, II-II, q. 49, a. 1.

(27) SAMPAY, ARTURO E., *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Omeba, 1962, p. 472.

(28) Para las notas de generalidad y abstracción de las normas, en especial de las jurídicas, vid. GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1977, p. 260 ss.

(29) *S. Th.*, II-II, q. 49, a. 1.

(30) DANTE ALIGHIERI, *El Convite*, IV, 27, 5, ed. BAC.

proceso deliberativo, es aquello que nos enseña el pasado acerca de situaciones como la que debemos resolver. Por ello, no habrá ningún buen juez, ni abogado, que no tenga un trato cotidiano con los repertorios de jurisprudencia: sólo de allí podrán salir las determinaciones, las pautas particulares, que circunscriban las posibles soluciones del caso, evitando el desamparo de la indeterminación y la generalidad de la norma. Como bien dijera un pensador político francés, “el pasado sólo vale cuando sus éxitos son modelos y sus fracasos, lecciones”.

9. *La inteligencia de las cosas presentes.* Pero tal como lo expresa la citada frase de Dante, no es suficiente con saber cómo sucedieron las cosas para que la deliberación sea correcta; es preciso también conocer todas las circunstancias particulares y concretas de la situación jurídica que reclama solución. “El conocimiento de esta proposición singular en que se formula el caso concreto —escribe Leopoldo Eulogio Palacios— y que maridándose con la proposición universal de la *sindéresis*, da lugar a la conclusión particular que ya es nuestra acción humana, es llamada por los tomistas «*intelecto*»” (31). Esta inteligencia de las cosas singulares, que se obtiene con la colaboración de la “*cogitativa*” o “*razón particular*” (32) es la que permite al prudente elaborar el “*cuasi-silogismo*” práctico, que tendrá como conclusión el juicio directivo de la conducta humana.

En el caso del juez o del jurista, este conocimiento tiene la característica de ser casi siempre mediato: los hechos que hay que juzgar ya ocurrieron y el magistrado habrá de conocerlos por mediación de una serie de instrumentos cognoscitivos que se conocen con el nombre de “*medios de prueba*”. Al crimen lo conocerá el juez a través de la policía; las causas del incumplimiento de un contrato, a través de las afirmaciones de las partes, los testigos, los peritos, etc.; la pertenencia de un inmueble a un sujeto u otro, por intermedio de los escribanos, del catastro, de un testamento, etc. Por ello es muy difícil para el juez conocer con total objetividad los detalles de la situación controvertida y necesita de una especial intuición, de una penetración que es fruto de la experiencia y que es la única capaz de permitirle la captación de la verdad del caso, a través del fárrago de los instrumentos probatorios. Y esta es una de las razones por las que el discurso judicial es asunto de deliberación y no de ciencia; el término menor del “*cuasi-silogismo*” prudencial, no es cognoscible con la certeza propia de las ciencias exactas o experimentales; por el contrario, debe ser establecido trabajosamente y de modo siempre provisorio. Escribe a este respecto Jean Denis Bredin, que “el hecho materia de un litigio es un hecho histórico, es decir, un hecho que no puede ser constatado directamente y que no puede ser reiterado en forma experimental. La confesión no es sino una exposición especialmente digna de crédito, en razón de que emana de aquel que pretende ser el autor del hecho. La reconstrucción no es nunca una renovación experimental, sino la búsqueda de una similitud. El abogado (y el

(31) PALACIOS, LEOPOLDO EULOGIO, *La Prudencia Política*, Madrid, I.E.P., 1945, p. 165.

(32) DE CORTE, MARCEL, *De la Prudence*, París, ed. D. M. Morin, 1974, p. 28 ss.

juez) están obligados a establecerlo por los medios de prueba previstos por la ley que, en realidad, no logran nunca sino hacer al hecho verosímil o probable, sin lograr jamás, me parece, aportar una demostración" (33). Es evidente que a través de tales medios de conocimiento, no puede lograrse la certeza capaz de otorgar al discurso prudencial el rigor de las demostraciones científicas.

Por ello, el juez y los abogados deben deliberar acerca del valor de cada prueba, analizar cada una de las declaraciones o confesiones, debatir acerca de la interpretación que debe darse a cada uno de los hechos probados. Sólo después de esta tarea deliberativa, quedará uno de los extremos del razonamiento judicial preparado para que éste pueda ser puesto en marcha; debemos, por lo tanto, analizar ahora el otro extremo.

10. *La interpretación de las normas.* En un texto de gran valor, Santo Tomás indica cuáles son los extremos que es preciso conocer para la elaboración del razonamiento prudencial: "La prudencia —escribe— termina como conclusión en una obra particular, a la cual aplica el conocimiento universal, según queda dicho. Pero la conclusión particular se deriva de una proposición universal y de otra particular. Por consiguiente, la prudencia debe proceder a una doble inteligencia: una, la que es cognoscitiva de los universales (...). La otra inteligencia, es la que, como se dice en el Libro VI de la *Ética*, es cognoscitiva del «extremo», es decir, un primer singular y contingente operable" (34). Habiendo hecho ya mención a la inteligencia de la situación singular y contingente, nos resta ahora estudiar aquella que "es cognoscitiva de los universales", tal como lo expresa Santo Tomás. En otras palabras, hemos de tratar acerca de la deliberación que se lleva a cabo sobre la inteligencia del principio universal —o simplemente general— de la conducta jurídica; principio que —en el ámbito del derecho— recibe el nombre de norma jurídica o ley jurídica.

Al tratar de la esencia de la ley, Santo Tomás escribe que ella consiste formalmente en una "proposición universal de la razón práctica en orden a la operación" (35), en otras palabras, en una proposición normativa general (36), que cumple la función de causa ejemplar del obrar humano jurídico (37).

Pero, ¿por qué es necesario interpretar esta norma del obrar jurídico al aplicarla a un caso singular?; ¿no basta con aplicarla? El Aquinate responde que "aquel que juzga, en algún modo interpreta el texto de la ley, aplicándolo

---

(33) BREDIN, JEAN-DENIS, *La logique judiciaire et l'avocat*, en: AA.VV., *La logique judiciaire*, París, P.U.F., 1969, p. 98 ss y nuestro trabajo *Introducción a la lógica judicial*, en: AA.VV., *La función judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 27-57.

(34) *S. Th.*, II-II, q. 49, a. 2, ad. 1.

(35) *S. Th.*, I-II, q. 90, a. 1. ad. 2 - Vid. nuestro trabajo *La analítica de la ley en Santo Tomás*, en: *Idearium* N° 8, en prensa.

(36) KALINOWSKI, GEORGES, *Loi juridique et loi logique*, en: *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 25 (*La loi*), París, Sirey, 1980, p. 123 ss. y en ese mismo volumen, los trabajos de PAUL ANSELEK, *Norme et loi*, pp. 89-107 y JEAN-LOUIS GARDIES, *La structure logique de la loi*, pp. 109-121.

(37) *S. Th.*, I-II, q. 93, a. 1.

a un asunto particular" (38), poniendo de relieve la necesidad ineludible de interpretar el texto legal al juzgar acerca de una situación concreta. Pero si la interpretación es necesaria para aplicar la norma y estructurar el "cuasi-silogismo" (39) que concluye en el juicio prudencial, es necesario previamente dejar establecido en qué consiste la tarea de interpretar. Escribe Kalinowski a este respecto, que "interpretar consiste en atribuir un sentido determinado a un signo lingüístico" y que "es esencial que este signo provenga de otros, pues no se interpreta, en el sentido propio de la palabra, las propias expresiones, pues se conoce su sentido" (40). Es por ello que, al consistir la norma en una proposición expresada a través de signos lingüísticos, es necesario llevar a cabo una cierta interpretación de ellos, con el fin de desentrañar su sentido.

Pero la interpretación puede ser de muy diversos tipos (41), fundamentalmente de dos principales: teórica o práctica. Interpretación teórica es aquella que responde estrictamente a la definición apuntada y que se dirige, por lo tanto, a la contemplación de aquello que está dicho en los textos que se interpretan, a saber qué significan en sí mismos. Por el contrario, en el caso de la interpretación práctica, en especial la de las normas jurídicas, "aquel que interpreta un texto legislativo (en el amplio sentido del término) quiere llegar a saber, en último lugar, no solamente lo que el autor de ese texto ha dicho o querido decir (si es que esto puede saberse), sino cómo se debe comportar uno mismo o cómo debe comportarse aquel a quien se enseña (en el caso del profesor de derecho) o se aconseja (en el caso del abogado) (...). Pero el que debe actuar, en particular el juez, a quien la abstención de hacer justicia le está prohibida, no puede dejar de encontrar, de una manera u otra, la regla de comportamiento que necesita. Los hombres interrogan pues a los textos legislativos y los interpretan. Encuentran —o no— las directivas buscadas. En caso negativo es necesario que ellos mismos las formulen, haciéndolas entrar, de buen o mal grado, en el sistema jurídico en vigencia". En otras palabras, la interpretación de un texto legislativo se ordena a la obtención de aquella norma jurídica que de mejor manera solucione el caso controvertido; no le interesa al intérprete lo que quiso o no quiso decir el legislador, sino cuál es la pauta que permita la realización del derecho en concreto; su fin es el logro de una regla de comportamiento justa. Por tanto, interpretar la ley no significa descubrir su sentido teórico, sino su sentido normativo; conocer cuál es la regla que, pudiendo desprenderse de los signos lingüísticos utilizados en la norma, permite obtener el fin jurídico en una situación determinada (42).

---

(38) S. Th., II-II, q. 60, a. 6.

(39) SACHERI, CARLOS, *Aspectos lógicos...* cit. p. 178.

(40) KALINOWSKI, GEORGES, *Philosophie et logique de l'interprétation en droit*, en: A.P.D., Nº 17, Paris, Sirey, 1972, *passim*.

(41) Vid. Voz, Hermenéutica, en: FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de Filosofía*, vol. II, Madrid, Alianza, 1979, pp. 1493-1498.

(42) RADBRUCH, GUSTAV, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1956, p. 148 ss.; allí escribe: "la interpretación es práctica, creadora, productiva y supracientífica (...) no pregunta ante la ley: ¿qué es lo que sobre esto pensó el legislador?, sino, ¿qué es lo que para este asunto se desprende del tenor literal de la ley?"; pp. 150-152. Por el contrario, para los exégetas, la interpretación de la ley era una actividad teórica; vid. *Infra*, nota 51.

Esta interpretación es objeto de deliberación conjunta por quienes intervinen más activamente en el proceso de búsqueda de la solución justa de un caso: abogados y juez. Entre ellos se produce un diálogo, que puede revestir el carácter de un debate acerca de cuál sea la norma que haya de solucionar la controversia; en primer lugar, es preciso determinar cuál es la ley aplicable al caso y en segundo lugar, indagar cuál es el sentido que ha de darse a los vocablos en que se expresa para que la solución sea justa. En esta tarea, los abogados de las partes harán uso de los distintos *argumentos* que la Retórica pone a su disposición para convencer al juez: argumento *a contrario*, *a fortiori*, analógico, *a simili*, *ab exemplo*, *a coherentia*, etc. (43). Pero la interpretación que efectúan los abogados de las partes y en favor de la cual argumentan, no es “la” interpretación de la ley; su punto de vista es demasiado parcial e interesado y, por principio, supone otra interpretación de sentido opuesto o divergente. Por ello, el orden jurídico concreto sólo surge cuando entre los sujetos jurídicos aparece un tercero que no tiene interés personal en las pretensiones recíprocas y que puede, por ello, superarlas y encontrar una solución racional, fruto de una adecuada interpretación de los textos jurídicos (44). Es por esto que la retórica no agota el discurso jurídico; más allá de los argumentos de las partes en uno u otro sentido, se encuentra la decisión del juez, que supera la controversia y produce un juicio práctico con pretensiones de verdad; tan cierto es esto, que Legaz y Lacambra afirma que el ordenamiento jurídico es, en última instancia, un conjunto de decisiones (45). Y es esta decisión judicial la que establece, autoritariamente, cuál es el sentido que debe darse a un texto jurídico en un caso controvertido; cuál es la interpretación práctica que conduce, en concreto, a su mejor solución.

11. *Previsión de las consecuencias.* El último de los “momentos” de la deliberación consiste en la consideración de las consecuencias futuras de la decisión que es necesario adoptar. “Los futuros contingentes —escribe Santo Tomás— en cuanto ordenables por el hombre al fin de la vida humana, pertenecen a la prudencia. Ambos elementos son implicados en la idea de previsión, que importa una relación a algo distante, a lo cual ha de ordenarse todo lo que sucede en el presente” (46). Es éste el más problemático de los datos que pueden obtenerse deliberando, ya que el futuro no es susceptible de un conocimiento cierto; por definición, él carece de necesidad y, por lo tanto, todo lo que sobre él pueda saberse es sólo probable, está afectado de una inseguridad fundamental que proviene de su carácter esencialmente contingente.

Pero no obstante su enorme dificultad, este conocimiento es absolutamente necesario, ya que “todo prudente (político, juez, militar, economista, dirigen-

---

(43) ARISTÓTELES, *Retórica*, *passim*; *Tópica*, *passim*; PERELMAN, CHAIM, *Logique Juridique*, cit. p. 55 ss.; MANS PRUGARNAU, JAIME M., *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, 1969, p. 193 ss.

(44) GRANERIS, GIUSEPPE, *La Filosofía del Derecho a través de su historia y de sus problemas*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1979, p. 210 ss.

(45) LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Justification de la décision en droit*, en: AA.VV., *Legal reasoning*, Bruxelles, E. Bruylant, 1971, pp. 295-300.

(46) S. Th., II-II, q. 49, a. 8.

te) tiene que tener en cuenta las posibles reacciones en cadena de sus decisiones, tanto como los efectos colaterales. Si tales reacciones y efectos son buenos, mejor que mejor, pero si son dañinos se ha cometido una imprudencia. (...). Aristóteles dice que el verdadero prudente es el que advierte el mal cuando recién se insinúa y no espera que el agua le llegue al cuello. Todos los errores son cegueras. El régimen versallesco fue un error que concluyó en la guillotina" (47).

En el caso de la decisión judicial, aparece evidente que ella requiere una consideración deliberada de sus posibles consecuencias. El juez, al decidir acerca de la tenencia de un hijo de padres divorciados, no puede dejar de considerar las consecuencias que, para su salud moral y el orden familiar, pueden derivarse del hecho de permanecer con uno u otro de sus progenitores; cuando el magistrado considera una propuesta de arreglo entre un comerciante y sus acreedores, es preciso analizar las derivaciones que, para la economía, en general y para cada uno de los implicados, pueden resultar de su aprobación o no aprobación; cuando el juez penal debe decidir sobre el monto de una pena, debe prever qué consecuencias pueden seguirse, para la opinión pública, la seguridad general y el reo, de la fijación de una u otra medida de la pena y así sucesivamente.

Pero, reiteramos, las consecuencias que se seguirán de una u otra decisión, no son susceptibles de conocimiento cierto. Del futuro sólo puede tenerse una cierta noción a partir del presente y del pasado, iluminados con la experiencia de lo que sucede habitualmente. Por ello, en el juicio que culmina la deliberación, hay siempre una cuota de pura decisión, de salto en el vacío, de riesgo asumido, de aceptación de la falibilidad de todo conocimiento de las realidades futuras. Baste con tener en cuenta que la mera mutación de una sola de las variables tenidas en cuenta al decidir, puede llevar a consecuencias totalmente opuestas a las que se tuvieron en mira. Por ello escribió Julio Irazusta que "el mayor obstáculo que la política opone a la inteligencia es que el futuro, en cuyo manejo está su misión, no es susceptible de conocimiento cierto. La mejor educación del príncipe, el mejor acopio de antecedentes por las oficinas de cada rama de la administración, el más sabio asesoramiento de las minorías selectas reunidas en los consejos de gobierno, jamás eliminaron la parte aleatoria, como de salto en el vacío, que hay en toda decisión práctica (...). Tomar un rumbo del porvenir es siempre difícil e incierto. Nadie tiene la presciencia. Es siempre una opción entre dificultades" (48).

La deliberación, el intercambio de pareceres y puntos de vista acerca de las consecuencias futuras, tiende a disminuir este carácter aleatorio; una deliberación bien llevada, con rigor y seriedad, considerando la mayor cantidad de variables posibles, conducirá, *probablemente*, a consecuencias felices. Pero

---

(47) FERNÁNDEZ SABATÉ, EDGARDO, *La Prudencia*, Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, 1978, pp. 36-37.

(48) IRAZUSTA, JULIO, *La política, cienienta del espíritu*, Buenos Aires, Dictio, 1977, pp. 16-17.

jamás se logrará esa certeza absoluta en las cosas futuras que ha sido una de las tentaciones del hombre a lo largo de su historia. Ni el dogmatismo legalista, ni el deductivismo judicial, han logrado su intento de eliminar la contingencia del mundo del derecho; lo que corresponde, por lo tanto, es asumirla con la convicción de que el único camino para reducirla y delimitarla, consiste en la correcta deliberación sobre las cosas humanas.

12. *El juicio o la decisión*. Nos corresponde tratar ahora uno de los tópicos más controvertidos de la metodología y gnoseología jurídicas: el del "silogismo" judicial.

Es bien conocida la acerba crítica que ha surgido, a lo largo del presente siglo, contra la concepción "silogística" del razonamiento judicial; una larga serie de autores se han empeñado en desterrar a la figura silogística del modo de razonar en derecho, aduciendo que conduce a la aplicación puramente "mecánica" de las leyes y deja de lado los elementos valorativos que, indudablemente, concurren a los actos de concreción del derecho (49). Para estos autores, sería preciso recurrir a un "logos de lo humano" o "logos de lo razonable" (50), que no respondiera al esquema silogístico y contuviera el elemento axiótico característico de las realidades jurídicas y del pensamiento referido a ellas. Nosotros mismos nos hicimos eco de esa posición en un trabajo redactado hace unos años (51).

Pero una observación más atenta de las cosas, obliga a matizar más el juicio acerca del "silogismo" judicial; en efecto, según lo ha escrito bien García Máynez, "es necesario percatarse de que el problema lógico relativo a la forma o estructura de los razonamientos que posibilitan la aplicación de normas abstractas a casos concretos de la experiencia jurídica, es completamente diverso del que consiste en la formulación de las premisas de esos razonamientos. Casi todos los ataques contra la doctrina del "silogismo jurídico" provienen de autores que han pasado por alto tal distinción (52); en el mismo sentido opinan Kalinowski (53), Perelman (54), Aubenque (55) y Gilson (56). Para estos autores

---

(49) Así, entre otros, HOLMES, FRANK, LLEWELYN, POUND, VILLEY, HECK, COING, ENGEL, etc. Para una reseña de estas posturas, vid. HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, S. F., 1971, T. I.

(50) Vid. RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1973, *passim*; *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "Razonable"*, México, F.C.E., 1971, *passim*.

(51) *Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial*, separata del Boletín de Ciencias Políticas y Sociales, N° 22, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 1978, pp. 9-13.

(52) GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1977, p. 287.

(53) KALINOWSKI, GEORGES, *Le raisonnement juridique: état actuel de la question*, en: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, N° 7, Wiesbaden, F. Steiner Verlag, 1972, pp. 17-42. *Logique et méthodologie juridique*, en: A.P.D., N° 23, París, Sirey, 1978, pp. 59-68.

(54) PERELMAN, CHAIM, *Logique juridique*, cit. p. 176.

(55) AUBENQUE, PIERRE, *La prudence chez Aristote*, París, P.U.F., pp. 139-152.

(56) GILSON, ETIENNE, *Saint Thomas moraliste*, París, Vrin, 1974, p. 267.

el silogismo es la principal de las formas de razonar naturalmente del hombre; por ello, la inferencia de tipo silogístico encuentra su lugar en todos los ámbitos del pensamiento humano, inclusive en el del práctico y en especial en el del jurídico. Respecto del razonamiento práctico, Santo Tomás hace referencia numerosas veces al "silogismo práctico" o "silogismo prudencial" (57), en el que el principio práctico o norma jugaría el papel de premisa mayor y las circunstancias de hecho a que debe aplicarse ese principio, el de premisa menor; otro tanto ocurre en Aristóteles (58).

En otras palabras, también en el orden práctico y en especial en el jurídico, tiene lugar la forma silogística, fundamentalmente en el modo tradicionalmente denominado "Bárbara" (59). Lo que sucede es que en dicho orden existe una especial dificultad en la búsqueda y establecimiento de las premisas del mencionado silogismo y es casualmente en el especial modo de esta búsqueda y establecimiento, donde radica la especificidad del razonamiento judicial. Y es en esta tarea específicamente jurídica, donde aparece el procedimiento deliberativo como instrumento necesario para la investigación y fijación de los extremos de la inferencia. Ello es así, porque "aunque la aplicación intuitiva de la regla lógica correspondiente es efectivamente fácil, grandes dificultades se hallan vinculadas, por una parte, con la elección de la mayor, es decir, de la norma jurídica que se debe aplicar, y por otra, con la de la menor, o sea, en el establecimiento de los hechos que deciden la aplicación de tal o cual norma. Allí surgen las controversias que oponen entre sí al ministerio público, a los jueces, abogados, partes, testigos, peritos, etc. Si se analizan desde el punto de vista lógico los expedientes jurídicos, cualquiera sea su carácter: civil, penal, administrativo, comercial, social u otro, se comprueba que los debates que ocupan a tantas personas y cuestan tanto tiempo y esfuerzos, tienen precisamente como finalidad esos dos objetivos: a) *establecer los hechos* que unos afirman y que otros niegan, a los que unos otorgan tal o cual carácter, mientras que los otros los ven bajo un ángulo totalmente diferente y b) *encontrar la norma jurídica que se debe aplicar*" (60).

Ahora bien, una vez deliberado acerca de la norma aplicable y de su correcta interpretación; una vez que se ha debatido acabadamente sobre la verdad de los hechos y el sentido que debe atribuírseles, no queda sino elaborar el silogismo práctico, cuya conclusión contendrá la sentencia que resuelve el caso controvertido. Pero sobre este punto es necesario realizar dos precisiones fundamentales:

a) La primera se refiere al *elemento axiómico o valorativo* que siempre aparece en todo raciocinio referente al derecho, en razón de pertenecer éste al

(57) S. Th., I-II, q. 13, a. 1. ad. 2 y a. 3; II-II, q. 49, a. 2., ad. 1 y en varios lugares más.

(58) Vid. Aristóteles, *Retórica*, I, 2, 1357, a 8 ss.

(59) Vid. MARITAIN, JACQUES, *El orden de los conceptos*, Buenos Aires, Club de Lectores, 197 pp.

(60) Cfr. KALINOWSKI, GEORGES, *Introducción...* cit. p. 145 ss.

orden de la *praxis* humana. Pareciera, a primera vista, que la forma silogística excluiría toda valoración, reduciendo el pensamiento jurídico a algo frío y descarnado como el razonamiento matemático. Pero en rigor, la forma silogística no excluye necesariamente a las valoraciones, ya que éstas pueden aparecer al momento de establecer las premisas. Tanto en el acto de selección de la norma como en el de su interpretación, el jurista o juez realiza una estimación acerca de cuál sea el precepto, o la hermenéutica de ese precepto, que en mayor medida haga posible una solución justa. Otro tanto ocurre con los hechos, que el magistrado considera valorando el alcance que debe darse a cada uno, realizando juicios de valor al seleccionar aquellos que considera pertinentes y al dejar de lado a los que estima irrelevantes para la superación de la controversia planteada. Pero, además, el juez no sólo valora aisladamente normas y hechos, sino que lo hace vinculándolos y considerando, deliberativamente, su conveniencia o inconveniencia; analiza si determinada norma soluciona adecuadamente un determinado caso; si es posible arribar a la resolución justa de una situación litigiosa, aplicando una cierta ley o si es preciso aplicar otra o interpretarla de diverso modo. Todo ello con el fin de realizar la justicia en el caso concreto, por lo que esta tarea resulta ser esencialmente estimativa.

Sólo después de llevada a cabo toda esta serie de estimaciones, que se refieren a ambos extremos del raciocinio jurídico, entra a jugar el silogismo práctico, aportando la cuota de lógica necesaria para que estemos en presencia de un razonamiento correcto y no de un despropósito<sup>(61)</sup>. Por lo tanto, la decisión, a que hacen referencia los autores como siempre presente en la concreción del derecho<sup>(62)</sup>, se refiere al momento de establecer las premisas; es al fijarlas definitivamente cuando el juez debe decidirse por una o por otra, decisión que acarreará, por el imperio de las reglas lógicas, una determinada solución al caso, distinta de la que hubiera correspondido de haber optado el juez por otras premisas. Esto es de la mayor importancia, ya que significa establecer claramente cuál es el papel y el "lugar" de la decisión en el razonamiento jurídico, resguardando los necesarios fueros de la lógica formal.

b) Pero es preciso destacar también que *el silogismo de concreción jurídica no es un silogismo teórico*. Al modo de los que tienen lugar en las ciencias físicas o matemáticas. Por el contrario, se trata en este caso de un silogismo deóntico o normativo, el que, para constituirse, requiere que al menos una de sus premisas sea normativa, ya que de dos premisas teóricas no puede seguirse nunca una conclusión normativa<sup>(63)</sup>. Así, por ejemplo, la conclusión "A debe pagar la suma C", supone una norma por la que todos los que se encuentren en la situación X deben pagar una suma C" y la constatación de hecho de que "A se encuentra en la situación X"; de lo contrario la conclusión no podría ser nunca un precepto, ya que la conclusión no puede nunca ser más "fuerte" que

---

(61) Cfr. KALINOWSKI, GEORGES, *De la spécificité de la logique juridique*, en: A.P.D., N° XI, Paris, Sirey, 1966, *passim*.

(62) Vid *Supra*. Nota 45.

(63) Vid. KALINOWSKI, GEORGES, *Note sur le rapport entre le fait et le droit*, en: Riv. Int. de Filosofia del Diritto, Milano, Giuffré Ed., 1969, N° 46-4, pp. 411 ss.

las premisas (64). Esta conclusión es un “precepto”, es decir, una norma particular, destinada a regir una situación determinada (65); este precepto, al que Santo Tomás denominaba “juicio”, precisando que “es propio del prudente formar un recto juicio de la acción” (66), es la culminación de lo que podríamos llamar la parte “cuasi-especulativa” (67) del raciocinio prudencial. En ella la inteligencia determina, cada vez con mayor concreción, aquello que es debido en justicia. Pero esta determinación de lo justo no es suficiente en el orden de la realización concreta del derecho; “el entendimiento práctico no descansa satisfecho en las investigaciones de la deliberación, ni tampoco en la emisión de un juicio sobre las realidades descubiertas. Para ajustarse a su fin, en cuanto entendimiento práctico, tiene que ir más lejos: tiene que completar su dirección operativa. No sólo tiene que descubrir inquisitivamente el bien, no sólo tiene que juzgar sobre el bien descubierto, sino que, además, ha de iluminar y mostrar ese bien al apetito como bien que aquí y ahora ha de apetecerse. Y esto es el *imperio* o la “aplicación de las cosas deliberadas y juzgadas a la operación concreta” (68).

13. *La imperación de lo justo concreto*. Lo afirmado hace un momento supone la existencia de un último acto en la prudencia: el mandato, a través del cual se pone en movimiento a la voluntad, propia o de otros, para que realice en los hechos la conducta debida. Sin este paso definitivo, todo el proceso de razonamiento en el orden práctico y en especial en el jurídico, quedaría estéril, sin cumplir con su fin propio de dirigir los actos humanos hacia su fin.

Este acto de imperar o mandar es un acto de la razón, ya que “el que impera ordena a otro hacer una cosa, intimándole la orden o significándole lo que ha de hacer, y esta ordenación es un acto racional” (69). Pero es un acto de la razón que supone una moción previa, un impulso anterior de la voluntad, ya que es ella “el principio que mueve a las demás facultades a la ejecución del acto (...) por lo que se sigue que la moción de la razón cuando impera, procede del impulso de la voluntad” (70).

Por ello, el acto del juez intimando a las partes —o a una sola de ellas— a la realización de aquel obrar que ha descubierto como justo en la deliberación y preceptivado a través del juicio, es un acto típicamente racional, contrariamente a lo sostenido por quienes pretenden reducir los imperativos a actos de

---

(64) *Ibidem*.

(65) Vid. Voz Precepto, en: JOLIVET, RÉGIS, *Diccionario de filosofía*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1978.

(66) *S. Th.*, II-II, q. 49, a. 4.

(67) *S. Th.*, II-II, q. 47, a. 8.

(68) O'NEIL, CHARLES, *La prudencia, sabiduría incommunicable*, en: AA.VV., *Ensayos sobre el Tomismo*, Madrid, Morata, 1963, p. 247.

(69) *S. Th.*, I-II, q. 17, a. 1.

(70) *Ibidem*.

la emoción o de la sensibilidad (71). Los irracionalistas partidarios del “derecho libre” y los empiristas, seguidores de Hume (72), al negar carácter racional a los imperativos jurídicos, terminan yendo a parar al absurdo de un “sentimentalismo jurídico”; estos autores, en su lucha contra el racionalismo absoluto de los exégetas, terminaron perdiendo el equilibrio debido y desterrando completamente a la razón del orden de la *praxis* jurídica. Para ellos, “las sentencias son la obra de los jueces siguiendo a sus instintos, a sus intuiciones y condicionados por las circunstancias. Tesis que ha triunfado en las escuelas «realistas» americanas o escandinavas. Ello nos lleva del *racionalismo* heredado de la época de las luces a su contrario, al total *irracionalismo*, tan poco seductor como el primero” (73).

Pero si el hombre es naturalmente racional y el principio y norma de sus operaciones, personales o sociales, es esa misma razón, no puede renunciarse a su uso en el campo del derecho. Más allá de los desvíos y excesos del racionalismo, que pretendía que el orden jurídico era obra de la sola razón, entendida ésta al modo matemático, es preciso reivindicar los fueros de la inteligencia en la tarea de dirigir la acción humana. Lo contrario, el irracionalismo sociologista, empirista o de cualquier otra índole, no sólo contraría la experiencia indubitable de que el hombre intenta incansablemente sujetar a pautas racionales su vida social, escapando al desorden, la inseguridad y lo arbitrario, sino que además cae en el absurdo contradictorio de afirmar la existencia de un sujeto racional que, por definición, no puede conducirse racionalmente. El imperio, por lo tanto, donde culmina el proceso del razonamiento jurídico, es tan racional como lo ha sido todo el camino que a él conduce.

14. *Prudencia y justicia*. Pero es preciso reconocer algo a los irracionalistas, ya que en el conocer prudencial no interviene sólo la razón. Como ya lo advirtiéramos en la primera parte de este estudio, la prudencia es una virtud formalmente intelectual pero materialmente moral. Es decir, que si bien radica en la inteligencia, su objeto de conocimiento son los actos de la sensibilidad y, en el caso de la justicia, de la voluntad.

Por ello escribe Santo Tomás, que “para que haya un juicio recto se requieren dos condiciones, de las cuales una es la virtud misma que profiere el juicio y en este sentido el juicio es acto de la razón, pues decir o definir algo es propio de la razón. La otra es la disposición del que juzga y que le hace idóneo para juzgar rectamente; y así, en lo perteneciente a la justicia, el juicio procede de la justicia, como en lo concerniente a la fortaleza procede de ésta.

Así, pues, el juicio es acto de justicia, en tanto ésta inclina a juzgar rectamente, y de prudencia, en cuanto esta virtud pronuncia el juicio” (74).

---

(71) Vid KALINOWSKI, GEORGES. *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979, pp. 3-31.

(72) *Ibidem*.

(73) VILLEY, MICHEL, *Précis...*, cit. t. II, p. 48.

(74) *S. Th.*, II-II, q. 60, a. 1, ad. 1.

Es por lo tanto errónea la pretensión de hacer del juicio y del raciocinio jurídicos actos de la sola razón; la justicia, hábito de la voluntad, cumple la función de movilizar al entendimiento en el sentido de lo debido; lo inclina a la búsqueda de la solución correcta del caso de derecho. Y si bien es cierto que, en razón de la exterioridad y objetividad del acto justo, es posible que un sujeto habitualmente injusto realice un acto de prudencia jurídica <sup>(75)</sup>, ello no será lo habitual; por el contrario, existen las mayores posibilidades de que su voluntad injusta desvíe su juicio y éste resulte imprudente. “La teoría clásico-cristiana de la vida —escribe Pieper— sostiene que sólo es prudente el hombre que al mismo tiempo sea bueno; la prudencia forma parte de la definición del bien. No hay justicia ni fortaleza que puedan considerarse opuestas a la virtud de la prudencia; todo aquel que sea injusto es de antemano y a la par, imprudente” <sup>(76)</sup>. Y ello en razón de que sólo quien es justo, o quien, sin serlo habitualmente, se propone objetivamente la realización de un fin justo, puede movilizar verdaderamente a la prudencia para la búsqueda e imperio de los medios conducentes a ese fin. Por el contrario, si el fin que se persigue *no es justo*, la búsqueda de los medios para su logro no será propiamente “prudencial”, sino tarea de una falsa prudencia. La prudencia es virtud, intelectual y moral, y por ello no puede tener por objeto la concreción de un acto injusto <sup>(77)</sup>. Santo Tomás llama *prudencia carnis* a la habilidad de hallar los medios conducentes a un fin injusto y la enumera entre los “vicios opuestos a la prudencia” <sup>(78)</sup>.

Es absolutamente cierto que quien, por cobardía, codicia o cualquier otro motivo espúreo, utiliza su experiencia y buen juicio para encontrar los caminos que mejor conducen a un objetivo distinto del que prescribe la justicia, no sólo no puede ser calificado de prudente, sino que atenta activamente contra esa virtud, dando lugar a su grotesca caricatura. Y más grotesca es aún, cuando se menciona explícitamente a la prudencia con el fin de encubrir la cobardía y la pusilanimidad como motivos reales de una decisión injusta. Por ello es tan acertada la frase de Josef Pieper, sobre que “la corrupción de la justicia tiene dos causas: La falsa prudencia del sabio y la violencia del poderoso” <sup>(79)</sup>; lo que es más, muchas veces la falsa prudencia del que juzga tiene por origen su cobardía frente a la violencia del poderoso.

Pero por sobre todo es preciso destacar que sin prudencia auténtica es imposible la realización de la justicia; en efecto, quien no conoce la realidad

---

<sup>(75)</sup> Vid. nuestro trabajo *Cuestión acerca de la virtud de justicia y de la verdad en el derecho*, en Revista de la Universidad de Mendoza, N° 3, Mendoza, 1981.

<sup>(76)</sup> PIEPER, JOSEF, *Prudencia*. . . , cit., p. 43; vid. DERISI, OCTAVIO, N., *La doctrina de la inteligencia de Aristóteles a Santo Tomás*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1980, pp. 229-233.

<sup>(77)</sup> Cfr. MONTEJANO, BERNARDINO (H.), *Derecho y Prudencia*, en: *Iustitia*, N° 2, Buenos Aires, 1965, pp. 95-98.

<sup>(78)</sup> S. Th., II-II, q. 55, a. 1. Vid. RAMÍREZ, SANTIAGO, O. P., *Introducción a la cuestión* 55, ed. cit. pp. 182-183; ARISTÓTELES, E. N., VI, 12, 1144 a 35.

<sup>(79)</sup> PIEPER, JOSEF, *Justicia y Fortaleza*, Madrid, Ed. Rialp, 1972, p. 7.

de las situaciones; ni los principios del obrar social, ni ha previsto acertadamente las consecuencias de uno u otro acto, no podrá determinar en concreto y con acierto qué es justo y qué es injusto. Su pretendida "justicia" será un impulso ciego, capaz de conducir al mayor dislate o a la más grave injusticia objetiva. "La justicia —escribe Alvaro D'Ors— es la virtud o hábito moral que consiste en dar a cada uno lo suyo; pero presupone un conocimiento de este suyo que se debe dar a cada uno. Este conocimiento es el objeto de la virtud de la prudencia (...); por la primera se inclina el juez a juzgar bien y por la segunda averigua qué debe juzgar en cada caso para juzgar bien" (80). Por ello, resulta evidente que quien no conoce qué cosa es lo suyo de cada cual, está imposibilitado de ser justo; la prudencia es, entonces, condición de posibilidad de la justicia, es la que le otorga su medida, su "medio", la que proporciona un objeto concreto y determinado al movimiento de la voluntad hacia el bien estrictamente debido a otro.

15. *Conclusión.* Llegado el momento de concluir estas breves reflexiones, no nos queda sino poner de relieve la capital importancia que reviste el conocer prudencial en el ámbito del derecho. En efecto, si el derecho es lo justo, la obra o acción adecuada a otro, aquel obrar debido en justicia con estricta necesidad deóntica (81) y las acciones son siempre singulares (82), es evidente que para conocer el derecho en su más estricta acepción, es preciso un modo especial de conocimiento que tenga por objeto el obrar humano en su máxima concreción; en el caso del derecho, el obrar humano singular en materia de justicia.

Este especial modo de conocer, el prudencial, es un conocer de tipo práctico, con causalidad ejemplar y eficiente moral sobre el obrar humano y es el objeto propio de una virtud intelectual, la prudencia, que posibilita la determinación concreta de lo justo y la dirección del obrar humano que de esa determinación se desprende. En el proceso del conocer prudencial, quien debe realizar la acción justa delibera, juzga e impera; interpreta, valora y razona; conoce normas y hechos; concreta las exigencias de los principios universales o generales, en una circunstancia singular e irrepetible. En otras palabras, permite al hombre, en especial al hombre de leyes, aprehender lo justo concreto y dirigir su obrar, o el de otros, a la realización del derecho. Es por ello que este conocimiento, más que ningún otro, merece ser llamado jurídico, ya que lo es por su objeto, por su fin y por su método (83). Podemos decir, por todo ello, que el "deliberativo prudencial" es el modo más propio de conocimiento

---

(80) D'ORS, ALVARO, *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Ed. Rialp, 1963, pp. 12-115.

(81) Sobre el sentido preciso de "lo justo" en la concepción realista del derecho, vid. nuestro trabajo *La categorización del derecho según Santo Tomás*, en prensa, en la revista SAPIENTIA.

(82) *S. Th.*, II-II, q. 47, a. 3: "Operationes autem sunt in singularibus".

(83) Cfr. KALINOWSKI, GEORGES, *Le raisonnement en sciences juridiques*, en: *Représentation des connaissances dans les sciences de l'homme*, Paris, Inst. Nac. de Recherche en Informatique et en Automatique, 1980, pp. 476-485.

jurídico; y ello no sólo desde una perspectiva noética o gnoseológica, sino también, y con mayor razón aún, desde un punto de vista estrictamente práctico, ya que sin prudencia no puede haber justicia, ni por ende convivencia, sociedad, ni bien humano. De allí el gran acierto de Marcel de Corte, cuando llamó a la Prudencia "la más humana de las virtudes".

Por ello, ante la multiplicidad de doctrinas, irracionalistas o voluntaristas algunas, racionalistas a ultranza otras, que se disputan la explicación y ordenación del razonamiento jurídico en su máxima concreción, la doctrina de la prudencia aparece como una síntesis realista de razón y de voluntad, de valoraciones y de lógica, de principios universales y de circunstancias singulares. Y no porque se trate, en este caso, de un eclecticismo más o menos afinado; por el contrario, estamos frente a una adecuación rigurosa del pensamiento a la realidad, a la ponderación de todos los elementos del concreto fenómeno jurídico, a la formulación humilde de la verdad, sin ataduras ni apriorismos ideológicos. Es por esta fundamental razón que, frente a la crisis del racionalismo exegetico y la insuficiencia de los voluntarismos kelseniano, sociologista o empirista, se constituye en una exigencia del reencuentro del pensamiento y la *praxis* jurídica con la varias veces milenaria doctrina de la prudencia.

CARLOS IGNACIO MASSINI  
*Universidad Nacional de Cuyo*  
*Universidad de Mendoza*