

Herrera, Daniel Alejandro

La argumentación del jurista como ars iuris

Documento de cátedra

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Herrea, D. A. (2005). La argumentación del jurista como ars iuris [en línea]. En J. Portela y F. Puy Muñoz (comp.). *La argumentación de los operadores jurídicos* (pp. 9-36). Buenos Aires : Educa. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/argumentacion-jurista-como-ars-iuris.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

LA ARGUMENTACIÓN DEL JURISTA COMO ARS IURIS

Daniel Alejandro Herrera.

Profesor Pro titular de Filosofía del Derecho UCA.

*“Este vocablo **derecho** (**ius**), originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Pero más tarde se derivó a denominar el **arte** con que se discierne qué es lo justo”¹.*

1. *El jurista y el derecho.*

“Jurista es, pues -según Hervada-, quien sabe el derecho, quien tiene el discernimiento de lo justo *en el caso concreto*, quien discierne el derecho (*ius*) y la lesión del derecho (*iniuria*) dentro de unas determinadas y particulares relaciones sociales. Allí donde un oficio requiera esa determinación del derecho, allí hay oficio de jurista, aunque sólo sea como función auxiliar. El jurista por antonomasia es el juez, cuya función central y principal es la de *dictar sentencia*, decir el derecho. Pero jurista es también el abogado, que dice lo que, en su opinión, es el derecho de su cliente. Y de jurista es, o tiene una

¹ Santo Tomás de Aquino, *S. Th.,II-II, Q. 57 art. 1.*

dimensión de jurista, cualquier oficio o profesión en los que haya que establecer el derecho en relación a unas personas o instituciones”².

Etimológicamente *Jurista* se deriva de *ius*, que a su vez constituye también la raíz de otras palabras claves, como *iustum* (lo justo), *iustitia* (justicia) y *iustus* (hombre justo). En otras palabras, como surge del texto citado, el oficio del jurista es decir el derecho (*iurisdictio*), o sea, discernir entre lo justo (*ius*) y lo injusto (*iniuria*) y dicho oficio consiste en un arte (*ars iuris*), conforme lo señala la cita del Aquinate que da comienzo al presente artículo.

A su vez, este arte es desarrollado por distintos operadores jurídicos (abogado, juez, legislador, escribano, etc.), que desde diferentes perspectivas abordan el mismo objeto y cumplen con la misión de decir el derecho (justamente el objeto del presente libro es desarrollar la argumentación jurídica desde cada una de estas perspectivas), sin perjuicio que como dice Hervada, el jurista por antonomasia, el que en última instancia tiene la *iurisdictio* que define cualquier cuestión controvertida e interpreta y aplica el derecho, es el juez.

² Hervada javier, “*Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*”, Pamplona 1992, Eunsa, pág. 224.

Ahora bien, la tesis que pretendemos probar en esta pequeña contribución es que *el oficio del jurista* (que engloba todas estas perspectivas) *se encuentra íntimamente ligado a la noción misma de derecho, y es dependiente de la misma*. Así es, porque según que sea lo que se entienda por derecho y cual sea la significación que le dé, así será la concepción del jurista sobre el derecho por un lado, y la concepción que podemos tener del jurista en sí mismo por otro. En efecto, como veremos en un breve paneo histórico a lo largo del presente artículo, en la misma medida en que fue cambiando la concepción sobre el derecho, fue cambiando la forma de ver y entender la función del jurista.

2. El jurista clásico: El jurista como jurisprudente.

En realidad, el jurista clásico por excelencia fue el *jurista romano*. En verdad, los romanos fueron los “inventores” del arte y de la ciencia (práctica) del derecho, así como los griegos fueron los que descubrieron y cultivaron la filosofía. Justamente esta particularidad fue en uno y otro caso el principal legado que cada uno de estos pueblos dejó para la cultura y civilización clásica.

Como dice Biondo Biondi: “La *prudentia iuris* no tiene un fin especulativo, sino práctico, a saber, sugerir el buen obrar en el campo del derecho. Por esto se pudo definir como *divinarum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (Fr. 10, 2, D. 1, 1.). Esta definición (que hacía reír a Ludovico Antonio Muratori y a Bernaba Brissonio) es ciertamente sorprendente. Se ha intentado explicarla históricamente, recordando precedentes filosóficos, y también la vieja confusión entre derecho y religión. Pero en realidad, tal definición, corresponde al concepto tradicional que tenían los romanos del *iuris prudens*. Éste no pretende investigar una verdad científica, a través de una elaboración lógica, sino alcanzar un resultado práctico, como la actuación de la justicia en la convivencia social. El *iuris prudens*, a diferencia de los filósofos griegos, que amaban apartarse del mundo para no ser perturbados en sus pensamientos, vive en la realidad práctica, capta sus necesidades y con gran prudencia logra resolver los inevitables conflictos de intereses, de una manera justa. Todo ello presupone el conocimiento pleno de la realidad, en su integridad y en la multiplicidad de sus relaciones. El conocimiento de las cosas humanas y divinas se requiere no por ellas mismas como objeto de conocimiento, sino como presupuesto científico para actuar la justicia, que es el fin esencial de la *iuris prudentia*. La

definición viene a indicar que la ciencia no está separada de la vida, sino que sirve a la vida. Ulpiano no transporta íntegro al derecho, lo que Cicerón dice para la *prudentia* en general, sino que con la aposición *iusti atque iniusti scientia*, adapta la noción de *prudentia* al derecho. El *iuris prudente* no es el especialista de un determinado sector de la ciencia; sólo es la persona prudente en el campo del derecho, y la jurisprudencia supone el pleno conocimiento de la vida y de los fines del derecho”³.

Esto es así, porque el derecho (*ius-iustum*) además de ser el *objeto* (*lo justo*) de la justicia ⁴, en tanto consiste en *lo suyo* de cada uno que el acto de justicia tiene que dar o respetar, es al mismo tiempo objeto de la prudencia, en tanto constituye el objeto de la regla prudencial que lo determina. En consecuencia, el acto de justicia sigue al derecho, o sea, la realización efectiva de la justicia supone la previa determinación del *ius*, para lo cual es necesaria la actuación de la prudencia en la elaboración de la regla que constituye la *ratio iuris* a través de la cual se determina el *ius*.

Por eso, el *ius* o derecho consiste simultáneamente en un medio real (*in re*), en las cosas que constituyen el objeto terminativo del acto de justicia y

³ Biondo Biondi,, “*Arte y Ciencia del Derecho*”, Barcelona 1953, Ediciones Ariel, pág. 37.

⁴ Cfr. Sto. Tomás de Aquino, *S.Th. II-II, Q. 57, art. 1.*

que como tal puede consistir en una cosa exterior o en el propio acto (activo o pasivo) en tanto que ha sido exteriorizado o puede ser medido exteriormente por una parte y en un medio de razón (*in ratio*), en las cosas regladas que constituyen el objeto terminativo del acto de prudencia o regla por otra. En otras palabras, el derecho (*ius*) es al mismo tiempo objeto de la justicia al ser término de su acto y objeto de la prudencia al ser término de la regla en tanto acto de la misma.

Al respecto podemos volver a citar a Hervada: “Dentro del obrar humano, la razón y la voluntad tienen misiones complementarias. A la voluntad corresponde el querer la acción: de la razón es propio saber realizar correctamente la acción. Por eso la prudencia es la regla de la acción y es la que guía la fuerza de la voluntad. No es una excepción el obrar jurídico. Si la acción jurídica o acción justa consiste en dar a cada uno lo suyo, su derecho, lo cual es obra de la justicia –radicada en la voluntad-, el saber obrar correctamente –saber dar a cada uno lo suyo en el momento y plazo adecuados- es propio de la prudencia jurídica o jurisprudencia. En definitiva, como en el resto del actuar humano, la actividad jurídica requiere *saber* y *querer*, saber dar a cada uno lo suyo y querer darlo. Querer es propio de la

voluntad justa, saber es propio de la razón prudente. La actividad jurídica es obra del hombre justo y prudente”⁵.

La actividad jurídica es obra del hombre justo y prudente (termina el texto citado), o más bien, del hombre prudente y justo, pues la prudencia en cuanto determina el *ius* como vimos, precede al acto de justicia por el cual el hombre es justo. Ahora bien, hay que distinguir que no siempre se trata del mismo hombre, porque el jurista en tanto jurisprudente y portador de la *iurisdictio*, no es el mismo que tiene que realizar el acto de justicia (deudor) y que en definitiva será (un hombre) justo o injusto en tanto y en cuanto cumpla con lo justo y evite lo injusto. Sin perjuicio de ello, el jurista al ser prudente y específicamente al ser prudente en el discernimiento de lo justo (*ius*) y de lo injusto (*iniuria*), o sea, *iuris-prudente*, es al mismo tiempo justo, connaturalmente justo, pues lo anima el espíritu de hacer justicia y de servir a la justicia, que es el fin propio del oficio o arte del jurista.

También es necesario distinguir la perspectiva propia del jurista respecto de lo justo y lo injusto, de la perspectiva que sobre el mismo objeto tiene el moralista. Si bien no hay una total separación, porque no hay tal

⁵ Hervada Javier, *op. cit.*, pág. 93.

separación entre moral y derecho (como ha sido el caballito de batalla del positivismo jurídico como pensamiento dominante del modelo exegético dogmático al que nos referiremos mas adelante), tampoco hay una absoluta identificación de visiones, porque tampoco hay una total identificación del derecho y la moral, sin perjuicio de la estrecha vinculación y las relaciones de subalternación entre ambos ámbitos.

Por eso lo correcto es distinguir el derecho de la moral (como realidades distintas pero jerárquicamente vinculadas), o más bien, en la moral, en tanto constituye un *mínimo de moralidad exigible públicamente*, y como consecuencia de ello distinguir las perspectivas y oficios del jurista y del moralista. Por lo que si bien hay un *ars iuris* que en principio sería un conocimiento técnico o poético (en el lenguaje de Aristóteles), éste se encuentra dirigido por la prudencia y como tal se ubica dentro de la praxis u obrar moral del hombre.

En otras palabras, entre derecho y moral podemos distinguir una relación de todo a parte o de género a especie, por la cual el derecho y por ende la visión del jurista (sobre el *ius* como objeto de la justicia), no abarca todo el objeto de la moral y de la visión del moralista (la totalidad de las

conductas humanas) sino que realiza una contracción del mismo, limitándose como vimos al objeto de los actos justos que constituyen y especifican una (y no todas) de las virtudes cardinales, como es la justicia, sin perjuicio, que como virtud general, puede ordenar el acto de todas las demás virtudes, no como acto de la propia y específica virtud, sino en tanto y en cuanto dicho acto es debido a otro y ordenado al bien común ⁶.

Como dice Carlos Sanz: “Estamos en condiciones de advertir que lo primero y principal que considera el moralista dentro del fenómeno humano es el fin y la ordenación de las conductas al fin, mientras que lo primero que considera el jurista es el buen reparto de bienes y cargas susceptibles de ser repartidos dentro de la sociedad política. Esto implica advertir también una diversidad inicial de objetos formales terminativos, lo que (paradójicamente) no supone que nada tenga que ver uno con otro campo. Lo que quiero remarcar es que el punto inicial (allí donde se empieza a morder la realidad) en un caso son las conductas humanas; en el otro buenas (o malas) relaciones entre personas, cosas, grupos sociales, respecto del reparto de cargas y beneficios que son susceptibles de tal tratamiento. Si olvidamos esto y por un imperceptible corrimiento pasamos de la consideración de las ‘relaciones’ (de

⁶ Cfr. Aristóteles, “*Ética a Nicomaco*”, libro V, lección I.

las que hablamos) a las conductas mediante las cuales esas relaciones generalmente son hechas u omitidas, ya imperceptiblemente nos encontramos cambiando el punto de partida; identificando la consideración moral con el tratamiento jurídico”⁷.

Esta fue la concepción de los juristas romanos: “Pero todo esto pudo acaecer –dice Biondo Biondi- porque la jurisprudencia no tenía carácter especulativo y los juristas más que doctrinarios eran verdaderamente sacerdotes de la justicia. Cuando el jurista romano satisface una necesidad de la vida, cuando presenta una solución conforme al *ius* y al *aequum*, ha cumplido plenamente su misión. Nosotros esperamos todo de la ley, los romanos, en cambio, esperaban todo de la sabiduría del *iuris prudens*. Está fue la ciencia del derecho para los romanos, este fue el orgullo y la gloria de sus juristas: *satisfacer las necesidades de la vida con arreglo a la justicia*. El progreso científico para los romanos, si es que cabe hablar de progreso, significa solo esto: *pensar sistemas y construcciones, arbitrar medios y procedimientos para alcanzar siempre mejor y del modo más rápido e inmediato la meta de la ciencia jurídica, que es la actuación de la justicia*. Todas las doctrinas y razonamientos no tienen otro objetivo: la lógica que los

⁷ Sanz Carlos Raúl, “Apostillas en torno al tema de la responsabilidad”, Prudentia Iuris XI, pág. 22.

griegos ejercitaban en el campo especulativo, la ejercitan los juristas romanos con finalidades prácticas en el campo del derecho”⁸.

Ahora bien, para pensar estos sistemas y construcciones, arbitrar medios y procedimientos para alcanzar la actuación de la justicia como señala Biondo Biondi, los juristas utilizan un método, un modo de argumentar. Como dice al final del texto citado: la lógica que los griegos ejercitaban en el campo especulativo, la ejercitan los juristas romanos con finalidades prácticas en el campo del derecho.

En consecuencia, éste método, éste camino, es la *dialéctica* (y también la retórica como dialéctica aplicada a la materia práctica y que tiene por fin persuadir) que se centra en el pensamiento sobre problemas (*aporías*), a los que aborda desde distintos lugares comunes o específicos (*tópicos*) que constituyen el punto de partida de la argumentación, que partiendo de opiniones probables, llega a conclusiones solamente probables o aporéticas. De esta manera, se distingue del pensamiento *sistemático* que se centra en la demostración que partiendo de premisas necesarias alcanza conclusiones

⁸ Biondo Biondi, *op. cit.*, pág. 42.

también necesarias o apodícticas, que contienen la verdad sin defecto (*segundos analíticos*)⁹.

Como dice Wiehweg: “El jurista romano plantea un problema y trata de encontrar argumentos. Se ve, por ello, precisado a desarrollar una técnica adecuada. Presupone irreflexivamente un nexo que no intenta demostrar, pero dentro del cual se mueve. Es la postura fundamental de la tópica (...) El modo de trabajar que se siga debe ser adecuado a esta tarea. Tiene que desarrollar un estilo especial de búsqueda de premisas, que, con apoyo en puntos de vista probados, sea inventivo (...) El rango preeminente del problema produce la consecuencia de que los conceptos y las proposiciones que se van desarrollando no pueden ser sometidos a una sistematización. Se pierde su peculiar carácter cuando se les quiere llevar a un entendimiento sistemático y se les quiere interpretar sin más como algo parecido, sin indicar el criterio sistemático utilizado”¹⁰.

Por eso en Roma el punto de partida del razonamiento jurídico es la propia realidad (*res*), el caso a resolver, o sea, *la causa*. Como dice el jurista Alfenus a propósito de un accidente de carrozas en el monte Capitolio:

⁹ Cfr. Aristóteles, “*Tópica*”, libro I.

¹⁰ Wiehweg Theodor, “*Tópica y Jurisprudencia*”, Madrid, 1963, Taurus, pág. 78 , 80 y 81.

Respondi in causa ius esse positum (la solución justa de la causa está contenida en la causa misma) ¹¹. Ahora bien, esta causa se aborda desde distintos *tópicos* comunes o específicos jurídicos aceptados por todo el mundo, o por la mayoría, o por los sabios, o por los más prestigiosos de éstos¹², que en el ámbito jurídico eran los juristas o *iuris prudens*.

Volviendo a citar a Biondo Biondi me limitaré sólo a algunos ejemplos: “Pedio presenta la doctrina general de la *conventio* y afirma que *conventionis verbum generale est*, no por el placer de construir una teoría general del negocio bilateral, sino porque a través de la doctrina de la *conventio* podía afirmar *nullum esse contractum nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*. Ulpiano llama elegante esta doctrina, no por la construcción general de *conventio*, sino en cuanto de esa construcción se deducen consecuencias oportunas. Aristón, siguiendo la tradición secular, a fin de alargar el ámbito de las relaciones reconocidas por el *ius civile*, afirma que si en algunos casos *in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, esse obligationem*; tampoco esta doctrina calificada por Ulpiano de elegante, tiene la finalidad de ofrecer una teoría general sobre la causa, sino que por medio de ésta tiende a reconocer nuevas figuras jurídicas. El jurista habla de

¹¹ Digesto 9.2.52.2.

¹² Aristóteles, “*Tópica*”, I, 10, 104 a, 8.

causa, pero no pretende hacer disquisiciones teóricas y enuncia su pensamiento solo por vía de ejemplo (*ut puta*). Sabino, cuando afirma que la adición de una *certa res* o del plazo o de condición imposible en la *heredis institutio* se debe considerar como no puesta, no pretende violentar la voluntad del testador, que se considera siempre sagrada, ni llegar a aquella conclusión por el deseo de decir cosas nuevas, sino para satisfacer la necesidad práctica, profundamente sentida en esta época, de mantener en pie, la *heredis institutio*; hasta tal punto es esto cierto, que nada de eso se aplica a la deshederación ni a los actos inter vivos, aunque sean a título gratuito. Suprimamos esta finalidad práctica y la famosa regla catoniana constituye, como ocurrió durante siglos un misterio. Túberon enuncia el famoso principio por el que en el testamento *pior atque potentior est quam vox mens dicentis*, no para presentar una doctrina de la voluntad, sino para liberar la voluntad, como generatriz de efectos jurídicos de los *verba*, que se convierten así en simple medio de manifestación de aquéllas. Aquilio Gallo sugiere la fórmula de una *stipulatio* accesoria para hacer posible la *acceptilatio verbis* respecto a las obligaciones que nacen de otras fuentes y sugiere también una forma testamentaria particular, que aun respetando los principios tradicionales, permite la substitución de determinados póstumos. Quinto Mucio encuentra el recurso genial de la *cautio* que lleva su nombre para dar actuación práctica a las

obligaciones bajo condición potestativa negativa. Sabino afirma que en la compra-venta la contraprestación puede estar representada también por una cosa, de forma que sea posible *per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi*; y en apoyo de esta herejía aduce la consideración de que la permuta es antiquísima y cita cuatro versos de Homero. El argumento hace sonreír. Pero esta herejía tenía la finalidad de reconocer la permuta que hasta entonces era ajena al *ius civile*. Los *diversae scholae auctores* sostienen que el legado *per praeceptionem* hecho al extraño es eficaz, eliminando la sílaba *prae* para que surta efecto de acuerdo con la voluntad del testador. Los ejemplos podrían multiplicarse, pues bastaría con exponer una buena parte del *ius civile*”¹³.

Es por eso que la fuente principal del derecho sea la naturaleza de las cosas, no de las cosas materiales, corporales, en tanto materiales y corporales, sino más bien de las cosas inmateriales e incorpóreas que constituyen las distintas instituciones jurídicas: las obligaciones, los contratos, los delitos, las relaciones de intereses, los derechos reales, etc. Como dice Villey *las cosas en su diversidad y las cosas en su movilidad*¹⁴. Según Biondo Biondi los juristas hablan con frecuencia de *natura* y de *ratio*, y sobre tales conceptos se basan

¹³ Biondo Biondi, *op. cit.*, pág. 42.

¹⁴ Cfr. Villey, Michel, “*Método, Fuentes y lenguaje jurídicos*”, Buenos Aires, 1978, Ghersi, pág. 46.

muchas veces sus decisiones. Pero la noción de naturaleza no alcanza alturas filosóficas, no es la esencia abstracta, sino más bien esa realidad y normalidad de las cosas lo que está en la base de las instituciones jurídicas. Tampoco tiene la *ratio* contenido filosófico ya que no es la razón o fundamento último del derecho; no tiene por tanto valor universal, sino que es invocada cuando parece oportuno y para determinados fines ¹⁵.

Al respecto concluye Villey: “El derecho romano, al menos el clásico, es-se sabe- sobre todo un producto doctrinal, jurisprudencial, y los jurisprudentes nos dicen (¿en nombre de qué se puede recusar su confesión expresa?) de su adhesión al método del derecho natural. La jurisprudencia, dice Ulpiano, es ante todo el estudio de las cosas –*rerum notitia*-, Gaius funda toda su exposición sobre el estudio de las *res* (personas, bienes, acciones). Los juristas romanos practican con predilección un método casuístico, que parte de la observación de la *causa*, es decir de la cosa (los dos términos pertenecen a la misma familia). Dicen lograr la solución sobre todo en la realidad del ser, más que a partir de una norma; la norma no es más que instrumento secundario (D.50.17.1, *Jus nom a regula sumatur, sed a jure, quod est, regula fiat*)”¹⁶.

¹⁵ Cfr. Biondo Biondi, *op. cit.*, pág. 65.

¹⁶ Villey Michel, *op. cit.*, pág. 55.

Por su parte sostiene Wiehweg: “Con independencia de la cuestión histórica, aún no aclarada en sus particulares, hay que observar lo siguiente: cuando se dice que el método científico de los juristas procede de los filósofos, se presupone que en unos y en otros se puede encontrar una estructura idéntica o por lo menos muy parecida. Como hemos intentado demostrar, esto es sustancialmente cierto para la aporética filosófica por una parte y para la jurisprudencia romana por otra, pues en una y otra domina un modo de pensar tópico. Se puede, por ello, afirmar, sin discurrir la cuestión del influjo, que en ambos campos existe un estilo de pensamiento que, en líneas generales corresponde a la dialéctica aristotélica. Sin embargo, acaso no sea innecesario indicar que la dialéctica estoica es algo completamente distinto. Es una disciplina autónoma, que, por primera vez, se designa con la expresión *lógica* y que pretende abarcar la retórica y la gramática, desarrollando una silogística lógico-proposicional”¹⁷.

En suma, la concepción del jurista como el *iurisprudens* que discierne entre lo justo y lo injusto, estaba íntimamente vinculada y dependiente de la

¹⁷ Wiehweg Theodor, *op.cit.*, pág. 90.

noción de derecho como *to-dykayon* para Aristóteles, con el *suum cuique tribuire* romano y la *ipsa res iusta* de Santo Tomás de Aquino.

3. *El jurista moderno: el jurista como exegeta.*

De acuerdo al proceso histórico que siguió después, hubo un *corrimiento del derecho* (entendido como lo justo, como el orden que subyace en las cosas de la vida humana) *hacia la ley* (entendida como ordenación racional al bien común). Primeramente ese corrimiento se da hacia la *ley natural* (sin perjuicio de la vinculación que hay en el plano del fundamento del derecho, entre ley natural y derecho natural) como primera ordenación de la razón al bien, de la que se derivan todas las leyes positivas, que solamente son válidas en tanto y en cuanto guardan conformidad con esa ley natural, de lo contrario ya no son ley sino *corruptio legis*.

Posteriormente esa ley natural se independiza de su fundamento divino a partir de la hipótesis Grociana *etiemi daremus nom esse Deum* (el derecho natural sería válido aún bajo el supuesto de que Dios no exista), y de esa naturaleza humana secularizada se van a deducir los derechos fundamentales preexistentes al derecho positivo, como va a ser desarrollado por la *escuela*

del derecho natural racionalista por un lado y por el subjetivismo jurídico por otro.

Finalmente hubo *otro corrimiento de la noción clásica de ley* (como ordenación racional al bien común) *hacia la noción moderna de ley* (como voluntad absoluta del soberano legislador), prevaleciendo los aspectos formales en el procedimiento de sanción de la ley (*formalismo jurídico*) por sobre los aspectos materiales o de contenido (*justicia o injusticia de la norma*), aceptando incluso la juridicidad de leyes no solamente injustas sino aberrantes (*positivismo jurídico*).

Conforme a la tesis que pretendemos defender en el presente artículo, este corrimiento o modificación de la concepción del derecho, va a producir un idéntico corrimiento o modificación en la concepción del oficio o función del jurista y así luego de varios siglos de transformaciones *vamos a pasar del jurista clásico como jurisprudente al jurista moderno (del modelo dogmático) como exegeta.*

Este modelo dogmático exegetico posterior al proceso de codificación (que todavía receiptó entre sus normas, viejas reglas y axiomas jurídicos del derecho común y consuetudinario), racionalista y positivista se transformó en

un nuevo paradigma del derecho, de su estudio y aplicación. Como sostiene Vigo: “El concepto de derecho que enarboló la moderna ciencia jurídica será estrictamente positivista, normativista-legalista y juricista. En efecto, no había otro derecho que el positivo; éste era creado por el legislador con la forma de normas legales, y el derecho se explicaba y comprendía sólo desde el derecho, desechando el jurista las impurezas irracionales y anticientíficas de naturaleza política, ética o axiológica. El derecho era la norma, mejor aún: simplemente la ley, de donde sólo el Poder legislativo contaba con capacidad jurígena para crear derecho. Así lo sentenciaría Windscheid: ‘Ley es la declaración emanada del Estado en el sentido de que alguna cosa será derecho’, condenando toda distinción entre derecho y ley. Los problemas jurídicos y las consiguientes soluciones eran establecidas monopólicamente por el legislador, y a los juristas se les exigía una actitud dogmática frente al derecho legislado”¹⁸.

En efecto, como sostiene Quintana: “Las precisiones anteriores permiten tomar una posición respecto al Código Civil Francés. Sabido es que ya desde los siglos dieciséis en Bodino y diecisiete en Domat y Leibniz, comenzaba a tomar cuerpo el ideal de transformar el Derecho romano en

¹⁸ Vigo Rodolfo L, “*Interpretación Jurídica*”, Buenos Aires 1999, Rubinzal-Culzoni, pág. 15.

Derecho natural, confiriéndole la lógica intrínseca y la sistematicidad propias del racionalismo, tendiendo a hacer ‘natural’ o sea absoluto, el Derecho positivo, que era el Derecho Romano vigente como derecho común. Sin embargo, la codificación no significó el triunfo total de los nuevos ideales ya que en gran parte fueron compilaciones o consolidaciones de normas preexistentes, romanas o consuetudinarias, satisfaciendo sobre todo las necesidades que la realidad histórica demandaba. El meollo del problema no se encuentra en la materialidad del derecho legislado en el *Code*, sino en las escuelas interpretativas y hermenéuticas que se apoderaron de él, viabilizadas por el método racionalista, que no es un simple instrumento, sino una concepción filosófica, que prescindiendo de la realidad, abrirá entonces sí, paso a los ideales iluministas e ilustrados que se nutrían del empirismo y del utilitarismo”¹⁹

En consecuencia, la ciencia del derecho ya no es una ciencia o saber práctico, un *ars iuris* dirigido por la prudencia, sino que va a ser construida como una ciencia teórica, bajo el modelo de las ciencias naturales y físico-matemáticas y tendrá como misión a partir de procedimientos lógico-formales, de proporcionar la unidad sistemática al derecho positivo. Este será el modelo

¹⁹ Quintana, Eduardo, “*El Código Civil Francés, la ilustración y el positivismo jurídico*”, publicado en “*La codificación, raíces y perspectiva-El Código Napoleón*”, Buenos Aires 2003, Educa, pág. 119.

de la Escuela de la Exégesis francesa y de la Jurisprudencia de Conceptos alemana. Al respecto sostiene Larenz: “En el siglo XIX, sobre todo, se intentó bajo la impresión de los éxitos de las ciencias naturales elevar la ciencia del derecho al rango de una ciencia, postulando para ella un método análogo a los científicos naturales”²⁰.

A modo de ejemplo podemos citar a Liard, en su obra *L'enseignement supérieur en France*, de 1893, quien pensaba que los artículos del Código eran teoremas cuyo enlace entre sí hay que mostrar y deducir sus consecuencias, hasta el punto de que el verdadero jurista es un geómetra y la educación puramente jurídica es puramente geométrica. De la misma manera Bugnet proclamaba: “No conozco el derecho civil, solo enseño el Código de Napoleón” y por su parte Demolombe señalaba: “Mi divisa, mi profesión de fe, es la siguiente: los textos ante todo”. Por su parte Laurent dice: “Los Códigos no dejan la cuestión al arbitrio del intérprete; éste no tiene por misión hacer el derecho: *el derecho está hecho* (...) los intérpretes hacen mal en quejarse, pues si el derecho ha llegado a ser un mar de dudas, ellos son los culpables. Si tuvieran más respeto por el texto del código, no habría

²⁰ Larenz, Kerl, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Barcelona 1966., Ediciones Ariel, pág. 19.

controversias (...) Descuidar el texto es terminar necesariamente en la incertidumbre y en el error”²¹.

Es así, que se propone el ideal de la plenitud de la ley o del derecho positivo, el que constituye un sistema jurídico, único, cerrado, hermético, completo, coherente y valorativamente neutro (en realidad, este ideal de unidad sistemática aparece ya en los sistemas racionalistas del Derecho Natural, particularmente en Wolff y sus seguidores), no susceptible de contener lagunas y por tanto no admitiéndose ningún método de integración del derecho a través de la función del interprete.

Al respecto nuevamente volvemos a citar a Quintana: “En el tránsito hacia el positivismo, tuvo singular relevancia la *Escuela de la Exégesis*, desarrollada entre 1830 y 1880, cuyo principio fue la plenitud del orden y la reducción de todo Derecho a la ley y por ende, a la voluntad del Estado, que implicó la versión laica del antiguo y errado voluntarismo teológico, que reducía el Derecho a la voluntad, en el caso no de la divinidad sino del poder político. Para Blondeau, la ley era la única fuente del derecho y la interpretación no debía apartarse de su texto o del espíritu que la había

²¹ Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, “*Visión Crítica de la Historia de la Filosofía del Derecho*”, Santa Fe 1984, Rubinzal-Culzoni, pág 158 a 160.

inspirado. Todas las restantes fuentes quedaban eliminadas: las costumbres, la equidad, los precedentes judiciales, etcétera”.²²

Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho y desde la Teoría del Derecho, fue sobre todo Hans Kelsen a través de su famosa Teoría pura del Derecho, el que al margen de los contenidos que quedan librados al arbitrio del legislador, y limitándose a los aspectos puramente formales y que tienen que ver con el origen de las normas, pretende darle una justificación teórica al sistema jurídico positivo, por medio de su celebre pirámide jurídica basada sobre la gran norma hipotética fundamental ²³.

Este nuevo modelo (dogmático-exegético) de ciencia jurídica va a producir un nuevo modelo de jurista que ya no va a ser el *iuris prudens* que busca la realización de la justicia, a través de la justicia intrínseca (*in re*) de las distintas instituciones jurídicas y de la solución justa del caso concreto, sino que se va a transformar en un mero comentador y aplicador de la ley, que reproduce a través de su actuación la *forma mentis* del legislador, quien es el

²² Quintana Eduardo, *op. cit.*, pág. 123.

²³ Cfr. Kelsen Hans, “*Teoría del Derecho*”, Buenos Aires 1974, Eudeba.

único creador del derecho, reservando para el juez –como dice Montesquieu- “ser un ser inanimado que repite las palabras de la ley”²⁴.

Al respecto afirma Hervada: “Los juristas de nuestra época – particularmente a partir de Kelsen- no están acostumbrados a ver descrito su oficio como arte o ciencia de lo justo y aún podríamos decir que tal descripción les resulta desmedida; les basta con entender su oficio como discernimiento *de lo legal y de lo ilegal*. Lo mismo podemos decir de los filósofos del derecho, para no pocos de los cuales tal modo de describir el arte del jurista resultaría o inexacto o demasiado pretencioso. En tal sentido, unos y otros estarían dispuesto a estar de acuerdo con el jurista romano en que ellos, los juristas, obran *licitum ab illicito discernentes*, pero declararán sin ambages, que escapa del cometido del jurista *iustitiam colere* –cultivar la justicia- y dar noticia de los justo *aequum ab iniquo separantes*. Sin duda *entre la mayoría de los juristas modernos –educados en el positivismo- y los juristas romanos hay un abismo que separa el positivismo de la aceptación del derecho natural*. Pero ya desde el principio debemos dejar constancia del

²⁴ Montesquieu, “*Del Espíritu de las leyes*”, Buenos Aires, 1977, Claridad, pág. 194, citado por Vigo Rodolfo L, *op. cit.*, pág. 16.

equivoco que puede esconderse tras la negativa del jurista moderno a sentirse identificado con la descripción ulpiana”²⁵

Como consecuencia de ello, se produjo un cambio total del método jurídico aplicado por el jurista, de su modo de razonar y argumentar. Como continúa diciendo Vigo: “El modo en que debía proceder el interprete se identificaba con la estructura de un silogismo deductivo, en donde la premisa mayor era la ley, la premisa menor el hecho, y la conclusión eran las consecuencias dispuestas en la misma ley. Advirtamos que se trataba de un silogismo que alcanzaba la objetividad, rigurosidad y simpleza propia del saber teórico, por ello la consecuencia o resultado interpretativo se deducía aséptica, fácil y mecánicamente. Al juez le estaba vedado entrar a formular preferencias o ampliaciones o restricciones a tenor de las modalidades del caso o su sentido de justicia, pues al intérprete se le exigía simplemente que procediera según el mecanismo formal de la subsunción. Enseñaba Demolombe: ‘Interpretar es descubrir. Dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer’ ”²⁶.

²⁵ Hervada Javier, *op. Cit.*, Pág. 88.

²⁶ Vigo Rodolfo L, “*La Interpretación Jurídica*”, *op. cit.* Pág. 16.

En suma, el jurista moderno ya no discierne entre lo justo y lo injusto (su concepción es valorativamente neutra), sino solamente entre lo legal y lo ilegal, en tanto que como exegeta solamente se limita a reproducir mecánicamente las palabras de la ley.

4. El Jurista actual: volver a las fuentes.

El modelo dogmático exegético comenzó a entrar en crisis ya a fines del siglo XIX, en las postrimerías del centenario de la sanción del Código Napoleón. Como afirma Limodio en su tesis doctoral: “Debe reconocerse que ya los factores de declinación aparecieron durante el período que alcanza la última década del Siglo XIX, los cuales fueron por una parte la impotencia del Código para prever todas las circunstancias que corresponde resolver y por la otra la insuficiencia de los métodos alternativos. Estas dos razones aparecen con claridad en la obra de Geny a partir de una fórmula simple ya que una interpretación jurídica que pretende contentarse con la sola ley escrita o bien se engaña manifiestamente a si misma, o permanece impotente para satisfacer las necesidades legítimas de la vida. Esta crítica que Geny califica de fundamental contiene dos puntos: la denuncia del postulado de la plenitud de la ley escrita y la demostración del carácter artificial de las construcciones

lógicas de las cuales se hacía uso para extraer soluciones que ella no suministraba directamente. Con todo debe reconocerse que el método que prevaleció no fue sin más el que propuso Geny de la interpretación científica, sino el de la flexibilización de los textos que mantuvo una idea muy cara en los juristas que era la de sostener la plenitud de la ley. Como lo señala Husson a un siglo de comenzar a regir el 'Code' se seguía hablando de un método que se compadeciese con la plenitud de la ley, pero ya no se aceptaba como tal a la Exégesis. Sin embargo se sigue respetando el principio de la plenitud de la ley, tratando de flexibilizar los textos, pero siempre aceptando que, de alguna manera, el derecho está contenido en una norma positiva”²⁷

Pero fue a mediados del siglo XX donde el modelo dogmático exegético del positivismo jurídico entró en una crisis terminal. En efecto, mientras que el contenido del derecho mantenía un mínimo de moralidad necesario para la vida social y que como tal, más allá de modificaciones circunstanciales, dicho contenido formara parte de un legado de la tradición jurídica milenaria que comienza en el derecho romano, continúa en el derecho común y se extiende en el derecho consuetudinario, el sistema todavía funcionaba. Pero cuando a partir del voluntarismo jurídico, con la consideración del arbitrio ilimitado del

²⁷ Limodio Gabriel, “*Los principios Generales del Derecho Privado: Su incorporación a la Enseñanza de la Parte General del Derecho Civil Argentino*”, Buenos Aires, Educa (en prensa).

legislador y la aparición de distintas formas de totalitarismo, fueron surgiendo ordenamientos jurídicos nacionales formalmente válidos y eficazmente vigentes (conforme los criterios de validez y eficacia impuestos por Kelsen), intrínsecamente injustos y en algunos casos aberrantes, que no respetaban los más elementales bienes humanos necesarios para una sana convivencia social, el sistema colapsó.

Esto hizo necesaria, la aparición de nuevas líneas de fundamentación o justificación racional del orden jurídico, que volviendo a plantearse el problema del contenido de las normas, de su justicia o injusticia, del discernimiento entre lo justo y lo injusto, superaran al formalismo positivista. Entre estas líneas encontramos la siempre vigente doctrina del derecho natural clásico (no así el derecho natural racionalista que colapsó junto con su hijo el positivismo legalista) y distintas formas de constructivismo ético-jurídico (que construyen los principios éticos-jurídicos supra positivos a través de distintas formas de consenso o de reglas del discurso racional), que intentan la búsqueda de una tercera vía equidistante del iusnaturalismo y el iuspositivismo, como nos referimos en nuestro trabajo *¿Es posible una*

argumentación jurídica más allá del iusnaturalismo o del positivismo?, publicado en el primer libro de la presente colección²⁸.

También en el citado trabajo hicimos referencia a que en el aspecto metodológico podemos destacar el resurgimiento en el razonamiento judicial de la tópica y a la retórica. Es a partir de la década del 50 del siglo pasado, puntualmente el 21 de julio de 1950 cuando Theodor Wiehweg dicta en la Facultad de derecho y Ciencias Económicas de Maguncia su conferencia sobre “*Tópica y axiomática en la jurisprudencia*”, cuyo contenido central luego lo publicó en su famoso libro “*Topik und Jurisprudenz*” del año 1952, donde propone como técnica para la elaboración de la jurisprudencia, un retorno al viejo método tópico ya expuesto por Aristóteles y puesto en práctica por el derecho romano²⁹.

En la misma línea, aunque con diferencias de matices podemos mencionar a Struck³⁰, Perelman³¹, Recasens Siches³² y Villey³³ por solo

²⁸ Herrera Daniel Alejandro, “¿Es posible una argumentación jurídica más allá del iusnaturalismo o del iuspositivismo?”, publicado en el libro “*La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*”, Edición a cargo de Francisco Puy Muñoz y Jorge Guillermo Portela, Santiago de Compostela 2004, Universidad de Compostela, pág. 169-197.

²⁹ Wiehweg Theodor, “*Tópica y Jurisprudencia*”, Ed. Taurus, Madrid, 1986.

³⁰ Struck Gerhard, “*Topische jurisprudenzt*”, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1971.

nombrar algunos de los más importantes. Luego de coincidir en la necesidad de un retorno a la dialéctica y la retórica, cada uno desarrolla su propio pensamiento difiriendo en distintos aspectos, como ser en cuales deben ser los tópicos que constituyen el punto de partida del razonamiento jurídico, pues mientras para algunos se trata de retomar los viejos tópicos de Aristóteles o los más específicos jurídicos del derecho romano y de Cicerón (Wiehweg, Perelman y Villey), para otros estos deben ser dejados de lado (Recasens Siches), o, reemplazados por otros nuevos constituyéndose verdaderos catálogos (Strunck).

A modo de ejemplo cito a Recasens Siches: “ Ahora bien, en mi opinión, yo estimo que las dimensiones principales, paradigmáticas, recomendables y acertadas de ese tipo de pensamiento sobre el contenido de las normas del Derecho Positivo, son las que se refieren a la dialéctica, entendida esta como deliberación, a la argumentación, en suma, al pensar

³¹ Perelman Ch. “ *La lógica jurídica y la nueva retórica*” , Ed. Civitas, Madrid, 1979; Perelman Ch y L.Olbrechts-Tyteca, “Teoría de la Argumentación-La nueva retórica” ,Ed.Gredos, Madrid, 1994.

³² Recasens Siches, “*El logos de lo razonable como base para la interpretación jurídica*”, Diánoia, México, 1955; “*Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable*”.

³³ Villey Michel, “Compendio de Filosofía del Derecho” Tomo II, Ed.Eunsa, 1981; “Método, Fuentes y lenguaje jurídicos” Ed. Ghersi,1978. “*Compendio de Filosofía del Derecho*”, Pamplona 1979, Eunsa.

aporético, o sea al pensamiento sobre los problemas, pensamiento que arranca de un complicado y pormenorizado análisis de los componentes de esos problemas prácticos de conducta y de decisión en la humana existencia. Pero, en cambio, considero que por lo menos en gran parte, debe estimarse anacrónico cualquier intento de hacer revivir las tópicos empleadas en la Antigüedad y en el Medioevo. A mi entender, la médula del tema radica no en las tópicos de Aristóteles, Cicerón y otros, sino en el punto de que ellas fueron una especie de instrumento auxiliar al servicio del pensamiento sobre problemas, del pensamiento aporético, como algo diferente e incluso de dirección contraria al pensamiento de índole puramente sistemática. En cambio, pareceme que tiene un valor permanente el insistir sobre el diálogo, sobre el debate, sobre la confrontación de las diferentes argumentaciones, sobre el aquilatar cada uno de los argumentos, sobre el atribuir a cada uno de ellos el sentido, el papel y el alcance que le corresponda. Para eso, los antiguos y los medievales recurrieron a la tónica, como un instrumento útil y servicial. Pero la tónica antigua y la medieval constituyen solamente eso: instrumentos accidentales históricos, que prestaron importantes servicios auxiliares, pero que no tienen por que ser considerados como un método permanente o necesario, ni como un repertorio fijo”³⁴.

³⁴ Recasens Siches, “*la experiencia...*”, op. cit. Pág. 317.

Esta reacción frente al pensamiento sistemático more geométrico del positivismo jurídico y la revalorización de los tópicos y la dialéctica como el método adecuado para el conocimiento del derecho es un acierto que recibimos con agrado y firme adhesión. Sin perjuicio de lo dicho hay que advertir sobre un problema importante: la descalificación por parte de la mayoría de los autores citados de la utilización de la forma silogística en el pensamiento jurídico.

Al respecto podemos citar por ejemplo a Perelman: “la estructura de la argumentación que sirve de fundamento a una decisión parece muy diferente de la de un silogismo por medio del cual se pasa de unas premisas a una conclusión. Mientras que, en el silogismo, el paso de las premisas a la conclusión es necesario, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión. Este paso no puede ser en modo alguno necesario, pues, si lo fuera, no nos encontraríamos en modo alguno ante una decisión, que supone siempre la posibilidad de decidir de otra manera o de no tomar ninguna decisión (...) Nada se opone a que el razonamiento judicial se

presente, a fin de cuentas, bajo la forma de un silogismo, pero esta forma no garantiza en absoluto el valor de la conclusión”³⁵.

En el mismo sentido Recasens Siches dice: “La lógica formal clásica, la moderna y la contemporánea, es decir, la lógica de lo racional, la lógica que ha sido llamada físico-matemática o matemático-física (incluyendo las lógicas simbólicas de nuestros días), no es el instrumento apto ni para el planteamiento ni para la solución de los problemas humanos prácticos, como son por ejemplo, los problemas políticos y jurídicos. Esa lógica formal de la deducción racional, no debe emplearse en el tratamiento de las cuestiones humanas. Pues, en estas, cuando no resulta perjudicial ni lleva a resultados insensatos y monstruosos, por lo menos resulta inútil”³⁶.

En contraposición a ellos sostiene Kalinowski: “La especificidad de la lógica jurídica le viene, por una parte, de un grupo de reglas de razonamiento exclusivamente jurídicas (reglas tales como las apoyadas en ficciones, presunciones y otras construcciones jurídicas). Más allá de esas reglas el jurista razona como todo el mundo y utiliza las reglas de los razonamientos

³⁵ Perelman Ch, “*La Lógica jurídica y la Nueva retórica*, op. cit. Pág. 11 y 232.

³⁶ Recasens Siches, “*la experiencia...*”, op. cit. Pág. 317.

deductivos y no deductivos establecidas por la lógica (sin calificativos: jurídica, matemática, filosófica u otra). M. Perelman y el R.P.Jaeger que lo sigue en este tema, tienen razón al decir que la especialidad de la lógica jurídica no le llega de reglas de razonamiento deductivo apoyadas en las leyes lógicas de la lógica deóntica (lógica de normas). El jurista se vale a veces, incluso frecuentemente, de ellas, pero no es ciertamente la única que él emplea. Es por ello que estoy ahora en riesgo de contradecir, con pesar, a mi eminente prologuista M. Perelman, dado que él sostiene que la especificidad de la lógica jurídica se centra en la utilización de la lógica no formal. Primeramente porque la lógica llamada por él ‘no formal’ puede ser calificada de ‘formal’: todo depende del ángulo en que uno lo considere. Segundo, porque la lógica llamada ‘no formal’ no es más específica del razonamiento del jurista que la lógica deóntica. El jurista recurre a ella; nadie lo niega, sobre todo después de la publicación del Tratado de la argumentación, de M.Perelman y Mme. Olbrechts-Tyteca y del valioso estudio Topik und Jurisprudenz de M.Viehweg, donde están oportunamente recordados los antiguos razonamientos retóricos y tópicos. Pero el jurista no es el único que razona de tal suerte. Lo que constituye la especificidad de la lógica jurídica no proviene de la elección de las reglas del razonamiento, sino del modo como el jurista se sirve de esas reglas de razonamiento, sea de la lógica llamada

formal, en particular deóntica, sea de la lógica no formal, a saber, retórica y tópica”³⁷.

Ahora bien, siguiendo a Kalinowski se puede llamar jurídico, en el sentido más amplio del término, a todo raciocinio exigido por la vida jurídica, es decir todo raciocinio efectuado por aquel que, de cualquier manera que sea, ejerce una actividad jurídica (elaboración, interpretación o aplicación del derecho, así como el estudio multiforme, científico o filosófico de aquel). En la mayoría de los casos se trata del raciocinio desarrollado por un jurista. Los raciocinios jurídicos así definidos pueden dividirse paralelamente a los raciocinios en general, en tres grupos: raciocinios jurídicos de coacción intelectual (raciocinios jurídicos lógicos), raciocinios jurídicos de persuasión (raciocinios jurídicos retóricos) y raciocinios de argumentación puramente jurídica, basada sobre presunciones, prescripciones, ficciones, etc., establecidas por la ley (raciocinios jurídicos extra-lógicos)³⁸.

³⁷ Kalinowski, Georges, “*Aplicación del derecho y prudencia*”, publicado en los *Archiv für Rechts-und Soziophilosophie*, L.III/2, Franz Steiner Verlag-Wiesbaden, 1967 y recopilado en el libro “*Concepto, Fundamento y concreción del derecho*”, Ed. Abeledo-Perrot, 1982, pág.139.

³⁸ Cfr. Kalinowski, Georges, “*Introducción a la lógica jurídica*”, Ed.Eudeba, 1973, pág. 147.

Más adelante concluye Kalinowski: “El jurista, como vengo diciendo razona tanto sobre los hechos como con determinadas normas, y utiliza no solamente raciocinios deductivos, basados en la lógica deóntica, sino también otros raciocinios deductivos al mismo tiempo que raciocinios no deductivos (reductivos, por analogía, inductivos, estadísticos). Llamemos ‘raciocinios jurídicos’ a los razonamientos que hace el jurista como tal. Es evidente que importa conocerlos aunque sea sólo para evitar más fácilmente los errores de razonamiento que se deslizan constantemente. Pero, antes de razonar el jurista crea conceptos jurídicos, los clasifica, los divide y los define, si es necesario forma con ellos juicios de diversas categorías; en pocas palabras, realiza todas las operaciones intelectuales que estudia la lógica. La parte de la lógica que examina desde el punto de vista formal las operaciones intelectuales del jurista, así como los productos mentales de esas operaciones: conceptos, divisiones, definiciones, juicios y raciocinios jurídicos, merece, en razón de su objeto específico , el nombre de *lógica jurídica*. Esta se halla todavía más cercana a las preocupaciones no solamente teóricas, sino también prácticas del jurista, que la semiótica o la lógica de las normas. Pero la constitución de la lógica jurídica no es posible, al menos en un estado de disciplina acabada y

rigurosa, sin la elaboración previa de la semiótica jurídica y de la lógica deóntica, motivo por el cual este volumen reúne a los tres”³⁹.

En realidad, se ha generado dentro de los sostenedores del pensamiento aporético, una falsa opción: *silogismo sí o silogismo no*. Entendemos que la cuestión no pasa por la estructura formal del razonamiento. En todo ámbito del pensar humano hay necesidad del silogismo para pasar de una verdad a otra. El problema se centra en la materia del silogismo, o sea, de que premisas parto (verdaderas o probables) y como las obtengo (a partir de otras más generales por deducción o del caso concreto por inducción). Por eso mientras el silogismo de demostración se funda en verdades necesarias, en el dialéctico lo hago desde premisas solamente probables, lo que en un caso y en el otro me llevará a distintos grados de verdad en las conclusiones: *Certeza en la demostración y probabilidad en la dialéctica*.

Como sostiene García Maynez: “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

³⁹ Kalinowski Georges, “Introducción a la lógica jurídica”, Ed.Eudeba, 1973, pág. XVII .

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”⁴⁰

Esta cuestión ya fue resuelta por Aristóteles cuando al comienzo de la *tópica* dice: “El fin de este tratado es encontrar un método con cuyo auxilio podamos formar toda clase de *silogismos* sobre todo género de cuestiones, partiendo de proposiciones simplemente probables, y que nos enseñe cuando sostenemos una discusión, a no adelantar nada que sea contradictorio a nuestras propias aserciones. Por lo pronto es preciso decir qué es el silogismo, y cuales son sus diferentes especies, para distinguir lo que es el silogismo dialéctico; porque de éste es del que debemos ocuparnos en el presente tratado. *El silogismo* es una enunciación en la que, una vez sentadas ciertas proposiciones, se concluye necesariamente una proposición diferente de las proposiciones admitidas, mediante el auxilio de estas mismas proposiciones. *Es una demostración* cuando el silogismo está formado de proposiciones verdaderas y primitivas, o bien de proposiciones que deben su certidumbre a

⁴⁰ García Maynez Eduardo, “*Filosofía del derecho*”, Méjico, Porrúa 1977, pág.287.

proposiciones primitivas y verdaderas. *El silogismo dialéctico* es el que saca su conclusión de proposiciones simplemente probables”⁴¹.

Sin perjuicio de lo dicho, tampoco se puede reducir la dialéctica al silogismo. Por eso, el estagirita distingue dos tipos de razonamientos dialécticos en los que se da la derivación de una noción a otra: la *inducción* (el paso de lo particular a lo universal) y el *silogismo* (el paso a través de la deducción desde una verdad probable a otra del mismo tipo). En el mismo sentido, en el comienzo de los segundos analíticos afirma: “Todo conocimiento racional, ya sea enseñado, ya sea adquirido, se deriva de nociones anteriores. La observación demuestra que esto es cierto respecto de todas las ciencias; porque es el procedimiento de las matemáticas y de todas las demás artes, sin excepción. También es el procedimiento de todos los razonamientos dialécticos, tanto de los que se forman por silogismo como de los que se forman por inducción. Unos y otros, en efecto, sacan siempre la instrucción que procuran de nociones anteriores; los primeros suponiendo estas nociones comprendidas y concedidas; y los otros, demostrando lo universal por la evidencia misma de lo particular. Siguiendo este método es como los razonamientos de retórica producen la persuasión; porque llegan a

⁴¹ Aristóteles, Tópicos, Libro 1º, cap.1º, “*Tratados de Lógica-El Organon*”, Ed. Porrúa, pág.223.

este resultado valiéndose de ejemplos, lo cual no es otra cosa que una inducción; ya valiéndose de entimemas, lo cual no es otra cosa que el silogismo”⁴².

Esta distinción (entre lo general y lo particular) es sumamente importante en materia jurídica, pues como dice Engisch, la especificidad del pensamiento jurídico únicamente se comprende teniendo en cuenta por un lado la norma general y por otro el caso concreto, a fin que la aplicación de aquella al caso concreto obtenga como resultado una solución justa, lo que hace necesario un ir y venir permanente desde el caso a la ley que sería aplicable y viceversa⁴³.

Este ir y venir se hizo realidad especialmente a partir de la actuación de los jueces que en el siglo pasado reivindicaron la *iurisdictio* como función propia del jurista, a diferencia del juez como ser inanimado que aplica mecánicamente la ley según el ideal de Montesquieu. Así aparecen soluciones de equidad que mediante una rectificación de la ley general llega a la solución

⁴² Aristóteles, Tópicos , Libro 1º, cap.12º, “*Tratados de Lógica-El Organon*”, Ed. Porrúa, pág.233 y Segundos Analíticos, Libro 1º, cap. 1º, Idem, pág. 155.

⁴³ Cf. Engisch K., “*Logische Studien zur Gesetzesanwendung*”, 1960, pág. 14, citado por Perelman Ch, en “La lógica jurídica y la nueva retórica”, op. citado, pág. 114.

justa. Rectificación que se da cuando su aplicación estricta en el caso concreto desemboque en una injusticia, no por causa de la injusticia de la ley (que en la mayoría de los casos es justa), sino por las circunstancias particulares y extraordinarias del caso concreto.

En Argentina, esta actuación de los jueces en el campo del Derecho Civil, dio lugar a la posterior reforma legal del Código Civil, producida en 1968 por medio de la ley 17.711, que recepta muchas de las soluciones de justicia y equidad aplicadas por los jueces anteriormente (por lo que se la consideró una verdadera reforma jurisprudencial) y que dieron lugar a la inclusión de instituciones jurídicas claves como *el abuso del derecho*, *la lesión subjetiva-objetiva*, *la teoría de la imprevisión*, etc.

Ahora bien, sin perjuicio del carácter eminentemente dialéctico del derecho, como sostiene Félix Lamas: “No todo en el Derecho es dialéctico. Los principios son absolutamente verdaderos, y respecto de ellos no cabe opinión sino certeza estricta. Asimismo las deducciones que parten de estos principios como de sus premisas propias, son rigurosamente universales y necesarias. Lo mismo cabe decir de los fundamentos antropológicos del Derecho. La Dialéctica (y con ella la Retórica) sólo resulta posible y válida en

la medida en que haya principios ciertos en función de los cuales puede hablarse de ulteriores certezas y de probabilidad de verdad. En otras palabras, nada puede ser probablemente verdadero si no hay algo verdadero y cierto, si no hay una verdad en virtud de la cual pueda hablarse de verosimilitud. Un discurso pura y exclusivamente dialéctico, que no se apoya en nada cierto, es como un castillo edificado en el aire. En consecuencia, los hombres de Derecho debemos tener convicciones fuertes sobre todo aquello que se vincula con los principios y con el Derecho Natural, de modo que se constituya un núcleo firme que evite que el pensamiento caiga abatido por los vientos del relativismo y del escepticismo. La Dialéctica y la Retórica son sierva humildes de la verdad, como el Derecho lo es de la Justicia”⁴⁴ Y son justamente estos principios los que permiten fundar un conocimiento filosófico y científico del derecho que trascienda los límites del ars iuris o tecné jurídica no para negarlos, sino para servirle de fundamento.

Para esta concepción el Derecho Natural no es considerado un sistema completo y cerrado, construido en forma exclusiva deductiva a partir de principios extraídos de una noción abstracta de la naturaleza humana al modo como lo hizo el iusnaturalismo racionalista de la Escuela Moderna del

⁴⁴ Lamas Felix Adolfo, “*Dialéctica y Derecho*”, op. citado, pág. 75.

Derecho Natural, sino más bien es un núcleo de principios prácticos ⁴⁵ extraídos por inducción de la realidad natural concreta y captados en forma evidente e inmediata por la inteligencia (práctica) en su función de *intelectus*, entendida como simple visión, a diferencia de la *ratio* como facultad del discurrir de una verdad a otra, según la clásica distinción escolástica.

Justamente por no ser un sistema cerrado sino un núcleo de principios generales, el Derecho natural que constituye el fundamento de validez de todo el orden jurídico, necesita ser completado y complementado por el derecho positivo a través del cual todo el derecho (tanto natural como positivo) adquiere vigencia e historicidad. Así las normas positivas se derivan de la natural ya sea por vía de conclusión (de un razonamiento lógico) o por vía de determinación (prudencial) ⁴⁶.

⁴⁵ Conf. Hervada Javier, “*Lecciones Propedeuticas de Filosofía del Derecho*”, Pamplona 1992, Eunsa, pág. 514. En el mismo sentido Graneris Giuseppe, “*Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho*”, Bs. As. 1977, Eudeba, pág. 73 y 98.

⁴⁶ Conf. Santo Tomás de Aquino, “*Suma Teológica*”, 1-2, Q. 95 art. 2.

Es por tanto fundamental el papel de la prudencia como virtud que elige los medios apropiados para alcanzar el fin (en el orden práctico, los principios tienen razón de fin), tanto cuando determina prudencialmente (en aquellos aspectos no definidos por la norma natural) el contenido de las normas positivas (prudencia legislativa), como cuando en un plano de mayor concreción, determina lo justo concreto, interpretando y aplicando las normas, a partir de la consideración de las circunstancias particulares del caso concreto (prudencia particular y judicial). Es aquí donde actúa la dialéctica, tanto en la deliberación previa a la acción (que elige los medios de la misma), como en la deliberación posterior propia del razonamiento judicial (que debe juzgar sobre hechos pasados). Por eso la dialéctica se mueve entre dos certezas: los principios generales evidentes y los hechos particulares verificados. En el medio de estos extremos la prudencia dirige este proceso dialéctico del razonamiento práctico a través de las distintas argumentaciones elaboradas a partir de los distintos tópicos o lugares, comunes o específicos.

5. Conclusión: un jurista para el siglo XXI.

Hemos tratado de demostrar que el oficio o función del jurista fue cambiando en la misma medida en que fue cambiando la noción de derecho y que por tanto la concepción que tengamos del jurista es dependiente de la concepción que tengamos sobre el derecho.

Así podemos hacer un paralelismo entre el corrimiento de la noción de derecho desde el tradicional el *to-dykayon* aristotélico, el *suum cuique tribuere* de los romanos y la *ipsa res iusta* de Santo Tomás, hasta la identificación del derecho con la ley positiva o conjunto de leyes (noción moderna de derecho objetivo), para contraponerlo con los poderes y facultades de los sujetos (noción moderna de derecho subjetivo) por un lado, con el corrimiento con la concepción del jurista desde el *iuris prudens*, que como auténtico sacerdote de la justicia, que discierne entre lo justo y lo injusto, hasta la concepción del jurista como *exegeta* de la ley positiva solamente discierne entre lo legal y lo ilegal, por otro lado.

El fracaso del jurista dogmático exegetico y el retorno al *iuris prudente*, a través de la reivindicación de la dialéctica y la retórica, ha vuelto a colocar al

jurista frente a la razón de ser de su oficio o función: *discernir y decir lo justo y lo injusto*.

Ahora bien, para realizar esta función, actualmente no alcanza solamente con verdadera vocación y virtud de la prudencia, es necesario que el jurista tenga además de conocimientos estrictamente jurídicos, ciertos conocimientos en otras disciplinas, indispensables para alcanzar la solución justa en cuestiones complejas como las que se dan en la sociedad de hoy, como por ejemplo sucede en casos de bioética o en complicadas cuestiones económicas, donde sin perjuicio de la especial perspectiva del jurista, este no puede prescindir de la referencia a conocimientos específicos científicos o técnicos que sirvan para dilucidar los distintos aspectos de la realidad sobre la que debe juzgar.

Daniel Alejandro Herrera
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad Católica Argentina
