
EL AFORISMO *IGNORANTIA IURIS*
NON EXCUSAT:
UNA PROPUESTA
DE JUSTIFICACIÓN CLÁSICA

JACINTO VALDÉS MARTÍNEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Respuestas del derecho en sede moderna*. III. *Respuestas del derecho en sede clásica*.

I. INTRODUCCIÓN

La presencia milenaria¹ y la gran diversidad de textos que recogen, a su modo, el aforismo *ignorantia iuris non excusat*, evidencian suficientemente que la ignorancia del derecho es uno de los problemas perennes del mundo jurídico. A pesar de dicha permanencia, se echa en falta un esfuerzo reflexivo que, en sede clásica, se proponga ofrecer una justificación fuerte de dicho aforismo. Y resulta que, al decir de Beuchot,² de cualquier cosa que se preten-

¹ Para una historia pormenorizada del aforismo, *cfr.* Corral, Hernán, *De la ignorancia de la ley. El principio de su inexcusabilidad*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

² *Cfr.* Beuchot, Mauricio, "Hacia una nueva propuesta para la fundamentación filosófica de los derechos humanos", en *Ars Iuris*, núm. 25, México, Universidad Panamericana, 2001, p. 213.

da su existencia es menester brindar las razones³ que le dan vida. De esta suerte, cualquier realidad que pretenda ser jurídicamente vinculante, ha de mostrarse como una necesidad práctica que, de modo análogo a la ética, genera en los destinatarios el saberse sujetos a un deber jurídico, por tener una razón para obrar que no puede ser desautorizada por otra razón diversa.⁴

El objetivo del presente trabajo, por tanto, es ofrecer las razones que la mirada clásica es capaz de aportar para justificar lo más plenamente posible la existencia del aforismo en estudio.

Se trata de una tarea insoslayable, pues como apunta Massini,⁵ la teoría del derecho natural tiene como una de sus funciones la de brindar una fundamentación fuerte de las realidades jurídicas.

Para llevar a cabo esta tarea, se brindarán primeramente las claves justificatorias modernas, para mostrar después aquellas razones que, tendientes a la misma finalidad, encuentran su inspiración en el modo de mirar que es propio del realismo jurídico clásico.

Ambas argumentaciones serán expuestas desde la perspectiva del derecho como espacio comunicativo, en atención a que el derecho es una institución que administra un depósito de sentido socialmente objetivado,⁶ dado que al interior de este depósito se encuentra contenido el acervo que pretende dotar de sentido a las conductas jurídicas de las personas. Dicho en otras palabras, el derecho tiene la urgente e importante necesidad de comunicar-

³ Las razones que se ofrecen para justificar cualquier realidad son consideradas "buenas razones", en la medida en que patentizan que esa realidad es aceptable o plausible. Cfr. Ferrater, José, *Diccionario de filosofía*, voz "justificación", Barcelona, Ariel, 1994, t. II, p. 1984.

⁴ Si la necesidad práctica radica en tener razones para obrar, ha de concluirse que infringir un deber reconocido por uno mismo es hacer algo para lo que no se tiene razones. Cfr. Rodríguez, Leonardo, *Ética*, Madrid, BAC, 2001, p. 24.

⁵ Massini, Carlos, "La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno", en *Doxa*, núm. 21, vol. II, Alicante, 1998, p. 302.

⁶ Cfr. Berger, Peter y Luckmann, Thomas, *Modernidad, pluralismo y crisis de sentido. La orientación del hombre moderno*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 43.

se, lo cual se evidencia al considerar que si bien no se reduce a lenguaje, éste es el medio que utiliza para expresarse.⁷

En consecuencia, el derecho necesita hablarle a sus destinatarios, para que puedan conocer el sentido de sus conductas jurídicas. Así, será necesario dar respuesta a las siguientes indagaciones: ¿a quién le habla el derecho?, ¿quién habla cuando el derecho se expresa?, ¿cómo se expresa el derecho cuando habla?, ¿qué le comunica el derecho a sus destinatarios?, y, por fin, ¿para qué los destinatarios deben conocer el mensaje jurídico y, en este sentido, conocer el derecho?

II. RESPUESTAS DEL DERECHO EN SEDE MODERNA

1. ¿A quién le habla el derecho moderno?

Considerando que la Modernidad tiene como punto de partida lo que Truyol⁸ y Camps⁹ denominan, respectivamente, “pesimismo antropológico” y “prejuicio egoísta”, la versión moderna del derecho le habla al hombre concebido como un mecanismo gobernado por el placer y el dolor,¹⁰ es decir, aquel hombre que responde fielmente a sus impulsos pasionales y no racionales, a través de los cuales pretende dar satisfacción a sus intereses¹¹ individuales que son exclusivos y excluyentes. Se trata del

⁷ Cfr. Igareda, María Dolores, “Cultura, lenguaje y derecho: una aproximación al significado de los aforismos en la interpretación jurídica”, en *Ars Iuris*, núm. 37, México, Universidad Panamericana, 2007, p. 239.

⁸ Cfr. Truyol, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado. Del Renacimiento a Kant*, 3a. ed., Madrid, Alianza, 1988, t. II, p. 4.

⁹ Cfr. Camps, Victoria, *Paradojas del individualismo*, Barcelona, Crítica, 1999, p. 27.

¹⁰ Cfr. Bentham, Jeremy, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 11.

¹¹ “Interés” es todo motivo dominante que mueve a un individuo a realizar o a evitar una acción. Cfr. Cruz, Luis, *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, Pamplona, Eunsa, 2000, p. 72.

consecuencialismo¹² de carácter utilitarista cuyo postulado fundamental es afirmar que una acción será correcta o incorrecta en la medida en que sus consecuencias sean totalmente buenas o malas para todos los seres humanos,¹³ considerando que una consecuencia totalmente buena para los hombres es aquella que abona a la mayor felicidad placentera¹⁴ del mayor número de individuos y, en consecuencia, mala será cualquier otra consecuencia que no contribuya a lo anterior.

Influenciado por esta “atmósfera ética”,¹⁵ el derecho moderno acepta que la utilidad es la línea más corta y rápida hacia la felicidad,¹⁶ cumpliendo con lo que Farrell¹⁷ ha denominado “Principio de Sidwick”, según el cual sólo es racional la búsqueda y el encuentro de bienes –entre los que se encuentra la justicia– que pueden realmente ser disfrutados por el hombre. Siguiendo a Mill,¹⁸ las acciones son justas si satisfacen los sentimientos de justicia que toda persona alberga.¹⁹ Por ello Bentham²⁰ sostiene que la legalidad tiene como fundamento legitimador al hedonismo universal, quedando el derecho transformado en un plan técnico

¹² Cfr. Guisán, Esperanza, “El utilitarismo”, en Camps, Victoria (coord.), *Historia de la ética. La ética moderna*, Barcelona, Crítica, 2006, t. II, p. 459.

¹³ Cfr. Smart, J. J. C. y Williams, Bernard, *Utilitarismo: pro y contra*, Madrid, Tecnos, 1981, p. 12.

¹⁴ El utilitarismo puede ser calificado como tal, no por el defendido principio de utilidad, sino por identificar la felicidad con el placer. Cfr. Rhonheimer, Martin, *Ley natural y razón práctica. Una visión tomista de la autonomía moral*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 2006, p. 345.

¹⁵ Cfr. Cortina, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, 11a. ed., Madrid, Tecnos, 2006, pp. 44-46.

¹⁶ Cfr. Taylor, Charles, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 343.

¹⁷ Cfr. Farrell, Martín, “La satisfacción de las preferencias y los límites del utilitarismo”, en *Telos*, núm. 1, vol. IV, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, SIEU, junio de 1995, pp. 41-42.

¹⁸ Cfr. Mill, John Stuart, *El utilitarismo*, 3a. ed., Madrid, Aguilar, 1962, p. 29.

¹⁹ *Ibidem*, p. 115.

²⁰ Cfr. Bentham, Jeremy, *An introduction to the principles of morals and legislation*, *op. cit.*, p. 11.

al servicio de los intereses placenteros individualistas,²¹ pues no ha de preguntarse si los hombres piensan: ha de cuestionarse si son capaces de gozar y de sufrir.²² Si dicha capacidad queda demostrada, entonces el mundo jurídico ha de convertirse en un ámbito en el que los hombres puedan complacer todos y cada uno de sus deseos jurídicos, pues lo importante es vivir de cara a la satisfacción,²³ vale decir ante la abundancia de placeres y la ausencia de dolores.²⁴

2. ¿Quién habla cuando el derecho moderno se expresa?

La Modernidad ha sostenido que la capacidad para crear, modificar y extinguir derecho, es monopolio de la voluntad del Estado, pues el derecho es concebido como norma impuesta por un superior,²⁵ esto es, la persona artificial en que el Estado consiste. En clave utilitarista, la superioridad del Estado radica en la facultad para definir e imponer lo que es jurídicamente necesario para obtener del derecho su parte “alícuota” de felicidad placentera, la cual puede consistir en un beneficio, una ventaja, un placer o un bien,²⁶ así como en saber evitar o prevenir que acontezca un perjuicio, un dolor, un mal o la infelicidad.

La razón fundamental que arguye el utilitarismo a favor de la facultad monopólica estatal para definir lo jurídicamente útil, es la diversidad irreconciliable de concepciones sobre la justicia

²¹ Cfr. Bastit, Michel, *El nacimiento de la ley moderna*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2005, p. 22.

²² Cfr. Guisán, Esperanza, “El utilitarismo”, *op. cit.*, p. 463.

²³ Cfr. Cortina, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, *op. cit.*, p. 48.

²⁴ Cfr. Mill, John Stuart, *El utilitarismo*, *op. cit.*, p. 37.

²⁵ Cfr. Carpintero, Francisco, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca, 1977, p. 32.

²⁶ Bentham afirma como sinónimos los términos *benefit*, *advantage*, *pleasure*, *good* y *happiness*. Cfr. Bentham, Jeremy, *An introduction to the principles of morals and legislation*, *op. cit.*, p. 12.

—tanto individuales como nacionales—;²⁷ diversidad ante la cual “lo justo” deviene inasible para los hombres, viéndose éstos obligados a escoger²⁸ de manera irracional. Dicho en otros términos, se trata de una elección ineludible que no podría ser sino arbitraria²⁹ respecto de las otras concepciones de la justicia, atento a que toda postura sobre la justicia es tan irreconciliable como invencible. En consecuencia, la única manera de conocer lo que es justo, es la definición estatal en clave utilitarista, pues el utilitarismo es el único medio para escoger racionalmente lo que es justo entre la innegable diversidad abigarrada que, como *doxa*, se cierne sobre la justicia. Siendo el legislador plenamente autónomo de toda autoridad y de toda naturaleza —pues no existe algo que pueda ser considerado derecho natural: los derechos emanan únicamente de la voluntad del legislador humano—,³⁰ no ha de preguntarse acerca de la existencia de predeterminaciones de lo humano para respetarlas, sino acerca de cómo puede brindarle al hombre la anhelada felicidad jurídica, pues lo único que cuenta es que los hombres sean felices,³¹ meta que es menester alcanzar sin los estorbos de consideraciones que distraigan al legislador del principio de utilidad.

3. ¿Cómo se expresa el derecho moderno cuando habla?

La teoría de la soberanía subrayó, desde sus inicios en Bodin,³² que el primer atributo del soberano es dar leyes. Este protagonismo

²⁷ Cfr. Mill, John S., *El utilitarismo*, op. cit., p. 107.

²⁸ *Ibidem*, p. 110.

²⁹ *Ibidem*, pp. 114-115.

³⁰ Cfr. Bentham, J., *The works of Jeremy Bentham*, Londres, Thoemmes Press, 1995, vol. III, p. 221.

³¹ Para Bentham no tiene importancia alguna la posible existencia de una naturaleza humana que defina a los hombres. Tiene importancia, en cambio, que sean felices: “Llamadles soldados, llamadles monjes, llamadles máquinas; en la medida que sean felices no me preocupa”. Bentham, Jeremy, *The works of Jeremy Bentham*, op. cit., t. IV, p. 64.

³² Cfr. Bodin, Jean, *Los seis libros de la república*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 74.

legislativo radica en que el derecho ya no puede ser conocido a través de la experiencia jurídica, sino mediante la declaración legal que contiene la voluntad soberana, la cual desconoce incluso a la costumbre, pues a pesar de ser reconocida por Bodin como una de las fuentes jurídicas, recibe su vigencia del príncipe, quien ejerciendo la tolerancia procede a su homologación para convertirla en ley.³³ Así, el derecho se torna mandato autoritario que, además, se ostenta como una voluntad jurídicamente omnicompreensiva,³⁴ porque en ella pueden encontrarse todas las posibles respuestas jurídicas.

Reducido el derecho a legalidad, los rasgos que lo distinguen son la formalidad y la textualidad. La formalidad se patentiza al considerar que el contenido ya no es el dato jurídico relevante, sino el conjunto de signos que expresan una voluntad,³⁵ cuyo fundamento inmanente rompe con la trascendencia ontológica y no ética.³⁶ En esta tesitura, lo realmente importante es garantizar que la voluntad comunicada a los súbditos sea, efectivamente, la voluntad del Estado, para lo cual el súbdito sólo ha de formularse una pregunta de carácter procedimental,³⁷ a saber: si la ley ha sido creada observando el procedimiento legislativo establecido.

Por su lado, el derecho visto como texto tiene su manifestación extrema en la concepción analítica que pierde de vista la realidad para quedarse con los signos,³⁸ es decir, con aquel aspec-

³³ *Ibidem*, p. 75.

³⁴ La completitud del sistema jurídico significa que la ley es capaz de contemplar todas y cada una de las situaciones jurídicamente relevantes, así como sus respectivas soluciones, ostentándose de ese modo como una realidad sin lagunas. *Cfr.* Vigo, Rodolfo, *Interpretación jurídica. (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 31-33.

³⁵ *Cfr.* Bentham, Jeremy, *Of laws in general*, Hart, H. L. A. (ed.), Londres, Athlone Press, 1970, p. 1.

³⁶ *Cfr.* Massini, Carlos, *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, Eunsa, 2006, pp. 107-108.

³⁷ *Cfr.* Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, p. 33.

³⁸ *Cfr.* Conesa, Francisco y Nubiola, Jaime, *Filosofía del lenguaje*, 2a. ed., Barcelona, Herder, 2002, p. 83.

to de la realidad que puede denominarse “realidad hablante”. Así, esta postura afirma que la naturaleza del derecho es textual³⁹ y, por lo mismo, suprimir las palabras equivale a suprimir el derecho automáticamente,⁴⁰ pues la “lingüística”⁴¹ es la esencia de lo jurídico.

Siguiendo a Hart,⁴² el gran ideal de esta “lingüística” jurídica es arribar a ese paraíso conceptual⁴³ en donde reine la más completa univocidad, logrando que el lenguaje jurídico forme parte de ese hablar científico que se encuentra sustraído a las variaciones de la vida,⁴⁴ cuyo primer acto de creación es decidir y comunicar quién es el soberano,⁴⁵ es decir, quién es aquel que goza de la supremacía⁴⁶ de emitir actos de “habla jurídica” o proposiciones que, como flechas que tienen sentido,⁴⁷ indican la conducta a seguir.

Bajo este prisma, la promulgación y la publicación de las leyes son etapas cruciales o culminantes⁴⁸ del proceso legislativo. A través de la promulgación el texto jurídico se torna en una orden irresistible de ejecución y su literalidad se encuentra debidamente autenticada.⁴⁹ A través de la publicación se brinda al texto jurídico la publicidad formal⁵⁰ para ser suficientemente manifies-

³⁹ Cfr. Robles, Gregorio, *El derecho como texto (cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 75-76.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 81.

⁴¹ *Ibidem*, p. 17.

⁴² Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, p. 155.

⁴³ *Ibidem*, p. 162.

⁴⁴ Cfr. Ihering, R. von, *El espíritu del derecho romano*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 183.

⁴⁵ Cfr. Robles, Gregorio, *El derecho como texto (cuatro estudios...)*, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁶ Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁷ Cfr. Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, Madrid, Alianza, 1973, núm. 3.144.

⁴⁸ Cfr. Rodríguez-Zapata, Jorge, *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 13.

⁴⁹ Para un desarrollo *in extenso* de estos rasgos, cfr. *Ibidem*, pp. 131-153.

⁵⁰ A diferencia de la publicidad material –que sería aquella que pretende asegurar, de forma activa y a todos sus destinatarios, el conocimiento auténtico de la ley–,

to a sus destinatarios, haciendo de la ley un acontecimiento notorio,⁵¹ o sea, verificable y cierto,⁵² posibilitando además su eficacia, atento a que ésta no sería posible sin su publicación.⁵³

En definitiva, la tercera pregunta se contesta diciendo que cuando el derecho habla, se expresa mediante leyes que fueron creadas, *ex nihilo*, por la voluntad soberana. Es decir, el derecho moderno nace, se desarrolla y muere por escrito.

4. ¿Qué le dice el derecho moderno a sus destinatarios?

Aun cuando el mensaje jurídico contiene dos dimensiones constitutivas: una primera que sirve para encauzar los intereses de los individuos, y otra segunda que tiene como misión desalentar la desobediencia mediante el uso adecuado de los castigos y de los premios,⁵⁴ es la coercibilidad de la segunda dimensión la que prima en el pensamiento moderno. Esto se comprueba en el pensamiento de Bentham,⁵⁵ quien afirma que el papel de la legislación es “negativo” porque su objetivo es, al decir de Dube,⁵⁶ brindar dicha felicidad mediante la previsión de aquellas circunstancias que pudieran ser un obstáculo para ello.

De este modo, el derecho moderno queda establecido como uno de aquellos factores que determinan los miedos definitivos

la publicidad formal únicamente se realiza mediante publicaciones cuya naturaleza textual requiere de la actividad interpretativa del destinatario para su lectura y comprensión. *Cfr. Ibidem*, p. 59.

⁵¹ *Cfr. Ibidem*, p. 168.

⁵² *Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo*, 12a. ed., Madrid, Civitas, 2004, pp. 121-122.

⁵³ *Cfr. Arcos, Federico, La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 248.

⁵⁴ *Cfr. Bentham, Jeremy, An introduction to the principles of morals and legislation, op. cit.*, p. 74.

⁵⁵ *Cfr. Bentham, Jeremy, “Deontology”, en Deontology together with a table of springs of action and article on utilitarianism*, Goldworth, Amnon (ed.), Oxford University Press, 1992, p. 274.

⁵⁶ *Cfr. Dube, Allison, The theme of acquisitiveness in Bentham’s political thought*, Nueva York, Garland, 1991, pp. 126-127.

de las culturas, puesto que “las culturas se diferencian por lo que temen y cambian cuando cambian sus miedos”,⁵⁷ siendo enmarcado –como en su hábitat natural o ergonómico– en la concepción weberiana⁵⁸ del Estado, en el que el monopolio del uso de la fuerza legítima se constituye en uno de sus rasgos más conspicuos. Así, el desencantamiento del mundo⁵⁹ produjo un derecho que se deslizó hacia la provincia penalista o de las sanciones en general, consagrando a la fuerza organizada como elemento constitutivo y protagónico del mundo jurídico.⁶⁰

En definitiva, el contenido del mensaje jurídico moderno se dirige al “hombre malo” de Holmes, quien afirma que la obediencia jurídica se debe al temor que produce la cárcel,⁶¹ confirmando la visión jurídico-antropológica hobbesiana.⁶² Por lo mis-

⁵⁷ Innerarity, Daniel, *La sociedad invisible*, Madrid, Espasa Calpe, 2004, p. 147.

⁵⁸ Ya es clásica la definición que ofrece Weber del Estado: “...instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente”. Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2a. ed., México, FCE, 1999, pp. 43-44. Respecto al ámbito jurídico, Weber afirma que sólo si un orden está respaldado por la coacción –ya física, ya psíquica–, podrá ser considerado derecho. Cfr. *Ibidem*, p. 27.

⁵⁹ Con esta expresión se hace referencia a la idea que ofrece Weber sobre la ciencia como actividad desmitificadora del mundo. En efecto, la ciencia –vista en sede weberiana– tiene el sentido y la misión de despojar al mundo de los encantos mágicos que ha padecido a lo largo de la historia. Así, por ejemplo, dice en uno de sus textos: “La intelectualización y racionalización crecientes no significan, pues, un creciente conocimiento general de las condiciones generales de nuestra vida. Su significado es muy distinto; significan que se sabe o se cree que en cualquier momento en que se quiera se puede llegar a saber que, por tanto, no existen en torno a nuestra vida poderes ocultos e imprevisibles, sino que, por el contrario, todo puede ser dominado mediante el cálculo y la previsión. Esto quiere decir simplemente que se ha excluido lo mágico del mundo”. Weber, Max, *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 2001, p. 201.

⁶⁰ Cfr. Carpintero, Francisco, “Los sujetos aislados”, en Puy, Francisco (coord.), *Manual de filosofía del derecho*, Madrid, Colex, 2000, p. 205.

⁶¹ Cfr. Holmes, Oliver W., *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 18.

⁶² Para Hobbes, la justicia reclama el uso del terror porque conforma voluntades originariamente contrapuestas (Cfr. Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, 2a. ed., México, FCE, 1996, p. 141), pues “los

mo, en dicho mensaje destaca el empleo de la fuerza organizada, comunicando a sus destinatarios las amenazas legales que, para el caso de incumplimiento, le tiene preparado el derecho a efecto de desalentar cualquier desobediencia hacia los mandatos soberanos.

5. ¿Para qué debe ser conocido el derecho moderno?

La respuesta a esta pregunta da cuenta de las razones que sustentan la defensa moderna del aforismo *ignorantia iuris non excusat*, la cual se apoya en las respuestas a los cuatro primeros interrogantes. De esta suerte, puede afirmarse que el hombre utilitarista debe conocer el derecho por tres razones de carácter instrumental.⁶³

Para calcular consecuencias jurídicamente útiles

Ha escrito Tönnies⁶⁴ que el verdadero padre de la filosofía moderna es Hobbes, quien sostuvo que el ejercicio de la razón consiste en la operación matemática de calcular sumando y restando, de tal suerte que sólo existe racionalidad en aquellas áreas de conocimiento donde hay materia para la adición y para la sustracción.⁶⁵ Por lo mismo, el derecho ha de facilitar el cálculo de las consecuencias jurídicamente útiles, a efecto de satisfacer la parte alícuota de felicidad placentera que ha de aportar para encontrar su justificación como parte de la realidad.

La metodología que ofrece Bentham para lograr lo anterior contempla siete factores que, combinados correctamente, arro-

pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre, en modo alguno". *Ibidem*, p. 137.

⁶³ La racionalidad instrumental busca la maximización del interés individual, reducido éste a la mayor utilidad posible. *Cfr.* Calvo, Raúl, *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 18-21.

⁶⁴ *Cfr.* Tönnies, Ferdinand, *Hobbes. Vida y doctrina*, Madrid, Alianza, 1988, p. 316.

⁶⁵ *Cfr.* Hobbes, Thomas, *Leviatán...*, *op. cit.*, pp. 32-33.

jan el resultado deseado. Estos elementos son: intensidad, duración, certeza o incertidumbre, cercanía o lejanía, fecundidad, pureza y extensión.⁶⁶ Los datos obtenidos permitirán conocer el balance placentero de la situación jurídicamente relevante, atento a que toda acción presenta una mixtura de placer y de dolor. En esta tesitura, una acción será buena si el balance realizado arroja un resultado más placentero que doloroso, y mala en caso contrario.

En consecuencia, esta metodología debe ser utilizada por el legislador y por el destinatario de la normativa utilitarista. El primero, para sacar provecho legislativo de todos aquellos resortes –los denominados *springs of action*– que tienen la capacidad para desencadenar toda acción o movimiento telemático⁶⁷ por parte del hombre, porque sin esos resortes ningún hombre podría abandonar el estado pasivo que caracteriza a su naturaleza.⁶⁸ El segundo, para tener una base racional que lo conduzca al *felicific calculus*,⁶⁹ nombre que ha sido utilizado para darle título a la teoría que pretendió ser utilizada para afirmar a Bentham como el Newton del mundo moral.⁷⁰

Para obtener seguridad jurídica

Si la certeza del derecho –como faceta subjetiva de la seguridad jurídica– permite a los destinatarios organizar su conducta presente y futura para su actuación en el mundo jurídico,⁷¹ el cálculo

⁶⁶ Para la exposición de esta metodología, *cfr.* Bentham, Jeremy, *An introduction to the principles of morals and legislation*, *op. cit.*, pp. 39-40.

⁶⁷ Telemático es todo movimiento que es producido directamente por la voluntad humana, y atelemático aquél que no es producto de tal voluntad. *Cfr.* Bentham, Jeremy, *Chrestomathia*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 287-288.

⁶⁸ *Cfr.* Mitchell, Wesley, “Bentham’s Felicific Calculus”, en *Political Science Quarterly*, núm. 2, vol. 33, junio de 1918, p. 174.

⁶⁹ *Cfr.* Pendás, Benigno, *Jeremy Bentham: política y derecho en los orígenes del Estado constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 103.

⁷⁰ *Cfr.* Mitchell, Wesley, “Bentham’s Felicific Calculus”, en *Political Science Quarterly*, *op. cit.*, p. 164.

lo utilitarista permite, en expresión de Barcellona, exorcizar el azar del territorio jurídico.⁷² Aun cuando la seguridad es uno de los anhelos que se muestran permanentes en el hombre,⁷³ puede afirmarse, con Mezquita,⁷⁴ que su poderosa construcción doctrinal corre a cargo del utilitarismo.

En clave utilitarista, las acciones telemáticas no se limitan a contemplar el presente, pues el hombre también disfruta con la expectativa de un placer futuro.⁷⁵ Al decir de Bentham,⁷⁶ la expectativa es como una cadena que, uniendo el presente con el futuro, es recorrida por la sensibilidad humana a través de todos sus eslabones. La expectativa de placeres futuros, de este modo, permite llevar a cabo un plan general de conducta que espolea la búsqueda de mayores placeres, confirmando que la tendencia del hombre hacia el placer se caracteriza por ser incremental, característica que, al decir de Dube,⁷⁷ es el *primum mobile* benthamiano. Ahora bien, proteger los placeres presentes, así como la expectativa de placeres futuros, es la función de la seguridad jurídica, en atención a que tiene la facultad de extenderse en el tiempo y abrazar el futuro.⁷⁸ No es extraño, por tanto, que este valor haya sido asumido o adoptado por el derecho moderno como *el* valor jurídico por excelencia.

⁷¹ Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, "Seguridad jurídica", en Garzón, Ernesto y Laporta, Francisco, *El derecho y la justicia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 484.

⁷² Cfr. Barcellona, Pietro, *El individualismo propietario*, Madrid, Trotta, 1996, p. 19.

⁷³ Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 7.

⁷⁴ Cfr. Mezquita, José, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Barcelona, Bosch, 1989, vol. I, p. 19.

⁷⁵ Cfr. Postema, Gerald, *Bentham and the common law tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 160-162.

⁷⁶ Cfr. Bentham, Jeremy, "Principles of the civil code", en *The works...*, *op. cit.*, vol. I, p. 308.

⁷⁷ Cfr. Dube, Allison, *The theme of acquisitiveness in Bentham's political thought*, *op. cit.*, p. 114.

⁷⁸ Cfr. Bentham, Jeremy, "Principles of the civil code", en *The works...*, *op. cit.*, p. 302.

Para gestionar esferas de libertad

Aun cuando el interés o motivo dominante se caracteriza por tener raigambre individual, la mayor extensión revela un mejor interés, pues su bondad aumenta en la medida en que más individuos se encuentren involucrados en él.⁷⁹ Por lo mismo, la interacción social es deseada por intereses meramente individuales, pues en realidad el hombre busca que la extensión de su interés sea la mayor posible, para obtener mejores y mayores placeres para sí mismo. Se trata, por tanto, de una colaboración interesada que confirma, de alguna manera, la influencia que tuvo en Bentham el pensamiento de Adam Smith.

Según Smith,⁸⁰ todo individuo, al buscar su máximo beneficio, es movido por una mano invisible que lo conduce a promover objetivos que no entraban en sus propósitos originarios, pues al perseguir su propio interés fomentará el de la sociedad de un modo mucho más eficaz que si lo fomentara de manera consciente. Por eso, para el autor escocés la libre competencia⁸¹ es el único medio por el que el hombre, haciendo uso de su máximo esfuerzo,⁸² colabora con los objetivos de la economía política, que son principalmente dos: la obtención de un ingreso o una subsistencia abundantes para la población y proporcionar al Estado el ingreso suficiente para pagar los servicios públicos.⁸³

Para estos efectos, la normatividad jurídica es indispensable para establecer el debido cauce legal que proteja las expecta-

⁷⁹ Cfr. Bentham, Jeremy, "A table of springs of action", en *Deontology...*, *op. cit.*, pp. 108-109.

⁸⁰ Cfr. Smith, Adam, *La riqueza de las naciones*, Madrid, Alianza, 2005, p. 554.

⁸¹ El político que pretenda dirigir a los particulares en su actividad económica, asumirá una responsabilidad que no le corresponde y es innecesaria, pues los inversionistas conocen mejor que nadie el mejor modo de invertir. *Idem*.

⁸² Adam Smith afirma de manera apodíctica que la fuerza de convocatoria de la libre competencia, empuja a los individuos a esforzarse al grado de poner en riesgo su salud, dado que el afán de ganar más los aficiona al trabajo excesivo. *Ibidem*, p. 130.

⁸³ *Ibidem*, p. 539.

tivas individuales que espolean al hombre utilitarista a maximizar el bienestar social, lo cual equivale a extender lo más posible la esfera de acción libre e individual en que cada individuo consiste.⁸⁴ La legislación, entonces, ha de servir de referencia para que las esferas de libertad puedan compatibilizarse entre sí mediante el pacto jurídico que no puede ser sino interesado, con la finalidad de programar la vida humana teniendo a la vista el placer presente y futuro que reporta la actividad económica. Sin las instituciones jurídicas, por tanto, la mano invisible de Smith no podría ejercer sus funciones, pues son un medio para suplir lo que los hombres desconocen,⁸⁵ haciendo posible la satisfacción de metas sociales a través de pactos que han sido realizados pensando únicamente en el logro de intereses individualistas: la mano invisible, al modo como opera la mano del mago diestro, esconde el malabarismo de cosechar como beneficio público lo que fue sembrado como interés privado y egoísta.

En definitiva, el conocimiento del mensaje jurídico permite a los individuos saber cómo sus respectivas esferas de libertad pueden actuar coexistiendo, a efecto de que la sociedad sea una realidad viable, pero sobre todo económicamente útil para sus miembros: si acaso el atractivo que posee el libre mercado⁸⁶ no rindiera los resultados esperados, sólo entonces el Estado podría ejercer la violencia legítima que lo distingue.

⁸⁴ La visión individualista afirma que el derecho consiste en la libertad de cada individuo, expresándolo Pufendorf de manera metafórica al afirmar que la libertad debe de ser entendida como un círculo en torno a cualquier sujeto, que opera a modo de coto privado de su arbitrariedad. *Cfr.* Carpintero, Francisco, "Derecho y libertad", en *Persona y derecho*, núm. 30, Universidad de Navarra, 1994, p. 47.

⁸⁵ Las instituciones posibilitan que la ignorancia no sea un obstáculo para que los hombres puedan disfrutar de las oportunidades de aprovechamiento que ofrece la vida, pues son un medio para acumular el conocimiento que la humanidad ha logrado sobre el mundo. *Cfr.* Hayek, Friedrich, *Derecho, legislación y libertad*, 2a. ed., Madrid, Unión Editorial, 1985, vol. I, pp. 37-41.

⁸⁶ El libre mercado es el único medio no coercitivo para poder gestionar la actividad económica en una sociedad industrial compleja. Por eso el mercado puede considerarse como el paradigma fundamental para la obtención de un orden social espontáneo. *Cfr.* Gray, John, *Liberalismo*, Madrid, Alianza, 1994, pp. 99 y 109.

III. RESPUESTAS DEL DERECHO EN SEDE CLÁSICA

1. ¿A quién le habla el derecho clásico?

La vida le ha sido otorgada al hombre de manera gratuita pero inacabada, porque no la recibe hecha del todo.⁸⁷ En este sentido, todo hombre nace prematuramente,⁸⁸ vale decir sin la maduración y la experiencia que la vida requiere para ser enfrentada, pues nace sin saber cómo se vive.⁸⁹ Sin embargo, el pensamiento clásico enseña que todo ser humano es capaz de la sabiduría que permite saber de dónde se viene y a dónde se va:⁹⁰ por eso los clásicos inyectan optimismo.⁹¹

De esto se infiere que todo hombre debe realizar lo que su naturaleza⁹² es en esbozo,⁹³ es decir, existe con vistas a su propio perfeccionamiento.⁹⁴

Así, todo ser humano goza de los trascendentales personales: conoce, es libre y es capaz de destino. Esto significa que no se encuentra sometido a un destino fatal e indócil a sus decisiones, pues tiene capacidad para destinarse, o sea, ejercer su destinación y alcanzar la individualidad original a la que se encuentra convocado.⁹⁵

⁸⁷ Cfr. Ortega y Gasset, José, "Lo que más falta hace hoy", en *Obras completas*, Madrid, Taurus, 2006, t. V, p. 395.

⁸⁸ Cfr. Polo, Leonardo, *Ayudar a crecer. Cuestiones filosóficas de la educación*, Pamplona, Eunsa, 2006, p. 48.

⁸⁹ Cfr. Innerarity, Daniel, *Ética de la hospitalidad*, Barcelona, Península, 2001, p. 27.

⁹⁰ Cfr. Polo, Leonardo, *Presente y futuro del hombre*, Madrid, Rialp, 1993, p. 29.

⁹¹ *Ibidem*, p. 28.

⁹² Por naturaleza se entiende el principio y el fin que constituyen al ser en lo que es. Cfr. Carpintero, Francisco, "El derecho natural laico de la Edad Media. Observaciones sobre su metodología y conceptos", en *Persona y Derecho*, núm. 8, Universidad de Navarra, 1981, p. 36.

⁹³ Cfr. Maritain, Jacques, *Para una filosofía de la persona humana*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1984, p. 162.

⁹⁴ Cfr. Pieper, Josef, *Defensa de la filosofía*, 5a. ed., Barcelona, Herder, 1982, p. 66.

⁹⁵ Cfr. Polo, Leonardo, *Presente y futuro del hombre*, *op. cit.*, p. 38.

Para lograr ese tránsito hacia el perfeccionamiento, resulta indispensable conocer qué es lo mejor.⁹⁶ Y eso que sea lo mejor se identifica con la *vida buena* que, según Abbá,⁹⁷ es el conjunto de actuaciones excelentes por medio de las cuales la persona entra en relación con los bienes del mundo, en cuya virtud la voluntad y los apetitos pasionales son regulados por la razón. Y resulta que nadie ha dudado que la justicia sea uno de los bienes más pretendidos por las personas, porque sin este bien no sería posible el desarrollo personal. La *vida buena*, por tanto, reclama la necesidad de conocer lo que es justo para estar en aptitud de llevarlo a la práctica, pues su mero conocimiento no basta para que la convivencia sea justa: las puras disposiciones jurídicas son incapaces de perfeccionar a los hombres, pues sólo ellos pueden hacerlo al realizar de manera libre lo moralmente correcto por las razones correctas.⁹⁸

Puede afirmarse, en consecuencia, que el derecho le habla a la faceta ciudadana⁹⁹ del *spoudaios*,¹⁰⁰ vale decir el modelo antropológico cuyos perfiles corresponden al hombre maduro dotado de razonabilidad práctica, porque es capaz de juzgar los asuntos prácticos de manera correcta.¹⁰¹ En efecto, la vida más propia del hombre se distingue por ser una actividad del alma según la razón,¹⁰² y el conocimiento y la vivencia del derecho es

⁹⁶ Cfr. Helle, Horst J., "La formación de la persona entre la familia y la profesión", en *Anuario Filosófico*, núm. XXV-2, Universidad de Navarra, 1992, p. 389.

⁹⁷ Cfr. Abbá, Giuseppe, *Felicidad, vida buena y virtud. Ensayo de filosofía moral*, Barcelona, Eiunsa, 1992, p. 223.

⁹⁸ Cfr. George, Robert P., *Para hacer mejores a los hombres. Libertades civiles y libertad pública*, Madrid, Eiunsa, 2002, p. 17.

⁹⁹ Por ciudadanía se entiende aquella natural dimensión jurídica de la persona que la hace partícipe del derecho que se vive en toda comunidad, al margen de su pertenencia o identificación con una comunidad territorial concreta o con un régimen político determinado. Cfr. Cortina, Adela, *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, 2a. ed., Madrid, Alianza, 2005, pp. 53-55.

¹⁰⁰ Cfr. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 158.

¹⁰¹ Cfr. Aristóteles, *Ética nicomáquea*, Libro III, 1113a 25-30.

¹⁰² *Ibidem*, Libro I, 1098a 5.

un tramo racional, sin el cual resulta impensable lograr el debido desarrollo de la vida humana.

2. ¿Quién habla cuando el derecho clásico se expresa?

Considerando que el derecho es una realidad analógica, cuyo analogado principal es la conducta matizada por la justicia,¹⁰³ parece suficientemente claro que el vocero más conspicuo del derecho es el jurista,¹⁰⁴ pues tiene como oficio dedicarse al *ius*,¹⁰⁵ esto es, determinar o individualizar la respuesta que reclama todo caso concreto.¹⁰⁶ Por estas razones el jurista, en palabras de Hervada, es “...el *hombre de derecho*, el hombre que sabe derecho”,¹⁰⁷ porque es capaz de desvelar qué es lo justo y lo injusto en las relaciones jurídicas concretas que los hombres guardan entre sí.¹⁰⁸ De este modo, el oficio del jurista es el arte¹⁰⁹ de discernir lo que es derecho y, por ello, es un arte que se ordena a la búsqueda de la justicia,¹¹⁰ entendida ésta no tanto en su dimen-

¹⁰³ Cfr. Vigo, Rodolfo, *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003, p. 43. Véase también Massini, Carlos, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 24.

¹⁰⁴ El término “jurista” deriva del vocablo latino *ius*, que significa derecho. Cfr. Hervada, Javier, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Pamplona, Eunsa, 2002, pp. 15-16.

¹⁰⁵ El término *ius* deriva de las raíces indoeuropeas *yuj* y *yewes* que, en la cultura occidental, quedarán relacionadas: la primera raíz significa unir, juntar, atar o vincular; la segunda indicaba genéricamente salud, pero de modo específico se refería a la actividad que restablecía o recuperaba el orden perturbado. De esta suerte, *ius* originariamente consistió en ordenar los elementos separados de un todo para alcanzar y mantener la salud. Por eso, *ius* se vincula a la razón. Cfr. Hernández, Juan, *Dialéctica y racionalidad jurídica. Principios teóricos prácticos para la conformación del razonamiento lógico jurídico*, México, Universidad Panamericana, Porrúa, 2006, pp. 29-30.

¹⁰⁶ Cfr. Vigo, Rodolfo, *Interpretación jurídica. (Del modelo iuspositivista...)*, op. cit., p. 25.

¹⁰⁷ Hervada, Javier, *¿Qué es el derecho? La moderna...*, op. cit., p. 16.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 22.

¹⁰⁹ Cfr. Villey, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1979, t. I, p. 26.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 67.

sión general y abstracta cuanto en su dimensión particular,¹¹¹ es decir, la justicia objetiva que se desprende del caso concreto.¹¹²

La declaración que realiza el jurista acerca de lo que es justo en el caso concreto, demuestra vigorosamente la filiación del derecho respecto de la razón práctica, pues su develamiento tiene lugar, como sostiene Ollero, a través del "...despliegue de una *praxis*, que –en vez de aplicar algo ya realizado– supone un "estar-en-la-obra", una continua producción de derecho".¹¹³ Esta *praxis* en que el jurista está inmerso en cuanto tal, se constituye en auténtico círculo virtuoso cognoscitivo al lograr la transformación mutua del sujeto y del objeto mediante el diagnóstico de la situación jurídicamente relevante, pues más que un conjunto de normas que pueden ser aprendidas, el derecho es un "saber hacer", en virtud del cual se determina cuándo y cómo dicha normativa tiene aplicación.¹¹⁴ Por ello, toda tarea jurídica posee siempre una *dimensión judicial*¹¹⁵ y, por lo mismo, creativa, pues tiene por encargo buscar y descubrir una latente verdad ontológica,¹¹⁶ esto es, traer a la patencia la justicia del caso que se encuentra en la latencia, toda vez que sólo ante la situación concreta el intelecto percibe dicho bien.¹¹⁷ El jurista, por tanto,

¹¹¹ Cfr. Vigo, Rodolfo, *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, op. cit., p. 33.

¹¹² Cfr. Ollero, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, 2a. ed., Madrid, Congreso de los Diputados, 2006, p. 313.

¹¹³ *Ibidem*, p. 315.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 316.

¹¹⁵ Esta dimensión judicial no supone que toda realidad o actividad jurídica sea de naturaleza conflictual o agonal, en la que sea necesaria la intervención de un juez, pues ello sería desconocer que el derecho también se hace presente –incluso reiteradamente– de manera ordinaria y sin conflictos. La dimensión judicial señalada por Ollero hace referencia, más bien, a la capacidad de emitir juicios, como uno de los actos que son propios del entendimiento, es decir, aquellos actos del entendimiento que descubren lo que es justo. *Ibidem*, pp. 319 y 359-360.

¹¹⁶ Cfr. Cotta, Sergio, *El derecho en la existencia humana: principios de ontofenomenología jurídica*, Pamplona, Eunsa, 1987, pp. 173 y 176.

¹¹⁷ Cfr. Kalinowski, Georges, "Sobre la relación entre el hecho y el derecho", en Massini, Carlos (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 153.

expresa el derecho de una manera situada, o sea, en situación, en circunstancia.¹¹⁸

Decir el *ius* reclama el ejercicio de la prudencia de los prácticos del derecho o jurisprudentes, en la cual no sólo cuentan los textos jurídicos, sino también la naturaleza de las cosas,¹¹⁹ pues, como explica Villey,¹²⁰ la movilidad que las caracteriza exige descubrir la concreta solución justa que es desconocida de antemano, la cual sólo es hallada tras una búsqueda continua y esforzada que, de alguna manera, inaugura repetidamente la respuesta jurídica. Así las cosas, cabe decir, con Villey,¹²¹ que esa *natura rerum* puede ser afirmada como una auténtica fuente gnoseológica sobre el derecho, pues la información que brinda abona al conocimiento acerca de la conducta jurídicamente debida. La naturaleza de las cosas como fuente de conocimiento jurídico, es una vía para confirmar que el derecho sólo puede comprenderse a partir de su relación con la naturaleza.¹²²

Lo anterior muestra que el jurista, para descubrir lo justo, requiere de la aplicación de un proceso interpretativo, el cual es "...la contextura habitual de todo lo jurídico".¹²³ En efecto, el actual interés por la interpretación que ha ido tomado cuerpo y de alguna manera ha unido en torno a ella a las contemporáneas y diversas corrientes de pensamiento jurídico,¹²⁴ muestra la ne-

¹¹⁸ Cfr. Beuchot, Mauricio, "Naturaleza humana y ley natural como fundamentos de los derechos humanos", en Massini, Carlos (comp.), *El iusnaturalismo actual*, op. cit., p. 24.

¹¹⁹ La naturaleza de las cosas hace referencia a los factores reales que han de tomarse en cuenta para decir el *ius*, al modo como un artista considera el material sobre el que ha de trabajar para lograr plasmar adecuadamente su obra, pues no es lo mismo utilizar cera, arena, bronce, o cualquier otro material. De este modo, el jurista también necesita considerar las cosas que lo rodean, así como el sentido que todas ellas poseen. Cfr. Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 1985, pp. 26-30.

¹²⁰ Cfr. Villey, Michel, "La naturaleza de las cosas", en Massini, Carlos (comp.), *El iusnaturalismo actual*, op. cit., pp. 452-453.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 456-457.

¹²² Cfr. Cotta, Sergio, "Para una revisión de las nociones de iusnaturalismo y de derecho natural", en Massini, Carlos (comp.), *El iusnaturalismo actual*, op. cit., p. 28.

¹²³ Ollero, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método...*, op. cit., p. 362.

¹²⁴ Cfr. Vigo, Rodolfo, *Interpretación jurídica. (Del modelo iuspositivista...)*, op. cit., p. 13.

cesidad y el protagonismo del saber interpretativo para que el conocimiento jurídico sea verdaderamente integral, sin la pretensión de afirmar que dicho conocimiento sea apodíctico. Por el contrario, encaminada la interpretación a la orientación de la conducta para ajustarla a las exigencias de la justicia, sabe de su naturaleza práctica y, consecuentemente, se encuentra bien dispuesta a las controversias argumentativas,¹²⁵ imprescindibles para la definición de lo que es justo.

Afirmar que el vocero del derecho por antonomasia es el jurisprudente o jurista, no implica excluir otros intérpretes que, de hecho, se pronuncian de continuo sobre lo que es justo. Sin embargo, parece claro que es el jurista –y no sólo el juez como jurista revestido de *potestas*–¹²⁶ el profesional del derecho que ha desarrollado la habilidad de encontrar la verdad jurídica denominada *ius*, la cual es hallada siempre de forma interpretativa, mediante el diálogo intersubjetivo que reclama la ponderación para el conocimiento del bien. Así, con Ollero,¹²⁷ cabe decir que el enlace con el bien de la justicia muestra que cuando el derecho habla a través del jurista, hace patente que el intelecto aplicado a lo jurídico no sólo es lógico y dialógico, sino también axiológico, en virtud de que persigue la consecución de lo que es concretamente justo en la humana convivencia.

3. ¿Qué le dice el derecho clásico a sus receptores?

Considerando que el oficio de jurista se ejerce mediante un saber prudente,¹²⁸ que permite descubrir lo que es justo en un caso

¹²⁵ *Ibidem*, p. 27.

¹²⁶ Acotar el oficio de jurista a su faceta jurisdiccional significa caer en el judicialismo, mediante el cual el mundo jurídico queda reducido al acontecer tribunalicio. Por ello, el judicialismo no da cuenta de todo lo que, siendo jurídico, transita fuera de los tribunales. Cfr. Vigo, Rodolfo, *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis, op. cit.*, p. 45.

¹²⁷ Cfr. Ollero, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método...*, *op. cit.*, p. 362.

¹²⁸ El jurisprudente, al decir el derecho, recurre a la justicia y a la prudencia, lo cual patentiza, por un lado, que el derecho es un saber práctico y, por otro lado, que el

concreto, su hablar expresa a sus receptores el bien jurídico de lo que es justo *hic et nunc*, a saber: *quién* ha de dar, *qué* ha de dar, *a quién* ha de darlo, *cómo* ha de darlo, *cuándo* ha de darlo, *cuánto* ha de dar, *en dónde* ha de darlo.¹²⁹ Massini lo expresa diciendo que el jurista comunica "...el conocimiento de lo justo en su máxima concreción".¹³⁰ De esta suerte, el jurista posibilita el cumplimiento jurídico al explicitar lo que el derecho demanda llevar a cabo.

Ahora bien, es necesario decir que cuando el jurista expresa lo que es justo *hic et nunc*, no habla en sede moral, pues no exige la justicia como virtud, sino como acto independiente de la intención. En efecto, si bien es cierto que la justicia se torna en virtud cuando se adquiere el hábito de repetir actos justos,¹³¹ de igual modo es cierto que, como dice Aristóteles, "...una golondrina no hace verano".¹³² Esta distinción entre lo justo como acto y como virtud permite entender que no puede descartarse la posibilidad de que un hombre justo pueda cometer injusticias,¹³³ aun cuando sea *per accidens* y no *per se*.¹³⁴ Así, dice el de Aquino de manera textual: "...alguien puede hacer lo injusto involuntariamente o por pasión sin el hábito de la injusticia".¹³⁵ De la misma manera, el hombre injusto que no posee el hábito de la justicia, puede llegar a realizar actos que en sí mismos son justos, aun cuando éstos sean realizados sin intención virtuosa, es decir, *per accidens* y no *per se*. De esto no se infiere que la

jurista lleva a cabo una actividad que se desarrolla en el ámbito del saber. Cfr. Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992, pp. 81-82. Enseña Massini que la posesión de este tipo de saber específico, sirvió a los más notables juristas romanos de los inicios de la era cristiana para recibir del emperador Augusto el *ius publice respondendi ex auctoritate Principis*, como un reconocimiento a su calidad de *ius prudentis*. Cfr. Massini, Carlos, *La prudencia jurídica. Introducción...*, op. cit., p. 21.

¹²⁹ Cfr. Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 7a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 17.

¹³⁰ Massini, Carlos, *La prudencia jurídica. Introducción...*, op. cit., p. 22.

¹³¹ Cfr. Aristóteles, *Ética nicomáquea*, Libro II, 1103a 30.

¹³² *Ibidem*, Libro I, 1098a 20.

¹³³ *Ibidem*, Libro V, 1134a 15.

¹³⁴ Cfr. Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, II-II, q. 59, a. 2.

¹³⁵ *Idem*.

virtud de la justicia le resulte indiferente al derecho, sino que ello rebasa su campo de competencia,¹³⁶ atento a que la justicia como virtud pertenece propiamente al ámbito de la moral. Esto se comprende con facilidad al comprobar que el cumplimiento de la justicia como acto produce la aprobación más plena que el derecho puede otorgar, sin que para dicha plena aprobación sea indispensable que el acto de justicia venga acompañado de la intención virtuosa por parte de quien lo lleva a cabo. Esto tampoco implica negar que el conocimiento y la vivencia del acto justo coloquen a la persona en camino hacia la virtud.

Finalmente, cuando el jurista expresa lo que es justo en sus vertientes conmutativa, distributiva y legal,¹³⁷ no hace recomendaciones o sugerencias, sino que comunica un deber, es decir, un mandato razonado, atento a que siendo la prudencia "...la recta razón en el obrar",¹³⁸ está orientada a la acción y tiene como a uno de sus actos propios el imperar, aplicando a la operación el resultado de la búsqueda y del juicio prudenciales. La definición de los actos justos no se lleva a cabo ni por el mero prurito especulativo, ni por el mero afán de poder, sino por motivos prácticos cuyo propósito es la realización de algo bueno, pues lo justo reclama necesariamente la obligación de su observancia.

4. ¿Cómo se expresa el derecho clásico cuando habla?

Si tan absurdo es pedir persuasión al matemático como exigir demostración exacta al retórico,¹³⁹ hay que decir que el derecho clásico se expresa de manera retórica, en atención a que la retórica teoriza lo que es adecuado en cada caso para convencer,¹⁴⁰ y

¹³⁶ Dice textualmente Villey: "La misión del derecho no es que el individuo sea justo, ni vigilar la virtud del individuo...". Villey, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, op. cit., p. 87.

¹³⁷ Cfr. Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, op. cit., pp. 53-64.

¹³⁸ Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, II-II, q. 47, a. 8.

¹³⁹ Cfr. Aristóteles, *Ética nicomáquea*, Libro I, 1094b 25.

¹⁴⁰ Cfr. Aristóteles, *Retórica*, Libro I, 1355b 25.

eso es lo que sucede entre juristas cuando se pronuncian sobre un problema de relevancia jurídica.¹⁴¹ Esto es así porque, en el mundo jurídico, no existe una única respuesta correcta por parte del derecho,¹⁴² pues los problemas jurídicamente relevantes admiten normalmente más de una solución razonable.¹⁴³ No podría ser de otra manera si se considera que el saber jurídico no es reductible al saber axiomático-deductivo que es propio de las matemáticas,¹⁴⁴ pues carece de la exactitud de ésta y se presta a ciertas dudas.¹⁴⁵ El jurista, en esta tesitura, ejerce su oficio expresando *una* respuesta justa o razonable, no *la* respuesta, aun cuando ésta sea definitiva o final.¹⁴⁶

La posibilidad de obtener más de una respuesta razonable se debe al tipo de lógica que es propia del derecho. A diferencia de los razonamientos analíticos, formados por premisas indiscutiblemente verdaderas que transfieren su necesidad o su veracidad a las conclusiones, en la lógica jurídica se observa que no todas las premisas que componen el silogismo dialéctico son necesariamente verdaderas, sino que existe una combinación de éstas con las que son plausibles o verosímiles, soportando todas

¹⁴¹ Siempre hay “un a favor y un en contra” en las disputas jurídicas. Cfr. Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 9.

¹⁴² La discusión sobre la única respuesta correcta fue desencadenada por Dworkin. Cfr. Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa* núm. 5, Alicante, 1988, p. 139.

¹⁴³ Siguiendo a Perelman, se utilizarán los adjetivos *justo* o *razonable* para la respuesta del jurista al decir el *ius*, pues el adjetivo *correcto* tiene connotaciones formalistas. Cfr. Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 14.

¹⁴⁴ Cfr. García de Enterría, Eduardo, “Prólogo”, en Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, p. 13.

¹⁴⁵ Cfr. Aristóteles, *Retórica*, Libro I, 1356a 8.

¹⁴⁶ El juez, en virtud de la *potestas* con que se encuentra investido, tiene la facultad de brindar una respuesta jurídica definitiva, pero es necesario hacer la distinción entre la respuesta *final* del juez y la *única* respuesta justa. Es obvio que la respuesta final es una necesidad ineludible de cualquier sistema jurídico, pero ello no implica que sea necesariamente la única. Cfr. Aarnio, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000, p. 49.

ellas las conclusiones obtenidas.¹⁴⁷ Vale decir que mientras el razonamiento analítico abreva de la lógica estrictamente formal, porque para obtener un razonamiento correcto le basta observar las formalidades pertinentes, el razonamiento jurídico hunde sus raíces en la lógica material porque para obtener una respuesta justa depende no sólo de la observancia de las formalidades, sino también de la materia sobre la cual se razona.¹⁴⁸

Lo anterior no significa que la forma se encuentre ausente en la lógica material, sino que la observancia de las formalidades no le resulta suficiente para obtener respuestas razonables. Así las cosas, cobran pleno sentido las palabras de Larenz: “Nadie puede sostener seriamente (...) que la aplicación de las reglas legales no puede ser *otra cosa* que una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas conceptualmente”.¹⁴⁹ El mismo autor¹⁵⁰ hace hincapié en que la experiencia jurídica ha demostrado la imposibilidad de que un código disponga de *una* respuesta para las cuestiones, en virtud de las múltiples consideraciones y juicios de valor involucrados en lo jurídico. Lo dicho por Larenz, lejos de ser una frase que refleja la convicción unilateral de un autor en particular, es un aserto vigoroso cuyo contenido, al decir de Alexy,¹⁵¹ ha sido constituido en uno de los pocos puntos de acuerdo en la discusión metodológico-jurídica contemporánea: para definir el *ius* no basta la forma, la materia es insoslayable.

La materia impacta en el oficio de jurista por las cuatro circunstancias señaladas por Alexy,¹⁵² a saber, la posible necesidad

¹⁴⁷ En la lógica material, las premisas que son necesariamente verdaderas pueden no encontrarse de manera explícita en el silogismo dialéctico o entimema, pues al ser sobreentendidas su inclusión podría darse de manera implícita, como podría ser el caso del principio “nadie está obligado a lo imposible”, implícito, por ejemplo, en toda contratación. Cfr. Aristóteles, *Retórica*, Libro I, 1357a 18.

¹⁴⁸ Cfr. Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit., p. 10.

¹⁴⁹ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 167.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 166-167.

¹⁵¹ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 23.

¹⁵² *Ibidem*, pp. 23-24.

de decidir contra el tenor literal de la norma; la existencia de normas que son contradictorias entre sí; la existencia de lagunas en los textos legales que dejan de contemplar el caso o problema planteado¹⁵³ y, finalmente, la vaguedad del lenguaje que impide subsumir, con facilidad, alguna situación jurídicamente relevante en una norma jurídica, atento a que el texto legal no goza de la claridad y exactitud que serían deseables. Entre estas causas, la vaguedad del lenguaje es la que mayor incidencia posee por presentarse de manera más continua y persistente, significando que no se ha logrado arribar al paraíso conceptual¹⁵⁴ en el que los términos generales reciben en todo momento y en toda norma el mismo significado, eliminando cualquier esfuerzo interpretativo. En efecto, el mismo Hart reconoce que, si bien las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de indiscutido significado,¹⁵⁵ del mismo modo es necesario aceptar que "... todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas".¹⁵⁶ Esta "indocilidad" que puede apreciarse en el lenguaje y es admitida paradójicamente por Hart,¹⁵⁷

¹⁵³ La presencia de lagunas en la legislación puede ser considerada como una de las demostraciones de que la realidad siempre toma la delantera al legislador, debiendo éste realizar su labor legislativa tras las huellas de aquélla. Parafraseando a Hegel, podría afirmarse que el legislador, como el búho de Minerva, inicia su vuelo al atardecer. Cfr. Hegel, F., *Filosofía del derecho*, 2a. ed., México, UNAM, 1985, p. 18. Esta situación hace manifiesta la debilidad de la concepción ilustrada, en virtud de la cual la realidad se construye a través de la norma, teniendo como función la inmunización de la teoría jurídica frente a cualquier irrupción de la realidad. Cfr. Muckenberger, Ulrich, "La legitimación a través de la negación de la realidad", en varios autores, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1983, p. 102.

¹⁵⁴ Dice textualmente Hart: "Este proceso se consuma en 'el paraíso de los conceptos' de los juristas; se llega a él cuando un término general recibe el mismo significado no sólo en todas las aplicaciones de una regla, sino dondequiera aparece en cualquier regla del sistema jurídico. Aquí no se requiere ni se hace esfuerzo alguno para interpretar el término a la luz de las diferentes cuestiones que están en juego en las diversas reglas en que se presenta". Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 162.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 15.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ Efectivamente, considerando las características ya descritas del razonamiento analítico, no deja de ser paradójico que Hart, máximo representante de la escuela

deja a los peritos en derecho ante esa penumbra que los desconcierta, a tal punto que "... aun juristas avezados han sentido que, aunque conocen el derecho, hay mucho respecto del mismo y de sus relaciones con otras cosas que no pueden explicar y que no entienden plenamente".¹⁵⁸

La existencia de más de una solución razonable o justa descubre que el despliegue del oficio de jurista se lleva a cabo frente a problemas singulares que reclaman una solución concreta, siendo ésta en principio desconocida. Así, el primer problema del jurista es de carácter gnoseológico, en atención a que ha de descubrir la respuesta adecuada al caso. El jurisprudente, en esta tesitura, se enfrenta ante aporías, es decir, problemas de los que no es posible apartarse¹⁵⁹ y, por ello, ha de ejercer su oficio mediante la tópica, considerada como una técnica del pensamiento problemático,¹⁶⁰ la cual tiene como función suministrar datos suficientes¹⁶¹ para saber cómo resolver una aporía y no quedar detenido ante ella. Esto pone en evidencia la utopía que encierra la pretensión de la única respuesta correcta,¹⁶² porque la respuesta, si es realmente jurídica, ni es correcta, ni es única, sino justa o razonable, razón suficiente para que la respuesta sea comunicada en un lenguaje adecuado al objeto expresado, lo cual no

analítica, admita este rasgo del lenguaje, pues con ello las premisas dejan de ser necesarias o indiscutibles, transfiriéndose esa discutibilidad a las conclusiones. Cfr. Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit., p. 9.

¹⁵⁸ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 17. Esta misma problemática es señalada por Villey, al señalar que el lenguaje más habitual entre los juristas es movedido e inseguro, cuestión que también afecta a la terminología técnico-jurídica, dada la polisemia que se observa a través del cambio de sentido que sufren los términos principales. Cfr. Villey, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, op. cit., pp. 27-28.

¹⁵⁹ Cfr. Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., p. 49.

¹⁶⁰ Cfr. Aristóteles, *Tópicos*, Libro I, 100a 18.

¹⁶¹ Cfr. Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., p. 49.

¹⁶² Es en extremo sospechoso que Dworkin, para defender la única respuesta correcta, tenga que recurrir a un juez sobrehumano llamado Hércules, de quien afirma textualmente: "...he inventado un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules". Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 177.

anula la pretensión de corrección de Alexy,¹⁶³ sino que pretende legitimar la razonabilidad¹⁶⁴ como convincente,¹⁶⁵ mostrando con ello que el derecho es uno de los ámbitos más importantes para la argumentación.¹⁶⁶

5. ¿Para qué debe ser conocido el derecho clásico?

Como fue apuntado en el inciso correspondiente de la versión moderna del derecho, esta contestación ofrece las razones que brindan sustento a la defensa clásica del aforismo *ignorantia iuris non excusat*. Así, el *spoudaios* debe conocer el derecho clásico por cuatro razones.

Para conocer una respuesta que no siempre se encuentra disponible

Ha dicho Raz¹⁶⁷ que si alguna cualidad tiene la respuesta jurídica, no puede ser ni la obviedad ni la claridad meridiana. Por el contrario, es imprescindible reconocer ante la ciudadanía que no hay soluciones concretas preestablecidas ni resultados garan-

¹⁶³ Se pretende que la respuesta jurídica esté racionalmente fundamentada en el contexto del ordenamiento jurídico, puesto que quien fundamenta algo, tiene la pretensión de que su fundamentación sea acertada y, en consecuencia, su afirmación sea correcta. Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 208.

¹⁶⁴ Cfr. Manassero, María, "La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman", en Serna, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2a. ed., Granada, Comares, 2005, p. 29.

¹⁶⁵ A diferencia de la persuasión, que se dirige a un auditorio particular, la argumentación convincente se dirige a obtener la adhesión de todo ente de razón. Cfr. Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 2000, p. 67.

¹⁶⁶ Cfr. Atienza, Manuel, "Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales", en *Isonomía*, núm. 1, ITAM, 1994, p. 51.

¹⁶⁷ Cfr. Raz, Joseph, "¿Por qué interpretar?", en *Isonomía*, núm. 5, ITAM, 1996, p. 26.

tizados de antemano¹⁶⁸ y, por tanto, las respuestas del derecho no siempre se encuentran disponibles para sus receptores, sin que esto implique negar la verdad objetiva que emana del arte jurídico. Implica, más bien, la obligación de hablar con sinceridad y sostener, por un lado, que el descubrimiento de la verdad no es siempre sencillo para nadie¹⁶⁹ y, por otro lado, que, generalmente, en el derecho no existen verdades reveladas ni se descubren por iluminación ninguna,¹⁷⁰ atento a que para la obtención de un buen número de respuestas jurídicas, se requieren habilidades interpretativas y retóricas que sólo mediante el estudio y la práctica se adquieren.

En efecto, Navarro¹⁷¹ explicita que la interpretación es una actividad necesaria e intermediaria entre las fuentes generales y la respuesta concreta del jurista, dado que esas fuentes generales no pueden ser aplicadas por sí mismas de manera mecánica. Esta tarea interpretativa, al decir de Ezquiaga,¹⁷² se verifica en cinco momentos complementarios e indispensables para todo jurista:¹⁷³ elección de las fuentes aplicables, determinación de su significado, valoración de las pruebas, subsunción de los hechos en la normativa y, en fin, la definición de las consecuencias jurídicas. Estos pasos muestran la complejidad que reviste la obtención de la respuesta, así como el carácter abierto del conocimiento jurídico, pues el derecho no es un *factum* que viene dado por el

¹⁶⁸ Cfr. Fernández, Tomás-Ramón, "El derecho como diálogo y consenso", en Nieto, Alejandro y Fernández, Tomás-Ramón, *El derecho y el revés*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 24.

¹⁶⁹ Cfr. Spang, Kurt, "Humanidades y retórica", en Alvira, Rafael y Spang, Kurt, *Humanidades para el siglo XXI*, Pamplona, Eunsa, 2006, p. 136.

¹⁷⁰ Cfr. Fernández, Tomás-Ramón, "El derecho como diálogo y consenso", *op. cit.*, p. 26.

¹⁷¹ Cfr. Navarro, Pablo, "Acerca de la inevitabilidad de la interpretación", en *Isonomía*, núm. 22, ITAM, 2005, p. 100.

¹⁷² Cfr. Ezquiaga, Francisco, "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional", en *Isonomía*, núm. 1, ITAM, 1994, p. 69.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 70.

ordenamiento, sino algo *in fieri*,¹⁷⁴ es decir, algo que se está haciendo cada día por los operadores del derecho.

Aun cuando sea indiscutiblemente necesaria la intervención de un juez para resolver los casos mediante una respuesta final o definitiva –lo cual ciertamente limita de alguna manera la argumentación, como dice Atienza–,¹⁷⁵ resulta incuestionable, incluso para autores insospechados,¹⁷⁶ que el juez crea derecho al ejercer su oficio.

Por su parte, las cinco etapas de la retórica también transparentan la complejidad del conocimiento jurídico. Primero, la *inventio* es la búsqueda de información y de ideas sobre el problema planteado, lo que presupone un amplio dominio de los datos contenidos en los textos jurídicos.

Segundo, la *dispositio* ordena adecuadamente el material obtenido en la primera fase, subdividiendo el discurso con la debida cohesión y coherencia.

Tercero, la *elocutio* formula oral y eficazmente el material ordenado, procurando una exposición persuasiva y estéticamente lograda. Cuarto, la memorización permite que el orador pueda presentarlo libremente ante el público. Finalmente, la presentación oral del discurso, en donde intervienen las dos formas principales de expresión, a saber, el lenguaje verbal y el lenguaje corporal.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Cfr. Nieto, Alejandro, "Sobre los abogados, intentando explicar las aparentes contradicciones de su oficio", en Nieto, Alejandro y Fernández, Tomas-Ramón, *El derecho y el revés*, op. cit., p. 42.

¹⁷⁵ Cfr. Atienza, Manuel, "Las razones del derecho. Sobre la justificación...", op. cit., p. 64.

¹⁷⁶ Cfr. Bulygin, Eugenio, "Los jueces ¿crean derecho?", en *Isonomía*, núm. 18, ITAM, 2003, pp. 24-25.

¹⁷⁷ Cfr. Spang, Kurt, "Humanidades y retórica", en Alvira, Rafael y Spang, Kurt, *Humanidades para el siglo XXI*, Pamplona, Eunsa, 2006, pp. 141-148. Aun cuando Spang hace referencia a la oralidad como propia de las dos últimas fases o momentos de la retórica, ello no obsta para que dichas fases puedan ser instrumentadas de forma escrita, de tal modo que el texto expositivo resulte tan ágil como convincente.

Para la formación del razonamiento jurídico

La comprensión de lo jurídico no es algo meramente receptivo, sino un actuar práctico,¹⁷⁸ sin el cual no es posible hacer realidad el derecho concreto, histórico: sin esta actividad práctica las fuentes jurídicas sólo serían un “material en bruto”,¹⁷⁹ sin aplicación. Si el conocimiento del derecho es de naturaleza práctica y su adquisición reclama el ejercicio del razonamiento jurídico, éste sólo puede ser aprendido mediante la experiencia, pues recordando a Aristóteles, para hacer sabiendo, es necesario hacer lo que se quiere saber. Esto mismo puede decirse con Ollero,¹⁸⁰ quien afirma que a diferencia de la ciencia –la cual se apoya en la repetición de sensaciones–, el saber práctico tiene como basamento la repetición de decisiones, las cuales son tomadas, en general, con el riesgo de caer ante posibles equivocaciones.¹⁸¹ Esto subraya que la actividad del jurista no parte normalmente de evidencias, sino de propuestas abiertas a la crítica intersubjetiva para su maduración,¹⁸² pues al no ser propuestas puramente racionales –en cuyo caso estarían al alcance de una persona individual–, es necesario concretar el juicio o propuesta a través de un proceso de intersubjetivación.¹⁸³

A la dificultad interpretativa es necesario sumar la estructura del conocimiento jurídico, formada por tres niveles funda-

¹⁷⁸ Cfr. Kaufmann, Arthur, “Qué es y cómo hacer justicia. Un ensayo histórico-problemático”, en *Persona y Derecho*, núm. 15, Universidad de Navarra, 1986, p. 25.

¹⁷⁹ *Idem*.

¹⁸⁰ Cfr. Ollero, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método...*, op. cit., p. 315.

¹⁸¹ Esta misma idea la expresa Nieto haciendo una comparación entre las ciencias naturales y el derecho: mientras que la evolución y el progreso de las primeras se produce básicamente por sustitución (por ejemplo, el tren eléctrico suple al de vapor y la teoría geocéntrica cede ante la teoría eliocéntrica), la evolución y el progreso del segundo tiene verificativo por acumulación (por ejemplo, el derecho contemporáneo occidental no puede desconocer el derecho romano, ni la doctrina de Albaladejo suple a la doctrina de Federico de Castro). Cfr. Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 21.

¹⁸² Cfr. Ollero, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método...*, op. cit., p. 338.

¹⁸³ Cfr. Kaufmann, Arthur, “Qué es y cómo hacer justicia. Un ensayo...”, op. cit., p. 26.

mentales: el primer axioma jurídico –“hay que hacer lo justo y evitar lo injusto”–, las conclusiones inmediatas y las conclusiones remotas.¹⁸⁴ En esta tesitura, parece razonable afirmar que las respuestas que ofrece el jurista mediante el ejercicio de su oficio, no son en absoluto de sencilla obtención. Por eso se entiende que Aristóteles¹⁸⁵ haya advertido que, aun cuando el hombre posea capacidad natural para ello, es infundada la creencia en un fácil conocimiento de lo que es justo o injusto. Bajo esta óptica, las respuestas del jurista han de servir como muestra, material o modelo sobre el cual todas las personas pueden ejercitar el razonamiento jurídico, asumiéndolas como una radiografía o revelación que permite explicitar cómo discurre el pensamiento en ese movimiento dialógico-argumentativo¹⁸⁶ que se verifica entre el primer axioma y las conclusiones remotas.

Para vivir el derecho como una praxis ciudadana y comunitaria

Aun cuando la perfección solicitada por el derecho es la realización de actos justos, sin exigir de ellos que sean cumplidos voluntariamente,¹⁸⁷ de ninguna manera significa que la persona deba observar lo debido sin considerar las razones que avalan el comportamiento apegado a derecho, pues sin la reflexión de dichas razones, quien realiza lo debido jurídicamente sería inca-

¹⁸⁴ Para una exposición de estos niveles cognoscitivos, *cfr.* Aubert, Jean-Marie, *Ley de Dios, leyes de los hombres*, 2a. ed., Barcelona, Herder, 1979.

¹⁸⁵ *Cfr.* Aristóteles, *Ética nicomáquea*, Libro V, 1137a 10-15.

¹⁸⁶ La concreción del derecho reclama una instancia dialógica-argumentativa, cuya referencia directa e insoslayable son las concretas peculiaridades del problema a dilucidar. *Cfr.* Rabbi-Baldi, Renato, “Estudio introductorio”, en Rabbi-Baldi, Renato (coord), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, p. 19.

¹⁸⁷ Realizar actos justos no constituye necesariamente en justos a los hombres, pues se podrían llevar a cabo por ignorancia, involuntariamente o por alguna otra causa que no sea la virtud de la justicia. *Cfr.* Aristóteles, *Ética nicomáquea*, Libro VI, 1144a, 15.

paz de distinguir si su conducta obedece a razones morales o a razones estrictamente jurídicas, siendo una conducta irreflexiva que no coadyuva a que la persona, teniendo a la vista la distinción entre el acto justo y la virtud de la justicia, esté en la tesitura de valorar y sopesar adecuadamente su propia conducta para mejor decidir. Vale decir que enfrentar la distinción señalada permite al hombre ser espolcado por la mejor razón para realizar el acto justo, aun cuando sepa que, para los efectos jurídicos, basta que observe la conducta reclamada y avalada por razones estrictamente jurídicas para dar al derecho plena satisfacción. Tomando en consideración la recomendación aristotélica,¹⁸⁸ casi podría decirse que las razones morales toman provecho de las razones jurídicas como plataforma propedéutica: mediante la repetición razonada de los actos justos, se facilita el conocimiento de los argumentos morales que avalan el cumplimiento de la conducta exigida por el derecho, invitando a la persona a cumplir sus obligaciones jurídicas por razones de virtud, mejorando el estatus antropológicamente argumentado de su obrar ciudadano, al situarlo frente a su vocación humana primaria: vivir de cara a los bienes morales.¹⁸⁹

Para prevenir y resolver los conflictos jurídicos que surgen en la convivencia

No se desconoce la permanente posibilidad del conflicto jurídico como acontecimiento, la cual pone en riesgo la vivencia de la justicia: no es otra la razón por la que el término seguridad goza de una emotividad claramente favorable.¹⁹⁰ El derecho no puede

¹⁸⁸ Afirma Aristóteles que es necesario empezar por las cosas más fáciles de conocer. Por eso, quien ha sido bien guiado por sus costumbres, tiene la capacidad de ser un discípulo competente para aprender las cosas buenas y justas. Es decir, quien tiene buenas costumbres, adquiere más fácilmente los principios de su obrar. Cfr. Aristóteles, *Ética nicomáquea*, Libro I, 1095b 5-10.

¹⁸⁹ Cfr. Hildebrand, Dietrich von, *Ética*, Madrid, Encuentro, 1997, pp. 173-174.

¹⁹⁰ Cfr. Arcos, Federico, *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, op. cit., p. 1.

desconocer ni claudicar de los empeños por garantizar, de algún modo, las expectativas humanas sobre aquello que es considerado como justo, es decir, ha de ser el derecho una magnitud en sí misma segura,¹⁹¹ que posibilita, parafraseando a Ihering,¹⁹² las condiciones de vida de la comunidad.

Inspirado en el pensamiento clásico, el *spoudaios* valora tres extremos. En primer lugar, que es la función directiva del derecho –y no la coactiva–,¹⁹³ la que mejor garantiza el cumplimiento de lo jurídicamente debido. Esto significa que la seguridad jurídica tiene al conocimiento como a su mejor aliado, dado que es una manera ordenada¹⁹⁴ de relacionarse las personas, puesto que señala el sendero jurídico compartido para perseguir el bien común.¹⁹⁵ Ello obedece a que dicho conocimiento coloca al hombre en una mejor situación¹⁹⁶ al posibilitar la planeación jurídica y la obediencia espontánea del derecho, cuyo predominio ya ha sido admitido por ciertos autores que defienden la coacción como factor constitutivo del derecho, entre los cuales se encuentra Recasens.¹⁹⁷ De este modo, no es razonable desconocer el derecho vivido sin coacción, toda vez que la obediencia espontánea del derecho no es un acontecer metajurídico, sino una experiencia frecuente que goza de una completitud jurídica indiscutible, pues el derecho está presente en toda relación en que las conductas se encuentran matizadas por la justicia.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 15.

¹⁹² Cfr. Ihering, R. von, *El fin en el derecho*, Granada, Comares, 2000, p. 299.

¹⁹³ Señala Finnis que Aristóteles fue consciente de los dos modos de operación que posee el derecho –el directivo y el coactivo–, pero que la relación entre el derecho y la coacción se vio tergiversada. Cfr. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 289-290.

¹⁹⁴ Cfr. Preciado, Rafael, “Orden social y norma jurídica”, en *Ensayos filosófico-jurídicos y políticos*, 2a. ed., México, Epeasa, 1997, p. 19.

¹⁹⁵ Cfr. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 291.

¹⁹⁶ Estar informado es una mejor situación para el hombre de todo tiempo y lugar, que padecer confusión, engaño o ignorancia. *Ibidem*, p. 102.

¹⁹⁷ En efecto, este autor admite que la mayor parte de las obligaciones jurídicas son cumplidas espontáneamente. Cfr. Recasens, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 16a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 187.

En segundo lugar, que, siendo inevitable el surgimiento de conflictos,¹⁹⁸ el uso de la coerción es necesario, pues la ignorancia o el dominio de la pasión, en general, no ceden ante el argumento, sino ante la fuerza.¹⁹⁹ En efecto, el uso de la fuerza es necesario porque si toda controversia se constituye en una privación de bien,²⁰⁰ la aparición de los conflictos jurídicos reclama que el derecho disponga de los medios coercitivos²⁰¹ —lo que Ihering²⁰² denomina *válvulas de seguridad del derecho*— para sanear dicha privación que deriva de la ignorancia o de estar la razón bajo el yugo de la emoción.²⁰³ Ahora bien, el uso de la fuerza de ninguna manera equivale a la imposición de la *nuda potestas*, sino a un medio propedéutico que coadyuva al conocimiento jurídico y, por lo mismo, es una fuerza razonada que busca el bien de quien ha dejado de observar lo que es justo, forzándolo a un obrar que se encuentra suficientemente respaldado por argumentos jurídicos. Vale decir, con Preciado, que "...la función coercitiva del derecho sólo se justifica por su función directiva".²⁰⁴ Como coadyuvante del conocimiento jurídico, el uso de la fuerza razonada ha

¹⁹⁸ Los razonamientos no conducen a realizar acciones buenas y nobles a quienes obedecen no por pudor sino por miedo, ni a quienes se abstienen de lo que es vil por temor al castigo y no por vergüenza. Cfr. Aristóteles, *Ética nicomáquea*, Libro X, 1179b 10.

¹⁹⁹ Textualmente dice Aristóteles: "El razonamiento y la enseñanza no tienen, quizá, la misma fuerza en todos los casos, sino que el alma del discípulo, como tierra que ha de nutrir la semilla, debe primero ser cultivada por los hábitos para deleitarse u odiar las cosas propiamente, pues el que vive según sus pasiones no escuchará la razón que intente disuadirlo ni la comprenderá, y si él está así dispuesto ¿cómo puede ser persuadido a cambiar? En general, la pasión parece ceder no al argumento sino a la fuerza". *Ibidem*, 1179b 25-30.

²⁰⁰ Cfr. Said, Alberto y González, Isidro, *Teoría general del proceso*, México, Iure, 2006, p. 3.

²⁰¹ El de Aquino enseña que la propensión al vicio impide que los protervos se conmuevan fácilmente con las palabras, por lo que se hace necesario el uso de la fuerza para apartarlos del mal. Con ello se impide, al menos, que sigan perjudicando a los demás, teniendo la esperanza de que hagan voluntariamente lo que en un principio realicen por miedo. Cfr. Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a. 1.

²⁰² Cfr. Ihering, R. von, *El fin en el derecho*, op. cit., p. 293.

²⁰³ Cfr. George, Robert P., *Para hacer mejores a los hombres. Libertades...*, op. cit., p. 24.

²⁰⁴ Preciado, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, UNAM, 1982, p. 119.

de mostrar que las conductas jurídicas no son buenas porque las quiera el Estado, sino que las quiere el Estado porque son buenas. Enseñará, pues, que una conducta no es jurídica por ser coercible, sino que puede llegar a ser coercible si, y sólo si, ostenta un contenido de juridicidad.²⁰⁵

En tercer lugar, que para tender a la máxima certeza posible, es indispensable que las respuestas de los jueces sean públicamente argumentadas,²⁰⁶ pues de la publicidad de los argumentos judiciales se obtienen, al menos, tres beneficios: permite la abierta crítica constructiva, posibilita el conocimiento público del razonamiento jurídico y brinda justificación a la actuación judicial.

Ello muestra que la función coactiva no es un mero ejercicio del poder, sino que depende de un saber²⁰⁷ fundamentalmente compartido, pues la independencia del poder judicial no significa que los jueces puedan ejercer su oficio de manera caprichosa o injustificada.²⁰⁸

Puede sostenerse, en consecuencia, que la labor propedéutica ejercida por los jueces resulta por demás legitimada, en la medida en que luchar contra la injusticia²⁰⁹ es una exigencia de la

²⁰⁵ Por eso afirma Recasens –siguiendo al Aquinate (cfr. Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 2)– que el derecho “...no puede ciertamente imponer el cumplimiento de una virtud puramente moral, ni prohibir un acto vicioso que no dañe directa e inmediatamente a la convivencia y a la solidaridad, es decir, que no implique una injusticia inferida a otra persona o a la sociedad”. Recasens, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho, op. cit.*, p. 198.

²⁰⁶ Cfr. Bergholtz, Gunnar, “*Ratio et auctoritas*: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, en *Doxa*, núm. 8, Alicante, 1990, p. 82.

²⁰⁷ Sobre este particular Bergholtz enseña que, la aparición del *rule of law* y del *rechtstat*, ha dado lugar a que la decisión judicial haya evolucionado desde la *potestas* de quien toma la decisión, hasta el protagonismo de la *auctoritas* que ofrece decisiones razonadas. Cfr. *Ibidem*, p. 75.

²⁰⁸ Cfr. Aarnio, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, en *Doxa*, núm. 8, Alicante, 1990, p. 27.

²⁰⁹ Observa con acierto Ihering que el derecho, si no lucha contra la injusticia, se niega a sí mismo. Cfr. Ihering, R. von, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1993, p. 8.

recta razón.²¹⁰ En otras palabras, hacer uso de dichos medios responde a una necesidad de justicia que mira por el bien de la comunidad, pudiéndose decir que son instrumentos al servicio de una praxis jurídica, cuya finalidad es cambiar las conductas al margen del derecho y confirmar aquellas que se atengan a él.

²¹⁰ Si una prescripción obliga cuando en ella se aprecia la suficiente racionalidad y justificación, entonces la coacción también ha de ser considerada como una prescripción. *Cfr.* Aparisi, Ángela, *Ética y deontología para juristas*, Pamplona, Eunsa, 2006, p. 365.