

FUNDAMENTOS DEL MÉTODO JURÍDICO Y DE LA ACCIÓN JURÍDICA RACIONAL

César Edmundo MANRIQUE ZEGARRA¹

La virtud de la justicia es el discernimiento de lo justo... es el orden de la comunidad... Y esto es lo propio del hombre frente a los demás animales: poseer, él solo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto... sin esa virtud, es el ser más impío y feroz y el peor en lascivia y voracidad... (Aristóteles. Política, Libro I, 12-16).

RESUMEN

Para fundamentar la presente exposición acogemos un conjunto de criterios o creencias que pertenecen a una doctrina muy antigua, practicada en todos los tiempos y lugares, a los que cabría denominar racionalismo jurídico y político. Racionalismo porque acoge criterios racionalistas, en cuanto sustenta la creencia en la igual capacidad de los seres humanos para hacer uso de la razón jurídica y distinguir lo justo de lo injusto. Jurídico porque razona sobre la creencia en que el orden jurídico (convencional) encuentra su fundamento en la libertad de todos los individuos humanos para deliberar, concordar, acordar y decidirse a actuar conforme a las determinaciones de la razón jurídica, en el proceso de creación del orden normativo jurídico. Político, porque asume como cierto, que es condición de la acción jurídica la responsabilidad que cabe a todas las personas por los efectos de sus actos. La creencia en la igualdad (en la capacidad

racional) y la libertad (de la voluntad) de las personas, es el fundamento de la atribución de responsabilidad (correlativa a la acción) por los resultados de lo decidido y hecho, siendo entonces necesaria consecuencia jurídica de la acción jurídica racional.

ABSTRACT

In support of this exhibition we welcome a set of criteria or beliefs that belong to a very old doctrine, practiced in all times and places, which might be called legal and political rationalism. Rationalism rationalist criteria that welcomes, supports as the belief in the equal capacity of human beings to make use of the legal right and distinguish right from wrong. Because legal reasoning on the belief that the (conventional) legal system is founded on the freedom of all human individuals to discuss, agree, agree and decide to act on the findings of the legal reason, in the process of creating the legal normative order. Political, because it assumes as true, which is a condition of legal action the responsibility that all people from the effects of their actions. The belief in equality (in the rational capacity) and freedom (of will) of the people is the basis for the attri-

1 Abogado. Juez de Paz Letrado de Maynas, Juez Civil de Lima, Director del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. Asesor del Consejo Nacional de la Magistratura. Estudiante de Doctorado en Filosofía en la UNMSM. Profesor de Práctica Forense la Universidad Ricardo Palma.

bution of responsibility (correlative to action) by the results of what was decided and done, being then necessary consequence rational legal legal action.

PALABRAS CLAVES

Sistema jurídico – racionalismo – ética – actos jurídicos – jurisprudencia – creación – ciencia – método – autoridad – libertad – responsabilidad – competencia.

Nota.- Al leer este texto hay que tener en cuenta que se trata de un ensayo que no pretende ninguna consecuencia práctica. Es más bien un ejercicio teórico que tiene como referente lo ordinario y común, es decir, lo universal. He puesto en cierto orden algunas ideas recurrentes en los autores que se citan y probablemente otras de algunos que no se citan. Es un ejercicio gramatical sobre otros ejercicios gramaticales, un texto sobre otros textos, una lectura sobre otras lecturas. Bertrand Russell describe un mundo racional imaginado desde la perspectiva científica, igualmente es posible imaginar un mundo racional desde la perspectiva jurídica.

SUMARIO

I. Discurso. - II. Sistema Jurídico Normativo.- III. Perspectiva Teórica.- IV. Construcción Racional del Mundo.- V. Construcción Científica del Mundo.- VI. Construcción Jurídica del Mundo.- VII. Método Jurídico.- VIII. La Acción Jurídica Racional. IX. Realismo Jurídico.- X. Aporias del Realismo.- XI. Epílogo.

I. Discurso

1. Términos

El significado de términos como realidad, verdad, justicia, razón, igualdad, libertad,

acción, etc., “*se prestan a tantas posibilidades que hay pocas interpretaciones que no les convenga*” (I, Berlin, 1974, 136). Probablemente no hay hombre que de ellos no tenga un concepto. Al menos eso pensaba Descartes del concepto de razón, cuya posesión reivindican para sí todos los hombres y todos aseguran tenerla **íntegramente** en sí mismos². Además no podemos prescindir de los conceptos que esos términos mencionan. Porque... ¿Cómo podría hombre alguno desprenderse, por ejemplo, del criterio de verdad al contrastar los sucesos naturales o del criterio de justicia al juzgar los hechos y los actos humanos?, ¿Podría el discurso tener un referente distinto a la realidad?, ¿aunque ella sea la platónica? Los conceptos, por otra parte, se remiten a creencias: supuestos implícitos que requieren fundamentación, pero, no admiten demostración. Y como ciertamente ocurre que “*las lenguas no pueden ser duraderas ni continuas, sino que de la misma manera que todas las cosas humanas, como las costumbres y las modas cambian necesariamente con las distancias de tiempo y lugar*”, (Dante. *Sobre la Lengua Vulgar. Libro I, IX-2*), los términos, entonces, son comprendidos de diverso modo por las personas y colectividades, como no puede ser de otra manera. Por eso los términos solamente pueden ser utilizados comprensiblemente si se les asigna una función en una estructura teórica, o un solo significado en el discurso, o un lugar en alguna fórmula. Como dice Nietzsche, “*Las palabras son solo símbolo de las relaciones recíprocas entre las cosas...*” (F. Nietzsche, 1999, pág. 89) no las cosas mismas o sus relaciones.

2 El buen sentido o razón, “*es la cosa mejor repartida del mundo, pues cada quien piensa que tiene tan buena provisión de él, que aún los más descontentadizos respecto a cualquier otra cosa no suelen apetecer más del que ya tienen. En lo cual no es verosímil que todos se engañen, sino que más bien esto demuestra que la facultad de juzgar y distinguir lo verdadero de lo falso, que es propiamente lo que llamamos buen sentido o razón, es naturalmente igual en todos los hombres...*” Con esta frase Descartes da inicio al *Discurso del Método*. (Descartes, 1998, p. 13).

En el texto que sigue se utilizan unos pocos términos. Deberían tener una función en la estructura teórica, poseer un solo significado en el discurso, ocupar el lugar de una variable en alguna fórmula. No hay diferencia entre escribir una fórmula, elaborar un discurso o construir una estructura teórica. Eso es lo que debería ser. Probablemente no es así. Pero así debe ser leído este y cualquier otro texto.

2. *Ensayo*

El ensayo versa sobre los fundamentos del método jurídico y la acción jurídica racional. El propósito no es el examen formal de las normas del Derecho Positivo o del Sistema Jurídico Normativo, sino el de las creencias colectivas, supuestos lógicos y condiciones empíricas que hacen posible la expresión de la voluntad jurídica y la realización de los actos mediante los cuales se crean las normas jurídicas que constituyen el Sistema Jurídico Normativo.

Siendo ese el objetivo, es metodológicamente correcto entonces, iniciar la exposición describiendo el proceso de creación de las normas jurídicas. Ver cómo es que efectivamente, en la experiencia práctica se expresa la voluntad jurídica y se crean las normas. Una vez hecho esto, será viable el examen de las condiciones que hacen posible ese ejercicio, examinar el método seguido e indagar sobre sus fundamentos.

II. *Sistema Jurídico Normativo*

1. *Actos Jurídicos Privados y Actos Jurídicos Públicos*

En un estudio dedicado al examen formal del Sistema Jurídico Normativo, hice una distinción entre los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos privados³. El examen estaba

circunscrito a lo establecido en las normas del derecho nacional y la doctrina producida en torno de ellas. Cabe un resumen.

El análisis toma como referente el Sistema Jurídico Normativo. Se estima que el Sistema Jurídico Normativo está constituido por el conjunto de normas creadas mediante actos jurídicos privados (convenios, contratos, etc.), y normas creadas mediante actos jurídicos públicos (Constitución, leyes, sentencias, etc.) Se hizo hincapié en una importante cuestión sistemática: La creación de normas privadas está regulada en el Código Civil, Ley General de Sociedades y otras normas que definen el ámbito privado. La creación de normas públicas, en cambio, está regulada en la Constitución, Reglamento del Congreso, códigos procesales, etc.

Para hacer clara la distinción entre los actos jurídicos privados y los actos jurídicos públicos se identificó la relación de equivalencia que se da entre los elementos constitutivos de ambas clases de actos jurídicos. La relación de equivalencia determina la pertenencia de ambas clases al conjunto de los actos jurídicos y las diferencias entre esas clases de actos jurídicos. La relación de equivalencia comprende cuatro aspectos:

Primero. La relación de equivalencia entre los agentes habilitados para expresar la voluntad jurídica privada y pública respectivamente. Es suficiente un *sujeto capaz* de expresar la voluntad privada (actos jurídicos privados), porque atañe al interés de quien la expresa y sólo a ese interés afecta. Rige el principio de autonomía de la voluntad.

Es necesaria una *autoridad legítima*, para expresar la voluntad pública (actos jurídicos públicos) que interesa al bien común y no al

3 "Clasificación de los Actos Jurídicos Públicos" en *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*. Año

2/ N° 3. Marzo 2004. http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0b2cef8046d46e41a078a144013c2be7/clasificaci%C3%B3n_actos_juridicos_p%C3%BA-blicos+C+3+4.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0b2cef8046d46e41a078a144013c2be7

interés de quien la expresa. Rige el principio de heteronomía de la voluntad.

Segundo: La relación de equivalencia entre los referentes empíricos a que se refiere la voluntad jurídica. Es suficiente que el *objeto bien* o relación jurídica a que se refiere la voluntad privada sea física y jurídicamente posible (actos jurídicos privados).

Es necesario que el objeto bien o relación jurídica a que se refiere la voluntad pública esté ubicado en el ámbito de *competencia del órgano* del cual es titular el agente o agentes, (actos jurídicos públicos). Si no es así, la declaración de voluntad, -pública o privada-, a nadie obliga, carece de eficacia.

Tercero: La relación de equivalencia entre las maneras cómo se manifiesta, expresa o forma la voluntad jurídica. Es suficiente que la expresión de voluntad adopte alguna *forma* que permita saber en qué consiste esa voluntad, o una prescrita que así lo asegure, o una no prohibida (actos jurídicos privados). Es necesario que la voluntad pública se exprese a través de un *procedimiento* establecido para saber cómo es que se formó la voluntad pública y las razones o fundamentos que sustentan lo decidido (actos jurídicos públicos). Si no es así, la declaración de voluntad es ininteligible (si es privada) o arbitraria (si es pública).

Cuatro: Finalmente la relación de equivalencia entre las condiciones que determinan la *validez de las normas* creadas a través de los actos jurídicos. Es condición suficiente para la validez de la norma privada *la licitud*. No cabe acuerdo en contra de lo prohibido o no permitido.

Es condición necesaria para la validez de las normas públicas *la legalidad* de lo decidido. La voluntad de la autoridad pública solo es válida si la norma creada concuerda con el mandato concedido al agente y lo decidido se ajusta a los límites fijados en la ley que autoriza la expresión de voluntad. En ambos casos,

tanto en el de las normas privadas como en el de las públicas, rige el principio de no contradicción: el sistema jurídico normativo no admite la vigencia de dos normas incompatibles e igualmente válidas. Para solucionar tal contradicción rigen las **reglas de consistencia** del Sistema Jurídico Normativo: 1° Prima la norma de mayor jerarquía. 2° Entre dos normas de igual jerarquía: prima la especial sobre la general. 3° Entre dos normas de igual jerarquía y especialidad, prima la posterior. A estas reglas se agregan las **reglas de excepción** en favor de la norma menos restrictiva de derechos o de protección a la parte débil respecto a la fuerte. Resumiendo:

A. *El código civil* establece cuales son las condiciones formales para la expresión, ámbito y eficacia de la voluntad jurídica privada (actos jurídicos privados) y las condiciones que determinan la validez de las normas creadas:

Sujeto capaz.
Objeto física y jurídicamente posible;
Forma prescrita o no prohibida;
Fin lícito.

B. *La Constitución* establece cuales son las condiciones formales para la expresión, ámbito y eficacia de la voluntad jurídica pública (actos jurídicos públicos), y las condiciones que determinan la validez de las normas creadas. Son las siguientes:

Autoridad legítima;
Competencia del Órgano;
Procedimiento establecido;
Fin determinado en la ley.

[Es importante anotar que el Tribunal Constitucional acoge los criterios que precisamos aquí, respecto a los requisitos que condicionan la expresión de voluntad de los agentes públicos y determinan la validez de las normas creadas mediante los actos jurídicos públicos. Sin embargo; lo hace utilizando un lenguaje que parece poco claro, confuso y en cierto punto contradictorio. Sigue, por otra parte, un razonamiento metodológicamente

incorrecto porque para determinar las condiciones de validez de los actos jurídicos públicos, parte de la consideración de “los tipos de invalidez” de los “actos estatales”. Esta última es una expresión incorrecta puesto que el estado no realiza acto alguno. Aunque seguramente los defectos anotados son comprensibles porque no se trata de una exposición teórica sino de uno de los fundamentos en que se sustenta un fallo, lo cierto es que las cosas siempre pueden decirse con claridad]⁴

2. Sistema Jurídico Normativo

A través de actos jurídicos privados se crean normas o reglas jurídicas para regular las relaciones que atañen al interés privado.

- 4 La sentencia y en particular el fundamento noveno que se transcribe, es interesante. Se refiere a los requisitos, condiciones o elementos constituyentes de los actos jurídicos públicos, que son asimismo determinantes para calificar la validez o invalidez de las normas jurídicas creadas. Ciertamente atañe a una cuestión medular en el ejercicio de las funciones constitucionales del T.C.

Es por otra parte un tema que no ha sido abordado por el TC en otras ejecutorias, hasta donde he podido investigar. El texto es el siguiente: “Una mirada detenida en los tipos de invalidez en que pueden incurrir los actos estatales permitirá clarificar este punto... En el ámbito de un Estado Constitucional, para que un acto sea válido, debe cumplir, esencialmente con tres condiciones formales y una condición sustantiva. Las condiciones formales son: a) haber sido emitido por el órgano competente (condición de competencia formal); b) haberse circunscrito al ámbito material predeterminado por el sistema jurídico (condición de competencia formal); y, c) haberse observado el procedimiento establecido para su dictado (condición de procedimiento). La condición sustantiva es que el contenido del acto (lo que ordena, prohíbe o permite), resulte conforme con los derechos, valores y principios sustantivos reconocidos en la Constitución. De ello resulta que un acto puede ser válido desde un punto de vista formal e inválido desde un punto de vista sustantivo, o a la inversa. Es evidente que las condiciones de competencia formal y las condiciones de competencia material de validez de los actos son, en cierto modo, “dos caras de la misma moneda”: si un acto incurre en un vicio de competencia formal, es porque no debió ser dictado por un concreto órgano, y ello determina que este órgano haya incurrido en un vicio de competencia material al haberse ocupado de una materia reservada a otro”. (Expediente 0001-2010-CC/TC, fundamento 9)

A través de actos jurídicos públicos se crean normas o reglas jurídicas que atañen al interés público. La conjunción de las normas privadas y públicas, constituyen la totalidad del Sistema Jurídico Normativo.⁵ Definido el Sistema Jurídico Normativo como el conjunto de las normas jurídicas privadas y públicas, entonces, cabe formular algunas interrogantes:

¿Cuáles son los supuestos y condiciones que hacen posible la creación del conjunto de normas que constituyen el sistema jurídico normativo?, ¿En qué consiste el método jurídico?, ¿Cuáles son las condiciones que hacen posible la expresión de la voluntad jurídica?, ¿Cuáles los supuestos lógicos de la acción jurídica racional?

Al emprender esta tarea conviene indicar previamente en qué lugar nos ubicamos, es decir, cual es la perspectiva teórica que nos sirve de miradero.

III. Perspectiva teórica

1. Racionalismo Jurídico Político

Para fundamentar nuestra exposición acogemos un conjunto de criterios o creencias que pertenecen a una doctrina muy antigua, practicada en todos los tiempos y lugares, —aunque no siempre—, que cabría denominar *racionalismo jurídico y político*. “Racionalismo” porque acoge criterios racionalistas, en cuanto sustenta la creencia en la igual capacidad de los seres humanos para hacer uso de

- 5 El Sistema Jurídico Normativo, es una parte del Ordenamiento Jurídico o Derecho Positivo. Otra parte es la Organización Jurídico Política. La tercera es el Orden Jurídico Social. Cada elemento de una de las partes, tiene una relación funcional con algún elemento de las otras. No nos referiremos aquí a esa estructura. Puede verse en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4973238046d466779f7d9f44013c2be7/1.+presentaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4973238046d466779f7d9f44013c2be7>

la razón jurídica y distinguir lo justo de lo injusto. "Jurídico" porque razona sobre la creencia en que el orden jurídico (convencional) encuentra su fundamento en la libertad de todos los individuos humanos para deliberar, concordar, acordar y decidirse a actuar conforme a las determinaciones de la razón jurídica, en el proceso de creación del orden normativo jurídico. "Político", porque asume como cierto que es condición de la acción jurídica, la responsabilidad que cabe a todas las personas por los efectos de sus actos.

La creencia en la igualdad (en la capacidad racional) y la libertad (de la voluntad) de las personas, es el fundamento de la atribución de responsabilidad (correlativa a la acción) por los resultados de lo decidido y hecho, siendo entonces necesaria consecuencia jurídica de la acción jurídica racional.⁶

2. Ley ética y ley jurídica

La ley ética, —que señala el orden de la conducta respecto al bien individual—, depende de lo que decida cada cual respecto al propio destino. La voluntad es entonces autónoma. (Cómo lo quiere Kantⁱ), y sus de-

terminaciones encuentran fundamento en la razón que a todos pertenece y habilita para distinguir lo bueno de lo malo y lo justo de lo injusto.

La ley jurídica —que rige el orden de la conducta respecto al uso y disfrute de los bienes comunes—, cuyo destino interesa a todos o a muchos, no puede dejar de ser convencional, (como lo predicaban Protágoras⁷ y Rousseau⁸), pues, para decidir el destino y aplicación de bienes y recursos comunes, deben conjugar intereses y voluntades diversas. Por ello la decisión quedará sometida a una voluntad condicionada por el querer de otros. La voluntad jurídica es por consiguiente heterónoma, (retornando a la querencia Kantiana). Su fundamento está en la libertad para deliberar, decidir, acordar y actuar de acuerdo a lo que colectivamente se estima justo.

La ley ética o la ley jurídica, por otra parte, constituyen el fundamento de la acción racional, a la cual es correlativa responsabilidad, ética o jurídica. Resulta entonces que el reconocimiento de la igual capacidad de los

6 Tocqueville encuentra el fundamento del establecimiento de colectividades y comunidades democráticas en norte américa radica en las condiciones de igualdad habidas entre los descendientes de los colonos ingleses, igualdad que es a su vez el sustento de la libertad para proponer, deliberar y acordar responsablemente, y en torno a esos conceptos desarrolla sus tesis jurídico políticas en "La democracia en América".

i Mill anota lo siguiente: "Todo individuo es soberano de sí mismo, de su propio cuerpo y de su propio espíritu... el único fin que justifica que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la protección del propio género humano... evitar que perjudique a los demás..." Mill entiende la libertad, como libertad del individuo respecto a la opresión; opone libertad a intolerancia y libertad y despotismo. Tiene razón porque escribe en Inglaterra dominada por beligerante fanatismo político religioso. Es preciso anotar que su magnífica declaración universal de "soberanía de todo individuo sobre sí mismo" y la libertad proclamada sin embargo, alcanza solamente a todo individuo legítimo súbdito de la corona inglesa, pues, pre-

cisando sus creencias, agrega que "El despotismo es un modo legítimo de gobierno si se ejerce sobre pueblos bárbaros, siempre que el fin perseguido sea el progreso y si queda justificado que los medios empleados sean realmente tendientes a ese fin". El padre del liberalismo tiene muchos seguidores que como él reclaman la libertad para sí mismo y la opresión sobre los bárbaros. (S. Mill. *Sobre la Libertad*, pp. 63-65)

7 En el diálogo Teeteto se recoge el argumento y conclusión de Protágoras respecto a la calidad convencional de la justicia: "... en el ámbito a que yo me refiero, tanto en lo justo y lo injusto... nada de eso tiene por naturaleza una realidad propia, sino que la opinión de una comunidad... en el momento en que a esta se lo parece y durante el tiempo que se lo parece... lo que una ciudad determina y juzga que es lo justo, lo es, en efecto, para aquella que así lo determina, mientras lo mantenga en vigor" (Platón. *Diálogos V. Teeteto*, 172b - 177d, p. 247)

8 Rousseau, predica una clase de convencionalismo que cabe denominar convencionalismo contractualista, según el cual el fundamento del estado y el derecho está en el acuerdo de las voluntades; para Rousseau, como para todo *ius naturalista*, la ley jurídica es una ley natural; y la ley entonces no emana del acuerdo, sino el acuerdo de la ley.

seres humanos para hacer uso de la facultad jurídica racional que habilita para distinguir lo justo de lo injusto y el reconocimiento de la libertad que a todos alcanza para decidirse conforme a las determinaciones de la razón jurídica, es el fundamento de la ley ética, de la ley jurídica y de la responsabilidad ética y jurídica.

¿Las creencias en la igualdad racional, la libertad de la voluntad y la responsabilidad por los efectos de lo decidido, es fundamento suficiente de toda conducta jurídica? Pueden aducirse algunos argumentos en favor de esta hipótesis.

2. *Igualdad, libertad y responsabilidad*

La bondad de las creencias en la igualdad, libertad y responsabilidad de las personas, encuentra asidero en la constatación empírica de que colectividades o comunidades armoniosamente establecidas, suelen ordenarse en torno a esas creencias, pues, se estima que ese orden hace posible el desarrollo de las capacidades individuales y consecuentemente la prosperidad colectiva. Como anota J. S. Mill, “...*el libre desarrollo de la individualidad es una de los principios esenciales de bienestar; no sólo es un elemento más junto a todo aquello que representan civilización, instrucción, educación y cultura, sino que es condición de todas ellas...*” (S. MILL, 2009, pág. 141). Abona asimismo en pro de esas creencias la constatación de que -igualdad, libertad y responsabilidad- atribuidas a todas las personas constituye el fundamento teórico que sirve de base para la constitución de colectividades e instituciones en las sociedades democráticas (necesariamente igualitarias), liberales (en las que se respeta la libertad personal), y republicanas (en las que prima el interés común sobre el individual).⁹

9 Cicerón anota: “*Así pues, la casa pública (republica) es lo que pertenece al pueblo; pero pueblo no es todo conjunto de hombres reunido de cualquier manera, sino el conjunto de una multitud asociada por un mismo*

El más alto elogio a la bondad de esas creencias es probablemente el célebre discurso fúnebre en honor de los caídos en la guerra pronunciado por Pericles el año 431 a.C.

Tenemos un régimen político que no se propone como modelo las leyes de los vecinos, sino que más bien es él modelo para otros. Y su nombre es, Democracia, porque las cosas dependen no de una minoría, sino de la mayoría...A todo el mundo asiste, de acuerdo con nuestras leyes, la igualdad de derechos en los conflictos privados, mientras que para los honores, si se hace distinción en algún campo, no es la pertenencia a una categoría, sino el mérito lo que hace acceder a ellos; a la inversa, la pobreza no tiene como efecto que un hombre, siendo capaz de rendir servicio al Estado, se vea impedido de hacerlo por la oscuridad de su condición...Y al tratar los asuntos privados sin molestarnos, tampoco transgredimos los asuntos públicos, más que nada por miedo, y por obediencia a los que en cada ocasión desempeñan cargos públicos y a las leyes, y de entre ellas sobre todo a las que están dadas en pro de los injustamente tratados, y a cuantas por ser leyes no escritas comportan una vergüenza reconocida.... Arraigada está en nosotros la preocupación de los asuntos privados y también de los públicos....consideramos al que no participa de estas cosas, no ya un tranquilo, sino un inútil, y nosotros mismos, o bien emitimos nuestro propio juicio, o bien deliberamos rectamente sobre los asuntos públicos, sin considerar las palabras un perjuicio para la acción, sino el no aprender de antemano mediante la palabra antes de pasar de hecho a ejecutar lo que es preciso. Cada uno de nues-

derecho que sirve a todos por igual... toda república... debe regirse por un gobierno para poder perdurar...” (Cicerón. *Sobre la República*. Libro I 25,39-26,41. Obras políticas. Madrid, Editorial Gredos. 2009, p. 47).

tros ciudadanos puede hacer gala de una personalidad suficientemente capacitada para dedicarse a las más diversas formas de actividad con una gracia y habilidad extraordinarias.”¹⁰ ...

La comunidad ateniense en la cual germinó la democracia griega, por cierto, era paradójicamente esclavista y guerrera; los hombres a que se refiere Pericles en su discurso, son únicamente los ciudadanos libres, acantonados en la fortificada Atenas, organizada, como bien se sabe, bajo un régimen político de afanes imperialistas empeñado someter a su férula al resto de las ciudades griegas. Tales condiciones y propósitos niegan radicalmente, pero no invalidan ni restan racionalidad a las creencias en la igualdad, libertad y responsabilidad de las personas. No las invalidan ni les restan racionalidad porque ni el esclavismo, ni el afán imperialista o la organización guerrera son condición necesaria para el establecimiento de una comunidad humana construida sobre las creencias en la igualdad, libertad y responsabilidad de todas las personas, como la ateniense, sino que, en sentido contrario, cabe pensar que fueron causa de su fracaso. Por eso nunca han dejado de alumbrar.

Si cuando esas creencias alcanzaron vigencia en una pequeña comunidad humana rindieron formidables frutos, bajo condiciones indeseables, ¿Por qué no habrían de tener similar virtud en otras colectividades y en toda la comunidad humana, en condiciones favorables: negado el esclavismo, proscrita la guerra y recusado el afán imperialista? Y, sobre la hipótesis de que ello es posible, entonces: ¿Cuáles serían los métodos o procedimientos adecuados? Todo esto tiene mucho que ver con la construcción racional del mundo

IV. *Construcción Racional del Mundo*

1. *Racionalidad*

Filosofía, jurisprudencia, ciencia y tecnología así como todos los productos del pensamiento y de la acción individual o colectiva que se expresan a través de los hechos y obras que en su conjunto constituyen el mundo en que vivimos, son construcción humana. Lo son las ciudades y todo lo que hay en ellas. Es obra humana, desde luego, la domesticación de la naturaleza y la conversión de la tierra en fruto comestible.

Todos esos bienes, recursos y experiencias se encuentran a nuestra disposición. Están más o menos sistematizados y ordenados; en mucho forman parte de la experiencia colectiva. No son las únicas fuentes de conocimiento, pero son indudablemente las más accesibles. El uso racional de los instrumentos teóricos y prácticos que proporcionan, deben aportar grandes beneficios para todos.

Cabe pensar que la bondad y magnificencia de lo construido depende de la racionalidad de los actos ejecutados en ese proceso. La racionalidad, en la manera más simple y universal que cabe concebir, consistiría en la concordancia de los actos individuales con el orden natural (si del dominio de la naturaleza se trata) o con el orden humano (si el bien común es el propósito). En esa concordancia radica la virtud de la acción racional. Es eso lo que torna útil tanto los actos como sus resultados.

En ese entendimiento, entonces, el mundo en que vivimos, el mundo construido, es resultado de la acción racional.

2. *Acción racional*

La acción racional es la acción ordenada: regulada de alguna manera, ejecutada siguiendo una secuencia y orientada hacia un objetivo o finalidad. La acción racional supone un proyecto previo a la acción, así como el uso de

10 En el diálogo Teeteto se recoge el argumento de Protagoras "... lo que una ciudad determina y juzga que es lo justo, lo es, en efecto, para aquella que así lo determina, mientras lo mantenga en vigor" (Platón. Teeteto, 177d, p. 247).

medios e instrumentos que permitan la consecución del objetivo o meta fijado. Supone que se tiene a disposición un conjunto de conocimientos teóricos.

En ese entendimiento, la acción jurídica sería una clase de acción racional, otra clase sería la acción ética y otra la acción científica. Entre ellas hay algunas diferencias, como, por ejemplo, la diversidad del orden (natural o humano) en que se inserta la acción. La diversidad de los medios, instrumentos, métodos y procedimientos que regulan su ejercicio en cada caso.

V. *Construcción Científica Del Mundo*

1. *Problemas de la ciencia*

Los problemas de la ciencia, vinculados a la comprensión de las diversas relaciones del orden que rigen los sucesos de la naturaleza y el mejor aprovechamiento de ese conocimiento en beneficio de los hombres parece que están resueltos satisfactoriamente en la medida en que el método encontrado: la observación, generalización y réplica de las regularidades identificadas en el discurrir natural, rinde frutos cada vez mejores y hace prever que la satisfacción de las necesidades primarias de los hombres vinculadas a la conservación de la vida, aseguran una existencia digna para todos¹¹. Esa es la perspectiva que abre el desarrollo del conocimiento científico.

El camino de la ciencia está trazado y en esa ruta miles o millones de hombres de todas

11 Bertrand Russell, refiriendo las bondades del método científico, anota: "El método científico, si bien en sus formas más refinadas puede juzgarse complicado, en su esencia es de una notable sencillez. Consiste en observar aquellos hechos que permitan al observador descubrir las leyes generales que los rigen. Los dos periodos –primero, el de observación, y segundo, el de deducción de una ley– son ambos esenciales, y cada uno es susceptible de afinamiento casi indefinido... Kepler... Galileo poseyeron el método científico en su integridad. Aunque se saben actualmente muchas más cosas que las que se sabían en su época, no se ha añadido nada esencial al método" (B. Russell. *La perspectiva científica*. Madrid, Sarpe, 1983, pp. 27-33).

las latitudes trabajan cotidianamente ajustando su conducta a la pauta metodológica así establecida. Lo hacen a fin de identificar el orden del discurrir de los acontecimientos para actuar de acuerdo a las posibilidades que ese conocimiento brinda. Así procede el científico teórico en el afán de identificar las leyes que ordenan el universo todo, cuyo descubrimiento habrá de proporcionarle dinero, satisfacción y gloria. Y así también lo hace el anónimo vendedor de periódicos interesado en el conocimiento de los usos y costumbres del estrecho universo de sus lectores y proveedores a fin de lograr la distribución más eficiente que sea posible y obtenerla utilidad máxima. Ambos ajustan su razonamiento al mismo canon metodológico aunque, claro está, son diversos los ámbitos, procedimientos, instrumentos, objetivos y fines.

Si el método es el camino para llegar a un fin, entonces el éxito de la ciencia está asegurado. Se discute sobre los errores del pasado –siempre ha ocurrido así– que dejan atrás los nuevos descubrimientos que abren inesperadas perspectivas que luego serán superadas por mejores explicaciones y procedimientos que los corroboran y hacen más sencillas las explicaciones, facilitando la ejecución de las acciones ejecutadas en pos del total dominio de la naturaleza de la cual, porcierto, forma parte la humanidad.

2. *Criterio de verdad*

El criterio a que se sujeta la evaluación del conocimiento científico es el valor de verdad. La verdad, despojada de significados míticos, teológicos u ontológicos. La verdad para la ciencia es solamente la unidad de medida de la consistencia del orden de las operaciones lógicas, o es la medida de la corrección del lenguaje utilizado cuando se describen los sucesos naturales o cuando se regulan los procedimientos utilizados para replicarlos, o por último es una medida de la coherencia del orden teórico que recapitula y pone en orden todas las creencias.

3. *La acción científica*

La acción racional por antonomasia, en el mundo moderno, es la acción científica. La acción científica, está vinculada al discurrir del orden natural. Se ejecuta aplicando normas o siguiendo las reglas tecnológicas, elaboradas en base a las conclusiones teóricas que proporciona el conocimiento científico teórico respecto al orden de las ocurrencias de los sucesos naturales. En esto último consistirían las leyes naturales: la declaración de las relaciones de orden en que se suceden los hechos de la naturaleza que alcanzamos a comprender.

4. *Método científico*

El método científico conduce a la acción racional y esta al conocimiento. El método sería un conjunto de procedimientos y actos regulados cuyo propósito es acopiar conocimientos sobre el discurrir natural. Consiste en: **i)** la observación de los fenómenos o hechos naturales, **ii)** la explicación de las relaciones de orden que rige su ocurrencia, y **iii)** la experimentación o réplica controlada de lo observado.

La objetividad del conocimiento científico (respecto de las relaciones de orden que rige el acontecer natural), alcanzado siguiendo esos pasos, estaría determinada por la concordancia entre lo observado, explicado y replicado o experimentado.¹²

5. *Filosofía práctica*

Esa es la acción racional que propugnaba Descartes, en el *Discurso del Método*, a partir de la creencia en que...

12 Kant anota: "... la concordancia de la naturaleza con nuestra facultad de conocimiento es presupuesta a priori... porque nosotros, sin presuponerla, no tendríamos ordenación alguna de la naturaleza según leyes empíricas, y por tanto, hilo alguno conductor para organizar con él, en toda su diversidad, una experiencia y una investigación de la misma." (*Crítica del Juicio*, Prologo IV, p. 134)

Es posible llegar a conocimientos útiles para la vida... y en lugar de la filosofía especulativa enseñada en las escuelas, encontrar una filosofía práctica, por medio de la cual, conociendo la fuerza y las acciones del fuego, del agua, del aire, de los astros, de los cielos y todos los demás cuerpos que nos rodean... podríamos aprovecharlas... en todos los usos a que sean propias y de esa suerte hacernos como dueños y poseedores de la naturaleza. Lo cual es muy de desear, no solo por la invención de una infinidad de artificios que nos permitirían gozar sin ningún trabajo de los frutos de la tierra y de todas las comodidades que hay en ella, sino también principalmente por la conservación de la salud, que es, sin duda, el primer bien y el fundamento de los otros bienes de esta vida..." (Descartes. *Discurso del Método*, p. 58).

La construcción científica del mundo en que vivimos es obra de la acción racional en que se empeñan ciencia y tecnología desde aquella época con formidable éxito. Tal edificación fue figurada por Descartes el siglo XVII, cuando no había nada de lo que es cotidiano ahora. El agua no llegaba a las manos por tuberías, ni la luz que alumbraba cotidianamente emanaba de bombillas eléctricas.

6. *Universalidad de la Ciencia*

La Ciencia es universalmente comprensible porque nadie duda de que la capacidad de distinguir entre lo verdadero y lo falso en el orden de las ocurrencias naturales y el conocimiento de las leyes que las rigen esté al alcance de todos los hombres. Es suficiente la aplicación de las facultades intelectuales, aunque sean limitadas. Allí mismo radican las posibilidades, también universales, de aplicación del método científico.

Así, la ciencia constituye una empresa universal en la cual pueden participar y participan de hecho todos los hombres aportando

desde muy distintas perspectivas al propósito común de comprender y explicar las relaciones del orden a que se ajusta el acontecer natural que, siendo infinitamente diverso e ilimitado, son por eso mismo también ilimitadas las perspectivas que su conocimiento ofrece.

La Ciencia en cuanto es un conjunto de conclusiones verdaderas respecto a las relaciones del orden a que se ajusta el acontecer natural, se sustenta en la creencia en la igualdad de las personas en la capacidad de hacer uso de la razón para entenderlas. Su fundamento está en el acogimiento del principio de igualdad, es por eso universal, universalmente comprensible y universalmente valiosa, y es además por eso mismo una empresa común, lo cual hace que se incorporen al cuerpo de los conocimientos las más diversas, sorprendentes e inimaginables explicaciones respecto al acontecer natural que es precisamente lo que determina en últimas instancia el avance del conocimiento científico, pues el descubrimiento o develamiento de alguna nueva relación de orden singular modifican todas las anteriores, habida cuenta el carácter sistemático del conocimiento científico, es un proceso que conduce a una mejor comprensión y dominio de la naturaleza

Distinta consideración merece el examen de la aplicación de los conocimientos alcanzados en pro del bienestar humano; o para el establecimiento de relaciones de poder y dominación en los que la debilidad encuentra vana satisfacción, o para la destrucción a que induce el miedo instintivo ante lo desconocido. Atañe a la conducta ética, a la acción jurídica en el proceso de construcción jurídica del mundo.

VI. *Construcción Jurídica del Mundo*

1. *Filosofía Jurídica Práctica*

Si cartesianos son los criterios que guían la construcción científica del mundo. En ese mismo entendimiento, siguiendo los razonamientos de Descartes, y acogiendo sus enseñanzas,

¿no cabe pensar que es posible encontrar una *filosofía jurídica práctica* que alejándose de las enseñanzas meramente doctrinarias y dogmáticas sirva de guía en el proceso de construcción jurídica del mundo?. Es posible imaginar una filosofía jurídica con virtud suficiente para conducir al conocimiento y comprensión de la infinita diversidad de las riquezas humanas, cuyo secreto tal vez esté en la no menos infinita variedad de relaciones que entre los individuos y colectividades se entablan. Imaginar una filosofía jurídica capaz de liberar de constricciones las inmensas capacidades humanas. Es posible imaginar una filosofía jurídica práctica que nos permita superar la miseria y hambre en que se debate gran parte de la humanidad, y nos libere de la indolencia, estrechez mental, aridez espiritual, y cuando no, ferocidad, que domina a otra parte.

Si la construcción científica del mundo es obra de la acción científica ¿Cuáles serían las condiciones de la acción jurídica, en pos de la construcción jurídica del mundo?

2. *Problemas de la Jurisprudencia*

Los problemas de la Jurisprudencia son distintos de los de la Ciencia. Si los problemas de la ciencia están concentrados en el entendimiento de las diversas relaciones del orden que rigen los sucesos de la naturaleza cuyo examen cabe a la luz de los criterios de verdad, los problemas de la Jurisprudencia están vinculados a la comprensión de las relaciones del orden que regula los actos y hechos humanos que sólo pueden ser juzgados a la luz de los criterios de justicia.

¿Cómo entender las relaciones de orden que conducen a la miseria de los hombres del África Sub Sahariana? ¿La mendicidad infantil en las calles? ¿Qué remedio encontrar para la guerra de medio oriente? ¿El ataque a las torres el 11 de setiembre, la brutal invasión a Iraq, la guerra de Siria? ¿El genocidio nazi, el renovado genocidio israelita?

Se trata de ocurrencias observables, comprobables, verificables, recurrentes, tal vez naturales y las descripciones que de ellas se hacen suelen ser verdaderas, pero... ¿interesa la verdad de tales ocurrencias?, ¿Su perfecta correspondencia con el orden natural de las causas y los efectos, aunque entre esas causas cuente la estupidez de los hombres?, ¿Hay que guardarlas en la memoria, conservarlas, replicarlas para corroborar el acierto de las explicaciones?. *¿Hay que otorgar el premio nobel de la paz a quienes firman el armisticio mientras alientan la fabricación de mortíferas armas de destrucción masiva? ¿Hay que identificar el grado que corresponde a estos congéneres nuestros en el proceso de evolución de la especie para promover su desarrollo y conducirlos de la miseria a la abundancia, de la mendicidad a la provisión y de la guerra a la paz?*

Ciertamente son problemas complejos que requieren atención. Interesa examinar la racionalidad o irracionalidad de las relaciones, actos y hechos humanos y fenómenos a que conducen. La racionalidad o irracionalidad de las creencias, de los conceptos y de los proyectos que se traducen en esos actos, hechos y fenómenos, no verdaderos, sino injustos. Es claro que su descripción no importa porque el orden de su ocurrencia se ajusta a las rigurosas leyes del acontecer natural (se sabe que es así porque el hombre forma parte del orden natural), sino porque ese orden en las relaciones humanas, actos y hechos, es irracional, es decir, incomprensible, injusto, no en cuanto clase del orden natural, sino en cuanto clase del orden humano.¹³

13 Kant asegura que los actos y hechos de los hombres están sometidos a las leyes del orden natural en virtud al cual unos actos y hechos son efecto y/o causa de otros actos y hechos, en la medida en que el hombre forma parte de la naturaleza, pero esos mismos actos y hechos estimados en cuanto son resultado del ejercicio de la voluntad, están comprometidos con las leyes de la libertad que señala el orden racional a las acciones en el mundo inteligible de propósitos y fines dentro del cual se desarrollan los actos humanos. (Kant. 2004).

3. *Inutilidad del método científico*

Parece claro que los supuestos que servirían de sustento a la acción jurídica, –cuyo propósito es la construcción jurídica del mundo–, tendrían que ser distintos a los que sirven de fundamento a la acción científica. El orden humano es radicalmente distinto al orden natural. Y en cuanto a los criterios adecuados para evaluar la validez del conocimiento jurídico: No interesaría saber que los actos humanos son verdaderos o falsos de acuerdo a si se concuerdan o no con el orden natural; sino saber que son justos o injustos de acuerdo a si se ajustan o no a un orden que hace comprensible las relaciones humanas. Y, en esa orientación, el conocimiento del orden a que se ajustan los actos y las conductas humanas, individuales y colectivas, requeriría un método distinto al método científico.

La observación, explicación y experimentación o replica de las conductas humanas resultaría inútil, vana o imposible. La observación de la acción individual sería inútil y extenuante porque cada acto es único; para observar la vida de un individuo se requeriría otra vida; y, de más está decir que cada uno de los individuos del género humano es idéntico a sí mismo y distinto a los demás. Cualquier explicación de las conductas individuales en base a la observación sería vacía porque ninguna conclusión general (y menos universal) puede sacarse en base a la observación de los actos de un individuo; la experimentación o réplica imposible porque individuos y circunstancias cambian constantemente; lo mismo cabe decir de las relaciones humanas que constituyen el tejido de la acción colectiva (que es la conjunción de las acciones individuales). Cada colectividad es única y distinta a las demás; la conjunción de las voluntades individuales que determinan el proyecto común inescrutable en base a la observación. No otra cosa suscitaría el examen de las relaciones humanas entabladas con el objeto del uso y disfrute común de bienes y recursos (que dependen de su clase, cuantía, calidad, abundancia o escasez).

No significa que no hay un orden en los actos y conductas humanas individuales, colectivas o comunes, sino que el método consistente en la observación, explicación y experimentación o replica no parece el más adecuado para alcanzar conclusiones de carácter general o universal que permitan asegurar que se ha alcanzado un conocimiento de las relaciones propias del orden humano. Tampoco para fundamentar la acción jurídica.

La explicación de los actos humanos es desde luego necesaria, pero no es posible en base a la observación, sino a partir de la indagación de los motivos, la inquisición de las razones y el examen de los resultados. Por otra parte, ese es el procedimiento que ordinariamente se utiliza, por ejemplo, en los procesos judiciales y legislativos.

4. *Justicia y Verdad*

Los actos y hechos humanos pueden observarse, desde luego, a la luz de los criterios de verdad. En tal caso, la descripción sería verdadera si correspondiere al orden de causas y efectos que rigen las ocurrencias naturales y sería falsa, equivocada o incomprensible en caso contrario. En cualquiera de esos casos la descripción resultaría inútil porque a ninguna conclusión conduce saber que actos y hechos humanos guardan correspondencia con la ley natural, excepto aquella que indica que en efecto ocurrieron. No se requiere hacer ninguna descripción o realizar ejercicio deductivo para saber que el humano es un animal necesitado, peligroso e inteligente. Los resultados de los actos humanos –independientemente de su sujeción a la ley natural– interesan primordialmente porque son consecuencia de las determinaciones de voluntad del animal racional capaz de distinguir entre lo verdadero y lo falso, así como entre lo justo y lo injusto. No por su concordancia con la ley natural. Ya se sabe que las balas matan; que la falta de alimentos conduce a la inanición y que Sida infecta y aniquila. Aristóteles concibe al hombre

como un ser vivo, mortal, animal, pedestre, bípedo capaz de conocer, distinto a las bestias y a los dioses. (Aristóteles. *Tópicos*). La descripción de los actos y hechos de ese ser vivo a la luz de los criterios de justicia, interesa porque debe conducir a conclusiones respecto a sus capacidades, condiciones, posibilidades y límites para hacer lo justo en cada caso y esas conclusiones a su vez deben conducir a otras conclusiones que fundamenten la acción racional también en cada caso.

Los criterios de justicia –suele olvidarse– son anteriores a los criterios de verdad porque la capacidad de distinguir entre lo justo y lo injusto es la condición que hace posible la convivencia entre los hombres. Esos mismos criterios son condición necesaria para la constitución de la comunidad y para la pertenencia y permanencia del individuo en ella, cualquiera que sea la comunidad de que se trate. Los criterios jurídicos por esa razón, además de anteriores a los de verdad, son necesariamente universales en cuanto atañen a todas las comunidades y pertenecen a todos los hombres.¹⁴ Los criterios de justicia son entonces primordiales. En efecto, es posible ignorar la verdad y así puede transcurrir una vida útil, satisfactoria, exitosa y aún beneficiosa, pero no es posible vivir en la ignorancia de lo que es justo o injusto en las relaciones humanas.

La miseria de los hombres del África Sub Sahariana, la mendicidad infantil, la guerra de medio oriente, el ataque del 11 de setiembre, la invasión a Iraq, la guerra de Siria, el genocidio nazi, el renovado genocidio israelita, son ocurrencias cuya descripción es verdadera, si se ubica en el orden de los sucesos naturales en cuanto el hombre es uno de los animales más peligrosos de la escala zoológica, y responden al orden de las causas y los efectos, pero su

14 Es así como lo entiende Aristóteles: “la virtud de la justicia es el discernimiento de lo justo... es el orden de la comunidad... Y esto es lo propio del hombre frente a los demás animales: poseer, el solo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto... (Aristóteles. *Política*, Libro I, 12-16).

descripción indica que son primordialmente ocurrencias injustas porque contravienen el orden de las relaciones humanas, el orden de lo justo y de lo injusto a que está sometida la voluntad humana en tanto expresión de libertad, (retorcida por cierto en todos esos casos). No constituyen problemas cuya solución esté al alcance de los criterios y métodos de la Ciencia. Son problemas de la Jurisprudencia cuyas conclusiones no son válidas por los resultados que arroja la prueba de su verdad, sino por la justicia a que conducen los actos.

5. *Limitaciones del historicismo. Héroes, prosperidad, armonía*¹⁵

Es cierto que en toda época, hay individuos ejemplares, paradigmáticos, excepcionales cuya vida puede servir de inspiración a otros individuos. Es cierto también que en toda época hay colectividades adecuadamente organizadas para alcanzar objetivos plausibles, que pueden servir de modelo a otras. Y, por último, hay comunidades ejemplares que de manera pacífica y armónica disfrutan de los bienes de la tierra. Seguramente allí puede encontrarse la clave para la comprensión de las acciones humanas y alcanzar el conocimiento que se requiere para ordenar la vida individual, colectiva y común. Esa es además una creencia muy arraigada.

Los poemas homéricos cantan la gloria de Aquiles y de Odiseo; la hagiografía medieval, la vida ejemplar de los santos; Nietzsche proclama la virtud del genio capaz de transformar al hombre en superhombre; Weber, reflexiona sobre las condiciones del líder carismático capaz de dirigir y orientar la acción colectiva. Todas esas historias pueden servir de inspiración para orientar la vida individual o la de las colectividades o comunidades. Pero... ¿su

remembranza es un método adecuado para conocer el orden que hace comprensible las relaciones humanas y para emprender a partir de allí, la construcción jurídica del mundo?

Si se trata de la reflexión previa a la determinación de voluntad que conduce a la acción individual: ¿cabe acaso escoger entre seguir a Aquiles o a Odiseo; Pericles o Alejandro; César o Napoleón; Bolívar o San Martín; Lenin o Trotsky; Churchill o Hitler? Ciertamente podremos tenerlos como ejemplo, pero nada más, porque las circunstancias y decisiones que en cada momento corresponde a las personas son singulares y distintas en cada caso.

En cuanto se refiere a las determinaciones de voluntad previas a la acción colectiva, ¿habrá que pensar en los fines y objetivos que se fijaron los griegos en el ágora, los quechuas en la panaka, los romanos en la república, los europeos en la monarquía?, ¿habrá que replicar las condiciones que hicieron posible del parlamento inglés o tribunal constitucional alemán?

Y, por último, en lo que atañe al uso y disfrute de los bienes y recursos, naturales o humanos: ¿Economía de mercado o planificada; sociedad anónima o ayllu; feudo o cooperativa?

¿Es posible la réplica? Seguramente no es posible, porque ni los actos individuales, ni la conjunción de propósitos, fines y objetivos que determinan la acción colectiva, ni el conjunto de bienes y recursos que congregan a las comunidades, son replicables por otros individuos, colectividades o comunidades.

Tenemos en las manos por cierto magníficos relatos, un conjunto de ordenadas conclusiones y otro de obras, construcciones y edificaciones que podemos observar, examinar, admirar y utilizar; todas ellas están aquí y ahora, y ninguna en el pasado porque el pasado no existe sino solamente el recuerdo, la remembranza y la experiencia, que son limi-

¹⁵ Popper realiza una áspera y contundente crítica al historicismo, a la historia o las historias y su significado o falta de significado en *La sociedad abierta y sus enemigos*.

tadas. Datos y remembranzas están aquí, porque están aquí, motivan y arrastran. Antes que fundamento de la acción jurídica, constituyen uno de los problemas planteados a la reflexión jurídica y a la acción jurídica racional.

¿Es posible el conocimiento jurídico?

6. *Conocimiento jurídico*

Platón da inicio al famoso Diálogo Menon con la pregunta del joven aristócrata tesaliense. MENON: “¿Puedes decirme, Sócrates, si la virtud puede enseñarse, o si no pudiendo enseñarse, se adquiere solo con la práctica; o, en fin, si no dependiendo de la práctica ni de la enseñanza, se encuentra en el hombre naturalmente o de cualquier otra manera?... SOCRATES: “Extranjero, sin duda me tienes por algún dichoso mortal, si crees que sé yo si la virtud puede enseñarse, o si hay algún otro modo de adquirirla. Pero estoy tan distante de saber si la virtud, por su naturaleza, puede enseñarse, que hasta ignoro absolutamente lo qué es la virtud”

Estima Sócrates que no es posible una respuesta a la pregunta si la virtud puede enseñarse o no, si antes no queda definido su status epistemológico. Es necesario saber previamente qué es la virtud. Si la virtud es una clase de conocimiento entonces puede enseñarse y desde luego aprenderse, en caso contrario, no. Investigarlo es importante. Si se llega a la conclusión de que la virtud es una clase de conocimiento y puede enseñarse y aprenderse, entonces se habría logrado una gran proeza, porque siendo la justicia entre todas las virtudes la de más alto rango, su enseñanza traería no pocos beneficios, pues, aduce Sócrates, sabiéndose qué es lo justo e injusto, los jueces dejarían de “votar sentencias contradictorias y los ciudadanos de discutir sobre lo justo, de pleitear entre ellos y de dividirse en partidos, las ciudades cesan en sus diferencias sobre sus derechos y de hacerse la guerra entre ellas” (Jenofonte. Recuerdos de Sócrates IV, pag 177)

las posiciones contradictorias respecto a lo justo se resolverían mediante algún procedimiento demostrativo lo cual tornaría evidente la irracionalidad de las disputas, conflictos, litigios y guerras que sólo serían muestra de ignorancia. Tal vez la justicia no es una clase de conocimiento ni puede enseñarse, pero tampoco puede ignorarse. El Sócrates de Platón, cree que en efecto es así: “Pues la sabiduría y la verdadera virtud no son otra cosa que el conocimiento de la justicia y su desconocimiento ignorancia y maldad manifiesta” (Platón. Teeteto. 176.b)

El problema planteado nunca ha perdido importancia, no ha dejado de inquietar, ni ha cesado la búsqueda de una respuesta satisfactoria y tampoco la esperanza de encontrarla y alcanzar los beneficios subsiguientes. El profesor J. Habermas desde la perspectiva post moderna siguiendo el curso de las antiguas inquisiciones encuentra que el asunto puede acometerse a partir del examen del aspecto formal o lingüístico. Anota: “Las proposiciones o manifestaciones morales tienen, si es que se han de poder fundamentar, un contenido cognitivo... si los enunciados morales expresan en general un saber... –entonces conviene saber– qué contenido cognitivo vinculan con sus enunciados...” (J. Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, p. 29).

Y entonces, en el orden que fijan esas interrogantes, cabe una pregunta similar respecto a los enunciados y manifestaciones jurídicas... ¿La Jurisprudencia tiene un contenido cognitivo?, ¿Los enunciados jurídicos expresan un saber?, y se fuere así, ¿En qué consiste?

7. *Posibilidad del conocimiento jurídico*

El diálogo continúa...

Menón: ¿Y de qué manera buscarás, Sócrates, aquello que ignoras totalmente qué es?, ¿Cuál de las cosas que ignoras

vas a proponerte como objeto de tu búsqueda? Porque si dieras efectiva y ciertamente con ella, ¿cómo advertirás, en efecto, que es esa que buscas, desde el momento que no la conocías?

- Sócrates: Comprendo lo que quieres decir, Menón. ¿Te das cuenta del argumento erístico que empiezas a entretejer: que no le es posible a nadie buscar ni lo que sabe, ni lo que no sabe? Pues ni podría buscar lo que sabe –puesto que ya lo sabe, y no hay necesidad alguna entonces de búsqueda– ni tampoco lo que no sabe –puesto que en tal caso, ni sabe lo que ha de buscar–.
- Menón: ¿No te parece Sócrates que ese razonamiento está correctamente hecho?

Las cuestiones planteadas no son retóricas.

Hay necesidad de responder a esas preguntas –relacionadas en última instancia a la validez, eficiencia y eficacia de los conocimientos jurídicos tanto teóricos como prácticos–, porque atañen a la capacidad o posibilidad de comprender las relaciones humanas a la luz de los criterios de justicia lo cual es condición necesaria para la subsistencia de las comunidades humanas. Tales cuestiones se plantean con urgencia cada vez que se percibe como un problema actual la convivencia universal de los hombres –no importa la extensión de ese universo– en un mundo que nunca ha dejado de ser complejo y ahora percibimos o entendemos “globalizado”, anuladas las distancias gracias a la inmediatez en las comunicaciones que permite el uso del internet que muestra la unicidad del mundo de una manera distinta a las anteriores.

Algo similar seguramente sintieron los griegos cuando Alejandro sometió bajo su égida al mundo antiguo y concentró al pie de Nilo, en Alejandría, a los sabios de todos los saberes; o los antiguos peruanos cuando Pa-

chacutec extendió su imperio hasta los límites de la selva inhóspita y el inmenso mar desconocido construyendo los caminos todos conducentes al “Qosqo” el ombligo del mundo; y los europeos cuando enfrentaron el anodante universo heliocéntrico con el descubrimiento de América.

La respuesta hacia lo ignoto no es uniforme. Se ubica en la escala que va del miedo instintivo que induce a destruir o negar lo que no se entiende, y la curiosidad intelectual que mueve a la comprensión y conduce a su conocimiento. Alejandro y Pachacutec, sabiéndose divinos optaron por lo segundo, ambos hijos de la ilustración, griega y cuzqueña, respectivamente acogieron en su imperio todas las creencias, usos y costumbres, cultos, criterios y ceremonias y sellaron alianzas en incesante afán.

Pero no siempre ocurre así. No ocurre así ahora. El miedo, la estrechez espiritual, la cortedad mental hacen ver en todo desconocido a un enemigo, en toda diferencia una amenaza, en todo lo que se ignora peligro; la duda entonces desequilibra, saca de quicio; el error ofende si es propio o complace si se sabe ajeno... en los últimos tiempos con éxito mezquino se anuncia el choque de las civilizaciones. [La división de la humanidad en dos conjuntos disjuntos y mutuamente excluyentes alienta, complace y gratifica gratuitamente porque no requiere esfuerzo intelectual de ninguna clase saberse en el grupo de los poseedores de la sabiduría, titulares de la justicia, conocedores de la verdad, herederos de la civilización, creadores de la ciencia, símbolo de progreso y prosperidad, adelantados de la evolución y además gratuita y radicalmente diferente de los otros, envueltos en la obscuridad de la ignorancia, incapaces de acceder a la justicia, proclives a la falsedad, perdidos en el primitivismo, cultivadores de supercherías, símbolo del atraso y miseria, perdidos en el orden de la evolución de la especie]. Como diría Dante; “*Non ragioniam di lor, ma guarda e passa*”.

8. Objetividad de la reflexión jurídica

Si la objetividad del conocimiento científico está dada por la concordancia entre lo observado, explicado y experimentado o replicado, respecto a lo que ocurre conforme a la ley natural de las causas y los efectos. La objetividad de la reflexión jurídica estaría dada por la conformidad delo vivido, compartido y consensuado respecto a lo que se estima un orden justo en las relaciones humanas.

Kant señala una distinción fundamental que marcaría la diferencia entre el orden natural y el humano propiamente dicho: encuentra que la objetividad del orden en las relaciones humanas radica en que toda persona “*existe como un fin en sí misma*”, en la medida en que “*Así se representa necesariamente el hombre su propia existencia...nunca como un medio para alcanzar un fin distinto*” (Kant FMC p. 103).¹⁶ Siendo esa la percepción (subjetiva) que de sí mismo tiene cada uno de los individuos del género humano –en tanto seres dotados de la capacidad de dar razón de sí mismos–, es entonces una condición universal que a todos comprende y por eso mismo una condición objetiva (puesto que a todos pertenece).

En la hipótesis kantiana: El consenso universal consiste en que cada uno de los individuos del género humano estima que es un fin en sí mismo. Esa es una conclusión objetiva, cuya validez no requiere otra concordancia que la concordancia con la razón. Es entonces una conclusión objetivamente justa.¹⁷ Similar

16 “... los seres racionales se llaman *personas*, porque su naturaleza los distingue como fines en sí mismos, o sea, como algo que no puede ser usado meramente como medio y, por tanto, limita todo capricho en ese sentido (y es en definitiva objeto de respeto)... El imperativo práctico será entonces como sigue: “obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca como un medio”... Kant, 2004, pp. 103-104

17 A partir de esa primera conclusión cabe deducir la libertad de la voluntad. Pues si toda persona es un fin

consenso alcanza la conclusión que indica que la capacidad de distinguir entre lo justo y lo injusto pertenece íntegramente a todos los individuos del género humano. En efecto: Nadie –que no esté loco– niega en sí mismo esa capacidad y a nadie –que no esté loco– le es negada la razón jurídica. Ni al más feroz de los delincuentes, pues, es sometido a castigo no porque ignore lo que es justo sino porque no pudiendo dejar de saberlo obró en sentido contrario.

El reconocimiento de la identidad individual y del propio valor; el saberse *un fin en sí mismo*, y reconocer tal condición en todos los individuos humanos, entonces, es condición objetiva y necesaria para la acción jurídica racional, lo es asimismo para la constitución de colectividades humanas y para sustentar la vida en comunidad.

VII. El Metodo Juridico

1. Diálogo, deliberación, acuerdo

El método de investigación jurídica es mucho más antiguo que el método de investigación científica. El propósito de ambos es alcanzar una comprensión racional, es decir, fundamentada de las relaciones del orden que rigen o a que se ajustan los sucesos naturales (es el caso de la ciencia) o humanos (el de la jurisprudencia). Difieren en los criterios de valor utilizables para evaluar las conclusiones en cada caso: El criterio de verdad en el caso de la ciencia y el criterio de justicia en el de la Jurisprudencia. Difieren asimismo en el método a seguir en cada caso. Difieren finalmente los supuestos teóricos que sirven de sustento a la acción científica o los que sustentan la acción

en sí misma, ha de poder decidir cómo ser un fin en sí misma. Y en ello también hay consenso universal, porque no hay hombre que por ínfima u obscura que sea la idea que tiene de sí mismo, que no conciba en sí la idea de libertad, “*es decir, de la independencia de las causas determinantes del mundo sensible*” (Kant p. 141).

jurídica. Por último distintos son los objetivos y fines perseguidos por uno y otro. El camino que conduce al conocimiento de la ley natural no ha de ser el mismo que el que conduce al conocimiento de la ley humana.

El método de la Jurisprudencia es distinto al de la Ciencia pero tan sencillo como aquel. Consiste en el diálogo, la deliberación y el acuerdo. Y aunque los procedimientos puedan llegar a ser complejos y de gran diversidad en esencia residen en escuchar, deliberar y acordar. La unidad de medida de la Jurisprudencia no es la verdad sino la justicia que; despojada de significados naturalistas, míticos y teológicos; ha de servir para calificar la consistencia lógica de las conclusiones respecto a lo justo, es parámetro de la eficiencia de las normas en tanto proyectos de acción, y vínculo que determina la coherencia entre teoría y práctica, pensamiento y hecho y entre hecho y fenómeno.

La única manera de saber qué es lo justo en las relaciones humanas es precisamente mediante el diálogo, la deliberación y el acuerdo. ¿Qué procedimiento distinto al diálogo podríamos seguir para saber qué es lo que nuestros congéneres creen, piensan o sienten justo o injusto en sus proyectos, conductas y actos, o en las conductas y actos ajenos que los afectan?, La única manera de saberlo es escuchando. ¿Qué otro procedimiento distinto al diálogo habría que seguir para hacerles saber lo que nosotros creemos, pensamos o sentimos justo o injusto en lo que nos toca?. En ese caso hay que decirlo. Y... cuando se trata de definir los proyectos de acción colectiva y el establecimiento de las normas que permitan a cada cual alcanzar los fines que le interesan, ¿Qué otro método podría seguirse distinto a la deliberación, y así escoger entre muchas la opción que se estime más adecuada, conveniente, fructífera?, Y... , por último en cuanto a las decisiones respecto al uso y disposición de los bienes y recursos comunes, ¿Cuál procedimiento diverso al acuerdo podría estimarse justo?

El orden Jurídico es primordialmente un orden convencional. En ello radica la racionalidad jurídica. El diálogo, la deliberación y el acuerdo son procedimientos jurídicos por antonomasia, los cuales, por esa razón, no han dejado de tener vigencia ni aún en las situaciones más extremas, pues para salvarlas ha debido recurrirse a esos procedimientos que constituyen el meollo del método jurídico. Es la práctica más antigua de la humanidad.

El ejercicio del diálogo, la deliberación y el acuerdo es común a todas las civilizaciones más o menos perdurables, tal vez allí radique el secreto de su perdurabilidad; por el contrario, cuando cesa el diálogo respecto a lo que es justo o injusto la razón es sustituida por el instinto, se impone la fuerza o la violencia, sobreviene la guerra, la esclavitud, la servidumbre o la aniquilación y el hombre se torna en el animal más feroz de todos.

El método jurídico, por ejemplo, fue puesto en práctica exitosamente por los romanos con el propósito de definir lo justo o injusto en las relaciones inter individuales; lo desarrollaron bajo la denominación de proceso civil; fue asimismo utilizado por los griegos para celebrar tratados de paz dando lugar a los primeros vestigios del derecho internacional y fue usado por los atenienses cuando asumieron decisiones respecto al gobierno de la ciudad y destino de la colectividad dando lugar al concepto de democracia. [Democracia, proceso civil, asamblea, convención, cabildo son las denominaciones de instituciones propias de esa práctica]. Los pre-hispánicos, aquí, idearon singulares procedimientos orientados al diálogo en condiciones de igualdad que propiciaron el intercambio bajo criterios de reciprocidad que les permitió no solamente dominar una naturaleza áspera y rebelde sino un extenso universo de comunidades prósperas y perdurables atentas al acontecer natural y al aprovechamiento racional de los bienes de la tierra, como lo evidencia la contemplación de los fabulosos andenes de Andamarca en Ayacucho o los canales de irrigación de Cumbemayo en Cajamarca.

Es una práctica universal emprendida con el propósito de normar las relaciones humanas a partir del reconocimiento del orden en que se desenvuelven; cuando las relaciones humanas se desenvuelven de acuerdo a un orden comprensible entendemos que son justas y así lo declaramos; cuando se apartan de ese orden y se tornan incomprensibles las concebimos injustas. Injusticia y falsedad conducen al caos o desorden, cuya comprensión no está al alcance del intelecto humano, por lo que las recusamos.

2. *Método Romano*

El método de investigación jurídica fue formalmente desarrollado en Roma; se institucionalizó en el proceso civil.

Los romanos entendieron que para conocer el orden de las relaciones humanas –un orden que las haga comprensibles–, se requiere realizar un ejercicio racional sustentado fundamentalmente en el diálogo, la confrontación, la prueba, el debate, la comparación de las conclusiones alcanzadas con otras, y por último, la deducción o creación de una regla singular. Es necesario dialogar, (sostener una tesis y refutar otra), probar (describir los hechos), comparar (con otros hechos o relaciones), y por último crear una norma singular, adecuada, precisa, eficiente y eficaz para encaminar la acción jurídica.

El método jurídico desarrollado por los romanos no solo permitía superar el desorden y el caos a que conduce la injusticia, sino que además, hacia posible conducir las relaciones humanas al orden: establecer reglas y crear normas para ordenar las relaciones humanas y facilitar su fluido desenvolvimiento.

La validez del método jurídico ideado por ellos es tal que perdura en sus lineamientos generales y es base del derecho procesal, mecanismo seguido actualmente por litigantes, abogados y jueces para definir lo justo o injusto en cada caso, conforme a las reglas

establecidas en las leyes procesales vigentes; aunque muchos de quienes lo utilizan perdidos en vericuetos que oscurecen su elemental sencillez no lo sepan.

El uso del método jurídico hizo posible a los romanos el reconocimiento del orden en las relaciones humanas, requerido para el desarrollo de la vida una pequeña comunidad, que, extendió sus límites hasta tener alcances imperiales. Hizo comprensible un orden racional, fuera del cual las relaciones humanas habrían resultado caóticas, incomprensibles o violentas. Y finalmente, sobre todo, hizo posible la creación paulatina del conjunto de reglas y normas que suele agruparse bajo la denominación del “derecho romano”.

Sin embargo, en el curso de los siglos el método jurídico perdió su primigenio rigor y vitalidad, desdibujándose al ser incorporado en el Derecho moderno. La Jurisprudencia se incorpora al Derecho Moderno, no como un método para crear reglas y normas, sino como un conjunto de procedimientos para aplicar el Derecho, es decir, las normas existentesⁱⁱ.

3. *Procedimiento Romano*

Los romanos entendieron que el método adecuado para alcanzar el conocimiento del

ii Sobre el particular, anota Scialoja: cuando el magistrado establece en su edicto las normas de su intervención, en el fondo no hace más que establecer las condiciones para la constitución de un juicio... Se constituye, por tanto la acción y, constituida la acción, viene en consecuencia el derechos... el acto legislativo (siempre en sentido moderno y no en sentido romano) en este caso no es constitutivo de derechos, sino constitución de acción, de donde nace después la consecuencia de la atribución de un derecho objetivo a los individuos singulares... la acción, para los juristas, es también la más importante relación jurídica, toda vez que es naturalmente el momento de la controversia aquel en que el derecho (ius, lo justo) tiene necesidad de ser claramente definido; el momento de la Litis es más importante, desde el punto de vista práctico, que el momento más abstracto, del derecho subjetivo; y la jurisprudencia romana eminentemente práctica, no podía menos de destacarlo con preferencia... (Scialoja, p. 100).

orden adecuado para el desenvolvimiento de las relaciones humanas tanto colectivas como comunitarias. Consiste en seguir un conjunto de reglas que hacen posible:

- i) La afirmación fundamentada de aquello que se estima justo o injusto en cada caso. Tal ejercicio importa el manejo del lenguaje y el uso de la razón jurídica, que habilita para distinguir lo justo de lo injusto, en condiciones de igualdad.
- ii) El diálogo que exige y autoriza a requerir una respuesta también fundamentada respecto a la justicia o injusticia de lo afirmado. Implica el uso de la capacidad de escuchar y atender los fundamentos de las razones ajenas, respecto a los fundamentos y razones propias, aducidas para calificación los hechos o relaciones.
- iii) La prueba de los hechos, circunstancias y relaciones humanas que constituyen el referente empírico de las afirmaciones respecto a lo que se afirma justo o injusto.
- iv) La confrontación o contrastación de las conclusiones alcanzadas, con otras anteriores, respecto a casos similares a fin de determinar su regularidad y la comprensibilidad del orden afirmado como justo. El acopio de opiniones de terceras personas contenidas en antecedentes que muestran la bondad de tales relaciones en casos similares,
- v) La intervención de un tercero (arbitro o juez) capaz de juzgar la consistencia es decir racionalidad de lo afirmado como justo o injusto, la eficiencia de la prueba aportada para acreditar los sucesos o hechos sometidos a examen, y en base a

ello el establecimiento de una regla singular coherente o coincidente con el orden que se estima justo en la comunidad.

Este conjunto de reglas constituyen lo que los autores modernos denominan el “Procedimiento Civil Romano”¹⁸

4. *Jurisprudencia y Derecho*

Hablar del “Derecho Romano” es un anacronismo. Los romanos no tuvieron a disposición nada parecido al “Derecho”, tal como es entendido ahora, sino un conjunto de reglas que permitían a los ciudadanos libres e iguales sustentar la validez de sus afirmaciones respecto a lo que es justo o injusto, oponerlas a sus contrincantes y convocar la intervención de un tercero capaz de alcanzar una conclusión fundamentada a partir de lo afirmado por las partes, de emitir un juicio y crear una norma singular respecto al caso controvertido. El fundamento de la acción jurídica es la afirmación de lo justo y su consecuencia el establecimiento o sanción de una norma o regla que declara qué es lo justo.

18 El procedimiento civil romano que según las fuentes (Gayo, Instituciones y Aulo Gelio, Noches Áticas) queda instituido con la dación de la Ley de las XII Tablas el Siglo IV ac., atraviesa por tres periodos y sucesivamente asume tres formas: primero la de la LEGIS ACTIO (o acciones de ley), en el cual las partes contienden simbólicamente ante el magistrado, solicitando la designación de un juez que resuelva la controversia, planteada como una apuesta entre las partes; luego, se estatuye el procedimiento FORMULARIO, llamado así por el uso de la formula a través de la cual el Pretor nombra al Juez fijando los términos y límites tanto de la contienda como aquellos en que el juez deberá fundar su juicio y los márgenes de la absolución o la condena; y por último el periodo de la EXTRAORDINARIA COGNITIONES, en el cual el procedimiento asume la forma escrita se desarrolla íntegramente ante el magistrado y el juicio tiene como referencia las opiniones de los juristas y la jurisprudencia recopilada, sistematizada, es el último periodo instituido a partir del Siglo III de la era cristiana. Es el procedimiento referido en la compilación de Justiniano, el Corpus Iuris Civilis.

Siguiendo el método jurídico descrito, los jueces –mediante sentencias– definieron cual es el orden racional, es decir, justo e inteligible, en las relaciones humanas; en el uso, disfrute, posesión, disposición de bienes; en el ejercicio de los poderes y facultades; y en el cumplimiento de los deberes y potestades en las relaciones familiares, colectivas, comunes y hereditarias entre otras.

En ese concierto la Jurisprudencia Romana es el conjunto de conclusiones o sentencias y/o cada una de ellas, emitidas en cada caso singular por jueces, árbitros y magistrados en aplicación del método de investigación jurídica racional.

La compilación de la jurisprudencia obra de Justiniano, se llevó a cabo en un estadio tardío de desarrollo de la organización jurídica social romana y fue probablemente recogida con afán histórico e ilustrativo, pues refleja un conjunto de soluciones prácticas pero no un sistema normativo, como la legislación moderna. Los europeos sistematizaron el contenido de la jurisprudencia otorgándole la consistencia de un sistema teórico, lo que dio lugar al surgimiento de generalizaciones conceptuales y a la aparición del concepto de “Derecho” entendido a partir de esas generalizaciones como un conjunto de normas de validez universal. Correlativo al concepto de “Derecho” objetivo –como conjunto de normas– es el concepto de “Derecho” subjetivo como conjunto de capacidades, facultades y poderes atribuidos a las personas, cuyo origen está en las daciones regias, otorgadas por los reyes rey a los nobles, concediéndoles privilegios excepcionales, personales y luego hereditarios, a la postre reclamados por todos y para todos.

Es por eso que podemos decir que en sentido estricto en Roma no había algo a lo que puede denominarse “Derecho” tal como es entendido ahora. La Jurisprudencia, aún en los tardíos tiempos de Ulpiano, es *el conocimiento de lo justo*, de acuerdo a

su definición: *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum, rerum notitia, justiatque injustis scientia* (L.10&2,D). “La Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas humanas y divinas, ciencia de lo justo y de lo injusto” (E. Petit. 1971, p. 11).

VIII. La Acción Jurídica Racional

1. Fin del método

El método no es un fin en sí mismo, pues como su nombre lo indica es el camino para llegar a un fin. Como el fin del método jurídico es alcanzar el conocimiento de lo que es justo o injusto en las relaciones humanas y convenir, decidir y establecer las normas correlativas a ese conocimiento, y a todo ello conduce la acción racional, entonces, el fin último del método jurídico es la acción racional y el medio para alcanzar ese fines el conjunto de normas y reglas que conducen precisamente a la acción racional.

Las reglas y procedimientos del método, –que fijan el camino a seguir–, pueden variar y de hecho varían de acuerdo al hecho o situación que se pretende conocer y normar, pero cualquiera sea el cambio y no importa cuán grandes sea la diversidad de las formas que adopte, los criterios para evaluar la consistencia del método se reducen a una sola regla o criterio y ese solo criterio indica que el método jurídico es satisfactorio si y solamente si conduce a la acción racional, de modo tal que si no lo hace el método es insatisfactorio.

La acción jurídica racional es un ejercicio práctico más o menos común y ordinario, se da, por ejemplo, cuando socios o asociados acuerdan embarcarse en una empresa, ejecutar un proyecto o emprender alguna actividad que interesa al colectivo; se da cuando las comunidades acuerdan el destino, aplicación o distribución de bienes y recursos comunes, o cuando los estados acuerdan someter sus diferencias a un árbitro, juez o tribunal, como

ocurrió cuando la solución del diferendo marítimo entre Perú y Chile, en todos esos casos el método es el mismo, el diálogo, la deliberación, el acuerdo (aunque ese acuerdo consista en la sumisión a la decisión de un tercero). Los anteriores son solamente ejemplos, porque lo cierto es que se hace uso del método jurídico cada vez que se crea una norma jurídica privada o pública, de modo tal que el Sistema Jurídico Normativo es el resultado de la aplicación del método jurídico. (Lo hemos visto en el punto II).

Si el criterio para evaluar la bondad del método jurídico es su aptitud para generar una acción jurídica racional, entonces podemos poner entre paréntesis nuestra reflexión sobre el método jurídico a fin de concentrarnos en el examen de las condiciones que hacen posible la acción jurídica racional mediante la aplicación del método jurídico.

2. *Autonomía y heteronomía de la voluntad jurídica*

Kant encuentra que las determinaciones de la voluntad obedecen: i) a las leyes de la causalidad natural de inclinaciones y deseos. En tal supuesto la voluntad heterónoma por estar sometida a los condicionamientos de la necesidad natural, y ii) las determinaciones de la voluntad obedecen a las leyes de la libertad que la orientan hacia la consecución de fines. En este caso la voluntad es autónoma: dependiente de sí misma. Entiende Kant la libertad de la voluntad, como libertad de los condicionamientos naturales, de inclinaciones y deseos. En esa independencia de los condicionamientos de la necesidad natural, radica el fundamento de una voluntad autónoma y libre. Este es, por otra parte, el fundamento de la conducta ética, de acuerdo a la concepción de Kant.

Las determinaciones de la voluntad jurídica no obedecen a las leyes de la causalidad natural de inclinaciones y deseos sino a

las del orden en las relaciones humanas que hace posible su satisfacción. En tal virtud la voluntad jurídica es autónoma, respecto a las leyes de la causalidad natural. Pero las determinaciones de la voluntad jurídica depende de las leyes del orden que hace comprensibles las relaciones humanas, depende de lo que se estima un orden justo en las relaciones humanas, en cada caso en que tenga que expresarse como voluntad jurídica, siendo en consecuencia una voluntad heterónoma respecto a ese orden. La libertad jurídica, por otra parte, no consiste en la independencia de la necesidad natural, sino en la sujeción a un orden que haga comprensible las relaciones humanas. La voluntad jurídica entonces es, una vez más, heterónoma respecto al orden de las relaciones humanas.

3. *Creación Jurídica*

La libertad jurídica, está dada por la posibilidad de escoger los medios y establecer las normas para satisfacer las necesidades, en un orden que asegure la convivencia armónica entre los hombres. Es entonces libertad para crear la ley o la norma antes inexistente o indeterminada. En la Crítica del Juicio, Kant, presta atención al acto de creación concurrente con la facultad de juzgar. El juicio –anota Kant– es la facultad de pensar lo particular como contenido en lo universal. Si lo universal es dado, el juicio subsume y el juicio es determinante. Si lo particular es dado, entonces el juicio asciende de lo particular a lo general, y el juicio es reflexivo. (Kant. 122-124). El acto de creación (que es siempre estética) se da en éste último caso cuando ante la contemplación de lo particular se alcanza a distinguir un orden de mayor comprensión, amplitud o generalidad que aparece al intelecto en el momento en que se logra poner en concordancia sucesos o cadenas de sucesos disímiles o ajenos entre sí incluyéndolos como parte de un todo ordenado que los comprende a todos, de modo tal que lo aparentemente desintegrado encuentra armonía y plenitud en el nuevo

orden, sometido a distinta legislación. "... la posibilidad descubierta de unir dos o más leyes empíricas y heterogéneas de la naturaleza bajo un principio que las comprenda a ambas es el fundamento de un placer muy notable, a menudo hasta de una admiración..." (Kant, *Critica del Juicio*. Prólogo VI, p. 139).

Es así como o es así porque... "el concepto de libertad debe realizar en el mundo sensible el fin propuesto por sus leyes, y la naturaleza, por tanto, debe poder pensarse de tal modo, que al menos la conformidad a leyes que poseen forma, concuerde con la posibilidad de los fines, según leyes de libertad, que se han de realizar en ella". (Kant. *Critica del Juicio*. Prologo II, pág. 116).

A través de la acción jurídica, por una parte, deben establecerse las normas de un orden que permita la satisfacción las necesidades vitales, (lo cual interesa a la comunidad), y que hagan posible asimismo la consecución de los objetivos individuales o fines colectivos; y, por otra parte, debe concordar la determinaciones de la voluntad jurídica y los actos, con la diversidad de los usos, costumbres o creencias en mandatos contenidos en leyes divinas, naturales o de la historia, todo lo cual constituyen parte fundamental de los problemas a cuya solución debe atender la acción jurídica racional.

La acción jurídica racional, es entonces un ejercicio creativo puesto que ha de encontrar la ley de un orden que comprenda armónicamente –todas las veces y en cada caso–, las múltiples creencias respecto a los contenidos de las leyes divinas y naturales que sustenta las diversas religiones, ideologías, doctrinas o teorías; debe concordar las tendencias opuestas o contrarias en la pugna de las voluntades orientadas a procurar la satisfacción de necesidades vitales, uso y goce de los bienes y recursos naturales o sociales; y finalmente, conjugar las energías colectivas en torno a la diversidad de proyectos individuales y colectivos aplicados a la consecución de fines deseables en el

futuro próximo o lejano o las tradiciones de que esas mismas tendencias se alimentan.

La acción jurídica racional es efectivamente racional si el juicio que sustenta es el resultado del diálogo, la deliberación y el acuerdo.

4. *Fundamentos de la acción jurídica racional*

Si, como dice Kant, cada ser humano es un fin en sí mismo, resulta entonces que el supuesto en que se sustenta el razonamiento jurídico, –que precede a la acción racional–, se encuentra en el reconocimiento de la *igualdad de las personas en la capacidad jurídica racional*, que habilita para distinguir lo justo de lo injusto. Solo es capaz de calibrar los propios actos y juzgar equilibradamente la conducta ajena quien se sabe igual a aquel cuyos actos escruta, comprende y califica, y, tiene, en consecuencia, por esa misma razón, una medida para calibrar los propios actos; no podrá juzgar equilibradamente quien se siente inferior o superior, porque en el primer caso anulará la capacidad crítica respecto a los actos ajenos y en el segundo respecto a los propios.

El supuesto del ejercicio jurídico normativo, –también previo a la acción–, es la **libertad de la voluntad**, en la medida que solo puede decidir algo respecto al uso y disfrute de los bienes comunes, aquel cuya voluntad no depende de otro y en consecuencia no tiene traba o impedimento para deliberar, acordar, convenir y determinarse en uno u otro sentido o para actuar de una u otra manera¹⁹.

La condición y consecuencia de la acción jurídico-política es la *responsabilidad*, es de-

19 [En la cuna de la democracia, la Atenas de Pericles: solo los hombres libres participan en la vida política y en consecuencia opinan y deciden sobre lo que interesa al destino común; solo los hombres libres porque la participación política está negada a los esclavos y a los extranjeros].

cir, la capacidad de responder racionalmente, responsabilidad que –de acuerdo a la ética Socrática– consiste en saber dar cuenta y explicar racionalmente los propios actos en cuanto interesan a uno mismo o afectan a otros, y es, por otra parte, –conforme a las previsiones aristotélicas–, el fundamento de la ley jurídica que hace posible la vida en comunidad.ⁱⁱⁱ

Sobre las creencias: en la igualdad y la libertad cabe la asunción de responsabilidad por los propios actos y la inquisición de responsabilidad atribuible a los actos ajenos. Porque... ¿Cabría asumir responsabilidad o reclamarse responsabilidad a quien no es capaz distinguir entre lo justo y lo injusto o no puede expresar libremente una determinación de voluntad y decidir y actuar?. Ciertamente no. Y esa es la razón por la cual la ley penal declara inimputables a quienes están en cualquiera de esas situaciones, y la ley civil niega efectos al acto celebrado por persona incapaz de expresar su voluntad.

A partir de la conjunción de las creencias en la igualdad y libertad de todas las personas, que constituyen asimismo supuestos lógicos, será posible la reflexión jurídica racional y en base a esa reflexión comprender las relaciones humanas en relación tanto a la satisfacción de las necesidades individuales, como a los requerimientos de una vida en comunidad. Tal comprensión debe conducir a la acción jurídica racional, es decir, a la acción jurídica responsable, en pos de la construcción de una comunidad humana justa, cuya edificación a todos compromete.

No siempre ocurre así.

iii Sócrates asegura que la injusticia es ignorancia porque nadie puede explicar, dar cuenta y justificar racionalmente la ejecución de actos injustos;... quien causa un daño lo hace porque no alcanza a comprender el daño que ocasiona. Aristóteles, con sentido práctico, aduce que antes que saber qué es lo justo, conviene saber hacer lo justo, porque esa es una condición insalvable para la vida en comunidad.

IX. *Realismo Jurídico*

1. *Paternalismo, autoritarismo, totalitarismo*

La reflexión jurídica racional, sin embargo, no es posible cuando se profesan creencias paternalistas. El espíritu paternalista, sintiéndose repositorio de toda sabiduría, niega la igualdad en el uso de la razón jurídica, cuyo monopolio y exclusividad reclama para sí. Tampoco es posible cuando priman criterios autoritarios. El autoritario en nombre del orden necesario para el desarrollo de las actividades humanas, niega la libertad de las personas para participar en la toma de decisiones que comprometen a la comunidad. Menos aun cuando dominan creencias totalitarias. El totalitario invocando la determinación de los hados del destino niega todo ejercicio racional, toda libertad política y toda responsabilidad humana. Las vertientes que alimentan esas posturas son muchas.

El fundamento de las creencias paternalistas radica en que entiende que la justicia es una entidad metafísica, valor supremo, o principio universal, o eterno cuyo conocimiento y cabal comprensión estaría reservado a los pocos hombres que la alcanzan por la gracia de Dios; por poseer una sabiduría entregada como un excepcional don natural; al haberla adquirido por la práctica; o gracias a profunda reflexión; o por el estudio. La misión entonces es indicar bondadosamente al resto de los hombres el camino a seguir. Tal supuesto niega la capacidad jurídica racional a quienes no pertenecen al elenco, esfera académica, culta, aristocrática dominante. Entonces mengua, eriaza, esteriliza la capacidad jurídica racional y el ejercicio crítico individual y colectivo, sometidos a tutela.

El autoritarismo asume que hay un conjunto atributos, facultades, poderes, deberes, obligaciones o derechos que tienen validez y vigencia universales porque son inherentes a la condición o naturaleza humana, atributos, po-

deres, obligaciones y derechos de cuya validez no se puede dudar, porque los avala la indiscutible autoridad de alguna doctrina jurídica que señala su calidad, extensión, amplitud y límites, y por último determina las normas y reglas que garantizan su preservación y ejercicio, normas reglas y procedimientos a los cuales no puede dejar de prestarse obediencia si se quiere asegurar el desenvolvimiento de las actividades individuales y colectivas, en los márgenes límites del orden que por consiguiente la autoridad debe imponer para evitar el caos. El autoritario –poseedor de la verdad así alcanzada– reclama como suya la autoridad que él atribuye a sus mentores y no admite crítica o creencia distinta a la que profesa; actúa entonces en nombre del orden de cuya justicia no duda, no duda porque nadie duda de lo que cree, no duda tal vez porque no piensa, y como no duda inútil es el diálogo, la deliberación, el acuerdo o el convenio: la libertad es superflua. El autoritarismo es formal, abstracto, pragmático, puro, normativo: en cualquiera de sus vertientes, reclama orden, obediencia y nada más.

Para el totalitarismo la justicia emana de la divinidad, el destino, el azar o la historia y la humana justicia se consuma en el acatamiento del orden de fines así determinados, fines que no pueden doblegarse o contradecirse. La razón es inútil porque el orden es ajeno, la libertad remota y dependiente, la responsabilidad inexistente. El totalitarismo es utópico. La utopía es fácil, cómoda: no pertenece a este mundo^{iv}.

El realismo jurídico niega entonces que las creencias en la igualdad, libertad y responsabilidad de todas las personas –tal como están

iv *Quien permita que el mundo o la parte de él en que vive, elija por él su plan de vida no precisa de más facultades que la de la imitación, como los monos. Quien escoge un plan por sí mismo echa mano de todas sus facultades, pues deberá emplear la capacidad de observación, para entender; el razonamiento y el juicio para preveer y tener en cuenta una serie de hechos materiales antes de la decisión, y recurrir al discernimiento para resolver; y una vez tomada la determinación contar con la firmeza y el dominio de si mismo...* (S. Mill. *Sobre la Libertad*, p. 145.

planteadas aquí– constituyen el fundamento del razonamiento y acción jurídica.

X. *Aporias del Realismo Juridico*

1. *Conservadurismo*

La igualdad, cuestiona el privilegio alcanzado, lastima al espíritu de grupo, resta mérito y justificación, llama a la mala conciencia. ¿Cómo admitir que el más desdichado de los delincuentes, el más oscuro de los servidores o más ínfimo de los hombres es tan capaz de distinguir entre lo justo y lo injusto como el más encumbrado de los personajes?.

La libertad, pone en duda la intangibilidad el orden establecido, explora otras opciones, propugna el cambio, imagina un nuevo orden distinto al anterior, un nuevo acuerdo, en todo momento reclama el necesario reajuste que reclaman las relaciones humanas, pero... ¿Cambio?, ¿Por qué? ¿Para qué? Si todo está bien. ¡Todo está en orden!.

La responsabilidad amedrenta al ejercicio del poder instituido, inquiere, evalúa el beneficio obtenido o el desmedro producido. ¿Yo?, ¿A mí?, ¿Al que ejerce el poder? Entonces igualdad, libertad y responsabilidad son negadas de plano, sutilmente transformadas, vigorosamente combatidas o violentamente suprimidas. Se encasilla, sataniza o niega entonces la reflexión y acción jurídica racionales.

Se imponen criterios paternalistas, autoritarios o totalitarios que son expresión del conservadurismo.

2. *Igualdad ante la Ley*

Muchas veces se invoca el principio de igualdad, pero no suele entenderse como la afirmación de la creencia en la igual capacidad de las personas para hacer uso de la razón jurídica y reflexionar sobre lo que es justo e

injusto, sino la igualdad en el sometimiento al orden que la ley: divina, natural, humana, social, estatal o cualquier otra establece.

Hay algunas razones que indican que el principio de igualdad ante la ley en sí mismo contradictorio, porque las leyes –cualquiera de ellas y cualquiera sea el origen que se les atribuya– se establecen no en cuanto los hombres son iguales sino precisamente en cuanto son desiguales, es decir, diversos, diferentes, distintos unos de otros; y es justo que sea así, porque siendo distintas las labores, ocupaciones; diversos los intereses, y aficiones; distintos los roles que a cada cual cabe en esas labores, ocupaciones comunes o compartidas, es necesario el establecimiento de leyes que fijen las reglas del orden necesario para la convivencia humana en la diversidad, convivencia que gracias a esa diferencias y a la diversidad de intereses, propósitos y ocupaciones se enriquece y alcanza plenitud cuando las acciones se coordinan y conjugan.

3. *Igualdad de derechos*

La declaración de que todas las personas tienen iguales derechos, facultades, potestades, deberes y obligaciones, es asimismo contradictoria. Es obvio que derechos, facultades, deberes y obligaciones están diversamente distribuidos. No a todos los individuos, ni en todo momento pueden serles atribuidos los mismos derechos, facultades, obligaciones o potestades, ni a todos les pueden ser imputadas las mismas responsabilidades. Es claro que unos derechos, potestades, facultades, deberes y obligaciones corresponde a los padres y otros a los hijos; unos a los abogados y otros a los litigantes; unos a los médicos y otros a los pacientes; unos a los propietarios y otros a los asalariados; unos a los gobernantes y otros a los gobernados; unos a los periodistas y otros a los lectores, y así respecto a cada una de las distintas labores que impone la necesaria división del trabajo y distribución de labores y funciones. Los hombres ciertamente no tie-

nen los mismos derechos, facultades, deberes, obligaciones, sino distintos. No tienen iguales derechos sino diversos. Y es correcto que así sea. No puede ser de otra manera.

4. *Libertades*

No otra cosa puede decirse de las denominadas “libertades” de prensa, expresión, tránsito, reunión, culto que pertenecen a los periodistas, comunicadores, políticos, viajeros, creyenteso colectividades organizadas y en cuanto están organizadas, y es obvio que no hacen la igualdad sino la diferencia, pues tales libertades no son iguales para todos ni a todos interesan por igual.

Es justo que esos derechos, libertades, potestades, facultades o deberes y obligaciones sean regulados para ordenar las relaciones humanas y es justo el afán de asegurar su preservación y defensa, pero no es cierto, ni es jurídicamente razonable asegurar que la igualdad entre los hombres radique en la desigual y diversa distribución de derechos, facultades, potestades, deberes y obligaciones que justamente determinan las leyes.

5. *La diversidad y diferencia*

Si los hombres fueren iguales –en algo distinto a la capacidad jurídica racional– no sería necesario el establecimiento de ninguna ley, pues nada hay que regular ni reglar en cuanto a la igualdad, sino en cuanto a la diversidad.

Y por eso, porque derechos y libertades están diversamente distribuidos, han de ser sometidas permanentemente a examen, evaluación y crítica. En ello radica la capacidad jurídica racional. La capacidad de juzgar que a todos pertenece.

Si la única capacidad atribuible a todos los individuos del género humano es la capa-

cidad de juzgar, la capacidad de hacer uso de la razón jurídica para distinguir lo justo de lo injusto, entonces la libertad está dada por la posibilidad de hacer uso de esa capacidad para dialogar, deliberar y decidir en condiciones de igualdad. Para hacerlo justamente hay que obrar con responsabilidad.

XI. Epilogo

El ensayo, sobre el método jurídico y la acción jurídica racional, no debe conducir a ninguna conclusión sino solamente a un epílogo, no para resumir lo escrito que escrito

está, sino para perorar sobre lo omitido, implícito o tal vez obvio: el método jurídico no constituye un conjunto de reglas y procedimientos para alcanzar el conocimiento, (como es el caso del método científico), sino para dirigir el razonamiento y la reflexión jurídica que conduce al juicio que sirve de fundamento a la acción (jurídica, racional) a través de la cual se crea la norma jurídica. La Jurisprudencia no es un conjunto de conocimientos sino de conclusiones justas y racionalmente fundamentadas. La Jurisprudencia es sobre cualquier otra consideración, una práctica, no una teoría, porque sobre lo justo o injusto solo es posible reflexionar y solamente cabe actuar.

BIBLIOGRAFÍA Y OBRAS CITADAS

- ALIGHIERI, Dante
1980 *Sobre la Lengua vulgar*. (En su *Obras completas*). Madrid. Editorial Católica.
- ARISTÓTELES
1998 *Tratados de Lógica*. Editorial Clásica Gredos. Madrid. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés.
2002 *Ética a Nicómaco*. Edición bilingüe y traducción de María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- BERLIN, Isaías
1974 *Libertad y necesidad en la historia*. Traducido al español por Julio Bayon. Revista de Occidente. Madrid.
- CASSIRE R, Ernest
1997 *Antropología filosófica*. Fondo de Cultura Económica. México.
- CICERÓN
1982 *Obras políticas. Sobre la república – las leyes*. Introducción, traducción y notas de Álvaro D'ors y Carmen
- Teresa Pabón de Acuña. Editorial Gredos Madrid.
- DESCARTES, Rene
1998 *Discurso del Método. Meditaciones Metafísicas*. Madrid. Traducción: Manuel García Morente. Editorial Boreal.
- JENOFONTE
2007 *Recuerdos de Sócrates y Diálogos*” Introducción, traducciones y notas de Juan Zaragoza. Editorial Gredos. Madrid 1982. RBA Coleccionables. Barcelona.
- HABERMAS, Jürgen
1999 *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona. Traducción: Juan Carlos Velasco Arroyo. Gerard Vilar Roca. Ediciones Paídos Ibérica.
- KANT, Inmanuel
2004 *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*. Introducción: Luis Martínez Velasco. Espasa Calpe. Madrid.

- 1958 *Critica del Juicio*. Traducción de Manuel García Morente. Librería general de Victoriano Suarez. Madrid.
- KOSCHAKER, Pablo
1955 *Europa y el Derecho Romano*. Edit. Revista de Derecho privado. Madrid.
- MILL, J.S.
1984 *Sobre la libertad*. Sarpe, Madrid.
- NIETZSCHE, Friedrich
2000 *Genealogía de la moral*. Introducción, traducción y notas de Andrés Sánchez Pascual. Madrid. Alianza Editorial.
1999 *La filosofía en la época trágica de los griegos*. Traducción, prólogo y notas Luis Fernando Moreno Claros. Valdemar.
- PETIT, Eugene
1971 *Derecho Romano*.
- PLATÓN
1998 *Diálogos*. V. Parménides, Teeteto, Sofista, Político. Traducción introducción y notas por Ma Isabel San Cruz, Álvaro Vallejo Campos, Nestos Luis Cordenó. Editorial Gredos. Madrid.
- POPPER, Karl
2006 *La sociedad abierta y sus enemigos*. Traducción de Eduardo Loedel. Ediciones Paidós Ibérica. Barcelona.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques
1985 *El contrato social*. Madrid, Sarpe.
- SCIALOJA, Vittorio
1954 *Procedimiento Civil Romano*. Editorial Ejea. Buenos Aires.
- TOCQUEVILLE, Alexis
1996 *La democracia en América*. Traducción. Luis R. Cuéllar. Fondo de Cultura Económica. 1957. 8a. reimpresión. México.
- TUCÍDIDES
2006 *Historia de la guerra del Peloponeso*. Introducción traducción y notas de Juan José Esbarranch. Editorial Gredos. Madrid.
- WEBER, Max
1919 "La política como vocación"
<http://disenso.info/wp-content/uploads/2013/06/La-politica-como-vocacion-M.-Weber.pdf>