

LOGOS DE LO HUMANO, EXPERIENCIA JURIDICA Y DERECHO

SUMARIO.—1. El hecho de la deliberación y de la argumentación, como punto de partida para una teoría del logos de lo humano.—2. Precedentes en la dialéctica de la Antigüedad Clásica.—3. Renacimiento contemporáneo de este tema: Viehweg; Perelman.—4. La “experiencia jurídica”. Ensayo de mayores y más rigurosas precisiones sobre este concepto.—5. Aventuras de la noción de “experiencia”.—6. Ensayo de una primera descripción global o de conjunto de la “experiencia jurídica”.—7. Algunos datos de la “experiencia jurídica”.—8. El logos de lo razonable o de lo humano y los temas sobre la interpretación del Derecho y sobre la legislación.—9. Conclusión.

1. *El hecho de la deliberación y de la argumentación, como punto de partida para una teoría del logos de lo humano.*

El autor del presente trabajo no es kantiano ni neo-kantiano; pero como cualquier filósofo, por modesto que éste sea, sabe que, aun considerando el kantismo como una filosofía del pretérito, de ella hemos aprendido algunos pensamientos y algunas verdades que hasta sobreviven incólumes, a pesar de que la obra de Kant haya sido superada. Pues bien, yo querría plantear el problema del *logos de lo humano*, partiendo de un *factum*: del hecho, que ningún filósofo ha fabricado, antes bien se encuentra con él como ante algo *dado*, de que frente a problemas familiares, domésticos, políticos, jurídicos, económicos, etc., los hombres deliberan, argumentan, ponderan unas razones frente a otras, buscan no la verdad, no la verdad exacta, evidente, o demostrable rigurosamente, indiscutible, sino una solución práctica aceptable, *la más prudente* que quepa encontrar, la que parezca adecuarse mejor a los términos de las cuestiones planteadas, la que se repunte como más satisfactoria, la que se juzgue como más sensata, la que se estime como más justa, y que además se presente como viable.

Este *factum* no lo hemos fabricado los filósofos, no constituye una elaboración doctrinal, ni una teoría, no representa el resultado de una interpretación intelectual. Por el contrario, es eso, lo que dije, un

factum, un hecho ante el cual nos hallamos. Y, ante ese hecho, lo que debemos intentar es esforzarnos por entenderlo, por hallar la "peculiar razón" que lo rige, o, mejor dicho, que lo dirige. O, expresando lo mismo de otra manera, no vamos a llegar al intento de explicación o de comprensión de este hecho, partiendo de unos principios previos y superiores dentro de una construcción filosófica sistemática antecedente, de modo que el estudio de esa zona de la *deliberación y argumentación razonables* constituyese algo así como un capítulo de esa visión filosófica total. Claro que lo que se consiga explicar o comprender de ese logós práctico, eso será ya filosofía, será ya doctrina, será ya intento o ensayo de entender ese objeto. Pero el objeto que debe ser estudiado, ese no lo hemos producido nosotros, no lo ha engendrado ningún filósofo, antes bien, constituye un dato con el que nos topamos.

Kant escribió tres *Críticas*, cada una de las cuales partió respectivamente de un *factum* específico. La *Crítica de la Razón Pura* intentó explicar y justificar el conocimiento físico-matemático de su época. Kant no inventó el la ciencia físico-matemática en la situación que ésta tenía en su época, en la elaboración de Newton. Allí estaba la física de Newton, que presentaba coherencia, pruebas, demostraciones y verificaciones, a primera vista plausibles, y que, además, mostraba su eficacia a través de sus derivaciones o hijuelas técnicas. Con respecto a ese hecho cabían dos actitudes: a) la de no interesarse por él, la de dejar que siguiera operando por su propia cuenta; es decir, la actitud no filosófica, la renuncia a tratar de ese hecho; b) el intento de explicar, de comprender, ese hecho de la ciencia físico-matemática de la naturaleza, de explicar cómo ella es posible, o, lo que es lo mismo, de comprender cuáles son sus fundamentos, cuáles son sus razones, y cuáles son sus títulos de validez, así como, al mismo tiempo, cuáles sean sus limitaciones; esto es, la postura auténticamente filosófica, que fue la asumida por Kant y que engendró su *Crítica de la Razón Pura*, gran tratado de teoría del conocimiento sobre la ciencia físico-matemática.

Kant se encontró además ante otro hecho: el que él llamó el *factum* moral: el hecho de una actividad espiritual que puede llamarse "conciencia moral". El hombre oye dentro de sí lo que se llama la voz de la conciencia moral, a través de la cual se formulan juicios morales, y a través de la cual se apunta a realidades trascendentes, por entero distintas de los fenómenos de la naturaleza, y a través de la cual aparecen "razones"; pero razones diferentes de los principios del conoci-

miento, diferentes de los principios lógicos de la razón pura aplicada al conocimiento de la naturaleza, diferentes de la razón encaminada a explicar los fenómenos. El *factum* moral incluye una serie de calificaciones: bueno, malo, moral, inmoral, meritorio, pecaminoso, etcétera. Y todos esos calificativos son aplicados al hombre y a su comportamiento. Algunos—por cierto, de modo muy discutible— han señalado como características de la moral kantiana las siguientes: racionalismo a ultranza, formalismo puro, y rigorismo estricto. Prescindamos ahora de ocuparnos de las dos últimas notas (formalismo y rigorismo) y constriñámonos tan sólo a aludir, meramente de pasada, a eso del “racionalismo” de la ética kantiana. Ciertamente que la “*Crítica de la Razón Práctica*” y las otras obras de Kant dedicadas a los mismos problemas, constituyen una rigurosa construcción estrictamente racionalizada de filosofía ética. Pero el *punto de partida* de la meditación kantiana sobre la ética, no es un principio racional, antes bien, el hecho de que uno se encuentra ante la conciencia moral, es ese *factum* moral, y en ese hecho pululan y operan principios y “razones” diferentes de los principios y de las razones que operan en el conocimiento científico de la naturaleza, y en la teoría filosófica de ese conocimiento científico. Por otra parte, recordemos que más allá de la filosofía ética de Kant, pero procediendo de la misma, se abren vías para entrar en contacto directo con realidades trascendentales, nouménicas—la libertad, la inmortalidad, Dios—, mediante lo que Kant llamó “postulados de la razón práctica”. Entre el *factum* moral, que constituye el punto de partida, la estación de arranque, el dato para la filosofía ética, y, por otra parte, las derivaciones ulteriores de ésta que abren un nuevo camino a la metafísica—la cual había resultado inaccesible por las vías de la mera razón pura teórica—hay ciertamente una construcción racionalizada. Pero esa construcción racionalizada tiene como punto de arranque no unos principios racionales, antes bien un hecho, un hecho de experiencia íntima: el hecho de la conciencia moral. Y más allá de esa construcción racionalizada se otea un horizonte, el cual, si bien inabordable para la razón pura teórica, en cambio es postulado por la razón práctica.

El hecho de la finalidad en la estética y en la naturaleza, suscitó la tercera de las críticas kantiana, la *Crítica del Juicio*.

Ahora bien, hoy en día estamos cobrando, o, mejor dicho, recordando, conciencia de otro *factum*: del *factum* de los asuntos humanos (sociales, políticos, jurídicos, económicos, etc.) sobre los cuales los

hombres deliberan, discuten, argumentan, y se esfuerzan por atinar en una solución, respecto de la cual no se puede predicar la nota de *verdad* ni su contraria de mentira, o *falsedad*, la de exactamente acertada o notoriamente errónea; ni la calificación de absolutamente buena o absolutamente mala; antes bien, otros tipos de calificaciones: la que parece más justa, más adecuada, más conveniente, más fructífera, más eficaz, más apropiada, menos peligrosa, más humana, más sensata, más discreta, más circunspecta, más cuerda, más juiciosa, más cauta, con mayor dosis de buen sentido, más prudente, más viable, etc. Con esa larga lista de adjetivos, entre los cuales hay dimensiones de sinonimia, pero también algunos matices diferenciales, no intento en manera alguna una exhibición lexicográfica. Mi propósito, al presentar ese largo elenco de adjetivos, ha sido otro: el de llamar la atención hacia el hecho de que real y efectivamente en el lenguaje—y, por lo tanto, también en los productos y en el pensamiento humanos—, se usan tales calificaciones. Y parece que los hombres aceptan que tales calificaciones tienen sentido, y ciertamente un sentido estimable, un sentido justificado; el hecho de que esas connotaciones no constituyan simplemente palabras, antes bien, factores operantes de un modo real y efectivo en muchos asuntos humanos.

2. *Precedentes en la dialéctica de la Antigüedad Clásica.*

Cierto que el descubrimiento de ese *factum*, de hecho del razonamiento en los asuntos humanos no es de hoy. Por el contrario, es muy añejo y tiene sus antecedentes de la dialéctica, tópica y retórica en la antigüedad clásica griega (sobre todo en Aristóteles) y también latina (p. e. Cicerón), en los desenvolvimientos del Derecho romano por obra de los jurisconsultos y especialmente del pretor; en la teoría de Santo Tomás sobre la prudencia; en la obra de los glosadores (Accursio, Bartolo, etc.); en la de los post-glosadores y en la de los comentaristas; en las elaboraciones de Vico. En el presente, varios filósofos, por ejemplo y sobre todo, Theodor Viehweg, Chaim Perelman y R. McKeon, han llamado enérgicamente la atención hacia los antecedentes de ese tema, y han restaurado, claro que con modificaciones e innovaciones, esas doctrinas aristotélicas, ciceronianas, tomistas, etc., dándoles una nueva actualidad de primer plano.

Las cuestiones relativas a los razonamientos para decidir los problemas prácticos, que conciernen a la conducta humana en materia social, política, jurídica, económica, constituyeron ya uno de los puntos

centrales en los desarrollos de los sofistas (1). Aparte de lo mucho que haya de travesura y de pirueta intelectuales en el pensamiento de los sofistas, aparte de las dimensiones deleznable y peyorativas que caractericen a éste, sin embargo, en él se halla presente un tema de enorme calibre y de largo alcance: el tema de la argumentación, del razonamiento, que se encamina a tratar problemas prácticos de la vida humana social, y de hallar para éstos la solución más adecuada. Descontemos, desde luego, las dimensiones negativas de ese pensamiento de los sofistas, en tanto que cultivaron el virtuosismo de la contienda, y desembocaron en actitudes unas veces nihilistas, otra veces cínicas. Pero retengamos el hecho de que ellos plantearon la preocupación sobre esos temas humanos prácticos. Recordemos que, en fin de cuentas, el pensamiento de Sócrates se originó sobre todo por esa preocupación, elevando el tema de lo humano a un tratamiento honesto, riguroso y noble.

Aquellas actividades y enseñanzas de los sofistas, relativas al tratamiento de problemas de conducta humana práctica, e incluso algunas ideas de Sócrates a este respecto, fueron englobadas bajo la denominación de "retórica", en tanto que se encaminaban a desenvolver y cultivar el arte de la persuasión, especialmente para las discusiones políticas y las controversias jurídicas. Pero, junto a esa denominación de "retórica", se fue abriendo camino en el pensamiento griego también otro nombre, el de "dialéctica", término mucho más adecuado y, sobre todo, más expresivo, en el sentido de discurso o intercambio entre dos o más oradores, que respectivamente expresan dos o más posiciones u opiniones; es decir, propiamente, en la acepción de diálogo o de deliberación. Esta concepción de un pensar interpersonal, basado en la confrontación o discusión, aparece embebido en el mismo término: *diá y légein*. Jenofonte atribuye a Sócrates una definición de la discu-

(1) Véase: GOMPERZ (H.), *Sophistik und Rethorik*, 1912; KAFKA (G.), *Die Vorsokratiker*, 1921; FISCHER (Alois), *La Filosofía Presocrática*, en *Los Grandes Pensadores*, Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires-México, 1938; PRANTL (Carl), *Geschichte der Logik im Abendlande*, tomo I, 1955; LLAMBIAS DE AZEVEDO (Juan), *El Pensamiento del Derecho y del Estado en la Antigüedad: desde Homero a Platón*, Buenos Aires, 1956; GARCÍA MAYNEZ (Eduardo), *El Derecho Natural en la Epoca de Sócrates*, en *Ensayos Filosófico-Jurídicos*, Universidad Veracruzana, Jalapa, México, 1959; TRUYOL y SERRA (Antonio), *Historia de la Filosofía del Derecho: De los Orígenes a la Baja Edad Media*, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1954; SÁNCHEZ DE LA TORRE (A.), *Los Griegos y el Derecho Natural*, Editorial Tecnos, Madrid, 1962.

sión dialéctica, la cual destaca la relación entre el "clasificar" (*diálégein*) y el "discutir" (*dialégesthai*). Se llama discusión por virtud de la práctica de reunirse para deliberar en común (2).

Sucede, empero, que en las primeras etapas de la dialéctica en el pensamiento griego ella se presenta con diversas significaciones, a veces incluso contradictorias. Sin ignorar esa diversidad de sentidos o de acepciones, aquí me importa subrayar preferente y especialmente la siguiente significación: dialéctica como método para tratar sobre la mayor o menor probabilidad de las *opiniones en materia práctica*, principalmente moral, política y jurídica, en vista a hallar la solución relativamente de mayor prudencia. Esta es la acepción que predomina en el pensamiento de Aristóteles (3), en el cual dialéctica no coincide con demostración científica, no coincide con razonamiento apodíctico, sino que significa esfuerzo dirigido a encontrar la solución más adecuada y prudente de un problema práctico sobre el cual se manifiestan opiniones divergentes. Propiamente, en sentido riguroso, la *demostración científica* no es un pensar entre dos personas. No es un diálogo; por el contrario, la demostración científica se basa sobre las causas y sobre la naturaleza de las cosas. En cambio, el pensamiento entre dos personas, suscitado por el choque entre dos o más opiniones, se encamina a hallar el equilibrio entre tesis opuestas, a aprehender las lecciones de la experiencia. Mientras que el razonamiento estrictamente científico, rigurosamente deductivo, de construcción sistemática, intenta llegar a la verdad auténtica (que es una); por el contrario, el pensamiento dialéctico arranca no de premisas indiscutibles y evidentes, antes bien, de opiniones respetables, e intenta, ponderando cada una de ellas, darse cuenta de a cuál corresponda un mayor grado de probabilidad o de prudencia, o intenta elaborar una síntesis, que armonice o que lleva a cabo un compromiso aceptable y conveniente entre posiciones que parecían irreductiblemente antitéticas.

Cierto que es un dato por todos conocido el hecho de que en temas de lógica, Aristóteles no sólo creó la obra monumental del *Organon*, que justificadamente podría considerarse como un genial tratado del

(2) Véase: JENOFONTE, *Memorables*, IV, 5, 2; LAERTIUS (Diógenes), *Lives of Eminent Philosophers*, trad. de Yonge, en Bohn's Classical Library, VIII, 57, y IX, 5, 12. Es excelente sobre estos temas el trabajo de MCKEON (Richard), *Dialectic and Political Thought and Action*, en *Ethics: An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol. LXV, núm. 1, oct. 1954.

(3) Véase: ARISTÓTELES, *Tópica*, I, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, y 8; *Ética Nicomaquea*, VI, 3, 5, 7 y 11; *Retórica*, I, 9.

pensamiento apodíctico o sistemático, sino que produjo además la *Tópica* y la *Retórica*, las cuales se ocupan del campo de lo dialéctico —en el sentido antes indicado, esto es, en el sentido de tratamiento, por vía de *argumentación*, de problemas de conducta humana práctica. Aristóteles acentuó que las conclusiones que se buscan y se sacan mediante la *tópica* o *retórica* son solamente conclusiones dialécticas y no constituyen un pensamiento apodíctico. Se trata de algo parecido a lo que con terminología contemporánea algunos solemos llamar *logos de lo humano o de lo razonable*. Pero sucedió que esta contribución aristotélica que permaneció vigente a través de la Antigüedad cristiana y del Medioevo, fue olvidada en los siglos XVII y XVIII por virtud de la invasión del espíritu cartesiano, excepto una reivindicación de la *tópica*, *retórica* o *dialéctica* llevada a cabo por Vico—precisamente con vista a los menesteres de la jurisprudencia (4).

No cabe aquí, dentro del limitado espacio de este artículo, hacer un análisis total de las aportaciones de Aristóteles al tema de la dialéctica o retórica o *tópica*; pero sí conviene recordar algunos de los puntos por él desenvueltos. El análisis de las conclusiones dialécticas muestra lo siguiente: tales conclusiones no se diferencian de las apodícticas desde el ángulo formal. Tales conclusiones son correctas en su aspecto formal. Las conclusiones *dialécticas* se diferencian de las otras clases de conclusiones más bien por la *índole de sus premisas*. Conclusiones dialécticas son aquéllas que tienen como premisas opiniones respetables, que parecen fundadas y aceptables (*endoxa*). Gran importancia tiene la observación hecha por Aristóteles de que, mientras el pensamiento apodíctico parte de premisas generales e indiscutibles, por el contrario, el pensamiento dialéctico, es decir, todo debate, surge de proposiciones concretas en torno a problemas concretos.

A pesar de la diferencia entre la lógica de lo *apodíctico*, por una parte, y la *dialéctica*, por otra, Aristóteles reconoce que en la segunda, la dialéctica, algunas veces se hace también uso de la inducción y del silogismo, aunque, como se ha dicho ya, la dialéctica tenga un fundamento diferente.

Aristóteles insiste en que la dialéctica no investiga la verdad tal

(4) Véase: VICO (Gian Battista), *De nostri temporis studiorum ratione*, edición con doble texto, el original latino y la traducción alemana *Vom Wesen und Weg der geistigen Bildung*, Godesberg, 1947; VIEHWEG (Theodor), *Topik und Jurisprudenz*, Beck Verlag, München, 1953.

y como ésta es buscada y establecida en las ciencias teóricas. Pues sucede que hay dos clases de razón: “una con la cual contemplamos de entre las cosas aquellas cuyos principios no admiten ser de otra manera; otra, con la cual contemplamos las cosas que admiten que sus principios puedan ser de índole diferente... llamemos, pues, a la una, científica; y a la otra, calculadora, porque deliberar y calcular son aquí lo mismo, pues nadie delibera sobre cosas que no admiten ser de otra manera” (5).

Aparece pues, con toda claridad, que Aristóteles distingue entre lo que llamaríamos razón pura de tipo matemático o físico-matemático, la razón de la cual él se ocupó en su *Organon*; y otro tipo de razón que, a diferencia de la primera, no tiene el carácter de exactitud, de precisión, de exclusividad, la cual es la que se aplica a problemas respecto de los que cabe una apreciación, en la que puede darse un más y un menos, un mejor o menos bueno, un peor o menos malo, y que opera no por deducciones rigurosas, antes bien por deliberación, por buen juicio, por ponderación, por apreciación, por estimación. Esta segunda clase de razón es la que se podría y aun se debería denominar el *logos de lo humano*, o mejor, de la acción humana, y, por lo tanto, de los juicios que deben presidir a ésta; o que cabría llamar también, como yo lo he propuesto, *logos de lo razonable* (6). Esta es la razón que inspira la virtud de la prudencia, la cual, como es bien sabido, Aristóteles incluye dentro de las virtudes intelectuales, pero cuyo sentido direccional, cuya intención, se refiere a los asuntos de la conducta práctica.

Aristóteles trata de un punto de gran interés: la relación entre la dialéctica y la virtud de la *prudencia*. Aristóteles se ocupa de la

(5) ARISTÓTELES, *Tópica*, I, 1 y 2.

(6) Véase: RECASENS SICHES (Luis), *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Colección “Dianoia”, Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1956; *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1956, tercera ed. 1965, cap. XXI; *Unicidad en el Método de Interpretación del Derecho*, en el Volumen-Homenaje ofrecido al Profesor Luis Legaz Lacambra en ocasión de sus Bodas de Plata con la Cátedra, Universidad de Santiago de Compostela, 1960; *Interpretación del Derecho*, artículo en la Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, 1961; *Rivoluzione teorica e pratica nell'Interpretazione del Diritto*, en la *Revista Internazionale de Filosofia del Diritto*, Roma, julio-agosto 1962; *The Logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational (Human Reason in the Making and the Interpretation of the Law)*, en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bobbs-Merril, Indianapolis, 1962.

prudencia no sólo en su *Ética Nicomaquea*, sino también en su *Tópica*. Esto pone claramente de manifiesto que la prudencia constituye una de las especificaciones más importantes del pensamiento dialéctico, o sea, del pensamiento en torno a los problemas concretos en relación con la conducta humana. Pero, además, en su *Ética Nicomaquea* (7), al tratar de las virtudes intelectuales, expone la diferenciación entre ciencia y prudencia. La ciencia se ocupa de lo que es como es de modo necesario: de las cosas que son, por necesidad absoluta, eternas, de las cosas eternas que son inengendrables e incorruptibles. “A más de ésto, toda ciencia es capaz... de ser enseñada, y todo lo que es objeto de ciencia puede ser aprendido. Toda enseñanza, por su lado, parte de conocimientos previos..., enseñando unas veces por inducción, otras por silogismo... En conclusión, la ciencia es un hábito demostrativo... Siempre que alguno tiene una convicción de cualquier modo y le son conocidos los principios, sabe con ciencia.” En otro pasaje, Aristóteles añade que, en cambio, “con relación a la prudencia podemos comprenderla considerando cuáles son las personas que llamamos prudentes. Lo propio de prudente parece ser el poder de deliberar de un modo acertado sobre las cosas buenas y provechosas para él, no parcialmente, como cuáles son buenas para la salud o el vigor corporal, sino cuáles son buenas para el bien vivir en general... Llamamos prudentes con relación a alguna cosa a los que calculan bien lo conveniente para cierto fin que no es objeto del arte.” Y, a continuación, produce Aristóteles una distinción de enorme alcance, la distinción que media entre el *conocimiento evidente o demostrado*, por una parte, y la *deliberación*, por otra parte. “Nadie delibera sobre cosas que no pueden ser de otro modo.” Toda vez que la ciencia va acompañada de demostración, y que no hay demostración de cosas cuyos principios pueden ser de otra manera (puesto que todo en ellas puede ser de otra manera), y que, en fin, no es posible deliberar sobre las cosas que son necesariamente, la prudencia no podrá ser ni ciencia ni arte. No podrá ser ciencia, porque lo que es materia del obrar puede ser de otra manera; no podrá ser arte, porque son de género distinto el obrar y el hacer... Y Aristóteles concluye que la prudencia es “un hábito práctico, verdadero, acompañado de razón, sobre las cosas buenas y malas para el hombre.” Y más adelante insiste en que la prudencia se refiere a los bienes humanos. La prudencia “tiene por objeto las cosas humanas y sobre las cuales se puede deliberar. Y, por

(7) ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, VI, 3 y 5.

esto, decimos que la obra más propia del prudente es deliberar bien; pero nadie delibera sobre las cosas que no pueden ser de otro modo, ni a ningún fin conducen, fin que sea, además, un bien obtenido por la acción. El hombre prudente es el que, ajustándose a los cálculos de la razón, acierta con lo mejor de lo que puede ser realizado" (8). Nótese que aquí no nos hallamos ante una dicotomía tajante entre lo verdadero y lo falso, sino entre lo mejor y lo menos bueno. Y, en su *Retórica*, Aristóteles dice que la prudencia es aquella virtud del entendimiento que capacita al hombre para tomar decisiones sensatas. De lo cual resulta claramente que la prudencia se refiere al juicio sobre los problemas prácticos de la conducta humana (9).

A mí me parece que Aristóteles, bajo el concepto de prudencia, ha atisbado e incluso deseavuelto en alguna medida, lo que debiera llamarse *logos de la acción humana* y que se planteó el tema de distinguir entre lo que cabría denominar subprovincias de ese *logos*. Así, se pregunta por las relaciones y las diferencias entre la ciencia política y la prudencia. Y dice: "La ciencia política y la prudencia son el mismo hábito, pero su esencia no es la misma. De la prudencia que se aplica a la ciudad cabe decir que es la prudencia legisladora; la otra (propiamente llamada prudencia) que concierne a los casos particulares, recibe el nombre común, y es la prudencia política concreta. Esta segunda es práctica y deliberativa, porque el decreto (decisión concreta) es como lo último que debe hacerse en el gobierno." Es decir: Aristóteles distingue entre una especie de razón de lo humano, aplicada a la conducta en términos generales, que es la tarea que tiene ante sí el legislador; y la razón aplicada a la decisión o resolución sobre casos concretos, lo cual en el ámbito de lo jurídico pertenece a la llamada jurisdicción (propiamente judicial o simplemente administrativa). Es a esta última a la que reserva de modo especial—aunque no exclusivo— el nombre de prudencia. "La prudencia es comúnmente entendida para denotar especialmente la que se aplica al individuo y a uno solo; y es ésta la que usurpa el nombre general de prudencia. Pero en aquellos otros casos se llama o bien economía o bien legislación, o bien política, la cual es o deliberativa o judicial." O sea, podría hablarse de una noción general de prudencia que concierne a todos los problemas de la conducta humana práctica—con excepción del concepto estricto de arte o ciencia, de adecuación

(8) ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, VI, 7 y 11.

(9) ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 9.

entre medios y fines— y que engloba las tareas legislativas, la organización política, los esquemas económicos, las resoluciones administrativas, y las sentencias judiciales; y podría hablarse también de una prudencia de sentido estricto o más restringido, que se refiere a los problemas y a las resoluciones de un individuo sobre aquello que atañe, desde el punto de vista ético a sus propias decisiones en vista del bien vivir. Más adelante, Aristóteles menciona cualidades pertenecientes al ejercicio de la prudencia: la consideración, la indulgencia, el espíritu equitativo, la comprensión, la intuición, la experiencia.

Cicerón (10) se ocupó también de estos temas, y trató del discurso o la argumentación, *ars disserendi*, que lleva al arte del juicio, llamado por él dialéctica, en su breve obra sobre la tópica. En su libro *De re publica* describió un “nuevo método” en filosofía política, que no se basa ni en la especulación acerca de un estado ideal inexistente, ni en el estudio empírico de los diversos estados existentes, sino que ofrece criterios empíricos de verificación y eficacia para las instituciones prácticas políticas. Cicerón propugnaba la elección de lo que parezca mejor, de acuerdo con el conocimiento, la sabiduría y la experiencia que se posea. Advertimos en esta parte del pensamiento de Cicerón la presencia de algunos de los rasgos más destacados y más característicos de la jurisprudencia romana.

Se ha dicho que una de las notas más importantes en el desenvolvimiento del Derecho romano es la de la primacía de la acción sobre el pensamiento puro, así como también una muy fina percepción de las singularidades concretas de cada situación. La característica de que en Roma el Derecho, más que objeto de especulación pura, fuese sobre todo factor en la vida práctica, no es sólo la expresión de un peculiar temperamento de los romanos, sino que es también algo más, y de mayor importancia: es la expresión de una especial capacidad y de un magistral dominio del *pensamiento sobre los problemas*, del tipo de pensamiento dialéctico o argumentativo. Así, en el auténtico Derecho romano y en la genuina jurisprudencia elaborada por sus grandes jurisconsultos, apenas hallamos construcciones jurídicas *a priori*, ni tampoco propósitos de sistematización. Eso no repre-

(10) CÍCERO (M. T.), *De natura deorum, De divinatione, De officiis, Topica*. Sobre la dialéctica de Cicerón, véase: MCKEON (Richard), *Introduction to the Philosophy of Cicero*, University of Chicago Press, 1950; VIEHWEG (Theodor), *Topik und Jurisprudenz*, Beck Verlag, München, 1953.

senta una casualidad, ni muchísimo menos una deficiencia. Por el contrario, constituye una clara intuición de cuál es la índole del razonamiento jurídico, índole por completo diferente de la razón sistemática, del proceso deductivo, de la construcción cerrada. La auténtica índole del Derecho y de la jurisprudencia de Roma fue por completo oscurecida, deformada, por la funesta labor de los pandectistas alemanes del siglo XIX—por muy ilustres y talentosos que ellos fuesen—, imbuídos de un prurito sistemático, rayano casi en la monotonía. Esta justa observación no implica un desconocimiento de otros muchos grandes méritos de aquellos pandectistas, en cuyas obras hallamos sin duda realizaciones y logros muy estimables. Pero sucede que los pandectistas alemanes constituyeron el *analogon*, el *pendant*, de la escuela de la exégesis en Francia, y del llamado *bealismo* (por el profesor Beale de la Universidad de Harvard en el último tercio del siglo XIX), en los Estados Unidos, en suma, de la indebida proyección del espíritu cartesiano al campo de los contenidos jurídicos. Por eso cabe exclamar con justificada razón: ¡Bienaventurados sean los jurisconsultos romanos; pero Dios se apiade misericordiosamente de tantos y tantos romanistas del siglo XIX, quienes desfiguraron la índole auténtica de la obra de los primeros!

Hay que advertir que precisamente en nuestros días va extendiéndose cada vez más y más la opinión de que las dos cumbres más altas en la historia del Derecho se hallan representadas por los jurisconsultos romanos clásicos, especialmente por el pretor, y por los jueces del *Common Law*, particularmente en nuestros días. Son muchas las opiniones en este sentido; y como ejemplo, por cierto muy egregio y representativo, recordemos a Radbruch, quien en los últimos años de su vida dio testimonio de su creciente y fervoroso entusiasmo por el juez anglosajón. Y sucede que esta opinión se basa precisamente en el hecho de que en esas dos realidades jurisprudenciales no se cayó en el nefasto prurito de un sistematismo, imposible en materia de los contenidos de la jurisprudencia, antes bien, por el contrario, se ha practicado la vía del pensamiento aporético, problemático o argumentativo. Vale la pena de señalar cómo un hecho paralelo a esta superlativa apreciación del pretor y del juez anglosajón, la estimación creciente que se muestra desde hace algunos decenios, en el campo de la filosofía moral, por la obra egregia—casuística—de los grandes penitenciaros medioevales.

El método de los más grandes jurisconsultos romanos fue el de

la dialéctica, en el sentido clásico y originario de esta palabra: la ponderación de las realidades—tratando de entender el sentido de ellas—, el darse cuenta de que cada día surgen nuevas realidades antes no previstas, la incorporación creciente a la órbita de la valoración jurídica de nuevos intereses estimados como dignos de protección. Por eso, se ha observado por muchos, entre ellos, por Miguel Reale, que no se puede encontrar en Roma, ni durante la República, ni durante el Imperio, ninguna construcción jurídica sistemática, antes bien el cuadro de una serie de instituciones particulares que fueron siendo elaboradas paulatinamente a medida y bajo el conjuro de exigencias inmediatas (11).

3. *Renacimiento contemporáneo de este tema: Viehweg; Perelman.*

Hoy en día, aquel clásico método de la dialéctica antigua ha sido reivindicado por varios iusfilósofos, entre ellos por Theodor Viehweg, Chaim Perelman y por mí mismo.

Theodor Viehweg, a través de finos y definitivos análisis, ha puesto en evidencia que el desarrollo del Derecho romano, así como de la labor tanto teórica como práctica de los jurisconsultos, no se desarrolló por la línea sistemática, antes bien, a través de los caminos de la tópica, retórica o dialéctica, es decir, del pensamiento suscitado o estimulado por los problemas prácticos en materia jurídica: tanto aquellos que requerían el establecimiento de reglas generales, o por lo menos relativamente generales—esto es, admitiendo excepciones a las mismas—, como también las cuestiones singulares que demandaban una solución concreta e individualizada. En la jurisprudencia romana las cosas se desarrollaron como si el caso planteado—cualquiera que este caso fuese—constituyera el conocimiento de toda la ciencia jurídica, la cual tuviera que ser inventada y desenvuelta a partir de se punto; es decir, en forma de una especie de continua investigación dialéctica de carácter abierto. Los juristas romanos no tomaron el Derecho como algo simplemente dado, prefabricado, antes bien, como algo que debe ser proseguido y reelaborado responsablemente, participando en esta tarea la responsabilidad entera del jurista, no

(11) Véase: REALE (Miguel), *O Conceito de "ratio naturalis" entre os Jurisconsultos Romanos e Santo Tomás de Aquino*, en *Revista de Faculdade Direiêto da Universidade de Sao Paulo*, vol. XXIV, 1943.

(12) Véase: VIEHWEG (Theodor), *Topik und Jurisprudenz*, Beck, Verlag, München, 1953.

solo ni principalmente mediante funciones intelectuales, sino, también y sobre todo, mediante funciones éticas. Los grandes juristas romanos llevaban a cabo su faena mediante un procedimiento de tanteo en el sentido de la dialéctica clásica.

Lo más importante en este *modus operandi* consiste en que en él la técnica del pensamiento se orienta hacia el *problema*. Se trata, en suma, de lo que se ha llamado *pensamiento aporético*, es decir, del pensamiento que viene suscitado por el problema que asedia y que resulta inequívoco, y que suscita aquella situación que Boecio llamó *dubitatio* (13). *Se reconoce el problema*—de conducta humana práctica—como algo *dado*, y como algo que *nos dirige*, es decir, como lo que suscita o pone en marcha al pensamiento. El pensamiento sobre los problemas, el pensamiento problemático, se diferencia netamente del pensamiento sistemático. Podríamos describir el pensamiento sistemático—o al menos el ideal o *desideratum* de éste—de la siguiente manera: se arranca de una premisa evidente, autosuficiente, irrefragablemente necesaria, de la cual por vía de derivación deductiva son inferidas toda una serie de proposiciones concatenadas orgánicamente entre sí. Desde el punto de vista del *sistema*, si uno cree tropezar con un problema que no quepa dentro de aquél, debe rechazar tal problema por considerarlo como mal planteado. Si se supusiese el caso extremo de que no hubiera nada más que un solo sistema, entonces todos los problemas serían clasificados y articulados dentro de tal sistema; y los problemas bien planteados quedarían resueltos dentro del sistema; mientras que aquellos que no fuesen solubles dentro del sistema deberían ser desechados como meras apariencias de problemas, como planteamientos incorrectos. Por el contrario, el *pensar aporético*, el pensamiento que parte de los problemas y se concentra sobre éstos, procede a la inversa. El pensamiento aporético no implica que se niegue que pueda haber un sistema—dentro del cual cupiese ser ubicado el problema en cuestión—, ni siquiera duda inevitablemente de que tal sistema pueda existir, pero no conoce ese sistema ni dispone de medios para establecerlo o construirlo; y, entonces, lo que hace es irle dando vueltas al problema una y otra vez, ir iluminando las varias facetas o vertientes del mismo, ir ponderando, sopesando, apreciando, estimando, los diversos componentes y las varias dimensiones que en él intervienen, para llegar al fin al

(13) Véase: PRINGSHEIM (Fritz), *Beryt und Bologna*, en *Festschrift für Otto Lenel*, 1921.

hallazgo de una conclusión, la más probable, la que parezca ofrecer mejores visos de prudencia, de adecuación, de mayor acierto en cuanto a los resultados prácticos. El pensamiento dialéctico o aporético no puede presentarse jamás como un todo cerrado, antes bien, como un proceso abierto y elástico, que se vale sobre todo del método de la interpretación o, mejor dicho, de la reinterpretación, la cual se preocupa de hallar nuevas posibilidades de comprensión, sin lesionar las anteriores, cuando surgen nuevos problemas, cuando aparecen nuevos puntos de vista.

Adviértase que en el pensamiento sistemático una premisa debe ser clasificada o como "verdadera" o como "falsa". Por el contrario, dentro del pensamiento problemático o dialéctico, las premisas son clasificadas muchas veces como "rélevantes", "irrelevantes", "admisibles", "inadmisibles", "aceptables", "inaceptables", "defendibles", "indefendibles", etc.; e incluso son clasificadas en grados intermedios, así como "apenas defendibles", "todavía defendibles", etc.

Debe mencionarse asimismo que el tema de la dialéctica clásica o de la retórica ha sido reactualizado también en los últimos años por el profesor belga Chaim Perelman, (14) tanto al nivel filosófico gene-

(14) Véase: PERELMAN (Chaim), *De la Justice*. Bruxelles, 1945; *Raison Eternelle et Raison historique*, en *L'Homme et l'Histoire*, Actes du VI^e Congrès de Sociétés de Philosophie de Langue Française, Presses Universitaires de France, Paris, 1952; *Rhétorique et Philosophie* en *De la Preuve en Philosophie*, Presses Universitaires de France, Paris, 1952; *La Justice*, en *Revue Internationale de Philosophie*, Bruxelles, 1957, fasc. 3; *Selfevidence and Proof*, en *Philosophy*, oct. 1958; *Logique Formelle, Logique Juridique*, Université de Bruxelles, 1959; *Pragmatic Arguments*, en *Philosophy*, enero, 1959; *La Distinction du Fait et du Droit; le Point de Vue du Logicien*, en *International Review of Philosophy of Knowledge*, Griffon, Neuchatel, 1960; *Jugements de Valeur, Justification at Argumentation* en *Revue International de Philosophie*, Bruxelles, 1961; fasc. 4; *Ce qu'une Réflexion sur le Droit Peut Apporter au Philosophe*, en *Archives de Philosophie du Droit*, núm. 7, Sirey, Paris, 1962; *El Ideal de Racionalidad y la Regla de Justicia*, en *Dianoia: Anuario de Filosofía*, Centro de Estudios Filosóficos. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica. 1962; *Le Fait et le Droit: Etude de Logique Juridique*, Recueil de Plusieurs Travaux du Centre National des Recherches de Logique, Emile Bruylant, Bruxelles, 1961; *Scepticisme Morale et Philosophie Morale*, en *Morale et Enseignement*, Bruxelles 1962; *Justice et Raison*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963; *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, International Library of Philosophy, Routledge & Kegan Paul, London, 1963; *Cinq Leçons sur la Justice*, mimeografiado, 1965. *Les Antinomies en Droit. Essai de Synthèse*, en *Les Antinomies en Droit*, Etudes Publiés par Ch. Perelman. Bruylant, Bruxelles, 1965. Véase también: *La Théorie de l'Argumentation: Perspectives et Applications*, Recueil publié par le

ral, como también en sus aplicaciones específicas al campo del Derecho, en una serie de muy valiosos estudios sobre la *argumentación*, como un *logos* diferente del pensamiento lógico de tipo cartesiano. Según Perelman, la argumentación comprende *deliberación*, diálogo; comprende también el hecho de dirigirse a un público, a unos oyentes o auditores, o lectores, a quienes se trata de convencer para que formen un juicio sobre determinados problemas prácticos de conducta humana. La argumentación incluye además el hecho de establecer puntos o marcos de referencia; y abarca, asimismo, el propósito de hallar un juicio equilibrado, prudente, adecuado, y sobre todo viablemente justo.

4. *La experiencia jurídica, Ensayo de mayores y más rigurosas precisiones sobre este concepto.*

Enlazando con lo expuesto sobre el pensamiento dialéctico (en el sentido de la Antigüedad Clásica) o aporético, y con el planteamiento inicial que he formulado sobre el “hecho de la deliberación y argumentación, como punto de partida para una teoría del *logos* de lo humano”, parece oportuno abordar ahora el tema de la “experiencia jurídica”, como “dato”, del cual parte el pensamiento jurídico, lo mismo el práctico del legislador, del jurisconsulto y del juez, que el del filósofo del Derecho, cuando éste trata cuestiones estimativas o axiológicas, de Derecho natural, y también de política legislativa y de política jurisdiccional.

Antes de ofrecer mi propia concepción sobre la “experiencia jurídica”, que pretende aclarar con más rigor el concepto de ésta, tal vez convenga referirse sumariamente, primero a la reaparición de esta frase en las obras de muchos iusfilósofos contemporáneos; y, después, a las aventuras que en el campo de la filosofía y de la ciencia ha sufrido la noción de “experiencia”.

La locución “experiencia jurídica” ha sido empleada en un sentido kantiano o neo-kantiano—orientado principalmente hacia la *Crítica de la Razón Pura*— por Rudolf Stammler (15), Hans Kelsen (16), Fritz

Centre National Belge de Recherches de Logique, como una especie de homenaje de reconocimiento a Perelman, Editions Nauwlaerts, Louvain, 1964.

(15) STAMMLER (Rudolf), *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911; *Lehrbuch der Rechts-philosophie*, 1921.

(16) KELSEN (Hans), *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus dem Lehre vom Rechtssatz*, 1911; *Allgemeine Staatslehre*, 1925 (hay traducción espa-

Sander (17), Carlos Cossio (18) y otros, para señalar el conocimiento del Derecho positivo—vigente o histórico de otra época. Esos autores se preguntan en sentido kantiano, sobre el plano de la gnoseología o epistemología, por cuáles sean las condiciones que hacen posible este conocimiento del Derecho, las que son a la vez condiciones de los objetos jurídicos mismos—en la plena ortodoxia del idealismo trascendental.

Aunque en otro sentido, es oportuno mencionar en este contexto el positivismo extremista, el super-realismo desbocado de las escuelas escandinavas actuales (Hagerstron, Olivecrona, Lundstedt, Ross, etc.) (19) que intentan reducir todo el conocimiento y toda la realidad de lo jurídico a un estudio psicológico de los mecanismos mentales y sociales del “sentirse obligado”, del “sentirse autorizado”, y que aspiran a edificar una *ciencia natural del Derecho*, de la cual se hayan eliminado totalmente las nociones de norma, de imperativo, de obligación, de derecho subjetivo o facultad; de tal suerte que en la teoría jurídica quieren estudiar única y exclusivamente unos especiales nexos de causalidad en la vida social.

Aunque yo reconozca que el propósito de las doctrinas neokantianas pueda tener algún sentido—sin perjuicio de estimar que ese planteamiento esté superado desde hace largo tiempo—debo hacer constar enfáticamente que a los efectos del presente estudio tales doctrinas no me interesan y las hago a un lado.

Pero sucede que, en varias obras de no pocos iusfilósofos de nuestro tiempo, ha aparecido con un sentido por entero diverso la locu-

ñola, *Teoría General del Estado*, por Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934).

(17) SANDER (Fritz), *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?*, 1921; *Staat und Recht: Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung*, 1922.

(18) COSSIO (Carlos), *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Buenos Aires, 1944; *Teoría de la Verdad Jurídica*, Buenos Aires, 1954.

(19) HAGERSTROM (Axel), *Socialfilosofiska Uppsatser*, 1939; *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Almquist and Wiksell, Upsala, 1953; OLIVECRONA (Karl), *Law as Fact*, 1939; *Gesetz und Staat*, 1940; *Realism and Idealism: Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy*, en *New York University Law Review*, 1951; *El Derecho como Hecho*, en el volumen *El Hecho del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1956; *Legal Language and Reality*, en *Essays in Honor of Roscoe Pound*, Bobbs-Merril, Indianapolis, 1962; ROSS (Alf), *Theorie der Rechtsquellen*, 1928; *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946.

ción “experiencia jurídica”; por ejemplo: en estudios de Gurvitch (20), Capograssi (21), Reale (22), Husson (23), Bataglia (24), Perticone (25), Bagolini (26) y otros.

Hablando con toda sinceridad, confesaré que, al estudiar el pensamiento de los autores mencionados, que recientemente emplearon el concepto de “experiencia jurídica”, en mis primeros encuentros con los nuevos usos o sentidos—por cierto muy varios—de estas palabras, sentí una desazón, algo así como un aturdimiento, como el hallarme sumido en una neblina, que dejaba difuminados algunos conceptos básicos para el pensamiento jurídico. Y, no obstante, al esforzarme por rumiar intelectualmente lo que pudiese haber debajo de esta locución “experiencia jurídica” empleada por los antes mencionados autores, llegué a darme cuenta de que por debajo de esas palabras hay el barrunto de algo que puede llegar a ser muy importante para la filosofía y la sociología del Derecho. Solo que, a mi entender, ese “algo importante” necesita ser aclarado, precisado con rigor. Para ello, urge no sólo desenmarañar varias nociones que han sido mezcladas, clarificar algunos conceptos, sino también tomar en consideración otras egregias aportaciones filosófico-jurídicas de nuestros días—por ejemplo, de Legaz y Lacambra (27), Roscoe Pound (28), Erich Fechner (29),

(20) GURVITCH (Georges), *L'Expérience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit* 1935; *Sociologie Juridique*, Paris, 1940.

(21) Véase: RECASENS SICHES (Luis), *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, Editorial Porrúa, México, 1963, tomo I, pp. 286-289.

(22) REALE (Miguel), *Filosofia do Direito*, Segunda ed. Sao Paulo, 1962.

(23) HUSSON (León), *Les Transformations de la Responsabilité: Etude sur la Pensée Juridique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1947.

(24) BATTAGLIA (Felice), *Corso de Filosofia del Diritto*, Cuarta ed. Foro Italiano, 1960-63.

(25) PERTICONE (Giacomo), *In Tema de Diritto e Giustizia*, Giuffrè, Milano, 1961.

(26) BAGOLINI (Luigi), *Il Significato della Persona nella Esperienza Giuridica*, 1946; *Descrittiva Pura del Dato Giuridico*, 1956.

(27) LEGAZ Y LACAMBRA (Luis), *Filosofía del Derecho*, Segunda ed. Bosch, Barcelona, 1964; *La Obligatoriedad Jurídica*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo I, Madrid, 1953; *La Realidad del Derecho*, Publicaciones del Colegio Notarial de Madrid, 1962.

(28) POUND (Roscoe), *Jurisprudence*, cinco tomos, West Publishing C.º, St. Paul Minnesota, 1959.

(29) FECHNER (Erich), *Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechtes*, Tübingen, 1956.

Edmond Cahn (30)—las cuales, aunque no usan la expresión “experiencia jurídica” se refieren a puntos que pueden ser decisivos para clarificar lo que algunos han presentado al servicio de estas palabras, aunque no consiguiesen descifrarlo suficientemente.

Anticipando lo que habré de desarrollar al final del presente estudio, parece oportuno decir, desde ahora, que debemos referirnos a la “experiencia jurídica”, como el “dato” que dispara o estimula toda actividad jurídica, la producción del Derecho a cualquier nivel—consuetudinario, legislativo, jurisprudencial—, y, al mismo tiempo, todo pensamiento jurídico de cualquier índole, tanto práctica como científica, como asimismo filosófica. Esta es, en forma comprimidísima, mi concepción de la “experiencia jurídica” que explicaré más adelante en este mismo trabajo.

5. Aventuras de la noción de experiencia.

A la palabra “experiencia” le ha acontecido lo que a otros muchos vocablos en el campo de la filosofía; el hecho de que ha sido usada en acepciones muy diferentes, y, además, el hecho de que se le han acumulado otros nuevos sentidos. Ahora bien, hubo épocas en las que de esa variedad de significaciones, una de ellas adquirió uso, si es que no exclusivo, por lo menos predominante.

Prístinamente, originariamente, experiencia denotó el conocimiento directo de algo que nos es *dado* ante nosotros. Ese algo *dado* puede ser un dato sensorial, un estado de conciencia, una idea o principio evidente, unas estructuras finalistas, una realidad trascendente (Dios en la contemplación de los místicos), o cualquier otro objeto que se nos presente de manera directa.

También es antigua la acepción de la palabra *experiencia*, como indicadora de las enseñanzas que el ser humano va sacando de lo vivido por él mismo y de lo vivido por sus prójimos—antepasados o contemporáneos—, enseñanzas derivadas de lo experimentado, y que suelen producir una especie de entrenamiento o de mayor destreza para tratar problemas prácticos—e incluso también teóricos, pues cabe hablar justificadamente de la experiencia en quehaceres intelectuales, por ejemplo, de la experiencia de errores cometidos, la cual nos alecciona para

(30) CAHN (Edmond), *The Sense of Injustice*, New York University Press, 1949. *The Moral Decision: Right and Wrong in the Light of American Law*, Indiana University Press, Bloomington, 1955; *The Consumers of Injustice*, en *Social Research*, Summer 1959, New York.

no seguir vías que se mostraron como equivocadas o muertas. Tal es el sentido popular que esta palabra tiene cuando se habla de “una persona de o con experiencia”, y de que “la experiencia enseña a hacer las cosas cada vez de mejor modo”, o cuando se califica a alguien de “experimentado”. Este es el sentido que se subraya en las filosofías de Dilthey (razón histórica), de Dewey (*trial and error experience* y “razón experimental”), de José Ortega y Gasset (razón vital y razón histórica), y, parcialmente, en mi doctrina del “logos de lo humano o de lo razonable”.

Volviendo ahora a la noción de experiencia como conocimiento directo de algo dado, veamos algunas de las aventuras padecidas por este concepto.

Bien sabido es que el sentido de la palabra “experiencia” fue sobremanera angostado, para denotar con ella sólo la “experiencia sensible”, externa (sensorial) e interna, y aun preferible o exclusivamente la externa. Esto sucedió incluso en algunos momentos o en algunas facetas del pensamiento griego antiguo, pero sobre todo en el llamado empirismo moderno (Locke, Hume, etc.) y en la *Crítica de la Razón Pura*, de Kant. También, en el uso habitual reinante en el ámbito de las ciencias naturales, “empíricas por excelencia o por antonomasia”, esto es, constituidas sobre la base de la experiencia sensible.

Pero en la mayoría de las doctrinas filosóficas del siglo XX se ha vuelto al sentido originario de la noción de experiencia, como conocimiento de algo *dado directamente* a la conciencia—no sólo de algo sensorial, sino también de algo ideal, y también de algo metafísico, y también de otros datos de diversa índole, entre ellos los que podemos llamar “experiencia jurídica”, de la que me ocuparé más adelante.

En efecto, conviene insistir enfáticamente sobre el hecho, ya apuntado, de que hoy en día se ha ido ensanchando y ensanchando más y más la noción de experiencia, con lo que no sólo se ha vuelto a la comprensión antigua que abarcaba este término, sino que se ha ido dando al mismo nuevas y nuevas extensiones. Así, al lado o más allá de la experiencia sensible y de la psicológica, se habla—justificadamente—de una experiencia de ideas evidentes (Husserl), de una experiencia de valores (Scheler y Hartmann), de una experiencia metafísica (neoescolásticos y algunas doctrinas de filosofía de la vida), de una experiencia religiosa (William James y otros), de una experiencia moral y de una experiencia jurídica. En todos esos casos, al hablar de experiencia se intenta manifestar que no se trata de objetos elaborados por la men-

te, que no se trata de aportaciones del sujeto pensante, que no se trata de construcciones o interpretaciones intelectuales, sino que, por el contrario, se trata de *datos* pre-existentes, los cuales nos aparecen como *dados* ante nuestra conciencia, de un modo previo a las interpretaciones que nuestra inteligencia pueda añadir después a tales objetos, y de las doctrinas o teorías que sobre ellos construyan.

6. *Ensayo de una primera descripción global o de conjunto de la "experiencia jurídica".*

Declaro muy categóricamente que yo no creo poder presentar en este artículo ya una concepción madura y total de la "experiencia jurídica" en el nuevo sentido que entiendo debemos dar a esta expresión. Sin embargo, quizá pueda ofrecer algunas aclaraciones, puntualizaciones y rigorizaciones que contribuyan a una mejor inteligencia de este concepto, que por otros autores ha sido tan sólo presentado o barruntado de una manera un tanto vaga.

Adviértase, ante todo, que se trata de averiguar una experiencia especial, que es experiencia, pero diferente de otros tipos de experiencia, la cual opera como factor o como fuente en la generación y en el desenvolvimiento del Derecho en términos generales, también en la producción de las normas jurídicas de toda especie—genéricas, particulares e individualizadas—; y también como estímulo y como directriz orientadora en la crítica estimativa y en la filosofía de los valores jurídicos; y, asimismo, en la elaboración de la teoría fundamental del Derecho y de la ciencia técnico-dogmática del mismo.

En un primer acercamiento de conjunto a esa "experiencia jurídica", yo la describiría en los siguientes términos:

Si podemos hablar de "experiencia" en este caso, es porque nos hallamos ante algo *dado*.

Ahora bien, eso *dado*, que constituiría la experiencia jurídica, es un *conjunto muy complejo, pero unitario*, de diversos datos, los cuales están recíprocamente entrettejidos.

Ese conjunto de datos, complejísimo, pero unitario, consiste en unos hechos de relaciones interhumanas, propiamente sociales, hechos en los que encarna una dimensión conflictiva, esto es, un problema práctico, una cuestión de conducta, en la que se da una tensión dramática, un choque entre diversas aspiraciones humanas, y entre éstas y las limitaciones que la realidad impone, todo ello en el área de la vida social.

Esas aspiraciones están relacionadas no sólo con necesidades, deseos e intereses, sino que, además, están cargadas con referencias a valoraciones; todo lo cual plantea, quiérase o no, perentoriamente, un *problema práctico* que está demandando un tratamiento y una solución.

Esa experiencia es, por tanto, una experiencia a la vez de realidades tal y como ellas son, y de valores, también de valoraciones o ideales, de necesidades, de afanes; porque esas realidades no son simples realidades frías, sino que son realidades vistas ya a través de lentes estimativos; realidades que, entre otros componentes de ellas, incluyen como ingredientes de las mismas unas valoraciones—creencias y convicciones estimativas—, diferentes a veces en los varios interesados, profesadas por los diversos hombres y por los distintos grupos involucrados en esos hechos conflictivos.

Y tal experiencia incluye también, y además, el hecho de que quienes profesan esas estimaciones o propugnan determinadas aspiraciones ideales, pretenden que éstas concuerden con criterios de valor objetivamente válidos.

Y precisamente esa pretensión de las partes en conflicto de que sus estimaciones y sus ideales coinciden con criterios axiológicos objetivos, implica también la intuición de unos valores por esas gentes, a los cuales ellas consideran dotados de validez intrínseca.

Y todo ese conjunto de hechos provistos de tan complejas y variadas dimensiones—pero todas ellas íntimamente trabadas entre sí—se presentan como problemas prácticos de conducta humana, que requieren solución, como urgencias efectivamente sentidas por las gentes implicadas en esas realidades, como necesidades que demandan satisfacción, lo cual, además, se siente y se piensa como imprescindible para la subsistencia y la buena marcha de la sociedad concreta en la que emergen esas cuestiones.

Se trata no de una experiencia fría, mera conciencia de datos, tal y como ellos son; se trata de otra cosa muy diferente: se trata, diríamos, de una conciencia caliente, de la conciencia de un drama, de la conciencia de conflictos, de la conciencia de aspiraciones, de entusiasmos por ciertos ideales, del ímpetu de determinadas aspiraciones, de determinados deseos, así como también de protestas. Y se trata, al mismo tiempo, de la conciencia dolorosa de penurias, de desvalimientos, de dolores, de desajustes, de inquietudes. Y se trata también conjuntamente del dato de un afán de certeza y de seguridad, que vengan a aquietar la ansiedad de la incertidumbre y a aliviar el dolor de la

inseguridad; pero todo eso no de cualquier manera, sino precisamente de acuerdo con lo que se considera como exigencias de justicia. Así, pues, se trata de una experiencia cuyos datos son variados, pero todos ellos en estrecho entrelace: de datos de realidades sociales; de datos dentro de esas realidades, los cuales consisten en sentimiento de escasez, a veces de carencia, en apuros, en dolores, en protestas, en anhelos, en programas, en conflictos de intereses, en el choque de aspiraciones, en diversas concepciones de justicia en las personas afectadas; de ideas de justicia en los sujetos principales de esa experiencia—por ejemplo, en el legislador y en el juez—; de la colisión de aspiraciones contrapuestas entre individuos, entre individuos y grupos, entre grupos diferentes—en ocasiones—; de unos intereses que parecen legítimos y de otros ilegítimos; pero otras veces, entre dos o más intereses legítimos, aunque no puedan ser satisfechos por completo todos ellos; del peso de determinadas realidades sociales, por ejemplo, de algunos hechos económicos que siguen sus propios mecanismos, o de la influencia de añejas tradiciones, o de la inercia de ciertas rutinas; de hechos de la naturaleza humana real, en sentido empírico, biológico y psicológico, etcétera.

En suma, se trata de la experiencia de problemas prácticos de convivencia y de cooperación interhumanas, erizados de dificultades; problemas que demandan un tratamiento adecuado y una solución, al menos relativa, de acuerdo con pautas de justicia, conforme a criterios de valor.

Esos problemas prácticos, por ser tales, en tanto que tales, consisten en colisiones, en disputas que requieren ser solventadas eficazmente; y precisamente ser solventadas de *modo ejecutivo*, es decir, no tan sólo ser resueltas en el plano de la teoría, sino al nivel de la realidad, de modo terminante y perentorio, de manera firme y decisoria, impositiva, ejecutiva.

Esta experiencia es la que en términos generales engendra la producción de todo Derecho; y la que en cada caso opera como estímulo para la producción de cada una de las normas jurídicas—lo mismo de las legisladas, que de las reglamentarias, que de las particulares establecidas en los negocios jurídicos, que de las sentencias judiciales y de las resoluciones administrativas.

Expresando lo mismo desde otro punto de vista, en forma negativa, podría decirse lo siguiente: La producción del Derecho no sigue el camino que muchos iusfilósofos—sobre todo de la época del Iluminismo

o Ilustración—imaginaron; no sigue el camino consistente en que el legislador, por ejemplo, comience por meditar sobre la justicia, descubrir la idea de ésta, derivar luego de la misma conclusiones en forma de principios generalísimos, proceder después a deducir consecuencias de esos principios generales, y, por fin, aplicarlos a unas realidades concretas, elaborando de esta manera una especie de *sistema jurídico*. Esto es, la producción del Derecho no se desenvuelve desde arriba hacia abajo por vía de deducciones, mediante la construcción de un sistema. Por el contrario, incluso y también en la producción legislativa tiene lugar en dirección opuesta: la producción arranca de la experiencia jurídica en los términos que acabo de describirla, aunque sólo la haya descrito en sumario boceto. Esa experiencia jurídica estimula al encargado de fabricar las normas—generales (por el legislador), o individualizadas (por el juez o por el funcionario administrativo)—a ponderar los factores en conflicto y a hacer esto a la luz de unos criterios estimativos; pero, al mismo tiempo, a la luz de las posibilidades efectivamente viables que la realidad social concreta de cada momento y de cada lugar ofrezcan. Y tanto el legislador como el juez deben tratar también de anticipar mentalmente cuáles vayan a ser probablemente los efectos reales de las normas que dicten.

Esa experiencia jurídica es no sólo la fuente que dispara la producción del Derecho, tanto de la legislación como de la jurisprudencia, sino que es además, también, la fuente que estimula los programas o ideales axiológicos o estimativos concretos, concebidos por el filósofo o formulados por el político.

Esta constatación contribuye a reafirmar y a proyectar nuevas luces sobre la tesis, que cada día obtiene renovada y más extensa adhesión, de que las operaciones mentales del legislador, del juez, del juriconsulto y del filósofo del Derecho no constituyen un pensamiento sistemático, antes bien, por el contrario, un pensamiento sobre problemas, un pensamiento aporético. Es decir, tenemos que habérmolas con un pensamiento que no parte de primeros principios como premisas para extraer consecuencias, sino que arranca del análisis de problemas prácticos suscitados por la vida social, los analiza en cuanto a todos los factores y todas las dimensiones que ellos contienen, los pondera mediante el examen de los diferentes argumentos contrarios que las partes interesadas aducen, los valora a la luz de criterios de Derecho natural, por tanto, de justicia, y también de criterios de prudencia, y trata de hallar la solución que, a la vez, sea la más justa—inevitablemente en términos

relativas—, la más prudente y la más viable, habida cuenta de todas las circunstancias que concurren en tales problemas; circunstancias que son diversas en cada situación social y que además son cambiantes.

Esta tesis no solamente está sostenida por varios iusfilósofos, principalmente por Viehweg (31), por Perelman (31) y por mí mismo. Esta tesis es, además, la que va consiguiendo cada día más amplia aceptación entre los nuevos juristas, principalmente por una pléyade de civilistas alemanes muy ilustres, tales como, por ejemplo, Fritz Von Hippel (33), Joseph Esser (34), Walter Wilburg (35), quienes coinciden en sostener que la jurisprudencia no debe aspirar a la construcción de sistemas, porque su tarea consiste en el propósito de hallar soluciones justas a los problemas prácticos planteados—tanto al nivel de la legislación, como al nivel de la jurisdicción—, orientándose por criterios iusnaturalistas, en conjugación con las realidades particulares y las cuestiones concretas.

Hasta aquí he presentado el cuadro global de la “experiencia jurídica” como un complejo conjunto y unitario de datos, que constituyen la conciencia de un problema práctico, cargado de una especie de incitación dinámica, esto es, de estímulos, para buscar el tratamiento más adecuado y la solución relativamente mejor de ese problema práctico.

Ahora bien, después de constatar la presencia del problema como totalidad global, convendría proceder al análisis de los diferentes datos que integran ese problema. Aunque tales datos se hallen integrados recíprocamente entre sí, se puede, por vías de abstracción mental, proceder al estudio particular de cada uno de los varios tipos de datos. Dentro de los márgenes limitados de este artículo no cabe emprender, ni remotamente, un análisis exhaustivo de todos los tipos de esos datos. Me limitaré a hacer unas pocas observaciones, tan sólo sobre algunos de los tipos de datos que hallamos en el complejo total de la “experiencia jurídica”.

Pero antes de ofrecer algunos ejemplos de diversos tipos de datos que en entrelace constituyen la experiencia jurídica, pareceme oportuno

(31) *Ob. Cit.* en la nota 12.

(32) *Obras citadas* en la nota 14.

(33) HIPPEL (Fritz von), *Zur Gesetzmässigkeit juristischer Systembildung*, 1930.

(34) ESSER (Josef), *Elementi di Diritto Naturale nel Pensiero Giuridico Dogmatico*, en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia e Diritto Sociale*, Anno V, 1952.

(35) WILBURG (Walter), *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950.

llamar la atención sobre un punto que estimo de gran importancia. Rara vez, salvo en los poquísimos casos en que se haya dado el hecho de la formación originaria de una nueva comunidad u organización política de un territorio antes deshabitado y no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, el legislador se encuentra con un simple agregado de individuos, amorfo, al que pueda dar la configuración que estime más oportuna, de un modo análogo a como procedería un escultor ante una masa de barro informe que va a modelar a su albedrío, según su imaginación. Por el contrario, el político, el legislador, el iusfilósofo en funciones de aplicación concreta, el juez, se encuentran ante realidades sociales que tienen ya una estructura, en la cual laten o se manifiestan problemas que demandan tratamiento y solución. O, dicho con otras palabras, quienes hacen Derecho no parten del cero absoluto y comienzan su construcción desde los cimientos. Lo que sucede es otra cosa: sucede que se hallan ante realidades que tienen que reconfigurar en alguna medida y cuyos problemas tienen que resolver.

Uno de los tipos de datos de mayor importancia en la experiencia jurídica es la presencia de diversos intereses, deseos, anhelos, reclamaciones, ideales, que caen en conflicto, porque no es posible dar satisfacción a todas esas demandas, y que, por eso, plantean el problema de resolver tales colisiones, mediante pautas axiológicas, las cuales, primero, clasifiquen los intereses en dignos de protección y no dignos de ésta y después establezcan tablas jerárquicas que determinen, respecto a los intereses que merecen protección, cuáles entre ellos deben tener prioridad o preferencia sobre otros intereses, y suministren los esquemas de posible armonización o compromiso entre intereses parcialmente opuestos.

Adviértase que aquí, cuando hablo de "intereses", no pienso sólo en demandas, anhelos, peticiones, reclamaciones, de carácter concreto, sino que incluyo además ideales, programas, aspiraciones políticas y sociales de índole más o menos general.

Es un hecho dado que los deseos y anhelos de cada individuo o de cada grupo frecuentemente caen en competencia, o incluso en conflicto, con los deseos de otras personas o de otros grupos.

Otro tipo de datos contenidos en la experiencia jurídica es el hecho de que las gentes en conflicto, por tener aspiraciones diversas o incompatibles, pretenden todas ellas "tener razón", apoyarse sobre fundamentos o títulos que a su respectivo entender merecen reconocimiento. Por eso, discuten entre sí, en el plano político, o en las controversias

judiciales, argumentan en sentidos o direcciones divergentes, debaten o disputan.

Entre los datos de la experiencia jurídica figuran también los hechos de que algunos términos del problema se presentan como el sentimiento de “sentirse autorizado”, “justificado”, para reclamar o exigir algo que se presenta como debiendo ser lo *suyo* frente a otras de las partes envueltas en la controversia, es decir, que se presentan bajo la forma del sentimiento de la intuición de un “derecho subjetivo”, que debiera ser reconocido o garantizado por el ordenamiento. Respecto de este punto creo que Luis Legaz y Lacambra ha aportado hoy aclaraciones muy luminosas y muy importantes. Observa certeramente Legaz y Lacambra (36) que el sentido originario de la palabra Derecho no es el de norma. El sentido originario del *ius* es el de un poder o una autorización, o una facultad con que, al usarse, se entiende que no se hace daño indebido a otro, antes bien, se afirma lo que es de uno—y esto sentido o pensado como algo con validez intrínseca, justificada, sea en la naturaleza del hombre (entendida ésta en sentido teleológico ideal), sea en la naturaleza de las cosas. Es decir, se presenta como el sentimiento de un derecho natural, que consiste primariamente en un derecho subjetivo—como la realidad de la libertad inherente a la persona—sin perjuicio de que esto se traduzca o reduzca después al intento de formulación de una norma.

Al tipo de dato al que acabo de aludir debiera añadirse otro, que es algo así como el reverso en otra persona de ese sentimiento o intuición del “derecho subjetivo natural”, a saber, el dato que Petrazzky (37) describe como el “sentirse obligado a darle o reconocerle o atribuirle a otro algo que pertenece a ese otro, algo que le *debemos*, algo que ese otro puede *exigirnos*”; a diferencia del sentimiento de la obligación moral, en la cual aquello a lo cual nos consideramos obligados no consiste en algo que *debamos* a otro sujeto como propio de éste, y que éste pueda reclamárnoslo, antes bien, en algo que tenemos la obligación de regalarle o donarle por virtud de una decisión que depende tan sólo de nuestra buena voluntad, sin perjuicio de que moralmente estemos ligados a mostrarle tal buena voluntad.

Otro tipo de dato importantísimo en la “experiencia jurídica” es lo

(36) LEGAZ Y LACAMBRA (Luis), *obras citadas* en la nota 27.

(37) PETRAZYCKY (L.), *Theory of Law*, 1913; *Ueber die Motive des Handels und über das Wesen der Moral und des Rechtes*, 1907.

que Edmon Cahn (38) llama "el sentido de la injusticia". Muchas veces las inspiraciones que manan de la experiencia jurídica suelen presentarse de un modo negativo, es decir, constituyen el hecho de reacción de nuestra conciencia ética contra algo que sentimos como injusto. Se trata de una vieja observación, apuntada ya por Schopenhauer, y también en alguna medida por Richard Loening, pero que Cahn ha desenvuelto muy a fondo, con análisis muy certeros. Mientras que en muchas ocasiones es difícil el hallazgo de lo que la justicia requiera—y todavía más en términos generales de lo que la justicia sea—, en cambio, la reacción de la conciencia contra un caso de injusticia, real o imaginario, suele presentarse con facilidad como un dato evidente. Esa reacción, llamada "sentido de la injusticia", está empapada de una dimensión emotiva y; al mismo tiempo, se halla animada por una especie de movimiento, de impulso de protesta, de indignación por un sentimiento de ultraje, de horror, de repugnancia e incluso de cólera, y por una tendencia a resistir y luchar contra el ataque. Dice Cahn que la naturaleza nos ha equipado a todos los hombres para reaccionar contra la injusticia cometida con otro sintiéndola como una agresión personal a nosotros mismos. El sentido de la injusticia es el dato por cuya virtud el hombre descubre el ataque y se prepara a la defensa.

Con lo expuesto en esta sección del presente trabajo creo que he contribuido a aclarar un poco la realidad que algunos iusfilósofos contemporáneos presintieron o barruntaron más o menos confusamente; y a precisar el alcance que esa realidad tenga para explicar y entender la producción del Derecho en el seno de la vida humana social y, al mismo tiempo, para iluminar otros muchos temas básicos de la filosofía del Derecho.

Quiero y debo hacer constar que con este trabajo no pretendo ni remotamente haber ofrecido un estudio *suficiente* sobre la "experiencia jurídica". Creo tan sólo que quizá me haya sido dado lograr un poco más de claridad en este tema, haber contribuido a ubicarlo en el lugar que le corresponde, haber hecho patente su relación con el problema del logos de lo humano o de lo razonable y haber mostrado las mejores vías para emprender un estudio más a fondo y un análisis más detallado, tanto de la *experiencia jurídica*, como de ese *logos de lo razonable*. Pero de la relación entre esos dos puntos voy a ocuparme, aunque sólo sucintamente, en la siguiente y última sección de este estudio.

(38) CAHN, Véase obras citadas en la nota 30.

7. *El logos de lo razonable o de lo humano y los temas sobre la interpretación del Derecho y sobre la legislación.*

En otras varias publicaciones más sucesivas, desde 1956 (39), he intentado dar un paso más en la ya larga serie de ofensivas que, desde 1884, y cada vez más enérgicas y contundentes, se han producido contra el desatinado empleo de la lógica tradicional, es decir, de la lógica de tipo matemático, o llamada también físico-matemática, en el campo de la jurisprudencia. El lector interesado especialmente en este tema puede encontrar copiosa información, así como argumentos, a mi entender decisivos, en esas otras publicaciones más.

Aquí, para no dejar el tema truncado; me limitaré a breves referencias, sobre todo aquello de lo cual me he ocupado en otras obras más, limitándome a ser un poquito más extenso; nada más que un poquito, en lo que atañe a la mención de tres autores, cuya importancia no subrayé debidamente en aquellos estudios míos anteriores.

Recuérdese las sarcásticas y muy justificadas críticas de Ihering (40) contra la jurisprudencia conceptualista, a las cuales siguieron a los pocos años las muy sesudas observaciones del famoso magistrado norteamericano Oliver Wendell Holmes (41) y el ataque de François Gény (42). A comienzos del siglo xx los alemanes Ehrlich (43) y Kantorowicz (44) aportaron nuevas impugnaciones contra el uso de la lógica tradicional para el tratamiento de los contenidos jurídicos. En 1908 un famoso abogado de París, Jean Cruet (45), puso de manifiesto —en contra de la mentira convencional, que era siempre enseñada—, de que la Corte de Casación Francesa no había operado mediante métodos lógicos tradicionales, y mostró que, por el contrario, había producido de una manera constantemente renovada, interpretaciones adecuadas y creadoras, de acuerdo con los nuevos problemas que iban surgiendo

(39) RECASENS SICHES (Luis), obras citadas en la nota 6.

(40) IHERING (Rudol von), *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884 (Hay traducción española de Román Ríaza, *Jurisprudencia en Serio y en Broma*, Editorial de la Revista de Derecho Privado, Madrid).

(41) HOLMES (Oliver Wendell), *Collected Papers*, 1920.

(42) GENY (François), *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*, 1899, segunda edición 1919; *Science et Technique en Droit Privé Positif. Nouvelle Contribution a la Critique de la Méthode Juridique*, Segunda ed. 1922.

(43) EHRLICH (Eugen), *Die juristische Logik*, Tübingen, 1918.

(44) KANTOROWICZ (Herimann), bajo el pseudónimo de GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906.

(45) CRUET (Jean), *La Vie du Droit et l'Impuissance des Lois*, 1908.

o con las nuevas realidades que se iban presentando. Unos años después, otro jurista francés, Gastón Morin (46), hizo resaltar lo que él llamaba la revuelta de los hechos contra las interpretaciones tradicionalistas y convencionales del Código Civil.

Recordemos también, muy acentuadamente, los desenvolvimientos fértiles y de muy largo alcance de la jurisprudencia sociológica en los Estados Unidos, sobre todo las aportaciones de extraordinario volumen y de gran profundidad de Roscoe Pound (47), y también de Benjamín Cardoso (48), Louis Brandeis (49) y Julius Stone (50).

Muy acentuadamente hay que mencionar el hecho de que desde fines de la segunda década de este siglo, en Alemania cobra extraordinaria influencia la escuela llamada de la *Jurisprudencia de Intereses*, cuyos principales representantes son Rümelin (51), Oertmann (52) y, sobre todo, Heck (53), la cual orienta la labor del jurisconsulto, y sobre todo del juez, hacia la obediencia, no a las palabras de la ley, sino a los *juicios de valor en los cuales real y positivamente se inspira la ley*.

En la historia de los ataques y de las críticas contra el manejo de la lógica tradicional, de la lógica de lo racional, en el campo de la jurisprudencia, ha desempeñado una gran acción el conjunto de aportaciones del movimiento del realismo jurídico norteamericano, cuyos

(46) MORIN (Gaston), *La Révolte des Faits contre le Code*, 1915; *La Loi et le Contrat*, 1920.

(47) POUND (Roscoe), Véase nota 28.

(48) CARDOZO (Benjamin), *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1924; *The Paradoxes of the Legal Science*, Columbia University Press, New York, 1928.

(49) BRANDEIS (Louis), *The Words of Justice Brandeis*, Edited by Solomon Goldman, Schuman, New York, 1953.

(50) STONE (Julius), *The Province and Function of the Law: A Study in Jurisprudence, Law as Logic, Justice and Social Control*, Segunda ed. Harvard University Press, 1950.

(51) RUMELIN (Max), *Die Gerechtigkeit*, 1920; *Die Billigkeit im Recht*, 1921; *Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein*, 1925; *Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre*, 1930.

(52) OERTMANN (Paul), *Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, 1908; *Soziologische*

(53) HECK (Philipp), *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912; *Gesetzesauslegung Rechtsfindung*, 1914; *Interessen und Begriffe in der Rechtswissenschaft*, 1930. *und Interessenjurisprudenz*, 1930; *Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre*, 1936; *Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz*, 1937.

más ilustres exponentes fueron Karl Llewellyn (54) y Jerome Frank (55). También es justo mencionar, en direcciones paralelas o emparentadas a las referidas, la aportación del jurista español Joaquín Dualde (56) y del iusfilósofo argentino Carlos Cossio (57).

Todos esos estudios producidos en torno a los problemas planteados por la interpretación del Derecho y por la misión jurisdiccional —y también por la legislación— representan un recobrar, dentro del campo jurídico, la conciencia de que para los asuntos de la conducta humana no vale la lógica tradicional de lo racional, ni la de Aristóteles (se entiende, la del *Organon*), ni la de Bacon, etc., ni siquiera la fenomenología de Husserl, ni las lógicas simbólicas.

Siguiendo una enunciación cronológica, permítaseme recordar que yo, por mi parte, modestamente, abordé de nuevo este tema proponiendo lo que llamo logos de lo humano o lógica de lo razonable—en contraste con la lógica de lo racional—para los menesteres de la interpretación jurídica y de la legislación en una serie de trabajos a partir de 1956. Pero ahora desearía referirme con una extensión relativamente mayor, aunque en todo caso breve, a otras contribuciones, a las de Léon Husson y de Juan David García Bacoa; así como también a las magníficas aportaciones de los ya citados Theodor Viehweg y de Chaim Perelman.

Léon Husson (50), filósofo francés, ha elaborado un profundo análisis de la experiencia jurídica, el cual le conduce también a rechazar el uso de la lógica tradicional en las tareas de la jurisprudencia. El pensamiento lógico tradicional opera con conceptos puros, y parte de principios puros, deduciendo de tales conceptos y principios conclusiones por vía silogística, y de manera ilimitada. Husson rechaza esa lógica tradicional y afirma y muestra que el Derecho *no es un sistema* que permita inferir conclusiones mediante procedimientos deductivos. Ni la ciencia jurídica ni el método jurídico se proponen adquirir un conocimiento puro ni de ideas ni de hechos. En cambio, el método

(54) LLEWELLYN (Karl), *The Bramble Bush: On Our Law and its Study*, Oceana Publications, New York, 1930, segunda ed., 1951; *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, University of Chicago Press, 1962.

(55) FRANK (Jerome), *Law and the Modern Mind*, 1930, Sexta ed., 1949; *Courts on Trial*, 1949.

(56) DUALDE (Joaquín), *Una Revolución en la Lógica del Derecho (Concepto de la Interpretación del Derecho Privado)*, Editorial Bosch, Barcelona, 1933.

(57) COSSIO (Carlos), *El Derecho en el Derecho Judicial*, Buenos Aires, 1945

(58) Véase nota 23.

jurídico enfoca hechos desde puntos de vista teleológicos y axiológicos. Por consiguiente, el juez no puede nunca considerar las leyes en vigor como un todo autosuficiente. Por el contrario, el juez debe enfocar las leyes tan sólo como expresiones imperfectas de un pensamiento subyacente, pensamiento que nunca queda ni puede quedar expresado de modo pleno en las fórmulas legales. Se trata de un pensamiento dinámico y abierto, del cual deben extraerse, constantemente, nuevas y nuevas inspiraciones, de modo sucesivo, para afrontar nuevos hechos y nuevas necesidades. El Derecho no es un tema que pertenezca a la lógica. Por el contrario, el Derecho es un asunto de buen juicio, de prudente apreciación, de estimaciones valorativas.

Juan David García Bacca, gran metafísico, pero también eminente especialista en todos los campos de la lógica (desde Aristóteles hasta los más recientes desarrollos de las lógicas simbólicas) ha mostrado, definitivamente, decisivamente, que la lógica pura, en cualquiera de sus varios niveles y de sus distintas manifestaciones, no puede ser aplicada al campo de lo jurídico. El análisis de las normas jurídicas de cualquier clase—legales, consuetudinarias y judiciales—pone de manifiesto que en el campo del Derecho nunca hallamos auténtica lógica tradicional (de tipo aristotélico) ni simbólica; y que, por el contrario, lo que encontramos son elementos y estructuras que García Bacca llama "logoides". García Bacca usa este término "logoide" en analogía con la diferencia que existe, por ejemplo, entre *anthropos* y *antropoide* o entre *álcali* y *alcaloide*, o entre *astro* y *asteroide*. Para caracterizar los "logoides" García Bacca ha aceptado también mi terminología de "lo razonable". Después de una serie de análisis finísimos, agudos e irrefutables, García Bacca llega a la conclusión de que no hay ningún principio que exija que el Derecho se ajuste a los requerimientos de la lógica pura. En el Derecho hay una dimensión intensiva—mandar, ordenar, imperativo, norma—, por entero desconocida en el ámbito de la lógica pura. Hay también, y debe haber una flexibilidad, una adaptabilidad, un admitir excepciones justificadas, todo lo cual no cabe dentro del marco de la lógica tradicional descrita. En el Derecho no hay definiciones auténticamente tales; lo que hay es otra cosa: determinaciones creadoras que emanan del autor de las normas jurídicas.

A las egregias y decisivas contribuciones de Viehweg y Perelman me he referido ya al comienzo del presente artículo.

Al nivel filosófico general este tema del logos de lo humano fue planteado de nuevo, entre otros, por Dilthey, Dewey, Ortega y Gasset y Collingwood.

8. *Conclusión.*

En suma, con el presente estudio he tratado de esbozar dos temas íntimamente relacionados entre sí:

a) El tema de la experiencia jurídica, como auténtica experiencia, como una experiencia compleja y unitaria de datos directos, que he intentado ya caracterizar, aunque sea tan sólo de un modo muy somero.

b) He intentado plantear de nuevo, a la altura de nuestro tiempo, como específico *logos de lo humano*, el viejo tema apuntado por la dialéctica o retórica o tópica de la Antigüedad Clásica y del Medioevo, partiendo del *factum* de experiencia, de que hay debates, deliberaciones y argumentaciones sobre asuntos humanos; y he ejemplificado y especificado ese *factum* en la experiencia jurídica.

c) Entiendo que el hecho de la “experiencia jurídica” plantea para la legislación y la interpretación problemas específicos, cuya solución puede hallarse en la doctrina del *logos de lo humano* o de lo razonable aplicado al Derecho.

LUIS RECASÉNS SICHES