

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA FORMACIÓN EN LA PRUDENCIA JURÍDICA

Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño

Sumario: I. Planteamiento inicial; II. El juez como iuris prudente; III. El docente y la prudencia jurídica.

«Los Juristas son verdaderos religiosos, no en el hábito, sino en el ánimo, usando de equidad y justicia; que por esto se llama no sólo religioso, pero religiosísimo el Emperador Justiniano, y Hostiense dijo, que el juez o abogado, que observaba el Derecho como debía, hacía tan buena vida, como el mejor religioso de cualquier religión. Primero que todos había dicho Cicerón, que el oficio del Juez enseñaba religión, pues con suma sabiduría hacía lo que le mandaba la ley, castigando por ella el amigo, y premiando al enemigo. Y Ulpiano llamó al Juez, recto religioso, y no sólo son religiosos; pero sin orden sacro sacerdotes; así los llama Ulpiano (...)». Francisco Bermúdez de Pedraza, en «Arte Legal para estudiar la Jurisprudencia». Salamanca 1612, *La Jurisprudencia hace religiosos y sacerdotes a sus profesores*, Cap. VII.

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

Tras la promulgación del *Codé Napoleón* (1804), «Por primera vez la legislación pudo aspirar a ser, no sólo en teoría, sino también en la práctica, la fuente del derecho por excelencia. Por su amplitud y sobre todo por su pretensión de regular, de una vez para siempre, toda la vida jurídica, el derecho codificado se convierte en un conjunto de normas. De ahí también que los estudios jurídicos tiendan a

una mera *scientia iuissi et puniti*»¹. Lo cual tendrá por consecuencia el que la ciencia jurídica quede reducida al estudio de la ley y su exégesis. Por tanto, «La enseñanza es teórica y elemental. El primer rasgo tiende a acentuarse, en tanto el segundo se corrige a medida que la codificación ofrece textos susceptibles de comentar e interpretar»². Sin embargo, cuando el catedrático Álvaro d'Ors reflexionaba sobre la importancia de la enseñanza de su asignatura (Derecho Romano), advertía que ésta debía perseguir como finalidad la liberación del «jurista moderno de la servidumbre del positivismo legalista e instruirlo en los hábitos mentales de una Jurisprudencia cuya independencia sigue siendo siempre ejemplar. De ahí que el mejor método para esta docencia siga siendo el mismo de aquella Jurisprudencia, es decir, el casuismo jurídico»³. D'Ors es claro, no debemos conformarnos con conocer a los códigos, también deben estudiarse los casos y la forma como se resolvieron. O, lo que en otras palabras podemos decir, que se refiere al estudio del Derecho y no sólo de las leyes. Pero esto no aclara del todo el dilema actual que principalmente, se puede expresar en la dicotomía teoría *vs.* praxis. El catedrático español de Derecho Civil, José Antonio Doral, decía en una entrevista que «la función de la carrera de Derecho es hacer juristas, no conseguir meramente una formación profesional de abogado. La formación profesional arranca de la experiencia, y el alumno no tiene más experiencia que la que alcanza su vida, y menos sobre el Derecho; por eso, el modo de aproximación debe ser el científico»⁴. Totalmente cierto, pero esto, de cualquier manera, o no se tiene claro, o no se quiere aceptar. Una de las grandes preocupaciones del estudiante universitario actual consiste en averiguar si va a emplearse al abandonar las aulas. La teoría parece inútil, o al menos no resulta rentable. Por si

¹ BRAVO LIRA B., «Las dos caras de la codificación en Europa Continental e Iberoamérica: Legal y Judicial», en *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 178.

² LALÍNDE ABADÍA, J., *Iniciación histórica al Derecho Español*, EUB, Barcelona, 1998, pp. 468, 469.

³ D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, EUNSA, Pamplona, 1991, p. 34.

⁴ FAJARDO J., «Entrevista con José Antonio Doral, catedrático de Derecho Civil», en *Universitas Navarrensis*, año 5 #49, Pamplona, 1998, pp. 8, 9.

fuera poco, cada vez recibimos más la influencia del sistema educativo anglosajón. No se trata de un sistema condenable, desde cierto punto de vista es congruente con el planteamiento expuesto por Álvaro d'Ors, ya que se trata de un estudio jurisprudencial más que legislativo. Empero, no hay nada más preocupante que canjear el concepto «formación» por el de «entrenamiento profesional». El jurista no es un mero técnico, es un artista y un científico, pero ¿en dónde reside tal carácter? En la formación de un jurista como prudente. Así las cosas, en estas reflexiones, abordaremos dos aspectos de la formación del jurista en esta virtud toral: La función judicial y la actividad docente.

II. EL JUEZ COMO *IURIS PRUDENTE*

Decía Francesco Carnelutti que: «Juez es, en primer lugar, uno que tiene juicio; si no lo tuviese, ¿cómo podría darlo a los demás?»⁵. Aunque cierto, nos vemos obligados a precisar, el juez es el órgano jurisdiccional que resuelve un conflicto de intereses jurídicos ante él presentado. En otras palabras, al juez le compete la justicia «animada», o sea, decir lo justo. Esto lo explica d'Ors en el sentido de que: «(...) para cada conflicto concreto, para cada caso, es el juez quien debe decir lo que es el derecho; es el *iudex* quien *ius dicit*»⁶. De ahí que defina al juez como el «(...) órgano que declara si un acto es justo o injusto (...)»⁷. Al contar con la facultad especial para juzgar (jurisdicción): «La opinión del juez, su sentencia, constituye un juicio de efecto social»⁸. Por tanto, se trata de una gravísima función pública, de ahí que Rafael Gómez Pérez apunte que: «El juez tiene por tanto la capacidad de transformar lo ambiguo en jurídicamente definitivo, aunque esto no siempre se corresponda con la realidad de las cosas»⁹. Decíamos, el juez es el titular de la facultad de *juris*-decir, o decir lo

⁵ CARNELUTTI, F., *Cómo se hace un proceso*, Colofón S.A., México, 1998, pp. 32, 33.

⁶ D'Ors, A., *Una introducción al estudio del derecho*, Ediciones Rialp S.A., Madrid, 1989, p. 31.

⁷ *Idem*.

⁸ *Idem*.

⁹ GÓMEZ PÉREZ, R., *Deontología Jurídica*, EUNSA, Pamplona, 1991, p. 114.

que es justo. Sin tal facultad (jurisdicción), quien pretenda sentenciar con fuerza vinculante, es un usurpador. En las *Siete Partidas* se afirma que: «Los juzgadores que hacen sus oficios como deben tienen nombre con derecho jueces, que tanto decir como hombres buenos que son puestos para mandar y hacer derecho»¹⁰. No puede ser un individuo cualquiera sino aquel que ha sido investido para ejercer tal función. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en su artículo 17 tal principio: «Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho». Y por tanto: «Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial». Así lo ha explicado Santo Tomás de Aquino: «(...) no tiene lícitamente potestad coactiva en las cosas humanas, sino el que ejerce autoridad pública, y los que la ejercitan son considerados como superiores respecto de aquellos sobre quienes, en su calidad de súbditos, recae potestad ordinaria, ya delegada. Por tanto, es evidente que nadie puede juzgar a otra persona a no ser que éste sea de algún modo su súbdito, ya por delegación, ya por potestad ordinaria»¹¹. En conclusión, juez es el sujeto de la jurisdicción. Es importante concluir, que comparten tal función quienes auxilian dentro del poder judicial al juzgador: «Es posible, sin duda, reformular la vieja concepción de que el juez es el único profesional de la judicatura. También sus colaboradores y auxiliares pueden ser vistos como practicantes de una *profesión judicial*, una profesión vinculada a la idea de que la justicia es un servicio público que prestan organizaciones bien definidas: los órganos jurisdiccionales»¹². Como órgano del estado cuya función es la de juzgar con fuerza vinculante, no hay duda alguna de la *potestas* del juez. Bien dice Rafael Domingo Oslé que: «Distinta de la *auctoritas* es la *potestas*, de *potis*, cuya raíz

¹⁰ ALFONSO X «El Sabio», *Siete Partidas*, III, t 4, p. 11.

¹¹ S.Th., II, II, q. 67, a. 1.

¹² BONILLA LÓPEZ, M., «Algunas consideraciones sobre la profesión judicial», en *ABZ, Información y análisis jurídicos*, Morelia, agosto, 2001, p. 32.

indoeuropea significa la idea de poder constituido. *Despotés*, en griego, es el amo de la casa (...)»¹³. *In fine, potestas* es: «(...) el poder socialmente reconocido»¹⁴. Lo que se puede cuestionar, actualmente, es la *auctoritas* de los jueces. Por *auctoritas* entendemos: «(...) el saber socialmente reconocido»¹⁵. Esto no se debe a que los jueces no sean sabios, sino a que el fenómeno codificador les ha impedido ejercitar plenamente la prudencia jurídica. Merryman describe como se llegó a esta situación:

Con la Revolución, y su consagración del dogma de la separación estricta de poderes, se restringió categóricamente la función judicial. La insistencia revolucionaria en que la ley se hiciera sólo por una legislatura representativa significaba que los jueces no podrían hacer la ley, de manera directa o indirecta. Una expresión de esta actitud era el requerimiento de que el juez usara sólo «la ley» al decidir una controversia (...) Surge así una imagen del proceso judicial como una actividad bastante rutinaria. El juez se convierte en una especie de empleado experto (...) Su función consiste simplemente en encontrar la disposición legislativa correcta, compararla con la situación de hecho y consagrar la solución que produce la unión en forma más o menos automática (...) La imagen neta del juez es la del operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es meramente mecánica. (...) El juez del derecho civil no es un héroe cultural ni una figura paternal (...) Su imagen es la de un empleado público que desempeña funciones importantes pero que resultan esencialmente poco creativas¹⁶.

No cabe duda, resulta terrible lo dicho por Merryman. Pero tal reducción de la actividad judicial se debió a un fenómeno histórico. Bien precisa Bernardino Bravo Lira que:

Hasta la codificación, la sujeción del juez a la ley no había sido obstáculo para que prosperara un derecho de juristas. Así lo vio primero en la Roma clásica, luego en la Europa medieval y, en tiempos más próximos a nosotros, en la Europa y la América moderna. En Roma la ley había sido una fuente

¹³ DOMINGO OSLÉ, R., *Auctoritas*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1999, p. 15.

¹⁴ D'Ors, A., *Derecho Privado Romano*, EUNSA, Pamplona, 1991, p. 37.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ MERRYMAN, J.H., *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 76, 77.

del derecho muy secundaria, cuyo ámbito principal era lo público. En el Derecho Común europeo e iberoamericano la primacía teórica de la ley —civil, canónica o real— estuvo en todo momento mediatizada, en la práctica, por la doctrina de los autores. La ley era lo que entendían y enseñaban los juristas. De ahí tanto el derecho romano como el Común fueron derechos de juristas, concebidos al modo clásico como un *ars boni et aequi*. En cuanto tales estos derechos se presentaban al juez en forma abierta, de suerte que le correspondía a él cerrarlos caso por caso, mediante su sentencia que entraña una *iurisdictio* ¹⁷.

Con la codificación moderna, los papeles se invierten ¹⁸. La ley se transforma en la principal fuente del derecho. El juez sólo es un mero instrumento de la ley. Bravo Lira explica, en el mismo lugar que: «(...) la codificación abre paso a una reducción hasta entonces inimaginable del papel del juez. En lugar de declarar el derecho en los casos controvertidos, se le intenta limitar a aplicar la ley a los casos particulares, es decir, subsumirlos bajo una ley general». Pero, ¿por qué se cuestiona la *auctoritas* del juzgador? Sigamos con Bravo Lira: «Con ello se pretendía poner a los individuos a cubierto de la arbitrariedad de los jueces. Pero a la postre, sólo se consiguió dejarlos inermes frente a la arbitrariedad de los gobernantes (...) Un desenlace como éste no tiene nada de inesperado. Al rechazarse la *autoridad* de los juristas, se privó a las personas de una protección frente a la *potestas* de los gobernantes, cuya eficacia fue, por varios siglos, el orgullo de Europa y de América, tanto que cifraban en ella su superioridad frente al despotismo oriental». Y aquí a donde queremos llegar: «Sin embargo, insistimos para terminar, en que, lo decisivo en la implantación de la legalidad por la legalidad no fueron los códigos mismos, sino un cambio de mentalidad de los propios jueces. Bajo el influjo de la Ilustración rompen con el Derecho Común, lo que les deja inermes ante la ley. Entonces se persuaden no sólo de la omnipotencia de la ley, sino de su propia impotencia frente a ella. No osan revisar su

¹⁷ BRAVO LIRA B., «Las dos caras de la codificación en Europa Continental e Iberoamérica: Legal y Judicial», en *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 178.

¹⁸ Vid. RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 75.

contenido. Sólo atinan a aplicarla tal como viene. Sin el legalismo judicial habría sido imposible una legalidad por la legalidad».

Desde luego, es posible revertir este panorama, no tan alentador por cierto. Aquí vale la pena citar a Roberto Reynoso Dávila: «El Juez no es un esclavo de la ley; ésta es sólo uno de los instrumentos para hacer Justicia. Parangonando las frases evangélicas podemos decir que no es el hombre para servir a la ley, sino la ley para servir al hombre: “*la letra mata, el espíritu vivifica*”»¹⁹. Decía Álvaro d’Ors: «La decisión en justicia de una controversia sobre lo que pertenece a las personas incumbe a un juez, que es la persona imparcial que declara su opinión o sentencia respecto al derecho: el que declara el derecho (...) La Jurisprudencia es así la ciencia que debe ilustrar a los jueces para dar sentencias justas»²⁰. En principio, la prudencia es: «(...) la virtud que pone el justo medio de la razón en los actos de las demás virtudes (...)»²¹. Por ello: «Las dotes de buen gobierno se reducen a las que, según Santo Tomás, que sigue en esto a Aristóteles, son actos integrantes de la prudencia (...)»²². Luego entonces, se trata de una virtud fundamental en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sin embargo, el juez practica una prudencia especial, la *iuris prudentia*. Definida por Álvaro d’Ors, *in génere*, como la virtud: «(...) que sabe distinguir lo que se debe hacer», la prudencia es una de las virtudes de mayor relevancia, si es que no la más importante que debe practicar el jurista²³. Para el caso del juez, quien como hemos dicho, *iuris dice*, se trata de una virtud, que si no se practica, sería imposible el acto de sentenciar. Por ello, el mismo d’Ors afirma, en el mismo lugar, que es: «“Jurisprudencia”, lo que se debe hacer en derecho

¹⁹ REYNOSO DÁVILA, R., *La misión del juez ante la ley injusta*, Editorial Porrúa S.A., México, 1999, p. IX.

²⁰ D’ORS, A., *Elementos de Derecho Privado Romano*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 13.

²¹ PEINADOR NAVARRO, A., *Tratado de Moral Profesional*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1969, 206

²² *Idem*.

²³ D’ORS, A., *Elementos de Derecho Privado Romano*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 11. Para Leonardo Polo, es la principal virtud política: «La prudencia es la virtud del gobernante: *auriga virtutum*, la virtud *dianoética*; la virtud moral que al mismo tiempo es racional. En la acción de gobierno, la menos temporal, la acción más vinculada a la intemporalidad cognoscitiva, el control es la prudencia, la virtud *dianoética*».

(...)». Hemos dicho ya, algunas cosas en torno a esta virtud, pero debemos repetirlo, es la virtud que por excelencia, practica el juzgador. Carlos Ignacio Massini, haciendo referencia a la prudencia *in genere* concluye que se trata de «una virtud intelectual, concretamente del intelecto práctico, que tiene por objeto establecer y prescribir lo que es recto en el obrar propiamente humano»²⁴. Ahora pasemos a lo estrictamente jurídico. «El oficio de jurista es un arte o ciencia práctica —pues *ars* o arte no es otra cosa que un conocimiento práctico—, es un saber, que comporta discernir: el discernimiento de lo justo y de lo injusto, el discernimiento del derecho y de la lesión del derecho»²⁵. Y ese hábito de discernir, es precisamente la prudencia jurídica. Así las cosas, podemos afirmar que tal virtud es: «(...) la disposición del intelecto que habilita para determinar el contenido cierto del derecho, tanto en su expresión normativa, como en su determinación singular»²⁶. Por tanto, la justicia no sería posible si no es asistida por la *iuris prudentia*, así lo apunta d'Ors: «Hay que recordar asimismo que la virtud de la Justicia es como ciega si no se ve asistida por la Jurisprudencia; y que muchas veces se incurre en resultados injustos, aun queriendo hacer justicia, por falta de Jurisprudencia, y que tantos desmanes que se perpetran en nombre de la Justicia se deben a la ignorancia del Derecho (...) Jurisprudencia y Justicia deben mantenerse unidas, porque no basta saber, si luego no se quiere realizar lo que se sabe que se debe hacer, pero tampoco sirve querer, si antes no se sabe lo que se debe querer»²⁷. Todo esto se compendia en lo dicho por San Ambrosio: «No puede existir la Justicia sin la Prudencia, pues examinar qué sea justo o qué injusto, no es cosa de una prudencia mediocre»²⁸. El juez, es pues, un examinador prudente de lo justo y hecho esto, se encuentra ya en posición de sentenciar. Desde luego, esta sentencia

²⁴ MASSINI, C.I., *La Prudencia Jurídica, introducción a la gnoseología del derecho*, Abeledo-Perrot S.A. E. e I., Buenos Aires, 1990, p. 34.

²⁵ HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 75.

²⁶ MASSINI, C.I., *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo-Perrot S.A. E. e I., Buenos Aires, 1978, p. 100.

²⁷ D'ORS, A., *Una introducción al estudio del derecho*, Ed. Rialp. S.A., Madrid, 1989, p. 29.

²⁸ SAN AMBRISIO, *De officiis ministrorum*, I, p. 27.

debe contar con fuerza vinculante por ello: «Así, donde no pueden intervenir jueces, no hay tampoco derecho. De ahí que podamos definir el derecho como “aquello que aprueban los jueces”»²⁹.

Sin embargo, como ya lo hemos dicho, el fenómeno codificador logró transformar a la ley como la fuente jurídica por excelencia, por tanto, el derecho se transformó en sinónimo de ley. No obstante, Radbruch, con razón, comenta que la ley no se transformó en un código de carácter absoluto. Durante la redacción del propio *Codé Napoleon*, Etienne Portalis ya lo había remarcado: «El *Code* civil no tiene una redacción casuística, pero no se halla tampoco dominado por la quimera de resolver de antemano, mediante exageradas abstracciones, todos los casos jurídicos imaginables. Renuncia conscientemente a la pretensión de reglamentarlo todo, sin omisiones ni lagunas. Lo decía el mismo Portalis: “Saber que no es posible preverlo todo, es una sabia previsión”. Sin embargo, el art. 4 exige que el juez, si no quiere incurrir en las penas previstas para la denegación de justicia, resuelva todos los casos jurídicos que ante él se presenten, sin que pueda excusarse alegando que la ley es oscura o insuficiente en cuanto al caso de que se trata. Por oposición a Montesquieu, para quien el juez no es más que el instrumento automático e inanimado de la justicia, llamado a juzgar —según una frase de Portalis— como si los legisladores fuesen dioses y los jueces no llegasen siquiera a la categoría de hombres, el Código civil francés admite, pues, la posibilidad de una creación libre de Derecho por la vía judicial. Pero, a diferencia de lo que ocurre en Inglaterra, en Francia los fallos judiciales sólo tienen efectividad para el caso concreto, pero no fuerza de ley para casos futuros. Pero la “jurisprudencia”, aunque no tenga fuerza de ley, aparece, de hecho, revestida de gran autoridad»³⁰. El significado de jurisprudencia sufrió una importante evolución: «Ese

²⁹ D'ORS, A., *Una introducción al estudio del derecho*, Ed. Rialp. S.A., Madrid, 1989, p. 32.

³⁰ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 75. A pie de página, Radbruch hace una aclaración que me parece pertinente incluir: «En Francia (al igual que en España y en algunos países de Hispano-América) se llama “jurisprudencia”, en la terminología judicial, al Derecho decantado en las sentencias de los tribunales; en Inglaterra se da este nombre a la fase suprema y más general de la ciencia del Derecho, a algo semejante a lo que la llamada Teoría general del Derecho es entre los alemanes».

conocimiento acertado de lo que era derecho en cada situación singular —llamado *iuris prudentia*— dio posteriormente el nombre, por una derivación lingüística, a la *ciencia del derecho* y a las normas que tienen su origen en las sentencias de los tribunales. Pero con el transcurso del tiempo, el uso de la palabra se fue restringiendo a estas dos acepciones derivadas, sobre todo a la última, sin que el conocimiento de lo justo concreto conservara el clásico apelativo de *prudencial*»³¹.

La jurisprudencia como ciencia jurídica es un producto del proceso codificador alemán. Para esta nación la adopción del modelo de código francés resultó frustrada luego de la polémica suscitada entre Federico Carlos de Savigny y Antonio Federico J. Thibaut en 1814. Savigny logró imponer su postura. El derecho alemán debía buscar su identidad histórica³². Así surgió una importante escuela que adopta una admirable metodología para el conocimiento del Derecho Romano. «El Derecho científico alemán, que en la primera mitad del siglo XIX dio origen a la *doctrina pandectista* (...), tuvo su culminación hacia la mitad de aquel siglo, dando lugar a la que fue llamada *Begriffsjurisprudenz* o jurisprudencia de conceptos»³³. Creada por Bernhard Windscheid (1817-1892), la jurisprudencia conceptual es aquella que se ocupa de resolver cuestiones jurídicas deduciendo lógicamente la respectiva conclusión del mismo sistema jurídico, con exclusión de cualquier consideración finalista. Sin embargo, Rudolf Von Ihering (1818-1892) permitirá un cierto grado de evolución, con la jurisprudencia de intereses. «Sin género (...) de duda, la jurisprudencia de intereses significó un indudable progreso respecto de la jurisprudencia conceptual, ya que mediante la pura deducción lógica

³¹ MASSINI, C.I., *La Prudencia Jurídica, Introducción a la gnoseología del derecho*, ABELEDO-PERROT S.A. E. E I., Buenos Aires, 1982, p. 21.

³² «La Escuela Histórica admite que la materia del derecho está dada por el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser esta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Después, cada tiempo deberá encaminar su actividad a examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por una necesidad interna». VON SAVIGNY, F.K., «Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica» en *El ámbito de lo jurídico, Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Eds. Pompeu Cassanovas y José Juan Moreso, Editorial Crítica S.L., Barcelona, 1994, p. 25.

³³ BOBBIO, N., *El Positivismo Jurídico*, Editorial Debate S.A., Madrid, 1993, p. 133.

de las normas abstractas no puede realizarse la justicia del caso concreto, para alcanzar este resultado es en todo caso indispensable tener a la vista el fin de cada una de las instituciones jurídicas»³⁴. Y sin embargo, esta *iurisprudencia* no ha bastado como el mejor mecanismo de solución de los conflictos presentados ante un juez. Me resulta preocupante encontrar opiniones sobre la ley y las resoluciones judiciales como la siguiente: «La interpretación no consiste en encontrar, bajo la fórmula legal, un gran número de significaciones, sino en descubrir la norma que ha de aplicarse al caso»³⁵. El razonamiento judicial, no puede ser un simple silogismo, casi automático. «Se trata de un modo de razonar en el que se introducen constantemente los fines prácticos, las apreciaciones de justicia, los conflictos de bienes o valores. Nada tiene que hacer aquí el razonamiento de tipo teórico, necesario y uniforme»³⁶. El juez elabora un juicio práctico «(...) determinando qué es derecho en un caso concreto, no se detiene allí; no sólo dice qué es derecho sino que lo prescribe; no sólo especifica la solución del caso, sino que manda que sea concretada en los hechos; no sólo establece qué es lo suyo de cada cual, sino que impera que le sea dado (...) En este aspecto, la doctrina de la prudencia representa una perfecta síntesis superadora de las opuestas posiciones del conceptualismo y del voluntarismo. Entre la posición de los exegetas, para quienes la sentencia era el resultado de una deducción puramente racional y la de Kelsen, quien sostiene que la decisión del juez es un acto de pura voluntad inmotivada, siempre que lo sea dentro del marco de posibilidades establecido por la norma, se encuentra la doctrina de la prudencia; para ésta, la decisión judicial es un acto formalmente de la razón, pero transido de voluntariedad; implica una determinación racional de lo que es justo, pero no sólo una determinación sino también una valoración y un mandato, actos que no pueden realizarse sin el concurso de la voluntad, que quiere aquello que la razón presenta como recto»³⁷.

³⁴ VERDROSS, A., *La filosofía del derecho del mundo occidental*, UNAM, México, 1983, p. 272.

³⁵ GARCÍA MAYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa S.A., México, 1985, p. 365.

³⁶ MASSINI, C.I., *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo-Perrot S.A. E. e I., Buenos Aires, 1978, p. 134.

³⁷ *Idem*, pp. 135, 136.

La ley, en sí, no es algo malo, todo lo contrario. Pero no debe perderse de vista su carácter mediato: «(...) la ley determina lo justo. Villey tiene, realmente, razón: el arte jurídico consiste en decir lo justo. Más aún, no solamente el legislador, el juez, el procurador, el abogado, el notario, el funcionario, en suma, todo jurista debe buscar y decir el derecho porque es su tarea (...) Pero nadie puede pronunciarse sobre lo justo y lo injusto sin referirse a la ley, a la regla divina o humana, natural o positiva, escrita o consuetudinaria, la cual establece el derecho. Esta regla es siempre exterior porque emana de un legislador. Ella es también en la mayoría de los casos, general, en tanto que lo justo es concreto. Es necesario, entonces, que la prudencia de todo hombre enuncie para sus necesidades del momento la regla interior y concreta de lo justo por hacer»³⁸.

Para finalizar, quedémonos con las siguientes palabras del jurista medieval Placentino (1191): «La Jurisprudencia es saber qué es justo, qué injusto, qué ilícito, en lo divino y lo humano o en los asuntos del foro. Se diferencia mucho la Jurisprudencia de la Justicia. Pues la Jurisprudencia ordena o discierne, la Justicia concede. La Justicia es una virtud, la Jurisprudencia una ciencia»³⁹.

III. EL DOCENTE Y LA PRUDENCIA JURÍDICA

Una las actividades más nobles del oficio del jurista es la docencia. Aunque hay que hacer una importante precisión: No hay docencia posible sin el respaldo de una probada capacidad de investigar científicamente. Que el derecho pueda ser considerado como ciencia, no hay duda. Sencillamente hay que demostrar que la ciencia jurídica, desde la óptica epistemológica, difiere de las ciencias empíricas. El derecho es una ciencia humana. Y es que, lo jurídico es resultado de la sociabilidad natural del hombre. Aunque para Álvaro d'Ors,

³⁸ KALINOWSKI, G., *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Editorial Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 1982, p. 23.

³⁹ PLACENTINO, *Summa Institutionum*, p. 1.

conviene matizar lo anterior: «La ciencia del derecho no es una ciencia “social”. Todo lo humano es social por naturaleza, ya que el hombre no es concebible si no es en relación con otros, pero el derecho no estudia esa conexión natural, sino lo que la conciencia humana ha pensado, y queda escrito, sobre ciertos aspectos interpersonales»⁴⁰. Para el gran romanista, el Derecho es una ciencia humanística. Y podemos agregar, que por ser humana, no pierde su perspectiva social. La justicia, virtud por excelencia social, no se da donde no hay alteridad. En sentido amplio, la ciencia jurídica siempre ha existido. Sin embargo con Friedrich Carl von Savigny la denominación «Ciencia del Derecho» alcanza un auge inusual. «La ciencia jurídica es primordialmente la creación de los jurisconsultos alemanes de mediados y fines del siglo XIX, y evolucionó naturalmente a partir de las ideas de Savigny (...) Savigny sostenía que la codificación alemana no debería seguir el pensamiento racionalista y del derecho natural secular que caracterizaba a la codificación francesa. (...) Por lo tanto, un paso preliminar necesario para la codificación era un estudio exhaustivo del orden legal para identificar y enunciar correctamente estos principios y ordenarlos en un sistema coherente»⁴¹. El que se gestase una actitud tan rigurosa, en cuanto el método, fue algo muy propio de su tiempo. Francesco Carnelutti, por ejemplo, llega a cuestionarse el carácter científico del derecho: «Cuando mi joven amigo (Colonna) hace la amarga comprobación de un notable desnivel entre la ciencia del Derecho, la matemática, la física o la biología, no dice más que la verdad, pero la consecuencia que se obtiene no es que la ciencia del Derecho no sea tal, sino que no ha alcanzado el grado de tecnicismo que las otras, lo que significa su madurez»⁴². Y es que, luego de los planteamientos de Leibniz, el derecho debía asimilar el modelo lógico matemático para aspirar al rango científico. Todo esto implicó el que la ciencia jurídica se separase del modelo científico de Aristóteles, es decir, ya no sería una ciencia de lo general

⁴⁰ D'ORS, A., *Nueva introducción al estudio del derecho*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 1999, pp. 18, 19.

⁴¹ MERRYMAN, J.H., *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 121.

⁴² CARNELUTTI, F., *Metodología del Derecho*, pp. 21, 22.

sino un conocimiento de lo particular legislado y su contextualización dentro de lo histórico. Karl Larenz lo describe así: «Desde un principio es característico de Savigny exigir una combinación del método “histórico” y el “sistemático”. El primero considera la génesis de cada ley precisamente en una situación histórica determinada. El segundo intenta comprender, como un todo coherente, la totalidad de las normas jurídicas y de los institutos jurídicos que les sirven como base»⁴³. Esto evolucionará y surgirá la llamada «jurisprudencia de conceptos» que por la naturaleza de estas reflexiones, no nos ocuparemos aquí de ella. Lo que nos interesa, es que la ciencia jurídica no es sólo una ciencia histórica, como lo postulaba von Savigny⁴⁴. Asimismo, tampoco podemos reducir su objeto al mero conocimiento de las leyes positivas. En este sentido, Gustav Radbruch precisa que: «La ciencia jurídica en sentido estricto, o sea la ciencia dogmática del Derecho, la ciencia sistemática del Derecho, puede ser definida como la ciencia que versa sobre el sentido objetivo del Derecho positivo»⁴⁵. A diferencia de lo postulado por el *ius*-positivismo, la ciencia jurídica tiene un objeto mucho más amplio que un producto contingente como lo es el derecho positivo. Esto implicaría una aproximación simplemente sociológica (el derecho como fenómeno social) o de una fenomenología cuyo objeto es un mero producto humano. Si la ciencia jurídica quiere gozar de tal estatus (carácter científico), deberá ampliar sus miras. Hay que partir de que la ciencia jurídica es un conocimiento de la realidad jurídica. Desde luego, aquí puede situarse el conocimiento sistemático del derecho positivo, pero no podemos limitar el objeto, hay que incorporar, necesariamente, al derecho natural. Por eso afirma Javier Hervada que: «derecho natural y derecho positivo (son), factores jurídicos que tienen su origen en la naturaleza y factores jurídicos que nacen *ex condicto*, forman una unidad: el orden jurídico de la comunidad»⁴⁶. Como precisa Carlos Errazuriz:

⁴³ LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994, p. 38.

⁴⁴ *Vid.* VERDROSS, A., *La filosofía del derecho del mundo occidental*, UNAM, México, 1983, pp. 239, 240.

⁴⁵ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 9.

⁴⁶ HERVADA, J., *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, EUNSA, Pamplona, 1996, p. 26.

«A la hora de determinar cuál es el derecho vigente, la ciencia jurídica necesariamente debe tener en cuenta los elementos naturales presentes en el orden jurídico. Sólo así será fiel a la realidad de su objeto»⁴⁷. Con lo anterior, tenemos presente que la ciencia jurídica es práctica y por ello estudia el derecho vigente, ya positivo o natural. Al estudiar el derecho vigente, como un derecho real, objetivo, se plantea la siguiente duda: «¿Significa esto que la ciencia jurídica no estudia el derecho natural? No, (...), sólo quiere decir que lo estudia una vez se ha manifestado en el orden jurídico y, en consecuencia, pasa a ser conocido como tal por la comunidad humana»⁴⁸. Lo cual lleva a Hervada a precisar que: «El derecho no es ningún ideal, ni ningún prototipo. Es un orden histórico práctico, esto es, aplicable *hic et nunc*. Y la ciencia jurídica es una ciencia práctica como hemos dicho; su objeto es un operable; y un factor desconocido no puede considerarse seriamente como tal. No hay, pues, derecho vigente, en orden a la ciencia jurídica, que es práctica, donde no hay operabilidad, o sea aplicabilidad»⁴⁹. Aquí hay que hacer una anotación. La investigación debe ser una tarea contributiva al saber superior. En palabras del filósofo Leonardo Polo el saber superior es «(...) la adquisición de conocimientos en la situación más alta que la humanidad ha adquirido en un momento histórico»⁵⁰. Un investigador no sólo estudia para sí, lo cual, ya lo veremos, es un deber grave del jurista. El investigador aporta soluciones a problemas jurídicos, con tal calidad científica, que deben hacerse del conocimiento de la comunidad científica. El docente por tanto, no puede conformarse con un grado básico para el ejercicio de su oficio. Si bien es cierto que para patrocinar una causa dentro de un juicio debe contarse sólo con la cédula profesional, el docente debe adquirir otras habilidades. El grado de Maestría se orienta al desarrollo de la pericia técnica. Suele relacionarse de manera estrecha con las especialidades. Esto mejora la destreza técnica,

⁴⁷ ERRAZURIZ, C.J., *Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, p. 184.

⁴⁸ HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 604.

⁴⁹ *Idem*, p. 605.

⁵⁰ POLO, L., *El profesor universitario*, Universidad de Piura, Perú, 1996, p. 22.

pero no forma hábitos científicos. El doctorado es el medio para formar las habilidades propias del investigador científico. De hecho, la tesis doctoral es el producto final de un proceso de investigación monográfico. Quizás no sea una obra perfecta, e incluso constituya el blanco de ataques y severas críticas. Pero eso es parte del precio a pagar para ser un científico. Si aceptamos que el saber superior es un saber comunitario, la crítica honesto siempre constituirá un medio de retroalimentación extraordinario. Pero luego de la defensa de la tesis doctoral y la obtención del respectivo grado, el investigador debe publicar. Aquí es donde se dará su aportación al saber superior. De igual manera, el investigador debe participar en congresos y seminarios tanto nacionales como internacionales. Más que buscar pretextos turísticos (aunque en cierta medida no es incompatible), los congresos deben ser oportunidades para el intercambio de ideas, y el conocimiento de otros resultados y líneas de investigación. Además, es una excelente manera de matar dos pájaros de un tiro, pues las memorias de los congresos suelen publicarse y ahí podemos contribuir al saber superior con un artículo o ponencia. Desde luego, el investigador deberá conocer su metodología, como pudieran ser las propias de la archivística; paleografía, geografía, numismática, comparación de sistemas jurídicos, hermenéutica, etc. Y deberá dominar la metodología propia de la exposición de sus resultados, como la gramática, la redacción, la ortografía, la retórica, etc.

Hay que tener presente, que el Derecho, no es sólo una ciencia positiva o un conocimiento de carácter ontológico. El derecho se concreta en la historia, se hace vigente y esto parte de un acto en el que concurren el querer y el saber. «El primero es orientado por la justicia como bien al que se tiende; el segundo se rige por la prudencia, como norma o virtud del recto obrar»⁵¹. El conocimiento del derecho también se orienta a su nivel prudencial y por tanto a su *práxis*. Fernando Betancourt describe este doble aspecto, refiriéndose al

⁵¹ *Idem*, p. 606.

Derecho Romano, pero que es válido para nuestro propósito: «(...) la prudencia específica del deliberar la acción jurídica es precisamente la prudencia del Derecho o jurisprudencia. Desde este punto de vista el estudio del Derecho Romano es de jurisprudencia para llegar a ser jurisprudentes o jurisconsultos. Pero el “quehacer” jurídico que es principal y fundamentalmente un *agere* es también en cierta medida, un *facere*, es decir, un “quehacer” técnico que se mide por el resultado que produce en orden a la realización de la justicia. Por esto, unida a la personalidad del jurisprudente o jurisconsulto aparece en la vida jurídica la personalidad del técnico del Derecho o jurisperito. Desde uno y otro punto de vista; desde el punto de vista de lo agible (jurisprudente, jurisconsulto) y desde el punto de vista de lo factible (jurisperito), el jurista Celso, según el testimonio de Ulpiano en D. 1, 1, 1 pr. (Ulp. 1 inst.), define el *ius* como el arte de lo bueno y equitativo (*ius est ars boni et aequi*)»⁵². El trabajo del investigador jurídico no debe limitarse, pues, a un mero conocimiento especulativo o teórico del derecho. Sobre todo debe enfocarse en el derecho real, comprendiendo su naturaleza (nivel ontológico); su vigencia (nivel estrictamente científico); su concreción (nivel prudencial) y su realización (nivel de justicia). Esto debe proyectarse en el quehacer docente.

La ciencia es de suyo comunicable. Y, en cierta forma, la docencia transmite los resultados de la investigación científica. Pero esto es el soporte del quehacer docente. Álvaro d’Ors expresa la tarea docente bajo el aforismo: «responde el que sabe, pregunta el que puede». El Profesor Universitario, soporta su cátedra no en una mera investidura formal, sino en su *auctoritas*. Es decir, en su sabiduría socialmente reconocida. Un profesor universitario debe ser un hombre sabio. Lo cual no se limita a una enorme erudición sino que se manifiesta en una forma de vida. El docente debe ser una persona culta. Ya que la cultura no es una simple acumulación de información, sino que se trata de una actitud de asimilación de las más grandes aportaciones

⁵² BETANCOURT, F., *Derecho Romano Clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995, pp. 127, 128.

del espíritu humano. Lo cual lo ha delineado de manera excelente Enrique Rojas: «La cultura se refiere al enriquecimiento de las dimensiones del hombre, sobre todo aquellas que lo hacen más auténtico, más desarrollado y que le llevan a profundizar en sus raíces y en su historia»⁵³. Líneas adelante recalca que: «La cultura tiene como fin ayudar al hombre a que su vida sea más humana, revelar sus posibilidades más genuinas, su idiosincracia, y ponerlo frente a su realidad»⁵⁴. La cultura como actitud es, sobre todo, apertura: «Esta apertura es indispensable para que se pueda hablar de “cultura”, y podemos decir, de “humanismo” universitario. Universitario, porque, al reunir la universidad a estudiosos de todas las disciplinas, ofrece una existencia humanista que no se podría alcanzar de otro modo»⁵⁵. Por tanto, si alguien se precia de ser científico, debe ser interdisciplinario, y no cerrarse a una sola parcela del saber. Efectivamente, debe elegir una rama de la ciencia en la cual concrete su esfuerzo. Pero no puede conformarse con una visión estrecha sobre su entorno. Regresando a que el Profesor debe poseer *auctoritas*, es conveniente considerar algunas recomendaciones de Álvaro d’Ors: «(...) ya hemos dicho que la función esencial del docente es responder a las preguntas del estudiante. Y, a este propósito, podemos señalar algunos aspectos de esa función fundamental: la Objetividad, la Humildad, y la conciencia de Mediatez». Así pues, el primer aspecto se vincula con la veracidad: «la Veracidad exigible del profesor presupone la correcta información de éste, la responsabilidad del que tiene reconocida una Autoridad (...) no basta la buena voluntad de repetir lo que en otro tiempo se ha aprendido, sino que se requiere el espíritu crítico y siempre actual de los propios conocimientos, para ajustarlos a una Objetividad que viene incrementada y afinada por el progreso de las ciencias». He aquí donde debe concretarse la apertura científica y cultural del docente. Además de que la vía para nutrir esta actitud será el estudio intenso, la interdisciplinariedad y la rigurosa investigación científica que sea contributiva al saber superior. El filósofo Leonardo Polo

⁵³ ROJAS, E., *Una Teoría de la Felicidad*, Madrid, 1993, p. 61.

⁵⁴ *Idem*, p. 72.

⁵⁵ D’ORS, A., *Cartas a un joven estudiante*, EUNSA, Pamplona, 1991, p. 97.

precisa que: «El profesor universitario se dedica a estar en el extremo del saber, tiene que saber todo lo que a su disciplina se refiera (...) Se consigue estudiando sin parar de estudiar hasta que uno se muera. Estudiar y pensar. Vida académica, actividad académica, quiere decir que no hay que ignorar nada por lo menos de la rama a la que uno se dedica, de lo que hasta el momento se sabe, y además profundizarlo, pues siempre quedan lagunas (...)»⁵⁶. Decíamos que el futuro doctor deberá asumir una actitud especial al momento de defender su tesis doctoral. No obstante haber concentrado una importante dosis de laboriosidad en su investigación monográfica, el doctorando deberá aceptar críticas y hasta agresiones. Como bien lo apunta Francisco Ponz, el doctorado forma en la virtud de la humildad: «Al comenzar la tesis quizá alguno piense que va a hacer un descubrimiento deslumbrante; pero cuando inicia el camino, al tener a la vista lo mucho y bueno que otros han conseguido, comprende los objetivos a que puede aspirar (...) Es bueno apuntar alto, intentar dar saltos de campeones, pero no en el vacío, sino con sensatez, estando en la realidad. Por eso el doctorado fomenta la humildad intelectual, ayuda a valorar las aportaciones ajenas, y como decía José María Albareda, a situarse uno en su sitio»⁵⁷. Y a decir de d'Ors: «(...) una forma por la que esta Humildad debe expresarse es por el respeto del que todavía no ha alcanzado ciertos conocimientos, o incurre en errores, es decir, la consideración de no despreciar nunca a sus alumnos, por muy torpes que estos sean». Pero además, el docente en realidad es un medio para acercar a su alumno a la ciencia. El docente no es la ciencia, por más que sea una autoridad en la materia. Y aquí, recuerdo a aquellos profesores que consideran que la humillación de aquella cantaleta que «el diez es sólo para el maestro», debieran plantearse con seriedad su vocación, en este sentido San Isidoro de Sevilla ya lo había sentenciado: «Los maestros iracundos convierten el tono de la enseñanza por su rabioso furor en crueldad enorme y por lo mismo más hieren a los súbditos con lo que podían enmendarlos»⁵⁸. Y vale la pena otra sentencia más, relativa a la forma

⁵⁶ POLO, L., *El profesor universitario*, Universidad de Piura, Perú, 1996, p. 21.

⁵⁷ PONZ, F., «¿Para que sirve un doctorado?», *Revista Nuestro Tiempo*, Universidad de Navarra, Pamplona, octubre, 1998, p. 112.

⁵⁸ ISIDORO DE SEVILLA, *El libro 2º y 3º de las sentencias*, Apostolado Mariano, Sevilla 1991, p. 117.

de disciplinar a nuestro auditorio: «El doctor y rector bueno es el que guarda la disciplina en humildad y por la disciplina no incurre en soberbia. (...) Muchos hay que al enseñar no son humildes en la exposición, sino arrogantes y que aun lo bueno que predicán no lo anuncian por deseo de corrección, sino por vicio de grandilocuencia. Muchos hay que enseñan no por intención de edificar, sino por la hinchazón de engrandecerse, y no son sabios para aprovechar, sino que desean enseñar para parecer sabios»⁵⁹. Volvamos a la mediatez, d'Ors comenta que «el docente no puede pretender dar luz sobre la ciencia que enseña, sino tan sólo poner en camino al alumno para que él mismo consiga ese resultado iluminativo por sus propios medios, porque la Ciencia no es comunicable, en sentido estricto, sino tan sólo ofrecible. El estudio, y con ello el resultado disciplinario, es siempre personal del mismo alumno». Mejores palabras no hay. Sin embargo, como me comentaba el psiquiatra y catedrático español, Enrique Rojas, el maestro es un modelo, y modelo de vida. Por ello, con el Profesor Aquilino Polaino, podemos decir que hay tres tipos de profesores: «El que vale, pero no vale lo que enseña. El que no vale, pero sí vale lo que enseña: buen profesor y pésima persona. El que vale y además vale lo que enseña»⁶⁰. Así las cosas, como decía Michel Barlow: «Definitivamente hay que aprender —o reaprender— a enseñar de manera distinta que por atiborramiento y autoridad, hay que aprender a dialogar en vez de perorar, hay que despertar en vez de enseñar, inflamar en vez de rellenar. ¡Ánimo! es cuestión de echarse a andar»⁶¹.

© Índice General

© Índice ARS 26

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Notas personales, curso monográfico sobre el quehacer universitario*, Universidad de Navarra, enero, Pamplona, 1993.

⁶¹ BARLOW, M., *Diario de un profesor novato*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1980, p. 15.