

AUDIATUR ET ALTERA PARS¹

(Notas para un cuadro de la dialéctica jurídica)

**Una aproximación histórica a la práctica, la técnica, la teoría, la filosofía, la ciencia y el arte del conocimiento jurídico
–tal cual es y debe ser–.**

AUDIATUR ET ALTERA PARS

(Notes for a picture of legal dialectic)

A historic to practice the technique approach, theory, philosophy, science and art –such legal knowledge which is and should be–.

EDUARDO CARZIOLIO DÍAZ (Uruguay) ²

Resumen: Presentación de la dialéctica como metodología jurídica ejemplar. El ‘arte del dialogo’ es una técnica (*ars dialectica*) consustancial tanto a la estructura ontológica del lenguaje como a la creación y desarrollo del derecho. Antecedentes y fundamentos históricos y filosóficos de la dialéctica jurídica. Aristóteles, Roma, Sto. Tomás de Aquino. Crítica de la Modernidad y vigencia y vigor del Realismo Clásico. Escucha, palabra, y logos. Elementos que componen la configuración dialogal. Transcendencia de la dialéctica.

Palabras claves: ‘Arte del diálogo’ – Dialéctica – Interpretación – Tópica – Retórica – Lenguaje – Método jurídico.

Abstract: *Presentation of the dialectic as the exemplary law methodology. The ‘art of dialogue’ is a technique (ars dialectica) as consubstantial in the ontological language structure as in the creation and development of the law. Historical and philosophical antecedents and foundations of the legal dialectic. Critique of Modernism and validity and force of Classical Realism. Aristotle, Roma, St. Thomas Aquinas. Listening, word and logos. Elements that compose the dialogical configuration. Transcendence of the dialectic.*

Keywords: ‘Art of dialogue’ – Dialectic – Interpretation – ‘Topic’ Rhetoric – Language – Law method.

1. Artículo recibido el 08-12-2013 y aprobado el 28-09-2015.

2. Doctor en Derecho y C. Sociales; Univ. de la República –UdelaR: Instituto de Filosofía del Derecho y Teoría General del D.; Univ. de Montevideo –UM; Instituto de Historia del D. y D. Romano; Asociación de D. Romano Argentina –ADRA.

Proemio

“El Digesto fue el único libro en el que los estudiantes medievales podían adquirir un conocimiento verdadero del mejor Derecho romano. [...] sólo en el Digesto [...] podía obtener argumentos jurídicos exactos y detallados, definiciones precisas...”³

Según las coordenadas más habituales, el tema que proponemos podría situarse en el ámbito del **método del derecho** o la **interpretación del derecho**. Ahora bien, en cuanto **método** e **interpretación** lo son siempre para **algo**, de **algo**, lo primero a determinar o definir sería **qué es el derecho**, es decir, a **qué cosa**, a **qué ente de la realidad** nos referimos. Empero, ciñéndonos mejor al marco establecido en la propuesta del Instituto, dejamos esa tarea para otra ocasión –salvo algunas indicaciones ocasionales o anexas–. Tampoco estudiaremos las metodologías en boga distintas de la expuesta, nos limitaremos a ofrecer unas mínimas anotaciones críticas respecto de ellas. De todos modos, si se quiere comprender qué es el derecho, un camino principal lo ofrece la observación y el conocimiento de cómo y para qué se construyó –y se construye día a día, sin cesar– **lo jurídico**, consumado en la función y actuación de sus **instituciones** más esenciales: los procedimientos y órganos que elaboran y establecen normas y soluciones de derecho.

En efecto, conocer cómo –mediante qué trabajo de la inteligencia y la voluntad– se llega a producir una ley, y particularmente, una **sentencia**, enseña mucho sobre la materia jurídica. Concentraremos, pues, nuestra atención sobre la **dialéctica** clásica, el **arte del diálogo jurídico**, tanto porque concierne directamente a la temática del evento, como en razón de su ausencia generalizada en los textos circulantes en nuestro medio. El estudio de la dialéctica permite adentrarse en la comprensión de la más propia y netamente jurídica de las instituciones jurídicas a todo lo largo y profundo de la historia del Derecho; la institución –ubicua, insoslayable, permanente– que da forma y estructura de contenido al **juicio**, en el doble sentido del vocablo: el de **juicio lógico de la inteligencia, particularmente de la inteligencia jurídica (teórica y práctica)** y el de **proceso jurisdiccional**.

En las notas al pie figuran una serie de referencias complementarias o accesorias, étimo- y filológicas, que apuntan a determinados ámbitos no especialmente frecuentados por los juristas. Resulta que, como se ve, tales ámbitos no sólo rodean la materia en cuestión (el llamado **derecho**) sino que están imbricados en ella hasta la médula, en la medida en que conciernen no sólo a la metodología sino, **en y con** ella, a los fundamentos epistémicos y gnoseológicos de lo jurídico, a la propia definición de la materia, y su arte y su disciplina.

En función de ello, intentamos contribuir al esfuerzo de controlar y mejorar el conocimiento del léxico jurídico. Lo hacemos, también, por todo lo que este encierra de

3 STEIN, Peter G., (2001). *El Derecho romano en la historia de Europa, Historia de una cultura jurídica*, Madrid, Siglo Veintiuno editores, p. 63 –que cita a Frederic Willam Maitland, 1850-1906 –fundador de la moderna *English legal history* (*Letters*, vol. II, ed. P. Zutshi, Selden Soc., supp. Ser II, 1995, nr 37).

* Se abrevia: *NA*, *TA*, por nota y traducción del autor, respectivamente.

revelador, de herramienta de saber y comprensión, de ventilación del aire enrarecido que parece estar ahogando el valor prístino de una disciplina que parecería no reconocerse ya en su vocabulario más elemental. Tanto se ha torcido el derecho como se ha desajustado la justicia. (*vid.* § 6) A esa percepción conclusiva se arriba estudiando la dialéctica clásica.

Se trata pues, entre otras cosas, de recuperar, en su máximo valor posible, el descaecido lenguaje básico del derecho, y con él los conceptos desvanecidos. Una operación del lenguaje.

Después de un siglo de psicoanálisis (y de una eternidad de estética, arte, mito y poesía⁴) el hombre no puede pretenderse propietario pleno de la palabra, ni considerarla un mero ‘instrumento’ manejable a voluntad. El denominado **lenguaje natural** es una realidad una **cosa en** el mundo tal y como se presenta este a nuestra aprehensión, y no un convenio artificial o voluntario. El lenguaje es ante todo una realidad viva y sensata; **en** y **con** el hombre.

Dominus et peregrinus, dueño y extraño en su propia casa, parte del todo, más escindido del magma del todo por la conciencia y el lenguaje, crono- y genealógicamente eslabonado, asignado su lugar en la cadena de la humanidad occidental por designación jurídica –**reglas del estado civil** que le reconocen y acreditan un lugar en el mundo para él: un *nomen*, un *status*– cada humano realiza antes que nada la incógnita de ser: para el **viviente que habla** esto significa buscar y dar **sentido** (desentrañarlo, descubrirlo, crearlo).

(No se puede interpretar una frase sin conocerla por entero. El saber del sentido, el significado, la semántica, no acaba hasta el **punto final**, el omega cósmico, y nadie llega hasta ahí. El significado del significado, el sentido del sentido, obvia la razón humana, que sólo capta su tensión, su magnetismo.)

Hombre y lenguaje, lenguaje y diálogo, derecho y lenguaje, diálogo y derecho... estos binomios no se resuelven por a + b. Todo lo jurídico se halla intrincado con estas problemáticas en sus aspectos más profundos, que inhieren⁵ particularmente en el área del derecho comparado, comunitario, regional y en la teoría, la dogmática y la antropología jurídicas –renovadas y ampliadas fuentes de investigación–.

4. –*vid. infra* (28). || *De metáforas y de derechos* (A propósito de M. Stolleis, *Das Augen des Gesetzes. Geschichte einer Metapher*) – in <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2750/11.pdf> | | “La filología es la ciencia de las palabras. [...] La historia de las palabras no es un mero pasatiempo; es, por lo contrario, un legítimo medio de entender en toda su amplísima extensión y profundidad los recursos de que nos servimos para entendernos los hombres. Porque con la palabra ocurre algo parecido a lo que acontece con las formaciones geológicas: vemos la superficie de la tierra pero por debajo de esa tenue capa se oculta todo un mundo que, en definitiva, explica por qué nos hallamos en presencia de un tipo u otro de terrenos.” ALSINA, José (1982). “Prólogo”, *Historia de la Antigüedad*, de PETIT, Paul, Barcelona, Ed. Labor Universitaria, p. 9.

5. Del latín *inhaerere*: *ser inherente a*; prefijo intensivo *in-* y *haerere* ‘*adherir-se*’, del protoindoeuropeo **g^hays-* ‘*adherirse*’. | Inherir, adherir, ser inherente, tener unión íntima con otra cosa. Sto. Tomás de Aquino, por su parte, indica esa ‘inherencia’ propia de las cosas con la máxima *Bonum est in re*. – VILLEY, M (1975, 1978). *Philosophie du droit, Définition et fins du droit, Les moyens de droit*, I y II, Précis, Paris, Dalloz, T.II, p.146. Con referencia a Michel Villey. [NA: Salvo indicación distinta, la traducción de los textos franceses de Villey corresponde al autor de este trabajo.] || Esa vuelta al punto de partida, el anudamiento, la inherencia, la yuxtaposición, el paralelismo entre derecho y lengua –ref.: (35), (39), (43), (71) et al– la incardina con una observación de Jacob Grimm, recogida en su lección inaugural de la Universidad de Berlín, 1841: “Entre el derecho y la lengua reina una profunda analogía. [...] su esencia común reside en que son igual de antiguos e igual de jóvenes. [...] tanto el uno como el otro se apoyan en un viejo e impenetrable fundamento y, a la vez, en la tendencia a regenerarse sin cesar.” –*vid.* OST, François, (2005). *El tiempo del derecho*, México, ed. Siglo XXI, p. 70.

Las notas al pie soslayan el esquema sumario del *apparatus* académico –muchas resultan densas y extensas, más **fichas de trabajo** que **notas**–. Amén del respaldo bibliográfico de citas (y de algunas transcripciones de textos clásicos o importantes, que procuran motivar el interés del estudiante por las fuentes), operan conjunciones y disyunciones conceptuales, apuntan a desarrollos y remiten con frecuencia a cuestiones, autores, u obras ‘no jurídicas’... Muchas veces aparecen cual didascalias, o son labor de ‘cocina’ o ‘trastienda’, esbozos no sistematizados sino por el correr del texto, en grado de ‘**actos preparatorios**’. En general, procuran dar somera noticia, tender puentes o abrir ciertos pasajes al interés o la curiosidad del lector hacia el variado haz de asuntos que convergen, por diversas vías, en la temática aquí abordada. El derecho es un ente y un arte que no vive ni se explica solo ni aislado. Los estudiosos del lenguaje, de la antropología cultural y del psicoanálisis, por ejemplo, se encuentran prestando atención al derecho y ofreciendo posibles aportes a la mejor comprensión del fenómeno jurídico. Necesariamente hay que estar a la recíproca, asumir nuestro *ius*, la parte que nos corresponde a los juristas en el diálogo interdisciplinario: la escucha, la respuesta/pregunta. La dialéctica.

En concreto, ¿podría, a esta altura de los tiempos, un verdadero jurista no interesarse por la **circulación de la palabra**, el porqué de la universalidad de las singulares **estructuras dogmáticas del parentesco** –y la **interdicción del incesto**–, o por el **fundamento e inscribibilidad de la ley**, o la **instancia tercera**, cifra, metáfora, genealogía, axioma del juego social siempre **instituido**...?

En este pequeño ensayo, se procura realizar una presentación de ese arte (técnica, método, proceso, institución) dialéctico, conforme el siguiente sumario:

I.– Introducción general: al que a nuestro juicio ha sido, es y debe ser el método de conocimiento y elaboración (formación) del derecho, desde que este existe (se forma, adquiere una morfología propia) como entidad y disciplina autónoma. Alusión crítica a unas inadecuadas metodologías teóricas modernas. [§§ 1 a 6 –notas 4 a 22–]

II.– La dialéctica: ‘lógica segunda’: Sinopsis evaluativa del ‘arte del diálogo’, bases históricas y contemporáneas. [§ 7 –notas 23 a 34–]

III.– Praxis y vocabulario: Consideraciones y precisiones sobre la terminología y referencia general al carácter de las notas al pie. Descripción y examen de la puesta en práctica del método. [§§ 8 a 11 –notas 35 a 78–]

IV.– *Lectio, quaestio, disputatio*: Aproximación a la praxis dialéctica medieval. Presentación de un ejemplo escolástico. [§§ 12 a 17 –notas 79 a 100–]

V.– Desglose analítico de seis componentes del conjunto: Selección de participantes, selección de opiniones, posición del problema, argumentaciones, controversia, conclusión. [§§ 18 a 23 –notas 101 a 136–]

VI.– Corolario: El método recomendado es el que se aplica de manera preeminente en la realidad, aunque ello no signifique que se haga bien si no se comprende su pro-

funda (ontológica) razón de ser ni su perennidad teórico-práctica, por su ineluctable adecuación a la materia (y del cual los otros métodos, aun valederos, resultan accesorios, complementarios). [§ 24 –notas 137 a 145–]

I.– Introducción general al que a nuestro juicio ha sido, es y debe ser el método de conocimiento y elaboración (formación) del derecho, desde que este existe (se forma, adquiere una morfología propia) como entidad y disciplina autónoma. Alusión crítica a unas inadecuadas metodologías teóricas modernas. [§§ 1 a 6 –notas 4 a 20–]

1. Cada día se oye hablar de la necesidad del diálogo, del debate, de la discusión. Tales proclamas se oyen innumerables, hasta el hartazgo. Pero en cuanto a llevar a cabo lo proclamado, las ocasiones, si aparecen, se cuentan con los dedos...

El diálogo no es la sucesión de monólogos, aunque fueren alternados, ni la polémica acerba –limitada a la defensa de posiciones–, ni se presta a formularse en el piar de los 140 caracteres –que apenas alcanza para propalar ayes o consignas–.

*La muy actual tendencia a comprimir los mensajes en signos mínimos, imágenes máximas y opciones extremas es fuente de desconciertos y erratas. Empuja a pensar por pulseada y forcejeo y no por serenidad y reflexión. Lleva a pensar corto, que es lo contrario de generar conceptos, rectores para el vivir. Conduce a olvidar que la propia palabra concepto es participio pasivo contraído de concebir; en el sentido de formar idea, crear. Y por falta de suficiente juego en las ideas, todo eso desliza hacia la exageración, ya fuere en crispación o en laxitud.*⁶

El diálogo, bien entendido, es muy otra cosa: un arte. Existe *el arte del diálogo*⁷,

6. GUZMÁN, Leonardo (2012). “Veto al aborto”, *Estudios interdisciplinarios sobre las 17 tesis del presidente Tabaré Vázquez*, Montevideo, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, p. 27. | Un caso concreto ejemplar es el ‘meme’ en internet: el neologismo «meme» surgió en 1976 de la mano del teórico genetista Richard Dawkins, como una «unidad de transmisión cultural, o unidad de imitación». Hoy es un concepto que designa todo aquel fenómeno que, pese a carecer de sentido, se multiplica en la red. Puede tratarse de un dibujo, una frase, un video o lo que fuere. Se trata de algo que no se produce especialmente, sino que surge, se trasmite y se hace popular no porque posea importancia en sí mismo, sino por mera imitación. | Cf. VATTIMO, Gianni (1983). *El pensamiento débil / Il pensiero debole*, Milán, ed. G. Vattimo y P. A. Rovatti, Feltrinelli; LIPOVETSKY, Gilles, (2003). *La Era del Vacío*, Barcelona, Anagrama; MESCHONNIC, Henri, (1988). *Moderinité modernité*, Paris, Verdier; VARGAS LLOSA, Mario, (2012). *La civilización del espectáculo*, Buenos Aires, Alfaguara; “La pereza es la causa más peligrosa del error; precisamente porque para que se dé no hay que hacer nada.” LLANO, Carlos (2004). *La Pereza (Cuesta pensar) en Etiología del error*, Pamplona, Ed. Eunsa, p. 24. | La realidad denunciada y analizada por Vattimo, Lipovetsky, Meschonnic, Vargas Llosa o Llano, entre muchos otros, se ha acentuado en la etapa actual: incertidumbre, relativismo, un pensamiento cada vez más difuso, fragmentario, hecho de medias verdades –más y más insignificantes– obstante de compromiso, obturación del esfuerzo por la objetividad, fatiga o desaprensión ideológico-racional, donde el acto de “telever” denota incidir hasta sobre la ‘naturaleza del hombre’, con el manifiesto empobrecimiento de la capacidad de entender. | En el correr de estas páginas hemos de contraponer otro modo (el dialéctico) de observar y comprender. Y a través de la sucesión de notas de este mismo anexo se puede comprobar la densidad y amplitud fundante y gnoseo-epistemológica que despliega y reclama el método en estudio, como otras tantas posibles puertas que se abren a la profundización y la investigación de lo que está en juego en el centro mismo del fenómeno jurídico: la tensión hacia la verdad de la justicia como dimensión consustancial de la (co)existencia humana.

7. *Dia-logos*, διά-λογος, intercambio de *logos* (esto es: de palabras o razones, comprensión, descubrimiento o construcción de **sentido**, por medio del ir y venir de la enunciación y de la escucha. | Las palabras –voz, escritura– en sí no son, no constituyen en o por sí el sentido, sino su forma, su vehículo, su investidura. «La palabra [...] es presencia de lo ausente. Tal es su gracia y virtud, permitir a una realidad seguir estando de algún modo en aquel sitio de donde se ha ido, o donde no estuvo nunca. Lo importante de la palabra es lo que hay detrás de ella, lo que

una puesta en juego organizada de inteligencias que se relacionan en oposición diná-

ella transparente o simboliza.» –ORTEGA y GASSET, José. (1985). *La deshumanización del arte*, Barcelona, Planeta, p. 77. || « [...] en la palabra está contenido todo el mundo, en parte porque en la palabra libre está contenida toda la posibilidad de decirlo y pensarlo.» –PESSOA, Fernando, (1984) *Del desasosiego*, Barcelona, Seix Barral, numeral 10, pág. s/n. || *Logos*: significado, sentido, significación, (*logos semantikós*). Interpretación, cada uno de los significados o acepciones de un vocablo u oración (latín: *ratio*, ‘razón’, ‘discurso’, ‘causa’). *Id.*: acepción, significación, significado. || Cada una de las dos orientaciones opuestas contenidas en la dirección de una línea recta, dirección, orientación, meta, fin, espíritu. || “Para los estoicos, logos significa al mismo tiempo ‘pensar’ y ‘decir’, en unión indisoluble.” –GUZMÁN BRITO, Alejandro, (2000). *La codificación civil en Iberoamérica*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, p. 49, nota 51. || «La posibilidad del pensamiento está vinculada a la facultad de lenguaje, pues la lengua es una estructura informada de significación, y pensar es manejar los signos de la lengua.» –BENVENISTE, Émile (1971). *Problemas de lingüística general*, México, Editorial Siglo XXI, p. 63. || Lo que en hebreo del *Tanaj* es *ruakj* (רוּחַ ruákj: viento; por semejanza, aliento, i.e.: una exhalación sensible (aire, ánimo, vida, espíritu, hálito, ímpetu, (ira), respiración, viento, soplo, soplo tempestuoso, vacío, (en) vano). La palabra *ruah* aparece por primera vez en *GÉNESIS* 1:2 y luego casi cuatrocientas veces a lo largo del texto bíblico hebreo. En su *Guía de perplejos* (I, 40), el filósofo judío Moshé ben Maimón, MAIMÓNIDES (*Córdoba, al-Ándalus, 1138-Fustat, Egipto, 1204*) le atribuye seis significados: «aire», «viento», «espíritu vital», «espíritu» (del hombre, no sujeto a la muerte), «inspiración» divina y, por último, «intención» o «voluntad», cuyo texto puede consultarse en —*vide*: http://cvc.cervantes.es/trujaman/antiores/junio_12/06062012.htm. | La biblia traducida al griego (*Setenta*, S.III a C.) lo llama *logos* (*Génesis* 1.2) (al) principio del principio, que al español ha llegado como ‘Espíritu de Dios’ desde el latín (*Vulgata* de Jerónimo, S.IV d C.: *spiritus Dei*. | *Génesis* 1:1, hebreo *bereshit* בְּרֵשִׁית, *generación, comienzo, origen, principio, cabeza* —*infra* nota (25)— primera palabra del Libro, alude a la Voz de Dios: *Vox Dei*. | “*Mors et vita in manibus lingua*” (= Muerte y vida en manos de la lengua, Proverbios 18,21, Regla de san Benito, VI, 5 —tal el epígrafe del opúsculo *VERBUM IURIS* del maestro Alfredo Di Pietro, (2005), Buenos Aires, Abeledo-Perrot. || **Causa primera**, llamada también **causa final**) aristotélica. —*vid. infra*, (8) || En el relato bíblico de la Creación, YHVH, tras el *Fiat lux* del macrocosmos... con la (P)alabra infunde su **aliento** en la figura de barro convirtiéndola en una criatura «viviente», dotada de alma. (*Génesis* 2:7). || Asimismo la introducción del *Evangelio de Juan*, refiere al *logos* (Verbo) (el) principio del principio... culminado por la venida del Cristo —y el español lo traduce por **Verbo Encarnado**. (*et vid.* Juan 20:22). (Y que reconduce toda la metafísica al lenguaje —SUPIOT, Alain (2007). *Homo Juridicus.*, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, nota 22— p. 53). | *Logos* (griego *λόγος* -lôgos-): la **palabra** en cuanto meditada, reflexionada o **razonada**, es decir: “**razonamiento**”, “**argumentación**”, “**habla**” o “**discurso**”. El vocablo griego *lógos* también expresa y significa **inteligencia, pensamiento, sentido, ser en movimiento intelectualmente aprehensible** y suele traducirse a las lenguas **romances** como *Verbo* (latín :*Verbum*). || « [...] a palabra hebrea *davar* significa al mismo tiempo ‘cosa’ y ‘palabra’ ya que la palabra creadora y, por tanto, la sabiduría divina se encarna [...] Dios se revela a través de todo lo que constituye nuestra realidad... [...] ya que la palabra creadora [...] se encarna en toda cosa [...] en el interior del Espíritu que se halla en cada cosa (*davar*) [...]» —COHEN, Laurent (2000). *Salomón, el rey sabio*, Barcelona, Edhasa, pp. 20/21. || (Las lenguas antiguas utilizan para designar el aliento la misma palabra que para alma o espíritu. Nuestro *respirar* viene del latín *spirare* y espíritu, de *spiritus*, raíz de la que se deriva también inspiración tanto en el sentido ‘literal’ como ‘figurado’.) | En griego *psyjé* significa tanto hálito como alma, hipotético **principio espiritual del ser humano**, complementario y distinto del **cuerpo**. || “La letra (*grama*) mata, el espíritu (*logos*) vivifica.”—*Corintios* 2:3.6. | *Et vid. infra* (132). | En indostánico encontramos la palabra *atman* de evidente parentesco con el *atmen* (respirar) alemán. | En la India al hombre que alcanza la perfección se le llama *Mahatma*, que literalmente significa tanto «alma grande» como «aliento grande». La doctrina hindú también enseña que la respiración es portadora de la auténtica fuerza vital —*prana*. | El árabe: *barakah* (بَرَكَات) —que figura en el *drae*: baraca, del ár. clás. *barakah*, bendición, gracia especial divina, y también tormenta. | “*Estar desnudo*, dice el sabio africano Ogotameli, *es estar sin habla*”, y el Habla fue la primera vestidura arrojada por el dios del agua sobre el Mundo para otorgarle un orden.” | Según la tradición confuciana el buen orden depende íntegramente de la corrección del lenguaje, porque designar las cosas es darles la individualidad que las hace existir. (SUPIOT, Alain —*Homo...*, *ibid. supra* en esta misma nota (7), p. 53). | Maljut (מַלְיָוּת) ‘*El Reino del Espíritu está incorporado en mi carne*’, décima *sefirá* del árbol de la cábala hebrea אֲבֵרֶת־קַבְּבָלָה *qabbalah*, ‘recepción’. | “*Cuando Levinas alude a la metáfora de la respiración para referirse a la palabra, pone el acento sobre la anterioridad de la inspiración, la palabra dada es la expiración de la que previamente fue escuchada.*” RABINOVICH, Silvana, (2003) que glosa a Emmanuel Levinas (s.f.). “De la existencia al existente”, *Primer Coloquio Internacional ‘Deseo de Ley’*, Buenos Aires, Biblos, T.II, p.56. | “*El viento de donde quiere sopla, y oyes su sonido; mas ni sabes de dónde viene, ni a dónde va: así es todo aquel que es nacido del Espíritu.*” Juan 3:8. Así el centelleante *logos* del célebre prólogo joánico comparece de mil modos. || Señalemos —y adviértase la concatenación simbólica, *vid. infra* (45) — que Peter G. Stein, *El Derecho romano... op. cit. supra* (3), titula ‘El *logos* de la República’ al capítulo que describe la orientación del pensamiento romano en el tiempo fermental, en que se crea el *ius*, concepto clave del nacimiento

mica, cooperativa, en pos de superar sus respectivas limitaciones y alcanzar una más adecuada visión de las cosas. Se trata de emerger del primer engaño: el punto de vista propio, cerrado al (O)tro.

2. Malograda su estridente invocación, decíamos, el diálogo hoy, y desde hace mucho, brilla más bien por su ausencia. No es reino del diálogo el de la anarquía ni el de la cacofonía. En general, no hay una regulación que rinda posible su normal desenvolvimiento, ni se prevé y practica su enseñanza/aprendizaje. Hace tiempo que no se provee **forma** para esa **materia**.⁸

y desarrollo del derecho romano, *ius* que, en la acepción más concentrada, estricta y rigurosa no es más que *ipsa res iusta*: la misma cosa justa. También Aldo Schiavone utiliza la expresión ‘logos de la República’, v.g.: SCHIAVONE, Aldo (2010). *IUS: La invención del derecho en Occidente*, Buenos Aires, ed. Adriana Hidalgo, p. 222. || La expresión ‘espíritu’ de la ley, la emplea el Código Civil uruguayo, Título preliminar, arts. 16, 17. || [Concordancias y trascendencia del *logos* –λόγος; *ratio*: lenguaje, sentido..., *Sinn*, en cuanto prerrequisito del presente estudio, por la senda de lo que se llama a ‘palabra’ y/o ‘logos’: –[vid., *supra* nota (3) et *infra* notas (22), (23), (26), (27), (30), (35), (40), (41), (45), (69), (74), (75), (76), (83), (81), (84), (99), (117), (121), (125), (130), (131), (135), (139 in fine)] [Et *vid supra* et *infra* otra ilación de notas donde se aborda más explícita o específicamente el tema del ‘sentido’: (21), (22), (25) (26.) (31), (32), (34), (37), (45), (74 in fine), (75) (88) (90) (99) (106) (108) (117) (121) (125) (126) (130) (134) (139) (140)].

8. Según la visión de Aristóteles (seguida por la mayoría de los escolásticos) de la realidad natural, o sea, tal como esta se presenta ante nosotros (**fenoménicamente**, se diría hoy), la **naturaleza** de algo –y de todo– se define como ‘*principio de operaciones*’: equivale a ‘*esencia*’. Todo cuerpo se halla constituido por dos principios esenciales, que son la **materia** y la **forma**. La materia es el principio de pasividad, mientras que la forma es el de actividad, de movimiento, de dinamismo. Las sustancias poseen dos formas, la forma sustancial, por la que quedan incluidas en una naturaleza o especie (por ejemplo, los hombres, por la forma sustancial, pertenecemos a la naturaleza o especie humana); y la forma accidental, por la que cada sustancia queda individualizada dentro de su especie (por ejemplo, cada persona física, individual, es diferente de otras de su misma especie). Cada ser tiene una única forma sustancial, pero puede tener muchas formas accidentales. La unidad de forma sustancial proporciona a los seres una naturaleza propia, porque es principio de operación. La naturaleza (*ousía*) adquiere de este modo un nuevo significado, como principio operativo o dinámico de los seres, según el cual cada ser actúa de acuerdo con su naturaleza, el pez como pez, la abeja como abeja, etc. La **materia prima** (o primera) aristotélica es aquello que carece de **forma**. Ahora bien, puesto que cualquier objeto material tiene una forma, la materia prima es el sustrato básico de toda la realidad. En el mundo material, la materia no puede darse sin forma y la forma no puede darse sin materia. Todo ello inscrito en la **dinámica** del ser **potencia** al ser en **acto**. El **acto** es el fin de la **potencia**, hacia donde está orientada la potencia; de manera que el movimiento (*dynamis*) es un estado intermedio entre la potencia y el acto. El fin, *telos*, es inmanente a los cuerpos e intrínseco a la materia, ya que es la forma [*morphé*], la esencia o naturaleza de los compuestos hilemórficos, la que determina, como su causa, su comportamiento y desarrollo: su destino. El *telos* humano, por ejemplo, es la Felicidad. De la observación de la naturaleza física había extraído el Estagirita sus concepciones respecto a lo completo y lo incompleto, lo finito o inacabado, lo armónico e inarmónico, en función de su desarrollo con relación a un fin, un *telos*, una finalidad. Este elemento es decisivo para entender la noción de derecho en Aristóteles, y aun para entender finalmente el Derecho: pues se trata del fin, el propósito, el objetivo, la finalidad, el ¿para qué?, la **causa final** inherente a cada cosa, su *telos*.| Aristóteles advierte que **el error sobre el fin** –siempre, en todos los ámbitos– es el peor de los errores, porque entonces el andante, al ignorar, desconocer o errar la meta, el objetivo, malogra y yerra, sin reparo, su esfuerzo y su camino (*met-hodos*).||La noción aristotélica de causa es más amplia que la actual, y se define como ‘factor o principio del que depende una cosa’; hoy se entiende por causa lo que Aristóteles llamaba **causa eficiente**. El principio de causalidad es propio del pensamiento racional: Causa primera: **To Θεῖον**, to Theion, perfecto **acto** puro, **forma** pura, «ser por excelencia», motor inmóvil. Aristóteles distingue **cuatro causas**: material, formal, eficiente, y final o causa de las causas. “Se llama causa ya la materia de que una cosa se hace: el bronce es la causa de la estatua, la plata de la copa, y, remontándonos más, lo son los géneros a que pertenecen la plata y el bronce; ya la forma y el modelo, así como sus géneros, es decir, la noción de la esencia: la causa de la octava es la relación de dos a uno, y, en general, el número y las partes que entran en la definición de la octava. También se llama causa al primer principio del cambio o del reposo. El que da un consejo es una causa, y el padre es causa del hijo; y en general, aquello que hace es causa de lo hecho, y lo que imprime el cambio lo es de lo que experimenta el cambio. La causa es también el fin, y entiendo por esto aquello en vista de lo que se hace una cosa. La salud es causa del paseo. ¿Por qué se pasea? Para mantenerse uno sano, respondemos nosotros; y al hablar de esta manera,

Desde la irrupción de la imprenta, la cultura aural/oral, de la escucha y el habla —que imperara sobre la inmensísima mayor parte de la historia humana—, el **diálogo estructurado y metódico**, ardua conquista⁹ intelectual y del espíritu, empezó a opacarse, hasta prácticamente desvanecerse, como objeto de cultivo asumido y explícito —aunque veremos cómo sobrevive y sustenta el quehacer jurídico—. Y cada día cuesta más imaginarse que pueda resurgir espontáneamente, en tanto y en cuanto se olvidan o se ignoran su significación, sus virtudes y potencialidades, que tan bien conoció y cultivó la tradición clásica greco-romana-medieval (y talmúdica¹⁰).

creemos haber dicho la causa. Por último, se llaman causas todos los intermedios entre el motor y el objeto. La maceración, por ejemplo, la purgación, los remedios, los instrumentos del médico, son causas de la salud; porque todos estos medios se emplean en vista del fin. Estas causas difieren, sin embargo, entre sí, en cuanto son las unas instrumentos y otras operaciones. Tales son, sobre poco más o menos, las diversas acepciones de la palabra causa.” (Ve.: su aplicación escolástica). ARISTÓTELES (s.f.). *Metafísica*, Biblioteca Filosófica, Obras filosóficas de Aristóteles, Volumen 10. Traducción: Patricio de Azcárate. Cf. LLAMBÍAS DE AZEVEDO, Juan. (1971). *Manual de Metafísica*, Montevideo, ed. Mosca Hnos., p. 36, *et pássim*. De ahí el *hilemorfismo*: ὕλη, materia, μορφή, forma, e -ismo: del latín *-ismus*, griego -ισμός (*-ismós*), sufijo que forma sustantivos de acción a partir de verbos terminados en -ίζω (-izein); -ismo indica actitudes, que suelen significar doctrinas, sistemas, escuelas o movimientos. En la actualidad, tras la disrupción y la aportación einsteniana y de la física cuántica, la llamada ‘materia incorpórea’ ha abierto nuevos horizontes científicos (y filosóficos) a las perspectivas y enfoques propuestos por el maestro del Liceo. Vid. por ejemplo.: <http://www.filosofia.org/mat/mm1990a.htm>, o <http://www.sofosagora.net/metafisica/que-materia-t2110-30.htm> || HADOT, Pierre (1998). ¿Qué es la filosofía antigua?, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 100 y ss. || [wikillerato.org/Arist%C3%B3teles_\(384_%E2%80%93322\).html](http://wikillerato.org/Arist%C3%B3teles_(384_%E2%80%93322).html)

9. Como progresiva superación del enfrentamiento físico, la ordalía, el oráculo, el juramento, que lo preceden en la historia procesal. | (“*La civilización es procesal*”, enseñaba con el Dr. Enrique Tarigo, profesor de la Facultad de Derecho, UdelaR (figura consular de la recuperación democrática en Uruguay; vicepresidente de la República 1985/89). | Cuando el juicio de razón no se mantiene o descaece, las formas primitivas resurgen —como se comprueba a lo largo de la historia; por ejemplo, tras la caída del Imperio romano de Occidente, siglo V en adelante (el ‘juicio de Dios’, no será condenado hasta 1215 —Concilio de Letrán— y sin perjuicio de su dilatada práctica posterior) —o en la contemporaneidad nazi, staliniana, etc. La racionalidad del proceso judicial es índice inequívoco de **civilización**, sustantivo etimológica e históricamente atado al avance e instalación de la **civilidad romana**, su forma de vida, su derecho **civil**, de la *ciuitas*, que era, en origen, el orden jurídico propio de la ciudad de Roma: *ius civile*. | A la recuperación medieval de la ‘gramática del derecho’ (romano: conceptos, orden, categorías, métodos, vocabulario) corresponde asimismo la postulación del ‘proceso’ racional (*ordo iudiciorum*) de finales del siglo XII: el proceso racional romano-canónico que sería el adoptado en los tribunales eclesiásticos y seculares de toda Europa. (STEIN, P. *El Derecho romano... op. cit. supra* (3), pp. 88, 85, *pássim*.) | La palabra proceso, latín *pro* «hacia adelante» y *cessus, cedere*, ir, andar, significa ir hacia adelante, marchar; esa palabra origina también procedimiento, que refiere más el método de organización, la estrategia del cambio’. | “*Procedimentalización*” (Jürgen Habermas); “*justificación procedimental*” (Winfried Hassemmer). | Como una muestra de la primacía e intensidad con que las nociones de ‘proceso’ y ‘procedimiento’ se hallan integradas a la cosmovisión intelectual y técnica de nuestros días, las recoge la norma ISO 9000:2005: proceso: «conjunto de actividades correlativas o interactivas que transforman los elementos de entrada en elementos de salida»; procedimiento: «manera específica de efectuar una actividad o un proceso». (Obviamente, la dialéctica es proceso y procedimiento.) | OST, François, *El tiempo... (5)*, pp. 136, 137, *pássim*, destaca los tiempos mediados (mediatizados) del proceso, el reconocimiento recíproco verbalizado de los oponentes, la ‘triangulación’ implícita en la figura del Juez que representa la instancia de la referencia, la instauración de un ámbito de razón, que tiende a romper las ligaduras totalizadoras y a concebir y diferenciar el **objeto del litigio** respecto de las personas de sus protagonistas, de manera de instituir al primero en un tiempo y un espacio propio y delimitado, matrizado por una temporalidad abstraída del tiempo ordinario, que marca una ruptura instauradora de un orden superior —al ‘desorden’ del mundo—, y en el cual imperan un **ritual** de procedimiento conformado por reglas, plazos y efectos conocidos, claros y precisos. | François Ost, Vice-Rector - Université Saint-Louis, Bruxelles, es uno de los iusfilósofos más importantes en la actualidad.

10. El arte de la **dialéctica** ocupa —además de gran parte de la literatura filosófica, teológica y jurídica, griega, romana y cristiana— los 16 enormes volúmenes del milenario *Talmud* (*‘el mar del Talmud’*), extraordinaria obra colectiva de derecho y moral judía, de base religiosa que, si no constituye fuente directa de nuestro derecho, forma parte del más fino acervo de la cultura occidental, o al menos en **muy intenso contacto** con Occidente. Allí obran las célebres ‘*controversias talmúdicas*’. || Quien haya visto el filme “*El violinista en el tejado*” (*Fiddler on the Roof*, USA 1971, dirigida por Norman Jewison) habrá apreciado la lucidez con que opera la **dialéctica** en la mente

Durante centenares de años existió, en los ambientes cultos, una técnica, un arte¹¹ elaborado y consciente dedicado al diálogo, como método efectivo y explícito de conocimiento, en sentido fuerte.

Ábrase la mayoría de los libros de Platón; véase actuar a Sócrates —su mayéutica¹² precede en 2500 años al ‘desvelamiento por la palabra’ que postula el psicoanálisis—, otro desoído.

3. ¿Por qué da título a esta presentación una cita del *Digesto* justiniano, a cuyo pie se estampa un epígrafe erudito sobre su valor y proyección? (*Vid. supra* y notas 1 y 2) Justamente porque allí pervive el modelo dialéctico plasmado como la metodología jurídica que forjó el Derecho como tal —del modo que lo concibe y cultiva Occidente— en la antigüedad romana, y luego desde su redescubrimiento medieval.

EL *Digesto* es un monumento grandioso, construido no con piedras sino con palabras; un inigualado testimonio de civilización y de cultura, pese a que es solamente un compendio —compilación de 9000 fragmentos, efectuada por un puñado de juristas sobre la base de tres millones de líneas, en sólo tres años (S. VI, d.C. 530-533)—, una vigésima parte de lo que se había preservado escrito a través de un milenio de creación y conservación, mas también de pérdida y degradación. Y hasta nuestros días —a partir de su reaparición en escena a finales del siglo XI— desde otro milenio, ha sido estudiado sin descanso; y nada hace prever que deje de serlo.¹³ Como la Biblia, es el

de un campesino judío ruso, hombre sencillo y sagaz. || El aprendizaje, la enseñanza y el saber dialéctico involucra buena parte de la historia y la cultura del pensamiento de Occidente, desde la antigüedad clásica hasta nuestros días, con períodos y representantes de auténtico esplendor. || Dialéctico es el modo ‘ordinario’ de conocimiento de la amplísima mayor parte de los ‘saberes’ del hombre. El diálogo alcanza la reflexión o meditación interior (“*Converso con el hombre/ que siempre va conmigo; / quien habla solo, espera/ hablar a Dios un día.*”) o la lectura solitaria donde “*se escucha con los ojos a los muertos*” —enseñan A. Machado y Francisco de Quevedo. | *Et vid.*: KUNKEL, Wolfgang (2003). *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, Ed. Ariel, pp.111 *sq.*. | Asimismo el estilo o género literario de exponer ideas mediante la presentación de un **diálogo** entre personajes reales o ficticios que intercambian ideas o confrontan opiniones forma parte de las mejores letras clásicas desde la Antigüedad, representado por Platón, Tácito, etc.

11. Un saber hacer, *techné, ars, know-how, savoir faire, jeito*, un método de conocimiento. ‘Método’ —μετά —οδός, ‘meta’, ‘hacia’, ‘por’, ‘a través de’ y ‘(h)odos’, ‘camino’, ‘senda’. Aparece, pues, la vía a recorrer y una manera de hacerlo en pos de alguna cosa, por ejemplo, un conocimiento cierto o probable.

12. La mayéutica, μαευτική, ‘arte de hacer nacer o arte de dar a luz’, concebir (Vé. texto de Leonardo Guzmán citado *supra* (6), es una específica técnica dialéctica que consiste en interrogar a una persona para hacer que llegue al conocimiento a través de sus propias conclusiones, tocando o movilizando lo ya aprendido o preconceptualizado, pero oculto para sí mismo, ‘no sabido’, *reprimido, cristalizado*. La mayéutica se basa en la capacidad intrínseca de cada individuo, lo cual supone la idea de que la verdad puede desvelarse desde su interior, a resultas de la dinámica del diálogo. Sócrates es un dialéctico. || Esta posibilidad implícita en las relaciones de comunicación es postulada tanto por la actual *Teoría de la Comunicación* (Paul Watzlawick, Palo Alto, California) como por el Psicoanálisis. Lo medular de la técnica psicoanalítica implica que el *analizante* encuentre *sus propias palabras para decir* ‘algo’, poner a la luz del lenguaje, ‘algo’ que sin ello permanecería ‘impensado’, ‘insabido’, y seguramente perjudicándolo ‘en secreto’, si no halla “*les mots pour le dire*” como titulaba su novela autobiográfica Marie Cardinal.

13. Al contrario, la proliferación de los lazos internacionales dentro de la Comunidad Europea ha reavivado el interés por el *Ius Commune*, denominación dada al derecho basado en el *Derecho Civil* (=romano), redescubierto (siglo XI), estudiado, glosado, comentado, tenido por *ratio scripta* (razón escrita), enseñado y vigente junto al **derecho canónico**, construido sobre bases romanas. Sendos derechos, conciliados, o en disputa también entre sí, y con las costumbres locales —según juegos de poder— modelaron el orden jurídico de las sociedades europeas, y proveyeron el eje de los estudios jurídicos desde el renacimiento medieval. || Bajo diversas formas llegó a América, y nutrió sus legislaciones. || En decenios más actuales, la progresiva institucionalización de la Comunidad Europea ha acrecentado el interés por el *Ius commune*. Asimismo la caída del Muro de Berlín ha movilizado también el interés de los países del Este europeo por ese vínculo raigal con el resto continente.

otro pilar **textual** de Occidente.¹⁴

En el texto de Stein colacionado, en el que se encuentra transcribiendo a Maitland, se lee más *in extenso*:

El Digesto fue el único libro en el que los estudiantes medievales podían adquirir un conocimiento verdadero del mejor Derecho romano. Las Instituciones son un libro de texto escueto. El Código se compone de normas singulares independientes las unas de las otras. Las Novelas están redactadas en un estilo pomposo y rimbombante. [...] Si no fuera por el Digesto el Derecho romano nunca hubiera reconquistado el mundo... Los individuos nunca se hubieran convertido en entusiastas estudiosos de los otros libros... aquel que primero enseña el Digesto es el que primero enseña qué ha significado el Derecho romano para el mundo moderno... sólo en el Digesto, este sujeto podía obtener argumentos jurídicos exactos y detallados, definiciones precisas [...]

...para inculcar un sentido y un razonamiento jurídicos [...] aquello que podía extraerse de las fuentes romanas acerca de la naturaleza y el fin del Derecho. Cuando la literalidad de un texto pudiese conducir a la

14. Digesto, *Digestum*, los *Digesta*, era un título frecuente. Latín: *digerere*, ordenar, recopilar, registrar, distribuir. Se presenta como una suerte de ‘código’, pero es una compilación, una ‘antología’ sumaria de textos –unos nueve mil fragmentos– extraídos de otros textos. (SCHIAVONE, Aldo, *Ius, La invención... ibid.* (7), p. 533) | En griego, *Pandectas*, *πανδέκτης*, *pandektes*, ‘contiene todo’. Constituye la parte más importante del *Corpus Iuris Civilis*. Esta última denominación es renacentista y obedece al paralelo con el *Corpus Iuris Canonici*, i.e., el derecho canónico, la normativa eclesiástica, en tiempos en que la Iglesia de Roma era el gran bastión de cultura general y autoridad política, religiosa y espiritual en Europa. | Desde entonces se entiende por *Corpus Iuris Civilis*: el conjunto de la compilación de Justiniano (emperador romano de Oriente, siglo VI), que incluye, además del *Digesto*, el *Códex*, la *Instituta* y las *Novellae*. | El *Digesto* –también denominado *Codex Secundus*– fue redescubierto por el monje Irnerius en una biblioteca de Pisa, y dado a conocer ca. 1070. A partir de allí, por obra de los **Glosadores** y **Posglosadores** o **Comentaristas**, el estudio y el culto de ambos *Corpus*, civil y canónico (*utrumque ius*, ambos derechos), junto a los de la Biblia, la Patrística y las literaturas de la antigüedad greco-romana, se forjó el patrón dogmático de la civilización occidental en el cauce de un poderoso movimiento intelectual que desemboca en la Modernidad racional y científico-técnica de Occidente. | En esa labor ocupan un lugar central los estudios jurídicos. Así se constituyó la materia conceptual y el lenguaje del Derecho y la jerarquía de **la mentalidad racional** en Europa y las Américas. | Esta característica de la formación de la ‘razón occidental’, es un tópico de nuestra cultura, sostenido por infinidad de autores. | “*La metafísica griega, el derecho romano y la religión de Israel (dejando de lado su origen y destino divinos) son los tres productos más gigantescos del espíritu humano. El haberlos absorbido en una unidad radical y trascendente constituye una de las manifestaciones más espléndidas de las posibilidades internas del cristianismo. Sólo la ciencia moderna puede equipararse en grandeza a aquellos tres legados ...*” –ZUBIRI, Xavier(1987). *Naturaleza Historia Dios*, Alianza Editorial, 9ª ed. Madrid, p. 29. - || Más recientemente ese movimiento ha sido calificado, desde sus inicios, como ‘*Revolución del Intérprete*’, por un importantísimo investigador de la ‘antropología dogmática’ de la historia del derecho, el francés Pierre Legendre, abocado al enfoque interdisciplinario (ciencias jurídicas, antropología, psicoanálisis) del inmenso proceso, quien resalta que el mayor tesoro de nuestra cultura está constituido por los ‘*recursos interpretativos*’, que fue capaz de descubrir, crear, utilizar la **racionalidad** occidental, abriendo el rumbo a su incontenible avance y superioridad tecno-científica con relación a las otras culturas. Hoy esa proeza da muestras de volverse contra su inventor en la medida en que la ciencia tiende a ocupar un paradigma dogmático que no le corresponde: en efecto, el hombre es un animal metafísico, y eso desborda el oficio de la ciencia. (Las *Leçons*, editadas por Fayard, de Pierre Legendre –catedrático de la Universidad de Paris en Historia del derecho y Derecho Romano– dictadas durante más de tres decenios, abarcan decenas de volúmenes y artículos; traducidos, en parte, a varias lenguas, al igual que sus conferencias, y otras obras y filmes didácticos –incluido el español, aún escasamente –editadas por Siglo XXI y Amorrortu). Y forman parte de la mejor historiografía actual –*Vid.*, v.g.: OST, François, *El tiempo..., op cit.*, (5); *Raconter la loi – aux sources de l’imaginaire juridique.* (2004), Paris, éd. Odile Jacob; PRODI, Paolo (2008) *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno*, Buenos Aires-Madrid, Ed. Katz; SIPERMAN, Arnoldo (2008). *La ley romana y el mundo moderno, Juristas, científicos y una historia de la verdad*, Buenos Aires, ed. Biblos.

*injusticia [...] se subrayaba que su racionalidad, la ratio legis, debía ser identificada y el texto entendido a la luz de esa ratio.*¹⁵

4. Hagamos el esfuerzo, insólito en estos días tan ingenuamente centrados en sí mismos, de trasladarnos mental o espiritualmente a los luminosos jardines de Atenas, a las villas o al foro de Roma, a las escuelas monásticas y catedralicias del medioevo, a las nacientes universidades, donde cobra auge la primera escolástica.¹⁶ Nos encontra-

15. STEIN, Peter, *ibid. El Derecho romano... op. cit. supra (3)*, p. 64. (la primera parte del fragmento entrecomillado en nuestro texto corresponde al de Maitland –*vid. supra (3)*– que Stein transcribe según indica en la respectiva nota al pie; y la segunda al propio Stein). || “...no debe olvidarse que el principal objetivo de nuestra docencia debe ser liberar al jurista moderno de la servidumbre del positivismo legalista e instruirlo en los hábitos mentales de una *Jurisprudencia* [la *iurisprudencia* romana del período clásico, *NA*] cuya independencia sigue siendo ejemplar.” –D’ORS, Álvaro, (1997) *Derecho Privado Romano*, España –ed. Eunsa, p. 34 || Y la verdadera clave consiste en observar y estudiar más la metodología clásica –y no tanto las ‘soluciones’ de antaño para problemas de antaño– *Vid.* VILLEY, M., *Philosophie du droit, Définition et fins du droit, Les moyens de droit*, I y II, 1975, 1978; reéd. 2 tomos, 1980-1982, *Précis Dalloz*. Con referencia a Michel Villey –. [NA: Salvo indicación distinta, la traducción de los textos franceses de Villey corresponde al autor de este trabajo.]

16. “*Quienes conocen el ágora ateniense, o lo que queda de ella, imaginan lo a gusto que se estaría allí charlando interminablemente con los amigos. La polis ateniense había de ser una cosmópolis, un lugar apto para estar agradablemente en la calle y conversar. Aún entre nosotros pervive la idea de que el templo de una democracia es un lugar donde se habla y se discute, un parlamento.*” – BARRIO MAESTRE, José María (Profesor Titular de la U. Complutense de Madrid) (2008) en “*La corrupción del lenguaje en la cultura y en la vida*”, *Pensamiento y Cultura*, vol. 11, núm. 1, julio, p. 36. || La **escolástica** designa una modalidad de ciencia y de método de razonamiento; como tal se formaliza en el siglo XI, momento histórico del surgimiento de las universidades europeas. *Scholasticus* era el término asociado al maestro de una escuela. A su vez, la voz escuela –*scuola, schule, school, école, escola*– llega

al latín (*scuala*) y luego a las lenguas modernas desde el griego ‘*schjole*’, *σχολείο*, de *σχολε*, que significa ‘ocio’, con sentido positivo directo: el tiempo libre, el tiempo para ejercitar y cultivar cuerpo e intelecto, *corpus et mens* (ejercer la *παιδεία, paideia*, enseñar y aprender); *σχολείο* equivale al latín *otius*, mientras que la carga negativa caía sobre el tiempo cautivo: *negotius*). El maestro era llamado *capiscola* o *magister scholae*, *i.e.*, cabeza o maestro de la escuela... en la que se enseñaba *dialéctica*; de ahí que *escolástico* equivaliese a **dialéctico**. Posteriormente designó a toda la filosofía religiosa de la Edad Media, en que el principal objetivo era la comprensión de las cosas divinas. Así adviene al mundo intelectual la teología escolástica, como una especulación racional acerca de las verdades de la Revelación cristiana, sucesora y **adlátere** de la teología mística, centrada en la contemplación –meditación más o menos inefable de los relatos escriturarios, las Sagradas Escrituras. Entonces lo primero era enseñar a **leer**, sobre todo la Biblia. (¡Atención!: la *lectio*, lección, lectura, era asunto de una intensidad cuasi impensable para nosotros). Luego la *lectio* se amplió a otros textos, primero religiosos, y luego profanos. En Chartres, por ejemplo, junto al estudio y profundización de la Escritura, se siguió durante siglos el diagrama clásico de las llamadas *ars liberalis*, las siete artes liberales: el *Trivium* (gramática – dialéctica – retórica), que configuró el método lógico-filológico de los glosadores; y el *Quadrivium* (aritmética – geometría – astronomía – música). La dialéctica deviene la *disciplina disciplinarum*, como en Grecia fuera ‘**arquitectónica**’ la filosofía. (VILLEY, M., (2001) *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 2001, p. 23; TAMAYO y SALMORÁN, Rolando, (2003). *Razonamiento y Argumentación Jurídica, El paradigma de la racionalidad y la ciencia del Derecho*, México, UNAM, p. 169).| «Por lo que a la civilización occidental se refiere, la moderna ciencia del derecho, propiamente hablando, fue creada por los juristas italianos de la Edad Media. Esta hazaña resulta paradójica cuando uno piensa en el hecho de que los juristas se consideraban meros “comentaristas” del Corpus iuris civilis. Sin embargo, no se puede pasar por alto, como señala H. D. Hazeltine, que la jurisprudencia de los comentaristas es en muchos de sus rasgos fundamentales, una “refinada filosofía”.» (TAMAYO, *ibid.* p.174). | En la primera mitad del siglo XII se van abriendo paso otras artes particulares como la medicina, las ciencias de la naturaleza y la cosmología (interpretación del universo natural). Dialéctica era su típica metodología, que continuaría practicándose en los siglos renacentistas subsiguientes y hasta durante la misma modernidad que, imbuida de exagerado espíritu racionalista, sistematista, científicista –el fructuoso y eficiente mito de la certeza científica, equiparada a la ‘verdad’, avalada por los progresos técnicos–, la deformó, la desdeñó... hasta que la perdió. | Aun así los textos de los maestros dados a la dialéctica y a la casuística, más inclinados a la acción efectiva que a la construcción de sistemas lógicos, mantuvieron su arraigo entre los juristas prácticos. De suerte que entre los cultores del derecho por cuatro siglos, y en el foro, predominó el ‘*mos italicus*’ (*m. i. iura docendi ac discendi* = modo italiano de enseñar y aprender los derechos), y no el ‘*mos gallicus*’, que nutrió luego a los pensadores y filósofos –más bien no juristas ‘humanis-

remos con el esplendor de una teoría y una práctica del diálogo como vía de conocimiento. Donde floreció la idea, basal y rectora, de equilibrio, armonía; y del insuperado *'justo medio'*. En aquella Grecia –guirnalda del Mediterráneo, fuente y diapasón del pensamiento y la razón occidental– los filósofos eran llamados *dialécticos*.

¿Qué es, pues, la **dialéctica** en la acepción más clásica, la que estas páginas reivindican?

La etimología indica que esta voz proviene del verbo griego *dialogesthai*, y reúne las acepciones ‘conversar’, ‘dialogar’, ... y aun extensivamente: ‘debatir’, ‘discutir’, ‘controvertir’, ‘polemizar’, ‘deliberar’; ante todo, invoca la reunión activa de interlocutores.¹⁷ Los filósofos griegos la utilizaban con esa significación **dialógica**, y la

tas’, forjadores de esquemas racionalistas, ‘puros’, ‘sistemáticos’ –calamitosos para la comprensión del derecho en sentido clásico–. | Los glosadores, y más aún los denominados posglosadores (mejor, comentaristas: autores de comentarios, o *consiliatores*: dadores de dictámenes), estudiosos del *Corpus Iuris Civilis* (y del *Corpus Iuris Canonici*) fueron eximios dialécticos y casuistas. Entre los más renombrados por las posteriores generaciones, resalta Bártolo de Sassoferrato (1313-1357); se decía *nemo bonus iuriste, nisi sit Bartolista, i.e.*: nadie es buen jurista si no es ‘bartolista’–STEIN, P., *ibid. El Derecho romano... op. cit. supra* (3), p.102; LEVAGGI, Abelardo (2013), *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 65, 68. || *V. infra* (91) | |Atención: las referencias al modo de educar/se no son minucias; si se quiere comprender de verdad un modo de pensar –distinto del que nos rodea y condiciona sin darnos cuenta– resulta imprescindible tomar distancia respecto de nosotros mismos y nuestra cotidianidad, desprenderse en cuanto sea posible de las duras anteojeras de los prejuicios propios y permitirse el deslizamiento hacia otra mentalidad; intentar compenetrarse con la sensibilidad, la visión del mundo y de la vida que formaba a los hombres del medioevo, como a los romanos y griegos. Si nos atrevemos a vencer la barrera mental *cronológica* —que nos impone la falsa creencia de que todo lo más nuevo o reciente es, sólo por eso, mejor que todo lo anterior— quizá consigamos calibrar cuánto más o menos que nosotros entendían de ciertas cosas. [Evitemos, por favor, la fatuidad de considerarnos mejores en todo.]

17. La dialéctica –διαλεκτική (*dialektiké*), τέχνη (*téchne*), literalmente: técnica de la conversación; con igual significado, en latín (*ars*) dialéctica— es una forma del saber cuyo ámbito y alcance ha variado significativamente a lo largo de la historia. La noción griega denota y connota reunión, diálogo, controversia, filosofía –y es tan luego la metodología adoptada por los *iurisprudentes* y retomada por la *escolástica*, por Sto. Tomás de Aquino (*Vid. infra* (19)), y por las escuelas y universidades medievales. Un precursor destacado fue, por ejemplo, RABANO MAURO (784-856, escritor, filósofo y teólogo alemán, *primus praeceptor Germaniae*), quien define la dialéctica como “La disciplina de las disciplinas; es la que enseña a enseñar; la que enseña a aprender; en ella la razón descubre y muestra lo que es, lo que quiere, lo que ve.” http://iris.cnice.mec.es/kairos/temas/Tiempos/tempos2_020203a.html. || “La dialéctica es el arte de razonar o, más concretamente, el “arte de dialogar, argumentar y discutir.” (DRAE). || Se diferencia de la lógica (primera –en Aristóteles), en que si bien ambas pueden llegar a resultados valederos, la dialéctica requiere un diálogo entre dos o más personas, para ir desgranando la verdad buscada, mediante un proceso de preguntas y respuestas que se complementen unas a otras. Se trata del conocimiento de la realidad, de conocer ‘las cosas’, de las que con acierto expresaba Husserl «cada uno no percibe más que un perfil»: “*Abschattung*” (“sombreamiento” o “sombreado”) es el término empleado por Edmund Husserl, en su fenomenología, para referirse a la característica de toda percepción (o reproducción de la misma, como la fantasía o el recuerdo) de presentar el objeto o cosa sólo por un lado, en cierta perspectiva o aspecto, y no por completo o en su totalidad. El objeto, la cosa, no se da nunca a la percepción (ni a ninguna de sus reproducciones), más que de esa manera: “escorzado” o, como quizá es mejor decir, “matizado”. Este escorzamiento, matización, perspectiva, ocurre no solamente en la percepción visual, sino en la percepción mediante cualquiera de los sentidos. En ninguno de ellos se presenta el objeto en forma absoluta, completa o total. Piénsese por ejemplo en el sonido de un violín: este se ofrece matizado (escorzado) de cierta manera al escucharlo desde fuera de la sala de conciertos y de otra manera dentro de ella, pero es en ambos casos el mismo sonido. De igual modo ocurre, claro, con el violín mismo, que se matiza (escorza) visualmente de una manera diferente desde cada uno de los lugares de la sala, puntos de vista, perspectivas.– RAYNAUD, Philippe, RIALS, Stephane (2001). *Diccionario Akal de Filosofía Política*, Madrid, Akal, p. 307). http://es.wikipedia.org/wiki/Escozo#cite_note-Husserl-I|| La permanencia, riqueza y universalidad de esta problemática del conocimiento la acredita una antigua parábola atribuida al Buda (=iluminado, sánscrito): En cierta ocasión, un rey de la antigüedad mandó a llamar a tres ciegos de nacimiento de la ciudad, los puso ante un elefante y les preguntó cómo era. Un ciego lo compara con una columna viviente, otro con una serpiente gigante y el último con una pieza de arado, basados en el contacto limitado con la pierna, la trompa y el colmillo del elefante,

referían a un modo de hacer posible el conocimiento; lo mismo enseña –1400 años después– Sto. Tomás de Aquino¹⁸, de continuo atento no solo al uso sino al origen del vocabulario.¹⁹

La *Summa* se ocupa propia y específicamente del derecho (II-II, q. 57 y ss.), y lo hace bajo la rúbrica de “De la justicia y de lo justo” (*de iusticia et iure*) [**vid. nota 19*], citando de manera particular y destacada el *Digesto* –y, por supuesto, empleando allí como en el resto de la obra, el mismo método dialéctico–. Las citas de autoridad al uso escolástico aparecen referidas genéricamente a un antonomástico “el Jurisconsulto” (Ulpiano, Papiniano) cuando tocan al derecho, así como señalan “el Filósofo” (Aristóteles) cuando versan sobre variados asuntos de saber profano.²⁰

respectivamente. Debido a esta discrepancia en cuanto a cómo era un elefante, los ciegos empezaron a disputar y agredirse mutuamente tratando de imponer su propia interpretación. El relato del Buda realiza una metáfora de la visión parcial que tenían los ascetas, filósofos y brahmanes que discutían acerca de cuestiones religiosas, pero su extensibilidad a otras cuestiones –particularmente las ventajas de la cooperación dialéctica contrapuesta a la necesidad unilateral– es directa. (*vid.*: CAMPBELL, Joseph (1991) *Las máscaras de Dios, Mitología primitiva*, Madrid, Alianza Editorial, Tomo I, p. 25). | Asimismo en la literatura psicoanalítica se encuentran afirmaciones como esta: “[...] no habiendo texto sagrado invariante, la verdad no puede ser buscada en la profundización indefinida de la interpretación sino en la confrontación de puntos de vista, en la interlocución, donde se construyen acuerdos y divergencias, sin que pueda adquirirse definitivamente ninguna certeza. La contemplación de las esencias, las matemáticas, o ulteriormente la experimentación podrán canalizar y satisfacer la tensión hacia esa certeza.”—GOUX, Jean-Joseph, *Las leyes no escritas: recursos de lo irrepresentable. Vid.: ‘Deseo de Ley’, op. cit. (7)*, T.II, p. 135. || “El mundo circundante es diferente para cada uno de nosotros y sin embargo nos movemos en un mundo común” —HEIDEGGER, Martin, *Ser y Tiempo* (2012), BVMC, p.164. || Ver también: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil...*, *supra* (7), p.50 y ss.|| THURY CORNEJO, Valentín (2008): “Derecho y retórica. Una aproximación desde la academia estadounidense”, in *Prudentia Iuris, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, números -64/65, Buenos Aires, pp. 223/260. [Tras la elaboración de este trabajo ha sido publicado un ejercicio actual y monumental de aplicación práctica directa del método dialéctico al conjunto de los saberes del Derecho, y a su propia exposición (explicación/compreensión): *Teoría Dialéctica del Derecho Natural* de PUY MUÑOZ, Francisco, (2012) Buenos Aires, ed. EDUCA; ídem: *Jurisprudencia dialéctica*, Milagros Otero Parga y Francisco Puy Muñoz, (2012), Madrid, editorial Tecnos,

18. El empuje cultural que acredita Europa con la recuperación de ciertas obras de la Antigüedad clásica –conservados y transmitidos, en parte, por los árabes–, aunada a la fecundidad y la riqueza espiritual del pensamiento cristiano, y a la racionalidad propia del *ius civile romano*, produjo una perdurable revolución intelectual, con insignes protagonistas. El más encumbrado, Sto. Tomás de Aquino, en el Bajo Medioevo (1225–1274), reconocido teólogo y representante de la tradición escolástica, obró como componedor del saber clásico profano y la doctrina religiosa y de la Iglesia y la filosofía cristianas. Como los grandes clásicos, continúa siendo objeto de investigación y relectura, un referente mayor del saber –llamado *Doctoris Ecclesiae, Doctor Angélico* y *Doctor Común*. Su obra mayor, entre otras, es *Summa Theologiæ, i.e.: Suma de Teología* o *Suma Teológica*.

19. VILLEY, M., (1987). *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*, Paris, PUF-Questions, p. 45 ss; *Philosophie du...*, v. *supra* (16), I, p.43 y II, p. 45; VILLEY, M. (1984). “Dialogue, dialectique en philosophie et en droit”, *APD, Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, p. 4.

20. [*] El lugar de la *Summa Theologiæ* donde Sto. Tomás se ocupa propia y específicamente del derecho es el **II-II, q. 57 y ss.**, bajo la rúbrica de “De la justicia y de lo justo” (*de iusticia et iure*)*, y no en el **Tratado de la Ley** (Eterna, Natural, Humana –*Summa I-II, q. 90 et sq.*), sino en el **Tratado de la Justicia**. Empero, resulta harto frecuente la confusión de los estudiosos que superponen preconceptos modernos, e identifican **ley** con **derecho**. Es notorio que el Aquinate, cuando estudia la Ley (*Lege*), va mucho más allá de lo jurídico, que trata sólo al sesgo. || El método que –siguiendo a Villey– llamamos dialéctico es también denominado dialéctico-prudencial, tópico-dialéctico, retórico prudencial. *Vid. infra* § 9. || El jurista romano Domicio Ulpiano, nacido en Tiro, 170 dC., fue discípulo de Papiniano –a quien sucedió como prefecto del pretorio de 203 a 212– y maestro de Modestino. Murió asesinado en 228. Uno de los más renombrados de la jurisprudencia clásica tardía –y citados en el *Corpus iuris civilis*–. || La célebre caracterización de la justicia y su objeto, aunque inflamada de estoicismo, sigue en el centro del saber jurídico: «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*» (Inst. 1,1,3-4; Digesto 1.1.10.1.Pr.). (Los mejores romanistas entienden que lo único definitorio, específico, para el derecho es el último elemento de la tripartición: dar a cada uno lo que es suyo o le que le corresponde, *ius suum cuique tribuere*, el que golpea y pesa en el *carmen* o la recitación, ‘prosa rítmica’ (*carmen*, ‘danza del lenguaje’). Félix Senn, referido por Michel Villey, *ibid. Philosophie du...*, v. (16), T. I, p. 110, 265 ss.;

5. El viviente que habla. En la actualidad, la psicología, la antropología del lenguaje, la teoría de la comunicación enseñan que el diálogo constituye la forma primigenia del discurso y la vida humana: es el primer índice del comercio simbólico propio y característico del **animal parlante**²¹, de la infinita concatenación del significado.²² El

SCHIAVONE, Aldo. *IUS: La invención del derecho...*, (7) p.120; GRIMAL, Pierre (2007). *La civilización romana*, Barcelona, Ed. Paidós, p. 152; amplía DI PIETRO (2005). *Verbum...*, (7). || En tiempos de cultura aural-oral, y religiosa, la cadencia, la prosodia, el ritmo no eran separables de la significación –falencia grave de las modernas teorías del lenguaje centradas en el signo (MESCHONNIC, Henri) *Idem* sobre relación escritura-oralidad-auralidad: COWARD, Harold (2006): *Los escritos sagrados en las religiones del mundo*, Biblioteca Manual Desclée de Brouwer. || El vínculo entre **significante** y **significado**, su no desdoblamiento, es señalado por el propio Saussure –y denominado **significación**, aunque es un punto que no llegó a desarrollar–. –Sí lo hizo el psicoanálisis, especialmente el lacaniano. *Vid.* Coloquio *Deseo de Ley*, op. cit. (7), et *vid.*: no (75), (81), (121), et al. | También se vale de él STEINER, Georges (2012). *Gramáticas de la creación*, Buenos Aires, Ed. Debolsillo, p.269, que le atribuye mayor amplitud e inclusividad, extensión e intensidad (lógica), diríamos. Aun Meschonnic, invocando y citando a Benveniste, apela al vocablo **significancia**, con similares denotaciones y connotaciones. (MESCHONNIC, Henri, v.g., ampliamente, en (2007) *La poética como crítica del sentido*, Buenos Aires, edit. Mármol Izquierdo, trad. Huho Savino. || Deleuze, en el análisis de la **proposición**, emplea el término **significación** tal función vinculante entre **el manifestante** y **lo designado** –*Vid.* DELEUZE, Gilles, (2005). *Lógica del sentido*, Barcelona, Paidós Surcos, p. 217, *pássim.* –et *vid. supra* (43). || Aristóteles (*Estagira*, Macedonia 384 a.C.–*Calcis Eubea*, Grecia 322 a.C.) para quien la noción del derecho es –como se verá– en este mundo “**sublunar**”, racional y **humanizante** (en la era precristiana). En *Ética Nicomaquea*, Libro V, define el derecho, como un aspecto de la **justicia** (*dikaioσύνη*, *justicia general*), designándolo **justicia particular** (**distributiva**, **conmutativa**, **correctiva** –**epiqueya**), estableciendo la fórmula *ta auton eikein*: dar a cada quien lo suyo. || En general, sobre Aristóteles, puede recurrirse a QUILES, Ismael (1947). *Aristóteles, Vida, Escritos y Doctrinas*, Buenos Aires, AUSTRAL, p. 62 s., 142 *pássim.*; DEL VECCHIO, Giorgio (1964), *Historia de la Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, p.12 *sq.* et *pássim.*; FRIEDRICH, C. J. (1955), *La filosofía del Derecho*, México, F.C.E., pp. 37; MARÍAS, Julián (1969). *Historia de la Filosofía*, Madrid, Revista de Occidente; TRUYOL y SERRA, Antonio (1956). *Rev. De Occidente*, Madrid. VILLEY, Michel, ve.: v.g., ‘*Philosophie du Droit*’, Paris, Dalloz 1975/1979; traducción española. *Compendio de Filosofía del Derecho* (1979/1981), Navarra, EUNSA, Tomos I y II; FASSÖ, Guido (1979). *Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Pirámide. ARISTÓTELES (1985). *Ética Nicomaquea – Ética Eudemia*, Madrid, Gredos, p.236 *sq.*, *pássim.*; *Política*, Versión bilingüe de Julián Marías, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951. |

21. “*La palabra es el hombre mismo.// Sin ellas, es inasible.// El hombre es un ser de palabras.*”, ha dicho Octavio Paz. || *Homo loquax*, consideró Edgar Morin a la especie. | Aristóteles caracteriza al hombre como **ser viviente** (animal: *zôon*, ζῷον) naturalmente **político** y **hablante**. (Comp.: “*parlêtre*” –Lacan, neologismo estrictamente intraducible, conjunción de hablar y ser; y el desafío de Heidegger: *Sinn des Sein. Sentido del Ser*. || Irremisiblemente, antes de hablar, ha escuchado. || Político (del griego, *polis*, ciudad). Se refiere a la realidad naturalmente social o comunitaria del humano, aptitud y actitud compartida con otros animales. En cambio, la cualidad hablante marca una ruptura, justamente la palabra separa el orden natural, biológico: El hombre (*zôon lógon ekhón* –*homo loquens*) no es, pues, un ‘animal que habla’, como podría decirse de un papagayo, sino ‘*capaz de discurso*’, portador del *logos* que es **palabra** y **razón**, palabra de razón: **sentido**; el hombre, porque habla, es descubridor y hacedor de sentido (*Vid. supra* (9)). || Dicho de otro modo, el **sentido** es la vida del lenguaje(*): quien escucha a un lector-computadora comprende lo que son los signos gráficos, traducidos a una voz, pero **sin vida**; la máquina descifra el signo, no la prosodia. | El hombre es, pues, indisoluble del lenguaje, que es pensamiento: que piensa, *pensa* –*de pensare*: pensar–, pesa, sopesa: compara pesos, pondera, valora. || Boecio, en el siglo VI da una primera definición técnica de persona: **substancia individual de naturaleza racional**. || «*Si el hombre es infinitamente más sociable que las abejas y que todos los demás animales que viven en grey, es evidentemente, como he dicho muchas veces, porque la naturaleza no hace nada en vano. Pues bien, ella concede la palabra al hombre exclusivamente. Es verdad que la voz puede realmente expresar la alegría y el dolor; y así no les falta a los demás animales, porque su organización les permite sentir estas dos afecciones y comunicárselas entre sí; pero la palabra ha sido concedida para expresar el bien y el mal, y, por consiguiente, lo justo y lo injusto, y el hombre tiene esto de especial entre todos los animales: que sólo él percibe el bien y el mal, lo justo y lo injusto y todos los sentimientos del mismo orden cuya asociación constituye precisamente la casa y la ciudad.*» Ve. ARISTÓTELES, *Política*, *ibid.* Libro I -1253 a. | Y ve., entre otros, LEGENDRE, Pierre (2008) *Lo que Occidente no ve de Occidente*, Buenos Aires, Amorrortu, p.101, et *pássim.* | BOECIO –*De duabus naturis et una persona Christi*, cap. 3; PL 64, 1343 *sq.* in <http://es.catholic.net/biblioteca/libro> || [(*) el sentido es la vida del lenguaje y el sentido de la vida, como el hombre siente, la siente. Quizá pudiera intentarse una ilustración comparativa diciendo: –Como la vida (hueso, sangre y nervio) al cuerpo (físico), el sentido impregna, sostiene e inarticula al lenguaje (metafísico).] || *Vid.* (9) y correlativas.

22. Acerca del lenguaje, del tránsito o circulación de la palabra, en clave antropológica –*vid.*: ABRIL, Gonzalo

idioma guaraní designa al hombre ‘palabra de pie’. La condición social natural del hombre está signada por la **conversación**, que es un reflejo de armonía, de sintonía, de simpatía, naturales también.²³

(1986). “La palabra y la dádiva”, *Revista de Occidente* 67, pp. 65-78. BRICEÑO GUERRERO, José Manuel (1970). *El Origen del Lenguaje*, Caracas, Monte Ávila. | OST, F., *El tiempo... ibid.* (5), p. 236, nota 242. || *Vid.* la reflexión del compositor de jazz Wayne Shorter [jasser significa conversar, charlar, en francés]: W.Sh.: “–*Nothing is thrown away. Nothing goes away. It’s - ice is getting ready to change to water. I used to ask when I was a kid: where do our words go? And I’m finding out. Rep.: –Where? W. Sh.: –They don’t stop. They initiate cause and effect.*” (in: www.npr.org/2013/02/02/170882668/wayne-shorter-on-jazz-how-do-you-rehearse-the-nknown).| Respecto a la necesidad del habla, la realidad de que los hombres no han dejado ni dejan de hablar constituye una evidencia palmaria de la existencia de ‘sentido’, componente **real** de la realidad (llámesele o no ‘naturaleza’ o ‘esencia’, ‘sustancial’, al modo aristotélico-tomista; o ‘accidental’, ‘relacional’, al modo de Ortega y Gasset –que no es el modo mágico animista, sacro-fusional, del ultraecologismo, la ‘pachamama’, o la *new age*–). | Se trata de un ‘principio de operaciones’ que se presenta como un ‘dato duro’, fuerte, significativo pero no fijo: el lenguaje inarticulado, por su estructura y por sus finalidades constantes, tiene **sentido**, y es expresión, búsqueda y creación continua de **sentido**. Siempre inacabado, ninguna formulación lo termina; al contrario, cada expresión abre una instancia nueva a la vida del sentido (*vid. infra* (104)). || Hablar proviene de la raíz indoeuropea *bha- (pron.: fa) “hablar, decir” y está emparentado con el verbo latino “fari” – “decir” y el sustantivo “fama” (= *aquello de lo que se habla*) – “rumor, reputación”, desde el sánscrito *bhanati* – y en griego “palabra”, φημί “phemi” – “hablar” y φων “phoné” – “voz”. || Ahora bien, «...Un mito es un relato memorable y tradicional que cuenta la actuación paradigmática de seres –*apud*: *Dizionario etimológico* –<http://www.etimo.it/>; y ROSENBLAT, Ángel: «*El griego mythos, además de designar el mito o la leyenda, significaba la palabra y mythéuo o mythéomai, ‘hacer mitos’, era corrientemente hablar. ¿No ha llegado a sostener un lingüista [...] (Max Müller), que el mito es un producto accesorio del lenguaje [*], una especie de enfermedad de la palabra? De manera más hermosa lo expresaba Paul Valéry, partiendo de la poesía: “Mito es el nombre de todo lo que existe por la sola virtud de la palabra... Todo nuestro lenguaje se compone de pequeños sueños breves... No se puede hablar sin crear mitos... La palabra nos habita y lo habita todo... En un principio era la fábula...”*» –*vid.*: (1997) *Sentido mágico de la palabra*, Caracas, Monte Ávila Edit., tomo VI, Ensayos diversos, Biblioteca Ángel Rosenblat, p. 2. [|*Julian Jaynes, *vid. infra* (23), propone que la **palabra** es ‘accesoria’ del **mito**]] Se le llama ‘lengua’ o ‘lenguaje natural’ (o ‘étimico’, en oposición a ‘l. formal’, como el matemático, y/o ‘l. n. humano’, en oposición a ‘l. animal’) con el significado de ‘no convencional’, no ‘construido’, ‘no artificial’, y no se advierten razones para despojarlo de esa denominación a partir de elementos tan banales o superficiales como la promoción voluntarista de ‘políticas de la lengua’, o las disputas sintácticas o semánticas, v.g.: el tráfico o malversación de usos lingüísticos alentado por gobiernos o grupos de presión: ‘nacionalización’, ‘escolarización’, ‘feminización’, ‘duplicación’, ‘neutralización’. Todos estos casos operan sobre la superficie de un fenómeno (el lenguaje), cuyas dimensiones íntimas se desconocen casi tanto como su incógnito origen. || No ha prosperado ningún ‘esperanto’ para que los humanos compartamos todos una lengua común, algo que resulta tan ‘lógico’ a la mirada idealista o ingenua, que considera al lenguaje un **constructo comunicacional**, cual si fuese una estructura de superficie, y no el ‘órgano del ser interior’, que antecede a los conceptos, pues es el que concibe. (El lenguaje permite la vida humana, “*sirve para vivir*”. –MESCHONNIC, *Un coup de Bible... Ob. cit.* (65) | Más bien parece una ensoñación emprender la navegación ‘río arriba’ del tiempo, ‘volver’ a los tiempos míticos anteriores a Babel. (*Vid.* STEINER, *Gramáticas... ob. cit.*, (20), p. 33, a propósito del ‘*make it new*’ de Ezra Pound, crear un lenguaje nuevo: el ‘fracaso’ de dadaístas, surrealistas, futuristas rusos. || Ampliamente, ve. OST, *El tiempo... ob. cit.* (5). || [Es singular el caso, excepcionalmente circunstanciado, de la ‘recuperación’ del hebreo en Israel, idioma ‘muerto’, que de lengua ‘de archivo’, reducto de especialistas, se reconvierte en la lengua normalizada de un pueblo políglota (singularísima condición diaspórica).]

23. Alberto Magno dice con razón que “*el mayor de los placeres humanos es buscar la verdad en la conversación.*” --BORDELOIS, Ivonne (2005). *El país que nos habla*, Buenos Aires, ed. Sudamericana, p. 125 | “*El ser era apetecible por la conciencia que uno tiene de su propio bien, y tal conciencia era agradable por sí misma; luego es preciso tener conciencia también de que el amigo es, y esto puede producirse en la convivencia y en el intercambio de palabras y pensamientos, porque así podría definirse la convivencia humana, y no, como la del ganado, por el hecho de pacer en el mismo lugar.*” ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* IX, 9, 1170b8-14. VINCENT, Jean-Didier (1997). *Biología del Diablo*, Ediciones Dolmen. Vincent recoge y explicita la teoría neurológica de los denominados ‘*procesos oponentes*’ (Solomon y Corbit: 1974; Koob y cols.: 1989), con lo cual la dialéctica aparece configurada en la propia estructura de las funciones cerebrales básicas. || Cf. *Lingua ex Machina*, CALVIN, William H. y BICKERTON, Derek (2001), Buenos Aires, Gedisa. | Cf. JAYNES, Julian (1987), *El origen de la conciencia en la ruptura de la mente bicameral*. Fondo de Cultura Económica, México. || Como enseña Louis Dumont, la idea de ‘lucha de todos contra todos’, “*no es más que un lugar común de la incultura*” –DUMONT, Louis, (1983). *Essais sur l’individualisme. Une perspective anthropologique sur l’idéologie moder-*

Sin duda, ha sido y es, de entre todas las humanas, la actividad común más **significativa** y, en rigor, la gran prevaeciente. Desde el plano más obvio e inmediato, el intercambio de palabras constituye la modalidad primera del discurso humano, de por sí relacional. El fluir del verbo, el tránsito y circulación de la palabra es lo que hace posible, a todos los niveles, el conocimiento de las opiniones y experiencias de cada cual, su desplazamiento y contraposición, e inclusive, el llegar a compartir incidencias y coincidencias respecto del sentido o la significación de las cosas; desde las más pedestres hasta las de trascendencia mayor. Por lo tanto, ha oficiado sin cesar para una menor o mayor aprehensión de lo verdadero, para investir la gestión del conocimiento, prístina vocación humana. Desde que la madre enseña a su hijo las primeras voces (a escucharlas, a pronunciarlas). Siempre. Primordial alimento del hombre es la palabra –no sólo de pan...–

Mas a lo que vamos es a que el diálogo significa formal y efectivamente aún mucho más cuando la inteligencia, la cultura y la civilización lo elevan y perfeccionan hasta alcanzar, entonces, la altura y el estatus de un método y un arte.

6. Aristóteles teoriza sobre la formalidad de **dos tipos de lógica**, dos formas de proceder en pos del conocimiento de la verdad. Veámoslas enseguida.

Una es la ‘de las ciencias’, axiomático-deductiva, que razona sobre la base de silogismos con premisas inequívocamente ciertas, invariables, y que, por lo mismo, arriba a conclusiones consistentes e incontestables (por estar contenidas en las premisas: **si** todos los hombres son mortales –**y** Fulano es hombre– **ergo** fulano es mortal), campo llano para que la deducción opere a su modo, el de la linealidad causa-efecto, modo matemático, vertical, propio de lo inmóvil abstracto: Si todo **S** es **P**...; etc... donde el segundo elemento de la ecuación nada nuevo añade respecto del primero. Modos de razonamiento rígido e impecable cuyo prototipo es patentizado por los modelos matemáticos o de ‘lógica formal’.

Este modelo de lógica, esta forma de razonamiento, obtuvo primacía –sino la práctica exclusividad– en el mundo intelectual, científico y académico de los tiempos modernos. Y, a causa de su prestigio y apogeo, fue traspasado o extrapolado al Derecho que, por ende, habría de considerarse también ‘lógico y sistemático’, ‘científico’, implantado sobre presuntos axiomas provenientes de la ‘razón natural’ o de la voluntad de un legislador omnipotente y omnisciente. Y, a pesar de los incontables traspies y divergencias de principios que impugnan su viabilidad y conducen a la incertidumbre, ese modelo hasta hoy sigue sumando propulsores y continuadores en el imaginario ámbito de un **deber ser** –distinto o ajeno al ser real– bajo forma de ‘**lógica deóntica**’ u otras modalidades deductivas más tradicionales.

Una lógica así es la que aparece normalmente, por ejemplo, en nuestros manuales de derecho civil, en las pocas páginas que suelen dedicar a la cuestión metodológica, que se da por presupuesta; otro tanto ocurre en las ‘introducciones al derecho’ circulantes. Se acata el modo de razonar tenido por único imperante o valedero, sin advertir y abordar la cuestión previa y elemental de que un método es un medio para un fin y que depende de unos principios, que es por donde habría que comenzar, *id est*, por una

ne, Paris, Le Seuil, *pássim*. | Al respecto, Martin Buber enseña que la cualidad más intensamente humana de la existencia humana es la **cualidad dialógica** –BUBER, Martin (1993). *Yo y Tú*, Madrid, ed. Caparrós, pp. 14/15.

definición del derecho bien pensada, en función de la materia a tratar, y la metodología que mejor se le adecue. (Y no al revés.)

Los juristas tienden a repeler las cuestiones filosóficas. Salvo raras excepciones, se limitan a alinearse a las ideas establecidas, a adoptar **el lenguaje del grupo**, aceptar pasivamente las técnicas y los métodos al uso, sistemático-deductivos y/o inductivos, racionalistas o voluntaristas; da igual. Un golpe de vista nos apercibirá de que el propósito lógico-sistemático, idealista o empirista, tan didáctico y profesoral, o se aparta de lo real (donde vive el derecho), o lo recorta y desvirtúa, y acaba en un radical desconcierto. Por eso nuestro tiempo reclama una nueva ‘dogmática jurídica’.

- Así fue que el modelo lógico demostrativo solventado por Descartes y Galileo, en el siglo XVII, matrizó el **positivismo legalista**, la soberanía absoluta del texto normativo –concepción prohijada por el mismo **voluntarismo** político que pergeñó el mito del ‘contrato social’ (Hobbes, Rousseau)–, que presta los ‘axiomas’ que permiten pasar de una proposición a otra, deductivamente. (Concomitantemente, por proveerse de un objeto asequible para su ciencia, incurrió en la errónea identificación del Derecho con **las normas de derecho positivo**.)
- La llamada **Escuela del Derecho Natural –racionalista o moderna** (Suárez, Grotius, Pufendorf, Thomasius, Wolff)– y enseguida Kant elaboraron formas de la idea de **Razón Pura**, entelequia donde se sitúan unas **máximas de conducta moral**, cual axiomas de donde deducir y ‘controlar’ la vida del derecho.
- El **positivismo científico** de corte decimonónico, que produce una **jurisprudencia conceptual** sobre la base de la definición de ciertos vocablos (derecho, derecho real, propiedad, ...) deducidos unos de otros, que configuran el **sistema piramidal** (Wolff, Puchta) por donde desciende en cascada el derecho aplicable. Hubo por entonces en Alemania, mayor centro de investigación e irradiación del pensamiento jurídico, quienes prestaron atención no solo a la razón aislada sino también a los hechos (**pandestistas**, **historicistas**, von Savigny, Marx, **jurisprudencia de intereses**, von Ihering), mas siempre afanosos por obtener un **sistema lógico** –como Kant lo había pretendido para las ciencias naturales–.
- La virulenta reacción contra los excesos idealistas no tardaría; el **utilitarismo** hace del derecho un **instrumento** de la economía o la política, mera **técnica** de ‘control social’. La primacía de la **lógica racionalizante** continúa, pero ya no se trata del culto a la **Razón pura** kantiana, sino de la razón **calculadora**, a lo Bentham, ocupada de **maximizar** beneficios y **minimizar** los sacrificios.
- En la misma línea de reacción irrumpen en el siglo XX los denominados

realismos (americano, escandinavo) que representan, contra el normativismo, un esfuerzo por retomar contacto con lo real, pero carecen de una filosofía que les permita tratarlo en profundidad, pues reducen **lo real** a un facticismo o empirismo ayuno de sentido. Una mirada ciega al valor, a los fines, no puede captar **lo justo en la realidad**, que está en la definición del derecho.

- Tampoco la llamada **escuela analítica** (*analytical jurisprudence*), obsesida y limitada por las actuales **ciencias** del lenguaje –a pesar de su esmerada atención a ciertos aspectos de lo real– resulta apropiada para comandar el conocimiento del **arte de lo justo**, especialmente por insuficiencia de sus postulados y su instrumental: el derecho no es una palabra sin referente en la realidad y el universo, y ambos exceden en mucho lo que el restringido campo de observación y análisis que las predichas pueden abarcar. (Las que con tanto exceso en su denominación hoy se erigen como “ciencias del lenguaje”, lejos de contar con un estatuto solvente apenas si alcanzan el grado de incipiente de **tentativa** o **actos preparatorios**.)

Obviamente, no han de considerarse las que acabamos de señalar como propensiones predominantes cual si fueran atributos absolutos; ni tampoco que hayamos pretendido despachar en las exiguas líneas precedentes la densidad y multitud de doctrinas ocupadas de lo jurídico, acerca de lo cual existe prolífica literatura (v.g.: *infra* nota 77). Pero sí, al menos filosóficamente, en cuanto todas ellas nos parecen defectuosas e insatisfactorias en comparación con la concepción del mundo y del lugar del derecho en el mundo propios de la metodología clásica del derecho, que es la que hoy nos toca exponer.

Las doctrinas enumeradas, aun las más novedosas, observadas desde fuera de su circuito cerrado, adolecen de visibles apresuramientos, rápidas coartadas que eluden, o se esconden a sí mismas algún obstáculo esencial, demasiado notorio como para pretender una adhesión acrítica.

Su falla epistemológica, que radica en la errónea concepción del Ser (*i.e.*: de la realidad, de la **naturaleza** entendida como realidad íntegra, corporal e incorporeal, los entes y sus pautas operativas, sus principios activos, sus valores intrínsecos, sus ‘esencias’ –perdurables, o aun contingentes–) obstruye el camino con falsas dicotomías, obrando como si el hipotético ‘como si’ (*etiam*), que no es más que un instrumento analítico de trabajo, constituyese la verdad misma de lo real. La distinción Naturaleza/Cultura muchas veces constituye un artilugio útil, sin duda; mas impugnabile en todo lo que arrastra de falsa oposición.

De ahí las ruinosas premisas cognitivas en virtud de las cuales **ser** (*Sein*) y **deber** o **deber ser** (*Sollen*), o **hechos, valores y normas**, aparecen como entidades aparte, habitantes de galaxias descoyuntadas.

No es así: como lo evidencia el lenguaje, la realidad de la existencia es una integridad provista de *Sinn* (sentido), que es todo lo que el hombre quiere –a la vez, ineluctable e inseparablemente– ser (encarnar, vivir su existencia humana) y saber.

No hay hechos concernientes al hombre que carezcan de sentido respecto del hom-

bre. (*Vid.*: notas 4 *et al.*) No se puede dejar de lado tamaña realidad y, tan luego, para alegrar que así, de esa manera, se ‘hace ciencia’.

Por ejemplo: una característica notoria de las concepciones del derecho afectadas de modernidad radica en el propósito de renunciar a lo valorativo como presupuesto del trabajo científico. Propósito ese que a poco andar se demuestra imposible, en tanto y en cuanto los mismos problemas vuelven a aparecer aunque se quiera y pueda variar su denominación, como ocurre con lo que luego se rotula moral, principios fundamentales, ética, derechos humanos, garantías mínimas, *ius cogens*... todo lo que incumbe a lo que bien puede denominarse **derecho natural** (*Vid.* nota 68); con la ventaja consiguiente de abordarse tales cuestiones desde una estricta disciplina propia del derecho, sin invadir los juristas los campos de otras materias; ni lo contrario. Esto suele conducir a desajustes y reduccionismos: el punto de vista jurídico clásico suele resultar más dúctil y rico que el de la **ciencia política**, por ejemplo.

No conoceremos de verdad –en serio– el derecho sublimándolo en un cielo de ideas puras (ese *Sollen* de idealidad normativa) ni rebajándolo a un mero dato empírico, cuantitativo, sociológico. Tampoco una abstracta, idealmente racional y transparente ‘naturaleza del hombre’, fantaseado como ‘perfecto’, ‘*bon sauvage*’, u ‘*homini lupus*’, o mera **cifra estadística** –fallas palpables en esas doctrinas– resulta base idónea para pensar el derecho.

De manera que, epilogando lo antedicho, es posible afirmar que, en su pasaje por la modernidad, el saber del derecho, clásicamente concebido como *ars iuris –iusti atque iniusti scientia– suum cuique tribuendi*, arte superior de conocer y dar **lo justo** a cada uno, llegóse a pretender **suprimir la voz y el concepto de justicia** (Kelsen la considera subjetiva, emocional, inconsistente, superflua); o que actualmente (Posner, **análisis económico del derecho**) pretenda confundirse el derecho con una modalidad de *Marketing*, súbdito del ‘Dios-Mercado’, único que todo lo puede, todo lo dirige, aprueba o desaprueba. Pero **no sabe lo que hace**.

Perdido el difícil equilibrio, el **justo medio**, se oscila entre nihilismo e idolatría...

La ‘postmodernidad’ (marbete actualizado de la modernidad) cree o afirma que la metafísica se ha derrumbado; que no tiene sentido la búsqueda ni la afirmación del sentido. Sobre esa base autocontradictoria, sobre esa simulación de una renuncia –no hay tal: los discursos no cesan–, se levantan los sucesivos ‘castillos de naipes’ de teorías y doctrinas, que dicen no querer versar más que sobre algún o algunos aspectos de un ‘lo real’ inexistente o inaccesible, y/o de ‘constructos’ más o menos consensuados o arbitrarios. (Que constituirían ‘objetos’ de ‘ciencia’.)

Nosotros partimos de postulados contrarios a esos: la realidad y el sentido existen, y son entes coextensivos y cognoscibles –aun cuando no haya tarea mayor ni más difícil que ese conocimiento–.

Y ello, como decíamos, está evidenciado por el lenguaje. A partir de esa evidencia afirmamos: O es así, o... nada –ni siquiera **nada** que es **palabra**, y, por tanto, sentido y realidad; ni tampoco el silencio que es también palabra, sentido y realidad–. Dado que no es posible **salir(se) del lenguaje**, no hay mutis a la evidencia del sentido, aunque nos cueste la vida buscarlo; como nos la cuesta, efectivamente.

No hemos de indagar en este momento acerca de si la retracción sobre sí de una razón maravillada de sus logros técnicos y de sí misma fue una involución narcisista

o el signo de un maduro repliegue necesario para impulsarse luego más allá.

De todas maneras, las antedichas evidencias –u obviedades, aunque nunca lo fuesen ni lleguen a serlo para todos ni por igual– eran tales en el pensamiento clásico antiguo y medieval (que no sin exceso enfático se llegó a denominar *Philosophia perennis*) que por ello mismo no se ocupaba de explicitarlas mayormente.

Mas hubo de ocurrir que la modernidad las oscureció, y luego **ontologizó** o **epistemologizó** –tomó por real y veraz– lo que no había sido más que el producto de su propia maniobra intelectual, hija de su tiempo, el del ensueño de la primacía de la razón y la voluntad subjetivas sobre el **cosmos**.

Epígono cabal de esas modernas filosofías, Jean-Paul Sartre, sellando la debacle del idealismo, confesó: “*Como todos los soñadores, confundí el desencanto con la verdad.*”

Por eso no vamos a dejarnos arrastrar por lo corriente. Hemos de pensar el derecho de otra manera. Volvamos a la lucidez de Aristóteles. (“*Ya se oyen palabras viejas, pues aguzad las orejas.*”) Hay buenas noticias para el derecho; glosadas por autores contemporáneos, pero que halladas y formuladas desde la Antigüedad han sobrepuesto los siglos de modo más o menos ostensible. (Si nuestra era reclama, decíamos, una nueva ‘dogmática jurídica’, ella habrá de resultar del todo afín a la más clásica.)

II.– La dialéctica: ‘lógica segunda’. –Sinopsis evaluativa del ‘arte del diálogo’–bases históricas y contemporáneas. [§ 7 –notas 21 a 32]

7. La lógica dialéctica. Líneas arriba, anunciamos que había dos lógicas en Aristóteles, y hemos reseñado la primera y algunas de sus erróneas derivaciones. Pues bien, resulta que más recientemente, la ‘lógica segunda’, la otra vía de acceso al conocimiento de la verdad, descrita por el preceptor de Alejandro –y que ocupa la mayor parte de su obra– ha vuelto a ubicarse en el centro de atención de las disciplinas jurídicas, desde mediados del pasado siglo.

Es el caso de las así llamadas **Nueva Retórica**, la **Teoría de la Argumentación**, la **Tópica**. En este paso, destacados juristas contemporáneos respaldarán nuestra exposición en cuanto se han ocupado especialmente de una renovada y vigorosa puesta al día de estos antiguos saberes.²⁴

24. Empero, muchas veces no se ha calibrado su significación mayor y su contribución a la filosofía general, a la filosofía del conocimiento, a la epistemología, con todas sus implicancias gnoseológicas, teoréticas y teóricas. Y aún se soslaya su incidencia central para la filosofía del derecho –cuando se limita el enfoque exclusivamente a la faz ‘pragmática’–, sin hacerse cargo de la filosofía concomitante, solidaria e inescindible del método postulado, tanto como este de la primera. || El consabido y atávico rechazo de los juristas por la filosofía especulativa, que seguramente heredóse de Roma junto al Derecho... (venía ‘todo en el mismo paquete’, digamos), lleva consigo indudables ventajas, mientras el derecho se atiene a una sana filosofía, implícita, que le resulte adecuada... (El genio romano, desde las bases griegas, forjó una filosofía perfecta para el derecho, *vid. infra (131)*). Mas ha de advertirse que tales ventajas tórnense inconvenientes si la matriz de la disciplina queda en manos de quienes no la conocen; como una y otra vez acaeció en la Modernidad; y en consecuencia, cuando los juristas desean luego volver a aproximarse al eje de su disciplina, esta se ha vuelto irreconocible. Peor resulta si los propios juristas no lo advierten y se dejan guiar o arrastrar por filosofías y doctrinas extrínsecas e impropias para el Derecho. Así sucedió con el nominalismo, el cartesianismo, el kantismo... sus pontífices y epígonos, donde tienen cabida de un extremo a otro de la gama, idealismos, racionalismos, voluntarismos, cientificismos, empirismos; filosofías modernas de toda laya, caracterizadas por la unilateralidad o la fragmentación de sus puntos de vista, extraños por completo a la dinámica riqueza polifacética del realismo clásico. || Hay valiosas aportaciones de la investigación

En los *Tópicos* del estagirita se delinea, pues, otro perfil de un modelo lógico, que configura a su vez otra forma de valedera de explicación racional. Cuando faltan las premisas ciertas –no discutibles–, como ocurre de continuo al pensamiento humano, tanto en el orden teórico como práctico, no es posible operar por simple deducción, de verdad mayor a verdad menor. Y hemos advertido que en la cerrazón del juego tautológico de las premisas no hay avance efectivo: lo que se alcance o se diga al final necesariamente debe haber estado contenido en el principio, o habrá que consignar una falla del razonamiento vertical.

Atención: aquí no se trata de objetar la potencia inherente a la lógica deductiva, sino de hacerse cargo de sus limitaciones intrínsecas: su inercia especulativa, su cualidad de extraño o su rechazo respecto del **conflicto**; lo reducido de su campo de acción y de sus posibilidades de explorar lo nuevo o lo desconocido; la extensión siempre mayor y creciente de **lo real**: puesto que, inexorablemente, cuanto mayor es la esfera de **lo sabido**, geoméricamente se extienden y amplían las fronteras visibles e imaginables del **no saber**.

Con todo y con eso, a cada paso que demos conviene tener presente lo irrenunciable de la lógica deductiva, la razón recta y vertical que un día puso al hombre en pie –*homo erectus*–. Mirando hacia delante, guiado por la vista, resueltamente futurizo²⁵, ordenado de arriba abajo, de abajo arriba, y andando en pos del vuelo de las aves, de la marcha de los astros, del límite y la luz del horizonte que huye de sus pasos, inalcanzable –esa fuga misteriosa y constante que debía de perturbar a nuestros ancestros... Libres ahora de su carga los miembros anteriores, las hacendosas y propulsoras manos del *hábilis, erectus, sapiens, sapiens-sapiens*... que aun antes de ascender por esa ruta de creciente complejidad, fue –y sigue siendo– *homo quaerens* (el que quiere saber, el que pregunta).²⁶

histórico-filosófica contemporánea, v.g.: Cl. Le Blond, P. Moreau y P. Aubenque, que han pautado el redescubrimiento de esa dialéctica calificada como una de las dos partes de la lógica. Y hay una bellísima presentación filosófica, *Methodologie de la dialectique*, de LAVELLE, Louis (1962), PUF, Paris.

25. MARIAS, Julián (2000). *Antropología metafísica*, Buenos Aires, Ed. Alianza, p. 45 sq: Marias dice ‘futurizo’; el psicoanálisis ‘*sujeto del deseo*’ (*inconsciente*); Platón, ‘*psiche*’, ‘*psyjé*’; Aristóteles apunta que el hombre es “*inteligencia deseante o deseo inteligente*”; el cristianismo dice ‘alma’, y también ‘Verbo’ –Juan I; Bergson, ‘*elan*’..., en todos los casos se trata de una ‘pulsión de vivir’, inexorablemente hacia delante –todo lo cual comprende (en sentido lógico de “*intención*”) la ajustada expresión de Marias. || La primera palabra de la *Torá* – es *Bereshit* בְּרֵאשִׁית. El español ‘traduce’: **Génesis**: “*creación, generación*”; en hebreo *Bereshit* significa “en el principio”. El núcleo de la palabra *Bereshit* es la palabra *rosh* ראש que significa “cabeza”. La tradición judía entiende que este es un nombre adecuado porque literalmente comenzamos el relato “en la cabeza” de la historia. *Bereshit* comienza con la letra bet ב (segunda letra del alfabeto hebreo) en lugar de alef א (la primera letra). De este modo la *Toráh* (español: **instrucción, enseñanza**) nos indica que los humanos estamos intrínsecamente limitados. No podemos saber todo de la A hasta la Z. Empezar por B –y no por A– es lo apropiado porque los hombres no dominamos todos los conocimientos. | También, la letra ב bet está cerrada por tres lados y abierta por el lado que apunta hacia adelante (en hebreo se lee de derecha a izquierda): ello nos anima a mirar hacia delante, vivir nuestras vidas anticipando lo que está por venir. –*et vid.* supra nota (4) – || Sujeto del significante –*vid.* Lacan, Legendre: sujeto **al** y **por** el lenguaje a la Razón, que lo nombra y lo involucra en el habla con el **otro** (**heterogeneidad**, ‘tajo’) y ante el Otro (palabra y vida: *viva Vox, Dic quod princeps omnia + habet in pectore suo quoad interpretationem, ratio scripta*). El hombre no **nace** racional *se hace* racional por el lenguaje “...al acceder a un sentido compartido con los otros hombres.” (SUPIOT, Alain –*Homo...*, op. cit., (7), p. 11) ; TEILHARD DE CHARDIN, Pierre (1990). *Le phénomène humain*, Paris, France Loisirs, p. 155). || “*El deseo es lo que engendra el pensamiento.*” (Plotino). | *Et vid. homo quaerens, quaerendi*: (26), (41), (99), (113), (134).

26. (*Vid.* STEINER, Georges, *Gramáticas...* op. cit., (20), p. 29 (*et vid. infra* (39), (45), (88), (99), (112), (134)). || “[L]a más urgente necesidad del hombre es la de orientar su propia vida, necesita saber qué es lo valioso para dar un sentido a su existencia, y necesita distinguir el bien del mal para decidir...” : LLAMBÍAS DE AZEVE-

La **segunda modalidad** lógica a que aludíamos es la que el autor observa cuando el punto de partida no otorga una certeza sino una contingencia, una duda, una oposición, un problema; y que se propone a su elucidación –v.gr., en el ámbito jurídico, la inveterada pregunta por el *justum*: ¿es justo que...? (*si aequum est...*, *si...*, *utrum*, *sic et non*).²⁷ –

Hemos de situarnos, entonces, en otro ámbito de la lógica, puesto que otro es el modo de razonar cuando no es posible partir de una premisa cierta (y es el caso de la mayor parte de la obra del Estagirita –y de nuestra vida–) sino conflictiva o problemática.

Así pues, lo que se plantea es una **cuestión** (*quaestio*), una pregunta, un **problema** sobre el que recaen y se advierten opiniones diversas, enfoques variados e, incluso, intereses opuestos. Aquí aparece la **lógica del diálogo**, de cuyo primer elemento procedimental nos ocuparemos a continuación.

Comencemos pues, y no será casualidad, por tomar nota de cuánto y cómo coinciden la jurisprudencia romana, la poesía filosófica, la *Biblia*, *Wikipedia*, sobre unos previos requerimientos metódicos consustanciales a la materia: la interrogación, la escucha.

Audiat et altera pars, “Hay que escuchar a la otra parte”, enuncia el *Digesto* 48,17,1.

“*Para dialogar,/ preguntad primero,/ después, escuchad*”, apunta un poeta filósofo²⁸ de alma cristiana; resuena el primer pedido y mandato, pronunciado al hombre

DO, Juan, *Manual... vid. supra* (6), p.13. | El hombre juzga como respira. –Tal es la facultad judicial, su dimensión axiológica (ética y estética) connatural –LLAMBIAS DE AZEVEDO, Juan, (1957) *Algunas reflexiones sobre la justicia y el problema del principio del derecho*, publicado en *Eidética y Aporética del Derecho* –Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 141-173. || Bueno y malo, como justo e injusto, verdadero/falso, bello y feo, etc, son una constante intrínseca del lenguaje humano; no lo hay sin esas categorías judiciales. El hombre habla para vivir la vida humana, que es vida hablada; y bien y mal están en el lenguaje como están en la realidad (humana) que el lenguaje procura representar, expresar –y comunicar. | La facultad de juzgar o formular juicios, junto a la conceptual y la discursiva, integra las funciones intelectuales propias del hombre. | *Et vid. infra* (138), cita de Sampaio Ferraz.

27. (¿Es justo que...? esta, y no otra, es la **pregunta** del derecho, por excelencia, paradigma, antonomasia.) *Si aequum est...*, *utrum*, representan fórmulas latinas habituales de dicha interrogación, de uso romano y escolástico, empleadas para expresar y encarar, poner enfrente la alternativa, dilema o problema cuya elucidación prosigue por vía dialéctica; cualquiera de esas fórmulas, u otras semejantes, suele integrar una *quaestio* (formulación ya presente en la literatura romana clásica), y ordenarse como **artículo**.

28. Antonio Machado, 1875–1939, *Proverbios y cantares* II, a quien pertenece también la coplilla XLI, anteriormente transcrita –*supra* § 6, *in fine*–. || El diálogo postula la escucha: “*Así como hay un arte de bien hablar, existe un arte de bien escuchar*”, (Epicteto, de Frigia 55-135 dC.); y el ideograma chino que representa la escucha detenta una nutrida prolijidad simbólica. || A Goethe (Johann Wolfgang von G., 1749-1832), un sabio difícil de comparar, le interesaba el vínculo entre *Poesía y Verdad*, como llamó a una de sus obras. | También Jacob Grimm, 1785-1863, jurista, narrador, gramático advierte la conexión: “*No hay dificultad en creer que derecho y poesía provienen de la misma cuna. [...] Su común fundamento se halla en dos cosas esenciales: lo maravilloso y lo religioso.*” *Vid.* DUFOUR, Alfred (s.f.). École du droit historique, in *Encyclopédie de théorie et sociologie du droit*; y, como Grimm, Frédéric von Savigny, 1779-1861, subraya el paralelo consustancial entre derecho y lenguaje –cit. y ref. *apud* OST, *El tiempo...* (5), p. 69, nota 70, p. 70, notas 71 y 72. || Por lo mismo no debe considerarse fuera de lugar la comparecencia de un poeta en un texto **filosófico jurídico**: la verdad no conoce esas fronteras. Y tampoco hay lenguaje técnico de una disciplina (vertido en lenguaje natural) que escape de su trasfondo metafórico; siquiera el de la ‘corriente analítica’, que así lo porta en su propia designación (otro tanto ocurre con el famoso ‘giro lingüístico’: el lenguaje natural no sólo no logra evadir lo metafórico, sino que las acepciones voluntarias/istas no controlan siquiera su propia maniobra primaria, ¿o alguien sabe distinguir y delimitar con certeza final voces básicas tales como **ser, realidad, naturaleza, sustancia...** dónde acaba su coincidencia y empieza su contingüidad, su **sinécdoque** (συνεκδοχή *synekdoché*, significativa de «comprensión simultánea»), su **metonimia**...? (μετ-ονομαζειν *met-onomazein* [metonomadzein], “nombrar allende”, o sea, “dar o poner un nuevo nombre”)|

que somos, por la voz del Altísimo: –“*Shemá, Israel.*”– ‘Escucha, Israel.’²⁹

¿O no es el Estado **hipálage** (ὕπαλλαγή, «sustitución») de la Ley? | Y cualquier ‘construcción’, ampliatoria o restrictiva, suele resultar resbaladiza, engañosa, insabida, prueba del ‘aprendiz de brujo’: *periculosa est.* «...por ser el lenguaje humano todo una metáfora.» De manera que: «‘Metáfora’ es el nombre que damos a nuestra capacidad de usar los mecanismos motores y perceptivos corporales como base para construcciones inferenciales abstractas, de forma que la metáfora es la estructura cognitiva esencial para nuestra comprensión de la realidad.» –Vid. TERRACINI, Benvenuto (1951). *Conflictos de lenguas y de culturas*, Buenos Aires, Ed. Imán, p. 128; y especialmente NUBIOLA, Jaime. “El valor cognitivo de las metáforas”, en P. Pérez-Ilzarbe y R. Lázaro, eds, *Verdad, bien y belleza. Cuando los filósofos hablan de los valores*, Pamplona, Univ. de Navarra, *Cuadernos de Anuario Filosófico*, n° 103, pp. 73-84, || Al respecto conviene recordar que derecho y poesía andan enlazados a lo largo de la historia –pues el arte de **bien decir** los hermana, atestiguado por la pervivencia milenaria de lo **bien dicho**, en uno y otro registro (**regula, verso**). *Et vid. infra (47)*. | Amén de que la dialéctica requiere **opiniones autorizadas** –aunque fuere para refutarlas– y quién dirá que no lo son las de los grandes poetas. | (et *vid. infra (89)*) || Asimismo el **tono** de este estudio lleva consigo una **filosofía jurídica** y de esa tonalidad participan intensamente los versos que aquí nos hemos permitido transcribir con finalidad tanto estética como pedagógica, en natural conjunción. | François, *El tiempo...*, (5)–*vid. supra (6), (7) et al.* –subraya el aporte de las grandes obras literarias para la comprensión profunda de las “*cuestiones más fundamentales del Derecho, la justicia y el poder*”, lo cual [...] “(…) *no debe tomarse como un mero divertimento académico, sino que debe ser entendida como una forma más de comprender los vericuetos de la razón práctica*”–. En suma, se trata de plantear otras perspectivas dialécticas con la finalidad elemental de obtener una mejor percepción del fenómeno jurídico –*vid.*: OST, François (s.f.). *El reflejo del Derecho en la literatura*, Bruselas, Université Saint-Louis. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9970/1/Doxa_29_17.pdf; p.337 *pássim*. | *Kafka, ou l'en deçà de la loi*: <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostkafka>.|| De manera que añadimos, acerca de los tópicos **derecho (justicia), poesía y verdad**., ciertos decires de Machad “a propósito” de la dialéctica: XV “*Busca a tu complementario, / que marcha siempre contigo, / y suele ser tu contrario*”. LXXXV “¿Tu verdad? No, la Verdad, / y ven conmigo a buscarla. / La tuya, guárdatela”. XXXIX “*Busca en tu prójimo espejo; / pero no para afeitarte, ni para teñirte el pelo*”. XLII “*Enseña el Cristo: a tu prójimo/ amarás como a ti mismo, / mas nunca olvides que es otro*”. XLIII “*Dijo otra verdad: Busca el tío que nunca es tuyo/ ni puede serlo jamás*”. || El autor de este trabajo prefiere los cánones abiertos tradicionalmente por la ‘Filosofía del Derecho’, que aun actualmente propone la denominada ‘Teoría General del Derecho’, en la medida en que esta trate la filosofía por preterición. A cuyo respecto, además de la bibliografía citada en estas mismas páginas –*vid.* especialmente *infra (77)* –, ha traducido y publicado en Montevideo, en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, UdeLaR, N° 32, 80° Aniversario, Año 2012, pp. 57-88, un artículo del profesor ‘des Universités’ francés, M. Jean-Pascal Chazal, intitulado “*Filosofía del derecho y teoría del derecho, o la ilusión científica*”, donde se explican y profundizan las bases epistémicas y doctrinarias de las opciones filosófico-teórico-epistemológicas siempre e inevitablemente concernidas en el abordaje mayor de la temática jurídica. De donde también se desprende cuánto resulta imperativa para el Derecho la recuperación de la Filosofía del Derecho. || Asimismo, desde una epistemología crítica antropológica y psicoanalítica, *ve.*: Lic. MONALDI y Lic. SABANÉS, Julieta (s.f.). *Sobre el segundo nacimiento*, en www.bahiamasotta.com.ar/textos/3b15.doc; FOA TORRES, Jorge Gabriel (s.f.). *Epistemología de la ciencia jurídica: ¿dialectizar la dogmática?*, X Congreso Nacional de Sociología Jurídica. FOA TORRES, Jorge Gabriel (s.f.). *Subjetivación jurídica de la naturaleza y fantasma normativo. Elementos para una crítica lacaniana*; ambas publicaciones accesibles en la red, actualmente, en Astrolabio, revistas.unc.edu.ar No 7, 2011, CONICET, Centro de investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC).

29. *Deuteronomio 6:4. Shemá Israel* (hebreo, שְׁמַע יִשְׂרָאֵל, “*Escucha, Israel!*”, concordante con *Marcos 12.29*) son las primeras palabras y el nombre de una de las principales **plegarias** de la religión **judía**. (Se recita dos veces por día, en la madrugada y al atardecer.) | La que demanda la escucha es la voz del Altísimo a “su pueblo”: escuchar, como en nuestra habla corriente, significa oír y, a la vez, ‘*hacer caso*’, *obedecer*; v.g.: “*no me escuchó*” significa ‘*no me oyó*’, o ‘*no me hizo caso*’ –i.e.: *no obedeció*–, o ambos; y lo que hay que escuchar es, obviamente, la (P)alabra. || Toda enunciación es un vocativo, un llamado (*in ius te voco* –D.2.4.1), que implica la capacidad de responder (=responsabilidad*): obedecer o interpretar –pero sabemos que obediencia (literalidad) es también interpretación –*ve.*: *infra § 17, in fine*. || Ya en *Génesis 1.28*, el *mito* (relato) cosmogónico y cosmológico alcanza su culmen con la creación del *ente sintiente*, capaz de *sentir* –y saber que siente–, capaz de *escuchar* al Creador (“macho y hembra los ha creado”) –que así *se inventa* interlocutores–: en *Gén. 1.27* **los** crea y en *1.28* **les** habla, **les** dirige (S)u (P)alabra directamente a ambos –constituyendo así el primero de todos los diálogos. De modo que hombre (humanidad) y diálogo (dialogicidad) advienen juntos al Universo (el habla y la escucha se constituyen una a otra, una con otra); el Ser queda signado, inherido a la dinámica del *logos*, del sentido; el relato (μῦθος –*ve. supra (20), infra (45)*) se ha echado a andar. || En Heráclito *logos* es la unidad mayor de la **realidad**, **Lo real** mismo, que pide ‘*sea escuchado*’: “*No a mí, sino habiendo escuchado al logos, es sabio decir junto a él que todo es uno.*” –*Filósofos presocráticos*, (1996), Barcelona, Altaya, p. 136. | *Logos*, diálogo, sentido, consciencia, viviente

“Para exponer un problema, y hacer las primeras propuestas para solucionarlo, se debe escuchar al interlocutor para obtener más información, y hacer preguntas, aclarando así cualquier duda.”³⁰ Podríamos seguir invocando ejemplos y autoridades, mas lo que queremos ilustrar y dejar establecido es que esta modalidad metódica de conocimiento se caracteriza por la presentación de una interrogante que necesita y reclama respuesta, como acaece cuando se postulan, por ejemplo, dos premisas contradictorias, contrapuestas. La necesidad de respuesta a una pregunta viene dada inexorablemente por el *logos* (razón; sentido = significado y dirección) del propio lenguaje, y es consustancial a la estructura del ser y el saber humanos; está en su específico sustrato. O callaríamos –y no lo hacemos–.³¹

[El tema del sentido, correlativo al ser, puede resumirse como sigue: la sola existencia del lenguaje inarticulado y la perenne continuidad del habla, lo cual equivale a decir la existencia del hombre (**animal parlopensante**), brindan plena prueba de la existencia del **sentido** y de la pulsión de conocerlo y crearlo. *Ergo*: el **sentido** existe,

reflexión del Ser. | ¿Y cómo no asociar *reflexión, reflejo, espejo, spaeculum, imagen y semejanza...*? | Y tan luego: “*Videmus nunc per speculum in aenigmate*” –Corintios I. 13.12, –Nicolás de Cusa, *infra* (116). | En ese enigma, en ese *crepúsculo* (ocaso y orto), en esa ambigüedad se inscribe *el puesto del hombre en el Cosmos*, sujeto no a la *ley de la causalidad* –como el mar y las estrellas– sino a la más honda *ley de la responsabilidad* –*ley del lenguaje*–, mandado a *responder*. –*Vid.* ABRIL, G., ‘*La palabra...*’, *op. cit.* (19); RITVO, J. *Deseo de Ley, La densidad vocativa de la imposibilidad de la Ley*, T. I, p.207, –*supra* (5). | –MAUSS, Marcel (2009), *Ensayo sobre el don : forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*, Buenos Aires-Madrid, Katz Barpal Editores S.L. [*Responder, respuesta, responsable: etim.: ‘re’: reforzador: ‘de vuelta’, ‘otra vez’, indicativo de la circulación de lo que lleva la palabra + *spondere*: lo que se pone por delante: ‘promesa’ formal, religiosa, sacra –ej.: *esposo* en *esponsal*–; griego *σπενδω spendein*: libación, voto bajo sanción de los dioses.]

30. <http://es.wikipedia.org/wiki/Problema>. || Sobre la ‘problemática jurídica’, además de la bibliografía citada sobre dialéctica, puede consultarse: WOLF, Eric (1962). *El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires; LLAMBIAS DE AZEVEDO, Juan (1957). *Eidética y Aporética del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot. | | La diosa Atenea, **escucha** a las partes –dioses y hombres– en el Areópago de Atenas al tiempo de fundar el derecho y el proceso, establecer el poder dialéctico de la palabra para romper el circuito interminable del crimen y la venganza. La escena es presentada por Esquilo en *Las Euménides*, en ocasión del juicio contra Orestes. La intervención y la decisión de la diosa marcan tanto la preeminencia de la *frónesis* (Φρόνησις *phrónesis* aristotélica –*prouidentia romana*– *recta ratio agibilium* escolástica) en el saber jurídico (sabiduría práctica) como el consecuente origen superior (divino) de la ‘presunción de inocencia’ (el *favor rei* que la Modernidad atribuye al Iluminismo). François Ost describe y analiza en profundidad los elementos en juego en esta “*invención de la justicia*”. OST, *El tiempo...*, (5), pp. 114 s. DETIENNE, Marcel, VERNANT, J-P. (1993). «*Les ruses de l’intelligence : La mêtis des Grecs*», Paris, Ed. Flammarion, collection Champs, pp. 107, 175/177: *Ἀθήνη γλαυκ ὀπις Athēnē Atenea glaucopi*, ‘de ojos brillantes, penetrantes’ de donde ‘el ave de Minerva’ ‘lechuza’, *γλαύξ glaux*. El conocimiento de la verdad de la justicia –*vid.*: *infra* (99) et *supra* (4). || La importancia del ‘preguntar bien’, como camino hacia la sabiduría la ilustra con buen humor la anécdota, real o legendaria, referida al niño Albert Einstein a quien, vuelto de la escuela, su madre no inquiere: “¿qué te enseñaron hoy en clase...? –sino– ¿qué preguntaste hoy en clase...?”.

31. (*Vid. supra* (6)). Y en efecto –salvo el eremita, que dialoga en silencio, que se sujeta a silencio para desaprender y reaprender, ante todo, la escucha–, ¡nadie se calla!; ni los que maldicen la palabra (con palabras) ni quienes niegan el sentido de la palabra: su propio hablar es su refutación; al igual que le ocurre, en última instancia, a la afirmación del **absurdo** (**sin sentido, no sense**) en lenguaje **sensato**, muy a pesar de los grandes autores y artistas del **nihilismo** y del **absurdo** (Dostoyevsky, Nietzsche, Kafka, Becket, Ionesco, Jarry, Artaud, Pirandello); por algo una de sus más elevadas eminencias dejó escrito que “*El suicidio es el único problema filosófico verdaderamente serio*” (CAMUS, Albert (s.f.). *El mito de Sísifo*, *vid. infra* (114), (122). Albert Camus –1913-1960–, autor de *Calígula*, *El hombre rebelde*, *El extranjero*, *La peste*, etc., fue asesinado por el KGB soviético). | Quizá nadie haya llegado más lejos que Kafka en el minucioso tránsito narrativo del ‘sinsentido’, del *nonsense*; mas el mismo anotó en su *Diario*: “*Pereat mundus, fiat fabula!*”, y escribió infatigablemente una literatura que marcó su siglo y ha sido un ingente manantial de reflexión. Kafka pudo cuestionar la ‘Ley’ más que nadie –o como un moderno Job–, y proponer incógnitas abisales sujeto a la ley del lenguaje. Pulsión y pregnancia de sentido son correlativas y consustanciales a la palabra, al lenguaje: he ahí una evidencia de sentido intraspasable, aun para Kafka.

y si existe, es bueno (como la sombra a la claridad, lo malo es el sinsentido, que se **aclara** para bien ver o bien entender), y lo bueno incluye lo justo; así de claro; mas un buen lote de doctrinas actuales no superarían esta prueba: son **insensatas**.]

Ha de cuidarse en grado sumo que la interrogante (cuestión, pregunta, problema) se formule con el mayor acierto y precisión. Si la calidad de la pregunta no fuere suficientemente certera o se advirtiere defectuosa, necesariamente deberá completarse, corregirse, enmendarse durante el recorrido dialéctico que sigue, so pena de complicar u ocluir una respuesta valedera o satisfactoria.

Según Th. Viehweg:

*Para nuestro fin puede llamarse problema –esta definición basta– a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución.*³²

(Tomás de Aquino había dicho: «A la ciencia de la verdad pertenece aceptar uno de los contrarios y rechazar el otro.»; lo cual no le impide –tampoco a Aristóteles– asumir las inevitables antinomias emergentes.)³³

En este camino sinuoso, movedizo, carente de bases firmes, el mayor inconveniente consiste en la eventualidad de no llegar a destino. Y el mayor mérito –racional y lógico, no solo moral– está incorporado al intento, que se identifica con lo mejor de la condición humana, la exigibilidad en la indigencia³⁴: la aspiración a lo más..., el

32. VIEHWEG, Theodor (2007). *Tópica y Jurisprudencia*, Traducción Luis Díez Picazo, Navarra, Ed. Thomson-Civitas, p. 57. | “El punto más importante en el examen de la tónica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema. [... Ahora bien:] Todo problema objetivo y concreto provoca una serie de suscitaciones que se denomina tónica o arte de la invención...” “Cada problema tiene que tomarse como una articulación del problema básico de la justicia, para que toda la problemática no sea algo sin sentido. Se esfuerza continuamente por encontrar argumentos para la respuesta, dando ocasión para introducir en un mismo estado de cosas puntos de vista muy diferentes. Es, como se ve, lo contrario de un espíritu deductivo...” –Vid. VIEHWEG, *Tópica...* (32). pp 54 y ss. 119. | “Viehweg contrapone un modo de pensar ‘sistemático’ propio de la modernidad, con un modo de pensar ‘tópico-aporético’, propio, de acuerdo con su exposición, de la jurisprudencia romana y del mos italicus donde importaba menos la invención de reglas y más el descubrimiento de soluciones apropiadas para casos concretos”. Ve.: PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo (2008). *Historia general del derecho*, México, Oxford Univ. Press, p. 56.

33. Antinomias que serán tratadas dialécticamente, pues aun la ‘naturaleza humana’ es “variable” —v.g.: ST II-II, 57, 2. | Sto. Tomás de Aquino (2001). *Suma de Teología*, edición comentada, Introducción de Gregorio Celada Luengo O.P., Madrid, Ed. BAC, p. 17. || *Suma contra gentiles*, Libro I, Capítulo 1, que puede consultarse, por ejemplo, en: <http://clubensayos.com/Filosof%C3%ADa/Suma-Contra-Los-Gentiles/181799.html>.

34. PIEPPER, Josef. (1980). *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, p. 513. | FRANKL, Viktor (1984). *El hombre doliente*. Barcelona, ed. Herder: “Lo más profundo del hombre no es el deseo de poder ni el deseo de placer sino el deseo de sentido” (*Wille zum Sinn – Sinnfrage*: la voluntad de sentido, la cuestión y la búsqueda del sentido); || Vid.: “*Gottsuche und Sinnfrage*”, Güterlüher Verlagshaus– 2005: LAPIDES, Pinchas and FRANKL, Viktor E.). || Vid. cita de Llambías de Azevedo, J., *supra* (24). || El lenguaje humano se yuxtapone a la realidad de la consciencia, que es *logos*, que lo es del *logos*; el lenguaje (lengua y habla) es evidencia de razón y de sentido: lo presupone. El hombre es un animal metafísico porque es escuchante y parlante y, por ende, su universo es simbólico –no materia inerte, sino significativa, **marcada por el lenguaje** en cuanto realidad inmaterial, incorpórea, metafísica y significadora. Y evidente–. De esa manera es que se dice: **todo está en la palabra**; ¿por qué y para qué hablamos?: porque hablar tiene sentido.*Sentido: finalidad: valor. ¿Y qué es en última instancia el valor, lo valioso, sino la verdad, la belleza, el bien (como los que conforman la justicia), y su presupuesto vital: el amor? –Freud insiste (*El malestar en la cultura*, 1930) en que el deseo de felicidad está presente en toda búsqueda humana, cuyos caminos se reducen a esa condición que sólo los poetas saben enunciar y que lleva el nombre de amor: ve.: GURMAN, *Deseo de...* (5), T. II, p. 102. (vid. *supra* (5), (18), (20), (23), (27), (30), (43) et al.) [*La

hambre de sentido instalada, por definición, en el espíritu del hombre. Búsqueda de la verdad, construcción de la verdad; libertad de la razón y razón de la libertad.

La realidad muestra que de tales premisas interrogativas y cambiantes y de tales respuestas provisorias y continuamente perfectibles está compuesta la urdimbre del saber y del quehacer humano sobre la tierra. (Y, en medio de ellos, el derecho: disciplina del conocimiento de lo bueno y de lo justo –D. 1.1.1)

Riesgos y acechanzas de muy variada índole apremian a esta metodología. Sin embargo ella, mal que bien, se practica constantemente y constantemente alcanza resultados efectivos –por más que implícita o explícitamente superables–.

La obtención de un resultado, aunque fuere parcial, aunque solo alcanzare el estado de **lo menos incierto posible**, (como de **lo menos malo**, o de **lo menos injusto**), suele postularse como finalidad del ejercicio dialéctico: pues aun rebajar un poquito la ignorancia es un modo de aumentar el saber. Se obtiene una conclusión que mañana puede ser refutada, pero que refleja hasta dónde se ha llegado hoy. Un grado, un punto de verdad rebatible, esta conclusión presente bien podrá establecer una futura premisa interrogativa. A la manera de la escolástica medieval, la **conclusión** determinada por la **autoridad** del maestro no sobrepasa la condición del más relativo de los argumentos.³⁵

III.– Praxis y vocabulario –Consideraciones y precisiones sobre la terminología –y referencia general al carácter de las notas al pie–. Descripción y examen de la puesta en práctica del método. [§§ 8 a 11 –notas 35 a 76]

8. Efectuada la precedente introducción general y señalado su centro temático, pondremos a punto unas pocas prevenciones de rigor, para la mejor comprensión del planteamiento.

En este ensayo se emplean algunos términos de variada significación en el habla y la literatura de la materia, cuya caracterización semántica conviene aclarar y precisar en función del contexto.

Es menester, entonces, consignar que se procura conceder o restituir al vocabulario central de la exposición las significaciones primigenias, en cuanto las mismas se consideran las más ricas y valiosas para la mejor comprensión del fenómeno jurídico, tal y como aquí se postula su verdad, de conformidad con la más aquilatada doctrina en la materia –según se consigna oportunamente en el propio texto, o por nota anexa–.

No se utiliza, pues, en esta presentación, el término **derecho** en la (parcial, si no errónea) acepción corriente del denominado ‘derecho objetivo’, en cuanto entendido como ‘conjunto de normas’, conformadoras de un determinado ‘sistema’ u ‘ordenamiento’ jurídico. Tampoco se alude al **derecho** en sentido **subjetivo**, de atributos, poderes o facultades de las personas.

Por lo tanto –y sin perjuicio de las diversas apreciaciones que se explicitan y desa-

expresión ‘No tiene sentido’, tiene sentido. El sentido es inevitable, no hay modo de salirse de él; y lo demuestran muy bien quienes pretenden renegar de él; como lo resume la antedicha connotada frasecita.]

35. *Locus ab autoritae infirmissimus*. Boecio (Boetius 480–525, ‘último romano, primer **escolástico**’) *Supra Topica Ciceronis*, l. 6, retomado por Sto. Tomás de Aquino desde el principio de la *Summa Theologiae*, I-I, q.I a. 8, ad. 2.

rollan a lo largo del texto— **derecho** menciona aquí, primeramente, el objeto mismo de la justicia —relación interhumana— en el plano de su realidad óntico-ontológica, *id est: lo justo* (*ipsa res iusta*), la misma cosa justa, ente de la realidad, que Aristóteles denomina *to dikaion*, y los prudentes romanos y Sto. Tomás llaman *jus* o *justum*. Lo que en la viva práctica del derecho es el objeto de conocimiento y determinación por vía de la ley, y muy ostensiblemente en el *proceso judicial*: la situación justa, la posición justa, el reparto justo de las cosas externas (bienes y cargas) entre los hombres. *Id quod iustum est*, marca el *Digesto*: **eso que es lo justo**.³⁶

En segundo lugar, el término **derecho** aparece referido o abarca el conjunto de las disciplinas intelectuales implicadas en su conocimiento³⁷ —arte, o ciencia en sentido

36. Tal y como mejor se define el *jus* romano, esa justicia que impregna y fundamenta el derecho en sentido objetivo y subjetivo, **lo justo** en el sentido más radical —siempre y a lo menos como propensión (tensión hacia) irrenunciable—. En el derecho natural **clásico** o realismo **clásico**, *ius* designa esa **cosa** de la relación interhumana de repartición que es lo justo en esa relación de reparto. El derecho natural clásico o realismo **clásico** es muy distinto y distante tanto del denominado “*derecho natural* (moderno)”, característico de la modernidad histórica, como de los llamados “*realismos*” contemporáneos. || El realismo clásico parte de la base natural o realista* (sendos calificativos resultan equivalentes en este ensayo —que procura ceñirse al vocabulario clásico—) de que las cosas exteriores (*res externae*) están repartidas y repartiéndose continuamente; la óptica de observación y/o la función del derecho consiste en que esa continua repartición se realice con justicia, *id est*, descubriendo, reconociendo, determinando y atribuyendo a cada quien lo que es suyo o le corresponde **adecuadamente** (el último adverbio —pleonástico en la *mens* romana— complace a Perelman —*vid. infra* (60)). || El conjunto del ‘orden jurídico’ procedente del Estado de Derecho, *i.e.*: tercero garante legítimo y legitimante de una legalidad y una idea de justicia compartida por los miembros de una sociedad (‘triángulo ético constitutivo de la intersubjetividad institucionalizada’, que juzga (conoce y dice) **la verdad** sobre qué es **lo justo** —*Invenire et dicere per veritas et ius*— podría designarse Derecho (objetivo —**D** mayúscula) a diferencia de los derechos subjetivos (**d** minúscula); esta era la práctica de estilo, hasta que la eclosión de proposiciones doctrinarias tornó difuso el significado de los vocablos. | Así delimitadas las acepciones, se comprende mejor el 4º *mandamiento* del *Decálogo* de Eduardo J. Couture: “**Procura la justicia**: Tu deber es luchar por el derecho; pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia.” [Respecto de la imbricación de los vocablos y conceptos: ‘palabra’, ‘cosa’, ‘realidad’: *vid. supra* (15). | OST, *Kafka*... (28), p. 3; OST, *El reflejo*... (28), p. 335.]

37. Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, II-II, Q. 57 art. 1. || Aristóteles, “*Tópica*”, I, 10, 104 a, 8: “*Ahora bien, esta causa se aborda desde distintos tópicos comunes o específicos jurídicos aceptados por todo el mundo, o por la mayoría, o por los sabios, o por los más prestigiosos de éstos.*” (que en el ámbito jurídico son los juristas —*iuris prudentes*). || De acuerdo a lo mentado al inicio (**Ordinal II** de este trabajo y sus notas respectivas), digamos que hasta su *invención* por obra de los juristas de Roma el derecho ‘*no existía*’, *rectius*: no existía como disciplina, ciencia y técnica de conocimiento, esa materia autónoma que hoy da nombre a las Facultades respectivas. SCHIAVONE, A. *op. cit.* (7), p. 74, pássim, VILLEY, M. (1981) « Signification philosophique du droit romain », *Archives de philosophie du droit* —APD— t. 26 [p. 381-392]; *et vid. infra* (70). | Por supuesto, que el derecho (*lo justo*) existe siempre en cuanto *dimensión* humano-existencial permanente (COTTA, Sergio, (1987): *El derecho en la existencia humana*, Navarra, Eunsa, y *ve.*: ¿Qué es el derecho? (2000), Madrid, ed. Rialp, p. 35), intrínseca a las relaciones sociales. | Y muy especialmente cuando en su seno existe cierto grado intermedio de cohesión, o de *philia*, *id est*: ni poco ni demasiado, pues, como enseña Aristóteles, la *dimensión* o *relación jurídica* no se reifica en las relaciones muy distantes ni en las muy próximas o íntimas. Por ejemplo, en lo intrafamiliar, la intensidad de la *philia* (φιλία, vínculo afectivo) hace que puedan predominar otras dimensiones de relación, como el amor, el respeto, el cuidado, la devoción; a su vez, del otro lado, entre grupos extraños, extranjeros, tampoco suele prevalecer el vínculo jurídico, como lo demuestran cada día las relaciones internacionales, en que la actuación del derecho se ve coartada, limitada o imposibilitada, pues predominan la fuerza y los intereses.) || El derecho, *lo justo* como cosa o entidad natural, no puede no existir porque, realizada o no, es una *dimensión* (de sentido), cierta y permanente, de lo interhumano (social). Lo que ‘*no existía*’ —antes de la jurisprudencia romana— era, entonces, una definición rigurosa y autónoma. Pues lo ‘jurídico’, desvelado y nombrado por Aristóteles mediante el adjetivo neutro sustantivado *to dikaion* = ‘*lo justo*’, ni siquiera tenía nombre propio, y se mezclaba con lo moral, lo religioso, lo político) ni había la disciplina específica, un *ars iuris*, para indicar qué cosa corresponde a cada quién. Esta disciplina la fueron descubriendo y creando, hasta *ontologizarla* —*infra* (70)—, hacerla realidad, los jurisprudentes romanos; y lo hicieron valiéndose de la dialéctica y sus recursos accesorios. En el correr de los siglos últimos de la República y primeros del Principado —período histórico ejemplar* en cuanto balance y ensamblaje institucional de fuerzas sociales y políticas— nacieron y crecieron el lenguaje, los conceptos, las técnicas del derecho, y se con-

lato (saber serio, organizado, objetivo, racionalmente controlable) en cuanto el derecho—; en la primera acepción indicada, a nuestro juicio, no es objeto de ‘ciencia’ en sentido restrictivo, moderno.³⁸

También delimitaremos los núcleos y alcances semánticos de los términos **dialéctica, argumentación, tópica y retórica**, cotejados someramente con el uso que de

solidó la elaboración intelectual, proyectada en la sociedad como medio específico de *conocimiento y realización de la justicia*, en sentido jurídico—valga el pleonasma, que usamos para distinguirla del sentido moral, religioso, místico, económico, político. El grado intermedio de *philia* característico de la antigua ciudad-estado fue el ámbito propicio para la *invención* del derecho. (*vid. infra* (71)) *En medio de los cuales advino la idealizada como “... época más feliz de la historia de la humanidad...”, los “cinco emperadores buenos”, cuando la llamada ‘Dinastía Antonina’, *apud*: Niccoló Macchiavello, retomado por Edward Gibbon, *vid. infra* (47).

38. *Digesto* 1.1.6; *Suma Teológica* -T. de Aquino: II-II, 57, I, ad. I.|| No resulta apropiado ni favorable para el derecho que se lo ubique artificialmente en ese punto de mira y consideración del orden de las ciencias empíricas, lo cual se suele efectuar por inercia u oportunismo, merced al influjo predominante—prestigio sociocultural, y ‘mágico’— que apareja modernamente todo lo rotulado como científico o tecnocientífico (BLOCK DE BEHAR, Lisa (1973). *El lenguaje de la publicidad*, México-Buenos Aires, ed. Siglo XXI); las modas intelectuales no son menos impositivas que las indumentarias. | Parece una obviedad que el objeto observación debe determinar el instrumental de examen y no a la inversa. Empero, ese error fatal ha afectado (y sigue) la definición y, por lo mismo, el conocimiento de nuestra disciplina. ¿Por qué está tan pesadamente instalada la errónea identificación del derecho con las normas, que están a su servicio, que son medio de expresión, medio del derecho, instrumento del derecho? (Instalada esa confusión de base del derecho con sus medios, no debe extrañar que luego se identifique el derecho con la fuerza de aplicación (‘normas de mando’—OST, *El tiempo...* (7), p. 73); así, de instrumento en instrumento, de confusión en confusión, el derecho acaba por identificarse con la ‘violencia legítima’, la policía, si no con la llave que cierra el calabozo, *sic.*) Ocurrió que en el afán por dotar a la ciencia del derecho de un objeto parejo al de otras; se optó por el que se creyó más visible y material, el derecho positivo, las normas jurídicas—identificadas con las emitidas por el poder de turno— [Cf. *infra* (73) y (101).] (Aunque luego ocurrió el ‘descubrimiento’ de que la materia que componía las normas era el lenguaje, con lo cual el objeto escogido reconduce al investigador al punto de partida. La ‘textura abierta’ (del derecho positivo: expresión inscrita, ‘*instancia de la letra*’), ¿es o está abierta a qué? Obvia y directamente a la semántica gramatical, como cualquier enunciación, y, ante todo, hacia el derecho natural, a la realidad del derecho natural—lo justo en el caso—, que orienta el sentido de la interpretación para que esta no se pierda en el infinito. || El Derecho puede considerarse ciencia en sentido amplio, en cuanto estudio extenso e intenso, un conocimiento serio, ordenado, analítico, consecutivo, organizado racionalmente, y racionalmente examinable y contrastable. Esta ciencia es la que señala y califica los hechos, actos o entidades jurídicas. Si se reduce el conocimiento de lo jurídico a los designados, desde otros puntos de vista, como ‘hechos empíricos’, ‘desnudos’ o ‘brutos’ (SEARLE, John), a las cosas ‘tal como suceden’—como si hubiera semejantes adesios ontológicos en el mundo de las relaciones interhumanas, y la razón humana no interviniese en su creación y diseño y evaluación, o, cuanto menos, en su elección/designación (optando por algunos dentro de la incommensurable masa de hechos)—. | Los ‘hechos desnudos’ deben considerarse como lo que sí son: simples selecciones, constructos humanos, herramientas, a los que de ninguna manera se puede otorgar preeminencia epistemológica. | La filosofía es la guía del pensamiento racional, y no la ciencia en sentido restrictivo. La filosofía ve y escucha mucho, incomparablemente más, que la ciencia moderna; la filosofía tiene ojos y oídos para la belleza, la bondad, la poesía, la justicia, la verdad y el misterio. Y, al modo de la poesía, la teología, o la intuición, demuestra una resistencia invencible a la ‘falsación’ (STEIN, *El Derecho romano...* (3), p. 29). || No hemos de profundizar en esta ocasión acerca del estatuto **científico** o no del Derecho—pues más que su estatuto formal o académico nos interesan la pertinencia, calidad y los frutos del método jurídico. || Vale consignar que Pierre Legendre—el sabio que ha penetrado en la ontología jurídica provisto del más fino y actual instrumental de análisis, se maneja con otros horizontes y unas coordenadas más ricas y complejas— así escribe, por ejemplo: «*Reducir lo científico a la representación que de ello brindan las ciencias de tipo experimental o del tipo de objetivación donde se encierran a veces las ciencias llamadas sociales y humanas actuales, es ignorar el fenómeno jurídico y sus fundamentos de representación, reducirlo a algún formalismo social, anular la noción de processus* [NA, *vid. supra* (6) *in fine*] *definida por los romanos, tan importante para captar la idea clásica de un progreso del derecho gracias a sus intérpretes. La ciencia del Derecho es, para empezar, ciencia del Garante del Texto, ciencia del Tercero y de la Referencia, de la cual toda casuística es sierva. Ahora bien, la secularización del montaje del Tercero garante ha hecho perder de vista que los Estados modernos ocupan míticamente el lugar del Creador, por el solo hecho de que ellos garantizan la reproducción de las imágenes, dicho de otro modo, los fundamentos de la identidad.*» LEGENDRE, Pierre, (1992). *Les enfants du Texte*, Paris, Fayard, Reéd. 2011, p. 217, (et *vid. supra* (25), *infra* (57), (73), (85)).

ellos hacen algunos de los autores recientes, destacados en estos temas.³⁹

En el aspecto semántico de nuestro vocabulario, los propósitos o finalidades de las predichas voces difieren, ante todo, porque la **dialéctica** no trabaja en defensa de una posición, sino que aspira a acercarse –por vía ascendente, a partir de las opiniones de un grupo escogido– a la verdad *per se*, desinteresada, propia de un conocimiento verdadero. En el trabajo dialéctico, todos y cada uno de los participantes han de asumir la restrictiva parcialidad de su aprehensión del objeto de investigación y la imperiosa necesidad de los enfoques ajenos.

Conviene despejar, desde ya, que no son lo mismo el diálogo y la dialéctica filosófica encaminados a la búsqueda de la verdad, sola y desinteresadamente y el diálogo y la dialéctica practicados por quienes profesan ciertos intereses particulares, como las partes en el proceso judicial.^{40 41} Como sea, una y otra configuran modalidades

39. Pero con una salvedad: consideramos que dichas técnicas son todas subsidiarias del **saber jurídico** –en el sentido de *jurisprudentia* –*vid.* (130/1). No nos parece admisible que en nuestras facultades se presenten bajo rúbricas independientes –v.g.: hoy se habla de una **Teoría de la Argumentación Jurídica**, así como de una **Teoría de la Justicia**– como si fuera acertado o o provechoso considerarlas desprendidas de una plataforma común. No negamos sus desarrollos propios pero, al igual que en las artes médicas, la proliferación de especialidades, ese incesante “*saber cada vez más sobre cada vez menos*”, deriva en el enfoque parcializado que ya no mira ni ve el centro de todo el asunto médico: el paciente, el ser humano enfermo que quiere sanarse. Una filosofía adecuada debe salvaguardarnos a cada paso: el realismo jurídico clásico se atiene a su propósito. La reasunción de la dialéctica jurídica en todas sus proyecciones se identifica con la reivindicación a pleno de esa misma filosofía del derecho.

40. Al respecto, VILLEY, *Philosophie du...* (13): “*Pues aunque los fines prácticos nos separan, la búsqueda de la verdad es un fin común, un campo de encuentro entre partícipes, que inicialmente poseen opiniones diversas, pero que convendrán en ponerse de acuerdo, una vez que hayan obtenido sobre la cosa una visión más amplia y reconciliadora. Para superar el conflicto, para resolverlo, el jurista ha de transportarse (provisionalmente) al plano de la investigación desinteresada.*”. A su vez, ha escrito un egregio procesalista italiano: “*Diriase que para un magistrado es más difícil mantener su independencia en tiempos de libertad que en tiempos de justicia. En régimen de tiranía el juez, si está dispuesto a ceder, lo hace en una sola dirección. La elección es simple, servilismo o conciencia. Pero en tiempos de libertad, cuando distintas corrientes políticas soplan en todos los lados, el juez se encuentra expuesto como el árbol en la cumbre de la montaña. Si el tallo no es sólido, corre el riesgo de inclinarse al soplo de cada uno de los vientos*” (CALAMANDREI, Piero (2009). *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Madrid, Ed. Reus, p. 68) | Similares consideraciones inspira el proceso legislativo, en las que la dialéctica básica del sistema suele aparecer contaminada por la retórica de intereses no generales y aun por mecanismos menos sutiles: enfrentamientos partidarios, presión de los *lobbies*, peso de las diversas corporaciones, vaivenes de lo que se considera opinión dominante. Sin embargo, más nos vale que haya parlamentos libres. | En cuanto a los tribunales de justicia, en nuestro país –como en todos– difícilmente puedan salir indemnes de factores de presión; pero la índole mayoritariamente privada o particular de los intereses en juego, el modo de actuación y la dignidad de sus magistrados, protegen su estatus y su valor. La imparcialidad e independencia de los jueces (el dogma de la separación de poderes) es otra demostración efectiva de la mismidad (*quididad, quidité*) y autonomía de lo jurídico, aseguramiento de que lo jurisdiccional (la potestad de decir qué es **lo justo**, cada vez, en la concreta realidad del mundo y de la vida), es algo distinto –y soberano– respecto de todo lo demás en el juego de las instituciones: del poder ‘ejecutivo’, político-gubernamental-administrativo, y del poder ‘legislativo’, que tienen a su cargo más bien otros dominios, funciones, objetivos y finalidades en el ordenamiento de la sociedad organizada conforme a los primeros principios dogmáticos elementales del **estado de derecho**. || La verdad **institucional** (en la línea de Maurice Hauriou y Santi Romano) de la **dialéctica** es recabada por François Ost, que cita a Charles Taylor: “*Lo que hace la unidad es aquello sobre lo que se disputa, es el centro de la controversia*” (OST, *El tiempo... op cit.* (7), p. 195, *et passim.*). || Para un enfoque actual del enfoque institucional del derecho desde la teoría del derecho; ve., por.ej., en nuestro medio: SARLO, Óscar (2009). “Política pública en materia institucional”, semanario *VOCES*, 6 de agosto de 2009; SARLO, Óscar (2003). “Instituciones y desarrollo: hacia un nuevo relacionamiento entre ética y derecho” (Seminario BID); SARLO, Óscar (2011). “Ciencia de la Legislación y Gobernanza política”, -compilado por Antonio A. Martino, Edición al cuidado de Óscar Sarlo, Montevideo, FCU –Fundación de Cultura Universitaria; SARLO, Óscar (s.f.) “Epistemología –Concepto Institucional del Derecho”, www.filder-udelar.com.

41. STEINER, *Gramáticas de la...* (20), pp.28, 29 ss. *Et vid. Infra* (79). San Alberto Magno, amigo y maestro de Sto. Tomás de Aquino, en su opus sobre el *Politicorum* Libro VIII (un estudio sobre la Política de Aristóteles) expresa, con referencia al arte del diálogo cooperativo: *in dulcedine societatis quaerere veritatem*, vale traducir, la búsqueda

de búsqueda de la verdad; y la segunda es, en Occidente, la forma de establecer oficialmente una verdad que ha de tenerse por compartida y aceptada; aun coercible, vinculante: la verdad jurídica de un fallo inapelable. Modo racional de establecer un límite tangible, un estatus, al circuito sin término de la palabra: la institucionalidad, continente y sostén del único ser capaz de conocer la libertad, el justo medio entre la inercia y el frenesí.⁴²

9. Dialéctica, argumentación, retórica, tópica. (Hermenéutica). Antes de abordar, escuchando a sus voceros, el estado actual del asunto, y para situar en la línea del tiempo la reconsideración del ‘arte del diálogo’, resulta pertinente señalar que, a temprana contracorriente –mediados del siglo XVIII– Giambattista Vico restablece los vínculos de la retórica con la filosofía y el derecho. (Y que, como en la actualidad, el alcance de los significados de estos términos resulta, a la vez, diverso y próximo.)

Vico⁴³ –como Montesquieu y luego von Humboldt, Comte, Darwin, cada cual a su modo– en el plano de las ciencias, y juristas alemanes tales como von Savigny y Ihering –a diferencia de otros pensadores de la modernidad, contemporáneos o sucesores, volcados al racionalismo empirista o idealista–, se maneja con mayor variedad y riqueza de elementos; es así que lo real, en sentido integral o **cósmico**, no resulta soslayado sino que enmarca y centraliza su atención, una atención que no deja de ser crítica y evaluativa (humana) al observar los hechos.

Es importante que se advierta que no es casual cómo el apego o el interés por la realidad aparece conjuntamente con el resalte del arte del diálogo.⁴⁴

de la verdad en la dulzura de la comunidad <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2053491>.| “Hay una lógica profunda que enlaza el **logos** y la **polis** en la antropología aristotélica. En ella se hallan vinculados, con un enlace esencial, las nociones de *homo loquens* y de *zoon politikón*, animal parlante y animal político: se podría decir que son casi sinónimas. La casa y la ciudad son los *ethos*, los ámbitos de la relación humana esencial, y el hombre es un ser social por naturaleza: él solo no va a ningún sitio. Pero para el hombre convivir es hablar, compartir y contrastar con los demás ideas acerca de lo que realmente nos importa.” –BARRIO MAESTRE, José María, *La corrupción...* (16), p. 36. || Compárese con las célebres metáforas forenses de la escuela francesa posterior: la **imagen** guerrera de que la ‘acción’ es “*le droit casqué et armé en guerre*”, y su réplica en el dístico, no menos gráfico, de que la ‘excepción’ es el derecho «*qui a perdu l’épée mais le bouclier lui reste*». || Los estudiosos de las estructuras profundas del lenguaje llevan más lejos las cosas. Por ejemplo, nos invitan a revisar nuestros hábitos mentales; en efecto: ¿por qué asimilar y reducir a una metáfora bélica lo que bien podría ser una metáfora de la danza, modelo cooperativo en lugar de modelo confrontativo? *Ver.*: LAKOFF, George y JOHNSON, Mark (1980). *Metaphors We Live By*, Chicago, Chicago University Press, 1986; versión castellana: (1986). *Metáforas de la vida cotidiana*. Madrid, Cátedra. (*et vid.* el artículo de NUBIOLA, Jaime, indicado *supra* (28); *et vid.* referencias y cita concordantes *infra* (41).

42. “Hay un tirano que sujeta/ y otro tirano que desata.../ y entre los dos tu **predio**, libertad./ ¡Libertad, libertad,/ hazaña **prometeica**,/ en tensión angustiada y sostenida/ de equilibrio y amor!” –FELIPE, León (1971). *El hacha, Antología rota*, Buenos Aires, Losada.

43. Giambattista Vico (1668-1744). Filósofo de la Historia (poeta, jurista). Entre sus numerosas obras destaca *Principi d’una scienza nuova d’intorno alla comune natura delle nazioni* (*Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*, Nápoles 1725). Empero, ha sido un autor en parte preterido por el pensamiento jurídico. Pierre Legendre subraya ese ‘olvido’ (v.g.: LEGENDRE, *Leçons VI, Les enfants...* (38), pp. 95, 251. || SCHIAVONE, *Ius. La invención...* (7), p.150, lo refiere con destaque. || Y nosotros lo citamos, además, por su reveladora y directa referencia a nuestro tema.

44. Y se desvanece sin el diálogo. || Respecto de la disputa histórica sobre el alcance del término realidad y/o naturaleza, no podemos detenernos, en este momento, a estudiar la ‘querrela de los universales’: si existen o no las ‘naturalezas segundas’, realidades tales como ‘el hombre’ o ‘la sociedad’, o si solamente los individuos o las entidades individuales tienen realidad (este perro, esta mesa), y lo demás (los conceptos universales de perro, mesa) son sólo nombres (**nominalismo**), cual abstracciones sin realidad. El **nominalismo**, negador de la realidad del derecho, acaba por reducirlo al acto de voluntad (**voluntarismo**, de Dios o del Príncipe que lo es por voluntad divina, y luego fáctica) del **poder emisor de normas**, hasta que estas, que eran consideradas como un **modo de**

Giambattista Vico, filósofo de la historia, notable jurista y poeta, recupera valiosos recursos de la tradición clásica, greco-romana y medieval. Así, atribuye a la **retórica** (que nosotros llamamos **dialéctica**) el propósito de búsqueda de la verdad, y previene que el alejamiento de esta finalidad representa un abuso; afirma que la **retórica** es una metodología para la más exacta aplicación de las palabras a las cosas, a los hechos (aun cuando se trate de cosas y hechos cuya designación puede variar por la actuación humana); señala que Aristóteles denominó *nous* –*νόος*– conocimiento, y los romanos y medievales *intellectus*, ‘intelección’ (operación de la inteligencia), al vínculo entre verdad y retórica, entre realidad y palabra, la disposición humana respecto de la verdad.

El nombre de la rosa..., los nombres de las cosas, su relación con la realidad, es un tema que ha ocupado de continuo a la filosofía. (Tomás de Aquino lo había formulado con latina precisión: *adaequatio intellectus ad rem*.⁴⁵)

expresión del derecho, llegan a considerarse como si fuesen el derecho mismo; *ergo*: subsunción del derecho a la política, con más secuela de falencias epistemológicas para el derecho. | De ahí la deriva racionalista, para tratar de someter a la razón, controlar racionalmente, a ese omnipoder ciego (*Leviathan*).|| Tampoco estudiaremos la decadencia y ruina de la dialéctica que acompaña su desviación moderna (de raíz nominalista). Consignemos entre sus causas el auge de las ciencias duras, los abusos sofisticos y los desconocimientos practicados por la **segunda escolástica** (muy ocupada por la moral y la política, y excelsa en sus avances humanistas –mas, en lo académico, propensa al uso reverencial o acrítico de las ‘autoridades’–, a lo que sigue la apropiación del término por otras filosofías –v.g: pensamiento solitario o solipsista; o las trasposiciones de Hegel, de Marx– y su trasiego semántico despectivo, que va desde la confusión con la **erística** (discutir como sea, para ganar) hasta la elocuencia huera, banal. (Desvíos ya severamente censurados por los *iusprudentes* romanos –*vid. infra* (137).

45. *Adaequatio intellectus ad rem* es la operación mental de conocimiento adecuado a la cosa. El realismo clásico afirma la realidad de ‘la cosa’, externa al pensamiento, y la posibilidad de su conocimiento más o menos ajustado y certero, en la **significación**, puente virtual entre el pensamiento y la cosa, corporizado –con mayor o menor ajuste– en el lenguaje (el **bien decir**, el acierto del decir que reúne lo bello y lo bueno con lo verdadero –*vid.* (26), (47), (121) et al.). | La realidad existe, y no es inaccesible al hombre: se revela y se oculta, se oculta y se revela al conocimiento humano (aunque no a todos por igual ni del mismo modo, “*Nunca se alcanza la verdad total, ni nunca se está totalmente alejado de ella*”, Aristóteles), que se encarga de descubrir, discernir, encontrar, nombrar, e inclusive de incidir, cambiar, inventar, construir, crear realidad conforme sus habilidades y limitaciones. Sobre esas bases se asienta el pensamiento aristotélico, jurisprudencial romano, tomista, y su recuperación contemporánea, *Vid. infra* (79).|| La psicología profunda dice otro tanto acerca del lenguaje. BEKERMAN, Jorge (1996). *El psicoanálisis ilustrado*, Buenos Aires, ed. Emecé, p. 148.|| En todos los casos debe comprenderse que ‘la cosa’ para el realismo clásico no es una mera materialidad sino una **significación**, conlleva *sentido i.e.: la cosa* en tanto nombrada, **la cosa** ‘en el lenguaje’, punto de encuentro posible (**en potencia**) entre el pensamiento y la realidad. | –*et vid. infra* (17). || Más: la realidad siempre es metafísica en cuanto el lenguaje –que es realidad– es un mundo de sentido, que corre agitado o pasea tranquilamente por el mundo físico, a los ojos y oídos de todos, y el sentido es algo inmaterial –incorpóreo, extrafísico, metafísico (*infra* (32) et al.) – aun cuando se halle ‘materializado’ por la palabra: materialización del pensamiento por el **signo** hablado o escrito, sintáctico, articulado. Aliento, tinta, *bytes*, no son ni sustituyen la inaprehensible significación sino que la representan. [Confundir representación y sustitución, el signo con la significación, o el signo con la cosa, metáfora y realidad, configuran modalidades del pensamiento animista, mágico, fusional, primitivo; es propio del fallo de discernimiento o de la discriminación racional, o en otra fase de las escalas de sin-Razón, con síntomas que van de la neurosis al delirio]. «*El hombre es un animal metafísico*» (SUPIOT, *Homo...* (7), p. 9, 53), [*et il...*] «*symbolise comme il respire*» (LEGENDRE, *Les enfants...* (38) y (43), p. 26). | Y téngase presente que en la tradición judeo-cristiana las verdades mayores no son una cuestión de creencia sino de conocimiento, de intelección, una operación de aprehensión por medio de la inteligencia, *vid.:* TRESMONTANT, Claude (s.f.). “De quelques malentendus philosophiques et théologiques.” *Archives de Philosophie du Droit, APD*, 38, Paris, Sirey, p. 141, accesible en <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/252.pdf>. En tal sentido el derecho (*ius*) es un objeto de conocimiento, inteligible, cognoscible || Latín *symbolum*, griego σύμβολον, συμβάλλειν, *symbolon*, *symballein*, *sym* (unión) + *ballein* (a través): lo que une, contrario (antónimo) de *diaballein*, διάβολος, *diabolos*, diablo: lo que separa, el que miente. | **Símbolo** es la forma de exteriorizar o representar una ideación, incluso abstracta, mediante la analogía o semejanza, real o imaginada, con lo significado. | “*La lengua es, por eso, símbolo. Una cosa es símbolo cuando se nos presenta como representante de otra cosa que no es presente, que no tenemos delante. Aliquid stat pro aliquo –la relación simbólica–*”

En el plano donde juegan y se oponen argumentos –*id est*: la **dialéctica** caracterizada como labor de búsqueda cooperativa y teórica de la verdad– *retórica* y *dialéctica* se muestran imbricadas⁴⁶, dado que ciertos componentes de una y otra se superponen, muy especialmente el **bien decir** (*adaequatio verba ad rem*), como la concisión (*brevisiter*) al modo de la elegancia (*elegantia iuris*) de las *regulae* halladas y formuladas por los jurisprudentes romanos y medievales⁴⁷; se consideran de mayor a menor –

ORTEGA y GASSET, *La deshumanización...* (5). || Aristóteles afirmaba que *no se piensa sin imágenes**; y simbólica es también la ciencia. El habla, la palabra, porta imágenes que portan símbolos. Sendos elementos –palabra, imagen, símbolo– configuran las más evidentes manifestaciones de la *inteligencia* *vid. supra* (5). || El universo humano es simbólico. El hombre simboliza como respira, citábamos, y el universo-cosmos es mito –*μῦθος* y *μίτος* : *mythos* y *mitos*–, relato y tejido, ese ente significativo, *logos*. El **montaje narrativo** en ausencia del cual no hay ‘Historia’ que valga. | Y las palabras son los **símbolos** más comunes. Pensamiento, realidad y lenguaje no son entidades separadas ni separables, antes bien se constituye en y por ellos un *continuum* existitivo. (Heidegger, *vid. infra* (58). | *Vid.* BERLIN, Isaiah (1992). *Árbol que crece torcido*, México, ed. Vuelta, México, pp. 175 ss. | OST, François, *El tiempo...* (6), p. 35 *pássim*. SUPLOT, Homo... (7), pp. 9 ss. || *Ni sólo con imágenes se piensa –*vid. (5) y (81)*–. “Somos un animal cuyo aliento vital es el sueño narrado, pintado, esculpido o cantado. No hay ni puede que exista, comunidad alguna en la tierra por rudimentarios que sean sus medios materiales, que carezca de música, de algún tipo artes gráficas, o de esas narraciones de la rememoración imaginaria que llamamos mito y poesía. La verdad se encuentra del lado de la ecuación y el axioma, pero se trata de una verdad menor.” –STEINER, Gramáticas... (20), pp. 264/5, et *vid. supra* (11), *infra* (112), (132).

46. Aristóteles ‘*La retórica es correlativa de la dialéctica, pues ambas versan sobre cosas que, de alguna manera, son conocidas por todos y no las delimita o incluye ninguna ciencia. Por eso todos, en algún grado, participan de ambas, ya que todos hasta cierto punto intentan inquirir o resistir a una razón, defenderse y acusar. Y de ellos unos lo hacen al azar, otros mediante el hábito que nace del ejercicio.*’ (Retórica, I, 1) | *Et vid.*: THURY CORNEJO, *Derecho y Retórica...* (16).

47. *Regulae*, brocardos, máximas, sentencias, son las joyas de expresión verbal con que los romanos marcaron a fuego de estilo el arte del derecho; la *elegantia iuris*, resurrecta en ‘jurisprudencia elegante’, versión holandesa del humanismo francés. Constituyen una especie de tópicos, que señalizan el saber jurídico; connotan la aristocracia cultural que estuvo en su origen y proyecta una senda de destino. *Vid. supra* (26). || *Elegantia*, de *eligere*: elegir, preferir, escoger; elegante es quien puede y sabe *ver* y elegir la mejor entre varias opciones –como los *providentes*– lo cual demuestra su mejor conocimiento integral de la realidad (prudentes son quienes alcanzan antes y mejor que otros la visión, la **evidencia**, lo que se ve, en el sentido de lo que se conoce bien, pues ‘salta a la vista’, es claro y manifiesto). La realidad es tan fáctica como ponderable, pues en lo real están y se presentan, a la vez, **ser y deber ser**, hechos, valores y normas entrelazados. STEIN, *El Derecho romano...* (3), p. 105; D’ORS, Á., *Derecho Privado...* (15), p. 61.: *incivile* equivale a inelegante o inconveniente. GIBBON, Edward, (1985). *Decadencia y ruina del imperio romano*, Buenos Aires, Hyspamérica Ediciones Argentina, p. 292. *Eleganti atque absoluta brevitate verborum* (AULO GELIO, *Noches áticas*, XXI, 1). Hay, pues, también una estética del derecho, del *ars iuris*, lo cual es consistente con su concepción naturalmente valorativa: verdad, justicia, belleza son realidades, aun si circunstancialmente mudables, que los hombres pueden apreciar, comprobar (y hasta medir. Wagensberg, Jorge (2007). *El gozo intelectual*, Barcelona, Tusquets), discernir, crear, ‘imitar’ (Aristóteles, *Poética*), expresar, como lo han hecho siempre por los más diversos medios. Esto alcanza desde la composición ajustada de una frase cualquiera –jurídica, coloquial, científica, poética– hasta cualquier obra generada por las ciencias, las técnicas y las artes todas, lo mismo para lo ‘dado’ que para lo ‘construido’. La magnificencia de las olas está ahí, para quien la sepa apreciar; en cambio el Digesto, La Divina Comedia, La Pietá, la Catedral de Chartres, el Don Giovanni de Mozart, hubo que construirlos. La provisoriedad, evolución, mudanza, de realidades y de juicios, no cambia la naturaleza de esta operación –y la confirma a través del tiempo y el espacio–. Imágenes, emblemas, versos, configuraciones estéticas que han acompañado en todas partes la expresión del derecho desde sus primeros vestigios, hasta hoy, v.g.: desde la piedra negra donde está esculpido el ‘Código de Hammurabi’ (Museo del Louvre) Ve reproducción fotográfica, v.g. en: http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi, o nuestros Obelisco y Palacio Legislativo, o las tapas rojas (emblema de autoridad) de los códigos, como es de estilo en todo el mundo, y lo era también en nuestro país hasta hace muy pocos años. [He ahí un hecho a observar que engarza directamente con el lema del Coloquio *Deseo de Ley*, que mencionamos, nota (5), et al.]. El Derecho, como la Razón –se expresa por imágenes antes que por palabras, desde la fundante *imago Dei* (LEGENDRE, *Les enfants...*, (36), p. 213 ss.) a la silla curul, toga, vara, balanza, festuca, tarima del tribunal, palacio– *Vid.* Sampaio, *O justo e o bello, ob. cit.* (138). || El Derecho, como toda realidad natural es efectiva o potencialmente perceptible o accesible por los sentidos (humanos: racionalidad intrínseca), *ergo*, igual o paralelamente pensable, pasible de ser pensada, *id est.*: concebida en una sintaxis de palabras (lenguaje inarticulado). La inteligencia, la operación intelectual de

óptica que los griegos nombraban “arquitectónica” (de αρχ, *arch*, lo primero)–. La **dialéctica** es una disciplina de sesgo eminentemente filosófico que consiste en el ejercicio del **arte del diálogo** en pos de la elucidación y el conocimiento de verdades mayores. Una búsqueda de la verdad por medio de la controversia cooperativa.

Aplicada al *ars iuris* aparece como la búsqueda de **la verdad de la justicia**, el desvelamiento de **lo justo** en la contingencia de la realidad: qué cosa se atribuye a cada quien en cada caso (el reparto justo). Un tramo menor de la verdad filosófica, la inasequible (no humana) ‘verdad total’, polo final de la filosofía, de la vida mental.

Cuando se pasa del plano teórico o filosófico al pragmatismo procesal –a la práctica forense, al oficio de tribunales y abogados–, dialéctico sigue siendo el modelo insuperado de búsqueda de la verdad en medio de las mancillas, las rivalidades y asperezas del mundo de los hombres. No es otro el modelo, es el mismo.⁴⁸

La **argumentación** es entendida como el arte expositivo dirigido a convencer o persuadir por medios discursivos. Digamos que su propósito es trabajar en la mejor defensa de un punto de vista singular, de una posición.

De todos modos, la **argumentación** linda y/o, a menudo, se yuxtapone con la **retórica** y con la **tópica**, que abastecen al discurso de preceptos y silogismos, **principios, conceptos, estándares, reglas** (donde obran particularmente las proposiciones **normativas**, las normas jurídicas)⁴⁹, razones aceptadas por los involucrados, tropos, lugares y figuras compartidas que lo ilustran y fortalecen.

Así descriptos y adscriptos los vocablos a las nociones⁵⁰ por ellos referidas, se entiende que la **dialéctica** cumple un papel superior, más alto, centralísimo y definitorio en el orden de todo lo jurídico. Desde su definición teórica hasta su aplicación práctica determinada y concreta.

En cambio, la **argumentación**, la **retórica** cumplen un rol accesorio, subordinado, y lo mismo se entiende de los **tópicos**, que son instrumentos (*organon*⁵¹) para la **argumentación** y la **retórica** y, por ende, también para la **dialéctica**, a la cual reservamos el más alto rango conceptual, la mayor aptitud metodológica y cognoscitiva. (Igual

conocimiento de lo real no está separada ni del pensamiento ni de su reflejo *lenguajero*. [NA: cacofónico neologismo utilizado aquí para matizar o acepcionar mejor la traducción del francés ‘*langagier*’, del cual el español no ofrece un equivalente directo; de otro modo se diría: **en el lenguaje, lo propio del lenguaje, lo concerniente o relativo al lenguaje, lo lingüístico**, mas no en el sentido de las disciplinas atinentes sino de lo que ocurre en el propio lenguaje como realidad del mundo, en esa **cosa** que el lenguaje es –distinta de las expresiones antedichas– que, en el idioma ‘de recepción’, no atinan a marcar **lo mismo** que el vocablo del idioma ‘de partida’. Vid. OST, *El tiempo...* (7), pp. 233 *et al.* –versión en español de María Guadalupe Benítez Toriello, quien traduce *langagier* por *lenguajero*–. (Sobre “*inconsciente individual*” e “*inconsciente institucional*”, y carácter “*inherentemente tropológico*” de todo uso del lenguaje, amén del multicitado Pierre Legendre, ve.: THURY CORNEJO, “Derecho y retórica... (14) p. 240 *sq.*

48. Vid. cita de Piero Calamandrei **Ordinal 6, § 24 in fine.**

49. Vid. *infra* notas (99), (121) y remisiones sobre analogía del derecho.

50. Una noción –griego, νοῦς *noûs*– es un conocimiento conceptualizado, un ente de razón, resultado consistente del pensamiento en sentido fuerte.

51. El **Órganon** (**griego antiguo** ὄργανον, “instrumento”, “herramienta conceptual”, “útil”, “método”) es un conjunto de obras de **lógica** escritas por **Aristóteles**, y compiladas por **Andrónico de Rodas** siglos más tarde. Recibió su nombre en la **Edad Media**. Estas obras, compuestas por Aristóteles a lo largo de un amplio periodo de tiempo, configuran el nacimiento de la **lógica (aristotélica)** como disciplina académica, capaz de analizar **argumentos** y determinar su **validez** mediante las reglas formales del **silogismo**. Un pantallazo informativo sobre el orden de los libros respectivos y el enunciado de su contenido puede verse en <http://es.wikipedia.org/wiki/T%C3%B3pica> y <http://es.wikipedia.org/wiki/%C3%93rganon>.

ocurre para con la **hermenéutica**, el **análisis del lenguaje** u otras modalidades de interpretación o comprensión/explicación.)

En este sentido, retórica y **tópica** pueden resultar tanto un apoyo, cuando operan como base común razonable y admitida, como un escollo a superar, cuando representan predominantemente la locuacidad, la verbosidad, la elocuencia, la seducción o persuasión que también las caracterizan.⁵²

En efecto, el cuadro de **lugares comunes** aceptados ‘puede suministrar datos’ valiosos, útiles, movilizadores, en cuanto constituye ‘una técnica del **pensamiento problemático**’ dado que

*(...) al problema, por medio de una formulación adecuada, se lo introduce en una serie de deducciones más o menos explícitas y más o menos extensas, a través de la cual se obtiene una contestación. Si a esta serie de deducciones la llamamos sistema, entonces podemos decir, con una fórmula más breve, que, para encontrar una solución, el problema se inordena dentro de un sistema.*⁵³

Este sistema propio de la **tópica** se configura, como indica su nombre, a través de **lugares** (*topoi, loci*) diversos, según se desprende de la presentación efectuada por Aristóteles en sus *Tópicos*, fuente preferida de la investigación de Viehweg, uno de los más importantes autores contemporáneos de ‘la otra lógica’, que ha revisitado con fama y provecho la obra del maestro del Liceo.⁵⁴

52. Sobre la teoría de las controversias retóricas: cfr. GIULIANI, Alessandro (1961). *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, p. 55. Sobre los aspectos históricos y metodológicos de la retórica (y de la dialéctica) entendida como teoría de la argumentación: GIULIANI, Alessandro (1975) “Logica giuridica: teoria dell’argomentazione”, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. XXV, p. 13 ss. Giuliani demuestra que el método escolástico fue modelado sobre el procedimiento judicial (1966) “La controversia: contributo alla logica giuridica”, *Volume 143, Pubblicazioni della Università de Pavia; Studi nelle scienze giuridiche e sociali.*|| Villey se ocupa de continuo de señalar que muchas veces las reflexiones de estos autores no asumen todas las concomitancias filosóficas de sus preciosas aportaciones metodológicas. Primero, lo primero: un método no existe por sí solo, y es solidario de una filosofía –apuntamos en las primeras líneas de esta presentación –y la secuencia de notas que la glosan.

53. VIEHWEG, Th., *Tópica...* (30), pp. 57 ss. En lo relativo a la retórica, cfr. asimismo los aportes de DE SOUZA SANTOS, Boaventura (1988) *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Porto Alegre S. A. Fabris Editor y de FARIA, José Eduardo (1988) *A crise do direito numa sociedade em Mudanza*, Brasilia, Ed. Univ. de Brasilia.

54. «En opinión de García de Enterría, Viehweg planteó por primera vez una ruptura con la dicotomía jurisprudencia de conceptos/jurisprudencia de intereses para postular una jurisprudencia de problemas, que opera en base a principios, “De ese mundo [del Derecho] hablamos, pues, y es en él donde el plano valorativo general al que suele llamarse Derecho natural se hace presente sólo como ‘principios generales del Derecho’, hallados, descubiertos, funcionalizados respecto a los círculos problemáticos concretos. El modo cómo estos principios se hacen virtuales y operan es precisamente, ya lo hemos indicado de pasada, a través de las instituciones. Son éstas, como Savigny intuyó genialmente, las verdaderas unidades de la vida jurídica y toda institución se singulariza por una ‘idea institucional’ que es a la vez precipitado del orden superior de valores, una pretensión organizativa de un ámbito social determinado y una clave del funcionamiento interno de todos los elementos que se componen para concretar la aplicación técnica de la institución. Los principios generales del Derecho no son por ello nada misterioso ni alusivo, como las esencias angélicas o las abstracciones superiores, sino normalmente la propia idea central de una institución positiva desenvolviéndose en la vida de ésta y presidiendo en todo su funcionamiento. Razonar en derecho, interpretar las normas o los actos jurídicos, aplicar el derecho, no es más que operar con esos principios, alrededor de los cuales se ordena todo el particularismo de las reglas y de los actos concretos. Un pensamiento por principios así entendidos fue justamente el gran descubrimiento de los juristas romanos, lo que hace eterna e inmarcesible su lección para los juristas de todos los tiempos” » Prólogo al multitudinario libro de Viehweg (NA: indicado supra (30), p. 17, RUIZ OJEDA, Alberto (2001) *Hermenéutica y narrativismo jurídico: una aproximación al problema del control de la discrecionalidad de los poderes públicos*, *Thémata*, pp.101-

Según Viehweg, **retórica y tópica** se distinguen por cuanto la primera aparece como funcional a un interés particular y busca persuadir al auditorio en su beneficio, mientras la segunda procura superar o trascender los puntos de vista particulares en función de progresar en el camino de la verdad desinteresada.

(Como decíamos, es menester precisar el vocabulario, establecer distinciones respecto de su uso por los autores. Nosotros, conforme la mejor tradición clásica, preferimos reservar el término **dialéctica** para la acepción amplificadora dada por Vico a la **retórica**, y ahora por Viehweg a la **tópica**).⁵⁵

La **argumentación**, expone Viehweg, debe desarrollarse en el contexto de un proceso dialógico:

«El debate es, evidentemente, la única instancia de control» dado que «la discusión de problemas se mantiene dentro del círculo de lo que Aristóteles llama dialéctica. Lo que en la disputa ha quedado probado en virtud de aceptación, es admisible como premisa. Esto puede parecer muy arriesgado, pero es menos inquietante si se tiene en cuenta que los que disputan disponen de una serie de conocimientos que han experimentado ya una compulsión previa, y que entre gentes razonables sólo puede contar con aceptación aquello que parece poseer un determinado peso específico. De esta suerte, la referencia al saber de los mejores y más famosos se encuentra también llena de sentido. Con la cita de un nombre se hace referencia a un complejo de experiencias y de conocimientos humanos reconocidos, que no contiene sólo una vaga creencia, sino que garantiza un saber en el sentido más exigente. Con otras palabras: en el marco de lo opinable se puede aspirar también a una efectiva inteligencia y no a una simple y arbitraria opinión, lo que no tendría sentido y justificaría que la empresa no se tomara en serio.»⁵⁶

121 –dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=633626; se lee con sumo provecho, especialmente respecto de la relación entre **tópica** y **hermenéutica**. || Liceo (del griego λυκαίον o λυκτος): escuela abierta por Aristóteles, en Atenas, tras la muerte de Platón, su maestro. Se llamó así, según cuentan ciertos eruditos, porque en tal *Gymnasion* (γυμνάσιον, lugar donde se cultiva cuerpo y espíritu, se ejerce la educación, la paideia, παιδεία) había una estatua dedicada a *Apolo Licaón* (de lobos –matador; o lykios: iluminador) en el parque sagrado –paseando por cuyas avenidas enseñaba a sus alumnos (de ahí: peripatéticos: derredor + paseantes).

55. Como hemos dicho, seguimos preferentemente –y en especial en materia de acepción del vocabulario– al autor que ha dado mayor amplitud y profundidad a estas investigaciones y propuestas: Michel Villey –ve. bibliog. *infra* (77).

56. VIEHWEG., *Tópica...* (30), pp. 72 ss. (Aristóteles mismo habla de lo “*tópico dialéctico*”, SCHIAVONE, *La invención...* (7), p. 427). Según expone GARCÍA AMADO, Juan Antonio, en *Filosofía, hermenéutica y derecho*, p. 8 –vid.: <http://www.uco.es/dptos/ciencias-juridicas/filosofia-derecho->: “*Para Viehweg la cuestión central en el derecho es lo que llama la aporía fundamental de qué sea lo justo aquí y ahora, en la resolución del concreto problema que se presenta. El derecho tiene su razón de existir en la decisión de casos conflictivos y esa decisión está constitutivamente orientada a la búsqueda de la solución mejor para el caso. Pero Viehweg descrea también de la posibilidad de encontrar referencias objetivas de razón práctica y presenta su modelo decisorio de derecho bajo la imagen de un enfrentamiento argumentativo entre dos partes que buscan el éxito arrastrando al decisor a sus posturas. Lo original de la teoría de Viehweg consiste en atribuir a esa praxis un carácter tópico. Ello significa que el intercambio de argumentos entre las partes que pretenden inclinar de su lado la balanza judicial consiste en echar mano de lugares comunes o tópicos, que son todos aquellos argumentos en los que se condensa el saber y las opiniones que en derecho rigen en un lugar y época determinados y que gozan de consenso general o entre especialistas. La ley misma, la invocación ya sea de su tenor, ya de sus fines, ya de las intenciones de su autor, etc., no son sino tópicos cuya fuerza depende de su aceptación en una determinada tradición jurídica. Y la contienda, según Viehweg, la ganará en cada caso quien más y mejores tópicos haya sabido manejar y haya resultado con ello más convincente o persuasivo.*” || Un estudio de conjunto de esta doctrina puede verse en GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1988). *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas. Hay versión resumida en GARCÍA AMADO, J. A. (1987). *Tópica, derecho y método jurídico*, Doxa, 4, pp. 161 ss. | También: VALLET DE GOYTISOLO, Juan

Las opiniones no son iguales ni valen lo mismo, sino que se **distinguen**, se ponderan, se contrastan, se clasifican, se eligen. Considerado el caso de la **retórica** judicial, es natural que cada una de las partes, actor y demandado, se empeñen en resaltar los puntos argumentales que abonan sus opuestas tesis y, a la vez, preterir o menoscabar los desfavorables, actitud en que prevalece la razón unilateral, monologal.

En cambio, la confrontación o entrecruzamiento de opiniones argumentadas –en acción y correlación dinámica e interactiva– está en el núcleo del **procedimiento dialéctico**, en cuanto diálogo organizado. Las oportunidades y garantías que aseguren la cabal presentación de los argumentos actúan su sentido más elevado y creativo o **performativo** (o *poiético*) –*vid.* nota 114) cuando se lleva a cabo la confrontación, ese entrecruzamiento que servirá para medir la consistencia y andadura de cada cual, ponderado por el efectivo choque contra los elementos que se le oponen.

Conforme el vocabulario del presente ensayo, los propósitos o finalidades difieren, pues la dialéctica no trabaja en defensa de una posición, sino que aspira a acercarse –por vía ascendente, decíamos, a partir de las opiniones de un grupo escogido– a la verdad *per se*, desinteresadamente, al conocimiento verdadero. La dialéctica lleva en sí la llama incandescente de la superación.

(Y a eso conduce también, a su modo, más reglado y restrictivo, la **teoría del proceso**, y el régimen procedimental regulado y estudiado por el **derecho procesal**.)

Todos y cada uno de los participantes han asumido la parcialidad de su aprehensión del objeto de investigación y la imperativa necesidad de los enfoques ajenos. La experiencia del mundo de cada hombre, tomado de uno en uno, no puede resultar sino risible o miserable.

La estructura integral de las cosas en la realidad del ser y los seres –más todavía su verdad, étimo o su **episteme**, su sentido último–, es inalcanzable –como a cada quien le está negado ver simultáneamente los seis lados de un cubo–.⁵⁷

La colaboración, en cambio, aunque no bastare, multiplica a la **n** las posibilidades. Como se comprueba a cada paso de la vida y la cultura y la civilización.

El realismo clásico comprende bien que el hombre solo y su razón aislada nada pueden frente al inmarcesible universo. Macro y microcosmos en todo momento lo exceden por completo. El hombre que no se ha **creado** a sí mismo solo no puede **crearse** a sí mismo solo. El poderoso instrumento de superioridad que el cerebro humano y la razón constituyen en relación con otros seres vivos, ante el misterio in-

(1996). *Metodología de la Determinación del Derecho. Parte sistemática*. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces y Consejo General Del Notariado, pp.225 ss. | FIGA FAURA, Luis (1993). “Lógica Tópica y Razonamiento Jurídico”, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Junio, Madrid. | Prólogo de García de Enterría, Eduardo, citado *supra* (30), donde se explica el valor sustancial de la ‘tópica’ de Viehweg como formulación “virtual y operativa” de los “principios generales del derecho”. | [«...】 la tónica es, en efecto, la técnica del pensamiento problemático, que ha de articularse a través del método aporético: se plantea el problema sin salida, acuciante pero ineludible. Y la tónica se presenta como meditación prelógica, de búsqueda de premisas. Esa directa conexión con el problema hace que la tónica sólo permita series de deducciones de corto alcance: el pensar problemático es esquivo a las vinculaciones. La tónica desarrolla un sentido especial de búsqueda de premisas que, con apoyo en puntos de vista probados, sea inventivo. Este modo de trabajar (el pensamiento tónico-problemático) se caracteriza sobre todo porque permite a los juristas entender el derecho no como algo que ellos se limitan a aceptar sino como algo que construyen de un modo responsable. [...]», *Vid.*: RUIZ OJEDA, Alberto (s.f.). *Hermenéutica y narrativismo jurídico*, *vid. supra* (54), pp. 114/115, que glosa a Esser y a Viehweg.

57. *Vid. supra* (14, in fine).

agotable del ser, se convierte en menos que un dedalillo frente al océano.

Puesto que el ser **está ahí**, y el hombre forma parte de él (*Dasein*)⁵⁸, se le impone obrar con inteligencia. **Pensar bien** para acertar. Para que su ínfimo personaje no proyecte y añada sus propias sombras y fantasmas sobre la realidad densa e inmensa, sapiente y cauto se dice:

*Yo que no he hecho todo esto –y que ni siquiera sé qué es– no voy a fundar la verdad por mi sola cuenta; más me vale procurar la adaequatio intellectus ad rem, para saber qué consigo sacar en limpio..., en la medida en que mi espíritu concuerde con las cosas externas a mí, y mis palabras lo sigan.*⁵⁹

Y en función de ello hay mucho que aprender. En el siglo XII, Bernard de Chartres afirmaba que

58. HEIDEGGER, Martín, para quien “*El lenguaje es la morada del ser y la casa donde habita el hombre...*”; y para WITTGENSTEIN en lo que denomina ‘juegos de lenguaje’: ese “*todo formado por el lenguaje y las acciones con las que está entretelado*”, vid.: HEIDEGGER, Martín (2000). *Carta sobre el humanismo*, trad. de CORTÉS, Helena y LEYTE, Arturo, Madrid, Alianza Editorial (disponible en la red; WITTGENSTEIN, Ludwig (1988). *Investigaciones filosóficas*, vid. §§ 7, 23, *pássim.*, trad. GARCÍA SUÁREZ, A. y MOULINES U., Barcelona, Ed. Crítica; et vid.: ORTIZ-OSÉS, Andrés, LANCEROS, Patxi (s.f.). *Diccionario de la existencia*, Bilbao, Universidad de Deusto, p.207. ||Heidegger hace del *Dasein* un concepto eje de su doctrina: *Dasein* es un término que en **alemán** combina las palabras «ser» (*sein*) y «ahí» (*da*), significando «existencia». Enuncia el modo de existir propio del ser humano. Ser-del-hombre. El sentido literal de la palabra *Da-sein* sería, pues, ‘ser-ahí’, ‘ahí está’. **Ahí** es en-el- mundo, y el lenguaje es el **en**. (Que también podría ser el **estar haciendo** algo ahí, como se expresa en el **uso sustantivado del gerundio** en latín, al igual que en inglés, por ejemplo). El término expresa el hecho de que la **existencia** no se define solo como rebasamiento que trasciende la realidad dada en dirección de la posibilidad, sino que este sobrepasar lo es siempre respecto de algo, está siempre situado. Existencia, *Dasein*, **ser/estar-en-el-mundo**, son sinónimos. Los tres conceptos indican el hecho de que el hombre está «situado» de manera dinámica, es decir, en el modo del poder ser. (Nótese la afinidad con la dinámica **potencia-acto**...–*supra* (6): se ve que el preceptor de Alejandro en el siglo IV a.C. no deja de tener discípulos a lo largo del tiempo...). En la acción de **estar haciendo** algo la experiencia se vuelve transitiva, lo cual nos coloca en situaciones que vivenciamos sin elucubraciones intelectuales, aun cuando la misma vivencia resulte cognitiva. (*Dasein* es una realidad hablada, de ahí que *Sein* y *Sollen* no juegan *Dasein* sin *Sinn*, si se nos permite el retruécano.) Mas, aunque su pensamiento subyace muchas veces en el de los doctrinos citados, el autor de *Ser y Tiempo* no es fuente directa de este pequeño ensayo; y lo mencionamos como un eje referencial del siglo XX para destacar que para importantes filósofos de nuestros días (como para los físicos de vanguardia) Aristóteles es fundamental, mientras que buena parte de los **teóricos** del Derecho lo soslayan o ignoran, a pesar de su imperecedero y luminoso examen analítico de la Justicia y el Derecho. (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, L. V (vid. *infra* § 8 del presente trabajo, y (34). [SÁDABA, Javier (1984, reed. 1992) *Lenguaje, magia, metafísica. (El otro Wittgenstein)*, Madrid, ed. Libertarias Prodhufi, ve.: pp.63/64 et al.]

59. La oración citada es nuestra, y de algún modo parafrasea uno de los *Pensamientos* de Pascal. En efecto, Blaise Pascal (1623-1662), matemático, científico y filósofo francés, escribió: “*Yo no sé quién me ha traído al mundo, ni lo que es el mundo, ni lo que soy yo mismo. ... No sé lo que es mi cuerpo, ni mis sentidos, ni mi alma, ni esta parte de mí mismo que piensa lo que estoy diciendo y que reflexiona sobre todo, y sobre sí misma, y que, por otra parte, no se conoce tampoco. Cuando veo esas dos inmensidades, la que precede a mi nacimiento y la que sigue a mi muerte, me asombro de encontrarme acá y no allá... sin que sepa por qué estoy colocado en este lugar y no en otro, ni por qué este poco tiempo que me es dado para vivir me ha sido asignado a este punto, y no a otro, de todo el infinito y la eternidad.*” || El mismísimo *Cogito* cartesiano, frecuentemente presentado como paradigma solipsista, la pura racionalidad solitaria suspendida en el vacío, ensueño de autonomía, presupone –en cuanto enunciación lingüística o «lenguajera», y por serlo– la heteronomía radical, el (O)tro, que es/está (en) el lenguaje. [Vid. *supra* (30), (41), (47), *infra* (75), (108)] | Asimismo el vocablo *cogito* –traducido **pienso**– lleva acepciones no transparentes en el español usual: por una parte, **pensar** supone el **pesar** propio del latín: ponderar en la balanza, balance, valoración; por otra, se compone de *co* junto y *agitare*, excitar, mover –por ende, no alude al ‘pensamiento abstracto’, sino al **sentir la existencia**–. Además de que, lógicamente, el existir **precede** al pensar, y no a la inversa, como la fórmula “Pienso, **luego** existo’ parece indicarlo. Todas parecen nimiedades, sin embargo conviene advertir cómo y cuánto el racionalismo ambiente puede descuidar ciertos tópicos básicos del **pensar bien**. (Diríase que hasta el antiguo refrán “*Piensa mal y acertarás.*” quizá merezca otra atención a su diabólica literalidad.)

somos como enanos trepados sobre los hombros de gigantes. Claro que podemos ver más, y más lejos que ellos; mas no por alguna cualidad especial de nuestro cuerpo o nuestra vista, sino porque hemos sido alzados por la altura de quienes nos sostienen.

En lo que concierne al derecho, al conocimiento o discernimiento de **lo justo**, a la búsqueda de la verdad de lo justo –que es una realidad incorpórea, un ente de razón cuya fuente valedera de concordancia radica fuera de mí, en una forma de equilibrio de igualdad o proporcionalidad–, esa verdad de lo justo está sujeta a la variedad y a la variabilidad relativas al hombre y sus circunstancias. No hay manera de darles un contenido material y permanente. El hombre y las cosas cambian, y cambia la relación entre los hombres y con las cosas. Hoy importa lo que ayer no importaba, mañana será a la inversa.

Las insuperadas formulaciones griegas y romanas respecto de lo principal del *dikaion* o del *ius: ta auton ekein, suum cuique tribuere*, dar a cada quien lo que es suyo o le corresponde, son verdades de forma cuya sustanciación no deja de cambiar.⁶⁰

No es simplemente aquello de que una palabra del legislador hace desaparecer una biblioteca, sino que cualquier pretensa ‘fijación’ puede ser volatilizada por algún factor nuevo o imprevisto. Así ha sucedido siempre. Si es concebible una estabilidad formal y abstracta del *quid ius*, no ocurre lo mismo con el *quid iuris*.⁶¹

Las reglas y soluciones de derecho, las maneras de proveer de ciertas normas o reglas, títulos y medidas devienen, cambian, evolucionan, o como dicen los alemanes: *Werden*.⁶²

He ahí otra intensa analogía entre derecho y lenguaje. Las lenguas no se detienen, no hay codificador que las contenga. Las pretensiones de Hammurabi, de Justiniano,

60. La definición formal de la justicia (=derecho: *ius* =lo justo en el reparto de bienes y cargas externos, la parte que le toca a cada cual, la proporción adecuada*), se resume a la ya vista definición ulpiana: *ius suum cuique tribuere*, que tenía los señalados antecedentes griegos. Quizá no está demás advertir la existencia de otra fuente textual altamente significativa: el Evangelio utiliza la formulación homologable “*Quae sunt Caesaris Caesari et quae sunt Dei Deo.*” Mc 12.17; a cada cual lo suyo, ni más ni menos. | El presente estudio se ocupa de la dialéctica formal cómo método para conocer y establecer **lo justo** (*i.e.*: lo debido, la cosa debida, la situación o la posición justa, el *ius*, reconocido: **lo suyo**, o construido: **lo que le corresponde**, en uno y otro caso discernido por el *ars iuris*) sin abordar los criterios atingentes a la **teoría de la justicia**, que nutren de sustancia o materia al **qué**, el **por qué** y al **para qué** de ese **cómo** que es la dialéctica. | *El adjetivo ‘adecuado’ viene del participio latino *adaequatus*, de *adaequare*: significa aproximar o asociar (prefijo *ad-*), a un allanamiento o igualación, o aproximar a lo justo y equilibrado. Tiene la misma raíz que el adjetivo *aequus* (igual, llano, justo, equilibrado, equitativo). Adecuado es pues lo que se ajusta a algo, se aproxima a lo similar, semejante.

61. Dos cuestiones centrales vistas aquí de sobrevuelo: *¿quid ius?*, *¿quid iuris?* (¿qué es el Derecho? y ¿qué es ‘de derecho’?, o sea, ¿cuál es el derecho aplicable?). Formuladas por Immanuel Kant en *Principios metafísicos de la Teoría del Derecho*; la primera, *quid ius*, reclama una respuesta **filosófica**, y la segunda, *quid iuris*, una respuesta **jurídica**. Según Kant, filósofo idealista, son dos planos diferentes y los postula como concernientes a estudios distintos y separados; inclusive los imagina y postula como ‘Conflicto de Facultades’, en el sentido de ‘casas de estudio’, *in opus idem*. Esta escisión está en la base de graves mutilaciones y pérdidas para la concepción del derecho contemporánea. El derecho no puede conocerse en serio si se lo aísla de su fuente u origen real ni de su finalidad real, su **por qué** y su **para qué**. Kant plasma a su modo el error de bifurcar el derecho (realidad) y las **normas** que procuran expresarlo; considera que las segundas *son* el derecho, y este un *ideal*. (*et vid. supra* (25), *infra* (75)). | El adagio de la aniquilación de bibliotecas ha sido empleado, entre otros, por el jurista alemán Julius von Kirchman (1802-1884), negador de la ‘ciencia jurídica’ en virtud de la contingencia de su objeto.

62. No hay en español un equivalente de similar pujanza; *devenir* ha entrado a la lengua académica y figura actualmente en el DRAE, pero no en el habla corriente. En alemán, en cambio, *todo es Werden*. DE MADARIAGA Salvador (1969) *Bosquejo de Europa*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, p. 115.

de Napoleón caen a pedazos al instante de haber sido implantadas, como acaeció al irónicamente célebre ‘*FIXA*’ del emblema académico.⁶³

En este sentido la realidad jurídica actual no detenta mayor perennidad que sus predecesoras. (Más bien, que la incontinenencia de una siempre creciente producción normativa acelera su volatilidad.)⁶⁴ En semejantes coordenadas de fragilidad, la metodología dialéctica revela su pertinencia y fortaleza. El derecho perdura y se supera por medio de la dialéctica, en virtud de la connaturalidad de uno y otra, la tensión vital que infatigablemente fluye hacia **–lo justo** una cualidad evidente del **sentido**–, como el hombre busca la verdad.

A ello se agrega que, amén del sesgo consciente y volitivo, la investigación hermenéutica⁶⁵ nos apercibe con un énfasis no menor acerca de la urdimbre subterránea, que se presenta como una comprensión preestablecida de las normas, su precomprensión, el **prejuicio**, según lo expone Winfried Hassemer. Este autor, pernota que

(...) nadie tiene algo de manera pura o incluso objetiva; el individuo ve más bien el objeto con sus propios ojos, con base en sus propias esperanzas, desilusiones y angustias vivenciales, selecciona y estructura con ayuda de sus personales expectativas de sentido, de sus individuales comprensiones previas. Vista de esta forma, la categoría de la precomprensión equivale en el sentido peyorativo al prejuicio o incluso a la predeterminación: la interpretación de la ley sería el resultado de su resultado; como Gustav Radbruch lo formuló una vez, la expectativa del sentido crearía el sentido.

Hassemer extiende e intensifica esta apreciación crítica al hacer patentes los elementos que obran en la interpretación y que son ajenos a los textos escritos, a la inanimidad del signo puesto aparte, ya que

la actuación judicial hablada y no sólo el texto escrito, es un actuar en secuencias de acción y estrategia. En esta fase escénica de la actuación judicial es donde suceden realmente la concreción de la norma y la constitución del caso, y donde las comprensiones previas producen consecuencias.

*Objeto [de interpretación] significa así texto y texto no es, desde luego, tan solo texto ‘escrito’ o hablado sino también el texto ‘representado’.*⁶⁶

63. Paradoja e ironía inscriptas perdurablemente en el lema del nobilísimo escudo de la Real Academia Española de la Lengua: ‘*LIMPIA, FIXA Y DA ESPLENDOR*’. Adviértase que, precisamente, **ha variado** la grafía del verbo **FIJAR**. Travesuras del duende, del *trickster* (deidad pícaro o tramposa) de la lengua. Pero ni derecho ni lenguaje cambian de verdad de cualquier manera ni a capricho; que se desconozcan las pautas de su devenir no significa que esas pautas no existan. Por el contrario, las ciencias del lenguaje han comenzado poco a poco a descifrar mejor algunas.

64. La ‘inflación’ normativa ha sido denunciada, entre otros, por el decano Facultad de Derecho París II, CARBONNIER, Jean (s.f.). *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, París, LGDJ, 2001, 10ª ed., p. 490. *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République* p. 184, Champs –éd. essais, París, 1996– donde subraya la utilidad y pertinencia ética de lo que Jürgen Habermas (1929-), **filósofo y sociólogo alemán**, conocido sobre todo por sus trabajos en filosofía práctica (ética, filosofía política y del Derecho) llama ‘*la moral de la discusión*’, cuya ‘mejor expresión’ se halla en la praxis dialéctica.

65. *vid. infra* (73), (87), (88), 125), (136), *supra* (54), (56).

66. Lo cual señala una nota ‘dramática’ (del gr. *dramae*, γραμα: acción representada) que en el teatro (gr.: *theatron*, θέατρον: lugar para contemplar) jurídico, rebosante de actores y actuaciones, no conviene desatender. || *Vid.*: HASSEMER, Winfried (1985). “Hermenéutica y Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 25, p. 71, que cita a ENGISCH, Karl, *Logische Studien*, n. 41, p. 15.

El tránsito de **lugares** que la **dialéctica** exige al modo dialogal –arte del diálogo, la controversia (*ius controversum*⁶⁷)– constituye una auténtica instancia de control, de **falsación** (Popper⁶⁸) o de racional verificación de las opiniones en disputa (*disputatio*⁶⁹).

Hemos efectuado las puntualizaciones precedentes porque –como señaláramos más arriba– desde mediados del siglo pasado esta terminología, con mucho de lo que conceptualmente trae consigo, ha vuelto a circular en los estudios de derecho, particularmente de metodología jurídica. Consideramos que estos emplazamientos conceptuales y lexicales son imprescindibles y delinean por sí mismos nuestra perspectiva, que quiere ser la del realismo clásico (**o derecho natural**⁷⁰ **clásico**).

67. *Ius controversum*, SCHIAVONE, *Ius La invención... (7)*, pp. 200, 225; HASSEMER, *Hermenéutica... (66)*, p. 71, 82s. Estos señalamientos de Hassemer se ven respaldados ampliamente por el aporte de las más lúcidas y avanzadas investigaciones en el campo del lenguaje; Ve. especialmente de MESCHONNIC, Henri (2002). *Critique du rythme*, Verdier, Normandie y (2004) *Un coup de Bible sur la Philosophie*, Bayard, Paris (hay versión española, (2008) *Un golpe bíblico en la filosofía*, Lilimod.) et al. || ROBLES MORCHÓN, Gregorio (1993). *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid, ed. Debate, pp. 147s., 161,

68. POPPER, Karl, (2005). *El mito del marco común*, Buenos Aires, Paidós. Según el principio de *falsabilidad* **contrastar** una **teoría** significa intentar refutarla mediante un contraejemplo. Si no es posible refutarla, la teoría queda corroborada, *i.e.*: puede aceptarse provisionalmente; no es posible su **verificación**, *infra* (111).

69. Método de enseñanza y adiestramiento intelectual característico en la Universidad medieval. Defensa de una **tesis a través** del *sic et non*, afirmación y negación, **sistema** y estilo dispuesto por Abelardo (siglo XII), en el opus que lleva ese título.

70. En el curso de esta exposición evitamos esa denominación que carga, modernamente, con pesadas confusiones. La llamada Escuela (moderna: siglos XVI en adelante, aunque se le endilgue ‘clásica’) del Derecho Natural (mejor denominarla Iusracionalismo o Escuela de Derecho Racional o **Racionalista**), o el Iusnaturalismo (moderno), (*idem*: le iría mejor Iusracionalismo), que vivieron del siglo XVI/XVII hasta el XX. Dichas corrientes fueron racionalizaciones distantes y distintas del Realismo Clásico (que también se designa Derecho Natural Clásico o Iusnaturalismo Clásico). Ahora bien, en razón de que aun en muy destacados autores (entre quienes se cuenta nada menos que Hans Kelsen) impera la mayor confusión cuando se emplean estas denominaciones, en este ensayo preferimos hablar de Realismo Clásico. || Respecto de la ignorancia y la confusión todavía imperantes en cuanto a la concepción del Derecho Natural baste mencionar, como significativa muestra, el artículo publicado bajo el rótulo de “Iusnaturalismo”, en el volumen titulado *El derecho y la justicia*, vasta selección de textos de juristas renombrados publicada en una importante colección con la firma de Eusebio Fernández. (FERNÁNDEZ, Eusebio (2000). “Iusnaturalismo”, *El derecho y la justicia* Madrid, Ed. Trotta, pp. 55 ss.). En ella el antedicho despacha el tema bajo la advocación de una tan desafortunada como extendida caracterización –que expone, v.g.; NINO, Carlos Santiago (2007). *Introducción al Análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, p.22–, y añade un examen de opiniones filosóficas, entre las que destaca la de Cicerón, que fue retórico, abogado, filósofo... mas no jurista... || De tal manera se desconocen así las más sencillas y preclaras verdades de la verdadera doctrina del **Derecho natural clásico** –‘**realismo clásico**’–, y se pierde tiempo e inteligencia en el enfoque hacia ciertas variantes del mal llamado ‘derecho natural’ (racionalista) moderno (**racionalismo moderno**), que es algo muy diferente y perimido. (El propio Kelsen, en su ¿Qué es justicia?, cae en la misma confusión.) || Expongamos, a modo de sucinta ilustración algunas y principales verdades de la **doctrina clásica del derecho natural**, que no se suelen enseñar ni conocer, pese a que nos llegan desde Aristóteles: El derecho es **uno**, a la vez natural y positivo (*dikaion physikon*, *δικαιον φυσικον* / *dikaion politikon*, *δικαιον πολιτικον*, o sea: lo justo natural / lo justo político o legal, *δικαιον νομικόν*, *dikaion nomikon*); el derecho natural (en adelante DN) se encuentra contenido en el derecho positivo (en adelante DP) como los principios en las conclusiones; el DN, como abstracción tal, no está prescrito en ninguna parte, no está expresado antes de su discernimiento dialéctico, por ende, su emplazamiento es del orden simbólico; los modos de expresión y aplicación del derecho natural son los mismos que los del derecho positivo, a punto tal que el derecho natural cada vez que se concretiza y cobra forma jurídica (soporte) en la realidad, lo hace por medio del derecho positivo, y a través de los mismos procedimientos y formalizaciones: sentencias, institutos e instituciones, leyes, órganos, estatutos, etc. Mas, de igual modo que el significado al significante, el DN excede al derecho positivo. El DN es el fundamento y el motor, amén que el límite, regla y medida del DP, al que provee de encuadre simbólico y horizonte de significación, el vector final de toda interpretación valedera. A la pregunta ¿qué es el derecho natural?, se responde: el derecho natural es **lo justo** en las relaciones humanas respecto del reparto de bienes y cargas; y, sobre todo, provee un **método** de conocimiento para la expresión positiva de lo justo. A la pregunta ¿cómo se conoce **lo justo**?, la respuesta es, pues mediante el procedimiento dialéctico que, modestamente, el presente trabajo procura presentar. ¿La ley positiva es el derecho? No, la ley positiva es un **instrumento** del derecho, un **analogado** del derecho, una tentativa de aproximación –tal cual un representante

Por tanto, con haber mostrado el vocabulario central y sus implicancias, hemos adelantado una parte de la exposición.

Enfoquemos ahora la tarea y misión de aquel llamado a concluir, a emitir un fallo: el maestro, el juez, el tribunal.

10. Solución, conclusión, fallo, sentencia. Cumplido el proceso, académico o judicial, según el principio del contradictorio, si cada cual ha gozado *his day in court*, si ha habido *audiatur et altera pars*,⁷¹ el encargado de concluir o de juzgar, lejos de aparecer inerte, podrá disfrutar del mejor panorama –relativa y humanamente posible– para, mediante una conclusión que emerja o se derive del debate mismo, decidir de buena fe y según justas razones.

Por supuesto que también es probable que la **conclusión** no sea simplemente un derivado único, ni el solo posible, de la etapa anterior, y que subsistan hesitaciones y vacíos. Dichas eventualidades suelen resultar inevitables, como inherentes a toda fac-tura humana. Aunque sí podemos apreciar que el **juzgador**, una vez desplegada ante sí la controversia, ampliado su horizonte por fuera de unilateralidades y parcialidades, ilustrada y enriquecida su visión de conjunto del problema, está mejor situado (y en un plano cualitativo más alto) para realizar el esfuerzo de objetividad (**terceridad**) que sustenta su misión.

Después de una buena discusión la verdad suele verse mucho mejor. De manera que, tras el diapasón evaluativo de las voces congregadas dentro del marco de la dialéctica, llega el momento de hallar, encontrar lo que se buscaba, y pronunciar la conclusión académica, o el fallo en el tribunal de derecho.⁷²

o mandatario, no es un sustituto–, un paso en el camino hacia **lo justo** (=derecho) inalcanzable. [cf. (35) y (99)] ¿Se debe obedecer la ley positiva? Sí, en pos de la razón, del **Bien Común** y del buen orden social y personal –salvo extremos de ilegitimidad o injusticia tales que desvirtúen su naturaleza (*dura lex sed lex : lex iniusta nos est lex*), como lo atestiguan la validez de la objeción de conciencia y el derecho de resistencia a la tiranía. [Al respecto precisamente, ve.: la *quaestio* transcrita en el § 17 de la presente ponencia. Este puñadito de enseñanzas clásicas elementales resulta desconocido por la baránda de doctrinas actuales y sus manuales correspondientes, que desdeñan lo que no conocen (Cf. Ihering, *apud supra Ordinal III, § 11 in fine* (78), de este trabajo).| *Vid.* Dufour, Alfred, *Dictionaire historique de la Suisse, Droit Naturel*. URL: <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F8934.php>

71. *Audiatur et altera pars* (*Digesto* 48,17,1): El primordial principio ‘del contradictorio’ del derecho procesal, que dictamina que: Hay que escuchar a la ‘otra’ parte..., y que, bien entendido, en su proficua amplitud, vale, ante todo, como principio metódico, dialéctico, y gnoseológico, *i.e.*: para el conocimiento, la comprensión y la dilucidación de las realidades a enfrentar y dirimir con los instrumentos propios de las disciplinas jurídicas (ciencia, oficio y arte del Derecho). *Disputatio*: Aspecto confrontativo (incluido el cruce de interrogantes a partes y testigos: el juego de las repreguntas –*cross examination*– al que solemos asistir vía TV); *audiatur et altera pars, his day in court, ius controversum*. “Para exponer un problema, y hacer las primeras propuestas para solucionarlo, se debe escuchar al interlocutor para obtener más información, y hacer preguntas, aclarando así cualquier duda.” <http://es.wikipedia.org/wiki/Problema>. || En este punto resulta oportuno señalar esa verdad/no verdad que encierra el decir vulgar respecto de que para las cuestiones jurídicas “*hay dos bibliotecas...*”: en efecto, es cierto que, en principio –tal como lo venimos exponiendo– los asuntos que se plantean ofrecen más de una faceta o más de una alternativa de solución; pero eso es al principio, es decir, al plantearse o proponerse el problema, y ya no luego del proceso dialéctico, que, normalmente, concluye con la formulación de la ‘mejor solución posible’ a la que habrá que atenerse, hasta que esta, a su vez, se vea superada. Por otra parte, el derecho se realiza emitiendo normas positivas de certeza, en pos del orden y la seguridad jurídica, que, en muchísimos casos, reducen o aniquilan su posible cuestionamiento efectivo; por ejemplo, cuando establece reglas precisas: cuáles son los órganos institucionales y sus competencias, los requisitos de validez o eficacia de un acto, el procedimiento o estatuto –tales como las capacidades, legitimaciones, condiciones, plazos, tarifas, (o piénsese en la mayoría de edad, o el precio de un peaje, o la duración de un plazo procesal); o en el ejemplo mayor de la **cosa juzgada**–.

72. “*Perspicuitas argumentatione elevatur*”: La claridad aumenta con la discusión y disminuye con su exceso: Cicerón, *de Natura Deorum*, Libro III. Ordinal IV. | Sobre *terceridad*, ve.: (33), (34), (83), (121), (124), (137). || Sin que

[...] la sentencia es el producto de esta operación colectiva hoy llamada proceso. El proceso supone para el derecho mucho más que el material de textos preexistentes. Es el medio para la invención del derecho. Todos los 'instrumentos dialécticos' surgirán de él: crítica del lenguaje, de sus ambigüedades, arte de las distinciones semánticas. En eso consiste la interpretación.⁷³

Así se arribará a la conclusión, *solutio* o *sententia*, según el curso fuere escolar

falte el lacaniano que aperece el '*lapsus*' o '*acto fallido*' en la mismísima denominación del '*veredicto*', el '**Fallo**', que anuncia la 'conclusión' de nuestros tribunales es versión antigua del '*hallo*' (*h* por *f*: verbo 'hallar', *f*/hallar: primera persona, indicativo presente) del español moderno; literalmente, el derecho es un hallazgo, se encuentra. || Ello condice con el *Invenire et dicere per veritas et ius*, inventar (latín *in-venire*, *invenio*: venir dentro de (inventor es quien descubre un oculto tesoro, *thesaurus* D.41,1,63, Inst.2,1,39) y decir (latín: *dicere, dicare*, D'ORS, *Derecho Privado...* (15), p.44, nota 4) la verdad del derecho, de lo justo, *iurisdicere, iurisdictio*. Advértase especialmente por la etimología que la *inventio*, invención del *ius*, es labor de discernimiento, desvelamiento dentro de la realidad de la **causa**, en la cosa.— || Schiavone llama también **invención** a la **creación** o **descubrimiento** del derecho en el sentido más amplio, es decir, como la aparición o percepción de un nuevo ente (*ens*) objetivo en la realidad; para lo cual usa el neologismo italiano '*ontologizzazione*', que se traduce, sin miramientos —en estas latitudes— por **ontologización** (vid. SCHIAVONE, *Ius. La invención...* (7), p. 239), o sea, un devenir ontológico inaugural, advenimiento al ser —y no por arte de magia sino de razón—. (et vid. *Invenio*: STEINER, *Gramáticas...* (20), p.31. || En español académico es más frecuente: *heurístico/a*: del gr. *heuriskein*: hallar, inventar, encontrar); consultado el lexicón, 22ª. Edición, DRAE et al. recabamos: 1. adj. Perteneciente o relativo a la heurística. 2. f. Técnica de la indagación y del descubrimiento. 3. f. Busca o investigación de documentos o fuentes históricas. 4. f. En algunas ciencias, manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos, como por tanteo, reglas empíricas, etc.

73. HASSEMER, Winfried, (1985). "Hermenéutica y Derecho", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 25, p.71 —et vid. supra (66) —. | Hay quien separa, analíticamente, la *interpretatio* de la *hermeneusis* refiriendo la primera a los **hechos** y la segunda al **derecho** —al modo de **resultandos** y **considerandos** de una sentencia judicial— para volver a reunirlos en la *prudentia* de la resolución (v.g.: SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, (1975). *Los principios clásicos del derecho*, Madrid, Unión Editorial). Valga, hasta que se incurra en la dislocación de los elementos al modo *Sein/Sollen* que criticamos en el presente ensayo; los abusos por falsa oposición de Naturaleza y Cultura, que señala LEGENDRE, Pierre (1996). *El inestimable objeto de la transmisión, Estudios sobre el principio genealógico en Occidente*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 127). Las normas (todas) son también hechos, participan del ser, están en la realidad del universo-mundo. Empezando por el '*imperativo genealógico*' (OST, *El tiempo...* (7), p. 4).

74. VILLEY, *Philosophie...* (13), II, pp. 70s. | KUNKEL, Wolfgang (2003). *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, Ed. Ariel, pp. 111 *pássim*. || Cabe resaltar una diferencia crucial acerca de un punto que no se trata en estas páginas más que por mención: **la prueba**. En el proceso judicial la verdad o no de las afirmaciones de cada parte relativas a hechos (salvo excepciones: hechos admitidos, notorios), es objeto de prueba, regulada según el principio racional de carga de la prueba (*onus probandi*): a cada parte le corresponde demostrar la verdad de sus afirmaciones relativas a hechos. En cambio, contemporáneamente, el derecho –cual hecho notorio– no requiere prueba de su existencia (aunque para afirmar el **decir** de una norma – ‘interpretación’– se recurre a **hechos** que lo avalen, lo cual deshace la construcción que considera **hechos** y **normas** por separado –Ordinal III, § 10 *in fine*; *vid.* (45), (74), amén de que se lo presume (mejor) conocido por el tribunal (*iura novit curia* –*vid. infra* (135)). || La tecnicidad del proceso, pautada por la preponderancia de la prueba racional de los hechos, y su evaluación, ha sido una costosa conquista de la civilización –particularmente tardoromana y romano-canónica–S. XII: *ordo iudiciorum*, los órdenes procedimentales, que tendieron a adoptarse entonces. STEIN. *El Derecho romano... supra* (3), p. 83.– que fue superando paulatinamente los magicismos, ordalías, juramentos, mera convicción del juzgador que la precedieron a todo lo largo y ancho de la historia, y que tienden a reaparecer cuando cunden los irracionalismos, en cualquier tiempo y lugar.|| Adviértase que ‘civilizar’ significa llevar el *ius civile*, la *civitem* propia de los romanos a los territorios y poblaciones anexadas e integradas al Imperio. Frente al juramento y la ordalía: «*El derecho romano impone su sistema general de pruebas racionales: el testimonio y la crítica del testimonio, los indicios materiales, la escritura autenticada, etc. No es exagerado decir que el derecho romano anuncia el espíritu de positividad característico del método científico. Es significativa esta fórmula de los juristas medievales: “pura y simplemente el hecho en sí” –simpliciter et pure factum ipsum*” –. “*El retorno medieval del derecho romano trae aparejada también otra consecuencia, que prepara, con mayor profundidad y a más largo plazo, el auge del método científico en la civilización de Occidente. La racionalidad de las pruebas en los procesos es tan sólo un aspecto de la lucha que va a entablarse entre la Cristiandad y la magia en todas sus formas. La magia va a ser sistemáticamente criminalizada.*» LEGENDRE, Pierre (2008). *El tajo*, Buenos Aires, Amorrortu, pp. 34,35; secuela del *ius in causa positum est*, el derecho procede de la ‘cosa’, en sentido jurídico (*causa*: significación jurídica de un hecho de la realidad —D. 9.2.52.2: *vide infra* (138). *Da mihi facta, dabo tibi ius* (SCHIAVONE, *Ius. La invención....* (7), p. 631) reza el refrán medieval: dame el hecho y te daré el derecho; *ex facto ius oritur* (Bártolo-Baldo); el derecho nace de la realidad de los hechos, y es, pues, su significación jurídica o, dicho de otro modo, la significación de los hechos desde el punto de vista de la **justicia**, su sentido discernido en una *relación* de igualdad directa o proporcional entre hombre/s-cosa/s-hombre/s-sociedad.|| *Et vid.* D’ORS, Á., *Derecho Privado...* (15), p 59.

75. La sentencia tiene que tener sentido (lo presupone) para ser sentencia. Y para que algo pueda tener sentido primero ha de existir el sentido. Repárese en el sentido primordial de la voz ‘sentencia’ (lat. *sententiā*) –como cualidad, acción o efecto de *sentir*– cuya comprensión no se presume puramente racional abstracta, pues en el sentir está el cuerpo que siente. (A su vez el filósofo español Xavier Zubiri habla de la “*inteligencia sentiente*”). | Este asunto del sentido de la sentencia en el lenguaje está lleno sentido, se imbrica en la mayor profundidad del pensamiento hasta que lo rebosa. No se trata de jugar con las palabras sino de tomárselas en serio: cobrar consciencia, darse cuenta de la densidad significativa ínsita en sus estratos. Porque el sentido es cosa seria; es lo más serio que hay: se ‘da la vida’ por un sentido. Para que el sentido sea sentido, en sentido fuerte, hay que sentirlo, hay que ‘ponerle el cuerpo’. | Y no se soslaye la yuxtaposición semántica palabra/sentido/vida: ‘dar la palabra’ es dar el sentido pleno (“*palabra plena*” –Lacan), sentido entero que es la propia vida: ‘dar la palabra’ es dar la vida, ídem exigirla.|| Sentido compartido = sentido común, que no debe acepcionarse como sentido vulgar, sino que debe entenderse cualitativamente para equivaler a buen sentido (*bon sens*); porque si fuera mal sentido no tendría sentido, obviamente.|| Y en este punto es útil señalar que lo contrario de la locura, es la cordura, que es corazón, la *sensatez* –que es sintiente, sensorial, sentida. Las ‘*razones del corazón*’, de la admonición de Pascal, que era filósofo y matemático; y que hoy directamente interesan a la ciencia, véase: <https://sanacionholisticasalamanca.wordpress.com/2014/11/04/el-corazon-tiene-cerebro-annie-marquier-matematica-e-investigadora-de-la-conciencia/> | La razón es mucho más que lo que puede explicar el racionalismo; de ahí que la **razonable** propuesta de Recaséns –*infra* (83)– sea **tan racional**, pues acude a rescatar la **racionalidad/razonabilidad** de la razón de la inflamada restricción racionalista [adviértase el -ismo, -ista –*infra* (6)]. || [Para la doctrina aristotélica y tan luego para la teología católica, el cuerpo es la forma del alma: lo cual impone la solidaridad, la unidad de ambos elementos, su no escisión (ni siquiera entre razón y voluntad: falsa disyunción analítica) [Aristóteles lo expresa a la inversa: el alma (da) forma al cuerpo (materia), “como la vista al ojo”, dice –pero el significado de la formulación es el mismo]; donde está el cuerpo está el alma: lo que se le hace al cuerpo, se le hace al alma; lo que hace el cuerpo, el alma lo hace. La palabra tiene sentido porque es cuerpo y alma, alma y cuerpo (Juan 1:14: ‘El Verbo se hizo carne’. –*vid. supra* nota (5)–; y el lenguaje corriente testifica que el sentido se **desentraña**, tanto como llegar al **corazón** de algo es acertar en lo principal. Del *logos* hecho carne participa el hombre, fusión de *psique* y *soma*; si así no fuese el hombre mismo sería impensable, inane y desnudo, desesperado y loco, **insensato**, ante el caos, la finitud y la extinción; el **sentido** permite y hace la **sensatez**, donde se fundan la fe y la esperanza, el pan de vida.] |

Bien cabe subrayar aquí, en el plano habitual de lo que en las disciplinas jurídicas se llama interpretación que, para el realismo clásico, la aplicación, concreción o creación del derecho no constituyen el *posterius* de un derecho –presumido como preexistente– sino el *quid* mismo del derecho, que no conoce otro modo de existencia que el enunciado por Engisch como un camino de ida y vuelta, «ir y venir de la mirada entre la premisa mayor y el caso vital» –como *feedback*, retroalimentación–. Es así que

[...] norma y caso, que según la metodología tradicional sólo se unirían tras la subsunción deductiva [del caso en la norma] tienen que relacionarse paulatinamente en el acto de la obtención del derecho, deben desarrollarse y concretarse mutuamente y, por tanto, se presuponen. Con ello se dinamiza la relación entre norma y caso real. La aplicación de la norma se convierte en concreción de la norma [en presencia del caso real]; la decisión del caso llega a ser constitución del mismo [con ayuda de la norma]. Norma y caso real se producen mutuamente en el proceso de la aplicación de la norma o de la decisión del caso real.⁷⁶

11. Sto. Tomás de Aquino. Rudolph von Ihering. Valga resaltar otra vez que la patente analogía, el notorio paralelismo entre el método dialéctico y el procedimiento judicial no es un hecho aleatorio ni puede atribuirse a la casualidad; y, aun, que si no fuera por sí misma –esa presencia eminente del método dialéctico– el elemento

| Por el contrario, el idealismo moderno, especialmente al modo de cierta teología protestante, el neoplatonismo, el cartesianismo, el kantismo, Hume, Poincaré, practicarán un corte ontológico, que descompone, fragmenta, desintegra la realidad en, por un lado, mera facticidad neutra, empírico-empirista, y, por otro lado, aparte y sin conexión, razón, voluntad, concebidos como meras idealidades, cual si no fueran elementos constitutivos de lo real y que se presentan unidos en el ser y el accionar humano. (Recuérdese que la exitosa doctrina jurídica de Hans Kelsen se asentaba axiomáticamente sobre el artificio dual *Sein: ser / Sollen: deber o deber-ser*, postulada como ‘verdad’ científica. Imperativo y útil sería entretanto inquirir, como Viktor Frankl, por el *Sinn*, el Sentido –*vid. supra* nota (34)– y abordar el asunto desde una epistemología más exigente, no de una pseudociencia extraterritorial.). De semejante artificio o amputación practicada a la realidad (a la integridad de lo real) derivan –filosóficamente– el racionalismo, donde entra la escuela **moderna** del derecho natural–, los positivismos en general, los ‘realismos’ últimos. || Ese modo de ver, en los hechos, favoreció el avance científico y técnico, en la medida que permitió una observación objetiva de la materia, realizada por la Física, la Química, etc. | En cambio, si ese modo de ver es extraterritorializado, injertado en el ámbito filosófico, o simplemente del pensamiento libre, especulativo o práctico, en la medida en que una cierta mentalidad traspone sus límites, pierde su modestia y pretende someterlo ‘todo’ a su modo de observación, autoerigiéndose en validante o invalidante de cualquier conocimiento, lo que aparece es paralización o retroceso, como acaeció en el pensamiento del derecho. Peor aún: se escoge un ‘método científico’ y se decide someter a él la realidad a conocer; luego, lo que el tal método no puede abarcar se decide dejarlo fuera..., todo lo mucho que a ese pretencioso observador le resulta inmedible se iguala a cero. (Así ocurre nada menos que con la Justicia (razón de ser del derecho) en el método kelseniano: puesto que el método de la ‘teoría pura’ no puede dar cuenta de ella, se la tilda de irracional o metafísica y se la descarta; cuando, obviamente, lo sensato y razonable sería descartar ese método insuficiente...) || En defensa de la auténtica ciencia tengamos presente que unos tales excesos le están vedados (a la ciencia) por sus propios principios epistemológicos, pero que muchos ‘científicos’ –sobre todo porque no lo son– se complacen en preterir. || Por supuesto que la labor metafísica no es ‘científica’ en el sentido restrictivo moderno. Mas el hombre, que habla, lleva y trae *logos*, sentido, es un animal naturalmente metafísico por lo cual excede en mucho la reducida esfera de conocimiento y acción de la ciencia –salvo que se caiga en el error ‘cientificista’ denunciado, y se pretenda reducir toda la realidad a lo que un modesto instrumento de observación o medición alcanza a ver o medir–. En suma, el hombre no traspone el misterio...: “¡Eh, tú!, tú que sabes lo que pesan las piedras y lo que corre el viento, ¿cuál es la velocidad de las tinieblas o la dureza del silencio?” FELIPE, León,(1929). “Versos y oraciones del caminante” y “De la tragedia de la ciencia nace el arte.” ORTEGA y GASSET, José (1966). *Adán en el paraíso*. Obras completas, Madrid, Revista de Occidente, T. I, p. 482.

76. Hassemmer, “Hermenéutica... (65), p. 82s. || Et cf.: André-Vincent, Philippe Ignace OP (1972) “L’abstrait et le concret dans l’interprétation”, *Archives philosophie du Droit –APD*, Paris, Sirey, t. 17, pp. 135-147.

dirimente en cualquier disputa teórica acerca de lo central de la metodología jurídica –y con ello de la naturaleza de lo jurídico– como a nosotros nos parece evidente, al menos debería llamar y ocupar mucho más la atención de los doctrinarios, teóricos, filósofos del derecho.

Resulta frecuente que no se lleve hasta las últimas consecuencias las implicaciones filosófico-ontológicas de la irrupción de estos acuciantes asuntos de metodología en el panorama general del derecho. Empero, a juicio de Michel Villey –valorado como el gran restaurador del realismo clásico en el siglo XX⁷⁷–, la irrupción de la **tópica**, de la **retórica**, de la **teoría de la argumentación** –técnicas subsidiarias de la **dialéctica**–, refleja la necesidad de las disciplinas jurídicas en crisis de volver a repensarse

77. Una sustancial guía de fondo para la elaboración de la presente exposición, respecto de la relevancia y pertinencia del método dialéctico en el derecho, se funda en las investigaciones y enfoques aportados por el profesor Michel Villey (1914-1988), romanista, historiador del derecho y del pensamiento jurídico: “...uno de los más notables iurfilósofos de nuestro siglo”, *apud.*: GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1988). “Prólogo”, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Universidad de Oviedo, Editorial Civitas, p. 16; asimismo, HERVADA, Javier consagra enteramente el párrafo final de su rigurosa *Historia de la Ciencia del Derecho Natural* (1996) —Ed. Universidad de Navarra, y de su *Síntesis...* ídem, ed. EUNSA, (2006) — a MV, de quien afirma: “...con él se ha producido el verdadero resurgir de la teoría clásica del derecho natural”, pp. 329 y 129, respectivamente. Recurren con interés referencial al profesor francés, desde el derecho, la filosofía y la historia, entre otros –menciono sin orden ni exhaustividad (y cabe incluir a **Georges Kalinowski**, **Jean-Louis Gardies**, sus colegas y amigos, con quienes mantuvo célebres debates, fuertes y respetuosos– a usanza dialéctica): Alain Supiot, **Chaim Perelman**, Henri Batiffol, Paul Foriers, Ian Thomas, Stephans Rial, Gilles Plante, Aldo Schiavone, Paolo Prodi, Stéphane Bauzón, **Marie-France Renoux-Zagamé**, Alfred Dufour, **Henri Lepage**, **Vincent Descombe**, Álvaro d’Ors, Juan B. Vallet de Goytisolo, Juan Antonio García Amado, Luis Figa Faura, Olivier Jouanjan, François Vallançon, Alejandro Guzmán Brito, Francisco Puy Muñoz, Rodolfo Vigo, Alfredo Gustavo di Pietro, Renato Rabi-Baldi Cabanillas, María del Carmen Fernández de la Cigoña Cantero, Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo, Patricia Bastidas, Carlos Raúl Sanz, Evaristo Palomar Maldonado, Jean-Pascal Chazal, Juan Manuel Blanch Nougés, Stephen Toulmin, Gerhard Struck, Gerhard Otte, François Terré, Juan Pablo Pampillo Baliño, Abelardo Levaggi. MV, ha sido traducido, editado y estudiado en Europa y en toda América, de Chile a Canadá. En la Facultad de Derecho de la U. de la R. mereció la atención de la cátedra de Filosofía del Prof. Hugo Malherbe –que nos reafirmó la valía de MV, en nuestros primeros acercamientos–, y la publicación de los profesores Luis Meliante y Alicia Castro, indicada *infra* (136). Enrique Pedro Haba, fue su discípulo presencial y no deja de mencionarlo y citarlo. || (En Francia, desde los años ’50, MV recuperó los altos estudios de filosofía del Derecho, y ejerció durante decenios la dirección de los célebres *Archives de Philosophie du Droit* –APD. Actualmente, el *Institut Michel-Villey pour la culture juridique et la philosophie du droit* es un centro de investigaciones vinculado a la *Université Paris-II Panthéon-Assas*, como continuador del *Centre de philosophie du droit*, largo tiempo conducido por MV. Su obra continúa siendo reeditada (PUF, Dalloz), y a ella se ha añadido póstumamente *Les Carnets (Réflexions sur la philosophie et le droit* –1995). La lista de sus libros editados como tales, con exclusión de numerosísimos artículos y conferencias aparecidos en revistas y publicaciones en diversos países, comprende: *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1957, 2^e édition, Dalloz, 1962; *La Formation de la pensée juridique moderne*, Montchrétien, 1975; rééd. PUF, coll. Quadrige, 2003; *Précis de Philosophie du droit, Définition et fins du droit, Les moyens de droit*, I y II, 1975, 1978; reed. 2 tomos, 1980-1982; nueva reedición en un tomo único, Dalloz, 2001 del cual hay dos versiones en español (tituladas respectivamente: *Compendio de Filosofía del Derecho* y *Filosofía del Derecho*) editadas la una por EUNSA, Navarra, 1979 y la otra por SCIRE, Barcelona, 2003); *Le Droit et les Droits de l’homme*, PUF, «Questions», 1983, rééd. 1998; *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969; *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, 1985; *Le Droit romain*, PUF, 1a. ed. 1945, 10^eme. éd. 2005. PUF, Collection *Que sais-je?: Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Montchrétien, 1945; *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*, PUF, «Questions», 1987. *Carnets*, PUF, Paris, 1995. [Salvo indicación distinta, la traducción de los textos franceses de Villey en esta presentación corresponde a su autor.] Distintas universidades argentinas y chilenas han editado artículos reunidos bajo forma de libros desde el decenio 1960 (Universidad de Valparaíso, Universidad de Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, entre otras). || Asimismo las obras y el pensamiento de Pierre Legendre, Peter Stein, Aldo Schiavone, Louis Lavelle, Alfredo Di Pietro, Álvaro d’Ors, Paolo Prodi, Henri Meschonnic, François Ost, Viktor Frankl, entre otros, están en la base de composición del presente ensayo. Como decíamos páginas arriba, prácticamente todo lo que se puede saber se aprende de otros; sobre todo de aquellos que invitan, incitan a pensar.

en profundidad sobre bases diferentes a las que predominaron en la modernidad, para reencontrar su identidad y su metodología: su ontología, el pensamiento de su propio ser; su propia filosofía.

Villey –en ese contexto, uno de los pensadores de historia y filosofía del derecho más importantes de nuestro tiempo– actúa con modestia. No pretende, al modo vanidoso que tanto afecta el campo del saber, proponer una nueva doctrina bajo su firma, sino contribuir a reconocer que hay una mejor que las modernas y contemporáneas, aún en boga en el siglo XX: la doctrina del Derecho Natural Clásico o Realismo Clásico, dispuesta desde hace 2400 años, y que fuera larguísimamente utilizada con provecho; pero que, en detrimento del derecho, se dejó de lado por ignorancia, error, confusión.

Al respecto, resulta de expresiva y contundente actualidad un fragmento de Ihering, transcrito por Villey: “...*Lorsque un lecteur le signala l’existence de la Somme Théologique. Il lut la Somme et il répondit...*”. *Id est*: tras haber conocido y leído –por sugerencia de un lector– la **Summa** del Aquinate, Rudolph von Ihering, autor del colosal *El Espíritu del Derecho Romano* (1852), decenios después, tras una vida de estudio, lucha intelectual y celebridad mundial, escribe literalmente en *Los Fines del Derecho* (1898):

Estoy asombrado de que haya sido posible que tamañas verdades, después de haber sido alcanzadas, hayan podido caer totalmente en el olvido dentro de nuestros conocimientos protestantes. Si hubiésemos podido seguirlas, cuántos recorridos sin destino nos habríamos ahorrado. Probablemente no hubiera escrito mi libro si las hubiera conocido a tiempo.

Lacónico, Villey anota: “*Ihering era de la misma especie que santo Tomás, un universitario honesto.*”⁷⁸

IV.– *Lectio, quaestio, disputatio*: –Aproximación a la praxis dialéctica medieval–
Presentación de un ejemplo escolástico. [§§ 12 a 17 –notas 77 a 98]

*Toda vuelta a la historia es una huida del presente sólo para la persona que no comprende que todo lo presente sólo puede ser entendido únicamente como histórico.*⁷⁹

§ 12. Si bien su fuente primordial se halla, decíamos, en la teoría y la práctica filosófica griega, y ocupó el centro neurálgico de invención en la multisecular jurisprudencia romana –que testimonian los textos conservados–, nos limitaremos a examinar el arte

78. VILLEY, M (2003). *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, p. 165, que a su vez indica –en nota 2, al pie de página– la referencia a VON IKERING, Rudolph (1898). *Der Zweck im Rechts*, Leipzig, Breikpf und Härtel, t. 2, p. 126).

79. WOLF, Erik (1965). *El Origen de la Ontología jurídica en el pensamiento griego*, Córdoba, Ed. Univ. Nac. de Córdoba, 1965. || Y Ost: «...una sociedad despojada de sus raíces, huérfana de su historia, ve obturado su acceso al futuro. [...] Tiene razón R. Sue cuando escribe: “El presente, siempre fugitivo, hoy se constituye como la principal representación del tiempo, símbolo de una sociedad que ha perdido su creencia en la historia.” Como si el pasado, definitivamente consumado, ya no tuviera nada que decirnos, y el futuro, decididamente demasiado incierto, hubiera dejado de reclamar el ser edificado desde el hoy.» (OST, *El tiempo...*, (7), pp. 24/25)

del diálogo, del procedimiento dialéctico, a través de los modelos ejemplares que provee la escolástica medieval, que nos resulta más próxima por su orden y vocabulario.

Tómese debida cuenta de cómo se sigue una secuencia procedimental: *Lectio, Quaestio, Disputatio, Conclusio* –que guarda singular analogía con el proceso judicial: planteamiento del caso, contradictorio de partes alegantes, confrontación y examen de las respectivas proposiciones (verificaciones, probanzas, **falsaciones**), dictamen de cierre final–; lo cual demuestra la trascendencia teórico-práctica; y tan luego filosófica que esta metodología lleva en sí, en cuanto modo racional de conocer y decidir lo que se tiene por **verdad**.⁸⁰

En el siglo XIII, como en la Grecia antigua y la Roma clásica, la enseñanza/aprendizaje se cifra en una estructura y sigue una cadencia, propias de la imperante cultura aural/oral,⁸¹ potenciada por el florecimiento de los gérmenes intelectivos (conceptos y/o preconceptos) cuasi subterráneos que el cristianismo, a lo largo del medioevo, había venido decantando sin prisa y sin pausa desde el descaecimiento del Orbe Romano occidental.

80. PERELMAN, Chaïm (1962). “Ce qu’une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe”, *APD- Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, pp. 42 ss. || Con mayor hondura y perspicacia trabaja sobre el tema desde un enfoque interdisciplinario Pierre LEGENDRE, que se ocupa de los modos de establecer la verdad, y su principalísima expresión jurídica *L’empire de la vérité* (126), *Les enfants du texte* (38) y en toda su vasta obra producida desde hace cuatro decenios, *vid. sus Leçons* y notas (12), (43). | Otro aporte colateral es el de FOUCALT, Michel –autor más divulgado, no más importante que el citado predentemente– como puede consultarse en el conjunto de conferencias reunidas bajo el título (1980) *La verdad y la formas jurídicas*, Barcelona, ed. Gedisa.

81. Sobremanera hasta la invención y difusión de la imprenta en el siglo XV que –amén sus innumerables ventajas y beneficios– produjo grave mella en el hábito y ejercicio de la facultad humana de memorización. Cicerón anota (*De Legibus* II, 23) que los niños romanos así aprendían y recitaban las *XII Tablas*; Edward Gibbon, él mismo un prodigio de memoria activa, resalta esa aptitud en el capítulo XLIV, dedicado íntegramente a la *iurisprudencia*, de su monumental *Historia de la decadencia y caída...* (47); STEIN, Peter, entre otros, da cuenta (*vid.: El Derecho romano...* (3), p. 66) de que los juristas de la Escuela de Bologna estaban tan familiarizados con el *Corpus Iuris*, que referían cualquier fragmento utilizando sólo las primeras palabras. Para comprender lo que nos puede parecer un prodigio, hay que ‘sentir’ el mundo de aquellos hombres no presionados por el asedio de solicitudes de hoy. || *Vid. supra* nota (18). || Judíos, cristianos, musulmanes llevaron durante siglos los libros **sagrados** en la boca. (Libros, como los nuestros o similares, no había, o eran de muy difícil acceso, y muy pocos sabían leerlos; asimismo se desconocían los usos de la lengua (idioma) en que fueron escritos, en buena parte muchas centurias atrás). La memoria conservaba y transmitía el recitado de los relatos primigenios, o de los libros y poemas épicos o sagrados de pueblos y religiones. Y aún se constata esa capacidad, asombrosa para nosotros, en algunas personas pertenecientes a pueblos aislados de la actualidad, apartados de las culturas escritas e imprentarias. | Henri Meschonnic, poeta y lingüista erudito, traductor de los textos bíblicos masoréticos, ha demostrado las carencias de las ciencias del lenguaje centradas en el signo escrito, para comprender la integridad del sentido, sin atender el ritmo. *Vid. ampliamente: MESCHONNIC, Henri* (2004). *Un coup de Bible sur la Philosophie*, Paris, Bayard, (hay versión española: *Un golpe bíblico en la Filosofía*, Ed. Lilmod, 2008), *Critique du rythme*, Normandie, France, Ed. Verdier, . | BENVENISTE, Émile, (1966). “La notion de ‘rythme’ dans son expression linguistique”. *Problèmes de linguistique générale*, pp. 327-335, Paris, Gallimard. || Es posible sospechar o creer que, en ese punto, la cultura aural/oral pudiera ser superior a la nuestra, y más todavía si el flujo incesante de imágenes huera desplaza el discurso –conceptual, articulado, sintáctico, prosódico–significador de las palabras. | VARGAS LLOSA, Mario, emplea la expresión “deterioro de la palabra”, degradada por el ‘*mainstream*’, ahogada por imágenes en *La civilización...* (4), pp. 22, 48 *et pássim*. | (Convendremos en que no implica lo mismo meditar frente al *Crucifijo*, la *Madonna*, o un *Mandala*, que ante una zapatilla *Nike*, una botella de refresco, o el último modelo de lavarropas). El espacio de la palabra es el espacio de la razón; razón que aspira naturalmente a la verdad, y que se nutre de lo simbólico. Ese espacio, metafísico –humano por antonomasia–, hoy se nos presenta a la vez saturado de voces, enteco de significación e invadido por imágenes y signos icónicos o digitales, no porque no exista otro lenguaje que el de nuestras voces articuladas sonantes o escritas –como lo muestran la música, la arquitectura, las matemáticas, la pintura, la gestualidad, la danza...–, sino porque aquellos que proliferan se ciñen a inducir o producir meras **reacciones**... y no a reclamar ni solicitar **respuestas** comprometidas, recíprocas, raigales o razonadas, a las que más bien obliteran o repelen... | No es asunto de parecer ‘apocalíptico’, sino solamente de describir lo que pasa. *La terre est ronde...*, el mundo cambia; ya veremos.

13. *Lectio, Quaestio, Disputatio*, configuran el esquema formal de organización ordinal del procedimiento reglamentado en la universidad medieval y renacentista. Mas no se trata solamente de seguir por inercia un recorrido prefijado sino de **provocar** el desarrollo de un proceso; en sentido fuerte, *id est*: generar y desarrollar un itinerario reglamentado como conjunto de actividades o eventos (coordinados u organizados) que se realizan o **sucedan** (alternativa o simultáneamente) en ciertas circunstancias, determinadas condiciones acordadas y con un fin determinado.

Puede compararse con un moderno ‘protocolo de investigación’, aunque caracterizado –en razón de su materia– por una mucha mayor flexibilidad y amplitud de miras. Hemos indicado expresamente una y otra salvedades porque objetivos, diseño, metodología y consideraciones tomadas en cuenta para la implementación y organización del procedimiento dialéctico no deben quedar constreñidos por las modalidades de investigación o experimentación científica en acepción rígida.

Sin embargo, a semejanza de estas, implica una racionalidad fuerte que permite controlar su planteamiento y desarrollo, examinar, evaluar e interpretar etapas y resultados, percibir y rectificar el desvío o la arbitrariedad. Esta racionalidad, cuando está referida a la comprensión del derecho, no lleva la impronta de exactitud de la ciencia física y matemática corrientes, claro está.⁸²

La racionalidad atinente a la comprensión del derecho ha sido designada como ‘lógica de lo razonable’⁸³, elocuente expresión, indicativa de unos límites elásticos pero no inciertos: lo que está a uno y otro lado de la recta geométrica racional, la flexión, el balance, el pandeo⁸⁴ que permiten mejor el sostenimiento, la estabilidad y el equilibrio que la mera rigidez.

En este orden de observaciones, es menester destacar que la **dialéctica** proporcio-

82. Sin considerar las incertidumbres abisales a que han conducido a lo largo del siglo XX y conducen en la actualidad las investigaciones en estas áreas de las ciencias llamadas ‘duras’ –físicas, naturales, aun matemáticas– que restringen, cuando no aniquilan, las premisas radicales de estos conocimientos, y obligan a imaginar nuevos paradigmas: **teoría del caos**, **principio de incertidumbre** derivado de la **mecánica cuántica**, asociados a los nombres emblemáticos de Albert Einstein, **Werner Heisenberg**, Ilya Prigogine, Thomas Kuhn, entre otros, temas atractivamente presentados, v.g., VVAA, **GIOVANOLI, Renato** (Editor), (1987). *Ensayos sobre ‘El nombre de la rosa’*, de Umberto Eco., Barcelona, Lumen.

83. RECASÉNS-SICHES, Luis (1986). *Tratado de Filosofía del Derecho*, México, Ed. Porrúa, pp. 641-665. **Recaséns (1903-1977)** fue un **filósofo** del **derecho hispano-guatemalteco**, que considera el **Derecho positivo** como regulación de la conducta humana, y elige entre varias posibilidades de esta conforme a criterios de valor que no pueden obtenerse de la experiencia. Toda **axiología** supone unos fundamentos **a priori**, sin excluir la presencia en el Derecho de elementos empíricos. En esta vía media entre lo formal y lo empírico se sitúa la ‘*lógica de lo humano o razonable*’ –RECASÉNS-SICHES, Luis (1973). *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, México, ed. Porrúa, pp. 281 ss– como mediación entre teoría (los principios del ordenamiento jurídico) y **praxis**: su aplicación a la vida humana. El **logos de lo razonable** sobrepuja la razón histórica de **Wilhelm Dilthey**, la razón vital de Ortega y Gasset, la razón de la experiencia práctica de **John Dewey**. Tal lógica la expone en *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho* (1ª edición, México, 1956), y empalma con la moderna **tópica jurídica** que estudia en *Introducción filosófica al Derecho* (México, 1970). Recaséns, desde una postura comprensiva y englobante, dialoga con las corrientes modernas de la filosofía jurídica (*Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1963), reclamando un **retorno** a la **praxis**, punto de partida del **D. Natural** Clásico o Realismo Clásico. (*et vid.* v.g.: http://es.wikipedia.org/wiki/Luis_Recasens)

84. Esa necesidad de adecuación concreta a lo real, se manifiesta de manera permanente en lo técnico-científico, como lo demuestra, por ejemplo, la llamada ‘*elipse de tolerancia*’ que maneja la ingeniería de construcción: un puente no puede ser medido exactamente en el ‘plano’ previo, sino luego de efectivamente construido. || El **pandeo** es el movimiento o inestabilidad calculada y habilitada, que se aplica en la ingeniería estructural (en el área de la Física conocida como ‘resistencia de materiales’) para asegurar la estabilidad de su función útil en los pilares y columnas de un puente, por ejemplo, para evitar su efracción o derrumbe.

na antecedentes y motivos por los cuales la investigación se lleva a cabo y permite consignar resultados, y si estos se caracterizan por su precariedad, otro tanto podría decirse de prácticamente todos los conocimientos humanos, por muy protocolizados y certificados que se presenten fuera de lo que pueda considerarse solo inerte o puramente abstracto (un **teorema**, ante todo, se demuestra a sí mismo), cuyo campo en relación con el todo resulta notoriamente reducido. Campo de observación que, como es de toda evidencia, no incluye el objeto del *ars iuris*, necesaria e invariablemente ponderativo.

14. Hemos dicho que **lo justo** (=el derecho) es una realidad viva de las relaciones humanas que se describe como el buen o mejor reparto de bienes y de cargas entre los hombres: un *ison*, un *aequus*, cierta igualdad, distribución equilibrada, proporcional, armónica, circunstanciada.

Ello es lo propio y específico del derecho como **objeto**: lo que mejor tiende hacia **lo justo**.⁸⁵

En el modelo provisto para la elucidación u obtención de ese objeto-objetivo –o sea, en el método o proceso (lógico-dialéctico) de conocimiento de la verdad de **lo justo**– existen determinados componentes necesarios o estructurales característicos.

15. En la universidad medieval, la **Lectio**⁸⁶ (lección) era la **lectura** de algún texto de

85. Un **justo medio** –μέσος, *mesótes*, *tó mesón*– entre el defecto, lo que falta, y el exceso, lo que sobra; a cada cual lo que le toca; ni más, ni menos. | “Llamo término medio de la cosa al que dista lo mismo de ambos extremos, y éste es uno y el mismo para todos; y relativamente a nosotros, al que ni es demasiado ni demasiado poco, y éste no es ni uno ni el mismo para todos.” –Aristóteles, *Ética* a Nicómaco, Madrid Instituto de Estudios Políticos. Colección Clásicos Políticos, 1970. “He aquí por qué siempre que hay contienda, se busca el amparo del juez. Ir al juez es ir a la justicia; porque el juez nos representa la justicia viva y personificada. Se busca un juez [un tercero] que ocupe el medio entre las partes; y a veces se da a los jueces el nombre de mediadores, como si estuviéramos seguros de haber encontrado la justicia, una vez que hemos hallado el justo medio. Lo justo, pues, es un medio, puesto que el mismo juez lo es. El juez iguala las cosas...” –Aristóteles, *ibidem*, L. V, Cap. IV–. Esta última forma verbal (‘igualar’) bien podría traducirse en español como ‘adecua’, ‘ajusta’, ‘equipara’, lo que en inglés equivale a ‘*remedie of equity*’, la equidad o epiqueya, que Aristóteles explica en el capítulo V, subsiguiente. | Platón, *Politeia*, 284 b c. | “Paul Ricoeur nos recuerda que acceder al universo de las leyes (morales y jurídicas) presupone internalizar una relación simbólica que está representada por el uso de los pronombres personales: donde el “yo” se traduce en la presunción de la autonomía del sujeto que habla en primera persona, el “tú” se traduce en el reconocimiento de otros y el “él” que representa una tercera persona.” –OST, *El reflejo...* (28). || Recuérdese: ‘Nada en demasía.’ (μηδὲν ἄγαν, *médén ágan*), rezaba el acápite de Delfos; la βρις *hybris*, la desmesura, es una afrenta a la armonía cósmica, una mancha; el castigo recompone el equilibrio, limpia la mancha. *Vid.* DE ROMILLY, Jacqueline (1973) “Religion et droit dans la Grèce ancienne”, *Archives de Philosophie du droit, APD*, t.18, Paris, Sirey, [pp. 5-16].

86. La **Lectio** medieval (de ahí nuestra **lección**) es la **lectura** en alta voz por parte del Maestro, y debe ser comprendida en un sentido técnico e histórico. La lectura no era cuestión banal; estaba lejos del alcance de cualquiera, miserable o poderoso. Llévase cuenta de que los libros eran objetos raros, que su solo desciframiento –escritos en idiomas que habían atravesado siglos y siglos– era fatiga ardua y erudita; y que, además, la lectura silente, como la concebimos nosotros, fue una adquisición demorada, no antes del S. XV, quizá; (S. Agustín, S.IV, testimonia en sus *Confesiones* la extrañeza de ver a S. Ambrosio ‘leyendo sin voz’). || Latín ‘*légere*’, y del indoeuropeo **leg-* ‘juntar, recolectar’. Emparentado con el griego λέγειν (‘*légein*’ –‘hablar, decir, relatar, declarar’ – en Homero ‘seleccionar, re-colectar, enumerar’) y con λόγος (‘*lógos*’) (latín: *ratio*, *vid. supra* (5) *et al.*) ‘discurso’, ‘razón’, ‘causa’, ‘fundamento’, ‘pensamiento’, ‘argumento’, ‘relación’, ‘ciencia’ (nuestra terminación española ‘-logía’, de *λογα*). La Antigüedad considera ‘leer’ a ‘seleccionar palabras’ en textos o inscripciones, entenderlas y/o **declararlas**, acepcionó ‘*légere*’ (fuerte vínculo con ‘*lignum*’- ‘lo que se recolecta para hacer fuego’ –nuestra ‘leña’). Lo mismo ocurre en alemán con ‘*lesen*’, originariamente ‘seleccionar, juntar’ y luego, como reflejo semántico del latín, también ‘leer’. El ‘*read*’ inglés, por su lado, entronca ‘*raten*’, ‘aconsejar’ y también ‘adivinar’. Los anglosajones lo refieren a ‘adivinar’ o ‘interpretar’ las **runas**, aunque luego lo aplican al alfabeto latino. | Nótese que ‘elegir’, ‘ligar’, ‘religión’, ‘lección’, ‘inteligencia’...,

autoridad. En primer término, por supuesto, la Biblia; luego otros textos religiosos, y aun no religiosos, profanos.

A la **lectura**, entiéndase más bien en sentido de lección o enseñanza, seguían los comentarios de estudiantes y maestros. Estos comentarios estaban guiados por determinadas técnicas interpretativas⁸⁷, destinadas a desvelar o desentrañar los diversos niveles o campos semánticos de los que el texto era portador: literal y espiritual, y este último **género**, a su vez, subdividido en tres **especies**: alegórica, anagógica o mística, y moral.⁸⁸

‘leer’, son voces etimológicamente emparentadas –**leg*: *legare*: ‘ordenar’, mandato, legado, *legatus*; ≠**leeg*: ‘elegir’, leer *lectio*, elección, lección. Vid. BENVENISTE, Émile 1983. *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas, pássim*. Madrid, Taurus; D’ORS, *Derecho Privado...*, (15), p. 63; VILLEY, *Compendio...* II, (77), p. 201.

87. Modalidades gramáticas –categorías, géneros, especies–, o diaréticas, dialécticas y hermenéuticas, caudal de **recursos interpretativos**.| Ve. el libro que nos ha llegado como *Tópicos* de Aristóteles, I, 13 sq. –que Cicerón afirma retomar para el manejo de los *loci communi* por abogados y juriconsultos; respecto de las distinciones y otras operaciones semánticas *ibidem* *Tópicos*, p. 105 b sq. La relación gramática-derecho es una constante histórica, como la de la doble condición de gramático y jurista: así tiene que ser en vista de la naturaleza de ambas disciplinas, en su común intimidad con las reglas y dispositivos del lenguaje, que pasa por Platón, Aristóteles, Q.M. Scaevola, Cicerón, Irnerio, J. Grimm, Andrés Bello. Stendhal confirma: “*Antes de ponerme a escribir una novela leo durante algunos días el Código Civil para formarme el estilo.*” STENDHAL (1884). “*Avant d’écrire, je lis toujours trois ou quatre pages du code civil pour donner le ton*”, *Stendhal et le romantisme: actes du XVe congrès international stendhalien (Mayence 1982)*, Suisse, Éditions du grand-chêne, p. 117 |

88. El término **hermenéutica** deriva del griego “*hermenéuiein*” que significa expresar o enunciar un pensamiento, descifrar e interpretar un mensaje o un texto. (En el marco de esta exposición propondríamos que se trata de un **diálogo con el texto**). Filológicamente, el término suele ser vinculado (aunque se ha demostrado por Károly Kerényi que es otra la etimología –FERRARIS, Maurizio (1988). *Storia dell’Ermeneutica*, N° 0, p.7, Milano, Bompiani) con el aura mito-simbólica que rodea a la figura del dios griego Hermes (es hijo de Zeus, príncipe de los dioses, y de Maya; en Roma se le llama Mercurio). Hermes es el encargado de mediar entre los dioses o entre estos y los hombres. Dios de la elocuencia, protector de los viajeros y del comercio, Hermes se ocupa de transmitir a los hombres los mensajes y órdenes divinas para que estas fueran tanto comprendidas, como acatadas de manera conveniente. || ‘Hermeneuta’ es quien se aplica a interpretar y desvelar el sentido de los mensajes, haciendo que su comprensión sea posible y todo malentendido evitado, favoreciendo así la eficiencia de la función normativa del mensaje. || **Aristóteles** escribió un *Peri hermeneias* como parte del *Organon*, que versa sobre el análisis de los juicios y las proposiciones; es un examen del discurso, pues sólo desde su interior la realidad se manifiesta. La hermenéutica se constituyó fundamentalmente como arte (*techné*) de la interpretación. | En el siglo XIX deviene disciplina autónoma, configurándose –con Schleiermacher– en una teoría general dedicada a la correcta interpretación de un autor y su obra textual. Años más tarde, Wilhelm Dilthey (1833-1911) amplió su ámbito a todas las “ciencias del espíritu”. Actualmente entendemos por **hermenéutica** aquella corriente filosófica que, hundiendo sus raíces en la fenomenología de Husserl y el vitalismo nietzscheano, se afianza a mediados del siglo XX y tiene como máximos exponentes a los alemanes Hans-Georg Gadamer (1900–2002) y **Martin Heidegger** (1889-1976), los italianos Luigi Pareyson (1918-1991) y Gianni Vattimo y el francés Paul Ricoeur (1913-2005). Todos ellos adoptan una determinada posición en torno al problema de la verdad y del ser: la primera definida como fruto de una interpretación y el ser (mundo y hombre) como una gran obra textual inconclusa que se comporta de manera análoga a como lo hace el lenguaje. (No se puede dejar de atender a Meschonnic, Bénéveniste, Briceño, para cobrar consciencia de los aspectos más ‘audibles’ de las carencias actuales del saber sobre el lenguaje.) || Hermenéutica –interpretativa– la lección de Aristóteles y, por ende, **hermenéutico** también este pequeño ensayo, y aun nuestra vida entera (más allá y más acá de la *techné*..., el hombre interpreta como respira). || La hermenéutica está hoy en el centro del mundo intelectual y académico impregnado por las ciencias y disciplinas del lenguaje y ha ampliado también los horizontes de la semántica, de la búsqueda siempre inagotable del significado. TAMBA-Mecz, Irène (1989). *La semántica*, Barcelona, ed. oikos-tau, p. 125. || “*La tríada emisión, soporte comunicativo y recepción ha informado a la humanidad desde los comienzos de la historia. La producción de mensajes y su interpretación receptiva –que es siempre traducción, incluso en el mismo lenguaje– ha sido esencialmente una constante.*” STEINER, *Gramáticas...*, (20), p. 279. || Recientemente se ha presentado una diada heurística –o esquema ordenador para la comprensión del derecho– una presunta axial contraposición analítica *interpretatio / hermeneusis*. PAMPLLO BALIÑO, *Historia general...* (32), numeral 3.2.3. || Algún autor ha señalado que Hermes –en su infatigable ir y venir escatológico–esjatológico– ha llegado a forjar la Hermosura... (la etimología más tradicional deriva del latín *formosus* = *hermoso*, por trasposición del griego *morphé* = *forma*); sin embargo *hermae*, *hermarum* de-

A cada paso, las diferencias de opinión o las dificultades de comprensión daban lugar a interpretaciones no concordantes. La presentación de la *discordantia*, dicho de otro modo: si tal cosa es así o no es así... (*utrum*⁸⁹), es la interrogante, la pregunta, la *quaestio*, cuyo planteamiento habrá que llegar a formular con sumo cuidado, tras desbrozar el terreno, pues si bien en principio todas las dubitaciones son pertinentes y deben despejarse, no es cualquiera la pregunta la que se retendrá finalmente como acápite para la *Disputatio*, sino la que mejor la establezca y encuadre.

La elaboración de los distintos pasos en que se articulan las *quaestiones* da lugar a la *Disputatio*, la fase más directamente controversial, que compone lo medular, lo más específico del método dialéctico. Allí habían de esforzarse los participantes (los estudiantes, generalmente divididos en grupos *ad hoc*) por argumentar *pro et contra*. Incluso solía practicarse la *disputatio* como género independiente de la estructura que estamos describiendo, es decir, aparte de la respectiva *lectio* que la hubiera originado.

Y asimismo se las clasificaba en *disputationes* ordinarias y extraordinarias, según su materia (los textos o las hipótesis de hecho sometidos a cuestión) y su frecuencia. En razón de su materia podían versar sobre *quaestiones quodlibetates* (a gusto o elección libre de los participantes), o bien, sobre *quaestiones disputatae* –había inclusive *vexata quaestio*, asuntos una y otra vez transitados y debatidos en los que no se había arribado a una conclusión satisfactoria–.

Había también *disputationes* extraordinarias o solemnes que se celebraban en unos pocos y determinados momentos del año **lectivo**. A estas solían asistir no solamente alumnos y maestros de la universidad, sino otros interesados e invitados especiales. No eran tiempos de radio, cine, televisión o internet, pero sí de **justas**, torneos, que permitían asistir al enfrentamiento –grave o lúdico, aun si sangriento– de caballeros y nobles. A la vez, en las universidades, otro era el tipo de nobleza o prestigio puesto en juego, con no menos fervor **agonista**⁹⁰ que el que caracterizara al genio ático.

signaba en la antigua Roma los adornos arquitectónicos que llevaban una cabeza de Mercurio –*vid.*: *Diccionario Latino-Español*, Buenos Aires, Sopena, 1953; y aun devenido el mercurio que mide la temperatura... El examen étimo-filológico refleja el juego asertivo entre verdad, belleza y bien, soportes y vectores medulares del Sentido). 89. *Utrum*, equivale a: ‘sí o si no’. Los sabientes maestros escolásticos no acostumbraban tener una sola respuesta a las preguntas que se planteaban. Pedro Abelardo examina con este método las sentencias de la patristica cristiana en su opus titulado *Sic et Non*, de 1140, puesto que con base en el “*desacuerdo que parece haber entre algunas* [de las sentencias distintas de los Santos Padres] *se produce la cuestión*”.

90. *Agonistés*, ἀγωνιστής, combatiente, luchador. | En el *agón* obraba el más alto y noble sentido de la superación: ‘¡Al que me venza con honor en vosotros!’ –brinda el agonizante maestro ateniense – RODÓ. José Enrique. *La despedida de Gorgias*.| También los poetas y dramaturgos concursaban con sus composiciones. JAEGER, Werner, (1946). *Paideia*, FCE, t. I, *vid. agón*. remis. p.423. El *agón* tenía lugar en la oratoria, la gimnástica, las artes... y hasta en la guerra... donde la consideración y la admiración por el antagonista podía ocupar lugar imprescindible. Para comprender el sentido superior del **espíritu agonial**, es preciso salirse de nuestra mentalidad democrática, que puede pecar de rasero hacia la baja, y de tal modo no es fácil comprender una visión aristocrática del mundo y de la vida (en el buen sentido de la primacía de lo mejor: ριστοκρατία, *aristokratía*, de ριστος *aristos* excelente –κράτος *kratos*, dirección, primacía, poder–). Es menester pensar la cultura, no en sentido antropológico (que es *todo lo que el hombre hace*), sino tal como la entendían los antiguos, y aun los medievales, *i.e.*: lo importante y destacable del quehacer humano. (También la entendían así los renacentistas..., y los modernos..., hasta la explosión igualitaria, que cuenta dos siglos). Más inmediatos en el tiempo, José Ingenieros, u Ortega y Gasset proponen el espíritu de superación y referencia a **lo superior**, de la que carece el ‘*hombre-masa*’, el masificado, cómodo, inerte. La moral heroica es de sacrificio, de autoexigencia permanente, de resistencia a la villanía y la mediocridad (recuérdese, *v.g.*: la visión del mundo de Don Quijote, o los *knights* de las leyendas artúricas) que miraba y calibraba según la nobleza, la munificencia, la valentía, la gloria. En una palabra, valores distintos de los que imperan cuando el lente es el del mercado que como “*todo necio/ confunde valor y precio*”*; o la grisura

Por último, sobreviene la fase conclusiva, el cierre del debate, por cuenta del Maestro, con la extracción de la *solutio*, la *conclusio* o *determinatio* a que ha sido posible arribar; veremos con qué características.⁹¹

§ 16. El desarrollo de este método, en el ‘renacimiento medieval’⁹² vinculado al general reencuentro de los clásicos de la antigüedad, está marcado por

*...el material aristotélico que este ambiente conoció. Bajo el impulso de sus obras, el siglo XIII desarrolla una profundización en la técnica comentarística. Los nombres evocados en la historia del método escolástico dicen relación a los comentarios aristotélicos, que en la segunda mitad del siglo XIII conocen una amplia producción. Las técnicas de estos comentarios son variadas, pero su desarrollo pasa por tres estadios: **proposición, contraposición y solución.***⁹³

opaca de la cotidianidad burguesa, recuérdense, por ejemplo, la ética de vida y muerte de Aquiles: su opción por la vida ‘corta y gloriosa’, su desdén por la vida ‘larga y tranquila’; o las imágenes finales de *La Iliada*, con su juego de contrastes en torno a la figura grandiosa de Héctor. [*la cita es de A. Machado; el tema lo aborda VARGAS LLOSA, *La civilización del...* (6), p. 31 *pássim*.]

91. STEIN, *El Derecho romano*.... (3), p.68, sintetiza el esquema académico practicado por el *glosador* Giovanni Bassiano, sucesor de Búlgaro (segundo de los llamados ‘*Cuatro Doctores*’ que siguieron a Accursio, el autor de la *Glossa Ordinaria* –1227) como cabeza visible de la escuela de Bologna –siglo XII–, de modo análogo al que tratamos de explicar en estas páginas. *Vid.* GUZMÁN BRITO, A., (1976). *Mos italicus-mos gallicus*, Valparaíso, que en p. 27/28 resume el método: «Hemos dicho que el método característico de los comentaristas es el dialéctico-escolástico, esto es, aquel método desarrollado por las escuelas de filosofía de occidente sobre la base de las doctrinas lógicas de Aristóteles conocidas ahora a través de los escritos originales de ese filósofo. El conjunto de operaciones metódicas usados por los comentaristas viene resumido, muy tardíamente, hacia 1547 [por Matteo Gribaldi Mofa], en el siguiente dístico: “**praemitto, scindo, summo, casumque figuro, / perlego, do causas, connoto, obiicio**”. Esto significa: análisis crítico del texto a fin de escoger la lectura más correcta (**perlego**); presentación del problema en su conjunto (**praemitto**); análisis de los distintos elementos del problema (**scindo**); colocación de ejemplos y figuras análogas (**casum figuro**); enunciación de las cuatro causas aristotélicas atinentes al problema (**do causas**); formulación de reglas generales (**connoto**); recapitulación y exposición general desde el punto de vista de los resultados obtenidos (**summo**); autoformulación de objeciones y respuestas (**obiicio**).» (El resaltado no pertenece al original, NA) Cf.: LEVAGGI., *Manual...* (14) , p. 68 <http://it.wikipedia.org/wiki/Commentatori> y http://it.wikipedia.org/wiki/Matteo_Gribaldi_Mofa || Et vid. *supra* (15). || Y en el ***Brutus –o de Los Ilustres Oradores***, de Marco Tulio CICERÓN, escrita en 46 a.C. –ed.elaleph.com, p. 35, se lee: “... Scévola y otros muchos tuvieron una gran práctica del derecho civil; pero sólo Servio ha tenido la cognición científica, a la cual nunca hubiera llegado a través del derecho mismo, si no hubiera aprendido además esa ciencia que enseña a dividir en partes un todo (*rem universam in partibus tribuere*), a explicar lo oculto definiendo (*latentem explicare definiendo*), a clarificar lo oscuro interpretando (*obscura explanare interpretando*), a ver ante todo las ambigüedades, luego a precisarlas, y, finalmente, tener una regla para separar lo verdadero de lo falso (*habere regulam qua vera et falsa iudicarentur*), y las consecuencias reales de las ilegítimas. Él trajo la luz de este arte, siendo el primero y más excelente de todos, a las confusas respuestas y consultas de los jurisconsultos anteriores. –¿Hablas de la dialéctica?, dijo Bruto. –De esa hablo, respondí yo. Pero a ella agregé la ciencia de las letras y cierta elegancia de hablar; la cual en sus escritos, que no tienen igual, puede verse.” –Et vid. SCHIAVONE, *Ius. La invención...* (7, p. 225.

92. La noción de renacimiento no está limitada al momento histórico habitualmente denominado como tal, de centro italiano, Ss. XV y XVI. Hubo, por ejemplo, un ‘renacimiento carolingio’ en torno al S.IX, la ‘revolución del intérprete’ (así denomina P. Legendre, a esa floración de *recursos interpretativos*, que trasuntan lo mejor del acervo intelectual de Occidente) operada a partir del redescubrimiento del *Digesto*, en el S. XII y el paralelo desarrollo del derecho canónico, patentizado por el *Decreto* de Graciano: *Concordia discordantium canonum*– circa 1040.||*Vid. p.ej.:* COHEN, Gustave (19658). *La Gran Claridad De La Edad Media* , Buenos Aires , Huemul. LE GOFF, Jacques (2012). *Hommes et femmes du Moyen Âge*, Paris ,Flammarion, pp.9/8 (hay edición en español, (2013) *Hombres y mujeres de la Edad Media*, México, F.C.E., 2013); LE GOFF, Jacques (2001). *Los intelectuales en la Edad Media*, *pássim*, Barcelona, Gedisa, Barcelona, 2001.

93. AQUINO, Sto. Tomás de (2001). *Suma de Teología*, comentada, 4ta. Ed., Madrid, B.A.C, pp. 17sq. *Vid. idem supra*. “Santo Tomás subraya que, en el proceso, una y otra parte deben hacerse entender y el juez ha de conside-

Aristóteles había recomendado examinar las **razones contrarias** para llegar al conocimiento de la verdad. Y tanto los pensadores peripatéticos de la Grecia clásica como los **prudentes** romanos y los teólogos medievales seguían este modelo metódico, que en la práctica escolar es un **artículo**.⁹⁴ “*La preponderancia de la discusión de los argumentos contrapuestos era muy propia de este sistema [...]*.” Y no era raro que en esos tiempos de notable erudición se incurriera en excesos de complejidad o de abstracción.⁹⁵

Sto. Tomás, en cambio, ya desde su *Comentario* a las Sentencias de Pedro Lombardo había ido eliminando de las *questiones* las subdivisiones y *quaestiunculae*, que dificultaban la comprensión y aun la subdivisión por **capítulos**. En la *Suma de Teología* toda la vasta exposición se basa en **artículos** de composición simple: se plantea la *quaestio* y se seleccionan ciertos interrogantes a su propósito. Así se estructura la concatenación: cada **artículo** enuncia una **pregunta** a la que se responde con el rigor del **método escolástico**, consagrado en los reglamentos universitarios. Se expone una duda, una aporía, **un algo** (*aliquid*)⁹⁶ que reclama una solución o explicación, que denota antes que nada un ‘vacío de verdad’.

El Aquinate afirma que

Una disputa es magistral en las escuelas no porque rechace el error; sino porque instruye a los oyentes para inducirlos a la inteligencia de la verdad que pretende; entonces es necesario dotarse de razones que investiguen la raíz de la verdad de manera que permitan saber cómo es verdadero lo que se dice. Por el contrario, si el maestro determina la

*rar los puntos de vista de los dos adversarios (21-2ae, 60, 1, ad 3) –qui utrumque valeat arguere et ponere manum suam inambibus –cfr. las qq. 67 sq., acerca del carácter contradictorio del proceso penal...–”. Ibidem. líneas después: “Los recientes trabajos de metodología (Engisch, Esser, en Alemania, Chäim Perelman, en Bélgica, etc.) nos han mostrado que el derecho procede de los juicios, y todo juicio de las controversias. Hacen algo parecido de lo que se hace para los descubrimientos. Santo Tomás lo había enseñado con más precisión; porque el método de la quaestio y la maravillosa apertura mental, que le caracteriza, le había conducido a tener en cuenta el método de los juristas romanos.” | Ibidem [“muestra egregia de dialogicidad científica”: PAMPILLO BALIÑAS, *Historia General...* (32)], p. 166, consta de 512 *Quaestiones*, 2732 *tesis* y *antítesis*, de las cuales 2073 son citas de autoridades, 338 citas filosóficas y 325 argumentos propios del autor. En total, la versión original ocupaba 3727 páginas en 4ª menor.*

94. Latín: *articulum* deriva de *ars, artis*, con sufijo de valor instrumental, designa todo producto artificial derivado de la técnica, el trabajo o la elaboración humana. También se relaciona con *articulus*: ensamblamiento, juntura, inarticulación. | En la actualidad, un artículo, conforme el mismo modelo, consta de **presentación** o **introducción** del tema principal; un cuerpo de texto que desarrolla el tema con la información específica y, al final, se presenta la **conclusión** o **recomendaciones** del autor.

95. LEGENDRE, *Leçons VI, Les enfants...* (38), p. 330 ss.: Si Dios dejase en el mundo solamente a un padre con su hija, ¿el incesto estaría permitido? (Ejemplo recogido por Legendre de Charles Antoine Lucques (1574). *Tractatus de linea legalis*, Nápoles. | (*et vid.* Stein, *El Derecho...* (3), p. 98). | Otro ejemplo: el célebre el ‘Juicio a Satán’. *Ibidem*, p.102 ss.

96. Griego *aporía*, sin salida, dificultad para el paso, *impasse*. Razonamientos en los cuales surgen contradicciones o paradojas irresolubles; en tales casos las aporías se presentan como dificultades lógicas casi siempre de índole hipotética o especulativa. LLAMBÍAS DE AZEVEDO, *Eidética y Aporética...* (24), (28) . | | “Una condición esencial –tautológica– del lenguaje significativo, es decir, de aquel que articula la relación humana más sustantiva, es que en él las palabras signifiquen algo concreto. Los aristotélicos medievales decían que uno de los nombres con los que puede designarse el ser, el ente, es el de algo (*aliquid*), que proviene a su vez de estas dos voces latinas: *aliud quid, otro-qué*. Cada cosa se entiende ante todo por su ser otra-que-las-demás. Esto, que en el ámbito conceptual se designa con el concepto de “algo”, judicativamente queda expresado por el principio de no-contradicción: una cosa es distinta de su contraria. Y en la tradición aristotélica ese juicio es considerado como el primer principio lógico y ontológico. Eso quiere decir que lo primero que hace falta para que algo sea, y para que pueda ser entendido, es que no sea contradictorio.” BARRIO MAESTRE, *La corrupción...* (14), p. 39.

*cuestión solamente con el procedimiento de autoridades, ciertamente el auditor podrá certificar que es así, pero no adquiere ninguna ciencia ni inteligencia, y se irá vacío.*⁹⁷

El vocablo con el que se enuncian estas preguntas es con frecuencia el *utrum*. En estos buenos y prolíficos tiempos de la escolástica, el **maestro** ha de resolver las preguntas no solamente con las autoridades, sino también tomando en consideración los planteamientos contrarios. De este modo se echa de ver que el **problema** ha de ser afrontado como una **alternativa** y que se examinarán las **razones a favor y en contra**.⁹⁸

17. Un ejemplo escolástico. Vamos a valernos de un **artículo** tomado del *Tratado de la Justicia y el Derecho (de iustitia et iure)*, –que es una parte de la *Suma Teológica* de Sto. Tomás de Aquino– para ilustrar la razonabilidad de la contingencia de las respuestas jurídicas; y que demuestra el haz creativo que se despliega ante el intérprete.

Se trata de una ilustración dialéctica en curso de ejecución, como las que pueden hallarse también en el *Digesto* –optamos por un ejemplo de Tomás por su modalidad didáctica–. El *Digesto* suele presentar un estilo mucho más arduo y exigir mayores conocimientos. Y tomamos, casi al azar, una *quaestio* planteada por el maestro a propósito de un **caso** escolar, siguiendo de manera rigurosa el método de enseñanza/aprendizaje característico de la primera escolástica, que posteriormente fuera tergiversado y vilipendiado por la modernidad.⁹⁹ Para estudiar esta *quaestio* –donde se propone un asunto a la vez general y concreto– abrimos la Suma de Teología o

97. CELADA LUENGO, Gregorio O.P. (2001). “Introducción a la Suma Teológica de santo Tomás de Aquino”, en *Suma Teológica*, Madrid, B.A.C –Biblioteca de Autores Cristianos–.

98. *Ibidem*|| Viehweg, *Tópica...* (30) expone y examina el método ‘tópico’ (dialéctico) y sus connotaciones a lo largo de la historia del derecho, particularmente en Platón, Aristóteles, Cicerón, los jurisprudentes romanos, preglosadores, glosadores y posglosadores o comentaristas, cultores del *mos italicus*, Vico, etc. || La precedente cita de Sto. Tomás (“*Una disputa es magistral...*”) la efectúa, p.19; y Celada remite a *Quaestiones quodlibetates* 4, art. 18. | *Et vid.*: LE GOFF, Jacques *Los intelectuales...* (92 in fine), pp. 92 ss.

99. Acerca de la distorsión de la escolástica en la modernidad, y del predominio inerte del paradigma modernista –que hoy inclusive en las ciencias más ‘físicas’, ‘duras’, se muestra en crisis–, resulta curioso comprobar la persistente ignorancia o confusión acerca de la doctrina jurídica de Tomás de Aquino (y con ella del Derecho Natural Clásico o Realismo Clásico), en autores de primera línea –como Peter Stein–, que llama ‘madurez’ (*El Derecho romano...*, *supra* (3), p. 148) del *Derecho natural* al desvío ontológico que caracteriza a los autores del Derecho natural moderno (sin desmedro de sus aportes políticos y humanistas). Ese desvío trae aparejado el progresivo desconocimiento de la metodología clásica y la pronta extinción de la falsa ruta (p. 134). Sin tomar en cuenta esta última y propia observación, Peter Stein afirma, por ejemplo, que Suárez continúa el trabajo de Tomás –STEIN, P. *El Derecho...* (3), p. 134–, lo cual en nuestro contexto es particularmente inexacto (*Vid.* ANDRÉ-VINCENT, Philippe Ignace (1963) «*La Notion moderne de droit naturel et le volontarisme (de Vitoria et Suarez à Rousseau)*», in *Archives de Philosophie du Droit* (APD), N°8, París, Sirey, pp. 237–259. Trad. Dr. SANZ, Carlos R. –s/f: «*Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*»). || De hecho, desde el renacimiento y la modernidad y hasta ya mediado el S. XX (con Graneris, Villey, André-Vincent, Hervada y tantos otros nuevos estudiosos y expositores que hemos citado o mencionado), primó un grave oscurecimiento de la doctrina de Tomás, por razones culturales (como denunciara Ihering –*vid. supra* nota (70). Y también por otras tantas malas razones atribuibles al imperio del entonces naciente paradigma científico..., y *cientificista*; que sigue vigente por inercia en el modo de pensar de multitud de académicos, inclinados por (de)formación, mucho más hacia lo que se pretende ‘actual’ que a lo verdadero, confundidos por la noción acumulativa del saber –como si se tratase de capital económico, o según el imaginario de la ‘*religión del Progreso*’. || No está de más recordar que esa mentalidad suele guarecerse entre quienes asignan y distribuyen los recursos para la investigación, lo cual propende al efecto de ‘círculo vicioso’. || Y quien considerare objetar por ‘anacrónico’ el modelo dialéctico propuesto, queda invitado a recorrer, por ejemplo, las enjundiosas 1000 actualísimas páginas de Puy Muñoz –*Teoría. Dialéctica...*, *supra* (15 in fine).

Teológica (*Summa Theologiae*), Segunda sección de la Segunda parte *De iustitia et iure*, cuestión 60, artículo 5, argumento 1; cita y ubicación que se suele abreviar como sigue, entre corchetes:

[II^a-IIae q. 60 a. 5 arg. 1]

Videtur quod non sit semper secundum leges scriptas iudicandum

«q¹⁰⁰.: ¿Se debe juzgar siempre según las leyes escritas?»

Objeciones por las que parece que no siempre se debe juzgar según las leyes escritas:

1. Siempre debe evitarse un juicio injusto. Sin embargo, a veces, las leyes escritas contienen injusticia, según aquello de *Is 10, 1*: ¡Ay de los que establecen leyes inicuas y han escrito injusticia! Luego no siempre debe juzgarse según las leyes escritas.
2. El juicio debe versar sobre sucesos particulares. Pero ninguna ley escrita puede abarcar todos los sucesos singulares, como se señala por el Filósofo en *V Ethic*. Luego parece que no siempre debe juzgarse según las leyes escritas.
3. La ley se escribe para que se manifieste el dictamen del legislador. Mas algunas veces sucede que, si el mismo legislador estuviera presente, juzgaría de otro modo. Luego no siempre se debe juzgar según la ley escrita.

Contra esto está Agustín, en el libro *De vera relig.*, en el que dice: en las leyes temporales, aunque los hombres las discuten al instituir las, sin embargo, después de instituidas y confirmadas, no les será permitido juzgar de las mismas, sino según ellas.

Respondo:

Según lo dicho (a.1), el juicio no es otra cosa que cierta definición o determinación de lo que es justo; mas una cosa se hace justa de dos modos: bien por su mis-

100. q. – la letra q, minúscula, opera como abreviatura de *quaestio* (del latín *quaerere*, inquirir, preguntar, querer saber) de cuya grafía provienen nuestros actuales signos de interrogación, directo el de cierre: ? , (e, invertido, en español, el de apertura: ¿). (Hasta la imprenta, la abreviatura era constante en los manuscritos). El examen filológico conduce a la pródiga familia de conceptos derivados de *quaero, quaerere*, buscar, investigar, pedir, querer saber: y toda la serie léxica de *cuestión, encuesta, cuestas, querer, inquirir, conquistar, requerir*. BENVENISTE, *Vocabulario...* (86), pp. 318 ss. *et vid.* Steiner, *supra* (20), (41). Expresiones muy habituales de nuestra lengua tales como ‘cuestionar’, ‘poner en cuestión’ (algo, una cosa) preservan cabalmente el significado que estamos estudiando. El *quaerere* es un dato antropológico que demuestra una perpetua tensión humana y carga con toda la potencia de la sana curiosidad, del querer saber, de la investigación, de la dialéctica –como forma de conocimiento– contra el *impasse* (callejón sin salida), el vacío de verdad, la *aporía* aristotélica... | “*Omnes homines natura scire desiderant*” (versión latina de la oración con que Aristóteles da inicio a su *Metaphysicorum*, “*Todo hombre por naturaleza quiere saber*”, que es otro modo de decir *filosofía* –φιλοσοφία, «amor del saber»–. Pulsión por saber instalada en el tuétano de la vida humana: *vivere filosofari est*; y está demás añadir que **lo que el hombre quiere saber es la verdad**, y no cualquier otra cosa, lo cual sería **insensatez**, el imposible de la falta de sentido (usando, todos estos vocablos en acepción finalística, radical (45), (121). Y para el derecho: la verdad de la justicia –que es su sentido–. Por eso el hombre no detiene su búsqueda. Ni el derecho se detiene. (*Vid. supra* notas (5), (29) *et infra* nota (137) –y *Digesto* (1.2.2.13). (*Vid. causa quaerendi*, LEGENDRE, *Les enfants...* (38), p. 332, *pássim*, con referencia a las *Etimologías* de Isidoro de Sevilla.).

ma naturaleza, lo que se llama derecho natural, o bien por cierta convención entre los hombres, lo cual se denomina derecho positivo, según lo expuesto anteriormente (q.57 a.2). Las leyes, no obstante, se escriben para la declaración de ambos derechos, aunque de diferente manera. Pues la ley escrita contiene el derecho natural, mas no lo instituye, ya que este no toma fuerza de la ley, sino de la naturaleza; pero la escritura de la ley contiene e instituye el derecho positivo, dándole la fuerza de autoridad. Por eso es necesario que el juicio se haga según la ley escrita, pues de otro modo el juicio se apartaría ya de lo justo natural, ya de lo justo positivo.

A las objeciones:

1. Así como la ley escrita no da fuerza al derecho natural, tampoco puede disminuísela o quitársela, puesto que la voluntad del hombre no puede cambiar la naturaleza. Por lo cual, si la ley escrita contiene algo contra el derecho natural, es injusta y no tiene fuerza para obligar, pues el derecho positivo solo es aplicable cuando es indiferente ante el derecho natural el que una cosa sea hecha de uno u otro modo, según lo ya demostrado (q.57 a.2 ad 2). De ahí que tales escrituras no se llamen leyes, sino más bien corrupciones de la ley, como se ha dicho antes (1-2 q.95 a.2), y, por consiguiente, no debe juzgarse según ellas.
2. *Así como las leyes inicuas por sí mismas contrarían al derecho natural, o siempre o en el mayor número de casos, de igual modo las leyes que son rectamente establecidas son deficientes en algunos casos, en los que, si se observasen, se iría contra el derecho natural. Y por eso, en tales casos, no debe juzgarse según la literalidad de la ley, sino que debe recurrirse a la equidad, a la que tiende el legislador. De ahí que diga el Jurisperito: Ni la razón de derecho ni la benignidad de la equidad sufren que lo que se ha introducido en interés de los hombres sea interpretado de una manera demasiado dura en contra de su beneficio, desembocando en severidad. En tales casos, aun el mismo legislador juzgaría de otra manera, y si lo hubiera previsto lo habría determinado en la ley.*
3. *Con lo dicho queda contestada la tercera dificultad.*

Si, al modo escolástico, se relee el artículo reproducido con la atención que requiere (*perlego*, esto es, hasta *establecer* la ‘lectura correcta’ –vid.: *infra* nota 91), se advertirá que el autor da cuenta de tres respuestas a una misma pregunta, con solo colegir unas eventuales variantes al caso, que analiza y presenta de modo sucesivo para concluir, ofreciendo en cada hipótesis excelentes razones:

- Que se debe juzgar tal y como dispone el texto de la ley escrita.
- Que si la ley es injusta, el juzgamiento puede y debe apartarse de ella.
- Aun cuando sea justa puede resultar incompleta o insuficiente, por ende juzgador debe suplir los vacíos o falencias del texto legal.

Y así es la realidad de la vida del derecho, ante asuntos grandes o pequeños. La equívocidad, la ambigüedad, resultan inextirpables del ser de lo jurídico, forman parte de su naturaleza óptica. El **respondedor** se ha visto en la necesidad de distinguir, de matizar, de mirar el asunto desde ángulos opuestos o complementarios, de cotejar las diversas apreciaciones. Ha interpretado y vuelto a interpretar, e interpretado y confrontado las interpretaciones. Y no ha habido capricho ni arbitrariedad, sino que en todo momento ha sido llano y razonable.

Se ha hecho patente mediante este mínimo pero riguroso ejercicio, que no tiene sentido, que resulta absurda la pretensión de reducir el derecho a la ley, que en la ley solo por sí misma no está el *jus*, sino como *analogado*, que la ley es un andarivel muy útil –tanto como que no es menester empezar de cero en tantas cosas, sino valerse del camino ya transitado por otros, cuidando de no abrir senda a cualquier arbitrariedad–. Y hemos comprobado cómo al **respondedor**, que podremos considerar el tribunal responsable de dirimir la situación, no sería certero confundirlo con un ‘aplicador’, un ‘operador’ inerte, mecánico, neutro insignificante, limitado a una hipotética “sub-sunción”.¹⁰¹

El jurista consultado sobre un asunto o el tribunal llamado a resolverlo no se limita a describir y calificar si la **causa** que lo convoca ha de subsumirse a tal o cual ley o norma. Pues el intérprete no se abstiene de evaluar también la ley, inevitablemente, mientras la interpreta –que convive con la inconsistencia semántica (“*textura abierta*”)– del lenguaje. Cada palabra pesa pero, sin embargo, ni la mejor interpretación de la mejor ley podrá jamás ser simplemente literal, porque no existe la ‘literalidad’ –o a lo sumo, se trata de una retórica particular–.

V.– Desglose analítico de seis componentes del conjunto: Selección de participantes, selección de opiniones, posición del problema, argumentaciones, controversia, conclusión. [§§ 18 a 23 –notas 99 a 134]

Para terminar este esquioco, presentaremos en orden sucesivo –por requerimiento analítico– una serie de componentes que aparecen conjugados en el arte dialéctico; pues debe comprenderse que su función activa y permanentemente interrelacional implica una dinámica no lineal, sino interactiva, sistémica, en que abunda el cruce y yuxtaposición de elementos. Examinaremos la serie de los seis elementos propuestos en el *Précis* de Villey (v. notas 13, 77 *et al.*), de donde resulta una configuración más dúctil y didáctica que otras referidas en los párrafos y notas precedentes.

18. En primer lugar, es preciso elegir a los jugadores, seleccionar a los participantes, que no pueden ser muchos. El diálogo serio requiere un *numerus clausus*; las multitudes no dialogan. El número de actores debe acotarse para que el diálogo sea posible y productivo. Por otra parte, para participar del diálogo hay que detentar cierta **legitimación**. No es para el que quiere sino para el que puede. El que puede es quien tiene

101. “*El juez no es más que la boca [inerte] de la Ley*”, MONTESQUIEU. *El Espíritu de las Leyes* (Libro XI), **Charles de Secondat –barón de Montesquieu. 1689-1755–**, figura muy destacada del movimiento de la *Ilustración* –y teórico expositor del principio de ‘separación de poderes’–. “...*la pura subsunción [deductiva] apenas se encuentra en los escritos de los juristas romanos.*” –HORAK, Franz (1969). *Rationes decidendi*, Aalen, p. 77. [¡Atención: cuando hoy en la moda del habla campea ‘operadores jurídicos’... —la expresión es peligrosamente homologable...!]

algo relevante que aportar por su interés directo, calificado, en el asunto, o por el valor de sus conocimientos sobre los temas a elucidar.

Y se requiere incluso una cierta disposición de ánimo, de *fair-play*, de *bona fides*, un sentido de la acción cooperativa implícita en el genuino espíritu agonista: se respetarán las reglas, no habrá **golpes bajos**, se dará todo lo que se pueda de sí, y si hay un ganador, que le toque entonces al mejor. ‘¡Al que venza con honor!’.

Claro que no es así de perfecto el caso de la realidad judicial, donde palpitan contrapuestas las pretensiones de los interesados. Hemos dicho que hay dos modalidades dialécticas, una modélica, paradigmática, la más resueltamente teórica o filosófica en la que prevalece la búsqueda desinteresada de la verdad; y otra positiva, forense, vertida en el molde coercitivo del proceso judicial, en la cual las reglas obligan a las partes a ceñirse a un *modus procedendi* estricto, que suple cuanto puede lo que en la vida falta de ejemplar.¹⁰²

§ 19. En segundo lugar el **diálogo dialéctico** –valga la redundancia– no tiene en cuenta exclusivamente a los participantes directos, a los interlocutores presentes en el ámbito cerrado del *consilium*.¹⁰³ Seguramente se puede contar con otros pareceres u

102. *Mutatis mutandis*, lo dicho del proceso judicial puede valer, en general, y en otra escala, para el proceso de elaboración y sanción de una ley, en el parlamento; o aun de cualquiera otra norma jurídica. Sin embargo, y sin exclusión de una cosa por la otra, debe tenerse presente que la finalidad de la ley (en la concepción del realismo clásico o derecho natural clásico) es la promoción del ‘Bien Común’ (que podría considerarse una justicia política o general, concebida desde la óptica de la sociedad en su conjunto), en tanto que los tribunales de justicia están convocados a establecer la justicia del caso concreto, en el ámbito de los intereses particulares. Bien común y justicia particular son, en principio, valores consistentes entre sí; empero, pueden resultar contrapuestos, en cuyo caso es principio de razón decantarse por el primero. Tomás examina, caracteriza y define ‘la ley’ magistralmente, primero en su faz natural: “*La ley es una regla y medida de nuestros actos según la cual uno es inducido a obrar o dejar de obrar; pues ley deriva de ligar; porque obliga en orden a la acción. Ahora bien, la regla y medida de nuestros actos es la razón, que, como ya vimos (q.1 a.1 ad 3), constituye el primer principio de los actos humanos, puesto que propio de la razón es ordenar al fin, y el fin es, según enseña el Filósofo, el primer principio en el orden operativo. Pero lo que es principio en un determinado género es regla y medida de ese género, como pasa con la unidad en el género de los números y con el movimiento primero en el género de los movimientos. Síguese, pues, que la ley es algo que pertenece a la razón.*” Santo Tomás, *Suma Teológica I-II, cuestión 90, artículo 1*. “*Como ya vimos (a.1), la ley se impone a los súbditos como regla y medida. Pero regla y medida no se imponen sino mediante su aplicación a lo que han de regular y medir. Luego, para que la ley tenga el poder de obligar, cual compete a su naturaleza, es necesario que sea aplicada a los hombres que han de ser regulados conforme a ella. Esta aplicación se lleva a cabo al poner la ley en conocimiento de sus destinatarios mediante la promulgación. Luego la promulgación [Derecho Positivo, NA] es necesaria para que la ley tenga fuerza de tal. Y así, de las cuatro conclusiones establecidas se puede inferir la definición de la ley, la cual no es sino una ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.*” *Ibidem*, artículo 4. “*Los legisladores legislan según lo que sucede en la mayoría de los casos (latín: “in plerisque”, ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, L. I, cap. IV: hōs epì tò polús: πῖ τ κ λυς), pero observar punto por punto la ley en todos los casos va en contra de la equidad (“contra aequalitatem iustitiae”) y contra el bien común, que es lo que procura la ley.*” Adviértase que para Tomás la ley es orden en dos sentidos: dar una orden y poner orden, en razón de un fin que incluye una legitimidad preceptiva. La ley es derecho por analogía con el que se denomina primer analogado, o analogante: lo justo (propriamente hablando: la ley no es el derecho sino que constituye cierta expresión de una regla, razón o medida del derecho, “*lex non est ipsum ius proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*” —S. Th. II-II q. 57 a.1. *ad secundum*). || Tomás fue un eminente propulsor del derecho positivo, en esos tiempos de fuerte impulso del derecho canónico. Tómese en cuenta también cuánto y cómo destaca el papel de la autoridad. Los romanos ya lo habían hecho. Y Aristóteles. (El positivismo moderno –peor si extremado– no inventó nada nuevo, y sí sólo acertó las vistas del conjunto –*vid. supra* (37), (44) y (70)– al centrar el objeto de la disciplina en las **normas** emitidas por el Poder desentendiéndose de su sensata legitimidad, del sustrato y los **finés** que lo justifican constitutivamente: bien común, racionalidad.)

103. *Consilium*: el vocablo lleva varias acepciones; en este punto lo estamos refiriendo a la reunión de sabios y

opiniones de quienes no están físicamente presentes.

De hecho, así como casi todo –o todo– lo que sabemos lo hemos aprendido de otros, en cualquier tema existen **autoridades** (léxico escolástico) cuyo aporte es aconsejable recibir. Han de presentarse las *endoxai* (léxico griego), las opiniones de los tenidos seriamente por especialistas o sabios en la materia *sub-exámine*; mas no para acatarlas sumisamente sino, por el contrario, para someterlas al contraste de la **sana crítica**, de manera de calibrar su incidencia válida sobre el caso. El **argumento de autoridad** (tal cosa es así porque lo dijo Fulano y solo porque lo dijo Fulano) fue calificado aun como el más débil, *infirmissimus*.¹⁰⁴ Para resultar de recibo como regla o medida de referencia debe superar el filtro de la contestación fundada.

20. En tercer lugar, en cuanto advertido fuere que sobre el asunto sujeto a consideración coexisten apreciaciones disímiles, discordantes o contradictorias, se comprende que se trata de un **problema**¹⁰⁵, de una cuestión a resolver, algo serio cuya resolución está pendiente.

Normalmente en todos los asuntos signados por el conocimiento humano reina la inquietud, la contingencia, es decir, la mutabilidad de las situaciones, las cosas, el propio juicio...

Un problema, en sentido técnico, puede ser de carácter teórico o especulativo, o un conflicto práctico, inherente a lo real interhumano, social, general o particular que, solucionado, daría lugar a cualesquiera beneficios, o a una menor confrontación entre los afectados.

Por ejemplo, la pregunta acerca de si (*utrum*) el discurso jurídico posee carácter científico, o la proposición de que el derecho natural integra el derecho positivo –aun que lo exceda–, son de carácter teórico o especulativo.

En cambio, se está ante un asunto práctico cuando en el ágora de Atenas, por ejemplo, se presenta un problema (*pro-boulema*) ante la asamblea (*ekklesia*), por medio de un informe (*bulé*), acerca del precio del grano, y los ciudadanos deliberantes, con igual libertad de expresión (*isegoría*), pueden proponer, peticionar, proyectar las eventuales decisiones, mediante el ejercicio dialéctico.¹⁰⁶ De modo análogo se daría la *disputatio* en el Foro de Roma (*ius controversum*).

estudiosos y al ámbito universitario. En Roma estaba el *Consilium Principis*, encargado de asesorar (=aconsejar) al *Princeps* –como había en la familia romana, en el entorno del *pater*–. Desde Hadriano (117-138 d.C.), los más sobresalientes jurisconsultos formaban parte del *Consilium Principis* y estaban al servicio del Emperador para responder a las consultas que les eran formuladas. En los asuntos de **familia**, en la *domus*, había el *consilium propinquorum*.|| Alrededor de 1400 d.C., tiempos del afamado comentarista Baldo de Ubaldis –discípulo y continuador de Bártolo– llamóse *consilium* la opinión producto de una discusión de un asunto jurídico sobre un caso particular. (STEIN, *El Derecho romano...* (3), p. 103)

104. *Vid. supra* nota (33).

105. Del latín tardío **problema** ('enigma; tema de debate'), del griego antiguo πρόβλημα (próblema, 'tarea; enigma; tema de debate'), del prefijo πρό (pró, 'delante') y βλήμα (blēma, 'lance'), sobre el modelo de **προβάλλω** (**probállō**), de (**bállo**) "arrojar", del protoindoeuropeo *g^welh

106. ORLANDI, Héctor Rodolfo (1971). *Democracia y poder. Polis griega y constitución de Atenas*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, cap. 2°, p. 80 *pássim*. JAEGER, *Paideia...* (90), t. II, p. 243 ss., y remis. p. 479. "Hannah Arendt... vio en el ejercicio de la acción política y de la toma de la palabra en el ágora la actividad humana... [por excelencia] ...al participar en la fundación de la ciudad y en el análisis de sus leyes, al conservar vivo el relato de su historia e intacta la confianza que acerca entre sí a los hombres, los ciudadanos alcanzan una forma de inmortalidad." *Vid.* OST, *El tiempo...* (7), p.23 –que glosa a ARENDT, Hannah (1988). *Condition de l'homme moderne*, Paris, Calman-Lévy, 1988. (Trad. esp. *La condición humana*, 1993, Barcelona, Paidós, p. 43) –.

A diferencia de lo que resulta más frecuente para nuestra cotidianidad, en todo diálogo conducido conforme a su propio arte, en cualquier discusión organizada, en la *praxis* dialéctica, lo primero que se debe establecer es el correcto planteamiento del objeto del debate, de la cuestión, del problema a resolver. Para que una discusión no se desoriente y disuelva en el aire requiere una delimitación lo más clara posible de su objeto; y consecuentemente el descarte de todos aquellos elementos que no encuadren en él. E inclusive habrá que aplicar sucesivas restricciones al objeto contemplado, hasta ceñirlo a un enfoque singular, porque cualquier asunto puede ser potencialmente infinito o demasiado vasto.

Por ejemplo, de mayor a menor, de lo general a lo particular, se discutirá sobre el concepto del objeto en debate, sus cualidades esenciales o no, estado, relaciones con otros elementos.¹⁰⁷ ¿De qué tipo de asunto se trata? ¿A qué género de cuestiones pertenece? ¿Cuáles son sus partes y cómo se ordenan? Así se calificarán y clasificarán el tema principal y sus componentes, delimitándolos y distinguiéndolos de manera de ordenarlos según su índole, sus características, y su jerarquía o relevancia, para incidir en el conjunto o en un aspecto particular.¹⁰⁸

En Roma, en el ámbito jurídico, se trata del *ponere causam*. Las obras de la retórica seria, que esta y más reglas comparte con la dialéctica, destacan deliberadamente la jerarquía lógica del *ponere causam*: **posición** de la **causa**, puesta en cuestión de algo, una **cosa**, causa. Los juristas romanos se interrogan sobre causas, cosas, sobre asuntos reales, *res de qua agitur*.¹⁰⁹

107. La Tópica llega a clasificar las causas por géneros, subgéneros y especies. Es probable que el abuso de sutileza, la sofisticación, contribuyese a perjudicar y arruinar el método –*meden ágan*, nada en demasía–. Ese exceso de tecnicismo no formaba parte del arte y estilo jurisprudencial romano práctico, conciso, preciso. *Vid. infra: res de qua agitur, vid. infra nota (108)*. || Al respecto, nuestro Vaz Ferreira legó lecciones memorables acerca de la vacuidad del discutir palabras y no ideas (ve. *Lógica viva et al.*). | Aristóteles, filósofo realista, había dicho que una verdadera discusión dialéctica debe versar sobre lo real (*to pragma*) y no sobre la palabra (*to onoma*) –*vid. Tópicos*. 108 a. || De todos modos, la multitud de operaciones interpretativas, como una ‘fatalidad’, actúan la consecuencia natural e ineludible de la equivocidad radical del lenguaje, inscrita en su propia literalidad –lo que Jacques Lacan designa como “*instancia de la letra*”, como fuente inagotable de sentido(s)– *Vid.: Deseo de Ley...*, (5), T. II, p. 12; o ECO, Umberto (1979). *Lector in fabula. La cooperación interpretativa en el texto narrativo*, Milano, Bompiani. En este punto radica la insuficiencia innata de todo positivismo cerrado –y aun de cualquier punto de vista que se pretenda externo al derecho para comprender y/o describir el derecho*–: puesto que la ‘textura abierta’, que describimos como **fatalidad interpretativa**, no es asunto sólo del derecho, sino del lenguaje, –y **por/ con/ como/ en/** el lenguaje– del inacabamiento del sentido, de la condición humana. Asunto filosófico por excelencia. No es posible no filosofar como no es posible **salirse del lenguaje**, situarse **fuera** del lenguaje. El derecho, neta expresión «*lenguajera*»–nota (47) –, actúa como la sustancia humano-vital que inhiere, y como tal vive y se mueve. (“*Las leyes humanas son, ante todo, enunciados de palabras. La estructura del lenguaje habrá de figurar como antecedente lógico, necesario a toda interrogación sobre el fundamento de la ley. Al plantear sobre la base del lenguaje la problemática de la ley se nos presenta un obstáculo mayor, algo que constituye el nudo mismo del problema. [...]*”. RABINOVICH, *Deseo de ley...* (5), p.11.) | El lenguaje instala (y opera) la gramática vital, su sintaxis –**como** y **con** el lenguaje–, e institucionaliza la cronología, la racionalidad del tiempo (pasado-presente-futuro): hay un (P)incipio ordenador, y un curso, un transcurrir. El derecho establece siempre un/el su calendario –orden y nombre(s) del tiempo– claves de vida, primeras verdades, de indiscernible raigambre mito-religiosa, que se seculariza en expresión jurídica en cuanto el derecho instaura un/el tiempo. || *Et. vid. notas (5), (6), (112), (119), (121)* (temática referida en bibliografía de François Ost, Pierre Legendre, Marcel Detienne, et al.). [*En todo caso, será una observación sociológica, y no jurídica.]

108. STEIN, *El Derecho romano...* (3), pp. 66, 67. | Y véase *supra* nota (91).

109. AFFOLTER, Friedrich (1997). *Das römische Institutionen System. Sein Wesen und seine Geschichte*, Berlin, 1897, reimpresión Goldbach, Keip, pp. 78–95, subraya que lo propio del lenguaje jurídico romano es su constante gravitación alrededor de la palabra **res**: VILLEY, *Compendio...* (77), T. II, p.161. El acendrado sentido de la **realidad**, de lo justo en la realidad de las relaciones humanas, el descubrimiento (*inventio*) de esa materia específica

En la labor escolástica del medievo esa primera definición o delimitación figura como acápite de la *quaestio* que se va a considerar: el arte de formular la pregunta adecuada.

21. En cuarto lugar, para que progrese lo que Aristóteles denomina «silogismo dialéctico», que distingue del «científico», hay un momento en que cada participante debe poder mostrar su juego, presentar íntegramente su ponencia, exponer todos los fundamentos de su posición. El razonamiento dialéctico no tiene alternativa a quedar fundado sobre opiniones discutibles y premisas inciertas; y de ahí la insuficiencia de sus resultados, su debilidad, y también su mayor fortaleza: su ajuste con lo real.

Por turno, cada uno será escuchado al momento de llevar puntualmente a cabo su **argumentación**; ilustrará su propia tesis cada cual de los oponentes. En la dialéctica importa la **escucha**, es una de las claves; la atención al otro viene subrayada desde el principio, hay una técnica y un **arte de escuchar**, como se vio que hay para preguntar.

Debe cada parte entonces desplegar su opinión, su perspectiva sobre el asunto, con sus mejores razones, en procura de que ellas resulten las prevalecientes. La disposición de ánimo y la buena fe que antes mencionamos no han de ser óbice para que cada cual emprenda su participación y dé sus razones con el mayor ahínco. Eso es lo que significa y se espera necesariamente del espíritu agonístico.¹¹⁰

Viehweg, Perelman, Giuliani, Toulmin, Struck, García de Enterría, entre otros, han vuelto a poner sobre la mesa de trabajo de los estudiosos del derecho la importancia de las **técnicas de argumentación**. (Ya Aristóteles y Cicerón se habían empleado en ello.)

Los argumentos de autoridad, la *communis opinio*, los lugares comunes aceptados, los tópicos que hacen referencia al caso, los buenos ejemplos –que abren la dimensión analógica–, las invenciones¹¹¹ deben ser ordenados, clasificados, preparados, y bien presentados técnicamente para que cumplan sus propósitos persuasivos, de manera

y de la respectiva disciplina del conocimiento para desentrañarla, fue lo que hizo perdurable al derecho romano –*infra* nota (121) –. || *Vid. supra* cuerpo de esta exposición, § 20, *et supra* (107) || Las proyecciones derivadas del contrapuesto valor connotativo de lo que traducimos habitual e indistintamente como ‘cosa’ (*res* ≠ *obiectum*) resultan, empero, de cosmovisiones adversas (*vid.*: DI PIETRO, Alfredo (1996). *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Depalma, § 194, N° 4 y n° 1, p. 103: «*Se puede establecer una distancia entre res = “lo que concierne al hombre” y obiectum = “lo que está ahí delante (iectum = yecto) y se opone al hombre (ob)”. Que las cosas fueran vividas por el romano como res y no como obiecta, es algo esencial para comprender su espíritu, vivenciado en la humanitas. Así [...] cuando en sentido político se habla de res publica (lo que concierne a todos los ciudadanos) esta concepción no se compadece con el sentido, ya modernista y no romano, de Estado (concebido como obiectum, con la tensión entre el poder estatal y la libertad de los ciudadanos).*» Ítem, Di Pietro: *res secundae*: lo favorable, según nuestras expectativa ≠ *res adversae*: lo desfavorable, lo que debemos superar. || Ni judía ni cristiana, hay en la visión del mundo y de la vida greco-romana más que un perfume de la bondad del Ser y de la verdad en el Ser, *bonus est in re* que juega como trasfondo filosófico, vector del (S)entido: *ens et bonum convertuntur* –que dirá Sto. Tomás (S. Th. I, q. 16)– apreciable también en otras culturas, como la hindi, según enseña el mayor especialista en arte y estética india, COOMARASWAMY, Ananda K. (1999), ve.: *El tiempo y la eternidad*, Barcelona, Kairos, p. 131, donde destaca las siguientes homologías y homonimias lexicales: «*El sánscrito satyam (de la raíz as, ‘ser’), como [el griego] to ov y obdía, (de la raíz eĩti ‘ser’ [=‘sustancia’]), es lo ‘real’, lo ‘verdadero’, o lo ‘bueno’.*» (Quizá valga una analogía con la física de la luz: la luz es la *res*, el ente, *ens*, cognoscible; y la oscuridad –lo que no es luz, la ausencia de luz– no puede serlo.)

110. *Agón*, *vid. supra* nota (90).

111. *Inventio*, *vid. supra* nota (72).

que despierten la adhesión del auditorio. Y téngase por descontado que en este momento la razón demostrativa, la deducción, cumplirá un papel central, puesto que el hombre razona y deduce así como respira. ...; función normal del cerebro, de la mente parlopensante: seguir los dictados de la razón, **elán del viviente que habla**.

Aquí encuentran su hábitat las técnicas de **falsación**, de **logomaquia**¹¹² y de **refutación**, la denuncia de las falencias constructivas, de las **falsas oposiciones**, los **paralogismos** y todo el conjunto de herramientas que estudia y enseña la Teoría de la Argumentación. Y la perspicacia, la sensibilidad, la empatía, toda la capacidad intelectual y emocional puede entrar en el juego, tanto en el activo examen cruzado como en la atención, en la escucha, que también son formas más sutiles pero no menos importantes de actividad de la inteligencia.

22. En quinto lugar, aparece la **confrontación de las tesis opuestas**, que es el núcleo más activo y productivo de la metodología dialéctica. Las alegaciones de los oponentes no pueden considerarse por separado, sino en decisiva pugna la una contra la otra.

Sin perjuicio de las técnicas más ‘estáticas’ de la *diairética* (división por categorías, géneros, especies) y la *distinctio* (distinciones semánticas, contextuales, analogías y anomalías, semejanzas y diferencias), y la clasificación y calificación del caso que de ellas se deriva, este quinto componente del arte, el de mayor tensión agonística –y creativa–, es el que puede aportar lo diferente, lo nuevo, un *accertamento* más logrado del objeto propuesto, la ascensión del conocimiento en relación al punto de partida, la superación respecto de la virtual horizontalidad de los opuestos iniciales.

Una de las faltas que pueden afectar a las actuales presentaciones y acercamientos teóricos o doctrinarios observables en teoría de la argumentación es la de considerar al discurso como unidad independiente. La dialéctica clásica, en cambio, exige mucho más: el discurso importa en tanto que confrontado. Y es la confrontación de los discursos el centro del asunto a examinar o vivenciar. De ese *brain-storming*, de ese entretreído de discursos, del debate crítico es de donde, con más probabilidades, puede surgir una palabra nueva de verdad, una nueva luz.

Si, como decíamos, la reaparición en escena de la retórica argumentativa configura un indicio claro del desgaste o el agotamiento de otros modelos teóricos al uso en el abordaje del fenómeno jurídico, y de que el pensamiento busca otra salida, estas fallas dejan a la vista también la ausencia de comprensión filosófica que afecta a los investigadores y doctrinos.

En efecto, un método es solidario de una filosofía. Y lo es porque el método depende de la sustancia o naturaleza de la cosa a la que sirve o pretende servir. Y la sustancia o naturaleza de algo se postula a partir de su tejido interno, su génesis, función, estructura, morfología. Y estas no pueden, a su vez, sino depender del **fin** que explica

112. La verdadera naturaleza de la ciencia es **la búsqueda de la verdad**. Existe la posibilidad intelectual de acercarse a la verdad mediante la realización de un examen crítico de las teorías, es decir, exponiéndolas a la refutación. Actitud crítica que compromete al investigador científico, p.ej.: al uso de un lenguaje que no dificulte la comprensión del tema al lego. El objetivo de la refutación o **falsación** es evitar el dogmatismo científico y promover la sinceridad intelectual. El conocimiento científico no avanza confirmando nuevas leyes, sino descartando leyes que contradicen la experiencia. Popper, K. *ibid. pássim. –supra (68)*. || Logomaquia: disputa filológica, etimológica o lexical, sobre acepciones, matices, etc. *Vid.: <https://dub119.mail.live.com/?tid=cmrBJjrEck5RGTLmw75af6Uw2&fid=flinbox>*

la existencia y la ontología o entidad de la cosa, son deudoras de una finalidad. De su de-**fini**-ción. Las cosas se **definen** especialmente por su **fin** –como lo dice la palabra–.

Pues bien, tanto como las filosofías modernas (racionalistas, voluntaristas, idealistas o empiristas) oscurecieron, confundieron o suprimieron **el fin del derecho**, tanto menos se ha comprendido su propio ser, su *quid*, y se lo ha perdido en el maremágnum de otras disciplinas invasivas, cuando no entre la resaca de lenguajes de toda laya.

(Resulta penoso observar cuando a los estudiantes de primer año se les enfrenta inermes a la ‘góndola’ de acepciones que caben al término **derecho**, sin proveerlos tan luego del debido acopio de discernimiento. Desde ese día tranquilamente podrán ya **no saber qué** se estudia –o debería estudiarse– en su Facultad.

Principalmente, se ha confundido e identificado al derecho con la ley en el sentido de norma positiva –traspíe que a un jurisprudente romano o a un buen «bartolista», jamás le podría haber ocurrido–. Como tampoco lo que a buena parte de las doctrinas actuales, cuando no saben distinguir la especificidad y diferenciación del derecho con respecto a las normas de conducta, las estrategias y tácticas ideológicas o políticas, unas utilidades económicas que no guarden armonía con el bien común. Un **Estado de Derecho** guarda un **estado de justicia** aceptable o cae, pierde su calidad de tal.

Por falta de dialéctica del derecho, disciplina que se piensa a sí misma desde su propia plataforma conceptual, centrada en una práctica de búsqueda del reparto justo, se ha recurrido a epistemologías extrañas y desconcertantes, a las cuantificaciones y porcentajes de una u otra cosa, valederas para otras áreas de conocimiento, que al derecho lo dejan ajeno y perplejo.

El derecho, el *ius*, es un arte crítico y cualitativo, que atiende una realidad mucho más compleja y vasta. El derecho se nutre de mil fuentes reales que antes selecciona. Pues no son derecho los pretendidos ‘hechos desnudos’, pura facticidad que la sociología contemporánea procura medir o comprobar; ni las técnicas de ‘control social’; ni los auspicios y profecías de los augures; ni las predicciones acerca de lo que resolverán los jueces (¿o qué guiará a los jueces, mientras tanto...?!); ni los parámetros y medidas para el mayor bienestar general, que son materia propia de la política; ni los agitadosísimos ‘derechos humanos’ que, si se conciben como está de moda, basados en una visión no realista, es decir desde un subjetivismo abstracto, ilimitado, infinito –puro sujeto ‘autofundado’– no poseen consistencia ni operatividad **jurídica** alguna y son poca cosa más que aspiraciones ‘humanistas’, cuando no peligrosamente ‘bien intencionadas’.

Ninguna de esas cosas lleva en sí ni constituye por sí misma el *ius*, *to dikaion*, *lo justo*, *id quod iustum est*, la ciencia y el arte de la buena, equilibrada, armónica, equitativa repartición de bienes y de cargas, que atribuye a cada cual lo que le corresponde, como quien pone las cosas en su lugar. Que tal es el propósito y el fin del derecho: hacer justicia, encontrar lo justo. De donde, reiteramos, surge su definición, de-**fini**-ción.

El arte de persuadir es un arte individual, monológico. La controversia dialéctica, en cambio, obedece al diseño dictado por un empeño colectivo, no por imposición de una fuerza unilateral. Para eso basta con poder, el poder, la fuerza física, la violencia. El objetivo dialéctico (pauta superior de civilización) requiere otra tensión, otro camino, un itinerario que permite ascender racional, voluntaria y cooperativamente a otro

plano que el del desacuerdo y la divergencia. La negación crítica, la falsación, la refutación junto a sus contrarios aparentes, la aprobación, la confirmación, la veritación, la **categoría**, la **apología** constituyen todos hilos trenzados de una misma cuerda para trepar. Planea sobre el arte dialéctico un poderoso anhelo de convergencia que lucha palmo a palmo por hacerse realidad.¹¹³

Modestia y ambición están incorporadas a su equilibrada metodología; cada cual en ajustada medida. Queremos saber la verdad, alcanzarla y que sea una. Y sabemos que no se puede.¹¹⁴ Porque el **objetivo-aspiración-tensión-hacia** lógicamente mayor sería el de conciliar, superar las divergencias, obtener una verdad común y satisfactoria, por medio de la oferta de ponencias encontradas, con mecanismos y técnicas de preguntas y respuestas cruzadas (preguntas, *cross-examination*) que dejen al descubierto las debilidades de las respectivas construcciones unilaterales. Un genuino campo de investigación abre la controversia dialéctica a todos los interesados en la verdad y los modos de obtenerla: lógicos y filósofos deberían prestar efectiva atención a esta contribución de la dialéctica, adormecida, olvidada o relegada aun en las universidades; pero –en tanto componente estructural del derecho vivo– activa e irremplazable en los **tribunales de justicia**.

Como hemos venido indicando, el **silogismo dialéctico** no puede ser demostrativo, porque su punto de partida no lo constituyen axiomas evidentes, o premisas tenidas por válidas. En materias como lo bello, lo justo, lo bueno, en la realidad de la vida difícilmente hallemos al inicio más que la discrepancia entre opiniones y puntos de vista alternativos. Hábitat más que inapropiado e incómodo para la ‘lógica primera’, apofántica; y especial para la vida de la otra, la dialéctica, la ‘lógica segunda’.

(Nótese cómo, al contrario de la ilusión del ideal reductor del positivismo legalista que aún recorre la dogmática tradicional de los manuales, el enfoque dialéctico enfrenta la inconsistencia semántica –que toda enunciación implica– como lo que es: reflejo de pluralidad y polivalencia de fuentes, y aun su conflicto, como una riqueza del derecho.)

Sobre esa base hay que trabajar, de modo que es previsible que tampoco consigamos arribar a una conclusión firme. Respecto al punto de partida *rectius*: siempre son **los puntos** de partida, pues el plural resulta indisociable de lo que serían **las premisas del silogismo dialéctico** –se suma la necesidad de recorrer puntos de vista diferentes al nuestro, y de comprobar la fortaleza y vigencia de un *topos* compartido–. Y, entre *topos* y *locus* –que son denominaciones metafóricas– damos vueltas en derredor de la **cosa**, por aquí y por allá, de manera de poder prever y prevenir qué puntos ofrecen mejores o peores perspectivas de ataque y defensa. Son emplazamientos, lugares a recorrer, espacios reales o virtuales a los que hay que trasladarse para, desde allí, ver

113. Se trata de una fuerza movilizadora propia de ese viviente pensante, futurizo, que es el humano, *homo erectus*, de la pies a cabeza puesto hacia adelante. MARIÁS, *Antropología... supra* (25). | Por eso firma contratos que son promesas –OST, *El tiempo...* (6), pp. 232 ss. || Promesa, del latín *promissus*, participio de perfecto de *mittere*, es lo que se pone o se envía hacia adelante; en el caso: la palabra que anuncia que en ese adelante, futuridad, estará como al presente la misma voluntad de quien la pronuncia. Por la palabra que se **da**, el humano hace que también el porvenir se tiña o se impregne de **sentido**.

114. Allá va Sisifo otra vez..., maravilloso!: http://es.wikipedia.org/wiki/El_mito_de_S%C3%ADsifo | O –según ECO, Umberto (1984). *El nombre de la rosa*, Barcelona, Lumen– por sendas voces de Adso y Guillermo de Basckerville: la “*larga plegaria del desciframiento*”, p. 17, en medio del “*torbellino infinito de las posibilidades*”, p. 575. | La condición del *homo quaerens* –vid. notas (23), (99), (134) et al.

y conocer de otra manera. (Estamos manejándonos, no cabe duda, con otra lógica que la de la deducción o retórica discursiva, con otras reglas y otros instrumentos. Cada nuevo *locus* conocido puede abrir el espacio a nuevas premisas, y cada nueva premisa a nuevos argumentos.)

Es probable, decíamos, que en este ítem que examinamos, el de la efectiva controversia, se produzcan los hallazgos más interesantes, las invenciones¹¹⁵ fulgurantes, también mediante otros instrumentos de la dialéctica (*distinctio, definitio*).

Y seguramente se producirán enseguida desentendimientos, equívocos, imprevistos, vacilaciones y ambigüedades –‘*malentendidos creativos*’, ‘*errores fértiles*’¹¹⁶ o vanos, relativos al sentido de lo que se dice y se escucha, aunque se utilice un vocabulario supuestamente común, compartido.

Aquí podrán ejercitar a sus anchas los aficionados a Vaz Ferreira¹¹⁷ el examen de las ambigüedades, la polisemia, la ‘textura abierta’¹¹⁸ del lenguaje, la pertinencia y validez de los tropos. Y toda recua o materia *superfetaria* tenderá a ser eliminada por las operaciones propias de la dialéctica y la semántica, en pos de obtener la mayor higiene del lenguaje.

Hemos dicho higiene y no asepsia porque el lenguaje constituye mucho más que un instrumento mecánico en nuestras manos, y en cualquier momento puede sorprendernos. El buen uso de la lengua es un asunto bastante más abstruso y complejo que las meras reglas de la gramática en sentido académico restringido. El vasto submundo, o mejor, altermundo de las analogías, las anomalías, los *lapsus*, los ecos, las pausas y resonancias... ni aparecen todos a simple vista ni caben por entero en los oídos. El lenguaje suele presentarse crepuscular, opaco o luminoso a su antojo, por así decir.¹¹⁹ (He aquí todo otro problema excesivo para cualquier mente aislada.)

115. Ve: invención, *supra* nota (72).| *Vide*, nota (91), resumen analítico de operaciones de la dialéctica.|| **AUSTIN**, John Langshaw, 1911-1960, afamado estudioso del lenguaje, en *Cómo hacer cosas con palabras* llama enunciado **performativo** al que no se limita a describir un hecho sino que por el mismo hecho de ser expresado realiza, reifica, el hecho –inventa, produce, crea–.| *Poiesis ποιήσις* es un término **griego** que significa ‘creación’ o ‘producción’, derivado de ποιέω, ‘hacer’ o ‘crear’. **Platón** define en *El banquete* el término *poiesis* como “la causa que convierte cualquier cosa que consideremos de no-ser a ser”. Se entiende por *poiesis* todo proceso creativo al cual no es ajeno el arte del derecho. Cf. *supra*, **Ordinal III**, § 9, de este ensayo. (et *vide* CARNELUTTI, Francesco (1948). *Arte del derecho: seis meditaciones sobre el derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.; COUTURE, Eduardo J., (1991). *El arte del derecho y otras meditaciones*, Montevideo.)

116. O’GORMAN, Ellen. (2000). *Irony and misreading in the Annals of Tacitus*, Cambridge University Press.

117. *Vid. supra* nota (106).

118. La ‘textura abierta’ (o ‘inconsistencia semántica’) del lenguaje, es tema abordado por L.A.H. HART en su *A concept of Law*. Un factor que lleva a la vaguedad es la *textura abierta* de las palabras. Friedrich Waismann, en *Verifiability*, aduce que ciertos términos representan una fuente inevitable de vaguedad. El concepto de *textura abierta* da a entender que cuando se aplica un término en una situación determinada se tiene en mente, en el uso ordinario, un ámbito particular de contingencias. La *textura abierta* es la “posibilidad de vaguedad” que cualquier término o enunciación —y unos más que otros, según contextos— lleva en sí, al menos en razón de su generalidad, de su(s) historia(s) de su no connotación particular. Es preciso, pues, aclarar que lejos de ser una carencia, estas características semánticas resultan esenciales para la eficacia del lenguaje, en cuanto, según la hipótesis de Stephen Ullmann, “si no fuese posible atribuir varios sentidos a una palabra, esto equivaldría a una carga abrumadora sobre nuestra memoria: tendríamos que poseer términos separados para cada tema concebible sobre el que quisiéramos hablar. La vaguedad, sobre todo, es un factor inapreciable de economía y flexibilidad”: <http://suite101.net/article/>. || “[...] la estructura literal de las palabras es la fuente de la infinitud de los sentidos” –RABINOVICH, Miguel, glosando a Lacan, *ve.*: *Deseo de ley...* –*supra* (5), T. II, p. 12. || Y la definición está abierta al sentido hasta que llegue el punto final... –TAMBA-MECZ, Irène “*La semántica*”..., (88), p.125. || *Vid.* § 8 de esta exposición.

119. Esta idea de graduación o alternancia en la claridad del lenguaje supone una concepción muy distinta a la idea lacaniana de que la mediación del lenguaje determine la ‘inaccesibilidad de lo real’: parafraseando el estilo

Con todo, quizá una de las claves para el ‘manejo’ del lenguaje –en la medida siempre relativa en que se consiga– también la provea el antiguo realismo clásico. Y este precioso asunto, según resultará evidente ahora mismo, es el del **acierto para nombrar**. (Que no solo atañe a la confrontación dialéctica sino a todos los demás puntos que estamos enumerando, y a todo discurso hablado, y al lenguaje entero, inescindible de la realidad de la vida humana.)

Indicamos más arriba que el realismo clásico no se contenta con la escasa verdad relativa representada por la ‘concordancia de las proposiciones’. Hemos de dar por entendido que –en la escala de aproximación al **nombre de la cosa**– no todas las palabras valen lo mismo en su poder de nombrar y que, por ende, el primer contenido semántico genuino, veraz, *veritable* de cualquier vocablo es el de su mayor adecuación (ajuste) con la cosa (*res*) que procura designar. En el conocimiento cabal de la cosa y en su designación precisa consistiría la más perfecta solución que se pudiese esperar de cualquier conflicto. En definitiva, la verdad de lo real –y su expresión verbal consistente, su ajustada nominación– es la única magnitud que importa.

Al resabio inane del ser, donde deambulan los nihilismos, a esa **insoportable levedad del ser**¹²⁰ en que acabaron por precipitarse los racionalismos voluntaristas (que van del puro idealismo al mero factualismo), el pensamiento y la **praxis** dialéctica contraponen una robusta metodología llevada a cabo durante siglos y con resultados perdurables (Aristóteles, Jurisprudentes, Tomás, canonistas, «bartolistas»)... y los buenos juristas, particulares, jueces o magistrados, que siempre los ha habido, como

del maestro de la disuelta Escuela Freudiana de París, podríamos afirmar que el lenguaje no es **un aparte** de lo real sino **una parte** de lo real. | Preferimos la reverencial apertura al misterio del cusano: “*Las cosas visibles son imágenes de las invisibles, y nuestro creador puede verse de modo cognoscible a través de las criaturas casi como en un espejo o en un enigma*” (*Visibilia veraciter invisibilium imagines esse atque creatorem ita cognoscibiliter a creaturis videri posse quasi in speculo et in aenigmate*) San Nicolás de Cusa, *De docta ignorantia*, Lib. 1, cap. 11. || GRIJELMO, Alex (1998). *Defensa apasionada del idioma español*, Taurus; (2000) *La seducción de las palabras*, Taurus; (2004) *La punta de la lengua*, Aguilar; (2004) *El genio del idioma*, Taurus; (2006) *La gramática descomplicada*, Taurus. || Los manuales de Gramática al uso la definen: ...el estudio de las reglas y principios que regulan el uso de las **lenguas** y la organización de las palabras dentro de una **oración**. También se denomina así al conjunto de reglas y principios que gobiernan el uso de un lenguaje determinado; de modo que cada lenguaje tiene su propia gramática. || Sin embargo, desde una perspectiva más honda, antropológica, Steiner dice: “*Entiendo por gramática la organización articulada de la percepción, la reflexión y la experiencia; la estructura nerviosa (sináptica) de la consciencia cuando se comunica consigo misma y con otros.*” –STEINER, *Gramáticas...* (20), p. 15. || Y las innumerables literaturas hermenéutica, mitológica, filológica, antropológica, psicoanalítica, filosófica... tienen mucho que decir. (V.g.: <http://www.ucs.mun.ca/~lemelin/ab-sciences.htm>). Legendre afirma que lo que denomina e investiga como la *Revolución del Intérprete*, el vector racionalizante del Occidente medieval, de fuente greco-romana, iba impregnado de “*l'idée nouvelle du pouvoir de la grammaire*”, la idea nueva del poder de la gramática. LEGENDRE, *Leçons VI, les Enfants...* (38), p. 255. || Conviene tener presente la íntima relación entre *ius* y gramática: SCHIAVONE, *Ius. La invención...* (7), p. 209 ss. Véase, por ejemplo, que la primera división/clasificación de *res* (corpórea e incorpórea) es de origen gramático, “filosófico-retórico”, GAIUS, *Instituta*, 2.12 sq., in D'ORS, *Derecho Privado...* (15), p. 179.

120. Así se titula una novela del literato checo-francés contemporáneo (nacido en 1927) Milan Kundera, que refleja la ‘insoportable levedad’ (*L'insoutenable légèreté de l'être/Nesnesitelná lehkost bytí*) que afecta la existencia disipada del hombre ‘(pos)moderno’, cuando no siente límites externos valederos ni rumbo propio, la vida librada de peso y densidad. | *Nihil novum...*: Pues el *spleen* ya estaba en Baudelaire, Charles (1821-1867) tanto como el hastío, la humana fatiga y el escepticismo respecto (de la búsqueda) de la verdad, en el paradigmático *Qui ist veritas?* de Poncio Pilatos – Juan 18.38. || El tema del lugar antropológico de la verdad ocupa, en su dimensión *dogmática* central, uno de los cauces de investigación y preocupación de Pierre Legendre, que depara ciertas claves principales bajo la acápita de: *le sujet-Roi*, el sujeto-Rey –*vid. supra* nota (11)–. | François Ost ha trabajado también esta problemática en profundidad –*vid. supra* (6), (26) *et al.*–. || Y sobre exacerbación individualista, *vid. BERLIN, Árbol...* (43), pp. 230 ss, 250 ss.

otras tantas gentes equilibradas y de buen sentido, que cargan con el mundo y sus entuertos que desfazer...).

Una metodología compuesta de realidades, de personas y de cosas puestas en juego –no cerrada sobre sí misma como en los racionalismos, sino abierta *in totum* a lo real–, y tratando infatigablemente de comprobar la adecuación de su punto de mira sobre la cosa, reajustándolo continuamente, contradiciéndose para superarse, para rebajar la ignorancia. Para conseguir razonar, intuir, adivinar, contemplar, considerar¹²¹, ‘inventar’ mejor. Con la sola finalidad de obtener que las operaciones del intelecto se adecuen a las realidades –no a la inversa—. Que las palabras no giren en el vacío. Que se ajusten a lo que nombran. Y que cuando ‘inventen’ (descubran) o creen, lo hagan bien. *Adaequatio intellectus ad rem, et ... verba ad rem.*¹²²

121. Aristóteles emplea el verbo *manteuein*, *-μαντεύειν*, literalmente: adivinar; la raíz *diva*, del indoeuropeo *dyeu*, dios, día, esplendor, alumbrar, dar a luz, día luminoso: *Theous*, Zeus. || Sto. Tomás, *syndéresis*, “hábito de los primeros principios” del juicio de la razón práctica: *vid.* <http://ec.aciprensa.com/s/Sinderesis.htm>; del griego *syntéresis συντήρησις* (discreción, conservación) que deriva, a su vez, de *syntéreo συντηρῶ* (estar atento, observar) || ‘Considerar’ proviene originalmente del latín ‘*considerare*’, ‘mirar los astros, búsqueda de estrellas’ (*sidus* = constelación, estrella). Raíz indoeuropea *sweid*. Contemplar las cosas a escala, en el marco mayor de los astros –no se olvide que la astronomía formaba parte del *Quadrivium* como de la enseñanza antigua: mirar las cosas desde donde *mejor se ven*. En todo caso se trata de ambientar el ‘salto cualitativo’ hacia el plano desde donde se pueda ver, conocer y juzgar mejor–. Nuestras sentencias, llevan sus ‘Considerandos’. Y **contemplar**, es mirar desde el **templo**, monte arriba, desde la *Acrópolis* (ciudad de arriba), o el Capitolio, de Júpiter **Capitolino** –de *caput*, cabeza, condición de primero, principalía– de donde llega a nuestro **cabildo**. (Y téngase presente que, vivencial, sensible, espiritualmente, no es lo mismo un monte para nosotros que para los antiguos: Olimpo, Asgard... ni siquiera para Dante...).

122. “Una de las afirmaciones más sorprendentes de Aristóteles en la Política es que el principal deber del príncipe es impedir que se pervierta el sentido de las palabras. [...] La cuestión es que Aristóteles piensa que hablar es praxis (acción comunicativa, diría Habermas). El filósofo de Estagira no es de los que, al juzgar la gestión política exigirían «hechos, no palabras», como suele decirse. Las palabras tienen un valor ético-político esencial, pues hace posible el contraste dialógico y éste, a su vez, la amistad política, principal bien humano.” BARRIO MAESTRE, *La corrupción...* (16), p.35. | «...la primera función de la palabra es nombrar; no comunicar, y en el nombramiento se producen todas las derogaciones de la impostura.» ROSA, Nicolás (s.f.). *Fuera de Ley*, en *Deseo de Ley...*, (7), T. II, p. 200. | «*Malnommer les choses, c'est ajouter au malheur du monde.*», quedó anotado por Albert Camus en sus *Carnets* –publicados póstumamente por Gallimard. || Del bien decir, viene el bendecir, y de las bendiciones, la bienaventuranza, la dicha –el hebreo *bārāk* que Harold Bloom resume en *más vida**– como la interjección ¡*Viva!*, en español, portugués, francés. | En cambio, lo maldicho está maldito, hasta la desdicha. | Aldous Huxley anotaba que “*las palabras si se usan apropiadamente pueden ser como los rayos X: atraviesan todo.*” El mismo Ferdinand de Saussure, padre fundador de la Lingüística actual, afirma que ninguna idea, inclusive la más novedosa o revolucionaria, se presta a ser clasificada de manera *indiferente* en el lenguaje corriente, en el cual *ya antes preexiste* un término que *responde mejor que otros* a los nuevos matices o distinciones propuestas –*vid.* DE SAUSSURE, Ferdinand (s.f.). *Écrits de linguistique générale*, Paris, éd. Gallimard, p. 79. | |Glosamos también sobre el punto el comentario de VILLEY, *Comp...* (77), pp 76 ss. 76/77: ¿De qué se trata? De perseguir la adecuación de las palabras a las cosas, tarea gramática –*homo sed grammaticus*– de semántica rigurosa y crítica; de buscar su mutuo acuerdo (Aristóteles., *Tópicos* 105 b sq). El razonamiento dialéctico no es, como los sistemas idealistas, un submundo cóncavo de **palabras**, cerrado sobre sí mismo o segmentado *a priori* por hipótesis insuficientes, incapaces de abarcar un **objeto** que las excede (Legendre, Supiot, Briceño, Nubiola, Lakoff, Lavelle *et al*, *op. cit.*). El dialéctico parte de diversos puntos de vista para cerner la cosa real. Lo real existe; el pensamiento procura pensarlo y aprehenderlo mediante el lenguaje, que es pensamiento corporizado en acto, acción. Lo real es infinito, y por destellos se revela y se oculta, se oculta y se revela al conocimiento, que lo busca. El conocimiento es un querer, querer saber. Vivir es querer saber, preguntar, escuchar, volver a preguntar... Si la pregunta es buena, se puede esperar una buena respuesta. Todo esto parece muy sutil; y puede serlo: así es la vida del espíritu, motor del pensamiento, motor del lenguaje y la palabra. El espíritu es sentido en todos los sentidos. Y en el mayor: primero y último, *alfa* y *omega*.** Nos sobrepasa. (Pero...) La ‘cosa’ –i.e.: la realidad misma, en cuanto significación– es el punto de mira de la operación; mediante la diversidad de fórmulas contradictorias y aproximaciones contrapuestas se obtiene su inteligencia y su intuición de manera menos incompleta, y en definitiva lo que se procura, al decir de Villey, es que la ‘cosa’ misma*** oficie de árbitro –*et vid.* supra (106) –. | De las

23. En sexto lugar vienen las conclusiones. Una conversación, una discusión común y espontánea, un debate, una polémica, si bien siempre puede resultar enriquecedora para quienes de ella participan o para los que la escuchan o la leen, no tiene por qué alcanzar un corolario, una **conclusión**. Puede finalizar por cualquier interrupción, quedar en suspenso, no está sujeta a imperativo alguno que la obligue a llegar a un punto determinado.

Si bien está implícito en la naturaleza de la cualidad parlante el impulso significativo, sensato —la pulsión innata del **sentido**, vector de la palabra—, igualmente lo está su inacabamiento, la imperfección. De manera que la mente o la razón humana puede —salvo si posee alguna patología— abandonar un asunto y pasar a otro, como efectivamente hace de continuo. Y también es cierto que en el íter del pensamiento, como en el del habla, el concluir —en acepción lata, débil— más o menos perceptiblemente está ocurriendo sin cesar.¹²³ El hombre infiere como respira.

En el régimen dialéctico, en cambio, como principio estructurador que informa todo el proceso, existe **la exigencia de arribar a una conclusión**. Se trata de un principio racional y saludable de orden e higiene puesto que el diálogo y la discusión carentes de un arte, de una técnica, de un formato preestablecido, librados a sí mismos, probablemente nunca acabarían, o habrían de descaecer sin fruto, o deleitarse en el escepticismo, o tornarse delirantes. En el trasfondo de las realidades últimas todo

varias acepciones que ha tenido la *Tópica*, la mayoría de los intérpretes, incluso modernos, olvidan este sentido originario, no obstante estar atestiguado por varios de los textos de Aristóteles. Ocurre que en los «*Tópicos*», que versan por encima de todo sobre el arte de la argumentación y sobre el silogismo dialéctico, no está puesto de relieve. Mas para convencerse, basta con leer cualquier página de Aristóteles —que, tal como lo ilustra Rafael en ‘*La Escuela de Atenas*’, señala **lo real** (‘mundo sublunar’, que habitan los hombres) como centro de su observación, frente a Platón cuyo índice apunta hacia ‘lo alto’, donde ubica ‘las ideas’ —Raffaello Sanzio (1483–1520), **pintor** y **arquitecto** del **Alto Renacimiento**. Puede verse la antedicha representación pictórica en, por ejemplo: http://es.wikipedia.org/wiki/La_escuela_de_Atenas.] [*BLOOM, H. y otro (1995). *El libro de J*, Barcelona, Interzona, 1995.]] **Temática analizada y expuesta con amplitud y profundidad histórico-filosófica por OST, *El tiempo... (6)*. |] ***La ‘cosa’ es siempre su **significación**, y para los humanos **no hay otra cosa**; como no hay sinsentido, sino como la oscuridad es ausencia de luz.]

123. “*La acción de concluir forma parte de todo acto comunicativo, y es una operación situada en el proceso de la argumentación, y que está, explícita o implícitamente, presente en todo discurso. Esta operación se realiza en las estructuras lingüísticas de una interacción comunicativa, donde interviene el proceso lingüístico-cognitivo de la inferencia. En esta interacción, se combinan informaciones textuales e inferencias para llegar a la coherencia textual. La inferencia es un procedimiento lógico que establece una progresión textual, y que en el procesamiento comunicativo de la lengua natural viene desde la propia experiencia del usuario. Pero la inferencia como proceso para llegar a una conclusión, se sitúa en la perspectiva comunicativa que se establece entre los interlocutores, donde además de la acción de la lengua interviene la acción cognitiva y emocional de éstos. Acciones de función retórica que favorecen la intencionalidad y efectividad comunicativa. De manera que la acción de la retórica, o retoricidad, ejecuta y adapta a la situación o interacción comunicativa la gramaticalidad o competencia lingüística y la racionalidad o competencia lógica. Ésta última, interviene, a través de un determinado proceso de razonamiento y conjuntamente con las demás competencias comunicativas, en la construcción y extracción del significado. Donde, discursivamente y en un mundo referencial y comunicativo, la competencia lógica construye unas relaciones lógico-semánticas en el texto y procesa unas estructuras lingüísticas concluyentes.*” Vid.: **CONCLUIR**, en CARRILLO GUERRERO, Lázaro (Universidad de Granada) <http://www.um.es/tonosdigital/znum11/estudios>. |] Según Aristóteles, sacar una conclusión requiere un movimiento del pensamiento, una explicitación de lo que pueda estar implícito y una actualización de conocimientos. En este proceso, la deducción (el silogismo) va de lo universal a lo particular, y la inducción va de lo particular a lo universal. Dos formas de deducción son: el ejemplo y el *entimema*, silogismo abreviado. El ejemplo, el *símil*, el parecido, la semejanza, dan paso a la comparación, **la analogía**: como modo de razonamiento, se corresponde con las formas retóricas del silogismo y permite aplicar unas conclusiones generales a unos casos particulares. La contigüidad metonímica, sinécdoque, y la suplantación metafórica, son consabidos modelos retóricos —y, a la vez, recursos últimos de la expresión en el límite de ‘lo indecible’: poesía, alegoría, mito— *Vid.* Legendre, *infra* notas (14), (35), *pássim*.

permanece irresuelto para la razón humana.¹²⁴ La aporía oficia de perenne contraluz al trabajo de la razón.

El vocablo **conclusión**¹²⁵, en este régimen, está referido a la acción y efecto de cerrar, marcar el fin, terminar. Terminar, cerrar, concluir... mas no de cualquier manera: la clave está en que se ha hecho todo lo posible por acercarse a la mejor conclusión.

La conclusión, la decisión de dar por cerrado el debate puede ser discrecional, pero no gratuita. Asimismo es naturalmente admisible la alternativa de que no haya una decisión, cabe la irresolución. En dialéctica pura bien puede ocurrir que no se arribe a una conclusión, que el procedimiento se detenga en el *impasse*, en la aporía. Mas no es así en el **proceso judicial**, donde rige el infranqueable *non liquet*, el deber de fallar del juzgador (*iudex*: el que dice el *ius*= lo que es **lo justo**), de hallar y dar una solución.

Al curso dialéctico se puede dar término por **conclusión** o por **determinación**. Ejemplo: se **concluye** que los vehículos no deben transitar en sentido contrario por una misma dirección; se **determina** que cada uno transite por su **derecha**. Hay algo que se puede colegir y comprobar: la impenetrabilidad de la materia y, por ende, la inconveniencia de que los vehículos se vean enfrentados en la ruta; eso es una **conclusión**, no sería racional decidir lo contrario. Mas que deban circular por la derecha es una **determinación**, pues no sería irracional la decisión inversa.

Este **concluir** implica un compromiso, trae consigo una voluntad de constricción –necesaria para llevar a cabo **en serio**¹²⁶ el procedimiento–. Esta nota de seriedad está consustanciada con el **dogma jurídico instituyente e institucional**, el mayor emblema de la racionalidad occidental, su forma filosófica final, primero y último recurso,

124. Acerca del carácter y la función del tercero encargado de la conclusión institucional, ve: *supra* § 10, y notas (34), (36), (85) e *infra* notas (124), (126), (137).|| ‘Aporía’, *vid. supra* notas (56), (96) y (99).

125. *Cum-cludere*, latín, cerrar –con llave, con clave –cónclave. *Vid. infra* nota (127).

126. Sobre la cuestión del sentido, y lo que que nos parece el asunto central de toda hermenéutica, *i.e.*: la seriedad mayor del sentido y el sentido de la vida, ve.: SEGUNDO, Juan Luis, (1996) *El dogma que libera*, Santander, ed. Sal Terrae, pp.340 ss., *pássim*. | Y la obra de Viktor Frankl, especialmente: *El hombre en busca de sentido* y *El hombre en busca del sentido último* (son dos libros diferentes, de los que hay varias ediciones en español, las más recientes de Biblos y de Herder). [*Et vid.*: correlación de notas donde se aborda más explícitamente el tema del ‘sentido’ en general y ‘jurídico’, *supra* nota (7, *in fine*).

estación terminal, su máximo referente *–non plus ultra–*.^{127 128}

La conclusión dialéctica es, pues, la definición o determinación derivada del proceso dialógico con la cual quien tiene a su cargo la dirección del proceso lo da por cerrado. Aristóteles habla aquí de (*h*)*oroi*, definiciones que aportan cierta generalidad –como cuando en nuestra cotidianidad decimos: ‘por regla general’ o ‘reglas generales’–, expresión que previene lo particular discordante.

Las (*h*)*oroi*, las *regulae* y **definiciones** romanas nacen y se expresan con cierta aspiración de universalidad y permanencia –cuanto muchas de ellas perviven en nuestras leyes y vocabulario–, mas, inscritas en la dinámica general del ser, revelan apenas una pausa en el itinerario; siempre más **potencia** que **acto**. Esta imperfección connatural ofrece la cualidad de dejar siempre abierto el fluir del debate; la conclusión de ayer es la premisa de mañana, puerta abierta al eventual progreso sucedente.

127. Ferdinand de Saussure califica a la lengua de ‘institución primera’. DE SAUSSURE, Ferdinand (1983). *Curso de lingüística general*, Madrid, ed. Alianza, p.110 y ss. | Y OST, citando a A. Garapon, refiere que el lenguaje común es la “institución de las instituciones”. OST, *El tiempo...* (6), p. 41 y nota 2. Jacques Lacan “[...] reconoce... la ley de las leyes, la ley que sostiene todas las leyes, la ley del lenguaje. [...]” “...la estructura literal de las palabras es la fuente de la infinitud de los sentidos” –RABINOVICH, *Deseo de ley...* (5), T. II, p. 12. | Primer legislador, oculto, el que más raramente aparece (Platón, *Cratilo*), la lengua constituye la evidencia primordial de la –usando las mayúsculas de Legendre–*Referencia Superior, Tercer Garante*, como realidad heterogénea a los hablantes, y su mediador visible (audible) central, principal. | “[Según la tradición confuciana, el buen orden depende íntegramente de la corrección del lenguaje, porque nombrar las cosas es darles la individualidad que las hace existir.” (SUPIOT, *Homo...* (7), p. 53). | Las palabras portan consigo desde su ‘origen’ una reserva de sentido –cierta densidad o espesor semántico, simbólico– presente en su interior, y que en su transitar a lo largo del tiempo puede revelar unos u otros aspectos de (del/su) **sentido** –de continuo en vías de descubrimiento/construcción–. La lengua está **habitada secretamente por los dioses**, que cooperan por establecer un orden que nos preserve del delirio. Veamos: *Stator*, epíteto de *Iove-Iupiter*, connota directa e inmediatamente el ‘detener a los fugitivos’, los hombres de Rómulo en la leyenda fundadora; y que garantiza los juramentos (*ius-iurandum*); y en el plano de la estructura psíquica social e individual es ‘principio ordenador’, instituyente: *Iu-piter*: **dios-padre**-auxiliador. Ve.: LEGENDRE, *Les enfants...* (36), pp. 319, *pássim*; (1983) *Leçons II: L’Empire de la vérité*, Paris, Fayard, 1983; D’ORS, *Derecho Privado...* (15), p. 43 ss; LACAN, Jacques, (2005). *El triunfo de la religión*, Buenos Aires, Paidós. | *Términus* –Ve.: Ovidio, *Fastos*, 639, mojón, límite, terminación (cf.: determinación, exterminación, también *Phallus* (poder instituyente, relevo simbólico del Absoluto, en la jerga psicoanalítica). | (Latín *stare*, sánscrito *sthĀ*, mantenerse en pie, estarse firme, existir, ser, estar presente, situado. Repárese en que el griego *stoa*, puerta, columna, de donde estoico, estoicismo, comparten la misma etimología. Y adviértase el juego entre lo fluido y lo sólido del fonema *st*: cómo en nuestra familia lingüística indoeuropea esa fonación da estar, *status*, estático, estable, establecer, sostener, estado, Estado, estatua, estatuto, institución, constante, institución... , consistencia, *instituire*...) donde la presencia del sonido deslizando, siseante, fluyente de la *s* se encuentra con el tabique, con el tapón, la barrera, el ‘parate’ –*stop!*– sólido y rígido de la *t* y la oclusiva *p*. | “¡Ta!”, dice el argot uruguayo por ¡Basta!, ¡*Detente!* ‘-basta’ es palabra que el habla coloquial francesa suele tomar prestada del español, sin duda por su vigor expresivo. | No es casual que la palabra misma **estado** designe a la mayor institución jurídico-positiva y el *status* (‘estado civil’) de las personas. | El filósofo y teólogo danés KIERKEGAARD, Sören (2004) *Diario de un seductor*, Barcelona, Ediciones 29, p.117, también observa lo que llama ‘*feminineidad*’ vocal ante la ‘masculinidad’ consonante. Entre los griegos, según Platón en el *Protágoras*, Prometeo, Προμηθεύς, i.e.: prospectivo, promisor, ‘prudente’, ladrón y donador del fuego celeste, enseña a los hombres a andar erguidos, estarse en pie –a diferencia de las bestias–, las artes y las técnicas, los instruye e **instituye**. (Vid.: A. SUPPIOT, *Homo...* (7), p. 175; LEGENDRE, *Les enfants...* pp. 11, 13, 112, 113, 115, 120, 121; OST: *El tiempo...* (6), pp. 155 ss., *El reflejo...* (6), p. 340 ss.).

128. El idioma francés trasluce –desde los mismos basamentos etimológicos que el español– dichas acepciones de **concluire** como cosa seria, comprometida. *Conclure*: *contracter*; *s’obliger*; *s’engager*, o sea, aquello que en español expresa el pronominal **definirse**: adoptar con decisión una actitud. (En la red puede consultarse, respectivamente, para el francés y para el español como sigue para: ‘**conclure**’: <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=95260> (LTFi, *Le Trésor de la Langue Française informatisée*); y para la voz ‘**definición**’: <http://lema.rae.es/drae/?va=definici%C3%B3n>, Real Academia Española, DRAE –22° edición. También: KÜHL DE MONES, Ursula y HAENSCH, Reinhold Werner (1993). *Nuevo Diccionario de Americanismos. Volumen III. Uruguayismos*, Santa Fe de Bogotá, Instituto Caro y Cuervo. |

Fin y principio de la controversia.¹²⁹ Modalidad similar a la de escuela griega: en las *quaestiones disputatae*, practicadas con fervor por la Escolástica medieval, el cierre conclusivo del debate lo efectúa el maestro.

En el ámbito de la dialéctica encuadrada o institucionalizada por un ordenamiento jurídico será el órgano o tribunal de justicia –como de otro modo y en su ámbito, el órgano legislativo– el que dará forma final a la controversia: la virtualidad perfectiva del **ser en acto**. En efecto, virtualidad –y no realidad efectiva y total– califica la perfección del **acto**, porque el **acto perfecto** no cabe en lo humano. En cualquier ámbito, la conclusión opera como límite formal, convencional –nunca real– de **acto perfecto**. Don José Ortega y Gasset advierte que la “...palabra perfecta arrastra un equívoco fundado en su etimología. Perfecto es originariamente lo concluido, lo acabado, lo finito; luego significa también lo que contiene todas las virtudes y las gracias propias a su condición, lo insuperable. Hay [...en cambio] una perfección que se conquista a fuerza de limitarse.”¹³⁰

En cabal concomitancia con la admonición de Ortega puede hablarse de la elaboración y expresión de las *regulae iuris* de los jurisconsultos de Roma, denominadas, en ocasiones, *sententiae*, y frecuentemente con el vocablo griego (*h*)*oroi*.¹³¹ *Regulae*

129. “A continuación, se podría decir para cuántas y cuáles cosas es útil este estudio. Y lo es para tres cosas: para ejercitarse, para las conversaciones y para los conocimientos en filosofía. Pues bien, que es útil para ejercitarse resulta claro por sí mismo: en efecto, teniendo un método, podremos habérmolas más fácilmente con lo que nos sea propuesto; para las conversaciones, porque, habiendo inventariado las opiniones de la mayoría, discutiremos con ellos, no a partir de pareceres ajenos, sino de los suyos propios, forzándoles a modificar aquello que nos parezca que no enuncian bien; para los conocimientos en filosofía, porque, pudiendo desarrollar una dificultad en ambos sentidos, discerniremos más fácilmente lo verdadero y lo falso en cada cosa. Pero es que además es útil para las cuestiones primordiales propias de cada conocimiento. En efecto, a partir de lo exclusivo de los principios internos al conocimiento en cuestión, es imposible decir nada sobre ellos mismos, puesto que los principios son primeros con respecto a todas las cosas, y por ello es necesario discurrir en torno a ellos a través de las cosas plausibles concernientes a cada uno de ellos. Ahora bien, esto es propio o exclusivo de la dialéctica: en efecto, al ser adecuada para examinar cualquier cosa, abre camino a los principios de todos los métodos” ARISTÓTELES, *Tópicos*, Libro I, 101 b, in <http://www.scribd.com/doc/50147154/Topicos-A>. [Por tratarse de un texto que ha vuelto a despertar un interés renovado se dispone de varias versiones y traducciones.]

130. ORTEGA y GASSET, José (1936). *OBRAS*, Madrid, Espasa Calpe, Volumen 1, p. 304. (et vid. supra (5)). | En cuanto a la ley ‘decisora de controversias’: vid. GUZMÁN BRITO, *La codificación...* (7), p.47, *pássim*.

131. Quinto Mucio Scaevola (140-82 a.C), hijo de Publio M. Sc., además de sus *XVIII libri iuris civilis* (Pomponio –D. 1.2.2.41), escribió un libro de (*h*)*oroi* conocido como *Liber singularis (h)oroi definitionum*, que fue una colección de definiciones, reglas o cánones y principios de derecho civil. En *Digesto* se hace referencia en seis ocasiones a diversos fragmentos de esta obra. Fue el jurista más representativo de su época (postrimerías de la República) y quizás el de mayor influencia en la Jurisprudencia del Principado. | [Hemos representado entre paréntesis la letra ‘h’ en la escritura de la palabra (*h*)*oroi*, para recordar que el sonido aludido (*hache aspirada*) el griego antiguo sí lo poseía y lo pronunciaba en el habla, mas no lo graficaba por considerarlo expresión del *pneuma*, el hálito, el aliento, el espíritu, el vínculo entre el microcosmos y el macrocosmos, lo que *inspira*, lo que se respira al nacer, y se espira hasta la expiración; evoca un *sagrada* intangible, *logos*. Vid. supra nota (5)]. | En hebreo no se escriben las vocales, sólo las consonantes –y la explicación del caso resulta de algún modo afín al caso de la *h* griega: el *logos* se mueve, escapa a toda fijación. | “[...] *torat ha šod* es el cuarto nivel de interpretación de las escrituras, remite a la lectura cabalística del ‘texto blanco’ –la verdadera Escritura– que toma el ‘texto negro’ por simple comentario.” –en *Deseo de Ley*, (5), p. 54. | La infinitud, por así decir, de la escritura china, donde quizá siempre se pueda hallar un nuevo signo marca también, a su modo, el mismo asunto: el signo (el significante) no sólo no agota el significado, sino que tampoco le es bastante, ni homologable: siempre hay más; el sentido vive, fluye, desborda, escapa... porque ‘*el logos se mueve*’ –en el sentido de que el sentido es una búsqueda de sentido, en la Biblia, Heráclito o Hegel, tanto como en el origen utópico de todo étimo, como el *punto omega* de Teilhard de Chardin (“...ley universalmente encontrada en Historia... ...condición fundamental de la experiencia en virtud de la cual los comienzos de todas las cosas tienden a volverse inaccesibles...”.) –TEILHARD DE CHARDIN, Pierre, *opus cit.*, p. 94 –T.A.).

iuris cuya producción pluricentenario vertebró la **invención** del derecho en occidente.

En Roma, la regla expresa la especie de cosa (**causa**) de que trata el proceso –*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat* (D. 50.17.1)–. Lo esencial de una regla es enunciar con brevedad una cosa (preexistente). Agrega el mismo libro 50 –de los más ricos en compilación de reglas generales–: *Omnis definitio in iure periculosa est. Parum est enim ut non subverti possit* (Javoleno, D. 50.17.202): toda definición jurídica es aventurada. De hecho, pocas hay que no se vean expuestas a ser ulteriormente derribadas en una nueva controversia sobre el tema.¹³²

Del mismo modo que sucede con la definición de una cosa (**causa**), una regla de derecho romano puede resultar «viciada» y ya no brindar utilidad: *Regula quasi causae coniectio est, quae, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum* (D. 50.17.1). Como se ha dicho, por no ser ‘demostrables’ de modo inconcuso, las «definiciones» y las «reglas» no detentan más que una «autoridad» discutible.

La misma filosofía inspiraba los *Tópicos* de Aristóteles. La vocación ejecutiva del espíritu romano, su “ideología de la acción”, o mejor aún, su filosofía práctica –esta vez, en la más alta acepción del adjetivo– volcó aquella orientación intelectual en una construcción concreta y distinta, en la creación de una ciencia –en sentido aristotélico, o sea, disciplina del conocimiento racional que, sin desmedro de los elementos descriptivos y operativos (**qué, cómo, cuándo, dónde**) alcanza los **por qué** y los **para qué**, las causas, formas y fines–. Un descubrimiento de lo real, con propósito crítico, discriminador (en el buen sentido de la palabra: la mente hace su trabajo **discriminando**, *i.e.*: distinguiendo, ordenando... o no hace su trabajo...). Dirigida y pauta en el caso romano por una finalidad específica: el descubrimiento de un **justo medio** en el reparto, el *ius suum cuique tribuere*.

Lo que para los filósofos griegos fuese el *ta autón eikein*, principio teórico cuasi-especulativo, en Roma se convierte en arte práctico específico, hecho de realidad, por obra de un grupo vocacional de especialistas que van afinando su *ars* durante siglos: los que ejercitan la *prudentia*¹³³ –inteligencia y saber– del *ius*, los *iurispruden-*

132. El denominado ‘principio de Javoleno’: “Hay que cuidarse del riesgo de querer incluir, o de creer incluido, ‘todo’ en la norma dada.”: *T.A.* desde la versión francesa de VILLEY, M. (2005). *Le Droit Romain*, Paris, ed. Puf, pp. 124, *pássim*. *Vid.*: SCHIAVONE, *Ius. La invención...*, (7), p. 426. | Más aún: está el jurista que la mejora, *vid. infra* nota (137) –D. 1.2.2.13.

133. *Pro-uidencia, providens/entis* (raíz indoeuropea *per-*: ‘ver antes, mejor’, ‘el que ve desde la primera posición’, ‘el que prevé’) estar en la mejor posición para ver conocer y discernir con acierto y sensatez la realidad desde perspectiva (el punto de vista) de la inteligencia y el saber jurídico, *i.e.*: de la justicia, *iuris-pro-uidencia*. Canal filológico directo por el cual el arte o la ciencia de lo que nosotros denominamos *Derecho* ha sido y es denominado también *Jurisprudencia*, a lo largo del tiempo y la geografía occidental (*Jurisprudence*, en inglés y francés, *Jurisprudenz* y *Rechtswissenschaft*, en alemán, *Giurisprudenza*, en italiano, *Jurisprudência*, en portugués). No estaría de más revisar a fondo la denominación de la disciplina jurídica. No parece que la voz **derecho** contribuya a la mejor comprensión de su naturaleza y finalidad. Quizá un día nuestras facultades muden su designación... Obsérvese la vasta prole del *ius* en la terminología jurídica, ítem contrapuesto a la esterilidad de *directum*. ¿Acaso bendición de uno/maldición del otro? || *et vid.* nota (70). | Advértase la variante respecto del significado actual y corriente de las voces **prudencia, previsión, providencia**, el desplazamiento semántico, por contigüidad o sinécdoque, hasta su asimilación con **cautela, cuidado, precaución**, que es sólo un aspecto o secuela de la *providencia* romana –*frónesis* griega –*supra* nota (27). || *Ius* era en Roma el nombre de lo **justo** en la realidad (*res justa*), **la cosa justa**, o, dinámicamente, **la situación o posición justa** (justo **estado** de cosas –una *res justa* que alcanza a la propia *res publica*–, donde destaca «el orden judicial socialmente admitido, formulado por los que saben de lo justo: *iuris prudentes*» – D’ORS, *Derecho Privado...* (15), pp. 43, 47. | La designación ‘derecho’, es tardía, ‘vulgar’, judeo-cristiana, de clara predominancia ético-religiosa; y no marca lo justo del reparto (*tribuendum*) de cosas, sino la **dirección** (rectitud) de conductas (moral): *directum* (*droit, diritto, dret, right, recht, derecho...*), lo

tes. Un conocimiento de la realidad serio, riguroso, valorativo y finalístico, implica filosofía, una filosofía.

Estas reglas, así de provisorias y perpetuamente cuestionables, de valor relativo (descritas por Tomás *in plerisque*: como de posible aplicación a una mayoría presunta de casos¹³⁴), forjaron el derecho, la fortaleza de su estructura general, su vocabulario, vocación y proyección –en vigor desde hace dos mil años–.

No pasa por la imaginación ni la intención del prudencialismo romano concluir de forma diferente si la dialéctica parte de opiniones, arriba a opiniones. Su significación es de orden cualitativo, y de cada vez. No vale *per semper*. (El hombre *no sabe*; solo **apuesta a saber**. Cada **significación** es una apuesta –una apuesta seria– en la que, en términos mundanos, gana, pierde o empata..., juega, actúa: *dramatis persona*.)

El derecho, *ars dialéctica* romana, es un viejo saber, probado en mil batallas. Si se lo respeta y se lo deja actuar conforme a su intrínseca racionalidad, puede contarse con él como un aliado formidable. Conoce bien las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas que acompañan a los hombres. Y suele ser un perspicuo pacificador y solucionador de conflictos y tensiones. Cuando los occidentales quieren establecer una verdad **en serio**¹³⁵ recurren a él porque, a pesar de sus defectos y limitaciones, jamás se ha encontrado nada mejor; todo lo demás va de la fuerza bruta a la candorosa utopía y, más temprano que tarde, arrastra al fracaso.

Puede decirse que el proceso judicial es portador de una magnífica lección de filosofía. Empero no suele asumirse esa dramática verdad, que padece el mundanal defecto de parecer sencilla:

...que se escuche a las partes –y a los eventuales terceros atañidos; como a quien represente a la sociedad o a los intereses difusos, y a la polis (Estado)–; que se verifique y compruebe racionalmente la consistencia entre las afirmaciones y los hechos; que se desarrollen, en bueno y razonable orden, los planteamientos y los argumentos, que –a la luz de los principios generales, y de las normas en juego– se consulte la mejor doctrina y jurisprudencia; que se examinen particularmente tanto los aspectos comunes como los distintivos (distinctio) del sublite –su singularidad específica–, las implicancias y consecuencias de las posibles soluciones, haciendo acopio de los valores a privilegiar

que dirige directo al cielo, la salvación ultraterrena. La disciplina que denomina nuestras facultades debería de repensar su propio nombre; haría bien.

134. Sto. Tomás, *Summa Theologiae* I-II, cuestión 90, artículo 4 –que retoma a Aristóteles, *Ética* a Nicómaco V10 1137b11-19–: “Los legisladores legislan según lo que sucede en la mayoría de los casos, pero observar punto por punto la ley en todos los casos va en contra la equidad (“contra aequalitatem iustitiae”) y contra el bien común, que es lo que persigue la ley.” (Vid. supra nota (99)).

135. La expresión adverbial ‘en serio’ (reiterada en estas páginas) aplicada a la necesidad de cooperación, y a la búsqueda de sentido, la emplea **literalmente** Theodor Viehweg [vid. supra textos correspondientes a las notas (30) y (56)]; y a la vez connota lo **trascendente** –SEGUNDO, Juan Luis (1982). *El hombre de hoy ante Jesús de Nazaret* II/1, *Historia y actualidad*, Madrid, Cristiandad, p.558, y otras de sus obras, desde un enfoque antropológico y teológico. Et vid. supra notas (124/5). De todos modos, más allá de lo formal instituido, es decir, en razón de su contenido sustancial, para la dialéctica como búsqueda del conocimiento, de la *causa quaerens* [Legendre, *Les enfants...* (36), p.332; cit. supra notas (23), (99)] | La verdad no se impone, se propone. | Y se alcanza sólo por presunción, o por *factio iuris*: lo que se tiene por verdad, la **cosa juzgada**, como reza el brocardo: *res iudicata pro veritate habetur*. *Res iudicata pro veritate accipitur* - La cosa juzgada se tiene por cierta –Ulpiano, *Digesto* 1,5,25. Verdad formal, procesal, no sustancial. La verdad plena no es humana, encontrable –dicen los místicos que es al revés: la verdad encuentra al hombre–. De todas maneras las verdades formales (ley, sentencia) del derecho son provisorias y cambian –sujetas a ‘leyes no escritas’ (leges non scriptae, ἀγραφοὶ νόμοι –*agraphoi nomoi*) –.

o preterir y de las antinomias a resolver (espacio en que tiene cabida lo social, lo cultural, lo normativo ...), y sin perjuicio de lo que esté al alcance de la propia actuación reglada del Juzgador (Iura novit curia).¹³⁶

Asúmase que, más allá de las ‘ficciones’ deductivas, la decisión judicial «supone una elección entre diversas reglas alegadas por los litigantes, que no son concordantes, ni constituyen por cierto un todo homogéneo, y supone –además–, ir más allá de las reglas, forjando nuevas reglas, para otorgar una Sentencia adecuada a la “naturaleza de la causa (cosa)”». ¹³⁷

Y lo mismo hacen –a escala menor, si se quiere– los abogados solos o acompañados, en sus bufetes, cuando averiguan circunstancias y detalles, consultan doctrinas, normas, precedentes.

VI.– Corolario: El método recomendado es el que se aplica de manera preeminente en la realidad aunque ello no signifique que se haga bien si no se comprende su profunda (ontológica) razón de ser ni su perennidad teórico-práctica, por su ineluctable adecuación a la materia (y del cual los otros métodos, aun valederos, resultan accesorios, complementarios). [§ 24 –notas 135 a 143]

24. Repárese en el dato –imprescindible para la comprensión del conjunto– de que en el momento de mayor fecundidad de toda la historia del derecho, los siglos en que este crecía y florecía con mayor vivacidad y enjundia, no se orienta hacia la construcción teórica sistemática. Cuando los más altos juristas interactúan dialéctica, polifónicamente, no pretenden otra cosa que examinar si las *regulae* obtenidas son de aplicación al siguiente caso, o si deben adecuarse, adaptarse al problema, pues lo central no es exhibir un **sistema lógico**, sino dar con la solución de justicia para cada caso, por quienes tienen a su cargo la función jurisdiccional “...*porque no puede subsistir el derecho, si no hay un jurista por quien diariamente pueda mejorarse*” –Pomponio, D. 1.2.2.13.¹³⁸ No una premisa abstracta sino el caso, lo real, constituye el centro de

136. Como hemos visto en el curso de la exposición, las antinomias son connaturales a la materia jurídica, inevitablemente. –*et vid.* nota (31) – || *Iura novit curia*: principio jurídico que significa literalmente que el Juez (*Judex*: el que dice o da el *ius*) *conoce todo el derecho* y que en el ejercicio de sus funciones no está restringido al alegado por las partes) a diferencia de lo que sucede con los hechos alegados que sí lo limitan, el juez dispone del derecho, no de los hechos.

137. CASTRO, Alicia, MELIANTE, Luis (1994). “Una visión dialéctica del Derecho: Michel Villey”, *Hermenéutica y racionalidad*, Montevideo, ed. FCU –Fundación de Cultura Universitaria, p.81.

138. Cf. *supra* nota (99). || D. 1.2.2.13, Pomponio: “[...] *per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur; quantum est enim ius in civitate esse, [...] quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit quotidie in melius produci.*» | Los jurisprudentes, inventores del derecho, construyeron durante siglos, laboriosamente, su hallazgo, absteniéndose de sistematizar. | Dice el maestro VAZ FERREIRA: “Hay casos en que pensar por sistemas es legítimo y conveniente” y ejemplifica con las matemáticas y la mecánica, y señala que “pensar por sistemas” es “aplicar en los casos particulares que se van presentando, una regla de conducta general, ya de antemano establecida”; y sigue: “Pero esta manera de pensar por sistemas, es decir por razonamientos hechos de antemano, se va haciendo cada vez más difícil y peligrosa a medida que se trata de cosas más complejas; y, en los órdenes de la moral, y de la psicología, y en la literatura, en la filosofía, en lo social, y en muy amplio grado en lo práctico, entonces ...lo del texto; esto es: los peligros de pensar por sistemas, y la conveniencia de pensar por ideas para tener en cuenta y con ellas examinar cada cuestión y del modo más amplio”, “**La verdad debe buscarse directamente. Sin perjuicio de auxiliarse, en la busca o en la exposición, por opiniones, teorías y escuelas. Y sin perjuicio, todavía, de que éstas hayan facilitado nuestra investigación. Pero, lo repito: la verdad debe buscarse directamente, y no es lo mismo auxiliarse, en su caso, de opiniones para buscar la verdad, que**

interés, observación y consideración. He ahí la primera y genuina **fuente de producción del derecho** (*fons iuris*): *Ius in causa positum est* –D. 9.2.52.2.¹³⁹

Y solamente la consideración de lo **justo** constituye el baremo de validación de la solución alcanzada (**conclusión**), en desmedro de cualesquiera otras apreciaciones (morales, políticas, o lo que se considerase sobrecarga de ‘lógica’ o de retórica, torcimiento de lo **razonable**, o desmán verbo-lexical) en pro de una *vera et non simulata philosophia*, lo cual no significa carecer de una filosofía –nunca ocurre, nadie vive sin ella, el **sentido** lo impide– sino velar celosamente por su apego a lo real –D. 1.1.1.–¹⁴⁰

fijarse de antemano, como regla, como actitud mental, hasta como finalidad a conseguir, el determinar nuestra posición por otras posiciones. Un primer mal, pues, de la tendencia a buscar el justo medio, y del eclecticismo, es que suponen una búsqueda indirecta de la verdad, por posiciones y grados (y también, casi fatalmente, el espíritu abstracto y libresco, o, en todo caso, poco original). Pero, además, todavía tienen otro mal: y es que esas actitudes, si realmente se las mantiene, nos condenan a quedar dentro de lo ya pensado; a no encontrar nada nuevo; y, aun en el grado, a no superar a los que han pensado antes que nosotros.” –VAZ FERREIRA, Carlos (s.f.). *Lógica viva: ‘Apéndice a Pensar por sistemas y pensar por ideas para tener en cuenta’* (el destaque es nuestro)– Hay múltiples ediciones, también en la red, v.g.: <http://www.uruguayeduca.edu.uy/Userfiles/P0001>.

139. Cicerón, Livio, Aulo Gelio inauguran el vocablo ‘fuente’; metafórico, equívoco, multívoco (v.g.: *f.* formal, material, real, ideal, de producción, de expresión, de conocimiento, etc). Previo a su manifestación en una ‘fuente’, manantial, el cauce es subterráneo. (GROSSI, Paolo, explica la imagen. *Vid. La primera lección de Derecho*, p. 69, pássim, Marcial Pons, Madrid) || Preferimos el uso realista, **material**, del término **fuente** como *f.* de producción, o sea, un ente real, una cosa de la realidad, y que es: fundamento, título y medida real de justicia: derecho natural, que se expresa en derecho positivo, configurando ‘fuentes’ analogadas, **formales**. || “*A fonte imediata [causa eficiente, diría Aristóteles] do direito é a capacidade humana de julgar.*” SAMPAIO FERRAZ, Tercio (s.f.) *O justo e o bello - Notas sobre o direito e a arte, o senso da justiça e o gosto artístico –in: ebookbrowse.com/ied-tercio-sampaio*. [Por ende, “*el derecho consiste en juicios*” –D’ORS, *Derecho Privado... (15)*, p. 44], ... juicios... sobre la realidad, cabe añadir || La solución justa surge y depende del caso (cosa, causa) según el famoso texto del *Digesto* sobre el siniestro ocurrido con las mulas que tiraban de sendos carros en la cuesta del Capitolio - D.9.2.52.2. Lo mismo expresan los **brocardos** medievales –*supra* notas (47), (74)– “*Ex facto oritur ius*”, el derecho nace del hecho (Baldo de Ubaldis, “*Da mihi factum, dabo tibi ius*”, dame el hecho, que te daré el derecho. SCHIAVONE, *Ius. La invención... (7)*, p. 604. || Expresa el referido y célebre texto –conocido como **In clivo capitolino...** ()– del **Digesto** –9, 2, 52, 2 (Alfeno): «*En la cuesta Capitolina llevaban unas mulas dos carros cargados; los carreteros del primer carro sostenían el carro, que había cejado, para que con facilidad lo llevasen las mulas; mientras tanto el carro que estaba más arriba comenzó a ir hacia atrás, y cuando los carreteros que se hallaban entre los dos carros salieron de en medio, el segundo carro, impelido por el primero, retrocedió, y magulló a un muchacho de cierto individuo. El dueño del muchacho consultaba, ¿contra quién debería él intentar la acción? Respondí, que la solución jurídica estaba fundada en la causa [id est: en la cosa, la res, la propia realidad del hecho en sí mismo tal como fue], porque si los carreteros que habían sostenido el carro de arriba se hubiesen apartado voluntariamente, y por esto hubiese sucedido que las mulas no pudieran contener el carro, y fueran arrastradas hacia atrás por la misma carga, no había ninguna acción contra el dueño de las mulas; que podía reclamarse por la *lex aquilia* contra los hombres que sostuvieron el carro que cejó; porque no obstante causaba el daño que voluntariamente soltara lo que sostenía, de suerte que esto hiriese a alguien, como si alguno no hubiese contenido a un asno cuando lo hubiese hostigado, e igualmente, si alguno hubiese arrojado de su mano un dardo u otra cualquier cosa, causaría daño injustamente. Pero si las mulas, porque se hubiesen espantado de alguna cosa, y los carreteros movidos de temor; para que no fuesen aplastados, hubiesen dejado el carro, no hay acción alguna contra los hombres, y la hay contra el dueño de las mulas. Mas si ni las mulas, ni los hombres estuviesen en la causa, sino que las mulas no hubiesen podido retener la carga, o cuando se esforzaban hubiesen resbalado y caído, y por esto hubiese vuelto atrás el carro, y porque hubiese retrocedido, no hubiesen podido aquellos sostener la carga, no hay acción ni contra el dueño de las mulas, ni contra los hombres. Pero de cualquier modo que la cosa sucediera, es verdaderamente lo cierto que no puede reclamarse contra el dueño de las mulas posteriores, porque no volvieron atrás voluntariamente, sino forzadas por el choque.» | Para apreciar la cualidad del texto del **jurisprudente**, permítasenos consignar un testimonio extraído del otro extremo de la línea del tiempo, desde una de las mayores luminarias intelectuales de nuestra hora, que ilustra lo que significa la *notitia rerum* (D. 1.1.1.10), el acierto en el **conocimiento** de las cosas postulado por los romanos: «...no es de hechos acumulados de donde puede surgir la luz, sino de un hecho bien relatado, con todas sus correlaciones...» –LACAN, Jacques (1975). “Respuesta al comentario de Jean Hyppolite sobre la ‘Veimengung’ de Freud”, *Escritos II*, México, ed. Siglo XXI, p. 146.*

140. Por supuesto, lo **justo** se entiende en el marco del **Bien Común**, tanto como el derecho es asunto de la *polis*. || Sobre inexorabilidad de la filosofía y del sentido *vid.* en la presente exposición, *supra* **Ordinal II**, §§ 6 y 7, notas

El expresivo ejemplo ofrecido por el mismo Aristóteles para acertar en la **medición del derecho**, el conocimiento certero de la verdad de lo justo –en Roma: *iuris-prudentia*– no es la escuadra (latín: *norma*) de hierro sino la flexible regla de plomo –que él mismo había observado durante su estadía en la isla de Lesbos, utilizada para lograr el mayor ajuste en las mediciones constructivas–, la que podía ceñir y adecuarse a los segmentos irregulares, ajustando más la regla a la piedra, que a la inversa.¹⁴¹

Ninguna ‘ciencia moderna’ puede por sí sola definir **lo justo**, como tampoco lo bello ni lo bueno –ni al hombre, el pensamiento o el lenguaje– a todo lo cual no es posible acceder sin acudir a otros saberes no ‘científicos’, mas no menos serios, importantes y valederos. Estrechar la calificación del conocimiento a la epistemología de la propia ‘ciencia’ implica entrar en un círculo vicioso: la falacia de **petición de principios**.

Considerar que lo cualitativo, lo que no puede ser sometido fácilmente a magnitudes cuantitativas, lo imponderable –por ser tal– equivale a nada constituye una aberración metodológica, y aun cargada de contravalores.¹⁴²

(20), (29) y correlativas. || Dig. 1.1.1.Pr.(Ulpianus): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi. 1. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.* (Conviene al que ha de dedicarse al derecho conocer primero de dónde deriva el término *ius*. Es nombrado así por derivar de *iustitia*, pues, como con elegancia define Celso, el derecho es la técnica de lo bueno y de lo equitativo. En razón de lo cual se nos llama sacerdotes; en efecto rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados, si no yerro, a una verdadera y no simulada filosofía.) [Cabe apuntar que la errónea etimología que el texto ofrece respecto del vocablo *Ius/Iustitia* resulta, sin embargo, filosóficamente valedera. Por otro lado, en Ulpiano, la mención del **sacerdocio** aún aludía al privilegio de independencia –cual **fuero sacro** de los antiguos pontífices– pretendido por los cultores del *ius* respecto del poder político, *i.e.*: exactamente lo opuesto a la *mens* de los juristas justinianos, integrantes de la burocracia imperial. SCHIAVONE, *Ius, La invención...* (7), p. 513; *et vid.* D’ORS., *Derecho Privado...* (15), p. 59]. || Esta independencia de los *iurisprudentes* clásicos es un modo de *terceridad* (*vid. supra* notas (17), (36) (38), (40), (123) *et al.*) Los expertos decidores o dadores del *ius* no estaban **de parte de** otra cosa que de su propia disciplina. No eran los abogados de intereses particulares. || Aldo Schiavone, invocando a Giambattista Vico anota que “*en Roma los filósofos fueron los juristas*” (SCHIAVONE, *Ius, La invención...* (7), p. 159), privaba (“*la ideología de la acción*”, *Ibidem*. p. 269), lo cual concuerda con las proposiciones centrales que se exponen en estas páginas (*et Ibidem*. p. 219). || –En Grecia, por su parte, no se trata de que falte un equivalente idiomático de la **palabra ius**, sino que falta la **cosa**: el concepto cuyo referente fuese esa entidad en lo real (la disciplina jurídica, el *ars iuris: scientia y prouidentia* del *ius*) –*Ibidem*. p. 113–. **Jurista** (*iurisprudens, iurisconsultus*) es una palabra desconocida en cualquier lengua antigua, salvo el latín (*Ibidem* p. 16). || Grimal subraya el léxico de Ennius y Cicerón cuando suplantán el griego *Philosophia* por el latín *Sapientia*, que “*era para un romano cualidad... del hombre lleno de buen sentido ... mucho más en su conducta*” práctica que en la teoría –GRIMAL, *La civilización ...* (7), pp. 188/9. 141. Voces de uso tan común como **ajustar**, **reajustar**, **justificar**, expresan cabalmente el sentido abstracto de **lo justo**, lo adecuado, lo armonioso, lo cual constituye una aprehensión directa del concepto por el lenguaje; de esa igualdad, equivalencia, proporción adecuada; como generalmente cada quien siente y sabe cuándo los zapatos son o no de su talla –aunque su factura se delegue al fabricante o artesano–. || Opuesta al *modus operandi* del *civil law* suele compararse la equidad, *epieikeia* –*vid. supra* notas (23) y (87)– inglés: *equity, remedies of equity* del *common law*; correctivos de justicia que en Roma dieron origen al *ius honorarium, cognitio extraordinem*: el procedimiento extraordinario figura como broche de oro del *processus* jurídico, que cambia la estructura procesal anterior, asemejándola a nuestro procedimiento actual. || La ‘*regla de Lesbos*’, delgada, flexible y ajustable a la forma de los objetos que media. || *Et vid.* como muestra de su alcance en códigos modernos, p. ej.: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, VODANOVIC, Antonio (2011). *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Santiago de Chile, ed. H–Law, p.189 *pássim*.

142. ‘*Todo necio/ confunde valor y precio.*’ Antonio Machado, *Proverbios y Cantares*, LXVIII. || Con el propósito de ajustar mejor el vocabulario, cabe señalar que para el ámbito general del conocimiento jurídico, en rigor, resulta

Last but no least: Si se pretende observar el derecho ‘desde afuera’ –como postula cierto cientificismo que no aborda al derecho desde una epistemología sustentable, una filosofía apropiada– como a un objeto neutro y con una mirada neutra, o sea, si el observador (presupuesto que sea un jurista) se desentendiera de su objeto, y viera con indiferencia lo que ocurriese en el objeto..., una cosa u otra equiparadas todas por una presunta condición de ‘hechos’ sin ninguna significación particular –deseable, no deseable o indeseable–, despojados de valor y de sentido...¹⁴³; en otras palabras, si yo, jurista, me despreocupo del fin, de la ontología de mi materia y oficio, si el ser y el deber ser del derecho no compusieran la unidad sustantiva que en rigor de verdad constituyen por definición y naturaleza..., si permito que mi territorio de libertad, de trabajo, de pensamiento, sea invadido y ocupado por otras ciencias, artes, técnicas, métodos, que probablemente no entiendan qué es ni de qué trata el derecho..., entonces estoy propiciando su ruina, haciéndome cómplice de un asalto al bastión de uno de los descubrimientos y desarrollos más honrosos y respetables de la humanidad. Discúlpese el énfasis; pero estas verdades, si no llevan consigo el compromiso activo que requieren..., no son verdades, o dejan pronto de serlo.

Piero Calamandrei, uno de los grandes maestros procesalistas italianos del siglo pasado, escribió a otro de su estirpe las siguientes líneas, que son un verdadero extracto de sapiencia y humanidad; equilibrio, el **justo medio** de resignación y fe:

*“Mi querido Redenti: ... Para medir todo lo que los hombres han avanzado a lo largo de milenios, desde la originaria bestialidad a la humanidad, es necesario comprender el camino que han debido recorrer en el arte, esencialmente humano, de persuadir con la razón; por esto, si debiere indicar cuál es la más alta expresión de humanidad a la que los hombres han llegado, sentiría el deseo de indicar como símbolo una audiencia judicial. Y no lo digo como ironía...”*¹⁴⁴

Referencias bibliográficas

AQUINO, Sto. Tomás de (2001). *Suma de Teología*, comentada, 4ta. Ed., Madrid, B.A.C.

ARISTÓTELES (s.f.). *Metafísica*, Biblioteca Filosófica, Obras filosóficas de Aristóteles, Volumen 10.

mucho más apropiado hablar de **gnoseología** que de **epistemología**, disciplina esta que estudia cómo se generan y validan los conocimientos de las ciencias en sentido más restringido. La **gnoseología**, en cambio, abarca mucho más, procura también descubrir el origen y el alcance de dichos conocimientos, como de todo conocimiento.

143. Entre otros documentos accesibles, vale recordar el filme titulado “*El juicio de Nüremberg*”, (*Judgment at Nuremberg*, USA, 1961, dirigida por Stanley Kramer) para observar la ignominiosa y estremecedora situación de un jurista alemán doblegado al nudo poder positivo, vigente, eficaz, pero injusto, ilegítimo –el Dr. Ernst Janning– encarnado en la ficción por Burt Lancaster. (Manes del descaminamiento ético-filosófico positivista: ¿cómo no evocar a Carl Schmitt u otros *juristen* rendidos al *Reich*?).||Asimismo en la difundida *Introducción al análisis del derecho* del autor argentino Carlos Santiago Nino –ve.: *supra* nota (70)– puede leerse una matizada presentación dramatizada de las diversas posiciones en pugna, *Vid. op. cit.* Cap. I, N° 2.

144. Carta de Piero Calamandrei a Enrico Redenti –escrita en Marina de Poveromo en Setiembre de 1949–; Vid.: CALAMANDREI, Piero (s.f). *Derecho Procesal Civil, Estudios sobre el Proceso Civil*, Vol. III, p. 22. No figura número de edición; empero Santiago Sentis Melendo (el compilador) menciona en Advertencia, p. 13 del predicho volumen, la existencia de una edición de 1944. [Debo al Prof. Dr. Arturo Caumont el primer contacto con la cita de referencia –mientras compartíamos labores en la vieja y honorable ‘Defensoría de Oficio’ de Montevideo.]

- ARISTÓTELES (1951) *Política*, Versión bilingüe de Julián Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- ARISTÓTELES (1985). *Ética Nicomáquea – Ética Eudemia*, Madrid, Gredos.
- BENVENISTE, Émile (1971). *Problemas de lingüística general*, México, Editorial Siglo XXI.
- CALAMANDREI, Piero (s.f). *Derecho Procesal Civil, Estudios sobre el Proceso Civil*, Vol. III.
- CASTRO, Alicia, MELIANTE, Luis (1994). “Una visión dialéctica del Derecho: Michel Villey”, *Hermenéutica y racionalidad*, Montevideo, ed. FCU – Fundación de Cultura Universitaria.
- COHEN, Gustave (1965). *La Gran Claridad De La Edad Media*, Buenos Aires, Huemul.
- GIULIANI, Alessandro (1961). *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè.
- GIULIANI, Alessandro (1975). “Logica giuridica: teoria dell’argomentazione”, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. XXV.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2000). *La codificación civil en Iberoamérica*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile.
- GUZMÁN, Leonardo (2012). “Veto al aborto”, *Estudios interdisciplinarios sobre las 17 tesis del presidente Tabaré Vázquez*, Montevideo, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho.
- HASSEMER, Winfried, (1985). “Hermenéutica y Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 25.
- HEIDEGGER, Martin (2000). *Carta sobre el humanismo*, trad. de CORTÉS, Helena y LEYTE, Arturo, Madrid, Alianza Editorial.
- LE GOFF, Jacques (2012). *Hommes et femmes du Moyen Âge*, París ,Flammarion.
- MARÍAS, Julián (2000). *Antropología metafísica*, Buenos Aires, Ed. Alianza.
- O’GORMAN, Ellen. (2000). *Irony and misreading in the Annals of Tacitus*, Cambridge University Press.
- ORLANDI, Héctor Rodolfo (1971). *Democracia y poder. Polis griega y constitución de Atenas*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille.
- ORTEGA y GASSET, José (1936). *OBRAS*, Madrid, Espasa Calpe, Volumen 1.
- ORTEGA y GASSET, José. (1985). *La deshumanización del arte*, Barcelona, Planeta.
- PERELMAN, Chaïm (1962). “Ce qu’une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe”, *APD- Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey.
- PIEPPER, Josef. (1980). *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp.
- POPPER, Karl, (2005). *El mito del marco común*, Buenos Aires, Paidós.
- QUILES, Ismael (1947). *Aristóteles, Vida, Escritos y Doctrinas*, Buenos Aires, Austral.
- RECASÉNS-SICHES, Luis (1986). *Tratado de Filosofía del Derecho*, México, Ed. Porrúa.
- STEIN, Peter G., (2001). *El Derecho romano en la historia de Europa, Historia de una cultura jurídica*, Madrid, Siglo Veintiuno editores.
- STEINER, Georges (2012). *Gramáticas de la creación*, Buenos Aires, Ed. Debolsillo.

- Sto. Tomás de Aquino (2001). *Suma de Teología*, edición comentada, Introducción de Gregorio Celada Luengo O.P., Madrid, Ed. BAC.
- VIEHWEG, Theodor (2007). *Tópica y Jurisprudencia*, Traducción Luis Díez Picazo, Navarra, Ed. Thomson-Civitas.
- VILLEY, M. (1984). “Dialogue, dialectique en philosophie et en droit”, *APD, Archives de Philosophie du Droit*, Sirey.
- VILLEY, M. (1987). *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*, Paris, PUF-Questions.
- VILLEY, M. (2001). *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz.
- VILLEY, M (2003). *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF.
- VILLEY, M. (2005). *Le Droit Romain*, Paris, Puf.
- WOLF, Erik (1965). *El Origen de la Ontología jurídica en el pensamiento griego*, Córdoba, Ed. Univ. Nac. de Córdoba.