

RACIONALIDAD Y METODO PARA EL  
DERECHO: ¿ES ESO POSIBLE?  
(Parte final)(\*)

Dr Enrique P. Haba

(\*) La parte inicial de este trabajo se publicó en la *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 66, p. 65-133; cf. ahí, en las p. 67-68, el Sumario completo.

Afilan y afilan cuchillos, pero no se preocupan de qué cortar.

H. LOTZE

Hasta la ciencia es, para muchos, una nueva fuente de ilusión, una nueva huida del cambio y del azar, un nuevo camino hacia lo absoluto. Pues, desafortunadamente, para muchas personas la ciencia es una Carta de Certeza... Sea lo que fuere aquello que se pueda desear que el mundo del derecho sea, este es, y casi son seguridad será, [siempre] incierto.

J. FRANK

Precisamente porque el elemento personal no puede ser enteramente excluido, mientras que, a la vez, la decisión tiene que asumir lo más cercanamente posible una forma impersonal, objetiva, racional, está la tentación de dejar de lado la lógica vívida que realmente condujo a la conclusión, y sustituirla por formas de hablar que son rigurosas

en apariencia [solamente]  
y brindan una ilusión de certeza.

DEWEY

Es preciso haber perdido toda fe en la teoría, para poder servirse de esta sin peligros.

JHERING

La historia de la ciencia constituye, toda ella, una sola y grande confirmación del hecho de que en todas partes nos resulta difícil adoptar, por ejemplo, una aproximación científica nueva. El pensamiento nos encarrila siempre de nuevo por el derrotero acostumbrado, incluso si este se volvió inadecuado y aunque lo nuevo, más adecuado, de por sí no ofrezca ninguna dificultad especial.

SCHUMPETER

Me temo que la principal contribución de la ciencia será librarnos de supersticiones, más que revelarnos la verdad última.

RENAN<sup>(a)</sup>

(a) Hermann Lotze: "...dass das beständige Wetzen der Messer langweilig sei, wenn man nichts zu schneiden vorhabe" (mi traducción es algo libre -E.P.H.-); para la referencia bibliográfica completa de esta cita, *vid. infra*, n. l. Frank: *Law...*, p. 307 y 398. Dewey: p. 24. Jhering: p. 67-68 (la misma idea se retoma también en las p. 71-72 y 115). Josef Schumpeter: cit. en Albert, *Traktat über rationale Praxis*, p. 58. Ernest Renan: cit. en Dubos, p. 18.

Podría decirse que el estudio presentado, en vez de examinar principalmente lo que el derecho es, más bien se ocupa de algo que este no es. Sin embargo, eso -racionalidad, método, ciencia- que él NO es, o que sólo en débil medida es, no significa una ajenidad cualquiera, una cosa cuya falta tenga escasa relación con el papel que el discurso jurídico pretende cumplir. Si, como reza la célebre sentencia de Spinoza, *Omnis determinatio est negatio* (toda determinación es una negación), también lo recíproco es cierto: cuando negamos algo respecto al objeto (o tipo de objetos) A, eso implica, desde ya, predicar una *determinación* acerca de ese mismo objeto. Diciendo que A no es B, de alguna manera delimitamos lo que A sí es o pueda ser, estamos afirmando algo del propio A. Cuando aprendemos que A es otra cosa que B, conocemos mejor a A; entonces sabemos más de A que si esa diferencia no la tenemos clara. Formulado en términos más ampulosos: el propio "ser" -*determinatio*, positividad, afirmación- de A consiste, entre otras cosas, en ese su "no-ser" -*negatio*- B<sup>(b)</sup>.

Claro que las negaciones pueden ser tan triviales que no valga la pena detenerse a formularlas de modo explícito. Pero en muchos casos no es así. No siempre se distingue a primera vista, y a menudo ni siquiera lo advierten exámenes en profundidad, cosas (importantes) que A no es.

En cuanto al derecho, no está nada claro, si nos atenemos a la conciencia común de sus operadores y a la doctrina jurídica de mayor recibo, cuál es su "racionalidad", su "método", su verdadero estatus de "ciencia". Y ello podemos plantearlo también así: preguntar en qué cosa *no* consiste su tipo de razonamiento, qué cosa *no* son su método y su ciencia, por contraste

(b) "...solo comprendemos por vía de contraste, a saber, cuando entendemos qué es la ausencia de lo comprendido porque el objeto aparece en el trasfondo del mundo que él mismo no es. El acto de reconocer o de identificar la cosa es simultáneo con el movimiento conceptual que alcanza lo que la cosa identificada no es: *Omnis determinatio est negatio*. Si decimos que algo es de cierta manera, solo lo sabemos cuando sabemos de qué manera es otra cosa que no es precisamente de esa manera" (Leszek Kolakowski, *La presencia del mito*, trad. de Cristóbal Piechocki, Amorrortu, Buenos Aires, 1975, p. 66). "Est-ce connaître une folie que de la prendre pour la raison? Pour être sage il faut discerner ce qui ne l'est pas. (...) C'est un mal de savoir ce qu'ils (les hommes) pensent, quand on ignore si ce qu'ils pensent est vrai ou faux. [...] La science qui instruit et le médecin qui guérit sont fort bonnes; mais la science qui trompe et le médecin qui tue sont mauvaises. Apprenez-nous donc à les distinguer. Voilà le noeud de la question" (J.-J. Rousseau, *Emile*, Libros III y I; cursivas mías, E.P.H.).



con lo que caracteriza a otras disciplinas científicas. Como estos tres términos –racionalidad, método, ciencia– son ambiguos, y también vagos, para contestar a dicha interrogación hay que comenzar por precisar lo que significa cada uno de ellos (de *eso* se ha ocupado el presente trabajo); luego podremos averiguar si, de acuerdo con ese o esos significados, corresponden o no a la práctica del derecho. Tal pregunta tiene su importancia –ya que la respuesta no es obvia– para aquilatar lo que el discurso jurídico es en verdad. Si queremos alcanzar una conciencia *realista* sobre el derecho, vale decir, llegar a ver *más allá* de lo que nos dicen sus textos oficiales y su dogmática, importa advertir cuánto *no* es ni racional ni metódico en el orden de pensamientos que cultivan sus operadores, y sobre todo relacionándolo con el funcionamiento de ese discurso en el plano de su aplicación (o faltas de aplicación) práctica. Sin empezar por saber *qué* es racionalidad y método científicos, o sea, lo que el derecho NO es, difícilmente se logra percibir lo que él sí es.

La discusión, siempre renovada, acerca de los que quieren decir palabras como “racionalidad”, “razonable”, “método” y “ciencia” –u otras: “razón”, “verdad”, “justicia”, “libertad”, “democracia”, etc., y hasta el propio término “derecho”– se justifica porque, lo queramos o no, ellas constituyen la llave lingüística por medio de la que nuestra atención es dirigida hacia ciertos círculos de cuestiones cuya solución tiene influencias decisivas sobre la vida cotidiana<sup>(c)</sup>. Solo que, para no engañarse en tales discusiones, habría que tener claro –y los que protagonizan esas discusiones no suelen tenerlo– que somos *nosotros* mismos quienes como locutores, al emplear dichos vocablos de acuerdo con unos u otros sentidos, *decidimos* utilizarlos así. Esta decisión, la de *optar* por tal o cual significado al usar la palabra discutida, es tributaria de los intereses de conocimiento y de acción del grupo de locutores que prefiere dicho sentido, y que por eso deja de lado otros sentidos de ella. Para la misma palabra, unos grupos eligen el sentido X y otros adoptan el sentido Y, porque difieren los propósitos de aquellos y estos al emplearla. La raíz de sus discrepancias reside verdaderamente en eso, en el destino

(c) “...puesto que el mundo mantiene en gran parte su cohesión gracias a las palabras, [resulta que] cuando estas dejan de significar una misma cosa para quienes las usan, es natural que los hombres no logren entenderse y se originen entre ellos conflictos y que disputen entre sí” (Louis Wirth: Prefacio, p. XXVI, en la obra de Mannheim indicada en la n. 38, *supra*). Y con eso tiene que ver, también, el carácter “interesado” de cualquier definición que se ofrezca de tales términos: *vid. supra*, el Excurso (esp. *in limine*), y también la n. siguiente.

*práctico* distinto que le dan al usarla, y no en el conocimiento o desconocimiento de un imaginario cielo de inmovibles significados que serían inmanentes a cada término (cf. Jhering, Parte III: “En el cielo de los conceptos jurídicos”). De ahí que, no obstante este carácter opcional y “persuasivo” que siempre tiene cualquier definición que se proporcione de dichos términos, la verdad es que tales discusiones, aunque analizadas desde el punto de vista lógico no sean más que unas “cuestiones de palabras”, resultan no ser inofensivas desde el punto de vista práctico. Pues lo que a través de ellas se debate, en el fondo, es qué debemos pensar –y hacer!– respecto a cosas que nos afectan de modo fundamental. Al aceptar que la palabra en cuestión comprende algunas de esas “cosas”, pero no otras, con ello testimoniamos que las primeras gozan de nuestra bendición, y más bien se la negamos a las segundas<sup>(ch)</sup>. Tal opción contribuye a predisponernos, por lo menos en principio, a *actuar* en favor de aquellas, y no (o mucho menos) en favor de estas. Con terminología de la semiótica: si bien cualquier significado de una palabra es tan convencional y arbitrario como cualquier otro, en el plano de la *semántica*; eso no quita que respectivamente ellos tengan, al ser usados, distintos efectos reales, en el plano de la *pragmática* lingüística. Hay “cuestiones de palabras” que, aunque estériles desde el punto de vista *lógico-semántico*, están cargadas de consecuencias en cuanto al uso *pragmático-social* de ese discurso.

En una discusión como, por ejemplo, la presentada en mi estudio, el hacer ver que la palabra “método” tiene *distintos* sentidos permite tematizar que los métodos (sentido amplio) corrientes del derecho podrían ser reemplazados por *otros* métodos (sentido estricto), vale decir, que también una *mejor* “ciencia” del derecho es concebible. Al traer a colación, tomando como modelo lo que es propio de otras ciencias, la idea de una “racionalidad” en sentido estricto, ello sirve como elemento de comparación frente al pensamiento jurídico habitual, pone de relieve que habría la posibilidad de transformarlo en un discurso menos manipulable. Estas cuestiones de palabras –precisar a *qué* “racionalidad”, *qué* “método”, *qué* “ciencia” nos referimos– implican sentar unos criterios en función de los cuales se pasa a *juzgar* las materias a que dichas definiciones se aplicarán. Según cuál sea la definición elegida, será el juicio de apreciación, basado en ella, sobre los asuntos en examen: por ejemplo, acerca del derecho. Las definiciones que se acepten funcionan como pautas *heurístico-críticas* para evaluar, transformar o elabo-

(ch) Las palabras son galardones que cada persona trata de conferir a las cualidades de su predilección” (Stevenson, p. 199 de la trad.). Cf. *supra*: ns. 10 y 38, y el Excurso.



rar las realidades que se miran a la luz de aquellas. Tales cuestiones de palabras, lejos de agotar su influencia en el nivel semántico únicamente, son ni más ni menos que indicaciones para la *praxis*. (Indicaciones que, como cualesquiera otras, serán seguidas o no, según el conocimiento, la voluntad, los intereses y las limitaciones reales de sus destinatarios.) Porque la definición que se elija es una guía, y suele implicar una justificación, para tal o cual género específico de prácticas, por eso distintos grupos de opinión —diferencias ideológicas, de intereses, etc.— discuten con tanta pasión cuál es la definición “verdadera” del término de que se trata. Así, mientras que las definiciones propuestas en el presente estudio constituyen unos instrumentos para la *crítica* del discurso jurídico común, otras definiciones (menos estrictas) de esos mismos vocablos obran, por el contrario, como escudos intelectuales que legitiman ideológicamente el *status quo* de dicho discurso y la formación tradicional de los juristas (cf. *supra*, a la altura de las ns. 29 y 37-38; y aquí mismo, *infra*, lo relativo al “Tipo I”).

Desde luego, tanto “racional” como “razonable” se pueden definir también de cualquier otra manera (*supra*, ns. 10 y 38). Por ejemplo, Atienza distingue entre “‘racional’ (a secas)” y “‘estrictamente racional’”, haciendo que lo primero comprenda también lo “razonable”; y señala que esto último, a su vez, puede entenderse en sentido amplio o en sentido estricto (*Para una razonable...*, p. 192 ss.). En fin, lo cierto es que la línea divisoria entre lo racional y lo razonable aparece trazada en unos u otros puntos, según lo que se quiere destacar, o disimular, y lo que se desea proponer.

Por mi parte, he querido poner principal énfasis en la cuestión de la INTERSUBJETIVIDAD (fuerte) que caracteriza al discurso de la ciencia normal en todas las disciplinas más avanzadas y metodológicamente exigentes. De ahí que haya propuesto una definición “estrecha” para el término racionalidad (cf. *supra*, entre las ns. 13 y 14), aunque en modo alguno se me oculta que ella no es ni más ni menos estipulativa que cualquier otra definición de dicho término. Toda definición de unos términos teóricos se elige por determinado *interés* de conocimiento. En mi caso, juzgué importante comparar el pensamiento jurídico habitual con el de ciencias *más* exigentes. Dicha definición es heurística, para *ese fin*.

Desde *tal punto de vista* no me parece bastante “estricta”, en cambio, una definición como, por ejemplo, esta: “Una decisión jurídica es *estrictamente* racional si y solo si: 1) Respeto las reglas de la lógica deductiva... Por ‘lógica deductiva’ hay que entender aquí la lógica clásica de predicados de primer orden. (...) 2) Respeto los principios de la racionalidad práctica... a saber, los principios de: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad. 3) Se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante. 4) No se adopta sobre la base de criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico” (Atienza, *loc. cit.*, p. 193-194 —la cursiva es mía—). Pienso que esta noción de racionalidad, y otras análogas, justamente no debiera calificarse de “estricta”, ya que ella, a diferencia de la nuestra, no permite

trazar una verdadera línea divisoria entre el razonamiento científico normal (intersubjetividad fuerte) y todo aquello que es *sólo* razonable (intersubjetividad débil). La definición transcrita, si es aceptada, hace que lo racional resulte no menos azaroso que lo razonable, ya que las faltas de intersubjetividad se cuelan sin dificultad por esos ítems. Por ejemplo: 3) con frecuencia es discutible, precisamente, *qué* fuente de derecho sea la “vinculante” para un caso dado, pues esto depende nada menos que de la variada interpretación de los textos del Derecho (y también de la de unos hechos); 4) del mismo modo, *qué* criterios estén previstos “específicamente” por el ordenamiento jurídico, sobre todo si se trata de vincularlos a decisiones concretas, es cosa no menos discutible y discutida que lo anterior, cada parte entenderá que es “específico” el criterio que ella invoca y no aplicable el aducido por la contraparte. Aunque Atienza ofrece una definición distinta para lo que él llama “razonable en sentido estricto” (p. 193), la multiplicidad de interpretaciones que tolera también aquello otro que él denomina “estrictamente racional” hace que, en la práctica, así cualquiera de las dos calificaciones resulta igualmente aplicable —desde el punto de vista semántico, o sea, *sin violar dichas definiciones*— a la mayoría de las decisiones jurídicas habituales.

O bien, por ejemplo, que la “tópica” sea considerada como algo que es racional, razonable o ninguna de las dos cosas, también eso depende del valor que se le quiera reconocer a la intersubjetividad (fuerte) como modelo para el pensamiento jurídico. Acerca de esto, Viehweg fue más franco, y también mucho menos pedante, que otros teóricos de lo razonable (*supra*, n. 31). Es acertada una observación de Kriele al respecto (él la hace con referencia a la tópica, pero es válida para lo razonable en general, o sea, también para la posición que sostiene el propio Kriele en materia de metodología jurídica): “Por regla general, claro que allí estará ausente el *consenso*, pues un problema constitucional y un proceso constitucional [y también las cuestiones discutidas en otras ramas del derecho] surgen precisamente de la falta de consenso (de “diferencias de opinión o dudas” sobre la interpretación de la Constitución —art. 93 GG—); y la falta de homogeneidad en el gremio de los juristas y en la sociedad en general, hace que la escala de las posibles diferencias de opinión se nos aparezca como casi infinitamente ancha. Esta vaguedad e inseguridad ha provocado dudas respecto a la tesis de la tópica...” (p. 151-152). Dudas en cuanto a las que, de todos modos, importa considerar una precisión: “Si alguien invoca aquí el carácter lesivo de esta construcción para el principio de legalidad o la seguridad jurídica, la réplica podrá ser distinta según que la tópica [e igualmente la argumentación, la hermenéutica, etc.] se entienda como *descripción* o como propuesta *normativa*” (García, p. 175 —cursivas mías, E.P.H.—). ¡Solo que, casi siempre, los apologetas de lo razonable *no* hacen ver tal diferencia!

La definición que en la Teoría del Derecho se escoja respecto a los términos discutidos es, por tanto, algo así como la síntesis y el punto de partida para programas de *política* jurídica (cf. *supra*, el Excurso). Es cierto que aceptar una definición de racionalidad y de método como la adoptada por nosotros, significa postular una política, en materia de métodos para el derecho, que bien se puede calificar de utópica. Lo es, en efecto, pues contrataría



los hábitos intelectuales más arraigados en el gremio de los juristas y, por añadidura, también va a contrapelo de las funciones retórico-ideológicas que está llamada a desempeñar buena parte del discurso jurídico. Pero este carácter de “utopía” que tiene el pretender que el derecho llegue a incorporar niveles de racionalidad como los alcanzados en otras ciencias, no es otra cosa, precisamente, que un característico rasgo de los programas políticos, y tanto más cuanto menos estos se priven de sacar a luz aspectos de los cuales los partidarios del *status quo* prefieren no hablar. La utopía es, desde Platón, una manera de presentar las cosas en la que, sobre todo, es cuestión de hacer más patentes los fallos del modelo real, por contraponerle ese modelo ideal. La utopía –negación– permite conocer mejor lo que es –determinación– la no-utopía, el *status quo*, y sea o no que este pueda en la práctica ser finalmente cambiado en una dirección que deje a la realidad menos lejos de lo que por ahora resulta utópico. No otro es el sentido de la orientación “utópica” que respecto al derecho pueda tener el saber lo que son racionalidad y método científico, cosas que el derecho no es, si estos términos se entienden según fueron definidos aquí (cf. *supra*, n. 42 *in fine*). Y si la aplicación de un pensamiento de esta naturaleza, más científico, a las cuestiones del derecho debiera entonces considerarse como cosa quimérica, tal vez quepa concluir, también respecto a esta utopía, en términos análogos a lo que Rousseau dijo acerca de otra:

“Proponed lo factible, no cesan de repetirme. Es como si se me dijera: Proponed hacer lo que se hace; o por lo menos proponed algún bien que se alíe con el mal existente. Tal proyecto, respecto a ciertas materias, es mucho más quimérico que los míos, porque en esa alianza el bien se corrompe y el mal no se cura. (...) [F]actible es lo que vosotros queráis hacer. ¿Debo responder yo de vuestra voluntad?” (Emilio, Prefacio –cursivas mías, E.P.H.–).

\* \* \*

Hemos hablado de ciencia en sentido *estricto*; y la distinguimos del tipo de “ciencia” que domina en el pensamiento jurídico, el cual en todo caso no es más que una ciencia en sentido *amplio*, o *amplísimo*. La ciencia en sentido *estricto*, según fue definida aquí (*supra*, VIII *in fine*), corresponde a lo que Kuhn llama “ciencia normal”: la conformada por los conocimientos y la práctica intersubjetivamente reconocidos como legítimos por la generalidad de los profesionales de una disciplina científica dada, en determinada etapa del desarrollo histórico de esta. Pero también suele suceder que, además del acervo de conocimientos que allí son los “normales” en un período,

aun entonces haya ciertos puntos y teorías más discutibles dentro de esa rama, o sea, unos aspectos para los que falta o es menos fuerte la intersubjetividad que reina en el resto (“normal”) de dicha ciencia. Todo eso puede dar lugar, aunque no necesariamente, a lo que Kuhn denomina “ciencia extraordinaria”: cuando algunos científicos, para resolver ciertas cuestiones fundamentales a las que no está en condiciones de contestar satisfactoriamente la ciencia normal, llegan a subvertir criterios básicos de esta, con el fin de solucionar esos problemas (*puzzles*). A diferencia de la ciencia normal, la extraordinaria no presenta –por lo menos mientras esta no consiga (con el tiempo, acaso) imponerse a su vez como ciencia normal– una “racionalidad” en el sentido apuntado aquí (*supra*, a la altura de la n. 13), ya que la ciencia extraordinaria carece, por definición, de la intersubjetividad que caracteriza a la ciencia normal. [Sobre todo esto, cf. Lakatos/Musgrave.]

Si para el derecho hubiera una ciencia en sentido estricto y que allí fuese la normal, eso no quitaría, por supuesto, que en algún momento pudiera ser subvertida por nuevos paradigmas de razonamiento jurídico, los cuales entonces significarían, respecto a aquella, una ciencia extraordinaria. Mas no es ese el tema del estudio precedente, pues en él no se examina una ciencia jurídica en sentido *estricto* que funcione como ciencia normal. Si puede decirse que hay una ciencia jurídica normal, la tradicional, esta se caracteriza precisamente por *no* ser ciencia en sentido propio (*supra*, VIII *in fine*), a diferencia de lo que son las ciencias normales en otras disciplinas. La cuestión que se discute en ese estudio es, pues, otra: suponiendo que el derecho tenga o pueda llegar a tener una ciencia “normal”, ¿qué hace *falta* para que, además, esta consiga ser *racional* y *metódica*, en sentido estricto?

Cuando tal pregunta es abordada, directa o indirectamente, en trabajos que están al día con enfoques avanzados de la actual Teoría General del Derecho, o con aquello que en alemán se llama Investigación Básica del Derecho (*Rechtsgrundlagenforschung*), el examen sobre la racionalidad del discurso de los juristas se lleva a cabo de acuerdo con tres grandes tipos principales de orientaciones teóricas. Dos de ellos (Tipos I y II) son, en el fondo, optimistas en cuanto a la presencia de tal racionalidad o la posibilidad de llegar a alcanzarla; el otro (Tipo III) lo es mucho menos, o no lo es en absoluto.

*Tipo I.*– Este constituye una tendencia netamente conservadora. La forman aquellos autores para quienes el pensamiento jurídico profesional está bien como está, consideran que él ya es lo bastante racional o razonable. Entienden que, en lo sustancial, nada hay que criticar ni que corregir en ese



discurso, detalles aparte, por lo menos en cuanto al que se hace presente en las democracias capitalistas de Europa Occidental. Por eso piensan que alcanza, para obtener la teoría científica acerca de él, con sacar a luz y destacar los modelos de razonamiento que los juristas manejan de por sí en forma habitual, o sea, revelar su *propia* racionalidad o razonabilidad. Tal es, en general, la posición de los topicistas, los hermeneutas, los apologetas de la argumentación jurídica razonable, etc.; cf., por todos, los trabajos de Perelman<sup>(d)</sup>.

*Tipo II.*- Estos otros estudios, en cambio, se orientan a lograr una *mejora* del discurso jurídico, o cuando menos en las vías para analizarlo. Proponen el empleo de técnicas del pensamiento que, según opinan esos autores, son más racionales que las que en la actualidad suelen emplear los juristas. Las direcciones que se señalan para hacer tal cosa son muy variadas, prácticamente tantas como las escuelas epistemológicas respecto al discurso científico en general. Muchos de dichos estudios, acaso lo más “técnicos”, ofrecen poco o ningún interés desde un punto de vista como el del propósito central que persigue nuestro estudio: señalar pistas para hallar  *criterios*  capaces de hacer verdaderamente  *metódico*  el discurso profesional del derecho, o sea, someterlo a una pautas que en la mayor medida posible permitan que también en él lo razonable esté encauzado, limitado, mediante lo científico-racional. Nuestra respuesta fue que, si tal posibilidad existe, hay que buscarla por vías de la adaptación o la construcción –a diferencia de lo que en la actualidad domina en el pensamiento jurídico– de unos métodos  *en sentido estricto*  que sirvan para resolver cuestiones de derecho. No es hacia ahí, sin embargo, que conducen los caminos constituidos por las innovaciones teóricas que manejan ciertas corrientes actuales, de quienes la navaja de Occam se apiade, donde por “ciencia” pareciera entenderse más o menos lo mismo que desaforada inflación de tecnicismos o esquematomanía: lógica deóntica,

(d) Cf. también *supra*, a la altura de las ns. 29 y 30, e *infra*, el Punto 2 del Apéndice. El propio Perelman llega a expresar sin tapujos dicho carácter apologetico: cf., p. ej., el artículo donde subraya “Lo que el filósofo [y no solo este] puede aprender por el estudio del derecho” (*Ce que le philosophe...*). Otro ejemplo: asimismo Gadamer consagra un apartado de su influyente obra a destacar “El carácter paradigmático [ejemplar] de la hermenéutica jurídica” (cap. 10.3 de la trad.). Por otro lado, estudios como el de Toulmin o el de Poirier, aunque no sería justo calificarlos de propiamente apologeticos respecto al pensamiento jurídico, pueden ser usados en apoyo de posiciones del Tipo I.

semántica estructural, etc.<sup>(e)</sup>. Pero también hay, es cierto, modernas tendencias de investigación que no comulgan con esos fuegos fatuos; no se dedican a multiplicar terminologías pedantes para decir trivialidades, o para solazarse en distinciones tan minuciosas como estériles, sino que tratan cuestiones de verdadera importancia para la práctica del razonamiento *vivo* dirigido a

(e) Estas aproximaciones se inscriben dentro de una gran corriente, que sobre todo ha cobrado mucho impulso en los últimos años, cuyos autores suelen entender que sus estudios responden a un campo específico de investigaciones denominado  *semiótica jurídica* . En realidad, bajo tal rúbrica entran orientaciones metodológicas distintas y muy variados énfasis temáticos (al respecto se puede cf. Jackson y también, p. ej.: Colloque International de Sémiotique Juridique, Roque Carrión-Wam ed., *Revue de Recherche Juridique. Droit Prospectif*, 1986-2, Presses Univesitaires d'Aix-Marseille). De ahí que, junto a direcciones como las arriba mencionadas, donde todo el ingenio reside en la inusitada pedantería con que en ellas se pergeñan toda clase de formalismos, también haya otras que se dedican a abordar cuestiones más sustantivas a partir de unos análisis de lenguaje: los conflictos de interpretaciones en el derecho, funciones sociales del lenguaje jurídico, incidencia de ideologías en el discurso de los juristas, diferencias entre las normas del derecho, etc. (cf., p. ej., la Parte Tres del libro de Jackson sobre *Semiotics and Legal Theory* y algunos de los estudios –Roberta Kevelson, Peter Goodrich, Domenico Carzo– del mencionado Colloque, o el libro de Warat y los ilustrativos –aunque muy pedantes– análisis de Schreckenberger; *vid.* además el opúsculo de Bernard S. Jackson, *Semiotics and Critical Legal Studies*, Working Papers di Sociologia No. 4, Università degli Studi di Messina, Facoltà di Scienze Politiche, 1986).

Téngase en cuenta que: “Hay, por cierto, algunas aproximaciones (*approaches*) en la semiótica que sostienen que todas las relaciones son de texto, y que el contexto socio-económico mismo tiene que ser textualizado, analizado semióticamente, y sus relaciones con otros textos ser concebidas en términos de inter-textualidad más bien que con referencia a modelos científicos sociales (particularmente los causales)<sup>50</sup>. (50. La escuela de Greimas [semántica estructural] es a menudo vista de esa manera... La cuestión es compleja, e implica el asunto de la referencialidad...) Pero existen también otras aproximaciones en la semiótica, que se ven a sí mismas como estrechamente integradas con la sociología” (Jackson, *Semiotics and Critical Legal Studies*, p. 12). En cuanto a este último punto de vista, cf. esp., entre los materiales del Colloque, la contribución de Carzo (p. 357-363): “Considérations sur la sémiotique juridique: le point de vue sociologique”; y compárese, por ejemplo, con el aparatoso despliegue de jeringonza en que, para decir trivialidades o inflar unas analogías meramente pedantes, se solaza el autor que allí representa a la semiótica estructural aplicada al derecho (Eric Landowski, “Pour une approche sémiotique et narrative du droit”, en *ibid.*, p. 39-69).



resolver problemas sustanciales del derecho. Así, en años recientes se han dado a conocer estudios donde, con base en teorías de la argumentación<sup>(6)</sup>, pero orientándose hacia niveles teóricos que conducen mucho más allá del conformismo tipo Perelman (o el de Kriele, etc.), se consigue poner mejor de

(f) “Objeto del análisis son aquellos enunciados y expresiones con cuya ayuda son ‘fundamentadas’ las directivas y tomas de posición judiciales. Tal como se ha expuesto, estos signos serán llamados ‘argumentos’. El manejo judicial y retórico de estos argumentos lo llamamos ‘argumentación’” (Schreckenberger, trad., p. 113). “ ‘Argumentar’ quiere decir: indicar las razones que permiten que una afirmación aparezca justificada, acertada o, al menos, discutible. Las razones para alcanzar esta meta tienen que ser propuestas de tal modo que convengan al presunto participante en la discusión, que sean capaces de que supere, por ejemplo, las razones opuestas por él alegadas. Quien esboza una Teoría de la Argumentación piensa sobre todo en la discusión de las cuestiones jurídicas ante el tribunal, en el despacho profesional y en la literatura. Es obvio que el hallazgo del fallo judicial, como también el que una opinión logre imponerse en la literatura, se lleva a cabo normalmente por la vía de un discurso. Esto sugiere, en efecto, exponer las fundamentaciones jurídicas como formas de argumentación y cadenas de argumentación” (Larenz, p. 507; la cita que trae la n. 29, *supra*, es continuación de lo transcrito aquí). Todo lo cual está muy relacionado con el asunto de la tópica (*supra*, n. 31): “Lo que Viehweg anticipa, en la misma época en que lo hacen también otros autores [sobre todo Perelman] con matices diversos, es la perspectiva argumentativa, la idea de que es en el contexto de cada situación donde se ponen las bases para la decisión correcta, a través del intercambio de razones. Y los propios contornos de la situación se expresan mediante la acción comunicativa entre los sujetos. Se trataría en todo ello de un proceso retórico, marcado por la inexistencia de verdades apodócticas que puedan fundar una solución indiscutible, y abocado, por tanto, a la permanente construcción y reconstrucción de soluciones meramente plausibles. Y la tópica sería el auxilio principal del que las partes en ese proceso dialógico pueden servirse como fuente de sus argumentos, de esas razones sobre cuya discusión se asentará la decisión” (García, p. 178).

De todos modos, tampoco hay que perder de vista que, en la literatura especializada, el término “argumentación” se emplea de acuerdo con sentidos de lo más variados: cf. Struck, *Zur Theorie...* Vid. además, sobre todo para no dejarse engañar por el uso retórico (tramposo, efectista) de argumentaciones, el ilustrativo librito de Naess y, más ampliamente, la clásica monografía de Ch. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca: *Traité de l'argumentation*, Presses Universitaires de France, París, 1958, 2 vols. (la reimpresión, en un solo volumen, ha sido publicada por Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1970). [Cf. también: *supra*, VIII (esp. hasta la n. 29), e *infra*, el Punto 2 del Apéndice.]

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
relieve variadas pautas que subyacen a los discursos jurídicos reales y, además, se llegan a delinear esquemas de lógica material —modelos de razonamiento argumentativo— que podrían hacer, debidamente manejados, que esos discursos alcanzasen otra coherencia y llegaran a ser más intersubjetivos. Alexy, por ejemplo, ha indicado criterios para una racionalidad argumentativa “procesal” del discurso práctico, y en particular el del derecho, de modo que la intersubjetividad consiga así ser incrementada, hasta donde resulte prácticamente posible, por medio del procedimiento en cuestión<sup>(6)</sup>; habría

(g) “El comportamiento es *sustantivamente* racional cuando es apropiado para alcanzar metas dadas dentro de los límites impuestos por las condiciones y las restricciones dadas. Adviértase que, de acuerdo con esta definición, la racionalidad del comportamiento depende del actor sólo en un sentido: sus metas. Dadas estas metas, el comportamiento racional está determinado enteramente por las características del ambiente en el que ocurre. (...) [En cambio:] El comportamiento es *procesalmente* racional cuando es el resultado de una deliberación apropiada. Su racionalidad procesal depende del proceso que lo generó” (Simon, p. 133-135 —cursivas mías, E.P.H.—).

El segundo tipo de racionalidad, la procesal, que para el discurso práctico en general ha sido subrayada particularmente por Habermas en Alemania, es la que elabora asimismo Alexy: “De acuerdo con esta teoría (la teoría del discurso racional), un enunciado normativo es correcto o —presuponiendo una teoría liberal de la verdad— verdadero, cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, es decir, el del discurso racional. La relación entre corrección y procedimiento es característica de todas las teorías procesales. Si *a* es el representante de una teoría procesal que ha de ser construida sobre el procedimiento *P*, a la pregunta acerca de si un enunciado normativo *N* es correcto [, el autor *a* la] responde diciendo:

D: un enunciado normativo *N* es correcto si, y solo si, puede ser el resultado de un procedimiento *P*.

Dentro del marco de las teorías procesales hay muy diferentes formas de presentación de *P*. Las diferencias pueden clasificarse según que se refieran (i) a los individuos que participan en el procedimiento o (ii) a las exigencias que se imponen al procedimiento. De la manera cómo sea estructurado el procedimiento con respecto a los individuos y a las exigencias del mismo, depende (iii) la peculiaridad del proceso de decisión” (Alexy, *La idea...*, p. 44-45). [Además de Alexy, al parecer —no he podido ver sus escritos— son Aulis Aarnio (Finlandia) y Aleksander Peczenick (Polonia-Suecia) los autores que en la actualidad trabajan con mayor resonancia internacional en esa dirección, sin perjuicio de diferencias en los acentos de sus respectivas investigaciones y bases teóricas. Para hacerse una idea del presente estado de la discusión sobre la materia, se puede cf. el panorama que al respecto ofrece Krawietz, pero sobre todo dos compilaciones (que tampoco he podido consultar):



que ver si en la práctica esos procedimientos estarían en condiciones de constituir, estandarizados, un ejemplo de *métodos* (en el sentido propuesto aquí: *supra*, X *in fine*) para el derecho. Por otro lado, aunque trabajando en otra dirección metodológica, Priester y Opp han mostrado cómo unos conocimientos de ciencias *analíticas* podrían ser fructíferos también en el derecho<sup>(h)</sup>. Cf. además las valiosas indicaciones contenidas en estudios como los de Albert –*racionalismo crítico*– y Koch –*filosofía del lenguaje común*–, o véase, por ejemplo, ya los implacables análisis de Alf Ross en su clásico libro *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963).

---

*Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), Berlín; y Werner Krawietz/Robert Alexy (comps.), *Metatheorie juristischer Argumentation* (Metateoría de la argumentación jurídica), Berlín, 1983.]

La idea central de todas las teorías argumentativo-*procesales* sobre lo racional o lo razonable puede resumirse tal vez así: “Cuando es precisamente el contenido de la decisión lo que es objeto de disputa, el respaldo máximo que aquella puede pretender radica en la aceptación por los litigantes o por el medio en general, sentado que no existe una fuente que imponga por sí sola contenidos para la decisión. Y la única manera de que tal reconocimiento pueda tener lugar de modo que quepa llamarlo racional, es arbitrando un procedimiento argumentativo en el que las partes expresen con libertad sus argumentos y contraargumentos. (...) Existirían ciertos postulados de toda discusión racional, entre los que destacan determinadas obligaciones comunicativas que los dialogantes han de asumir, de modo que no cabe hablar de una fundamentación suficiente cuando no se respetan esos principios argumentativos” (García, p. 178-179).

- (h) Estudios de orientación *analítica* han demostrado su pertinencia no solo para discutir cuestiones de la metodología jurídica en general, sino también al abordar el examen de puntos específicos a que se aplica el razonamiento de los juristas, inclusive de dificultades concretas a que se enfrenta (mal) la práctica de los jueces. Es el caso, justamente, del libro de Opp; también se puede cf., p. ej., Koch (*Juristische Methodenlehre...: op. cit. supra*, n. 6 *in fine*) y Eike v. Savigny *et al.* [Claro que dentro de la corriente analítica caben, a su vez, tipos de aproximación distintos. Así, por ejemplo, mientras que lo que Opp propone principalmente es que también los juristas saquen provecho de conocimientos ofrecidos por la *sociología* empírica, Priester (*Rationalität und Normkritik*) dirige sobre todo su atención hacia una serie de condiciones que se plantean desde el punto de vista de la racionalidad analítico-formal (cf. *supra*, VI, el excursus allí contenido) para llevar adelante el razonamiento capaz de *fundamentar* científicamente unas decisiones de tipo axiológico como las jurídicas.]

*Tipo III.*- Queda la duda de si, dadas las funciones político-ideológicas del derecho, y también por los fuertes intereses gremiales de inercia intelectual en que viene a hacerse efectiva la formación universitaria tradicional impartida a sus profesionales, el someterse a unos métodos como los del Tipo II pudiera llegar a ser realmente aceptado y puesto en práctica por parte de estos. El tercer tipo de investigaciones no parece dar lugar a que se alimente mucha ilusión en tal sentido. Lo racional, para esos estudios, no está en el discurso jurídico analizado ni en algún modelo sustitutivo. No tratan de legitimar el actual nivel de razonamientos del derecho, ni proponen otros medios más adecuados que los vigentes para lograr que él alcance mayor racionalidad, sino que sobre todo se dedican a sacar a luz su *falta* de racionalidad. La de ahora, la de siempre. Quiere decir que la racionalidad de estos exámenes consiste, precisamente, en poner de relieve la no-racionalidad del discurso examinado, o sea, que se ubican en el extremo opuesto al Tipo I. Tal falta de racionalidad del discurso profesional de los juristas, así puesta de manifiesto, se vé –a través de dichos exámenes– que no es casual ni contingente, sino que ella tiene mucho que ver con la circunstancia de que ese discurso también desempeña, de hecho, sean cuales fueren las posiciones subjetivas de sus protagonistas, unas funciones de retórica y de aseguramiento de la ideología político-social dominante. Por eso él no es, ni puede ser, un pensamiento de carácter científico (propiamente) respecto a las cuestiones que ahí están en juego: cf., por ejemplo, los pormenorizados análisis de Lautmann y Schreckenberger –y *vid.* también Frank, como antecedente–.

\* \* \*

El estudio que he presentado se ubica más bien en el marco del Tipo II. Podría considerarse que ese trabajo ofrece, tal vez, una especie de prope-*déutica* para fundamentar y alentar, de manera muy general, la introducción de verdaderos modelos de racionalidad en el derecho; modelos que, para sus diseños concretos, son remitidos a la creatividad de otros autores (*supra*, X *in fine*). Sin embargo, siempre manifesté mucha reserva respecto a la viabilidad *político-social* de tales modelos<sup>(i)</sup>, supuesto que fueran elaborados.

- 
- (i) Cf. la nota 31 de mi versión francesa (cit. *supra*, en la n. inicial .) y aquí (*supra*, X) la n. 42; *vid.* también la cita de Renan en el acápite de este apartado. Cf. asimismo, en mi estudio *Ciencia jurídica...*, el # III. 2 *in fine* y el punto (viii) de las Conclusiones Generales, y *vid.* aquí el Anexo. Cf. además, para una perspectiva más general, Bunge cap. 13.4 (Limitaciones sociales [de la ciencia]); y particularmente respecto al derecho, cf. Warat (cap. VIII) y Müller (*Juristische Methodik und Politisches System, passim*).



De mi parte, el señalamiento de la (mera) viabilidad *técnico-intelectual* de unos métodos científicos propiamente dichos para aplicarlos a cuestiones del derecho, estuvo bastante menos motivado por la ilusión de que en realidad fuesen adoptados por los juristas, que por un propósito de ilustración *crítica* sobre los “saberes” jurídicos<sup>(j)</sup>. Y con el correr de los años, mi escepticismo no ha sido sino en aumento, de modo que hoy no le reconozco mucha

- (j) En el estudio mío mencionado en la n. anterior, cf. el punto (vii) de las Conclusiones Generales; *vid.* también *infra*, n. ñ y el Punto 6 del Apéndice. En verdad, todo estudio *realista* acerca del discurso jurídico —esto es: no su conocida dogmática, ni las metateorías ideológico-apologéticas tipo (p. ej.) Perelman o Larenz, ni tampoco los exámenes meramente formalistas (lógica deóntica, semántica estructural, etc.)— necesariamente tendrá proyecciones de crítica. Pues cualquiera de ellos, aunque enfoquen aspectos distintos y respondan a variadas metodologías, no podrá menos que contribuir a desenmascarar, sea desde el ángulo que fuere y en una otra medida, la retórica de dicho discurso. Así, por ejemplo, dice Schreckenberger respecto a la investigación practicada por él mismo: “El análisis semiótico adquiere una función ‘crítica’ en la medida en que logra examinar aquellos criterios semióticos que son adecuados para *ampliar* la base retórica del *acuerdo* especializado y técnico. (...) Con la exposición de las propiedades, funciones y reglas semióticas que necesariamente presupone un texto jurídico o una argumentación jurídica para poder presentarse como ‘plena de sentido’, el análisis pone de manifiesto, al mismo tiempo, los *límites* retóricos a los que está sometida una forma de discurso [si es] *disciplinado*. Por esta razón, la aclaración semiótica es una parte de la dilucidación crítica. (...) Es inevitable que el análisis semiótico perturbe aquellas concepciones lingüísticas que se apoyan primordialmente en las metodologías lógicas o que limitan el dato semiótico a la situación del problema de una hermenéutica técnico-dogmática o a hábitos lingüísticos dogmatizados” (trad., p. 12-13 y 35 —cursivas mías, E.P.H.—). Y es que, aunque el objetivo declarado de Schreckenberger sea lograr otro “acuerdo” entre los juristas, él no trata, justamente, de alcanzarlo por las vías tradicionales, sino de someterlo a unos “límites” que estén semióticamente *mejor* “disciplinados”, o sea, lograr una *mayor* racionalidad del discurso jurídico. Empero, para hacer ver la necesidad de tal cosa, Schreckenberger tiene que empezar por mostrar —ese es el contenido de la mayor arte de sus sofisticados análisis— precisamente toda la *endeblez* retórica, la falta de racionalidad que afecta a dicho discurso en sus formas actuales: ¡crítica! Así, aunque dicho objetivo sea, a mi juicio, inalcanzable en la práctica, de todos modos sigue siendo muy cierto todo lo que nos revela el examen *crítico* ahí presentado. Por lo demás, también debe tenerse en cuenta que hay distintos ángulos y planos posibles para efectuar la “crítica” del discurso jurídico: cf. las distinciones al respecto en el estudio de Böhler.

importancia *real* al papel que la racionalidad (en sentido propio) y el método (*ídem*) puedan desempeñar, en la práctica, para materias como el derecho. Creo, más bien, que tiene razón Holmes en el famoso pasaje donde advierte, ya en 1881, que:

“La vida real del del derecho no ha sido [cuestión de] lógica: ha sido experiencia. Las necesidades sentidas de la época, las teorías políticas y la moral dominantes, las intuiciones acerca de las líneas de conducta pública, declaradas o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, [todas esas cosas] han tenido que ver mucho más que el silogismo en la determinación de las normas por las que los hombres deban de ser gobernados”<sup>(k)</sup>.

Y lo cierto es que los más sofisticados metodólogos del discurso jurídico, sobre todo entre los del Tipo II, también ellos pertenecen a esa clase de científicos de quienes Lotze decía:

“*afilan más y más sus cuchillos [métodos], pero...*”<sup>(l)</sup>.

- (k) Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, 1881, p. 1 (“The actual life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the times, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed”); cit. por Dewey, p. 21.
- (l) “...si la elucidación metodológica se vuelca en un razonamiento abstracto, sin tener en cuenta el objeto material (*Sachgegenstand*) al que necesariamente deben referirse la elaboración de conceptos y el método, entonces habrá que acordarse de la sarcástica observación de Hermann Lotze, ‘que el permanente afilar de los cuchillos es aburrido cuando no hay el propósito de cortar nada’” (Johannes Winckelmann, Introducción en: Max Weber, *Methodologische Schriften*, S. Fischer, Francfort, 1968, p. XIV; para el texto original, en alemán, de la cita de Lotze, *vid. supra*, en la n. a). Por eso, al fin se siente, después de leer tanto estudio de metodología jurídica, una sensación básica de vaciedad, sobre todo si se compara la pedantería de esos desarrollos (no excluyo mis propios trabajos) con la cuestión de saber qué problemas *reales* ellos sean capaces de sacar a mejor luz. Si uno vuelve, después de estar enfrascado en dichos estudios, a leer buenos trabajos de temática iusfilosófica más clásica, tiene la sensación de resucitar del reino de la escolástica al del derecho de carne y hueso; por más que estos otros trabajos puedan no estar libres de ciertas falacias o imprecisiones, que tal vez son paliables —y no hubiera estado mal que sus autores lo supieran— con una mejor base de conocimientos sobre teoría fundamental del discurso científico. Menciono un solo



En efecto, a pesar de toda la pedantería que se despliega en modernos estudios de metodología jurídica, lo que nos proponen resulta no menos inofensivo –aunque, desde luego, es mucho más complicado– que los caminos de los métodos tradicionales. Así como no son estos, tampoco son aquellos quienes nos suministran lo que, ¡de hecho!, resultará *determinante* para ver a qué soluciones se llega frente a las cuestiones problemáticas, o sea, en casos donde se discute *realmente* la “verdadera” respuesta del derecho. Un autor como Kelsen (por ejemplo), tan “superado”, vio mucho más a fondo en todo eso. A pesar de su obsesión por el rigor metodológico –más bien: ¡precisamente por respeto a este!– no cayó en la ingenuidad, o la disimulación, de pretender extenderlo inclusive a la práctica *misma* de los juristas cuando aplican el derecho. A él no se le escapó que lo principal de este discurso, las interpretaciones, no es asunto de racionalidad científica sino de *ideologías* y presiones sociales. Por eso mismo, creo que lo fundamental para que un sistema de derecho funcione lo mejor posible, tiene mucho menos que ver con el rigor metodológico –imposible de imponer en la práctica– que con un principio como el siguiente:

“para el progreso del conocimiento [y también para la correcta aplicación de este], a veces importa más el lograr establecer unas *condiciones institucionales y motivacionales* que recompensen suficientemente el comportamiento constructivo-*crítico* en la solución de los problemas, que enseñar una metodología que, aunque en sus aspectos esenciales es fácil de entender [¡suponiendo que lo sea!], empero resulta, llegado el caso, difícil seguirla” (Albert, *Traktat über rationale Praxis*, p. 59 –cursivas mías, E.P.H.–).

Pero deseo subrayar que mi desconfianza, si así puede llamársele, hacia la racionalidad y el método, no se refiere al empleo de ellos como vías para efectuar *análisis* de realidades sociales o de formas de pensar existen-

ejemplo, para el cual elijo adrede una obra que no es de las más famosas: ¡cuánto más se vé de los dilemas reales en que se enreda el discurso de los juristas leyendo un manual como el de Henri Batiffol sobre *Problèmes de base de philosophie du droit* (L.G.D.J., París, 1979) [reseña E. P. Haba: en ALMFD-2, 1981, p. 212-213], que si consultamos alguno de los más sofisticados análisis de semiótica jurídica! No quiero decir, con eso, que los estudios de metodología jurídica estén de más, y mucho menos si ellos son de los centrados en tematizar cuestiones de la retórica del lenguaje común que trascienden al discurso del derecho; un ejemplo aprovechable, en tal dirección, es la monografía de Schreckenberger. Pero aun tales exámenes debieran ser hechos, y entendidos, siempre a la luz de la capital advertencia de Renan recogida en el acápite del presente apartado.

tes; por ejemplo, para examinar el contenido semántico de los discursos del derecho y las funciones sociales de este. Por el contrario, para *esos* efectos (conocimiento), pienso que son las vías más recomendables, cuando están disponibles, y no menos respecto al derecho que acerca de otras cosas. Más aún: no hay por qué descartar, y hasta es probable, que también dichos conocimientos puedan ejercer alguna influencia en el razonamiento de los jueces si estos recibieran ese tipo de enseñanza, y siempre que no intervengan presiones sociales lo bastante fuertes como para obstaculizar la limpia aplicación de ella a tales o cuales tipos de casos. Téngase presente que, aun cuando el conocimiento jurídico de dicho tipo, precisamente por ser una ciencia *básica*, no persigue fines prácticos directos (pues la investigación básica de ciencia alguna se dirige, en sí misma, a tales fines); esto no quiere decir que aquel no pueda llegar, eventualmente, a tener también derivaciones prácticas, y sobre todo si hay operadores del derecho que *quieran* (y tengan el talento como para saber) utilizar esas bases teóricas con vistas a solucionar cuestiones del discurso jurídico común. Por lo demás, si se entiende que tal discurso es una *ciencia*, y entonces pertenecería al género de lo que se llama las ciencias *aplicadas*, no podría serlo sino en cuanto, como toda ciencia aplicada, se funda en (resulta de) cierta ciencia *pura*, básica. Mas esta última, por su propia naturaleza, consiste en un sistema de conocimientos de los cuales solo *algunos* aspectos –que de antemano nunca se sabe cuáles serán– se aprovechan por parte de la o las respectivas ciencias aplicadas. [Sobre todo esto, cf. Bunge, p. 206 y 216 ss.]

A falta de una ciencia básica, o si esta es poco rigurosa y más bien implícita que explícita, también la ciencia aplicada de que se trate sufre las consecuencias, es de “baja calidad” (Bunge, p. 206). Cuando la ciencia aplicada no se corresponde con una buena ciencia básica se nota que, en la práctica misma, aquella deja que desear hasta en cuanto al cumplimiento de sus meros cometidos utilitarios, por lo menos en algunos respectos. Esto es también verdad para el derecho, por supuesto. De ahí que, aunque su mejor ciencia básica (*Rechtsgrundlagenforschung*) no tiene muchas posibilidades reales de ser tomada en cuenta generalmente para la práctica jurídica, dadas las condiciones ideológicas y las presiones sociales bajo las cuales esta transcurre, no menos cierto es que solo aquella –¡no la dogmática corriente!– es capaz de hacer del derecho un auténtico *conocimiento* en el plano de la razón práctica y, así, abrir la posibilidad inclusive de que algunos juristas lleguen a sacar provecho de esa ciencia para mejorar (si los dejan) su discurso profesional. En síntesis: si bien la cuestión de su trascendencia práctica no es decisiva para juzgar sobre la corrección *racional* de un estudio científico del derecho, tampoco es imposible que tales estudios hasta puedan tener alguna



trascendencia también en el plano práctico real, llegado el caso, si las circunstancias —entorno social, preparación científica de los operadores del discurso jurídico— lo permiten. Empero, no hay que engañarse, es poco probable que esto último resulte lo habitual.

En lo que no creo para nada, eso sí, es en la trascendencia práctica, y ni siquiera en la fertilidad teórica, de ciertos criterios “técnicos” que, inspirados en el *mero* afán de ser metódico, al fin de cuentas no van más allá del palabrerío pedante que disimula los problemas reales o, todavía peor, puede servir para legitimar que estos sean tratados mediante unos corsets burocrático-tecnocráticos que esterilizan la inteligencia. Lo que así se consigue, en definitiva, no es otra cosa que contribuir a que dichos problemas NO se enfrenten con esa actividad “constructivo-crítica” que menciona Albert<sup>(11)</sup>. Una cosa es abogar porque se logre, pero sólo en la medida de lo verdaderamente *posible*, alcanzar conocimiento racional y metódico sobre las cosas. Otra, muy distinta, tratar de imponer a rajatablas *cualquier* método, por más científico que sea —supongamos que lo es—, para manejar *un* discurso acerca de ciertos problemas reales. ¡No siempre es lo mismo “manejar” algo, en un lenguaje, que *resolverlo*, en la práctica! También para el campo de la metodología del derecho es muy cierto, y en la actualidad más que nunca, lo de que:

“Como escribió Kenneth E. Boulding en *The Image*, hay en el mundo mucha gente que cree que ‘la ciencia casi pudiera definirse como el proceso de sustituir por cuestiones sin importancia, a las que puede responderse, cuestiones importantes, a las que no se puede’ ” (Dubos, p. 141). [Cf., p. ej., el Punto I del Apéndice, *infra*.]

\* \* \*

Sin embargo, hasta una conclusión tan cautelosa como la ofrecida aquí, en el sentido de que sólo como modelo *intelectual* es viable una verda-

(11) Por ejemplo, respecto a la intervención de tales “técnicas” en los planes de estudio de la Universidad de Costa Rica, y particularmente acerca de la escuela de hipocresía que en cuanto método de enseñanza constituyen las llamadas “investigaciones” que establece el curriculum de la Facultad de Derecho, cf.: Enrique P. Haba, “De la fantasía curricular (y sobre algunas de sus precomprensiones tecnocráticas)”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 56 (mayo-agosto 1986), Universidad de Costa Rica/Facultad de Derecho-Collegio de Abogados, San José.

dera ciencia el derecho, acaso podría ser objetada si se atiende, por ejemplo, a razones como las que Frank presentó hace más de medio siglo (de las que, por supuesto, no se han llegado a enterar nuestros juscientistas actuales). Frank llama la atención acerca de dos verdades que casi siempre son pasadas por alto, tanto en el pensamiento jurídico común como en los proyectos científicos para el derecho. A saber: la doble indeterminación de que este se halla inevitablemente afectado, por el lenguaje mismo de los juristas y por la inconmensurable fluidez de la realidad en que ese discurso se inserta —realidad de la que forman parte hasta los propios juristas, pues también “los jueces son humanos”—. En efecto, Frank no permite que nos olvidemos de que

“el derecho, tal como lo tenemos, es incierto, indefinido, sujeto a incalculables cambios. (...) El derecho siempre ha sido, lo es ahora y siempre continuará siendo, ampliamente vago y variable. ¿Y cómo podría ser de otro modo? El derecho se ocupa de relaciones humanas en sus más complicados aspectos” (*Law...*, p. 5 y 6).

Quiere decir que no puede haber discurso jurídico *seguro*, esto es, unos criterios de derecho *netos* que se hallen *pre*-establecidos (cf. *Mr. Justice...*). Porque, inclusive en el caso de que se lograra mejorar al máximo la precisión de los términos mismos de ese discurso y vincularlo al máximo con los conocimientos disponibles de las ciencias sociales —posibilidad intelectual señalada en mi estudio—, eso no impediría que, de todas maneras, la variedad y movilidad (siempre altamente imprevisibles) de los casos a que él se aplique haga que, por lo general, resulte imposible llegar a saber *de antemano* las soluciones que estos recibirán en manos de los jueces. Por ende: la fijeza, la “seguridad” del derecho, jamás podrá ser otra cosa que un *mito*, dice Frank.

No tengo inconveniente, por mi parte, en reconocer que tales observaciones son acertadas. En todo caso, lo son para una buena parte del derecho, precisamente la que llega a discutirse en los tribunales. No obstante, aun dando por admitido que las soluciones judiciales no se puedan prever con seguridad, eso no descarta que el procedimiento para obtenerlas puede ser *más* o puede ser *menos* intersubjetivo, en función del *tipo* de discurso empleado para arribar a ellas. Por eso, lo que pretendo sostener no es que el discurso jurídico pueda ser elaborado, en general, como una ciencia en sentido estricto, sino que cabría ajustarlo a condiciones que hagan de él una mejor ciencia en sentido *amplio* [cf. el Anexo]; vale decir, formularlo de manera tal que sus razonamientos fuesen *relativamente* menos azarosos y subjetivos, sus soluciones *menos* a-metódicas. Aunque esto no lo transformaría, por



cierto, en una ciencia *completamente* segura y cuyos resultados sean todos previsibles, al menos disminuiría en algo su actual coeficiente de incerteza, y sobre todo prevendría el ocultamiento de las *verdaderas* razones que determinan lo que allí se resuelve. En síntesis: considero que no *toda* ciencia del derecho es cosa imposible (intelectualmente), pues el discurso jurídico *podría* ser mejor desde el punto de vista científico; y si bien es cierto que ni siquiera un discurso “mejor” le proporcionaría a aquel la seguridad que tiene el discurso (normal) de las ciencias naturales, no me parece que sea indiferente el que, por lo menos, el razonamiento de los juristas consiguiera alcanzar el mayor grado *posible* de intersubjetividad científica. Esto es, que fuera mucho *menos retórico e ideológico* de lo que suele ser. [Pienso que Frank estaba de acuerdo con esto último (p. ej., cf. su Apéndice II, *op. cit.*); solo que él no lo vinculó a unos mejores *métodos* para el discurso en cuestión, ni creía que fuera precisamente tal cosa lo que pudiera hacerlo menos inseguro (cf. su Apéndice X, punto 3).] Y, como subraya Warat: “Probablemente, lo que se llame esfuerzo racional en el modo de conocer del hombre, no sea más que ese esfuerzo de reducción de las formas míticas de conocimiento a su mínima expresión, vale decir, hacia el máximo *control consciente*” (p. 150 –cursiva mía, E.P.H.–).

Frank insiste, además, en que dicho afán de certeza no es otra cosa que el producto de un “infantilismo” en nuestros modos de pensar (*childish thought-ways*: cf. *Law...*, caps. II, VIII, IX y *passim*). Es una reminiscencia de nuestra fe de niños en la autoridad paterna, lo cual se manifiesta en muchos campos, inclusive en la ciencia:

“Pues, funcionalmente, el derecho visiblemente se parece al Padre-como-Juez. El Padre-como-Juez del niño era infalible. Sus juicios y mandatos parecían poner orden en el caos de los conflictivos puntos de vista concernientes a la conducta correcta. Su ley parecía absolutamente cierta y previsible. (Por supuesto, el derecho y la religión no son las únicas actividades afectadas por la búsqueda de la autoridad paterna. También la ciencia padece cuando se la hace cargar con el fardo de ser una garantía completa de la certeza cósmica.)” (*op. cit.*, p. 21 con su nota 6; cf. también *Mr. Justice...*, p. 582 s.).

Es eso lo que da origen, así como a otras cosas (religión, etc.), a que el pensamiento jurídico se presente sujeto a un “mito básico” (*basic legal myth*: cf. *Law...*, cap. I y *passim*). Es el mito de

“que el derecho es, o puede hacerse que sea, inmóvil, fijo y determinado (*unwavering, fixed and settled*)” (p. 21). “Los juristas no sostienen meramente la vulgar noción de que el derecho es susceptible de ser hecho completamente estable e invariable; parecen estar inclinados a crear la impresión de que, en total, desde ya él es una cosa establecida y cierta” (p. 8). “Obsérvese los argumentos de los abogados al dirigirse a los tribunales, o hasta las opiniones de los tribunales mismos: están formulados como si a las decisiones correctas se llegara por deducción lógica a partir de un cuerpo preciso y preexistente de reglas jurídicas. Raramente los jueces revelan que haya elementos contingentes en su razonamiento, alguna duda o lagunas para no estar plenamente convencidos” (p. 9).

Y Frank se pregunta:

“¿Por qué la generalidad de los juristas insiste en que el derecho debe y puede ser conocible claramente y predecible en forma precisa, aunque al hacer eso justifican la popular creencia en un absurdo patrón de exactitud jurídica? (...) [Empero,] sólo un limitado grado de certeza jurídica puede alcanzarse. (...) Si es verdad que lo que se persigue es una certeza jurídica mayor que la prácticamente requerida y alcanzable, entonces [quiere decir que] la exigencia de excesiva estabilidad jurídica no proviene de necesidades prácticas. Ella tiene que tener sus raíces no en la realidad, sino en un afán por algo irreal” (p. 11 y 12).

Afán (*a yearning*) que se explica, según Frank, justamente por la mencionada ansia –subconsciente– de hallar también en el derecho un sucedáneo de la infalible autoridad paterna (cf. esp. el cap. II), mas sin excluir tampoco la presencia de otros factores explicativos (cf. el Apéndice I, *op. cit.*).

Sin embargo, aunque esa reconducción del afán de seguridad (¡también el mío!) a resabios de una idealizada imagen paterna es un elemento de explicación –junto a otros: ideologías, protección del *status quo*, etc– muy plausible, esto no significa que dicho afán tenga que ser considerado necesariamente como algo que deba y pueda ser eliminado. Si bien se mira, la crítica de Frank no se dirige tanto contra el afán *en sí mismo*, sino contra las *falsas* ilusiones, los autoengaños que este contribuye a engendrar (p. ej., cf. *op. cit.*, p. 12 [nota 9 *in limine*] y 171). Cabe pensar que, en cambio, en la medida en que pudieran hallarse una formas de satisfacerlo que sí fueran viables en la realidad (y suponiendo, naturalmente, que eso no va en perjuicio de otros objetivos humanos valiosos), en *esa* medida no tendría por qué estar



mal, sino todo lo contrario, hacer lo posible por alcanzar seguridades. Pues bien, el tipo de certezas –intersubjetividad y eficacia– que persiguen los métodos científicos, sea cual fuere la génesis psicológico-individual y social por la que ello se considera digno de ser obtenido, es algo que logra cumplirse en la realidad, por lo menos hasta cierto punto, precisamente por la práctica misma de las ciencias. La tesis sostenida en nuestro estudio es que tal tipo de certeza podría ser incrementado sensiblemente en la ciencia jurídica también: en el sentido de que en esa forma los resultados a que se llegue en las sentencias, y aunque muchas veces no fuera posible saberlos de antemano, estarían *intersubjetivamente* fundados, porque, a diferencia del pensamiento jurídico tradicional, entonces esos resultados surgirían allí de unos procedimientos verdaderamente *metódicos*.

Desde luego que, así y todo, es probable que la ciencia jurídica no lograría los niveles de certeza que se alcanzan en la práctica normal de las ciencias naturales, pero sus resultados tendrían la mejor fundamentación *posible*, la de las ciencias sociales avanzadas. Entonces el derecho llegaría a ser por lo menos una buena ciencia en sentido amplio. Y si tampoco de esa manera se consiguiera obtener, en definitiva, un grado de previsibilidad de las decisiones judiciales mucho mayor que el actual, en todo caso se conseguiría, eso sí, liberar el pensamiento jurídico de las ficciones que señala Frank y hacerlo beneficiario de los conocimientos científicos disponibles. Si no en homenaje al afán de seguridad, al menos por un afán de *veracidad* y de transparencia intelectual, valdría la pena tratar de sujetar el pensamiento jurídico a mucho, lo más posible, de la racionalidad y el método que siempre le han faltado. Bien leído, de un libro tan despiadadamente realista, y tan fermental, como el de Frank, no pueden sino extraerse muchos motivos más (que los por mí expuestos) para desear que el pensamiento de los juristas aceptara ser enderezado en tal dirección.

Por otro lado, a Frank tampoco se le escapó que algo análogo al “mito jurídico básico” consigue infiltrarse también, y por razones similares (“infantilismo”), incluso en el pensamiento relativo a las ciencias más adelantadas (cf. *op. cit.*, su cap. XV y esp. el Apéndice III titulado “Ciencia y certeza: una científica concepción de lo que es la ciencia”). Basta con pensar, acotaría yo, en la abrumadora difusión y predominancia que en la actualidad tienen los mitos tecnocráticos, en todas las esferas, para advertir cuánta razón tenía Frank al subrayar que:

“Por supuesto, esa es una científica (*unscientific*) concepción [acerca] de la ciencia. La ciencia, así falsamente concebida, se transforma, en efecto, en otro sustituto del padre, un garante de esa certeza absoluta que el niño anhela y que el hombre cabalmente adulto reconoce

como infantil. Una concepción científica de la ciencia rechaza tal infantilismo” (*op. cit.*, p. 307).

También en esto, el estudio de Frank se revela, en mucho de su aproximación, como asombrosamente actual, en la línea de la más moderna epistemología de las ciencias (Popper, Kuhn y otros –cf., p. ej., el penúltimo párrafo de la p. 105, *op. cit.*–). Esa “unscientific conception” tiene mucho que ver con lo que en otro sitio he llamado *fideísmo cientista*. Y me importa sobremanera efectuar una aclaración final, precisamente a este respecto<sup>(m)</sup>.

El fideísmo cientista, que hoy aparece consagrado sobre todo en la ingenua confianza hacia la teología de la computación como arréglalotodo, reposa en la fe de que *cualquier* asunto tiene una solución metódico-cientifi-

(m) Lo del “fideísmo cientista”, y porqué el derecho difícilmente pueda dejar de ser una “ciencia en sentido amplísimo”, lo explico un poco más en el *Postscriptum* que se incluye en la última versión de mi estudio ya mencionado en las ns. i y j: cf. *infra*, el Anexo. Vid. también el Punto I del Apéndice. [He preferido detenerme en los puntos de vista de Frank, en vez de seguir a autores que están de moda, pues cada vez estoy más convencido de que la Teoría del Derecho reciente –digamos: la posterior a 1970– no agrega nada *sustancial*, como no sea unas esforzadas sobredosis de variada pedantería, a lo que en líneas generales ya se sabía antes. De ahí que, venir a leer en 1989 (tal mi caso) un libro como el de Frank, es respirar aire fresco en medio de tanto hollín terminológico y mero detallismo que nos abruma en los congresos de filosofía jurídica y en las revistas especializadas de la materia; esto, sin perjuicio de reconocer que también hay estudios actuales que tienen su interés, en cuanto sirven para divulgar o para redondear aspectos del conocimiento teórico previo, aunque siempre sigue siendo más ilustrativo leer directamente a los grandes autores. Ese no-tener-nada-sustancial-que-agregar, desde luego que pasa desapercibido (o, sencillamente, no importa) para aquellos a quienes, más que toda otra cosa, les obsesiona la cuestión de “estar al día”, vale decir, que se contentan con apreciar, por ejemplo, ciertas minuciosidades técnicas que sirven como embalaje a muchos de los nuevos estudios. Por contraposición, es también eso mismo lo que explica el éxito que han obtenido, por ejemplo, Rawls y Dworkin: simplemente, porque estos *sí* tienen “algo” que decir. Éxito para el que no ha sido óbice, por eso, que en el caso del primero su famoso libro consiste, básicamente, en unos juegos escolásticos del “raciocinar”; y en el del segundo, que allí asistamos a la reformulación de tesis que, aunque él las defiende con ingenio, básicamente significan recaer en planos de ingenuidad pre-Frank acerca del pensamiento jurídico –y particularmente respecto al lenguaje, quedarse en un nivel de análisis que es pre-Ogden/Richards, pre-Stevenson, pre-Wittgenstein, o hasta pre-Morris, etc.–.]



ca; y también, implícitamente, en la creencia de que *cualquier* solución de ese tipo –y cuanto más burocratizable, mejor– será preferible a toda solución menos “técnica”. ¡Pero es eso, justamente, lo que NO quisiera ver sugerido por el estudio que presenté! Menos que menos, respecto al derecho. Pues lo cierto es que este, por el papel que sus discursos juegan en la dinámica social, nunca será una verdadera ciencia (en sentido estricto). Allí lo decisivo son, más que nada, las “condiciones institucionales y motivacionales” (Albert), y las “culturales” en general (Häberle)<sup>(n)</sup>, que determinan *realmente* la

(n) Según A.L. Kroeber y C. Kluckhohn (*Culture*, 1952), lo que se puede llamar *cultura* comprende distintos aspectos y planos. “Junto al enfoque *descriptivo* de los campos de objetos de la cultura (a esto corresponde la enumeración de esferas culturales en la Constitución –cultura en sentido estrecho–, tal y como se halla extendida en el Derecho Público), ellos [dichos autores] consideran como centrales los siguientes énfasis conceptuales: la cultura se encara en forma *histórica* (como herencia social o tradición), *normativa* (como reglas o modos de vida o en consideración a ideales o valores o conductas), *psicológica* (en el sentido de adaptación que soluciona problemas o como proceso de aprendizaje o como comprensión de costumbres), *estructuralista* (en el sentido de comprensión de los modelos –‘patterns’– o de la organización de la cultura) o *genética* (en el sentido de cultura como producto, como ideas o como símbolos)” (Häberle, p. 11, *loc. cit.* un poco más abajo).

Ya Herman Heller había señalado que “La Teoría del Estado es ciencia cultural y no ciencia natural” (*Teoría del Estado*, Parte I, apartado II. 2). En nuestros días, es particularmente el constitucionalista alemán Peter Häberle quien ha insistido, una y otra vez en sus publicaciones de los últimos años, en que los textos de la Constitución –y, a partir de ahí, el derecho positivo en general– deben, y no pueden sino, ser entendidos como un precipitado cultural. Cf. esp. su escrito programático *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (Teoría constitucional como ciencia cultural), Duncker & Humblot, Berlín, 1982, estudio que gira en torno a esta idea central: “la tarea del jurista tiene que limitarse, mediante su sistema de normas, a la elaboración de un marco donde la cultura de la comunidad pueda desarrollarse. La ‘cultura’, así entendida en su sentido *amplio*, conforma el contexto de todos los textos jurídicos y de todas las conductas jurídicamente significativas en el Estado constitucional” (p. 13). Por cultura en sentido “amplio”, a diferencia de cultura en sentido “estrecho” (*supra*, al comienzo de esta n.), Häberle entiende: “Cultura es proporcionar lo que ya fue; este es el aspecto *tradicional*. Cultura es el desarrollo hacia adelante de lo que ya fue; este es el aspecto *innovatorio*, dirigido (también) al cambio social. Y la cultura no es siempre idéntica con la cultura, es decir, que una comunidad política puede tener distintas culturas; este es el aspecto *pluralístico*. Por este sistema de los tres puntos de orientación: tradi-

conducta de sus actores, incluidos los juristas como operadores profesionales de dichos discursos. Lo cual no quita que ciertos exámenes *racionales* acerca de estos discursos, al poner de manifiesto precisamente toda la *falta* de racionalidad y de método que caracterizan al pensamiento habitual de los juristas<sup>(ñ)</sup>, además contribuyen a despejar el camino hacia una más realista percepción de las susodichas condiciones. Así, algunos estudios del Tipo II

ción, cambio, y pluralismo o apertura, tiene que orientarse ... la teoría constitucional como ciencia cultural” (p. 12).

Aunque sin referirse especialmente a la noción de “cultura”, asimismo en los escritos de otros autores se encontrarán puntos de vista que van en dirección análoga, esto es, a enfatizar que los textos del derecho no se comprenden por su letra sola, ni que tampoco se determinan simplemente así las conductas que se orientan por esos textos, sino que todo lo jurídico depende de múltiples aspectos del ser social que se hallan más bien sobreentendidos al interpretar esos textos. Por ejemplo, Friedrich Müller –para no mencionar más que a otro constitucionalista alemán– ha subrayado, en varios trabajos, que la “estructura de la norma” jurídica (*Normstruktur*) no consiste solo en un “texto” (*Normtext, Textstruktur*), sino en la relación que este guarda con el “campo normativo” (*Textbereich*) de la realidad social a que el texto en cuestión se refiere: cf. esp. su estudio *Juristische Methodik und Politisches System*. [reseña E.P. Haba: en ALMFD-1, P. 253-255] Y cf. también, aunque trata la cuestión desde otro ángulo, el influyente libro de Esser.

(ñ) Dicho de otra manera; por más que el discurso jurídico común (textos legales, dogmática, jurisprudencia) no sea muy racional, ese discurso –tomándolo como lenguaje-objeto– puede ser examinado (críticamente) en otro discurso –metalenguaje– que, este sí, no tenga tales defectos de racionalidad; cf., en mi estudio sobre *Ciencia jurídica...*, el # III. 2. También para el derecho, como en otros campos, la falta de racionalidad del lenguaje-objeto no tiene por qué contagiarse necesariamente a sus metalenguajes. Esta distinción de planos –una cosa es el discurso del Derecho como actividad profesional o política, otra el de la Teoría General del Derecho como un metadiscurso donde aquel es analizado científicamente– no aparece señalada de manera explícita a lo largo de los desarrollos presentados hasta acá. De ahí que estos adolezcan de cierta ambigüedad en el uso del término “derecho” –o: “discurso jurídico”, “pensamiento de los juristas”, etc.–; pero tal vez el contexto de la exposición logre salvar confusiones al respecto, por lo menos en cuanto a las ideas fundamentales. Por otro lado, aun sin mencionar esa cuestión de planos del lenguaje, está el hecho de que cabe una *pluralidad* de ciencias acerca del derecho: *supra*, VIII *in fine* (excurso). [Sobre la cuestión general de la aplicación que las categorías “lenguaje-objeto” y “metalenguaje” tienen para la teoría jurídica, cf. Warat. caps. IV.3, V.5.1 y VIII.8; y especialmente en cuanto a lo señalado en esta nota, *vid.* aquí el Punto 6 del Apéndice, *infra*.]



se pueden tomar también como una dilucidación preliminar o concomitante con respecto a los del Tipo III; y es ese, según pienso, el interés que tal vez puede tener el trabajo aquí ofrecido. [Cf. también el Punto 6 del Apéndice, *infra*.]

## APENDICE CRITICO

### 1

*Si la certeza no se puede lograr en la vida, entonces tanto peor para la vida. Dejemos que el Ideal Lógico rompa toda relación con ella.*

F.C.S. SCHILLER

*The trouble is that while the syllogism sets forth the results of thinking, it has nothing to do with the operation of thinking.*

DEWEY

*Hasta ahora ningún problema filosófico [o jurídico] que tenga algún interés para alguien, ha sido resuelto porque se lo haya reducido a la forma o tamaño que conviene a alguna ranura de tu máquina expendedora. Tu caja registradora es*

*ciertamente impecable y totalmente neutral; por esta misma razón, no puede apelarse a su ayuda para el arreglo de ninguna disputa de compraventa.*

RYLE

*La observación diaria nos muestra que los espíritus pedantes y precavidos que pretenden evitar todo riesgo teórico y el enfrentamiento con problemas poco claros, están condenados a la esterilidad y representan tan solo un peso muerto en evolución espiritual de la sociedad. El sentimiento de la responsabilidad científica se transforma en lo contrario cuando degenera en pedantería paralizadora.*

KOLAKOWSKI

Dada la imprecisión que caracteriza a los lenguajes naturales, hay quienes se han sentido tentados de sustituirlos en la mayor medida posible, también en el derecho, por lenguajes artificiales, esto es, enteramente simbolizados y formalizados. En el caso del lenguaje normativo, se trata de fórmulas que constituyen la llamada *lógica deóntica*. (Puede distinguirse, empero, entre “lógica de las normas” –la construcción de una lógica que ponga de manifiesto las tesis que son el fundamento de las inferencias normativas *mismas*, tesis que constituyen el medio formal que sirve como base para la justificación racional de las normas morales y jurídicas derivadas por ese medio– y la “lógica deóntica” propiamente dicha, o sea, la de los enunciados *sobre* esas normas; estas dos lógicas están en relación de lenguaje-objeto a meta-lenguaje, respectivamente, y por metonimia suele también llamársle “lógica deóntica” –en sentido amplio– a ambas en conjunto.)

La deóntica es una parte de la lógica formal, que se ha desarrollado sobre todo en la segunda mitad de nuestro siglo, a partir de los trabajos de Georg Henrik von Wright, a los que luego siguieron los de muchos otros autores. Los estudiosos de la lógica deóntica –tomo esta denominación de acuerdo con su sentido amplio– se han preocupado de hallar esquemas lógico-formales que de alguna manera, por vía de construcción o de reconstrucción, pueda entenderse que corresponden a discursos normativos. Las propuestas al respecto son variadas, como así también las discusiones en torno a la determinación de los principios mismos de dicha disciplina.

Recurrir a un lenguaje artificial en el derecho, significaría otorgar mucha más precisión al razonamiento jurídico, y cabría entonces la posibilidad de someterlo a verdaderos controles de racionalidad; principalmente se persigue la finalidad de permitir ahí la utilización de computadoras (informática jurídica). Es indudable que los lenguajes formalizados se benefician, si nos limitamos al empleo de *ellos mismos*, de un alto grado de intersubjetividad, muy por encima del que pueden alcanzar los lenguajes naturales. Pero nuestro problema es saber en qué medida son aplicables unos lenguajes de aquella índole para solucionar cuestiones jurídicas. Y desde este ángulo, todo parece indicar que ellos ofrecen importancia muy secundaria, cuando no son hasta inconvenientes.

La lingüística, y sobre todo la parte de ella que se ocupa de estructuras formales del lenguaje, no se halla, al menos por ahora, en condiciones de proporcionar más que una ayuda muy limitada para *resolver* los problemas jurídicos. “Esto resulta, por un lado, del carácter decididamente inacabado que aún tiene la lingüística, y por el otro, de la falta de precisión que todavía



presentan los planteamientos de la problemática jurídica” (Adalbert Podlech, “Rechtlinguistik” [Lingüística jurídica], en: Grimm, *Rechtswissenschaft...* [loc. cit. supra, VIII in fine], p. 105-116; la cita es de la p. 108). Conviene recordar que la precisión se mide en función de las finalidades perseguidas por la comunicación de que se trate. De ahí que, aunque suene a paradoja, la formalización del lenguaje jurídico constituya, en general, una manera de lo más IMPrecisa para expresarse sobre cuestiones jurídicas. Atento a las finalidades reales del discurso jurídico, no solo la formalización deóntica se ha revelado incapaz de aumentar en lo más mínimo la intersubjetividad del camino que lleva a las *soluciones* de derecho, sino que, además, contribuye antes bien a NO ocuparse de cuáles son o puedan ser las vías *efectivas* para alcanzarlas. Se trata, en el fondo, de algo similar a lo que, según más de una vez ha sido puesto en evidencia, sucede con los análisis meramente cuantitativos para las ciencias sociales en general. Como dice Mannheim: “Cada método de investigación tiene sus especiales criterios de exactitud y no hay nada tan falso como aplicar sin crítica a un círculo de tareas los criterios de exactitud de otro. (...) El forzar lo matemático y numerable ha conducido poco a poco a que ciertas ciencias no pregunten ya qué sea valor de conocimiento, sino que consideran como valor de conocimiento sólo aquello que pueda reducirse a números. Frente a esto, en las Ciencias sociales hay que partir indispensablemente de lo que se plantea como tarea inmediata de la conexión del acontecer colectivo: el análisis cualitativo” (*op. cit.* en la n. 1, *supra*, p. 146 y 147 –cursiva mía, E.P.H.–; cf. también *infra*, aquí, la cita de B. Russell).

La precisión no es una cualidad inherente a unos signos lingüísticos en sí mismos, de su dibujo o su sonido, sino que depende de cómo se refieren estos a cosas que no son ellos mismos. Por eso, para acreditar la precisión de un lenguaje jurídico de tipo lógico formal sería indispensable que él fuese de *interpretación* unívoca (intersubjetividad) en su aplicación a los problemas jurídicos concretos. Y para que su utilización resultara no solo posible sino también *conveniente*, sería necesario, además, que fuera *más* preciso (en el sentido indicado) que las respectivas formulaciones de un lenguaje corriente con ciertos tecnicismos; solo así se justificaría tomarse ese trabajo, cargar con las dificultades que implica construir y descifrar un lenguaje artificial. Pero ninguna de esas condiciones se ha dado hasta hoy, ni se ven perspectivas de llegar a ello, salvo para muy reducidos sectores del quehacer jurídico.

“La sustitución de palabras u otros elementos de la realidad por signos, es una abreviatura; o bien los signos no son representantes de otra cosa,

sino que llevan adelante una vida propia. De ahí que las formalizaciones no deben ser consideradas sino desde el punto de vista de su oportunidad” (Struck, *Zur Theorie...*, p. 87). Ahora que, si se enfocan desde tal punto de vista precisamente, resulta que suelen ser más bien engañosas. “Según una opinión muy difundida, la formalización es para conseguir, por la precisión, un más fácil acuerdo acerca de significados. Pero mucho más a menudo es de observar que, por el contrario, la formalización hace indiscernibles significados distintos, y es sólo así como ella logra promover el [aparente] acuerdo” (*ibid.*). Por lo demás, si hacemos un paralelo entre lógica formal y lenguaje común, la comparación no resulta por fuerza desfavorable para el segundo, “pues este dispone, justamente, de un número mucho mayor de signos y reglas. Cuando los elementos admitidos constituyen un repertorio pequeño, [¡solo entonces!] es fácil sujetarse a convenciones y, de esa manera, hablar en forma precisa. Pero este hecho se oculta a menudo, por la circunstancia de que extensos ámbitos de proposiciones son disimulados bajo unas fórmulas lógicas, pues ahí hay presupuestos que no se explicitan” (*ibid.*, p. 90).

Wagner/Haag resumen así (p. 18) las principales objeciones contra la aplicación del sofisticado juego de la lógica moderna al derecho: (a) Los cálculos lógicos construidos hasta el presente, no permiten una interpretación satisfactoria en el plano de lo normativo. (b) Para que el operar con un lenguaje formalizado tuviera sentido en el marco de una ciencia jurídica que esté orientada, como la actual, en función del lenguaje natural, sería indispensable disponer de una semántica jurídica que contuviese un juego completo de reglas para traducir enunciados del lenguaje natural –sea cotidiano o técnico– al formalizado; mas esto no existe ni siquiera en germen. (c) Los instrumentos de la lógica moderna, dada la compleja exactitud sintáctica que caracteriza a las operaciones de un cálculo, no tiene sentido aplicarlos sino con referencia a normas jurídicas conformadas de manera mucho menos vaga que la mayoría de las contenidas en nuestras leyes; la formalización se justifica solo en el caso que se dejen de lado los conceptos imprecisos, mas muchas normas se formulan de manera tan vaga [conceptos jurídicos indeterminados, etc.] que permiten inferencias contradictorias. (d) E incluso si los dos problemas anteriores (b y c) pudieran llegar a ser resueltos satisfactoriamente, subsistiría el de la subsunción jurídica, operación de la cual no es posible dar cuenta suficiente por unos análisis de índole lógico-formal; pues en esa subsunción entran a jugar los procedimientos interpretativos del derecho, los cuales no se agotan en inferencias formales, a partir de normas preestablecidas, sino que la utilización de dichos procedimientos depende en lo fundamental de otras razones, que son de tipo material (interpretaciones sub-



jetiva y objetiva, balanza de valores y de bienes, evolución del contenido de las normas, etc.).

“Desde luego que los conceptos no aumentan en nada su precisión por el hecho de que eventualmente sean reconocidos como variables de objetos y designados mediante unas minúsculas en latín. Un concepto ambiguo no se hace unívoco por esto, y mediante su simbolización se logra solo que sean fielmente incorporadas al cálculo las fuentes de error. Pero una vez que estas han penetrado en el cálculo, entonces ya no sirve más, tampoco, el operar formalmente” (*ibid.*, p. 21). Eso también lo puntualiza Dieter Horn (p. 105): en las disciplinas cuyo objeto es tratado en forma de cálculo, resulta que, aunque exista acuerdo acerca del empleo de ese cálculo en sí mismo, empero este se interpreta allí de distintas maneras. Y, como señala Struck (*loc. cit.*, p. 94), ni siquiera para el campo de la lógica tradicional se conocen criterios de carácter intersubjetivamente *controlable* en cuanto a sus conexiones con la esfera de la práctica, por lo menos si se trata de asuntos como los del derecho.

Horn llama la atención, entre otras cosas, sobre el hecho de que la presentación de las leyes en un lenguaje artificial supondría que el contenido de estas es sólo de tipo informativo. Eso es un error, porque ellas contienen también aspectos emotivos y de otras clases. Además, la aplicación de un cálculo al proceso judicial haría necesario conectar ese lenguaje artificial con el lenguaje común en que se comprueban los hechos dilucidados en el proceso; cosa que, por tratarse de dos esferas lingüísticas completamente distintas, no es posible. Por otra parte, una aplicación de la lógica formal como sintaxis no cabe más que cuando son pocas las reglas de tal tipo que entran en juego, mientras que en el caso de las leyes ocurre todo lo contrario, pues estas implican una muy amplia multiplicidad de conexiones sintácticas (D. Horn, p. 39 s. y 144) y, en general, contienen toda clase de relaciones –vale decir, no solo las sintácticas– propias de la comunicación lingüística *real*. En efecto, “la lógica formal opera (1) solamente con algunas y no con todas las expresiones tópico-neutrales<sup>(+)</sup>, y (2) solamente con extractos artificiales de las pocas expresiones tópico-neutrales seleccionadas en el discurso ordinario” (Gilbert Ryle, *Dilemas*, trad. de Hugo Margáin y Enrique Villanueva, Universidad Autónoma de México, 1979, p. 136). Eso hace que aquella sea de una pobreza extrema en comparación con este último, y que, por tanto, ella resulte completamente incapaz de sustituirlo o de dar cuenta adecuada del funcionamiento real de tal discurso. [ (+) “Términos como ‘todos’, ‘algunos’ y ‘no’, y quizá también ‘y’, ‘o’ y ‘si’, permiten inferencias; el resto, se supuso equivocadamente, no lo permite. Parte de lo que caracteriza a los tér-

minos que, según este punto de vista, permiten inferencias, es que tales términos o ‘constantes lógicas’ son indiferentes al contenido o son tópico-neutrales... Podríamos llamar ‘tópico-neutrales’ a las expresiones que, leídas por un extranjero en un párrafo del que sólo comprende esas expresiones, no le dan indicio alguno acerca de lo que el párrafo trata. Tales expresiones pueden o deben ocurrir en cualquier párrafo sobre cualquier tópico, abstracto o concreto, biográfico o legal, filosófico o científico. No están dedicadas a este tópico en cuanto distinto de aquel. Son como monedas que facilitan la compraventa de todo tipo de utensilios o servicios. Es imposible decir qué va a comprar el cliente, atendiendo a las monedas que hay en sus manos” (Ryle, *loc. cit.*, p. 133 y 134). Y con ello se relaciona, también, la cita del mismo autor (p. 131) puesta en el acápite de este Punto.]

De ahí que, como dice Schreckenberger, para “el uso de los enunciados jurídicos en la *praxis* jurídica”, o sea, para las *interpretaciones* mediante las cuales se conforma dicha *praxis*, “ofrecen menos puntos de apoyo [que la compleja comunicación lingüística real] las investigaciones jurídicas que se ocupan [solamente] de las *estructuras* lógicas y semánticas de los enunciados jurídicos. Ellas [dichas investigaciones] obedecen, en gran medida, a una tradición teórico-normativa que trata a los códigos jurídicos como formaciones *aisladas* de proposiciones y de sistemas de proposiciones, con respecto a los cuales deben formularse enunciados lo más universales posible. Las teorías normativas, especialmente debido a los importantes progresos en la lógica a través de la construcción de lenguajes formalizados o ideales, han recibido un nuevo impulso. El universalismo teórico-lingüístico que se expresa en tales construcciones no es, desde luego, adecuado para superar la estrategia tradicional de *ocultamiento* retórico” (trad., p. 15 –cursivas nuestras–).

En definitiva, para las posibilidades de formalización del lenguaje jurídico, al menos las actuales, es decisiva la siguiente comprobación: “Todas las propuestas que al autor le son conocidas, se limitan a ... una lengua teórica donde quedan fijadas *simplemente* las relaciones sintácticas y [en el mejor de los casos] semánticas entre nociones jurídicas; faltan, en cambio, las reglas para realizar la *atribución* de objetos *observables* a los [tales] signos lingüísticos” (Hans Brinckmann, “Juristische Sprache und Umgangssprache. Vorüberlegungen zu einer Formalisierung der Rechtssprache” [Lenguaje jurídico y lenguaje común. Reflexiones preliminares para una formalización del lenguaje jurídico], en *Oeffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung*, año 2-nº 2, p. 60-69, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1972; la cita está en la nota 31, p. 67, y las cursivas son nuestras). “El calculador no puede ha-



cer nada, no existe la computadora divina. Es una herramienta —como un cuchillo, por ejemplo— que, en consecuencia, solo puede funcionar bien cuando es servida adecuadamente” (Dieter Horn, “Computer-Einsatz im Rechtswesen” [Intervención de la computadora en el sistema jurídico], en DSWR, Cuaderno 2/74, p. 56-59, C.H. Beck, Munich, 1974; la cita está en la p. 57). Y lo que pasa es que, por las razones dadas, no se vé cómo la computadora pueda, en la *práctica* del derecho, ser en realidad “servida adecuadamente” y con ventaja sobre los (¡tan imperfectos!) procedimientos actuales. Por lo demás, tiene razón Gottlieb al llamar la atención sobre el hecho de que, por encima de toda otra cosa, “la decisión respecto al significado que tiene la palabra en el seno de la norma, no es una simple decisión sobre *usos lingüísticos*; es una *decisión* acerca de si la norma se *aplica* o no” (p. 48, cursivas nuestras).

\* \* \*

Teniendo en cuenta las observaciones recogidas, se llega a la conclusión de que, si alguna utilidad pueden ofrecer los análisis de tipo lógico-formal para entender realmente unas materias como el derecho, acaso sea el que, por contraposición, la inconmensurable insuficiencia de esos exámenes contribuye a poner de manifiesto —como señala Struck (*op. cit.*, p. 94)— la complejidad de argumentaciones reales, esto es, todo aquello que a la lógica deóntica *no* le interesa. En efecto, lo que dichos análisis permiten apreciar, precisamente, es que la lógica formal NO SIRVE para dar cuenta de las razones DECISIVAS que determinan las resoluciones jurídicas. Y de ahí que, en el mejor de los casos, “el intento de presentación por medio de un cálculo indica que, en la práctica, todo es más complicado” (Struck, *ibid.*).

Sin embargo, pareciera haber una contradicción en señalar, por un lado, que los cálculos constituyen un lenguaje demasiado complicado para las necesidades del jurista, y luego afirmar, por otro lado, que “en la práctica, todo es más complicado” que los juegos de la lógica deóntica. La contradicción solo existe a primera vista. En efecto, la realidad del derecho, tanto la de sus discursos como las de las conductas sociales inspiradas en estos, es muchísimo *más* complicada que cualquier cálculo. Por eso mismo, constituye una complicación vana, casi siempre, emplear como formulación adicional, a aquellos discursos, cualquier versión de la problemática jurídica en claves de lógica deóntica; versión que, precisamente por estar en dicha “clave”, está obligada a ser paupérrima en comparación con los contenidos del lenguaje jurídico corriente. Se trata, pues, de un radical *empobrecimiento* de

la conciencia sobre las cuestiones *mismas* que el derecho se ocupa de regular. Mediante la lógica deóntica no se consigue hacer más segura y sencilla, sino todo lo contrario, la solución de los problemas reales de que trata el discurso jurídico. Esta *nueva* complicación (lingüística) viene así a agregarse a las que ya de por sí presentan aquellos problemas, los hace (¡inútilmente!) más engorrosos de formular; o aun, lo que resulta todavía peor, también puede contribuir a disimularlos, al destacar ahí unas presentaciones —los jueguitos de esquemas— que justamente consisten en OMITIR todo lo que es el VERDADERO objeto de discusión en el discurso jurídico de la vida real.

Dicho de la manera más sintética, simplemente se trata “del hecho de que dos personas, aun cuando apliquen en idéntica forma las mismas leyes de lógica formal, es decir, el principio de contradicción o la fórmula del silogismo [o, en general, *cualquier* estructura de pensamiento que responda meramente a esquemas de tipo lógico-formal], pueden juzgar el mismo objeto de un modo enteramente distinto” (Mannheim, p. 238, *op. cit.* en la n. 38, *supra*). En cuanto al discurso jurídico, lo esencial al respecto había sido advertido ya, en las primeras décadas del siglo, por la escuela del derecho libre en Alemania y por los realistas usamericanos. Los autores de estas tendencias dirigieron su crítica sobre todo hacia la presunta mecanicidad lógica del *silogismo* judicial, pero esas observaciones son en sustancia aplicables asimismo al papel que a la *lógica formal* en general le pueda caber en cuanto al pensamiento jurídico real. Como señala Dewey (p. 22 —es la cita ubicada en el acápite del presente Punto—): “La dificultad reside en que, si bien el silogismo [y la *lógica formal* en general] expone los *resultados* [mejor dicho: cierto esqueleto de los resultados] del pensar, él nada tiene que ver con la *operación* de pensar”. Vale la pena recoger algunas de las razones que contiene el sintético artículo de Dewey sobre el punto, pues lo que (por ejemplo) dice él, podría haber bastado, desde ya, para que nadie se llamase a engaño acerca de lo secundario que es el papel de la *lógica formal* en el derecho:

“De acuerdo con este modelo (el silogístico), cada conclusión demostrativa o estrictamente lógica ‘subsume’ un particular bajo un universal apropiado. Ello implica la existencia previa y ya dada de particulares y universales. Eso implica, pues, que para cada caso posible que pueda presentarse hay a mano una regla fija antecedente; que el caso en cuestión es, ya sea uno simple y sin ambigüedad, o que él pueda ser resuelto mediante la inspección directa de una colección de hechos simples e indudables... De manera que esto tiende, cuando es aceptado, a producir y confirmar lo que el Profesor Pound ha llamado jurisprudencia mecánica; ello halaga ese afán de seguridad de que hablaba el Magistrado Holmes. (...) [Pero, como dice] Holmes,



'Las proposiciones generales no deciden casos concretos'. Ninguna proposición concreta, esto es, una cuyo material tenga fecha en el tiempo y esté ubicada en el espacio, se sigue de enunciados generales o de alguna conexión entre estos" (p. 22). "De hecho, los hombres no inician su pensamiento con premisas. Empiezan con algún caso [que se les presenta como] complicado y confuso, que aparentemente admite modos alternativos de ser tratado y solucionado. Las premisas emergen solo gradualmente del análisis de la situación total. (...) [El] pensar, parte realmente de una situación más o menos confusa, que es vaga y ambigua respecto a la conclusión que él indica[rá]; y [en él] la formación de ambas, la premisa mayor y la menor, se produce tentativa y correlativamente, en el proceso de analizar [en forma conjunta] esta situación y unas reglas previas" (p. 23). Ahora bien, "los tribunales no solo arriban a las decisiones; ellos las *exponen*, y la exposición debe presentarse como justificada mediante *razones*. Las operaciones mentales allí involucradas son algo distinto de las involucradas en arribar a una conclusión. La lógica de la exposición es diferente de la de la búsqueda y la investigación. En esta última, la situación, tal como existe, es más o menos dudosa, indeterminada y problemática, en cuanto a lo que significa... (y además, allí) el elemento personal [la personalidad individual propia de quien dicta la resolución] no puede ser excluido del todo" (p. 24 –cursivas nuestras–).

A raíz de ello, Dewey entiende que, en realidad, "las sistematizaciones lógicas del derecho, en cualquier campo, sea el penal, el de los contratos o el de los daños civiles, con su reducción de una multitud de decisiones a unos pocos principios generales que son lógicamente consistentes entre sí, y aunque eso pueda ser un fin en sí mismo para un estudiante en particular, en última instancia es algo que está [debería estar] sujeto a que económica y efectivamente se llegue a decisiones en casos particulares" (p. 19). De ahí que, en definitiva, corresponde llegar a esta conclusión: "o que la lógica debe ser abandonada; o que debe ser una lógica *relativa a las consecuencias antes bien que a los antecedentes*, una lógica [no formal] de predicción de probabilidades antes bien que una [formal] de deducción de certezas. (...) [Debiera] reconocerse que las reglas jurídicas generales y los principios son hipótesis de trabajo, que es necesario someter constantemente a contrastaciones (*be tested*) en función de la manera en que ellos [reglas y principios] logren acreditarse mediante su aplicación a situaciones concretas" (p. 26); vale decir, deben controlarlos unos "tests" que están más allá de toda posibilidad de ser realmente guiados o verdaderamente sacados a la luz por esquemas como el del silogismo judicial y en general los de la lógica formal. [Cf. también, en sentido similar, y con más detalle, las penetrantes observaciones de Frank sobre el carácter "no euclidiano" del pensamiento jurídico real: *Mr. Justice...*]

En fin, y con mayor razón aún que la matemática misma, la lógica formal bien puede ser definida como la ciencia en la cual nunca sabemos de qué estamos hablando ni si lo que estamos diciendo es verdad ("Mathematics may be defined as the science in which we never know what we are talking about nor whether what we are talking about is true", dice Bertrand Russell [transcrito por Frank, *loc cit.*, p. 275; y cf. también *supra*, la observación de Ryle sobre las expresiones tópico-neutrales]). Por eso, como señala Frank (*Law...*, p. 72), "la lógica formal es lo que su nombre indica; ella se ocupa de la forma, no de la sustancia. El silogismo no proporcionará ni la premisa mayor ni la premisa menor. El 'comodín' (*joker*) hay que hallarlo en la selección de estas premisas. Para la gran tendencia de los casos que se presentan ante los tribunales, la selección de los principios y la determinación de si los hechos se expondrán en términos de una u otra premisa menor, son la principal tarea a realizar. Estas son tareas difíciles, llenas de azares e incertidumbres, pero los azares y las incertidumbres son ordinariamente disimulados por el voluble uso de la lógica formal. La práctica [esta] de ocultar el real trabajo que se debe llevar a cabo al pensar –ocultárselo no sólo a los demás, sino ante el propio pensador–...". Tenía razón el juez alemán J.G. Gmelin al decir, ya en 1910, que "pareciera ser un secreto a voces, el [hecho] de que en la mayoría de los casos podemos apoyar a [cualquiera de] las dos partes de una controversia, mediante deducciones y construcciones extraídas de la regla jurídica con lógica impecable" (transcrito por Frank, *op. cit.*, p. 304; *vid.* también la cita de Mannheim, *supra*). Y Frank llega a esta conclusión: "Si no puede haber nada similar a una completa determinación (*definiteness*) en las ciencias naturales, seguramente es absurdo esperar la realización, aunque fuere aproximada, de certeza y predictibilidad en el derecho, siendo que él se ocupa de los caprichos (*vagaries*) de complicados ajustamientos humanos" (*op. cit.*, p. 7-8).

Esta congénita inhabilidad de la lógica formal para suministrar las pautas con que se contesta a las cuestiones de derecho, al fin de cuentas no es otra cosa que la consecuencia del hecho, tan obvio, de que generalmente esas son unas cuestiones de *grados*. Pero, desde luego, no hacía falta esperar a que ahora viniera a hacerlo patente también la superfluidad de la lógica deóntica. Hace más de dos siglos, para no remontarnos más atrás (cf. Aristóteles, Vico, etc.), el *quid* del asunto ya estaba a la vista: "Todos los hombres de sano juicio tienen aversión a las disputas verbales, que tanto abundan en las investigaciones filosóficas y teológicas [y también en las orden jurídico, político, etc.], y se ha observado que el único remedio contra este abuso sólo puede venir dado por definiciones claras, por la precisión de las ideas que intervienen en cualquier argumento y por el uso estricto y uniforme de los tér-



minos que se emplean. Pero hay una especie de controversia que, por la misma naturaleza del lenguaje y de las ideas humanas, está siempre envuelta en una perpetua ambigüedad y nunca puede lograr una certeza o una precisión razonable, por muchas precauciones y definiciones que se adopten. Se trata de las controversias sobre los grados de cualquier cualidad o circunstancia. Se puede argumentar durante toda una eternidad sobre si Aníbal fue un gran hombre o un muy gran hombre, o un superlativamente gran hombre, sobre qué grado de belleza poseía Cleopatra, sobre qué epíteto de alabanza le corresponde a Tito Livio o Tucídides, sin aportar ninguna solución a la controversia. Los que discuten pueden aquí ponerse de acuerdo en sus sentimientos pero diferir en los términos, o viceversa; sin embargo, nunca serán capaces de definir sus términos de manera que pueda cada uno penetrar en el pensamiento del otro; pues los grados de esas cualidades no son como la cantidad o el número, susceptibles de una medición exacta que pudiera servir de referencia en la controversia” (David Hume, *Diálogo sobre la religión natural*, trad. de Miguel A. Quintanilla, Parte XII, p. 185-186, Ediciones Sígueme-col. Agora, Salamanca, 1974). En efecto, las cuestiones de grados (vaguedad, textura abierta) y también las ambigüedades (polisemia) del lenguaje correspondiente a las relaciones sociales, así como los fines que persigan los intérpretes autorizados del discurso jurídico: ¿eso es lo realmente decisivo en la práctica del derecho por parte de los tribunales y en general para la de los operadores estatales de dicho discurso! Así es, sean cuales fueren las fórmulas deónticas que a este se le imputan, y tanto da (para esa práctica) que el intérprete en cuestión las conozca como que las ignore.

Todo ello concuerda, por lo demás, con la tesis general de Mannheim, en cuanto a que “el pensamiento no es un *factum* independiente, apoyado en sí mismo, aprensible en abstracto. Forma y contenido del pensamiento se transforman, por el contrario, según la situación y la función en qué y para qué se piensa. (...) No hay un ‘pensamiento en general’ [como, por ejemplo, el de las fórmulas deónticas], sino que un ser viviente, dispuesto de cierta manera, piensa en un mundo articulado de cierto modo, para cumplir una cierta función vital [p. ej., las que trata de encauzar el derecho]” (Mannheim, *op. cit.*, p. 105). [Cf. además en el libro de Frank, p. 72 ss., la crítica general de F.C.S. Schiller al “ideal de perfección de la lógica formal” —la cita de este autor ubicada en el acápite del presente Punto está en la p. 73—. Vid. también las observaciones de Vaz Ferreira sobre las “cuestiones de grado” (*supra*, IX *in fine*) y la “falsa precisión” (cf. esp. su capítulo titulado: “La falsa precisión”), y la cita de Leszek Kolakowski (*El hombre sin alternativa*, trad. de Andrés Pedro Sánchez Pascual, Alianza Editorial—El Libro de Bolsillo No. 151, Madrid, 1970, p. 181) recogida en el acápite; ya Hol-

mes, por su parte, había hablado de una “delusive exactness”, etc. (cf. Frank, p. 226).]

\* \* \*

Alguien podría replicar que, si bien es cierto que la lógica formal no puede (ni lo pretende) informar sobre *todos* los aspectos que se dan cita en el discurso jurídico, eso no quita que ella sirva para poner de relieve elementos —estructurales— de ese todo, que sin duda cuentan para él. Y hasta se podría recurrir, para apoyar esta argumentación, al propio texto de Ryle colocado en nuestro acápite, prolongando su metáfora así: aunque la “caja registradora” no decide, ciertamente, que las partes quieran efectuar una compraventa ni cuál será el precio de esta, empero nadie negará la utilidad de tal caja, precisamente porque facilita la *correcta* ejecución del pago de esa operación y, más aún, porque al dueño de la caja le permite *ordenar* mejor el estado de sus cuentas en general. Análogamente, la lógica deóntica puede ser —se dirá— un valioso instrumento para controlar la corrección de cada razonamiento jurídico y también la sistematicidad de un conjunto de ellos.

La posibilidad de extender así el texto mismo de la metáfora es una observación correcta, pero no lo es, en cambio, la analogía que entonces se extrae respecto al discurso jurídico. En cuanto a este discurso, a diferencia justamente de aquello que la caja hace para el que se ocupa de realizar compraventas, la lógica deóntica no presta, por lo general, ninguna utilidad práctica. Pues con o sin el conocimiento de dicha lógica, el jurista arriba, y puede justificar, las conclusiones prácticas que sea (¡interpretaciones!); esa lógica no le impone un verdadero control intersubjetivo de tales conclusiones, ni tampoco influye ella para nada al tratar de ponerlas en ejecución. A decir verdad, la lógica deóntica no ofrece ni siquiera esa utilidad relativa que tienen las “cajas registradoras”.

Por todo lo expuesto, no es de extrañar que ninguna de las modernas presentaciones lógico-formales —esas sutiles fórmulas sobre las que discuten los aficionados a la lógica deóntica— haya mostrado utilidad como guía para el pensamiento de los juristas y en general de quienes efectúan razonamientos morales o políticos. No se trata, en eso, de una insuficiencia que pudiera depender sencillamente de la voluntad de los operadores del derecho o de las presiones sociales a que estos se hallen sometidos. Con independencia de cualquier otro tipo de razones, es el simple hecho de que no se vé cómo,



aunque quisieran hacerlo, esos operadores pudieran encontrar en aquellas fórmulas alguna pista para resolver los problemas *prácticos*; de estos, ni quiere ni puede ocuparse la lógica deóntica.

Para que el empleo de computadoras, vía esquemas lógico-formales, pudiera ser un factor realmente determinante del contenido de las decisiones jurídicas, habría que empezar por efectuar una transformación total, o poco menos, del lenguaje que le conocemos a los juristas en su discurso profesional. Habría que lograr que el lenguaje jurídico, y el razonamiento que lo utiliza, lleguen a ser tan precisos, en sí mismos, como para autorizar una auténtica (unívoca y además aprovechable) formalización de ese discurso. ¡Pero tal precisión es justamente lo que nunca ha existido, ni tampoco se da hoy!: por la manera como suelen hallarse formuladas las normativas del derecho positivo y cómo las interpretan sus operadores.

No se ven perspectivas reales de que esa situación llegue a cambiar sustancialmente (cf. *supra*, el Epílogo, e *infra*, el Anexo). “En qué medida podrán en el futuro ser utilizadas instalaciones para el procesamiento de datos en procesos jurídicos de decisión, depende en primera línea de si se consigue organizar y reproducir con sentido decisiones jurídicas, o parte de estas, en función de los presupuestos tecnológicos del procesamiento de datos. El camino inverso, es decir, el de adaptar la tecnología [conocida] del procesamiento de datos a la práctica actual de las decisiones jurídicas, está llamado al fracaso, a lo menos por ahora, dadas las condiciones de realización de los EDV (*Elektronische Datenverarbeitung*: procesamiento electrónico de datos). Por ende, la única alternativa que existe es entre: orientar la praxis de la decisión jurídica en función de condiciones [propias] del procesamiento de datos o renunciar al procesamiento de datos en medida amplia” (Kilian, p. 15). Ahora bien, teniendo en cuenta las condiciones *reales* que determinan la dinámica del derecho, sólo el segundo de estos dos caminos es viable. Y el fracaso del primero no significa, al fin de cuentas, otra cosa que una prueba más del poco interés que la lógica deóntica ofrece para entender, y ni que hablar en cuanto a guiar, los discursos jurídicos vivientes.

Empero, más allá de su innegable superfluidad respecto a hacer más precisos y más controlables los discursos reales de dichos campos, no puede negarse que, desde el punto de vista *interno* de los intereses de la lógica formal para sí misma, la deóntica constituye una esfera de estudios legítima, como cualquier otra. Y, desde luego, no es indispensable medir el valor de una ciencia por su utilidad, ni siquiera por aquella de entender cómo se piensa realmente en tal o cual disciplina relativa a la conducta humana. Igual que

el ajedrez, por ejemplo, la lógica deóntica puede justificarse como un juego más del intelecto: ¡por qué no! Para los aficionados a los lenguajes artificiales, en especial, las sutilezas de los deonticistas pueden revestir, por su innegable escrupulosidad y detallismo, un interés muy propio. Claro que, hoy por hoy, nadie razonará mejor ni peor por la circunstancia de conocer o desconocer tales fórmulas; más tampoco es justo olvidar que la deóntica está apenas en sus comienzos, y... ¡nunca se sabe! (tal vez dentro de algunos siglos el asunto pueda tener otra trascendencia).

*En conclusión.*- Aunque superflua, no menos en la comprensión que en la resolución de las cuestiones jurídicas vivientes, la deóntica es un campo de investigaciones legítimo si a uno le preocupan ciertas cuestiones teóricas de la lógica normativa meramente formal, esto es, para quienes consideren interesante hacer abstracción de los problemas candentes que *hic et nunc* conlleva el razonamiento *práctico* de los juristas. Ella sirve, en cuanto al derecho, como paradigma de una *racionalidad* que, sin perjuicio de ser ciertamente tal (de acuerdo con la definición dada: *supra*, a la altura de la n. 13), empero poco o nada está en condiciones de aportar ni para la práctica ni para la comprensión del razonamiento jurídico de carne y hueso. Una prueba, pues, de que no *cualquier* racionalidad ha de servir para MEJORAR el discurso del derecho. La lógica deóntica es, si se quiere, una “ciencia” del derecho, pero ciencia vana.

*Referencias.*- Para críticas más detalladas, cf.: Ryle, cap. VIII (*op. cit. supra*); Frank (*Mr...*); E.P. Haba, “Apuntes sobre el lenguaje jurídico (II): El problema de la precisión”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 38 (mayo-agosto 1979), p. 225-317, Universidad de Costa Rica-Facultad de Derecho/Colegio de Abogados, San José, *vid. allí* los §§ 19-22; Horn, *Studien...*; Struck, *Zur Theorie...*, cap. 5.1; Wagner/Haag, esp. su No. 1.5. Lo vana que es la lógica deóntica queda bien ilustrado mediante los ejemplos que se examinan en: Haba, *loc. cit.*, p. 270; y Atienza (*Introducción...*), p. 334-337 (donde, después de parafrasear en esquemas de lógica formal dos argumentaciones para un caso presentado ante el Tribunal Constitucional español, el autor concluye que, al fin de cuentas, allí “la validez del razonamiento depende de que se acepten las premisas en que se basa, que son todas aquellas líneas *no justificadas* por una regla de transformación... pues siempre que se trate de casos jurídicos *difíciles* y no de cuestiones simplemente rutinarias, lo que *tiene importancia no es tanto el proceso deductivo en sí* como el proceso de elección de las premisas, es decir, de *interpretación* de las normas y de los hechos en un determinado sentido más bien que en el otro” -p. 337, las cursivas no son del original-). Pero cf. también Schreckenberger, esp. el punto 4.A (La función crítica y heurística de la semiótica lógica) de la Intr., quien se muestra menos escéptico acerca del interés que la lógica formal pueda tener para examinar el discurso jurídico, aunque este autor no la incorpora sino secundariamente -y superfluamente, diría yo- en el seno de los análisis que él mismo nos pre-



senta. Para el concepto de lógica deóntica, y particularmente sobre la diferencia entre esta tomada en sentido estricto y la lógica de las normas, *vid.*: Georges Kalinowski, *Lógica de las normas y lógica deóntica, Posibilidad y relaciones*, trad. de Roque Carrión Wam, Cuadernos de Metodología y Filosofía del Derecho No. 1, Universidad de Carabobo-Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Valencia (Venezuela), 1978; se puede cf. mi reseña sobre esta publicación, en *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 38, p. 384-386. Además: *vid.* también *infra*, el Punto 6.

## 2

En Europa se ha ido imponiendo cada vez más la convicción de que el pensamiento de los juristas no responde a una lógica de tipo deductivo, al ideal del silogismo judicial y de la *Begriffsjurisprudenz*, sino que aquel se maneja con líneas mucho más elásticas. Aunque tendencias semejantes aparecían ya en posiciones como la de la escuela del derecho libre y el realismo escandinavo o usuamericano, es sobre todo luego de la Segunda Guerra Mundial cuando pasan a ser dominantes en la Filosofía y la Teoría General del Derecho. Entre los portavoces más destacados de tal giro estuvieron desde el comienzo, junto al impacto causado por el clásico estudio de Viehweg sobre *Tópica y Jurisprudencia*, los escritos de Chaïm Perelman, fundador y principal figura de la llamada Escuela de Bruselas. Entre sus numerosas (y no poco reiterativas) publicaciones que se ocupan del razonamiento jurídico, escojo, por la amplitud con que allí expone sus puntos de vista sobre dicha temática, la obra titulada: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* [cf. también: *Le champ...*]. La tomo como base para efectuar algunos comentarios sobre la posición del autor (e, indirectamente, de otros que adoptan criterios parecidos: cf. *supra*, a la altura de las ns. 29, 30 y d).

Según Perelman, los métodos que se ponen en práctica en el derecho corresponden a las técnicas de pensamiento propias de lo que él llama la “nouvelle rhétorique”, inspirada en formas de pensamiento que Aristóteles estudió en los *Tópicos*, las *Refutaciones sofisticas* y la *Retórica*. Tal, y no el de carácter deductivo, es el tipo de razonamientos del jurista. Este maneja cotidianamente un repertorio de figuras argumentales.

La idea en que Perelman insiste sobre todo, es que corresponde aceptar y sacar todas las secuencias de la distinción, que considera fundamental, entre dos campos de razonamientos: el de lo lógico-formal y el de lo que Aristóteles llamó “silogismos dialécticos” (cf. *supra*, VIII *in limine*). Son es-

tos últimos los principales cuando se trata de razonamientos prácticos: moral, política, derecho, etc. Dichos razonamientos son “relativos, no a las demostraciones científicas, sino a las deliberaciones y controversias. Se refieren a los medios de persuadir y convencer mediante el discurso, de criticar las tesis del adversario, de defender y justificar las propias, con ayuda de argumentos más o menos fuertes” (No. 2 *in limine*, p. 2). En definitiva, la lógica judicial se presenta, pues, “no como una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que ellos se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad” (No. 98 *in fine*, p. 177).

El razonamiento jurídico, por pertenecer a dicha forma de pensamiento, “sólo muy raramente podrá ser considerado como *correcto* o *incorrecto* de una manera, por así decirlo, impersonal”. O sea, que el jurista, al decidir, deberá hacerse cargo de sus “responsabilidades”, efectuar una “apreciación del valor de esas razones —que solo muy raramente pueden ser reducidas a un cálculo, pesaje o medida—, las que pueden diferir de un individuo a otro, lo cual destaca el carácter personal de la decisión tomada” (No. 6 *in fine*, p. 6). Sin embargo, ello no significa que se trate de unos razonamientos arbitrarios, como lo pretenden filósofos positivistas, esclavos de una concepción científicista al respecto. El escepticismo de estos conduce, en definitiva, a “abandonar a los factores irracionales, y al fin de cuentas a la fuerza y la violencia, individual o colectiva, la solución de los conflictos que conciernen a la práctica” (No. 56, un poco después de la nota 8, p. 113). Empero, dice él, no es indispensable aceptar tales conclusiones. Por el contrario, hay que entender que también lo *razonable* (“elección razonable”, “decisión razonable”, “acción razonable”), lo que se refiere a juicios de valor, puede y debe ser objeto de una discusión y de fundamentación racional, aunque esta no ostente, por cierto, la rigidez del razonamiento deductivo.

Tal camino, “el recurso a los razonamientos *dialécticos*, *retóricos*, se impone en ausencia de técnicas unánimemente admitidas” para resolver los problemas prácticos. Lo peculiar de esos razonamientos es que “están dirigidos a establecer un *acuerdo* sobre valores y su aplicación, cuando estos son objeto de una controversia. (...) La noción de acuerdo resulta fundamental cuando los medios de prueba están ausentes o son insuficientes, y sobre todo cuando el objeto del debate no es la verdad de una proposición sino el valor de una decisión, de una elección, de una acción, consideradas como justas, equitativas, razonables, oportunas, honorables, o conformes al derecho” (No. 50 *in fine*, p. 102). La pregunta que se plantea, entonces, es cómo lograr ese acuerdo. La respuesta de la *nouvelle rhétorique* es que ello se alcanza a tra-



vés de la “argumentación”, esto es, mediante “técnicas discursivas tendentes a provocar o acrecentar la adhesión de los espíritus [auditorio] a las tesis que les son presentadas para su asentimiento” (No. 51 *in limine*, p. 105; cf. también *supra*, n. f).

Hasta aquí, algunas de las ideas centrales de Perelman (*vid.* también *supra*, VIII, hasta la n. 29). Nadie podrá negar que el examen que nos ofrece acerca del pensamiento de los juristas se halla respaldado por una rica cantidad de ejemplos tomados de la *praxis* misma de los tribunales, del razonamiento jurídico tal y como suelen llevarlo a cabo, o por lo menos presentarlo, los jueces. Pero tal vez las cosas sean, en realidad menos llanas de lo que este autor nos da a entender.

Por lo pronto, hay que llamar la atención sobre el hecho de que la descripción que Perelman nos presenta es *más* que simplemente eso: ella contiene cierta *apologética*, aunque casi siempre la expresa en forma más bien velada, del estado de cosas que nos señala (pero *vid. supra*, n. d). Así, da por sentado que el pensamiento jurídico es –y será!– siempre, *por esencia*, rebelde a la introducción de métodos propiamente científicos; y ahí echa en un mismo saco, sin más, los de la lógica formal con los de las ciencias empíricas en general. Sobre todo en cuanto a estas últimas, empero, de ninguna manera es indiscutible que no se pueda llegar a incorporarlas en el campo de las llamadas ciencias del espíritu; la sociología, por ejemplo, nos ofrece muestras patentes de lo contrario. Que métodos análogos puedan o no llegar a ocupar también un sitio de primordial importancia en la esfera del pensamiento jurídico, no es cosa que se siga de alguna “esencia” (*supra* o extracientífica) del derecho, sino que se trata de una pregunta abierta al futuro, tanto por lo que hace a la elaboración o adaptación de dichos métodos, como a la voluntad misma de los juristas para emplearlos llegado el caso [cf. el Excurso y el Epílogo, *supra*]. Puesto que Perelman ni siquiera plantea esta posibilidad, él no discute sus condiciones teoréticas ni tampoco sus obstáculos político-sociales, la descripción –decididamente acrítica– que nos presenta del quehacer jurídico funge, por tal unilateralidad, como una justificación (ideología) del tradicionalismo en la metodología de los juristas.

No es convincente su afirmación de que, salvo si se acepta un camino como el señalado por la *nouvelle rhétorique*, no quedaría otra salida, para los juicios prácticos, que dejarlos librados a la irracionalidad pura y simple. El problema no reside –pienso– en decidir si le hemos de *llamar*, o no, “razonables” a las fundamentaciones del tipo que señala Perelman, sino que lo interesante es averiguar qué *garantías* estarían ellas en condiciones de brindar-

nos para que, por dichas vías, se obtengan unas conclusiones *menos* azarosas que las calificadas de irracionales (*supra*, IX *in fine*). Sea como sea, lo cierto es que tales “garantías” estarán dadas en medida muchísimo mayor si conseguimos remitirnos a regularidades de orden científico-empírico, no a unos meros juicios de valor, para determinar las condiciones de validez de dichos razonamientos (cf. *supra*, a la altura de la n. h y el texto de esta). Las diferencias en cuanto al camino que se elija importan –y mucho!– en el plano *heurístico*. Porque el llamarse a conformidad con una “argumentación”, y cubrirla mediante el prestigio de la palabra “razonable”, no significa tanto un esfuerzo que apunte contra el irracionalismo, sino antes bien un arma dirigida contra la introducción de ciertos métodos (más rigurosos) de las ciencias sociales en el campo de los razonamientos prácticos. Se trata, en definitiva, de una “estrategia de inmunización” (Albert) para defender la permanencia de un pensamiento de carácter pre-científico, tradicional, en ese terreno.

Ello tiene que ver, por lo demás, con cierta indefinición en que nuestro autor deja lo que se refiere a las relaciones entre retórica y verdad. Por un lado, nos dice que “lo que distingue a la retórica de la lógica formal o incluso de las ciencias positivas, es que *aquella no concierne tanto a la verdad como a la adhesión*” (No. 51 *in fine*, p. 107); por el otro, señala que *sólo* “en ciertos casos, que por cierto son excepcionales, se dará preferencia (en la argumentación) a otros valores que la verdad” (No. 57 *in limine*, p. 116). Y de su exposición tampoco se sigue con nitidez si el único (y suficiente) o principal criterio de verdad respecto a un razonamiento práctico sería la adhesión que le preste un auditorio, o si, en cambio, la calificación del auditorio mismo haya de medirse en función de parámetros de la verdad que lo trascienden (¿sería tal cosa –algo una así como una idea en sentido kantiano– el “auditorio universal”?; cf. No. 52). Sea como fuere, lo cierto es que solo la primera de estas dos posibilidades resultará el criterio que se imponga en la práctica si se acepta el ideal pragmático de la *nouvelle rhétorique*. Basta con que el auditorio de juristas esté integrado –como es corriente– por personas poco versadas en métodos científicos propiamente dichos, para que así queden legitimados, sin posibilidades de apelación ante otras instancias del conocimiento, las formas tradicionales de pensar que dominan en el discurso jurídico. También por este lado, pues, la posición de Perelman se revela como una defensa del pensamiento poco (“débilmente”) científico para el derecho, una ideología de lo razonable contra lo racional.

*Referencias.*—En la lista de nuestra Literatura escogida se indica la traducción al castellano del libro de Perelman comentado, pero mis citas aquí las he tomado del



texto original y traducido por mi cuenta. Para una crítica que, aunque no se refiere especialmente a Perelman, va en el mismo sentido (y es más amplia) que la presente, vid. mi artículo *Rationalität der Autoritäten...*

### 3

El término *dialéctica* tiene, en la tradición del pensamiento filosófico, dos grandes vertientes: la más antigua es la que se remonta a Sócrates, Platón y sobre todo, si consideramos su recepción en el pensamiento actual, a Aristóteles: la otra, más moderna, tiene su eje principal en ideas de Hegel. Ambas se ven a sí mismas, cada una por su lado, como unos caminos “razonales” o “razonables” para guiar el conocimiento humano. En el Punto anterior y en el próximo se trata de posiciones que reconocen su afinidad con la dialéctica aristotélica. En el presente apartado, en cambio, se ofrecen algunas observaciones sobre la dialéctica de tipo hegeliano, para lo cual tomo como base la docta exposición de Wolfgang Röd: *La filosofía dialéctica moderna*, Eunsa, Pamplona, 1977, trad. de Juan Cruz Cruz.

“Los filósofos dialécticos de distintas direcciones pretenden haber construido o por lo menos poder construir una lógica, una metodología y una ontología dialécticas o una teoría dialéctica de la praxis, en competencia con los métodos tradicionales de la ciencia y con la ontología tradicional” (p. 43). Quiere decir que la dialéctica se manifiesta desde tres grandes caras: como ontología, como método y como lógica, como estructura de la experiencia (p. 44 ss.). Y estos ámbitos aparecen entrelazados, allí, por la idea central de que aquello que será calificado –en el plano que fuere– como “dialéctica”, siempre está constituido por “una relación existente entre dos [o más] momentos de una totalidad que se condicionan recíprocamente entre sí, donde la totalidad es determinada por la relación entre los momentos y a la vez los momentos están condicionados por la totalidad” (p. 47). Pensadores muy variados calzan dentro de esta tendencia general: Kant, Hegel y Marx son posiblemente los principales; también cuentan Fichte, Schelling, Schleiermacher, Engels, Lenin, Croce, Lukács, Sartre, Marcuse, Adorno, Markovic, etcétera.

En cuanto al *método* dialéctico, Röd llega a la conclusión de que, al fin y al cabo, se distingue poco o nada de los métodos científicos en general, por lo que hace a las explicaciones *mismas* de los hechos. Lo peculiar sería, simplemente, la manera en que estos son *interpretados* por parte de los dia-

lécticos, quienes los toman como manifestaciones de cierto “esencialismo dinámico”, como lo llama Röd (p. 431). “Siempre que los representantes del método dialéctico formulan determinadas explicaciones para los hechos, su procedimiento no se diferencia del de los demás científicos. Esto está claro tanto en Hegel como en Marx. Solo en la interpretación ontológica aparece la diferencia entre la concepción dialéctica y la no-dialéctica. Esta última puede ser, como la dialéctica, esencialista e incluir el supuesto de la constancia de las esencias; o puede no ser esencialista, como la concepción empirista del método analítico” (*ibid.*). En fin: sea o no que aceptemos enteramente dicha conclusión, creo que Röd ha dado en el centro del asunto cuando destaca que las tesis básicas de los dialécticos constituyen, en definitiva, “una suposición metafísica” (p. 430), una *manera* más de “interpretar” la realidad.

Hasta aquí, Röd. Agregaré unas acotaciones por mi cuenta.

Lo cierto es que *todas* las maneras de “interpretar” la realidad constituyen, de uno u otro modo, tesis que son de tipo “metafísico”, cuando se trata de las *bases* últimas para una forma de comprender el mundo. Por lo demás, estas no suelen alcanzar suficiente intersubjetividad –la “fuerte” (cf. *supra*, a la altura de las ns. 31 y 32)– como para integrar el cuerpo *mismo* de las ciencias, por lo menos en la ciencia “normal” (Kuhn), sino que este *corpus* puede ser entendido y puesto en práctica de un mismo modo, intersubjetivamente, por científicos de esa disciplina que entre sí discrepen en cuanto a tales interpretaciones. En ese plano, la dialéctica no es ni más ni menos “metafísica” o “filosófica” que cualquier otra *Weltanschauung*. Pero toda tesis científica, y máxime en las ciencias sociales, en última instancia se funda en *alguna* o algunas de esas visiones filosóficas sobre la naturaleza del mundo y de los hombres.

Hay dos cuestiones que convendría distinguir respecto al alcance de la dialéctica: por un lado, su o sus tesis metafísicas; por el otro, las consecuencias que de ello se sacan, o se podrían sacar, sobre la metodología y las conclusiones prácticas de las ciencias. Desde el segundo ángulo, que es el que acá nos interesa, la posición de los dialécticos no cobra concreción si ellos no están en condiciones de aclararnos tres cosas: qué conocimientos de la ciencia corriente son *falsos* (¡no más o menos limitados, simplemente!), cómo esa falsedad se conseguirá acreditarla por *vías intersubjetivas* (esto es, con independencia de la fe en unas controversiales tesis metafísicas), y cuáles son los conocimientos específicos (¡intersubjetivos!) llamados a *sustituir* a aquellos otros. Pero es muy difícil, si no imposible, hallar respuesta precisa a estas cuestiones en los estudios de dicha tendencia.



Lo que en tales estudios se encuentra son más bien, además de las tesis metafísicas mismas, algunas otras cosas. A veces, sugestivas hipótesis sobre aspectos importantes de la realidad: observaciones cuya verificación o falsación no está todavía al alcance, sea en todo o en parte, de una prueba por métodos intersubjetivos. Esa clase de “intuiciones” (o corazonadas) puede ofrecer, en su caso, un no desechable valor *heurístico*; con frecuencia brindan respuestas tentativas que tienen una plausibilidad y en cierta forma iluminan, mientras no lleguen a ser refutadas por las ciencias (cosa que también puede suceder), áreas de interés para las cuales las disciplinas científicas aún no proporcionan conocimientos suficientes. Mas también, por otro lado, la dialéctica ha servido y sirve, merced a las oscuridades y la vaguedad propias de su vocabulario básico, como “ideología” en la propaganda política; o sea, para disimular cosas incómodas, ya sea del *status quo* o de proyectos para cambiarlo, y en general para presentar visiones mitificadas de la dinámica social. Es el caso, sobre todo, del marxismo vulgar, que bajo el nombre de “marxismo-leninismo” funciona como ideología en favor o en contra del *status quo*, según cuáles sean las clases dominantes del país en que se la utiliza como escudo propagandístico. Esto es: en contra cuando los dirigentes leninistas-estalinistas luchan por llegar a ser tales clases, a favor cuando son ellos mismos quienes detentan los privilegios del poder.

Esa ambigüedad esencial de la dialéctica –ambigüedad como lenguaje (sugestivo pero impreciso), ambigüedad como trampolín heurístico (a medio camino entre la poesía y la ciencia), ambigüedad como ideología (de izquierda en los países capitalistas, de derecha allí donde detenta el poder la nomenclatura del Partido)– hace que todo juicio global acerca de ella resulte unilateral. Por lo demás, sobre quien no comulgue con sus presupuestos metafísicos y con su terminología, es inevitable que recaiga la acusación de no haber “comprendido”. Y, a decir verdad, esta sospecha puede tener su grano de acierto: por tratarse de un lenguaje que no tiene la intersubjetividad de las ciencias, y ni siquiera la del habla cotidiana, siempre es posible que, en efecto, el dialéctico nos esté diciendo algo que no hemos alcanzado a decidir, algo para lo cual carecemos del “sexto sentido” indispensable. Ese que sólo los dialécticos poseen.

La dialéctica viene a ser, para sus cultores y para quienes depositan su fe en estos, algo así como un *logos* universal y, a la vez, también el “Sésamo-ábrete” para aprehender las conformaciones en que ese *logos* se hace carne al moldear toda clase de realidades. Sea como sea, los conocimientos “dialécticos” constituyen –en la medida en que no coincidan simplemente con los de las ciencias estándar, ni sean susceptibles de presentación en len-

guaje laico– una forma de aprehender las cosas que, verdadera o no, escapa a la posibilidad de controles intersubjetivos. Está más allá, o más acá, de una discusión racional con no-dialécticos. Sobre todo, no hay manera de someterla a los rigores del método científico propiamente dicho. No obstante, es innegable que el mundo de la “dialéctica” regala, a quien consigue penetrar en él, toda la fascinación de un tejido lingüístico propio, un universo de sugerencias que se abre el conjuro de la familiaridad con ese lenguaje. ¡Y hasta puede ofrecerlas para algunos de los que, como el autor del presente comentario, no depositan mayor fe en tal lenguaje...! La dialéctica de inspiración hegeliana es, si hacemos abstracción de sus funciones “ideológicas”, una *façon de parler*, la que, como otras, es capaz de dar lugar a interesantes inquietudes en el campo de lo razonable, siempre y cuando no pretenda reivindicar para sí el lugar propio de la racionalidad científica o subordinarla a mitologías. Tomadas con tales precauciones, las observaciones “dialécticas” pueden servir, heurísticamente, como una antesala o un suplemento del discurso científico propiamente dicho, y acaso hasta para prevenir las unilateralidades o simplificaciones que caracterizan a las malcomprensiones “cientificistas” sobre los verdaderos alcances prácticos de dicho discurso.

*Referencias.*–La crítica metodológica con respecto a la dialéctica hegeliana, sobre su papel como “estrategia de inmunización” y como arma de ataque-defensa contra cualquier tesis contraria a las sostenidas por sus partidarios, ha sido llevada a cabo sobre todo por autores que responden a la orientación del *racionalismo crítico*: Popper, Albert, Topitsch, etc. Se puede cf. también Bunge, cap. 12.3.

## 4

Racionalidad y método, si bien son los medios más fiables de que disponemos para nuestro conocimiento del mundo, no están libres de limitaciones. Sin embargo, hoy lo más común es, tanto entre legos como también por parte de los propios científicos, pasar por alto esos límites, imaginarse que la ciencia ha de tener a mano alguna respuesta para *todo*. Se piensa que ella puede ofrecer *soluciones* para todo, ya sea ahora mismo o más adelante. De esa ingenua fe provienen las doctrinas “cientificistas” respecto a distintos sectores del actuar humano, incluso para el derecho (cf. *supra*, a la altura de la n. 1), las cuales consisten esencialmente en hipostasiar los alcances reales que tienen o pueden tener las conclusiones asentadas en los métodos de las ciencias naturales y de la lógica formal.



Contra esa básica ingenuidad de los científicistas, que no lo es menos por el hecho de que a menudo aparece escudada tras un sofisticado lenguaje técnico (p. ej., cf. *supra*: Punto 1), no han dejado de levantarse las voces de pensadores que responden a distintas orientaciones. Ahora bien: para unos, las limitaciones del conocimiento científico, inclusive el hecho de que la ciencia tenga como presupuesto ciertas primeras bases que inevitablemente son metafísicas”, empero no significa que exista alguna especie de saberes superiores a los de ella; simplemente quiere decir que siempre aquel saber es más o menos incompleto y perfectible, y también que su aplicación práctica depende de condiciones sociales frente a las cuales la ciencia no tiene más que un poder relativo –tal la posición del racionalismo crítico (cf. la cita de Albert: *supra*, poco después de la n. 1)–. Para otros, en cambio, habría unas instancias del espíritu –sean las que fueren: fe religiosa, budismo zen, intuición, dialéctica, etc.– capaces de llegar más a fondo que la racionalidad metódica, y las cuales, por tanto, estarían en condiciones de acercarnos a conocimientos que sobrepasan a los de las ciencias corrientes.

Quienes piensan de esta última manera, es cierto que han logrado advertir, a diferencia de los científicistas, que la ciencia no contesta a muchas cosas que son fundamentales para nuestra vida; pero aquellos, ubicándose propiamente en el extremo opuesto a la posición de estos (lo que no llega a hacer, por ejemplo, el racionalismo crítico), en cambio postulan que hay otros recursos del espíritu humano, extra-científicos o hasta supra-científicos, por medio de los cuales sí pueden saberse esas cosas. Según tal posición, a la que muchos acusan de irracionalista y anticientífica, la ciencia y sus métodos no son sino una forma *secundaria* de saber, la cual no tiene más que cierto valor práctico-instrumental. Consideran que ella es simplemente útil, o más bien utilitaria. Piensan que la ciencia no alcanza a aprehender la *verdad* propiamente dicha, se queda siempre más acá del conocimiento en profundidad de las cosas, se contenta simplemente con *manejarlas*. En años cercanos, la versión que más éxito filosófico logró cosechar, de este viejo, siempre renaciente punto de vista, es la llamada *hermenéutica filosófica*; así la denominó Hans-Georg Gadamer en su obra principal, *Wahrheit und Methode* (vid. además: Apel, Habermas *et al.*, *Hermeneutik und Ideologiekritik*).

La versión original de dicha obra data de 1960. Pero fue sobre todo a partir de su segunda edición (1965) que la discusión en torno a los alcances de la “hermenéutica” como dimensión básica, “universal”, del entendimiento humano –idea central del libro– alcanzó su mayor énfasis en Alemania. Ese impacto se explica, porque las tesis del autor, aunque no demasiado novedo-

sas en cuanto a lo esencial (principales antecedentes de Gadamer y Hans Lipps, mas sobre todo Heidegger y Bultmann), llegan para prolongar y reafirmar el anticientifismo heideggeriano cuando este había ido perdiendo impacto. Gadamer renueva y desarrolla tales tesis en un lenguaje de poderosa riqueza sugestiva, que además es bastante menos hermético que el de Heidegger. La elegante prosa en que así lo hace vuelve una y otra vez, tanto en la exposición (y discusión) de antecedentes de ese pensamiento en la historia de la filosofía, como también desde ángulos generales (la “verdad” estética, la “verdad” del comprender –*Verstehen*– como posición básica universal del espíritu humano, la “verdad” del lenguaje), sobre algunas nociones claves. Las va retomando en paráfrasis y desenvolvimientos sucesivos, que enhebra en una terminología cuyo colorida plasticidad toma el lugar que para otros pensadores ocupa el afán por alcanzar rigor en los delineamientos lógico-conceptuales.

Ahora bien, que el impacto de dicha obra dependa tanto de la forma lingüística en que el autor nos presenta sus ideas –tal vez cabría mejor decir: sus imágenes– lleva a que sea muy difícil alcanzar efecto similar al pasarla a otro idioma. La versión castellana topa con esa dificultad precisamente. Allí, si bien los traductores vierten con honestidad el contenido *conceptual* del libro, pues han traducido con esmero (erratas aparte) las *ideas* de Gadamer –aunque pueda resultar dudoso el acierto del equivalente utilizado en castellano para ciertos giros o metáforas–, el “élan” del original no alcanza a percibirse. Pero, si se quiere, tal vez eso pueda representar hasta una ventaja para el lector de la traducción, ya que este, al estar menos sometido a la seducción que emana de la prosa del propio Gadamer, acaso logre percibir más directamente de qué se trata *en el fondo*, si así puede decirse. Sea como sea, lo cierto es que la falta de vuelo del texto español, su frialdad, hace que ahí la obra no consiga “llegarle” al lector en condiciones similares a lo que ella puede significar para el de habla alemana. Quedó por el camino el poder de *sugestión*. Y como quiera que, según creo, buena parte del interés de la obra se ubica justamente en este último plano, entonces tenemos algo así como el argumento de la novela pero no la novela misma.

Hecha esa advertencia, voy a referirme, de todos modos, a dos conclusiones esenciales del “argumento”: (a) que nuestro conocimiento es siempre tributario de “pre-juicios” (*Vorurteile*), aquellos que a nuestro pensamiento incorpora la tradición mediante el lenguaje que utilizamos, y de los cuales en gran medida no alcanzamos a ser conscientes; (b) que sólo el *Verstehen* (comprender) –que es “hermenéutico”– brinda el conocimiento de unas auténticas “verdades”, y no así el método científico, pues únicamente el



primero, no el segundo, es la condición “universal” de nuestras maneras de aprehender cualesquiera tipos de cosas, ya que hasta las ciencias dependen, en su base, de tal condición. Dicho de otra manera, en nuestra terminología, eso significa que lo racional (método, ciencia) no solo dependería de lo no-racional (precomprensiones, *Verstehen*), sino que esto último sería inclusive un medio *superior* a aquel para tomar contacto con la “verdad”. De acuerdo con esta tesis, método (científico) y verdad son, en definitiva, dos extremos que se excluyen, vale decir, que el nivel más alto a que puede aspirar el conocimiento humano se lograría precisamente por unas vías que NO son las utilizadas por las ciencias. Por eso, Gadamer llega a ver el discurso jurídico tradicional como todo un “ejemplo” a seguir (*supra*, n. d), contrariamente a lo que surge del estudio presentado aquí. Puede decirse que, al fin de cuentas, las soluciones de Gadamer respecto al quehacer jurídico no difieren mayormente, por lo menos desde el punto de vista práctico, de lo que sostiene Perelman [*supra*, Punto 2]. Solo que Gadamer las presenta en una forma propia, “hermenéutica”, de modo tal que su trasfondo romántico resulta mucho más visible.

Vale la pena examinar un poco más de cerca las dos conclusiones señaladas. Un análisis elemental basta para advertir, por lo pronto, que ambas no están ubicadas en el mismo plano. La primera (a) es, si lo expreso de manera laica, una afirmación de orden psicológico y sociológico, una tesis avalorativa con alcance epistemológico general. La segunda (b), en cambio, constituye sobre todo una afirmación de carácter valorativo; ella se sirve del efecto emocionalizante del término “verdad”, recurriendo a una definición persuasiva (Stevenson) del sentido de esta palabra, para promover un punto de vista apologético respecto a algunas clases entre los fenómenos de conciencia (arte, filosofía, “ciencias del espíritu” tradicionales, etc.) y así prevenir la posibilidad de someterlas a, o de criticarlas en nombre de, métodos científicos en sentido estricto —es una “estrategia de inmunización” (Albert) ante tales críticas—.

En cuanto a (a), Gadamer subraya que, a diferencia de lo que pensó la Ilustración, no todo pre-juicio (*Vorurteil*) es condenable, en cuanto opinión anticipada y tradicionalmente recibida sin cuestionamiento. Tradición y autoridad no son de por sí cosa desechable, tienen una valiosa función productiva como elementos activos del conocer. Y además, aquellos son también corregibles hasta cierto punto, pues aunque es imposible dejarlos de lado globalmente, sí existe la posibilidad de ir llegando a “distinguir los prejuicios *verdaderos* bajo los cuales comprendemos, de los prejuicios *falsos* que producen los malentendidos” (p. 369 de la trad.).

Lo que Gadamer no nos aclara, es *cómo* se logra ese *progreso* y por qué medios específicos podría ser comprobado inequívocamente. La tesis (a), formulada de una manera tan general, vale decir, el hecho de que nuestro conocimiento dependa de una *pre-comprensiones* (*Vorverständnis*: comprensión previa, presuposiciones) que nos son infiltradas por las tradiciones culturales dominantes, me parece difícil que encuentre objeciones fundamentales por parte de pensadores actuales, sean de la dirección filosófica que fuere. El verdadero problema, empero, es el siguiente: ¿cómo hacer para tomar conciencia de nuestros prejuicios, aunque sea en cierta medida?; y sobre todo, ¿mediante qué *criterios* distinguiremos los prejuicios “buenos” de los “malos”, supuesto que todo esto no sea una cuestión que dependa simplemente del gusto de cada sujeto?.

Lo que los métodos científicos tratan de proporcionar son determinadas pautas *intersubjetivas* para proceder a tal deslinde, esto es, para fundamentar y *controlar* lo que sea afirmado con base en ellos. Gadamer, por su lado, en vez de este tipo de controles, nos propone como principio el buscar unas experiencias “auténticas” para zanjar dicha cuestión. Lo menos que puede decirse, es que este es un “criterio” —para llamarlo de algún modo— bastante vago. No veo cómo pueda servir para dilucidar controversias entre ideologías que proclaman, *todas* ellas, ser quienes detentan la “verdad” (y esto en función, justamente, de *no* admitir que sus “verdades” sean controladas por métodos científicos).

En cuanto a (b), se trata de una tesis que no es susceptible de ser sometida realmente a discusión. Es más bien una cuestión de fe, por no decir de gustos. Significa una especie de hipótesis metafísica omnicompreensiva, que por su alcance ilimitado y su carácter de (supuesta) evidencia última escapa a toda posibilidad de prueba o contrapruebas; se supone que es ella misma quien suministra la base de cualesquiera comprobaciones posibles. Esa definición (persuasiva) del término *verdad*, no es ni más ni menos correcta —precisamente por tratarse de una *definición* (estipulativa)— que cualquier otra de las definiciones más o menos usuales de dicha palabra, inclusive las implícitas en el vocabulario corriente de las ciencias (cf. *supra*, a la altura de la n. 6 y también esta). Si prescindimos del aspecto emotivo-valorativo de las disputas acerca de la “verdadera” definición de tal término (cf. el Excurso, *supra*), es un mero asunto de convencionalismos lingüísticos.

Tomando el vocablo “verdad” en esa su acepción predominantemente axiológica, nada queda para discutir en torno a si la ciencia proporciona conocimientos que sean más o sean menos “verdaderos” que los de ciertas ex-



perencias a las que se puede llamar *Verstehen*. Si bien se mira, lo cierto es que estas son unos “conocimientos” de otro tipo; y cada quien puede, por supuesto, depositar más confianza o hallar más satisfacción subjetiva en este o en aquel tipo, sea de manera general o según los casos. Es imposible probarle a unos que tienen razón otros, porque la fundamentación o la directa evidencia que aduce cada parte responde a presupuestos últimos que son incommensurables: ciencia *versus* hermenéutica.

Si dejamos de lado la impostación valorativa de llamarle Verdad a aquello que pueda alcanzarse por uno de esos caminos solamente, acaso lo más atinado sería no embarcarse en ninguna afirmación de índole completamente general (“universal”) al respecto. ¿Por qué no reservarse, frente a cada clase de objetos o situaciones, la libertad de decidir, con los resultados a la vista, si en ese caso (y hasta más ver) nos bastan, o no, los conocimientos que los métodos científicos están en condiciones de proporcionar sobre el punto? Es indudable que las ciencias no han resuelto, ni se vé perspectiva cercana de que logren hacerlo, muchos de los interrogantes fundamentales relativos a las experiencias de los hombres. Una “hermenéutica” tal vez sea, para siempre o por ahora, la vía que nos resta para acercarnos, mal que bien, a algún modo de tratar de entender ese tipo de cuestiones (por ejemplo, lo del gusto artístico). Pero hipostasiar al infinito el papel de esa vía, y hasta vistiéndola con el manto sagrado de un lenguaje ontologizante que la imunique *a priori* frente a toda posible crítica de índole científica, no ha de conducir a resultados menos “unidimensionales” que los cosechados, en la vereda de enfrente, por el más estrecho de los positivismos científicistas.

En definitiva, mis conclusiones sobre el papel de la “hermenéutica” no difieren mayormente, *mutatis mutandis*, de lo antes señalado respecto a la dialéctica (*supra*, Punto 3 *in fine*). Los hermeneutas, también ellos, consiguen —cuando son talentosos, como Gadamer o Lipps— llamarnos la atención acerca de caminos que pueden ser ricos en ideas. Sí, nos ponen en contacto con sugerencias que resultan ciertamente valiosas... ¡siempre que no las tomemos demasiado al pie de la letra! La dimensión hermenéutica puede ser aprovechable, incluso para quienes prefieren apostar a la racionalidad científica, si esa dimensión no dejamos de tenerla presente como una posibilidad *heurística* más, frente a posibles insuficiencias de los métodos científicos; pero eso, *solo* en la medida en que estas existan realmente y mientras no consigan ser superadas por la ciencia misma. Como lo razonable, como el “buen sentido” (Vaz Ferreira), como la dialéctica, etc., las elucidaciones hermenéuticas pueden servir como fuente de inspiración o como un *pis-aller* respecto al discurso científico propiamente dicho.

*Referencias.*—Para un resumen de las principales ideas que Gadamer sostiene en la obra comentada, cf. mi reseña de la traducción española, en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, No. 51 (junio 1982), p. 96-99. Una crítica mucho más amplia que la presentada aquí, se puede ver en mi artículo “Hermeneutik contra Rechtswissenschaft” (cit. *supra*, n. 6); cf. también lo que dice Rottleuthner (*loc. cit. ibid.*) y, para un concluyente análisis general de las insuficiencias teoréticas de la “hermenéutica filosófica”, el Apéndice II de Hirsch (*op. cit. supra*, en la n. 1). Sobre la cuestión general del papel que las precomprensiones juegan en el pensamiento, cf. Friedrich Kümmerle, *Verständnis und Vorverständnis* (Comprensión y precomprensión), Neue Deutsche Verlagsgesellschaft (serie Neue Pädagogische Bemühungen No. 22), Essen, 1965; vid. también Otto Bollnow, *Introducción a la filosofía del conocimiento*, trad. de Willy Kemp, Amorrortu, Buenos Aires, 1976, cap. 7. Para la crítica del *Verstehen* como metodología, cf. el conocido estudio de Theodore Abel: “La operación llamada ‘Verstehen’”, trad. de Nelly Bugallo, en Irving Horowitz (ed.), *Historia y elementos de la sociología del conocimiento*, t. 1, p. 185-196, Eudeba, Buenos Aires, 1964.

## 5

Según André-Jean Arnaud (*Critique de la raison juridique* I), no es sino la introducción del concepto de *raison juridique* lo que permite constituir la sociología jurídica en una disciplina independiente. Por no recurrir a dicho concepto precisamente, es que la sociología jurídica no ha sabido encontrar todavía una unidad real; permanece prisionera del dilema establecido entre el orden del ser —plano del que participa la sociología— y el del deber ser —que caracteriza a la ciencia jurídica—. Aunque el estudio sociológico no consiga definir tal concepto, operación que ha de corresponder más bien a análisis que efectúen la antropología y la epistemología, empero la sociología jurídica está en condiciones de permitir un primer acercamiento a esa cuestión, por cuanto nos muestra el funcionamiento de la razón jurídica en varios planos: ya sea el de la interacción jurídica, la cual se relaciona siempre con una razón; ya sea la creación o el cambio de normas, fruto de luchas entre razones jurídicas divergentes; ya sea su expresión en los discursos jurídicos, donde la razón jurídica se descubre justamente a través de la ideología que les sirve de cimiento. Así, al aceptar a dicha sociología como la forma de estudiar el papel que la razón jurídica desempeña en la vida de las normas jurídicas y en la materialización que estas tienen en la vida cotidiana de los sujetos de un sistema de derecho, estudios que han de llevarse a cabo especialmente por medio del análisis de los discursos jurídicos, eso permite que aquella sea instaurada como una disciplina de carácter científico. De tal ma-



nera, deja de tropezar con el inevitable escollo que hasta ahora le representaba la oposición entre los hechos y el derecho (oposición que una sociología así concebida, lejos de rechazar, reconoce y ratifica). Y entonces logra integrar en forma natural, a su modo, cuestiones que corrían el riesgo de serle ajenas: cultura jurídica, control social, cambio social, y en general todo aquello que por corresponder a las ciencias sociales no podía dejar de concernir a los juristas, mas no participaba del propio lenguaje de estos; cosas todas que, de una u otra manera, son producto de la razón jurídica. Hasta aquí, Arnaud.

Ahora bien: la forma como él utiliza la palabra *razón* brinda una ilustración particularmente interesante sobre la elasticidad poco menos que infinita de los usos que recibe dicho término, lo cual nos permite distinguirlo del concepto de *racionalidad* (en sentido estricto) de que se ocupa el presente trabajo. La categoría conceptual básica manejada por Arnaud, esta "razón jurídica" que él ve como omnipresente en los proteicos fenómenos que caben dentro de *todo* aquello con que tiene que ver palabra "derecho", resulta ser un algo que, al fin de cuentas, no es menos total y multiforme que la Idea en la filosofía hegeliana. Como esa Idea, tan apriorístico y tan irrefutable. Montado sobre la polisemia y la vaguedad de aquella palabra, y tal vez incrementándolas aún, el rótulo "razón jurídica" ostenta una intensión semántica de tanta amplitud que, simplemente *per definitionem*, se ofrece como imputable a *cualquier* clase de hechos (sean reales o hipotéticos) o ideas susceptibles de incardinación—directa o indirecta—bajo alguno de los numerosos usos del vocablo "derecho". Todo lo que sea derecho *tiene* que corresponder entonces a esta Razón, ya que uno y otra son presentados de modo tal que sus conceptos se implican *analíticamente*.

Por ser la "razón jurídica"—aunque admite formas distintas, y hasta opuestas entre sí—conciliable con los datos de cualquier ordenamiento jurídico, tanto de los que existen ya como de los que lleguen a existir o se puedan proyectar, nuestra seguridad de que ella "está ahí" no depende de ningún *test*. En todo caso, podría haber duda sobre las "formas" que adopte en variadas situaciones, pero no acerca de si la *hay*. No se concibe, pues, posibilidad alguna de falsar una afirmación como la siguiente: "*todo* fenómeno jurídico responde a *una* razón" (ergo: "el fenómeno jurídico 'x' *tiene* que responder a alguna 'razón' jurídica"). Quiere decir que esta aparece postulada en calidad de ente apriorístico, o tal vez como una condición trascendental del conocimiento jurídico, no como una *hipótesis* de trabajo. Pues si fuera esto último, en cambio, habría que señalar—cosa omitida—qué hechos (intersubjetivamente controlables) representarían posibilidades de *falsación* respecto a la existencia de dicha razón.

Al no quedar sujeta a criterios intersubjetivos de contrastación, la idea de "razón jurídica" se hace inmune a refutaciones, no hay experiencia con la que no pueda concordar. El ámbito lógico que dicha expresión consiente a las proposiciones que la contienen es tan vasto que, tomada como sujeto de un enunciado, resulta armonizable con las realidades más variadas. Por caracterizar a todas, no caracteriza *diferencialmente* a ninguna. En resumen: sostener que unos fenómenos jurídicos—y supongamos que estén descritos de alguna manera bastante intersubjetiva—responden a tal "razón", no es un enunciado de tipo *sintético*, sino otra manera de denominar los mismos fenómenos o a ciertos aspectos de ellos; el predicado ya está contenido en el concepto (¡amplísimo!) del sujeto, y viceversa. Así concebida, decir que hay o no hay "razón jurídica" es un mero asunto de denominaciones o definiciones, o de paráfrasis. Tanto el afirmarla como el negarla carecen de contenido *informativo*.

Claro que, como todas las definiciones son convencionales, ni desde el punto de vista lógico ni desde el punto de vista empírico podría decirse que Arnaud "falta a la verdad" cuando establece una definición estipulativa tan ilimitada para la fórmula "razón jurídica". Lo que estoy objetándole, no es que los *hechos* o las relaciones empíricas generales que él imputa a "razones jurídicas" sean falsos, sino que no son menos verdaderos (cuando lo son) si renunciamos a reificarlos en esa categoría. Como ante el animismo, por ejemplo, no se trata de negar el árbol, en mi crítica, sino que simplemente no creo en el "alma"—llámesele "razón jurídica"—que le imputan a este. Por la consabida amplitud semántica del término Razón, muy ligado a la tradición especulativa del pensamiento metafísico, ese término es de los más aptos para sugerir ontologizaciones (hipóstasis) y se presta a usos emocionalizantes (persuasividad); unas y otros son poco favorables al desarrollo de la precisión del discurso y en general al empleo de categorías empírico-contratables en la teoría científica.

Todo ello tiene que ver, más que nada, con la añeja impronta del *esencialismo* sobre nuestra "construcción social de la realidad" (Berger/Luckmann), tanto en el plano del pensamiento cotidiano como hasta en buena parte de las teorías político-sociales contemporáneas: marxismo, neohegelianismo, ciertas variantes del estructuralismo o de la teoría sistémica, etcétera. La transformación del pensamiento social en *ciencia* (propriadamente dicha), también como metateoría de teorías cotidiano-vulgares (*Alltagstheorien*) sobre lo social y de las ideologías político-sociales en que estas reposan, pasa por la exigencia de saber emanciparse de todo esencialismo (cf. Popper). Pero el pensamiento jurídico tradicional, todavía sano y salvo, se



caracteriza justamente por su abundante tónica esencialista. La sociología del derecho no debería caer, también ella, en una tentación análoga: la de postular “razones jurídicas” (Arnaud) o una esencia-“derecho” (Carbonnier), al modo como tal pensamiento postula, por ejemplo, la existencia de las “naturalezas jurídicas”. Y el estupendo material de información que Arnaud presenta en su libro, desde ya suministra pruebas de que eso se va haciendo posible, o al menos acercándose a ser posible... ¡justamente porque el valor de ese material *no* depende de que sus contenidos sean imputados a ninguna clase de esencias, ni siquiera cuando son conjuradas bajo el nombre de “razón jurídica”!

Por otra parte, pienso que esa manera cibernética de concebir lo que es derecho: “orden”, “sistema”, “conjunto racional”, “razón jurídica”, etc. (cf. esp., en *Critique...*, los Nos. 0-1-1-2 y 0-1-1-3), supone un error categorial básico. En efecto, tal vez por mor a un espíritu de simetría como el que Bacon mencionaba entre los *idola tribus*, se pasa por alto que las realidades sociales no responden sino muy parcial o secundariamente a modelos de conducta racionales (Arnaud lo reconoce, pero sólo hasta cierto punto, al señalar también que existe “pluralidad de los sistemas y conflictos de la razón jurídica”: No. 0-1-2). Por eso, mucho más realistas que cualquier visión sistémica del derecho son unas caracterizaciones como, por ejemplo, aquellas de Radbruch y de Cowan transcritas al comienzo de nuestro estudio (*supra*, a la altura de la n. 3). Dicho error básico lleva a no distinguir entre dos planos: por una parte, el derecho *mismo* (lo señalado por Radbruch y Cowan), como lenguaje-*objeto*; por la otra, unos discursos (sistémicos) *acerca* de él, que son *metalenguajes*. El primero de estos dos planos está conformado por el propio discurso de los textos jurídicos oficiales y el discurso donde los juristas manejan esos textos + las conductas reales a que ambos discursos dan lugar como pragmática de ese lenguaje. El segundo plano, en cambio, no es más que una versión sobre determinados aspectos del primero, versión donde estos son “filtrados” a través del lenguaje de ciertos estudios (ciencia jurídica de 2do. nivel). Sólo el segundo plano está en condiciones de ser propiamente riguroso y racional, utilizar categorías de verdadera precisión analítica, organizar su material en forma sistemática exigente, etc.; virtudes, todas estas, que pueden serlo, sí, de una técnica de exposición en lenguaje científico, pero respecto a las cuales no habría que perder de vista que sirven escasamente de guía a la propia práctica del derecho (cf. *supra*, n. *n*, e *infra*, el Punto 6). Sin embargo, las teorías sociológicas de orientación sistémica tienden a confundir una cosa con la otra. Entonces terminan por presentar una imagen de la realidad donde la sistematicidad del modelo, para poder imputársela a esa realidad, es rescatada al precio de un buen grado de vague-

dad en las nociones fundamentales utilizadas: por ejemplo, en la definición del concepto mismo de “sistema” o aquí el de “razón”. Y tales nociones dan lugar, así, a un edificio teórico de formulaciones que conforman un universo del discurso (sistema) tal que, por no ser falsables, inmunizan a esa teoría respecto a todo posible riesgo de refutación empírica. Con cierta exageración, de signo contrario a la de los sociólogos sistémicos o estructuralistas, tal vez sería mejor tener siempre en cuenta, cuando se estudian fenómenos sociales, un principio heurístico muy distinto, a saber: que lo que es real, es (más bien) irracional – y lo que es racional, es (más bien) irreal.

Me aventuro, pues, a sugerir también otra interpretación respecto al papel que el rubro “razón jurídica” desempeña en la economía del libro comentado. A decir verdad, pienso que ella cumple ahí, en definitiva, una función que no va mucho más allá de significar la adopción de cierta técnica de presentación; permite proporcionar una sensación de simetría mientras el autor vierte el rico acervo de enfoques que integran la obra. Si bien, técnicamente hablando, habría que decir que esa etiqueta es algo así como una “fórmula vacía” (*Leerformel*), tal vez su uso pueda justificarse por motivos de ordenamiento estético-expositivo. Por eso, soy el primero en reconocer que, después de todo, las críticas que he apuntado no tocan sino aspectos bastante secundarios del monumental trabajo de recopilación de ideas e información efectuado por Arnaud. Mas ese trabajo testimonia asimismo, quiéralo o no su autor, que hay múltiples caminos por lo que la “razón jurídica” NO apunta hacia la *racionalidad* en el derecho.

*Referencias.*— La síntesis efectuada en el primer párrafo de este punto sigue a una del propio Arnaud en las páginas finales de su libro (citado en nuestra Literatura escogida), donde aparece presentada en distintos idiomas. Para una versión resumida del concepto de “razón jurídica”, se puede cf. también un artículo de Arnaud titulado: “Der Begriff der ‘juristischen Ratio’ als Mittel zur Ueberwindung des Gegensatzes zwischen Sein und Sollen” (El concepto de la ‘razón jurídica’ como medio para superar la oposición entre ser y deber ser), en *Archiv für Rechts-und Soziaphilosophie*, vol. LXIX/2 (1983), p. 151-164. Sobre aspectos esencialistas en la *Sociología jurídica* de Jean Carbonnier (Tecnos, Madrid, 1977 —trad. de Luis Díez-Picazo—), cf. mi reseña de dicho libro en: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 34 (enero-abril 1978), p. 234-238 (*vid. esp. p. 237 s.*), San José de Costa Rica. Respecto a las “naturalezas jurídicas”, en el mismo número de esa Revista se puede cf. el Excurso (p. 220 ss.) de mi artículo “Naturaleza jurídica de las acciones posesorias. Una interpretación literal con un excurso metodológico”, p. 185-226. La alusión a Peter L. Berger y Thomas Luckmann se refiere al libro de estos titulado: *La construcción social de la realidad*, trad. de Silvia Zuleta (revisión técnica de Marcos Jiménez Zapiola), Amorrortu, Buenos Aires, 1968.



*La actividad científica en ciencias sociales descansaría, entonces, en el intento de explicitar desde un metalenguaje los compromisos ideológicos, los modos de mitificación de un lenguaje-objeto.*

L.A. WARAT

Tal vez al lector le haya llamado la atención cierta incoherencia, o contradicción, que pareciera afectar el centro mismo de la posición sostenida en este trabajo. En efecto, por un lado se hace hincapié en críticas radicales a la ciencia jurídica tradicional, y en razón de ello se propone dejarla de lado, que se recurra a vías de pensamiento más firmemente científicas; por otro lado, sin embargo, se subraya que el discurso profesional de los juristas, dadas sus condiciones ideológicas y en general por su papel social, no tiene posibilidades reales de llegar a ser muy distinto, en cuanto a sus métodos (retórica), de lo que él es y siempre ha sido. Ahora bien, no dejé de advertir tal “contradicción”, y tanto es así que aludí a ella, aunque sin llamarla de ese modo, en las ns. 42 y ñ, *supra*. [Cf. también, en el texto del Epílogo, los sitios siguientes: 1) la referencia a lo utópico (con una cita de Rousseau) antes de la primera división por asteriscos, 2) lo que a continuación de la cita de Albert se dice sobre la “ciencia básica” del derecho, 3) el segundo párrafo después de la primera cita de Frank, 4) lo señalado a la altura de las notas j y ñ.] Pero creo que vale la pena insistir aún en aclarar este punto, que también se puede formular de la manera siguiente: ¿qué sentido tiene pedir que el derecho sea racional, si se dice que, de hecho, esta condenado a ser un discurso no-racional?

Un conocido profesor argentino me hizo, en una carta personal (1988), el siguiente comentario: “Eso me lleva a preguntarle –pues me da la impresión de que se trata de una actitud personal y no de una tesis suficientemente fundada– por su actitud algo polémica, cuando no escéptica sobre las relaciones entre la(s) lógica(s) y el conocimiento (científico) del derecho. Yo soy muy reacio a aceptar las formas de irracionalismo que cunden, sea bajo rótulos iusnaturalistas, o invocando a Perelman, Viehweg o a la hermenéutica. Creo que, fuera de tratarse de posiciones retrógradas, son políticamente muy peligrosas”. Pues bien, me parece que puede ser aclaratorio, tam-

bién respecto al presente estudio, reproducir aquí lo que puse en mi carta de respuesta al colega que tuvo la amabilidad de efectuarme esa observación. [No puedo indicar el nombre de dicho profesor, pues no recibí autorización suya para ello, aunque se la solicité al responderle. Mi contestación a dicho comentario la transcribo ahora en forma prácticamente literal y sin más agregados que las referencias puestas entre corchetes.]:

“En cuanto a mi ‘actitud algo polémica, cuando no escéptica sobre las relaciones entre la(s) lógica(s) y el conocimiento (científico) del derecho’, habría que precisar –como Vd. mismo lo advierte– de *qué* ‘lógica’ estamos hablando y, más aún, respecto a qué sector o plano del ‘conocimiento’ (‘científico’, si se quiere) del derecho. De alguna manera, he tratado de responder a eso en mi artículo: ‘Ciencia jurídica: ¿qué “ciencia”?’, particularmente en el apartado III.2 y en las Conclusiones Generales [estas últimas conforman el apartado III.3 en la nueva versión; y cf. también, aquí, el Anexo, *infra*]. No sé si será más claro formular mi idea general del modo siguiente: no creo que sea, ni que pueda llegar a ser, realmente ‘científico’ (en algún sentido fuerte de esta palabra) el discurso jurídico corriente, el que en dicho artículo he llamado ‘de primer nivel’ (legislación, jurisprudencia, dogmática, etc.); en cambio, pienso que sí podría serlo, y en buena medida ya lo es, el de ‘segundo nivel’, o sea, ciertos metalenguajes sobre el derecho práctico real.

“Si Vd. me permite invocar antecedentes ilustres (y sin ánimo de compararme con ellos, podrá imaginarse), diría que, en esto, soy tan racionalista, y también tan irracionalista, como Hume o como Kelsen. ‘Irracionalista’, en cuanto no creo que mi *objeto* de conocimiento, el derecho *real*: la actividad práctica y el discurso de los juristas típicos, sea racional *en sí mismo*. Pero ‘racionalista’, sin embargo, por cuanto *mi* manera de describir *ese* objeto trata de estar lo más racionalmente concebida y ordenada, y tomar en cuenta conocimientos *científicos* –lingüísticos, sociológicos, etc.– al respecto. El problema no reside en que uno *quiera* (o no) que el derecho (de primer nivel) sea más o menos racional, o científico, sino en averiguar cuáles son las posibilidades *reales* de que lo sea. Si la lógica deóntica es, a mi juicio, una ‘engañapichanga’, no pienso eso porque la considere ‘falsa’ (si de tal cosa se puede hablar en cuanto a la lógica formal) o poco ‘científica’, sino porque, por más científica que sea, informa poco o nada acerca de la dinámica *real* del discurso jurídico y antes bien contribuye a hacer apartar la vista de esta [cf. *supra*, Punto 1]. No niego que la lógica deóntica tenga una racionalidad (sintáctica), y ni siquiera le niego condición científica. Lo que cuestiono, es su INTERES. Y pienso que, en la práctica, ella funciona como



una ideología del pensamiento tecnocrático, un modo de NO hablar, o de hacerlo en forma inútilmente complicada, acerca de los problemas *reales* de la práctica jurídica. Claro que yo no puedo demostrar que sea, efectivamente, más 'interesante' ocuparse de esos problemas que estudiar el ajedrez, o traducir al esperanto el Código Civil o encogerlo a unas fórmulas deónticas... Tampoco digo que sea imposible hacer intervenir, de alguna manera, esas fórmulas (o el esperanto o la astrología o el cálculo infinitesimal o cualquier otra cosa) en el *discurso* destinado a resolver cualesquiera problemas jurídicos. Lo que digo es que, salvo para algún sector muy excepcional del derecho, tal vez el sucesorio o el impositivo, las soluciones son alcanzables igualmente *sin* necesidad de recargar la exposición con tales fórmulas. En síntesis, de la lógica deóntica pienso más o menos lo mismo que Jhering opinaba de la jurisprudencia romanista, de su 'cielo de conceptos' (cf. *Broma y Veras...*). Y me remito también a lo expuesto [sobre 'falsa precisión'] en las págs. 26-28 de mi artículo: 'De la fantasía curricular' [cit. *supra*, n. I].

"Ahora bien, si de lo que se trata no es de un 'conocimiento (científico) del derecho' consistente en traducir el discurso jurídico a algún lenguaje artificial, sino de analizar ese discurso con todos los recursos que puedan brindar las ciencias empíricas, entonces no considero falta de interés ni imposible, sino todo lo contrario, tratar de que el análisis sea lo *más* científico-racional posible. Hay que valerse de toda la racionalidad de que es capaz *ese* análisis, justamente para sacar más a luz toda la irracionalidad del derecho 'viviente' como discurso pseudocientífico. Y por eso mismo es que, igual que a Vd., me desagradan posiciones como la de Perelman [*supra*, Punto 2] o la de la hermenéutica filosófica [*supra*, Punto 4]. Considero, pues, que mi aproximación al derecho no es, de ninguna manera, irracionalista, sino que más bien puede ser catalogada como racional (en el sentido que doy al término 'racionalidad' en mi artículo sobre 'Lo racional y lo razonable' [y también aquí: *supra*, cf. a la altura de la n. 13 y *passim*], sentido más amplio que el de la clásica definición de Max Weber pero que la comprende); aunque me resisto, eso sí, a imaginarme que el derecho real pueda llegar a aceptar, para sí mismo, una racionalidad tan exigente. Parafraseando a Kelsen, yo creo —como él— que lo que puede, y debe, ser 'puro' (racional) es la *metateoría* (semántica, sociológica, crítico-ideológica, etc.) del derecho; pero que es imposible —¡nos guste o no nos guste!— que lo sea asimismo su discurso judicial, o el de la dogmática o el legislativo. Estos tres, o sea, el discurso jurídico de primer nivel, el único 'viviente', es algo que resulta inevitablemente 'impuro' (extracientífico o débilmente científico), porque no hay forma de que renuncie a sus funciones político-ideológico-retóricas, que son inescindibles de sus funciones sociales en general". ["La *despolitización* que la teo-

ría pura del derecho exige se refiere a la *ciencia* del derecho, no a su objeto, el derecho. El derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas... (Por eso), la teoría pura del derecho es una *teoría pura* del derecho, no la teoría de un *derecho puro* como sus críticos han afirmado erróneamente a veces" —Hans Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (R.A.), 1958. p. 31 y 32.—] Hasta ahí, mi carta.

Vale decir: por más racional que sea, o pueda llegar a ser, la Teoría General del Derecho, que es un *metalenguaje*, ella NO es lo mismo que su lenguaje-objeto, el discurso jurídico de primer nivel; por lo cual, así como la irracionalidad de este no tiene por qué contagiarse a aquella (mas tal "contagio" no es imposible), tampoco la racionalidad que se alcance en ella implica por sí misma afirmar —o "contagiar", si se quiere— también la de él. Si en un metalenguaje se deja constancia de la irracionalidad de su lenguaje-objeto, eso no significa, de ninguna manera, que aquel resultará no menos irracional que este. Por el contrario: cuando un metalenguaje tiene como objeto un discurso que es, en sí mismo, poco racional, la única manera para que el metalenguaje no resulte, también él, análogamente irracional, es si este sirve para subrayar precisamente toda esa *irracionalidad* del lenguaje-objeto. Y en efecto, como dice Schreckenberger, esa "distinción entre lenguaje-objeto y metalenguaje ... [es] también un excelente criterio para aclarar contextos semánticos complicados y develar la sugestiva apariencia de una pretenciosa objetividad de conceptos y argumentos" (trad., p. 29). El metalenguaje es tanto *más* racional cuanto menos disimule las *faltas* de racionalidad de su lenguaje-objeto. Como señala Warat (p. 167): "resulta muy importante no confundir la idealización racionalista inversora de la realidad, con las posibilidades de obtener un conocimiento racional del saber jurídico". Por eso, en cuanto al derecho, bien puede decirse que donde el "irracionalismo" triunfa, en realidad, no es en las corrientes de pensamiento que subrayan las carencias de racionalidad del discurso jurídico de primer nivel, sino antes bien en aquellas otras que, sea de una u otra manera (dogmática tradicional, lógica deóntica, etc.), llevan a pensar que ese discurso es, o está en condiciones de ser, verdaderamente racional.

*Nota.*— En este Punto he aludido en forma indistinta a lo irracional y lo no-racional. Aunque distinguir ambas cosas tiene ciertamente importancia (*supra*, IX *in fine*), creo que no es indispensable para los efectos de la cuestión discutida aquí.

*Referencias.*— Sobre la cuestión general de las relaciones entre metalenguaje y lenguaje-objeto, en la teoría jurídica, cf. Warat, en los sitios indicados *supra*, n. ñ, *in fine*; de estos, *vid.* sobre todo el apartado VIII.8, cuyos desarrollos tienen funda-



mentales puntos de contacto con lo explicado en el presente numeral (mas yo no los había leído al escribir la carta de marras, ni tampoco al redactar originalmente la nota ñ); la cita del acápite es de la p. 169. Cf. también Schreckenberger, el punro 4.B de su Introducción. Por lo que en particular se refiere a la posición de Kelsen, *vid.* el apartado V de mi Presentación en la Segunda Edición del Libro de Jorge Enrique Romero Pérez, *La Sociología del Derecho en Max Weber*, Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, San José, 1980; aunque entonces incurri en cierta confusión terminológica (esp. en las p. XXVI y XXVII), al no aclarar que si bien la "teoría pura" es lenguaje-objeto respecto a los metalenguajes allí indicados, eso no quita que, a su vez, ella sea *metalenguaje* respecto al discurso jurídico corriente, esa falta mía de precisión no afecta al fondo de lo explicado, esto es, a subrayar la diferencia de planos entre aquella teoría y este discurso.

## ANEXO

### *Ciencia jurídica: ¿QUÉ "ciencia"? (Postscriptum 1990)*

*Nota.*— Este agregado corresponde al estudio que se mencionó en la n. 43, *supra*. Se incluye también aquí por su directa relación con los temas tratados en el presente trabajo y porque no está en la versión de dicho estudio publicada en la *Revista de Ciencias Jurídicas*.

Del estudio presentado podrían tal vez desprenderse, aunque más bien implícita que explícitamente, dos ideas que prefiero no suscribir. Ante todo, da la impresión de subyacerle cierto *fideísmo cientista*: un optimismo exagerado acerca de los alcances generales que en lo cognoscitivo y hasta en lo práctico pueda caberle, también para solucionar las cuestiones sociales, a lo que llamé ciencias "en sentido estricto". Y luego, en lo que particular relación dice con el derecho, se insinúa allí que, si bien en la actualidad su discurso de primer nivel es apenas una ciencia "en sentido amplio", empero sería *técnicamente* viable, aunque políticamente poco factible, hacer de él una ciencia en sentido *estricto*. Ambas ideas guardan alguna afinidad —y es esto lo que me alarma— con mitos tecnocráticos muy difundidos en nuestros días. Pienso que esos puntos merecerían ser objeto de aclaraciones más detenidas, pero reservaré para otra oportunidad tal discusión. Me limito ahora a formular la advertencia de que las Conclusiones Generales de dicho estudio corresponde entenderlas con las dos precisiones siguientes.

1. No solo si se tiene en cuenta la presión que sobre el derecho ejercen los factores político-ideológicos y múltiples intereses en conflicto, sino inclusive por motivos de orden *teorético* (su objeto específico de conoci-

miento: regulación de contradicciones sociales), hay que llegar a la conclusión de que el discurso jurídico de primer nivel NO podría actualmente, dadas las limitaciones de que continúan adoleciendo los exámenes respecto a la dinámica social, ser conformado de acuerdo con el rigor propio de las ciencias en sentido *ESTRICTO* —objeto que persiguen, no obstante, los aficionados a la lógica deóntica, y en general los autores inclinados a construir modelos cientificistas de razonamiento jurídico—.

2. Pero aun las ciencias en sentido amplio pueden, cada una de ellas, ser *más* o ser *menos* avanzadas como tales, esto es, desarrollar unos discursos con mayor o con menor profundidad intelectual y con mayores o menores exigencias de método. A esos discursos llamémosles, respectivamente: a los primeros (más exigentes), ciencia en sentido *amplio* propiamente dicho; a los segundos (menos exigentes), ciencias en sentido *amplísimo*. Ahora bien, acaso podría esperarse que también el pensamiento de los juristas consiguiera asimilar aspectos fundamentales de los conocimientos y de la metodología que ofrecen las ciencias sociales más adelantadas. Si así lo hiciera, desde luego que él llegaría a ser una *mejor* —más realista, más rigurosa— ciencia en sentido *AMPLIO*, mientras que en la actualidad no suele pasar de ser una ciencia en sentido *amplísimo*. Tal vez no sea imposible elaborar unos diseños teoréticos de este tipo para el derecho, y sobre todo en el discurso jurídico de 2do. nivel. Pero contra la viabilidad de la aplicación práctica de tales diseños en el 1er. nivel opera, de hecho, toda la fuerza que entre los juristas tiene la secular tradición dominante en su formación profesional y en el ejercicio cotidiano de su carrera; y además, cuentan las funciones extracientíficas —ideología, etc.— que el derecho está llamado, inevitablemente, a cumplir en la sociedad. Por todo ello, resulta que si el derecho (de 1er. nivel) es "ciencia", difícilmente pueda dejar de ser, en partes esenciales de su discurso, otra cosa que una ciencia en sentido *AMPLISIMO*. [Sobre esos dos "niveles", cf. también el Punto 6 del Apéndice, *supra*.]

En síntesis:

- No se vislumbra la posibilidad de que el discurso jurídico de primer nivel pueda ser elaborado ajustándose a unos requisitos como los de las ciencias en sentido *estricto*.
- Cabría, en cambio, la posibilidad técnica de mejorarlo sustancialmente como ciencia en sentido *amplio*, siempre y cuando los juristas aceptaran aprovecharse de conocimientos alcanzados en otras disciplinas; sobre todo, si se resolvieran a no seguir ignorando ciertas nociones



básicas de la semiótica y en general a considerar los saberes pertinentes de las ciencias sociales.

Pero, tanto por la formación tradicional (normativismo) de los profesionales del derecho, como así también porque la realidad de este se halla sometido a juegos de intereses que son extracientíficos, tampoco la segunda posibilidad (solo técnica) tiene buenas probabilidades de pasar a la práctica, pues ello exigiría una transformación *a fondo* en la enseñanza y en el discurso habitual del derecho –cosa que sus protagonistas principales (juristas, políticos, burócratas, etc.) no desean realmente–; y de ahí que, en definitiva, el derecho es “ciencia” en cuanto este término se puede entender también de manera *muy amplia*.

\* \* \*

#### CIENCIAS DEL DERECHO

	<i>Ciencias</i>	<i>Derecho</i>
en sentido estricto (propriadamente dichas)		
	propriadamente dicho	discurso jurídico de 2 do. nivel
en sentido amplio		(eventualmente)
	muy amplio	discurso jurídico de 1er. nivel

#### LITERATURA ESCOGIDA<sup>(+)</sup>

\*\* ALBERT, Hans: *Traktat über kritische Vernunft*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975 (3ra. ed., ampliada; ed. or. 1968) [Trad. de Rafael Gutiérrez Girardot, de la 1ra. ed.: *Tratado sobre la razón crítica*, Sur, Buenos Aires, 1973, 260 p.]

(+) Para una enumeración más amplia de trabajos sobre la temática aquí tratada, cf. además en las notas, *supra*, y sobre todo la Bibliografía que se ofrece en: Haba, *Rationalité* (p. 337-338). Vid. también las valiosas bibliografías específicas por temas que brinda Arnaud: cf., p. ej., su sesión 0200 (p. 35), “Raison et droit”. En nuestra lista se incluyen únicamente autores mencionados, sea en el texto o en notas, a lo largo del presente trabajo (cf. *supra*, n. 1 *in limine*); pero en él se indican además otras obras que, por ser menos fundamentales

\* ALBERT, Hans: *Traktat über rationale Praxis* (Tratado sobre la práctica racional), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1978, XI + 193 p.

\*\* ALEXY, Robert: *Theorie der juristischen Argumentation* (Teoría de la argumentación jurídica), Suhrkamp, Francfort, 1978.

ALEXY, Robert: “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en *Derecho y Filosofía* (comp. Ernesto Garzón Valdéz, trad. de Carlos de Santiago), p. 43-57, Fontamara 50, México, 1988.

ANACKER, Ulrich: “Vernunft” (Razón), en *Handbuch philosophischer Grundbegriffe* (Manual de conceptos filosóficos fundamentales), comp. por Hermann Kring, Michael Baumgartner y Christoph Wild, t. VI, p. 1597-1612, Kösel, Munich, 1974. [Hay trad. al castellano de este Manual, publicada en España.]

APEL (Karl Otto), GADAMER (Hans-Georg), HABERMAS (Jürgen) *et al.*: *Hermeneutik und Ideologiekritik* (Hermeneútica y crítica de la ideología), Suhrkamp, Francfort, 1971, 316 p.

\* ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, t. 23: *Formes de rationalité en droit*, Sirey, París, 1978., p. 1-321.

\* ARNAUD, André-Jean: *Critique de la raison juridique, Tome I: Où va la sociologie du droit?*, L.G.D.J., París, 1981, 468 p.

ATIENZA, Manuel: *Introducción al Derecho*, Barcanova, Bacerlona, 1985, XII + 377 p.

\* ATIENZA, Manuel: “Para una razonable definición de ‘razonable’”, en *Doxa* 4 (1987), p. 189-200, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1987.

BATIFFOL, Henri: “Questions de l’interprétation juridique”, en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. XVII (1972), p. 9-27.

para nuestra temática central, no aparecen incorporadas a esta lista. Se resaltan mediante asteriscos aquellos trabajos que son especialmente relevantes para ampliar ideas centrales de los desarrollos presentados aquí.



\*\* BLANCHÉ, Robert: *Le raisonnement*, PUF, París, 1973, 264 p.

BOCHENSKI, I.M.: *Die zeitgenössischen Denkmethode*, Francke (UTB 6), Berna-Munich, 1975 (7ma. ed.). [Trad. (muy defectuosa) de Raimundo Drudis Baldrich: *Los métodos actuales del pensamiento*, Rialp, Madrid, 1975 (10a. ed.), 280 p.]

BOBBIO, Norberto: "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año IV-No. 2 (junio 1950), p. 342-367, Dott. A. Giuffrè, Milán. [Trad. de Alfonso Ruiz Miguel: "Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje", en Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, p. 173-200. Fernando Torres, Valencia (España), 1980.]

\* BOBBIO, Norberto: "La razón en el Derecho (Observaciones preliminares)", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho* 2, p. 17-26 (trad. de Alfonso Ruiz Miguel), Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1985.

BÖHLER, Dietrich: "Rechtstheorie als kritische Reflexion" (Teoría del Derecho como reflexión crítica), en *Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion* (Teoría del Derecho. Contribuciones a la discusión básica), comps. Günther Jahr y Wener Maihofer, p. 62-120, Vittorio Klosterman, Francfort, 1971.

\* BRECHT, Arnold: *Teoría política. Los fundamentos del pensamiento político del siglo XX* (trad. de Juan Manuel Mauri), Depalma-Ariel, Buenos Aires-Barcelona, 1963, XXIX + 621 p. [eds. or., en inglés y en alemán: respectivamente, 1959 y 1961].

BRIMO, Albert: "Logique juridique et Méthode juridique", en *La logique juridique*, p. 213-223, A. Pedone, París, 1967.

\*\* BUNGE, Mario: *Seudociencia e ideología*, Alianza Editorial (AU 440), Madrid, 1985, 253 p.

\*\* DEWEY, John: "Logical Method and Law", en *Cornell Law Quarterly* 10 (1924), p. 17-17, Ithaca (N.Y.).

\* DUBOS, René: *Los sueños de la razón -ciencia y utopías-*, Fondo de Cultura Económica (Breviario No. 190), México, 1967, 159 p. [trad.

de Juan Almeda, de: *The Dreams of Reason*, Columbia University Press, Nueva York y Londres, 1961].

\* ESSER, Josef: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis* (Prescomprensión y selección del método en la obtención del derecho. Bases de racionalidad en la práctica de la decisión judicial), Fischer Athenäum (Taschenbuch 6001), Francfort, 1972 (2da. ed., con Prólogo ampliado; ed. or. 1970), 224 p. [resumen y comentario: E. P. Haba, "Pré-compréhension et rationalité dans le travail du juge", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 20 (1975), p. 385-400].

\*\* FRANK, Jerome: *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1970 (reproducción de la sexta ed. ampliada -ed. or. 1930-), xxv + 404 p.

FRANK, Jerome: "Are Judges Human?", en 80 *University of Pennsylvania Law Review* (1931), p. 17 ss. y 233 ss.

\*\* FRANK, Jerome: "Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking", en 17 *Cornell Law Quarterly* (1932), p. 568-603.

\* GADAMER, Hans-Georg: *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1972 (3ra. ed. ampliada -ed. or. 1960-). [Trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito: *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Sígueme, Salamanca, 1977, 691 p.]

\* GARCÍA AMADO, Juan Antonio: "Tópica, Derecho y método jurídico", en *Doxa* 4 (1987), p. 161-188, Universidad de Alicante.

GIULIANI, Alessandro: *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Università di Pavia (Studi nelle scienze giuridiche e sociali 143), 1966, 216 p.

\* GOTTLIEB, Gidon: *The Logic of Choice. An Investigation of the Concepts of Rule and Rationality*, George Allen & Unwin, Londres, 1968, 188 p.

\*\* GRANGER, Gilles-Gaston: *La raison*, PUF (Que sais-je? 680), París, 1955, 128 p. [Hay trad. al castellano publicada por Eudeba, Buenos Aires.]



- HABA, Enrique Pedro: *Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito*, Universidad Central de Venezuela-Facultad de Derecho (Cuaderno de Filosofía del Derecho 9), Caracas, 1972, 111 p.
- HABA, Enrique Pedro: "Sur une 'méthodologie' de l'interprétation juridique", en *Archives de Philosophie du Droit*, T. XVIII (1973), p. 371-383.
- HABA, Enrique P.: "Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?" (¿Racionalidad de las autoridades o autoridad de la racionalidad?), en *Rechtstheorie*, vol. 8 (Cuaderno 2), p. 145-163, Duncker & Humblot, Berlín, 1977.
- \*\* HABA, Enrique P.: "Ciencia jurídica: ¿qué 'ciencia'?", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 51 (setiembre -diciembre 1984), p. 11-35, Universidad de Costa Rica-Facultad de Derecho/Colegio de Abogados. [Una versión anterior de este estudio apareció en el Apéndice-Tomo IV de la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, p. 124-135, Driskill, Buenos Aires, 1982, bajo el título: "Ciencia jurídica como un problema de métodos". Una nueva versión, corregida y ampliada, de dicho trabajo se acaba de publicar en el No. 12 de *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, p. 97-125, diciembre 1988.]
- \*\* HABA, Enrique P.: "Rationalité", en *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit* (sous la direction de André-Jean Arnaud), p. 337-340, L.G.D.J., París, 1988.
- \*\* HORAK, Franz: *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo* (Rationes decidendi. Fundamentaciones de las sentencias en juristas romanos más antiguos hasta Labeo), T. I, Scientia, Aalen, 1969, 311 p.
- \*\* HORN, Dieter: *Studien zur Rolle der Logik bei der Anwendung des Gesetzes* (Estudios sobre el papel de la lógica en la aplicación de la ley), Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Freie Universität de Berlín, 1962, 179 p.
- HORN, Norbert: "Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation" (Racionalidad y autoridad en la argumentación jurídica), en *Rechtstheorie*, vol. 6/2 (1975), p. 145-160, Duncker & Humblot, Berlín.
- JACKSON, Bernard S.: *Semiotics and Legal Theory*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1985, xii + 373 p.
- JACKSON, Bernard S.: "Emerging Issues in Legal Semiotics", en *Revue de la Recherche Juridique: Droit Prospectif 1986-2*, Colloque International de Sémiotique Juridique (Aix-en-Provence, 11-13 Mars 1985), p. 17-37, Faculté de Droit et de Science Politique D'Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986.
- \* JACKSON, Bernard S.: "Rationalité consciente et inconsciente dans la théorie du droit et la science juridique" (trad. de Daniel Flore), en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 1987-19, p. 1-18.
- JHERING, Rudolf von: *Broma y Veras en la Jurisprudencia*, trad. de Tomás A. Banzhaf, Ejea, Buenos Aires, 1974, 425 p. [Los textos originales fueron escritos de 1860 a 1884.]
- KILIAN, Wolfgang: *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung. Methodenorientierte Vorstudie* (Decisión jurídica y procesamiento electrónico de datos. Estudio metodológico preliminar), Athenäum, Francfort, 1973, IX + 326 p.
- \* KOCH, Hans-Joachim: "Ueber juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht" (Sobre la argumentación jurídico-dogmática en el Derecho Estatal), en Hans-Joachim Koch (comp.), *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht. Ueber Grenzen von Verfassungs- und Gesetzbindung* (Seminario: El método jurídico en el Derecho Estatal. Sobre límites de la vinculación a la Constitución y a la ley), Suhrkamp (Taschenbuch Wissenschaft 198), Francfort, 1977, p. 13-157.
- KRIELE, Martin: *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation* (Teoría de la obtención del derecho, desarrollada con referencia al problema de la interpretación constitucional), Duncker & Humblot, Berlín, 1977 (2da. ed., ampliada por un postfacio; ed. or, 1967), 366 p.
- LAKATOS (Imre) & MUSGRAVE (Alan), comps.: *Criticism and the Growth of Knowledge* (contribuciones de: Paul K. Feyerabend, Thomas S. Kuhn, I. Lakatos, Karl. R. Popper, Stephen Toulmin et al.), Cambridge University Press, Londres, 1972 (2da. ed., ampliada). [Trad. de Francisco Hernán: *La Crítica y el Desarrollo del Conoci-*



- miento, Introducción por Javier Muguerza, Grijalbo (Colección "Teoría y Realidad" 1), Barcelona-Buenos Aires-México, 1975. 523 p.]
- \*\* LALANDE, André: *Vocabulaire Technique et critique de la philosophie* (voces: Discours, Discursif, Fondement, Méthode, Méthodologie, Raison, Raisonnable, Raisonnement, Rationalité, Rationnel, Science), PUF, París, 1968 (10a. ed.). [Trad. (de la 5a. ed.) efectuada bajo la dirección de Luis Alfonso y revisada por Vicente Quintero: *Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía*, 2 tomos, El Ateneo, Buenos Aires, 1953. Las citas son por la ed. francesa, traducidas directamente a partir de esta.]
- \* LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. (de la cuarta ed. alemana, definitiva, de 1979) por Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1980, 536 p.
- \* LAUTMANN, Rüdiger: *Justiz - die stille Gewalt* (La Justicia - forma callada de Poder), Fischer Athenäum (Taschenbuch FAT 4002), Frankfurt, 1972, 207 p.
- \* MORENO, Julio Luis: *Los supuestos filosóficos de la Ciencia Jurídica*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República (Sec. III - vol. CXXV), Montevideo, 1963, 178 p.
- MÜLLER, Friedrich: *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation* (Estructura de la norma y normatividad. Sobre la relación entre derecho y realidad en la hermenéutica jurídica, con referencia a cuestiones de la interpretación constitucional), Duncker & Humblot, Berlín, 1966, 232 p.
- MÜLLER, Friedrich: *Juristische Methodik* (Metodología jurídica), Duncker & Humblot, Berlín, 1976 (2da. ed. ampliada), 327 p.
- \* MÜLLER, Friedrich: *Juristische Methodik und Politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie II* (Metodología jurídica y sistema político. Elementos de una Teoría constitucional II), Duncker & Humblot, Berlín, 1976, 127 p.
- NAESS, Arne: *Kommunikation und Argumentation* (Comunicación y argumentación), Scriptor, Kronberg/Ts., 1975, VIII + 198 p.
- \*\* OPP, Karl-Dieter: *Soziologie im Recht* (Sociología en el Derecho), Roro Studium (No. 52), Hamburgo, 1973, 265 p.
- \* OTTE, Gerhard: "Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben" (Veinte años de discusión sobre la tónica: resultado y tareas), en *Rechtstheorie*, vol. 1 (Cuaderno 2), p. 183-197, Duncker & Humblot, Berlín, 1970.
- PERELMAN, Chaïm: "Ce que le philosophe peut apprendre par l'étude du droit", en *Droit, Morale et Philosophie*, p. 135-147, L.G.D.J., París, 1968.
- \* PERELMAN, Chaïm: *Le champ de l'argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruselas, 1970, 408 p.
- \*\* PERELMAN, Chaïm: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, París, 1976. [Trad. de Luis Díez-Picazo: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Monografías Civitas, Madrid, 1979, 249 p.]
- \*\* POIRIER, René: "Rationalité juridique et rationalité scientifique", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (cit. supra), p. 11-34.
- POLYA, G.: *Mathematics and plausible reasoning*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1954. [Trad. de José Luis Abellán: *Matemáticas y razonamiento plausible*, Tecnos, Madrid, 1966, 580 p.]
- \* PRIESTER, Jens-Michael: *Rationalität und Normkritik* (Racionalidad y crítica de las normas), Tesis doctoral presentada en la Rechts-und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes, Saabrücken, 1972, 220 p. (aprox.).
- PRIESTER, Jens-Michael: "Rationalität und funktionale Analyse" (Racionalidad y análisis funcional), en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. I, *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft* (La función del derecho en la sociedad moderna), p. 457-489, Bertelsmann, Bielefeld, 1970. [Este artículo es un extracto de la Tesis antes mencionada.]
- RAPP, Friedrich: "Methode" (Método), en *Handbuch philosophischer Grundbegriffe* (cit. supra), vol. IV, p. 913-929.



- RECASÉNS SICHES, Luis: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*, FCE-UNAM, México, 1971, 578 p.
- RÖD, Wolfgang: "Grund" (Fundamento), en *Handbuch philosophischer Grundbegriff* (cit. supra), vol. III, p. 642-657.
- ROTTLEUTHNER, Hubert: *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft* (Ciencia del Derecho como ciencia social), Fischer (Taschenbuch 6514), Francfort, 1973, 267 p.
- \* RÜTHERS, Bernd: *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (La interpretación ilimitada. Acerca de la transformación del ordenamiento de Derecho Privado en el Nacionalsocialismo), Fischer Athenäum (Taschenbuch 6011), Francfort, 1974 (2da. ed.; ed. or. 1968), 496 p.
- \* SAVIGNY (Eike von), NEUMANN (Ulfrid) y RAHLF (Joachim): *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie* (Dogmática jurídica y teoría de la ciencia), C.H. Beck (Schwarze Reihe No. 136), Munich, 1976, 171 p.
- \* SBRICCOLI, Mario: *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1969, 493 p. [Para una síntesis de las principales ideas de este libro cf.: Mario Sbriccoli, "Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du Moyen âge", en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. XVII (1972), p. 99-113.]
- \*\* SCHRECKENBERGER, Waldemar: *Rhetorische Semiotik. Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts* (Semiótica retórica. Análisis de textos de la Constitución y de estructuras básicas retóricas de la argumentación de la Corte Constitucional Federal), Karl Alber, Freiburg-Munich, 1978. [Trad. de Ernesto Garzón Valdés: *Semiótica del discurso jurídico. Análisis retórico de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, 381 p.]
- \*\* SEGETH, Wolfgang: "Methode", "Methodik", "methodisch", "Methodologie", "methodologisch", en Georg Klaus y Manfred Buhr (comps.), *Marxistisch-Leninistisches Wörterbuch der Philosophie*, p. 717-723, Handbuch Rororo (No. 6156), Hamburg, 1972.

- SIMON, Herbert A: "De la racionalidad sustantiva a la procesal", en Frank Hahn y Martin Hollis (comps.), *Filosofía y teoría económica* (trad. de Eduardo L. Suárez), Fondo de Cultura Económica (Breviario No. 398), México, 1986, p. 130-171 (ed. or. 1976).
- \* STEGMÜLLER, Wolfgang: *Einheit und Problematik der wissenschaftlichen Welterkenntnis* (Unidad y problemática del conocimiento científico del mundo), Max Hueber (Münchener Universitätsreden, Nueva serie, Cuaderno 41), Munich, 1967, 22 p.
- STEVENSON, Charles L.: *Ethics and Language*, Yale University Press, New Haven-Londres, 1944. [Trad. de Eduardo A. Rabosi: *Ética y Lenguaje*, Paidós, Buenos Aires, 1971, 308 p.]
- \*\* STRASER, Carlos: *La razón científica en política y sociología*, Amorrortu, Buenos Aires, 1977, 226 p.
- STRÖCKER, Elisabeth: *Einführung in die Wissenschaftstheorie* (Introducción a la teoría de la ciencia), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1977 (2da. ed., ampliada por un postfacio; ed. or. 1973), 145 p.
- \* STRUCK, Gerhard: *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit* (Jurisprudencia tópica. Argumento y lugar común en la labor jurídica), Athenäum, Francfort, 1971, 118 p.
- \* STRUCK, Gerhard: *Zur Theorie juristischer Argumentation* (Sobre la teoría de la argumentación jurídica), Duncker & Humblot, Berlín, 1977, 162 p.
- \* TOULMIN, Stephen: *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958, 264 p.
- \* VAZ FERREIRA, Carlos: *Lógica viva (Adaptación práctica y didáctica)*, Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. IV, Montevideo, 1963 (ed. or. 1910), 320 p. [De esta obra hay otras ediciones, publicadas por Losada, Buenos Aires.]
- \* VIEHWEG, Theodor: *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, C.H. Beck (Schwarze Reihe



he No. 110), Munich, 1974 (5a. ed. ampliada ;ed. or. 1953). [Trad. (de la 2da. ed. alemana) por Luis Díez Picazo: *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964, 145 p.]

VILLEY, Michel: "Nouvelle rhétorique et Droit naturel", en Michel Villey, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, p. 85-103, Dalloz, París, 1976.

VILLEY, Michel: *Philosophie du droit*, vols. I (*Définitions et fins du droit*) y II (*Les moyens du droit*), Précis Dalloz, París, 1978 (2da. ed., corregida y ampliada, del vol. I: XII + 205 p.) y 1979 (vol. II, 267 p.) [Hay trad. al castellano publicada por Eunsa, Pamplona.]

WAGNER (Heinz) y HAAG (Karl): *Die moderne Logik in der Rechtswissenschaft* (La lógica moderna en la ciencia del derecho), Gehlen, Francfort, 1970, 115 p.

\* WARAT, Luis Alberto: *El Derecho y su lenguaje. Elementos para una teoría de la comunicación jurídica*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, 191 p.

DOCUMENTO\*

Agosto 8 de 1990

Licenciado  
Marvin Herrera Araya  
Ministerio de Educación Pública  
Su Despacho

Estimado señor:

La educación es una de las principales actividades que ha considerado esenciales la Comisión Nacional de Rescate y Formación de Valores, porque al igual que lo han manifestado y demostrado los más destacados educadores de nuestro país, estamos absolutamente convencidos que en la buena enseñanza y la buena formación de los niños, jóvenes y adultos costarricenses, descansa el futuro de nuestra Nación. Bajo esa convicción se están realizando varios programas en los centros de educación del país.

Es tan importante en cualquier país la educación y la cultura y desde luego lo ha sido en Costa Rica, que la Constitución Política dedica su título séptimo a la educación y la cultura, prescribiendo en el artículo 79 de ese capítulo, un precepto que eleva y mantiene al Estado costarricense como el responsable principal, en calidad de rector, director y vigilante de la enseñanza, de tal suerte que esa norma constitucional dice:

“ARTICULO 79.- SE GARANTIZA LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA. NO OBSTANTE, TODO CENTRO DOCENTE PRIVADO ESTARA BAJO LA INSPECCION DEL ESTADO”.

Creemos que la garantía social de la libertad de enseñanza es buena, en la medida en que esa libertad se ejerza bajo el control estatal que establece la Carta Magna en el artículo antes citado, también estamos convencidos de que la autonomía universitaria ha sido y es muy importante en el desarrollo del quehacer universitario, para la formación de todos los profesionales del

\* Se publica por la importancia que tiene, para la institucionalidad del país.



país, en manos de quienes estarán los destinados de la Nación. Las normas legales de rango constitucional a que nos hemos referido, no son producto de la improvisación, sino fruto de la experiencia y la sabiduría, de quienes tuvieron bajo su responsabilidad la promulgación de la Constitución Política costarricense.

Dentro del contexto anterior, hemos observado y sentido con angustiosa preocupación, la forma descuidada en que el Estado costarricense incumpliendo flagrantemente, la norma constitucional del artículo 79 antes citado, ha permitido la creación y funcionamiento de universidades privadas.

Creemos también que todas las universidades públicas o privadas, deben ser vigiladas celosamente por el Estado, por cuanto la condición de universidad estatal, no necesariamente significa que sea excelente o sea mejor que otras, de lo que si estamos seguros es de que los centros de enseñanza superior del Estado, no se han creado ni han funcionado con fines de lucro y nos preocupa profundamente que algunos centros privados, podrían estar funcionando con intereses lucrativos, sacrificando la calidad y el verdadero objetivo que deben tener en la sociedad.

A pesar de que hemos tratado de conseguirlo, no hemos podido obtener, por parte de los órganos que se suponen son los responsables y competentes para ello, un perfil del profesional que hoy día, a corto, mediano, y largo plazo, necesita la sociedad costarricense en las diferentes ramas del saber, para atender adecuadamente sus necesidades, tampoco se ha definido ni se esta controlando cuantitativamente los profesionales que en diferentes ramas requiere el país ahora y requerirá en el futuro.

Como producto de toda esa improvisación que ha reinado en la última década, estamos comenzando a sufrir los primeros síntomas de la saturación en algunas profesiones, siendo evidente que se está sacrificando la calidad humanística, técnica y peor aún, la calidad moral de los profesionales, por la cantidad, produciéndose en algunos casos la masificación. Notamos también que las universidades privadas en su gran mayoría, compiten como vendedores de ciertos productos de gran consumo, en cuanto a cual ofrece otorgar un título profesional en el menor tiempo.

Si el panorama de las universidades presentara una lucha competitiva en pro de la calidad, ofreciendo a los estudiantes mejores carreras, excelentes profesores, mayor duración de sus cursos y más requisitos para hacerse profesio-

nal, entonces sí sería positiva su actividad, para beneficio de la sociedad costarricense.

Duele decir que aparte de una tímida acción que en los últimos días de su gestión, hizo pública el Exministro de Educación, Dr. Francisco Antonio Pacheco, según el periódico La Nación el martes 13 de marzo del año en curso, en la cual se anunciaba un proyecto de ley de universidades privadas y un reglamento a la ley actual, durante los últimos 15 años no se ha hecho ningún trabajo serio y adecuado sobre esta materia.

Tenemos conocimiento de que algunos colegios profesionales, muy preocupados por la saturación de profesionales, solicitaron al Ministerio de Educación un ejemplar del proyecto de reglamento, a que hizo alusión el señor Exministro en el artículo periodístico antes referido y se les contestó que no estaba aún elaborado el mismo.

El sector profesional de esta comisión, ante la grave situación que significa dejar la formación de los futuros profesionales del país, sin ningún control, lo que puede fomentar en mayor grado el comercio de la enseñanza superior, con las funestas consecuencias para el país, que hemos apuntado, se permite denunciar respetuosa pero vehementemente el gran peligro que se cierne con motivo de esta situación.

El periódico La Nación en su sección editorial del miércoles 21 de marzo de este año, denuncia esta delicada situación. El periodista Ronal Moya Ch. en la columna Opinión de los Redactores, La Nación miércoles 14 de marzo de 1990, página 14A, dijo con mucho acierto:

**“¡ALTO A UNIVERSIDADES PRIVADAS!** En este país, fundar una universidad privada es tan fácil como abrir una pulpería. Usted nada más tiene que conseguirse un permiso (léase patente), y hacer la oferta de una carrera que atraiga la atención de los futuros estudiantes.

La proliferación de las universidades privadas en Costa Rica se parece mucho a la saturación de financieras que tuvimos hace apenas dos o tres años.

Ojalá los resultados no sean los mismos, porque el problema no sería financiero sino moral, pues se truncarían los ímpetus de miles de jóvenes que actualmente se matricularon en esos centros...”



Tenemos claro que conciliar el principio de la libertad de enseñanza, con las regulaciones y supervisión necesarias para un desarrollo educacional, ordenado y acorde con las verdaderas necesidades de un país en vías de desarrollo, que con un gran esfuerzo y alto costo, forma profesionales, resulta tarea difícil, que se enmarca en acciones políticas, sociales, filosóficas o ideológicas, económicas y desde luego morales y éticas. Creemos que mientras no se de una definida decisión política del Gobierno de turno, que haga investigación y valore la realidad actual, para lograr un enfoque completo y una solución global, será si no imposible, muy difícil, que algunas universidades, los Colegios Profesionales o algunas entidades como nuestra Comisión, podamos resolver el problema ni siquiera en forma parcial.

Tenemos la firme convicción de que la saturación profesional, como fenómeno sociológico que está comenzando a generarse en nuestro país, aparte de todas las frustraciones individuales y de grupos, puede producir fisuras y más adelante severas grietas que van debilitando y erosionando la institucionalidad del país, con serio peligro para el desarrollo armonioso en paz y democracia de nuestra sociedad. Los valores morales y éticos por los que estamos luchando, encuentran una fuerte adversidad, como consecuencia del crecimiento excesivo a que nos hemos referido. Este asunto no puede postergarse, necesita una acción y solución inmediata, que equilibren acertadamente los diferentes intereses en juego, para lograr acercarse al bien común, que debe estar siempre por encima de los intereses particulares.

Estamos cumpliendo con nuestra responsabilidad ciudadana, haciendo esta denuncia pública ante las autoridades de gobierno que tienen en sus manos el poder para tomar decisiones, ofrecemos toda nuestra colaboración, estamos seguros de que también la darán las instituciones que representamos, por estar en juego los intereses del país. Son ustedes quienes tienen la obligación de asumir directamente esa responsabilidad.

Nos suscribimos con todo respecto y consideración.

Lic. Hernán Vega Miranda  
Presidente  
Comisión Nacional de Rescate  
y Formación de Valores

Lic. Manuel González Cabezas  
Coordinador  
Sector Colegios Profesionales

Lic. Alfredo Bolaños Morales  
Presidente  
Colegio de Abogados de Costa Rica

## INDICE

	Pág.
Presentación.....	8
<i>Ensayos:</i>	
1. Los poderes del jefe de la empresa	
<i>Lic. Oscar Bejarano C. ....</i>	9
2. Apuntes sobre el mecanismo de conversión de la deuda externa	
<i>Lic. Roberto Avendaño Chinchilla .....</i>	25
3. La propiedad forestal	
<i>Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza .....</i>	41
4. El parlamento centroamericano	
<i>Lic. Elías Soley Gutiérrez .....</i>	67
5. La sociología del derecho en Venezuela	
<i>Profesoras Carmen Luisa Roche y Miriam San Juan .....</i>	79
6. El derecho internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez .....</i>	97