

KIRCHMANN SABÍA MENOS...

¡PERO VIO MEJOR!

Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho

El derecho no está simplemente en el saber, sino también en el sentimiento; el objeto (de la Jurisprudencia) tiene su asiento no sólo en la cabeza, sino también en el pecho del hombre. ¡Cuánto despecho, cuántas divisiones de partidos no se mezclan allí en la búsqueda de la verdad! Todas las cuestiones del Derecho Público se encuentran atravesadas por ello.

Kirchmann

El máximo respeto a la científicidad consiste en aprehender las cosas que son como lo que son, no como quisiéramos que fueran.

C. Castilla del Pino

Es eso una teoría, exactamente como una caja de herramientas... Es preciso que eso sirva, que funcione. Y no [que la teoría funcione simplemente] para sí misma.

G. Deleuze

Überhaupt hat der Fortschritt das an sich, dass er viel grösser ausschaut als er wirklich ist.

Nestroy/Wittgenstein

También para la reflexión sobre el derecho es provechoso tener presente lo dicho al respecto por autores que se hicieron clásicos¹. Pienso que tal es el caso del célebre opúsculo de J. v. Kirchmann sobre la ciencia jurídica². Adelanto una socorrida imagen, acaso demasiado simple,

¹ Entiéndase bien: cuando la atención prestada a esos autores no responde a meros ejercicios de erudición o al gusto por unas acrobacias interpretativas.

² Kirchmann 1969; me he guiado por el texto alemán, publicado en 1848, que la mencionada edición recoge. Mas no será necesario ir efectuando citas ni indicación de páginas, pues las ideas de Kirchmann a que haré referencia son suficientemente

pero capaz de orientar enseguida hacia lo que se me antoja esencial en este asunto: yo diría que Kirchmann logró percibir el bosque, aun estando despistado en cuanto a ciertos árboles. Pero las líneas de estudio que hoy por hoy se imponen en la, así llamada, Teoría (o Investigación Básica) del Derecho operan más bien a la inversa. En su mayoría, ellas prefieren concentrar su atención en algunos posibles, especiales árboles o arbustos del discurso jurídico, o particularmente en ciertos ramajes u hojas de éstos, y a partir de ahí terminan por hipostasiar como derecho un bosque ilusorio.

No muchos, si es que alguno, de quienes publican los estudios de Teoría del Derecho (*Rechtstheorie, Rechtsgrundlagenforschung. Jurisprudence*)³ que más al día están con las orientaciones que dominan, unas u otras, en la actual epistemología de las ciencias en general, me van a dar la razón. Dirán que estoy muy equivocado si afirmo, como lo pienso, que dicho opúsculo conserva todavía valor como diagnóstico sobre la naturaleza del pensamiento jurídico corriente. Y no entiendo referirme, cabe subrayarlo, al asunto del mérito o influencia históricos de ese escrito, sino que me interesa ubicar la cuestión en términos de presente. Preguntarse: ¿vale la pena o no, hoy en día, y hasta para quienes no se preocupan mayormente por la Historia de las Ideas Jurídicas, enterarse de lo que Kirchmann puntualizó hace tanto tiempo atrás? Mi propia respuesta es, enfáticamente, ¡sí! Trataré de justificarla haciendo ver que él fue, en cuanto al fondo, mucho más lúcido que las tendencias predominantes en los análisis metadogmáticos actuales sobre el razonamiento jurídico.

Adelanto una visión esquemática de los puntos que tocaré en el presente artículo:

- I. *I.* Dos grandes tipos de orientaciones en la Teoría del Derecho contemporánea.

conocidas. [En cuanto al epígrafe: las líneas de Kirchmann allí ubicadas se extrajeron de las págs. 18 y 19 de la citada edición, de donde fueron traducidas directamente por mí -E. P. H.- al castellano; la fuente para las citas de Castilla del Pino y Deleuze se indica *infra* nota 51; la sentencia de Neroy es la que eligió Wittgenstein para epígrafe de sus famosas *Investigaciones filosóficas*, publicadas en 1953].

³ La expresión *Teoría del Derecho* se utiliza, a lo largo de este trabajo, para hacer referencia a ese tipo de estudios al que aluden de manera más específica las denominaciones extranjeras puestas entre paréntesis arriba. Se trata, pues, de lo que puede llamarse, asimismo, *Investigación Básica* del Derecho, esto es: no son las teorías corrientes -doctrina o dogmática jurídicas- que emplean los juristas para su actividad profesional (abogados, jueces, etc.), sino la *meta-teoría* donde se reflexiona *sobre* la naturaleza de aquellas y sobre características del pensamiento jurídico *en general*.

2. El acierto fundamental de Kirchmann: su realismo, a pesar de unas debilidades epistemológicas.
 3. La actual epistemología de las ciencias (Kuhn, etc.) y la cuestión de las «regiones» (Wittgenstein) del lenguaje, como bases invocadas para una revaloración de la racionalidad del discurso jurídico.
- II. Discusión de tres tesis:
- A. Probidad intelectual del discurso jurídico profesional: ¿erística, «técnica», tecnología o seudotecnología?
 - B. Dignidad científica de las inseguridades del discurso jurídico: debilidad epistemológica de Kirchmann; no pertinencia de la analogía entre puntualizaciones como las de Kuhn y los desacuerdos de los juristas; la «ciencia» jurídica normal como instrumento retórico para legitimar un no-saber; la cuestión del filtro de «relevancia» para determinar el objeto propio de conocimiento de la ciencia jurídica y el argumento de su pertinencia específica como discurso de una «región» particular, región que es antes bien normativo-instrumental que teórico-cognoscitiva; respuesta a ese argumento y retorno al acierto básico de Kirchmann.
 - C. Utilidad del discurso jurídico corriente: relatividad de los juicios respecto a «utilidad»; críticas habituales a la utilidad de la dogmática jurídica; dos precisiones.
- III.
1. Doble función de la dogmática jurídica.
 2. Aspectos teórico-sistemáticos de esa dogmática que constituyen «parecidos de familia» entre ella y otras ciencias; pero diferencia fundamental frente a éstas, por la radical «timidez» cognoscitiva de aquella y su orientación esencialmente retórica.
 3. Conclusión: el discurso jurídico es un miembro muy aparte para la «familia» de las ciencias.
- IV.
1. Carácter inevitablemente poco racional del discurso jurídico, por sus funciones sociales que exigen subordinarlo a «construcciones sociales» (Berger/Luckmann) mitologizantes.
 2. Naturaleza escapista de los enfoques más afamados (Rawls, Dworkin, etc.) en la actual Teoría del Derecho.
 3. El peligro de falsa generalización en cualquier juicio global sobre la «ciencia» del «derecho», pero eminente actualidad heurística del ejemplo dado por Kirchmann.

I

I. Por debajo de las múltiples divisiones y subdivisiones de los puntos de vista teóricos que hoy se hacen presentes en estudios de Teoría del Derecho, cabe distinguir dos grandes tipos básicos de orientaciones.

Uno de los dos, netamente mayoritario, es el de los autores que, sean cuales fueren sus diferencias de enfoque y de temas, están de acuerdo con que el derecho, tal y como lo conocemos, es básicamente un orden de pensamientos aceptable. Consideran, asimismo, que sus locutores profesionales lo ponen en práctica sujetándose en general a unas pautas que son verdaderamente racionales o razonables. Dentro de esta corriente puede distinguirse entre dos tendencias. Unos consideran que esa aceptabilidad lo es desde ya, en forma plena o poco menos; algunos de ellos llegan inclusive a postular la forma de razonar de los juristas como el modelo más eminente de razonabilidad, como todo un ejemplo hasta para otras materias. Pero también hay, allí, quienes se encuentran algo menos conformes con el nivel habitual del pensamiento jurídico, y entonces proponen mejorarlo -ellos creen que tal cosa es realmente posible- mediante la incorporación de tales o cuales conocimientos científicos, especialmente de algunos que se promueven con base en modernos estudios de epistemología del discurso científico. Ambas tendencias coinciden, como se ve, en el punto central: su confianza en las posibilidades intelectuales del discurso jurídico y en el *ethos* científico de sus locutores especializados, sea o no que esa confianza la consideren como más o menos merecida ya en la actualidad. Se trata, pues, de una orientación esencialmente *acrítica*. Ella se muestra básicamente optimista respecto a las virtudes de dicho discurso y de sus protagonistas profesionales.

La otra gran orientación ve las cosas de modo muy diferente. Para ello se basa en distintos análisis de los discursos jurídicos, sobre todo estableciendo comparaciones con los de otras disciplinas; también se traen a colación ciertas consideraciones de orden político-social sobre el papel real de aquellos discursos. Es, a diferencia de la caracterizada antes, una orientación esencialmente *crítica*. No se reserva ningún conformismo respecto al nivel intelectual del razonamiento jurídico. Tampoco, por lo general, alienta muchas esperanzas en cuanto a que los locutores habituales de éste puedan llegar a corregir, de algún modo, sus tradicionales vicios de pensamiento.

En la primera de esas dos orientaciones se dan hoy la mano, curiosamente, dos acentos dispares. Por un lado, entran en ella los «irracionalistas», vale decir, aquellos que elogian precisamente el carácter *no-científico* del derecho: tópica, hermenéutica, *nouvelle*

rhétorique, etc. Por el otro, sin embargo, también están ahí los «cientificistas», quienes creen en la posibilidad de hacer adoptar a los juristas unos modelos de razonamiento científico-rationales: iusmetodólogos que presentan fórmulas de lo «racional» o «razonable», estudios de lógica deóntica y en general las tendencias tecnocráticas, exámenes estructuralistas, etc. Pero, sea como sea, tanto unos como otros coinciden, aunque por caminos distintos, en extenderle la oportuna carta de confianza al discurso de los juristas.

Se diría que la segunda orientación no tiene muchos adeptos, a juzgar por lo que se publica en las revistas especializadas de la materia. Se limita a contar con algunas tendencias críticas en la semiótica jurídica (bastante minoritarias dentro de ésta: cf., por ejemplo, los trabajos de Luis A. Warat o Peter Goodrich), ciertos estudios de dirección sociológica o en general interdisciplinaria, etc⁴. No, desde luego, para tendencias conformistas, pero sí para esta otra orientación, la de tipo crítico, pienso que el escrito de Kirchmann puede significar todavía, heurísticamente, una valiosa fuente de inspiración⁵.

* * *

2. No pretendo afirmar, claro está, que absolutamente todo lo que Kirchmann dijo sea aceptable sin más. Tampoco, que aquello en que acierta -que es lo principal- no se pueda en la actualidad, y tal vez hasta en su propio tiempo, exponerlo con mayores finezas intelectuales y en general con base en un edificio teórico mucho más aceptable que el de los presupuestos (precomprensiones) epistemológicos en que se basaba el propio Kirchmann. Así, me parece poco defendible el papel de ordenación social que nos propone para eso que él llama «derecho natural» (es lo que luego se ha conocido, y discutido, bajo una denominación que se presta menos a confusiones: la cuestión del «sentimiento jurídico», *Rechtsgefühl*); tampoco es muy acertada la idea que él se hacía acerca de los saberes científicos

⁴ Sobre las mencionadas orientaciones, cf. Haba 1990: el Epílogo, esp. desde el texto ubicado a la altura de la nota (d) en adelante. Para un comentario más amplio sobre la posición conservadora, esp. en cuanto al Tipo I de los señalados en el estudio antes mencionado, cf. además Haba 1977a, donde critico un punto de vista que recoge fundamentalmente ideas de Viehweg y Perelman; pero ahí no llegué a examinar lo que dice el autor que es hoy por hoy el representante más publicitado -no digo el mejor informado, y mucho menos el más agudo- de dicho Tipo, Ronald Dworkin.

⁵ En realidad, las críticas de que han sido objeto los juristas son mucho más numerosas que las apuntadas por Kirchmann. Para una breve pero muy ilustrativa visión panorámica al respecto, cf. Wolf 1962: esp. apartado II. Nosotros, aquí, nos detendremos sólo en lo que subrayó Kirchmann, señaladamente lo relativo a fallos desde el punto de vista *científico* en el discurso de los juristas.

sobre las leyes de la naturaleza. Todo esto responde a unos puntos de vista bastante ingenuos, de su parte, si tenemos en cuenta conocimientos que nos aportan, respectivamente, la sociología jurídica y la epistemología de las ciencias. Hasta cabe pensar que su frase más citada, «tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura», probablemente no representa lo más perspicaz de sus planteamientos⁶. Sin embargo, más allá de las limitaciones de su enfoque, lo que Kirchmann vio muy bien es algo que, no menos hoy que ayer, sigue siendo una condición clave para buena parte del discurso jurídico: su carácter esencialmente RETÓRICO⁷. Es ESA la razón por la que Kirchmann lo califica de *no*-científico. En efecto, bien puede decirse que mucho, por no decir que todo, en el discurso normal de los juristas responde a un tipo de pensamiento que es extra-(y a veces hasta es anti-)científico; suponiendo, claro está, que ahí la palabra «científico» la entendamos en el sentido de mentar justamente un discurso que esté a la altura de las *exigencias* que permitirían configurarlo con el rigor *posible* para aprehender, por su intermedio, el eje de las cuestiones relevantes. Llamo «posible», en este contexto, a aquello que efectivamente lo sea en función de los conocimientos ya alcanzados por las ciencias en el momento histórico de que se trate.

No importa demasiado, desde tal perspectiva, que los conocimientos de Kirchmann mismo sobre la naturaleza de las ciencias eran más bien inocentes. Lo interesante es que no fue cándida, ni mucho menos, la manera en que él, a diferencia de la doctrina común del derecho y también de las teorías que sustentan sus más

⁶ Cf. *infra* la nota 13.

⁷ El término *retórica* lo tomaré de acuerdo con el sentido que tiene desde los tiempos de Platón: «... un medio de persuasión que permita aparecer ante los ignorantes como más sabio que los realmente sabios... es el retrato de una parte de la política... es, en lo concerniente al alma, lo que la culinaria en lo referente al cuerpo» (Platón 1979: 365, 368 y 369). Así entendida, la palabra «retórica» recibe el significado que se le da cuando es usada en el sentido, esencialmente, de *erística*: «Art des discussions logiques subtiles; se prend surtout en mauvaise part, comme art des raisonnements spécieux et des arguments sophistiques» (Lalande 1968: 296, voz «Eristique»). En tal sentido, puede decirse que la retórica jurídica «n'est plus alors envisagée come une science (même du contingent) mais comme un usage détourné du langage, usage ornamental et figuré qui, par implication, verse du côté du pompeux, du spécieux, du faux» (Goodrich 1988: 355). Pero «retórica» tiene también otros sentidos, no peyorativos, de los cuales la Teoría del Derecho ha cobrado relevancia sobre todo el utilizado por Perelman al hablar de una «nouvelle rhétorique» para caracterizar la naturaleza argumentativa del discurso jurídico: sobre esos otros sentidos, cf. dicho artículo de Goodrich. También véase *infra* la transcripción recogida en la nota 9.

afamados metodólogos actuales, supo percibir lo que el discurso jurídico profesional es *en realidad*. Las puntualizaciones de Kirchmann, desde *tal* punto de vista, no están «superadas». Más aún, cabe decir que hoy son más pertinentes que nunca. Nuestro jurista común continúa siendo tan acientífico como el de los tiempos de Kirchmann, como lo fue desde muchos siglos antes, como habría de seguir siéndolo después. Pero es en la actualidad cuando la parte más pretenciosa, y también la más vocinglera, de la Teoría del Derecho se ha volcado a reivindicar, con nuevos argumentos, valiéndose de unos análisis tanto más sofisticados cuanto menos realistas, la *racionalidad* (o razonabilidad) y el estatus inmanentemente *científico* de los razonamientos que efectúa -o, se piensa, podría efectuar- la dogmática jurídica. Por caminos que van desde los esperantos de la lógica deóntica a los meandros superficiales de que se ocupa Dworkin, pasando por los etiquetados de la semántica estructural (cf. la «sintaxis actancial» de Eric Landowski) y una buena variedad de delirios constructivistas (Rawls y flía.), amén de otros globos científicistas, se nos quiere hacer ver -inspirándose (¡mal!) en ideas de Wittgenstein, Kuhn, etc.- que dictámenes como el de Kirchmann están despistados, sólo porque él incurrió en alguna confusión respecto a qué pueda ser «ciencia».

Ahora bien, aun cuando es verdad que Kirchmann carecía de un buen conocimiento *teorético* sobre la naturaleza íntima de los saberes científicos, eso no quita que demostró tener un conocimiento tanto más *real* que el de esos soñadores iusmetodólogos de hoy en día sobre las prácticas intelectuales del derecho tal y como éste verdaderamente es: el de los jueces, los abogados, la dogmática, etc. Por eso, aunque Kirchmann no acertó en cuanto a saber bien lo que son las ciencias, sí dio en el blanco respecto a lo que él conocía de primera mano, el razonamiento de los juristas *en la práctica*. Precisamente, aquello frente a lo cual remontan vuelo nuestros iusmetodólogos. Claro, Kirchmann sabía mucho menos que éstos... ¡pero entendió bastante más!

* * *

3. Las tesis centrales de Kirchmann son simples. (Esos metodólogos dirán: simplistas). Y él las expone, por cierto, de manera atractiva. Supongo que el lector no necesita pasar por la pena de que yo se las resuma. En cambio, puede revestir algún interés traer aquí a colación, para discutir las brevemente, ciertas ideas de fondo en que, según creo, se basan las orientaciones más nuevas que en la Teoría del Derecho reivindican el valor científico del discurso de los juristas. Tales ideas se apoyan en modernos estudios sobre historia de las revoluciones científicas, principalmente en el campo de la física, y también en puntos de vista de Wittgenstein sobre la naturaleza del lenguaje.

Principalmente en la segunda mitad de nuestro siglo, tendencias innovadoras en la epistemología del discurso científico (Hanson, Polanyi, Kuhn, Toulmin, Lakatos, Feyerabend, etc.) han puesto en evidencia que los conocimientos de la ciencia, hasta en las de la naturaleza -sin excluir, en especial, aquel que muchos tienen como paradigmática respecto a todas ellas: la física-, son menos firmes de lo que en general se había venido dando por consabido, como si fuera una verdad obvia. Lo cierto es que, también en ese campo, no sólo ocurre que los conocimientos científicamente acreditados están sujetos a cambios históricos, sino que la justificación de esos cambios se basa en argumentaciones que son discutibles y discutidas. Se ha recalcado, sobre todo, que no hay ningún criterio definitivo para arbitrar en forma indubitable entre distintas teorías científicas fundamentales que se mantengan en conflicto entre los hombres de ciencia. No existen, para mediar entre ellas, para decidir cuál es la correcta entre unas teorías básicas sobre las cuales éstos disputan, unos hechos «crudos»; todos los hechos científicamente admitidos lo son, en cuanto tales, sólo a la luz de muchos presupuestos teóricos. La preferencia por unas u otras teorías científicas -en función de las cuales, a su vez, resulta qué datos sean los admitidos como «hechos» científicamente relevantes- depende también de condiciones que, en sí mismas, son extra o supra-científicas. Y éstas varían en función de circunstancias acerca de cuya apreciación los hombres de ciencia pueden discrepar. Los «hechos» científicos admiten ser *interpretados*, científicamente, de distintas maneras, llegado el caso. Tampoco ellos son tan «firmes» como suele pensarse. No tienen, pues, esa inmovible certeza que Kirchmann daba por supuesta del conocimiento científico al respecto.

Por otro lado, junto con esos estudios de historia del pensamiento científico, han jugado un papel fundamental las ideas de Wittgenstein sobre la existencia de variadas «regiones» (*Gebiete*: zonas) del lenguaje y el énfasis que dicho autor puso en destacar la peculiaridad de cada uno de los innumerables «juegos de lenguaje». Peter Winch, Hanna Pitkin y otros han aplicado esas ideas también al estudio del discurso de las ciencias sociales. Se subraya que cada «juego», por ejemplo un tipo dado de discursos científicos, tiene sus reglas *propias*. Si éste es verdaderamente comprendido, significa entenderlo a la luz de estas *mismas* reglas, no en función de las de otros juegos lingüísticos, científicos o no. Por tanto, no cabría juzgarlo de acuerdo con las pautas de unas disciplinas científicas distintas; en especial, no por las de otras «regiones» científicas. Los «juegos» son múltiples y básicamente incommensurables. La alternativa es: o bien, ponerse a «jugar» cualquiera de ellos tal y como él mismo es; o bien, de no hacerlo así, uno se queda fuera de *ese* juego, resulta que está jugando a *otra* cosa. Kirchmann habría cometido, pues, el «error categorial» (Ryle) de juzgar

el juego de los juristas a la luz de un juego muy distinto, el de las ciencias naturales. Se habría basado en una comparación que no tiene mucho sentido.

En la actual epistemología de las ciencias no pueden ser pasados por alto esos dos órdenes de consideraciones, esa relativización introducida en la seguridad de los conocimientos científicos por: a) la falta de un punto arquimédico, absoluto, suprahistórico, para optar entre ciertos paradigmas científicos fundamentales; y, de modo todavía más general, b) la inmanencia con que se autorregula, cuando menos hasta cierto punto, cada juego de lenguaje. Ello ha conducido, ahora aplicándolo también al examen del discurso jurídico, a enfatizar dos conclusiones. Primera: se piensa que, al fin de cuentas, el derecho no presenta una inseguridad muy distinta que otros discursos científicos, sin excluir ni siquiera los más prestigiosos⁸. Segunda: se señala que la única manera adecuada de estudiar dicho discurso es aceptando las características que él tiene de hecho, o sea, examinarlo en función de sus propios paradigmas científicos, en vez de tomar como parangón algún otro modelo, más o menos ideal, de ciencia. Significa que la Teoría del Derecho podría, en todo caso, empeñarse en «construir» (o reconstruir) analíticamente, afinar conceptualmente, esos *mismos* paradigmas, aquellos que el jurista emplea *ya*. Ella se ocuparía de reconocerlos simplemente, en un discurso secundario analítico, que es metalingüístico respecto al discurso normal (primario, lenguaje-objeto) de los juristas. Por el contrario, no tendría sentido tratar de transformar este último inspirándose en los paradigmas de ciencias cuyos «juegos» encaran finalidades muy distintas de las perseguidas por la actividad jurídica; excepto, desde luego, en cuanto también estos otros juegos pudieran armonizarse en realidad con las finalidades inmanentes a tal discurso, lo que en principio -se entiende- no es muy factible.

Las dos clases de razones reseñadas apuntan, contra lo que afirma Kirchmann, a resaltar la dignidad del discurso jurídico profesional como una *ciencia*. Claro que lo interesante, ahí, no es discutir si esta palabra se puede, o no, utilizarla en forma lingüísticamente correcta para calificar a ese discurso (admito que sí se puede), sino aclarar *qué* es lo que se quiere decir por medio de ella en tal caso. Cuando Kirchmann le niega esta calificación al derecho, busca llamar la atención sobre el hecho de que dicho discurso es artificioso, por no decir mentiroso, y también poco útil o hasta perjudicial. En cambio, cuando metodólogos actuales sostienen que sí es «ciencia», quieren señalar

⁸ Sobre analogías entre el discurso jurídico y el de las ciencias en general, con el mejor provecho se leerá, en vez de tantos trabajos atiborrados de pedanterías, el conciso informe de Poirier (1978).

que ése es un discurso perfectamente legítimo en lo intelectual. Niegan que en él los asuntos sean tratados en forma simplemente retórica. Por el contrario, consideran que allí son discutidos con el mayor grado de racionalidad científica disponible para un verdadero conocimiento de *esos* temas. Y agregan, aún, que además ese tipo de discursos es muy útil para alcanzar buenos resultados sociales.

Por mi parte, pienso que más cerca de la verdad estaba Kirchmann. Mucho más, en todo caso, que los sutiles desarrollos de quienes consagran sus desvelos a suscribir o perfeccionar unos escapismos como los pergeñados por Rawls, Dworkin, las semióticas formalistas, etcétera. Me explicaré.

II

Conviene distinguir entre tres tesis involucradas en esa discusión, explícita o implícitamente sostenidas -sea todas o alguna de ellas- en los estudios de la orientación que domina en la actual Teoría del Derecho. Helas aquí:

- *Tesis A*: las cuestiones sociales de que se ocupan los juristas son adecuadamente sacadas a luz, quedan revelados -o, en todo caso, no disimulados- sus verdaderos resortes, aparecen puestas de manifiesto las fuerzas materiales o intelectuales que determinan *realmente* la dinámica de ese discurso, por lo que en este mismo se expone de manera expresa; en consecuencia, no hay por qué recurrir a unos juegos de lenguaje distintos, como los de otras ciencias, ni sería cierto (como algunos sostienen) que él nos vela el camino hacia la percepción de recursos intelectuales diferentes que permitirían resolver mejor los asuntos prácticos de que ahí se trata.

- *Tesis B*: si bien el discurso jurídico es relativamente inseguro, no le van en saga, en ese respecto, los de las restantes ciencias, por lo menos las empíricas; la inseguridad de aquel no es otra cosa que la consecuencia *inevitable* de su propio objeto de referencia, pues *ese* objeto, por su naturaleza misma, no podría ser aprehendido sin transfigurarlo, o por lo menos sin amputarlo, si fuese encarado mediante ciertos discursos científicos menos inseguros.

- *Tesis C*: dicho discurso es útil, y acaso el más útil posible, para resolver en la práctica aquellas cuestiones sociales (Tesis A) del modo más eficiente para la promoción de tales o cuales objetivos humanos.

Examinaré, por su orden, cada una de estas tres tesis.

* * *

Tesis A: probidad intelectual del discurso jurídico profesional. -Se me hace que este punto de vista es, palmariamente, indefendible. Son muchos, y contundentes, los estudios dados a conocer, respecto a distintos países, acerca del carácter a menudo erístico, casi siempre disimulante, eufemístico, o en todo caso poco revelador, y hasta simplista, que tienen buena parte de los discursos jurídicos⁹. Por tanto, no veo cómo pudiera pensarse que tales discursos revelan todo, ni la mayor parte o lo más decisivo, de cuanto importe conocer para detectar las verdaderas causas determinantes y las mejores soluciones ante las cuestiones sociales de que se ocupa el derecho. La doctrina jurídica corriente tampoco se dirige, por cierto, a destacar los motivos reales que llevan a legisladores y jueces a optar por unas en vez de otras clases de soluciones, más allá de las invocaciones a unos tan vagos como manipulables criterios de «justicia», «razonabilidad», etc.

Si queremos aprovechar a Wittgenstein, no debería pasar desapercibido que los juegos de lenguaje de los juristas tienen como objeto propio, entre otras cosas, precisamente el NO revelar la dinámica real que mueve a la semántica de este lenguaje, y muchísimo menos poner de manifiesto su pragmática. Naturalmente, se puede considerar que, así y todo, es preferible emplear tal lenguaje, no alguno que fuera más franco (científico o no), así como con frecuencia hay motivos para no decir la verdad en tantas otras cuestiones. Pero lo que en este punto estamos cuestionando no es el asunto de la conveniencia (Tesis C), sino sólo el grado de *verdad* científica que pueda hacerse presente en dichos «juegos». Y nos preguntamos si hay, o podría haber, unas reglas del juego científicas que llevaran a poner de manifiesto justamente lo que aquellos disimulan. Frente a *esta* pregunta, la respuesta tiene que ser afirmativa, pues tal posibilidad intelectual está plenamente

⁹ Cf., por ejemplo, el examen de Lautmann (1972) y el de Schreckenberger (1987): y supongo que ha de ser especialmente interesante el libro de Jerome Frank, *Courts on Trial*, Princeton, 1949, que no he podido consultar. Véase también por ejemplo, mi propio análisis del modo en que argumenta la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Haba 1986: § 28. VII, esp., págs. 418-423). Toda la cuestión tiene que ver, en definitiva, con la siguiente distinción fundamental: «en el interior del reino de la política y el discurso, (Hanna) Arendt diseña una adicional y significativa distinción en términos de la manera en que se utiliza el discurso. Así, distingue entre el discurso al servicio de la verdad, o al menos a la búsqueda de la verdad, y el discurso como medio de persuasión, como un instrumento manipulador para mover a los demás en las direcciones deseadas, completamente al margen de la verdad o la validez de lo que se dice. La distinción fue «elaborada en primer lugar por Platón (especialmente en *Georgias* [*supra* nota 7] como el antagonismo existente entre comunicarse bajo la forma de ‘diálogo’, que es el discurso adecuado para la verdad filosófica, y comunicarse bajo la forma de ‘retórica’, mediante la cual el demagogo, como diríamos hoy, persuade a la multitud» (Pitkin 1984: 476).

probada. Los mencionados estudios muestran que sí se puede, y *cómo* se puede, hablar *científicamente* de cosas fundamentales que la ciencia normal del derecho no toma en cuenta, o en el mejor de los casos las trata eufemísticamente. Cosas que, empero, tienen la máxima importancia para tomar decisiones más racionales acerca de los asuntos que ella pretende solucionar.

Sin embargo, la Tesis que examinamos, o en todo caso algo que resulta cercano a ella, también puede ser apoyada introduciendo en la argumentación cierto cambio de frente, como lo ha hecho Atienza¹⁰. Él sostiene que «la cuestión de la cientificidad de la jurisprudencia es, sencillamente, una cuestión mal planteada». Piensa que Kirchmann, y en general quienes se dedican a discutir *tal* cuestión, yerran completamente el blanco, por «no haber partido de una distinción adecuada entre la ciencia y la técnica». Pues si se parte, como según Atienza sería lo correcto, de «la idea de que la jurisprudencia es una técnica, los argumentos de von Kirchmann se vuelven, sencillamente, impertinentes» (pág. 281). «La investigación técnica no trata de explicar un acontecimiento, sino de estudiar cómo se puede producir un determinado resultado, dadas ciertas condiciones; su fin no es propiamente conocer, sino obtener ciertos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos» (pág. 282). Quiere decir que «la dogmática jurídica, lo que generalmente se denomina ‘ciencia’ jurídica, no es -ni tiene sentido pretender que lo sea- una actividad propiamente científica, sino más bien una técnica social» (pág. 289); «carece de sentido y de interés plantearse el problema de si la jurisprudencia es o debe llegar a ser una ciencia... La cuestión pertinente debiera ser la de saber si, en cuanto técnica, puede incorporarse y utilizar el conocimiento científico y conocimiento tecnológico procedentes, en principio, de otras áreas (por ejemplo, conocimiento científico y conocimiento proveniente de la lógica formal, la economía, la sociología, la teoría de los juegos y la decisión, la informática, etc.)» (pág. 283).

Si aceptamos las precisiones de Atienza, entonces la discusión versaría -decimos nosotros- sobre si esta «técnica», la jurídica, es o no es verdaderamente *científica* (supuesto que admitamos, en lo terminológico, que cabe emplear el calificativo de «técnica» incluso para unos

¹⁰ Atienza 1985: caps. 4 (esp. los puntos 4.3 y 4.9) y 5 (esp. el punto 5.1); lo que se refiere particularmente a Kirchmann está allí en las págs. 279-282. [Sólo después de tener ya redactado el texto del presente artículo advertí que Atienza había efectuado también algunas otras aclaraciones relativas a los puntos de vista suyos que examino arriba, en polémica con Roberto J. Vernengo: *Doxa* 3 (1986), págs. 289-314. Pienso comentar esa polémica en una nota que aparecerá en alguno de los números próximos de esta Revista: pero puedo adelantar, desde ya, que dichas aclaraciones no invalidan, a mi juicio, ninguna de las observaciones que presento aquí.]

medios no-científicos o hasta para los anti-científicos). La respuesta de Atienza a este respecto, me parece ser un tanto vacilante. Por un lado, le reconoce cierto valor, aunque con reservas (*infra* nota 33), a la dogmática jurídica: entiende que, «considerada globalmente, cumple una función social útil», y que «un sistema jurídico que careciera de elaboración dogmática estaría en disposición de resolver muchos menos problemas que el mismo sistema dotado de una dogmática adecuada» (pág. 282). Por otro lado, no obstante, nos advierte que «si la dogmática jurídica pretende configurarse no sólo como una técnica, sino como una tecnología (es decir, como una técnica que emplea conocimiento científico; por así decirlo, como una actividad más próxima a la agronomía que a la agricultura tradicional), es imprescindible que se abra hacia los otros saberes jurídicos en busca de teorías y métodos que puedan ser operativos con la tarea de aplicar, desarrollar y sistematizar el Derecho positivo» (pág. 289). Parecería que Atienza, aunque comprende muy bien que una superación en el pensamiento jurídico exige que los juristas sepan abrirse también hacia *otros* saberes científicos, empero no deja de aceptar -contra Kirchmann- que, a pesar de todo, la dogmática tradicional es «útil», que sirve para «resolver... muchos problemas». Ahora bien, que de alguna manera ella los «resuelve»... ¡de eso no hay la menor duda! Pero la verdadera pregunta es: ¿los resuelve *científicamente* (si no siempre, por lo menos en un buen número de casos)? Tengo la impresión de que el planteamiento de Atienza, mediante su distinción entre «técnica» y «tecnología», más bien tiende a eludir *esta* pregunta, que es la cuestión fundamental.

Si el término «técnica» se usa, como parece hacerlo Atienza, con prescindencia de si comprende o no comprende conocimiento científico, la afirmación de que la dogmática es (también) «técnica» no la cuestionará nadie, seguramente. Ni el propio Kirchmann hubiera tenido interés en negar eso. La verdadera cuestión pasa a ser, entonces, si tal «técnica» es o no es también una «tecnología». Atienza admite que esa sí es una pregunta «pertinente». Mas si vamos al grano de lo que dijo Kirchmann, éste contesta ni más ni menos que a *tal* cuestión, pues todo el énfasis de sus argumentos se dirige a poner en evidencia que la dogmática carece precisamente de lo que es indispensable para ser «tecnología», a saber: el basarse en unos conocimientos *científicos*. Si Atienza reconoce esta carencia, significa que, más allá de ciertas diferencias terminológicas, él está de acuerdo con Kirchmann en cuanto al fondo (sin perjuicio de que aquél pueda no suscribir unos criterios epistemológicos de éste). Y de lo contrario, si no está de acuerdo, nos debe la explicación sobre qué cosa pueda tener justamente de *científico* la técnica jurídica común.

No hay forma de hacer a un lado el asunto planteado por Kirchmann si, en vez de distinguir entre «técnica» y «tecnología», nos valemos

de una red de conceptos diferenciales como la que presenta Bunge, entre los cuales cobra especial relevancia, para nuestra cuestión, la alternativa tecnología/seudotecnología. Según este autor, *tecnología* es «el campo de conocimientos que se ocupa de diseñar artefactos y planear su realización, operación y mantenimiento a la luz de conocimientos *científicos*» (pág. 35)¹¹. En cambio, «un campo de conocimientos que no es tecnológico por carecer de una base científica, y por no hacer uso del método científico ni del método tecnológico, pero que es anunciado o vendido como [si fuera] tecnológico (o científico), se llamará *seudotecnología* (o tecnología fraudulenta)» (pág. 37). El punto de vista de Kirchmann, si lo reformulamos de acuerdo con esta terminología, es neto: la jurisprudencia no es tecnología (ni ciencia), sino *seudotecnología* (o *seudociencia*)¹². Es *esto* lo que está en discusión. Y no sería bueno que de ella nos distraiga el reconocimiento de que la dogmática constituye, de todos modos, una «técnica» en el sentido de Atienza. Tenía razón, en lo esencial, Kirchmann: dado que la dogmática jurídica pretende basarse también en *conocimientos*, resulta que, por más que aceptemos no catalogarla como «ciencia» (sino como «técnica», «tecnología», «arte» o de cualquier otra manera), siempre sigue siendo verdad que ella deja mucho que desear, porque falla -como advirtió Kirchmann- en *ese plano* justamente¹³.

¹¹ Bunge 1985: *vid.* sobre todo los caps. 2, 3 (cf. esp. su punto 3, señaladamente las distinciones que allí se efectúan en la pág. 37) y 5 (esp. su punto 4); es mío (E.P.H.) el subrayado de las palabras «científicos» y «como» en las líneas que se transcriben arriba. Dejo sin considerar lo que pueda seguirse de un examen más detenido de las relaciones entre ciencia y tecnología. Pero importa tener en cuenta, de todos modos, una advertencia como la siguiente: «we must be prepared to question the widespread assumption that modern technology is on the whole a derivative of basic scientific research and/or to move towards an analysis of the social meaning of technology» (Mulkay 1979: 121).

¹² Podría objetarse que en la definición transcrita se habla de «artefactos», pero que la dogmática jurídica, en cambio, no es un objeto material como esos que Bunge tiene allí *in mente*. Sin embargo, dichas observaciones de Bunge creo que son perfectamente aplicables también, *mutatis mutandis*, a instrumentos del pensamiento, cuando éstos se utilizan como unos medios de carácter (real o supuestamente) científico para alcanzar (real o supuestamente) tales o cuales resultados prácticos de tipo social. Por otra parte, sería ciertamente sugestivo resaltar las analogías entre lo que Bunge dice sobre la «economía escolástica» (cap. 8) y lo que Jhering señalaba al hablar de un «cielo de los conceptos jurídicos»...

¹³ Y obsérvese que, desde *tal* punto de vista, no es decisivo que Kirchmann haya podido equivocarse, por ejemplo, en un aspecto como el que con razón señala Atienza: «cabe afirmar que lo que von Kirchmann denomina ‘movilidad del objeto’ no sólo no es un inconveniente, sino más bien una característica estructural de la investigación técnica. Reparemos no sólo en que el equivalente de su frase ‘tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura’ podría encontrarse en el campo de técnicas tan prestigiosas como la informática: ‘la

Claro que tal comprobación¹⁴ no prejuzga, por sí sola, respecto a si son o no correctas las Tesis B y C, considerando a cada una en forma aislada. Sin embargo, y sea como fuere lo relativo a estas otras dos, la insostenibilidad de la Tesis A muestra que Kirchmann estaba en lo cierto por lo menos al enfrentarse a ella precisamente. Pues en efecto el discurso jurídico es, en muchos casos (no digo siempre), tan engañoso como dicho autor, a diferencia de lo que sugieren investigaciones de las más renombradas *vedettes* actuales de la Teoría del Derecho, tuvo la lucidez de advertir y la honestidad de no callar.

* * *

Tesis B: dignidad científica de las inseguridades del discurso jurídico. -Esta idea es, posiblemente, aquella en que mayor énfasis ponen iusmetodólogos actuales para restarle valor a cosas como las señaladas por Kirchmann. Pienso que también por ahí van descaminados. Reconozco, sin embargo, que Kirchmann se equivocaba en puntos claves de la epistemología de las ciencias. Verbigracia: al pensar que las ciencias de la naturaleza constituyen el único modelo posible de «ciencia» y que los conocimientos provenientes de ellas ofrecen firmeza indubitable; además, al imaginarse que el registro de los «hechos» que cuentan para los científicos no admite contradicción, que no depende esencialmente de las teorías mismas aceptadas en esas ciencias, y que tales teorías, a fuer de científicas, no puedan llegar a contradecirse entre sí, etc.

Si bien cabe tener en cuenta todo eso, cosas que a Kirchmann no deben de habersele pasado por las mientes, no menos cierto es que las inseguridades en las ciencias de la naturaleza, cuando menos para lo que Kuhn llama sus discursos «normales», son de índole *muy distinta* -por sus causas y también por sus aplicaciones- de las que se presentan en los razonamientos efectuados por los juristas. Las puntualizaciones de autores como, por ejemplo, Kuhn o Lakatos, sobre los «paradigmas» o los «programas de investigación» y las discrepancias a que dan lugar entre científicos, etc., no pueden ser invocadas como analogía *pertinente* en relación con las discusiones jurídicas. En el mejor de los casos, se trata de parecidos muy superficiales. Aquellas discrepancias se refieren a la ciencia «extraordinaria» (Kuhn): las revoluciones científicas, los cambios de paradigmas fundamentales en

introducción en el mercado de una nueva generación de ordenadores convierte a las máquinas de las anteriores generaciones, junto con los manuales que facilitan su utilización, las técnicas concretas diseñadas para su máximo aprovechamiento, etc., en material obsoleto'...» (Atienza 1985: 281-282).

¹⁴ Por otros muchos, además de los trabajos mencionados *supra* en la nota 9, véase Opp 1973: esp. caps. V y VI.

el edificio teórico de la disciplina en cuestión. Por el contrario, las discusiones de los juristas son pan de todos los días en el marco de su ciencia «normal»: dogmática, jurisdicción, etc.

Las ciencias normales de la naturaleza se caracterizan por hacer que, dentro de cada una de ellas, la discusión sea cosa más bien excepcional, ya que los métodos -los paradigmas normales- de esas disciplinas están ahí justamente para prevenirla y para permitir que en la gran mayoría de los casos sea posible resolver *intersubjetivamente*, entre los científicos de la rama considerada, las cuestiones que allí se plantean. Por lo demás, cuando ahí las diferencias se dan a pesar de todo, no son como aquellas que con tanta frecuencia tienen lugar entre juristas, cuando menos por la manera en que éstas son planteadas discursivamente. Las discusiones jurídicas aparecen centradas, demasiado a menudo, en cuestiones de índole esencialmente *retórica*: disputas sobre palabras, uso voluble de conceptos indeterminados y con base en precomprensiones anticientíficas (esencialistas, etc.), recurso a términos emotivizantes, disimulación de las verdaderas razones de fondo mediante unos artilugios terminológicos, uso de argumentos que reposan en conocidas falacias de la lógica, razonamientos que parten del *Basic Legal Myth* (Frank 1970: el mito de creer que hay una sola respuesta «correcta», única y preestablecida en el derecho positivo, para cada caso), etc. Aunque es posible, eso sí, que el fondo mismo de esas disputas no sea sólo retórico, pues puede responder a unos conflictos reales de intereses, ello no quita que la manera de *plantear* ahí esos intereses sea, precisamente, antes bien retórica que teórico-cognoscitiva. Por el contrario, cuando hay unas tesis enfrentadas en discusiones entre científicos de la naturaleza, todo se presenta de manera *muy* distinta: son puestos sobre el tapete el *máximo* de los conocimientos relevantes¹⁵, el uso de términos teóricos indeterminados y emotivizantes es mínimo o hasta inexistente, no se recurre a las falacias de catálogo, o bien estas son muy pronto puestas en evidencia y descartadas de la discusión, etc.

Los desacuerdos en el marco de una ciencia normal de la naturaleza tienen lugar en forma más bien excepcional. Y cuando se dan, es porque a esa altura de la evolución del pensamiento científico faltan *realmente* los conocimientos -acerca de ciertos hechos, o si no se dispone de unas categorías teóricas intersubjetivas aplicables al respecto- que permitan a la generalidad de los científicos de esa disciplina ponerse de acuerdo sobre la respuesta correcta. Las diferencias entre

¹⁵ Lo cual no quiere decir, naturalmente, que corresponda olvidarse de los límites e inclusive de las dudas que, desde el punto de vista *científico* mismo, puedan en su caso afectar a dichos conocimientos. Pero, insisto: aquí me estoy refiriendo a la ciencia «normal», no a la «extraordinaria», en la terminología de Kuhn. Véase también *infra* la nota 24.

juristas, en cambio, suelen obedecer a motivos muy distintos. No se deben a que de veras no existan ciertos conocimientos que permitirían dirimirlos, o por lo menos circunscribirlas con mayor precisión y profundidad, sino que más bien es porque tales conocimientos, tanto los teóricos como los de ciertos datos empíricos, se HACEN faltar. Aunque estos conocimientos puedan ser regularmente obtenibles, en la discusión jurídica no se quiere, o no se sabe, recurrir a ellos. Las inseguridades en las ciencias de la naturaleza, y hasta en las sociales, obedecen a auténticos límites del conocimiento científico disponible, por el relativo nivel que éste pueda haber alcanzado en ese momento histórico. Por el contrario, las del discurso jurídico no responden simplemente a tales límites, sino sobre todo, o en buena parte, a la ignorancia o la disimulación de aquellos conocimientos que servirían para hacer que salgan a la luz los verdaderos resortes que las ocasionan.

Quiere decir que la «ciencia» jurídica no es un medio para saber, sino para producir y legitimar un NO-saber. ¿No es eso lo que se adelantó a señalar a Kirchmann? El pensamiento de los juristas resulta ser, en considerable medida, una técnica para EVITAR que se pongan sobre el tapete buena parte de los saberes científicos aplicables. Y sirve, asimismo, para obstaculizar que se tematizen los *reales* intereses a que responde la opción discursiva de cada posición sobre cuál sea la correcta solución de derecho. Mientras que las inseguridades en las otras ciencias se deben al conocimiento de que hay unos límites en esos saberes, las del discurso jurídico obedecen antes bien al *desconocimiento* de sus propios límites. Responden a la falta de conciencia acerca de que, en mucho, estos límites son producidos por los propios juristas, ya que éstos se niegan a enterarse de cosas que son bien sabidas en otras disciplinas. En síntesis: mientras que las dudas y las discusiones que ocurren en otras materias son *científicamente* inevitables, a la altura del conocimiento alcanzado, las que se dan entre juristas están, a la altura del conocimiento alcanzada, las que se dan entre juristas están, en gran medida, *retóricamente* fundadas, y esto en virtud de los paradigmas *normales* de su propio discurso profesional. Unas puntualizaciones como las que Kuhn y otros han formulado sobre argumentaciones contradictorias y cambios de paradigmas en ciencias como la física, tienen muy poco que ver con las modalidades y los motivos de las discrepancias entre juristas. Es la distancia que va de unas ciencias en sentido propio (*conocimientos*, discusiones con *conocimiento* y discusiones sobre *conocimientos*) a una «ciencia», la jurídica, que sólo es tal en un sentido *muy amplio* (retórica)¹⁶. Ahí está

¹⁶ Sobre la diferencia entre ciencias en sentido propio, *estricto*, y ciencias en sentido *amplio* o amplísimo, cf. Haba 1990 (apartado VIII) y Haba 1991. Para un

el quid del asunto. Es esa la diferencia -¡chica cosa!- de la que nuestros sutiles iusmetodólogos (no Kirchmann, por cierto) prefieren acordarse lo menos posible¹⁷.

Mas también hay quienes discuten, no sin buenas razones, que exista una diferencia tan esencial, de principio, entre ciencia y retórica, en general (cf., por todos, los agudos análisis de Feyerabend). Ya Goethe había anotado que «Una ciencia es, como cualquier institución y organización humanas, una fenomenal conformación (*ungeheuer Kontignation* [?]) de lo cierto y lo falso, lo voluntario y lo necesario, lo sano y lo enfermizo» (*Tag und Jahres-Hefte* 1811). Por otra parte, no se puede negar -sobre todo a la luz de estudios detallados de historia de la ciencia que se han efectuado en las últimas décadas- que hay un fuerte grado de dependencia de los *contenidos* mismos de aquello que se tiene por saberes científicos, inclusive en ciencias de la naturaleza, respecto a factores de influencia que no son otra cosa que intereses sociales de grupos científicos; o sea, unos motivos que no son, y hasta pueden ir contra, los de orden meramente *teorético* de persecución de la «verdad»¹⁸. No obstante, sin negar razón a observaciones como éstas, pienso que la conclusión más atinada es que, a pesar de todo, hay una *considerable* diferencia de *grados* entre las inseguridades, o hasta las «trampas», que se pueden hallar también en muchas otras disciplinas científicas y aquellas otras que pueblan de modo habitual -en grado *muchísimo* más amplio y difundido- el pensamiento *común* de los juristas.

Me adelanto a discutir una posible objeción. He estado subrayando que los juristas cierran los ojos a conocimientos *relevantes* de otras disciplinas (lingüística, sociología, etc.), y que en ese *no-saber* a propósito, sea o no consciente en cada caso particular, reside la diferencia clave entre la orientación «científica» del jurista y la de los especialistas de otros campos. La objeción que voy a considerar podría estar centrada, pienso, en discutir qué corresponda ahí admitir como lo «relevante». Cada disciplina *selecciona*, «filtra» en función de los presupuestos

análisis más detallado del contenido -doce elementos como notas definitorias- del concepto de «ciencia» (tomado en sentido propio), así como de sus diferencias con la «semiciencia» y las «seudociencias», cf. Bunge 1985: capt. 2, esp. págs. 28-30. Lo que yo he denominado «ciencia en sentido amplio» o «amplísimo», en el mejor de los casos podría ser, de acuerdo con Bunge, una «semiciencia». Sobre los *distintos* modos en que el derecho puede dar lugar a una ciencia, cf. además las finas (¡pero atinadas!) diferenciaciones que presenta Ost (1992).

¹⁷ Cuando arriba me refiero a «nuestros sutiles iusmetodólogos», por supuesto que no estoy pensando en exámenes como, por ejemplo, el de Poirier o el de Ost: *supra* notas 8 y 16 *in fine*. Véase también *infra* a la altura de la nota 31.

¹⁸ Cf., por ejemplo, el excelente estudio de Mulkay (1979) sobre la moderna Sociología del Conocimiento Científico.

cognoscitivos que constituyen su armazón teórica básica, qué *aspectos* de su objeto de estudio son los que toma en cuenta y de qué *manera* los enfocará. Es común encontrarse, así, con que distintas ciencias tratan de los mismos objetos naturales, sólo que cada una dice cosas distintas acerca de ellos¹⁹. El hecho de que una no tematicice ciertas cosas que se examinan en otras, no significa, por supuesto, que aquella sea defectuosa, sino que tales diferencias pueden responder simplemente a la conveniencia de efectuar divisiones en el trabajo científico. Claro está, no se puede hablar de todo a la vez. Cada ciencia elige lo que tomará como relevante, según qué sea lo que ella se propone estudiar *específicamente*. Y de ahí resulta que, por fuerza, ella decide asimismo qué aspectos *no* va a estudiar; vale decir, lo que para esa ciencia será irrelevante de los objetos en cuestión, por más que esto pueda pertenecer también o estar muy vinculado a dichos objetos en la realidad. Se podría pensar, en consecuencia, que una crítica al discurso jurídico basada en que él «cierra los ojos» a tales o cuales cosas puestas de manifiesto en otras ciencias, es injustificada. Se dirá que todas éstas hacen algo por el estilo, pues cada una *recorta* de algún modo su propio objeto de estudio. Cada una habla sólo de algunas, no de todas las cosas que tienen que ver con él. Recurriendo al estribillo de Luhmann, puede decirse que cada ciencia social opera con su *propia* «reducción (sistémica) de complejidad» de aquello que se presenta en la sociedad.

Ahora bien, mis observaciones no apuntan al simple hecho de que el discurso jurídico proceda a «recortar» o «reducir complejidad». Eso, naturalmente, es inevitable que de alguna manera se haga. Mi crítica es mucho más específica: objeta *qué* es (conocimientos claves) lo que en él se recorta y *cómo* (retórica) se hace ahí tal cosa. En este «qué» y en éste «cómo» reside la diferencia decisiva entre el razonamiento jurídico y las ciencias en general. En la generalidad de las ciencias, su respectivo programa teórico de límites (recortes) para la investigación no tiene orientaciones ni efectos de carácter esencialmente retórico. Él no impide que sea tratado con la precisión y profundidad *posibles* lo que queda dentro de la esfera de estudio así delimitada. Por eso, si es necesario recurrir incluso a conocimientos de «afuera» para entender mejor lo de «adentro», ellas no se privan de hacerlo, ni los conocimientos de «adentro» estarán en desarmonía con los de «afuera»; allí los primeros son coordinables con los segundos, en planos

¹⁹ «Un mismo objeto de experiencia puede ser considerado desde infinitos puntos de vista, y desde cada uno de estos puntos de vista puede convertirse en tema de una ciencia distinta» (Moreno 1963: 34). Cf. esp. los caps. IV y V de la valiosísima monografía de Moreno.

teórico-sistemáticos. En el discurso jurídico, por el contrario, sus recortes hacen que aquello de que ahí se trata, la problemática encarada *dentro* de él, eso mismo alcance mucha *menor* precisión y profundidad que si también se recurriera, para resolver estos problemas, a unos conocimientos que son pan de todos los días en otras disciplinas: por ejemplo, a ciertas elementales nociones sobre «trampas» del lenguaje, para así poder detectar y evitar que un discurso resulte mucho más de tipo retórico que dirigido a captar en profundidad los problemas y a descubrir verdades. (La tan cacareada «interdisciplinarietà», entre juristas no ha pasado de ser, si acaso, una palabra de moda, usada para lustrar la fachada de cursos donde al fin de cuentas la dogmática jurídica sigue reinando tan campante por sus senderos acostumbrados²⁰).

En definitiva, siempre topamos con la misma diferencia esencial. Mientras que las limitaciones formales y en general las exclusiones en otras ciencias permiten organizar a estas metódicamente para conocer *más* de las cuestiones estudiadas, con el discurso jurídico sucede casi al revés. En él, sus limitaciones formales, y en general sus precomprensiones, tanto las vulgares como las «técnicas», llevan a que se conozca mucho MENOS sobre los asuntos tratados que si el telón de su dogmática no impidiera el acceso a otros conocimientos²¹. Cuando decimos, pues, que el discurso común del derecho, a diferencia de otras disciplinas, prescinde de conocimientos relevantes, tal «relevancia» la medimos, no en función de los propios intereses de conocimiento de esas otras ciencias, sino por los del discurso jurídico *mismo* -supuesto que este quisiera alcanzar una mayor conciencia sobre sí mismo y conocer mejor los problemas reales que él trata, aparentemente,

²⁰ Véase, por ejemplo, el singular provecho científico que resultaría de tener en cuenta simplemente algunas elementales características de los lenguajes naturales a la hora de utilizar el lenguaje jurídico, tal y como se explica, con encomiable sencillez, en el librito de Carrió (1965). El uso mucho menos retórico de dicho lenguaje, que se seguiría de tener eso en cuenta, llevaría a superar la habitual brecha, la mutua incomprensión entre el tratamiento de cuestiones sociales en el discurso jurídico y las maneras en que éstas son examinadas por los sociólogos, los economistas, los psicólogos, etc.; permitiría, pues, *ampliar* considerablemente la «visión» que de los problemas suelen tener los juristas. Sin embargo, lo cierto es que tal posibilidad, habida cuenta de quiénes son los protagonistas *reales* de aquel discurso y las funciones que *de hecho* está llamado a cumplir el derecho, se revela como una perspectiva que, en la práctica, resulta más bien fantástica: *infra* IV. [En cuanto a lo de la «interdisciplinarietà», obsérvese, por ejemplo, la parte dominante, en cantidad y en énfasis, del llamado «Curso interdisciplinario (*sic*) en derechos humanos», organizado anualmente por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos: la dogmática juricista se mantiene allí incólume, sólo que adornada lateralmente por algunas (pocas) conferencias en donde, precisamente, *no* se habla de ella.]

²¹ Cf. Opp. 1973. Véase también la nota anterior.

de resolver-. Esos *otros* conocimientos servirían para aclarar dudas, disolver planteamientos falaciosos, alcanzar de modo más eficiente unos objetivos sociales o por lo menos dejar más en claro su problemática real, etc., en asuntos de que pretende ocuparse el derecho positivo. Una vez más, la diferencia está, básicamente, en lo que Kirchmann percibió: que el derecho no es ciencia; o bien, si se quiere, que es «ciencia», sí, pero en un sentido muy distinto del que esta palabra tiene cuando es usada para calificar a otras disciplinas²². El razonamiento jurídico, al contrario de éstas, no recorta su objeto para *conocerlo* mejor, sino que obra, sea o no intencionalmente, para *impedir* que intervenga tal conocimiento, o cuando menos para disimularlo, neutralizarlo.

Pero la objeción -a Kirchmann y a nosotros mismos- que estamos examinando puede aparecer también planteada en forma un poco distinta, encarada desde un ángulo más específico. En efecto, podría sostenerse que proponer un paralelo del derecho con ciencias que simplemente buscan *conocer*, es efectuar una comparación descaminada, pues aquél, a diferencia de ellas, constituye un discurso que ante todo es de carácter *normativo*. Sus fines no son principalmente teóricos sino práctico-sociales, ordenación de conductas²³: una programación de éstas, indicaciones capaces de ejercer influencia efectiva sobre la práctica de dichas conductas. Puede que esta ciencia sea poco satisfactoria en el plano teórico cuando se la juzga de acuerdo con paradigmas cognoscitivos de otras ciencias; pero eso no es un argumento razonable contra ella, podría argüirse, ya que su *propio* paradigma es de otra clase, persigue *otras* finalidades. No es pertinente, se dirá, juzgarla sino en función de estas mismas. Con *tales* fines sí, se aduce, está en perfecta armonía dicho paradigma, los cumple a cabalidad. Por eso resulta innecesario, y hasta podría ser perjudicial, interferir con él mediante la apelación a unos conocimientos que allí carecerían de verdadera pertinencia. Son irrelevantes para *esta* disciplina.

Tal objeción tiene mucho que ver con la Tesis C, que será considerada más abajo. Aquí discuto únicamente lo del alcance teórico de una ciencia jurídica concebida así. Por cierto que al propio Kirchmann no le faltó la claridad necesaria como para advertirnos, al comienzo mismo de su examen, que corresponde distinguir entre dos cosas: la cuestión de la *verdad* (teoría) científica y el aquilatar qué *influencias* (eficacia o ineficacia, utilidad, etc.) sobre la realidad pueda tener la ciencia en cuestión. Aunque ambas cosas guardan relaciones, ya que la segunda también puede -¡o no!- depender de la primera, eso no

²² Cf. los sitios indicados *supra* en la nota 16.

²³ Recuérdese lo señalado por Atienza, en cuanto a que el derecho no es «ciencia», sino «técnica»: *supra* a la altura de la nota 10.

quita que se aprecian en función de parámetros muy distintos: respectivamente, criterios de la verdad y razones de eficacia. Nosotros, hasta ahora, lo que hemos estado cuestionando del pensamiento jurídico es lo primero, nada más. En las otras ciencias, por lo menos en aquellas de que se ocupan los más renombrados epistemólogos del discurso científico en general, ese objetivo, la búsqueda de unas verdades, se contempla como esencial, sea o no que a un investigador le preocupen además las eventuales aplicaciones prácticas (tecnología). La persecución, sin concesiones, del valor verdad, el esfuerzo por aproximarse a él en la mayor medida posible²⁴, es una condición indispensable para hacer ciencia a los ojos de toda -¿menos la del derecho?- comunidad científica. Por tanto, si fuera cierto que para la ciencia del derecho eso no importa, o que importa sólo en grado muy secundario y se puede legítimamente dejarlo de lado para alcanzar otros objetivos, entonces resultaría cierto lo que hemos venido sosteniendo: que, aunque se acepte llamarle «ciencia» al discurso jurídico, esa palabra se utiliza ahí en un sentido muy distinto del que como categoría conceptual general tiene cuando tal rótulo es usado para calificar a las demás disciplinas conocidas como científicas. Si se entiende que él o los paradigmas fundamentales del derecho no responden, ni tienen por qué responder, antes que nada²⁵ a la obtención de verdades, eso significaría justamente que el derecho *no* es ciencia, de acuerdo con el sentido normal de este término. ¡Ni más ni menos que lo subrayado por Kirchmann!

No creo que a Kirchmann le interesara embarcarse en una querrela de palabras, disputar sobre preferencias en el uso del membrete «ciencia». Al fin de cuentas, éste constituye una opción lingüística no menos convencional que cualquier otro término. Lo que Kirchmann quiso destacar es que, comparando con los parámetros de conocimiento a que se someten las (así llamadas) *ciencias* en general, los juristas hacen lo contrario, o poco menos, que los profesionales de ellas. Y en cuanto a eso, indudablemente acertó, sean cuales fueren las preferencias

²⁴ Si bien esa «persecución» puede llegar a alcanzar, en la ciencia respectiva, buen grado de éxito, tampoco cabe descartar la eventualidad de un relativo fracaso en tal empresa, según cuáles sean las esferas investigadas o los casos. El carácter de *científico* que un discurso pueda tener no garantiza de por sí que él vaya a lograr plenamente su objetivo; de lo que allí se trata, eso sí, es de que sea un esfuerzo que, en cuanto actividad teórica, logre que dicho discurso haga efectivamente todo lo *posible* por alcanzar el *mayor* conocimiento para resolver el problema encarado.

²⁵ Decir «antes que nada» no es lo mismo que decir «únicamente», sólo se trata de resaltar una *prioridad* fundamental. Prioridad que, por lo demás, ni siquiera es necesario afirmar que sea absolutamente general en el orden axiológico, pues también se puede preferir a otros valores al de la verdad (en tales o cuales respectos); esa prioridad es una de carácter *lógico* en el plano del *conocimiento*, y en especial si éste pretende ser de tipo «científico» justamente.

que cada quien tenga en cuanto a empleos del vocablo «ciencia», y ya sea que uno se incline a aceptar contenidos más amplios -ciencias «blandas»- o más estrechos -ciencias «duras»- para dicha palabra²⁶.

Esa diferencia fundamental, entre el discurso de los juristas y las inseguridades de las ciencias en general, no se puede obviar mediante ningún pase de manga con la denominación «ciencia»²⁷. Menos que menos, si uno pretende basarse en Wittgenstein o Kuhn. Recurriendo a expresiones de Wittgenstein, la idea central de Kirchmann podría reformularse así: los «juegos de lenguaje» de la «región» llamada *derecho* tienen demasiado poco en común con la gran «familia» de todos aquellos otros «juegos» para los que suele usarse el nombre genérico de *ciencia*²⁸. O bien, esta vez en términos de Kuhn, eso podría analizarse también así: los «paradigmas» de la ciencia «normal» del derecho no sólo son muy distintos a los de las demás ciencias (normales), sino que hasta resulta que aquellos son, en buena medida, *contrarios* o incompatibles con algunos cánones que suelen reconocerse como básicos para todas éstas: señaladamente, con ciertas pautas esenciales de la transparencia (honestidad) discursiva y el objetivo de buscar la verdad a toda costa.

Empero, según Alexy, la «pretensión de corrección (verdad)» es coesencial también al discurso jurídico (1989: 212, 313, 317 s. y *passim*). Téngase en cuenta especialmente lo que ese autor dice sobre unas «reglas de transición» (págs. 200 ss., 275 ss., y cf. la regla 2.1 en la pág. 286) al saber teórico empírico, que tienen validez también para los efectos de la argumentación jurídica. Si bien ellas se encuentran allí integradas en el seno de una argumentación compleja que maneja asimismo muchas otras reglas, éstas deben entenderse -según él- como complementarias y *no* como contradictorias respecto a dicho saber, pues el discurso práctico se ve en la necesidad de resolver aspectos para los cuales tal saber puede no ser suficiente. Ahora bien, es concebible que reglas como las sacadas a luz por Alexy (cf. su resumen en las págs. 283 ss.) puedan ser reconocidas como patrones *ideales* de la propia argumentación por parte de los juristas, y hasta es probable que unas u otras guíen en su caso, por lo menos implícitamente,

²⁶ Cf. los sitios indicados *supra* en la nota 16.

²⁷ Como dice Atienza, «la cuestión de ‘la científicidad de la jurisprudencia’ es... una cuestión... que tiene una explicación puramente ideológica. La auténtica raíz del problema es la falta de prestigio social de los juristas y de la labor teórica que desarrollan, carencia que se pretende superar usufructuando el rótulo ‘científico’. Nos encontramos, pues, con un nuevo caso de definición ‘persuasiva’...» (1985: 281).

²⁸ Sin embargo, hay ciertos «parecidos de familia» entre el derecho y otras ciencias: *infra* IV.

tales o cuales de sus razonamientos profesionales comunes. Sin embargo, lo que Alexy no consigue demostrar, ni creo que trate de hacerlo, es que en la *realidad* sea a *ese* conjunto de reglas que los juristas recurren por lo habitual, aunque fuere en forma implícita, para *decidir* las cuestiones dudosas, esto es, los asuntos que ellos no resuelven simplemente plegándose a determinada tradición jurisprudencial o los que *prima facie* (letra «clara» de la ley, etc.) no muestran dificultades. Por el contrario, con respecto a cuestiones sobre las que *en realidad* discuten los juristas, más bien parece que unos criterios científicos como aquellos a que remiten las «reglas de transición» no suelen ser verdaderamente tenidos en cuenta para el discurso jurídico profesional²⁹.

Si bien se mira, por todo lo dicho, un análisis *correctamente* inspirado en Wittgenstein y Kuhn no puede conducir, en esencia, a desautorizar la conclusión central de Kirchmann. Antes bien lleva a reforzarla, esto es, tanto a ratificarla como además a profundizarla con elementos de juicio complementarios. Cosa muy distinta, por cierto, de lo que proclaman esos iusmetodólogos que, cerrando los ojos a tanta evidencia acumulada acerca del carácter esencialmente retórico y simplista de buena parte del discurso jurídico, ahora nos quieren convencer de que se debe echar en un mismo saco las inseguridades -de origen retórico- que abundan en este y aquellas otras inseguridades -¡no retóricas!- que, en forma mucho más excepcional y por motivos de índole muy diferente, llegan a presentarse también en otras disciplinas científicas.

El gran mérito de Kirchmann reside en que nos llama la atención precisamente sobre aquello que consigue disimular más de un pedante análisis en la Teoría del Derecho contemporánea. Después de todo, es la sofisticada engañosidad de los temas y enfoques que predominan en las revistas y congresos de metodología jurídica lo que hace especialmente provechoso volver a leer estudios como el de Kirchmann u otros clásicos³⁰. La colorida prosa de Kirchmann no vacila en llamar las cosas por su nombre. Y, desde luego, ahí no se pierde el tiempo en desmenuzar la escolástica de alguna «posición original» u otros delirios constructivistas, ni en jugar a las letritas (lógico-deónticas u otras), ni en discutir interminablemente sobre las innumerables definiciones

²⁹ Cf. los estudios indicados *supra* en las notas 9 y 14.

³⁰ Mayor provecho, por cierto, que de casi todo lo escrito en años recientes, se extraerá de releer a autores como: Jhering (*Bromas y veras en la Jurisprudencia*, 1860 a 1884), Frank (*Law and the Modern Mind*, 1930), Radbruch (*Filosofía del Derecho*, 1932), Kelsen (*Teoría pura del derecho*, 2.^a ed. 1960, cf. esp. el cap. VIII), Perelman (en su primera etapa, no conformista: *De la justicia*, 1945), Ross (*Sobre el derecho y la justicia*, 1958), etc. Para un estupendo panorama de cuestiones y puntos de vista que hoy no suelen aparecer planteados con esa llaneza, véase Batiffol 1979.

(y aplicaciones) convencionales que son capaces de soportar unas palabras como «racionalidad» o «razonable», etc. No vendría mal tomar nota de cómo Kirchmann, a diferencia de la actual Teoría del Derecho, no se distrae en discutir sutilezas que sólo conducen a desviar la vista de lo principal, o están ahí para complicar inútilmente la exposición.

No digo que toda «sutileza» sea, por fuerza, desechable. Por el contrario, pienso que mucha razón tenía Max Weber en subrayar que «nada es demasiado ‘pedante’ si sirve para evitar confusiones»³¹. Por ejemplo, me parecen iluminadoras, todavía hoy, la mayor parte de las «sutilezas», si así puede llamárseles, de un pensador como Kelsen... ¡pero no las pulcras aclaraciones secundarias con que se han complacido en desmenuzarlas muchos de sus comentaristas, preocupados por *couper les cheveux en quatre*! Todo depende, en efecto, de saber *qué* confusiones son las que se consigue aclarar mediante las «sutilezas» en cuestión. Importa que se trate de unas confusiones que NO sean obvias, o disipables mediante razonamientos más sencillos. Y sobre todo, siempre habría que empezar por ver si tales confusiones tienen verdadera *relevancia* para entender el papel que *en la práctica* juega el discurso que se basa en ellas; en nuestro caso, el del derecho. Por mi parte, pienso que la mayoría de las sutilezas en que se complacen los actuales iusmetodólogos van más bien en otra dirección. NO son de las que ayudan a hacer ver las *deficiencias* fundamentales en que por lo habitual incurren los razonamientos de los juristas. Precisamente aquellas que hace resaltar, aunque en forma un tanto gruesa, la conferencia de Kirchmann. Ese opúsculo, tan «superado», hoy más que nunca debería servir como ejemplo, por su inusual franqueza en cuanto al fondo y hasta por el estilo literario, a quienes escribimos en las aburridas revistas especializadas de la materia.

* * *

Tesis C: utilidad del discurso jurídico corriente. -También contra tal tesis se pronuncia Kirchmann, pero pienso que en eso no le asiste tan claramente razón. Sin embargo, no es que a este respecto se equivoque, digamos, de medio a medio, sino que, para proceder a una discusión ajustada sobre el asunto, sería indispensable introducir una serie de distinciones que Kirchmann no efectuó. Sus afirmaciones son rescatables, por lo menos hasta cierto punto, pero sólo si se las hace objeto de matizaciones que él no llegó a contemplar.

Ante todo, importa recordar que *utilidad* no es algo que una cosa posea simplemente en sí por sí misma, sino que eso se juzga de muy

³¹ Weber 1973: 240.

distintas maneras según la o las finalidades tenidas en cuenta. La misma conducta o el mismo artefacto que son útiles para lograr A, pueden no serlo para lograr B, y hasta resultar perjudiciales con vistas a esto último. Pues bien, ¿en qué fines pensaba Kirchmann al decir que el derecho positivo y en general los juristas profesionales no sirven, que antes bien constituyen un obstáculo para el logro de tales fines? Lo que él tuvo en vista como objetivo, si no me equivoco, es sobre todo la adecuación a eso que llamó «derecho natural», el sentimiento jurídico del pueblo. Para no extenderme, prescindiré de discutir si lo que dicta este sentimiento merece verdaderamente, en todos los casos o cuando menos en la mayoría de ellos, ser aceptado como la *mejor* -un juicio de valor- solución en materia social³². Mas no podemos obviar, sea como sea, la pregunta acerca de si ese sentimiento es lo bastante claro, detallado y tan netamente intersubjetivo como para que a la luz de él puedan, si así deseara hacerse, ser resueltas cómodamente las controversias de que se ocupa el derecho.

Aun prescindiendo de la discusión histórica sobre si semejante sentimiento existió alguna vez de tal manera, parece indudable que civilizaciones como las actuales difícilmente podrían funcionar sin un aparato especializado de justicia, el cual a su vez siga la normativa que establecen unos órganos no menos especializados (Parlamento, Administración, etc.). Pero aunque esa comprobación quita vigencia a dicha crítica de Kirchmann, porque no es viable el retorno: a un «derecho natural» simplemente, empero no la hace inatendible sin más. Merece ser escuchada todavía, *cum grano salis*. Si bien se mira, dicha crítica anticipa en lo básico aquello que más tarde vino a señalar Jhering, para luego ser apuntado igualmente y ampliado por muchos otros autores, en cuanto a lo artificiosos que son los razonamientos de la llamada jurisprudencia «conceptualista»: la *Begriffsjurisprudenz* y en general la dogmática jurídica.

Siempre se vuelve a subrayar, en tales críticas, que esos razonamientos, por la forma inútilmente rebuscada de sus planteamientos, y además por lo poco plausible de las soluciones en que a menudo desembocan, se apartan ostensiblemente de aquello que, según se entiende, son los verdaderos fines del derecho: impulsar la solución más «justa», o cuando menos alguna que resulte *intuitivamente* adecuada, para los conflictos sometidos a la jurisprudencia. Y parece indudable que, en efecto, eso es así; si no siempre, en buen número de

³² Que una respuesta afirmativa a esta pregunta no es nada evidente se demuestra recordando, por ejemplo, lo que fue la experiencia en cuanto al «sano sentimiento del pueblo» bajo el Tercer Reich en Alemania, pero también con numerosos ejemplos de la «opinión pública» en muchos otros países.

casos da fuertemente tal impresión³³. Quiere decir que a Kirchmann no le faltaba, después de todo, algo de razón al señalar que el discurso jurídico profesional resulta más bien un obstáculo para la realización de unos objetivos sociales muy valiosos³⁴, contrariamente a lo que afirma la Tesis C. Empero, no me propongo reexaminar aquí esta cuestión, pues para los propósitos del presente comentario alcanza con dejar formuladas dos precisiones.

Primera precisión. -Lo de la «utilidad», o la falta de ella, ya dijimos que depende de cuáles sean precisamente los fines sociales tomados en consideración. Lo más probable es que el derecho sea útil para apoyar la realización de algunas cosas y defender ciertos intereses, pero poco útil o hasta perjudicial para otras u otros, resultará útil en unos casos concretos y no en otros, etcétera. Para proceder a un examen en serio de la Tesis C, la cual implica necesariamente una afirmación sobre tales o cuales relaciones empíricas de medios a fines, habría que empezar por efectuar no pocas distinciones: entre los fines, entre los medios, entre colectividades, entre casos, etc. Claro que Kirchmann no las efectuó... ¿pero las hacen, por su lado, quienes sostienen otra cosa, los apologetas del discurso jurídico profesional? Sea como sea, así como me parece difícil defender que Kirchmann tenga toda la razón a este respecto, no menos difícil, creo, sería probar que él estaba completamente equivocado en eso. Yo diría que ahí Kirchmann y la Tesis C se quedan algo así como empatados: en cada uno de los dos bandos falta una formulación más discriminada de las respectivas tesis, ya que ambas pueden ser parcialmente ciertas y parcialmente erróneas, esto es, dependiendo de cuáles sean *específicamente* los fines y los medios contemplados.

Segunda precisión. -Por lo demás, al fin de cuentas nada de eso es verdaderamente decisivo para juzgar si el derecho es o no es «ciencia». Pues podría tratarse de una ciencia, sí, aun cuando *no* resultara eficaz para lograr estas o aquellas realizaciones sociales. Así como también cabe, paralelamente, la posibilidad de que *no* sea ciencia a pesar de ser eficaz para inducir a que ellas se lleven a cabo, ya que no

³³ El propio Atienza, a pesar de entender que «la dogmática jurídica, considerada globalmente, cumple una función útil», agrega de inmediato que tal reconocimiento «no impide negar que una buena cantidad de las discusiones que se desarrollan en su seno sean en gran medida estériles, y muchas veces la esterilidad suele ir unida al olvido, por parte de los dogmáticos, del carácter técnico de su actividad» (Atienza 1985: 282).

³⁴ Ese es el tipo de crítica que los marxistas solían efectuar respecto al ordenamiento jurídico de los países capitalistas, al calificarlo de derecho «burgués». Otro ejemplo: es también, aunque sea menos neto desde el punto de vista de la fundamentación teórica, la clase de enfoque que adoptó Eduardo Novoa Monreal en su popular libro *El derecho como obstáculo al cambio social* (1.^a ed. 1975).

todo medio exitoso es, por la sola virtud de sus resultados prácticos, un procedimiento de tipo *científico*. Eficaz y todo, el derecho, podría muy estar en lo cierto Kirchmann al señalar que ese discurso no dice verdad. Más aún, hasta podría ser que esa misma falsedad (retórica) fuera justamente lo que al discurso jurídico le brinda tal eficacia. Como es sabido, en su conducta político-social la gente se guía mucho más, en general, por unos discursos efectistas o simplemente amenazantes, que por razones de índole científica. Significa que, incluso si hacemos abstracción de lo apuntado en la primera precisión, y hasta suponiendo comprobada la Tesis C, nada de esto anularía las objeciones apuntadas respecto a las Tesis A y B. Por tanto, sea como sea, la Tesis C no puede servir para descartar que Kirchmann tenga razón respecto a que, en cuanto a los contenidos *teóricos*, el derecho no es ciencia; o a que, en todo caso, se trata de una «ciencia» peculiarmente defectuosa en *tal plano*³⁵. En el mejor de los casos, pues, sólo podría llamársele «ciencia» si esta palabra se toma en algún sentido muy amplio³⁶.

III

I. No obstante todo lo señalado, corresponde reconocer que, aun limitándonos a considerar la ciencia del derecho en su contenido teórico solamente, el juicio negativo que sobre ella pronuncia Kirchmann es demasiado global, resulta exagerado por su indiscriminación. Así, por ejemplo, se ha hecho notar que al hablar de «ciencia jurídica» o «jurisprudencia» (*Jurisprudenz als Wissenschaft*), él y quienes opinan en forma similar, bajo esa denominación «entienden un poco de todo: jurisdicción, legislación, exégesis y comentario» (Perticone)³⁷. Pero estos cuatro niveles no son la misma cosa. Y hasta

³⁵ Quiere decir que de las dos cosas entre las cuales Kirchmann supo distinguir, verdad y eficacia (cf. *supra* al comienzo del párrafo que trae la nota 24), de todas maneras la Tesis C no afectaría a la primera de ellas, que es el motivo central de mi comentario: la discusión acerca del valor científico-teórico de la «ciencia» jurídica. Ese valor que, precisamente, más de un iusmetodólogo actual pretende reivindicar.

³⁶ Cf. los sitios indicados *supra* en la nota 16.

³⁷ Perticone, 1964: 341-342. Asimismo, años antes (1832) de la conferencia de Kirchmann, ya el fundador de la escuela analítica inglesa para la *Jurisprudence*, John Austin, no había dejado de advertir que «la misma palabra jurisprudencia no está tampoco libre de ambigüedades y ha sido utilizada para designar lo siguiente: el conocimiento del derecho como una ciencia, junto con el arte, el hábito práctico o la destreza al aplicarlo. La ciencia de la legislación, es decir, la ciencia de lo que se debe hacer para producir buenas leyes junto con el arte de hacerlas. Así como el conocimiento de lo que debe ser presupone el conocimiento de lo que es, así también la ciencia de la legislación presupone la jurisprudencia» (cit. en Calsamiglia, 1986: 130). Por lo demás, los cometidos de la «jurisprudencia» pueden concebirse incluso

en el interior de cada uno de ellos cabe efectuar distinciones que, ciertamente, tienen su importancia para dar cuenta adecuada acerca de los discursos que pronuncian los juristas. Hoy existen, por lo demás, muchas otras Ciencias del Derecho, en las que seguramente no pensó Kirchmann: Historia del Derecho, Derecho Comparado, Teoría (General) del Derecho, Antropología Jurídica, Psicología Jurídica, Análisis Económico del Derecho, Sociología Jurídica, Informática Jurídica, etc. (cf. Atienza, 1985: cap. 5).

Quedémonos, para nuestros efectos, con la dogmática jurídica como prototipo de ciencia del derecho, pues ella corresponde bien al tipo de discurso que Kirchmann tuvo esencialmente en cuenta. Dicha dogmática abarca la exégesis y el comentario, interviene como fundamento de las sentencias en la jurisdicción y hasta puede ejercer influencia en la legislación. Por tanto, se halla presente, de una u otra manera, en todo aquello a que Kirchmann se refería al hablar de *Jurisprudenz*. Ahora bien, inclusive sin desconocer el carácter retórico o simplemente impreciso, disimulante de la realidad, que afecta a buena parte del discurso jurídico, elaborado con base en esa dogmática o afin con ella, esto no debería impedirnos advertir asimismo que hay importantes segmentos o aspectos de él que no son subsumibles sin más en dicha función anticientífica. Aspectos que intervienen también, junto con esta función y a veces en lugar de ella, en el pensamiento de los juristas. Nuestra conclusión va a ser más matizada que la de Kirchmann: vista en su conjunto, la «ciencia» (dogmática) jurídica es retórica (=no-ciencia), por cierto, pero también contiene más que eso. Ella no es solamente retórica.

Por lo pronto, a diferencia de, por ejemplo, la retórica de la propaganda para vender productos comerciales o la de los partidos políticos, la de los juristas es más sutil y puede ser mucho más sofisticada. De ahí que haya, en efecto, por lo menos una *apariencia* teórica en el discurso jurídico, algo que a este le confiere un «aire de familia» (Wittgenstein) en relación con las ciencias en general.

Distintos autores han hecho notar, con razón, que la dogmática jurídica hace dos cosas distintas, aunque interrelacionadas -si bien los juristas, por motivos de persuasividad (retórica), se empeñan en no distinguir la una de la otra-. La doctrina del derecho describe verdaderamente ciertos datos, que son tales o cuales contenidos de determinado

de manera todavía mucho más amplia y variada, como lo hace Wolf: «La tarea de la ciencia del derecho se extiende más allá del mero conocimiento de las leyes y de la teoría de la aplicación del derecho. Su objeto no es sólo el derecho legislado, sino el conjunto del ordenamiento de la sociedad y del tráfico nacional e internacional» (Wolf, 1962: 51); cf. todo el apartado (III) que comienza con esta cita y también la segunda de las dos del mismo autor recogidas *infra* en la nota 42.

Derecho positivo o de un conjunto de tales ordenamientos. Pero, junto a esto, además esa doctrina incorpora por su propia parte unos criterios de política jurídica, sus interpretaciones que le permiten solucionar aspectos que no aparecen resueltos intersubjetivamente de antemano por lo que dice la letra de los textos oficiales del Derecho considerado. No obstante, los juristas presentan esa doble tarea -reconocimiento/interpretación- como si también lo segundo estuviera desde ya contenido de modo indudable, *preestablecido*, en el material de que se compone lo primero. Estas dos dimensiones de la doctrina jurídica tradicional pueden ser calificadas, respectivamente, como el cumplimiento de una función *descriptiva* y una función *prescriptiva*, mediante tales discursos³⁸.

Si bien ambas funciones son en realidad inescindibles, tanto en la presentación doctrinaria corriente como en la práctica de dichos discursos, es oportuno, cuando se los examina en forma crítica, hacer la distinción, sobre todo con vistas a evaluar el nivel teórico-científico de ese tipo de razonamientos. Claro está, Kirchmann no pensó en esta diferencia, pero vale la pena que nosotros lo hagamos. Porque no se puede descartar *a priori* que cuando menos la función descriptiva contenga también unos conocimientos propiamente dichos, supuesto que resulte posible discernirlos de los elementos retóricos con que se los suele presentar entrelazados.

Y podría concebirse que hasta la función prescriptiva, ella misma, llegara a ser ejercida de acuerdo con un discurso científico adecuado, esto es, propiamente teórico y no retórico, de manera análoga a como otras ciencias (puras) dan lugar a distintas aplicaciones prácticas que se derivan -técnicas o tecnologías- de aquellas mismas. Es así, por ejemplo, como Max Weber y otros conciben la discusión y la aplicación *científica* de juicios de valor, la llamada «razón instrumental»³⁹. Sin embargo, para que la función prescriptiva de la dogmática jurídica llegara a ejercerse de ese modo, esta tendría que

³⁸ Cf. Calsamiglia, 1986: págs. 130-136. Por su parte, Atienza (1985) dice que la dogmática jurídica «cumple las tres siguientes funciones: *a*) suministrar criterios para la aplicación de las normas vigentes; *b*) suministrar criterios para el cambio del Derecho en las diversas instancias en que éste tiene lugar; *c*) elaborar un sistema conceptual con vistas a conseguir los dos anteriores objetivos» (pág. 276); con base en lo cual concluye, dicho autor, que «la jurisprudencia es un saber normativo, valorativo y práctico» (págs. 277-278). Se podría entender, me parece, que los puntos a) y b) son funciones de tipo *prescriptivo*, pero que el punto c) le proporciona al pensamiento jurídico unas categorías de orientación más bien *descriptiva* (aunque, desde luego, este punto va también muy unido a las dos funciones anteriores).

³⁹ En cuanto a esta posibilidad en relación con, por ejemplo, el discurso jurídico de los derechos humanos, cf.: Haba, 1977b (II.3), Haba, 1983 (§§ 9 y 11), Haba, 1986 (§ 9: esp. III).

empezar precisamente por no encarar tal función de la manera que suele hacerlo. Debería reemplazar su retórica por un discurso práctico que fuera verdaderamente *teorético* incluso en la manera de llevar a cabo la *discusión* entre alternativas para las situaciones prácticas controvertidas. Mas es notorio que esto no se da en el razonamiento típico de los juristas. Allí las discusiones corrientes, tanto en los tribunales como hasta en el plano mismo de los tratadistas, no hacen por acercarse, ni remotamente, al nivel teórico que podrían alcanzar si encararan esas cuestiones con la ayuda de otros conocimientos científicos disponibles (interdisciplinariedad).

* * *

2. Pues bien, teniendo en cuenta la doble función señalada, cabe preguntarse si la dogmática no contiene, a pesar de todo, algunos *conocimientos* de orden descriptivo. Y la verdad es que una respuesta afirmativa en tal sentido no carece de cierta plausibilidad. En primer término porque, volviendo a la cuestión terminológica⁴⁰, difícilmente puede negarse, aun cuando Kirchmann parece inclinado a hacerlo, que la palabra «ciencia» comprende entre sus usos normales el de ser aplicada también al discurso jurídico profesional, al menos por parte de sus propios locutores. Pero sobre todo, y más allá de la circunstancia, simplemente convencional, de que existe ese uso lingüístico, ya advertí que dicho discurso ofrece ciertos «parecidos de familia» con los discursos científicos de otras disciplinas, hasta con el de aquellas que el propio Kirchmann tomó como modelo paradigmático de lo que es ciencia.

Cada uno de esos discursos ostenta la característica de pertenecer a un respectivo universo discursivo teórico-sistemático, que es la disciplina en cuestión. La pertenencia a dicho universo se hace patente, desde ya, por la circunstancia de que sus locutores emplean un lenguaje especializado propio. Si bien no todas, y por lo general ni siquiera la mayoría, de las palabras que utilizan son ajenas al lenguaje común, empero ellos agregan una serie de términos que no se encuentran en éste: las expresiones *técnicas* de la materia. Estos términos, sean o no homónimos con palabras del lenguaje común, representan conceptos fundamentales de la disciplina considerada, son piezas claves del sistema teórico en que ella consiste; sistema que constituye el principal objeto de conocimiento del aprendizaje impartido en los cursos universitarios y en general de la literatura especializada que utilizan

⁴⁰ Sin perjuicio de subrayar, una vez más, que esta cuestión no la considero como importante en sí misma. Pero en el modo de contestarla puede revestir, de todas maneras, un interés de dato sintomático respecto a diferencias de orientación que son de fondo.

los profesionales de esa disciplina. Aprender una ciencia es aprender los «juegos» característicos de cierta «región» del lenguaje, la constituida por determinado discurso teórico especializado. Es aprender a actuar en función de ellos precisamente. Consiste en llegar a saber cómo usar esos «juegos» para entenderse en el seno de la comunidad científica respectiva y para aplicarlos a resolver ciertas clases de cuestiones (sean éstas de la realidad empírica, hipotéticas o lógico-formales). Dicho recurso sirve, ante todo, para seleccionar esas cuestiones, pero asimismo para ordenar los conocimientos científicos disponibles acerca de ellas y, en consecuencia, también para localizarlos en relación con un problema dado y para aplicarlos de la manera en que esa ciencia lo establece⁴¹.

Dichas características las presenta, en todo caso a primera vista, igualmente el discurso jurídico. En tal sentido, no cabría negar que él es «ciencia». Por eso puede no carecer de cierta justificación un comentario como, por ejemplo, el siguiente: «La *construcción* jurídica presenta el mismo carácter metodológico que la construcción matemática, técnica, gramatical o histórica: su finalidad es la reestructuración de toda una institución jurídica partiendo de sus partes previamente aisladas por el pensamiento; es decir, la síntesis realizada sobre los resultados del análisis previo. (...) Finalmente, la *sistemática* jurídica es a partes más extensas del orden jurídico o al conjunto de él lo que la construcción es a una institución jurídica suelta, a saber: el desarrollo de las normas concretas de todo el orden jurídico o de una de sus partes, a base de una única idea» (Radbruch)⁴².

⁴¹ «Pues el método de la Ciencia es una *guía* de la investigación y una *prueba* de sus resultados. Pero no termina allí su función. Porque la Ciencia no es una acumulación desordenada de verdades, sino un *sistema* de ellas: un orden de verdades lógicamente relacionadas, ordenadas según principios. Y es el método el que ha de suministrar los criterios para esta ordenación» (Moreno 1963: 19).

⁴² Radbruch 1951: 10-11. Una idea similar se encuentra expresada también en un pasaje como el que sigue. «Como la ciencia del derecho vigente o positivo, la jurisprudencia» se ocupa, entre otras cosas, de cumplir la siguiente «tarea: Primeramente responde a la pregunta: ¿Qué encontramos en las instituciones y las fuentes del derecho? ¿Qué contenido tienen las proposiciones jurídicas individuales, en sí y en su compleción sistemática? Esta rama de la ciencia jurídica se llama Dogmática Jurídica» (Wolf 1962: 55). Pero esa tarea, que bien podemos calificar de *descriptiva*, por parte de la jurisprudencia, es dable concebirla hasta de manera todavía más amplia, lo cual en realidad va más allá de los aspectos señalados en las palabras de Radbruch transcritas arriba: «El método de la jurisprudencia consiste, pues, en este ámbito, en una asociación de análisis e integración lógica de conceptos con comprensión histórica y explicación sociológica de las instituciones y funciones del derecho. Contempla como fin propio la producción de un sistema de conceptos jurídicos ordenados según puntos de vista teleológicos y de reglas de interpretación para el ordenamiento jurídico...» (ibíd.: 57); y cf. también la cita del mismo autor ubicada *supra* al final de la nota 37.

No obstante, aun dando por cierto que eso sea así (más o menos), y que por ende la ciencia jurídica tiene efectivamente tal parecido de familia con las demás ciencias, ello en nada afecta a lo esencial de la crítica de Kirchmann. No refuta la central de ésta, ahí donde él supo armarse de todo el realismo que no le interesa a más de un iusmetodólogo actual. Admito que las «construcciones» y los «sistemas» del razonamiento jurídico no son puros inventos del jurista, sino que en efecto sirven, como hacen otras ciencias con sus respectivos objetos de estudio, para organizar en forma teórica unas «partes previamente aisladas» mediante determinados «análisis». En efecto, eso comporta el *conocimiento* de ciertos datos: textos de leyes, repertorios de jurisprudencia, etc., que objetivamente están ahí. En la medida en que la doctrina jurídica hace esto, sin duda cumple, cuando menos hasta cierto punto, una labor que bien puede calificarse de científico-cognoscitiva. Sin embargo, siempre queda en pie la pregunta fundamental: ¿esa labor cognoscitiva, aunque sea tal, hasta *dónde* está autorizada a llegar -y, por tanto, qué le está *vedado* conocer- en función de los propios presupuestos teóricos de dicha ciencia?

Es con respecto a *esta* pregunta justamente, de la que nuestros iusmetodólogos prefieren acordarse más bien poco, donde lo expuesto por Kirchmann sirve para abrirnos los ojos, no permite que nos llamemos a engaño sobre los verdaderos alcances de semejante ciencia. Al contrario de los desarrollos que nos recetan aquellos autores, las observaciones de Kirchmann van dirigidas a *desmitologizar* la putativa «seriedad» con que, desde siempre, el discurso de los juristas se ha empeñado en disimular su radical timidez en el plano de lo cognoscitivo. No digamos que ese discurso carece de todo alcance como conocimiento. Pero tampoco dejemos de agregar, enseguida, que éste es un «conocimiento» donde ex profeso se toman cuidadosas precauciones para hacerlo todo lo cognoscitivamente *endeblo* que sea menester a fin de no mentar la verdadera sogá (realidades sociales) en casa del ahorcado, y sobre todo allí donde la tarea jurídica consiste precisamente en resolver si corresponde ahorcarlo o no.

* * *

3. En síntesis: sea cual fuere el parecido de familia que el razonamiento jurídico puede guardar con el discurso de otras ciencias, lo que hace insalvable la diferencia entre prácticamente todas éstas y aquél es la *orientación* y el *nivel* de los conocimientos fundamentales requeridos por uno y otras. El derecho tiene, desde luego, un edificio teórico-sistemático propio y una correspondiente jerga especializada de sus profesionales: todo ello, precisamente, constituye su dogmática. En tal sentido, no es absurdo decir que él es una «ciencia». Mas la de los juristas, a diferencia de todas (o casi todas) las demás disciplinas llamadas ciencias, no tiene como objetivo ineludible la persecución,

antes que nada, de la verdad respecto al fondo de los asuntos encarados, sino que más bien, en muchos casos, contribuye a disimularla. Por eso, en vez de esforzarse por saber más, el discurso habitual de los juristas se elabora con base en un tejido de conceptos que permiten «hacer la vista gorda» frente a los conocimientos usuales de otras disciplinas, más realistas: lingüística, sociología, etc. Esto es, respecto a todo conocimiento que pueda hacer vacilar las presuposiciones ideológicas, las conclusiones simplistas o los eufemismos de que se vale la argumentación jurídica normal.

El universo teórico-sistemático del discurso jurídico es, en buena parte, de orientación esencialmente *retórica*. En cambio, en las restantes ciencias la retórica no juega ningún papel fundamental, cuando menos en sus discursos normales. En qué medida cada ciencia logre alcanzar en realidad las verdades que ella persigue, eso es algo que, por supuesto, siempre puede ser discutible y además variable. Pero en aquéllas, contrariamente al razonamiento jurídico, no se bloquea, *por principio* -mediante ciertas categorías de su dogmática (esencialismo, etcétera)⁴³ y en general porque él contiene en forma acrítica unas precomprensiones que dominan en la «construcción» vulgar del mundo social cotidiano (Berger/Luckmann 1968)- la utilización de aproximaciones más realistas y que vayan a fondo respecto a los asuntos debatidos. Como forma de pensamiento, la ciencia jurídica normal es, en buena medida, una técnica para cubrir y legitimar la FALTA de los conocimientos verdaderamente científicos sobre cuestiones sociales que el derecho está llamado a resolver de alguna manera. Sólo que ese desconocimiento tiene que ver justamente con unos *conocimientos* acerca de OTRAS cosas, aquellas en que consiste de modo *exclusivo* el saber «técnico» en la materia «propia» jurídica: conocimiento simplemente de ciertos *textos* normativos, unos de derecho positivo y otros de orden doctrinario, y haber aprendido justamente a NO «ver» más allá de ellos -¡normativismo!-. (En todo caso, puede allí servir como complemento alguna información superficial sobre ciertos aspectos de la realidad social o respecto a unos hechos concretos; pero casi siempre éstos aparecen contemplados, en el razonamiento jurídico, en forma descontextualizada de los saberes que ofrecen las ciencias sociales).

En conclusión: aun dando por admitido que el discurso jurídico pertenezca, por dichos conocimientos y sobre todo por ordenarlos de acuerdo con un marco teórico propio, a la «familia» de las ciencias,

⁴³ Véanse, por ejemplo, los razonamientos basados en «esencias» que someto a crítica en Haba 1978 (cf. el Excurso) y Haba 1988b (IV). De una manera más general sobre el «esencialismo metodológico», con especial referencia a su aplicación para el discurso de los derechos humanos, cf. Haba 1986 (§ 11.II) y Haba 1993 (I).

no debería perderse de vista que tal discurso, en virtud del singular papel protagónico que la retórica y la ceguera voluntaria desempeñan en su configuración, es un miembro muy *aparte* en esa familia. Kirchmann lo dijo con otras palabras.

IV

I. Hay algo, eso sí, que Kirchmann no advirtió. Pero tampoco parecen (¿o no quieren?) percatarse de ello nuestros esforzados teorizadores sobre la definición y las estructuras de lo «racional» o lo «razonable» en el razonamiento jurídico. Se trata, en esencia, de cosas muy elementales. Hay que tener presente, ante todo, que el derecho está ahí para ordenar contradicciones sociales, y que eso él lo hace de acuerdo con la ideología política dominante en el país respectivo. Mas esta tiene, como toda ideología, la función de mitologizar la captación de los fenómenos que rigen la vida de las colectividades, por lo cual el pensamiento jurídico necesita someterse a unos puntos de vista NO científicos y en general a los déficits de racionalidad consubstanciales a la *Weltanschauung* de la ideología en cuestión. Las bases del razonamiento jurídico no pueden alejarse demasiado de las precomprensiones que caracterizan al conocimiento *vulgar*⁴⁴. Por tanto, aquél no tiene más remedio que aceptar buena parte de los simplismos e inconsistencias propios de éste, está condenado a no saber «demasiado»...

Aunque el jurista emplea también buen número de términos y nociones que hacen de su discurso una jerga especializada, ello no quita que ese discurso en su conjunto, como sistema de razonamientos, queda en última instancia subordinado a una serie de conceptos fundamentales y de hábitos de inferencia que corresponde a las ideologías que los sustentan. Esto resalta de la manera más neta en sectores claves del Derecho Público: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Laboral, etc., que en definitiva giran en torno a unos conceptos indeterminados («orden público», «moral y buenas costumbres», «interés nacional», etc.) tomados del lenguaje de la política o de la moral dominante⁴⁵. Si bien se mira, el derecho no es otra cosa, básicamente,

⁴⁴ El conocimiento vulgar está repleto, en el nivel de tales precomprensiones, justamente de aquellas «construcciones» a que se refieren Berger/Luckmann (1968).

⁴⁵ Sobre conceptos jurídicos indeterminados, cf. Haba 1986: cap. III y *passim*: en particular, como un ejemplo típico de discursos jurídicos que son muy poco científicos porque se basan en esos conceptos (¡pero sin reconocer que son tales!), véase

que política aplicada⁴⁶. Mas el mundo de la política, y en general el de los entramados sociales, es cualquier cosa *menos* un edificio racional (o razonable) de conductas racionales (o razonable)⁴⁷.

Los seres humanos piensan y actúan racionalmente, cuando lo hacen, sólo en esferas bastante limitadas de los comportamientos habituales. Por lo general, consiguen ser racionales únicamente cuando, ante todo, no los ciegan sus propias emociones, incluidas las de origen ideológico (convicciones de tipo religioso, político, etc.). Casi siempre, la conducta racional de cada quien no va más allá de hasta donde alcancen sus conocimientos reales del mundo, esto es, el restringido ámbito de ciertas clases de experiencias propiamente personales de la vida cotidiana (amistades, negocios, trabajos manuales, etc.). En lo demás, tanto en la forma de conducir su vida personal como en la generalidad de las conductas que hacen la coordinación macrosocial, la gente entiende y actúa, de hecho, movida principalmente por impulsos que no somete a reflexiones racionales: intereses, costumbres, fantasías ideológicas, prejuicios estereotipados, la «sana opinión pública» (*i.e.* lo que opinan las grandes cadenas de televisión y los periódicos de mayor venta), múltiples presiones derivadas de relaciones personales, sentimientos de toda clase, etc⁴⁸. Como consecuencia, en la práctica,

el dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que allí se analiza en el § 28. VII. Cf. también Haba 1984.

⁴⁶ «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...» (Kelsen 1958: 31).

⁴⁷ Utilizo estos dos términos: «racional» y «razonable», simplemente como sinónimos y sin esforzarme por definirlos en forma relativamente precisa (pero he tratado de hacerlo en otros sitios: Haba 1988a y Haba 1990). Bastará con señalar que arriba tomo dichos términos para indicar modelos de razonamiento aceptados *intersubjetivamente* en comunidades *científicas*, tanto para las ciencias en sentido estricto como inclusive en las ciencias sociales; pero tratándose de estas últimas, por supuesto que me refiero a disciplinas donde, a diferencia de la argumentación jurídica, entre sus locutores sean de poco recibo los ardidés retóricos (*supra* notas 7 y 9). Por tanto, para lo que nos interesa aquí, unos razonamientos pertenecientes al ámbito de la llamada *razón práctica*, se trataría de la racionalidad o razonabilidad capaz de sacar provecho, hasta donde sea posible, de dichos conocimientos científicos, y en todo caso no ignorarlos ni estar en contraposición con ellos.

⁴⁸ Cf., además de la ya mencionada obra de Berger/Luckmann (1968), por ejemplo el conocido análisis de Joseph Schumpeter sobre «La naturaleza humana en política», apartado 3 del cap. XXI de su clásico libro *Capitalismo, socialismo y democracia* (ed. or. 1942); o *vid.*, por recomendación del propio Schumpeter (primera nota de dicho apartado), el «franco y encantador» libro de Graham Wallas sobre *La naturaleza humana en la política*. De una manera más general, para no embarcarse en desvaríos tipo Rawls, u otros (Habermas-Apel, Lorenzen-Schwemmer, etc.), vale decir, para no olvidarse de cómo piensan y actúan los hombres en la vida *real*, cf. cualquier manual de psicología social, o bien, por ejemplo, dos obras como las

el «orden» social resulta ser un tejido extremadamente abigarrado y contradictorio de conductas y de ideas. Tales contradicciones pasan a poblar igualmente lo que es el conjunto de la teoría y la práctica del derecho. Por eso, cualquier intento de encarar el estudio de una sociedad o su derecho como si fueran un sistema racional, conduce inevitablemente a perder contacto con los factores *reales* que la hacen funcionar, cuya racionalidad es de alcances muy parciales. La influencia de esta última es apenas secundaria en la *vida* cotidiana de ese «orden».

Claro que como, así y todo, al fin de cuentas se trata ciertamente de algún «orden», esto implica que allí se dan también una serie de regularidades fundamentales, mientras el orden en cuestión subsista. Pero esas regularidades NO responden a ninguna racional planificación global sistemática, sino que son antes bien el resultado de una complejísima madeja de irracionalidades: los proteicos deseos de individuos y de grupos, y las multiformes maneras de ponerlos en práctica, que encuentran, temporariamente, un equilibrio de fuerzas que se traduce en dicho orden. Este no es, en definitiva, sino la regularidad temporal, aunque relativamente inestable, de ciertas ideas y conductas que predominan en una colectividad dada, pero sin que cada una de ellas ni sus relaciones mutuas obedezcan fundamentalmente a unos patrones firmes de racionalidad. En toda colectividad, y en su derecho, lo racional y lo irracional constituyen, en la práctica, una mezcla indisoluble y siempre variable.

Nunca podrá ser evocada demasiadas veces, máxime mientras subsistan (parecen llamados a tener larga vida) unos espejismos «constructivistas» en la teoría social y en general la imaginaria de las concepciones racionalistas sobre lo que son o pueden ser las colectividades humanas, la insuperable caracterización de Radbruch respecto a la principal actividad «científica» de los juristas: los discursos interpretativos del derecho, tal y como se producen *en la realidad* de su labor profesional, sin excluir la de orden académico. Se trata, dijo Radbruch, de «una indisoluble mezcla de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos»⁴⁹. No es aquí el sitio indicado para discutir si, en consecuencia, resultaría ser errónea la famosa tesis de Max Weber sobre el derecho moderno como proceso de

siguientes: orientado al examen de rasgos generales de la psicología individual, el tan ilustrativo estudio de Goffman (1971); orientado hacia la mentalidad de la conducta política y en general de las ideologías sociales, el llamativamente desmitificador libro de Debray (1983).

⁴⁹ Radbruch 1970: cap. 15 *in limine*, pág. 211. Recuérdese también las palabras Goethe recogidas más atrás, un poco después de la nota 17.

«racionalización». Sea como sea, lo cierto es que en la medida en que tal proceso concierne al papel de la dogmática jurídica entendida como un edificio teórico que *sistematiza* -conceptos precisos, coherencia lógica, inferencias deductivas, etc.- los preceptos del derecho, tal «racionalización» no ha impedido la amplia intervención de *todo* aquello que mencionaba Radbruch. No la impide, en efecto, no sólo porque de hecho los hombres, sin excluir a los juristas, desatienden tan a menudo sus propias elaboraciones intelectuales; también es porque, aun sin violar propiamente aquellas sistematizaciones, éstas no alcanzan a eliminar, ni siquiera en el mero plano del pensamiento, las inseguridades y en general las múltiples manipulaciones ideológicas que son legitimadas -sin afectar a la *lógica* jurídica- acudiendo a los numerosos conceptos indeterminados que juegan en el centro mismo de los sistemas en cuestión. Estos conceptos le permiten al jurista-intérprete *acomodar* (elásticamente) el sistema a las preferencias ideológicas, o sencillamente a los intereses, con que él acepte identificarse.

En fin, una sociedad y un derecho racionales no existen, ni pueden existir, más que en los acomodables mundos del *wishful thinking*. Sin embargo, buena parte de la actual Teoría del Derecho vuelca sus afanes a efectuar unas indagaciones sobre cómo puedan razonar los juristas de mundos por el estilo. Juristas que, claro está, poco tienen en común con aquellos otros, los cotidianos, los de carne y hueso, que Kirchmann conocía tan bien⁵⁰.

La política, y el ordenamiento jurídico derivado de ella, se dirigen a determinar, en función de los juegos de fuerzas sociales subyacentes, que allí presionan cada una para su lado, cuáles de las respectivas irracionalidades -y también ciertas racionalidades- se impondrán a cuáles otras, hasta qué punto pueden hacerlo y bajo qué formas. Estas últimas, las formas, constituyen «reglas de juego» para llevar adelante en la práctica la irracionalidad de cada quien, ¡incluida la de los jueces!, aunque también pueden servir para promover ciertos aspectos racionales en la solución de esos conflictos. Dichas reglas del juego, originadas básicamente en las ideologías políticas, dan lugar, mediante

⁵⁰ Compárese, por ejemplo, los inauditos rebuscamientos a que, para «justificar» cosas cuya fundamentación nadie pide en la vida real, recurre Rawls, con la manera en que los jueces razonan *de veras*, abundantemente registrada en la investigación de Lautmann (1972) y en tantos otros estudios. Por eso mismo, piden lo imposible también quienes, aun sin caer en lo de Rawls, piensan, como por ejemplo Atienza, que la Ciencia del Derecho puede llegar *efectivamente* a ser en general una «tecnología» (*supra*, en el texto, entre las notas 10 y 13). Esto se conseguiría, según él, logrando que la dogmática jurídica se combine con una serie de otras disciplinas científicas (Atienza 1985: cap. 5). Pero habría que preguntarse, digo yo: ¿quién le pone el cascabel al gato?

formulaciones más detalladas y en un lenguaje algo técnico, a lo que se conoce como: el Derecho. Pero éste, en razón de su origen y de sus protagonistas reales, como esfuerzo teórico no puede ser, en líneas generales, otra cosa que un conjunto de prácticas intelectuales cuya racionalidad sea lo bastante *débil* como para ser generalmente aprobada. Y aunque llegue a contener ciertas racionalidades formales, sobre todo de tipo procedimental, quedan subordinadas a amplias franjas de irracionalidad en cuanto al fondo de las decisiones.

De ahí que el carácter retórico del razonamiento jurídico, y en general su endeblez como discurso científico, no es cosa que en él sea un aspecto más o menos secundario. No es corregible, en lo fundamental, pues ESA es la condición misma para posibilitar que el derecho tenga existencia (real) en una sociedad (real). Para que de manera efectiva pueda cumplir con sus funciones esenciales, las de servir como medio común de ordenación -control, pacificación- social, tan necesario es que el discurso de los juristas *parezca* racional como que en verdad NO lo sea mucho. Se trata de que, a los ojos del hombre común, y también ante los de los propios juristas, impresione como si eso fueran unas soluciones racionales y sometidas a una discusión de tipo científico, sobre todo en el caso de la literatura profesional y en la palabra de los jueces, justamente porque en realidad ellas no lo son mucho. El derecho no es, ni jamás será, predominantemente un sistema racional de pensamientos... ¡por lo menos mientras la genética no produzca inéditos milagros en los cerebros de la gente! Porque él consiste en *decisiones* respecto a distintas posibilidades de ordenación político-social para las conductas humanas, decisiones tomadas por personas de carne y hueso, por individuos que están ellos mismos involucrados -directa o indirectamente, cuando menos ideológicamente- en tales conductas. De hecho, una decisión no suele resultar más racional que la voluntad y el conocimiento de quienes la impulsan. En el caso del derecho, los actores principales -grupos de presión, políticos, jueces, etcétera- que determinan su dinámica no son precisamente unos «decididores racionales» (J. Muguerza), ni un grupito de sofisticados iusmetodólogos, sino personas de mentalidad común, hayan o no seguido la carrera de derecho. Si se trata de juristas, sabrán expresar *esa* mentalidad con ayuda de su lenguaje profesional. ¡Sería el milagro de los milagros si gente así se resolviera a aprender, primero, y a aplicar al pie de la letra, después, los sutiles complejos de reglas racionales de que los supone imbuidos la más «avanzada» Teoría del Derecho (Rawls, Alexy y otros)!

Unas fantasías racionalistas, o razonabilistas, acerca del pensamiento jurídico se encuentran, cabe reconocerlo, no sólo en la obra de esos teóricos del derecho, sino que aparecen hasta en pasajes de conocidos pensadores que se dedican a temas epistemológicos más generales.

Así, aunque parezca mentira, autores de merecida fama internacional como Popper, Toulmin, Perelman, Gadamer, etc., han llegado a decir, ni más ni menos, que la forma de razonar cultivada tradicionalmente por los juristas puede servir como paradigma del pensamiento racional o razonable *en general*; sin excluir el de las ciencias más avanzadas, por lo menos en cuanto a las discusiones sobre sus bases teóricas mismas. Mas en el caso de esos autores cabe excusarles -digo yo- tal desliz, porque en general ellos (Perelman es la excepción) no parecen estar informados sobre cómo los discursos jurídicos son realmente, o sea, que aquellos se basan más bien en ciertas superficiales apariencias de esas controversias o en lo que al respecto dice la propia ideología profesional de los juristas. Por el contrario, si no queremos dejarnos seducir por estos espejismos, la mirada dirigida a aquilatar la naturaleza del discurso jurídico debe estar dispuesta más bien a dar un giro de 180 grados respecto de dicha ideología⁵¹.

Está irremediabilmente condenada a equivocarse, de punta a punta, siempre, cualquier teoría sobre el discurso jurídico que busque entenderlo, o programarlo, como un sistema de locutores básicamente racionales. ¡Los juristas REALES no son así! Tal vez Kirchmann no llegó a entender esto a fondo. Su inocente fe en el «derecho natural» como alternativa, hace pensar que no lo tenía del todo claro. No parece haber cobrado conciencia del carácter *inmanentemente* poco racional que tienen las ordenaciones colectivas para la conducta humana y las ideologías populares acerca de ellas. Pero sí vio, con entera lucidez, el hecho de que el razonamiento habitual de los juristas deja mucho que desear. A él no se le escapó que, como diría Frank muchos años después, también los juristas son «humanos». Y no pocas veces -se podría agregar- hasta demasiado humanos...

* * *

2. La circunstancia de que un *approach* como el de Rawls o batidos de superficie como los de Dworkin conciten hoy tanta atención en la Teoría y la Filosofía del Derecho, revela que «algo huele mal» en esta Dinamarca. Catatónicas «construcciones», por un lado. Maquillaje terminológico para que ciertas trivialidades, combinadas con unos entreveros de cartas, sean promocionadas como conocimiento «en serio», por el otro. Y en medio, pedanterías para todos los gustos. Si la Filosofía del Derecho se ha mudado a la galaxia de Rawls, donde unos seres imaginarios se entretienen en discusiones

⁵¹ Esto es, que esa «mirada» se decida a adoptar una orientación como la que sugieren, por ejemplo, las palabras de Castilla del Pino (1984: 9) y de Gilles Deleuze (en Foucault 1981: 10) recogidas en el epígrafe de este artículo.

imaginarias sobre planteamientos imaginarios, y si la Teoría del Derecho no encuentra nada más «serio» en qué ocuparse que de darle vueltas a las clásicas (cambian unos detalles terminológicos) ingenuidades que reentreviera Dworkin, entonces poco ha de extrañar, claro está, el escaso interés que allí se nota por tratar cuestiones que ciertamente son más incómodas para la buena conciencia de los juristas. Cuestiones como esas que Kirchmann tuvo el atrevimiento de poner sobre el tapete.

¡Cuesta creerlo! Una moderna revista europea de Teoría del Derecho, que pretende ser continuadora de nada menos que *la Revue internationale de la théorie du droit* fundada por Kelsen, dedicó gran parte de sus dos primeras entregas a un «Dossier: Ronald Dworkin» (*Droit et Société* 1985 y 1986). Si ahí se hubiera incluido, en todo caso, algún ensayo que buscara explicar por qué un autor como éste, cuyos trabajos no sobrepasan, ni en profundidad ni en originalidad, el nivel de muchos artículos del montón entre los que aparecen en Alemania o Italia, ha logrado tanta difusión y suscitado tanto comentario (¡buen tema para unos estudios de *sociología* del pensamiento jurídico profesoral!), tal vez tendría alguna justificación efectuar tal «dossier» -si no por razones inmanentemente teóricas, al menos para examinar unos aspectos de psicología social del comercio de ideas académico-. Pero los editores de esa revista fueron los primeros en no dudar que el éxito comercial de un autor basta para acreditar que también su valor académico tenga un sustento «en serio». Quienes escribieron allí los comentarios partieron, se ve, también de tal base. El mejor, y más que suficiente, entre esos comentarios es el de Guastini (1986); y el de Troper (1986), aunque tiene razón en lo que señala, justamente revela, por el inusitado despliegue de pedantería a que consideró necesario recurrir para desmenuzar lo que dice Dworkin, cuán «en serio» condescendió a tomarse el discurso de este...

Es inimaginable que si los estudios de Dworkin hubieran aparecido, por ejemplo, en *Rechtstheorie*, *Archives de Philosophie du Droit* o *Doxa*, para no mencionar sino unas publicaciones de buena difusión, alguien los hubiera llegado a considerar como *especialmente* dignos de atención. En el mejor de los casos, si por azar se hubiera podido entonces hallar algún colega interesado en comentar algo de lo escrito en esos trabajos (y suponiendo que esa atención no estuviese motivada, ante todo, por unas relaciones personales del ámbito académico), tal comentario no hubiera recibido más énfasis que cuando ello se hace respecto a tantos otros estudios, para los que a nadie se le ocurre consagrarles en especial un *dossier*. Compárese la «profundidad» de los exámenes de Dworkin con estudios como, por ejemplo, los de Lautmann (1972), Schreckenberger (1987), Alexy (1989) y Ost (1992); análisis éstos que, acaso por no ser lo bastante «serios» como

para venir a beatificar la retórica jurídica profesional, están lejos de haber levantado tanta polvareda. Moderno émulo del Prof. Beale (cf. Frank 1970: cap. VI), Dworkin ha obtenido lo que a su antecesor, y a muchos otros como éste, fue vedado: conseguir que la fe en el postulado retórico de que el derecho positivo *preestablece una sola* respuesta «correcta» respecto a cada caso, retome cierta respetabilidad teórica incluso para estudios de Teoría del Derecho -nivel donde parecía haberla perdido definitivamente, aunque siempre siguió conservándola, claro está, en el seno de la dogmática jurídica misma-. En efecto, con Dworkin la discusión retrocede a planos de candidez que allí cabía suponer dejados muy atrás desde, por lo menos, comienzos de siglo. ¿Habrán que pensar en un «eterno retorno» de dicho postulado, ese *Basic Legal Myth* de que hablaba Frank?⁵².

Lo de Dworkin, si lo leemos sin consideraciones al exitismo académico, no ofrece ni siquiera ese interés de «curiosidad» que a muchos seduce en unas divagaciones como las de Rawls. A este último, en todo caso cabe reconocerle la fuerte originalidad -aunque sea vana- de sus planteamientos, y por cierto un talento como escolástico. En cambio, el éxito de Dworkin desafía cualquier explicación en términos de eventuales *desarrollos* para la Teoría del Derecho. Lo que él sostiene había sido ya muchas veces planteado y discutido, sólo que más a fondo (con unas u otras variantes terminológicas), en numerosos estudios acerca del razonamiento jurídico. ¡Lástima que ya no tengamos gente como Kelsen o Frank para comentar *en serio* esas «seriedades»!

⁵² Cf. Frank 1970, pássim: esp. los caps. VI, VII a IX, de la Parte Primera, y el cap. I de la Parte Tercera. El sensacional libro de Frank no tuvo, hasta donde he podido enterarme, traducción al español, francés o alemán (creo que tampoco al italiano o al portugués), ni llegó a ser objeto de exámenes a fondo por parte de la Teoría del Derecho en esos idiomas (sé que existe un breve artículo de Bobbio, en italiano, aunque no lo he conseguido: «La certezza del diritto è un mito?», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* XXXXVI, n. 1, 1951, 146-152). No es difícil comprender esa falta de interés, sobre todo explicándola en términos del propio análisis de Frank: por cierto que sus observaciones no son de las llamadas a halagar el *wishful thinking* de los juristas en general. Y, para peor de males, tampoco estaban, ni están, en condiciones de brindar el bienvenido pasto intelectual para alentar el tipo de masticaciones teóricas que permiten producir una interminable literatura secundaria. ¡Naturalmente, Frank no es Rawls! Ni siquiera ofrece, como respecto a Kelsen, la posibilidad de desviar la atención hacia discusiones acerca de ciertos detalles salvadoramente técnicos: problemas epistemológicos de la célebre *Grundnorm*, cuestiones relativas a la lógica interna del «sistema», etc. Y ni que decir que, para los viajes intersiderales que hacia la razón jurídica se emprenden actualmente, comprobaciones como las de Frank están demasiado fuera de contexto, son una ducha de agua fría. Si, por un azar, a manos de alguno de esos modernos iusmetodólogos llegara dicho libro, y accediera a hojearlo, seguramente sabría arribar a la saludable (para sus propios escritos) conclusión de que *mejor es no meneallo...*

Hoy los extremos se tocan, en ambos reina a sus anchas el escapismo. En un caso, el viaje a que se nos invita despega hacia aquel punto de la vía láctea donde los problemas se resuelven en y para un mundo social «racional» de hombres «racionales». En otro, el mecanismo de huida opera en dirección algo distinta pero no menos disimuladora: no son, esta vez, los vuelos hacia aquel País de las Maravillas Racionales del cual es exclusivo demiurgo y protagonista la fecundidad profesoral para «construir» a piacere, sino que ahora todo consiste en no atenerse, esencialmente, más que a (una parte de) la superficie del razonamiento judicial y buscar legitimarla mediante ciertas lides terminológicas. Claro que esta otra versión, a diferencia de la primera, no deja de tener algo de realista. Lo es, si se quiere, pero en el menos lúcido sentido de la palabra. Se conforma con ir muy poco más allá de la dogmática corriente, cuyos juegos de lenguaje ubica *a priori* por encima de todo cuestionamiento, tratando así de inmunizarlos contra cualquier crítica de fondo. ¡Singular «seriedad»! La de quien tiene la vista demasiado corta para distinguir las piruetas (retórica) y poder reírse de ellas, o se ha tapado intencionalmente los ojos a ver si consigue el éxito del avestruz. Para tomar «en serio» unos exámenes como los de Dworkin, hay que empezar por echar un telón sobre las *realidades* individuales (psicología judicial, intereses personales, etc.) y colectivas (ideologías, presiones sociales, etc.) que se dan cita en los operadores profesionales de los razonamientos jurídicos, y también sobre sus habituales carencias en materia de conocimiento científico. Es hacer abstracción de cuanto constituye el principal juego de *resortes* que dan lugar a los discursos en cuestión y movilizan sus efectos prácticos. Habrá que aceptar, pues, la dogmática jurídica como parangón del Verbo divino. Es natural que, instalados en su oratorio, unas observaciones como las de Kirchmann suenen, para metodólogos de este Teoderecho, inauditamente ateas. No son nada «serias», sí señor...

El resultado es, por cualquiera de esas vías, y también por algunas otras (lógica deóntica, semántica estructural, etc.), más o menos el mismo en cuanto a lo decisivo: renunciar a cualquier examen *radical* de lo que el discurso del derecho es y sobre cómo actúan *de hecho* sus operadores profesionales. ¡Cualquier cosa menos indagar cómo eso funciona *en la realidad*! Todo lo contrario, pues, de lo recomendado por aquella conocida sentencia de Marx que constituye la clave, como principio heurístico, para aproximaciones realistas a los fenómenos sociales, tanto si se encaran las conductas mismas como si se trata de los discursos relacionados con éstas: «Ser radical, es coger los asuntos (*die Sache*: la cosa) por la raíz; pero en cuanto al hombre, la raíz [de todos sus asuntos] es el [o mejor dicho: *los* distintos] hombre(es) *mismo(s)* [los subrayados y agregados son míos -E.P.H.-]. El escapismo de enfoques como los de Rawls, Dworkin, etc., reside precisamente

en NO apuntar hacia la «raíz» de los fenómenos jurídicos, no se ocupan de cuanto piensan y hacen los juristas *de carne y hueso*. Esos enfoques se autoconfinan a no ir más allá de cierto plano, muy limitado, de la *semántica* jurídico-profesional. Tratan acerca de unas condiciones simplemente *discursivas* que se acostumbra usar para presentar determinados razonamientos, sean éstos de hombres reales (jueces, en Dworkin) o imaginarios («seres racionales», en Rawls). Sobre la realidad, esto es, los resortes psicológico-judiciales y sociales que son decisivos ante las opciones interpretativas habilitadas por los juegos de lenguaje en que consisten dichos discursos, y averiguar qué consecuencias prácticas éstos puedan o no acarrear, se encontrará poco o nada en tales exámenes. Por el contrario, ellos apuntan más bien a disimular que dichas opciones existen y que, justamente, NO se resuelven en lo fundamental por aquellas condiciones meramente discursivas -si bien, desde luego, también estas últimas juegan un papel entre los factores que en su conjunto determinan en cada caso el resultado jurídico final-.

A decir verdad, la diferencia entre esos dos expedientes escapistas no es mucha. Porque los jueces en que piensa Dworkin, quienes -se supone- hacen lo posible por imitar (aun sin lograrlo de modo pleno) a Hércules, el jurista racional ideal, tampoco son de extracción muy realista que digamos. Se sabe que este Hércules es otra versión del modelo, tan vago como idealizante, que Rawls presenta bajo el nombre de «equilibrio reflexivo». Y no ha pasado inadvertido que ese modelo es antes bien uno apto para halagar los gustos de la grey profesional entre los juristas, que una comprobación acerca de cómo discurren los jueces en la realidad⁵³. En fin, se trata ni más ni menos que de una ideología profesional de propaganda a la «seriedad» del trabajo intelectual encomendado al gremio de los juristas. Es una visión destinada a idealizar, disfrazar la verdadera naturaleza del pensamiento judicial, disimular aquello en que él consiste realmente, sobre todo cuando éste tiene que operar en relación con interpretaciones controvertidas⁵⁴.

Dopados por la atmósfera de su propia Dinamarca, las luminarias de la actual Teoría del Derecho no se hallan, naturalmente, en la mejor

⁵³ El de Dworkin «is a system more appropriate to the lecture theatre than the courtroom», pues «Hercules belongs more properly to the Harvard or Yale lecture theatre, rather than the bench of the Supreme Court» (Jackson 1987: 193 y 224).

⁵⁴ Dworkin «vise donc bien à justifier des pratiques... par lesquelles les juges, qui créent réellement du droit, et, qui plus est, du droit rétroactif, dissimulent cette création en affirmant qu'ils se bornent, par l'interprétation, à découvrir la volonté cachée du législateur ou les principes fondamentaux qui préexistent à leurs décisions. C'est CE discours et pas seulement les droits que Dworkin prend au sérieux» (Troper 1986: 52 -el subrayado mediante mayúsculas es mío, E.P.H.-).

situación para apreciar las ráfagas de aire fresco que desprende el texto de Kirchmann. Un texto que, mal que bien, apunta hacia cosas capaces de desasosegar los laboriosos, pero tranquilizantes, ensueños de más de un iusmetodólogo. Pues Kirchmann habla, sin rodeos, de cuestiones que conciernen precisamente a la *raíz* del quehacer jurídico. No se ocupa de, ni pergeña, unas «construcciones» *a propósito de éste*, sino que se encara con lo que hacen sus protagonistas *reales*. Y tanto la mentalidad de éstos como el tipo de sus discursos profesionales han cambiado poco o nada de entonces acá. Ha cambiado, eso sí, la Filosofía y la Teoría General del Derecho. Mas con el ejemplo de Kirchmann a la vista, acaso no sea tan inevitable resignarse a que ahora el destino de la Teoría del Derecho se tenga que jugar entre la iuscienza-ficción y el camuflaje «en serio» de unas racionalizaciones jurídico-profesionales.

Hace cincuenta años se discutía acerca de Kelsen, hoy se escribe sobre Rawls o Dworkin... Habiendo quienes piensan que eso constituye un avance, no voy a poder convencerlos yo de otra cosa: de empezar por no echar en saco roto lo que supo advertir, con inusual desparpajo, un fiscal prusiano hace siglo y medio. Pero ése era, y siempre será, jurista poco común. *Rara avis*, claro está, aunque no por la palpable endebles de sus nociones sobre epistemología del pensamiento científico precisamente, sino por otra escasez, bastante menos difundida en cualquiera de los roles (incluso el de «científico») que nuestra profesión nos invita a desempeñar: ¡la orfandad de pelos en la lengua! Sólo que ahora, con vistas a prevenir tal carencia, podemos disponer también, para acompañar a la dogmática tradicional, de nuevos remedios que contra cualquier tentación de incurrir en franquezas inconvenientes ha logrado pergeñar, en su Halloween jurídico propio, la más flamante Teoría del Derecho.

* * *

3. Lo más probable es que cualquier juicio global sobre la *ciencia* de los juristas resulte de alguna manera inadecuado, pecará de falsa generalización. Porque tanto la palabra «ciencia» como la palabra «derecho» son términos cuya *gramática* (Wittgenstein) es compleja: cada una de ellas comprende, por lo multiforme de los contextos en que son usadas, contenidos de significación muy variados y que hasta pueden ser inconsistentes. Probablemente, esto Kirchmann no lo advirtió. Mas ello no le impidió percibir otra cosa, no menos importante. En efecto, él tuvo la perspicacia de darse cuenta -a diferencia de tanto sofisticado iusmetodólogo actual, e inclusive de algunos no tan sofisticados- que la única manera de entender lo que el discurso de los juristas es de veras, consiste en no creérselo así como así. Sobre todo, para saber cómo funciona éste *realmente*, hay que empezar por la precaución de NO tomarse demasiado «en serio» las pretensiones

teórico-científicas de sus locutores más engolados. Lección tan elemental, pero que a casi ciento cincuenta años de lo de Kirchmann sigue siendo desatendida, como es natural, por los juristas dogmáticos. Y no menos alegremente se ingenian para desaprovecharla, eso sí con toda la cientificidad del caso, también nuestros iusepistemólogos *dernier cri*.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (1989), *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (ed. original en alemán: 1978).
- Atienza, Manuel (1985), *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985.
- Batiffol, Henri (1979), *Problèmes de base de philosophie du droit*, L.G.D.J., París, 1979.
- Berger, Peter L. y Luckmann, Thomas (1968), *La construcción social de la realidad* (trad. Silvia Zuleta y revisión técnica de Marcos Giménez Zapiola), Amorrortu, Buenos Aires, 1968 (ed. original en inglés: 1966).
- Bunge, Mario (1985), *Seudociencia e ideología*, Alianza Editorial (AU 440), Madrid, 1985.
- Calsamiglia, Albert (1986), *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986.
- Carrió, Genaro R. (1965), *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.
- Castilla del Pino, Carlos (1984), *Estudios de psico(pato)logía sexual*, Alianza Editorial-El Libro de Bolsillo (1.026), Madrid, 1984.
- Debray, Régis (1983), *Crítica de la razón política* (trad. -con muchos defectos- Pilar Calvo), Cátedra, Madrid, 1983 (ed. original en francés: 1981).
- Droit et Société*, Números 1 (1985) y 2 (1986), L.G.D.J., París.
- Dworkin, Ronald (1984), *Los derechos en serio* (trad. Marta Guastavino), Ariel, Barcelona, 1984 (ed. original en inglés: 1977).
- Foucault, Michel (1981), *Un diálogo sobre el poder* (trad. Miguel Morey), Alianza Editorial-El Libro de Bolsillo (816), Madrid, 1981 (originales de los años sesenta).
- Frank, Jerome (1970), *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1970 (reproducción de la sexta edición ampliada ed. original 1930).
- Goffman, Erwing (1971), *La presentación de la persona en la vida cotidiana* (trad. Hildegard B. Torres Perrán y Flora Setaro), Amorrortu, Buenos Aires, 1971 (ed. original en inglés: 1959).
- Goodrich, Peter (1988), «Rhétorique juridique»; en *Dictionnaire d'Égouilles* (Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit), págs. 355-357. L.G.D.J. y Story-Scientia, París y Bruselas, 1988.

- Guastini, Riccardo (1986), «Théorie et ontologie du droit chez Dworkin»; en *Droit et Société* 2 (cit. supra.), págs. 15-22.
- Haba, Enrique P. (1977a), «Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?»; en *Rechtstheorie* 8/2 (1977), págs. 145-163. Duncker & Humblot, Berlín.
- (1977 b), «Derechos humanos, libertades individuales y racionalidad jurídica»; en *Revista de Ciencias Jurídicas* 31 (enero-abril 1977), págs. 159-180, Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho)/Colegio de Abogados, San José, 1978. [Hay versión francesa en *Archives de Philosophie du Droit* 25 (1980), págs. 325-344].
- (1978), «Naturaleza jurídica de las acciones posesorias. Una interpretación literal, con un excursus metodológico»; en *Revista de Ciencias Jurídicas* 63 (enero-abril 1978), págs. 185-226, San José, Costa Rica.
- (1983), «¿Derechos humanos o derecho natural? Metacrítica de una crítica iusnaturalista a la noción de derechos humanos»; en *Anuario de Derechos Humanos* 2 (marzo 1983), págs. 203-229, Universidad Complutense (Facultad de Derecho/Instituto de Derechos Humanos), Madrid.
- (1984), «Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologies»; en *Archives de Philosophie du Droit* 29 (1984), págs. 323-339, Sirey, Paris, 1984.
- (1986), *Tratado básico de derechos humanos*; 2 tomos. Juricentro, San José (Costa Rica), 1986.
- (1988 a), «Rationalité»; en *Dictionnaire d'Éguilles* (cit. supra), págs. 337-340.
- (1988 b), «Constitución y emergencia. Apuntes en torno al proceso constituyente de Nicaragua»; en *Sistema* 85 (junio 1988), págs. 109-126, Madrid.
- (1990), «Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?»; en *Doxa* 7 (págs. 169-247), y 8 (págs. 241-270), Alicante, 1990.
- (1991), «Sciences du droit - quelle 'science'?»; en *Archives de Philosophie du Droit* 36 (1991), págs. 165-187, Sirey, 1991. [Se trata de una versión corregida, traducida al francés, de un estudio aparecido antes en español: «Ciencia jurídica: ¿qué 'ciencia'?»].
- (1993), «Définitions, Interprétations et pratique des droits de l'homme. De la 'grammaire' aux 'formes de vie' dans la rhétorique des droits de l'homme»; en *Revue Internationale de Sémiotique Juridique* VI/16 (1993), págs. 3-44, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1993.
- Jackson, Bernard S. (1985), *Semiotics and Legal Theory*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1985.
- Kelsen, Hans (1958), *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1958 (ed. original en alemán: 1953).
- Kirchmann, Julius von (1969), *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1969 (conferencia pronunciada en la Juristische Gesellschaft zu Berlin en 1847 y publicada en 1848). [Hay dos versiones en castellano: «El carácter

- a-científico de la llamada Ciencia del Derecho», trad. Werner Goldschmidt, en el volumen *La Ciencia del Derecho* (con textos de Savigny, Kirchmann, Zitelmann y Kantorowicz), Losada, Buenos Aires, 1949; y *La Jurisprudencia no es ciencia* (trad. Antonio Truylol y Serra), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951].
- Lalande, André (1968), *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, Presses Universitaires de France, París, 1968 (10.^a edic.).
- Lautmann, Rüdiger (1972), *Justiz-die stille Gewalt*, Fischer Athenäum (FAT 4002), Francfort, 1972.
- Moreno, Julio Luis (1963), *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. CXXVX), Montevideo, 1963. [Reseña E.P. Haba: *Arch. Phil. Droit XVIII* (1973), págs. 471-477].
- Mulkay, Michael (1979), *Science and the Sociology of Knowledge*, George Allen & Unwin, Londres, 1979.
- Opp, Karl-Dieter (1973), *Soziologie im Recht*, Rororo Studium (52), Hamburgo, 1973.
- Ost, François (1992), «Sobre la ciencia del derecho» (trad. Óscar Luis Sarlo y revisión por Enrique P. Haba); en *Revista de Ciencias Jurídicas* 72 (mayo-agosto 1992), San José (Costa Rica), 1993. [La versión original, en francés, apareció en el *Dictionnaire d'Éguilles* (cit. *supra*: Goodrich), págs. 363-367].
- Perticone, Giacomo (1964), «Grandezza e miseria della scienza del diritto»; en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, año XLI, Serie III, fasc. III (mayo-junio 1964), págs. 341-363.
- Pitkin, Hanna (1984), *Wittgenstein: el Lenguaje, la Política y, la Justicia* (trad. Rodolfo Montero Romero), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984 (ed. original en inglés: 1972).
- Platón (1979), *Gorgias* (trad. Francisco García Yagüe); en *Obras completas*, págs. 351-412, Aguilar, Madrid, 1979.
- Poirier, René (1978), «Rationalité juridique et rationalité scientifique»; en *Archives de Philosophie du Droit* 23 (1978), págs. 11-34.
- Radbruch, Gustav (1970), *Rechtsphilosophie*, E.F. Koehler, Stuttgart, 1970 (7.^a ed., por Erik Wolf, con base en la edición de 1932). [Hay traducción de José Medina Echavarría, *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933].
- (1951), *Introducción a la Filosofía del Derecho* (trad. Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Económica (Brevario 42), México, 1951 (ed. original en alemán: 1948).
- Rawls, John (1979), *Teoría de la Justicia* (trad. María Dolores González), Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1979 (ed. original en inglés: 1971).
- Schreckenberger, Waldemar (1987), *Semiótica del discurso jurídico* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987 (ed. original en alemán: 1978).
- Troper, Michel (1986), «Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin»; en *Droit et Société* 2 (cit. *supra*), págs. 41-52.

Weber, Max (1973), *Ensayos sobre metodología sociológica* (trad. José Luis Etcheberry), Amorrortu, Buenos Aires, 1977 (los ensayos originales, en alemán, son de los años 1904, 1906, 1913 y 1917).

Wolf, Erik (1962), *El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho* (trad. Eduardo A. Vásquez), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962 (la conferencia original, en alemán, fue pronunciada en 1952 y publicada en 1953).