

UNA DISCUSIÓN: ¿QUIÉNES SON LOS «IRRACIONALISTAS» EN LA TEORÍA DEL DERECHO?

(Por qué algunos no confiamos en que sean tan «racionales», ni «razonables», los enfoques hoy dominantes en esa Teoría)

... lo más real no es racional, y lo más real de lo racional es su función de instrumento y efecto de lo racional.

Schopenhauer

Though the thinkers of that time have tried to render this tone of thought into a rationalistic system, they failed; for that which is the spark of rationalism is irrational.

F. Waismann

Una ciencia política [y también la jurídica], precisémoslo de nuevo, nunca será sino la ciencia de un «arte», o un saber de un no-saber.

R. Debray

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

L. A. Warat

En trabajos anteriores, sobre todo en uno publicado hace poco en esta misma revista¹, he venido criticando el punto de vista, asumido por distintos autores y desde variadas posiciones, de que el discurso jurídico pueda ser adecuadamente descrito como una actividad intelectual de carácter esencialmente racional, o razonable. Difícilmente se llega a comprender bien, con estos paradigmas, cómo piensan y cómo actúan los juristas en la realidad.

Ahora bien, más allá de que esas afirmaciones mías sean correctas o no, debería ser obvio que su propósito esencial no es informar sobre mis preferencias

¹ Enrique P. Haba, «Kirchmann sabía menos... pero vio mejor. Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho», en *Doxa*, 14 (1993), p. 269-317. Cf. también el apéndice a dicho estudio: «Sobre el Derecho como “técnica” o “tecnología”. Apostillas a una polémica sobre las posibilidades del discurso jurídico», en *Doxa*, 17-18 (1995), p. 491-498. Véase además: Enrique P. Haba, «Racionalidad y método para el Derecho: ¿es eso posible? I y II», en *Doxa* 7 y 8 (1990), p. 169-247 (I) y 241-270 (II) [cf. esp. el Postscriptum (I: pp. 218-240), el Apéndice crítico 1 (II: pp. 241-250) y el Anexo (II: pp. 268-270)]; y Enrique P. Haba, «Sciences du droit: ¿quelle “science”? Le droit en tant que science: une question de méthodes» en *Archives de Philosophie du Droit* 32 (1991), p. 165-187. También, por ejemplo, hace poco me he referido en particular al endeble nivel de racionalidad que, ¡necesariamente!, caracteriza al discurso de los llamados «derechos humanos»: Enrique P. Haba, «Définitions, interprétations et pratique des droits de l’homme. De la “grammaire” aux “formes de vie” dans le rhétorique des droits de l’homme» en *International Journal for the semiotics of law* VI/16 (1993), p. 3-44, Deborah Charles Publications, Liverpool [cf. esp. el § VIII].

personales en cuanto a la conformación del discurso jurídico (aunque es inevitable que hagan también tal cosa, por lo menos en forma indirecta). No se trata, para mí, de venir a dar unas recomendaciones a los juristas profesionales; no pretendo aconsejarles, ni en un sentido -racionalidad- ni en otro -irracionalidad-. He intentado, simplemente, señalar cómo piensan y cómo actúan ellos de hecho.

Claro que tampoco condescendí a hacerme, o a hacer creer que me hago, ciertas ilusiones. Mis estudios no dan lugar a pensar que lo que siempre ha sido de dicha manera precisamente, los déficit de racionalidad característicos en el pensamiento jurídico, es cosa llamada a cambiar en adelante². No tengo interés en contribuir a dar alas a una ideología profesional, la de que los especialistas de la Teoría del Derecho estén llamados a desempeñar algún decisivo papel en tal respecto. ¿Pero no será, tal falta de confianza, ante todo y sobre todo una manifestación de «irracionalismo»? Me parece que aclarar este punto puede significar algo más que una simple discusión de palabras; tal vez no venga de sobra consagrarle el presente comentario.

I

Nadie negará que los juristas emplean razonamientos y que por lo general estos tienen alguna influencia, mayor o menor, para motivar las soluciones presentadas mediante esos discursos profesionales. Lo que está en discusión no es si dichos discursos incluyen ciertos modelos de racionalidad o razonabilidad -que serían, en su caso, fundamentalmente los de la dogmática jurídica profesional- sino las cuestiones siguientes. a) Ante todo, examinar si tales modelos son los *científicamente* más adecuados. b) Y además saber si, aun dando por supuesto que fueran adecuados, son *en realidad* estos modelos, por sí mismos, quienes determinan las soluciones jurídicas sostenidas en la práctica; o si, en cambio, dichas soluciones resultan más bien, con frecuencia, de un cúmulo de *otros* factores, entre los cuales lo racional desempeña un papel que no constituye lo verdaderamente decisivo³.

A estas dos cuestiones, la Teoría del Derecho «racional» o «razonable» -llamémosla Posición O (optimista)- contesta como sigue. Al punto a): *sí*,

² No fue sino muy al comienzo de mis trabajos sobre estos temas donde albergué algunas esperanzas en tal sentido. Ellas motivaron, en cierto modo, mi estudio: *Esquemas metodológicos en la interpretación del Derecho escrito*, Universidad Central de Venezuela/Facultad de Derecho (Cuaderno de Filosofía del Derecho 9), Caracas, 1972. Pero pienso que los análisis efectuados en dicho estudio pueden conservar todavía cierta validez en un plano descriptivo, aun si no se alientan -es mi caso hoy- esperanzas por el estilo.

³ A lo largo del presente comentario utilizaré las palabras «racional» y «racionalidad», y también «razonable», sin preocuparme de usarlas con mucha precisión, pues pienso que ésta no es indispensable para los efectos de lo que procuro explicar aquí; pero véase la nota 44 de mi estudio sobre Kirchmann (cit. *supra* nota 1). El lector interesado en la definición de esos términos y en la discusión al respecto, puede acudir a dos sitios donde me he ocupado detenidamente de ello: «*Rationalité*», en *Dictionnaire d'Eguilles* (Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit), p. 337-340, L.G.D.J., París, 1988; y *Racionalidad y método...* (cit. *supra* en la n. 1), esp. §§ IV^v y VIII-X (*Doxa*'7, pp. 180-192 [cf. la def. de «racionalidad» ofrecida en la p. 184] y 200-217 [cf. una caracterización de lo «razonable» en la p. 201 y mi crítica a ese punto de vista en las págs. que le siguen]). Por otra parte, cabe anotar que tampoco distinguiré entre «irracional» y «arracional», aunque para ciertos contextos de análisis puede no carecer de importancia señalar diferencias entre ambas cosas (cf. *Racionalidad y método...*, § IX).

se trata de modelos científicamente muy aceptables, o que cuando menos son satisfactorios en un buen grado de aproximación y plausibilidad; y en todo caso, ese grado sería perfectamente viable perfeccionarlo aún (de lo cual ha de encargarse, en buena medida, dicha Teoría justamente). Al punto b): sí en cuanto a la primera de las dos alternativas señaladas en dicho ítem, o sea, que *no* se acepta la segunda de esas alternativas; pues si bien se reconoce que puede darse algún que otro caso donde no consiga predominar del todo lo racional en la práctica profesional del derecho, esto no pasaría sino excepcionalmente (se trataría de unas situaciones que son, o puede hacerse que lleguen a ser, apenas patológicas). Así, los autores pertenecientes a esta posición terminan por hacerse cómplices de la dogmática jurídica: las tesis que ellos sostienen vienen a santificarla, de una manera u otra, sea en mayor o menor medida.

Los «irracionalistas» -llamémosle Posición *P* (pesimista)- contestan a todo eso en forma muy distinta. Al punto a): decididamente, ¡no! Al punto b): es indudable que, si no siempre, en un número muy considerable de situaciones los textos del derecho positivo no suministran respuestas unívocas a las cuestiones jurídicas, ni siquiera conjugándolos con la dogmática (pues tampoco esta es uniforme, ni se halla libre de lagunas o indeterminaciones). De ahí que estas cuestiones se decidan, en definitiva, por la intervención de otros factores: opciones ideológicas, presiones sociales, personalidad de los intérpretes, etc. Y tal condición del pensamiento jurídico no es -agregan- susceptible de ser cambiada radicalmente, en la práctica, por más esfuerzos teóricos que unos (la dogmática misma) u otros (metodólogos en el campo, más general, de la llamada Teoría del Derecho) quieran desplegar. Así, esta Posición -cuando es sostenida sin ninguna claudicación- se revela como absolutamente inconciliable con la ideología profesional de los juristas.

No traeré a colación aquí los argumentos, pues son conocidos, que partidarios de cualquiera de estos dos grandes tipos de posiciones han presentado en favor de *O* o de *P*. Sólo me interesa subrayar, en este momento, que lo que ahí se discute es, por lo menos parcialmente, no un simple asunto de preferencias personales, sino que concierne ante todo a ciertas cuestiones *de hecho* (por lo menos para el punto *b*). Con otras palabras: lo que de veras interesa, no es averiguar si acaso algunos prefieren que los juristas piensen y actúen en forma «(ir) racional», sino comprobar si estos últimos, ellos

mismos, proceden verdaderamente así; o bien, saber que posibilidades *reales* hay de conseguir que esto cambie, *en la práctica*, mediante una adaptación a ciertos modelos de razonamiento alternativos. Lo que he sostenido por mi parte, ante tales cuestiones, se inscribe en el marco de la Posición P, claro está. Y no sabría sintetizar mejor mi propio punto de vista acerca del discurso jurídico que recurriendo, una vez más, a la insuperable caracterización que al respecto formuló Radbruch:

*una indisoluble mezcla de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos*⁴.

A la luz de esta caracterización, la Posición O -en cualquiera de sus posibles versiones: lógica deóntica, argumentación «racional» o «razonable», teorías sistémicas acerca del derecho, etc.- no puede menos que revelarse como una clase de aproximaciones básicamente ingenuas, si de lo que se trata es de ver cómo es o pueda llegar a ser el discurso jurídico profesional en manos de sus protagonistas *reales*. En lo fundamental esas aproximaciones responden a modos del *wishful thinking* intelectualista, cuando no estamos simplemente ante una ideología profesional (p.e. Dworkin) para legitimar las ficciones con que normalmente cubren sus decisiones los juristas.

Claro que esos escapismos no tienen por qué llegar a los extremos que alcanzan en las siderales cogitaciones de Rawls. También toman la forma de presentaciones menos delirantes, o en todo caso más disimuladas: esto es, cuando se traen a colación facetas del razonamiento que efectivamente suelen darse entre los profesionales del derecho, pero hipostasiándolas. Y sobre todo porque entonces no se toma en consideración fundamentalmente cómo influyen en la dirección misma de esos razonamientos las fuerzas sociales presentes, materiales e ideológicas, y en general se hace abstracción (p.e. Alexy) de la mentalidad *real* de los operadores habituales del pensamiento jurídico. En la actual Teoría del Derecho proliferan -entre otros los habermasitos, mientras que, para decir algo interesante que no hubiera sido advertido ya por los grandes autores de la materia en nuestro siglo (Kelsen, Radbruch, Frank, Llewellyn, Ross, Perelman, Bobbio, Engisch, Esser, Hart, etc.), y hasta por muchos otros tras la huella de aquéllos, haría falta nada menos que algo así como un Kolakowski o un Kuhn, o en todo caso un Feyerabend, por no pedir el milagro de que aparezca ahí un Russell o un Wittgenstein.

AAA

⁴ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (7ma. ed. por Erik Wolf), K. F. Koehler, Stuttgart, 1970; § 15 in limine, p. 211.

EXCURSO

Pienso que el período propiamente *creativo* de la Filosofía y Teoría General del Derecho termina hacia mediados de los setentas. Luego de eso ha habido, ciertamente, trabajos interesantes de autores de segunda línea, agregando precisiones o pruebas de detalle a lo que ya se sabía antes. Por ejemplo, tal el caso del excelente libro de Alexy sobre *Teoría de la argumentación jurídica* (ref. bibl. *infra*) -si prescindimos de sus ilusiones habermasianas- o el ilustrativo análisis de Schreckenberger sobre *Semiótica retórica* (*infra* n. 17) -si no nos enredamos en su jeringonza logicista-; estos estudios aportan unos complementos, ciertamente interesantes, a lo que básicamente sabíamos por Viehweg y sobre todo por Perelman (y también, después, por exámenes de muchos otros autores: cf., por todos: F. Horak, *Rationes decidendi* I, Scientia, Aalen, 1969). Para señalar otro ejemplo: considérese los ilustrativos estudios de P. Goodrich sobre historia de la hermenéutica jurídica, si bien lo esencial al respecto ya había sido adelantando por M. Sbriccoli (*L'interpretazione dello statuto*, Giuffrè, Milán, 1969) o en la mencionada monografía de Horak, y aún desde antes por -entre otros- Kantorowicz y Radbruch. Lo que ha marcado la pauta en los últimos decenios es, más que nada, la superabundancia de pedantismos (p.e.: Rawls, la gran mayoría de las investigaciones inscritas bajo el rubro *Semiótica Jurídica*, etc.) y en general la fruición por toda clase de maquillajes terminológicos (p.e.: Dworkin, las infinitas discusiones sobre la conceptualización de «lo «racional» o lo «razonable», la semántica estructural «actancial», etc.).

El gran premio en la carrera por ver quién consigue perderse más a fondo en sofisticados laberintos de naderías, difícilmente podrá serle disputado al descomunal mamotreto de Rawls respecto a la idea de Justicia, dada la interminable plétora de discusiones escolásticas que sobre ese paisaje lunar se pueden «construir». Compárese las laberínticas fantasías que este autor presenta como fórmulas para los razonamientos del *topos* «justicia», con el análisis realista de Perelman (*De la justice*, 1945) acerca de los enormemente variados y contradictorios usos de dicho término bandera. Que después de un examen como el de Perelman, donde quedan tan nítidamente de manifiesto las múltiples y antinómicas utilizaciones -¡reales!- de ese comodín retórico, a alguien se le haya podido todavía ocurrir ponerse a «construir» cuál es el sentido «racional» *verdadero* de esta palabrita -falta saber entre qué extraterrestres, académicos aparte-, no tendría por qué llamar mucho la atención si se tratara simplemente de una curiosidad aislada. Ya lo dijo Descartes: «no se puede imaginar nada, por extraño e increíble que sea, que no haya sido dicho por alguno de los filósofos» (*Discurso del método*, Segunda Parte).

Seguramente sería demasiado esperar de los iusfilósofos, y de los epistemólogos del discurso práctico en general, suponerlos capaces de retornar la mirada tan a la tierra como para darse cuenta que aquello, lo de Rawls, es simplemente lo que es: las divagaciones de un autor que, aunque su ingenio para crear sofisticaciones fantasiosas sobrepasa ciertamente la media del mundillo académico, carecen de todo alcance propiamente cognoscitivo, no menos de como son por entero inocuas para domeñar la realidad práctica. Bien mirado, se trata apenas de un *divertimento* intelectualista -sólo que de los más insípidos- para autores que buscan a toda costa encontrarse con algo «distinto» (y cuanto más enmarañado mejor) para desenredar y reenredar el infinito ovillo del comentario de textos. [Difícilmente pueda hallarse, en la historia contemporánea de la teoría ética, un ejemplo más patente que ese para

ilustrar el acierto también de estas otras palabras de Descartes: «...los razonamientos... en los que discurre un hombre de letras, encerrado en su despacho, acerca de especulaciones que no producen efecto alguno y que no tienen para él otras consecuencias sino que acaso sean tanto mayor motivo para envanecerse cuanto más se aparten del sentido común, puesto que habrá tenido que gastar más ingenio y artificio en procurar hacerlas verosímiles» (*ibíd.*, Primera Parte).]

El hecho de que a tantos profesores -no sólo en la Teoría del Derecho, sino inclusive entre los de Ciencia Política- se les haya pasado desapercibida tal cosa, y que más bien hayan dirigido los desvelos a ver cómo efectuar, también ellos, sus expediciones intelectuales por esas sendas galáxicas, es por demás sintomático. Asimismo lo es, sin duda, que ellos hayan podido tomarse no menos «en serio» la idílica versión que del razonamiento judicial ofrece Dworkin, donde estos razonamientos consisten en discursos a cargo de unos protagonistas que -vista la manera como los presenta ese autor- parecen salidos de alguna iuselegía que no se atrevió a escribir Platón. Compárese tal versión, y ni qué hablar si remontáramos el vuelo hasta lo de Rawls, con cualquier estudio realista acerca de dichos razonamientos. Por ejemplo, cf. el implacable informe resultante del estudio de campo efectuado por Rüdiger Lautmann (*Justiz - die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse*, Fischer Athenäum [FAT 4002], Francfort, 1972) sobre como se razona REALMENTE en tribunales alemanes, y en general téngase en cuenta lo que surge de múltiples estudios sobre la mentalidad de los jueces (p.e.: cf. Dieter Simon, *La independencia del juez*, cap. VI; Ariel, Barcelona); o bien, en otro plano de análisis, véase el examen de orden histórico-político que efectuará Bernd Rütters (*Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Fisher Athenäum. [FAT 6011], Francfort, 1974) sobre los cambios en la interpretación judicial de unos mismos textos del derecho positivo alemán, en relación con distintas etapas políticas de ese país. Pero incluso la monografía ya mencionada de Alexy, aunque no puede ser considerada un examen verdaderamente realista del pensamiento jurídico, y es posible que su autor ni siquiera pretendió que lo fuera, presenta una profundidad y consistencia en sus análisis que la ubica a años luz de «seriedad» (¡verdadera!) por encima de las superficiales distinciones que ha presentado Dworkin; tampoco puede decirse, de ella, que se trata apenas de un pasatiempo escolástico como el de Rawls.

Los abundantes, y con tanta frecuencia harto prolijos, estudios publicados en años recientes sobre «argumentación» jurídica, o acerca de lo «racional» o «razonable» en el derecho, resultan ciertamente inofensivos desde el punto de vista práctico. Pero tal comprobación no tendría por qué significar una crítica, ya que un estudio puede justificarse por su mero alcance cognoscitivo (en la medida en que lo tenga), si no fuera porque sus autores suelen dar a entender otra cosa: ¡pretenden ser «prácticos»! El mejor trabajo que conozco para ese tipo de direcciones de investigación es dicho libro de Robert Alexy: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (ed. or. al.: 1978). Ahora bien, el pormenorizado análisis que él contiene resulta, a mi juicio, más que suficiente como para dejar agotado el interés de seguir hurgando por ese lado. Yo pienso que ese libro, precisamente por lo bien hecho que está, ofrece

algo así como una demostración por el absurdo -aunque muy distinta sea la intención de su autor- sobre las (im)posibilidades que afectan a la metodología jurídica.

El examen ahí presentado explora prácticamente hasta el máximo los elementos básicos de racionalidad o razonabilidad que los discursos jurídicos -algunos de ellos- puedan llegar a tener; aunque los tengan, cabe agregar, en forma más bien implícita que explícita. Empero, una descripción como esta no puede sino hacer todavía más patente, si aceptamos compararla -¡cosa que el autor *no* hace! -con la manera en que los juristas razonan en la práctica (cf. el estudio de Lautmann), qué enorme, infranqueable distancia separa a esos cuidadosos modelos de «racionalidad» o «razonabilidad» argumentativas frente a los hábitos mentales *reales* de los protagonistas *reales* de las actividades jurídicas *reales*. Y así, paradójicamente, lo que nos viene a ofrecer un autor de tan buen nivel teórico y tan cuidadoso de la precisión como lo es Alexy, resulta que al fin de cuentas se queda, si cabe, todavía más lejos de reflejar la realidad del derecho que el propio Dworkin, por más que los estudios de este último están muy notoriamente por debajo del nivel intelectual de los exámenes presentados por aquel. Pues lo cierto es que Dworkin, precisamente por la superficialidad y la endeble precisión de los términos en que plantea sus análisis, está mucho más cerca que Alexy respecto a las maneras en que piensa el jurista corriente.

Se comprende, por supuesto, que lo bienvenido para la buena conciencia de los juristas no pueden ser unos estudios como los de Lautmann, Simon o Rùthers. Más oportuno, para llegar a ser un autor de «éxito» entre gente del gremio, sobre todo en nuestro tiempo, es presentarse a argumentar en favor de su ideología profesional (Dworkin) o escaparse hacia los *topos uranos* (Rawls), en vez de tomar un partido como, por ejemplo, el de la observación participante (*teilnehmende Beobachtung*) en la actividad MISMA de aquellos cuando efectúan sus intervenciones reales; y menos que menos si este investigador va a tener la franqueza inmisericorde de revelar, como Lautmann, los verdaderos resultados de tal observación. No es de extrañar que no sean *tal* clase de investigaciones precisamente, un tema favorito para las discusiones entre los especialistas de la Teoría del Derecho. [Como tampoco lo fue, por ejemplo, el sensacional libro de J. Frank: *Law and the Modern Mind*, 1930. Es cierto que sí consiguieron serlo, y en la forma más abundante, las tesis de Kelsen, a pesar de su neta orientación desmixtificadora. Mas esto se debió sobre todo a que la discusión en tomo a Kelsen consiguió ser desviada, casi siempre, hacia unos detalles técnicos de su formulación -el estatus epistemológico de la «norma fundamental», etc. -o simplemente no fueron entendidas- la cuestión de la «pureza» (*infra* n. 15), etc.- En cambio, respecto al libro de Frank, no habiendo manera de pasar hacia la tangente comprobaciones formuladas tan directamente como se hace allí, *mejor es no meneallo...*]

Haría falta, hoy más que nunca, gente del linaje de los Radbruch, Kelsen y Frank, de los Schmitt y Heller, cuando lo que nos encontramos son discusiones -y uno mismo termina sintiéndose arrastrado a ellas- respecto a algún jugador de segunda división como Dworkin. Por ejemplo, compárese los simplismos y la reafirmación de ficciones profesionales por parte de ese autor, con la riqueza de contenido -y con la asepsia de ideologización juricista- en el análisis que mucho antes había presentado Esser sobre las relaciones entre *Principio y norma* en el razonamiento jurídico. Y puede valer la pena mencionar como un contraejemplo frente a los Rawls, Dworkin y Cía., para ilustrar que no sería del todo imposible, ni siquiera hoy, que lleguen a aparecer trabajos capaces de responder a un impulso *verdaderamente*

renovador y que además valga la pena, las investigaciones de Foucault sobre historia del delito y acerca de la «verdad» jurídica. En estos estudios, a pesar de algunos pedantismos e insuficiencias en las categorías del marco conceptual, y en general de ciertas exageraciones holistas o de tendencias al maniqueísmo, sale a la palestra, indudablemente, una originalidad y sobre todo una agudeza de penetración *realista* que brillan por su ausencia en las «vedettes» de la actual Teoría del Derecho. Pero unos exámenes como los de Foucault difícilmente podrían surgir de las filas de ninguna de las orientaciones hoy dominantes en esa teoría.

Sin embargo, no pretendo decir -valga la aclaración- que la Teoría del Derecho contemporánea no haya aportado prácticamente *nada* valioso. Entre sus numerosos afinamientos conceptuales, que en general provienen de categorías epistemológicas originadas en estudios relativos a otras disciplinas, no puede negarse que algunos de ellos son, o podrían llegar a ser, de neto provecho para desenmarañar discusiones falaciosas en la propia Teoría del derecho: cf., por todos, el excelente resumen de François Ost en su artículo *Science du droit (Dictionnaire de Eguilles*, cit. *supra* n.3, p 363-367; hay trad. esp. en *Revista de Ciencias Jurídicas* 72, mayo-agosto 1992, p. 163-147, Universidad de Costa Rica); y vale la pena consultar también otras voces de ese Dictionnaire, para tener una idea general de lo que puede ser más interesante en planteamientos recientes relativos a los conceptos respectivos.

[Por otra parte, es obvio que al señalar la inanidad y pedantismo que predominan en dicha Teoría, no puedo tener en cuenta sino aquello que personalmente conozco de ella, tomando sobre todo como dato sintomático quiénes son los autores y corrientes más discutidos en ciertas prestigiosas revistas especializadas de la materia (p.e. en DOXA). Desde luego, nada tiene de imposible que, máxime hallándome tan al margen (Costa Rica) de los centros intelectuales mismos donde surge y se discute lo principal de la literatura de la materia, y dado que tampoco soy un favorito de los Congresos, yo no haya podido ni siquiera enterarme de que existen tales o cuales estudios *fundamentales* que escapan a la caracterización general dada. O bien, que aun habiéndolos visto mencionados, no consiguiera procurarme su lectura; p.e., teniendo en cuenta el título y quiénes son los autores, me hubiera gustado ver si, acaso, no son de ese calibre unas obras como: el libro de Jacques Lenoble y François Ost, *Droit, Mythe et Raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1980; o el de Domenico Carzo, *I Segni del Potere*, Giuffrè, Milán, 1981.]

AAA

Cuando no se comparten las ilusiones de la Posición O, uno está obligado a nadar contra la corriente en la Teoría del Derecho de nuestros días. No podrá comulgar con sus poderosas hazañas en la invención de jergas, y en general no se verá tentado a tomar demasiado en serio la superproducción de discusiones escolásticas que ella registra. Entonces es inevitable que -fuera de que sobre uno pueda recaer, supongo, la firme sospecha de estar «atrasado», baldón que de por sí será difícilmente perdonable- no falten quienes consideren que pensar así constituye todo un atentado contra la *racionalidad* MISMA de la empresa jurídica; o sea, que con ello se incurriría nada menos que en el pecado de «irracionalismo». En esta nota quiero

examinar brevemente tal acusación. Pienso que puede tener cierto interés general sacar a luz la falacia de base en que objeciones de esa índole se asientan, pues no creo que el asunto concierna solamente a mis propios trabajos. (Lo otro, lo de mi «atraso», sí es que existe, no me imagino que vaya a interesarle al lector, y tampoco me inquieta a mí.) Considero que dicho reproche reposa esencialmente en una confusión de planos: consiste en desdibujar la distinción, que es fundamental, entre lo que son los discursos reales de los protagonistas reales de la práctica jurídica real (nivel 1) y lo que sean unos metadiscursos (nivel 2) acerca de aquellos primeros.

Claro que, después de todo, el nombre o el adjetivo que cada quien prefiera darle a la cosa es lo de menos, No obstante, si hay en esto alguna parte que defienda lo «irracional», ese parece ser más bien el caso de quienes, como en la mencionada acusación, proyectan sus propios, sus personales (*wishful thinking*) afanes de cientificidad a una realidad que es muy distinta. Si no preferimos recurrir a la definición persuasiva de ensanchar la idea de lo «racional» para hacerlo equivalente inclusive a unas formas de la imaginaria, entonces difícilmente pueda calificarse de irracional a un punto de vista simplemente porque opta por no ignorar como es la *verdadera práctica* del derecho, cómo sus protagonistas habituales piensan y actúan *de hecho*. (Es como si, cuando el médico diagnostica una enfermedad, se sacara la conclusión de que, por haber hecho ese diagnóstico precisamente, entonces la enfermedad ha de tenerla también él mismo; más aún, que se encuentra bien complacido de ella y hasta deseando que todo el mundo la padezca.)

Racionalidad⁵ y realismo no son categorías opuestas, sino que más bien el realismo constituye una condición básica -aunque no lo sea todo- en cualquier consideración racional de las cosas. Cuando una práctica que presenta abundante déficit de racionalidad es presentada como si ella fuera de otra manera, sólo en el plano de ciertos usos persuasivos del lenguaje se entenderá que «racionales» son aquellos que la presentan así, mientras que lo «irracional» sería -se entiende- el no preferir ocultar que las cosas son como son. Ahí se le llama «irracionalismo», pues, al hecho de no plegarse al partido de callar dicha realidad. Y es así como, al fin de cuentas, la irracionalidad (real) de esa práctica resulta disimulada y apoyada -¡doble irracionalidad!- por tales defensores de la «racionalidad» justamente.

II

Puede valer la pena, para ilustrar el punto, recoger un intercambio de opiniones que tuve con un destacado profesor argentino, convencido cientificista

⁵ Véase supra nota 3.

(autor de reconocidos trabajos en tal dirección), quien me hizo llegar, en una carta personal, el siguiente comentario⁶: «Eso me lleva a preguntarle -pues me da la impresión de que se trata de una actitud personal y no de una tesis suficientemente fundada- por su actitud algo polémica, cuando no escéptica sobre las relaciones entre la(s) lógica(s) y el conocimiento (científico) del derecho. Yo soy muy reacio a aceptar las formas de irracionalismo que cunden, sea bajo rótulos iusnaturalistas, o invocando a Perelman, Viehweg o a la hermenéutica. Creo que fuera de tratarse de posiciones retrógradas, son políticamente muy peligrosas». Pues bien, me parece que puede resultar aclaratorio reproducir lo que puse en mi carta de respuesta al colega que tuvo la amabilidad de efectuarme este comentario. He aquí esas observaciones mías, que me siguen pareciendo pertinentes⁷.

«En cuanto a “mi actitud algo polémica, cuando no escéptica sobre las relaciones entre la(s) lógica(s) y el conocimiento (científico) del derecho”, habría que precisar -como Vd. mismo lo advierte- de qué lógica estamos hablando y, más aún, respecto a qué sector o plano del conocimiento (científico, si se quiere), del derecho. He tratado de responder a eso en mi artículo «Ciencia jurídica: ¿qué “ciencia”?», particularmente en el apartado III.2 y en las Conclusiones Generales⁸. No sé si será más claro formular mi idea general del modo siguiente: no creo que sea, ni que pueda llegar a ser, realmente científico (en algún sentido fuerte de esta palabra) el discurso jurídico corriente, el que en dicho artículo he llamado de primer nivel (legislación, jurisprudencia, dogmática, etc.); en cambio, pienso que sí podría serlo, y en buena medida ya lo es, el de segundo nivel, o sea, ciertos metalenguajes acerca del derecho práctico real.

⁶ No puedo revelar el nombre de dicho profesor, muy conocido (también por los lectores de esta revista), porque no recibí su autorización para ello, aunque se la solicité al responderle. La carta de él tiene fecha 16-IV-1988 y mi contestación es del 6-V-1988. Algunas observaciones más contenidas en esa misma carta, y los respectivos pasajes de mi respuesta, donde hay puntualizaciones que conciernen también al punto que nos ocupa aquí, los he traído a colación en otro sitio: Enrique P. Haba, «Retórica de “la” Libertad contra las libertades. Control sobre las libertades, por medio de “la” Libertad como ideología», en *Revista de Ciencias Jurídicas* 75 (mayo-agosto 1993), p. 113-158, Universidad de Costa Rica; cf. el punto 2 [«Una cuestión (intrascendente) de lógica formal»: pp. 149-155] de su Apéndice C.

⁷ Pero este intercambio de opiniones es anterior (cf. la nota precedente) a la publicación de los trabajos míos que he mencionado al comienzo (*supra* nota 1), vale decir, que el colega argentino no podía por entonces tener conocimiento de ellos. Sin embargo, entiendo que esa discusión conserva plena vigencia, en los mismos términos en que la reproduzco aquí, independientemente de que él tenga o no la misma opinión aún; pero no me extrañaría que sí la mantenga.

⁸ En este punto de la carta me refería a una versión anterior, en español (*Revista de Ciencias Jurídicas* 51, set.-dic. 1984, p. 11-35, Univ. de C.R.), del estudio *Sciences du droit...* (*supra* nota 1). En este último, la parte arriba señalada es el apartado III.C, pp. 183-185; cf. también allí el *Epilogue*, pp. 185-187, trad. al francés del Anexo que está al final de *Racionalidad y método...* II (cit. *supra* *ibid.*)

«Si Vd. me permite invocar antecedentes ilustres (y sin ánimo de compararme con ellos, podrá imaginarse), le diría que en esto soy tan racionalista, y también tan irracionalista, como Hume o como Kelsen. Irracionalista, en cuanto no creo que mi objeto de conocimiento, el derecho tal y como este realmente es: la actividad práctica y el discurso de los juristas típicos, sea racional en sí mismo. Pero racionalista, sin embargo, por cuanto mi manera de describir ese objeto trata de estar lo más racionalmente concebida y ordenada, y tomar en cuenta conocimientos científicos -lingüísticos, sociológicos, etc.- al respecto. El problema no reside en que uno quiera, o no, que el derecho (de primer nivel) sea más o menos racional, o científico, sino en averiguar cuáles son las posibilidades REALES de que lo sea.

«Si la lógica deóntica es, a mi juicio, una engañosapichanga, no pienso eso porque la considere falsa (si de tal cosa puede hablarse en cuanto a la lógica formal) o poco científica, sino porque, por más científica que sea, informa poco o nada acerca de la dinámica real del discurso jurídico y antes bien contribuye a hacer apartar la vista de ésta⁹. No niego que la lógica deóntica tenga una racionalidad (sintáctica), y ni siquiera le niego condición científica. Lo que cuestiono, es su INTERÉS. Pienso que, en la práctica, ella funciona como una ideología del pensamiento tecnocrático, un modo de NO hablar, o de hacerlo en forma inútilmente rebuscada, acerca de los problemas reales de la práctica jurídica. Claro que yo no puedo demostrar que sea en efecto más *interesante* ocuparse de esos problemas que estudiar el ajedrez, o que traducir al esperanto el Código Civil o que encogerlo a unas fórmulas deónticas... Tampoco digo que sea imposible hacer intervenir, de alguna manera, esas fórmulas -o el esperanto o la astrología o el cálculo infinitesimal o cualquier otra cosa- en el discurso destinado a resolver unos problemas jurídicos. Lo que digo es que, salvo para algún sector muy excepcional del derecho, tal vez el sucesorio o el impositivo, las soluciones son alcanzables igualmente *sin* necesidad de recargar la exposición con tales fórmulas. En síntesis, de la lógica deóntica pienso más o menos lo que Jhering opinaba de la jurisprudencia romanista, de su cielo de conceptos (cf. *Bromas y veras...*). Y me remito también a lo expuesto [sobre falsa precisión] en las págs. 26-28 de mi artículo *De la fantasía curricular*¹⁰.

«Ahora bien, si de lo que se trata no es de un conocimiento (científico) del derecho consistente en traducir el discurso jurídico a algún lenguaje artificial, sino de analizar ese discurso con todos los recursos que puedan brindar las ciencias empíricas, entonces no considero falta de interés ni imposible, sino todo lo contrario, tratar de que el análisis sea lo más científico-racional

⁹ Cf. el § 1 del Apéndice en *Racionalidad y método...* II (cit. supra nota D, DOXA-8, pp. 241-250).

¹⁰ Enrique P Haba, «*De la fantasía curricular, y sobre algunas de sus precomprensiones tecnocráticas*», en *Revista de Ciencias Jurídicas* 56 (mayo-agosto 1986), p. 11-48, Universidad de Costa Rica.

posible. Hay que valerse de toda la racionalidad de que es capaz este análisis, justamente para sacar más a luz hasta qué punto el derecho viviente es un discurso pseudocientífico; en una palabra, poner precisamente de manifiesto toda la Irracionalidad que caracteriza al razonamiento corriente de los juristas. Por eso mismo es que, igual que a Vd., me desagradan posiciones como la de Perelman¹¹, la hermenéutica filosófica¹², etc.¹³ Considero, pues, que mi aproximación teórica al derecho no es, de ninguna manera, irracionalista, sino que más bien puede ser catalogada de racional (en el sentido que doy al término racionalidad en mi artículo sobre *Lo racional y lo razonable*¹⁴, sentido más amplio que el de la clásica definición de Max Weber pero que la comprende). Solo que me resisto, eso sí, a imaginarme que el derecho real pueda llegar a aceptar para sí mismo una racionalidad tan exigente.

«Parfraseando a Kelsen, yo creo-como él- que lo que puede, y debe, ser puro (racional) es la metateoría (análisis semánticos, estudios sociológicos y crítica de ideologías, etc.) acerca del derecho; pero que es imposible - ¡nos guste o no nos guste!- que lo sea asimismo el discurso judicial, o el de la dogmática o el legislativo. Estos tres, o sea, el discurso jurídico de primer nivel, el único «viviente», es algo que resulta inevitablemente impuro (extracientífico o débilmente científico), porque no hay manera de que renuncie

¹¹ Cf. *Racionalidad y método...* II (cit. supra nota 1), Apéndice § 2, en DOXA-8, pp. 251-254.

¹² Véase, del sitio indicado en la nota anterior, el Apéndice § 4, pp. 258-264. Para una crítica más amplia de las ideas centrales de Gadamer, cf.: Enrique P. Haba. «*Hermeneutik contra Rechtswissenschaft*», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXIV (1978), p. 163-181.

¹³ En este «etc.» pueden entrar también puntos de vista como los de Viehweg (y la llamada *tópica*), Villey («dialéctica» en sentido aristotélico) y otros. Pues los modelos que estos autores mencionan, bajo esos nombres, como característicos del razonamiento jurídico, si bien tienen la ventaja de no hacer lugar a ficciones científicas ni en general a las ilusiones racionalistas en que caen otros enfoques, empero suelen contener, de todos modos, una especie de apologética -aunque puede ser más o menos velada- de las formas comunes que presenta dicho razonamiento en manos de los juristas profesionales. Por eso, no he vacilado en calificar también a esos puntos de vista como unas aproximaciones ideológicamente «conservadoras» dentro de la Teoría del Derecho. Porque resultan ser *defensoras*, al fin de cuentas, del *stato quo* metodológico del discurso jurídico corriente, dado que no se limitan simplemente a describirlo en esta forma, sino que asimismo encomian esta condición. Cf. mi estudio: «*Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?*», en *Rechtstheorie* 8 (1977), p. 145-163.

¹⁴ Las principales ideas de dicho artículo (publicado en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica* 43 [1978], p. 1-32), las he retomado y -espero- precisado un poco más, complementándolas asimismo con buen número de otras reflexiones que son pertinentes en relación con el mismo tema central, en *Racionalidad y método...* (cit. supra n. 1); además me he referido también a ellas en algunos trabajos posteriores (esp. en aquellos citados en la misma nota). En cuanto a la definición misma de «racionalidad» mencionada arriba, cf. en *Racionalidad y método...* a la altura de su nota 13 (DOXA-7, p. 184) y *passim*; en *Lo racional y lo razonable*, cf. el § II (esp. la def. en la 2da. col. de la p. 6).

a sus funciones político-ideológico-retóricas, que son inescindibles de sus funciones sociales en general¹⁵. Hasta ahí mi respuesta.

Vale decir: por más racional que sea, o pueda llegar a ser, la Teoría del Derecho, que es un *metalenguaje*, ella NO es lo mismo que su lenguaje-*objeto*, el discurso jurídico de primer nivel. En consecuencia: así como la irracionalidad de este no tiene por qué contagiarse a dicha Teoría (mas tal «contagio» no es imposible), tampoco la racionalidad que se alcance en ella implica por sí misma garantizar -o «contagiar», si se quiere- también la de él. Si en un metalenguaje se deja constancia de déficit de racionalidad que caracteriza a su lenguaje-objeto, no quiere decir que aquel resultará no menos irracional que éste. Por el contrario: cuando un metalenguaje tiene como objeto un discurso que es poco racional, la única manera para que este metalenguaje no resulte análogamente irracional, es si sirve para revelar y subrayar justamente toda esa irracionalidad de su lenguaje-objeto¹⁶.

¹⁵ «La *despolitización* que la teoría pura del derecho exige se refiere a la *ciencia* del derecho, no a su objeto, el derecho. EL DERECHO NO PUEDE SER SEPARADO DE LA POLÍTICA, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas... [Por eso] la teoría pura del derecho es una *teoría pura* del derecho, NO la teoría de un *derecho puro* como sus críticos han afirmado erróneamente a veces» (Hans Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba [Arg.], 1958, pp. 31-32 -sólo las cursivas son subrayados que pertenecen al propio Kelsen-. [Sobre la posición de Kelsen, vid, el § V de mi «Presentación» (pp. I-XXVII) en la 2ª. ed. de: Jorge Enrique Romero Pérez, *La Sociología del Derecho en Max Weber*, Universidad de Costa Rica, San José, 1980. Por cierto, entonces incurri en un descuido de orden terminológico (esp. en las págs. XXVI y XXVII) al no aclarar que, si bien la «teoría pura» es lenguaje-objeto respecto a unos *metalenguajes* que allí indiqué, ella es también, a su vez, un metalenguaje respecto al discurso jurídico corriente; pero esa falta mía de precisión no afecta al fondo de lo explicado en dicho sitio, esto es, a la importancia de subrayar la radical diferencia de planos que existe entre aquella teoría y este discurso (en ese mismo sentido apunta también, *mutatis mutandis*, la sentencia de Debray que aquí aparece en el epígrafe).]

¹⁶ Es precisamente eso lo que tan bien subrayan las palabras recogidas en nuestro epígrafe, tomadas de: Fernando Savater, *Nietzsche*, Barcanova, Barcelona, 1982, p. 49, (allí la cita de Schopenhauer); Friedrich Waismann, «*Verifiability*», en *Essays on Logic and Language* 1ra. serie, p. 117-144 (143), Basil Blacksvell, Oxford, 1951; Régis Debray, *Crítica de la razón política*, trad. (con muchos defectos) de Pilar Calvo, Cátedra, Madrid 1983, p. 290; Luis Alberto Warat, *El derecho y su lenguaje. Elementos para una teoría de la comunicación jurídica*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, p. 169. Sobre la cuestión general de las relaciones entre metalenguaje y lenguaje-objeto, cf. Warat (*op. cit.*), caps. IV.3, V.5.1 y esp. VIII.8 los desarrollos de este último apartado tienen fundamentales puntos de contacto con lo explicado aquí (pero yo no había aún leído ese texto cuando escribí la carta de marras). Cf. además Sechrekenberg (*op. cit.* en la nota sig.), el punto 4.B de la Introducción; vid. también mi estudio sobre *Racionalidad y método...* (cit. *supra* nota 1) a la altura de la nota ñ del Epílogo y esa misma nota (DOXA-7, pp. 239-240).

En efecto, como dice Schreckenberger, «La distinción entre lenguaje objeto y metalenguaje... [es] también un excelente criterio para aclarar contextos semánticos complicados y desenmascarar la sugestiva apariencia de una pretenciosa objetividad en los conceptos y argumentos»¹⁷. Contrariamente a las precomprensiones que la Posición O avala, lo cierto es que la Teoría del Derecho, discurso metalingüístico, es tanto más racional cuanto *menos* disimule las faltas de racionalidad de su lenguaje-objeto. Tiene toda la razón de mundo Warat al señalar: «resulta muy importante no confundir la idealización racionalista, [que es una] inversora de la realidad, con las posibilidades de obtener un conocimiento racional del saber jurídico»¹⁸.

Por eso, en cuanto al derecho, bien puede decirse -agrego yo- que donde ciertas modalidades del irracionalismo triunfan, en realidad, no es en los enfoques (Posición P) que subrayan las carencias de racionalidad del discurso jurídico de primer nivel, sino antes bien en otras orientaciones (Posición O): en aquellas que, sea de una u otra manera -dogmática tradicional, direcciones científicistas o visiones «razonabilistas» en la Teoría del Derecho, etc.-, incitan a pensar que ese discurso es, o está en condiciones de ser, verdaderamente racional (o que, en todo caso, él constituye un muy satisfactorio ejemplo de las bondades que tiene el pensamiento de tipo «razonable»).

III

El «irracionalismo» de la Posición P consiste, pues, en no compartir las ilusiones de la Posición O, así como en no darle mayor importancia a los artificios escapistas y en general a los pedantismos, de toda laya, que abundan dentro de esta. A los autores de la Posición P no les interesa por cierto, afanarse en «construir» unos discursos jurídicos racionales o razonables, para juristas ideales, sino que prefieren señalar cómo funciona el pensamiento de los protagonistas *de carne y hueso* de las *prácticas* jurídicas. Esos autores se cuidan de extraviarse en idealizaciones respecto a los razonamientos que efectúan dichos protagonistas. Se ocupan de estos mismos, ¡no de algún Hércules «construido» a medida de los modernos Pigmaltiones que han pedido pase a la Teoría del Derecho!

Sin embargo, hacer ver que existe esa diferencia esencial de la Posición P frente a la Posición O, no significa afirmar que en general los análisis efectuados en el marco de la segunda constituyen meras fantasías o algo por el estilo. No es así, desde luego. Muchos de esos análisis, pedantes o no, dan

¹⁷ Waldemar Schreckenberger, *Semiótica del discurso jurídico. Análisis retórico de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p. 29.

¹⁸ L. A. Warat, *op. cit.* (supra nota 16), p. 167.

cuenta de unos aspectos que efectivamente se hacen presentes, en mayor o menor medida, en razonamientos de los juristas profesionales. Y también es posible que dichos aspectos tengan, en mayor o menor medida, según los casos, importancia para decidir cuestiones jurídicas¹⁹.

Señalé, desde el comienzo, que en el seno del razonamiento jurídico juegan también un papel ingredientes de orden racional: los elementos «teóricos», «cognoscitivos», «científicos», etc.²⁰ Es notorio que, en muchos tipos de casos, elementos de esa clase son condiciones necesarias o hasta suficientes para motivar decisiones jurídicas. Así, no se puede negar que la dogmática -satisfactoria o no- constituye un edificio teórico y que este ejerce influencia en las decisiones judiciales. Lo que para la Posición P es criticable en la Posición O, no es que ésta ponga de manifiesto la presencia de unos modelos racionales o razonables en el discurso jurídico, tratándose de los que en él se dan *efectivamente* cita; pero nada más que estos mismos y sólo en la medida del papel real que ellos desempeñen. Los razonamientos de los juristas no dejan de incluir modelos de esa naturaleza, claro está, y por cierto que la Posición P no pretende negar algo tan obvio.

En efecto, mal podrían quienes se ubican en la Posición P, que se esfuerzan sobre todo por ser realistas, objetar a la Posición O unos señalamientos que permitan dar cuenta de elementos de razonamiento que están *realmente* presentes en los discursos jurídicos profesionales. Sería asombroso, por lo demás, que no hubiera elementos de esa naturaleza allí, sean unos u otros, ya que el pensamiento jurídico es precisamente un discurso.

La *irracionalidad*, bien puede denominarse así²¹, de las aproximaciones del tipo O no reside en llamar la atención sobre dichos elementos, sino que, si puede ser calificada de tal, es por la forma peculiar en que esos autores presentan el asunto. Esto es: tal vez menos por lo que dicen, que por la manera en que lo dicen; y sobre todo, por lo que NO dicen. Quiero insistir aún sobre esto último, antes de terminar. He aquí los extremos que me importa subrayar como principales conclusiones a extraer de la presente discusión:

¹⁹ Seamos justos: reconozco que no todos, y probablemente ni siquiera la gran mayoría, de los teóricos del derecho que sostienen tesis del tipo O dedican sus afanes principales a destilar iussonanismos en «posición original», o a entonar unos hercúleos poemas dirigidos al ego gremial de los juristas. Muchos de aquellos, sea empleando unas u otras aproximaciones, presentan estudios que no dejan de tener ciertos alcances realistas, a pesar de todo. Por ejemplo, un trabajo como el de Alexy [cit. *supra* en el Excurso] no deja de significar, ciertamente, un aporte ilustrativo en relación con algunos aspectos que llegan a presentarse en el discurso jurídico. (Pero, desde luego, mucho más integral que el enfoque que guía a dicho trabajo, y sobre todo muchísimo más iluminadora, es una aproximación como, por ejemplo, la del examen de Lautmann [cit. en el mismo sitio]; esta no se presta -bajo ángulo alguno- a espejismos racionalistas ni, en general, a ninguna de las idealizaciones «razonabilistas» acerca del pensamiento jurídico profesional).

²⁰ Cf. la cita de Radbruch: *supra* a la altura de la nota 4.

²¹ Pero véase *supra* nota 3.

- Los autores proclives a cualquiera de las orientaciones tipo *O* hipostasian indebidamente el alcance *efectivo* que lo racional o lo razonable tiene en las decisiones de los juristas.

- Esos autores tienden, por eso mismo, a no tomar en cuenta, o en todo caso a subestimar, los factores de no-racionalidad que se abren paso dentro y desde fuera del discurso jurídico. Toman el camino de no hablar de eso, simplemente, o bien lo tratan -de hecho- como si fuera una cuestión *secundaria* para la práctica del derecho; en sus estudios presentan las cosas como si todo (o casi todo) estuviera decidido, en lo fundamental, con sólo aprender unos modelos teóricos, aquellos que dichos autores consideren bastante racionales o razonables para guiar el razonamiento jurídico.

- Sea por entender que tales modelos están presentes desde ya, cuando menos implícitamente, en regiones (todas o algunas) del razonamiento jurídico profesional, o porque, si no, se trataría más bien de unas propuestas para mejorarlo, los autores de esas teorías pretenden -es un sobreentendido habitualmente manejado por ellos- que estas son capaces de tener importantes consecuencias «prácticas». De tal manera, incurren en una tremenda sobrestimación acerca del alcance efectivo de sus propias investigaciones, o por lo menos en cuanto a las de algunos de sus colegas. Se han mudado al reino del *wishful thinking*.

- En la medida en que estos modelos no sean simplemente alguna reformulación pedante de trivialidades que todo jurista práctico sabe de por sí, ellos consisten en unas sofisticaciones logicistas que poco tienen que ver ni con la formación académica ni con el papel social de los juristas reales. O también es posible que estemos ahí ante alguna cándida moralina intelectual (p.e. el «paso al discurso» con que sueñan Habermas y Alexy), ciertamente apetecible *pour la galerie* -sobre todo para la de los colegas-.

- Aun allí donde autores de la Posición *O* alcanzan a señalar ciertas formas del pensamiento jurídico que no son ni ilusorias ni triviales (p.e. unas estructuras formales como las reveladas por la lógica deóntica), por lo general es comprobable que, en la realidad, el tener o no clara conciencia acerca de ellas es cosa irrelevante para lo fundamental de la práctica misma del derecho. Las decisiones jurídicas, incluso cuando unas u otras de esas formas se cumplen en la práctica -no hablemos de cuando son pasadas por alto-, se suelen tomar sin que sus operadores tengan necesidad de descubrir que tales modelos están ahí presentes. Por ejemplo, en cuanto a la lógica deóntica, si bien conocerla puede ser importante para configurar unos sistemas de informática, estos no constituyen sino instrumentos *auxiliares* secundarios para la decisión jurídica misma, cuando se trata de cualquier asunto de los *realmente* discutidos entre juristas (en todo caso, mientras no hayamos ido a parar todavía al pleno mundo de Orwell).

AAA

En síntesis.- Si aceptamos llamar «racional» o «razonable», para el derecho, a los modelos, sean unos u otros, que nos son presentados desde la Posición *O* -exclusivamente a eso-, resulta que la única conclusión realista, de cara a las prácticas *normales* de los juristas, no puede ser otra que esta: reconocer el hecho de que ahí lo «irracional» (= lo que no es subsumible simplemente en dichos modelos) desempeña un papel no menos decisivo que el de esos mismos modelos. Cuando menos es así respecto a la generalidad de los casos o situaciones típicas acerca de los cuales se plantean las discusiones reales entre los profesionales de esa disciplina, vale decir, las que se hacen presentes cuando se enfrenta la decisión de conflictos jurídicos que resulten *importantes EN LA PRÁCTICA*.

Ahora bien, si se quiere calificar de «irracionalistas» a los enfoques (P) de aquellos autores que -hoy en señalada minoría- prefieren no apartar la vista de ese hecho, ni se expresan como si hubiera unas posibilidades reales de corregirlo, no haré, después de todo, un punto de principio de esta cuestión de palabras. Si ser «racional» es *eso*: si es preocuparse por las no menos superfluas que insípidas elucubraciones de Rawls, tomar «en serio» los remanidos encubrimientos ideológico-profesionales que reformula Dworkin, ocuparse de descarnar los discursos jurídicos reales para conformarse con su osamenta debidamente jeroglificada *á la carte* lógico-deóntica, etc., etc., entonces me declaro, ciertamente, un convencido «irracionalista». Y, a decir verdad, no puedo menos que agradecer como una distinción personal si alguien considera que merezco (¡ojalá que sí!) ser incluido bajo tal enseña.

APÉNDICE

Aprovecho para dejar agregado aquí el Sumario de mi estudio sobre *Racionalidad y método...*, trabajo que constituye el desarrollo más pormenorizado que he presentado sobre la cuestión de la «racionalidad» en el derecho; este sumario no se encuentra en la publicación de dicho estudio aparecida en DOXA [*supra* nota 1]. Pienso que, por ser ese un trabajo bastante extenso, la visión panorámica que da el Sumario constituye una ayuda prácticamente indispensable para que el lector pueda tener una adecuada impresión de conjunto sobre lo allí expuesto, y también para que, en su caso, esté en condiciones de entresacar sin mayor dificultad tal o cual punto que le interese en particular.

Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible? (Sumario)

I. Introducción.

II. La noción del método.

III. Intersubjetividad: a) método y verdad.

IV. Intersubjetividad: b) razonamiento y racionalidad, probabilidad (plausibilidad).

V. Delimitaciones conceptuales: racionalidad y razón, racionalidad e intersubjetividad (intersubjetividades científica y no científica), racionalidad y método, método y ciencia.

VI. La cuestión del fundamento: tipos, opciones; excursus (racionalidad teleológica o «formal»).

VII. El círculo de la intersubjetividad metódica. Condiciones esenciales de la racionalidad que caracteriza a los métodos propiamente dichos.

VIII. Lo racional y lo razonable: a) cuatro planos del pensamiento.

IX. Lo racional y lo razonable: b) el papel del «buen sentido»; límites del razonamiento (las cuestiones de grados).

X. Conclusión.

Postscriptum: Posibilidades reales de la metodología jurídica en la actualidad.

Apéndice crítico:

1. Sobre la lógica formal (deóntica) en el derecho.
2. Sobre la «nouvelle rhétorique» (lógica argumentativa) de Perelman.
3. Sobre la dialéctica.
4. Sobre la «hermenéutica filosófica» de Gadamer.
5. Sobre la «raison juridique» de A. -J. Arnaud.

Anexo: Ciencia jurídica: ¿Qué «ciencia»?