
**S O B R E L A P R E T E N S I Ó N
D E C O R R E C C I Ó N**

TEORIZACIÓN CONSTRUCTIVISTA COMO «FORMA DE VIDA» (SOBRE «REGLAS Y FORMAS» DEL DISCURSO JURÍDICO EN LOS TRIBUNALES INEXISTENTES)

... los conceptos viven su propia vida, y si no quieres arruinarte todas las posibilidades de ingresar en este reino, no preguntes jamás a nadie para qué sirve todo esto que acá ves.

JHERING

I. Generalidades

En un estudio publicado no hace mucho en *Sistema* (Haba 1997a) tuve oportunidad de comentar la impronta del *wishful thinking* en la Teoría sobre lo social, especialmente la manera como ello toma cuerpo en las tesis metodológicas centrales de una moderna «Santa Familia» cuyos representantes más distinguidos son Rawls y Habermas¹. También el presente artículo se refiere a ese tipo de pensamiento, pero aquí en relación particularmente con su intervención en la Teoría Básica del Derecho. En esta predominan actualmente las orientaciones de tipo *constructivista*. Ellas se caracterizan, en general, por destilar («construir») unos modelos de *racionalidad o razonabilidad* que serían -se piensa- los que guían, por lo menos tendencialmente, el pensamiento de los juristas².

Antes bien que ocuparse de examinar cómo los profesionales del derecho actúan en la práctica, empíricamente, a esos autores les interesa, por encima de todo, señalar unos coherentes esquemas de razonamiento que corresponden,

¹ El contenido del presente trabajo está tomado, en lo fundamental, de dos estudios míos mucho más extensos, que entre sí coinciden en buena parte: Haba 1996b y 1997b. De estos dos estudios, lo aquí recogido corresponde en cada caso al respectivo apartado VI, titulados: «Aufstieg zu einer neuen Region im juristischen Begriffshimmel (Diskurs über Vernunftwesenheiten)» y «Conversaciones sobre unas esencias metadogmáticas. Sanjurista en misión a las estrellas... ¡y más allá!».

² Es cierto que la corriente general denominada *constructivismo* admite numerosas variantes: cf. Nino (1989), esp. el punto 3 *in limine*, págs. 98-100. Por ejemplo, no dejan de existir sensibles diferencias entre Rawls y Habermas (cf. el mencionado estudio de Nino), y aun las hay, aunque menores, entre el segundo y Alexy. Pero aquí podemos hacer abstracción de tales diferencias, pues para los efectos de lo que se subraya en el presente artículo basta con considerar sobre todo lo siguiente: a los constructivistas les importa, más que nada, señalar características definitorias de ciertos discursos *ideales*, esto es, los propios de unos locutores esencialmente *racionales*, sea para la razón práctica en general o en particular para campos como la ética o el derecho.

o deberían corresponder, a las maneras como los juristas suelen presentar sus *discursos* en público. Se da por descontado que el pensamiento de estos ha de responder a tales estructuras justamente, o sea, que la práctica del discurso jurídico profesional (por lo menos el judicial) se ajustaría, en lo fundamental, al molde de unos locutores que piensan y resuelven las cosas de manera esencialmente *racional*. Por eso, en vez de investigar cómo actúan los juristas de carne y hueso, los autores constructivistas están obsesionados por poner sobre el tapete y discutir acerca de ciertas formas *ideales* de pensamiento para aquellos.

Así, inspirándose en homilías del Gran Maestro de la Orden Comunicativo-Universal de los Hablangelitos³, vemos que un jurista alemán talentoso, el Profesor Robert Alexy de la Universidad de Kiel, escribió un libro (1989) que es, hasta donde tengo conocimiento, la mejor -y ya hartó suficiente- versión fundamental de esa moderna Teoría del Derecho. Ahí él expone detalladamente, y sobre todo en forma mucho más precisa que su inspirador, Habermas, los modelos ideales de pensamiento que, a su juicio, subyacen (¿o sólo *debería* ser así?) a los discursos jurídicos profesionales. Su tesis central es:

«La explicación del concepto de argumentación jurídica racional tiene lugar en esta investigación mediante la adscripción de una serie de reglas a seguir y de formas que debe adoptar la argumentación para satisfacer la pretensión que ella se plantea. [...] Las reglas y formas del discurso jurídico constituyen por ello un criterio de corrección para las decisiones jurídicas» (pág. 279).

En ese libro, el autor presenta un cuadro pormenorizado de estas «reglas y formas»⁴, aquellas que él se imagina como intrínsecas a la argumentación jurídica. Eso sí, deja completamente fuera de órbita el asunto crucial: ¿qué influencia *efectiva* tiene tal modelo en las maneras como los juristas razonan *de hecho*?

Después de haber leído a Habermas, y hasta a Rawls, uno no puede menos que regocijarse de hallar, en cambio, un autor tan claro y neto en sus formulaciones como Alexy. ¡Pero esto no cambia la *cosa* misma! Y puesto que con él, a diferencia de Habermas, se puede saber bastante bien *qué* nos quiere decir, tanto más interesante resulta hacer ver *qué* es lo que no «pega» del modelo reglas/formas así elaborado. No he de abordar la celestial pregunta de si tales modos son «universales», por lo menos en parte (cosa que, siguiendo a Habermas, parece pensar también Alexy), sino que me concentraré en una cuestión más prosaica: ¿se acredita la pertinencia de ese

³ En Haba (1997a), cf. esp. el comentario sobre Habermas, efectuado allí a partir de la pág. 116.

⁴ Cf. págs. 184 y sigs. Y véase también el resumen que de esos modelos ofrece el autor en la Tabla ubicada al final de dicho libro: 283-287.

modelo en la realidad jurídica, particularmente en los discursos con que los juristas llevan adelante su actividad profesional *en la práctica*? ¿Las fundamentaciones que encontramos en la jurisprudencia y en la literatura especializada del derecho son, cuando menos en forma implícita, de veras *así*? Y sobre todo, ¿sucede que los casos más discutidos se deciden efectivamente de *tal* manera?

Si para contestar a esta pregunta no se entiende que basta con acudir a la fuerza de imaginación «pragmático-universal-trascendental» de algunos autores (Alexy 1989: 182-183, 305 y sigs.), entonces sería indispensable someter esas presuposiciones racionalistas a examen mediante pruebas obtenidas de muestras *empíricas*. Pero, ¿se ha preocupado alguien de efectuar *tales* investigaciones? La respuesta necesitaría ser afirmativa si las tesis en cuestión pretenden tener otra validez que la de constituir unas postulaciones dogmáticamente decretadas por esos autores (llamadas enseguida a cosechar, no menos apriorísticamente, la fe de quienes les basta con enterarse de que la cosa viene dicha en unos libros muy publicitados). Sin embargo, la referencia a estudios de *esa* naturaleza brilla por su ausencia en el libro de Alexy.

II. Investigaciones sobre el razonamiento de los juristas reales

Cualquier *práctico* del derecho (abogados, jueces, etc.) reconocerá, sin dificultad, que ni él mismo ni tampoco sus colegas se ciñen a la tabla de Alexy. Ni aun en forma subconsciente proceden ellos de semejante manera. Es verdad que en el pensamiento jurídico aparecen usadas ocasionalmente, a veces unas y a veces otras, también indicaciones que figuran entre las señaladas ahí. Pero el modelo de Alexy no tiene efectividad como ordenación de *conjunto* en las controversias jurídicas reales, si bien algunos de sus ingredientes puedan llegar a ser elegidos como *topoi* en ellas; y hasta en este último caso, no necesariamente resultan decisivos. Más todavía, ni siquiera es siempre reconocida, por alguna de las partes o aun por el juez, la pertinencia de invocar tales o cuales de esos «lugares» para decidir la controversia judicial presente.

Inclusive para Alemania, lugar donde sería de esperar que tuvieran aplicación (¡por lo menos allí!) las recetas de Alexy, está suficientemente probado que la realidad es otra. Lo han puesto de relieve conocidas investigaciones -ciertamente anteriores a la de Alexy, pero él no las menciona para nada- que fueron efectuadas y publicadas ahí mismo. Estos otros autores se han preocupado de escudriñar cómo pasan las cosas en discursos jurídicos reales, tanto en la doctrina como en los tribunales. Voy a señalar tres libros, en cada uno de los cuales el pensamiento de los juristas es examinado desde ángulos de análisis muy distintos de los utilizados por Alexy. En esos estudios,

a diferencia del tipo de aproximación que cultiva este último, lo que se describe no es el pensamiento de unos juristas ideales, sino la forma como se razona en la *práctica* del derecho. Y dichos libros tienen en común algo que, justamente, brilla por su ausencia en el de Alexy: exhiben gran abundancia de *pruebas* (empíricas) para apoyar sus conclusiones. Ellos se basan ante todo, no en opiniones de unos u otros teorizadores, sino en numerosas transcripciones de argumentos empleados *efectivamente* para resolver controversias jurídicas, formas de argumentar que son habituales en esta actividad.

En una monografía de B. Rüthers (1973), que ha tenido no escasa difusión (la 1ª ed. es de 1968, pero va por la cuarta: 1991), se pormenoriza, a la luz de gran cantidad de ejemplos, cómo durante el presente siglo hubo en Alemania nada menos que cinco (!) formas *diferentes*, contradictorias entre sí, de entender cuáles son las respuestas del derecho alemán para asuntos muy importantes, pero basándose siempre en las *mismas* disposiciones positivas (estas se mantuvieron vigentes a lo largo de todo ese tiempo). Según como tales preceptos fueron interpretados en cada uno de dichos momentos históricos, de acuerdo con la respectiva ideología política dominante, se sostuvo entonces que la respuesta jurídica «correcta» era una determinada, si bien contraria a otras impuestas poco tiempo antes con base en los mismos preceptos positivos. ¡Esto por más que, cabría suponer, al aplicar cada uno de esos cinco sistemas jurídicos los jueces habrían tenido que (racionalidad «universal») fundamentarse en la «situación ideal de habla» en general (Habermas) y en la tabla de Alexy en especial!⁵.

El examen mencionado permite apreciar cómo todo esquema ideal acerca del pensamiento jurídico sale malparado en cuanto lo confrontamos con la realidad misma. Claro, se podría responder que en solo una de esas cinco etapas, precisamente la actual (¡qué casualidad!) se está ante un sistema de «verdadero» derecho, mientras que las otras, o por lo menos algunas de ellas, representan un derecho «pervertido» (tal sería el caso, notoriamente, de la etapa nacionalsocialista). La pertinencia del cuadro de Alexy podría defenderse diciendo que este no concierne, ni tiene por qué concernir, sino a sistemas de Derecho positivo suficientemente «evolucionados», como el alemán de la actualidad y en general los establecidos en países democráticos. No sé si Alexy sostiene algo por el estilo, mas no veo de qué otra manera podría tratar de hacer relativamente plausible la tesis de que su tabla corresponde, así sea de algún modo aproximado, a las formas de pensamiento dominantes en la *práctica* jurídica. Lo cierto es que, aun prescindiendo

⁵ Sobre la manipulabilidad ideológica de la metodología jurídica, véase también otros estudios de Rüthers (esp. 1987 y 1989).

de la perspectiva histórica, lo que no es poco decir, las pruebas de que tal correspondencia es escasa son demasiado abrumadoras, como lo ponen nítidamente de manifiesto los otros dos libros (y no sólo ellos) que señalo a continuación.

En varios trabajos pertenecientes a W. Scheuerle⁶ se analiza el discurso jurídico desde el ángulo de su peculiar «lógica» propia. El autor logra poner palmariamente de manifiesto que los juristas se sirven, con mucha frecuencia y en distintas áreas, de figuras de razonamiento cuya naturaleza es básicamente retórica. Abundan allí razonamientos jurídicos típicos donde se hace -y eso en forma habitual- justamente *todo lo contrario* de cuanto Alexy presupone con su tabla. Así en cuanto a lo siguiente (a cada uno de estos temas dedica Scheuerle un estudio en particular, ampliamente ilustrado con ejemplos del Derecho alemán): el problema de la distinción entre la cuestión de hecho y la de derecho, los argumentos de la «esencia», subsunciones finalistas, argumentos formalistas, «evidencias» jurídicas⁷. En todos estos respectos, no sale mejor parada la idealidad del pensamiento jurídico alemán de décadas recientes que en los exámenes históricos.

Un estudio llevado a cabo en ese país consiguió llegar aun a reductos más íntimos del pensamiento jurídico real, habitualmente inaccesibles a la discusión pública. Si para aquilatar la idealidad de los discursos de los juristas no bastara acaso con examinar, como se hace en los dos libros antes mencionados, cuanto se expresa a la luz del día, en las sentencias y en publicaciones de doctrina jurídica, por su parte dicha investigación logró tomar contacto directo con regiones discursivas del derecho que son todavía más básicas, si bien poco o nada manifiestas. El autor tuvo acceso a lo que los jueces *NO* dicen en los considerandos de las sentencias, pero sí dicen, y *hacen*, en sus deliberaciones no públicas, ahí donde DECIDEN los casos. Con ese apoyo *empírico*, en un libro de bolsillo que en su momento tuvo buena difusión, R. Lautmann (1972), quien es jurista y también sociólogo, expuso los resultados obtenidos mediante la técnica sociológica denominada «observación participante», por él practicada para examinar in vivo el razonamiento judicial. Analizó datos que consiguió recopilar DIRECTAMENTE como asesor judicial de dos tribunales alemanes, durante un año, al participar en las sesiones privadas donde los jueces habían procedido a resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción. Este libro consigue ofrecer, así, un estudio muy fuera de serie por su realismo (¡nada que ver con lo de Alexy!): se ciñe a elementos de observación inclaudicablemente *empíricos*,

⁶ Dichos estudios forman parte de Scheuerle (1983).

⁷ Para un examen en español de lo señalado por Scheuerle, puede verse Haba (1998a): § 32 (Figuras esencialistas en el razonamiento jurídico).

esto es, aprehendidos sin afeites racionalistas. Lautmann toma nada menos que 289 argumentos de boca de los jueces, sus opiniones recogidas hasta literalmente (en los protocolos anotados por él en esas oportunidades) aquellas creencias que resultaron ser precisamente las *decisivas* para estos jueces mismos. Y es con base en eso -¡no en unas tablas de razonamientos ideales!- como Lautmann elaboró, en dicha monografía, un cuidadoso cuadro analítico sobre qué clases de razonamientos deciden *realmente* las cuestiones de derecho, por parte de sus locutores profesionales. Cuadro que, de más está decirlo, no se parece ni poco ni mucho al de Alexy.

Lo cierto es que ni siquiera harían falta investigaciones tan escrupulosas como las de los libros mencionados, para negarle pertinencia jurídico-positiva a la tabla de Alexy. No se ve por qué hemos de creer que ella es acertada como *descripción* de estructuras reales del pensamiento jurídico -no digo como deseo o como unas meras pautas de valor- ya que, sin ir más lejos, el autor no llega a presentar NI UNA SOLA prueba empírica al respecto. Sus lectores buscarán en vano, allí, que él les señale *ejemplos* obtenidos de la *práctica* del derecho que permitan corroborar, acaso, la presencia de tales estructuras. A decir verdad, tampoco bastaría con mostrar *algunos* ejemplos en tal sentido, pero por lo menos sería algo: entonces podríamos enterarnos de qué «cosas» -esto es, no solo de qué *conceptos*- se nos está hablando.

Por lo demás, aunque tales ejemplos existieran, sería menester acreditar que son lo suficientemente *generales* como para demostrar que esas estructuras no constituyen simplemente una posibilidad, entre tantas otras, a opción de los locutores jurídicos. Faltaría comprobar que eso representa unas formas *necesarias*, o cuando menos las más habituales, a que tales locutores someten sus propios razonamientos. Y para sostener esto último habría que demostrar asimismo uno de los dos órdenes de cosas siguientes: a) O bien, que casos como los indicados por Rùthers, Scheuerle y Lautmann han sido mal entendidos por estos; vale decir, que a pesar de las «apariencias» descritas por ellos, aquellas estructuras están realmente presentes y son decisivas de todos modos. b) O bien, que tales casos no existen (¿habrán sido inventados por dichos autores?) o que son muy excepcionales (a pesar del alto número de ejemplos recopilados en dichas publicaciones) o que los discursos jurídicos hoy en día han cambiado radicalmente (¿por qué y en qué?). Mas Alexy piensa, al parecer, que no necesita perder su tiempo en discutir cosas como esas. Le basta y le sobra con esgrimir una prueba mucho más concluyente: «¡créanlo, puesto que lo sabemos *nosotros!*» (firmado Habermas-Alexy).

Contemplando lo que dicen distintas teorías modernas sobre la fundamentación jurídica, así la de Alexy y otras, vemos que justamente de aquello

que constituye lo más decisivo NO se habla en esos estudios. Como señala R uthers, en otro sitio:

«La funci3n de *política* jurídica de la aplicaci3n del derecho es, en la teoría y en la práctica, ampliamente desconocida, rechazada o encubierta» (1987: 98).

Cuando la teoría del método jurídico hace abstracci3n, así, de las circunstancias políticas y en general de los objetivos sociales perseguidos por parte de los protagonistas mismos del derecho, fines que varían según los respectivos enclaves hist3ricos, ella se queda en el vacío. Procediendo de ese modo, «no puede ser comprendida con sentido» [de realidad]⁸. Le pasa entonces lo que tan bien ilustra el ejemplo de una construcci3n como la de Alexy: se ocupa, s , de ciertas cosas que dicen los colegas... pero no de examinar las fundamentaciones jurídicas *reales*.

Semejantes aproximaciones constituyen, en definitiva, unas formas («racionales») de embellecimiento ideol3gico. Disimulan cuáles son los resortes mentales reales y los contenidos prácticos efectivos de las intervenciones discursivas que se ubican bajo la categoría derecho. En definitiva, están ahí para apoyar la pretensi3n de «santidad» vinculada con éste. Tales discursos cumplen, en el nivel pragmático, especialmente la funci3n de favorecer las formas de vida de sus locutores profesionales y, en perspectiva general, las de los sectores sociales más beneficiados por el ordenamiento jurídico vigente.

III. Ascenso a un círculo flamante del cielo

He insistido en llamar la atenci3n sobre el hecho de que tesis como las de Habermas y Alexy carecen de respaldo *empírico*. Ahora bien,  no será que una crítica de esta índole va descaminada? Más específicamente: que atento a los prop3sitos teor ticos del propio Alexy, ella yerra el objeto, no toca a lo que verdaderamente se propuso alcanzar ese autor. Pues bien, no creo cometer semejante error de apreciaci3n. Cualquiera que sea el objetivo de Alexy con sus teorizaciones, una crítica *realista* -de eso se trata acá respecto a ellas será irrelevante s3lo en caso de que él estuviera dispuesto a reconocer lo siguiente: que ese «discurso racional» presentado como «fundamentaci3n jurídica» -tales expresiones pertenecen al subtítulo de su obra- ha de ser entendido simplemente como un DESEO. O sea, admitir

⁸ R uthers (1987): 31. «La múltiple aplicabilidad ideol3gica y política de las figuras, conceptos e instrumentos de la teoría y metodología jurídicas constituye un importante factor de riesgo, hasta ahora poco tomado en cuenta, del trabajo del jurista en la ciencia y en la judicatura. La «multivalencia» y la potencial ideologizaci3n del instrumental jurídico ha de ser considerado como objeto necesario de la teoría jurídica y del análisis crítico» (R uthers 1989: 223, tesis 5).

que todo eso reviste, en su libro, un sentido PURAMENTE *contra*-fáctico y, por tanto, no se pretende afirmar que ello tenga también sensibles EFECTOS en la *práctica*. Alexy vendría a decirnos, si tal manera de entenderlo fuese la correcta, simplemente que el modelo ofrecido representa una cosa *deseable*, por más que de hecho eso tenga escaso efecto en la propia práctica de los juristas.

Podría adoptarse tal perspectiva, desde luego, pero lo que Alexy mismo afirma es algo muy distinto. Él dice, por el contrario, que dicho tipo de «discurso» constituye, ni más ni menos, básicamente «*la forma de vida MÁS GENERAL de los hombres*»⁹, aun cuando no siempre se lleve así a la práctica. Parece que Alexy, no menos que Rawls y los racionalistas en general, alienta el sueño siguiente, o en todo caso quiere impulsar en los lectores tal ilusión acorde con sus deseos (los de él mismo y también los de éstos):

«... lo que has pensado, eso has querido, y lo que tú has querido, es realidad -pensamiento [racionalidad] y realidad [eficacia] son uno» (Jhering)¹⁰.

Ahora bien, ¿cómo hacer plausible la tesis de que coinciden, o a lo menos que existe un estrecho parentesco entre, Razón «práctica» (racionalidad) y eficacia (realidad), especialmente en el derecho? Para los constructivistas, es sencillo. Basta con apartar la vista de los hechos ingratos, protegiéndola bajo el manto de etiquetas como «trascendental», «universal» o comoquiera guste llamársele a la cosa: limitémonos a discutir sobre ciertas cuestiones *verbales*... ¡y ya está! El asunto, en tales controversias, no es ponerse a examinar los procedimientos y fundamentaciones que se producen *efectivamente* en las actividades jurídicas, ¡Dios libre y guarde! ¿Para qué ocuparse de lo de Rùthers, lo de Scheuerle, lo de Lautmann...? Quienes participan en ese tipo específico de diálogos académicos se contentan con discurrir acerca de una (meta)*literatura* sobre fundamentaciones. Ello salta a la vista leyendo el Postfacio de nuestro autor, si uno no está de antemano inmunizado contra investigaciones que se ocupen de la realidad. En ese sitio, no menos Alexy que la generalidad de los contendores suyos a quienes allí se ofrece la palabra, aunque discuten no poco entre sí, siempre dejan afuera del «ring» el punto clave, a saber: si no será una cosa más bien engañadora entretenerse con semejantes escolasticismos. El juego consiste en dirimir detalles acerca de unas esencias conceptuales para los discursos prácticos, imaginándose que con ello se trae a la palestra -he ahí la trampa,

⁹ Alexy (1989): 306 y 308, bastardilla mía (E.P.H.).

¹⁰ Todas las citas de este autor, incluso la del epígrafe del presente estudio, proceden de la Parte III («En el cielo de los conceptos jurídicos») de su sensacional libro. He introducido algunos cambios en la traducción (1974), con el texto alemán a la vista; el pasaje aquí recogido corresponde a la pág. 283 y el epígrafe está en la pág. 294, de la versión española.

el efecto de ilusionismo- algo que resulte decisivo para la vida misma de la gente.

Contemplando las observaciones que formulan Alexy y sus compañeros de diálogos, vemos que tanto él mismo como la mayoría de sus críticos se mueven en un singular «cielo» propio, paralelo a ese que Jhering hace más de cien años supo caracterizar insuperablemente [*supra* nota 10]. Acá como allá reina una impoluta visión de esencias, aquel *mons idealis* que es la gracia propia del pensamiento orientado hacia lo «universal», el de quienes poseen el don de aprehender esas universalias en su inmarcesible luminosidad. El flamante círculo del cielo adonde Alexy arriba de la mano de Habermas está, eso sí, todavía un piso más arriba (*metadogmática*) de aquel otro (la dogmática jurídica misma) del que se ocupó Jhering. Y vemos que las figuras principales ahora descubiertas, sus nombres y sus nobles características lucen un poco diferentes a lo del piso de abajo. Ya no se llaman «contrato», «obligación», «posesión», etc., sino «discurso», «comunicación», «racionalidad», «rectitud» (lo «correcto», *right*, *Richtigkeit*), etcétera.

No menos que en cuanto a aquellas figuras clásicas, también respecto a las iusesencias ahora detectadas es mucho lo que se discute, y también en cuanto a estas es cuestión de honor que la Tierra quede fuera del asunto. Entre estos autores se hace valer, como acuerdo básico implícito, que no es de buen tono mancillar la limpidez de tales controversias desviándolas hacia cuestiones demasiado prosaicas. En ese círculo superior del Cielo reina como divisa capital: ¡cuanto más irracionalmente pasen las cosas en la Tierra, tanto menos hay por qué hablar de ellas mismas! Unas esencias discursivas, no cuanto hagan o dejen de hacer las defectuosas criaturas terrenales (p. ej., las de Lautmann), han de ser motivo de nuestra preocupación como juristas. Porque:

«-... Los conceptos [o las Reglas y Formas] que aquí tú ves, son, y con eso está todo dicho. Son verdades absolutas [trascendentales, universales, etc.], desde siempre han sido; y lo serán por los siglos de los siglos. [...] Lo único que tiene que hacer respecto de ellos un espíritu pensante es entregarse a ellos por completo y bucear en lo más hondo de su esencia para sacar a relucir y dar a conocer toda la riqueza de contenido que un concepto encierra. Lo que produzca por esa vía es verdad y tiene, como toda verdad, derecho a la validez absoluta.

-En vuestro cielo, podrá ser. Pero en la Tierra...

-¡No me vengas con tu Tierra!»¹¹.

IV. Del constructivismo como «forma de vida» académica

A determinada altura de su discusión, Alexy arriba a un punto donde asoma la posibilidad de lograr que el debate ya no siga girando simplemente

¹¹ Jhering (1974); en la versión española señalada, ese pasaje está en la pág. 323.

sobre cuáles sean las variantes semánticas que sean susceptibles de tolerar, según las preferencias de unos u otros autores, los usos lingüísticos con que nos encontramos para ciertas etiquetas prestigiosas: «discurso», «buenas razones», «rectitud», etc. Parece que será abordada, por fin, la cuestión de averiguar qué puedan tener que ver en realidad esas distintas formas de hablar con las actividades que conforman la *vida* misma de las gentes. Ese punto es alcanzado cuando nuestro autor se refiere a un comentario (de C. Braun), según el cual «la idea del discurso no tiene valor universal, sino que es únicamente la expresión de una determinada forma de vida, a saber, la del racionalismo europeo... En todo caso, serían igualmente admisibles en principio otras formas de vida» (pág. 305)¹². A esto contesta Alexy recurriendo al *argumento pragmático-trascendental*, el cual

«se apoya en dos premisas. La primera dice que aquel que efectúa afirmaciones y fundamentaciones se inserta necesariamente en un juego que se define a través de las reglas del discurso. La segunda dice que es necesario efectuar afirmaciones y fundamentaciones en el siguiente sentido: quien a lo largo de su vida no plantea ninguna afirmación seria y no da ninguna fundamentación sería, no toma parte en lo que podría llamarse la “forma de vida más general de los hombres”» (págs. 305-306).

No puedo detenerme aquí a analizar en detalle esas dos «premisas». Pero no es difícil advertir, hasta a primera vista, que para nuestro autor se trata, también en este asunto, de resolverlo mediante unas definiciones aprioristas, precisamente dichas premisas. Al fin de cuentas, Alexy no dice una sola palabra sobre tales formas de *vida* en sí mismas. Respecto a si hay constancias *empíricas* de que exista alguna relación práctica *efectiva* entre efectuar esas fijaciones terminológicas por él propuestas y conseguir efectivamente favorecer cierto género de *conductas reales*, tanto esas premisas como las inferencias que él saca de éstas no sirven para revelar ni mucho ni poco.

Contempladas con mirada laica, tales premisas no son otra cosa que cierta especie de axiomas conformados estipulativamente a *piacere* del autor; las cuales, por lo demás, tienen como eje unos conceptos bien vagos. Estos axiomas son introducidos ahí mediante ciertas expresiones que, si hubieran de entenderse en algún sentido *realista*, requieren no poca aclaración. Tendrían que ser objeto de muy cuidadosas diferenciaciones internas para precisar cuál sea tanto la intensión (*intentio*) como la extensión lingüísticas ahí consideradas.

En cuanto a la primera premisa, si bien es cierto que toda argumentación se inserta en unos juegos de lenguaje sometidos a ciertas reglas, éstas suelen

¹² Esta indicación de página y las siguientes corresponden a la versión española: Alexy (1989).

presentar dos características fundamentales: a) son reglas que tienen poco o nada de «universales», en la realidad; b) a menudo ellas mismas son objeto de interpretaciones oscilantes y hasta contradictorias, como es el caso de la argumentación jurídica. La agudeza de Wittgenstein, por contraposición a ilusionismos como esos en que caen los constructivistas, reside en haberse dado cuenta de que las reglas de los juegos de lenguaje suelen funcionar, justamente, de manera *no* racionalista. Y en tal respecto no son ninguna excepción, sino más bien lo contrario, los juegos discursivos -jurídicos u otros- con términos como «razón», «racionalidad», «rectitud», etc.

La segunda premisa -«quien a lo largo de su vida no plantea ninguna afirmación *seria* y no da ninguna fundamentación seria, *no toma parte* en lo que podría llamarse la “forma de vida *más general* de los hombres”» (bastardillas añadidas por mí, E.P.H.)- constituye una afirmación que no se ve cómo pueda ser defendida en planos realistas. Los énfasis que he marcado en ese pasaje indican puntos claves donde este axioma, que no es difícil reconocer como una «definición persuasiva» en el sentido de Ch. L. Stevenson, omite justamente las precisiones decisivas. ¿«Serio», pero según la opinión de *quién(es)*? Seguramente, no a juzgar por la opinión de unas gentes «no-serias»... ¿mas cómo saber quiénes son estas últimas y quienes son, al contrario, los auténticos «serios»? ¿A *quién(es)* se puede interrogar (¡y a quiénes no!) para saber si Fulano de Tal «toma parte» o no? Etcétera, etcétera.

Tal vez podría tener algún interés analizar aquí este Postfacio punto por punto, ya que es bien representativo de discusiones mantenidas en términos estrictamente siderales; pero eso me obligaría a extenderme demasiado. Hay allí no pocos nudos lingüísticos por desenredar, cada uno con desplazamientos de sentido e indistinciones propios. Detalles aparte, la marcha de los razonamientos de Alexy responde siempre, en el fondo, más o menos a la técnica argumentativa siguiente. **a)** Comienza introduciendo, para algunos términos eminentes, ciertas definiciones estipulativas: pero toda la gracia está en que no las presenta como eso que verdaderamente son, unas FIJACIONES *lingüísticas* -por tanto: convencionales, opcionales-, aquellas preferidas por el autor, sino como si se tratara de *comprobaciones* lisas y llanas: esto es, recurre al conocido expediente de inmunización de los esencialistas en general, pretende estar manejando unas definiciones *reales*. **b)** Por el sentido emotivo que va ligado a dichos términos, el sabor altamente encomiástico que por lo común llevan implícito, estos son apropiados para fungir asimismo como «definiciones persuasivas» (Stevenson), con lo cual se les confiere singular fuerza de *sugestión* para efectos argumentativos. **c)** Los significados que así él ha procedido a decretar, de inmediato pasa a utilizarlos como axiomas, o como conceptos-eje en la composición de éstos:

la prestidigitación de presentar como caracteres «universales» del discurso «racional» aquello que son, en verdad, unos juicios de valor y los procedimientos de SU preferencia. **d)** Una vez habiendo dado por presupuesto (mediante el decreto c) como evidentes los AXIOMAS así obtenidos, Alexy entiende que alcanza con sacar ciertas consecuencias circulares procedentes de estos mismos: contesta a sus adversarios «refutándolos» mediante unos argumentos sujetos simplemente a *su* racionalidad propia (¡la escogida por *él* mismo!), esto es, puramente deductivos (de aquellos axiomas), librándose así de la incomodidad de tener que ofrecer pruebas de naturaleza empírica. Al contentarse con argumentar en *ese* plano, esto es, el meramente INTERNO a unas definiciones de lo más ABSTRACTAS y elegidas *a su propio gusto*, con ello le basta para dar por suficientemente demostrado -estima él- que son insostenibles las opiniones de otros autores, aquellos que prefieran adoptar definiciones distintas. El debate se desarrolla, de punta a punta, con la atención puesta única y exclusivamente en ciertos juegos relativos al buen gusto para definir las barajas que mejor sirvan para no salirse de *ese* juego mismo.

El concepto clave «formas de vida», que podría servir para señalar hacia lo que resulta verdaderamente decisivo en la práctica, ahí aparece recogido de una manera *tal* que la discusión al respecto se vuelve completamente inofensiva. A dicha expresión se le quita todo su filo propio usándola como si se tratara simplemente de algo que concierne a «la fundamentación de las reglas del discurso» (pág. 305 -bastardillas mías, E.P.H.-). De ese modo, la demostración de Alexy puede conformarse con no abandonar jamás el plano de los significantes en su sola calidad de tales, las meras intensiones *lingüísticas*. Así sus explicaciones aparecen inmunizadas lo más firmemente posible contra saberes empíricos (¡formas de *vida!*): la discusión no queda autorizada a ocuparse más que de las egregias figuras del propio cielo discursivo

El conocido pensador británico S. Toulmin detectó bien el eje-motor del ilusionismo tipo Habermas-Alexy. Señaló, con toda razón, que eso que ellos hacen es

«... algo así como poner el carro delante del caballo... el caballo es la comprensión de la naturaleza de la forma de vida, de la naturaleza del papel que el derecho desempeña en la vida social, y entonces uno puede entender el discurso y la argumentación jurídica como algo que funciona dentro de, y contribuye a, tales o cuales aspectos de la vida humana»¹³.

Toulmin propone que la investigación sobre el derecho se dirija a hacer precisamente todo lo contrario de lo que preocupa a autores como Alexy:

¹³ Atienza/ Jiménez R. (1993): 331.

«cualquier análisis de la argumentación jurídica tiene que entender la naturaleza de esta argumentación sobre el trasfondo de un análisis de la PRÁCTICA jurídica, del papel del derecho en la vida social y todo ello. Con esto quiero decir que existe un trasfondo esencialmente sociológico, socio-histórico y cultural [cf. Rùthers], que para nosotros habría de constituir el terna de lo que cabría llamar un análisis de formas de vida; si es que se permite adoptar la expresión de Wittgenstein “*Lebensformanalyse*”. Todo lo relacionado con ello habría de ser para nosotros MÁS FUNDAMENTAL que el análisis del discurso MISMO»¹⁴.

Ahora bien, con todo lo acertadas que estas observaciones son, me parece, sin embargo, que si ha de tratarse justamente de efectuar un «análisis *de formas de vida*», entonces habría que considerar también un aspecto que Toulmin no menciona. Si la imagen a que éste acude puede ser prolongada aun, yo agregaría que, en los universos de Habermas y Flía., no solo sucede que el «carro» está fuera de lugar, sino que, por añadidura, las ruedas de ese carro son unos globos para días de fiesta, su carga es de papel pintado y resulta que ahí el «caballo» no aparece por ningún lado.

Si nos bajamos del carro de Alexy y pasamos al derecho positivo, del país que sea, hallamos que el discurso de sus locutores profesionales contiene, como dijo Radbruch, ni más ni menos que:

«...una mezcla indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos»¹⁵.

Una gran *mezcolanza*, en efecto, de toda clase de cosas: racionales y *no*-racionales. Los estudios que se inspiran en aproximaciones tipo Rawls o Habermas, como el de Alexy, pierden de vista nada menos que *eso*. Se olvidan del «caballo». Parten del supuesto de que se encontrarán con una paloma, o algo por el estilo. Procuran hallar una racionalidad discursiva ahí donde, en la medida en que esta exista, en todo caso ella no puede ser más que *un* elemento «indisoluble» de la gran «mezcolanza». Uno que, como todos los demás, se presenta irrigado de punta a punta por lo *no*-racional que se abre camino también en ese campo¹⁶. Contemplar el pensamiento jurídico y la comunicación social en general como si se tratara de discursos esencialmente racionales, es más o menos como creer que la alimentación humana consta esencialmente de sal, y que por eso, cuando se conoce la composición química de la sal, ya se sabe también lo que cada persona es y qué comidas le caen bien.

¹⁴ *Loc. cit.* en la nota anterior: 330-331 (énfasis mediante versalitas añadido por mí -E.P.H.-).

¹⁵ Radbruch (1970): § 15, pág. 211 (trad. mía -E.P.H.-).

¹⁶ Cf. tres estudios míos publicados en *Doxa*: Haba 1993, 1995 y 1996a.

En cuanto al discurso jurídico, importa distinguir entre dos planos del lenguaje y entre sus respectivas formas de vida. El primero es lo que se denomina, en general, el Derecho *positivo*; esta expresión la empleo en sentido amplio, vale decir, no solo para los textos oficiales reconocidos como tales (Constitución, leyes, etc.), sino abarcando también los discursos de sus intérpretes profesionales (abogados, jueces, autores de doctrina, etc.). El segundo plano se halla conformado, en cambio, por las elucidaciones *metadogmáticas* sobre el pensamiento jurídico (Teoría *Básica* del Derecho) o acerca del razonamiento «práctico» en general, como esas que hallamos en el Postfacio de Alexy.

A cada uno de esos dos planos de formulaciones corresponden, respectivamente, sus formas de vida *propias*. Si no nos dejamos distraer por el hecho de que ciertos giros *lingüísticos* son comunes a ambos planos, vemos que subsiste una diferencia fundamental entre éstos. Habitualmente el primero tiene determinadas consecuencias sociales. El segundo, en cambio, carece por lo general de esas consecuencias -no digo que sea tal la intención de sus locutores, ¡pero así es en la práctica!-. En el plano metadogmático no se arriba a mucho más que a poner sobre la mesa unos juegos discursivos académicos. Así, la correspondiente forma de *vida* consiste nada más que en actividades de sus *propios* locutores (fuera de algunos efectos secundarios, como labores editoriales y de librerías, tareas de estudio encargadas a los estudiantes, etc.).

Las investigaciones tipo Rawls, Habermas, Alexy, etc., no tienen sino algún parentesco muy lejano, sobre todo el uso de dichos términos comunes, con los actos de lenguaje jurídicos en cuanto *formas de vida*. Pero claro que también las discusiones académicas, por ejemplo esas de que se ocupa el Postfacio de Alexy, son lenguaje; por tanto, también constituyen ellas mismas unas formas de *vida*. Ahora bien, ¿a cuáles formas de vida pertenecen tales conductas lingüísticas? Por cierto, no a aquellas que se expresan en el derecho positivo y que están entrelazadas así en las actividades concretas usualmente comotivadas por éste. Pero entonces, ¿de qué «formas de vida» se trata?

Las formas de vida en su vinculación con el lenguaje se detectan al observar qué es lo que los locutores propiamente *hacen* en ocasión o como consecuencia de pronunciar unos discursos: qué correlatos fácticos son indisolubles, o por lo menos muy habituales, respecto de tales o cuales maneras de hablar. Esto es aplicable también a los discursos constructivistas. Sin embargo, no puede decirse que haya una forma de vida *específicamente* jurídico-«constructivista». Los teóricos constructivistas *hablan* un poco distinto, pero no *viven* de otras maneras que las comúnmente cultivadas por otros académicos. Las maneras específicas de discursar cultivadas por

aquéllos sirven para realizar ciertas formas de vida que se llevan adelante también por parte de otros locutores, mas estos últimos las realizan mediante discursos que no consisten en unos estudios de *metateoría* del Derecho.

Análisis y discusiones como esos a que se dedican Rawls, Habermas, Alexy, etc., son usados esencialmente para dos *funciones de vida*: **a)** por un lado, le sirven personalmente a sus propios locutores profesionales; **b)** por el otro, contribuyen ideológicamente a encubrir¹⁷ cómo funcionan el pensamiento y las actividades de los juristas en la práctica. Ahora bien, lo singular de los constructivistas jurídicos no son estas dos formas de vida en sí mismas, sino la circunstancia de utilizar, para realizarlas, semejantes *discursos* específicos (no digo que sea exactamente tal su objetivo consciente). Voy a explicarme.

a) En el manejo por parte de esos locutores especializados mismos, *esta* clase de discursos brinda una plataforma óptima para incontables aclaraciones y discusiones sobre ínfimos detalles. De esta manera resulta que prácticamente cualquier académico que trabaje en ese campo halla tela que cortar, tiene la posibilidad de agregar algo sobre eso (¡también yo!). Ello ofrece en cada caso un pretexto bonito para variadas especies de escritos (tesis doctorales, artículos en revistas especializadas, producción de libros), sesiones académicas, conferencias, lecciones magistrales, seminarios, viajes y muchas otras actividades relacionadas con todo eso... ¡de lo cual y para lo cual es que, justamente, «viven» los académicos! En cambio, tratar de efectuar unas exposiciones claras y realistas resulta bastante más difícil (para esto no basta con exhalar ciertas nubes de palabras). Para peor de males, los discursos realistas suelen ser mucho menos funcionales con vista a aquellos efectos de «vida», pues entonces queda demasiado a la vista si el autor tiene algo verdaderamente original, o por lo menos apropiado, que decir en cuanto al fondo mismo -cosa no tan cómodamente al alcance de cualquier profesor con ganas de escribir-.

b) Tales construcciones son habitualmente bienvenidas. Por lo menos no encuentran especial resistencia, pues al fin de cuentas no apuntan a nada que pueda resultarle «incómodo» a otros. Nada de ellas es como para provocar malestares en el auditorio, ni siquiera si se trata de gente (juristas profesionales o no) no especializada en esas jergas. Ahí nadie va a sentirse tocado en «su propia piel», pues las construcciones en cuestión, y tanto da si son unas u otras, se hallan formuladas de maneras tan abstractas que a ningún oyente pueden llegar a «dolerle», ni en relación con su propia actividad profesional ni respecto a sus convicciones ideológicas (... en todo caso, él se limitará a bostezar). Por añadidura, se trata en esencia de unas formas

¹⁷ Véase las palabras de Rùthers transcritas poco antes de la nota 8, *supra*.

más del *wishful thinking*, postura que en general, no menos en el medio académico que fuera de él, suele acogerse con los brazos abiertos.

Ambos aspectos [*a* y *b*] como forma de vida no están, ya lo dije, exclusivamente reservados para constructivistas. Tal vez corresponde reconocer que eso pertenece, de manera común, a la «vida» de las disciplinas científico-jurídicas en general. Pero hay, de todos modos, una fundamental diferencia de «vida» entre las conductas lingüísticas jurídico-constructivistas y las de los profesionales del derecho en sus actividades habituales, sea como abogados, jueces, docentes del derecho positivo, etc. Estas actividades no se limitan únicamente, por lo común, a realizar aquellos dos aspectos como «vida»; ellas producen además *otras* manifestaciones de «vida», que indudablemente tienen muchos alcances prácticos. Las elucidaciones de derecho positivo tienen (por cierto, no todas) efectos muy palpables en el medio social. Tales elucidaciones, aunque ideológicamente coloreadas, de cualquier manera poseen dos características de *vida* que brillan por su ausencia en los discursos jurídico-constructivistas: i) sus consecuencias se producen en la *realidad*; ii) y sobre todo, estas consecuencias revisten *utilidades* en la práctica. Sea como sea, esto último (ii) es cierto cuando menos en parte: ¡nadie dirá en serio que sería preferible el estado de naturaleza de Hobbes! En cambio, las disertaciones constructivistas permanecen sin efectos propios en ese terreno justamente.

V. Conclusión: *wishful thinking* como Teoría del Derecho

La función de pensamiento-por-deseos ya señalada, típica de una aproximación como la de Alexy, por cierto no representa nada nuevo. Todos los intentos de ese estilo, por más diferentes que puedan ser unos de otros en variantes de sus respectivas novelas de racionalidad, ya sea contemporáneas o del pasado, en sustancia responden al mismo *leitmotiv* de base. Éste, tan existencialmente enraizado en las concepciones humanas sobre los caminos en el mundo, y los del Más Allá, siempre se abre paso nuevamente en el imaginario colectivo, tal y como ello se manifiesta en religiones y en el pensamiento político-social. Aparece, de maneras muy variadas, en grupos más amplios o más restringidos: así, también en cultos minoritarios o en sectores específicos de intelectuales. Responde a una inclinación humana básica, pocas veces superada, hacia la producción y receptividad de toda clase -según las preferencias de cada quien- de productos mentales emanados del *wishful thinking*. Tal tendencia se encuentra no menos expandida entre intelectuales que en el resto de la gente. Entre aquéllos, aunque muy relegada ya en las ciencias de la naturaleza, sigue teniendo singular fuerza para el pensamiento de los filósofos y de los científicos sociales. Ahí emerge bajo muy variadas vestimentas, en sus distintos campos. Así, para Habermas y

sus seguidores, las cuestiones sociales se van a acomodar con base en unos «discursos racionales», derivados de las especulaciones que él ha «construido» sobre ciertas esencias de los «actos de lenguaje»¹⁸.

En la Teoría Básica del Derecho, pensamientos-por-deseos se abren paso en la inmensa mayoría de los estudios consagrados a ella, pues casi todos estos parten de precomprensiones racionalistas respecto a lo jurídico¹⁹. De ello constituye uno de los ejemplos más destacados el libro de Alexy justamente. No obstante, poco me quedaría por objetar a una investigación tan valiosa si su talentoso autor acepta, para la próxima edición, añadirle apenas una palabrita aclaratoria en el final del subtítulo. Éste daría ciertamente cuenta exacta sobre la naturaleza de esa obra si queda formulado así:

«La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica INEXISTENTE».

¹⁸ En Haba 1996b, 1997a y 1997b he explicado que Habermas, Rawls, Dworkin, Alexy y *tutti quanti* componen una moderna *Santa Familia*, análoga a aquella cuyas «ilusiones de la filosofía especulativa» (Pról. de esa obra) denunciaron Marx y Engels hace ciento cincuenta años. El apriorismo que caracteriza a aproximaciones por el estilo, y es eso lo que constituye básicamente el *penchant* propio del racionalismo en general, había sido advertido siglos atrás, con aquella implacable lucidez que le era propia, por Hume: «... el argumento *a priori* rara vez ha resultado muy convincente excepto para la gente de talento metafísico [se refiere a los cartesianos], que está acostumbrada al razonamiento abstracto y que al ver que en las matemáticas el entendimiento alcanza frecuentemente la verdad a través de la oscuridad y en contra de las primeras apariencias, ha transferido el mismo hábito de pensamiento a temas en los que no debe haber ningún lugar para él» (Hume 1974: 159). Ya lo dijo Spinoza: «No conciben a los hombres tal cual son, sino como ellos quisieran que fuesen» (Spinoza 1985: 141). [El caso-Dworkin, un miembro de esa Familia que -a pesar de hallarse muy por debajo de los antes nombrados en cuanto a conocimientos y sobre todo en el nivel teórico de sus escritos-disfruta (¡asombrosamente!) de gran nombradía internacional, lo he examinado con mayor detenimiento en Haba 1998b.]

¹⁹ Más ampliamente me explico al respecto en mis estudios indicados en las notas 1 y 16, *supra*.

APÉNDICE: UNA DISCUSIÓN

Sobre la «ética del discurso universal» (in vivo)

Como quedó señalado desde el principio de este trabajo, el examen aquí presentado constituye una especie de prolongación de la crítica expuesta en mi estudio sobre Habermas y otros, aparecido previamente en *Sistema* (Haba 1997a). Aquí he tratado de hacer ver que esa crítica es aplicable también, en general, a un tipo de análisis como el de Alexy (y otros) respecto al discurso jurídico. En aquel estudio comenté, en especial, la fantasía habermasiana de que existe algo así como una «ética del discurso *universal*». Para ilustrar esto último, a título de ejemplo llegué a citar allí (p. 120) cierto pasaje de un estudio perteneciente al profesor español José Enrique Rodríguez Ibáñez, donde tal idea -que éste comparte plenamente, según entendí- exhibe de modo muy llamativo todo su irrealismo. Claro que el objeto de mi trabajo no era estudiar la producción del Sr. Rodríguez Ibáñez (cuyo nombre ni siquiera aparece mencionado ahí en el texto central, sino apenas en un pie de página: nota 22, simple referencia bibliográfica). Lo que importaba era el pensamiento de su mentor mismo. Sin embargo, puedo comprender que dicho profesor se sintiera «tocado» por esa referencia mía, y tanto fue así que tuvo la amabilidad de dedicarme una *Réplica* (*Sistema* 138, mayo 1997, pp. 115-117). No me parece fuera de lugar comentarla precisamente aquí, a pesar del tiempo transcurrido, ya que el asunto puede tener cierto interés general, precisamente como ilustración de cómo funciona *en la práctica* la ética discursiva «universal» (el modelo de Alexy se remite básicamente a ella), una vez que los propios creyentes en eso se sienten involucrados *personalmente* en un asunto; vale decir, cuando se trata de «comunicación» *en la realidad*. Dicho en términos algo pretenciosos: creo que la *Réplica* en cuestión aporta sugerentes elementos de juicio sobre la *pragmática* de esta «ética» como tal.

Pues bien, el Sr. Rodríguez Ibáñez condesciende a cargar con la pena de ocuparse de «*un cierto* Enrique P. Haba», señalando que «la lectura *desapasionada* de tal aportación [dicho trabajo] constata que el tono admonitorio de la prosa empleada por Haba, en tosca paráfrasis del estilo del Marx juvenil, convierte al texto en un *simple panfleto* que nada tiene que ver con los modos y maneras de la ciencia social»; pues «la forma que emplea Haba se descalifica a sí misma por chabacana e impropia... uno cree, en verdad, adentrarse por el túnel del tiempo hacia las *literaturas propias de regímenes totalitarios...*»; ese artículo no es merecedor, en definitiva, «de otra cosa que el afán de verlo merecida y pacientemente digerido por los ratones» (p. 115). Rodríguez Ibáñez se queja de que «Haba reproduce, sólo parcialmente, un párrafo de mi [su] artículo... manipula tipográficamente el

pasaje a su antojo, además de trufarlo de impertinentes apostillas. Con ello viola las más elementales normas del estilo del quehacer académico y, lo que es más importante, incurre en *falsedad*. Esta última es la única razón que me induce a contestarle, no sin fastidio» (p. 116 de la Réplica -los énfasis mediante bastardillas son todos míos, E.P.H.-).

Una vez ofrecida esta introducción a la ética del discurso universal y a la estilística no-totalitaria, el Sr. Rodríguez Ibáñez pasa, entre otras cosas, a transcribir (pp. 116 y 117) algunos pasajes adicionales del artículo suyo de donde tomé aquel pasaje. A su juicio, ellos demostrarían precisamente la mencionada «falsedad». Pero pienso que no es necesario reproducir aquí todo esto, ni tampoco haré otros extractos de cómo él trata de justificar su «desapasionada» lectura de mi texto; el lector no tendrá dificultad en consultar, si le interesa, los respectivos ejemplares de *Sistema* (Nos. 137 y 138). Eso sí, a diferencia de lo que mi crítico aconseja hacer respecto a dicho estudio mío (en perjuicio de la buena digestión de los ratones), por mi parte recomiendo enfáticamente, sobre todo a quienes conozcan mi texto mismo, que no dejen de leer asimismo la Réplica. [¡Y atención!: protegerla muy bien contra la codicia de aquellas manadas de ratones que tengan el buen gusto de preferir merendar con insumos *no* «totalitarios».]

Se me ocurre que el asunto puede tener más interés que dar pretexto a un intercambio de calificativos personales entre mi replicante y yo. Primero, como ya dije, porque si fuera verdad que aquel estudio mío es un «simple panfleto», etc., algo por el estilo cabrá pensar, se me ocurre, también sobre lo expuesto a lo largo del artículo presente. Pero sobre todo, considero que una Réplica así elaborada resulta especialmente ilustrativa respecto, justamente, a la puesta *en práctica* de esa «ética del discurso universal» con que sueñan autores como Habermas y Alexy, y en general quienes repiten sus leyendas. No está de más fijarse en cómo funciona tal «ética» en los hechos, precisamente cuando sus locutores están llamados a tomar parte en controversias *reales* -caso de mi contendor, en el asunto que nos concierne-.

No es demasiado difícil comprender por qué el Sr. Rodríguez Ibáñez ha reaccionado de la manera como lo hizo. Reconozco que dicho artículo mío no está escrito en un estilo neutro, por lo cual poco puede sorprenderme, y menos que menos molestarme, que dé lugar a una contestación tan «viva». De quienes suscriben oratorias a la *ética del discurso universal*, no es de esperar que vean con simpatía la manera -no muy eufemística, que digamos- en que me refiero a ellas. Es natural que no se sientan a sus anchas si, ante sus odas a esas mayestáticas universalías formuladas *ex cathedra*, uno se toma el atrevimiento de confrontarlas con -¡qué lástima!- las cosas que se hacen y las cosas que se piensan todos los días en nuestra civilización de televidentes. Pero lo interesante, aquí, es que la indignada reacción del Sr. Rodríguez

Ibáñez ilustra a las mil maravillas, mucho mejor de cuanto pudiera hacerlo cualquier comentario mío, cuál es su propia manera de darle *vida* al «discurso universal». Y ante tanta franqueza, por cierto «desapasionada», como la que en esa Réplica mi interlocutor despliega acerca de sus propias emociones, la cosa queda, en cuanto a esto último, suficientemente clara. Me doy por enterado de su sentimiento y lo comprendo.

Ahora bien, dejando de lado las faltas de coincidencia entre nuestras respectivas vidas emocionales, debo decir que, en cuanto al tema *mismo* planteado en mi artículo, en la Réplica no he logrado discernir otro argumento *de fondo* que el siguiente: mi agraviado señala que lo cité fragmentariamente (mi pág. 120) y que en su artículo él dijo también unas cuantas cosas más que yo no menciono. Tal comprobación es no menos cierta que bien obvia. Algo por el estilo resultara siempre exacto, en cierta medida, para prácticamente toda cita ajena incluida en un texto. Mas lo que verdaderamente importa, en cada caso, es calibrar para *qué* se efectúa la cita en cuestión. Ya lo dije: recogí esas afirmaciones del Sr. Rodríguez Ibáñez a título simplemente de ilustración, dado lo netas que resultan como testimonio de ciertas ideas puestas en circulación en el mercado académico por autores como los que él repite. De *esas* ideas, no del pensamiento integral del Sr. Ibáñez mismo, trataba mi artículo. Y en cuanto a que, fuera de lo citado por mí, él mismo debe de haber dicho unas cuantas cosas más... ¡no sé quién pueda haber deducido lo contrario a partir de mi transcripción! A esas otras cosas, sean las que fueren, yo no necesitaba referirme ahí, ya que el punto era únicamente aquello de *Habermas* con lo que el Sr. Rodríguez Ibáñez se manifestó de acuerdo en la cita de marras. No veo para qué precisaría haberme extendido en dar cuenta también de otras creencias ibañiles, sean o no sean contradictorias o complementarias del pasaje transcrito.

Naturalmente, no es imposible que yo hubiera, una de esas, venido a truncar de modo fraudulento las palabras que recogí. Pues bien, ¿consigue mostrar *esto*, que es lo único susceptible de una discusión de tipo falso-o-verdadero, la Réplica? No lo creo. Porque: a) mis intercalaciones se encuentran claramente diferenciadas respecto al original -las «manipulaciones tipográficas» de que el Sr. Rodríguez Ibáñez tanto se plañe, están ahí para que precisamente cualquiera pueda darse cuenta, a las mil leguas, que tales agregados no le pertenecen a él mismo-; b) sea lo que fuere cuanto expone en el resto de su artículo (p. ej., unas cosas como las transcritas en su Réplica), la cuestión pertinente es si eso otro RECTIFICA de alguna manera lo que él mismo puso en la cita efectuada por mí. Sólo esta última cuestión propiamente, estaría en condiciones de acreditar, dado el caso, la *falsedad* de que la Réplica me acusa. Nada más que ESE punto es lo decisivo para aquilatar si con mi cita llegué a hacer «trampa» -¡o no!- en el plano *intelectual*.

(En el otro plano, el del repertorio disponible para verbalizar indignaciones personales, no tengo inconveniente en cederle la derecha a mi replicante.)

¿Quiere el Sr. Rodríguez Ibáñez decir que, precisamente en esas líneas que yo no transcribí, las que trae ahora a colación su Réplica, él habría RECTIFICADO su afirmación precedente, la citada por mí? Esta donde él escribió: «CONCUERDO [J.E.R.I.] con Habermas... [y] COMPARTO [J.E.R.I.] con Habermas» la tesis de que hoy estamos ante esa «racionalidad o conciencia universalista» que «apuntaría hacia una aceptación de la ciudadanía global... con arreglo a una «ética de discurso universal» (Habermas)» [énfasis míos, E.P.H.]. Si mi contradictor entiende haber hecho tal rectificación en su artículo mismo, o si se propuso efectuarla por medio de la Réplica, esto es, si viene a decirnos que donde dijo «concuerso» y «comparto», debe entenderse «NO concuerdo» y «NO comparto», yo no tengo, por supuesto, ningún inconveniente en aceptar tal aclaración. Y también de felicitarlo por ella.

Empero, vistos los autores a los que mi agraviado repite, tampoco puede descartarse así no más otra posibilidad: la de que, también en cuanto a la lógica expositiva empleada por él mismo, éste se inspire precisamente en el molde-Habermas (si+no, pero no+sí: cf. pp. 119, 122 y sigs. de mi estudio). Y entonces, tal vez Rodríguez Ibáñez pueda encontrar saludablemente *dialéctico* sostener que «concuerso» con lo que NO «comparte», pero que, en cambio, «comparte» las ideas con las que NO «concuerso». Naturalmente, debo aceptar que mis facultades intelectuales personales, condenadas como están a ser apenas el pensamiento de «un cierto...», no dan para entender tanto. No me alcanzan, es cierto, para discernir en las ondas universales donde se mueven quienes tienen los dones que el Sr. Rodríguez Ibáñez pone de manifiesto en aquel artículo suyo, y acaso más netamente aún en su no menos ilustrativa Réplica.

Reconozco que ciertas libertades que llego a tomarme al exponer, comportan el riesgo de que un universalista, o simplemente cualquier lector poco cuidadoso, aparte la atención de la médula de los argumentos mismos en que me baso... (¡me parece que *algunos* llegué a ofrecer en dicho artículo, a pesar de todo!). Pero no es imposible, claro está, conformarse con desviar la controversia hacia lo que ahí son ciertos giros adjetivos. Este riesgo lo corro con plena conciencia: entre la «aburrición» (así dicen en Costa Rica) de meter al lector en el chaleco de fuerza de mazacotes a la Rawls, Apel-Habermas, etc., y otra posibilidad, la de intentar ponerle un poco de «condimento» a la cosa para no hacerla tan desabrida del todo, me inclino hacia lo segundo -cargando, naturalmente, con las consecuencias del caso-.

Ciertamente hubiera preferido encontrarme con una Réplica que, por más «dura» que fuese, se ocupara sobre todo de contestar a mis *argumentos* de fondo: por ejemplo, examinar el análisis que presenté (pp. 118 y sigs.) sobre el texto mismo de Habermas. Por lo que se ve, no he tenido suerte en tal sentido. Me resigno, pues, a encarar un contradictor cuyo nivel es, ni más ni menos, que el puesto de manifiesto en su Réplica. Sin embargo, no pierdo la esperanza -¡es lo último que se pierde!- de que dichos argumentos hayan podido pasar también bajo los ojos de algunos lectores que, aunque silenciosos, accedan a examinarme críticamente con ayuda de recursos intelectuales un poco distintos que *esa* «ética del discurso universal»... Lo bueno es que la *práctica* de ella queda ahora accesible en forma ejemplar, digo yo, si uno se fija en los expedientes de argumentación desplegados por el Sr. Rodríguez Ibáñez en su Réplica. Y para quien se sienta lo bastante «universalista», no vacilo hasta en recomendársela muy especialmente. ¿Hará escuela en la «ciudadanía global»?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY (1989): Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo); Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (col. El Derecho y la Justicia, vol. 14), 1989, 346 pp. [orig. alem 1978; reed. en 1991, con un Postfácio que se incluyó anticipadamente en la versión española].
- ATIENZA/ JIMÉNEZ R. (1993): Manuel Atienza y Manuel Jiménez Redondo, «Entrevista con Stephen E. Toulmin» (trad. Manuel Jiménez Redondo); *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 13, 1993, pp. 329-356, Universidad de Alicante.
- HABA (1993): 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»; *Doxa* 14, 1993, pp. 269-317. [De este estudio se publicó después una versión abreviada en francés: «Pas assez épistémologique... mais pourtant bien vu! Du manque de réalisme dans l'actuelle Théorie du Droit- et de ce que pourrait lui apprendre un juriste d'antan», *Archives de Philosophie du Droit* 42, 1997, pp. 101-116, Sirey, París.]
- HABA (1995): Id., «Sobre el Derecho como “técnica” o “tecnología”. Apostillas a una polémica sobre las posibilidades del discurso jurídico»; *Doxa* 17-18, 1995, pp. 491-498.
- HABA (1996a): Id., «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)»; *Doxa* 19, 1996, 385-402.
- HABA (1996b): Id., «Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie -Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der “Heiligen (Rede-)Familie”» [Emplazamiento de la Teoría del Derecho contemporánea -Rawls, Dworkin,

- Habermas y otros miembros de la «Sagrada (charla-)Familia»], en *System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas*, pp. 277-327; Habermas-Sonderheft (Eds. Werner Krawietz/Gerhard Preyer), *Rechtstheorie* vol. 27/3, 1996, Berlín, Duncker & Humblot, publ. 1998. [Título original de dicho estudio: Zum astronautischen Standort der heutigen Reclastheorie. Über Rawls, Habermas, Alexy und andere: Gegenwärtige Arten des akademischen Wunschdenkens in einer modernen «Heiligen (Rede-) Familie»; Sobre el astronáutico emplazamiento de la Teoría del Derecho contemporánea. Formas actuales del wishful thinking académico en una moderna «Santa (charla-) Familia»].
- HABA (1997a): Id., «Variantes del pensamiento escapista en una moderna “Santa Familia”: sobre Rawls, Habermas, etcétera (Acerca de la concepción “misionera” para las ciencias sociales)»; *Sistema* 137, marzo 1997, pp. 109-125, Madrid, Fundación Sistema. [En este estudio se halla comprendida sólo una pequeña parte, esp. el apartado V, de Haba 1996a.]
- HABA (1997b): Id., *Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora (Mitomanías de la Razón «constructivista»: ¿racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?)*; ponencia para el 13º Coloquio Internacional de la International Association for the Semiotics of Law, São Paulo (agosto de 1997), 97 pp. (inédito).
- HABA (1998a): Id., *Metodología (realista) del Derecho. Una presentación*, 2 tomos; Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria (en prensa).
- HABA (1998b): Id., *Rehabilitación del no-saber como «novedosa» Teoría del Derecho: El bluff Dworkin*; manuscrito 55 pp., inédito.
- HUME (1974): David Hume, *Historia natural de la religión. Diálogos sobre la religión natural* (Pról. Javier Sádaba; trad. Angel J. Cappelletti, Horacio López y Miguel Quintanilla); Salamanca, Sígueme, 1974 (1ª ed. ingl. 1757), 195 pp.
- JHERING (1974): Rudolf von Jhering, *Bromas y veras en la Jurisprudencia. Un regalo de Navidad para los lectores de obras jurídicas* (trad Tomás A. Banzhaf); Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974 (1ª ed. alem. 1884), 425pp.
- LAUTMANN (1972): Rüdiger Lautmann, *Justiz -die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse* [La Justicia -forma callada de Poder. Observación participante y análisis sociológico sobre tomas de decisión]; Francfort, Fischer Athenäum Taschenbücher (FAT 4002), 1972, 207 pp.
- NINO (1989): Carlos Santiago Nino, «Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas», *Doxa* 5, 1989, pp. 87-105.
- RADBRUCH (1970): Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (7ª ed., Ed. a cargo de Erik Wolf y con una Intr. biográfica de éste); Stuttgart, E. F. Koehler, 1970 (ed. or. 1932), 392 pp. [Hay versión española por José Medina Echavarría de la ed. de 1932 de dicha obra: *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, varias eds.]
- RÜTHERS (1973): Bernd Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* [La interpretación ilimitada. Sobre la transformación del ordenamiento de Derecho Privado en el Nacionalsocialismo];

- Francfort, Fischer Athenäum Taschenbücher (FAT 6011), 1973 (1ª ed. 1968), 496 pp.
- RÜTHERS (1987): Id., *Wir denken die Begriffe um... Weltanschauung als Auslegungsprinzip* [Nosotros repensamos los conceptos... Cosmovisión como principio interpretativo], Zurich, 1987.
- RÜTHERS (1989): Id., *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich* [Derecho desnaturalizado. Teorías del derecho y juristas de la corona en el Tercer Reich]; Munich, C. H. Beck, 1989, 230 pp.
- SCHEUERLE (1983): Wilhelm Scheuerle, *Vierzehn Tugenden für vorzitzender Richter* [Catorce virtudes para Presidentes de Tribunales], Berlín, Duncker & Humblot, 1983.
- SPINOZA (1985): Baruch Spinoza, *Tratado teológico-político (Selección). Tratado político* (trad. y estudio preliminar: Enrique Tierno Galván); Madrid, Tecnos, 1985 (or. latín 1670 y póstumo), 262 pp.

DOXA 21-I (1998)

