

# Ciencia jurídica: ¿Qué "ciencia"? (\*)

Enrique P. Haba

La ciencia, en suma, comienza con la formación del llamado lenguaje científico, es decir, con aquel lenguaje que de un conocimiento puramente subjetivo (mi percepción) hace un conocimiento intersubjetivo en el máximo grado.

N. Bobbio

## INTRODUCCION

LA CONOCIDA CRITICA de Kirchmann (1847) contra la validez científica del conocimiento jurídico, en el transcurso del tiempo fue retomada y ampliada por otros autores<sup>1</sup>. Pero nada de eso desveló mucho a los juristas, su conciencia profesional no se dio por aludida, siguieron

(\*) El texto central de este trabajo recoge, con leves cambios y complementos, el desarrollo de una conferencia que el autor dictó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el 16 de marzo de 1979, en el marco de la Cátedra de Métodos de Investigación Jurídica, que en dicha Facultad funcionó bajo la dirección de la Licda. Eyenneri Venegas. Las notas se agregaron con posterioridad.

1 Julius von KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, conferencia de 1847, que se publicó por primera vez en 1848 (hay dos versiones en castellano: *El carácter o-científico de la llamada Ciencia del Derecho*, trad. de Werner Goldschmidt, en el volumen *La Ciencia del Derecho* -con trabajos de SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN y KANTOROWICZ-, publicado por Losada, Buenos Aires, 1949; y *La Jurisprudencia no es ciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Civitas, Madrid). A partir de 1861, Rudolf von JHERING publica la resonante serie de artículos que luego recopila, con ampliaciones (1884),

resolviendo sus problemas igual que antes. Los tratadistas del derecho, lo que suele llamarse la dogmática jurídica, en general pasaron la denuncia por alto<sup>2</sup>; y el jurista común, ni siquiera ha llegado a enterarse. En las universidades se continúa enseñando la "ciencia del derecho" tradicional, de modo que los profesionales de la materia (abogados, jueces, profesores, etc.) salen de allí convencidos —y seguirán convencidos luego— de que cumplen un quehacer de carácter "científico". Creo que vale la pena preguntar qué es lo que esto quiere decir.

No me propongo, empero, reexaminar las observaciones de *Kirchmann*, pues encararé el tema desde un ángulo más amplio. No he de preguntar si el derecho es "ciencia, sino en qué *sentido* y bajo qué condiciones puede serlo o no serlo. No me preocupa que se recurra o no a la palabra "ciencia" para rendirle honor al pensamiento de los juristas, sino averiguar *qué quiere decir* esa palabra si está llamada a calificar dicho pensamiento. En otros términos: si lo que los juristas hacen es "ciencia",

---

en el libro al que da como título: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (*Bromas y veras en la jurisprudencia*, trad. de Tomás A. Banzhaf, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974). En las primeras décadas del siglo actual arceja la crítica contra la ciencia jurídica tradicional, especialmente contra la llamada —primero por *Jhering*— "jurisprudencia de conceptos" (*Begriffsjurisprudenz*), por parte sobre todo de tendencias como el Movimiento del Derecho Libre (*Ehrlich, Kantorowicz, Fuchs, Isay*, etc.) y la Jurisprudencia de Intereses (*Heck, Müller-Erzbach, Stoll*, etc.), en Alemania; y de finales de ese período es también, por ejemplo, una obra como la de Anders Wilhelm LUNDSTEDT, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft* (La científicidad de la ciencia jurídica), dos vols., Berlín, 1932 y 1936, cuyo título lo dice todo. Pero asimismo respecto al Derecho anglosajón se venían voces críticas, particularmente las de "realistas" como *Frank, Llewellyn*, etc. (*vid.*, por todos, el célebre artículo de este último: Karl N. LLEWELLYN, "A Realistic Jurisprudence - The Next Step", en *Columbia Law Review* 30, p. 431-465, 1930). Tampoco faltan, desde luego, los críticos en nuestros tiempos, con exámenes que son tanto más implacables cuanto que pueden basarse en las actuales teorías sobre requisitos indispensables para configurar el discurso científico, recurriendo a pautas de modernos análisis del lenguaje y, en general, tomando en cuenta conocimientos contemporáneos de las ciencias sociales. En tal sentido, cabe mencionar, por ejemplo, unos estudios como los siguientes —que son representativos, por lo demás, de distintas orientaciones y variados centros de interés para abordar dichos exámenes—: Hubert ROTTLEUTHNER, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft* (Ciencia jurídica como ciencia social), Fischer, Francfort, 1973; Karl-Dieter OPP, *Soziologie im Recht* (Sociología en el Derecho), Rororo, Hamburgo, 1973; Rüdiger LAUTMANN, *Justiz - die stille Gewalt* (La Justicia - forma callada de poder), Fischer-Athenäum, Francfort, 1972; Hans-Joachim KOCH (ed.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie* (Teoría jurídica del método y filosofía analítica), Athenäum, Kronberg/Ts., 1976; Hans-Joachim KOCH, "Ueber juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht" (Sobre la argumentación jurídica-dogmática en el Derecho estatal), trabajo que figura como Introducción en la compilación editada por Koch bajo el título *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht* (Seminar: El método jurídico en el Derecho estatal), Suhrkamp, Francfort, 1977; Waldemar SCHRECKENBERGER, *Rhetorische Semiotik* (Semiótica retórica), Karl Alber, Freiburg-Munich, 1978; y *vid.* también las obras señaladas en la n. 20, *infra*.

2 Pero hay también excepciones, autores que no se contentan con aceptar simplemente los métodos tradicionales, sino que tratan de aportar contraargumentos frente a las críticas de *Kirchmann* y de otros; cfr., por todos, Erik WOLF, *El carácter problemático y necesario de la ciencia del derecho* (trad. de Eduardo A. Vásquez), Abeledo-Perrot, col. Nueva Teoría, Buenos Aires, 1962.

entonces hay que empezar por poner en claro qué *tipo* de ciencia es, cuál es su *estatus* cognoscitivo, qué *clase* de vías utiliza. El problema de fondo no es, pues, el del nombre que se le quiera colocar a ese quehacer, llamarlo "ciencia" o de cualquier otro modo<sup>3</sup>. Lo que interesa es determinar qué requisitos o *garantías* metodológicas respaldan las conclusiones prácticas a que llega el jurista. Y a este respecto, como veremos, no cabe una respuesta uniforme, porque hay un abanico de posibilidades que resulta aconsejable *distinguir* entre sí. Objeto de nuestro artículo es justamente subrayar ese *pluralismo* de las "ciencias" a que se puede recurrir en el derecho, las diferencias entre ellas.

Dichas diferencias se resumen, si bien se mira, en una cuestión de métodos. En efecto, sabido es que la distinción entre ciencia y saber vulgar se asienta, fundamentalmente, en el hecho de que aquella somete sus conocimientos a mayores exigencias de rigor que este: las somete a *métodos* de investigación y, sobre todo, de comprobación. La actividad científica se define como tal, en cada una de sus ramas, por los respectivos métodos de control empleados en la disciplina de que se trate. En la medida en que el derecho quiere ser ciencia tiene que preocuparse, por tanto, de establecer sus métodos. Pero la Metodología del Derecho es una rama que se halla todavía en formación. De ahí que, ante todo, sea necesario determinar con nitidez sus objetivos mismos, al servicio de los cuales estarán los métodos. Ahora bien, acerca de ello no rige acuerdo general entre los juristas. Es más: ni siquiera suele darse una conciencia clara de que hay allí una problemática que requiere ser examinada.

Esa problemática, que da lugar a una pluralidad de opciones metodológicas, se encuentra ya anunciada, de modo implícito, en la polisemia que afecta a los términos que conforman el nombre mismo de dicha disciplina: *métodos del derecho*. Hay que empezar por determinar de *qué* clase de "derecho" y de *qué* "métodos" se trata, para llegar a saber por qué caminos puede (¿y debe?) transitar la metodología jurídica. Ese será el primer punto que analizaremos, la cuestión de precisar estos conceptos fundamentales; el sentido que para cada uno de ellos se *elija*, conllevará la elección del *tipo* de "ciencia" que se quiere practicar. Una vez determi-

3 En realidad, la cuestión del nombre no es del todo indiferente. Puesto que el término "ciencia" conlleva semánticamente el acento de una valoración positiva, decir que algo es ciencia significa, de hecho, aludir con *aprobación* al tipo de conocimiento así denominado. De tal manera, decir que el derecho es "ciencia" configura tal vez otro ejemplo más de eso que *Stevenson* llama "definiciones persuasivas": cfr. Charles L. STEVENSON, *Ética y Lenguaje* (trad. de Eduardo A. Rabasi), Paidós, Buenos Aires, 1971; *id.* esp. el cap. III.2.

nado ese o esos tipos de ciencia, cabe ponerlos en relación con un análisis de la actividad tradicional de los juristas: ver si, a la luz del concepto de ciencia elegido, corresponde o no llamarle "científica" a tal actividad. Finalmente, en función de los respectivos ideales de método científico, se pueden efectuar valoraciones sobre los resultados de dicha actividad y examinar perspectivas de futuro.

Al análisis de los mencionados puntos estarán dedicadas las partes en que se divide el presente estudio, respectivamente:

- I) *elección* del tipo de "ciencia" jurídica, sobre la base de la determinación (elección) del concepto de "derecho" y el de "método";
- II) aplicación de estos conceptos a la *descripción* de la ciencia jurídica tradicional;
- III y IV) *evaluación* de los resultados de dicha ciencia y planteamiento de *perspectivas*.

## I) DERECHO Y METODO

### 1.1. El concepto de derecho.

Las definiciones de lo que es "derecho" son múltiples<sup>4</sup>. Mas no se trata de una discrepancia en la *formulación* meramente. Esas discrepancias se explican, en buena parte, por el hecho de que el término "derecho", en acepciones usuales, responde a usos lo bastante ambiguos y vagos como para que bajo esa denominación se haga referencia, según los casos, a cosas (o aspectos de una cosa) que son diferentes. Por eso, según el ángulo sobre el cual cada autor ponga principal acento, existen muchas definiciones distintas del derecho. En realidad, no se trata tanto de nociones divergentes acerca de un *mismo* objeto, cuanto de objetos (o aspectos de un objeto) *distintos*, que empero suelen ser designados por un mismo símbolo lingüístico: la palabra "derecho"<sup>5</sup>.

4 Cfr., por ejemplo: Henri LEVY-ULLMANN, *Le definición del Derecho* (trad. de César Camargo Marín), Góngora, Madrid, 1925; y Werner MAIHOFER (comp.), *Begriff und Wesen des Rechts* (Concepto y esencia del derecho), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1973.

5 "La dificultad en desarrollar algún concepto de 'derecho' reside en que él debe incluir una multiplicidad de detalles que son increíblemente distintos los unos de los otros. Tal vez sea posible cobijarlos todos, mediante esa designación, bajo un mismo techo. Pero no veo qué se ganaría con ello. Pues un concepto, tal como yo lo entiendo, se elabora para determinado fin. Es un instrumento para pensar. Debe servir para que los datos sean organizados en forma más mane-

Si bien se mira, pues, las discusiones sobre lo que es *el* "derecho" no suelen tener mucho sentido. No existe *el* derecho, sino distintos campos o aspectos de fenómenos a los que con cierta indiscriminación llamamos "derecho". Es asunto relativamente convencional el preferir reservar esa denominación para los fenómenos del tipo A y no (o menos) para los del tipo B, o a la inversa, pues tanto A como B se mencionan por medio del mismo vocablo. Para evitar confusiones, basta con *distinguir* esas acepciones entre sí, llegado el caso, más allá de que se acepte o no llamarle "derecho" a una sola o a varias de ellas.

En una palabra: ninguna de las definiciones usuales del derecho es más "verdadera" o "verídica" que las otras. Pero puede ser *conveniente* ponerse de acuerdo en restringir el uso de dicha palabra a uno (alguno) de tales significados, para prevenir malentendidos en la comunicación; es decir, para que cada uno sepa mejor a qué se está refiriendo *exactamente* el otro cuando emplea este término. Se trata, por tanto, de una determinación de orden *convencional*, instrumental, de aquello que será considerado como "derecho". Convencional, esto es: una *elección*, una decisión *contingente*, destinada a delimitar el sentido de una palabra, resolviéndonos a preferir uno de sus significados. Elegir es indispensable, eso sí, para *fijarle* un objeto a la ciencia que queramos llevar adelante. Solo así podemos saber bien con respecto a *qué* "cosa" precisamos métodos y *cómo* hemos de emplearlos. La naturaleza del objeto determina los métodos que pueden ser pertinentes en relación con él. El *tipo* de ciencia que haya de aplicarse al derecho dependerá, pues, de la manera en que este se conciba como objeto, es decir, de la definición que para él se acoja explícita o implícitamente.

Sea cual fuere la noción de derecho aceptada, no hay que olvidar que

---

jable y que con ellos se pueda hacer algo. Y yo no conozco ni he oído hablar de ninguna actividad para la cual sean simultáneamente relevantes todos esos datos que se vinculan con el más impreciso de todos los símbolos ambiguos, 'el derecho'. Hacemos y nos encontramos con demasiadas cosas y procesos de pensamiento a los que deseamos adjudicarles ese nombre. (...) Por eso, no trataré de dar ninguna definición del derecho. Ni la definición de algún otro, ni menos la mía propia. Una definición lleva tanto a excluir como a incluir. Delimita un dominio. Obliga a que algunas cosas entren dentro del dominio; a otras, las obliga a salir. Y la exclusión es casi siempre bastante arbitraria. Yo no tengo la pretensión de excluir algo de la materia del derecho" (Llewellyn, *loc. cit.* en la n.1. *supra*; pasaje retraducido a partir de una versión alemana de Manfred Rehbinder y Lutz Sedatiz, de dicho artículo, incluida en *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie* -Estudios y materiales para la Sociología del Derecho-, p. 54-86 -nuestra cita es de p. 54 y 55-, ed. por Ernst E. HIRSCH y Manfred REHBINDER, Westdeutscher Verlag, Colonia y Opladen, 1971). (Cfr. también: Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980; *vid.* cap. I, esp. su No. 1.

se trata de una definición de carácter *estipulativo*. Claro que tal estipulación, la cual no puede ser sino voluntarista (por lo menos en cierto grado), es probable que esté elaborada sobre la base de alguna de las *múltiples* definiciones lexicográficas posibles (ya dadas o latentes) respecto a lo jurídico, y acaso procurando delimitarla con más precisión. Ahora bien, las definiciones acerca del derecho pueden ser agrupadas, *grosso modo*, en tres clases: (i) normativistas, (ii) axiologistas, (iii) sociologistas. Veamos, por su orden, de qué se trata.

(i) *Normativismo*.— Es la tendencia representada por la escuela analítica inglesa (*Austin* y otros), la *Begriffsjurisprudenz* (*Puchta*, *Jhering* en su primera etapa y otros), etc. Las normas jurídicas son, de acuerdo con este tipo de enfoques, modelos *explícitamente* formulados que establecen un *patrón general* al cual deben ajustarse las conductas en determinadas hipótesis (igualmente generales)<sup>6</sup>. Este modelo debe hallarse expresado en forma bastante precisa para que efectivamente pueda cumplir su función como guía general de conductas, ha de suministrar una distinción neta y preestablecida entre las conductas legítimas y las ilegítimas. De ahí que una formulación lingüística *previa* a su aplicación a los casos constituya, en general, un requisito para que las normas sean tales; el caso más típico es el de las leyes, pero también criterios de jurisprudencia y doctrina, e incluso principios consuetudinarios, aparecen formulados una vez que son reconocidos como normas (o como componentes de ellas) por los tribunales.

Quiere decir que a la concepción normativista del derecho subyace la idea de que este constituye un sector del lenguaje que el jurista conoce particularmente bien. En efecto, las normas no son otra cosa que un subconjunto lingüístico dentro del marco general del lenguaje común<sup>7</sup>. De lo que se trata, para el jurista, es de crear o reconocer ese lenguaje, para así sacar, en función de lo que este expresa, conclusiones en cuanto al carácter legítimo o ilegítimo de conductas y situaciones, reales o hipotéticas.

6 Prescindimos aquí de las "normas individualizadas" (*Kelsen*), como así también de señalar las diferencias —y pueden ser importantes— entre distintos modelos normativos.

7 Tomamos en consideración fundamentalmente el caso de un derecho que, aunque sin renunciar a tecnicismos, no se encuentra formulado en algún lenguaje artificial. *Vid.* también la nota siguiente, *in fine*.

Para el normativismo, por ende, el objeto de la ciencia del derecho será la *construcción e interpretación de un lenguaje, el jurídico* <sup>8</sup>.

(ii) *Axiologismo*.— La conocida sentencia del Digesto, *jus est ars boni et aequi* ("El derecho es el arte de lo bueno y justo", *Celsio*), nos introduce en la esfera de otro tipo de definiciones <sup>9</sup>. Desde este punto de vista, el derecho viene a consistir en la solución "justa" o "equitativa" para cada caso. Dicho de otra manera, lo que propiamente es derecho se conoce con relación al caso concreto, no tanto bajo la forma de formulaciones abstractas (normas). Estas últimas pueden eventualmente *ayudar* a conocer la solución "justa", derecho, pero ellas no son el derecho mismo. El derecho no se agota en las normas, sino que estas constituyen apenas uno de los varios elementos de juicio que pueden entrar a jugar, en su caso, para descubrir cuál es la solución jurídica adecuada. En síntesis: derecho = justicia concreta <sup>10</sup>.

Por ejemplo, partiendo (implícitamente) de ideas semejantes, a veces se dice que tal o cual norma no puede ser "derecho", o que el juez no puede —para indicar lo que es derecho— limitarse a ser un autómatas que

8 Decir que se trata de la "construcción" de un lenguaje no significa que todos o la mayoría de sus términos tengan que ser propios, específicamente (exclusivamente) jurídicos. Los lenguajes profesionales no siempre adoptan la forma de un lenguaje artificial, sino que suele tratarse solo de lenguajes *especializados*, técnicos. Podemos decir que constituyen "jergas" (científicas), porque aunque en general se sirven de palabras que todos conocemos, que entendemos cuando las hallamos en otros contextos, empero no alcanzamos a percibir bien su sentido cuando son empleadas en una conversación entre especialistas o en escritos sobre la materia, si no hemos aprendido antes la forma en que hay que expresarse dentro de dicha disciplina. Estamos, pues, ante la "construcción" de un lenguaje, en la medida en que el empleo de cada una de esas "jergas" obedece a una serie de criterios propios, fundamentalmente en el plano semántico, sin perjuicio de que vayan combinados con la semántica y la sintaxis del lenguaje común. Podría decirse, también, que se trata de un subsistema lingüístico apoyado en el sistema del lenguaje corriente. Sobre problemas generales de las relaciones entre lenguaje común y lenguaje del derecho, cfr. mi artículo "Apuntes sobre el lenguaje jurídico (I): De la lengua común a la letra de las leyes", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 37 (enero-abril 1979), p. 11-93. En esta y otras notas, se trata de dicho autor mencionada en la nota precedente, cfr. los Nos. 38 ss.; *vid.* asimismo el segundo tomo de esa obra, cuyos detalles se indican *infra*, en la n. 25.

9 Cfr. Michel VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho* (trad. por Diorki; revisión de la traducción, por Jesús Valdés y Menéndez Valdés), Eunsa, Pamplona, 1979; *vid.* esp. el No. 52. Para un resumen o comentario de esta obra, cfr. mi artículo "Desde las aulas de Aristóteles, para el jurista de hoy", en *Revista Judicial*, No. 20 (julio 1981), p. 11-23, Costa Rica. Una discusión más detallada de este punto, para llegar a conclusiones que no coinciden enteramente con las de Villey, se encuentra en el libro de Lévy Ullmann indicado en la n. 4: cfr. su cap. 1 de la Primera Parte.

10 Para la defensa de esta tesis cfr., por todos, los trabajos de Michel VILLEY: por ejemplo, "Une définition du droit", en *Seize Essais de philosophie du droit*, Dalloz, París, 1969, p. 15-37 (*vid.* esp. p. 23 s.). Cfr. también, en el mismo libro, el ensayo "Droit et règles", p. 221-233; y en la obra de dicho autor mencionada en la nota precedente, cfr. los Nos. 38 ss.; *vid.* asimismo el segundo tomo de esa obra, cuyos detalles se indican *infra*, en la n. 25.

subsume casos bajo la letra de la ley. Lo peculiar de tales puntos de partida es que la fijación del contenido del objeto-derecho queda así librada, en definitiva, a aquello que se entienda como "justo", "equitativo" o, en general, como adecuado a las nociones valorativas que se manejan en el pensamiento jurídico: "orden", "seguridad", "equilibrio", "lo razonable", "bien común", "interés público", etc. En una palabra, el objeto de la ciencia jurídica pasa a ser, básicamente, el conocimiento de *valores* en cuanto tales. Todo queda subordinado, en última instancia, a la capacidad que el jurista tenga de reconocer esos valores, mejor dicho, de efectuar una *valoración* él mismo, especialmente con referencia a los casos concretos. La finalidad primordial de esa ciencia (o "arte") del derecho no será, entonces, la construcción de un lenguaje normativo, sino el desarrollo de facultades que permitan aprehender lo que es "bueno" jurídicamente. Como se ve, tales puntos de vista sobre el quehacer jurídico son tributarios de ideas iusnaturalistas; creen en la existencia de valores absolutos, o algo por el estilo, que los juristas estarían en condiciones de detectar para su aplicación adecuada a los casos que se presenten.

(iii) *Sociologismo*.— Un plano de enfoque muy distinto de los dos anteriores es el adoptado por aquellos autores que llaman "derecho" al *hecho* de que determinado tipo de conductas se cumpla con una cierta regularidad, ya sea en un medio social —una colectividad o un sector de ella— o al menos en la práctica de los jueces. Tal la posición del llamado "realismo jurídico". Sirve bien para mostrarla, por ejemplo, el célebre dicho de *Holmes*: "Yo entiendo por 'derecho' las profecías de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos". También una noción como la de "derecho viviente", acuñada por *Ehrlich*, centra el enfoque en la esfera de los hechos: "Esto es, pues, el derecho *viviente*, en contraposición a aquel que es sólo *válido* ante los tribunales o las autoridades (...). El derecho viviente es lo que no ha sido aún fijado en reglamentaciones, pero que, sin embargo, domina en la vida. Las fuentes de su conocimiento son sobre todo el moderno documento, pero también la observación inmediata de la vida, del comercio, de las costumbres y usos, y, luego, de todas las organizaciones, tanto las jurídicamente reconocidas como también las ignoradas por el derecho (positivo), y hasta las desaprobadas por este"<sup>11</sup>. En concepciones como las de los autores

11 Oliver Wendell HOLMES: *La senda del derecho* (trad. de Carlos A. Garber), Ferrot, Buenos Aires, 1959, p. 19. Eugen EHRLICH: "Die Erforschung des lebenden Rechts" (La investigación del derecho viviente), en *Recht und Leben* (Derecho y vida), Duncker & Humboldt, Berlín, 1967, p. 11-27; la cita es de la p. 19.

citados, y otros, el derecho se presenta, pues, como algo que consiste en ciertas realidades sociales y psicológicas fácticamente dadas, unos datos *empíricamente* determinables. Es decir, que él no se reduce a normas —programas formulados lingüísticamente— ni a juicios valorativos —exigencias axiológicas, debe-ser—, aun cuando aquellas y estos puedan ejercer alguna influencia en las conductas que se consideran constitutivas de lo jurídico; pero incluso en este último caso, el derecho se localiza en función de las conductas *mismas* <sup>12</sup>.

Los tres tipos de concepción indicados —normativismo, axiologismo, sociologismo— ponen el acento, respectivamente, en aspectos que, desde luego, pueden ser complementarios y entre los cuales se dan interacciones en la actividad jurídica, sea cual fuere la definición que se acepte de esta. Se podría también decir, por ejemplo, que el derecho no es *solamente* norma, ni *solamente* valor, ni *solamente* experiencia; que comprende *todas* esas tres cosas, en forma alternativa o copulativa, según los casos <sup>13</sup>. En última instancia, como lo subrayamos desde el principio, el derecho puede ser definido por cualquiera de esas vías, dada la polisemia del término. Pero desde el punto de vista metodológico *conviene* más centrar la definición sobre un solo plano, para luego determinar cuáles son los métodos congruentes con él y cuáles no. A cada uno de esos planos corresponde un tipo de métodos *distinto*.

*En definitiva.*— Puesto que el método (medio) está en función del objeto que se investiga, la *elección* (definición) de ese objeto determinará la del método que le es aplicable. Es decir, que según el ángulo sobre el cual se decida poner el acento, será diferente la clase de *ciencia* a que corresponda recurrir. En consecuencia, el tipo de definición del derecho

12 Cfr., por todos, el estudio de *Llewellyn* mencionado en la n. 1, *supra*.

13 Una posición de esa índole es, por ejemplo, la de *Miguel Reale*, mediante su conocida "teoría tridimensional" del derecho: como hecho, como valor, como norma. Mas en el caso de este autor, y en general de quienes afirman algo por el estilo, ello no los libra de sucumbir a la ficción de ontologizar el contenido del término "derecho". No advierten que no hay ninguna "cosa", ni unidimensional ni multidimensional, que sea el derecho (cfr. *supra*, I.1. *in limine*, esp. n. 5). Por el contrario, dicha teoría supone que *en realidad* existe algo así como un objeto dado, unitario, global, distinto, al que le cabe ese nombre; de manera que puede entenderse que el hecho, el valor y la norma serían, todos ellos, unos ángulos o aspectos ("dimensiones") de ese *mismo* objeto de referencia —así como, por ejemplo, el ancho, el largo y la altura corresponden todos a un *mismo* cajón—. Quiere decir que la teoría tridimensional del derecho asume la habitual creencia, propia de los manejos ingenuos del lenguaje, de presuponer que donde se usa igual sustantivo, también tiene que existir una misma y sola "cosa" (aunque pueda ser compleja) como correlato objetivo en el mundo de las realidades. En verdad, sin embargo, el vocablo *derecho* se usa para hacer referencia, según los contextos, a "cosas" muy distintas. Y esto no solo por las diferencias de planos —hechos, valores, normas—, sino que la multiplicidad y heterogeneidad de referentes se da hasta en el interior de cada plano (*supra*, ns. 4 y 5).

que explícita o implícitamente recojamos, determinará qué exigencias metodológicas hemos de plantearle a la ciencia jurídica.

### 1.2. *El concepto de método y de ciencia.*

Hemos estado manejando la palabra "método" sin precisarla. Pero es indispensable hacerlo, ya que también este vocablo es polisémico. Pueden efectuarse dos deslindes, a cuenta de muchos otros: distinguir, primero, entre un sentido más genérico (i) y un sentido más específico (ii), en la utilización de dicho término; y luego, ya en el seno de esta última acepción, que corresponde a la idea de los procedimientos científicos, distinguir todavía entre métodos en sentido estricto (a) y en sentido amplio (b). La idea de "ciencia", a su vez, dependerá del tipo de métodos que se entiendan adecuados: los del tipo (a) fundan las ciencias en sentido estricto, mientras que los del tipo (b) dan lugar a ciencias en sentido amplio.

(i) En su sentido más genérico, más lato, muchas veces se llama "método" a *cualquier* clase de medios empleados para lograr un fin. Ahí basta, para entender que estamos ante un método, el hecho de que alguien utilice ciertos procedimientos —estén o no determinados en forma nítida— para alcanzar cierto resultado. Así, por ejemplo, se dice que dos profesores usan distintos métodos de enseñanza, aun cuando ninguno de los dos tenga elaborado un plan pedagógico claramente estructurado, que señale punto por punto en qué consiste el desarrollo de ese "método"<sup>14</sup>. Se hace difícil entonces que otro profesor pueda, si lo desea, aplicar, también él, ese *mismo* "método"; o sea, conseguir similares resultados en

14 Ocurre, simplemente, que dichos profesores tienen distintas características personales, o difieren en la manera de encarar ciertos puntos del programa de estudios, todo lo cual se trasluce en la forma de dar sus clases. En razón de eso, obtienen tales o cuales resultados pedagógicos, mejores o peores; y entonces se dice que estos resultados son la consecuencia del "método" empleado por cada uno de ellos. Es obvio que ahí el término "método" se emplea de acuerdo con una acepción muy extensiva. (En la pedagogía de nuestros días, por lo demás, no es inusual —sobre todo cuando se trata de "técnicas" para hacer más "científica" la aplicación de las llamadas ciencias del espíritu— que esa falta de intersubjetividad en la determinación de los contenidos no logre, a pesar de todo, ser superada, sino solo disimulada, por la introducción de esquemas pretenciosos al presentar los planes de estudio y el recurso a engañosas numéricas en las evaluaciones del aprendizaje. Muchos no consiguen enterarse de que el nivel de una "ciencia" no se mide por el grado de pedantería que presente su jerga profesional, sino por la diferencia en los resultados. Llamaría menos a engaño si no se confundiera —como tan a menudo sucede— lo que es un método con el uso de meras técnicas de presentación, por más "elaboradas" que estas sean y por más cuantificaciones que contengan. Recientemente me ha referido con cierto detalle a estas cuestiones: cfr. Enrique P. HABA, "De la fantasía curricular", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 56, mayo-agosto 1986, p. 11-48.)

función de una aplicación de iguales medios. Esta clase de métodos, por tanto, no suelen ser transferibles tal cual, o al menos no es seguro que puedan conducir siempre a resultados análogos.

(ii) Los métodos *científicos*, en cambio, están sometidos a exigencias mayores. Requieren que su puesta en ejecución corresponda a un *plan* preestablecido; y que su realización pueda ser *controlada* intersubjetivamente, es decir, que la verificación acerca de si ese plan ha sido (o no) ejecutado en forma correcta, esté al alcance de una pluralidad de investigadores. Pero la intersubjetividad puede, a su vez, ser muy nítida y unívoca, o serlo menos. Esta diferencia de grados en el nivel de la intersubjetividad marca la distinción entre métodos científicos en sentido estricto y en sentido amplio.

(ii.a) Los métodos en *sentido estricto*, métodos *propriadamente dichos*, son aquellos que se benefician de una intersubjetividad "fuerte", esto es: dentro del círculo de los conocedores de la disciplina respectiva, en principio todos estos están en condiciones de verificar si un método de ella ha sido correcta o incorrectamente aplicado, y si los resultados obtenidos son o no son correctos de acuerdo con los criterios de dicha ciencia. Decimos que la intersubjetividad de tales métodos es "fuerte" por el hecho de que reina un *acuerdo general*, entre los miembros del "círculo", sobre la forma de aplicarlos: sobre la calificación de los resultados *concretos* alcanzados, en cada caso, mediante dicha aplicación. Son métodos cuyo plan no se presta a pluralidad de interpretaciones, del mismo modo que son uniformes las soluciones a que cada uno de ellos conduce en su aplicación a un caso dado. Tal es la clase de los métodos que se aplican, de manera predominante, en las ciencias de la naturaleza y en las lógico-formales (en todo caso, eso es así para lo que *Kuhn* llama la ciencia "normal").

De este punto me he ocupado con mayor detención en otro sitio: "Lo racional y lo razonable", en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, No. 43 (enero-junio 1978), p. 1-32. Allí propongo la siguiente definición de método científico en sentido estricto:

"Método es un conjunto de procedimientos intelectuales (y eventualmente materiales), ordenados de acuerdo con un plan racional preestablecido, que en un dominio dado se aplican como medio para la realización de cierta finalidad (de conocimiento puro o práctica); procedimientos que en su ejercicio y resultados (*praxis*) logran acreditar su efectividad intersubjetivamente —lógica constrictiva o plausibilidad— a los ojos de un determinado círculo de conocedores" (p. 20).

En cuanto a la *inter-subjetividad*, que constituye la idea clave de dicha definición, puede decirse que consiste en lo siguiente: la verificación, el control de la legitimidad de una afirmación, tiene que depender de criterios lo bastante firmes como para que la gente —al menos los hombres de ciencia— esté en condiciones de hallarse habitualmente de acuerdo sobre la aplicación de tales criterios, es decir, sobre el valor (probabilidad, plausibilidad) de los resultados obtenidos por dichas vías. Estos resultados deberán poder ser comunicados, pues, sin riesgo de malentendidos, ya que la intersubjetividad de una ciencia se funda justamente en eso:

- (i) en el hecho de disponer de un lenguaje riguroso, o sea, susceptible de ser generalmente entendido de modo inequívoco, al menos en la comunicación entre los especialistas de la disciplina respectiva;
- (ii) en el hecho de que los procedimientos y resultados de esa disciplina puedan ser expresados en forma adecuada por medio de dicho lenguaje;
- (iii) y en el hecho de que rija acuerdo (de los especialistas) sobre el manejo de tales medios" (*ibid.*, p. 4).

Qué requisitos científicos son indispensables para acreditar una racionalidad (propriadamente dicha) en el pensamiento *jurídico* y cómo ello depende de la elección de métodos suficientemente intersubjetivos, es tema que he desarrollado asimismo en otro artículo, que recoge (en forma algo abreviada) buena parte de las ideas presentadas en el trabajo señalado al comienzo de esta nota: "Rationalité et méthode dans le droit", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (1978), p. 265-293, Sirey, París. *Vid.* además los sitios señalados en la n. 18, *infra*, y también mi artículo sobre "Rationalité" en el *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, París y Bruselas, 1988, p. 337-340.

(ii.b) Métodos en *sentido amplio* puede llamarse a procedimientos que, aun cuando no dejan de presentar cierta intersubjetividad, empero ella no es muy neta; el control de que son susceptibles es mucho más flexible, no siempre unívoco. Por eso decimos que allí reina una intersubjetividad "débil", ya que, incluso dentro del círculo de especialistas de la disciplina respectiva, hay lugar a desacuerdos sobre cuándo y cómo son aplicables tales métodos, y sobre todo acerca de la medida en que son correctos tales o cuales resultados obtenidos por esas vías<sup>15</sup>. Esta clase

15 Muchos autores, sin embargo, reservan el término "intersubjetividad" para aludir exclusivamente a una comunicación del tipo que caracteriza a las ciencias en sentido estricto: lo que nosotros hemos llamado intersubjetividad "fuerte", es decir, aquella que ofrece un grado muy alto de univocidad.

de métodos se presenta principalmente en las llamadas "ciencias del espíritu": historiografía, filología, estética, hermenéutica, etc.<sup>16</sup> En tales dominios, lo más que suele alcanzarse son resultados *razonables*. Resultados cuya intersubjetividad consiste en el hecho de que, aun allí donde no estamos muy de acuerdo con ellos, por lo menos no los juzgamos absurdos. Han sido obtenidos sobre la base de determinados criterios (elásticos) que se consideran como aceptables en el seno de la disciplina en cuestión, por más que puedan desembocar en conclusiones relativamente discutibles.

El papel de la intersubjetividad y del método como rasgos esenciales del pensamiento científico es habitualmente destacado por los autores, para distinguirlo respecto al saber vulgar y a otras clases de conocimientos (religión, etc.) Pero también pueden trasladarse las distinciones al interior mismo del vocablo "ciencia", de tal forma que, como se ha propuesto aquí, cabe mencionar dos tipos —por lo menos— de ciencia: una en sentido estricto ("fuerte") y otra en sentido amplio ("débil"). Claro que, asimismo, son posibles otras convenciones terminológicas para subrayar diferencias en los usos de dicha palabra, como por ejemplo en la propuesta siguiente:

"deberían utilizarse diversos nombres o símbolos para nombrar las diversas significaciones enlazadas comúnmente con el concepto de ciencia. (...) Saber intersubjetivamente transmisible como saber: *Scientia*<sub>1</sub> (S<sub>1</sub>). Saber real o supuesto que no sea intersubjetivamente transmisible: *Scientia*<sub>2</sub> (S<sub>2</sub>). Métras especulaciones que no se toman como saber: *Scientia*<sub>3</sub> (S<sub>3</sub>)" (Arnold BRECHT, *Teoría política*, trad. de Juan Manuel Mauri, Depalma-Ariel, Buenos Aires-Barcelona, 1963, p. 290).

Nuestra distinción entre ciencia en sentido estricto y ciencia en sentido amplio corresponde aproximadamente a la que Brecht efectúa entre S<sub>1</sub> y S<sub>2</sub>.

### 1.3. Relaciones entre derecho y método científico.

Hemos señalado tres grandes tipos de concepciones del derecho y dos grupos de métodos científicos. La pregunta acerca de las relaciones entre derecho y método puede admitir, en consecuencia, por lo menos seis respuestas distintas. Nosotros nos limitaremos a subrayar tres grandes tipos de posibilidades, suponiendo que el método es elegido en forma congruente con la concepción del derecho de que se parta.

(i) Si se parte de una posición *normativista*, entonces la ciencia del derecho debería abocarse a la construcción de un lenguaje "bien hecho".

16 No digo que en dichas disciplinas no se apliquen también, en su caso, métodos propiamente dichos. Pero lo cierto es que, aunque estos pueden llegar a tener un sitio en ellas, asimismo juegan allí en alta medida métodos en sentido amplio; en mucha mayor medida que en las ciencias lógico-formales o en las de la naturaleza. Por lo menos, ello se da en el marco de enfoques tradicionales de los cuales aquellas disciplinas están lejos de hallarse libres.

Se trataría entonces de una ciencia del discurso, el principal acento estaría puesto en la elaboración de un lenguaje lo más riguroso posible<sup>17</sup> El jurista podría inspirarse en el instrumental científico suministrado por la lingüística moderna: esto sobre todo en el plano de la sintaxis (incluso lenguajes formalizados) y de la semántica, pero, naturalmente, sin perder de vista la dimensión pragmática. En general, podría tomar ejemplo del lenguaje técnico de ciencias afines.

(ii) Si se parte de puntos de vista como los del *axiologismo*, entonces el acento habría sobre todo que dirigirlo, en cambio, hacia la aprehensión de valores y de su proyección en las circunstancias concretas. Esto nos sumerge en medio del arduo problema filosófico de averiguar cómo se puede llegar a *captar* esos valores. Los iusnaturalistas suelen afiliarse, explícita o implícitamente, a posiciones que corresponden a la tendencia del intuicionismo en axiología. Empero, más allá de lo acertada o no que sea la posición intuicionista en el debate sobre la naturaleza de los valores y valoraciones, una cosa es innegable: que no se conocen criterios *científicos* (propriadamente dichos) para establecer la distinción entre "intuiciones" correctas o incorrectas en materia de valores<sup>18</sup> Salvo que esos valores se tomen como simples datos empíricos, de carácter sociológico o psicológico: por ejemplo, efectuar una inducción a partir de la frecuencia de valoraciones efectivamente realizadas; pero en tal caso estaríamos más bien en el campo de la posición que indicamos a renglón seguido.

(iii) Para el *sociologismo*, se trata simplemente de comprobar realidades empíricas, hechos verificables en el dominio de los fenómenos sociales: conciencia (promedial) de que existen determinadas reglas, acatamiento de criterios que (de hecho) son "vistos" como valores jurídicos, sometimiento de la actuación de los particulares o de los jueces a ciertos patrones de conducta regularmente obedecidos, etc. Si el derecho es eso, o sea, pautas en la medida en que son *efectivamente* reconocidas y acatadas por los individuos, entonces ello puede ser captado, por lo

17 Cfr. Norberto BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho* (edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel), Fernando Torres Editor, Valencia, 1980; *vid. allí* "Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje", p. 173-200, esp. los Nos. 6 ss. (*allí* se encuentra también -p. 183- el paso colocado como epígrafe del presente estudio).

18 En cuanto a la posibilidad de ofrecer un discurso *científico* para los juicios de valor, siguen siendo fundamentales las clásicas puntualizaciones de *Max Weber*, sin perjuicio de que han sido aún más afinadas -precisadas y desarrolladas- por autores contemporáneos pertenecientes a orientaciones analíticas. Para más detalles, cfr. sobre este punto; mi Presentación (p. I-XXXIV) al libro de Jorge Enrique ROMERO PEREZ, *La Sociología del Derecho en Max Weber*, Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, San José, 1980 (2da. ed.); y Enrique P. HABA, *Tratado básico de derechos humanos*, Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1986 (cfr. *allí*, en el vol. I, el § 9, esp. su apartado III).

menos hasta cierto punto, mediante los métodos propios de la sociología empírica o de la psicología social.

Podría decirse, claro está, que estas tres clases de enfoques no son excluyentes. Así es en efecto. No obstante, como ya lo señalamos, conviene no perder de vista sobre cuál de esos aspectos ha de centrarse la atención, sea en general o frente a casos concretos, para poder hacerlo por medio de métodos congruentes o para establecer una jerarquía entre tipos de métodos. Según el aspecto que se considere como *fundamental* en la aplicación del derecho —pues siempre se pone, de hecho, el acento sobre *alguno* de ellos— serán adecuados unos u otros métodos. En una palabra: sin perder de vista eventuales interrelaciones entre distintos planos del conocimiento, conviene saber sobre cuál de ellos queremos apoyarnos en lo fundamental, para darle la primacía a los procedimientos congruentes con él.

#### 1.4. Conclusiones

En definitiva, estamos ante un pluralismo en cuanto a los tipos de métodos eventualmente aplicables en el derecho. Mas ese pluralismo hace necesario, si queremos proceder científicamente, el no confundir entre sí dichos tipos. Lo correcto es aplicar solo o predominantemente métodos de aquel tipo que corresponda al concepto de derecho que estamos presuponiendo.

Métodos *en sentido estricto* tienen cabida principal si nos afiliamos a posiciones del tipo *i* o *iii*. En cada una de estas dos hipótesis, por lo demás, se trataría de métodos de carácter distinto: fundamentalmente lingüísticos unos, fundamentalmente sociológicos los otros. Si se acepta la posición *ii*, en cambio, sobre todo se recurriría a métodos *en sentido amplio*, en el mejor de los casos. Quiere decir que las posiciones *i* y *ii* permiten (o apuntan a) que el derecho se constituya en una ciencia en sentido amplio.

Hay que señalar, sin embargo, que las opciones indicadas se dan de una manera tan disyuntiva solo si las referidas posiciones son sostenidas en forma *congruente*. No siempre es así. Más: ni siquiera lo es en la mayoría de los casos, atento a los desarrollos que solemos encontrar en la doctrina jurídica. En esta predominan puntos de vista que, implícita-

mente, se mueven más bien a medio camino entre las posiciones i y ii. Podría decirse que constituyen algo así como un "normativismo axiologista" o un "axiologismo normativista" para llamarlo de alguna manera.<sup>19</sup> Se entiende que al jurista le corresponde conocer y aplicar normas, pero sólo en tanto en cuanto estas sean "justas" o, por lo menos, que no sean "manifiestamente" injustas. Es claro que sobre presupuestos tan híbridos resulta prácticamente imposible la elaboración de métodos propiamente científicos. De esa manera, al fin de cuentas tales enfoques vienen a ser absorbidos, en buena medida, por la posición ii.

Las tres posiciones que hemos destacado constituyen algo así como "tipos ideales" en el sentido de *Max Weber*. Cuál de esos caminos se toma, y en qué medida se toma, depende de una *elección* que el jurista realiza de alguna manera, en forma consciente o inconsciente. Ella se encuentra determinada, en última instancia, por intereses (prácticos o de conocimiento) e ideologías. La *metodología* del derecho no tiene la palabra más que *a partir* de dicha elección, pero aquella no determina jamás la elección básica misma. Esta no se produce en función de un examen científico, sino que es un asunto de *decisión*, de valoraciones fundamentales.

\* \* \*

Sobre la base de los desarrollos efectuados hasta aquí, ahora estamos en condiciones de abocarnos a contestar dos preguntas. Primero ¿qué métodos se *están* aplicando actualmente en el derecho? Segundo ¿qué métodos *pueden* y *deben* aplicarse en el derecho? La primera pregunta nos remite a un plano de mera descripción: se trata simplemente de señalar lo que ya *es*, analizándolo a la luz de los conceptos que hemos explicado. De esto nos ocuparemos en la parte que sigue (II). La segunda pregunta, en cambio, nos ubica en un plano distinto: el de la *crítica* y el de ciertas postulaciones. A ello nos referiremos un poco más adelante (parte III).

19 Como representativo de esa posición, cfr. por todos: Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. de Marcelino Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona 1980 (2a edición, trad. de la cuarta edición alemana, definitiva).

## II. LA CIENCIA JURIDICA TRADICIONAL

### II.1. El lenguaje jurídico

Aunque tal vez sin formular ese programa de manera muy explícita, la ciencia jurídica tradicional ha encarado su función propia como una labor de carácter fundamentalmente lingüístico, como trabajo de elaboración y manejo de un *lenguaje profesional*<sup>20</sup>. En los ordenamientos donde la ley tiene un rango privilegiado de fuente formal y donde se supone que ella provee el núcleo principal del derecho positivo, la interpretación del lenguaje de las leyes, es decir, las paráfrasis y las "construcciones" asentadas (real o presuntamente) sobre los textos legales, constituyen la actividad por excelencia que se adjudican los científicos del derecho. El lenguaje jurídico aparece constituido, así, por una combinación de textos oficiales y formulaciones doctrinarias, sea que estas emanen de la doctrina propiamente dicha o de la jurisprudencia.

Queremos preguntarnos cómo funciona ese lenguaje, desde el punto de vista de las exigencias metodológicas. Ello exige señalar el *tipo* de "ciencia" que representa el pensamiento jurídico tradicional. Podemos distinguir, en ese sentido, tres planos de tematización progresiva en la conciencia sobre la forma en que el jurista razona dentro del marco de dicho lenguaje.

### II.2. Planos de comprensión<sup>21</sup>.

*Plano primero.*— Se trata de una comprensión no problematizada de los textos jurídicos. Aquí el jurista razona con base en sentidos que son

20 Para ser más preciso: llamo "ciencia jurídica tradicional" a la dogmática del llamado derecho continental tal como este ha ido produciendo su doctrina desde F.C. von Savigny hasta nuestros días. Pero sus caracteres no parecen diferir demasiado, en cuanto al fondo, de la doctrina del *common law* (cfr. David MELLINKOFF, *The Language of the Law*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1963, p. 24 e *in totum*), ni tampoco de la forma en que los juristas encaraban ya su labor en la Edad Media (cfr. Mario SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1969, *in totum*) o aun en el Derecho Romano (cfr. Franz HORAK, *Rationes decidendi* I, Scientia, Aalen, 1969, *in totum*). Siempre se trata de una manipulación especializada, técnica, de cierto lenguaje profesional.

21 Debo la sugerencia sobre la distinción entre tres "modelos de comprensión" (*Verstehensmodelle*), los cuales guardan una correspondencia con los "planos" que indico en el presente numeral, al Prof. Gerhard Stuck, quien la expuso en una sesión (21.4.76) del Seminario de Metodología Jurídica del Prof. Josef Esser, en la Universidad de Tubinga. Por supuesto que a ninguno de los dos profesores alemanes le corresponde responsabilidad alguna en cuanto a la manera en que, por mi parte, enfoco aquí esa temática.

obvios en el lenguaje común, y los capta simplemente por la intuición lingüística que es habitual dentro de la colectividad donde vive. En todo caso, ese lenguaje común puede aparecer "salpicado" por alguno que otro término técnico del derecho. Pero lo característico de este plano es que el jurista, mientras no vaya más allá, no se plantea la cuestión de determinar esquemas de pensamiento *específicos* para su labor profesional. Por lo demás, en dicho plano el razonamiento jurídico permanece ligado a todas las imprecisiones del lenguaje cotidiano<sup>22</sup>.

*Plano segundo.*— Aquí se dan ya intentos más específicos de racionalización del pensamiento jurídico. Esto por medio de "cánones hermenéuticos", es decir, de criterios generales para abordar la interpretación de los textos en el derecho. Aunque cánones fueron manejados desde mucho antes, solo aparecen claramente sistematizados de Savigny en adelante. Este había señalado, como se sabe, que la interpretación de las leyes debe llevarse a cabo teniendo en cuenta cuatro "elementos": el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. Esa enumeración se hizo clásica. Dichos "elementos" aparecen comúnmente, recogidos de una u otra manera, ya sea todos o algunos de ellos, en la dogmática y en la jurisprudencia del derecho continental. Hay también autores que introducen allí ciertas variantes, pero sin alejarse demasiado del sentido general (y de las imprecisiones) que tiene el modelo de Savigny. Por ejemplo, Betti subraya los siguientes criterios hermenéuticos: canon de la autonomía o de la inmanencia, canon de la totalidad y coherencia, canon de la actualidad del entender, canon de la adecuación del entender (correspondencia o consonancia)<sup>23</sup>. Mediante estos cuatro patrones, el jurista se halla, según tal autor, en condiciones de abordar en forma verdaderamente "metódica" la interpretación de las leyes. Sin embargo, la aplicación de aquellos no está libre de dificultades, como más de una vez se ha hecho notar. Ante todo, porque cada uno de los cánones está lejos de no poder ser interpretado, a su vez, de maneras distintas. Y luego porque, aunque no se diera lo anterior, siempre queda pendiente el problema de la jerarquía, saber

22 Sobre la manera en que el lenguaje cotidiano incide en el lenguaje jurídico, cfr. el trabajo mencionado al final de la n. 8, *supra*.

23 Cfr. Emilio BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (trad. de José Luis de los Mozos), Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1975, p. 31 ss. La referencia a cánones, coincidentes o no con los señalados por Betti, aparece también en la obra de otros autores, como por ejemplo: Helmut COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik* (Los métodos jurídicos de interpretación y las enseñanzas de la hermenéutica general), Westdeutscher Verlag, Colonia y Opladen, 1959 (*vid. esp.* los apartados II y III); y Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik* (Metodología Jurídica), 2a. ed. (ampliada), Duncker & Humblot, Berlín, 1976 (*vid. esp.* el No. 33).

a qué canon se le dará preferencia sobre otro(s) en caso de contradicciones entre ellos. Dificultades similares se presentan también, por supuesto, al hacer entrar en juego los "elementos" de Savigny, y en general para criterios análogos (por ejemplo, los "elementos" que indica F. Müller en su libro sobre *Metodología Jurídica*)<sup>24</sup>.

*Plano tercero.*— Más recientemente, el pensamiento de los juristas ha sido analizado como un discurso que corresponde al tipo de razonamientos que aparece aludido bajo rubros como "tópica", "argumentación", "hermenéutica", etc.<sup>25</sup>. El común denominador de todos estos análisis lo constituye una mayor conciencia de la relatividad, es decir, de la flexibilidad y variabilidad que tienen las interpretaciones de los textos del derecho. Se reconoce que dicha interpretación no puede ofrecer la firmeza de las conclusiones que se alcanzan en las ciencias en sentido estricto. Pues el lenguaje jurídico da lugar a un "pesaje" o "balanza" de argumentos, en pro y en contra de las soluciones prácticas propuestas; se mueve en función de auditorios y de los consensos que allí se puedan alcanzar; es solidario de preconcepciones, generales y profesionales; su interpretación se encuentra subordinada a objetivos de justicia y a una apreciación anticipada de los resultados, etc. Todo eso hace que, en definitiva, el razonamiento jurídico sea antes bien un "arte" que una ciencia: cuestión de "prudencia" (*phrónesis*), de "dialéctica" (en sentido aristotélico),

24 Para una crítica más detallada de las ideas de Betti, cfr. mi comentario: "Sur une 'methodologie' de l'interprétation juridique", en *Archives de Philosophie du Droit*, tomo XVIII (1973), p. 371-383; *vid. esp.* p. 379 ss. Sobre Müller, cfr. mi reseña del libro mencionado en la nota anterior, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 26 (1981), p. 460-462; cfr. también, para una crítica más general de la posición de este autor, el No. 43 (p. 186 ss.) de mis "Apuntes sobre el lenguaje jurídico (III): Alternativas para el intérprete", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 39 (setiembre-diciembre 1979), p. 153-258.

25 Cfr. las obras siguientes, lo bastante representativas de dicho género de enfoques: Theodor VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia* (trad. de Luis Díez Picazo), Taurus, Madrid, 1964; Hans Georg GADAMER, *Verdad y método* (trad. de Ana Agust Aparicio y Rafael de Agapito), Ediciones Sígueme, Salamanca, 1977 (*vid. esp.* p. 397 ss.); Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de Luis Díez-Picazo), Editorial Civitas, Madrid, 1979; Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodewahl in der Rechtsfindung* (Precomprensión y elección del método en la obtención judicial de derecho), Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, Francfort, 1972; Michel VILLEY, *Philosophie du droit II. Les moyens du droit*, Précis Dalloz, París, 1979 (se trata de la continuación del *Compendio* indicado *supra*, en la n. 9, y también de ello hay traducción al castellano, publicada en la misma editorial); *vid. además* el libro de MÜLLER señalado en la n. 23, *supra*. Para un cuadro muy ilustrativo, particularmente rico en ejemplos, sobre la manera cómo en la práctica judicial operan criterios de tal índole, cfr. el estudio de Gerhard STRUCK, *Topische Jurisprudenz* (Jurisprudencia tópica), Athenäum, Francfort, 1971.

de intercambio "razonable" de opiniones: no es la aplicación de una "fría" lógica formal<sup>26</sup>.

Los tres planos indicados no se excluyen entre sí. Todos ellos aparecen interrelacionados en la práctica jurídica. El jurista utiliza, en efecto, tanto elementos que corresponden simplemente a una conciencia lingüística vulgar (plano 1), como, asimismo, cánones jurídico-hermenéuticos (plano 2) y términos que representan conceptos técnicos de su profesión. Todo eso lo maneja en el seno de "argumentaciones" (plano 3), las cuales contienen "lugares" (*topoi*) de uso específicamente jurídico, combinados con otros que son de carácter más cotidiano. Pero tal multiplicidad de ingredientes se explica, en definitiva, por el hecho de que el objeto mismo de esa ciencia jurídica no está determinado de una manera nítida (normativismo axiológizante: cfr. *supra* I.4, a la altura de la nota 19)<sup>27</sup>.

### II.3. Conclusiones.

Respecto al estatus científico del pensamiento jurídico tradicional, la descripción que antecede justifica que se extraigan las siguientes conclusiones:

- (i) La ciencia jurídica tradicional implica una concepción heterogénea en cuanto al derecho como objeto; concepción en la cual se entremezclan elementos del lenguaje vulgar, nociones técnico-jurídicas, esquemas normativos y cánones hermenéuticos, objetivos axiológicos y presupuestos ideológicos en general, etc.

26 Respecto a tales puntos de vista, he presentado observaciones críticas en varios trabajos. Sobre la "hermenéutica filosófica" de Gadamer, cfr. mi artículo "Hermeneutik contra Rechtswissenschaft" (Hermenéutica contra ciencia jurídica), en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. LXIV/2 (1978), p. 163-181; *vid.* también mi comentario sobre la obra de ese autor mencionada en la n. 25. *supra*, en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, No. 51 (junio 1982), p. 96-99. Sobre Perelman y su teoría de la "argumentación" o "nouvelle rhétorique", cfr. los dos primeros de los trabajos indicados en el punto I.2. (ii.a), *supra*, esp. los Nos. VIII y sigts. en el primero de ellos; *vid.* también mi comentario sobre la obra de dicho autor mencionada asimismo en la n. 25. *supra*, en *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho*, No. 1 (1980), p. 287-289. Sobre el libro de Esser señalado en la misma nota, cfr. mi comentario titulado "Pré-compréhension et rationalité dans le travail du juge", en *Archives de Philosophie du droit*, t. 20 (1975), p. 385-400. Acerca de Müller, cfr. los trabajos respectivos señalados en n. 24. *supra*.

27 Un enfoque distinto al de los indicados, en especial con referencia a la teoría de la interpretación jurídica, he tratado de esbozarlo en dos trabajos principalmente: *Esquemas Metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, col. Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 9, Universidad de Venezuela/Facultad de Derecho, Caracas, 1972; y "Apuntes sobre el lenguaje jurídico (III)", cit. en la n. 24 *in fine*, *supra*. Cfr. también el capítulo de conclusiones de mi tesis de doctorado parisiense, recogido en *Archivos Latinoamericanos...* (*loc. cit.* en la nota anterior), p. 129-147: "Lenguaje jurídico e interpretación literal".

- (ii) En la medida en que el jurista (tradicional) se sirve de métodos, estos lo son solo (o predominantemente) en sentido amplio y aparecen a menudo subordinados al cuadro de argumentaciones.
- (iii) Todo ello se traduce en un bajo nivel de racionalidad científica, intersubjetividad débil, por:
  - (a) falta de una teoría unitaria para organizar el razonamiento jurídico como sistema global o, al menos, como sistema (propriadamente dicho) dentro de una rama dada;
  - (b) falta de precisión en el contenido mismo de los cánones y en la base para proceder a elegir (jerarquía) entre ellos;
  - (c) intervención de múltiples factores —a través de puntos de vista axiológicos y, en general, debido al papel que aquí juegan las argumentaciones— en donde resalta un alto porcentaje de indeterminación y subjetivismo.

Sin embargo, corresponde puntualizar que el grado de racionalidad o la falta de racionalidad no es uniforme para todo el campo del derecho. Depende de ramas, sectores y casos. Hay secciones en las que el derecho funciona con más intersubjetividad que en otras, o, incluso, tipos de casos (dentro de un sector) que están más o menos intersubjetivamente regulados que otros. De manera que las conclusiones enumeradas deben entenderse como una apreciación de carácter *tendencial*. Acaso apuntan antes bien a las situaciones problemáticas que a los casos más corrientes. En efecto, en las hipótesis más comunes, y aunque sólo fuera por el papel uniformizador que allí cumple la jurisprudencia o la práctica administrativa, las soluciones del derecho no suelen ofrecer dudas. Pero esto no quiere decir que esa falta de dudas repose en criterios propiadamente científicos de contralor a que se halle sometido el razonamiento aplicado.

El nivel *científico* de un razonamiento se mide, precisamente, por las condiciones bajo las cuales es legítimo que se planteen dudas a su respecto y según la forma en que estas son contestadas. En el campo de las ciencias en sentido estricto, lo uno y lo otro es *controlable* por medio de métodos propiadamente dichos. Ahora bien, es desde tal punto de vista, el del *método*, que las soluciones jurídicas tradicionales, más allá de la mayor o menor uniformidad de sus aplicaciones, se revelan como débilmente racionales; no suelen recurrir a métodos en sentido estricto. La actividad tradicional de los juristas constituye, en el mejor de los casos, una ciencia *en sentido amplio*.

Ese resultado lleva de la mano a plantear otra cuestión. En efecto, corresponde preguntar también si es satisfactorio o no es satisfactorio, después de todo, que tengamos una ciencia jurídica de esa naturaleza. ¿Se puede (y se debe) superar ese nivel, o no? La pregunta nos conduce a pasar de lo descriptivo a lo valorativo. En la parte que sigue veremos cómo puede enfocarse tal problemática.

### III) PERSPECTIVAS Y BALANCE

#### III.1. Posiciones axiológicas fundamentales.

En las partes precedentes hemos ofrecido algunos elementos de metateoría del método jurídico, es decir, hemos teorizado *a propósito* de la teoría (ciencia) que se está aplicando en el derecho. Ahora pasamos a examinar propuestas para construir esa teoría *en sí misma*: teoría (método) como *herramienta* en la praxis, y no simplemente como conocimiento de una praxis (de inspiración y presentación teóricas) ya dada. Al decir que se trata de una "herramienta", estamos subrayando que el método jurídico, propuesto o aceptado, se concibe como un *medio* al servicio de determinados fines. Cuál haya de ser este medio, depende de los fines de que partamos. Esos fines no son otra cosa, en última instancia, que posiciones valorativas. Ciertas valoraciones fundamentales a que el jurista adhiera, determinarán las soluciones que él *prefiere* en materia de métodos para el derecho. Señalaremos dos grandes tipos (A y B) de posiciones valorativas básicas, para después indicar qué clase de métodos conduce cada una de ellas a proponer como ideal en el derecho.

*Posición A.*— Es una tendencia de signo tradicionalista, conformista. Nos referimos a los puntos de vista de autores que no piensan en introducirle cambios sustanciales al tipo de pensamiento que suele cultivarse en el derecho. Dicha tendencia contiene dos aspectos. Por un lado, ella se apoya en una *valoración* básica: esos autores están *conformes*, en el fondo, con la manera en que se ha dado y se da el razonamiento de los juristas. Por el otro, se trata de un *pronóstico* concerniente al plano de lo fáctico: la convicción de que, sea como sea, en los hechos resulta *imposible* que la práctica jurídica se conforme a métodos en sentido estricto.

*Posición B.*— Esta constituye una tendencia esencialmente crítica, antitradicional. También en ella se manifiestan los dos aspectos a que se refiere la Posición A, pero ahora con signo contrario. La valoración básica consiste, pues, en una *disconformidad* frente a los métodos jurídicos tradicionales. Y en cuanto al pronóstico, se considera que más tarde o

más temprano, en mayor o menor medida, será posible ir superando dichos procedimientos, incorporar en forma progresiva métodos científicos *propriamente dichos* a la técnica jurídica.

Según cuál de estas dos posiciones se adopte, así será el tipo de labor asignado como ideal para la ciencia del derecho, a saber:

*Posición A.*— En el marco de esta tendencia, ha de tratarse fundamentalmente de cobrar una conciencia agudizada de lo que ya vienen haciendo los juristas. Este trabajo cabe tal vez perfeccionarlo, hasta cierto punto, pero ello simplemente por medio de una mejor ejecución de esos *mismos* métodos. Tal cosa puede lograrse sacando más a la luz la naturaleza, los caracteres propios de dichos procedimientos, los tradicionales. De esa manera el pensamiento de los juristas adquiere una mayor "transparencia", se hace más "honesto", tematiza mejor sus propios presupuestos y su alcance, consigue ser llevado a efecto en forma más clara y consecuente. La tópic, la hermenéutica, la teoría de la argumentación, etc., proporcionan los fundamentos teóricos que en la moderna teoría fundamental y filosofía del derecho suelen invocarse en apoyo de tales programas de acción.

*Posición B.*— Los autores de estas tendencias, en cambio, pugnan por la aplicación de *nuevos* métodos en el derecho. Consideran que puede ser bueno buscar inspiración en los de ciencias en sentido estricto, en disciplinas afines más avanzadas: logística, lingüística, sociología empírica, etc.

### III.2. Ciencia jurídica en dos niveles.

La actual ciencia del derecho parece confinada a un callejón sin salida, por más que la doctrina corriente no ha cobrado mucha conciencia de ello. Pero corresponde distinguir dos niveles de "ciencia jurídica".

*Primer nivel.*— En nivel de lenguaje-objeto, ciencia jurídica es el razonamiento *mismo* de los juristas prácticos y de lo que suele llamarse la dogmática. Se trata de los razonamientos que de hecho se aplican para solucionar los problemas en el área de esa actividad profesional específica que se subsume bajo el término "derecho".

*Segundo nivel.*— En niveles de metalenguaje, en cambio, ciencia jurídica es la reflexión *sobre* dicha actividad; esto es, el análisis concep-

tual de esta (o de proyectos para ella), desde un plano que está más allá. Es el campo de la filosofía jurídica, y también de la teoría general del derecho (*Rechtstheorie*) o investigación de fundamentos (*Grundlagenforschung*). El presente estudio, por ejemplo, se sitúa en este segundo nivel.

El "callejón sin salida" en el primer nivel, el de la teoría jurídica misma, existe por el simple hecho, sin ir más lejos, de que los juristas prácticos y la dogmática no suelen tematizar el tipo de "ciencia" que llevan adelante. Permanecen en el plano de una especie de "conceptualismo ingenuo" acerca de la naturaleza, los medios y los fines de su labor.

En cuanto al segundo nivel, el de la metateoría de la teoría jurídica, el "callejón sin salida" se revela en el hecho de que los análisis efectuados desembocan en programas de acción que al fin de cuentas dejan las cosas como están. Es ese el caso, obviamente, de lo que hemos llamado la Posición A. Pero tampoco la Posición B ha conseguido, hasta el momento, brindar métodos capaces de sustituir, con ventaja práctica, los procedimientos tradicionales; es más, dentro de dicha posición predominan hoy por hoy análisis formalistas, como los de la llamada lógica deóntica, que sirven únicamente para desviar la atención de los problemas esenciales que tiene que abordar el quehacer de los juristas<sup>28</sup>. Perdida entre Escila y Caribdis, la ciencia del derecho tiene dificultad en encontrar una salida que le permita superar no menos el conformismo de la tópica/hermenéutica que la vacua jeroglificación emprendida por la lógica deóntica.

Es cierto que, en el segundo nivel, autores de enfoques afines a la filosofía analítica (*Hart, Ross, Bobbio, Dworkin*, etc.) han presentado buenos análisis sobre el contenido semántico de términos claves del lenguaje jurídico; y también hay, por otro lado, valiosos estudios de sociología jurídica. Estos dos caminos se han revelado bastante fructíferos desde el punto de vista *analítico*. Sin embargo, justo es reconocer que tampoco ellos han logrado brindar medios realmente eficaces para renovar de un modo general la ciencia jurídica del primer nivel, es decir, la propia práctica profesional del derecho.

Frente a esa impotencia, parecería que, al fin de cuentas, resulta justificado el pesimismo que la Posición A subraya en cuanto a las posibilidades

28 Para la crítica de la lógica deóntica, y en general de la utilización de fórmulas por el estilo en la teoría jurídica, cfr. mi "Apuntes sobre el lenguaje jurídico (II): El problema de la precisión", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 38 (mayo-agosto 1979), p. 225-317 (esp. el No. 20); *vid.* también, en el mismo número de dicha *Revista*, p. 384-386, mi comentario sobre los estudios de Georges KALINOWSKI reunidos bajo el título *Lógica de las normas y lógica deóntica. Posibilidad y relaciones* (trad. de Roque Carrión Wam), Valencia (Venezuela), 1978.

fácticas de llegar a sustituir los métodos tradicionales. Ahora bien, si es o no es posible efectuar dicha sustitución, y cómo es posible o en qué medida es posible: todo eso no se resuelve en el plano de una discusión de índole general, sino que se resuelve, en un sentido u otro, sobre el terreno de la práctica misma, o sea, presentando (si caben) procedimientos nuevos. Que ello pueda llegar a lograrse o no, es una cuestión cuya respuesta queda abierta al futuro. No hay por qué suponer desde ya que será imposible. Del mismo modo que tampoco se puede dar por descontado que sí ha de conseguirse. El porvenir dirá. Mientras tanto, no se ve razón alguna por la cual a quienes se consideren en condiciones de contribuir a la elaboración de esos nuevos métodos, se les diga que no vale la pena intentarlo. Cualquier aporismo, en favor o en contra de investigaciones de esa índole, es gratuito. Habrá que juzgar, en cada caso, por los resultados; eso es todo.

De cualquier manera, para la elevación del quehacer jurídico de primer nivel a la condición de una ciencia *en sentido estricto*, existe, más allá de las dificultades de orden propiamente técnico (descubrimiento de *métodos* adecuados), otra dificultad que acaso es todavía mucho más difícil de superar. En efecto, no hay que perder de vista que el derecho no es simplemente una "técnica" ni un objeto de mero conocimiento. El derecho constituye, por excelencia, un factor que juega papel activo en la dinámica de las fuerzas sociales. Es el resultado de intereses; y reacciona, a su vez, sobre la manera en que estos o aquellos intereses son llevados a la práctica<sup>29</sup>. Por ello, porque las soluciones jurídicas responden a cambiantes constelaciones de intereses, y también porque todo derecho es tributario de "ideologías", que pueden ser más o menos contradictorias (en sí y entre sí), parece difícil que los protagonistas de dicha actividad logren jamás alcanzar a ceñir su razonamiento a criterios tan firmes como los de las ciencias propiamente dichas<sup>30</sup>. Esto es:

29 Así interpretada, me parece iluminadora la conclusión de que "el Derecho es una estructura social real, fácticamente existente, que sintetiza en un todo concreto una estructura de poder y una de significación normativa, momentos abstractos de la estructura total. La estructura de significación normativa se ha revelado como una esfera de sentidos fácticamente dados, e inseparables realmente de las realidades cuyo sentido constituyen" (Julio Luis MORENO, *Los Supuestos Filosóficos de la Ciencia Jurídica*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1963, p. 173).

30 Intereses e ideologías confluyen en todos los momentos de la vida del derecho, desde el origen y contenido de las normas jurídicas generales (por ejemplo, en la legislación) hasta la manera en que estas se aplican por parte de las autoridades (Administración, jueces, etc.). Con referencia especial a la problemática de los derechos humanos, he abordado con más detención ese punto en algunos otros trabajos: "Interpretación judicial, política y derechos humanos", en *Enciclopedia Jurídica Orbea*, Apéndice-tomo V, p. 434-442, Driskill, Buenos Aires, 1987; "Doctrina ideal y doctrina real de la seguridad nacional", en *Memoria del Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos*, vol. IV, p. 153-203, Imprenta Nacional, San José de Costa Rica, 1984; "Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologies", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 29, p. 323-339, Sirey, Paris, 1984; *Tratado básico de derechos humanos (op. cit. en la n. 18, supra)*, esp. §§ 9 (apartado I) y 18, y *passim*.

a criterios que no puedan, llegado el caso, ser *flexionados* en homenaje a ideas de "justicia", etc. A nadie se le ocurriría, en cambio, "flexionar" un principio matemático o la formulación de una ley de la naturaleza, por razones de tal índole <sup>31</sup>.

Sea como sea, si la ciencia jurídica puede librarse, en cierta medida, de tales factores ideológicos, mucho más viable es que lo logre en el segundo nivel que en el primero. Una ciencia jurídica en sentido estricto tiene más cabida en la metateoría del derecho que en el razonamiento de los juristas prácticos. Ahora que esa metateoría puede ser, a su vez, más iluminadora o menos iluminadora, en función de los intereses de conocimiento perseguidos. La lógica deóntica, por ejemplo, suministra una ilustración bastante patente acerca de una metateoría del derecho que, a pesar de poder llegar ciertamente a constituir una ciencia en sentido estricto, sin embargo, por su carácter escapista y en general por su superfluidad, no puede ofrecer mayor interés para quien quiera conocer cómo piensan *realmente* los juristas y por qué lo hacen así. Estos problemas han sido abordados, en cambio, de una manera mucho más directa y fecunda por parte de estudios de semántica y sociología jurídicas <sup>32</sup>.

### III.3. Conclusiones generales.

- (i) Frente al objeto-derecho cabe la posibilidad de un *pluralismo* de métodos, según cómo sea concebido ese objeto y según el tipo de ciencia al cual se desee someterlo.

31 ... Aunque, a decir verdad, puede que ni siquiera esto último sea tan así! Como supo advertirlo HOBBS, "la causa de que la doctrina de lo justo y de lo injusto sea objeto de perpetua disputa, por parte de la pluma y de la espada, mientras que la teoría de las líneas y de las figuras no lo es, (es) porque en tal caso los hombres no consideran la verdad como algo que interfiera con las ambiciones, el provecho o las apetencias de nadie. En efecto, no dudo de que si hubiera sido una cosa contraria al derecho de dominio de alguien, o al interés de los hombres que tienen ese dominio, el principio según el cual los *tres ángulos de un triángulo equivalen a dos ángulos de un cuadrado*, esta doctrina hubiera sido si no disputada, por lo menos suprimida, quemándose todos los libros de Geometría, en cuanto ello hubiera sido posible al interesado" (*Leviatán*, cap. XI *in fine*; trad. de Manuel Sánchez Sarto, publicada por el Fondo de Cultura Económica, México, y por Editorial Universitaria de la Universidad de Puerto Rico). En cuestiones como aquellas, "no hay nada que no se pueda discutir, porque compara a los hombres y trata de sus derechos y beneficios; de forma que tantas veces como esté la razón en contra de un hombre, otras tantas estará el hombre contra la razón" (HOBBS, *Elementos de Derecho Natural y Político*, Epístola Dedicatoria *in limine*; trad. de Dalmacio Negro Pavón, publicada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979).

32 Cfr., p. ej., los estudios indicados en la n. 1, *supra*.

- (ii) Si se quiere que las disciplinas jurídicas sean "ciencia" en el sentido más exigente posible, entonces hay que empezar por cobrar conciencia de las alternativas metodológicas. A partir de ello, habría que *elegir* métodos en sentido estricto y, claro está, congruentes con las finalidades sociales perseguidas.
- (iii) Puesto que el discurso jurídico se da (todavía) en el marco fundamental del lenguaje común, la *semántica* y la *sociología empírica* son las ciencias más cercanas en las que podría inspirarse una fructífera metateoría del razonamiento jurídico (ciencia jurídica de 2do. nivel).
- (iv) A partir de esa metateoría podrían también, eventualmente, desprenderse criterios que sirvan de base en la teoría jurídica misma (ciencia jurídica de 1er. nivel), para la *construcción e interpretación* del lenguaje del derecho.
- (v) La metateoría que describe (y justifica) a la ciencia jurídica tradicional como técnica de *argumentación*, puede servir para llamar la atención sobre figuras típicas del razonamiento jurídico corriente.
- (vi) Pero ese recurso a la teoría de la argumentación podría, incluso, tener lugar con un objetivo menos conformista que, por ejemplo, el de los partidarios de la tónica o de la hermenéutica. Esos argumentos se podrían examinar no ya con el objeto simplemente de reconocerlos, sino, antes bien, para tratar de *superarlos* —eliminándolos o perfeccionándolos— en la medida en que aquellos sean poco intersubjetivos; o al menos para tener en cuenta el grado en que pueden afectar la intersubjetividad del discurso de los juristas, esto es, para no llamarse a engaño sobre la precisión del lenguaje jurídico.
- (vii) De todos modos, una clara conciencia de los requisitos que exige la elaboración y el manejo del discurso científico en sentido estricto, ha de servir siempre como fermento *crítico* para poner más de manifiesto las insuficiencias de los métodos tradicionales —condición básica para tratar de superarlos en la medida de lo posible—.
- (viii) *En definitiva.*— El pensamiento jurídico actual puede ser considerado, en el mejor de los casos, como ciencia en sentido amplio. Para que sea ciencia en sentido estricto, debería estar sometido a métodos científicos propiamente dichos (intersubjetividad fuerte), lo cual por lo general no sucede. La ciencia jurídica de segundo nivel trata,

en mayor grado, de aplicar métodos de dicha clase; pero hasta el momento no ha logrado, salvo en escasa medida, establecerlos también para la ciencia jurídica de primer nivel, es decir, para el razonamiento mismo del jurista práctico y de la dogmática del derecho. En qué medida se logrará ello en el futuro, es una pregunta que sigue abierta. Pero la circunstancia de que el derecho es también fuerza social e ideología, hace que difícilmente se pueda llegar a una tecnificación general de su lenguaje que alcance el nivel de las ciencias en sentido propio.

### POSTSCRIPTUM (1988)

Del estudio aquí presentado podrían tal vez desprenderse, aunque más bien implícita que explícitamente, dos ideas que prefiero no suscribir. Ante todo, da la impresión de subyacerle cierto *fideísmo cientista*: un optimismo exagerado acerca de los alcances generales que en lo cognoscitivo y hasta en lo práctico pueda haberles, también para solucionar las cuestiones sociales, a lo que llamé (I.2) ciencias "en sentido estricto". Y luego, en lo que particular relación dice con el derecho, se insinúa (III.3. viii) que, si bien en la actualidad su discurso de primer nivel es apenas una ciencia "en sentido amplio", empero sería *técnicamente* viable, aunque políticamente poco factible, hacer de él una ciencia en sentido *estricto*. Ambas ideas guardan alguna afinidad —y es esto lo que me alarma— con mitos tecnocráticos muy difundidos en nuestros días. Pienso que esos puntos merecerían ser objeto de aclaraciones complementarias, pero reservaré para otra oportunidad su discusión. Me limito ahora a formular la advertencia de que las Conclusiones Generales (III.3) de este artículo corresponde entenderlas con las dos precisiones siguientes.

1. No solo si se tiene en cuenta la presión que sobre el derecho ejercen los factores político-ideológicos y múltiples intereses en conflicto, sino inclusive por motivos de orden *teorético* (su objeto específico de conocimiento: regulación de contradicciones sociales), hay que llegar a la conclusión de que el discurso jurídico de primer nivel NO podría actualmente, dadas las limitaciones de que continúan adoleciendo los estudios respecto a la dinámica social, ser conformado de acuerdo con el rigor propio de las ciencias en sentido **ESTRICTO** —objetivo que persiguen, no obstante, los aficionados a la lógica deóntica, y en general los

autores inclinados a construir modelos cientificistas de razonamiento jurídico—.

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

En síntesis: a) no se vislumbra la posibilidad técnica de que el discurso jurídico de primer nivel pueda ser elaborado ajustándose a unos requisitos como los de las ciencias en sentido *estricto*; b) cabría, en cambio, la posibilidad técnica de mejorarlo sustancialmente como ciencia en sentido *amplio*, siempre y cuando los juristas aceptaran aprovecharse de conocimientos alcanzados en otras ciencias sociales (sobre todo, no ignorar ciertos aspectos de las disciplinas semánticas y de la sociología); c) pero tanto por la formación tradicional (normativismo) de los profesionales del derecho, como así también porque la realidad de este se halla sometida a juegos de intereses que son *extracientíficos*, tampoco la posibilidad *b* tiene buenas posibilidades de pasar a la práctica, pues ello exigiría una transformación *a fondo* de la enseñanza y en el discurso habitual del derecho —cosa que sus protagonistas principales (juristas, políticos, burócratas, etc.) no desean realmente—.