

KIRCHMANN SABIA MENOS... ¡PERO VIO MEJOR! (Sobre la vigencia de un viejo diagnóstico, y algunas alusiones a la actual Teoría del Derecho) (1)

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

CASTILLA DEL PINO

ENRIQUE P. HABA

1 El presente trabajo nos lo envió de San José (Costa Rica) nuestro dilecto amigo el profesor ENRIQUE P. HABA, con ocasión del **Primer encuentro de profesores de 'Introducción al Derecho'**, que se desarrolló el día 21 de noviembre de 1991, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Y como era de esperar, el tema central fue sobre la Ciencia del Derecho, teniendo como punto de partida la famosa conferencia de J.H. von KIRCHMANN "El carácter a-científico de la Ciencia del Derecho". Los expositores fueron los colegas PEDRO GAMBO AITA, VICTOR GARCIA TOMA, HUMBERTO PONCE ALBERTI y el autor de estas líneas. La idea era de que todo el material puesto sobre la mesa se publique oportunamente en forma de libro, con el título genérico de *La Ciencia del Derecho*. Empero, motivos que escapan a nuestra voluntad impidieron que se cristalizara tal empresa. No obstante ello, los trabajos de KIRCHMANN, de ENRIQUE P. HABA, y de FRANÇOIS OTS, todos ellos de alta calidad académica, no podían quedar en el olvido. Aún más, la actualidad de los mismos sigue vigente. De ahí que ahora ven la estampa en *Ius et Praxis*, gracias a la generosidad y apoyo de ENRIQUE P. HABA quien, por lo demás, es una autoridad de prestigio en la materia. El ensayo de KIRCHMANN se publicará en el No. 24 de *Ius et Praxis*.

JOSE F. PALOMINO MANCHEGO

Mis amigos, los profesores Domingo García Belaunde y José F. Palomino Manchego, han tenido la amabilidad de sugerirme que prologue este volumen, donde se reúnen trabajos de colegas peruanos del curso "Introducción al Derecho", que comentan el clásico estudio (¿o panfleto?) de J. v. Kirchmann sobre el carácter *no-científico* de la ciencia jurídica. Me agrada sobremanera tener a mi disposición tal oportunidad, en primer término, porque me permite felicitar a los autores de esos trabajos por reivindicar el interés que sigue teniendo dicho estudio dada la atención que han considerado oportuno dedicarle. Quiero saludar, en ese interés, otro más profundo, el cual, lamentablemente, me parece quedar bastante relegado en las orientaciones metodológicas que predominan en la actual investigación Básica del Derecho: la preocupación por examinar en forma realmente *crítica* el quehacer de los juristas profesionales y los vicios intelectuales de su dogmática.

El gran mérito de Kirchmann reside, sin perjuicio de las innegables limitaciones de que asimismo adolece su examen, en no haber vacilado en poner "al rojo vivo" estos asuntos. Los trabajos que aquí se presentan sirven para reexaminar tales cuestiones. Estaría demás abocarme, por mi parte, a resumir de antemano lo que en ellos se dice. Más allá de que, en lo personal, yo pueda o no estar de acuerdo con unos u otros aspectos de esos comentarios, todo el interés que ellos tienen lo apreciará el lector por sí mismo, seguramente. Y ya que se me brinda este espacio, lo aprovecharé para añadir unas reflexiones por mi cuenta. Ellas quieren ofrecer algunas consideraciones más para reafirmar, justamente, ese valor que, a mi juicio, siguen teniendo las observaciones que efectuara Kirchmann. Inclusive, hasta pudiera ser que hoy lo tengan en grado todavía mayor que en su propia época.

También para la reflexión sobre el derecho es provechoso tener presente lo dicho al respecto por autores que se hicieron clásicos (cuando la atención prestada a ellos no responde a un mero ejercicio de erudición, o al gusto por las acrobacias interpretativas). Pienso que tal es el caso, justamente, del célebre opúsculo de J. v. Kirchmann sobre la ciencia jurídica²). Acudiendo a una socorrida imagen -acaso

2 Julius von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, 1848 (conferencia pronunciada en la Juristische Gesellschaft zu Berlin [Sociedad Jurídica de Berlin] en 1847); reedición por la Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1969. Hay dos versiones en castellano: "El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho", trad. por Werner Goldschmidt, en el volumen *La Ciencia del Derecho* (con textos de Savigny, Kirchmann, Zitelmann y Kantorowicz), Losada, Buenos Aires, 1949; y *La Jurisprudencia no es ciencia*, trad. de Antonio Truyol y Serra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951. Me he guiado por el original en alemán; más no será necesario ir efectuando citas ni indicación de páginas, pues las ideas de Kirchmann a que haré referencia son suficientemente conocidas.

demasiado simple, pero capaz de orientar enseguida hacia lo que se me antoja esencial en este asunto- yo diría que Kirchmann logró percibir el bosque, aun estando despistado en cuanto a ciertos árboles. Me parece que las líneas de estudio que, hoy por hoy, predominan en la Investigación Básica del Derecho, en cambio, operan más bien a la inversa: se concentran en algunos posibles árboles o arbustos del discurso jurídico, o especialmente en ciertos ramajes u hojas de ellos, y a partir de eso hipostasian como derecho un bosque ilusorio.

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

I

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

Uno de los dos, netamente mayoritario, es el de los autores que, sean cuales fueren sus diferencias de enfoque y de temas, están de acuerdo en aceptar que el derecho, tal y como lo conocemos, es básicamente un orden de pensamientos aceptable. Consideran, asimismo, que sus locutores profesionales lo ponen en

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

práctica sujetándose, en general, a unas pautas que son verdaderamente racionales o razonables. Pero dentro de esta corriente puede distinguirse entre dos tendencias. Unos consideran que esa aceptabilidad lo es desde ya, en forma plena o poco menos; y algunos de ellos hasta llegan a proponer la forma de razonar de los juristas como el modelo más eminente de razonabilidad. Otros, en cambio, se encuentran algo menos conformes con el nivel habitual del pensamiento jurídico; entonces proponen mejorarlo (!y creen que tal cosa es realmente posible!) mediante la incorporación de tales o cuales conocimientos científicos, especialmente de algunos que se promueven con base en modernos estudios de epistemología del discurso científico. Las dos tendencias coinciden, como se ve, en el punto central: su confianza en las posibilidades intelectuales del discurso jurídico y en el *ethos* científico de sus locutores especializados, sea o no que esa confianza la consideren como más o menos merecida ya en la actualidad. Se trata, pues, de una orientación esencialmente *a-crítica*. Ella se muestra básicamente optimista respecto a las virtudes de dicho discurso y de sus protagonistas profesionales.

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

En la primera de esas dos orientaciones se dan hoy la mano, curiosamente, los "irracionalistas" -vale decir, quienes elogian el carácter *no-científico* del derecho: tópica, hermenéutica, "nouvelle rhétorique", etc.- y aquellos otros, los "cientificistas", que creen en la posibilidad de hacer adoptar a los juristas unos modelos de razonamiento científico-rationales: iusmetodólogos que presentan fórmulas de lo "racional" o lo "razonable", estudios de lógica deóntica y, en general, las tendencias tecnocráticas, exámenes estructuralistas, etc. Pero ambos coinciden, aunque por caminos distintos, en extenderle la oportuna carta de confianza al discurso de los juristas.

Se diría que la otra gran orientación no cuenta con muchos adeptos, a juzgar por lo que se publica en las revistas especializadas de la materia: se limita a algunas tendencias críticas en la semiótica (muy minoritarias dentro de ésta: Luis A. Warat, Domenico Carzo, Peter Goodrich, etc.), ciertos estudios de sociología jurídica,

etcétera⁴). No, desde luego, para tendencias conformistas, pero sí para esta segunda orientación, la de tipo crítico, pienso que el escrito de Kirchmann puede significar todavía, heurísticamente, una valiosa fuente de inspiración⁵).

No pretendo afirmar, claro está, que absolutamente todo lo que Kirchmann dijo sea aceptable sin más. Tampoco, que aquello en que acierta -que es lo principal- no se pueda en la actualidad, y tal vez hasta en su propio tiempo, exponerlo con mayores finezas intelectuales y, en general, con base en un edificio teórico mucho más aceptable que el de los presupuestos (precomprensiones) epistemológicos en que se basaba el propio Kirchmann. Así, me parece poco defendible el papel de ordenación social que nos propone para eso que él llama "derecho natural" (es lo que luego se ha conocido, y discutido, bajo una denominación que se presta menos a confusiones: la cuestión del "sentimiento jurídico", *Rechtsgefühl*). Y tampoco es muy acertada la idea que él se hacía acerca de los saberes científicos sobre las leyes de la naturaleza. Todo esto responde a unos puntos de vista bastante ingenuos, de su parte, si tenemos en cuenta conocimientos que nos aportan, respectivamente, la sociología jurídica y la epistemología de las ciencias. Hasta cabe pensar que su frase más citada, "tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura", probablemente no representa lo más perspicaz de sus

- 4 Sobre las mencionadas orientaciones, cf.: Enrique P. Haba, *Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?* (este estudio se publicó en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nos. 7 [p. 169-247] y 8 [p. 241-270], Universidad de Alicante, 1990; una versión corregida y algo ampliada apareció luego en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nos. 66 [mayo-agosto 1990, p. 67-134] y 67 [septiembre-diciembre 1990, p. 169-244], Universidad de Costa Rica-Facultad de Derecho/Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1991); *vid. allí* el Epílogo, esp. desde el texto ubicado a la altura de la nota (d) en adelante. [El presente artículo viene a ser un agregado a dicho estudio, o sea que podría ser incluido como otro numeral del *Apéndice crítico* que trae éste. Cf. también mi examen sobre qué es "ciencia" jurídica, *cit. infra*, n. 14; *vid. esp.*, de él, las Conclusiones generales y el Epílogo]. Para un comentario más amplio sobre la posición conservadora, esp. en cuanto al Tipo I de los señalados en el susodicho estudio, cf. además mi artículo "Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?" (*¿Racionalidad de las autoridades o autoridad de la racionalidad?*), en *Rechtstheorie*, vol. 8 (Cuaderno 2), p. 145-163, Duncker & Humblot, Berlín, 1977; allí critico un punto de vista que recoge fundamentalmente ideas de Viehweg y Perelman, pero no llegué a examinar lo que dice el autor que es, hoy por hoy, el representante más publicitado (no digo el mejor informado, y mucho menos el más agudo) de dicho tipo, Ronald Dworkin.
- 5 En realidad, las críticas de que han sido objeto los juristas son mucho más numerosas que las apuntadas por Kirchmann. Para una breve, pero muy ilustrativa visión panorámica al respecto, se puede cf.: Erik Wolf, *El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho*, trad. de Eduardo A. Vásquez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962 (la conferencia original, en alemán, fue pronunciada en 1952 y publicada en 1953), esp. su apartado II. Pero nosotros, aquí, nos detendremos sólo en lo que subrayó Kirchmann, señaladamente lo relativo a fallos respecto al carácter científico en el discurso de los juristas.

planteamientos⁶). Sin embargo, más allá de las limitaciones de su enfoque, lo que Kirchmann vio muy bien es algo que, no menos hoy que ayer, sigue siendo una condición clave para buena parte del discurso jurídico: ¡su carácter esencialmente *retórico*! (7). Es ESA la razón por la cual Kirchmann lo califica de *no-científico*. En efecto, bien puede decirse que mucho, por no decir que todo, en el discurso normal de los juristas responde a un tipo de pensamiento que es extra -(y a veces hasta es anti-) científico, *si* por "científico" entendemos un discurso que esté a la altura de las *exigencias* que permitirían configurarlo con el rigor *posible* para aprehender, por su intermedio, el eje de las cuestiones. Lamo "posible", ahí, a aquello que efectivamente lo sea en función de los conocimientos *ya* alcanzados por las ciencias en el momento histórico de que se trate.

No importa demasiado, desde tal perspectiva, que los conocimientos de Kirchmann mismo sobre la naturaleza de las ciencias eran más bien inocentes. Lo interesante es que no fue cándida, ni mucho menos, la manera en que él, a diferencia de la doctrina común del derecho y también de las teorías que sustentan sus más afamados metodólogos actuales, supo percibir lo que el discurso jurídico profesional es *en realidad*. Las puntualizaciones de Kirchmann, desde *tal* punto de vista, no están "superadas". Más aún, cabe decir que hoy son más pertinentes que nunca. Nuestro jurista común continúa siendo tan *acientífico* como el de los tiempos de Kirchmann, como lo fue desde muchos siglos antes, como habría de seguir siéndolo después. Pero es en la actualidad cuando la parte más pretenciosa, y también la más

6 Cf. *infra* la n. 11.

7 El término *retórica* lo tomaré de acuerdo con el sentido que tiene desde Platón: "... un medio de persuasión que permita aparecer ante los ignorantes como más sabio que los realmente sabios... es el retrato de una parte de la política... es, en lo concerniente al alma, lo que la culinaria es en lo referente al cuerpo" (*Gorgias*, trad. de Francisco García Yagüe, en: Platón *Obras completas*, p. 351-412, Aguilar, Madrid, 1979; los pasajes transcritos pertenecen a las p. 365, 368 y 369). Así entendida, la palabra "retórica" recibe el significado que se le da cuando es usada en el sentido, esencialmente, de *erística*: "Art des discussions logiques subtiles; se prend surtout en mauvaise part, comme art des raisonnements spécieux et des arguments sophistiques" (André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, voz "Eristique"). En tal sentido, puede decirse que la retórica jurídica "n'est plus alors envisagée comme une science (même du contingent) mais comme un usage détourné du langage, usage ornemental et figuré qui, par implication, verse du côté du pompeux, du spécieux, du faux" (Peter Goodrich, "Rhétorique juridique", en *Dictionnaire d'Equiltes. Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, L.G.D.J. y E. Story-Scientia, Paris y Bruselas, 1988, p. 355). Pero ese término tiene también otros sentidos, no peyorativos, de los cuales en la Teoría del Derecho ha cobrado relevancia sobre todo el utilizado por Perelman al hablar de una "nouvelle rhétorique" para caracterizar la naturaleza argumentativa del discurso jurídico (sobre esos otros sentidos, cf. el artículo de Goodrich). *Vid.* también la n. 7 *in fine, infra*.

vocinglera, de la Teoría del Derecho se ha volcado a reivindicar, con nuevos argumentos, valiéndose de unos análisis tanto más sofisticados cuanto menos realistas, la *racionalidad* (o razonabilidad) y el estatus inmanentemente *científico* de los razonamientos que efectúa -o, se piensa, podría efectuar- la dogmática jurídica. Por caminos que van desde los esperantos de la lógica deóntica a los meandros superficiales de que se ocupa Dworkin, pasando por los etiquetados de la semántica estructural (cf. la "syntaxis actancial" de Eric Landowski) y una buena variedad de delirios constructivistas -inspirándose (!mal!) en ideas de Wittgenstein, Kuhn, etc. - que dictámenes como el de Kirchmann están despistados, sólo porque él incurrió en alguna confusión respecto a qué pueda ser "ciencia".

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

* * *

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

Principalmente en la segunda mitad de nuestro siglo, tendencias innovadoras en materia de epistemología del discurso científico (Hanson, Polanyi, Kuhn, Toulmin, Lakatos, Feyerabend, etc.) han puesto en evidencia que los conocimientos de la ciencia, hasta en las de la naturaleza -sin excluir, en especial aquél que muchos tienen como paradigmático respecto a todas ellas: la física- son menos firmes de lo que, en general, se había venido dando por admitido cual si fuera una verdad obvia,

como algo simplemente consabido. Lo cierto es que, también en ese campo, no sólo ocurre que los conocimientos científicamente acreditados están sujetos a cambios históricos, sino que la justificación de esos cambios se basa en argumentaciones que son discutibles y discutidas. Se ha recalcado, sobre todo, que no hay ningún criterio definitivo para arbitrar en forma indubitable entre distintas teorías científicas fundamentales que se mantengan en conflicto. No existen, para mediar entre ellas, para decidir sobre la corrección de teorías sostenidas por hombres de ciencia, unos hechos "crudos", sino que todos los hechos científicamente admitidos lo son, en cuanto tales, sólo a la luz de muchos presupuestos teóricos. La preferencia por unas u otras teorías científicas -en función de las cuales, a su vez, resulta qué datos sean los admitidos como "hechos" científicamente relevantes- depende también de condiciones que, en sí mismas, son extra- o supra-científicas. Y estas varían en función de circunstancias respecto a cuya apreciación los hombres de ciencia pueden discrepar. Los "hechos" científicos admiten ser interpretados, científicamente, de distintas maneras, llegado el caso. Tampoco ellos son tan "firmes" como suele pensarse. No tienen, pues, esa inmovible certeza que Kirchmann daba por supuesta en el conocimiento científico al respecto.

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

En la actual epistemología de las ciencias no pueden ser pasados por alto esos dos órdenes de consideraciones, la relativización introducida en la seguridad de los conocimientos científicos por: (a) la falta de un punto arquimédico, absoluto, suprahistórico, para optar entre ciertos paradigmas científicos fundamentales; y, de

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

Las dos clases de razones reseñadas apuntan, contra lo que afirma Kirchmann, a resaltar la dignidad del discurso jurídico profesional como *ciencia*. Claro que lo interesante, ahí, no es discutir si esta palabra se puede, o no, utilizarla en forma lingüísticamente correcta para calificar a ese discurso (admito que sí se puede), sino aclarar *qué* es lo que se quiere decir por medio de ella en tal caso. Cuando Kirchmann le niega esta calificación al derecho, busca llamar la atención sobre el hecho de que dicho discurso es artificioso, por no decir mentiroso, y también poco útil o hasta perjudicial. En cambio, cuando metodólogos actuales sostienen que sí es "ciencia", quieren señalar que ése es un discurso perfectamente legítimo en lo intelectual. Niegan que en éste los asuntos sean tratados en forma simplemente retórica. Por el contrario, consideran que allí son discutidos con el mayor grado de racionalidad científica disponible para un verdadero conocimiento de *esos* temas. Y agregan, aún, que además ese tipo de discursos es muy útil para alcanzar buenos resultados sociales.

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

II

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

Tesis (a): las cuestiones sociales de que se ocupan los juristas son adecuadamente sacadas a luz, quedan revelados -o, en todo caso, no disimulados- sus verdaderos resortes, aparecen puestas de manifiesto las fuerzas materiales o intelectuales que determinan *realmente* la dinámica de ese discurso, mediante lo que en este mismo se expone de manera expresa; en consecuencia, no habría por qué recurrir a unos juegos de lenguaje distintos (cosa que otros autores consideran indispensables para manejar racionalmente aspectos muy importantes que ese discurso no revela), ni sería cierto que él nos vela el camino hacia la percepción de recursos intelectuales diferentes que permitirían resolver mejor esos mismos problemas. *Tesis (b)*: si bien el discurso jurídico es relativamente inseguro, no le van en saga, en ese respecto, los de las restantes ciencias, por lo menos las empíricas; la inseguridad de aquél no es otra cosa que la consecuencia *inevitable* de su propio objeto de estudio, pues *ese* objeto, por su naturaleza misma, no podría ser aprehendido sin transfigurarlo o, por lo menos, sin amputarlo, si fuere encarado mediante ciertos discursos científicos menos inseguros. *Tesis (c)*: dicho discurso es *útil*, y acaso el más útil posible, para resolver en la práctica los asuntos indicados en (a), de la manera más eficiente para la promoción de tales o cuales objetivos sociales. Examinaré, por su orden, cada una de estas tres tesis.

* * *

Tesis (a): probidad intelectual del discurso jurídico profesional. - Se me hace que este punto de vista es, palmariamente, indefendible. Son muchos, y demasiado contundentes, los estudios dados a conocer -acerca de distintos países- sobre el carácter a menudo erístico, casi siempre disimulante, eufemístico o, en todo caso, poco revelador, y hasta simplista, que tienen buena parte de los discursos jurídicos (*). Por tanto, no veo cómo pudiera pensarse que tales discursos revelan todo, ni la

8 Cf., por ejemplo, los dos exámenes siguientes: Rüdiger Lautmann, *Justiz die stille Gewalt* (La Justicia - forma callada de Poder), Fischer Athenäum (Taschenbuch FAT 4002), Frankfurt, 1972; Waldemar Schreckenberger, *Semiótica del discurso jurídico. Análisis retórico de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987 (la ed. or., en alemán, es de 1978). Y supongo que a este respecto ha de ser especialmente interesante, entre otros, el

mayor parte o lo más decisivo, de lo que importa conocer para detectar las verdaderas causas determinantes y las mejores soluciones ante las cuestiones sociales de que se ocupa el derecho. La doctrina jurídica corriente tampoco se dirige, por cierto, a destacar los motivos *reales* que llevan a legisladores y jueces a optar por unas en vez de otras clases de soluciones, más allá de las invocaciones a unos tan vagos como manipulables criterios de "justicia", "razonabilidad", etc.

Si queremos aprovechar a Wittgenstein, no debería pasar desapercibido que los "juegos de lenguaje" de los juristas tienen como objeto propio entre otras cosas, precisamente el NO revelar la dinámica real que mueve a la semántica de ese lenguaje, y muchísimo menos poner de manifiesto su pragmática. Naturalmente, se puede considerar que, así y todo, es preferible emplear tal lenguaje, no alguno que fuera más franco (científico o no), así como con frecuencia hay motivos para no decir la verdad en tantas otras cuestiones. Pero lo que en este Punto estamos cuestionando no es el asunto de la conveniencia (Tesis c), sino sólo el grado de *verdad* científica que pueda hacerse presente en dichos "juegos". Y nos preguntamos si hay, o podría haber, unas reglas del juego científicas que llevaran a poner de manifiesto justamente lo que aquéllos disimulan. Frente a *esta* pregunta, la respuesta tiene que ser afirmativa, pues tal posibilidad intelectual está plenamente probada. Los mencionados estudios muestran que sí se puede, y *cómo* se puede, hablar *científicamente* de cosas fundamentales que la ciencia normal del derecho no toma en cuenta o, en el mejor de los casos, las trata eufemísticamente. Cosas que, empero, tienen la máxima importancia para tomar decisiones más racionales acerca de los asuntos que ella pretende solucionar.

libro de Jerome Frank, *Courts on Trial*, Princeton, 1949, que no he podido consultar. Cf. también, p. ej., mi análisis del modo en que argumenta la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Enrique P. Haba, *Tratado básico de derechos humanos*, t. I, #28. VII (esp. p. 418-423), Juricentro, San José de Costa Rica, 1986. Todo el asunto tiene que ver, en definitiva, con la siguiente distinción fundamental: "en el interior del reino de la política y el discurso, (Hanna) Arendt diseña una adicional y significativa distinción en términos de la manera en que se utiliza el discurso. Así, distingue entre el discurso al servicio de la verdad, o, al menos, a la búsqueda de la verdad, y el discurso como medio de persuasión, como un instrumento manipulador para mover a los demás en las direcciones deseadas, completamente al margen de la verdad o la validez de lo que se dice. La distinción fue elaborada en primer lugar por Platón (especialmente en *Gorgias*) como el antagonismo existente entre comunicarse bajo la forma de "diálogo", que es el discurso adecuado para la verdad filosófica, y comunicarse bajo la forma de "retórica", mediante la cual el demagogo, como diríamos hoy, persuade a la multitud" (Hanna Fenichel Pitkin, *Wittgenstein: el lenguaje, la política y la justicia*, trad. de Rodolfo Montero Romero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984). Cf. además la n. 6, *supra*.

Sin embargo, la Tesis que examinamos o, en todo caso, algo que resulta cercano a ella, también puede ser apoyada introduciendo en la argumentación cierto cambio de frente, como lo ha hecho Atienza⁹. Este autor sostiene que "la cuestión de la cientificidad de la jurisprudencia es, sencillamente, una cuestión mal planteada". Piensa que Kirchmann y, en general, quienes se dedican a discutir *tal* cuestión, yerran completamente el blanco, por "no haber partido de una distinción adecuada entre la ciencia y la técnica". Pues si se parte, como según Atienza sería lo correcto, de "la idea de que la jurisprudencia es una técnica, los argumentos de von Kirchmann se vuelven, sencillamente, impertinentes" (p. 281). "La investigación técnica no trata de explicar un acontecimiento, sino de estudiar cómo se puede producir un determinado resultado, dadas ciertas condiciones; su fin no es propiamente conocer, sino obtener ciertos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos" (p. 282). Quiere decir que "la dogmática jurídica, lo que generalmente se denomina 'ciencia' jurídica, no es -ni tiene sentido pretender que lo sea- una actividad propiamente científica, sino más bien una técnica social" (p. 289); "carece de sentido y de interés plantearse el problema de si la jurisprudencia es o debe llegar a ser una ciencia... La cuestión pertinente debiera ser la de saber si, en cuanto técnica, puede incorporarse y utilizar conocimiento científico y conocimiento tecnológico procedentes, en principio, de otras áreas (por ejemplo, conocimiento proveniente de la lógica formal, la economía, la sociología, la teoría de los juegos y la decisión, la informática, etcétera)" (p. 283).

Si aceptamos las precisiones de Atienza, entonces la discusión versaría -decimos nosotros- sobre si esta "técnica", la jurídica, es o no es verdaderamente científica (supuesto que admitamos, desde el punto de vista terminológico, que cabe emplear el calificativo de "técnica" incluso para unos medios no-científicos o hasta para los anti-científicos). La respuesta de Atienza, a este respecto, me parece ser un tanto vacilante. Por un lado, le reconoce cierto valor, aunque con reservas (*infra*, n. 30), a la dogmática jurídica: entiende que, "considerada globalmente, cumple una función social útil", y que "un sistema jurídico que careciera de elaboración dogmática estaría en disposición de resolver muchos menos problemas que el mismo sistema dotado de una dogmática adecuada" (p. 282). Por otro lado, no obstante, nos advierte que "si la dogmática jurídica pretende configurarse no sólo como una técnica, sino como una tecnología (es decir, como una técnica que emplea conocimiento científico; por así decirlo, como una actividad más próxima a la agronomía que a la agricultura tradicional), es imprescindible que se abra hacia los otros saberes jurídicos en busca de teorías y métodos que puedan ser operativos con

9 Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985; cf. allí los caps. 4 (esp. los # 4.3 y 4.9) y 5 (esp. el # 5.1). Lo que se refiere particularmente a Kirchmann está en las p. 279-282.

la tarea de aplicar, desarrollar y sistematizar el Derecho positivo" (p. 289). Pareciera que Atienza, aunque comprende muy bien que una superación en el pensamiento jurídico exige que los juristas sepan abrirse también hacia otros saberes científicos, empero no deja de reconocer -contra Kirchmann- que, a pesar de todo, la dogmática tradicional es "útil", que sirve para "resolver... muchos problemas". Ahora bien, que de alguna manera ella los "resuelve"... ¡de eso no hay la menor duda! Pero la verdadera pregunta es: ¿los resuelve *científicamente* (si no siempre, por lo menos en buen número de casos)? Tengo la impresión de que el planteamiento de Atienza, mediante su distinción entre "técnica" y "tecnología", más bien tiende a eludir *esta* pregunta, que es el asunto fundamental.

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

No hay forma de hacer a un lado el asunto planteado por Kirchmann si, en vez de distinguir entre "técnica" y "tecnología", nos valemos de una red de conceptos diferenciales como la que presenta Bunge, entre los cuales cobra especial relevancia, para nuestra cuestión, la alternativa tecnología/seudotecnología. Según este autor, *tecnología* es "el campo de conocimientos que se ocupa de diseñar artefactos y planear su realización, operación y mantenimiento a la luz de conocimientos *científicos*" (p. 35) (10). En cambio, "un campo de conocimientos que no es

10 Mario Bunge, *Seudociencia e ideología*, Alianza Editorial (AU 440), Madrid, 1985; *vid.* sobre todo los caps. 2, 3 (cf. esp. su # 3, y señaladamente las distinciones que allí se efectúan en la p. 37) y 5 (esp. su # 4). Es mío -E.P.H.- el subrayado de las palabras "científico" y "como", en las líneas de este autor que se transcriben arriba.

tecnológico por carecer de una base científica, y por no hacer uso del método científico ni del método tecnológico, pero que es anunciado o vendido *como* (si fuera) tecnológico (o científico), se llamará *seudotecnología* (o tecnología fraudulenta)" (p. 37). El punto de vista de Kirchmann, si lo reformulamos de acuerdo con esta terminología, es neto: la jurisprudencia no es tecnología (ni ciencia), sino *seudotecnología* (o *seudociencia*)⁽¹⁾. Es *esto* lo que está en discusión. Y no sería bueno que de ella nos distraiga el reconocimiento de que la dogmática constituye, de todos modos, una "técnica" en el sentido de Atienza. A *tal* respecto tenía razón en lo esencial, Kirchmann. Dado que la dogmática jurídica pretende basarse también en *conocimientos*, resulta que, por más que aceptemos no catalogarla como "ciencia" (sino como "técnica", "tecnología", "arte" o de cualquier otra manera), siempre sigue siendo verdad que ella deja mucho que desear, porque falla -como advirtió Kirchmann- en *ese* plano justamente⁽²⁾.

[Dejo sin considerar lo que pueda seguirse de un examen más detenido de las relaciones entre ciencia y tecnología. Pero importa tener en cuenta, de todos modos, una advertencia como la siguiente: "we must be prepared to question the widespread assumption that modern technology is on the whole a derivative of basic scientific research and/or to move towards an analysis of the social meaning of technology" (Michael Mulkay, *Science and the Sociology of Knowledge*, George Allen & Unwin, Londres, 1979, p. 121).]

- 11 Podría objetarse que en la definición transcrita se habla de "artefactos", mientras que la dogmática jurídica, en cambio, no es un objeto material como esos que Bunge tiene allí *in mente*. Sin embargo, dichas observaciones de Bunge creo que son perfectamente aplicables también, *mutatis mutandis*, a instrumentos del pensamiento, cuando estos se utilizan como unos medios de carácter (real o supuestamente) científico para alcanzar (real o supuestamente) tales o cuales resultados prácticos de tipo social. Por otra parte, no dejaría de ser sugestivo resaltar las analogías entre lo que Bunge dice sobre la "economía escolástica" (cap. 8) y lo que Jhering señalaba al hablar de un "cielo de los conceptos jurídicos...".
- 12 Y obsérvese que, desde *tal* punto de vista, no es decisivo que Kirchmann haya podido equivocarse, por ejemplo, en un aspecto como el que con razón señala Atienza (*op.cit.* en la n. 8): "cabe afirmar que lo que von Kirchmann denomina movilidad del objeto no sólo no es un inconveniente, sino más bien una característica estructural de la investigación técnica. Reparemos no sólo en que el equivalente de su frase 'tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura' podría encontrarse en el campo de técnicas tan prestigiosas como la informática: la introducción en el mercado de una nueva generación de ordenadores convierte a las máquinas de las anteriores generaciones, junto con los manuales que facilitan su utilización, las técnicas concretas diseñadas para su máximo aprovechamiento, etcétera, en material obsoleto..." (p. 281-282).

Claro que tal comprobación¹³ no prejuzga, por sí sola, respecto a si son o no correctas las Tesis (b) y (c), considerando cada una en forma aislada. Sin embargo, y sea como fuere lo relativo a éstas, la insostenibilidad de la Tesis (a) muestra que Kirchmann estaba en lo cierto, por lo menos, al enfrentarse a *esta* precisamente. Pues, en efecto, el discurso jurídico es, en muchos casos (no digo siempre), tan engañoso como dicho autor, a diferencia de lo que sugieren investigaciones de las más renombradas *vedettes* actuales de la Teoría del Derecho, tuvo la lucidez de advertir y la honestidad de no callar.

* * *

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

Si bien cabe tener en cuenta todo eso, cosas que a Kirchmann no deben de haberseles pasado por las mientes, no menos cierto es que las inseguridades en las ciencias de la naturaleza, cuando menos para lo que Kuhn llama sus discursos "normales", son de índole *muy distinta* -por sus causas y también por sus aplicaciones- a las que se presentan en los razonamientos de los juristas. Las puntualizaciones de autores como, por ejemplo, Kuhn o Lakatos, acerca de los "paradigmas" o los "programas de investigación", sobre las discrepancias a que estos dan lugar entre científicos, etc., no pueden ser invocadas como analogía *pertinente* en relación con las discusiones jurídicas. En el mejor de los casos, se trata de analogías muy superficiales. Aquellas discrepancias se refieren a la ciencia "extraordinaria" (Kuhn): las revoluciones científicas, los cambios de paradigmas fundamentales en el edificio teórico de la disciplina en cuestión. Por el contrario, las discusiones de los juristas son pan de todos los días en el marco de su ciencia "normal": dogmática, jurisdicción, etc.

13 Por muchos otros, y además de los trabajos ya mencionados en la n. 7, véase: Karl-Dieter Opp, *Soziologie in Recht* (Sociología en el Derecho), Rororo Studium (Nº 52), Hamburgo, 1973; cf. esp. los caps. V y VI.

Las ciencias normales de la naturaleza se caracterizan por hacer que, dentro de cada una de ellas, la discusión sea cosa más bien excepcional, ya que los métodos -los paradigmas normales- de esas disciplinas están ahí justamente para prevenirla y para permitir que en la gran mayoría de los casos sea posible resolver *intersubjetivamente*, entre los científicos de la rama, las cuestiones planteadas. Por lo demás, cuando allí las diferencias se dan a pesar de todo, no son como aquéllas que con tanta frecuencia tienen lugar entre juristas, por lo menos de la manera en que estas son planteadas discursivamente. Las discusiones jurídicas aparecen centradas, demasiado a menudo, en cuestiones de índole esencialmente *retórica*: disputas sobre palabras, uso voluble de conceptos indeterminados y con base en precomprensiones anticientíficas (esencialistas, etc.), recurso a términos emotivizantes, disimulación de las verdaderas razones de fondo mediante unos artilugios terminológicos, uso de argumentos que reposan en conocidas falacias lógicas, razonamientos que arrancan del "Basic Legal Myth" (J. Frank: el mito de creer que hay una sola respuesta "correcta", única y preestablecida, para cada caso del derecho positivo), etcétera. Aunque es posible, eso sí, que el fondo mismo de esas disputas no sea sólo retórico, que responda a unos conflictos reales de intereses, ello no quita que la manera de *plantear* ahí esos intereses sea, precisamente, antes bien retórica que teórico-cognoscitiva. Por el contrario, cuando hay unas tesis enfrentadas en discusiones entre científicos de la naturaleza, ahí se ponen sobre el tapete el *máximo* de los conocimientos relevantes¹⁴, el uso de términos teóricos indeterminados y emotivizantes es mínimo o hasta inexistente, no se recurre a las falacias de catálogo, o bien estas son muy pronto puestas en evidencia y descartadas de la discusión, etcétera.

Los desacuerdos en el marco de una ciencia normal de la naturaleza tienen lugar en forma más bien excepcional. Y cuando se dan, es porque a esa altura de la evolución del pensamiento científico faltan *realmente* los conocimientos -acerca de ciertos hechos, o que no haya unas categorías teóricas intersubjetivas aplicables al respecto- que permitan a la generalidad de los científicos de esa disciplina ponerse de acuerdo sobre la respuesta correcta. Las diferencias entre juristas, en cambio, suelen obedecer a motivos muy distintos. No se deben a que no existan realmente unos conocimientos que permitirían dirimirlas o, por lo menos, circunscribirlas con mayor precisión y profundidad, sino que más bien es porque tales conocimientos, tanto los teóricos como los de ciertos datos empíricos, se HACEN faltar. Aunque estos conocimientos puedan ser regularmente obtenibles, en la discusión jurídica no

14 Lo cual no quiere decir, naturalmente, que correspondía olvidarse de los límites e inclusive de las dudas que, desde el punto de vista *científico* mismo, puedan en su caso afectar a dichos conocimientos. Pero, insisto: aquí me estoy refiriendo a la ciencia "normal", no a la "extraordinaria", en la terminología de Kuhn. Véase también *infra*, ns. 15 y 21.

se quiere o, no se sabe, recurrir a ellos. Así, mientras que las inseguridades en las ciencias de la naturaleza, y hasta en las sociales, obedecen a auténticos límites del conocimiento científico en general, por el relativo nivel que este pueda haber alcanzado en ese momento histórico, las del discurso jurídico no responden simplemente a tales límites, sino sobre todo, o en buena parte, a la ignorancia o a la disimulación de aquellos conocimientos que servirían para hacer que salgan a luz los verdaderos resortes que las ocasionan.

Quiere decir que la "ciencia" jurídica no es un medio para saber, sino para producir y legitimar un NO-saber. ¿No es eso lo que se adelantó a señalar Kirchmann? El pensamiento de los juristas resulta ser, en buena medida, una técnica para EVITAR que se pongan sobre el tapete *todos* los principales conocimientos científicos relevantes. Y sirve, asimismo, para obstaculizar que se tematizen los *reales* intereses a que responde la opción discursiva de cada posición cuando disputan sobre cuál es la correcta solución de derecho. Mientras que las inseguridades en las otras ciencias se deben al conocimiento de que hay unos límites en esos saberes, las del discurso jurídico obedecen, antes bien, al *desconocimiento* de sus propios límites; a la falta de conciencia de que en mucho estos límites son producidos por los *propios* juristas porque se niegan a enterarse de cosas que son bien sabidas en otras disciplinas. En síntesis: mientras que las dudas y las discusiones que ocurren en otras materias son *científicamente* inevitables, a la altura del conocimiento alcanzada, las que se dan entre juristas están, en gran medida, *retóricamente* fundadas, y esto en virtud de los paradigmas *normales* de su propio discurso profesional. Unas puntualizaciones como las que Kuhn y otros han formulado sobre argumentaciones contradictorias y cambios de paradigmas en ciencias como la física, en verdad tienen muy poco que ver con las modalidades y los motivos de las discrepancias entre juristas: es la distancia que va de unas ciencias en sentido propio (*conocimientos*, discusiones con *conocimiento* y discusiones sobre *conocimientos*) a una "ciencia" en sentido *muy amplio* (retórica)⁽¹⁵⁾. Ahí está

15. Sobre la diferencia entre ciencias en sentido propio, *estricto* y ciencias en sentido *amplio* o *amplísimo*, cf. dos estudios míos: "Ciencia jurídica": ¿qué ciencia?", # 1.2 (Este estudio ha sido publicado, con sucesivas correcciones de detalles, en varios sitios: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice-t. IV, p. 124-135 (allí bajo el título: "Ciencia jurídica como un problema de métodos"), Buenos Aires, 1982; *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 51, set.-dic., 1984, p. 11-35, Universidad de Costa Rica, *Ius et Praxis* N° 12, dic. 1988, p. 97-125, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. La última, y mejor, versión de tal estudio es la aparecida recientemente en francés: "Sciences du droit - quelle science?. Le droit en tant que science: une question de méthodes", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 36 (Droit et science), p. 165-187, Sirey, París, 1991); y "Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?" (cit. *supra* n. 3), # VIII. Para un análisis más detallado del contenido -se señalan doce elementos como notas definitorias- del concepto de "ciencia"

el *quid* del asunto. Es esa la diferencia -'chica cosa'- de la que nuestros sutiles iusmetodólogos (no Kirchmann, por cierto) prefieren acordarse lo menos posible¹⁶).

Me adelanto a discutir una posible objeción. He estado subrayando que los juristas cierran los ojos a conocimientos *relevantes* de otras disciplinas (semiótica, sociología, etc.), y que en ese *no-saber* a propósito, sea o no verdaderamente voluntario en cada caso particular, reside la diferencia clave entre la orientación "científica" del jurista y la de los especialistas de otras disciplinas. La objeción que voy a considerar podría estar centrada, pienso, en discutir qué corresponda ahí admitir como lo "relevante". Cada disciplina *selecciona*, "filtra" en función de los presupuestos cognoscitivos que constituyen su armazón teórica básica, qué *aspectos* de su objeto de estudio serán los que va a tomar en cuenta y de qué *manera* los enfocará. Es común encontrarse, así, con que distintas ciencias tratan de los

(tomado en sentido propio), así como de sus diferencias con la "semiciencia" y las "seudociencias", cf. Bunge (*op.cit.* en la n. 9), cap. 2, p. 28 ss., lo que yo he denominado "ciencia en sentido amplio" o "amplísimo", en el mejor de los casos podría ser, de acuerdo con Bunge, una "semiciencia". Sobre los *distintos* modos en que el derecho puede dar lugar a una ciencia, cf. además las finas (pero atinadas!) diferenciaciones que al respecto presenta François Ost, "Science du droit", en *Dictionnaire d'Equilibré* (cit. en la n. 6), p. 363-367.

- 16 Sin embargo, hay quienes discuten que haya una diferencia tan esencial, de principio, entre ciencia y retórica: cf., por todos, los agudos análisis de Feyerabend. Ya Goethe había anotado que "Una ciencia es, como cualquier institución y organización humanas, una fenomenal conformación (*ungeheure Kontignation* [?]) de lo cierto y lo falso, lo voluntario y lo necesario, lo sano y lo enfermizo" (*Tag und Jahres-Hefte 1811*). Por otra parte, *no se puede negar* -sobre todo a la luz de estudios detallados de historia de la ciencia que se han hecho en las últimas décadas- que existe un fuerte grado de dependencia de los *contenidos* mismos de aquello que se tiene por saberes científicos, inclusive en ciencias de la naturaleza, respecto a factores de influencia que no son otra cosa que intereses sociales de grupos de científicos, o sea, unos motivos que no son (y hasta van contra) los de orden *meramente* teórico de persecución de la "verdad": cf., p. ej., el excelente estudio de Mulkay sobre la moderna Sociología del Conocimiento científico, *op.cit. supra* en la n. 9. Y en lo que particular referencia dice a las analogías entre el discurso jurídico y el de las ciencias en general, con el mejor provecho se leerá, en vez de tantos trabajos atiborrados de pedanterías, el sugestivo estudio de René Poirier, "Rationalité juridique et rationalité scientifique", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (Formes de rationalité en droit), p. 11-34, Sirey, París, 1978. Sin negar razón a lo que hacen constar Mulkay y Poirier, pienso que la conclusión más atinada es que, a pesar de todo, hay una *considerable* diferencia de *grados* entre las inseguridades hasta las "trampas" que se pueden hallar también en muchas otras disciplinas científicas y aquellas que pueblan de modo habitual -en grado *muchísimo* más amplio y difundido!- el pensamiento *común* de los juristas. Cuando arriba me refero a "nuestros sutiles iusmetodólogos", por supuesto que no estoy pensando en exámenes como el de Poirier (o el de Ost: *supra*, n. 14 *in fine*); véase también *infra*, la n. 28.

mismos objetos naturales, sólo que cada una dice cosas distintas acerca de ellos¹⁷). El hecho de que una no tematice ciertas cosas, que se examinan en otras, no significa, por supuesto, que aquella sea defectuosa, sino que tales diferencias pueden responder simplemente a la conveniencia de efectuar divisiones en el trabajo científico. Claro está, no se puede hablar de todo a la vez. Cada ciencia elige lo que tomará como relevante, según qué sea lo que ella se propone estudiar *específicamente*. Y de ahí resulta que, por fuerza, ella decide asimismo qué aspectos *no* va a estudiar; vale decir, lo que para esa ciencia será *irrelevante* de los objetos en cuestión, por más que esto pueda pertenecer también o estar muy vinculado a dichos objetos en la realidad. Se podría pensar, en consecuencia, que una crítica al discurso jurídico basada en que él "cierra los ojos" a tales o cuales cosas, puestas de manifiesto en otras ciencias, es injustificada. Se dirá que todas estas hacen algo por el estilo, pues cada una *recorta* de algún modo su propio objeto de estudio. Cada una habla solo de algunas, no de todas las cosas que tienen que ver con él.

Ahora bien, mis observaciones no apuntan al simple hecho de que el discurso jurídico proceda a "recortar". Eso, naturalmente, es inevitable que de alguna manera se haga. Mi crítica es mucho más específica: objeta *qué* es (conocimientos claves) lo que en él se recorta y *cómo* (retórica) se hace ahí tal cosa. En este "qué" y en este "cómo" reside la diferencia decisiva entre el razonamiento jurídico y las ciencias en general. En la generalidad de las ciencias, su respectivo programa teórico de límites (recortes) para la investigación no tiene orientaciones ni efectos de carácter esencialmente retórico, él permite tratar con la precisión y profundidad *posibles* lo que queda dentro de la esfera de estudio así delimitada. Por eso, si es necesario recurrir incluso a conocimientos de "afuera" para entender mejor lo de "adentro", ellas no se privan de hacerlo, ni los conocimientos de "adentro" estarán en desarmonía con los de "afuera", allí los primeros son coordinables con los segundos, en planos teórico-sistemáticos. En el discurso jurídico, por el contrario, sus recortes hacen que aquello mismo de que ahí se trata, la problemática encarada *dentro* de él, alcance mucha *menor* precisión y profundidad que si también se recurriera, para resolver esos *mismos* problemas, a unos conocimientos que son pan de todos los días en otras disciplinas: por ejemplo, a ciertas elementales nociones sobre "trampas" del lenguaje, lo cual permite detectar y evitar que un discurso resulte mucho más de tipo retórico que dirigido a captar en profundidad los

17 "Un mismo objeto de experiencia puede ser considerado desde infinitos puntos de vista, y desde cada uno de estos puntos de vista puede convertirse en tema de una ciencia distinta" (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, Sección III-vol. CXXV, Montevideo, 1963, p. 34; cf. esp. sus cap. IV y V).

problemas y a descubrir verdades. (La tan cacareada "interdisciplinariedad", entre juristas no ha pasado de ser, si acaso, una palabra de moda, usada para lustrar la fachada de cursos donde al fin de cuentas la dogmática jurídica sigue reinando tan campante por sus senderos acostumbrados)⁽¹⁸⁾.

En definitiva, siempre topamos con la misma diferencia esencial. Mientras que las limitaciones formales y, en general, las exclusiones en otras ciencias permiten organizar a estas metódicamente para lograr conocer *más* de las cuestiones estudiadas, con el discurso jurídico sucede casi al revés. En él, sus limitaciones formales, y en general sus precomprensiones, tanto las vulgares como las "técnicas", llevan a que se conozca mucho MENOS sobre los asuntos tratados que si el telón de su dogmática no impidiera el acceso a otros conocimientos⁽¹⁹⁾. Cuando decimos, pues, que el discurso común del derecho, a diferencia de otras disciplinas, prescinde de conocimientos relevantes, tal "relevancia" la medimos, no en función de los propios intereses de conocimiento de esas otras ciencias, sino por los del discurso jurídico *mismo* -supuesto que este quisiera de veras alcanzar una mayor conciencia sobre sí mismo y sobre los problemas reales que él trata, aparentemente, de resolver-. Esos *otros* conocimientos servirían para aclarar dudas, disolver planteamientos falaciosos, alcanzar de modo más eficiente unos objetivos sociales o, por lo menos, dejar más en claro su problemática real, etc., en asuntos de que pretende ocuparse el derecho positivo. Una vez más, la diferencia está, básicamente, en lo que Kirchmann percibió: que el derecho no es ciencia; o bien, si se quiere,

18 Véase, por ejemplo, el singular provecho científico que resultaría de tener en cuenta simplemente algunas elementales características de los lenguajes naturales a la hora de utilizar el lenguaje jurídico, tal y como se explica, con encomiable sencillez, en el librito de Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965. El uso mucho menos retórico de dicho lenguaje, que se seguiría de tener eso en cuenta, llevaría a superar la habitual brecha (mutua incomprensión) entre el tratamiento de cuestiones sociales en el discurso jurídico y las maneras en que estas mismas son examinadas por los sociólogos, los psicólogos, los economistas, etc., permitiría, pues, *ampliar* considerablemente la "visión" que de los problemas suelen tener los juristas. Sin embargo, lo cierto es que tal posibilidad, habida cuenta de quiénes son los protagonistas *reales* de aquel discurso y las funciones que *de hecho* está llamado a cumplir el derecho, se revela como una perspectiva que, en la práctica, resulta bastante fantástica: *infra* IV. [En cuanto a lo de la "interdisciplinariedad" (sic), véase, por ejemplo, la parte dominante, en cantidad y en énfasis, del llamado "Curso interdisciplinario en derechos humanos" del IIDH: la dogmática juricista se mantiene allí incólume, sólo que adornada lateralmente por algunas (pocas) conferencias donde no se habla de ella].

19 Cf. Opp. (*loc. cit.*) en la n. 12), véase también la nota precedente.

que él es "ciencia", sí, pero en un sentido muy distinto del que esta palabra tiene cuando es usada para calificar a otras disciplinas⁽²⁰⁾. El razonamiento jurídico, al contrario de estas, no recorta su objeto para *conocerlo* mejor, sino que obra, sea o no intencionalmente, para *impedir* que intervenga tal conocimiento, o cuando menos para disimularlo, neutralizarlo.

Pero la objeción -a Kirchmann y a nosotros mismos- que estamos examinando puede aparecer también planteada en forma un poco distinta, encarada desde un ángulo más específico. En efecto, podría sostenerse que proponer un paralelo del derecho con ciencias que simplemente buscan *conocer*, es efectuar una comparación descaminada, pues éste, a diferencia de ellas, constituye un discurso que ante todo es de carácter *normativo*. Sus fines no son principalmente teóricos sino práctico-sociales, ordenación de conductas⁽²¹⁾: una programación de éstas, indicaciones capaces de ejercer influencia efectiva sobre la práctica de dichas conductas. Puede que esta ciencia sea poco satisfactoria en el plano teórico cuando se la juzga de acuerdo con paradigmas cognoscitivos de otras ciencias; pero eso no es un argumento razonable contra ella, podría argüirse, ya que su *propio* paradigma es de otra clase, persigue *otros* fines. No es pertinente, se dirá, juzgarla sino en función de estos mismos. Con *tales* fines sí, se aduce, está en perfecta armonía dicho paradigma, los cumple a cabalidad. Por eso resulta innecesario, y hasta podría ser perjudicial, interferir con él mediante la apelación a unos conocimientos que allí carecerían de verdadera pertinencia. Son *irrelevantes* para *esta* disciplina.

Tal objeción tiene mucho que ver con la Tesis (c), que será considerada más abajo. Aquí discuto únicamente lo del alcance *teórico* de una ciencia jurídica concebida así. Por cierto que al propio Kirchmann no le faltó la lucidez necesaria como para advertirnos, al comienzo mismo de su examen, que corresponde distinguir entre dos cosas: la cuestión de la *verdad* (teoría) científica y el aquilatar qué *influencias* (eficacia o ineficacia, utilidad, etc.) sobre la realidad pueda tener la ciencia en cuestión. Aunque ambas cosas guardan relaciones, ya que la segunda también puede -¡o no!- depender de la primera, eso no quita que se aprecian en función de parámetros muy distintos, respectivamente: verdad/eficacia. Nosotros, hasta ahora, lo que hemos estado cuestionando acerca del pensamiento jurídico es lo primero, nada más. En las otras ciencias, por lo menos en aquellas de que se ocupan los más renombrados epistemólogos del discurso científico en general, ese

20 Cf. los sitios indicados en la n. 14.

21 Recuérdese lo señalado por Atienza, en cuanto a que el derecho no es "ciencia" sino "técnica": *supra*, a la altura de la n. 8.

objetivo, la búsqueda de unas verdades, se contempla como esencial, sea o no que a un investigador le preocupen además las eventuales aplicaciones prácticas (tecnología). La persecución, sin concesiones, del valor verdad, el esfuerzo por aproximarse a él en la mayor medida posible⁽²²⁾, es una condición indispensable para hacer ciencia a los ojos de toda -¿menos la del derecho?- comunidad científica. Por tanto, si fuera cierto que para la ciencia del derecho eso no importa, o que importa sólo en grado muy secundario y se puede legítimamente dejarlo de lado para alcanzar otros objetivos, entonces resultaría cierto lo que hemos venido sosteniendo: que, aunque se acepte llamarle "ciencia" al discurso jurídico, ese término se utiliza ahí en sentido muy distinto del que como categoría conceptual general tiene cuando tal rótulo es usado para calificar a las demás disciplinas conocidas como científicas. Si se entiende que el o los paradigmas fundamentales del derecho no responden, ni tienen por qué responder, antes que nada⁽²³⁾ a la obtención de verdades, eso significaría justamente que el derecho no es ciencia, de acuerdo con el sentido normal de este término. ¡Ni más ni menos que lo subrayado por Kirchmann!

Pero lo que a Kirchmann le interesaba, de seguro, no era embarcarse en una disputa de palabras, sobre preferencias en el uso del membrete "ciencia". Al fin de cuentas, este constituye una opción lingüística no menos convencional que cualquier otro término. Lo que Kirchmann quiso destacar es que, comparando con los parámetros de conocimiento a que se someten las (así llamadas) ciencias en general, los juristas hacen lo contrario, o poco menos, que los profesionales de éstas. Y en cuanto a eso, indudablemente acertó, sean cuales fueren las preferencias que cada quien tenga en cuanto a empleos del vocablo "ciencia", y ya sea que uno se incline a aceptar contenidos más amplios -ciencias "blandas"- o más estrechos -ciencias "duras"- para dicha palabra⁽²⁴⁾.

- 22 Si bien esa "persecución" puede llegar a alcanzar, en la ciencia respectiva, un buen grado de éxito, tampoco cabe descartar la posibilidad de un relativo fracaso en tal empresa, según cuáles sean las esferas investigadas o los casos. El carácter de *científico* que un discurso pueda tener no garantiza de por sí que él vaya a lograr plenamente su objetivo, de lo que se trata, eso sí, es de que sea un esfuerzo que, en cuanto actividad teórica, logre que ahí se haga efectivamente todo lo *posible* por alcanzar el *mayor* conocimiento para resolver el problema encarado.
- 23 Decir "antes que nada" no es lo mismo que decir "únicamente", sólo se trata de resaltar una *prioridad* fundamental. Prioridad que, por lo demás, ni siquiera es necesario afirmar que sea general en el orden axiológico (se puede preferir otros valores al de la verdad, en tales o cuales respectos), sino una de carácter *lógico* en el plano del *conocimiento* y, en especial, si este pretende ser de carácter "científico" justamente.
- 24 Cf. los sitios indicados en la n. 14.

Esa diferencia fundamental, entre el discurso de los juristas y las inseguridades de las ciencias, en general, no se puede obviar mediante ningún pase de manga con el término "ciencia"⁽²⁵⁾. Menos que menos, si uno pretende basarse en Wittgenstein o Kuhn. Recurriendo a expresiones de Wittgenstein, la idea central de Kirchmann podría reformularse así: los "juegos de lenguaje" de la "región" llamada *derecho* tienen demasiado poco en común con la gran "familia" de todos aquellos otros "juegos" para los que suele usarse la denominación genérica de *ciencia*⁽²⁶⁾. O bien, esta vez en términos de Kuhn, eso podría analizarse también así: los "paradigmas" de la ciencia normal del derecho no sólo son muy distintos a los de las demás ciencias (normales), sino que hasta resulta que aquéllos son, en buena medida, *contrarios* o incompatibles con algunos cánones que suelen reconocerse como básicos para todas éstas: señaladamente, con ciertas pautas esenciales de la transparencia (honestidad) discursiva y el objetivo de buscar la verdad a toda costa⁽²⁷⁾. Si bien se mira, pues, un análisis *correctamente* inspirado en Wittgenstein

- 25 Como dice Atienza (*op.cit.* en la n. 8), "la cuestión de la cientificidad de la jurisprudencia es... una cuestión... que tiene una explicación puramente ideológica. La auténtica raíz del problema es la falta de prestigio social de los juristas y de la labor teórica que desarrollan, carencia que se pretende superar usufructuando el rótulo de 'científico'. Nos encontramos, pues, con un nuevo caso de definición 'persuasiva'..." (p. 281).
- 26 Sobre ciertos "parecidos de familia" entre el derecho y otras ciencias se agregará algo en el apartado siguiente.
- 27 Robert Alexy (*Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; la ed. or. en alemán es de 1978) ha señalado, sin embargo, que la "pretensión de corrección (verdad)" es coesencial también al discurso jurídico (p. 212, 313, 317 s. y *passim*). Téngase en cuenta especialmente lo que ese autor dice sobre unas "reglas de transición" (p. 200 s., 275 s., y cf. la regla 2.1 en la p. 286) al saber teórico empírico, que tienen validez también para los efectos de la argumentación jurídica; si bien ellas se encuentran allí integradas en el seno de una argumentación compleja que maneja asimismo muchas otras reglas, estas deben entenderse -según él- como complementarias y *no* como contradictorias respecto a dicho saber, pues el discurso práctico se ve en la necesidad de resolver aspectos para los cuales tal saber puede no ser suficiente. Ahora bien, es concebible que reglas como las sacadas a la luz por Alexy (cf. su resumen en las p. 283 ss.) puedan ser reconocidas como patrones *ideales* de la propia argumentación por parte de los juristas, y hasta es probable que unas u otras guíen en su caso, por lo menos implícitamente, tales o cuales de sus razonamientos profesionales comunes. Empero, lo que Alexy no consigue probar, ni creo que trate de hacerlo, es que en la *realidad* sea a ese conjunto de reglas que los juristas recurren por la habitual, aunque fuere en forma implícita, para *decidir* las cuestiones dudosas, esto es, los asuntos que ellos no resuelven simplemente plegándose a determinada tradición jurisprudencial o los que *prima facie* (letra clara de la ley, etc.) no muestran dificultades. Por el contrario, con respecto a cuestiones sobre las que en *realidad* discuten los juristas, más bien parece que criterios científicos como aquellos a que remiten las "reglas de transición" no suelen ser verdaderamente tenidos en cuenta para el discurso jurídico profesional: cf. las obras indicadas en las notas 7 y 12, *supra*, téngase también en cuenta lo señalado en la n. 15 *in fine*.

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

El gran mérito de Kirchmann reside en que nos llama la atención precisamente sobre aquello que consigue disimular más de un pedante análisis en la Teoría del Derecho contemporáneo. Después de todo, es la sofisticada engañosidad de los temas y enfoques que predominan en las revistas y congresos de metodología jurídica lo que hace especialmente provechoso volver a leer estudios como el de Kirchmann u otros clásicos⁽²⁸⁾. La colorida prosa de Kirchmann no vacila en llamar las cosas por su nombre. Y, desde luego, ahí no se pierde el tiempo en desmenuzar la escolástica de alguna "posición original" u otros delirios "constructivistas", ni en jugar a las letritas (lógico-deónticas u otras), ni en discutir interminablemente sobre las innumerables definiciones y (aplicaciones) convencionales que son capaces de soportar unas palabras como "racionalidad" o "razonable", etc. No vendría mal tomar nota de cómo Kirchmann, a diferencia de la actual Teoría del Derecho, no se distrae en discutir sutilezas que sólo conducen a desviar la vista de lo principal, o no están más que para complicar inútilmente la exposición⁽²⁹⁾. Ese

- 28 Mayor provecho, por cierto, que de casi todo lo escrito en años recientes, se extraerá de releer a autores como: Jhering (*Bromas y veras en la Jurisprudencia*, 1860 a 1884), J. Frank (*Law and the Modern Mind*, 1930), Radbruch (*Filosofía del Derecho*, 1932), Kelsen (*Teoría pura del Derecho*, 2da. ed., 1960, cf. esp. el cap. VIII), Perelman (pero en su primera etapa, no conformista: *De la justicia*, 1945), A. Ross (*Sobre el Derecho y la justicia*, 1958), etcétera.
- 29 No digo que toda "sutileza" sea, por fuerza, desechable. Por el contrario, pienso que mucha razón tenía Max Weber (*Ensayos sobre metodología sociológica*, trad. de José Luis Etcheberry, Amorrortu, Buenos Aires, 1973) en subrayar que "nada es demasiado 'pedante' si sirve para evitar confusiones" (p. 240). Por ejemplo, me parecen iluminadoras la mayor parte de las "sutilezas", si así puede llamárseles, de un pensador como Kelsen... ¡pero no las pulcras aclaraciones secundarias con que se han complacido en desmenuzarlas muchos de sus comentaristas, preocupados por "couper les cheveux en quatre"! Todo depende, en efecto, de saber qué confusiones son las que se consigue aclarar mediante las "sutilezas" en cuestión. Importa que se trate de unas confusiones que NO sean obvias o disipables mediante razonamientos más sencillos. Y sobre todo, siempre habría que empezar por ver si tales confusiones tienen verdadera relevancia para entender el papel que en la práctica juega el discurso que se basa en ellas, en nuestro caso, el del derecho. Por mi parte, pienso que la

opúsculo, tan "superado", hoy más que nunca debería servir como ejemplo, por su inusual franqueza en cuanto al fondo y hasta por el estilo literario, a quienes escribimos en las aburridas revistas especializadas de la materia.

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

Ante todo, importa recordar que *utilidad* no es algo que una cosa posea simplemente en sí y por sí misma, sino que eso se juzga de muy distintas maneras según la o las finalidades tenidas en cuenta. La misma conducta o el mismo artefacto que son útiles para lograr A, pueden no serlo para lograr B, y hasta resultar perjudiciales con vistas a esto último. Pues bien, ¿en qué fines pensaba Kirchmann al decir que el derecho positivo y en general los juristas profesionales no sirven, que antes bien constituyen un obstáculo para el logro de tales fines? Lo que él tuvo en vista como objetivo, si no me equivoco, es sobre todo la adecuación a eso que llamó "derecho natural", el sentimiento jurídico del pueblo. Para no extenderme, prescindiré de discutir si lo que dicta este sentimiento merece verdaderamente, en todos los casos o cuando menos en la mayoría de ellos, ser aceptado como la *mejor* -juicio de valor- solución en materia social³⁰. Pero no podemos obviar, sea como sea, la pregunta acerca de si ese sentimiento es lo bastante claro, detallado y tan netamente intersubjetivo como para que a la luz de él puedan ser resueltas cómodamente las controversias de que se ocupa el derecho.

mayoría de las "sutilezas" en que se complacen los actuales (a)metodólogos van más bien en otra dirección. NO son de las que ayudan a hacer ver las deficiencias fundamentales en que por lo habitual incurren los razonamientos de los juristas: precisamente aquellas que sí hace resaltar, aunque en forma un tanto gruesa, la conferencia de Kirchmann. [Véase también la n. 15 *in fine, supra*].

30 Que una respuesta afirmativa a esta pregunta no es obvia, ni mucho menos, lo demuestra, por ejemplo, la experiencia en cuanto al "sano sentimiento del pueblo" bajo el Tercer Reich en Alemania, y numerosos ejemplos de la "opinión pública" en muchos países.

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

Siempre se vuelve a subrayar, en tales críticas, que esos razonamientos, por la forma inútilmente rebuscada de sus planteamientos y, además, por lo poco plausible de las soluciones en que a menudo desembocan, se apartan ostensiblemente de aquello que, según se entiende, son los verdaderos fines del derecho: impulsar la solución más "justa" o, cuando menos alguna que resulte *intuitivamente* adecuada, para los conflictos sometidos a la jurisprudencia. Y parece indudable que, en efecto, eso es así; si no siempre, en buen número de casos⁽³¹⁾. Quiere decir que a Kirchmann no le faltaba, después de todo, algo de razón al señalar que el discurso jurídico profesional resulta más bien un obstáculo para la realización de unos objetivos sociales muy valiosos⁽³²⁾, contrariamente a lo que afirma la Tesis (c). Empero, no me propongo reexaminar aquí esta cuestión, pues para los propósitos del presente comentario alcanza con dejar formuladas dos precisiones.

Primera precisión.- Lo de la "utilidad", o la falta de ella, ya dijimos que depende de *cuáles* sean precisamente los fines sociales tomados en consideración. Lo más probable es que el derecho sea útil para apoyar la realización de algunas

31 El propio Atienza, a pesar de entender que "la dogmática jurídica, considerada globalmente, cumple una función social útil" (cf. *supra*, en el párrafo que sigue a aquel en que está señalada la n. 8), agrega de inmediato que tal reconocimiento "no impide negar que una buena cantidad de las discusiones que se desarrollan en su seno sean en gran medida estériles, y muchas veces la esterilidad suele ir unida al olvido, por parte de los dogmáticos, del carácter técnico de su actividad" (*op.cit.* en la mencionada nota, p. 282).

32 Ese es el tipo de crítica que los marxistas solían efectuar respecto al ordenamiento jurídico de los países capitalistas, al calificarlo de "derecho burgués". Otro ejemplo: tal es también, aunque menos neto desde el punto de vista de la fundamentación teórica, la clase de enfoques que adopta Eduardo Novoa Montreal en su popular libro sobre *El derecho como obstáculo al cambio social*, 1975 (varias reediciones en Siglo XXI, México).

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

Segunda precisión.- Por lo demás, al fin de cuentas nada de eso es verdaderamente decisivo para juzgar si el derecho es o no es "ciencia". Pues podría tratarse de una ciencia, sí, aun cuando *no* resultara eficaz para lograr estas o aquellas realizaciones sociales. Y, paralelamente, asimismo, cabe la posibilidad de que *no* sea ciencia a pesar de ser eficaz para inducir a que ellas se lleven a cabo, ya que no todo medio exitoso es, por la sola virtud de sus resultados prácticos, un procedimiento de tipo *científico*. Eficaz y todo, el derecho, podría muy bien estar en lo cierto Kirchmann al señalar que ese discurso no dice verdad. Más aún, hasta podría ser que esa misma falsedad (retórica) fuera justamente lo que al discurso jurídico le brinda tal eficacia. Como es sabido, en su conducta político-social la gente se guía mucho más, en general, por unos discursos efectistas o simplemente amenazantes, que por razones de índole científica. Significa que, inclusive si hacemos abstracción de lo apuntado en la primera precisión, y hasta suponiendo comprobada la Tesis (c), nada de eso anularía las objeciones apuntadas respecto a las Tesis (a) y (b). Por tanto, sea como sea, la Tesis (c) no puede servir para descartar que Kirchmann tenga razón respecto a que, en cuanto a contenidos *teóricos*, el derecho no es ciencia; o a que, en todo caso, se trata de una "ciencia" peculiarmente defectuosa en *tal plano*⁽³³⁾. En el mejor de los casos, pues, sólo podría llamársele "ciencia" si esta palabra se toma en algún sentido *muy amplio*⁽³⁴⁾.

33 Quiere decir que, de las dos cosas entre las que Kirchmann supo distinguir, verdad y eficacia (*supra*, ver al comienzo del párrafo a que corresponde la n. 21), de todas maneras la tesis (c) no afectaría a la primera de ellas, que es el motivo central de mi comentario: la discusión acerca del valor científico-teórico de la "ciencia" jurídica. Ese valor que, precisamente, más de un *iusmetodólogo* actual pretende reivindicar.

34 Cf. los sitios indicados en la n. 14, *supra*.

III

No obstante todo lo señalado, corresponde reconocer que, aun limitándonos a considerar la ciencia del derecho en su contenido teórico solamente, el juicio negativo que sobre ella pronuncia Kirchmann es demasiado global, resulta exagerado por su indiscriminación. Así, por ejemplo, se ha hecho notar que al hablar de "ciencia jurídica" o "jurisprudencia" (*Jurisprudenz als Wissenschaft*), él y quienes opinan en forma similar, bajo esa denominación "entienden un poco de todo: jurisdicción, legislación, exégesis y comentario"³⁵). Pero estos cuatro niveles no son la misma cosa. Y hasta en el interior de cada uno de ellos cabe efectuar distinciones que, ciertamente, tienen su relevancia para dar cuenta adecuada acerca de los discursos que pronuncian los juristas. Hoy en día existen, por lo demás, muchas otras Ciencias del Derecho, en las que seguramente no pensó Kirchmann: Historia del Derecho, Derecho Comparado, Teoría General del Derecho, Antropología Jurídica, Psicología Jurídica, Análisis Económico del Derecho, Sociología Jurídica, Informática Jurídica, etc.³⁶.

Quedémonos, para nuestros efectos, con la *dogmática jurídica* como prototipo de ciencia del derecho, pues aquella corresponde bien al tipo de discurso que Kirchmann tuvo esencialmente en cuenta. Dicha dogmática abarca la exégesis y el comentario, interviene como fundamento de las sentencias en la jurisdicción y hasta puede ejercer influencia en la legislación. De modo que está presente, de una u otra manera, en todo aquello a que Kirchmann se refería al hablar de *Jurisprudenz*.

35 Giacomo Perticone, "Grandezza e miseria della scienza del diritto", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, año XLI-Serie III, mayo-junio 1964, fasc. III, p. 341-363; la cita comienza al final de la primera página y concluye en la segunda de ese ensayo. Asimismo, años antes (1832) de la conferencia de Kirchmann, ya el fundador de la escuela analítica inglesa, John Austin, no había dejado de advertir que "la misma palabra jurisprudencia no está tampoco libre de ambigüedades y ha sido utilizada para designar lo siguiente: el conocimiento del derecho como una ciencia, junto con el arte, el hábito práctico o la destreza al aplicarlo. La ciencia de la legislación, es decir, la ciencia de lo que se debe hacer para producir buenas leyes junto con el arte de hacerlas. Así como el conocimiento de lo que debe ser presupone el conocimiento de lo que es, así también la ciencia de la legislación presume la jurisprudencia" (cit. por Albert Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 130). Por lo demás, los cometidos de la "jurisprudencia" pueden concebirse incluso de manera todavía mucho más amplia y variada; cf. Wolf (*op.cit.* en la n. 4), apartado III, el cual empieza con esta afirmación general: "La tarea de la ciencia del derecho se extiende más allá del mero conocimiento de las leyes y de la teoría de la aplicación del derecho. Su objeto no es sólo el derecho legislado, sino el conjunto del ordenamiento de la sociedad y del tráfico nacional e internacional" (p. 51; cf. también la segunda cita de la n. 39, *infra*).

36 Cf. Atienza (*op.cit.* en la n. 8), cap. 5.

Ahora bien, inclusive sin desconocer el carácter retórico o simplemente impreciso, disimulante de la realidad, que afecta a buena parte del discurso jurídico, elaborado con base en esa dogmática o afin con ella, esto no debería impedirnos advertir asimismo que hay importantes segmentos o aspectos de él que no son subsumibles sin más en dicha función anticientífica. Aspectos que intervienen también, junto con esta función y a veces hasta en lugar de ella, en el pensamiento de los juristas. Nuestra conclusión va a ser más matizada que la de Kirchmann: vista en su conjunto, la "ciencia" (dogmática) jurídica es retórica (=no-ciencia), por cierto; pero también contiene más que eso. Ella no es *solamente* retórica.

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

Distintos autores han hecho notar, con razón, que la dogmática jurídica hace dos cosas distintas, aunque interrelacionadas, si bien los juristas, por motivos de persuasividad (retrórica), se empeñan en no distinguirlas. La doctrina del derecho describe verdaderamente ciertos datos, que son tales o cuales contenidos de determinado Derecho positivo o de un conjunto de tales ordenamientos. Pero junto a esto, además, esa doctrina incorpora, por su propia parte, unos criterios de política jurídica (interpretaciones) que le permiten solucionar aspectos que no aparecen resueltos intersubjetivamente de antemano por lo que dice la letra de los textos oficiales del Derecho positivo considerado. No obstante, los juristas presentan esa doble tarea -reconocimiento/interpretaciones- como si también lo segundo estuviera desde ya contenido de modo indudable, *preestablecido*, en el material de que se compone lo primero. Estas dos dimensiones de la doctrina jurídica tradicional pueden ser calificadas, respectivamente, como el cumplimiento de una función *descriptiva* y una función *prescriptiva* por parte de tales discursos⁽³⁷⁾.

37 Cf. Calsamiglia (*op.cit.* en la n. 34), p. 130 ss. Por su parte, Atienza (*op.cit.* en la n. 8) dice que la dogmática jurídica "cumple las tres siguientes funciones: a) suministrar criterios para la aplicación de las normas vigentes; b) suministrar criterios para el cambio del Derecho en las diversas instancias en que éste tiene lugar; c) elaborar un sistema conceptual con vistas a conseguir los dos anteriores objetivos" (p. 276); con base en lo cual concluye, dicho autor, que "la jurisprudencia es un saber normativo, valorativo y práctico" (p. 277 s.). Tal vez se podría entender que los puntos a) y b) son funciones de tipo *prescriptivo*, pero que el punto c) le proporciona al pensamiento jurídico unas categorías de orientación más bien *descriptiva* (aunque, desde luego, este punto va también muy unido a las dos funciones anteriores).

Si bien ambas funciones son, en realidad, inescindibles tanto en la presentación doctrinaria corriente como en la práctica de dichos discursos, es oportuno, cuando se los examina en forma crítica, hacer la distinción, sobre todo con vistas a evaluar el nivel teórico-científico de ese tipo de razonamientos. Claro está, Kirchmann no pensó en esta diferencia, pero vale la pena que nosotros lo hagamos. Porque no se puede descartar *a priori* que cuando menos la función descriptiva contenga también unos conocimientos propiamente dichos, supuesto que resulte posible discernirlos de los elementos retóricos con que se los suele presentar entrelazados³⁸. Preguntémonos, pues, si en realidad hay allí tales *conocimientos* a pesar de todo. En caso afirmativo, deberíamos concluir -apartándonos en esto de Kirchmann- que el discurso profesional de los juristas tiene, por lo menos en parte, *algo* de ciencia.

Lo cierto es que tal conclusión no carece de cierta plausibilidad. En primer término, porque volviendo a la cuestión terminológica³⁹, difícilmente puede negarse, aun cuando Kirchmann parece inclinado a hacerlo, que la palabra "ciencia" comprende entre sus usos normales el de ser aplicada también al discurso jurídico profesional. Pero sobre todo, y más allá de la circunstancia, simplemente convencional, de que existe ese uso lingüístico, ya advertimos que dicho discurso ofrece ciertos "parecidos de familia" con los discursos científicos de otras disciplinas, incluso con el de aquellas que el propio Kirchmann tomó como modelo paradigmático de lo que es ciencia. Cada uno de estos ostenta la característica de pertenecer a un respectivo universo discursivo teórico-sistemático, que es la

38 Hasta podría pensarse que incluso en cuanto a la función prescriptiva, también ésta llegará a ser ejercida de acuerdo con un discurso científico adecuado (teóricamente), de manera análoga a como otras ciencias (puras) dan lugar a distintas aplicaciones prácticas que se derivan (técnicas o tecnologías) de aquellas mismas. Es así, por ejemplo, cómo Max Weber y otros conciben la discusión y la aplicación científica de juicios de valor, la llamada "razón instrumental"; en cuanto a esta posibilidad en relación con, por ejemplo, el discurso jurídico de los derechos humanos, cf. E.P. Haba, *Tratado básico de derechos humanos*, t. I, # 9.III, *op. cit. supra*, (n. 7). Sin embargo, para que la función prescriptiva de la dogmática llegara a ejercerse de ese modo, ésta tendría que empezar precisamente por no encarar tal función de la manera en que suele hacerlo, que es un discurso predominantemente retórico. Vale decir, que debería sustituirlo por un discurso práctico que fuera verdaderamente *teórico*, incluso en la manera de llevar a cabo la *discusión* entre alternativas para las situaciones prácticas controvertidas. Mas, es notorio que esto no se da en el razonamiento típico de los juristas. Allí las discusiones corrientes, tanto en los tribunales como hasta en el plano mismo de los tratadistas, no hacen por acercarse, ni remotamente, al nivel teórico que podrían alcanzar si encararan esas cuestiones con otros conocimientos científicos disponibles (interdisciplinariedad); cf. las obras indicadas en las notas 7 y 12, *supra*.

39 Sin perjuicio de subrayar, una vez más, que esta cuestión no la considero como importante en sí misma. Pero la manera de contestarla puede revestir, de todas maneras, un interés de cosa sintomática respecto a diferencias de orientación que son de fondo.

disciplina en cuestión. La pertenencia a dicho universo se hace patente, desde ya, por la circunstancia de que sus locutores emplean un lenguaje especializado propio. Si bien no todas y, por lo general, ni siquiera la mayoría de las palabras que utilizan son ajenas al lenguaje común, empero ellos agregan una serie de términos que no se encuentran en éste: las expresiones *técnicas* de la materia. Estos términos, sean o no homónimos con palabras del lenguaje común, representan conceptos fundamentales de la disciplina considerada, son piezas claves del sistema teórico en que ella consiste; sistema que constituye el principal objeto de conocimiento del aprendizaje impartido en los cursos universitarios y, en general, de la literatura especializada que utilizan para la preparación de los profesionales de esa disciplina. Aprender una ciencia es aprender los "juegos" característicos de cierta "región" del lenguaje, la constituida por determinado discurso teórico especializado; significa aprender a actuar en función de ellos. Consiste en llegar a saber cómo usar esos "juegos" para entenderse en el seno de la comunidad científica respectiva y para aplicarlos a resolver ciertas clases de cuestiones (sean de la realidad empírica, hipotéticas o lógico-formales). Dicho discurso sirve, ante todo, para seleccionar esas cuestiones, pero asimismo para ordenar los conocimientos científicos disponibles acerca de ellas y, en consecuencia, también para localizarlos en relación con un problema dado y para aplicarlos de la manera en que esa ciencia lo establece.

Dichas características las presenta, en todo caso a primera vista, igualmente el discurso jurídico, en tal sentido, no cabría negar que él es "ciencia". Por eso puede no carecer de cierta justificación un comentario como, por ejemplo, el siguiente: "La *construcción* jurídica presenta el mismo carácter metodológico que la construcción matemática, técnica, gramatical o histórica: su finalidad es la reestructuración de toda una institución jurídica partiendo de sus partes previamente aisladas por el pensamiento; es decir, la síntesis realizada sobre los resultados del análisis previo. (...) Finalmente, la *sistemática* jurídica es a partes más extensas del orden jurídico o al conjunto de él lo que la construcción es a una institución jurídica suelta, a saber: el desarrollo de las normas concretas de todo el orden jurídico o de una de sus partes, a base de una única idea"⁴⁰).

40 Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica (Breviario N° 42), México, 1951 (ed. or., en alemán, 1948), p. 10-11. Una idea similar se encuentra expresada también por Wolf (*op. cit.* en la n. 4), cuando dice que "Como la ciencia del derecho vigente o positivo, la jurisprudencia" se ocupa, entre otras cosas, de cumplir la siguiente "tarea: Primeramente responde a la pregunta: ¿Qué encontramos en las instituciones y las fuentes del derecho? ¿Qué contenido tienen las proposiciones jurídicas individuales, en sí y en su compleción sistemática? Esta rama de la ciencia jurídica se llama Dogmática Jurídica" (p. 55). Pero esa tarea, que bien podemos calificar de *descriptiva*, por parte de la jurisprudencia, Wolf la concibe de una manera todavía más amplia, que en realidad va más allá de los aspectos señalados en las palabras de Radbruch transcritas arriba: "El método de la jurisprudencia consiste pues en este ámbito, en una

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

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

* * *

En síntesis: sea cual fuere el parecido de familia que el razonamiento jurídico puede guardar con el discurso de otras ciencias, lo que hace insalvable la diferencia

asociación de análisis e integración lógica de conceptos con comprensión histórica y explicación sociológica de las instituciones y funciones del derecho. Contempla como fin propio la producción de un sistema de conceptos jurídicos, ordenados según puntos de vista teleológicos y de reglas de interpretación para el ordenamiento jurídico..." (p. 57; y cf. también *supra*, la n. 34 *in fine*).

entre prácticamente todas estas y aquél es la *orientación* y el *nivel* de los conocimientos fundamentales requeridos por uno y otras. El derecho tiene, desde luego, un edificio teórico-sistemático propio -la dogmática- y una correspondiente jerga especializada de sus profesionales. En tal sentido, no es absurdo decir que él es una "ciencia". Mas la de los juristas, a diferencia de todas (o casi todas) las demás disciplinas llamadas ciencias, no tiene como objetivo ineludible la persecución, antes que nada, de la verdad respecto al fondo de los asuntos encarados, sino que más bien, en muchos casos, contribuye a disimularla. Por eso, en vez de esforzarse por saber más, el discurso habitual de los juristas se elabora con base en un tejido de conceptos que permiten "hacer la vista gorda" frente a los conocimientos usuales de otras disciplinas, más realistas; lingüística, sociología, etc. Esto es, respecto a todo conocimiento que pueda hacer vacilar las presuposiciones ideológicas, las conclusiones simplistas o los eufemismos de que se vale la argumentación jurídica normal.

El universo teórico-sistemático del discurso jurídico es, en buena parte, de orientación esencialmente *retórica*, mientras que en las restantes ciencias la retórica no juega ningún papel fundamental, cuando menos en sus discursos normales. En qué medida una u otras ciencias logren alcanzar en realidad las verdades que allí se persiguen, eso es algo que, por supuesto siempre puede ser discutible y además es variable. Pero en aquéllas, contrariamente al razonamiento jurídico, no se bloquea *por principio* -mediante ciertas categorías de la dogmática (esencialismos, etc.)⁽⁴¹⁾, y en general porque él contiene en forma acrítica unas precomprensiones que dominan en la "construcción" vulgar del mundo social cotidiano-(⁴²) la utilización de aproximaciones más realistas y que vayan a fondo respecto a los asuntos debatidos. Como forma de pensamiento, la ciencia jurídica normal es, en buena medida, una técnica para cubrir y legitimar la FALTA de los conocimientos verdaderamente científicos sobre cuestiones sociales que el derecho está llamado a

41 Véase, por ejemplo, los razonamientos basados en "esencias" que someto a crítica en dos estudiantes míos: "Naturaleza jurídica de las acciones posesorias. Una interpretación literal, con un excursu metodológico", en *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 34 (enero-abril 1978), p. 185-226, San José de Costa Rica (cf. el Excurso: p. 220 ss.); "Constitución y emergencia. Apuntes en torno al proceso constituyente de Nicaragua", en *Sistema* 85 (julio 1988), p. 109-126, Madrid (cf. el # IV) (dicho estudio fue publicado también en *la Revista de Ciencias Jurídicas* N° 63, mayo-agosto 1989, p. 21-42, San José). De una manera más general sobre el "esencialismo metodológico", con especial referencia a su aplicación para el discurso de los derechos humanos, cf. el # 11. II *Tratado* que se citó en la n. 37.

42 Cf. Peter L. Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, trad. de Silvia Zuleta y revisión técnica de Marcos Giménez Zapiola, Amorrortu, Buenos Aires, 1968 (ed. or., en inglés, 1966).

resolver de alguna manera. Sólo que ese desconocimiento tiene que ver justamente con unos *conocimientos* respecto a OTRAS cosas, en las cuales consiste de modo *exclusivo* el saber "técnico" jurídico: conocimiento simplemente de ciertos *textos*, de derecho positivo o doctrinarios -normativismo-; a los que en todo caso, puede allí servir de conocimiento alguna información superficial sobre realidades sociales o acerca de unos hechos concretos (pero casi siempre estos son contemplados, por el jurista, en forma descontextualizada respecto a saberes de las ciencias sociales).

En conclusión: aun dando por admitido que el discurso jurídico pertenezca, por dichos conocimientos y sobre todo por ordenarlos de acuerdo con un marco teórico propio, a la "familia" de las ciencias, no debería perderse de vista que tal discurso, en virtud del singular papel protagónico que la retórica y la ceguera voluntaria desempeñan en su configuración, es un miembro muy *aparte* dentro de esa familia. Kirchmann lo dijo con otras palabras.

IV

Hay algo, eso sí, que Kirchmann no advirtió. Pero tampoco parecen (¿o no quieren?) percatarse de ello nuestros esforzados teorizadores sobre la definición y las estructuras de lo "racional" o lo "razonable" en el razonamiento jurídico. Se trata, en esencia, de lo siguiente. El derecho está ahí para ordenar contradicciones sociales; y ello se hace básicamente de acuerdo con la ideología política dominante en el país respectivo. Pero esta tiene, como toda ideología, la función de mitologizar la captación de los fenómenos sociales, por lo cual el pensamiento jurídico necesita someterse a unos puntos de vista NO científicos y, en general, a los déficit de racionalidad consubstanciales a la *Weltanschauung* de la ideología en cuestión. Las bases del razonamiento jurídico no pueden alejarse demasiado de las precomprensiones que caracterizan al *conocimiento vulgar*⁴³). Por tanto, aquél está condenado a aceptar buena parte de los simplismos e inconsistencias propios de este.

Aunque el jurista emplea también buen número de términos y nociones que hacen de su discurso una jerga especializada, ello no quita que ese discurso en su conjunto, como sistema de razonamientos, quede en última instancia subordinado a una serie de conceptos fundamentales y de hábitos de inferencia que corresponden

43 El conocimiento vulgar está repleto, en el nivel de tales precomprensiones, justamente de aquellas "construcciones" a que se refieren Berger/Luckmann (cf. la obra señalada en la n. 41, *supra*).

a las ideologías que lo sustentan. Esto resalta de la manera más neta en sectores claves del Derecho Público: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Laboral, etc., que en definitiva giran en torno a unos conceptos indeterminados - "orden público", "moral y buenas costumbres", "interés nacional", etc.- tomados del lenguaje de la política o de la moral dominante⁽⁴⁴⁾. Si bien se mira, el derecho no es otra cosa, básicamente, que política aplicada. Mas el mundo de la política, y en general el de los entramados sociales, es cualquier cosa *menos* un edificio racional (o razonable) de conductas racionales (o razonables)⁽⁴⁵⁾.

Los seres humanos piensan y actúan racionalmente, cuando lo hacen, sólo en esferas bastante limitadas de los comportamientos habituales. Por lo general, consiguen ser racionales únicamente cuando, ante todo, no los ciegan sus emociones, incluidas las de origen ideológico (convicciones políticas, religiosas, etc.) Casi siempre, la conducta racional de cada quien no va más allá de hasta donde alcancen sus conocimientos reales del asunto, esto es, el restringido ámbito de ciertos tipos de experiencias propiamente personales de la vida cotidiana (amistades, negocios, etc.) En lo demás, tanto en la forma de conducir su vida personal como en la generalidad de las conductas que forman la coordinación macrosocial, y más que nada en todo -¡y es mucho!- cuanto depende de su (in)comprensión de las fuerzas reales que producen esta coordinación, la gente entiende y actúa, de hecho, movida principalmente por impulsos que no somete a reflexiones racionales: intereses (opuestos), costumbres, fantasías ideológicas, prejuicios estereotipados, la "opinión pública" (*i.e.* lo que opinan las grandes cadenas de televisión y los periódicos de mayor venta), múltiples presiones personales, sentimientos de toda clase,

44 Sobre conceptos jurídicos indeterminados, cf. en mi *Tratado (op.cit. en la n. 37) el cap. III y passim*; en particular, como un ejemplo típico de discursos jurídicos que son muy poco científicos porque se basan en tales conceptos, véase el dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que allí se analiza en el # 28.VII (*vid. esp. p. 418-423*).

45 Utilizo estos dos términos: "racional" y "razonable", simplemente como sinónimos y sin esforzarme por definirlos en forma relativamente precisa. (Pero he tratado de hacer eso en otros sitios, cf. mis estudios: "Racionalidad y método..." (cit. en la n. 3) y "Rationalité" (en *Dictionnaire d'Équilles*, cit. en la n. 6, p. 337-340). Bastará con señalar que arriba tomo dichos términos para indicar modelos de razonamiento aceptados *intersubjetivamente* en comunidades *científicas*, tanto para los de las ciencias en sentido estricto como inclusive para los de las ciencias sociales en general; en el caso de estas últimas, por supuesto que me refiero a disciplinas (psicología, sociología, economía, lingüística, etc.) donde, a diferencia de la argumentación jurídica, entre sus locutores son de poco recibo los ardidés retóricos (véase también la n. 6, *supra*). Por tanto, para lo que nos interesa aquí, razonamientos pertenecientes al ámbito de la llamada *razón práctica*, se trataría de una racionalidad o razonabilidad capaz de sacar provecho, hasta donde sea posible, de dichos conocimientos científicos, y, en todo caso, no ignorarlos ni estar en contraposición con ellos.

etcétera⁴⁶). Ello hace que, en la práctica, el "orden" social sea un tejido extremadamente contradictorio de conductas y de ideas. Tales contradicciones pasan a poblar igualmente lo que es el conjunto de la teoría y la práctica del derecho. Por eso, cualquier intento de encarar el estudio de una sociedad o su derecho como si fueran un sistema racional, conduce inevitablemente a perder contacto con los factores *reales* que la hacen funcionar, cuya racionalidad es de alcances muy parciales. La influencia de esta última es apenas secundaria en la *vida* cotidiana de ese "orden".

Claro que como, así y todo, al fin de cuentas se trata ciertamente de algún "orden", esto implica que allí se dan también una serie de regularidades fundamentales, mientras el orden en cuestión subsista. Pero esas regularidades NO responden a ninguna racional planificación global sistemática, sino que son antes bien el resultado de una complejísima madeja de irracionalidades -los proteicos deseos de individuos y de grupos, y las multiformes maneras de ponerlos en práctica- que encuentran, temporalmente, un equilibrio de fuerzas que se traduce en dicho orden. Este no es, en definitiva, sino la regularidad temporal, aunque relativamente inestable, de ciertas ideas y conductas que predominan en una colectividad dada, pero sin que cada una de ellas ni sus relaciones mutuas obedezcan fundamentalmente a unos patrones firmes de racionalidad. En toda colectividad, y en su derecho, lo racional y lo irracional constituyen en la práctica, una mezcla indisoluble y siempre variable⁴⁷). Una sociedad y un derecho racionales no existen, ni pueden existir, más

46 Cf., además de la ya citada (n. 41) obra de Berger/Luckmann, por ejemplo, el conocido análisis de Joseph Schumpeter sobre "La naturaleza humana en la política", apartado 3 del cap. XXI de su clásico libro *Capitalismo, socialismo y democracia* (ed. or. en inglés: 1942); o *vid.*, por recomendación del propio Schumpeter (primera nota de dicho apartado), el "franco y encantador" libro de Graham Wallas sobre *La naturaleza humana en la política*. De una manera más general, y para no embarcarse en desvaríos tipo Rawls, u otros (Habermas-Apel, Lorenzen-Schwemmer, etc.), vale decir, para no olvidarse de cómo piensan y actúan *realmente* los hombres en la vida, cf. cualquier manual de psicología social, o bien, por ejemplo, dos obras como las siguientes: orientado al examen de rasgos generales de la psicología individual, el tan ilustrativo estudio de Erwin Goffman sobre *La presentación de la persona en la vida cotidiana*, trad. de Hildegard B. Torres Perrán y Flora Setaro, Amorrortu, Buenos Aires, 1971 (la ed. or., en inglés, es de 1959); orientado hacia la mentalidad de la conducta política y en general de las ideologías sociales, el llamativamente desmistificador libro de Régis Debray, *Crítica de la razón política*, trad. (con muchos defectos) de Pilar Calvo, Cátedra, Madrid, 1983 (ed. or. en francés: 1981).

47 Nunca podrá ser evocada demasiadas veces -máxime mientras subsistan (parecen llamados a tener larga vida) unos espejismos "constructivistas" y, en general, la imaginiería de las concepciones racionalistas sobre lo que son o pueden ser las colectividades humanas- la insuperable caracterización de Gustav Radbruch respecto a lo que constituye la principal

que en los acomodables mundos del *wishful thinking*. Sin embargo, buena parte de la actual Teoría del Derecho vuelca sus afanes a efectuar unas indagaciones sobre cómo puedan razonar los juristas de mundos por el estilo. Juristas que, claro está, poco tienen en común con aquellos otros, los cotidianos, los de carne y hueso, que Kirchmann conocía tan bien⁽⁴⁸⁾.

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

actividad "científica" de los juristas, su discurso interpretativo tal y cómo este es producido en la realidad: "una insoluble mezcla de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos" (*Filosofía del Derecho*, cap. 15 *in limine*, de esa obra hay versión en castellano por José Medina Echavarría, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933 y con reediciones). [Téngase además en cuenta las palabras de Goethe recogidas en la n. 15, *supra*, pero también lo que se puntualiza hacia el final de esa misma nota]. No es aquí el sitio indicado para discutir si, en consecuencia, resultaría ser errónea la famosa tesis de Max Weber sobre el derecho moderno como proceso de "racionalización". Sea como sea, lo cierto es que en la medida en que tal proceso concierne al papel de la dogmática jurídica entendida como un edificio teórico que *sistematiza* (conceptos precisos, coherencia lógica, inferencias deductivas, etc.) los preceptos del derecho, tal "racionalización" no ha impedido la amplia intervención de todo aquello que mencionaba Radbruch. No lo impide, en efecto, no sólo porque de hecho los hombres, sin excluir a los juristas, desatienden tan a menudo sus propias elaboraciones intelectuales (*supra*, n. 45), sino inclusive porque, aun sin violar propiamente aquellas sistematizaciones, estas no alcanzan a eliminar, ni siquiera en el mero plano del pensamiento, las inseguridades y en general las múltiples manipulaciones ideológicas legitimadas -¡sin afectar a la *lógica* jurídica!- mediante la intervención de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados (*supra*, n. 43) que juegan en el centro mismo de los sistemas en cuestión. Estos conceptos le permiten al jurista intérprete *acomodar* (elásticamente) el sistema de las preferencias ideológicas, o sencillamente a los intereses, con que él acepte identificarse.

- 48 Compárese, por ejemplo, los inauditos rebuscamientos a que, para "justificar" cosas cuya fundamentación nadie pide en la vida real, recurre Rawls, con la manera en que los jueces razonan *de veras*, abundantemente registrada en la investigación de Lautmann (*supra* n. 7) y en tantos otros estudios (p. ej., cf. el trabajo de Frank que se indicará en la n. 49). Y por eso mismo, también piden lo imposible quienes, aun sin caer en lo de Rawls, piensan, como por ejemplo Atienza, que la Ciencia del Derecho puede llegar *efectivamente* a ser en general una "tecnología" (*supra*, en el texto, luego de la n. 8). Esto se conseguiría, según él, logrando que la dogmática jurídica se combine con una serie de otras disciplinas científicas (cf. Atienza, *op. cit.* en la n. 8, cap. 5). Pero habría que preguntar, digo yo: ¿quién le pone el cascabel al gato?

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

De ahí que el carácter retórico del razonamiento jurídico, y en general su endeblez como discurso científico, no es cosa que en él sea un aspecto más o menos secundario y se le pueda corregir. Por el contrario, ESA es la condición misma para posibilitar que este tenga existencia (real) en una sociedad (real). Para que de manera efectiva pueda cumplir con sus funciones esenciales, las de servir como medio común de ordenación -control, pacificación- social, tan necesario es que *parezca* racional como que en verdad NO lo sea mucho. Se trata de que, a los ojos del hombre común, eso impresione como si fuera el cumplimiento de soluciones racionales y estuviera sometido allí a una discusión de carácter científico, justamente porque se trata de algo que *en la práctica* no es, ni jamás será, resuelto predominantemente de tal manera... ¡por lo menos mientras la genética no produzca inéditos milagros en los cerebros de la gente! Se trata ni más ni menos que de *decisiones* respecto a distintas posibilidades de ordenación político-social para las conductas humanas. Pero, de hecho, una decisión no suele resultar más racional que la voluntad y el conocimiento de quienes la impulsan. En el caso del derecho, los actores principales -grupos de presión, políticos, jueces, etc.- que determinan su dinámica no son, precisamente, unos "decididores racionales" (J. Muguerza), ni un grupito de sofisticados iusmetodólogos, sino personas de mentalidad común. En todo caso, si son juristas, sabrán también expresar *esa* mentalidad con ayuda de su lenguaje profesional. Sería el milagro de los milagros si gente así se resolviera a aprender, primero, y a aplicar al pie de la letra, después, los sutiles complejos de reglas racionales de que los supone imbuidos la más "avanzada" Teoría del Derecho⁴⁹.

49 Fantasías semejantes sobre el razonamiento jurídico se encuentran, cabe reconocerlo, no sólo en la obra de estos teóricos del derecho, sino inclusive en la de conocidos pensadores que se dedican a temas epistemológicos más generales. Así, y aunque parezca mentira, autores de merecida fama internacional como Toulmin, Perelman, Gadamer, etc., han llegado a decir, ni más ni menos, que la forma de razonar cultivada tradicionalmente por los juristas puede servir como paradigma del pensamiento racional o razonable *en general*, sin excluir el de las ciencias más avanzadas (por lo menos en cuanto a las discusiones sobre las bases teóricas mismas que se dan en éstas). Mas, en el caso de esos autores cabe excusarles -digo yo- tal desliz, porque en general ellos (Perelman es la excepción) no parecen estar informados acerca de cómo los juristas discuten *realmente*, o sea que aquellos se basan más bien en ciertas superficiales apariencias de esas controversias o en lo que al respecto dice la propia ideología

Por eso está irremediablemente condenada a equivocarse, de punta a punta, siempre, cualquier teoría sobre el discurso jurídico que trate de entenderlo, o de programarlo, como un sistema de locutores básicamente *racionales*. No sé si Kirchmann advirtió que esto es, sean cuales fueren las fuentes de decisión reales a que se prefiera recurrir, una cosa imposible de realizar. Su inocente fe en el "derecho natural" como alternativa, hace pensar que todo eso no lo tenía tan claro. No parece haber cobrado conciencia del carácter *inmanentemente* poco racional que tienen las ordenaciones colectivas para la conducta humana y las ideologías populares acerca de ellas. Pero sí vió, con entera lucidez, el hecho de que el razonamiento habitual de los juristas deja mucho que desear. A él no se le escapó que, como diría Frank muchos años después, también los juristas son "humanos"⁵⁰. Y no pocas veces -se podría agregar- hasta *demasiado* humanos...

La circunstancia de que, en cambio, un *approach* como el de Rawls o batidos de superficie como los de Dworkin conciten hoy tanta atención en la Teoría y la Filosofía del Derecho, revela que "algo huele mal" en esta Dinamarca. Catatónicas "construcciones", por un lado. Maquillaje terminológico para que ciertas trivialidades, combinadas con unos entreveros de cartas, se promocionen como conocimientos "en serio", por el otro. Y en medio, pedanterías para todos los gustos. Si la Filosofía del Derecho se ha mudado a la galaxia de Rawls, donde unos seres imaginarios se entretienen en discusiones imaginarias sobre planteamientos imaginarios, y si la Teoría del Derecho no encuentra nada más "serio" en qué ocuparse que de darle vueltas a las clásicas (cambian unos detalles terminológicos) ingenuidades que reentrevera Dworkin, entonces poco ha de extrañar, claro está, el escaso interés que allí se nota en tratar cuestiones que ciertamente son más incómodas para la buena conciencia de los juristas. Cuestiones como esas que Kirchmann tuvo el atrevimiento de poner sobre el tapete.

¡Cuesta creerlo! Una moderna revista europea de Teoría del Derecho, que pretende ser continuadora de nada menos que la *Revue internationale de la Théorie du droit* fundada por Kelsen, dedicó gran parte de sus dos primeros números a un "Dossier: Ronald Dworkin" (*Droit et Société*, Nos. 1 -agosto 1985- y 2 -enero

profesional de los juristas. Si no queremos dejarnos seducir por estos espejismos, la mirada dirigida a aquilatar (¡en forma realista!) la naturaleza del discurso jurídico debe más bien estar dispuesta a dar un giro de 180 grados respecto a dicha ideología: esto es, tomar una orientación como la que sugieren, por ejemplo, las palabras de Carlos Castilla del Pino (*Estudios de psico(pato)logía sexual*. Alianza Editorial-El Libro de Bolsillo Nº 1026, Madrid, 1984, p. 9).

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

1986-, L.G.D.J., Paris). Si ahí se hubiera incluido, en todo caso, algún ensayo que buscara explicar por qué un autor como este, cuyos trabajos no sobrepasan (ni en profundidad ni en originalidad) el nivel de muchos artículos del montón de los que aparecen en Alemania o Italia, ha logrado tanta difusión y suscitado tanto comentario, tal vez tendría alguna justificación -no por razones inmanentemente teoréticas, pero al menos para examinar unos aspectos de psicología social del comercio de ideas académico- efectuar tal "dossier". Por el contrario, los editores de esa revista fueron los primeros en no dudar que el éxito comercial de un autor basta para acreditar que también su valor académico tiene un sustento "en serio"; y quienes escribieron allí los comentarios partieron, se ve, de la misma base (hasta el más agudo entre esos comentarios, el de Michel Troper [Nº 2, p. 41 ss.], revela justamente, por el inusitado despliegue de pedantería a que consideró necesario recurrir para desmenuzar lo que dice Dworkin, cuán "en serio" se ha tomado el discurso de este). Es inimaginable que si los estudios de Dworkin hubieran aparecido, por ejemplo, en *Rechtstheorie, Archives de Philosophie du Droit* o *Doxa*, para no mencionar sino unas publicaciones de bastante difusión, alguien los hubiera llegado a considerar como *especialmente* dignos de atención. En el mejor de los casos, si por azar se hubiera podido entonces encontrar algún colega interesado en comentar algo de lo escrito en esos trabajos, tal comentario no hubiera recibido más énfasis que cuando ello se hace respecto a tantos otros estudios, para los que a nadie se le ocurre consagrarles ningún *dossier*. Compárese la "profundidad" de los exámenes de Dworkin con estudios como, por ejemplo, los de Lautmann, Schreckenberger, Alexy y Ost (cit. en las notas 7, 26 y 28, *supra*); análisis que, acaso por no ser lo bastante "serios como para venir a beatificar la retórica jurídica profesional, están lejos de haber levantado tanta polvareda. Moderno émulo del Prof. Beale (cf. Frank, cap. VI, *op.cit. supra* en la n. 27), Dworkin ha obtenido lo que a su antecesor, y a muchos otros como este, le estuvo vedado: conseguir que la fe en el postulado retórico de que el derecho positivo *preestablece una sola* respuesta "correcta" respecto a cada caso, retome cierta respetabilidad teorética incluso para estudios de Teoría del Derecho, nivel donde parecía haberla perdido definitivamente -aunque siempre siguió conservándola, claro está, en el seno de la dogmática jurídica misma-. En efecto, con Dworkin la discusión retrocede a planos de candidez que allí cabía suponer dejados muy atrás desde, por lo menos, comienzos de siglo. ¿Habrá que pensar en un "eterno retorno" del *Basic Legal Myth?* (cf. Frank, *passim*; en especial los caps. VI, VII a IX, de la Parte Primera, y I de la Parte Tercera). Pues lo de dicho autor ni siquiera ofrece ese interés de "curiosidad" que a muchos seduce en unas divagaciones como las de Rawls. A este último, en todo caso cabe reconocerle la fuerte originalidad (aunque sea vana) de sus planteamientos, y por cierto un talento como escolástico. En cambio, el éxito de Dworkin desafía cualquier explicación en términos de eventuales *desarrollos*

para la Teoría del Derecho. Lo que él sostiene había sido ya muchas veces planteado y discutido, sólo que más a fondo (con unas u otras variantes terminológicas), en numerosos estudios acerca del razonamiento jurídico. ¡Lástima que no esté Kelsen -o Frank, etc.- para comentar *en serio* esas "seriedades"! [Véase también, un poco más abajo, la n. 50].

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

El resultado es, por cualquiera de esas vías, y también por algunas otras (lógica deóntica, semántica estructural, etc), más o menos el mismo en cuanto a lo decisivo: renunciar a cualquier examen *radicalmente* científico de lo que el discurso del derecho es y acerca de cómo actúan *de hecho* sus operadores profesionales. ¡Cualquier cosa menos indagar cómo eso funciona *en la realidad*! Todo lo contrario, pues, de lo recomendado por aquella conocida sentencia de Marx que constituye la clave, como principio heurístico, para cualquier aproximación realista

a los fenómenos sociales, tanto respecto a las conductas mismas como a los discursos relacionados con estas: "Ser radical, es coger los asuntos (*die Sache*: la cosa) por la raíz; pero en cuanto al hombre, la raíz [de todos sus asuntos] es el [o mejor dicho: los distintos] hombre[s] mismo[s]". El escapismo de enfoques como los de Rawls, Dworkin, etc., reside precisamente en NO apuntar hacia la "raíz" de los fenómenos jurídicos, no se ocupan de cuanto piensan y hacen los juristas *de carne y hueso*. Esos enfoques se autoconfinan a no ir más allá de cierto plano, muy limitado, de la *semántica* jurídico-profesional. Tratan sobre unas condiciones simplemente *discursivas* que se acostumbra usar para presentar determinados razonamientos, sean estos de hombres reales (jueces, en Dworkin) o imaginarios ("sean racionales", en Rawls)⁽⁵¹⁾. Sobre la realidad, esto es acerca de los resortes psicológico-judiciales y sociales que son decisivos ante las opciones interpretativas habilitadas por dichos discursos, y qué consecuencias prácticas estos puedan o no acarrear, se encontrará poco o nada en tales exámenes. Por el contrario, ellos apuntan más bien a disimular que dichas opciones existen y que, justamente, NO se resuelven en lo fundamental por aquellas condiciones meramente discursivas.

Dopados por la atmósfera de su propia Dinamarca, las luminarias de la actual Teoría del Derecho no se hallan, claro está, en la mejor situación para apreciar las ráfagas de aire fresco que desprende el texto de Kirchmann. Un texto que, mal que bien, apunta hacia cosas capaces de desasosegar los laboriosos, pero tranquilizan-

51 A decir verdad, la diferencia entre ambos enfoques no es mucha. Porque los jueces en que piensa Dworkin, quienes -se supone- hacen lo posible por imitar (aun sin lograrlo de modo pleno) a Hércules, el jurista racional ideal, tampoco son de extracción muy realista que digamos. Se sabe que este "Hércules" es otra versión del modelo, tan vago como idealizante, que Rawls presenta bajo el nombre de "equilibrio reflexivo". Y no ha pasado inadvertido que el de Dworkin "is a system more appropriate to the lecture theatre than the courtroom", pues "Hercules belongs more properly to the Harvard or Yale lecture theatre, rather than the bench of the Supreme Court" (Bernard S. Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, Routledge & Kogan Paul, Londres y Nueva York, 1987, p. 193 y 224). En fin, se trata ni más ni menos que de una ideología profesional jurídica de propaganda a la "seriedad" del trabajo intelectual que efectúan los jueces, es una visión destinada a idealizar, disfrazar, la verdadera naturaleza de ese trabajo, disimular aquello en que éste consiste realmente en las interpretaciones controvertidas. Dworkin "vice donc bien à justifier des pratiques... par lesquelles les juges, qui créent réellement du droit, et, qui plus est, du droit rétroactif, dissimulent cette création en affirmant qu'ils se bornent, par l'interprétation, à découvrir la volonté châchée du législateur ou les principes fondamentaux qui préexistent à leurs décisions. C'est CE discours et pas seulement les droits que Dworkin prend au sérieux" (Michel Troper, "Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin", en *Droit et Société* N° 2, p. 41-52, L.G.D.J., Paris, 1986; la cita es de la p. 52 -el subrayado mediante mayúsculas es mía, E.P.H.-)

tes, ensueños de más de un iusmetodólogo. Pues Kirchmann habla, sin rodeos, de cuestiones que conciernen precisamente a la "raíz" del quehacer jurídico: no de unas "construcciones" *a propósito de éste*, sino de lo que hacen sus protagonistas *reales*. Tanto la mentalidad de estos como el tipo de sus discursos profesionales han cambiado poco o nada de entonces a acá. Ha cambiado, eso sí, la Filosofía y la Teoría General del Derecho. Mas, con el ejemplo de Kirchmann a la vista, acaso no sea tan inevitable resignarse a que ahora el destino de la Teoría del Derecho se tenga que jugar entre la iusciencia-ficción y el camuflaje "en serio" de racionalizaciones jurídico-profesionales.

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

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

un siglo y medio de lo de Kirchmann sigue siendo desatendida, como es natural, por los juristas dogmáticos. Y no menos alegremente se ingenian para desaprovecharla, eso sí con toda la científicidad del caso, también nuestros iusepistemólogos *dernier cri*. No poco mérito tienen los trabajos reunidos en el presente volumen por permitirnos apreciar, desde distintos ángulos, que de esa lección hay todavía mucho que aprender, y también que discutir.