

PUNTUALIZACIONES REALISTAS SOBRE LA CONCEPTUACIÓN: «REDES» DEL DERECHO*

Realidades, silencios y fantasías que se conjugan al postularla como «paradigma» renovador del pensamiento jurídico

Enrique P. Haba

Universidad de Costa Rica

e.p.haba.m@gmail.com - enrique.haba@ucr.ac.cr

RESUMEN. Lo denominado *redes* advierte sobre un variado complejo de datos jurídico-normativos producto de décadas recientes, ajenos a la doctrina tradicional («pirámide») sobre fuentes del derecho. Sin embargo, ello no implica conmovir las modalidades de argumentación discursivo-retóricas del pensamiento jurídico. Calificarlo como «cambio de *paradigma*» sugiere una engañadora analogía entre razonamientos de los juristas y los netos requerimientos metodológicos característicos de las teorías aceptadas en las ciencias de la naturaleza. A diferencia del realismo jurídico, igualmente así permanecen relegados tras bambalinas los ingredientes relativamente voluntaristas de los conflictos de interpretaciones (con sus estrategias retóricas) en los tribunales y en la doctrina jurídica, como asimismo se hace abstracción de los múltiples desfases entre *law in books* y *law in action*. Eso deriva incluso en la falacia intelectualista de postular, a título de nuevo «paradigma», un hermeneuta todopasiente (Hermes) como modelo por excelencia para los profesionales del derecho.

Palabras clave: fuentes de derecho, redes jurídicas, paradigmas, hermenéutica, kelsenismo, realismo jurídico.

Realistic Remarks About the Conceptualization: Legal «Networks». Realities, Silences and Fantasies that Combine to Postulate it as a Renovating «Paradigm» in Legal Thinking

ABSTRACT: These so-called *networks* focus their attention on a very diverse complex of legal-normative data emerged in recent decades, alien to the traditional doctrine («pyramid») about the sources of law. However, this does not imply a subversion of legal thought in order to deeply change the ways of its traditional discursive-rhetorical modalities of argumentation. To call this a «*paradigm shift*» suggests a deceptive analogy between jurists' reasoning and the clearly methodological requirements that characterize the accepted theories in natural sciences. Unlike legal realism, also those kinds of reasoning hide the relatively voluntaristic ingredients of their conflicts of interpretations (with their rhetorical devices), very frequent in courts and in legal doctrine. They also make abstraction of the multiple gaps between *law in books* and *law in action*. This derives

* Fecha de recepción: 29 de julio de 2017. Fecha de aceptación: 30 de enero de 2018.

even in the intellectualist fallacy of postulating, as a new «paradigm», an all-wise ius hermeneut (Hermes), conceived as the model par excellence for modern jurists.

Keywords: sources of law, legal networks, paradigms, hermeneutics, kelsenism, legal realism.

La interpretación jurídica es una indisoluble mezcolanza de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, *reproductivos* y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos.

«Realism» is also used in opposition to «romanticism», «fantasying», «prettifying», and «wisbful thinking». It is in this sense that «realism» was employed in the label «legal realism»¹.

Si bien la Teoría idealista («estándar») de la Argumentación Jurídica es, entre las doctrinas que hoy ejercen la voz cantante en la disciplina especial Teoría del Derecho, posiblemente la ideología acerca del razonamiento jurídico que ha logrado alcanzar mayor difusión entre los propios juristas profesionales², vemos que en el seno de dicha Teoría ha cobrado también algún auge, desde hace pocas décadas, una visión doctrinaria que en cierto aspecto viene a ser más realista. Esta acude a un modelo de descripción que denomina «red», para llamar la atención sobre la existencia de muy variadas «fuentes» activas de dichos razonamientos especializados, otras que la doctrina tradicional de la materia —esa generalmente presupuesta en el derecho «continental», enseñada en cursos como Introducción al Derecho— no contempla.

Dicha idea de «red» destaca elementos de referencia normativos que han ido tomando un protagonismo creciente y por cierto muy decisivo, sobre todo desde aproximadamente las tres últimas décadas del siglo pasado, para determinar qué sea reconocido como jurídicamente relevante en ordenar numerosas especies relativamente nuevas de relaciones sociales y para tratarlas llegado el caso en los tribunales. Pero aunque esto último es verdad, y bien vale la pena tenerlo muy en cuenta, la manera en que aparece planteado teóricamente suele conllevar silencios muy significativos; también ha permitido inducir unas conclusiones misticistas sobre cómo se llevarían a cabo las interpretaciones del derecho en la actualidad.

Ordenaré mi comentario al respecto así: 1. Apreciación general. 2. ¿En contraposición a KELSEN o es antes bien al «kelsenismo»? 3. Persistencia de los *modus* de razonamiento jurídico típicos. 4. Papel de las «redes» en el seno de la «mezcolanza»-derecho. 5. Un modelo renovado de jurista imaginario. 6. Conclusiones generales: otra teorización ilusionista (y reduccionista) acerca del pensamiento jurídico, pero incluye unas comprobaciones que importa tener en cuenta realísticamente.

¹ RADBRUCH, 1970: 211 (trad. E. P. H.) (primera cita). FRANK, 1931: 238, n. 70 (segunda cita).

² *Vid.* HABA, 2014.

1. APRECIACIÓN GENERAL

Se afirma que contemplar al derecho como «red» constituiría un radical cambio de «paradigma» frente a la idea de «pirámide» estatal, en la manera como esta se imputa sobre todo al modelo señaló KELSEN en su *Teoría pura del derecho*. El acento es puesto en que este «paradigma» anterior se restringe a considerar como «fuentes» del derecho las que clásicamente se indican como tales: Constitución, leyes, reglamentos administrativos, jurisprudencia, complemento por doctrinas dominantes para interpretar eso mismo; todo lo cual viene ahí jerarquizado verticalmente de modo lineal. En cambio, lo llamado «red» comprende además variadas otras instancias normativas operando en múltiples niveles de interacciones que ahora resultan a menudo ser las más decisivas incluso en el razonamiento jurídico.

Entre quienes sustentan tal idea se destaca el profesor François OST. La ha planteado reiteradamente, de manera muy informada y con reflexiones talentosas, en difundidas publicaciones y conferencias. El presente comentario procura poner de relieve cuestiones fundamentales al respecto que dichos planteamientos dejan de lado (al menos en las exposiciones que examino aquí)³; ellos contribuyen antes bien a mantener eso disimulado.

Eso llamado «redes» (desde mucho antes se habló de «pluralismo» jurídico) lo presenta OST en combinación estrechísima con las nociones «circulación de sentidos» y «paradigma» teórico; complementado además con la metáfora-«Hermes» como orientación metodológica. Sintetizan la idea central de dicho autor unas afirmaciones como estas:

Hermes adopta la forma de una red. No tanto un polo ni dos, ni incluso la superposición de los dos, sino una *multitud* de puntos en interrelación. [...] El Derecho postmoderno, o Derecho de Hermes, es una estructura en red que se traduce en *infinitas* informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables⁴.

Terminologías aparte, lo esencial de eso fue advertido desde al menos las décadas iniciales del siglo XX: «derecho viviente» según EHRLICH, carácter «institucional» del derecho según S. ROMANO, y otras variantes doctrinarias. Cada una de esas visiones —llamémosles, si se quiere, «paradigma» *extra*-«piramidal» (para emular la terminología de nuestro autor)— ponen el acento, variadamente, sobre instancias no-estatales productoras de «derecho». De todos modos, dirigir la atención hacia distintas «fuentes» sociales que integran lo denominado «derecho» no depende de si a este asunto

³ OST: 1993, 2014a, 2014b, 2017. **Anotación.** Las ideas expuestas en esos sitios son congruentes entre sí, por lo cual cabe concluir que este autor mantiene los puntos de vista principales al respecto considerados aquí. No he podido consultar: M. OST y M. KERCHOVE, 2002: *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles. Sin embargo, como ese libro se ubica en el camino entre 1993 y 2014, no es probable que contenidos de aquel vengan a rectificar propiamente tales ideas claves, y tanto menos cuanto que el título mismo de esa obra coincide con el de 2014a. Y aun en 2017, si bien el término «red» aparece apenas de paso, esta idea es conservada básicamente: «La *circulación* entre los discursos prevalecientes en cada una de las esferas especializadas» (40) y «las 1.001 formas de organizar el Derecho contemporáneo como una *red*» (33) [sin perjuicio de señalar que ello «Exige precisiones y rectificaciones» (31, cfr. también la * N. de la T.); y *vid.* también *infra*, la cita contenida en el párrafo inmediatamente anterior a aquel donde se señala la n. 39.

⁴ OST, 1993: 172 [en esta y otras citas tomadas de ese sitio, las *cursivas* se añaden por mi cuenta (E. P. H.)].

se le denomine de unas u otras maneras; aquí procuraré ofrecer algunas observaciones relativas al fondo mismo de ello, llámesele como se le llame académicamente.

Mis consideraciones se fijarán principalmente, a diferencia de OST, en puntualizaciones claves del *realismo jurídico*. Entiendo tal denominación en sentido amplio⁵, esto es: no solo para indicar los autores señalados clásicamente para la corriente llamada así (O. W. HOLMES, K. N. LLEWELYN, J. FRANK, A. ROSS, B. CARDOSO, etc.) y a quienes han seguido sus orientaciones básicas, sino también a fundamentales análisis no-formalistas sobre el lenguaje jurídico (G. WILLIAMS, H. NEUMANN-DUESBERG, G. TARELLO, G. R. CARRIÓ, etc. —*i. e.*, no los juegos sintácticos de lógica deóntica u otros esquematismos formalistas—) y en general desmitificaciones con respecto a los funcionamientos efectivos de las instituciones jurídicas (así, el iluminador examen de ARNOLD: acerca de *The Symbols of Government* o el cardinal librito de J. MOURGEON sobre *Les droits de l'homme*, el singularísimo estudio de campo de R. LAUTMANN, etc.).

* * *

Es innegable que se han producido esos cambios sociales. El papel regulador de los órganos estatales, en las relaciones individuales y las grupales, ha cedido en muy señalable medida ciertos altos grados de hegemonía y autonomía que esos órganos conservaban hasta hace no mucho tiempo. Pasan a intervenir cada vez más unas «fuentes» regulativas aparte, en virtud de las cuales queda encogido en medidas mucho mayores que antes el grado en que resulte determinante cuanto emana específicamente del conjunto de dichos órganos, las potestades efectivas de sus propios operadores para imponerse en el medio nacional. Y es cierto que la imagen-«red» orienta, en alguna medida, para hacer gráfico metafóricamente tales cambios, mientras que la imagen-«pirámide» constituye una metáfora más cercana a lo que la dogmática jurídica profesional presentaba (y sigue presentando) como la presunta «lógica» propia de los razonamientos jurídico-positivos.

Al gusto teórico por acudir a esas dos metáforas es dable llamarle un asunto de «paradigmas»; no menos que llamarle de cualquier otra manera o prescindir de tal denominación. Decir «paradigmas» puede constituir una manera literariamente ingeniosa para ubicar bajo este etiquetado académicamente atractivo dichos cambios. Dada la profusa literatura académica relacionable con esas metáforas, por cierto es dable desmenuzar una amplísima gama de comparaciones y desarrollos adicionales al respecto, lo cual muy bien puede tener su interés propio para sectores de estudiosos en el seno de la disciplina especializada Teoría del Derecho. Aquí no me referiré a los numerosos detalles de esa índole traídos a colación por OST, señaladamente sus perspicaces comparaciones histórico-doctrinarias y en general sus comentarios sobre unas teorizaciones específicas; me voy a concentrar en lo que estimo ser los alcances propiamente «operativos» (por así decir) de lo señalado mediante estos planteamientos suyos, o sea, aquilatar las *prácticas* jurídicas mismas de referencia.

[Desde luego, la calificación «paradigmas» suena atrayentemente «técnica». Por mi parte, estimo que bien cabe prescindir de ella, señaladamente para evitar sucumbir

⁵ Mi propia presentación general más elemental al respecto es HABA, 2018a: Primera Parte. Para análisis muy pormenorizados en esas línea, *vid.* HABA, 2006 o 2012.

a la tentación de caer en confusiones cruciales entre cómo funcionan las dinámicas de pensamiento dominantes entre los operadores del derecho y las aplicaciones de dicho término en estudios de epistemología sobre ciencias de la naturaleza⁶. Pero reconozco que es dable llamarle «cambio de *paradigma*» aun al asunto en examen, pues esta palabra nos la encontramos entendida de maneras estrictas y otras más o menos extensivas. Como también, por lo demás, no hay dos órdenes de cosas en el mundo, tanto el real como para los imaginarios, entre las cuales no sea dable localizar alguna analogía; p. ej., entre unas teorizaciones sobre el derecho y los modos de razonar en aquellas ciencias.]

No ignoro la gran importancia práctica real que tienen los elementos señalados por dicho autor en lo *descriptivo* sobre «fuentes» jurídicas nuevas, esas que las maneras tradicionales de presentar el edificio-derecho omiten indicar; ni por asomo entiendo objetarle (¡es todo lo contrario!) que dirija la atención hacia cuán novedoso sea eso en comparación con lo de fijarse nada más que en las «fuentes» tradicionales. Pero advertencias como las que traeré a colación se justifican, a mi juicio, porque, si bien en planteamientos como esos de OST no es negado en forma expresa el papel de los decisivos aspectos *realistas* que señalaré, lo cierto es que también mediante ese enfoque suyo resulta que *perlocutivamente* (AUSTIN) se mantiene la vista apartada de *estos* aspectos justamente. Y tanto más es así cuanto que tal *no-hablar-de* constituye la tendencia amplísimamente dominante en los estudios especializados de Teoría del Derecho, no mucho menos que como se impone en forma absoluta en la dogmática jurídica profesional. Por eso resulta que, a diferencia de los estudios de realismo jurídico, tampoco puntualizaciones como las de OST vienen a «chocar» con ninguna de las teorizaciones que tienen hoy mucho renombre en dicha disciplina (si no estuviéramos ahí ante omisión tan generalizada, es claro que no habría por qué abocarse a volver la vista hacia observaciones elementales como esas sobre las cuales pondré el acento aquí).

En efecto, deseo colocar sobre el tapete ciertos rasgos decisivos sobre cómo son los razonamientos jurídicos *reales* ubicables incluso bajo la etiqueta «red». Lo cierto es que ella escamotea, al menos de la manera como eso es presentado por OST, hacer advertir el papel que ahí juegan *otros* elementos constituyentes de las prácticas jurídicas. Estos últimos continúan siendo, no menos ahora que antes, muy decisivos para configurar esas prácticas.

Nociones como «red» y «pirámide» son *figuras* de pensamiento que en variadas medidas señalan, ambas, aspectos que pueden formar parte de razonamientos jurídicos, unas veces sí y otras no. En el caso afirmativo aquellas intervienen ya sea como factores de reflexión efectivamente decisivos ahí, ya sea en calidad de meros parapetos retóricos en la fundamentación invocada. Los estudios realistas sobre el razonamiento jurídico no necesitan partir, pues, de ningún pre-judicio en cuanto a que lo decisivo para configurar esos razonamientos profesionales sea ni uno ni otro de tales «paradigmas» en forma omni-general. Para los realistas se trata, sobre todo, de advertir cuáles son los argumentos jurídicos *mismos* que se invoquen como contenidos de estos razonamientos: fijarse si de veras es tal alternativa de «paradigmas» lo que hace ahí alguna

⁶ Sobre lo crucialmente desorientadora que es la analogía fundamental así presupuesta entre teorías de dichas ciencias y teorías jurídicas, en otro sitio he señalado en qué consiste básicamente la confusión central al respecto: HABA, 1993 (mejor en sus dos versiones posteriores).

diferencia *efectiva* para optar por determinada solución de derecho en vez de otra, en la *propia* «cabeza» del operador jurídico. En cambio, la idea de venir a detectar UN «paradigma» *generalísimo* en los razonamientos de los operadores jurídicos, algo así como su *quid*-«esencia», suerte de «llave» maestra capaz de decidir por sí sola *cuáles* sean los contenidos efectivos de esos discursos, llámesele «pirámide» o «red», o como mejor gusten otros escritores de Teoría del Derecho, al fin de cuentas no constituye mucho más que un ilusionismo profesoral: ¡falacia intelectualista! (WALLAS).

2. ¿EN CONTRAPOSICIÓN A KELSEN O ES ANTES BIEN AL «KELSENISMO»?

El «adversario» por excelencia al que se entiende contraponer ese «paradigma-red» es la *Teoría pura del derecho* de KELSEN. Si bien OST consiente que la «pirámide» señalada en esta obra puede formar parte, incluso ella, de razonamientos (pocos o muchos) utilizados para interpretar el derecho, esto no vendría a constituir, aun en tales casos, sino *una* vía —textos oficiales estatales: constitucionales, legales, etc.— entre las múltiples que componen las fuentes en «red» utilizables para esas interpretaciones.

Ambos «paradigmas» hablan de ángulos de pensamientos respectivos que caben, tanto el primero como el segundo, dentro de ese vasta «familia» (WITTGENSTEIN) de juegos de lenguaje que son ubicados, por unos u otros locutores, bajo el término en común: *derecho* o *jurídico*. Si bien aquello sobre lo cual se llama la atención mediante la caracterización derecho-«red» es diferente de lo señalado por KELSEN, lo primero no está propiamente en contradicción con lo segundo, máxime teniendo en cuenta el capítulo final de la susodicha obra clásica. Sin embargo, tal caracterización resulta propicia para avalar la candidez de dar por supuesto —¡a diferencia de lo aclarado en el § 45.d)-e) de KELSEN (1982)!— que el manejo de esas «redes» por parte de los operadores jurídicos les permitiría —¿o será que lo hacen ya?— cultivar una suerte de racionalidad («razonable», «equitativo»)⁷ mucho más íntegra que la asentada en el modelo «pirámide» (dejo de lado, para el examen presente, las observaciones de OST sobre el modelo-«Júpiter»; ahí ese autor echa dentro de un mismo saco los simplismos de DWORKIN⁸ con las capitales comprobaciones de los realistas jurídicos clásicos).

Para explorar lo que considero principal del tema central abordado aquí, no considero necesario detenerme a analizar en qué medida *tal* manera de entender los planteamientos de KELSEN le hace de veras justicia a estos: aquilatar si efectivamente sean ellos *en sí mismos* —¡no digo la leyenda denominada «kelsenismo»!—⁹ quienes hubieren ejercido sobre la doctrina jurídica profesional la influencia que, al parecer,

⁷ Cfr. OST, 1993: «El Derecho es ante todo un procedimiento de discusión pública *razonable*, un modo de solución de conflictos *equitativo*» (190); «tendremos que, igualmente, aprender a reformular nuestras respuestas a la cuestión del “*buen* Derecho”» (172). «De la inagotable “idea de Derecho” o aspiración a la *justicia*, sin duda ellos [los juristas, o sea: los discípulos del “dios de la comunicación y de la circulación” (182), “el mediador universal” (171), ese intérprete divino de las “redes” jurídicas (Hermes)] son hoy los intérpretes más autorizados» (181). *Vid.* también *infra*: las transcripciones correspondientes a las nn. 30, 33 y 34.

⁸ Cfr. HABA, 2009a.

⁹ *Vid.* HABA, 2017.

también OST considera evidente (*i. e.*, él no vacila en aceptar básicamente esa misma leyenda). Mas corresponde recordar, al menos, que KELSEN no omitió subrayar que intervienen *múltiples* distinciones doctrinarias, cualesquiera sean, en las *retóricas* interpretativas que emplean los operadores del derecho. No se echa de ver por qué no pueda haber ahí, en retóricas jurídicas del presente, la referencia a distintas «redes» y a unas u otras interpretaciones con respecto a contenidos de estas últimas también, aunque el propio KELSEN no pudo considerar referencias como las actuales. Solo que él, a diferencia de OST, no pasó en silencio sobre el hecho de que las retóricas de los juristas, sean ellas cuales fueren, no poco a menudo se ajustan a estratagemas contra-científicas de razonamiento («obrepciones») ¹⁰ que forman parte de la *ficción* ¹¹ de «seguridad» jurídica. Para esto no constituye impedimento que esas retóricas se apliquen, llegado el caso, también a la interpretación de lo suministrado por cualquier «red» de derecho.

Catalóguese como sea —dígase «red» o «pirámide» o como fuere— a las «fuentes» de derecho indicadas: ¿es o no es cierto, en la *realidad* de las prácticas de razonamiento jurídicas, lo señalado por KELSEN sobre dicha «ficción»? Esta pregunta, cardinal, no es dable contestarla realísticamente sino con base en investigaciones ajenas a todo «*prettifying*» sobre los razonamientos jurídicos considerados. Para *tales* efectos, preguntarse si los argumentos jurídicos empleados constituyan unas «redes» no afecta la naturaleza retórica de sus argumentaciones. Indagaciones que sacan luz en detalle como son estas *empíricamente*, en sí mismos («Toda una cámara de torturas...») ¹², han sido amplísimamente suministrados por numerosos autores ¹³, desde luego que sin dejarse seducir por aproximaciones de tipo Hermes.

Es verdad que la imagen-«red» resulta des-mitificadora frente a la ingenuidad del positivismo *legalista*: ¡no confundir con «positivismo» jurídico *tout court*! En el seno de este último, bajo variadas modalidades ¹⁴, caben autores tan inusualmente perspicaces como KELSEN, ROSS, GEIGER, BOBBIO, HART, TARELLO, CARRIÓ, etc. (más también se califica de «positivistas» a iusestratosferismos como, p. ej., los laberintos desplegados por FERRAJOLI) ¹⁵. En efecto, la «pirámide» jurídica entendiéndola al tenor del positivismo simplistamente legalista constituye una descripción comprobadamente engañosa —es eso lo llamado «kelsenismo»— ¹⁶ sobre los discursos jurídicos profesionales. Mas tampoco basta con advertir lo apuntado mediante la otra imagen, «red», para que entonces la atención hacia ello incorpore incluso la lucidez de ser dirigida hacia cómo las tópicas argumentativas invocadas funcionan *en la práctica*, aun allí donde estas se muevan en función de ciertas «redes».

¹⁰ «La lógica que se utiliza en la ciencia del derecho no es ninguna lógica “jurídica” específica. [...] Lo que aquí se designa de esta manera es cuando más, la ilogicidad de sofismas y de las obrepciones lógicas tales como el argumento a contrario, la deducción de normas a partir de un concepto preconcebido, la pseudo lógica de la jurisprudencia conceptual, o la derivación de normas de “la naturaleza de las cosas”, la ilusión del derecho natural» (KELSEN, 1958: 23 y s.).

¹¹ Cfr. KELSEN, 1982: 356.

¹² *Infra* n. 17.

¹³ P. ej., cfr. los estudios indicados *infra*: n. 17.

¹⁴ Sobre cuán diferentes son los tipos de enfoques que caben bajo la equívoca etiqueta «positivismo» jurídico, *vid.* los conocidos estudios al respecto de BOBBIO, SCARPELLI y CARRIÓ.

¹⁵ Imprescindible el análisis de SALAS, 2012.

¹⁶ *Supra* n. 11.

Pues sí, a lo que las puntualizaciones de OST se contraponen *propiamente* es al «kelsenismo» (normativismo legalista); pero para nada echan ellas luz —mas es antes bien por silencio que por negación expresa al respecto— sobre aquello que KELSEN, por el contrario, no vaciló en hacer ver sin el más mínimo tapujo acerca de cómo las interpretaciones jurídicas profesionales funcionan *de veras*.

3. PERSISTENCIA DE LOS *MODUS* DE RAZONAMIENTO JURÍDICO TÍPICOS (FICCIONES INTERPRETATIVAS, FALACIA INTELLECTUALISTA, ETC.)

Señala OST: «En una palabra, es en la teoría del Derecho como circulación del sentido en la que hay que centrarse» (1993: 181).

Ahora bien, concentrar la atención sobre unos fenómenos jurídicos de «circulación de *sentidos*» no conduce a percatarse, si nos contentamos con eso, sobre los funcionamientos *linguo-pragmáticos* de las «circulaciones» contempladas apenas de *tal* manera. No se echa de ver que las anotaciones de OST dirijan la mirada hacia *cómo* esos «sentidos» intervengan en los comportamientos discursivos *reales*: conflictos entre retóricas discursivas invocadas, conocer las efectivas prácticas judiciales, tomar en consideración sus condicionamientos sociales, advertir consecuencias de hecho individuales y colectivas de las «circulaciones» alegadas. Fijarse en estos otros aspectos requiere detenerse a escudriñar asuntos «incómodos» para los teóricos del derecho: examinar si determinados recursos discursivos en que consisten las «circulaciones» consideradas son *engañadores* o no, discriminar cuáles sean sus grados de *eficacia* para favorecer o perjudicar intereses de tales o cuales sectores de individuos, detectar qué *hábitos* conductuales cultiven típicamente sus operadores para desempeñar esas tareas, y demás. Con trocar entre unos modelos de exposición como «pirámide» y «red», u otros que son apenas *ius-discursivos*, poco o nada cambia en seguir apartando la mirada de nada menos que todo eso *otro*, mediante los «paradigmas» teóricos invocados.

Aunque hoy se imponen «redes» (globalización, tecnología digital, redes sociales, etc.) muy diferentes a mucho de cuanto había ayer, empero las «técnicas» básicas de razonamiento de los juristas no han cambiado sustancialmente: sus tipos fundamentales de «celadas» lingüísticas, su hacer abstracción (el «cielo» jurídico, decía JHERING) de fijarse en las «formas de vida» —*pragmática* lingüística— de que dependen esos juegos de lenguaje y cuáles sean sus consecuencias sociales efectivas. Estas características principales, y por más que no se las señale mediante la calificación «paradigmas», siguen sujetas a esquemas de inferencias que no difieren gran cosa —por cuanto hace a estos tipos de esquemas en sí mismos, sus *modus* «gramaticales» (WITTGENSTEIN)— frente a cuáles eran las formas de argumentación cultivadas por los juristas desde muchos siglos atrás (Roma, Edad Media, etc.)¹⁷. Esto sin perjuicio de que, naturalmente,

¹⁷ Unos estudios especialmente ilustrativos acerca de ello: HORAK, 1969 (sobre Roma); SBRICCOLI, 1969 (Medioevo); JHERING, 1974 (Alemania, siglo XIX); RÜTHERS, 1974 (Alemania, primera mitad del siglo XX), LAUTMANN, 1972 (Alemania, segunda mitad del siglo XX), MELLINKOFF, 1963 (derecho anglosajón), RODELL, 1994 (derecho anglosajón).

van cambiando parte de sus figuras argumentativas específicas (p. ej., hoy están de moda unos *topoi* del llamado «neoconstitucionalismo»).

Eh efecto, queda por saber en qué y cómo los cambios sociales de décadas recientes en la determinación de los materiales-«fuentes» utilizados por los operadores jurídicos, hecho innegable, habrían repercutido asimismo en producir unas modificaciones muy sensibles —¿cuáles?— en las «técnicas» *mismas* del razonamiento profesional con que se manejan esos materiales (¿Ha dejado de ser cierto que «Toda una cámara de torturas en medios interpretativos es puesta a disposición del jurista?»)¹⁸. Por ejemplo: ¿el llamado «neoconstitucionalismo» es un *modo* de inferir muy diferente a aquella «Die Flucht in die Generalklauseln» (La huida hacia las cláusulas generales) señalada por HEDEMANN en 1933?; aunque difieren, claro está, los contenidos normativos específicos puestos en juego *así* (la «Flucht» en cuestión), según las épocas y los lugares¹⁹. Tal constancia en esas «técnicas» discursivas²⁰ no depende, por cierto, de si aparezca o no aparezca ello incardinado *meta*-dogmáticamente bajo unas u otras concepciones de abstracción máxima —llamémosles «paradigmas», si se quiere— elucidadas por autores de la disciplina especial Teoría del Derecho²¹: modelo teórico «pirámide», modelo teórico «red», u otros.

[*Mutatis mutandis*, esas ingeniosas elucidaciones de Teoría del Derecho constituyen, si atinamos a compararlas con las realidades jurídicas mismas, más o menos algo así como los letreros «modernismo», «postmodernismo», «postverdad», etc., frente a las dinámicas societales. Las ideologías sociales, y ni que decir las prácticas sociales, son hoy tan irracionales como siempre, si bien cambian los contenidos específicos en cuanto a cuáles sean los «universos simbólicos» (BERGER-LUCKMANN) manejados irracionalmente. Así sucede sean cuales fueren los letreros doctrinarios bajo los cuales aparezcan subsumidas esas ideologías y esas prácticas, en una literatura de moda para los estudios al respecto. Por ejemplo: unos modelos de pensamiento racionalistas dominaron en la respectiva literatura teórica en la época del Terror de la Revolución Francesa, también en tiempos del nazismo, etc.; no es sino una extrapolación de ciertos tipos de pensamientos que hace circular parte de la academia considerar que el irracionalismo de políticas como las de Isis o Chávez o Trump, u otras, obedecería a que estas formas de pensar actuales serían consecuencia de que ahí se habría venido a sustituir unas definiciones de teoría social denominadas «modernismo» por otras que se guste llamar «postmodernismo»²². Lo singular de esta última moda consiste en pregonar el todo-se-vale a título de *saberes académicos*, propiamente; pero no es que hoy (populismos, fundamentalismos religiosos, ideología de «género», civilización del

¹⁸ Cfr. 1969: 168 y s.

¹⁹ Cfr. los tipos de argumentación, básicamente perennes, examinados en las capitales monografías indicadas *supra*: n. 17.

²⁰ Una enumeración de varias permanentes «técnicas» argumentativas principales de los juristas, basadas principalmente en celadas lingüísticas, lo resume eso que he llamado «el Síndrome normativista»: HABA, 2006 (Sec. C.II.3: esp. 262 y s.) o 2012 (Sec. E.I.3).

²¹ Sobre dicha disciplina, su tendencia predominante a concentrarse en elucidar unas *ius*-«novelas» de conceptos, *vid.* esp. HABA, 2013. Un análisis circunstanciado sobre dicha «ciencia», en cuanto *tal*, se ofrece en HABA, 1993; para más desarrollos al respecto, *vid.* PALOMINO MANCHEGO, 1999, y HABA, 2015.

²² Para el análisis en detalle sobre renombradas charlatanerías teóricas agrupadas bajo este engañador letrado de moda, *vid.* el concluyente examen de SOKAL y BRICMONT, 1999.

«espectáculo», etc.) sean acaso ni más ni menos irracionales muy buena parte de las prácticas sociales *mismas*.]

4. PAPEL DE LAS «REDES» EN EL SENO DE LA «MEZCOLANZA»-DERECHO

Adopta la forma de una red. [...] Un campo jurídico que se analiza como una combinación *infinita* de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables [...] una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles [...] Tal circulación de significados e informaciones no se deja ya contener en un código [...] se esfuerza por integrar, en la construcción del sentido jurídico, las creaciones normativas que emanan de otras fuentes como la jurisprudencia, las costumbres, las convenciones internacionales, los principios generales del Derecho, la doctrina, etc. (OST, 1993: 172).

Corresponde diferenciar (OST no lo hace) entre tres rubros de cuestiones. 1) Ver cuáles «redes» obran *efectivamente* —*law in action*— en el pensamiento de los operadores jurídicos, ante unos u otros tipos de circunstancias tratadas por aquellos en su labor profesional. 2) Interesarse en señalar tales o cuales diferencias *literarias* entre determinados juegos de lenguaje académicos que se denomine «paradigmas» del pensamiento jurídico, las presentadas *así* en teorizaciones *acerca de* cómo funcionan (de veras o supuestamente) los razonamientos de dichos operadores; esto es, dar cuenta de ciertos exámenes —*law in books*— en que se ocupa señaladamente la disciplina especial Teoría del Derecho, esta literatura donde una conceptualización doctrinaria diferente vendría ahora a agregarse identificada mediante la denominación «red». 3) Propuestas sobre cómo *deban* razonar los operadores jurídicos (sea o no sea que lo hagan así ya), señaladamente ese *modelo ideal* —*law in books*— que dicho autor llama el jurista de tipo-Hermes. Si bien entre esos tres rubros de cuestiones caben entrelazamientos, es decisivo examinar si aun siendo cierto o plausible lo expuesto sobre uno(s) de ellos, en tales o cuales respectos, lo sea asimismo lo señalado ahí en cuanto a otro(s) de esos aspectos correlacionados.

Aun cuando contiene unas comprobaciones acertadas lo que OST señala acerca de esos rubros 1) y 2), no poco fantasioso es lo que presenta ahí como 3). Esto último se basa sobre: *a*) la *equivalencia* que da por descontada entre 1) y 2), o sea, suponer que los operadores jurídicos discurren con la mirada puesta principalmente en sujetarse firmemente a alguno de estos «paradigmas» proclamados en la literatura de Teoría del Derecho; *b*) imaginarse que son o vayan a ser unas preocupaciones profesoras a lo Hermes, u otras por el estilo, cuanto consiga guiar *efectivamente* las tomas de resolución de esos operadores (por lo demás, las pautas señaladas para tal modelo giran en torno de nociones de lo más «gelatinosas»: fórmulas vacías pseudonormativas)²³.

Tanto *a*) como *b*) constituyen modalidades de elucidación teórica que, como muchas otras en el campo de las ciencias sociales, responden principalmente a la gran inclinación académica, en dichas ciencias, de confiar en soluciones del tipo *falacia intelectualista* («*intellectualistic assumption*»). Es la fortísima tendencia consistente en que

²³ *Infra* (a la altura de la n. 31) será explicitada esta expresión: «Fórmulas vacías pseudonormativas» [*vid.*, p. ej., los pasajes transcritos en el § 5 (correspondientes a las nn. 33 y 34), que comento en la digresión *Notas de ese numeral*].

ahí unos moldes intelectuales propugnados por ciertos académicos se *imputan* sin más, mediante tales vuelos teóricos, a los comportamientos en sí mismos —sean reales o supuestos— de los *actores sociales corrientes* en la esfera considerada, por más que de hecho estos últimos ignoran semejantes órdenes de motivaciones idealístico-discursivas (esto es: «*What may conveniently be described as the Rationalist Fallacy in political thinking* (y análogamente en Teoría del Derecho): *namely the assumption that human beings largely act in politics* (también se piensa que es así en cuanto a las actividades jurídicas) *upon rational motives and trains of intelligent reasoning. We in our time, alas, know what fatuous nonsense this is*»²⁴.

No es imposible que esos protagonistas sociales se atuvieren inconscientemente a dichos ideales intelectuales, en función de unas estructuras mentales suyas y unos dinamismos colectivos de base, de lo cual acaso esos actuantes mismos no se aperciban bien. Pero esto último no basta con pre-suponerlo; corresponde verificarlo mediante estudios *empíricos*, de campo, sobre las mentalidades de los *proprios* sujetos que implementan las conductas en cuestión, inclusive donde estas son unas de orden lingüo-discursivo. Más: también si algunas o muchas de esas personas llegaren tal vez a invocar expresamente esas mismas figuras teóricas, queda por examinar si la invocación responde a que estas últimas fueron determinantes de veras, o al menos unas codeterminantes necesariamente, en dichas conductas; o sí, en cambio, entonces se trata sobre todo de ciertas verbalizaciones para presentar lo que en realidad ahí fue determinado principalmente en virtud de otros factores de decisión, ya sean iusdiscursivos o extra-jurídicos. De resoluciones jurídicas controversiales ha sido mostrado hasta el hartazgo que no pocas veces son el resultado de que el operador *optó* motivado decisivamente, o al menos co-decisivamente, mediante unos elementos de determinación que *no* se exponen en la fundamentación expresa.

Por lo demás, aun admitiendo que en buena medida son pertinentes las descripciones presentadas por OST sobre dichos rubros 1) y 2) en sí mismos —y también, ¿por qué no decirlo?, siempre sin dejar de reconocer el singular mérito de ese autor en ponerlas especialmente sobre el tapete—, no menos cierto es que no hacía falta esperar a *esos* planteamientos para enterarse de las debilidades fundamentales de que adolece el punto de vista que él identifica como «paradigma-pirámide». Esta última concepción se halla cuestionada hasta sus bases últimas desde hace muchísimo tiempo, al menos ya hacia fines del siglo XIX y comienzos del XX, claro que entonces sin usar el término «paradigma». En muy difundidos estudios clásicos de Teoría del Derecho (GÉNY, KANTOROWICZ, EHRLICH, LLEWELLYN, FRANK, ROSS, etc.), y aun en numerosísimos de otros autores de esta disciplina, no encontramos nada parecido al «paradigma-pirámide» como descripción del pensamiento jurídico. Ni existe necesidad alguna de que advertir tales falencias, tanto las principales como otras accesorias, sea anclado a ninguna suerte de modas académicas amasadas al conjuro del sésamo-abretodo conformado mediante el letrado «postmodernismo»; los aciertos *descriptivos* de OST, para aquellos dos rubros, lo son con toda independencia de invocar semejante legitimación filosófica²⁵.

* * *

²⁴ A. L. ROWSE, en WALLAS, 1962: 1 *in fine* y s.

²⁵ Y, *vid.* SOKAL y BRICMONT, 1999.

Lo que se señala ahora bajo el término «red», bien mirado (vale decir: despojándolo de toda suerte de disimulos propios de las visiones esencialmente comunicacional-panlingüistas sobre las dinámicas sociales), no es más que una gran esfera —importante, sin duda— dentro del muy heterogéneo conglomerado de cuantas sirven para conformar los fenómenos jurídicos. En la realidad, estos se constituyen mediante una formidable *mezcolanza* de ingredientes, no poco heterogéneos. Es ni más ni menos que *todo* eso sobre lo cual llama la atención la insuperable síntesis de descripción acuñada por RADBRUCH (no me canso de hacerla recordar):

La interpretación jurídica es una indisoluble *mezcolanza* de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos²⁶.

Fijarse en esas «redes» que indica OST no conduce la atención sino hacia *algunos* aspectos abstraídos del multifacético seno de ese colosal conglomerado de componentes de pensamientos. Ahora bien., en medio de dicha «mezcolanza», suelen jugar también un papel muy importante instancias como esas a que se refiere lo llamado ahora «red»-comunicacional. Claro que las fundamentales objeciones presentadas por los autores realistas que he nombrado no podían aparecer relacionadas, por ellos mismos, con situaciones actuales como esas que menciona OST. Pero los análisis de aquellos no omiten poner el dedo en la «llaga», a diferencia de las observaciones de este autor, sobre cuán decisivo en la conformación de razonamientos jurídicos normales son sus «celadas» lingüísticas y en general la notoria endeblez científica (aun comparando con requisitos metodológicos elementales en las ciencias sociales) de sus órdenes de inferencias. Situación que, por cierto, difícilmente vaya a ser enmendada, y posiblemente ni siquiera advertida, porque unos teóricos hagan ver que ahí existen unos entrecruzamientos de «redes» discursivas. Como tampoco dirige la mirada, eso de la «red», hacia las complejidades burocráticas de la organización de la justicia, variadas de país a país, ni en general hacia las consecuencias sociales efectivas de los razonamientos jurídicos utilizados.

Estas capitales omisiones hacen que semejante aproximación se constituya en una visión principalmente *linguo-reduccionista* sobre cómo funcionan los razonamientos jurídicos profesionales. Se traduce, al fin de cuentas, en contemplarlos como si se tratara de unos juegos de «comunicaciones» discursivas («redes») que «circulan» *por-si* y *para-sí*. Vale decir, como si ello no dependiese de *voluntades* humanas que a menudo son azarasas. Estas pueden darse ahí de *unas u otras* maneras, según intereses y fuerzas variados y contradictorios: oposiciones entre individuos en casos concretos y oposiciones generales entre grupos sociales. Hasta en unas mismas coordenadas espacio-temporales, las «circulaciones» consideradas pueden funcionar a veces de ciertas maneras y otras veces de maneras distintas o hasta opuestas a las primeras. Quiérase o no, y dígase o no, las «circulaciones de los discursos» en cuestión no son ni pueden ser otra cosa que un elemento dentro de la gran «mezcolanza»-derecho.

Aunque *tales* «redes» cuentan mucho para influir hacia dónde se inclinen operativamente las balanzas-derecho, cuando esto depende de aquellas mismas, no quita que los poderes sociales que respaldan a cada elemento de «red» pueden ser mayores o menores, en determinar hasta *dónde* alcancen efectivamente sus influencias reales. Si

²⁶ *Supra* n. 1.

bien con respecto a muchísimos tipos de situaciones se ve como indisputable cuáles son ahí las decisiones consideradas como las únicas «correctas» de acuerdo con el derecho positivo vigente, tales consensos *no* existen para muchos de los casos disputados judicialmente allí mismo (incluso cuando no es puesta en duda la existencia de los hechos por juzgar). La normativa de «redes» no constituye excepción en cuanto a esta última posibilidad. Para la determinación de los contenidos de esas resoluciones judiciales, los alcances efectivos de los respectivos sentidos normativos en «circulación» no dependen simplemente de estos mismos, aun allí donde consiguen ejercer cierto «poder» *propio* de ser invocados en los tribunales. También cuenta *cómo* esos datos semánticos se integran ahí mismo con tales o cuales *otros* elementos mentales de la susodicha «mezcolanza», tan variada y tan variable. A menudo estos otros resultan no menos decisivos que los sentidos-«red» invocados, o hasta pueden llegar a serlo bastante más, en la práctica.

Lo cierto es que la mayor parte de lo reconocido como soluciones jurídicas, en un medio dado, no es controversial entre sus locutores profesionales, provenga ello de las «fuentes» que fuere. Pero también cabe, tanto ahora como antes, que resulten relativamente indeterminados los alcances preceptivos de muchos mensajes normativos, no menos por caer bajo el paradigma «redes» que los tradicionalmente ubicados bajo el paradigma-«pirámide». Por más contenido de las «redes» consideradas que «círcule» ahí, con o sin aprendizaje jurídico-Hermes incluido, los desacuerdos para determinar las soluciones jurídicas efectivas no son, ni se ve cómo llegarían a ser, ni menos frecuentes ni menos optativas en manos de los intérpretes autorizados. Por lo general a esos operadores no les inquieta ni mucho ni poco, de hecho, ponerse a cuidar si cuanto hacen vaya a calzar más o vaya a calzar menos escrupulosamente, una de esas, con alguno bien determinado de los susodichos «paradigmas» y no así con otros enfoques de los especialistas en la materia (meta)Teoría del Derecho. Si es cuestión de resolver discrepancias de interpretación en cuanto a estos mensajes que llegan así a los tribunales, entonces las «técnicas» discursivas con que ello se maneja consisten poco más o menos en el mismo tratamiento «científico» de que ha sido objeto siempre en esas instancias: *topoi* jurídicos optativos, «celadas» lingüísticas, «razonabilidad» de las disimulaciones argumentativas contrapuestas²⁷.

5. UN MODELO RENOVADO DE JURISTA IMAGINARIO (EL HERMENEUTA TODOSAPIENTE: «HERMES»)

El planteamiento de OST desemboca —rubro 3)—²⁸ en la construcción teórica del modelo de intérprete jurídico señalado para conocer adecuadamente esas «redes» y resolver en consecuencia. Es el jurista omni-intercomunicante, *Hermes*²⁹. Este poseería la capacidad de constituirse ni más ni menos que en:

²⁷ ¿Será que el recurso a «redes» ha hecho desaparecer, o poco menos, el «Síndrome normativista» (*supra* n. 20) en razonamientos mediante los cuales se resuelven en la práctica las controversias jurídicas y en general las discusiones en la dogmática profesional de los juristas?

²⁸ *Supra*: § 4 *in limine*.

²⁹ Este modelo de fantasía no se entiende aplicable únicamente al pensamiento de los jueces o aun de otros juristas profesionales; el autor lo considera extensible incluso a cualquier persona en general que efectúa

el mediador *universal*, el gran comunicador. No conoce otra ley que la circulación de los *discursos*, con la que *arbitra* los juegos [de lenguaje] siempre recomenzados»³⁰ (*vid.* también la cita correspondiente a la n. 4).

Así la imaginación iusteorética remonta hasta unos extremos que, después de todo, son hasta muchísimo más fantasiosos que el propio juez-modelo «Júpiter» dworkiniano. Por cierto, esas invocaciones a figuras del Olimpo no constituyen simplemente unas metáforas de presentación; sus *propias* ideas básicas sustantivas emulan el aliento esencialmente supra-terrenal característico de tales composiciones míticas. La tremenda indeterminación de contenidos asignables a los conceptos fundamentales con que es caracterizada la labor de Hermes permite manejarlos al arbitrio de quienquiera se considere a sí mismo, o es considerado por otros, como encarnación de tal modelo. En qué vengan a traducirse como resoluciones concretas semejantes razonamientos jurídicos ideales, si es que de veras unos operadores del derecho tratan de seguir este modelo profesoral, no puede ser más imprevisible en cuanto a cuál resulte ser la decisión específica entre soluciones contrapuestas que se presenten para las cuestiones concretas.

Aquellos conceptos pertenecen netamente al gran género, no poco frecuentado en la filosofía política y en el Derecho constitucional (como también para otros sectores de la llamada Razón Práctica: ética, política y demás), de las terminologías centradas en composiciones de ciertas *formulas vacías pseudo-normativas*. Son «*pseudo-normativas*»³¹ aquellas disposiciones, o parte de disposiciones, cuyo mandato se presta a muy variada suerte de interpretaciones divergentes para decidir las acciones efectivas. Esas fórmulas permiten, así y todo, excluir algunas posiciones extremas; pero las posiciones que al respecto son objeto de serias discusiones *en la práctica*, las conflictivas de veras, justamente estas constituyen lo que tales formulaciones *no* logran excluir (si bien los partidarios de todas las posiciones en juego aseguran que son solo ellos mismos, respectivamente, quienes detectan el «verdadero» sentido de la fórmula invocada).

Esos letreros, que desde luego «suenan» muy bien, son generosamente aptos para sugerir múltiples suertes de gloriosas aureolas de significados, poco menos que ilimitadas. Es así porque la amplísima vaguedad de cada uno de semejantes términos —p. ej., «razonable», «equitativo», «justicia»³², «orden», «proporcional», etc.— permite entenderlos a gusto del locutor: unos les harán significar A, otros entenderán B, otros dirán que se trata de C... Cuando tales etiquetas se traen a colación ante situaciones reales conflictivas, cada uno de quienes discuten al respecto las invoca en su propio favor, si piensa que decir eso pueda serle de utilidad ahí. A menudo son convocadas para teorizar desde ángulos muy generalizadores en estudios de Teoría del Derecho, donde no se suele descender a hacerlas arbitrar ante situaciones de discusión muy «peleagudas» de prácticas corrientes.

una afirmación donde se imputa tal o cual alcance a un enunciado considerado jurídico: «Hermes representa *todo* actor jurídico, todo locutor que se expresa en el discurso jurídico, aunque sea un simple particular, a condición de que adopte la actitud “hermenéutica”» (OST, 1993: 171, n. 3 *in fine*).

³⁰ OST, 1993: 171 *in fine*; y *vid.* también esp. 182 y ss.

³¹ Cfr. TOPITSCH, 1972: esp. 26 y ss. (§ 6).

³² *Supra* n. 7.

Aclaro: no constituye una «fantasía» reconocer que, a diferencia del ficcionalizante modo positivista-legalista de entender lo de la «pirámide», ciertas «redes» pueden in-fluir de hecho —a veces más, a veces menos, otras muy poco o nada— en consideraciones de los juristas. Lo ilusionista, en cambio, es venir a parar a la falacia intelectualista de imaginarse que semejantes «circulaciones» de sectores comunicacionales son o van a ser *manejados* de acuerdo con esa modalidad maravillosa de conciencia jurídica que se supone en los aspirantes a Hermes. Para muestra:

Hermes se encargaría de llevar adelante «la *inventiva controlada*^[a] de un discurso jurídico *radicalmente* hermenéutico^[b] [...] Habría que pensar una *autonomía*^[c] que sea al mismo tiempo *heteronomía*^[d]. Habría que añadir aún el entrelazamiento incesante de la *fuerza*^[e] y de la *justicia*^[f]»³³.

La enorme in-determinación que ofrece elegir entre los contenidos imputables a cada una de las expresiones básicas de esta transcripción (destacadas ahí con cursivas) no puede ser más palmaria [*vid.* las preguntas respectivas (ítems *a-f*) que reúno un poco más abajo: *Nota* «¿Qué quiere decir...?». Estas interrogantes fundamentales ponen sobre el tapete lo principal que esta fórmula vacía global deja simplemente fuera de foco. ¿Preguntas como *esas* tienen respuestas obvias o carentes de importancia práctica? ¿Los aspirantes a Hermes se pondrán fácilmente de acuerdo en las respuestas al respecto, siempre o casi siempre?].

Al parecer, para la generalidad de los casos sería cuestión sobre todo (¿o únicamente?) de aplicar la receta sintetizada así: «Solo es necesario aprender a identificar cuidadosamente todos los *nudos*^[g], a *reparar*^[h] los flujos de *informaciones*^[i], a mostrar las *interacciones*^[j] de las funciones»³⁴. Salta a la vista que asimismo estas otras etiquetas (las marcadas aquí con cursivas) remiten a contenidos no menos indeterminados (*vid. infra* los ítems *g-j* de la *Nota*) que las señaladas en la otra cita (n. 30). Todos estos mambretes son, de hecho, discursivamente manejables *a piacere*, o poco menos, por parte de quienes tengan hábito de invocarlos, ya sea en justificaciones retóricas corrientes o en elucidaciones académicas idealistas sobre la «Razón» práctica. Es poco menos que inimaginable la existencia de alguna decisión jurídica real cuya justificación no pueda ser subsumida bajo tales nociones, si el jurista decisor estime que valga la pena invocarlas.

* * *

Notas: ¿*Qué quiere decir ahí...?*

[a] La «*inventiva controlada*»: ¿*quién* o *quiénes*, y *cómo*, decidirían en *qué* consistan específicamente tales «*controles*», para arbitrar entre las soluciones jurídicas contradictorias puestas sobre el tapete?

[b] Lo «*radicalmente hermenéutico*»: ¿*cuáles* juristas sí, ¡pero cuáles no!, son los encargados de darse cuenta sobre si el discurso en cuestión constituye una interpretación que de veras es *suficientemente* «*radical*» en cuanto al punto considerado?; ¿y qué si unos, aun entre los primeros, sostienen que «*radical*» ahí es entender A y otros

³³ OST, 1993: 181 (cursivas y versalitas, añadidas arriba, resaltan las nociones más extremadamente indeterminadas de ese pasaje).

³⁴ OST, 1993: 182 *in fine*.

sostienen no-*A* al respecto? —¿no se puede dar tal tipo de desacuerdos, o en todo caso no podrían ser sino muy excepcionales?—.

[c] Una «autonomía»: ¿autonomía en cuanto a *qué* específicamente, frente a *quiénes*?; y ¿cómo saber si *efectivamente* la hay o vaya a haberla, o que *no* la hay, en los hechos?

[d] Una «heteronomía»: igual tipo de preguntas que las señaladas para [c]: ¿*qué*, *quiénes*, etc.?

[e] La «fuerza»: ¿la de *quiénes* sí, la de *quiénes* no, y ello en qué *grados* de potestades efectivas?

[f] La «justicia»: ¿*cuál* «justicia», la preferida por *quiénes*, según los tipos de casos considerados? [especialmente en cuanto a la retórica de esa palabra, estudios célebres han detallado sus principales tipos de usos para el discurso político y el jurídico: cfr. el cardinal análisis de PERELMAN (*De la justice*, 1945) y el estudio definitivo de KELSEN (*Reine Rechtslehre*, ed. definitiva: Apéndice A); complementariamente, entre muchos otros trabajos, es muy recomendable el examen de KRIELE, *Kriterien der Gerechtigkeit*, 1963. En cambio, muy mencionados últimamente son los exámenes que sobre ese término efectuaron RAWLS y SEN. Lo del primero es un mero constructo intelectualista-idealista³⁵. Y si bien el estudio del segundo no deja de comprender también unos elementos de juicio realistas (hasta consigue darse cuenta que es fantástico aquello de RAWLS), de todos modos sus puntualizaciones en la materia están sensiblemente por debajo de la perspicacia que tienen esos otros estudios anteriores; por lo demás, ahí SEN no deja de desembocar asimismo en idealismos economicistas (se ve que él no tiene idea en cuanto a que desde tiempo atrás se conocen análisis como aquellos otros, por más que ciertamente KELSEN y PERELMAN no son unos autores desconocidos en la literatura internacional sobre la materia). Una y otra vez, OST ha recurrido a ese término haciendo total abstracción de sus habituales multivocidades retóricas (sin ir más lejos, *vid.* las programáticas tres apariciones iniciales de dicha palabra en 2017: 16)].

[g] ¿*Cuáles* «nudos»? ¿*Cómo* son identificables? ¿Saber esto último es cosa obvia en la práctica?; cuando no lo es, como pasa en muchos casos, ¿entonces será ello «identificado» según el gusto propio de cada hermesito?

[h] Para proceder ahí a «reparar», ¿se hará según como lo prefiera respectivamente *cada* operador jurídico? O bien, ¿*quiénes* entre estos estarían legitimados para «reparar», como les parezca a ellos, y *quiénes* no? ¿Correspondería someter la decisión sobre esos contenidos a un criterio de mayoría entre los juristas opinantes?; o bien, ¿muy probablemente todos ellos se pondrían siempre o casi siempre de acuerdo al respecto?; y si no se da ni lo uno ni lo otro, ¿en la palabra de *quién(es)* entre ellos confiar? (¿será que hay unos juristas especialmente «iluminados» al respecto?)³⁶.

[i] ¿Es la *totalidad* de «informaciones» que pongan entonces sobre el tapete los juristas participantes? O bien, ¿cuáles de ellas sí y cuáles *no* serán de recibo ahí, por la decisión de *quiénes* entre aquellos?

³⁵ Cfr. HABA, 2009b.

³⁶ *Vid.* HABA, 2018a: esp. §§ 6-7.

[j] ¿Se tendrán como relevantes *todas* esas «interacciones» (¡detalles al infinito!), o más bien algunas sí y otras *no* (según arbitrio del operador)?

* * *

Al «arbitrar» entre soluciones reales en conflicto, señaladas para casos concretos disputados entre los propios juristas o firmes intereses en conflicto argumentados jurídicamente o posiciones ideológicas contrapuestas sobre cuestiones sociales, ahí los operadores jurídicos *reales* siguen los mismos tipos básicos de razonamiento hoy como antes. Cuando entre ellos hay discrepancias acerca de si corresponde aceptar unas u otras soluciones jurídicas sostenidas en su medio, entonces cada juez *elige* según el gusto doctrinario de su preferencia (entre los que son de recibo allí) u obedeciendo a presiones sociales. Para arribar a esta decisión, los *resortes* de pensamiento efectivos son unos u otros elementos de la gran «mezcolanza» respectiva (RADBRUCH) según jueguen en la propia cabeza del juez, de lo cual bien puede formar parte también la consideración de unas «redes» cuando se entiende que son aplicables al caso. Mas este «formar parte» no consiste, aun allí donde tenga lugar, en unas ideales «circulaciones» amplísimas de sentidos («multitud»... «infinitas») ³⁷, sino en rutinas mentales muchísimo más estrechas. La divinidad «comunicacional» de Hermes queda encogida casi siempre, en la práctica jurídica, a ingeniárselas para sacar provecho de unas regularidades discursivas aprendidas en repertorios de la Facultad de Derecho y satisfacer requisitos burocráticos, cuando no alcanza con reiterar simplemente unas formulaciones iusceremoniales de rigor.

Hoy como siempre, se trata de ciertos *escogimientos* «razonables» ³⁸, vale decir, unos capaces de formar parte de los tolerados allí, extraídos del seno del repertorio de «saberes» jurídicos reconocidos al respecto en ese medio profesional. Del seno de estos conocimientos especializados, provenientes o no de tales o cuales «redes», se escogen los invocados en la fundamentación «papelera» (LLEWELLYN) de la sentencia. Eso sí, manteniendo entre bambalinas, con o sin manejar el «paradigma»-red, aquellos otros elementos que, entre los señalados por RADBRUCH, en muchos casos son tan o más decisivos que los contenidos expresos de las «fuentes» invocadas —y que una eventual «circulación de sentidos» entre estos— para desembocar en que se dicte la específica resolución judicial o administrativa producida de tal modo.

* * *

Parece que actualmente OST (2014a; 2014b; 2017) no nombra a «Hermes». Así y todo, mantiene intacta su fe en que el ejercicio profesional del derecho es cuestión de juristas ideales por el estilo. Lo reitera, aunque sea de paso, en su estudio más reciente: «El jurista es el *tejedor* infatigable que va tejiendo esa *red* de innumerables *nudos*» (2017: 35).

Sea como fuere, permanece en pie la pregunta clave: ¿eso de la *red* conlleva, de hecho, que las tradicionales «florejadas» metodológicas de los razonamientos jurídicos

³⁷ Referencia *supra* n. 4.

³⁸ Cfr. HABA, 2006 o 2012, respectivamente Secs. B.I.5 (90 y ss.) y C.I.6; más el complemento HABA, 2018a.

profesionales³⁹ queden a un lado ahora, o que vaya a ser así próximamente? ¿Cuáles entre los básicos recursos retóricos propios de esos razonamientos, invocaciones al «piramidalismo» aparte, ya no serían susceptibles de admisión para los juegos de lenguaje empleados ahí? Y específicamente para las doctrinas que acaparan la difusión en la actual (meta)Teoría del Derecho, ¿cuáles de estas aproximaciones idealistas (teoría «estándar» de la argumentación, lógica deóntica, «principia juris», etc.) serían incompatibles con el susodicho «paradigma»?

Es así cómo, con o sin Hermes, el invocado «cambio de paradigma» no afecta lo postulado tampoco en ninguno de aquellos otros modelos paralelos de normativismo dominantes amplísimamente en dicha Teoría, por más ilusionistas que sean ellos también.

6. CONCLUSIONES GENERALES: OTRA TEORIZACIÓN ILUSIONISTA (Y REDUCCIONISTA) ACERCA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO, PERO INCLUYE UNAS COMPROBACIONES QUE IMPORTA TENER EN CUENTA REALÍSTICAMENTE

Ya sea que los materiales de derecho se localicen a modo de «pirámide» o que lo sean a modo de «red», o aun si se hace abstracción de estas dos conceptualizaciones, en definitiva «la procesión» va por *otro* lado... Para examinar cómo se conforman discursivo-*pragmáticamente* los razonamientos de los operadores jurídicos efectivos es indispensable no omitir, si es cuestión de aquilatar el derecho «viviente», los aspectos más decisivos que no menos el paradigma-«red» cuanto el paradigma-«pirámide» permiten dejar confinados *detrás* de sus propias bambalinas teoréticas. Esto es: carácter opcional entre figuras jurídicas cuando se presentan en disputa entre sus locutores, «celadas» retóricas habituales en razonamientos jurídicamente acreditados, condiciones burocráticas de los aparatos encargados de movilizar las «redes» que fuere, advertir cuáles sean los efectos *prácticos* reales según los casos o grupos de casos en el medio social respectivo, y demás.

Históricamente cambian cuáles vayan siendo muchos de los argumentos encadenados en esos razonamientos, según lugares y tiempos. No obstante, y por más que se guste ahora llamarle «redes» a sus variados orígenes, no deja de seguir siendo tan retórico-opcional como siempre lo ha sido la dinámica interna propia de las «técnicas» de argumentación que ahí, con o sin invocar una «pirámide», constituyen la madeja literaria de los discursos jurídicos reales en las controversias entre sus operadores.

Significa dar cuenta de una manera sensiblemente *reduccionista* sobre los fenómenos-«derecho» presentarlos cual si ahí se tratase apenas de hacer «circular» unas especiales *composiciones lingüísticas* (y sin advertir tampoco sobre «celadas» frecuentes en estos juegos de lenguaje profesionales). Aun el señalar la importancia efectiva de tales «redes» dirige la atención hacia elementos de juicio muchísimo menos complejos que aquella advertencia de RADBRUCH: («indisoluble mezcolanza de...»), si nos conformamos con indicaciones como esas de OST. Y tal enfoque no solo se abstiene de fijarse

³⁹ «Síndrome normativista» y demás: *supra* n. 20.

en la *multifactorial* composición des-velada por dicha advertencia; por añadidura, es justamente así cómo el cobertor-«red» resulta dable invocarlo hasta para justificar también la fe en que la «composición» total —vale decir, inclusive todo lo demás de la gran «mezcolanza», no mentado por ese cobertor— vendría a ser *debidamente* (de modo «equitativo», etc.)⁴⁰ arbitrado/acomodado por cada operador jurídico, tal vez unos iusémulos del divino omni-«comunicador» Hermes.

Así y todo, dicho estudio incorpora señalamientos esclarecedores en llamar la atención sobre tipos específicos de «redes» *actuales* que juegan papeles decisivos entre los elementos que determinan cómo se configuran los discursos jurídicos, aquellas ubicadas en el rubro que se denomina «banco de datos» (en especial *vid.* la muy pertinente enumeración de sus «indicios»: OST, 1993: 183 *in fine* y 186). Naturalmente, estos «datos» no figuran en los estudios clásicos del realismo jurídico; esa información nueva complementa los tradicionales conocimientos realistas sobre lo principal, permite ratificar estos mismos mediante dichas comprobaciones sobre importantes aspectos más recientes. De ahí que aun a la eufemística noción de *redes* en cuanto al pensamiento jurídico puede resultar ilustrativo acudir, siempre y cuando se haga tomándola como otra más entre las «ideas para tener en cuenta» (VAZ FERREIRA) al examinar la gran «mezcolanza» mediante la cual se conforma el territorio de cuanto sea llamado «derecho».

Racioelegías (Hermes) aparte, esos factores llamados de «red» constituyen, también ellos, componentes de señalada importancia en el seno del conglomerado de heterogéneos entretejidos de significados lingüísticos y de conductas categorizados como *derecho*. Es *todo* ello lo que termina dando como resultado ciertas *maneras típicas* bastante regulares de entender y de proceder jurídicamente, en el medio social dado: textos legales acatados normalmente, doctrinas de derecho dominantes, catálogos de *topoi* jurídicos reconocidos, jurisprudencia, etc., en las coordinadas espacio/tiempo respectivas.

Intervenir como operador del derecho no requiere, por cierto, venir a ser acaso un virtuoso conocedor de «una *multitud* de puntos de interrelación [...] la circulación de significados e informaciones» entre «una combinación *infinita* de poderes»⁴¹. Esa actividad se lleva adelante mediante conocimientos y habilidades muchísimo más prosaicos: señaladamente, conocer bastante los repertorios de regularidades discursivas que tienen «éxito» ante los tribunales locales, para determinada materia jurídica o en un conjunto de ellas, sumado a estar al tanto de cómo se movilizan de hecho los vericuetos burocráticos de los trámites correspondientes. Son señaladamente estas maneras, las regulares, ¡no acaso una compleja indagación sobre variadísimas «redes» de socio-comunicación variables al infinito!, lo que se enseña en las Facultades de Derecho. He ahí cuanto compone las guías de razonamiento profesionales utilizadas por los operadores del derecho en las organizaciones sociales reales. Cuando no basta con plegarse sencillamente a unívocas costumbres discursivas y conductuales imperantes al respecto, entonces se opta entre unas u otras ideas del repertorio jurídico-profesional en vigor ahí.

⁴⁰ Referencia, *supra*: n. 7.

⁴¹ *Supra*: en la cita ubicada al comienzo del § 4.

En definitiva. Reviste importancia práctica muy secundaria, de hecho, que los razonamientos de los operadores del derecho vengan a ser acaso *presentados* —o así aparezcan calificados *metadogmáticamente*— ya sea como «pirámide» o como «red». Las «cámaras de torturas»⁴² interpretativas que fuere se pueden acomodar a cualquiera de aquellos dos modelos, llegado el caso, tanto si el intérprete tiene conciencia teórica de tal alternativa como si no la tiene.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FRANK, J., 1931: «Are Judges Human?», *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 80: 17-53 y 233-267.
- HABA, E. P., 1993: «Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor!», *Doxa*, 14: 269-317 (con algunas erratas importantes) [versión revisada en PALOMINO MANCHEGO, 1999: 47-123. Versión definitiva (revisada nuevamente y ampliada) en HABA, 2015: cap. II].
- 2006: *Metodología jurídica irreverente*, Madrid (versión mucho más amplia: HABA, 2012).
- 2009a: «El bluff Dworkin (versión completa)», *Criterio Jurídico*, vol. 9(1): 155-258 [versión anterior, abreviada: *Doxa*, 24 (2001): 165-201].
- 2009b: «Rawls: El extraterrestre racionante», *RTFD (www.rtf.d.es)*, 12: 233-267 (versión revisada en HABA, 2010: cap. V).
- 2010: *Entre tecnócratas y wishful thinkers. La visión «misionera» de las ciencias sociales*, Granada.
- 2012: *Metodología (realista) del Derecho*, San José (C. R.): Editorial UCR; dos tomos impresos + uno en CD (edición revisada en Ediciones Olejnik, 2018; en prensa).
- 2013: «La opción capital para los razonamientos jurídicos: ¿novelas de conceptos o una tecnología social?», *Doxa*, 36: 509-557 [versión revisada (algo abreviada) en <http://emporiododireito.com.br/?s=Enrique+Haba>, 12 de noviembre de 2015. Presentación reelaborada (completa) en HABA, 2015: caps. VII-VIII].
- *et al.*, 2014: *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima-Bogotá [la mayor parte de ese material proviene de *Doxa*, 33 (2010): 319-450].
- 2015: *La ciencia de los juristas: ¿Qué «ciencia»? De la ciencia jurídica normal a la ciencia jurídica exquisita*, San José (C. R.): Editorial Jurídica Continental.
- 2017: «“Kelsenismo” à la carte... Sobre repercusiones del Kelsen imaginario en la doctrina jurídica», <http://emporiododireito.com.br/kelsenismo-a-la-carte/>, 28 de marzo de 2017.
- 2018a: «Atajos para una racionalidad jurídica ilusoria», *RTFD (www.rtf.d.es)*, 21: 3-45.
- 2018b: *Invitación al razonamiento jurídico realista*, Lima: Palestra.
- HORAK, F., 1969: *Rationes decidendi I*, Aalen.
- JHERING, R., 1974: *Broma y veras en la Jurisprudencia*, Buenos Aires.
- KELSEN, H., 1958: *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Córdoba (R. A.).
- 1982: *Teoría pura del derecho*, México.
- LAUTMANN, R., 1972: *Juztiz - die stille Gewalt*, Frankfurt.
- MELLINKOFF, D., 1963: *The Language of the Law*, Boston-Toronto.
- OST, F., 1993: «Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez», *Doxa*, 14: 169-194.
- 2014a: «¿De la pirámide a la red? ¿Un cambio de paradigma jurídico?», México (Conferencia 4 de noviembre de 2014: <https://www.youtube.com/watch?v=r6b1NFdJ4YQ>).

⁴² *Supra*: a la altura de la n. 18.

- 2014b: «La Teoría de las fuentes del Derecho Revisitada», México (Conferencia 5 de noviembre de 2014: <https://www.youtube.com/watch?v=inOa91BanbI>).
- 2017: «¿Para qué sirve el Derecho?... para contar hasta tres», *Doxa*, 40: 15-48.
- PALOMINO MANCHEGO, J. F. (dir.), 1999: *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho*, Lima.
- RADBRUCH, G., 1969: *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart.
- 1970: *Rechtsphilosophie*, Stuttgart.
- RODELL, F., 1994: *¡Ay de vosotros, abogados!*, Buenos Aires.
- RÜTHERS, B., 1974: *Die unbegrenzte Auslegung*, Frankfurt.
- SALAS, M. E., 2012: «Sin Derecho ni Razón. Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real», *Doxa*, 35: 751-789.
- SBRICCOLLI, M., 1969: *L'interpretazione dello statuto*, Milano.
- SOKAL, A., y BRICMONT, J.: *Imposturas intelectuales*, Barcelona.
- TOPITSCH, E., 1972: «Sprachlogische Probleme der sozialwissenschaftlichen Theoriebildung», en *id.* (ed.), *Logik der Sozialwissenschaften*, Köln, 17-36.
- WALLAS, G., 1962: *Human Nature in Politics*, Lincoln (USA).