

El bluff Dworkin

Su rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho

(Retorno al realismo ingenuo y apogeo del efecto Vicente,
lanzados por una reencarnación más del Prof. Beale)

[Versión completa]*

Enrique P. Haba**

Sinopsis

El presente examen se ocupa del caso-Dworkin, visto el sorprendente eco obtenido por ese autor. Son examinadas sus tesis *metodológicas*, pero el objetivo central no es abocarse a “refutarlas” (resulta superfluo, dado el carácter bastante trivial de ellas mismas y el superficial nivel de los razonamientos en que las apoya), sino que aquí se trata principalmente de hacer ver cuatro puntos claves: **a)** Dworkin no agrega prácticamente nada al *corpus* mismo de conocimientos que han ido conformando la Teoría del Derecho, antes bien se queda muy por debajo de estos; en particular, ignora casi todos los planteamientos fundamentales presentados en numerosos estudios, incluso los de autores muy mencionados internacionalmente, con respecto a las cuestiones epistemológicas esenciales implicadas en las cuestiones básicas de la metodología jurídica. **b)** Sus ideas están fundamentalmente centradas en torno a una reiteración más del habitual *Basic Legal Myth*, “one right answer”; para ello recurre a un típico ensueño racionalista (“constructive model”), montado sobre el espejismo corriente de que las respuestas jurídicas se obtendrían de un *sistema* perfectamente unitario proporcionado por el derecho nacional (“the principle of unity in law”). **c)** Su argumentación propugna un *realismo ingenuo* —especialmente bajo modos del naturalismo lingüístico— combinado con la fe en un “cielo” normativista, como forma de conocer “en serio” el derecho. **d)** No se ve cómo la celebridad internacional de Dworkin pudiera ser consecuencia del contenido mismo de sus escritos; semejante éxito obedece esencialmente, al menos fuera del mundo académico anglosajón, al *efecto Vicente* (sumisión a la moda). No es cuestión, pues, de venir a agregar más observaciones de detalle sobre estas “nuevas” vestimentas, que han provocado tantos y tan meticulosos comentarios en el Imperio Vicente: ¡lo principal es romper el silencio sobre el hecho de que su Emperador se pasea desnudo!

Palabras claves

Metodología del Derecho, mito jurídico básico, ideología jurídica profesional, efecto-Vicente.

Abstract

The Dworkin-Bluff: Rehabilitation of Non-Knowledge as a “New” Theory of Law. This study offers some basic remarks on the principal *methodological* theses of Ronald Dworkin. However, it does not seek primarily to ‘refute’ him, for this indeed is unnecessary given (i) the superficial level at which his reasoning proceeds and (ii) the banal character of his conclusions. Four issues in particular are treated: **(a)** Dworkin adds virtually nothing to the existing corpus of knowledge in Legal Theory; indeed, he operates well below the level of existing knowledge (even in English!), essentially ignoring it and disregarding almost all the basic works dealing with the subjects he considers. **(b)** His theses are essentially based on an old commonplace, the

* Los antecedentes de la presente versión se indican al final de las *Palabras liminares*.

** Docente e investigador de la Universidad de Costa Rica. Es Doctor en Derecho y en Filosofía del Derecho. ehaba@ice.co.cr o enrique.haba@ucr.ac.cr.

Basic Legal Myth: "One Right Answer"; and he stresses that jurists would arrive at such an answer by means of a typical rationalist fantasy, a 'constructive model', which derives from the mirage of a perfectly unitary system provided by the national law as a whole ("the principle of unity in law"). (c) His basic line of argument amounts to a rehabilitation of a naive realism for legal studies, mainly built upon the ordinary word-naturalism and the faith on a "heaven" of legal ideas (rules, principles, etc.); he commends such an approach as the ultimate method of knowing what law really is ("taking it seriously"). (d) It is difficult to see how Dworkin's international renown could result from the content of his writings: essentially, it must derive, at least outside the Anglo-Saxon world, from the "Vincent effect" (the following of fashion). It is not worthwhile to add yet further observations on those "new" dresses, which have given rise to such meticulous commentaries within Vincent's Empire; rather we should break the silence over the fact that its Emperor wears no clothes at all! [Trad.: Prof. Bernard S. Jackson, Liverpool]

Keywords

Methodology of Law, Basic Legal Myth, Professional ideology of lawyers, "Vincent effect".

Sumario

- Palabras liminares
- I) Generalidades
- 1. Apreciación global
- 2. El efecto Vicente
- 3. El credo de la Razón práctica concebida como Sistema
- II) Discusión de las tesis principales
- 4. Una sola respuesta jurídica "correcta"
- 5. Sistema jurídico como "narración", el "principio de unidad"
- 6. Contra "el" positivismo jurídico: moral y derecho, teorías políticas, etc.
- 7. Normas, principios, directrices
- 8. Síntesis
- III) Realismo ingenuo como divisa metodológica soberana
- 9. La apología de un realismo ingenuo juricista
- 10. Una reafirmación más del Basic Legal Myth
- 11. Realismo crítico vs. inocencia iusnormativista
- 12. Dos cartas decisivas: la coraza de la ignorancia y recurso a la credulidad
- 13. La estrategia de defensa: ¿por favor, no distinga!
 - a. mezcolanzas entre "es" y "debe"
 - b. extrapolación retórica del término "verdad"
 - c. ignorancia de la relación (y de las diferencias) entre un lenguaje-objeto y su metalenguaje analítico
- 14. Cómo construir a piacere un adversario inexistente: el "filósofo"
- 15. ¿Poner "al día" la epistemología jurídica?
- IV) Resultado
- 16. Conclusiones generales
- V) Apéndice
- 17. Excurso: Del "efecto Mateo" al "efecto Vicente", siempre en aras del "argumentum ad verecundiam"
- 18. Suplementos: (a) La "gran cultura" de Dworkin
 - (b) ¿Existe un Dworkin muy diferente?

Palabras liminares

[...] *the fairy tale of a pot of golden law which is already in existence and which the good lawyer [Hércules] can find, if only he is sufficiently diligent; the fantasy of an aesthetically [p. ej., como en una novela] satisfactory system and harmony, consistent and uniform, which will spring up when we find the magic wand of a rationalizing principle.*

Frank

[...] *y solo pueden hablar [p. ej., en esos recintos académicos] aquellos que, del todo incapaces de tener una opinión y juicio propios, no son más que el eco de las opiniones ajenas. Y además son los defensores más apasionados e intransigentes de esas opiniones.*

Schopenhauer¹

Desde que, aguijoneado por tanta publicidad en torno al jurista usamericano Ronald M. Dworkin (abrev.: D.), también yo caí en leer su *Taking Rights Seriously* (1977/78, 1984), no he logrado salir de mi asombro. ¡Y no es de admiración! Lo que me tiene estupefacto, sí, es que una obra como *esa* haya obtenido consideración en amplios círculos académicos. Y si bien no es ella su único trabajo muy difundido, pues luego él publicó también otros, lo cierto es que el pecado original de la inusitada acogida dispensada a sus publicaciones sucesivas reside, justamente, en la cándida recepción acordada a la “seriedad” de las tesis centrales que lanzó al mercado en aquel primer libro. Por eso el presente estudio se concentra en este mismo, piedra angular de donde resultó que los escritos de su autor —dijera lo que dijera, de allí en adelante— sean tomados “en serio”, como si semejante crédito hubiera de ser lo más obvio del mundo.

Si algo merece llamar la atención, en este asunto, es el alegre nivel general de desconocimientos a que ese autor se consiente rebajar allí el tratamiento de cuestiones que habían sido examinadas antes con verdadera penetración y mucho detalle, en distintos países, incluso en estudios de amplia difusión. Sobre todo sorprende que la recopilación de artículos que conforman aquel libro haya conseguido provocar internacionalmente un mar de literatura secundaria. Hasta donde tengo conocimiento, jamás a lo largo de la historia de la Filosofía Jurídica o de la Teoría General del Derecho se había dado cosa parecida: que alguien sea

¹ Frank (1970: 260), Schopenhauer (2005: 57).

tomado muy en cuenta por amplios círculos internacionales de esas disciplinas, sin más credencial de base que haber conseguido buen mercado para unos escritos que, contemplados sin prejuicios, son del montón. Sin embargo, quiérase o no, semejantes escapismos componen buena parte de cuanto hoy se ofrece como *Teoría* (básica o epistemología) *del Derecho*.

No dejo de sentirme incómodo, y hasta un tanto avergonzado, por contribuir mediante el presente trabajo a llevar y traer el nombre de dicho autor (*jmea culpa!*). Así vengo ceder, también yo, ante la abrumadora presión que en las esferas académicas ejerce lo que Merton llamó “efecto Mateo”. Eso sí, reconozco que ponerse a contraargumentar frente a puntos de vista como los de D. es llover sobre mojado, las objeciones fundamentales se conocen desde mucho antes de aparecer él en escena². Ni siquiera sus errores son muy especiales, a diferencia de, por ejemplo, las divagaciones de Rawls. Hasta cuando estamos ante afirmaciones tuyas que no son propiamente erróneas, resulta que, si no se trata de trivialidades, en perspicacia suelen quedarse muy por debajo de lo que al respecto había sido advertido por otros autores desde tiempo atrás. Por ejemplo, si comparamos un curso universitario como el que Llewellyn diera en Alemania en 1930/1931 (publ. 1977) con el libro de D., es como saltar de los estudios de Max Weber sobre la religión a la enseñanza del catecismo por el señor cura de la aldea³.

Moderno émulo del Prof. Beale, D. ha obtenido lo que a su antecesor, y a muchos otros como este, fue vedado: conseguir que la fe en el postulado retórico

² Sin embargo, Calsamiglia ha enumerado una lista de razones que él subraya para contestar afirmativamente a la pregunta: “¿Por qué es importante Dworkin?” (1984: 25 s.; 1985: 164). Lo que más llama la atención en tal lista, que según Calsamiglia proporciona un repertorio de tesis plenas de “novedad” y “radicalismo” (1984: 25), es que todo cuanto ella contiene son puntos de vista bien conocidos desde mucho tiempo. La “originalidad” de D. consiste, si se quiere, en atreverse a retomarlos sin tener en cuenta los principales conocimientos alcanzados sobre esos temas en estudios publicados desde tiempo antes [*infra*: esp. Sec.. II y § 18.(a)].

³ O bien, para mencionar estudios menos lejanos al campo del propio D.: véase qué simplistas resultan las consideraciones de este último frente a lo que supieron calar unos análisis como los de Esser (1956; 1970). Compárese la “seriedad” de D. con, p. ej., un verdadero *estudio* sobre lo “concreto” y lo “abstracto” en el pensamiento jurídico, la monografía de Engisch (1968), o con los verdaderamente penetrantes análisis sobre las maneras de razonar de los juristas ofrecidos por Scheuerle. O bien, de data más reciente, véase qué pobres se revelan los exámenes de D. si los ponemos al lado de estudios como los de Duncan Kennedy, Robert Gordon, David Trubek, Mark Tushnet, Roberto Unger y muchos otros colegas contemporáneos suyos, publicados en su propia comarca (cf. Pérez Lledó [1996]).

de que el derecho positivo *preestablece una sola* respuesta “correcta” acerca de cada caso —o, en todo caso, presuponer que siempre habría ahí una que es “*la mejor*”— retome cierta respetabilidad teórica, incluso para estudios de Teoría del Derecho (donde parecía haberla perdido definitivamente, aunque siempre siguió conservándola, claro está, en el seno de la dogmática jurídica misma). En efecto, con D. la discusión retrocede a planos de candidez que allí cabía suponer dejados muy atrás desde, por lo menos, comienzos del siglo pasado. ¿Habría que resignarse al “eterno retorno” del *Basic Legal Myth*, como lo llamó Frank?

Estimado lector, no piense que le invito a creer simplemente bajo mi palabra lo que vengo diciendo. Me atrevo a sugerirle, es cierto, que no avale así como así lo del Sr. Dworkin. Pero desconfíe igualmente —o todavía mucho más, ¿por qué no?— de mí mismo. Yo no apostaré a otra esperanza que la siguiente: presupongo que usted no será insensible a la presentación de RAZONES, vale decir, de *pruebas* (si es que pueda haberlas en esta materia) y en general de argumentos *no* dogmáticos, a pesar de que tanto las unas como los otros tendrán que afrontar la batalla de pugnar por salir a flote —¿imposible?— contra un tsunami de credenciales-Vicente.

Voy a desarrollar mi examen —la exposición de dichas razones— estructurándolo de la manera siguiente. Luego de la primera Sección, donde señalo aspectos de orden general, en las dos siguientes entraré más en detalles. En la Sec. II explico las elementales objeciones básicas que merecen las tesis específicas principales que D. ha popularizado en la actual Teoría del Derecho; es sobre todo allí donde explayo las “pruebas” al respecto. Si bien con tales observaciones basta y sobra, a mi juicio, para hacer patente la endeblez de tales tesis, agregó la Sec. III para sacar mejor a luz la presuposición de fondo general sobre la que ellas se asientan fundamentalmente, esto es: su peculiar recaída en las mallas del realismo ingenuo, pues ni más ni menos que esto es lo que viene a invocar D. como la “técnica” de pensamiento por excelencia para aquilatar la validez intelectual del razonamiento jurídico profesional. En la Sec. IV resumo mis conclusiones principales y en la Sec. V agregaré unos elementos de juicio complementarios.

Antecedentes de la presente versión.

Este estudio tiene su historia; la presento como complemento informativo aquí. Yo había señalado ya mi opinión sobre D., pero apenas al pasar, en algunos de mis estudios sobre metodología jurídica: esp. Haba (1993a: 309 ss.) y Haba (1996a: 390). Sólo más adelante vine a dedicarle a ese autor unas reflexiones detalladas, lo cual antes no tenía previsto. El principal punto de partida de dichas reflexiones vino por el hecho de que el Prof. Werner Krawietz me sugirió que escribiera algo al respecto para incorporarlo como un apartado en mi estudio original

sobre la “Santa (charla-)Familia” (Haba, 1996b: § IV; corresponde a la Sec. II del trabajo actual). Pero tiempo después vine a pensar que, dada la inusitada repercusión que lo de Dworkin alcanzó internacionalmente, tal vez no estuviera de más integrar lo ya señalado en un examen más detenido sobre ese singular fenómeno publicitario en el ámbito universitario. De ahí nació un estudio que tengo escrito, en lo fundamental, desde 1998.

Llamé por entonces a varias puertas en mi afán de darlo a conocer en España, para desenmascarar lo de ese autor justamente allí, principal centro de la Teoría del Derecho en lengua castellana. Mas resultaron ser demasiado poderosas las resistencias que la franqueza de mi texto levanta en académicos que, de una u otra manera, se sienten “tocados” por mis puntualizaciones, o simplemente prefieren no indisponerse con colegas que gustosos se insertan en el trillo de tomarse bien “en serio” lo que venga de moda. [Así: la vehemente intervención personal del Prof. Juan Ramón Capella consiguió evitar que ello saliera como libro en una conocida editorial española, mientras que el Prof. Ernesto Garzón Valdés ya se había acogido a la cautela de no contestarme más con respecto a la eventualidad de hacerlo aparecer en una editorial mexicana que sobre todo publica estudios de Filosofía y Teoría Fundamental del Derecho; por su parte, al Prof. Michel Troper le pareció lo más adecuado interponer sus buenos oficios para evitar que una presentación algo abreviada, escrita en francés, pudiera aparecer en la revista *Droit et Société*.] Claro está, no se puede contar con el beneplácito de aquellos a quienes tiene por qué importarles que no sean presentadas a la discusión pública *razones* como las que expondré también aquí.

Ante la imposibilidad de publicar ese libro, preparé una versión más reducida, encogiendo en cierta medida unas y suprimiendo del todo otras de las razones ofrecidas en aquel, con el fin de que ello pudiera salir a luz por lo menos así. Fue dable finalmente conseguirlo gracias a que la censura pudo ser obviada en el marco de la revista *Doxa* (Nº 24 [2001], pp. 165-201). Agradezco en especial al director de esa publicación, Prof. Manuel Atienza, por haberme brindado tal oportunidad, a pesar del normal recato a que llama el “buen callar” imperante (en el *establishment* académico de la materia) sobre la orfandad intelectual de los principales planteamientos difundidos por Dworkin.

El trabajo que presento aquí constituye mi examen más integral del asunto. Esta versión dobla en extensión a la de *Doxa*: integra correcciones y en general modificaciones de redacción con respecto al texto publicado en dicha revista, amén de incorporar los desarrollos de 1988 que fueron abreviados o suprimidos del todo para no exceder el tamaño posible allí. De más está señalar todo mi reconocimiento a la revista *Criterio Jurídico*, concretamente en las personas de los profesores Ricardo Zuluaga Gil y Federico Escobar Córdoba, por ofrecerme la posibilidad de dar por fin a conocer públicamente el texto completo de mi análisis, así asumiendo ellos el riesgo de que no falten quienes puedan reprocharles no haberse sumado al más eficaz de los recursos defensivos contra la crítica incómoda: saber bien ampararse, cuando esa crítica no se detiene ante unos límites de consabida tolerancia con la impostura, en el eficiente recurso que brinda la coraza del *mejor es no meneallo*...

A pesar de la señalada difusión que en los círculos académicos de Teoría del Derecho tienen sitios como *Rechtstheorie* y *Doxa*, donde fueron dadas a conocer mis observaciones básicas, por cierto dicho recurso fue asumido unánimemente (hasta donde estoy enterado) por cuantos siguen “arrastrando la inexistente cola” vicentina del Emperador en cuestión. De seguro, nada cambiará en cuanto a eso por la presente publicación. Pero tampoco veo por qué descartar *a priori* que haya, a pesar de todo, unos cuantos lectores de esta misma que —aunque silenciosos ellos también— entonces ya no van a poder ser *incondicionalmente* crédulos del “bluff”, por más que tantos otros lo seguirán reverenciando.

Aclaración de orden personal.

Por las dudas, vaya esta aclaración para el plano de lo personal. Nunca en mi vida he visto al Sr. Dworkin; tampoco he tenido con él contacto personal alguno, ni siquiera mediante publicaciones compartidas o por correspondencia, ni tampoco de ninguna otra manera. Asimismo, puesto que él ha demostrado no estar al tanto —según todas las evidencias— de lo expuesto por autores de la materia que son célebres internacionalmente, sería de lo más asombroso que de mí conozca ni aun el apellido. Mi crítica a los planteamientos de ese autor se debe nada más a razones, acertadas o no, que corresponden pura y simplemente al plano de lo académico *intelectual*.

Claro que, aun en *ese* plano, se puede llegar a sentir —¡no niego que sea mi propio caso en este *affaire!*— un tipo específico de “indignación”, llamémosle así. Se trata, en efecto, de la originada en la estupefacción que, al estar enterado de lo que pusieron sobre el tapete verdaderos pensadores sobre la materia considerada, uno siente ante la circunstancia de que todo pase como si estos, y aun muchos otros, nunca hubieran expuesto lo que en sus escritos difundieron. Esto es, cuando a título de “descubridor” de unos supuestamente inéditos horizontes teóricos nos abruma la propaganda sobre alguien que no llega a pisarle los talones, ni en originalidad ni en profundidad ni en conocimientos de fondo, a ninguno de dichos autores. Nótese que, en cambio, aun cuando no he dejado de criticar severamente también a otros representantes de la “Santa Familia” actual (Habermas, Rawls, Alexy; cf. Haba [1996b; 1997a; 1998; 2007; 2009a: cap. V]), con respecto a ninguno de esos autores sostengo que sus exposiciones no estén a la altura de un nivel de conocimientos mínimo sobre las cuestiones por ellos tratadas, como para que sus escritos no merezcan ser considerados verdaderamente “en serio”.

Tengo plena conciencia de no escatimar ciertos giros lingüísticos que, para la susceptibilidad de algunos colegas, rebasan los límites de franqueza tolerables en los círculos donde estos acostumbran moverse. En efecto, el pecado de llamarle al pan-pan, y al vino-vino, tiene por qué no ser bien visto para más de un beneficiario del *establishment* profesoral. Es cierto que de esa manera regalo pretextos para que el presente estudio pueda ser excomulgado a priori, por parte de quienes no encuentran mejor defensa que inmunizarse recíprocamente de toda crítica que no respete unos inexcusables candados de seguridad académico-cortesianos. [A un profesor español, que se indignó por cosas que señalé en cierto artículo, hube de responderle, no hace mucho, con palabras que *mutatis mutandis* podrían ser aplicables también aquí: “Reconozco que ciertas libertades que llego a tomarme al exponer, comportan el riesgo de que un universalista, o simplemente cualquier lector poco cuidadoso, aparte la atención de la médula de los argumentos mismos en que me baso... (¡me parece que *algunos* llegué a ofrecer en dicho artículo, a pesar de todo!). Pero no es imposible, claro está, conformarse con desviar la controversia hacia lo que ahí son ciertos giros adjetivoscos. Este riesgo lo corro con plena conciencia: entre la ‘aburrición’ (así dicen en Costa Rica) de meter al lector en el chaleco de fuerza de mazacotes a la Rawls, Apel-Habermas, etc., y otra posibilidad, la de intentar ponerle un poco de ‘condimento’ a la cosa para no hacerla tan desabrida del todo, me inclino hacia lo segundo —cargando, naturalmente, con las consecuencias del caso—” (1998: 167).]

Sea como fuere, lo cierto es que no me quedaré en las adjetivaciones, ni pretendo que nadie me crea en virtud de ellas mismas; por lo demás, no ocupan sino una parte alícuota muy pequeña del texto íntegro. Lo que trataré de hacer, sobre todo, es dirigir la atención hacia unos elementos de juicio *objetivos* —“argumentos” y “pruebas”— que, si bien no son desconocidos, no suelen aparecer expuestos sin diluirlos en eufemismos (sean los de molde tecnicista o unos simplemente reverenciales), cuando no aparecen silenciados del todo. Confío en que no todos los potenciales lectores del presente examen prefieran tomar por excusa mis “insolencias”, para eximirse de habérselas con las RAZONES *de fondo* que iré presentando.

I) GENERALIDADES

1. Apreciación global

Tant de bruit pour une omelette (au lard)!

Lo inusitado del caso no son las ideas mismas sostenidas por Dworkin, sino la superficialidad con que él resuelve la cuestión de justificar tales opiniones. Resulta asombroso que actualmente, en pleno tiempo del “giro lingüístico” en las ciencias sociales, puedan estimarse como de alto valor unos estudios que, si por algo se singularizan (en tanto que exámenes ubicables dentro de la disciplina llamada específicamente *Teoría del Derecho*⁴), es sobre todo por des-considerar los rasgos lingüísticos más elementales que tienen los discursos normativos formulados en lenguajes naturales: ambigüedades y vaguedades, usos emotivo-persuasivos, empleos contradictorios y opciones de comprensión, gran variedad y elasticidad de los múltiples juegos de lenguaje, importantes desfases entre semántica y pragmática lingüística, intervención allí de funciones extracientíficas en general y dinámica social real de esos discursos. Tal es el caso, también, de los discursos jurídicos⁵. El enfoque de D. hace caso omiso de todo eso, relacionado directamente con aspectos fundamentales que Kantorowicz, Llewellyn, Frank, Arnold y muchos otros autores habían señalado en cuanto al pensamiento de los juristas. Para examinar la dinámica del lenguaje utilizado por estos mismos, el enfoque de D. significa recaer en planos de ingenuidad correspondientes a unas

⁴ **Teoría del Derecho.**— Tal denominación suele emplearse, en la actualidad, para hacer referencia al tipo de exámenes aludido específicamente por unas denominaciones como *Rechtstheorie*, *Rechtsgrundlagenforschung*, *Legal Theory*. Se trata, pues de lo que puede llamarse asimismo Investigación *Básica* o *Fundamental* acerca del Derecho, o también Teoría Fundamental del Derecho. No son las teorías corrientes —doctrinas jurídicas en general— que los juristas emplean para su actividad profesional como abogados o jueces, sino la *meta-teoría* donde se reflexiona *sobre* la naturaleza de aquellas y sobre características del pensamiento jurídico *en general*. Se trata de un amplio y por demás variado género de comentarios muy especializados que, si bien se efectúan *a propósito* de la ciencia jurídica corriente (dogmática jurídica, razonamiento profesional de jueces y abogados), empero discurren desde planos de examen ubicados *más allá* de esta misma, ya sea con la finalidad de conocerla más a fondo o aun para efectuar ciertas recomendaciones con vistas a introducir mejoras en sus “técnicas” discursivas (p. ej., son estudios como los que ofrece la revista *Doxa*). Las ideas de D. que serán examinadas aquí y casi todas las obras que se traerán a colación, como también el presente estudio, corresponden a dicha disciplina.

⁵ Muchos de los estudios al respecto suelen ubicarse bajo el rubro *Semiótica Jurídica* (sobre esta disciplina en general, cf. Carrión Wam [1992] y Haba [2000]). Véase los sitios indicados *infra*: n. 10.

aproximaciones cuyos planteamientos son de tipo pre-Saussure, pre-Ogden/Richards, pre-Morris, pre-Stevenson, pre-Wittgenstein, o hasta pre-Hobbes⁶ y pre-Locke⁷, e inclusive se puede ir más atrás⁸... ¡ni qué hablar de desarrollos como los ofrecidos en trabajos de autores contemporáneos muy conocidos! (cf. p. ej. Mounin, Eco, Berger/Luckmann).

Dadas las candideces que sin vacilación son acogidas por dicho autor, resulta patente que él, no menos que el jurista común (abogados, jueces, doctrina jurídica profesional), no está al tanto de esos conocimientos primarios sobre la naturaleza del lenguaje humano en general⁹, a pesar de haber sido subrayados inclusive en estudios muy conocidos acerca del derecho¹⁰. No menos olímpicamente desatiende saberes muy elementales del pensamiento sociológico, la ciencia política y demás. Tal orfandad de su horizonte teórico se manifiesta no sólo por cuanto hace a toda investigación presentada en otro idioma que no sea el inglés, por más internacionalmente renombrados que sean sus autores. Pareciera no estar enterado, o lo disimula muy bien, ni siquiera de cuanto ha sido señalado en fundamentales estudios al respecto publicados aun en dicha lengua. Galileo había pensado que el alfabeto usado por Dios para escribir el mundo está hecho de cifras matemáticas, mas hoy tiende a imponerse otra convicción: muchos dan por descontado, como seguramente D., que Él debe de haber formulado Sus Claves en inglés.

El éxito publicitario de D. se debe, al menos en parte (fuera del decisivo hecho de haber conseguido ser promocionado en inglés), a que él retoma, si bien rebajándolas a superficialidades, ciertas asunciones básicas de Rawls¹¹: lo del “equilibrio reflexivo”, sobre todo combinándolo con la imagería de que el locutor jurídico trata de imitar a una especie de sabio platónico, Hércules, obsesionado por “construir” (*constructive model*) las soluciones más racionales y esencialmente sistemáticas. Así el jurista desembocaría, según nuestro autor,

⁶ Cf. Hobbes (1978: cap. IV, *Del lenguaje*).

⁷ Cf. Locke (1956: Libro III, *De las palabras*).

⁸ Dichos planteamientos, por cuanto hacen caso omiso del carácter convencional y sustancialmente variable de las formulaciones lingüísticas (ningún significado es ni “verdadero” ni “falso”, en sí mismo), vienen a ser hasta pre-San Agustín (por no retroceder incluso a pasajes de Platón, en el *Cratilo*). Véase Haba (2003a: §§ 6 y 32a).

⁹ Esto cambia un poco, mas no sustancialmente, en Dworkin (1985a; 1985b). Ver *infra*: § 18.b.

¹⁰ Cf., p. ej., Williams (1945/46), Ross (1963: cap. IV), Carrió (1965). Estos rasgos fundamentales del lenguaje, explicados en infinidad de publicaciones, son alegremente pasados por alto, una y otra vez, en planteamientos como los de D.

¹¹ Cf. esp. Dworkin (1977/78: cap. 6).

en la respuesta exacta para cada problema planteado, propiamente *descubriéndola* mediante unos procedimientos intelectuales capaces de acreditar que esta es, sin lugar a dudas, la estrictamente “correcta” / “verdadera” / “la mejor” para el caso planteado. El milagro acontece, según D., porque todas esas respuestas se encuentran pre-establecidas en un *topos uranos* jurídico formado en el país respectivo, donde la estirpe de sabios detectadores, los discípulos de Hércules, está conformada por el gremio de los juristas profesionales¹².

Es verdad que el modelo-Hércules se ve menos extraño que la “posición original” propuesta por Rawls, pues aquello no representa, al fin de cuentas, más que el sempiterno *Basic Legal Myth* (Frank, 1970). De todos modos, ese modelo constituye un paradigma no menos “construido”, ni menos ilusionista, que lo de Rawls¹³, solo que menos inusitado (excepto el nombre olímpico). Asumiendo sin más el normativismo propio de la dogmática jurídica en general, D. parte de la precomprensión de que el derecho nacional constituye un edificio intelectual plenamente unitario. Entiende que es dable alcanzar, o por lo menos acercarse muchísimo a, una *sistematización* propiamente dicha —vale decir, del todo unívoca y consistente (Hércules), y por añadidura “verdadera”— de los proteicos contenidos que se dan cita en la múltiple ensambladura de criterios que conforman el derecho positivo en cada país. En ese sistema, sean unos u otros sus elementos componentes, esto es, no solo normas sino también “principios” y “directrices”, se encontrarían en perfecta armonía la totalidad de los contenidos que presenta, en un momento dado, el derecho nacional. Ese conjunto teórico unívoco y lógicamente consistente permitiría, a los discípulos de Hércules, desprender aquellas soluciones que respectivamente constituyen la única respuesta “verdadera” para cada caso jurídico. Como se ve, todo ello responde básicamente al ilusionismo de que también los discursos jurídicos constituyen ni más ni menos que un *sistema* [*infra*: § 5].

Leyendo a D., sorprende en especial topar ahí con un desconocimiento tan abrumador acerca de los estudios analíticos de metodología jurídica y sobre las investigaciones empíricas en la Sociología del Derecho. Ni ciencia ni filosofía, y ni siquiera unos conocimientos básicos ya obtenidos desde tiempo atrás en Teoría del Derecho, perturban el pensamiento de nuestro autor. Las vías argumentativas de que él se vale consisten primordialmente en recursos típicos

¹² Dworkin (1977/78: esp. §§5 y 6 del cap. 4).

¹³ Para un examen crítico (sin concesiones) sobre las fantasías de ese autor, véase mis estudios Haba (1996b: esp. § III) y Haba (2007: esp. §§ IV y V) (observaciones reunidas y ampliadas en Haba [2009: cap. V]).

de los abogados litigantes y del *normativismo jurídico* en general. Principalmente¹⁴:

- utilización de conceptos jurídicos indeterminados, entre los cuales desempeñan papel principal unas fórmulas vacías (*Leerformeln*) persuasivas —principio de “unidad” y demás—;
- fundamentación mediante peticiones de principios y aceptación simplemente dogmática de las ideas básicas;
- platonicismo normativista como principal técnica general de examen, con omisión de todo *test* propiamente empírico para ver cómo los criterios postulados funcionan en la realidad práctica;
- énfasis principal reservado a unas controversias terminológicas, con base en la tendencia general a pasar por alto la diferencia clave entre cuestiones de hechos y cuestiones de palabras;
- falta de distinción entre “es” y “debe”;
- recepción espontánea de universos simbólicos propios del pensamiento social vulgar (p. ej.: “justicia” y “equidad”, “comunidad” de “todos” los ciudadanos), a los cuales sin ninguna precaución analítica él recurre como asiento de las tesis propugnadas —pasando así por encima, como si tal cosa, de precisiones decisivas que la sociología, la psicología, la lingüística y otras disciplinas han aportado para desmistificar el uso de esos términos—.

[A lo largo del presente estudio habrá suficiente ocasión de comprobar estos asertos.]

En efecto, el tipo de exámenes ofrecido por D. queda confinado así, en general, a no salirse del cielo en que se mueve la propia dogmática jurídica. De lo que en ellos se trata, al fin de cuentas, es de encapsular el pensamiento de modo tal que conserve incuestionado el horizonte de los hábitos de razonamiento aceptados para alegar o sentenciar en los tribunales de justicia.

¹⁴ Aquí presento esas características generales en forma menos circunstanciada que en otros sitios: se trata de lo que he llamado el *Síndrome normativista* (Haba, 2006a: Sec. C.II.3).

En suma: *a)* D. se contenta con echar simplemente a un lado los elementos de juicio que ofrecen los trabajos fundamentales (casi todos) de Teoría del Derecho sobre las cuestiones por él tratadas; *b)* igualmente, descarta saberes elementales de otras disciplinas científicas —lingüística, sociología, politología, psicología social—, por más que afecten directamente a cuanto él sostiene acerca de dichas cuestiones; *c)* no se ve, por ningún lado, qué conocimientos relativamente nuevos puedan obtenerse de sus razonamientos propios.

Por supuesto, el punto no es quién o quiénes puedan ganarles a otros en la tarea de presentar unas referencias bibliográficas más nutridas. Lo que verdaderamente importa no es el hecho de omitir mencionar muchos estudios ajenos, aun tratándose de los que han señalado aspectos fundamentales de los temas considerados, sino cuanto concierne al propio *fondo* de los asuntos examinados. Por mi parte, si me he visto obligado a concluir que D. desconoce todo aquello, no es simplemente porque en sus explicaciones brillan por su ausencia los nombres de casi todos los autores que más a fondo se han ocupado de los temas que él aborda, sino en razón de que, atento a la manera como él presenta las cosas, de antemano quedan excluidas de participar en el debate las *razones* fundamentales dadas por esos autores, y por muchos otros también. Lo que D. se saltea, como veremos, son los CONOCIMIENTOS básicos mismos disponibles sobre los temas por él abordados.

No soy, claro está, el único en haberme dado cuenta de eso. Véase, por todos, el no menos conciso que concluyente examen de Guastini (1986). Y he aquí, a mayor abundancia, el lapidario juicio escrito por uno de los más connotados tratadistas alemanes de la actualidad en Teoría del Derecho: “No queda más que *asombrarse*, una y otra vez, de que un autor alcance prominencia a pesar de que, o *justamente porque*, él IGNORA *soberanamente* la amplia discusión europea [...]” (Röhl)¹⁵.

¹⁵ “Man kann immer wieder nur *staunen*, wie ein Autor zu Prominenz gelangt, obwohl oder gerade weil er souverän die umfangreiche europäische Diskussion IGNORIERT, die die Einheit der Rechtsordnung thematisiert und ‘Abschlussfähigkeit’ als Grundpostulat der Dogmatik herausstellt” (Röhl, 2001: 420, curs. y vers. [versalitas] E.P.H.). — Agradezco al Prof. Minor E. Salas (Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica) haber llamado mi atención, recientemente, sobre la existencia de esa obra y en particular acerca del pasaje transcrito... Bueno, se ve que hay editoriales alemanas en donde no saben tomar unas precauciones que no vacilarían en serles firmemente recomendadas desde las cátedras Capella o Troper [véase más atrás: *Palabras liminares* (al final: “Antecedentes...”)], y en general por sus coguardianes de un *establishment* universitario que hasta al más mediocre le garantiza la tranquilidad de compartir, como principio académico supremo, una inviolable coraza profesoral del no-me-pinches-ni-te-pincho... [“... todos esos que parecen hábitos científicos y no

Sin embargo, no faltan quienes saludan en ese autor, más allá de que se hallen propiamente de acuerdo con él o no, a alguien cuyas ideas vienen a “renovar”, ni más ni menos, la Teoría del Derecho. Por lo que he adelantado, es claro que no puedo compartir, ni remotamente, semejante apreciación. Empero, ¿hay de qué extrañarse tanto? ¡Quién sabe! Después de todo, no deja de ser cierto que “en la filosofía y en disciplinas emparentadas con esta, un pensamiento *flojo* promete a menudo éxito más grande que una práctica racional del conocimiento expuesta al examen crítico” (Albert, 1994: 32; curs. E.P.H.). No sé qué ejemplo más demostrativo que esa “seriedad” de D. pueda señalarse para comprobar que a menudo ocurre justamente así en la literatura especializada que se produce para Teoría del Derecho.

Sea como fuere, es que también las modas intelectuales ejercen un considerable poder propio, quiérase o no, sobre el pensamiento de la academia. De ahí que pueda resultar no tan aconsejable prescindir enteramente de tomarlas en cuenta, al ocuparse de la temática donde ellas se hacen valer. Máxime si es cuestión de no resignarse a claudicar ante estas mismas. Para esto último no basta, acaso no resulte bastante claro, simplemente omitir toda referencia explícita a la moda en cuestión; todavía peor, tal silencio podría interpretarse hasta como un asentimiento tácito a ella. Por eso, aun teniendo claro que no revisten importancia teórica en sí mismos los exámenes del propio D., considero que no está de más llamar la atención, *sin pelos en la lengua*, acerca de POR QUÉ es eso así.

Me ha parecido oportuno adelantar a muy grandes rasgos las ideas centrales del presente estudio. Pero, claro está, él no se halla destinado a quienes ya se habían dado cuenta de todo eso (“pruebas” y “argumentos”, como los que aquí serán traídos a colación, no les dirán sino cosas que ellos mismos ya sabían de antemano). En cambio, para quienes se toman “en serio” lo de D., pienso que puede no estar de más considerar las explicaciones que presentaré.

suelen ser más que ritos gremiales, como un órdago a toda la parafernalia de publicaciones, congresos, encuentros, reuniones, proyectos, conferencias, cursos, convenios..., heteróclito conjunto que en muchas ocasiones no encierra más cosa que la circularidad de un discurso vacío y la complicidad de colegas que en su relación se rigen más por el viejo principio de *do ut des* que por el más mínimo apego a la verdad o la decencia científica” (José Antonio García Amado, *Prólogo*, en Haba 2009a)].

Dicho de la manera más breve: mi propósito principal no es venir a agregar tales o cuales observaciones sobre esas vestimentas “nuevas”, que han provocado tantos y tan meticulosos comentarios en el Imperio Vicente, sino romper el silencio sobre el hecho de que su Emperador se pasea desnudo. Y dado que cuanto trataré de hacer ver no puede contar —¡qué va!— con recoger beneplácito en medio del vicentismo victorioso, tendré que recurrir, fuera de subrayar ciertas observaciones de fondo, al expediente de traer también a colación buen número de referencias bibliográficas (tal vez demasiadas) para probar mis afirmaciones.

Acotación.

La necesidad de consignar una cantidad tan detallada de referencias bibliográficas [sobre todo en la Sec. II] se debe a que, para respaldar lo que afirmo, a mí nadie va a exonerarme de aquello de lo cual el efecto Vicente, por su propia naturaleza, queda dispensado *a priori*. Los que se acogen a una moda académica vigente no tienen, claro está, necesidad de demostrar nada, salvo la existencia misma de ese coro, para que sus puntos de vista sean considerados como muy dignos de atención por parte de quienes tan gustosamente toman parte en él. Por el contrario, quien se vuelve contra un prejuicio corriente necesita probar sus afirmaciones. Para hacer patente el no-saber de Dworkin, me encuentro constreñido, pues, a seleccionar y mencionar expresamente buena cantidad de estudios publicados con anterioridad, de los cuales más de uno son (o al menos fueron) bastante conocidos incluso internacionalmente. Tales trabajos pertenecen a autores que habían puesto sobre el tapete (¡pero no son únicamente ellos!), mucho antes de la aparición del libro de D. en 1977, precisamente los conocimientos fundamentales que este omite. Por eso mis notas a pie de página y asimismo las Notas ubicadas en el seno del cuerpo central, y correspondientemente la bibliografía general que está al final, contienen tan numerosas remisiones, que para lectores bien informados resultan superfluas. Lamentablemente, esto último no parece ser el caso de la abrumadora mayoría de los profesores actuales de Teoría del Derecho.

2. El efecto Vicente (*La dicha de no-estar-enterado, jugada como carta de triunfo —si corre bastante publicidad en inglés—*)

La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. ¡Sapere aude! ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón!: he aquí el lema de la Ilustración.

Kant

Y para este habrá más autoridades válidas cuanto sus conocimientos y sus capacidades sean limitados. Si estas capacidades son de primer orden, habrá para él muy pocas autoridades o casi ninguna. A lo sumo, respetará las autoridades de personas competentes en una ciencia, arte o profesión que para él son poco conocidas o del todo ignoradas; y aun así,

Schopenhauer¹⁶

Lo de Dworkin es objeto no sólo de entusiastas recepciones. Ese autor ha recibido también considerable cantidad de críticas, no poco justificadas. Empero debiera llamar la atención que incluso estas, por lo general, se montan de antemano en la cáscara de banana decisiva: presuponen, sin más, que lo expuesto por un escritor “exitoso” no puede menos —¿*Adónde vas Vicente?* / ¿*Adonde va la gente!*— que constituir un estudio bien “serio” sobre los temas considerados, sea o no que uno concuerde con cuanto el personaje afamado tenga como gusto hacer publicar.

Por ejemplo, la mayoría de los estudios reunidos en el *Homenaje* publicado en Chile (AA. VV., 1993) supieron inclinarse *a priori* ante esa fe Vicente: reconocieron, al menos implícitamente (casi todos lo hicieron hasta explícitamente), la “seriedad” de los exámenes que D. presenta. Es verdad que algunos entre los autores de esos estudios no pudieron dejar de advertir, a pesar de todo, la notoria endeblez teórica que tiene el pensamiento de su homenajeado: cf. especialmente las críticas de Roberto J. Vernengo, Luis Prieto Sanchís, Antonio E. Pérez Luño, Oscar L. Sarlo y Agustín Squella. Sin embargo, hasta estos mismos no dejan de rendirle su homenaje al “bluff” mismo, en cuanto ninguno de ellos osó decir que, al fin de cuentas, lo que merece atención no son especialmente los errores de D., sino el hecho de aceptar que unos desarrollos como esos puedan ofrecer, a pesar de todo, un valor teórico realmente “serio” (aunque más no fuere, digamos, a título de intento fallido). El peso agobiador del *argumentum ad verecundiam* (cf. Schopenhauer, 2005: Estratagema n° 30) logró imponérsele a la totalidad de los comentaristas, antes y por encima de toda otra reflexión posible.

Estamos, pues, ante lo que bien cabe llamar un *efecto Vicente* dentro del medio académico. Ahí el credo Vicente hace a priori objeto de especial consideración a cuanto venga promocionado (libros, revistas especializadas, congresos y demás) en escala internacional. A ello no son menos sensibles los intelectuales, en su campo, que cualquier hijo de vecino, en otros; cada quien con respecto a su propio ambiente.

¹⁶ Kant (1981: 25; ¿*Qué es la Ilustración?*, 1784; sólo el énfasis en *sapere aude* pertenece al original). Schopenhauer (2005: 53).

Sea como sea, no cabe la menor duda de que resultó decisivo, para permitirle alcanzar celebridad incluso en Europa continental, que dicho libro venía siendo muy comentado en el ambiente jurídico anglosajón. Si no se hubiera dado tal circunstancia, de antemano, es prácticamente imposible que unos exámenes como esos llegaran a suscitar gran interés en académicos que, como los de la Europa continental, normalmente leen y producen trabajos de nivel teórico mucho más exigente. En la actualidad basta con que un escritor sea mencionado bastante por parte de publicaciones difundidas en lengua inglesa. Esto alcanza y sobra para asegurar que también en otros medios sea tomado “en serio” con gran preferencia, automáticamente, lo que reciba esa bendición por parte del *marketing* académico¹⁷. Lo de D. no constituye, después de todo, sino otro ejemplo más —aunque especialmente llamativo por el grado tan extremo de simplismo que tienen las principales ideas sostenidas por dicho autor— de la intocabilidad que rodea, como apuntan Sokal y Bricmont, a unos “escritores [que] se han convertido en figuras internacionales más por razones *sociológicas* que intelectuales [...]”¹⁸.

Pero si bien eso explica, en lo fundamental, la atención que D. ha obtenido en España y en América Latina, el enigma no queda resuelto del todo. Está en pie una gran pregunta preliminar: ¿por qué *esos* trabajos, precisamente ellos, lograron difusión semejante en el ambiente anglosajón mismo, antes de que el efecto Vicente creciera como bola de nieve cuesta abajo para extenderse a otros sitios? Es verdad que, aun cuando en dicha área lingüística lo normal es no estar al tanto de los estudios fundamentales efectuados en otras (salvo algunas traducciones), no puede desconocerse que también dentro de ella abundan investigaciones verdaderamente serias. Ciertamente, da pena que un medio jurídico capaz de poner otrora sobre el tapete la inusitada agudeza —¡y heterodoxia!— de gente como Holmes, Cardozo, Llewellyn, Frank, Pound, Cohen e incluso muchos otros se mueva hoy con niveles de exigencia tan “livianos” (dicho con suavidad) como para ocuparse ampliamente de lo de Dworkin. Así y todo, aun en la actualidad no faltan allí estudios que están muy

¹⁷ En Francia, el dudoso honor de dar el primer gran paso en morder con ganas el anzuelo del efecto Vicente sobre este asunto lo ofreció la revista *Droit et Société*, por inspiración de Troper: “Dossier: Ronald Dworkin” (AA. VV., 1985 y 1986); pero ahí cupo, de todos modos, la excepción de Guastini (1986). En España, el privilegio de dar tal paso parece haber correspondido al Prof. Calsamiglia (1984).

¹⁸ Sokal/Bricmont 1999: 25 (curs. E.P.H.).

por encima del nivel de D., tanto en conocimientos teóricos como en profundidad¹⁹.

Parece, eso sí, que el propio simplismo en las maneras como D. encara las cuestiones, al hacer que sus puntos de vista sean más fáciles de captar que muchos análisis escrupulosos, ha resultado especialmente importante —¿por qué no?— para darle popularidad a sus escritos²⁰. Sea como sea, lo cierto es que también pueden ser sobre todo unos factores *extra*-teóricos los que lleven a hacer hablar mucho acerca de un autor, por más que él no aporte prácticamente nada sustancial a su disciplina. [No digo que esta última posibilidad sea lo que ocurre con mayor frecuencia; sin embargo, a la vista del caso D., es evidente que semejantes cosas no están excluidas.]

Ya lo había anotado Séneca: *Unusquisque mavult credere quam judicare* (Cualquiera quiere mejor **creer** que juzgar por sí mismo)²¹. También para la generalidad de los profesores de Teoría del Derecho el criterio soberano es, como suele decir la gente:

Más vale creer, que andar averiguando...

Pues bien, el motivo principal de molestarme —y molestar a otros— en escribir el presente examen, es abogar por la irreverencia propia del *sapere aude*, en este caso por cuanto hace a la Teoría del Derecho. Entonces uno no tiene más remedio que tomar ubicación en el polo opuesto de la actitud-Vicente ante la putativa seriedad de *Taking Rights Seriously*. Lo fundamental no es simplemente acertar a “rebatir” las perspectivas metodológicas ofrecidas por D. (no me ufano de ello, es poco menos que redescubrir el agua tibia), sino saber percatarse, antes que nada y por encima de todo, de que ahí estamos esencialmente ante un lanzamiento sin otra credencial de “seriedad” que su poder de convocatoria vicentino. Por eso mi

¹⁹ P. ej., para tener en cuenta unos trabajos en inglés que, a diferencia de los de D., están informados acerca de cuestiones claves sobre lo que se denomina “positivismo jurídico”, y por cierto las examinan de manera verdaderamente penetrante, véase los análisis de Silving (1955; 1958). Cf. también, sobre el mismo tema, las breves (¡pero perspicaces!) observaciones de Gottlieb (1968: 124 ss). Y véase *infra*: § 18.b.

²⁰ “Il donne des exemples, fait des comparaisons, sa langue est claire (et souvent drôle) même pour un profane, de sorte qu'une grande partie de ses écrits a pu paraître dans un magazine littéraire, le *New York Review of Books*, et non dans une revue juridique ou philosophique” (Troper 1985: 28).

²¹ Citado en Schopenhauer 2005: 53 (negr. E.P.H.).

crítica irá enfocada sobre todo, como ya señalé, hacia las tesis centrales presentadas en dicho libro justamente, pues ni más ni menos que de *ahí* emana la injustificada nombradía de su autor.

Para explicar las verdaderas razones del éxito de audiencia que en algunos sectores académicos tiene cuanto se le ocurra publicar a nuestro autor, sería necesario, en vez de detenerse a discutir las ideas mismas que él defiende (es lo que haré yo), estudiar mejor otros aspectos del asunto. Pienso que podría arrojar no poca luz efectuar al respecto alguna investigación sobre el poder de ciertas *public relations* en el ambiente profesoral. En tal sentido, importaría poner de relieve las que haya conseguido entretejer ese autor para su propia persona, pero asimismo otras, especialmente las que pueden interesar sobremedida a muchos de sus comentaristas en el medio universitario para anudar vínculos personales provechosos: nombramientos, viajes, distinciones y demás. Por otro lado, habría que tener muy en cuenta los resultados que arrojen unos estudios de psicología social sobre el decisivo papel que también en dicho medio ejercen las modas, aun para quienes no tengan la mira puesta en eventuales entrelazamientos con lo de las *public relations*. Para investigaciones dirigidas a todos esos ángulos tan determinantes, que aquí me limito a insinuar, lo relativo a Dworkin podría seguramente suministrar un caso de estudio muy significativo.

Al credo Vicente mismo, esa fuerza mimética tan imantadora de por sí, probablemente han venido a agregarse, para hacer correr el *bluff*²², dos refuerzos no desdeñables: a) La carencia, o al menos la falta de buena difusión (¡siempre el asunto de las *public relations*!), de pensadores actuales de alto calibre en la Teoría del Derecho. El último sobreviviente lo bastante conocido de esta especie en extinción fue Bobbio, pero ya desde hace años él se dedicaba a la Teoría Política. b) El hecho de que D. consiguió que le fuera tomada en serio, para hacer girar el debate en torno a esta, la tesis central *one right answer*. Semejante tesis, por tratarse de una suposición no menos simplista que importante para la buena conciencia de los juristas, permite que a cualquier colega no le haga falta aguzar mucho la inteligencia para decir algo al respecto. Puede hacerlo, ya sea acogiendo esa misma idea —y algunas otras: “principios” y demás, no menos inocentes, ligadas a aquella— o para formularle críticas (¡es tan fácil en este caso!). Cuesta encontrarse con asunto más cómodamente utilizable para escribir unos comentarios²³. De tal manera, sin necesidad de habérselas con algún

²² Lamento no poder recordar en dónde leí esta calificación, tan inusitadamente ajustada a la verdad, de alguien que —*rara avis!*— no retrocedió ante el reto de saber guardar las distancias frente a las mareas-Vicente.

²³ Pero Calsamiglia está convencido de todo lo contrario: “Dworkin es un autor incómodo porque pone en cuestión los presupuestos fundamentales comúnmente

teórico menos elemental, uno se inserta en debates académicos prestigiosos, quedando así en condiciones de pronunciarse sobre planteamientos considerados no menos “serios” que trascendentes... ¡y ahí voy, yo también!

Nota.

Valga una aclaración, no sostengo otra cosa que esto: si a D. lo juzgamos, no en atención al éxito comercial sino por los alcances *teóricos* de sus escritos, se trata simplemente de un autor más. Los articulitos que reunió en aquel libro no dejan de contener ciertas observaciones rescatables aunque no calen hondo, si bien vienen mezcladas con aseveraciones que, por la asombrosa orfandad de conocimientos básicos que revelan, ni siquiera serían admitidas, tal cual, para una tesis de doctorado corriente sobre esos temas (*i.e.*, en un tribunal integrado por profesores de derecho medianamente informados al respecto... ¡y que, claro está, no supieran que esto viene dicho por un señor que se llama Ronald Dworkin!).

Es verdad que algunos de los comentarios efectuados allí por D. pueden resultar un poco menos aburridos que mucho de cuanto hoy por hoy se lee en revistas especializadas y en libros sobre la materia, pues en todo caso no están superinflados de pedantismos terminológicos. Pero no menos cierto es que, también aquellos se encuentran bien por debajo, no solo en información (en esto abrumadoramente) sino ante todo en perspicacia, de otros estudios publicados sobre los mismos asuntos, tanto por autores muy conocidos como por muchos que no lo son, antes y ahora.

No busco “satanizar” a Dworkin, sino sugerir que se le examine en forma menos *pre*-juiciada que con base en el manto protector de “seriedad” que, efecto Vicente mediante, suele recibir gratuitamente *de antemano*. No veo por qué deba darse por descontado que, si sobre un autor encontramos mucho comentario en inglés, esto *tiene* que deberse a que haya producido trabajos de singular valía intelectual.

Empero, el punto decisivo no es, insisto, de orden teórico sino más bien psicosocial: esa actitud de incondicionada reverencia ante el *marketing* internacional, tal y como ella predomina entre los profesores actuales de Teoría del Derecho. Además, juegan papel fundamental las capitales faltas de conocimiento sobre lo ya discernido, por más de un autor, durante la evolución histórica de dicha disciplina; y asimismo el hecho de limitarse, por lo general, a tomar en consideración solamente (o poco menos) los escritos de unos colegas que mantienen contactos con el propio círculo académico. Por todo ello, cabe pensar que en definitiva se trata de cuestiones relativas al “contexto de descubrimiento”: ¡es *ahí* donde principalmente afínca la credulidad de quienes se toman en serio a Dworkin! Pues en cuanto al “contexto de validez”, los argumentos agregados por él mismo son de una endeblez que, como dicen en francés, *crève les yeux*. [Compárese la “seriedad” de D. con, por ejemplo, un verdadero *estudio* sobre lo “concreto” y lo “abstracto” en el pensamiento jurídico: Engisch (1968).]

En efecto: “Aunque no se atrevan a proclamarlo, la divisa del rebaño académico actualmente parecería ser la siguiente: ‘¡No piense! El pensamiento podría hacerlo impopular en el próximo encuentro anual de su Sociedad Seudológica’ [...]” (Andreski, 1973: 88). Por eso mismo, desde luego no me hago la más mínima ilusión en cuanto a las repercusiones que sobre la academia vicentiana pueda ejercer la puesta al desnudo presentada aquí: “[...] recordemos que el cuento del traje nuevo del emperador concluye así: ‘Y los chambelanes *continuaron* arrastrando la inexistente cola’ [...]” (Sokal/Bricmont, 1999: 205 n. 13; curs. E.P.H.).

aceptados” (1984: 27; cf. también 1985). Solo que este juicio omite precisar un pequeño detalle, su autor hubiera debido decir: ciertos “presupuestos fundamentales comúnmente aceptados”... ¡por quienes *no* conocen los principales estudios de Teoría del Derecho sobre los temas en cuestión!

[Y véase más atrás: *Palabras liminares* (al final: “Antecedentes...”).]

* * *

Acotación.— No vine a tomar conocimiento del sensacional libro de Sokal y Bricmont sino mucho después de haber usado ya, por mi propia parte, la comparación con el emperador desnudo con respecto a Dworkin. De todos modos, lo que ese libro demuestra en cuanto a la impostura del llamado “posmodernismo” constituye un ejemplo todavía mucho más ilustrativo, por la enorme difusión de dicha corriente en múltiples medios académicos y también por comportar ella unas imposturas mucho más imponentes (¡y, desde luego, mucho más refinadas!) que las minucias difundidas por D., acerca de cuán difundida está, entre los académicos pertenecientes al área de las ciencias sociales en general, la actitud mental denunciada por Andreski.

3. El credo de la Razón práctica concebida como Sistema²⁴

Law, by definition, must apparently have a noble aspect, a breath-taking sweep. Law must be, Beale asserts, uniform, general, continuous, equal, certain, pure... Beale presumably would say: the law never was in doubt, only the decision was in doubt.

Frank²⁵

La falla clave de una visión como esa que D. reitera acerca del derecho —su creencia en la celestialidad de las “construcciones” jurídicas— responde a un tipo general de pensamiento que caracteriza no solamente a la dogmática jurídica. Al fin y al cabo, semejantes ilusionismos reposan siempre en la misma FE básica, el racionalismo como Credo *a priori*. Y su hijo dilecto es el término “sistema”, según las maneras como se aplica en las ciencias sociales.

Pero lo cierto es que, a diferencia de la precomprensión apriorísticamente asumida por distintas corrientes que llevan la voz cantante en la literatura actual de Teoría del Derecho, los discursos jurídicos *reales* no son, ni pueden llegar a ser, unas elaboraciones fundamentalmente racionales y propiamente sistemáticas²⁶. Quiérase o no, los rasgos lingüísticos más propios que conforman

²⁴ Sobre el apriorista prejuicio de que el derecho (y las conformaciones sociales en general) *tiene que* responder a algún “sistema”, en otros sitios he presentado observaciones críticas más circunstanciadas: cf. Haba (2000: esp. Parte II); la versión definitiva de esas críticas está en Haba (2006a: Sec. C.II.1) y Haba (2009a: cap. II.4).

²⁵ Frank (1970: 53 y 55; *negr. E.P.H.*).

²⁶ Por lo demás, las palabras “racional” y “razonable” se aplican a un conjunto extremadamente amplio y heterogéneo de puntos de vista, entre los cuales cada teórico elige, para atribuírselo a esos términos, aquel sentido que él mismo considera especialmente estimable —lo cual da lugar a toda clase de definiciones persuasivas—:

a estos juegos de lenguaje en cuanto *ellos mismos* (su “gramática”, dicho en términos de Wittgenstein) hacen que semejante ideal no sea viable, por lo general, para la *práctica* de los juristas²⁷. Si el discurso jurídico llegara a ser *demasiado* racional, ya no estaría en condiciones de cumplir sus funciones habituales de convencimiento social, dadas las maneras como la gente piensa y actúa realmente²⁸.

Los modelos de razonamientos presentados en la actualidad que pretenden alcanzar tal objetivo, procediendo a “construir” o “re-construir” unos discursos jurídicos formulándolos bajo moldes de carácter racio-ideal, son de tipo bastante variado: lógicas deónticas, semióticas formalistas, teorías de sistemas, pautas para la argumentación “razonable”, multiplicidad de ambiciosas esquematomanías en general. Eso sí, sus autores se cuidan mucho de confesar que en verdad se trata de tal cosa, unas idealizaciones como de “cirugía estética” frente a los discursos jurídicos normales²⁹. Todo ello, un amplio conjunto de aproximaciones fantasiosas a los fenómenos del derecho, basadas en unos u otros “cielos” (Jhering) conceptuales, conforman algo así como un moderno campeonato de ius-astronáutica³⁰ entre quienes cultivan las corrientes académicas de moda en la materia. Cada uno de sus profesores se siente obligado a promocionar alguna nave discursiva, propia o ajena, capaz de emprender los felices vuelos allende las polucionadas planicies, demasiado terrestres, donde se nutre el pensamiento de los juristas en la realidad. Dar rienda suelta al escapismo, sea por acción (fantasías, pedantismos) o por omisión (encubrimientos lingüísticos o simplemente unos silencios muy significativos), se constituye en voz de orden soberana para la mayor parte de la Teoría del Derecho contemporánea. [Sin embargo, no pretendo afirmar que absolutamente todas las precisiones conceptuales efectuadas en estudios de ese tipo carezcan de interés, hasta para enfoques realistas: por ejemplo, en otro sitio (Haba, 1996c) he dado cuenta de una red de distinciones conceptuales propias de la

cf. Haba (1988), Haba (1990; en este último trabajo v. el Excurso, que está únicamente en la versión integral: 127 ss.) y Haba (2006a: Sec. B.I). Asimismo los empleos de la palabra “sistema” se prestan, como veremos, a variedad de usos voluntaristas.

²⁷ Me he explicado detenidamente al respecto en los sitios siguientes: Haba (1993a: esp. Sec. IV1), Haba (1996a), Haba (2006a: Secs. B.IV.3-4 y D.4) y Haba (2008).

²⁸ Véase Haba (2009a).

²⁹ Efectivamente: “...en su intento por ‘reconstruir racionalmente’ el trabajo intelectual de los juristas, lo que [esas teorizaciones] ofrecen es un modelo en apariencia muy racional, pero que no se asemeja en nada a lo que los juristas hacen cotidianamente. La ‘reconstrucción’ parece más bien una cirugía estética” (Christian Curtis, en AA. VV. [2006: 14]).

³⁰ Véase Haba (1996b) o Haba (2007).

moderna Teoría del Derecho que pueden resultar aclaradoras, puesto que, si bien son un tanto pedantes, permiten precaverse de caer en ciertos planteamientos engañosos sobre temas fundamentales de dicha Teoría.]

Semejantes excursiones teóricas suelen llevarse a cabo con ayuda de instrumentos intelectuales bastante sofisticados, unos u otros. Piénsese lo que se piense sobre ellas en cuanto al fondo, no puede negarse que esos estudios se desenvuelven generalmente en niveles analíticos no poco refinados³¹. Pero he aquí que, paradójicamente, dentro de ese gran oleaje de ilusionismos³² goza hoy del mayor renombre alguien como Dworkin, aunque él argumenta recurriendo a instrumentos de análisis más bien toscos. Es verdad que D., a diferencia de numerosos análisis actuales que comparten ilusiones semejantes a las suyas sobre el pensamiento jurídico, esos ilusionismos no los presenta enmascarados bajo una red de nociones especialmente rebuscadas y que, por esto mismo, resultan tanto más despistadoras. La mayoría de tales categorías conceptuales, en que se regocijan las discusiones entre otros autores, al fin de cuentas no conducen a iluminar nada sustancial que no sea dable hacer ver, y probar (si acaso hiciera falta y fuese posible), mediante unos medios conceptuales mucho más sencillos. Desde luego, no considero criticable —¡es todo lo contrario!— que se haga Teoría del Derecho sin precipitarse en unas u otras madejas de laberintos conceptuales superfluos. Mas tampoco considero que merezca aplauso el expediente de encogerla, según discurre D., a santificar una variedad jurídicista del realismo ingenuo, invocándola para sustentar propagandísticamente las disimulaciones retóricas cultivadas a título de “técnicas” propias en los discursos con que se desempeñan los operadores del derecho [*infra*: Sec. III].

Mediante el término “sistema” se sugiere que el conjunto de los fenómenos que integran determinado sector, todo cuanto forma parte de lo que es llamado así, funciona a la manera de un reloj o algo por el estilo. Significa que esto se compondría de ciertas “piezas” bien definidas, y sujetas a un plan general no

³¹ Esto último ha sucedido también, por ejemplo, hasta con ciertos comentarios críticos acerca de lo que dice el propio Dworkin: Jackson (1985: cap. IX), Troper (1986; *infra*: n. 89), AA. VV. (1993).

³² Así, señaladamente, la moderna “Santa (charla-)Familia” —Rawls, Habermas, etc.— de que me he ocupado en otros sitios (1996b; 1997a; 2007a; 2009a: cap.V). Tampoco escasean otras vertientes de ilusionismos varios: Ferrajoli (axiomatizaciones), Atienza (teoría idealista de la argumentación jurídica —cf. Haba [2009b: cap. IV.I]—), etcétera.

menos definido, en forma tal que ellas obrarían sujetas inexorablemente, o poco menos, a una red de relaciones de interdependencia que ostentan firme regularidad y permanencia (en todo caso, temporariamente). Eso haría que los, así llamados, “sistemas” de lo social —entre ellos, el derecho— resulten ser bastante análogos, *mutatis mutandis*, a sistemas como, por ejemplo, las partes de un organismo biológico, los movimientos siderales, los conjuntos matemáticos, los programas de una computadora.

Sistema; pensamiento y conducta sistemáticos.— Aun sin tomar tales términos en algún sentido demasiado fuerte, rigurosamente lógico-formal, se puede calificar así a un conjunto de ideas y las conductas que siguen fielmente —supongamos— a estas ideas, cuando ese conjunto ostenta los rasgos siguientes: *a)* en el círculo de locutores considerado, dichas ideas remiten las unas a las otras, por derivación o combinación, ya sea todas ellas entre sí o al menos si cada una va ligada y así remite a unas cuantas otras del conjunto, en variadas redes de interrelaciones del pensamiento; *b)* que estas ideas no resulten incompatibles entre sí, en las posibles interpretaciones de ellas en dicho círculo, y que en cada caso se sepa allí cuál o cuáles se aplicarán y cuáles no; *c)* tal conjunto permitiría determinar respuestas intersubjetivas en la generalidad de los casos, entre los locutores de ese círculo, para las cuestiones de que se trata en el campo considerado. Con respecto a lo que nos ocupa aquí, el *conjunto* de ideas referido sería lo que se conoce en general como derecho positivo, o en especial tal o cual rama de él, y el *círculo* en cuestión estaría integrado por sus locutores habituales, los profesionales de esa disciplina, en un país dado.

Quiere decir que si la palabra “sistema” se emplea para calificar como tal a un universo del discurso, con ello suele presuponerse, así sea tácitamente, que este conforma cierto orden sometido por lo menos a dos condiciones básicas: *precisión* —reconocibilidad y mutua diferencia, intersubjetivamente comprobables— de los elementos que componen el sistema en cuestión + *no-contradicción* entre dichos elementos. Esos elementos serían, en nuestro caso, los conceptos jurídicos y la manera como están relacionados entre sí por normas del derecho positivo, o también por su dogmática. Sin embargo, lo cierto es que los discursos profesionales de los juristas no constituyen un edificio intelectual que presente las condiciones para responder, ni cercanamente, a tales exigencias.

Con respecto a las conductas de los seres humanos como partícipes en conjuntos sociales, la falacia de tratar de explicarlas mediante modelos semejantes reside en dos cuestiones centrales. *a)* Si se considera que las “piezas” del *sistema* en cuestión son personas del género humano, vemos que entre ellas, sin perjuicio de interrelaciones armónicas en tales o cuales aspectos y entre tales o cuales sectores de esos individuos, hay también toda clase de contradicciones y variantes, en

cuanto a las conductas y las ideas de estos mismos individuos. *b)* En las teorizaciones de modelo sistémico, como “piezas” del sistema considerado se toma como puntos principales de referencia lo que no son esas conductas mismas, la explicación dada se contenta con referirse a relaciones en función de unos entes nominales muy abstractos: país, nación, clase o estrato social, Estado, instituciones, derecho y otras categorías de contenido no menos elástico, cuyos referentes concretos no suelen quedar bien delimitados en tal género de conceptualizaciones (de ahí la multiplicidad de interpretaciones al respecto, contradictorias entre sí, ante las situaciones reales específicas).

Lo de “*inventar* sistemas” corresponde a una poderosa tendencia general del pensamiento, la cual se hace presente por doquier, cuya raíz supo advertir Freud:

“Una función intelectual que nos es inherente, exige de todos aquellos objetos de nuestra percepción o nuestro pensamiento, de los que [dicha función] llega a apoderarse, un mínimo de unidad, de coherencia y de inteligibilidad, y no teme establecer relaciones **inexactas** [o al menos confortablemente vagas] cuando, por circunstancias especiales, no consigue [¡o no le interesa!] aprehender las verdaderas” (1967: 127; negr. E.P.H.).

Goethe puso en boca de Mefistófeles, con insuperable concisión, la clave de ese vicio, tan común también en la teorización que se lleva a cabo en las ciencias sociales:

*Las palabras habilitan primorosas discusiones
Con palabras es dable conformar un sistema
En las palabras se confía, primorosamente
A una palabra no se le puede arrebatar ni una jota*³³.

Para que la calificación de “sistema”, aplicada al derecho y a otros sectores de fenómenos sociales, fuese más que un simple comodín, sería indispensable identificar ahí unas clases intersubjetivamente *netas* de individuos y unas clases intersubjetivamente *netas* de cosas o conductas. Por el contrario, los discursos

³³ “Mit Worten läßt sich trefflich streiten / Mit Worten ein System bereiten / An Worte läßt sich trefflich glauben / Von einem Wort läßt sich kein Jota rauben” (*Fausto*, En el gabinete de estudio). De tal presuposición, no menos ingenua que abrumadoramente extendida, surgen toda suerte de discusiones ociosas, innumerables “cuestiones de palabras”: cf. Vaz Ferreira (1910: cap. “Cuestiones de palabras y cuestiones de hechos”). *Advertencia*: El texto en español (arriba) de esa cita, como asimismo todas las demás versiones castellanas que a lo largo del presente trabajo se toman *directamente* de los estudios en idiomas extranjeros señalados en la Bibliografía ubicada al final, es traducción que corre por mi propia cuenta (E.P.H.).

sistémicos suelen contentarse con planear en las nubes de una jerga lo bastante abstracta como para no poder ser sometida a pruebas propiamente empíricas.

No digo que dichos entes sean simples *flatus voci*, que ellos carezcan de toda relación con la realidad. Ni siquiera niego que puedan tener una utilidad lingüística, como abreviaturas y como señaladores hacia ciertos complejos de conductas, en ciertos contextos. Lo que me importa hacer ver es que los contenidos de semejantes términos no son lo suficientemente distintos, uniformes y estables como para componer, en la práctica social misma, nada que se parezca sensiblemente a algo así como un mecanismo de relojería o un organismo biológico, modelos que constituyen el paradigma por excelencia presupuesto en las aproximaciones sistémicas. Salvo que estas últimas debamos entenderlas a modo simplemente de metáfora; entonces resultan más bien confusionistas, por sugerir dicha similitud o hasta equivalencias con tales modelos.

Los *elementos* del sistema en cuestión, las “piezas” de ese rompecabezas social, o sea, aquellos entes u otras nociones por el estilo, suelen aparecer caracterizados mediante conceptos vagos: así, el “adentro” y el “afuera” del “sistema”. Sus límites no quedan delineados de modo intersubjetivo. A diferencia de las piezas de un reloj, las piezas del sistema invocado no son netas como tales, sus contenidos no resultan distinta y unívocamente identificables. La *extensión* lingüística de esos conceptos se presta a toda clase de dudas, una vez que se trata de aplicarlos a situaciones concretas. DETRÁS de los juegos de palabras sistémicos quedan disimuladas lo que son las conductas sociales reales *decisivas*; o en todo caso, buena parte de estas. Claro, los “sistemas” así presentados existen en el papel. Solo que, de ahí a saber cómo estas construcciones lingüísticas puedan corresponderse —¡o no!— con las *prácticas* sociales, hay toda una “caja negra” por esclarecer: psicología social, condiciones materiales, múltiples tipos de factores, de todo lo cual los pensadores sistémicos se ocupan poco o nada.

En virtud de todo ello, nos encontramos con que un jurista verdaderamente agudo, Llewellyn, no pudo menos que preguntar:

“¿Para qué, entonces, ese infantil persistir en jugar con una pseudológica y con la mascarada (*Vorspiegelung*) de una ‘completud’? ¿A qué se debe que los ‘lógicos’ de las ‘ciencias’ sociales *escondan* tanto, por principio, los principios básicos de la lógica: la exacta, netamente limitada, inmovible determinación de los conceptos; el establecimiento riguroso y expreso de cada postulado; la irrefutable exclusión de cualquier eslabón intermedio ambiguo; el que las deducciones sean extraídas de postulados y conceptos, con soberana prescindencia de si esa inferencia tenga algún lejano parentesco con la experiencia de la vida” (1977: 19; curs. E.P.H.).

Como consecuencia resulta que, en la práctica:

“[...] el ideal de la lógica *inhibe la crítica*. [...] El ideal de completud le resulta adulator a la *pseudológica*, y al mismo tiempo ciega la facultad de percibir adecuadamente [*i.e.*, permite *disimular*] situaciones de hecho [que son decisivas en la práctica]” (1977: 20; curs. E.P.H.).

Justamente, unos “sistemas” como esos que suelen señalarse para el derecho tienen la peculiaridad de que, al describirlos, permanece “escondido” todo aquello. [Eso sí, para esto último no es necesario remontarse a unas dimensiones tan del todo galáxicas como las axiomatizaciones, no menos inservibles (y disimuladoras) que inusitadamente artificiosas, pergeñadas por un autor como L. Ferrajoli.] A diferencia de tanto amontonamiento de pedantismos que, hoy más que nunca, dominan en la Teoría del Derecho, Llewellyn supo llegar a la conclusión más prudente en cuanto al uso de dicho término:

“Mientras para la ‘sistemática’ de las ciencias sociales las cosas marchen así, mejor renuncio a la palabra ‘sistema’” (1977: 20)³⁴.

Esa gran clase general de aproximaciones a los fenómenos del pensamiento humano, la ilusión de venir a detectar unos “sistemas”, se halla no menos difundida en las ciencias sociales. Ahí constituye, bajo distintas formas, la tendencia netamente dominante, no menos que en la mayoría de las investigaciones epistemológicas sobre lo que se ha dado en llamar la esfera de la Razón práctica en general. La misma inocencia obra como precomprensión básica para que, sea bajo tales o cuales vestimentas teoréticas, tomen lugar unas u otras “construcciones” también en los estudios metadogmáticos de Teoría del Derecho. Tales presuposiciones no son sometidas a pruebas empíricas que permitan comprobar si semejantes ideas concuerdan *o no* con la PRÁCTICA de los juristas. En suma:

“The products of thought are hypostasized and actual reality despised...” (Vaihinger)³⁵.

Vamos a verlo más de cerca a continuación, donde pasaré a examinar una por una las principales tesis de orden *metodológico* recicladas por nuestro autor.

³⁴ Véase también *infra*: §12: Nota (a) *in fine*.

³⁵ Hans Vaihinger, cit. por Frank (1970: 343).

II) DISCUSIÓN DE LAS TESIS PRINCIPALES

(Sobre cómo descubrir, “en serio”, que los bebés no nacen de las cigüeñas...)

Law, by definition, must apparently have a noble aspect, a breath-taking sweep. Law must be, Beale asserts, uniform, general, continuous, equal, certain, pure... Beale presumably would say: the law never was in doubt, only the decision was in doubt.

Frank³⁶

Examinaré una por una las cuatro principales tesis recicladas por nuestro autor sobre cómo funciona la ciencia específica que practican los juristas. No entiendo ocuparme, pues, sino de lo señalado por él en cuanto a ciertas cuestiones fundamentales concernientes a la *metodología* del discurso jurídico. Significa que no voy a examinar los puntos de vista que D. haya sostenido en cuestiones de política jurídica, así en unas cuestiones de derecho constitucional; hasta sería posible que yo esté de acuerdo con él en defender tales o cuales principios en ese terreno. [A decir verdad, incluso las observaciones que él presenta sobre estos otros asuntos son, en general, bastante superficiales; compárese, p. ej., con unos verdaderos *análisis* como los que trae Hospers (1961: esp. cap. 8).]

4. Una sola respuesta jurídica “correcta”³⁷

Tesis 1) Para cada caso planteado ante los tribunales no cabe sino *una* sola respuesta jurídica “correcta”, aquella que corresponde *verdaderamente* al sistema de derecho establecido en el país considerado.

Esta presuposición constituye el eje central de los razonamientos que ofrece la doctrina jurídica en general. Ella es asumida como presupuesto ineludible en las argumentaciones que presentan los abogados y los jueces en la práctica de los tribunales, obra ahí como un dogma básico que está más allá de toda discusión posible. Se supone que el jurista conseguiría aprehender dicha respuesta en cierto “cielo” (Jhering) de conceptos, globalmente armónicos, por donde su razonamiento profesional supo aprender a navegar como experto. Solo que este sistema, según D., no se encuentra establecido por las “normas” jurídicas exclusivamente, sino también por unos “principios” (en sentido estricto) y “directrices políticas”³⁸. Además de contar con textos oficiales como las leyes,

³⁶ Frank (1970: 53 y 55; negr. E.P.H.)

³⁷ Dworkin (1984: esp. cap. 13, junto con los §§ 3 y 7 del Apéndice).

³⁸ *Infra*: § 7.

entonces sería la intervención también de algunas otras fuentes de ideas — suficientemente netas, ellas también— lo que permitiría cumplir a cabalidad (D. se halla bien convencido de ello) con la exigencia del mito jurídico básico. No las leyes solas, pero sí cierto conjunto más amplio de pautas contendría siempre o casi siempre una solución que es bastante, por no decir absolutamente, *segura* con respecto al problema jurídico presentado.

Tal concepción se basa, ante todo, en la prelación vulgar que las gentes tienen sobre el lenguaje en general, la apriorista creencia en el *naturalismo* lingüístico. Esta convicción, que reina todopoderosa en sus mentes, consiste en suponer que cada palabra o conjunto de palabras, p. ej. A, no puede tener más que un solo significado, digamos B, siendo este último el *único* verdaderamente correcto para esa formulación; así como un perro es siempre un perro y un gato es siempre un gato, en el mundo de la naturaleza³⁹. Tal creencia, de la cual son víctimas casi todas las personas, da lugar a innumerables disputas terminológicas, no solo también entre los juristas sino asimismo entre filósofos y también en las ciencias sociales.

Dicha convicción armoniza en un todo con la ingenua suposición de que cada texto del derecho lleva, como “prendido” en sus palabras mismas, simplemente *un* solo significado “verdadero”, el único capaz de constituir su interpretación propiamente “correcta” en el derecho vigente, o en todo caso una que es *la* “mejor” de todas. Partiendo de semejante idea se presupone que ese significado, en sí mismo, no es afectado por la circunstancia de que distintos intérpretes lleguen, sea por las razones que fuere, a discrepar acerca de su contenido. Solo una de las interpretaciones puede ser —se supone— la verdaderamente acertada. (Y claro que esta, la única “correcta”, en definitiva será justamente la descubierta por uno mismo... ¡digan lo que digan otros intérpretes!). Es verdad que D. señala que ese significado podría, en su caso, ser descubierto con ayuda también de unos principios generales del cielo jurídico, los cuales incluso pueden ser de orden jurídico-moral o jurídico-político. Pero esto último no altera mayormente la presuposición fundamental: él siempre se da por descontado que,

³⁹ Cf. Koch/Rüßmann (1982: 159). Se trata de eso que Friedrich Kainz llamó *Wortrealismus* (realismo de palabras), lo cual se halla estrechamente ligado al pensamiento mágico: cf. Topitsch (1988: esp. 60 ss.), AA. VV. (2004: Sec. C.I.2.b) y Haba (2004: 63 s [Supl.]). La consecuencia más general de tal ingenuidad es usar el lenguaje sin sospechar las “celadas” que él nos tiende (Wittgenstein [1953: § 109]): ignorar su verdadera dinámica, los entretelones de su “gramática” (*ibid.*: § 90). Estos rasgos fundamentales, explicados en trabajos como los mencionados aquí en la n. 10, son alegremente pasados por alto, una y otra vez, en razonamientos como los de Dworkin.

sean cuales fueren los medios empleados para descubrirlo, ahí se trata de un *único* sentido “correcto” para las formulaciones en examen, al menos para el contexto considerado.

El naturalismo lingüístico, aun cuando se corresponde muy bien con los hábitos mentales cotidianos, es lo primero de lo cual todo estudio verdaderamente científico se libera para emprender cualquier investigación sobre funcionamientos del lenguaje. No menos cierto es que también en la Teoría del Derecho ha sido denunciado aquello, desde mucho tiempo atrás, como una pura ilusión (retórica) del discurso jurídico corriente⁴⁰. Sería de suponer, pues, que D. hizo entrar en juego razones muy sólidas e inéditas para sostener lo contrario de cuanto afirman las ciencias lingüísticas y los principales estudios publicados en dicha Teoría sobre esos temas. Cabría imaginarse que habrá comenzado por analizar “seriamente” a fondo, y procedido a rebatir mediante razones que ningún estudioso había logrado advertir hasta ahora, esos conocimientos generales. Él debiera poner en evidencia, pues, que en cuanto al derecho están equivocadas las tesis siguientes, tanto da si son unánimemente reconocidas como verdad por parte de los lingüistas:

- el sentido de las formulaciones es oscilante en dependencia de quiénes sean los locutores, hasta en el seno de un mismo auditorio;
- los usos de cada una resultan de convenciones (implícitas), las cuales pueden, en su caso, contradecirse unas con otras;
- de tal manera, complejos entrecruzamientos de franjas de sentidos heterogéneos llegan a conformar un mismo discurso;
- como consecuencia de todo ello, se producen maneras heterogéneas de entender tal o cual parte de un discurso dado, de manera que entre las diversas interpretaciones presentes no es una más “verdadera” que las demás, sino que simplemente algunas son más o son menos *habituales* para el lenguaje considerado, o eventualmente más o menos *convenientes* en vista de una finalidad que se elija. [Conveniencia que, por lo demás, solo podría ser comprobada (o falsada) si ese fin es descrito de manera suficientemente precisa. Tal posibilidad no existe, en cambio, cuando uno se da por satisfecho con indicarlo mediante conceptos muy

⁴⁰ Véase, p. ej.: Williams (1945-46), Neumann-Duesberg (1949), Ross (1963: cap. IV), Mellinkoff (1963), Carrió (1965), Gottlieb (1968), AA. VV. (1974), Warat (1976), Mourgeon (1978), Schreckenberger (1987); se puede cf. también Haba (2003a) y la literatura ahí mencionada.

indeterminados, como ciertas fórmulas vacías que dominan la retórica del discurso político y el jurídico: “justicia”, “equidad”, “comunidad” y otros⁴¹.]

En síntesis: policonvencionalidades en el uso del lenguaje, multifuncionalidad de este, anchos grados de indeterminaciones debidas a entrelazamientos de sentidos en cada discurso, antinomias entre los juegos lingüísticos utilizados para interpretar. Estos son como unos lugares comunes, por lo elementales, para todas las ciencias lingüísticas.

Ahora bien, cada una de esas cuatro tesis es difícilmente conciliable con los principales puntos de vista que D. sustenta. Mas la única razón que él esgrime para descartar toda la investigación científica sobre la dinámica de los discursos en la comunicación social, o en todo caso para sostener que los del derecho constituyen una singular excepción al respecto, es remitirse a lo que *creen* los juristas mismos sobre su propia manera profesional de pensar. Tal enfoque, la aproximación por excelencia que D. emplea para dilucidar toda cuestión metodológica, tampoco la abandona posteriormente [*infra*: § 18.b]. Para él, de lo que siempre se trata, antes que nada y por encima de todo, es de no poner en duda lo que supongan, consciente o inconscientemente, los propios juristas [habrá ocasión de volver sobre esta presuposición: Sec. III].

A nuestro autor le parece el argumento más contundente hacernos ver —¡vaya descubrimiento!— el hecho de que cada jurista, cuando presenta sus razonamientos y conclusiones sobre un caso, se halla muy convencido *él mismo* —por lo menos, eso afirmará al alegar— que así nos proporciona la “única respuesta correcta” admitida por el derecho positivo vigente para ese caso: *one right answer*. (Lo cual para cada locutor quiere decir, en la práctica: “...*mi* propia ‘right’ answer, of course!”). Argumento bien “serio”, a todas luces. No menos que este otro, acaso: “El planeta tierra es llano e inmóvil, sin duda. ¿O negará Vd., insólito Sr. Desconfiado, que sus habitantes no lo ven esférico o elipsoide, ni lo sienten moverse bajo sus pies? Con esta seguridad, la de ellos mismos, basta y sobra... ¡qué más se puede pedir!”. A menos que D. haya querido decirnos, después de todo, que una cosa son los *discursos* jurídicos y otra el derecho *mismo*. No sería sino este último, en sí mismo, quien establece de modo neto *una* respuesta “correcta”, independientemente de que los prácticos del derecho puedan llegar a equivocarse, unos u otros (¿o hasta todos ellos?), sobre cuál sea esa única respuesta *verdadera*. Platonicismo juricista como

⁴¹ Véase AA. VV. (2007a: esp. Secs. C.II y G.IV).

“novedad”... ¡cien años después de lo advertido por Jhering sobre el “cielo” jurídico⁴²!

[Nota: Lo de la respuesta jurídica “correcta” se relaciona íntimamente con la cuestión general de la “verdad” en el derecho, asunto en el que habremos de detenernos más abajo: Sec. III.]

5. Sistema jurídico como “narración”, el “principio de unidad”⁴³ (*Visión del derecho como una especie de “novela”*)

Al parecer, amplios sectores pertenecientes al ámbito de las humanidades y de las ciencias sociales han adoptado una filosofía que llamaremos —a falta de un término mejor— “posmodernismo”, una corriente intelectual caracterizada por [...] elaboraciones teóricas desconectadas de cualquier prueba empírica, y por un relativismo cognitivo y cultural que considera que la ciencia no es nada más que una “narración”, un mito o una construcción social.

Sokal y Bricmont

El principio de unidad en el derecho es su religión

Dworkin⁴⁴

Tesis 2) La respuesta a cada cuestión jurídica se obtiene mediante un procedimiento intelectual análogo a eso que el lector hace para comprender *unitariamente* lo narrado en una novela; en consideración a tal sentido global es como se interpreta, a su vez, cada pasaje en particular.

He ahí la única idea algo inusitada que D. ha introducido en la teoría jurídica (si bien esa engañifa, la de apartar la atención del mundo real cambiándolo por un universo teórico de “narraciones”, proviene de otros campos de estudio, unas corrientes de la Semiótica). A título de metáfora, tal caracterización podría hasta ser relativamente aceptable. Eso sí, para el fondo mismo del asunto, con ella no se apunta a nada que no sea muy conocido, por lo menos desde el siglo XIX, sobre la conformación del pensamiento jurídico. Ya Savigny subrayó que corresponde recurrir también al “elemento *sistemático*” para interpretar las leyes (1840: §§ 5 y 33). Si bien ese célebre jurista no dejó de vincular dicho

⁴² Véase Jhering (1974: esp. Parte III).

⁴³ Dworkin (1984: Apéndice [§ 3.A]).

⁴⁴ Primera cita, Sokal/Bricmont (1999: 19; negr. E.P.H.); de cuanto se indica en esa caracterización general, D. toma señaladamente lo que he subrayado en ella mediante negritas. Segunda cita, ref. *infra*: n. 98.

“elemento sistemático” con el propio pensamiento del legislador, más tarde muchos autores, especialmente en el siglo XX, hicieron ver que la interpretación del derecho depende asimismo de múltiples otros elementos de juicio que entran a jugar en los “métodos” usados para ello⁴⁵. Pero ahora resulta que más de un profesor de derecho, empezando por el propio D., entiende que era menester esperar a que Hércules aprendiera el inglés para venir a avisarnos que el agua moja.

Sea como fuere, la condición de “sistemático” para el pensamiento jurídico constituye, al menos desde los tiempos de Savigny, algo que todo jurista ha visto subrayado, una y otra vez, en sus estudios universitarios. Por su parte, D. lo dice así:

“El principio de unidad en el derecho [...] prescribe que las normas sean leídas y comprendidas, en toda la medida de lo posible, como si fuesen obra de un solo autor, la comunidad personificada, expresando una concepción coherente de la justicia y la equidad [...] [entendiendo por ello una concepción que sea] la mejor interpretación del procedimiento jurídico como un todo (*en son entier*). [...] La tesis del derecho como *unidad* pretende que la interpretación es lo *ordinario* en el trabajo de los jueces [...]” (1985a: 51 y 52; curs. E.P.H.).

Esa es una ficción que a menudo la doctrina jurídica corriente imputa al *topos* “la Voluntad del Legislador”⁴⁶. Solo que, al recoger este lugar común bajo la etiqueta “principio de unidad”, junto con unas cuantas fórmulas vacías más (“comunidad” personificada, “justicia” y “equidad”, un “todo”...), en el lugar de esa ficción se pone algo que es todavía mucho más indeterminado y aún más fantasioso, dicha “unidad”. Para ello, D. utiliza una comparación con la crítica literaria:

“La exigencia de unidad inscrita en la empresa de [interpretar] la novela en cadena, presenta suficientes similitudes con el principio de unidad en el derecho, como para invitarnos a establecer un paralelo con la resolución de los casos difíciles por parte de los jueces, quienes aceptan este principio” (1985a: 55).

Mas tal principio no se refiere únicamente a los “casos difíciles”, pues según el propio D. es determinante asimismo para cuanto constituye “lo *ordinario* en el trabajo de los jueces” [*supra*: cita penúltima]. Ahora bien, a pesar de todas las

⁴⁵ Véase, p. ej., las observaciones de Gény y Radbruch que se recogen más abajo, a la altura de la n. 54.

⁴⁶ Para la discusión acerca de qué alcances *realistas* pueda tener, a pesar de todo, tal figura argumentativa, véase Haba (1992).

vueltas y revueltas que D. le da a semejante comparación⁴⁷, introduciendo una moda que han festejado y seguido luego otros autores, la verdad es que de aquello no se sigue prácticamente nada en cuanto a suministrar pistas para conseguir un manejo menos contingente de los “métodos” de razonamiento en la práctica del derecho.

Si se coteja ese tratamiento metafórico de la cuestión clave del razonamiento jurídico, la interpretación del derecho, con estudios en profundidad sobre el tema, la indigencia de unas observaciones como las de D. salta abruptamente a la vista⁴⁸. No se gana ni mucho ni poco, sino antes bien lo contrario, añadiéndole toda clase de detallismos con que esa idea central aparece luego inflada, o hasta requeteinflada, en exámenes más pedantes ofrecidos por otros autores. Sea como sea, con más o con menos acopio de detalles, lo interesante no debiera ser el esforzarse por hurgar si hay tales o cuales similitudes entre A (discursos jurídicos) y B (novelas, relatos en general), sino ver *qué* nos enseña B sobre A, siempre y cuando se trate de algo que resulte verdaderamente IMPORTANTE para entender y manejar el funcionamiento de A *mismo*. Quienquiera puede entretenerse en comparar A con otras cosas, sean las que fueren (también, p. ej., con la digestión de las ratas, los mensajes de los sueños, el béisbol, la astrología “científica”, el salto a la garrocha o los concursos de disfraces), si tal comparación se considera interesante *por sí misma*. Desde luego, las similitudes que se detecten no tienen por qué ser falsas y hasta pueden ser novedosas. Basta con que a un autor se le ocurra entretenerse con nuevas comparaciones, cualesquiera sean, para así conseguir material capaz de rendir para toneladas de literatura sobre parecidos y no-parecidos.

La comparación entre el discurso jurídico y los relatos es más que nada un juego de artificios, más allá de que señale ciertas analogías aceptables, pues no ayuda a ver nada *sustancial* que previamente hubiere pasado desapercibido a los principales trabajos sobre el lenguaje jurídico. D. se queda notoriamente debajo de estos no solo en información, sino sobre todo en perspicacia; sin ir más lejos, compárese con el elemental librito de Carrió (1965). Repito, la

⁴⁷ Dicha idea no aparece explicitada en la edición original de *Taking Rights Seriously* (1977), sino en un estudio de Dworkin publicado aparte ese mismo año: “No Right Answer?” (*Law, Morality and Society: Essays in Honor of H.L.A. Hart*. Ed. P. Hacker y J. Raz. Oxford: Clarendon Press [1977], pp. 58-84). No he podido consultar este trabajo, pero esa tesis suya, muy difundida, él la ha explicado en otros sitios también, como los tomados en cuenta aquí: Dworkin (1984: Apéndice, apartado 3.A; 1985a; y 1985b).

⁴⁸ Para no salirnos del idioma inglés, compárese p. ej. con un verdadero *análisis* de la cuestión, como el efectuado años antes por Gottlieb (1968: esp. caps. II-VII).

pregunta es: ¿qué sabemos ahora sobre el derecho MISMO, que no sepamos por dejar de advertir unas similitudes entre derecho y novelas, derecho y viajes interplanetarios, derecho y *rock 'n roll*, derecho y técnicas culinarias...? A juzgar por los “descubrimientos” de D., dicho orden de comparaciones muestra muy poca o ninguna fertilidad para conocer mejor los fenómenos jurídicos; más bien, introduce nuevos elementos de ilusionismo al respecto.

[Por mi amigo Cárcova (2000) vine a enterarme de que D. no ha cesado de insistir al respecto (“Cómo el derecho se parece a la literatura.” *La decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores [1997]), reiterando básicamente lo mismo de antes (a juzgar por los pasajes que Cárcova transcribe de dicho estudio). Mi amigo, quien se muestra entusiasmado por tal perspectiva metodológica, aduce como razón de mucho peso —a su juicio— para legitimar esa posición, el hecho de que la siguen también unos cuantos otros autores de prestigio; vale decir, le parecen intocables aquellas “razones sociológicas” —*argumentum ad verecundiam* internacional— señaladas por Sokal y Bricmont [*supra*: n. 18]. Así y todo, lo cierto es que tampoco en ese informe de Cárcova he logrado descubrir cuáles puedan ser ahí unos conocimientos nuevos, supuestamente importantes, acerca *específicamente* del derecho. No veo cómo, y en qué, algo de ello venga a agregar nada sustancial a lo archiconocido desde mucho tiempo atrás; si bien, claro que sí, por esas vías no se escatiman hazañas terminológicas en bautizar o rebautizar trivialidades, mientras se desvía la atención hacia unas artificiosas analogías “relatistas”... *pour épater la galerie!*]

En fin, sea o no que el “tejido” del derecho se encare como un relato, la elección de las “técnicas” para hacerle decir algo a tal tejido depende de las preferencias específicas, muy a menudo contradictorias, de los locutores concretos llamados a interpretarlo. Por lo demás, aquella es una comparación que, si no se tiene buen cuidado de tomarla “con pinzas”, es apta para reforzar el cielo normativista en que suele moverse el pensamiento jurídico profesional. Dicha metáfora apuntala, mal que bien, la idea de que el derecho sería algo así como un edificio de ideas tan *en sí*, relativamente autónomo frente a lo que sucede (¡hechos!) en la realidad misma, cuanto puede serlo el contenido de cualquier historia narrada por un literato con buena imaginación. Así, la ceguera que a menudo unos tecnicismos jurídicos, y consecuentemente los discursos apoyados en ellos, muestran frente a la realidad hallará un punto de apoyo también en semejante “técnica” de razonamiento. Esta es idónea para “construir” unos discursos jurídicos que, en aras de poner en juego la fantasía de hallar un sistema de “unidad” en el derecho (“la semiótica dworkiniana [...] es ferozmente sistémica”,

apunta Jackson: *infra*), disimulan las contradicciones reales que, como conjunto teórico y por las interpretaciones opuestas que cultivan sus protagonistas, conlleva inevitablemente el maremágnum de aspectos a los cuales, indistintamente, se denomina “derecho”⁴⁹.

Es verdad que D. llega a decir lo siguiente:

“Al rechazar la idea de que el derecho es un sistema de normas, no era mi intención reemplazar esa idea por la teoría de que el derecho es un sistema de normas y principios. No hay nada a lo que se pueda llamar ‘el derecho’ en cuanto colección de proposiciones discretas, cada una de ellas con su propia forma canónica” (1984: 470).

No obstante, en la discusión donde aparecen esas líneas, D. no entiende renunciar a la idea de *sistema* en general para el pensamiento jurídico, sino solamente a la de un sistema *fijo y completo* de las proposiciones aplicables como derecho. Esto no le impide imaginarse que, para contestar a cualquier cuestión jurídica que se presente en un momento dado, en *ese* momento sería dable hallar, de todas maneras, una UNIDAD pre-establecida, ya sea de normas (*rules*) o de principios o de lo que fuere. Justamente tal unidad conforma aquello que, según él, todo jurista tiene la obligación de empeñarse en re-conocer. [Aun en esto, D. no hace más que introducir unos cambios minúsculos, esencialmente secundarios y que sobre todo son de orden terminológico, a lo que decía el viejo profesor Beale: “This all-embracing body of homogeneous scientific principle constitutes [según Beale] a ‘philosophical system.’ Such *systems* are ‘truly law’ even ‘though no court has lent its sanction to many of their principles [escribe Beale]” (Frank, 1970: 57; curs. E.P.H.).]

De ahí que un comentarista tan meticuloso como Jackson (quien, por cierto, no ha vacilado en tomarse bien en serio los escritos de D.) venga a caracterizar así la posición de nuestro autor:

“If the judge is to deploy interpretative techniques such as will allow him to decide hard cases by selecting that proposition which fits best into the *overall* structure of the legal *system*, that overall structure must be conceived as a *rational, consistent whole*. [...] The job of Hercules is thus one of *rational* reconstructions [...]. Dworkinian semiotics [...] is FIERCELY systemic” (1985: 222 y 223; curs. y vers. E.P.H.).

Después de todo, tanto da que a tal “unidad” quiera o no llamársele “sistema”, o si unos terminan rebautizándolo como cuestión de “relatos”. Así es como no faltan ahora, siguiendo el ejemplo de D. pero superándolo rotundamente en acumulación de pedantismos expositivos, quienes consagran sus mejores

⁴⁹ *Infra*: n. 52.

empeños en ingeniárselas para someter el examen de los “relatos” jurídicos a toda suerte de minucias terminológicas adyacentes. Con base en ellas es cómo sus estudios se autoentienden como cumplidamente “científicos”, por cuanto logran así generar *a piacere* una nutrida pléyade de aparatosos esquemillas cripto-“técnicos”. Mas nada de eso pone en jaque, sino que sobre todo aparta la mirada de, aquello que constituye el fondo mismo del pensamiento jurídico profesional en general, su cuadro de imposturas teoréticas fundamentales: el *Síndrome* normativista [*supra*: a la altura de la n. 14], eje tododominante en la “gramática” de dichos juegos de lenguaje profesionales, pero gran ausente en el profuso tejido de las minuciosidades narratológicas. Tanto en D. como en “relatistas” más sofisticados, al fin de cuentas siempre se trata de la fantasía racionalista señalada, esto es: una presentación que vela, mediante unos u otros aparatos teoréticos, las *contradicciones* y en general los DES-órdenes sustantivos —“[...] una mezcla indisoluble de [...]” [*infra*: n. 54]— con que los operadores del derecho positivo construyen *realmente* sus discursos jurídicos profesionales. En sustancia sigue siendo el viejo mito, tan habitual⁵⁰, solo que ahora bautizado “Hércules” (o como mejor gustéis...).

6. Contra “el” positivismo jurídico: relación del derecho con ideas morales y políticas⁵¹

The fact that in a book as important [¡publicitariamente!] as Taking Rights Seriously, which launches a frontal attack against legal positivism, the names of Alf Ross and Norberto Bobbio are not even mentioned, and their contributions to legal positivism or to the analysis of the concept of legal positivism not even acknowledged, is to be considered [...].

Carrió (1980: 211)

Tesis 3) Contrariamente al modelo de comprensión propugnado por *el* “positivismo jurídico”, no hay una barrera o límite propiamente dichos entre el derecho y campos de pensamiento como la moral o las ideas políticas.

Para examinar con seriedad (sin comillas) lo relativo a este punto, habría que empezar por precisar, aunque sea aproximadamente, los términos básicos involucrados en la discusión. Por lo menos sería necesario aclarar bien qué quieren decir ahí “derecho” (“jurídico” es su forma adjetival) y “positivismo”.

⁵⁰ *Basic Legal Myth* (Frank, 1970: cap. I y *passim*). Véase también Haba (2006a: Sec. C.I.2).

⁵¹ Dworkin (1984: caps. 2, 3, Apéndice [§ 5] y *passim* [p. ej., pp. 51 y 230-233]).

Cada una de estas dos palabras presenta sentidos variados, corrientes en la literatura jurídica, sobre lo cual desde hace mucho tiempo ha sabido llamar la atención más de un autor⁵². Tanto en el lenguaje común como en textos jurídicos, el uso de todos esos términos —derecho, positivismo, moral, política y otros— exhibe múltiples variantes. Para la fórmula compuesta “positivismo jurídico” pasa lo propio:

“The expression “legal positivism” is intolerably ambiguous. It has been used in the past and is still used to designate a heterogeneous variety of attitudes, theses, conceptions and doctrines, all of which concern in different ways the social phenomenon known as ‘law.’ Some of them are incompatible with each other. Others are interconnected by family ties” (Carrió, 1980: 209).

D. no tiene, al parecer, noticia sobre nada de eso. En todo caso, no le otorga ninguna importancia al hecho de que la expresión “positivismo jurídico” cubre puntos de vista MUY *heterogéneos*, colocados por unos u otros autores bajo esa misma etiqueta.

Mas yo quiero evitar concentrarme sobre todo en observaciones terminológicas, de modo que paso a abordar directamente la idea básica de D. sobre el punto. Su tesis central al respecto consiste, si no me equivoco, en subrayar que para el derecho entran a jugar también unas ideas que no tienen su sitio simplemente adentro ni simplemente afuera del sistema jurídico, este no se queda encerrado en sí mismo. Dicho sistema no es puntualmente hermético como tal, no se halla netamente separado de otras fuentes de ideas que juegan igualmente un papel

⁵² En cuanto al término *derecho*, he aquí algunas líneas pertenecientes al célebre estudio de Llewellyn (1930): “La dificultad de desarrollar un concepto de ‘derecho’, cualquiera sea, reside en que ha de incluir una multiplicidad de detalles inusitadamente distintos unos de otros. [...] Y todavía no he conocido u oído hablar de actividad alguna para la cual sean relevantes *al mismo tiempo* todos aquellos datos que se relacionan con el más inexacto entre todos los símbolos multívocos, ‘el derecho’. Hacemos y nos encontramos con *demasiadas* cosas y procesos mentales a los cuales desearíamos endosar este nombre. [...] En cierto sentido, el derecho es tan vasto como la vida misma” [no habiendo podido ver el original, he retraducido a partir de una publ. en alem., curs. E.P.H.]. Por lo mismo, Frank supo reconocer que “[...] esa palabra (*Law*) chorrea ambigüedad, ya había por lo menos una docena de definiciones defendibles. Agregar otra más, era vanidad” (1970: xiii). Téngase en cuenta, p. ej., la lista de definiciones presentadas a lo largo de la Historia del Derecho consideradas por Lévy-Ullmann (1925: Partes Primera y Segunda). Véase también, un poco más abajo en el texto (a la altura de la n. 54), la cita de Radbruch. En cuanto al membrete “positivismo jurídico”, cf. los sitios indicados *infra*: n. 56. Véase también Haba (2006a: Sec. C.I.1).

fundamental en la organización de la vida social, pues el derecho se encuentra integrado asimismo mediante puntos de vista morales y políticos e ideologías⁵³.

Ahora bien, no es tal idea en sí misma lo que considero despistado, en principio. Nadie que se halle un poco al tanto del desarrollo histórico de los estudios metadogmáticos sobre el discurso jurídico dejará de advertir que es prácticamente una trivialidad ponerse a reiterar tal puntualización, uno de los lugares comunes más difundidos en la Teoría del Derecho. El punto ha sido objeto, por parte de otros autores, de desarrollos no solo más detallados, sino de exposiciones donde, sobre todo, el análisis cala mucho más en profundidad. Se trata, básicamente, de un lugar común desde hace, por lo menos, alrededor de un siglo y medio. Baste recordar, sin ir más lejos, lo señalado por Gény hacia fines del siglo XIX:

“[...] la interpretación jurídica, *lejos* de estar limitada por la ley escrita o por las estrechas categorías de una lógica abstracta, no puede encontrar su pleno desarrollo y, por así decir, su terreno propio de cultura, sino en el medio moral, social, económico, que es como la atmósfera del mundo jurídico. Tal es [a pesar de contradicciones múltiples] el resultado, que ha quedado definitivamente adquirido, de los trabajos suscitados por la Escuela histórica, bajo la influencia de Savigny. [...] Empero, como la ley no es solo fenómeno psicológico; como ella es, al mismo tiempo e *inseparablemente*, fenómeno social, o más bien, como su esencia psicológica se halla envuelta, y, por así decir, bañada en una atmósfera social, que determina o precisa sus contornos, es necesario analizar también este ambiente vital de la ley—dicho de otra manera, tener en cuenta ciertos elementos, *externos* al texto por interpretar, pero emplazados en un contacto íntimo con él, y sin los cuales ese texto permanecería mudo o no revelaría sino muy incompletamente la voluntad que él recubre”.

No faltará quien tenga presente, por ejemplo, la clásica formulación (no me cansaré de hacerla recordar) de alguien que, desde luego, veía años luz más allá del horizonte capaz de ser percibido mediante una provincia de lecturas como la de D.:

“La interpretación jurídica es una mezcolanza indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos” (Radbruch)⁵⁴.

⁵³ Así, Dworkin afirma: “La gente tiene derechos jurídicos, y los principios de moralidad política figuran, de maneras que he intentado describir, en la decisión de qué derechos jurídicos tienen. Si al hablar de ‘principio jurídico’ nos referimos a un principio elegible para tal papel, entonces todos los principios de moralidad política que tienen vigencia en la comunidad en cuestión, por lo menos, son principios jurídicos” (1984: 470).

⁵⁴ La primera cita pertenece a Gény (1919, t. I: 220 y 287; curs. E.P.H.). La segunda es de Radbruch (1970: § 15, p. 211) [“... die juristische Auslegung ... ist ein unlösbares

Claro que en el seno del membrete “positivismo jurídico” encuentra sitio también una visión teórica como la criticada por nuestro autor, además de muchas otras. Para quien no ignore lo heterogéneo de las aproximaciones comprendidas bajo dicha etiqueta, salta a la vista que las observaciones de D. no conciernen a *el* positivismo jurídico, sino apenas a UNA de sus múltiples variantes posibles. ¡Justamente a la que NO es sostenida por los más conocidos autores de (meta)teorías “positivistas” sobre el pensamiento jurídico!

Hasta tratándose de Hart, aparentemente el único “positivista jurídico” internacionalmente bien conocido que nuestro autor haya llegado a leer, la crítica efectuada por este último concierne esencialmente sólo al cuarto de cinco significados principales que aquel señaló para el término “positivismo”⁵⁵. Por lo demás, la enorme simplificación a que D. somete la discusión sobre “positivismo jurídico” resulta mucho más patente todavía cuando, sin perjuicio de las distinciones efectuadas por el propio Hart, además sean considerados también múltiples otros planos de análisis y variados puntos de vista sobre la materia sacados a luz en muchas publicaciones⁵⁶.

Es verdad que ningún autor queda obligado a considerar igualmente todos los significados, uno tras otro, de los términos que emplea en un estudio; ni siquiera es absolutamente indispensable que lo haga para los principales manejados ahí. Puede estar justificado, en su caso, limitarse a tomar simplemente uno o varios de los ámbitos objetuales de esos términos, utilizar sólo ciertos significados, nada más aquellos a los que se refiere en especial el interés de conocimiento fijado. Empero, NO es tal el modo como D. mismo presenta esta discusión. Lo que él pretende no es venir a “refutar” *una* forma determinada de positivismo

Gemisch theoretischer und praktischer, erkennender und schöpferischer, reproduktiver und produktiver, wissenschaftlicher und überwissenschaftlicher, objektiver und subjektiver Elemente”].

⁵⁵ Cf. Hart (1958: n. 25).

⁵⁶ Sobre esa variedad supo llamar la atención casi enseguida Carrió (1980: 209-211); y cf., por todos, el conocido análisis de Bobbio (1965), estudio señalado también por Carrió en su artículo. Entre otros importantes trabajos donde la variedad de aspectos comprendidos en la expresión “positivismo jurídico” aparece bien subrayada, ciertamente antes de que D. viniera a dar con el genial descubrimiento de plantear la cuestión como si nada de eso hubiera sido aclarado, cabe llamar la atención sobre los siguientes: Silving (1955; 1958), Scarpelli (1965), Ross (1969: “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”; dicho texto fue publicado antes, versión bilingüe ingl./esp., en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961-IV), Henkel (1977: § 39 [trad. § 34]), Carrió (1970). A mayor abundancia, cf. la lista agregada al final de Silving (1966: 121 ss).

jurídico. Por el contrario, plantea la cuestión como si sus objeciones fuesen pertinentes contra... ¡EL “positivismo jurídico” *sin más!*:

“Me propongo llegar un ataque GENERAL contra EL positivismo [...]”⁵⁷.

La creencia de que entre derecho y política, como también entre derecho y moral, cabe trazar una barrera absolutamente neta, de manera tal que el discurso jurídico profesional pueda y deba no mezclar jamás su propio campo con aquellos otros, es una suposición que, en efecto, corresponde a concepciones no poco habituales entre los juristas. Mas la crítica que D. formula en tal respecto no dice nada que no sea muy, pero MUY sabido en Teoría del Derecho. Numerosos estudios, los hay incluso pertenecientes a teóricos del derecho bien conocidos, han efectuado precisiones importantes, algunas de ellas ineludibles⁵⁸ sobre ese asunto. ¡Tanto da!, D. se saltea alegremente todo eso. No parece tener la menor idea de que tales trabajos existen. Para evocar un solo ejemplo, por demás suficiente, basta con acordarse nada menos que de Kelsen, a quien suele mencionarse como el “positivista” jurídico por excelencia⁵⁹. De la manera más clara supo formular la advertencia, también él, por cierto de modo mucho más neto que D., y sin venir a contarnos unas fábulas con protagonista Hércules, que el fenómeno jurídico tiene naturaleza sustancialmente política:

“El derecho no puede ser separado de la política, pues es *esencialmente* un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones *políticas*” (1958: 31, curs. E.P.H.).

⁵⁷ Dworkin (1984: 72; negr. y vers. E.P.H.). Este pasaje prosigue de la manera siguiente: “[...] y, cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H.L.A. Hart”. Sea lo que fuere aquello que D. pueda entender a tal respecto como “necesario”, está claro que, según él, basta con “atacar” algo de lo dicho por Hart, con lo cual se conseguiría refutar el positivismo jurídico *en general*. De todos modos, importa no dejar de tener presente que, incluso donde se refiere a este último autor, D. pasa por alto distinciones tan fundamentales como las señaladas por el propio Hart [*supra*, n. 55].

⁵⁸ *Vid.*, por todos, Bobbio (1965).

⁵⁹ Pareciera que D. no ha leído ni siquiera a un jurista tan célebre como ese. Igualmente, otros de los más importantes autores que en relación con cuestiones fundamentales de *Legal Theory* han publicado muy conocidos trabajos en inglés —así: G. Williams, A. Ross, Perelman— están no menos fuera de su horizonte que el 100% de cuanto no sea difundido en esa lengua (...pero es muy cierto que D. tiene el mérito de conocer algunas palabras extranjeras: cf. Dworkin [1984: 93]).

O bien, para mencionar lo que puntualiza un libro (no es el único) que, al estar escrito en inglés, D. no estaba impedido de conocer, es bastante elemental tener presente que:

“Moreover, the application of rules to facts always requires a decision involving the selection of material facts based upon more or less overt considerations or purpose and policy” (Gottlieb, 1968: 160).

Kelsen puso especial énfasis en subrayar que las interpretaciones jurídicas se producen en virtud de *ideologías*, esto es, que el jurista llega a sus conclusiones con base en:

“[...] normas morales, normas de justicia, juicios de valor sociales, etcétera, que se suele denominar con rótulos tales como: ‘bien común’, ‘interés del Estado’, ‘progreso’, etcétera”,⁶⁰.

Como quedó aclarado mucho antes de que D. entonara a todo pecho su orfandad de información, es notorio que:

“[...] cuando se alude a esta doctrina (el positivismo jurídico), como frecuentemente ocurre, como la doctrina de la separación entre el derecho y la moral, la referencia es en alto grado engañosa. Es obvio que los hechos jurídicos y morales se encuentran relacionados entre sí de varias maneras. Las ideas morales son, sin lugar a dudas, uno de los factores causales que influyen en la evolución del derecho, y éste, por su parte, influye a su vez en las ideas y actitudes morales predominantes. También es bien conocido que las valoraciones morales son frecuentemente incorporadas al derecho a través de los llamados *standards* [principios y demás] jurídicos. No hay razón para que un positivista niegue esta mutua dependencia o CUALQUIER OTRA RELACIÓN POSIBLE entre el derecho y la moral (moral positiva, hechos morales)” (Ross, 1969: 13; vers. E.P.H.).

Lo cierto es que, contrariamente a cuanto supone D., son especialmente unos autores señalados como “positivistas” quienes han subrayado la estrecha dependencia que el derecho guarda con respecto a tales relaciones⁶¹. Eso sí,

⁶⁰ Kelsen (1982: 354). Sobre esto había llamado Kelsen la atención ya en la 1.^a ed. de esa obra, publicada en 1934 (§ 38, p. 99). Comprobaciones similares se encuentran en numerosos autores: así Henkel, luego de haber trazado un multilateral cuadro de las relaciones entre derecho y política (1977: § 12), llega a la conclusión de que el “elemento *político* no es ajeno ni en modo alguno se opone a la actividad judicial, sino que se halla integrado como un momento parcial de ella misma” (1977: 134, curs. E.P.H.).

⁶¹ La superficialidad de las observaciones de D. sobre relaciones entre moral y derecho salta a la vista si lo comparamos, por ejemplo, con un análisis basado en conocimientos y verdaderamente agudo con respecto a esa cuestión: el estudio de otro “desconocido”, Geiger (1970: § VI; 1979). Por lo demás, no debiera meterse todo en la

estos positivistas no dejan de poner el acento también sobre otra cosa, algo que solo una aproximación ilusionista puede olvidar, y es exactamente en *tal* sentido que ellos no confunden derecho con moral:

“[...] se responde mejor a la realidad partiendo de que en esa sociedad, sencillamente, no existen ciertos derechos jurídicos, en lugar de presumir que aun existiendo tales derechos son únicamente descuidados por equivocación” (Baumann/Kliemt 1985: 185).

En síntesis.— a) La crítica de D. al “positivismo jurídico” concierne simplemente a *uno*, el más superficial, el menos científicamente elaborado entre los distintos tipos de aproximaciones y los variados círculos temáticos que se dan cita bajo esa etiqueta. b) Si bien tal crítica contiene algún elemento de verdad, este no solo es relativamente trivial —en todo caso, ante lectores para quienes la historia de las teorías acerca del derecho no significa un continente desconocido— sino que, por añadidura, D. plantea la cuestión de modo muchísimo menos penetrante que las maneras como tales asuntos han sido tratados desde mucho tiempo atrás.

7. Normas, principios, directrices⁶²

Tesis 4) Corresponde distinguir entre tres grandes tipos de proposiciones en los discursos de los juristas, a saber: entre las funciones que respectivamente desempeñan allí las *normas*, los *principios* y las *directrices* políticas.

Se trata de lo siguiente:

“Junto a las normas [p. ej., las leyes], existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen [a diferencia de las normas, creadas por el legislador] sino por su contenido y fuerza argumentativa. [...] Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos.

misma olla, es decir, olvidar que esas relaciones contienen una amplia multiplicidad de planos y ángulos (sobre los que, desde luego, no se encontrará alusión en D.). Para análisis *informados* sobre esta problemática puede verse unos exámenes como los presentados por Bobbio (1961), Engisch (1971: cap. III) y Henkel (1977: § 8, esp. # III [trad.: § 16.III]); en este último libro se enumera una extensa lista de estudios sobre el tema —entre los cuales, eso sí, no es dable hallar alguno que se dé por satisfecho con recordar simplemente las elementales observaciones que después vino a reiterar D.—. También en inglés, el asunto ha sido examinado de manera señaladamente menos trivial que por parte de D.: véase, p. ej., las precisiones de Gottlieb (1968: cap. IX).

⁶² Dworkin (1984: caps. 2 [esp. §§ 3 y 4] y 3 [esp. § 5], y véase el Apéndice [§§ 2 y 4]).

Los principios hacen referencia a la justicia y la equidad (*fairness*)” (Calsamiglia, 1984: 9). “El jurista-Hércules debe descubrir principios que no solamente se adecuen al precedente particular al cual le obliga a prestar atención algún litigante, sino a todas las decisiones judiciales que caen dentro de su jurisdicción general; e incluso también a las leyes, en la medida en que se las ha de ver como generadas por principios, más bien que por directrices políticas” (Dworkin, 1984: 189 s.). “[...] Debe organizar una teoría de la constitución, configurada como un conjunto complejo de principios y directrices políticas que justifique [a] ese esquema de gobierno [el vigente] [...]” (Dworkin, 1984: 179)⁶³.

Ahora bien, es cierto que hay diferencias entre esas tres especies, u otras, de formulaciones en los discursos jurídicos. Se conocen numerosas clasificaciones, y suelen ser mucho más detalladas que la de D., sobre distintas funciones lingüísticas en el seno de esos discursos. Como hay toda clase de puntos de vista posibles para ordenar las cosas, las clasificaciones ofrecidas son, por lo general, aceptables todas ellas, al menos en el plano de la lógica. Recuérdese que los posibles puntos de vista para clasificar son infinitos, y resultan más bien complementarios que opuestos entre sí.

No es fácil descubrir por qué la elemental división presentada por D., una más entre tantas, deba merecer consideración especial. Por ejemplo, Robles (1984) ha efectuado una división muchísimo más completa y cuidadosamente matizada sobre las *reglas* en general del derecho. La noción misma de “rule is versatile”, aclara Gottlieb. De ahí que un autor cuidadoso, como este último, tome la precaución de no meter todo en la misma canasta: comienza por distinguir entre sí lo que son “the most prominent species” de *rules*, y enumera nueve⁶⁴. Sobre cuanto se conoce especialmente como “principios” del derecho, lo que señala D. se queda palmariamente años luz detrás de la rica descripción ofrecida por Esser en su clásica monografía de 1956, pero también de análisis ofrecidos en numerosos otros estudios [*infra*: Supl.].

Muy lejos de ser novedosa, la visión de D. se corresponde básicamente con lo que es opinión general en el seno de la dogmática jurídica. Él ha “reconstruido”, en efecto, aquello que los manuales sobre derecho positivo se imaginan haber alcanzado. Tal es también la manera como, a su vez, los jueces suelen contemplar sus propias decisiones. Hace muchísimos años había señalado eso mismo, como muchos otros autores también, un celebrado tratadista usamericano, el maestro por excelencia de D.:

⁶³ Sobre las “técnicas” de Hércules, cómo este se las ingenia para efectuar sus razonamientos, cf. Dworkin (1984: esp. 202-208).

⁶⁴ Gottlieb (1964: 37-38).

“What is the Law as Beale defines it? It consists of three parts: (1) Statutes, (2) rules and (3) ‘the general body of principles accepted as the fundamental principles of jurisprudence.’ This third element is ‘the one most important feature of law; that is [...] a body of scientific principle [...]. Law, therefore, is made in part by the legislature; in part it rests upon precedent; and in great part it consists in a *homogeneous*, scientific, and *all-embracing body of principle* [...]”⁶⁵.

El hecho de que las soluciones jurídicas para los casos concretos no se obtienen acudiendo *exclusivamente* a las leyes (*rules*) mismas es algo que cualquier jurista conoce de sobra. Fue subrayado, fuera de muchos otros autores, también por alguien tan conocido como Kelsen:

“La teoría *tradicional* de la interpretación se basa en la idea de que la determinación que corresponde efectuar del acto jurídico [p. ej., por parte del juez], determinación que la norma jurídica por aplicar [p. ej., una ley] no proporciona en sí misma, puede ser obtenida mediante tal o cual modo de *conocimiento* del derecho *ya* existente. Pero eso es una *ilusión* [...]”⁶⁶.

Contrariamente a D. y a los juristas en general, Kelsen supo percatarse de que el “conocimiento” en cuestión, de la manera como es presentado en los órganos jurídicos encargados de tal aplicación, no es más que “una *ficción* de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica”⁶⁷. La fe en que las interpretaciones jurídicas corresponden a un verdadero “conocimiento” constituye un espejismo; por lo menos, representa una gran exageración. Esto ha sido puesto en evidencia por muchos estudios donde se suministran pruebas *empíricas* al respecto, mediante el análisis de

⁶⁵ Frank (1970: 57; curs. E.P.H.).

⁶⁶ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960: § 46 *in limine*; arriba curs. E.P.H.). La traducción de este pasaje en la versión española (1982: 353) es algo confusa, por lo cual he preferido verterlo aquí basándome en la traducción francesa de Charles Eisenmann (*Théorie pure du droit*. París: Dalloz [1962: 459]).

⁶⁷ Kelsen (1982: 356; curs. E.P.H.). “En mi opinión, aquí nos encontramos, en efecto, ante un ‘engaño institucionalizado’. Por razones ideológicas, el Estado no puede admitir que sus órganos judiciales decidan por causas distintas de la racionalidad legal, que es la única que les legitima. De la misma manera que los jueces se sentirán lastimados en su dignidad personal si se atribuyeren causas no jurídicas a sus resoluciones. Para que el mundo viva en orden es imprescindible que los comportamientos humanos puedan justificarse caballeramente y, con Freud o sin él, nadie está dispuesto a reconocer en público lo que quizás no niegue en la esfera de su intimidad. Puesto que el sistema político ha decidido que las sentencias se deducen de razonamientos lógicos, no es prudente abrir las puertas de la bodega para dejar que salgan los fantasmas de la irracionalidad o las alimañas del decisionismo” (Nieto, 2000: 39 s.).

numerosos ejemplos, extraídos tanto de la doctrina jurídica como de la práctica judicial⁶⁸.

La forma como D. exhibe el papel que juegan los “principios” en el derecho representa, después de todo, una manera más bien engañadora de hablar acerca de estos. Es verdad que tiene cierta justificación señalar que el alcance semántico de los criterios que él ubica bajo esa categoría difiere de lo ofrecido por otros tipos de criterios o disposiciones jurídicas, como las que denomina “normas” y “directrices”. Mas las consecuencias que extrae de tal distinción hacen que, en definitiva, su caracterización de aquellos primeros resulte esencialmente mitologizante. Presupone *a priori* que estos consiguen EFECTIVAMENTE, o sea, no solo en la subjetiva intención de sus ocasionales intérpretes, producir un *sistema completamente armónico* —concepción coherente”, “principio de unidad”— como derecho, en función del cual los profesionales de esta disciplina estarían en condiciones de extraer la única respuesta verdaderamente “correcta” para cada caso jurídico⁶⁹. O en todo caso, como subraya en su segundo libro⁷⁰, sería determinada solución considerada la “mejor”; pero esto en dependencia directa y decisiva, siempre, de un sistema “unitario” —D. se aferra incansablemente a este mito— que tendría justamente esas mismas características.

⁶⁸ Cf. el impresionante estudio de Lautmann (1972), pleno de ejemplos tomados de la práctica misma de razonamientos reales que los jueces alemanes efectúan para tomar sus decisiones. Véase también las pruebas aportadas en los exámenes de Scheuerle y de Rüthers. Se dirá, posiblemente, que resulta exagerado, o hasta “unfair”, pretender someter a alguien —cuyos conocimientos idiomáticos y horizonte teórico se encuentran de antemano cercados de la manera en que circunscribe los suyos el Prof. Dworkin— a padecer la molestia de ponerse a buscar investigaciones como esas, o la de Schreckenberger (1987) y otras. Pero también en inglés no faltan, seguramente, estudios de Sociología y Semiótica jurídicas que pongan de manifiesto aspectos por el estilo: cf. Pérez Lledó (1996). ¿O será que D. piensa, tal vez, que las investigaciones sobre esos tópicos tienen poco que ver con afirmaciones como las sostenidas por él mismo?

⁶⁹ Röhl efectúa una observación similar: “Pero Dworkin no señala ningún método en especial, mediante el cual basándose en argumentos de principios se pueda decidir con seguridad. En vez de ello, la tarea de hallar el derecho es remitida al *superjuez Hércules*, inventado por él, que todo lo sabe y todo lo puede” [Doch Dworkin zeigt keine besondere Methode auf, mit der aus Prinzipienargumenten sicher entschieden werden könnte. Statt dessen überträgt er die Aufgabe der Rechtsfindung dem von ihm erdachten *Superrichter Herkules*, der alles weiß und alles kann] (2001: 260).

⁷⁰ Cf. Dworkin (1985a) y Dworkin (1985b).

Venir a plantearse para objeto de investigación el averiguar *qué* sean los “principios jurídicos” *en general*, significa ser víctima, otra vez, de la ingenuidad propia del naturalismo lingüístico⁷¹. Como todos los que pretenden responder a una pregunta semejante, D. cae en este simplismo. No ponen en duda que si hay determinada expresión lingüística, en este caso es “principios jurídicos”, resultaría indefectible que ella no pueda referirse sino a UN tipo global de objetos. ¡Sólo uno! Dan por descontado que ha de existir *determinada* noción general que siempre calce exactamente con la palabra “principio”, cierta noción única que corresponda a todas y cada una de cuantas cosas los juristas *denominen* de tal manera⁷²; si acaso, admitiendo ciertas subdivisiones dentro de tal concepto unitario.

Tal presuposición ha desatado, entre numerosos autores de la actual Teoría del Derecho, una discusión tan minuciosa como “traída por los cabellos”. El debate queda focalizado entre variadas definiciones estipulativas; mas esos autores las encaran como si fuera cuestión de desentrañar, así, determinada *verdad* propiamente dicha. Buscan una definición general de qué pueda y qué no pueda, o qué deba y qué no deba (tampoco suelen distinguir netamente entre esta cuestión y la anterior), estar comprendido en ese *tutti frutti* a que se refiere la expresión “principios” del derecho, como si fuera cuestión de hacer valer la definición *real* de dicho término. Se desvelan por la cacería de un fantasma. Así vienen a precipitarse de cuerpo entero no solamente en el naturalismo lingüístico, sino también, lo quieran o no, terminan zambullidos en un esencialismo⁷³.

El examen de Esser, en cambio, por cuanto ahí se hace manifiesta la enorme *variedad* de formas llamadas “principios” por los juristas, provoca una impresión desorientadora (para ojos conformados al naturalismo lingüístico): el lector se encuentra como perdido en ese laberinto de principios y principios y principios... ¡de toda especie! Dicho autor no encara la pregunta por un *quid* general para caracterizar el mundo de los principios jurídicos, ni tiende un indiscriminante manto de unicidad funcional sobre cuanto aparece calificado como tales en la literatura del derecho. Él no le atribuye a ese maremágnum de

⁷¹ *Supra*: a la altura de la n. 39.

⁷² Así es, en todo caso, para lo que D. encara al señalar lo siguiente: “[...] en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas” (1984: 72). Le importa subrayar, en especial, que “Les juges doivent rendre leurs jugements de ‘common law’ sur une base de *principes* et non de politiques” (1985a: 58; curs. E.P.H.).

⁷³ Para la crítica del “esencialismo”, véase Haba (2006a: Sec. C.I.5) y AA. VV. (2004: Sec. C.I.2).

figuras del pensamiento jurídico *una* supuesta función, bien determinada, en los discursos de derecho⁷⁴. Mientras que D., por el contrario, presenta *una* de las múltiples funciones lingüístico-jurídicas correspondientes a algunos usos de la palabra “principios” como si ello fuera LA función, sin más, de dicho membrete. Es esto último, justamente, lo que Esser supo evitar: lejos de caer en semejante supersimplificación, se esforzó por resaltar el multicolor abanico de las funciones reales acarreadas por los usos de ese polifuncional término en las *prácticas* discursivas de los juristas.

Suplemento: *El cajón de sastre “principios” del derecho* (Barth, Nieto y muchos autores más)

Esa falacia central, la de presentar ciertos juegos de definiciones de la expresión “principios jurídicos” cual si no se tratara de unas contingentes y variadas estipulaciones lingüísticas, es examinada en detalle por Barth en su investigación (2004), cuidadosamente documentada, sobre la materia. Allí él da cuenta también de distintos puntos de vista presentados por varios otros autores entre aquellos que, a pesar de procurar corregir a D. en tales o cuales detalles o agregando otros, se han tomado bien “en serio” tales discusiones, básicamente esencialistas. Esos autores comparten con D. la candidez de imaginarse que han hallado, o que se puede llegar a descubrir, algo así como la llave mágica del asunto, ese QUID que haga resplandecer la luz sobre cuál sería *el* —¡o solo!— significado *propio* de aquella expresión. Así se han lanzado a una abundante discusión, dando lugar a la “La nueva ‘Edad de Oro’ de los principios” (Barth, 2004: Sec. II). El resultado es, naturalmente, lo que cada uno de esos autores tenga a gusto incluir (¡o no!) como propio de la categoría principios jurídicos, eligiendo dentro del campo semántico prácticamente ilimitado de tal expresión.

Una observación de Antonio E. Pérez Luño caracteriza bien la tónica general de los análisis que presenta D.: “La falta de precisión del lenguaje dworkiniano sobre los principios se hace evidente cuando se comprueba que utiliza esa noción para aludir a fenómenos jurídicos de muy diverso signo, sin manifestar consciencia expresa de esa diversidad. En la teoría de Dworkin, los principios significan, según los casos, cosas tan diferentes como: pautas metodológicas para conducir la argumentación judicial hacia la solución correcta; fuentes jurídicas para colmar lagunas; y como postulados morales que inspiran el orden jurídico y permiten expulsar de su ánimo a las normas incompatibles con ellos” (AA. VV., 1993: 140).

La fabulosa heterogeneidad de “técnicas” del pensamiento jurídico que engloba el comodín *principios generales del derecho* hace que Barth concluya, con base en su examen sobre la jurisprudencia costarricense: “Los jueces utilizan las fórmulas ‘principio’ y ‘principios generales del derecho’ para referirse a: a) una idea o rasgo fundamental del ordenamiento jurídico o de un

⁷⁴ No me atrevo a afirmar que haya sido exactamente esa la intención del propio Esser (por desdicha, no llegué a preguntárselo). Tampoco quiero decir que la forma de exponer utilizada en ese libro sea la más apropiada; para el lector resultaría más cómodo, por cierto, si el excepcionalmente rico acervo de ideas allí desarrollado se hubiera ofrecido de manera algo más ordenada. Pero mi comentario arriba busca llamar la atención sobre el sentido básico general de dicho estudio, la rotunda superioridad que en el plano teórico reviste un análisis como el llevado por ese autor si lo comparamos con unas simplistas anotaciones a la Dworkin. Cf. también, para una visión de conjunto sobre la heterogénea composición de elementos que conforman el discurso jurídico, el otro importante libro de Esser (1970; comentario: Haba [1999b]).

sector de él, b) la *ratio legis* de una norma o de un conjunto de ellas, c) una regla general inducida de disposiciones específicas, d) una regla de larga tradición jurídica, e) una regla aplicada por analogía, f) una regla originada en la equidad, g) una disposición legal de carácter general, h) un artículo considerado fundamental de un cuerpo legal, i) un artículo o un grupo de ellos de la Constitución Política” (2004: 343 s.).

Desde luego, se pueden encontrar muchos otros sentidos más, máxime si añadimos el inmenso acopio de superfluidades desencadenado ahora por quienes le siguen el juego al *best seller* usamericano. Por ejemplo, Barth señala (2004: 42) los sitios donde Luis Prieto Sanchís (*Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales [1992]), “al dar ejemplos de principios, se refiere a [cuestiones tan variadas como todo lo siguiente:] características políticas de un Estado, como el principio del *apartheid* (p. 41), máximas o aforismos (p. 49), norma más general o fundamental con respecto a otra (pp. 25, 63), un concepto teórico (p. 63) o simplemente una técnica de argumentación (pp. 24, 162 y ss.)” [las págs. son de ese libro de Prieto Sanchís].

Si es cuestión de hacer ver la variedad de pautas —sean “principios” u otras— capaces de intervenir en el discurso jurídico, y también fuera de él, no faltan quienes han elaborado distinciones señaladamente más finas que las de D., desde mucho tiempo atrás. Numerosos autores publicaron estudios detallados, muchísimo más penetrantes que lo apuntado por este último, en donde hacen ver las FUNCIONES MÚLTIPLES asignadas a los principios y demás instrumentos conceptuales de los juristas. Al respecto puede confrontarse, además de la capital monografía de Esser (1956) y el libro de Robles (1984) mencionados antes, p. ej. los trabajos siguientes (hay muchos más): Del Vecchio (1979; ed. or. 1921), Crisafulli (1941), Betti (1975: § 57; ed. or. 1948), Laun (1948), Boulanger (1950), Simonijs (1952), Puig Brutau (1952: cap. III), Bobbio (1953; 1956), Jeanneau (1954), Engisch (1967: cap. VI; ed. or. 1956), Huberlant (1965), van der Meersch (1970), Carrió (1970), Garstka (1976) y véase Haba/Barth (2004). Ninguno de esos estudios se consiente licuar el tratamiento de esa cuestión rebajándola al nivel de *Kindergarten* para la dogmática jurídica con que D. se da por satisfecho. En unas notas del cap. 3, Dworkin (1977/78) menciona los números de algunas páginas de la versión en inglés de dicho estudio de Carrió. Suponiendo que de veras haya leído ese trabajo, llama la atención el hecho de que D. no se refiere para nada a lo que Carrió tan netamente subraya (§ IV), a saber: que la expresión “principio jurídico” puede mentar aspectos muy diferentes, ¡por lo menos *once!*

“En los principios generales ha encontrado nuestra jurisprudencia un poderoso *deus ex machina* que le permite prescindir de —y hasta arrasar— el Derecho positivo. [...] [D]esbordados los jueces por una legislación cuyo conocimiento supera la capacidad de la mente humana, gustan los tribunales de cortar por lo sano y de ahorrarse con los cómodos atajos de tales principios las asperezas de los enmarañados caminos normativos. [...] Todo se arregla entonces con un principio y de los excesos de un positivismo legalista servil se está pasando a los de una jurisprudencia principialista irresponsable. [...]

“El juez se ha convertido en un ‘aplicador de principios’ y si no los encuentra en el ordenamiento jurídico, los crea. Los tribunales operan como un ‘taller de principios’ donde el juez los elabora incansablemente. Cada vez con mayor frecuencia tiende a no conectar directamente la norma con el caso, sino que da entrada directamente al principio y es éste el que aplica al litigio. [...] [L]a jurisprudencia principialista expresa el decisionismo más absoluto, puesto que corresponde al juez libremente aplicar un principio o el contrario y, dentro del invocado, precisar la solución concreta que se considera más oportuna. [...]

“La utilidad práctica de los principios es enorme en cuanto que oxigenan el Ordenamiento, flexibilizan el rigor de las normas y aumentan las posibilidades decisorias del juez; pero su sustancia jurídica es más bien escasa, puesto que se trata de ideología pura, de proyección de un mundo ideal que se pretende apuntalar” (Nieto, 2000: 114-115; curs. del autor).

En definitiva: el enfoque dworkiniano con respecto al papel de los “principios” en el derecho resulta superfluo. Lo más aconsejable es no perder tiempo deteniéndose en él, si se procura abordar un examen en profundidad sobre las funciones argumentativas *reales* que la heterogénea multiplicidad de los criterios ubicables bajo dicha etiqueta desempeñan en la propia práctica de los razonamientos jurídicos.

8. Síntesis

Recapitulado aforísticamente, he aquí el resultado de las cuatro tesis examinadas:

- Tesis 1, “one right answer”: reformulación de un mito corriente.
- Tesis 2, el derecho como “novela”: simplemente una metáfora, y más bien despistante.
- Tesis 3, “el” positivismo jurídico: muy grosera simplificación de las cuestiones abarcadas bajo ese rubro, elaborada con base en el desconocimiento casi total de la principal literatura existente sobre estas cuestiones.
- Tesis 4, “principios” / “reglas” / “directrices”: una clasificación entre tantas otras, por lo demás vinculada a un tratamiento muy simplista en cuanto a los “principios”; con entero desconocimiento, una vez más, de fundamentales comprobaciones y precisiones efectuadas al respecto en estudios (algunos bastante conocidos) publicados desde tiempo antes.

III. REALISMO INGENUO COMO DIVISA METODOLÓGICA SOBERANA

(LA BASE EPISTEMOLÓGICA DE ESA PROPAGANDA GREMIAL)
¿Qué es “verdad” en derecho?: Así es (...si así os parece)

*Eso que consume tanto tiempo y que por estar vestido en palabras se localiza con tal facilidad, lo que siempre aparece expuesto; eso que mediante el arte, adulto ya, de jugar con las palabras, inyectándoles de contrabando como significado unos contenidos nuevos, despierta la impresión de completud: eso mismo adquiere, en todos los países, la apariencia de constituir el derecho. Así, y sólo así, resulta comprensible que haya podido nacer la teoría de que el derecho se compone de normas únicamente, que él sea exclusivamente una ciencia **normativa**.*

Llewellyn⁷⁵

A lo largo de esta Sección será examinada, desde distintos ángulos, la idea-eje en que Dworkin basa de manera general las tesis que él defiende: su convicción de que las respuestas jurídicas son afirmaciones que tienen *propiamente* el carácter de “verdaderas” o “falsas”. Justamente la posibilidad de obtener semejante VERDAD sería lo que permite calificar esas respuestas —cuando la alcanzan— de “correctas”, “la mejor”, etc.; y es para lograr ni más ni menos que *eso*, supone D., el motivo por el cual los juristas se dedicarían a efectuar las construcciones interpretativas.

9. La apología de un realismo ingenuo juricista (*inmunizado a título de axioma epistemológico sine qua non*)

Da la impresión de que D. se cree, como el hombre de la calle, que basta estar muy en contacto con una realidad cotidiana —en este caso, con cierta clase de discursos, los del propio sector profesional— para hallarse en condiciones de entenderla *sin más*. Así, para conocer a fondo cómo funciona el derecho, al parecer D. piensa que alcanza y sobra con leer algunos libros de moda y referirse a unas opiniones circulantes en su propio medio, las de ciertos colegas cercanos,

⁷⁵ “... so kommt man leicht dazu, daß einem das ganze Rechtsgebiet in die Dogmatik aufzugehen scheint. Was soviel Zeit in Anspruch nimmt, was wegen seiner Einkleidung in Worte so schnell aufzufinden ist, was stets angeführt wird, was durch die nun großgewordene Kunst des Wortjonglierens, was beim Hineinschmuggeln von Bedeutungsinhalten den Anschein der Vollkommenheit erweckt – gewinnt in jedem Land den Schein, das Recht auszumachen. So und nur so ist es zu verstehen, daß die Theorie überhaupt hat aufkommen können, das Recht bestehe allein aus normen: es sei allein eine Normwissenschaft” (Llewellyn, 1977: 37; negr. arriba E.P.H.).

como complemento de los conocimientos jurídico-profesionales comunes. Ahora bien, lo inaudito en el bluff Dworkin no es que, de esa manera, sus tesis consisten esencialmente en asumir las precomprensiones básicas de sus colegas, proclamadas desde hace muchísimo tiempo atrás, sino la ligereza con que él resuelve la cuestión de justificar tales ideas. Es como si para hacer filosofía o ciencia actuales nos viniéramos a encontrar con una reedición del conocimiento vulgar —realismo ingenuo, el prefilosófico, pregonado ahora (D. *dixit*) como última palabra para un saber “en serio”—.

D. parece no haber oído hablar de las numerosas cuestiones suscitadas por las maneras como los juristas usan el lenguaje⁷⁶, no da muestras de sospechar que eso significa una dificultad verdaderamente “seria” para sostener las tesis que él defiende. En efecto, prescinde olímpicamente de someter a ANÁLISIS el lenguaje considerado, salvo que por “análisis” se entienda reproducir a-críticamente las ideas afirmadas por los propios locutores de tales discursos —el “constructor”, no menos que estos locutores mismos, se conforma con asumirlas sin parpadear—⁷⁷. Esta última perspectiva, ella misma, es lo que nuestro “constructor” toma como punto arquimédico para juzgar si algo es *verdadero*. De tal manera, su enfoque frente a la conducta lingüística de los juristas responde a la actitud típica del realismo ingenuo en general. Este último constituye la dirección espontánea del espíritu humano, es la posición más primitiva y siempre la más habitual de

⁷⁶ La advertencia sobre eso fue hecha aquí desde el comienzo [*supra*: a la altura de las ns. 4 a 8]. Sobre estas cuestiones se puede consultar, además de los trabajos ya mencionados en la n. 10, Warat (1976), Haba (1974-75; 2003a: cap. II y §§ 32-33) y AA. VV. (2004: Sec. D.I-II). Desde luego, la literatura sobre diversos aspectos del lenguaje jurídico es vasta (cf. p. ej. las bibliografías presentadas en Haba [1975: 201-207] y Haba [2003a]), pero D. parece no estar al corriente ni siquiera de los estudios en inglés a ese respecto: p. ej., no tiene para nada en cuenta observaciones fundamentales como las de Mellinkoff (1963). Es verdad que D. llega a tocar la cuestión de la “vaguedad” de los preceptos del derecho constitucional (1977/78: cap. 5.2), pero es sólo para embrollar el punto mediante una distinción entre “conceptos” y “concepciones”. Esta deja tan incierto como antes, al fin de cuentas, de *qué* manera se llegue a respuestas específicas para las controversias que la aplicación de tales conceptos plantean; simplemente, permite disimular un tanto esa falta de certeza, que sigue tal cual en cuanto al fondo.

⁷⁷ No es tal, cabe acotar, el caso de la llamada “filosofía del lenguaje común”, al menos entre los autores principales de esa corriente, aunque no faltan quienes la hayan interpretado así. No olvidemos que, de acuerdo con Wittgenstein, cada “juego de lenguaje” va ligado a una correspondiente “forma de vida” (1953: § 19 *in limine* y 23).

nuestra conciencia frente a todas las cosas⁷⁸. Y precisamente es *esa*, ni más ni menos, la que D. adopta ante el discurso de los juristas.

Las visiones cotidianas, o sea, lo característico del pensamiento pre-filosófico y en general de la percepción no-científica, aceptan como verdadero cuanto se presenta *a primera vista*, justamente del modo mismo como se presente *así*. Se confía en que esto no puede ser en VERDAD sino tal y como se le aparece *inmediatamente* a nuestros sentidos, si acaso sujetándolo a algunas correcciones leves emergentes del choque con experiencias elementales (ejemplo clásico: desconfiar de la forma distorsionada que un bastón muestra al estar sumergido en el agua). Y cuando no se trata simplemente de percepciones sensoriales, sino de ideas más abstractas —la Patria, Dios, unos valores— entonces se acepta sin más como cierto cuanto dice la gente en general, o la palabra de ciertos círculos de locutores en especial (sacerdotes, escuela, *mass-media*). Así, por lo que se refiere en particular al derecho, el realismo ingenuo consiste en tener *de antemano* como in-dubitable, en lo esencial, aquello que los juristas creen y dicen normalmente sobre su propia labor. He ahí, ni más ni menos que en la propia conciencia vulgar de sus protagonistas, donde afinca lo que para D. constituye el obligado punto de partida y el no menos obligado punto de llegada de todo posible saber “en serio” sobre el derecho: “*one right answer*”, “la *mejor* interpretación”.

10. Una reafirmación más del *Basic Legal Myth* (*Mr. Beale redivivo*)

La idea clave en torno a la cual se vertebran los discursos públicos que hacen la labor profesional del jurista, el paradigma por excelencia que ahí se invoca para calificar las afirmaciones jurídicas como respuestas dadas por el derecho positivo *mismo*, es aquello que Frank llamó, acuñando una expresión difícilmente superable en concisión y exactitud, el *Basic Legal Myth*:

“[...] the widespread notion that law either is or can be made approximately stationary and certain is irrational and should be classed as an illusion or a myth. [...] This myth is an old one, although its form and expression have often changed”⁷⁹.

⁷⁸ Sobre el realismo ingenuo como concepción primaria acerca del conocimiento, cf. Albert (1987: esp. 45 ss.), si bien ese autor no se refiere ahí al derecho.

⁷⁹ Frank (1970: 13); en el mismo sentido, véase la citas del mismo autor ubicadas a la cabeza del presente trabajo y al comienzo de la Sec. II. Para una semblanza de D. *avant la lettre*, no tiene desperdicio, en especial, el cap. VI de la Primera Parte de ese libro completamente fuera de serie escrito por Frank.

Frank hace patente esa manera de ver, señalando como ejemplo al “Professor Beale, one of America’s most influential legal writers”⁸⁰. Dicho mito, defendido por Beale en los años veinte del siglo pasado, es sostenido igualmente, antes como después, por tantos otros juristas pre-críticos, a los que se incorporó en tiempos más recientes Dworkin. De ahí resulta la habitual afirmación de que cada caso sometido a los tribunales tiene *una*, EXCLUSIVAMENTE una solución “correcta”, que el juez hallará PRE-establecida en el derecho positivo de su país [*supra*: § 4]. Se piensa que las respuestas a esas cuestiones son ni más ni menos que asunto de la VERDAD acerca de ellas⁸¹. Vale tanto como decir, para lo que nos interesa aquí, que las disposiciones jurídicas son unívocas, de donde se sigue “la teoría fonográfica de la función judicial”⁸².

Nuestro autor se ha defendido de esta acusación, al pasar, diciendo que Beale — y, por tanto, asimismo D.— en modo alguno pretendió que hay una “jurisprudencia mecánica”, esto es:

“[...] una serie de normas intemporales almacenadas en algún depósito en espera de que las jueces las descubran, y que cuando hablamos de obligación jurídica pensamos en las cadenas invisibles con que de alguna manera nos envuelven esas normas misteriosas” (1984: 63).

También es cierto que D. señala:

“[...] hablamos de leyes que cambian y evolucionan, y de obligaciones jurídicas que a veces son problemáticas” (1984: 64).

⁸⁰ En efecto, justamente de ese autor fue “from whom, at Harvard Law School, many of the leading lawyers of this country have received valued instruction. [...] One of the leaders of the bar has said of his work: ‘It gives the strongest promise of being the best legal work done in this generation’” (Frank, 1970: 53 ss.). Como se ve, tampoco a Beale le faltaron admiradores...

⁸¹ Por supuesto, ahí no se niega (¿quién podría atreverse a tanto?) que unos u otros juristas pueden, en su caso, llegar a *equivocarse* acerca de esa verdad. Dice Beale: “[...] the application of its principles is the work of a tribunal, which being human, may *err* [...]” (cit. en Frank [1970: 57; curs. E.P.H.]). Mas el hecho mismo de creer que se trata de una posibilidad simplemente de “equivocarse” (*err*) en la interpretación dada por los ocasionales jueces, corresponde al presupuesto de que hay unas “verdades” propiamente dichas al respecto, y por eso mismo las interpretaciones jurídicas divergentes son vistas como un “error” propiamente dicho. Véase también las palabras de Beale recogidas más atrás, unas líneas después de la n. 49: “This all-embracing body [...]”.

⁸² Palabras de Morris Cohen (cit. en Frank [1970: 37]).

Sin embargo, esta aclaración no cambia mucho en las perspectivas sostenidas. El punto clave, en el *Basic Legal Myth*, no es si haya tales “cadenas mecánicas”, como tampoco es incompatible él con la creencia en “leyes que cambian y evolucionan”, y muchísimo menos con el reconocimiento de que se presentan cuestiones jurídicas “problemáticas”. Lo esencial del mito, como tal, es la convicción de que no existe sino una sola solución jurídica “correcta” y pre-determinada para cada caso, en el momento en que este se presenta. Poco importa, para continuar aferrándose al mito, ya sea señalar que esa respuesta es conocida desde antes entre los juristas o que más bien es obtenida por primera vez en presencia del caso considerado (vale decir, que haya sido o no “descubierta” ya por otros juristas previamente), o admitir que unas leyes nuevas han introducido cambios al respecto. Dicho mito consiste simplemente, siempre, en creer que esa solución ya está ahí, en un “cielo” jurídico, ANTES mismo de ser DES-CUBIERTA por el juez, sean cuales fueren los modos en que Beale, Dworkin y *tutti quanti* se imaginen poder arribar a ella: con base en cambios del derecho o sin ellos, tanto da si hurgando en leyes o en principios, con o sin problematicidad, “mecánicamente” o de cualquier otra manera (p. ej., mediante la respuesta que “razonablemente” se sigue de un “modelo constructivo”⁸³). Quiere decir que D. reitera, como de costumbre, aquellas viejas ideas tradicionales de su maestro:

“*It must be possible for every person, of his own knowledge or by the help or others’ knowledge, to DISCOVER the application of the law to any contemplated act [...]*” (Beale)⁸⁴.

Frank, con esa no menos gráfica que insobornable perspicacia tan propia de sus análisis, supo encontrar las palabras justas para caracterizar tal punto de vista: *Fundamentalism, Absolutism, Platonism, “Wousining” (Word-magic), rule-fetichism*⁸⁵... Enfrentando tales mitos, la agudeza de Frank no permite a sus lectores apartar la vista del hecho de que:

“[...] the law as we have it is *uncertain, indefinite*, subject to *incalculable* changes. [...] The law always has been, is now, and will ever continue to be, largely *vague* and variable. And how could this well be otherwise? The law deals with human relations in their most complicated aspects. The whole confused, shifting helter-skelter of life parades before it—more confused than ever, in our kaleidoscopic age” (1970: 5 y 6).

Véase que lo criticado por Frank y otros, con respecto a aproximaciones como la de Beale, no es simplemente la falta de conciencia sobre unos cambios en el

⁸³ Así, p. ej., unas “construcciones” tipo Alexy (cf. Haba [1998]) o las catatónicas axiomatizaciones pergeñadas por Ferrajoli.

⁸⁴ Cit. en Frank (1970: 57; vers. E.P.H.).

⁸⁵ Cf. Frank (1970: esp. caps. VI y VII, de la Primera Parte).

derecho, sobre todo los que se van produciendo constantemente en formas más bien tácitas (interpretaciones y demás). No se trata sobre todo de que en dichas aproximaciones vaya acaso a pregonarse la invariabilidad absoluta del derecho ni una eventual “jurisprudencia mecánica”, sino que lo principal de la ficción reside en pasar por encima de lo recalcado en esas palabras que aparecen marcadas con énfasis especiales [curs. y vers.] en el pasaje transcrito de Beale: el disimular ESO, justamente, constituye lo esencial del mito que D. hereda de dicho autor. Por el contrario, lo real es que no puede haber discurso jurídico *seguro*, unos criterios de derecho *netos* y *pre-establecidos*, con respecto a una amplia gama de situaciones que se discuten en los tribunales o por la doctrina, o que podrían ser sometidos a estas instancias. No ofrecen tales criterios las leyes estatales mismas, ni están localizados en conjunto alguno de principios —llámeseles jurídicos, morales, políticos o como sea—; tampoco en ningún otro sitio. En virtud de la propia *gramática* que comanda a esos discursos, no se ve cómo y dónde sea dable hallar semejantes criterios en nuestro mundo, y ni siquiera en un cielo jurídico como ese de la novela-derecho⁸⁶ donde habita Hércules.

11. Realismo crítico vs. inocencia iusnormativista

La filosofía y todas las disciplinas científicas adoptan como elemental prudencia, antes que nada, la precaución elemental: ¡des-confiar de las apariencias! Eso marca el paso del realismo ingenuo a unos realismos *críticos*. Como resultado de sus investigaciones, estos últimos han llegado a conclusiones que rectifican radicalmente (p. ej., la teoría copernicana) tales apariencias, o en todo caso las sustituyen por visiones *no-aparentes* de los mismos fenómenos, incomparablemente más profundas. Las explicaciones científicas se van alejando cada vez más de los puntos de arranque suministrados por apariencias (compárese la visión cotidiana del mundo que nos rodea con la de la física actual, o lo que proporcionan los medios masivos de comunicación con los análisis que ofrece la sociología científica). Pero el *approach* de D. consiste en adoptar, como “técnica” de investigación, ni más ni menos que la dirección intelectual contraria. Su lema es: ¡por favor, *NO* dudemos de las apariencias que muestra el pensamiento jurídico!

La actitud realista *crítica* no ha dejado intocados, por cierto, no solo cuanto es objeto de investigación en las ciencias de la naturaleza, sino también, y en no menor grado, los distintos renglones de la experiencia social: psicología, sociología, lingüística, etc. (pero en estos dominios, a decir verdad, con mucho menos éxito práctico que en aquellas). También en aquellas ciencias, el

⁸⁶ Véase Haba (2009b: cap. VII.2).

pensamiento crítico tuvo que enfrentarse con cosmogonías religiosas y en general con mitologías; pero en la actualidad estas han dejado prácticamente de contar allí, al menos en cuanto a lo científico propiamente dicho. Para el conocimiento de lo social, por el contrario, la resistencia ejercida por el pensamiento mitologizante sigue siendo, y probablemente será siempre, muy grande. Lo cierto es que algunas de estas disciplinas no han logrado liberarse demasiado de tal orden de pensamientos: así la sociología, la ciencia política y, en grado muy especial, el discurso jurídico.

Si bien aquella visión ingenua, *Basic Legal Myth*, sigue reinando como ideología profesional entre los juristas, ello no ha obstado a que, por otro lado, se efectúen también exámenes en *otros* niveles, donde tal ideología no es aceptada sin más. En estos exámenes, *meta*-dogmáticos, llámeseles Filosofía del Derecho o Teoría del Derecho, y también en la Sociología del Derecho, se ha tratado, sea desde unas u otras perspectivas, de sacar a luz aspectos que no suelen formar parte de la conciencia profesional de los juristas. Se trata de empeños por *sobrepasar* lo que cree el juridicismo ingenuo. Son saberes que *difieren* rotundamente de cuanto los locutores mismos de los discursos examinados, los juristas profesionales en general, creen (o dicen creer) sobre su propia actividad. De ahí que, sean cuales fueren los resultados que puedan ofrecer unos u otros de tales exámenes, relativamente acertados o más bien no, si algo tienen todos ellos en común es que ponen de manifiesto aspectos fundamentales que, justamente, *NO* los “ve” el jurista común. En una palabra, esos estudios se esfuerzan por lograr percibir *más allá* de lo que asume el pensamiento jurídico profesional. En todo caso, era lo consabido en aquellas disciplinas antes de los “descubrimientos” pregonados por nuestro autor.

Por el contrario, toda la “originalidad” de D. consiste en que él se aplica, antes que nada y por encima de todo, a reverenciar lo proclamado corrientemente por dicho pensamiento profesional. Considera a este mismo como instancia *non plus ultra*, la “verdad” suprema, incluso para “construir” la Teoría del Derecho como tal, o sea, también en cuanto a la posibilidad de reflexionar (epistemología) *sobre* el discurso jurídico normal. Claro, ya sabemos que aun el realismo ingenuo tolera recomponer algunos detalles secundarios en su propio seno⁸⁷, unos que precisamente no cuestionen las bases mismas de semejante “realismo” y más bien contribuyen a que este continúe pareciendo creíble en lo esencial: por parte de D.,

⁸⁷ No podría responder sino a tales reacomodos secundarios, en todo caso, una “incomodidad” como la señalada por Calsamiglia [*supra*: n. 23]. Mas no se ve en quiénes ella pudiera darse, si es que se da, salvo que Calsamiglia hubiera entendido aludir a capas de juristas que son aún más dogmático-celestiales que el propio D., lo que no es poco decir... ¡pero los hay! (ej. Ferrajoli).

ha sido el apuntar la confortadora distinción entre “normas”, “principios” y “directrices” [*supra*: § 7]. “Inofensiva” (para los propios juristas), digo, no sólo por ser bastante trivial en el fondo, sino sobre todo porque, de la manera como es manejada por nuestro autor, al fin y al cabo no significa más que otra vuelta de tuerca para reafirmar la legitimación profesional de sus prácticas intelectuales corrientes, el *Basic Legal Myth* como Padre Nuestro del discurso jurídico.

El realismo ingenuo no significa ahí una simple limitación de la mirada, apenas algún grado de inocencia. La tesis de que existe una sola interpretación “correcta” y sistemáticamente pre-dada ante cada situación jurídica constituye la mampara legitimadora fundamental del gremio de los juristas. La función pragmática de este mito, al camuflar las indeterminaciones propias del lenguaje jurídico y las responsabilidades *personales* de sus operadores⁸⁸, es justificar la función social y el prestigio laboral de esta profesión⁸⁹, como también la autoestima del gremio. Constituye así el recurso retórico por excelencia para esos efectos. A diferencia de otros realismos ingenuos, la credulidad de D. es la reafirmación de algo que, propiamente, no es más que una *ideología* gremial⁹⁰.

Así es como la autovisión profesional de los juristas ha encontrado hoy en dicho autor su portavoz más mencionado internacionalmente. En él, esa ideología

⁸⁸ Véase Haba (2002: Epíl.) o Haba (2006a: Secs. C.IV.3 y E.4).

⁸⁹ Algo por el estilo supo advertir Troper, ya al final de su estudio: Dworkin “*vis donc bien à justifier des pratiques, mais ce ne sont pas celles qu'il indique. Ce sont celles 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 cachée 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*” (1986: 52). Sin embargo, debiera llamar la atención —si no tomamos en cuenta el efecto Vicente— que el Prof. Troper, cuyas observaciones críticas sobre lo que dice D. son tan numerosas e incluso severas, de todos modos ha estimado necesario desplegar un repertorio aplastante de minuciosidades conceptuales para discutir planteamientos tan simplistas como los de este autor justamente; se ve que no vaciló sobre tomárselos bien “en serio”, a pesar de todo (cf. las reverencias que les hace expresamente: Troper [1985]). A diferencia de Guastini (1986), Troper no alcanzó a percatarse del *bluff* mismo. ¡Le pareció indispensable recurrir a la bomba H para hacer tambalear unos vuelos de mosquito! Lo propio sucede con el análisis que les consagró Jackson (1985: cap. 9) y muchos otros comentarios publicados por ahí (p. ej., AA. VV. [1993]). Sobre el constructivismo como ideología profesoral, una “forma de vida” legitimadora de la profesión jurídica en general, *vid.* Haba (1998: § IV).

⁹⁰ Lo cual, por lo demás, concuerda con el carácter sustancialmente político que tiene el pensamiento jurídico [*supra*: n. 60].

tradicional se apoya especialmente sobre dos pre-juicios decisivos, acopla dos polos (uno negativo y otro positivo): ignorancia + credulidad. Me explicaré.

12. Dos cartas decisivas: la coraza de la ignorancia y recurso a la credulidad

[a]

Hemos podido comprobar [*supra*: esp. §§ 4, 6 y 7] que D. no tiene noticia de las principales investigaciones metodológicas publicadas sobre los temas que él aborda. Y como tampoco consigue darse cuenta por sus propios medios de los puntos claves puestos de relieve en esos estudios, el resultado es dicho realismo ingenuo juricista.

No obstante, si bien el realismo ingenuo es ignorante, no quiere decir que sus creencias constituyan una pura fantasía, como puede serlo un sueño. También él da cuenta de *una* realidad, se refiere a ciertos *hechos*; pero estos mismos consisten en, por así decirlo, una *mise en scène* (más allá de que sus actores tengan o no conciencia de que se trata de tal cosa). El “realismo” que manejan los espectadores reside en el conocimiento que ellos tienen, por cierto, en cuanto a cómo ese espectáculo se *presenta*. La ingenuidad, ahí, es no advertir cuáles son los *alcances* verdaderos de semejante “realismo”: ignorar que se trata es justamente de un *espectáculo*, aunque su contenido pueda no ser del todo ajeno a la vida que se desarrolla más allá de la escena. En este *no-saber* encuentra el realismo ingenuo la impenetrable coraza que lo inmuniza frente a todo pensamiento crítico. Ello hace que no se sienta agujoneado por la necesidad de confrontar sus propios puntos de vista con observaciones ajenas que no le convienen, sobre todo si la crítica es radical. Se contenta con ignorarlas.

Ello no excluye, repito, que tal ignorancia vaya ligada a *alguna* cuota de realismo, pues semejante creencia da cuenta de algo que, sea como sea, al menos se *presenta* así. Y tal presencia es, sin duda, resultado de ciertas causas reales. Lo que es más, son esas causas reales quienes provocan, entre otras cosas, precisamente que la escenificación sea *esa*. Como también es cierto que mediante tal representación llegan a provocarse además, por otro lado, inclusive efectos en la realidad misma, fuera del “escenario”. Las gentes *actúan* de unos u otros modos en virtud de ideas que ellas se hacen al respecto. Es *así* como “ven” las cosas y, en consecuencia, sus conductas mismas se acomodan a tales creencias, no importa que estas sean más o menos fantásticas. Viene a cuento lo que en sociología se conoce, desde 1931, como Teorema de Thomas: “Si los hombres

definen [se imaginan] las situaciones como reales, estas *son* reales en sus consecuencias”⁹¹.

Así, en cuanto al pensamiento jurídico, resulta que lo apuntado por D. viene a ser más “realista”, después de todo, que unas cogitaciones como las de Rawls⁹², y muchas otras, aun cuando el primero se queda a años luz por debajo de los conocimientos y las destrezas teóricas del segundo. Como sucede también con ciertas elaboraciones filosóficas muy rebuscadas (p. ej.: el solipsismo, o las charladas de Heidegger con pretexto de la palabreja Ser), vemos que al fin de cuentas, comparado con ellas, resulta estar menos divorciado del mundo existente un realismo ingenuo, pues este tiene por lo menos *algo* de realista. En el caso de D., sus planteamientos se prenden de la “superficie”, por así decir, de lo formulado en esos discursos, su texto *expreso*. Por supuesto que este mismo tiene *una* realidad, pues existe *como tal*. Solo que, como en todo realismo ingenuo, nuestro autor toma la escenificación, ese hecho *lingüístico*, como realidad *en sí y por sí*. No se da cuenta (¿o no le importa?) que tal hecho consiste, más que nada, en el *recitado* de unos papeles. Claro, papeles que harán festejar o llorar, realmente, a unos u otros entre los espectadores. Dworkin., por su parte, no se ocupa de estas consecuencias mismas, se contenta con parafrasear la “realidad”-papel.

No faltan estudios en donde, contrariamente a lo que expone D., se sacan a luz diferentes aspectos de las bambalinas a que responden esos recitados. Ello ha permitido poner en evidencia unas ficciones fundamentales inmanentes a la estructura intelectual de los discursos jurídicos en general, como también la influencia decisiva de diversos factores sociales (ideologías, presiones de grupos o especialmente de personas que detentan ciertos roles) sobre las opciones discursivas entre las cuales los locutores profesionales del derecho eligen al efectuar sus alegatos. Pero la dinámica mental de los “universos simbólicos”, la diferencia entre desacuerdos de creencias y desacuerdos de actitudes, la cuestión de los usos persuasivos del lenguaje y en general las trampas retóricas que abundan en este, al parecer son ítems del todo ajenos, no menos que a la conciencia normal de los juristas, al horizonte mental de D. Este aborda poco o nada los principales argumentos, y en modo alguno las descripciones de hechos (sociología jurídica, psicología judicial y demás), aportados en dichos estudios,

⁹¹ “Situations that are defined as real are real in their consequences” (Thomas, 1966: 30; curs. arriba E.P.H.).

⁹² Véase Haba (2007a; 2009a: cap. V), o bien Haba (1996b: §§ II-III) y Haba (1997a).

aunque todo esto toca *directamente* la posible justificación —¡o no!— de las tesis que él defiende⁹³.

Ahora bien, parece que más tarde D. pudo enterarse de alguna cosa relativa a esas cuestiones⁹⁴. Pero aun así no cambia demasiado cuanto él sostiene. Persiste en escaparse por la tangente, pues como razón fundamental contra la “posición escéptica” (le llama él) ofrece entonces este argumento:

Ella [dicha posición] tendría que mostrar que la *presentación* que pone en evidencia defectos y contradicciones es la *única* posible⁹⁵.

La verdad es que un realista no se pondrá a discutir, como cuestión fundamental, simplemente acerca de las maneras de *presentar* (¡¡ !!) las cosas. Las presentaciones pueden, por supuesto, ser unas u otras: ¿por qué no las que prefiere D.? También el realismo ingenuo es, evidentemente, una forma *posible* de “presentación” (y he admitido que no está desprovista de *cierto* realismo). Por lo demás, siempre se podrá hallar una formulación lingüística que, sobre todo recurriendo a tales o cuales conceptos indeterminados, servirá para componer el sistema DE PALABRAS que cada quien prefiera⁹⁶. Y tanto más si, como en la fraseología de D., el sistema en cuestión queda edificado sobre unas *Leerformeln* (fórmulas vacías) típicas. En efecto, solamente valiéndose de semejante expediente retórico es dable aprehender como un *sistema* [*supra*: §§3 y 5] el pensamiento jurídico real. D. le llama a eso:

[...] una concepción *coherente* de la *justicia* y de la *equidad* [...] la *mejor* interpretación del proceso jurídico como *totalidad* [...], etc. (1985a: 51, curs. E.P.H.; cf. también 57 y *passim*).

De lo que para nuestro autor se trata es ni más ni menos que de guiarse por la idea de la “comunidad personificada”, el derecho como un “todo” (Dworkin, 1985a: 51)... [*supra*: § 5]. Semejante “unidad” imaginaria no es sino otro reflejo más, en este caso bajo la forma de ideología juricista, de la mitología social

⁹³ D. no muestra abrigar la menor sospecha acerca de las dificultades que para los puntos de vista que él defiende emergen de unas cuestiones básicas como las examinadas por Berger/Luckmann (1966: esp. cap. II.2) y Ross (1958: esp. caps. XIII-XV y XVII).

⁹⁴ Cf. Dworkin (1985a, esp. su comentario sobre los *Estudios Jurídicos Críticos*: 77 ss). Para tener una visión adecuada sobre este movimiento, *vid.* Pérez Lledó (1996).

⁹⁵ “Il lui faudrait montrer que la présentation qui met en évidence défauts et contradictions est la seule possible” (1985a: 78-79 ; arriba con curs. E.P.H.).

⁹⁶ “Mit Worten läßt sich trefflich streiten / Mit Worten ein System bereiten...” (Goethe) [*supra*: n. 33].

que da lugar a las *falacias del Todo* señaladas por Savater (1978: esp. § 3). A tal mitología responden, típicamente, unas afirmaciones como las siguientes:

Hércules elegirá “la interpretación que él considere la mejor de la moral política *en general*. Aceptamos la unidad como ideal político porque deseamos considerar nuestra comunidad política como una *comunidad de principios* [...] la instauración de los mejores principios bajo los cuales los ciudadanos puedan TODOS ellos, de generación en generación, ser gobernados en conjunto [...] que cada juez no aplique ningún principio que no ‘convenga’ para las decisiones anteriores *en su conjunto*” (Dworkin, 1985a: 74; curs. y vers. E.P.H.).

El empleo de unas *Leerformeln* como estrategia de inmunización contra toda crítica realista ha sido examinado por autores como Popper, Topitsch y Albert. También hay conocidos autores de habla inglesa que, aun sin usar tal denominación, han analizado el mismo fenómeno: Stevenson, Weldon y otros. Por cierto, ningún realista negará la “posibilidad” de *presentar* lo que sea por medio de un vocabulario que es tan manipulable. Pero los realistas se interesan sobre todo en otra cosa: ¡unos HECHOS! Lo cual incluye, desde luego, la manera cómo tales o cuales hábitos de *lenguaje* llevan a producir, en la práctica, ciertos efectos en el mundo social *real*: Teorema de Thomas.

Las *Leerformeln* (“justicia” y demás) a que D. apela para asegurar la “unidad” en que se basaría la “mejor” solución jurídica pertenecen a la categoría de las “fórmulas pseudo-normativas”⁹⁷. Una formulación se halla provista de *contenido* normativo, verdaderamente, solo cuando *excluye* de su esfera de aplicación ciertas conductas, actitudes, formas de pensar; o sea, si mediante dicha fórmula quedan bien determinadas esas *exclusiones*. La formulación normativa es *no* “vacía”, solo en tanto en cuanto permita distinguir en forma *inequívoca* —esto es, NETAMENTE INTERSUBJETIVA— entre lo que ella indica *exactamente* y todo otro comportamiento posible. En cambio, los enunciados *pseudo-normativos* se prestan a toda clase de interpretaciones divergentes. Es cierto que aun estas fórmulas no son completamente vacías, pues así y todo permiten excluir algunas posiciones muy extremas. Pero las posiciones que son objeto de serias discusiones EN LA PRÁCTICA, justamente ESTAS son las que tales formulaciones *NO* logran excluir; al contrario, tanto los partidarios de unas como otras de las posiciones en disputa aseguran estar respondiendo al “verdadero” sentido de la fórmula en cuestión: ¿quién no está convencido de que las soluciones por él sostenidas responden a la “justicia” y la “equidad”, respetan los principios de “racionalidad” y “proporcionalidad”, son “equitativas” y “razonables”, protegen la “libertad” y por cierto son las mejores para promover “el bien común”, como también defienden “el orden” e impulsan “el progreso”...?

⁹⁷ Véase Haba (2006a; Sec. C.I.4) y AA. VV. (2007a: Sec. G.IV y p. 357 ss.).

La noción de “unidad” subrayada por D., esa que constituye —según él— su alfa y omega del trabajo asignado a los juristas⁹⁸, constituye ni más ni menos que una expresión por el estilo, una bonitilla fórmula *pseudo*-normativa (al menos de la manera como nos la presenta él mismo). ¿Habrán algún alegato jurídico, en un caso real, donde las conclusiones sostenidas no puedan, como así también la solución contraria que defienda otro jurista, ser reconducidas a una “unidad” del sistema jurídico? Palabras como “unidad” o “sistema” resultan esencialmente engañosas ahí, son típicas fórmulas vacías: no sirven para nada (racionalmente), porque sirven para todo (retóricamente).

Sí, es cosa bien engañadora esa “unidad” en la cual D. pone máximo énfasis. Mucho importa no olvidar que la categoría “unidad” representa siempre lo que son unas creaciones más o menos *voluntaristas* del espíritu humano, inclusive allí donde su utilización pueda hallarse establecida en forma bastante precisa (por cierto, no es el caso de D.) para determinado tipo de investigaciones (es el caso, sobre todo, en la lógica formal):

[...] porque toda ‘unidad’ o ‘totalidad’ [...] no puede ser construida como unidad del pensamiento si no es por la *arbitrariedad* sin más. Justamente, no existen fronteras en la vida. Los pasajes de transición son amplios e inclusive caóticos. El fin condiciona, pues, la elaboración de conceptos y el éxito la justifica” (Llewellyn, 1977: 23; curs. E.P.H.). [Solo que, en el caso de D., si la finalidad puede ser aceptable, el “éxito” brilla por su ausencia... (desde luego, no me refiero a sus triunfos en el plano Vicente).]

“Cuando se conjura la ‘idea de derecho’, el ‘espíritu’ o la ‘unidad’ del derecho, y son utilizados [esas fórmulas vacías] como fundamentación de consecuencias jurídicas, lo que ahí aparece no son los espíritus e ideas [y la ‘unidad’] así conjurados, sino el espíritu y las ideas [y una ‘unidad’ decretada por la propia mente] de quien efectúa tal conjuro, o la ideología de *él mismo*” (Rüthers, 1989: 223, tesis 6; curs. E.P.H.).

En fin, nadie negará que también la “presentación” de que habla D. entra dentro de lo mucho que resulta “posible” [*supra*: n. 95], tanto más cuanto que tal presentación es verdaderamente efectuada (*mise en scène*) y creída. Solo que, para los realistas, lo más importante es *NO* dejarse timar por ella.

Nota (a): “*Leerformeln*” (*justicia, etc.*); “*unidad*”, “*sistema*”

Naturalmente, no es sólo un autor como Savater, tan allende las infranqueables barreras idiomáticas de Dworkin, quien ha puesto de manifiesto la tramposidad de ideas como esas en general, esto es: las elegías a una putativa *unidad* de los heteróclitos y contradictorios conglomerados de ideas, intereses, voluntades y demás, que son cubiertos por unas palabras como “país”, “nación”, “colectividad”, “pueblo”, “bien común”, Estado. Es sabido desde hace mucho tiempo, también en virtud de muy conocidos estudios en inglés: por ejemplo, se explica en una

⁹⁸ Para el jurista modelo, Hércules, ¡“Le principe d'unité en droit est sa religion”! (1985a: 55).

obra clásica de Teoría del Derecho como la de Ross (1958: cap. XIII, esp. § 69). Y, desde luego, no es un secreto para cualquiera que tenga algún conocimiento de la materia Ciencia Política (en todo caso, no lo es a partir del célebre libro de J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* [1942, con varias reed.: esp. caps. XXI y XXII]).

Sobre las *Leerformeln* en general, recurso retórico muy conocido a la luz de numerosos análisis publicados sobre el lenguaje de la política, la moral, el derecho, etc., lo principal se encuentra precisado en el breve estudio de Degenkolbe (1965: esp. 330-331), quien resume ciertas categorías fundamentales para tales análisis. La referencia en particular a las *pseudo-normative Formeln*, de donde he tomado la caracterización de ellas presentada un poco más arriba, se encuentra allí en las pp. 330-331. Para exámenes más detallados sobre muchos empleos de ese género de recursos en los discursos de las religiones, la filosofía política y social, etc., cf. esp. los estudios de Topitsch. Claro, se dirá que no es muy *fair* pedirle a un autor anglosajón enterarse de lo que no está escrito en inglés... Pero tal vez no sería exagerar demasiado si a uno le parece que Dworkin podría, en todo caso, haber tomado conocimiento de estudios de ese género presentados incluso en dicha lengua: por ejemplo, trabajos tan conocidos como los de Ch. L. Stevenson (*Ethics and Language* [1944]), T.D. Weldon (*The Vocabulary of Politics* [1953]), M. Macdonald ("The Language of Political Theory" [1951]). Y si acaso él conoce algo de eso (azar que, naturalmente, no puede excluirse del todo), entonces el misterio es saber por qué no ha considerado necesario explicar en *qué*, exactamente, tales análisis están descaminados.

Por lo que se refiere en particular a la fórmula vacía "justicia", o "equidad", no se ve cómo pueda decirse algo sensato al respecto sin tener en cuenta las capitales distinciones señaladas en el ineludible de Perelman al respecto (1964), u otras. Asunto que, por lo demás, ha sido examinado por muchos autores: así, Kelsen le dedicó varios estudios, y aun volvió sobre ello extensamente en la edición final de su *Reine Rechtslehre* (Apéndice); también se examina en el conocido libro de Ross (1963: cap. XII) y en numerosos otros sitios (p. ej., en el difundido manual de Hospers [1961: cap. 9 y cf. la bibliografía indicada allí]). Sin embargo, D. no se refiere para nada a ese género de precisiones, si bien tocan nada menos que el punto neurálgico de cuanto él sostiene. Para numerosos otros aspectos concernientes a la noción de "justicia", igualmente ignorados por D., puede verse, p. ej.: Engisch (1971: cap. V) y Henkel (1977: §§ 32 y 33 [trad. §§ 27 y 28]), o la amplia literatura indicada en estos dos sitios.

Tampoco es de extrañar que, partiendo de tales imagerías, la idea que D. se hace del pensamiento jurídico se sienta autorizada a ser "fiercely systemic" [*supra*: § 5 *in fine*]. Ahora bien, para despejar la mirada hacia múltiples errores resultantes de dar por admitido que cuanto pertenece a un sector dado de la realidad ha de corresponder forzosamente a tal o cual *sistema* [*supra*: § 3], véase la diferencia fundamental subrayada por Vaz Ferreira (1910: cap. *Pensar por sistemas y pensar por ideas para tener en cuenta*). Recuérdese la observación de Freud (y la de Goethe) en cuanto a que, por mor de semejante sistemismo *a priori*, nuestro intelecto "[...] no teme establecer relaciones inexactas [...]" [*supra*: poco antes de la n. 33]. [En el mismo sentido va la cita de Frank ubicada como *motto* del presente estudio [*supra*: n. 1]. Véase además la memorable sentencia de Radbruch [*supra*: n. 54], como también lo señalado por Llewellyn y otros sobre la infinita ambigüedad de la propia palabra "derecho" [*supra*: n. 52].]

Resulta imprescindible, por lo demás, tener en cuenta las fundamentales distinciones señaladas por Llewellyn, quien pone de relieve la presencia de por lo menos tres sentidos capitales para la palabra "sistema" (1977: *Vorwort*, 19-20, n. 1: *Methodologischer Excurs*): "La miseria de las ciencias sociales reside en la fusión irresponsable de esos tres conceptos esencialmente distintos" (1977: 21). Es así, justamente, cuando se trata de dar cuenta de datos tan complejos como aquellos que conforman el derecho. Como esas distinciones las pasan habitualmente por alto los teóricos, toda suerte de espejismos son transportados por la idea de *sistema*. "Un edificio defendible en lo lógico como bien constituido y cerrado, desfigurará los resultados que arroja la investigación empírica de los hechos (*Tatbefunde*). [...] Un ordenado informe objetivo de los

hechos pecará contra los principios de la arquitectura lógica. Quien no ha comprendido esto, construye un objeto hermafrodita, que ni es lógico ni es fiel a los hechos. La perspicacia de Max Weber nunca se manifiesta más poderosa que cuando él —justamente al efectuar con plena conciencia la construcción lógica— reconoce expresamente que: los factores excluidos de su construcción lógica de la sociología podrían tener cuando menos la misma trascendencia sociológica que los por él incluidos. ¡Pero que alguien me encuentre, en tal sentido, un segundo Max Weber!” (1977: 19). En D., por el contrario, no se hallará el menor rastro de haber percibido las diferencias entre tipos de sistemas y las dificultades señaladas en cuanto a su “lógica”. Él recurre a términos como “unidad”, “todo”, etc., cual si se tratara de la cosa más clara y evidente del mundo.

Ante la pregunta que lanzó Llewellyn —“¿Para qué, entonces, ese infantil persistir en jugar con una pseudológica y con la mascarada de una ‘completud’?” [*supra*: § 3 *in fine*]—, la contestación realista lleva directamente al núcleo psicológico de esa ideología profesional que defiende D., vale decir, su función de autoengaño legitimador: “Pues el ideal de la lógica *inhibe la crítica* [...]” (1977: 20).

Para no caer en la confusión básica que constituye el eje motor del *approach* de D., ante todo es indispensable conocer, y luego no perder nunca de vista, la diferencia entre dos planos cuando se trata de comprender lo que trae un lenguaje cualquiera: semántica (tales o cuales significados) y pragmática (funcionamiento en la práctica) del discurso examinado⁹⁹. La importancia de considerar estas elementales categorías para tratar los temas de que nuestro autor se ocupa, no parece haber sido advertida por él (tampoco en la segunda etapa de sus escritos). Una cosa es aquello que los locutores *entiendan* decir, ellos mismos, cuando formulan esto o aquello —cierta *semántica* de sus discursos—. Pero otra cosa es conocer lo que, en la realidad o al menos como una posibilidad real, esos locutores verdaderamente *hacen* (“forma de vida”) cuando utilizan el discurso en cuestión —su *pragmática* lingüística—. Dicho de la manera más sencilla:

“I think that lawyers and judges too often fail to recognize that the decision consists in what is done [pragmática], not what is said [semántica] by the court in doing it” (Judge Cuthbert W. Pound, cit. en Frank, 1970: iv).

D. se encierra por entero en el plano de cierta semántica consistente en unas cosas que los juristas dicen. En cambio, todo estudio realista acerca de un discurso persigue des-velar la dinámica que mueve a esas palabras como *realidad* funcional (psíquico-individual y colectivo-social): se procura alcanzar sobre todo el otro plano, la pragmática del lenguaje considerado. Por supuesto, tal precaución no implica negar la *existencia* misma del primer plano, esas “presentaciones” a que se atiene el realismo ingenuo. Ya sabemos que el realista

⁹⁹ Véase Haba (2010: Secs. A, B.I.3 y BII.7.(d), esta última tomada de Haba [2003a: § 32.b]).

no dejará de tomarlas en consideración, en cuanto también ellas son *uno* entre los factores que intervienen ahí (Teorema de Thomas). Pero aun así, esto es, sin desdeñar unos aspectos de la semántica, todo análisis realista se preocupa por hacer ver, justamente, lo que un tratamiento como el de D. disimula: las capitales INSUFICIENCIAS de esa semántica para determinar el FUNCIONAMIENTO *práctico* de los discursos considerados.

Valga una aclaración, por las dudas. Mis objeciones no deben entenderse en el sentido de presuponer, acaso, la ingenuidad de creer que “hechos” e “ideas” son dos mundos netamente aparte el uno del otro. Es obvio que todo cuanto conocemos depende de los pensamientos humanos que, de una u otra manera, contribuyen a conformarlo *para nosotros*, con la ayuda de palabras. Pero una cosa es reconocer eso; otra, muy distinta, sacar la conclusión de que basta con saber lo que una cantidad de personas piensen o digan, de manera que esto mismo corresponda tomarlo *sin más* como comprobación de cuanto sea *realidad* propiamente dicha. Toda aproximación realista, acerca del tipo de fenómenos que sea, parte de la base de que *pensamiento y realidad* NO son lo mismo, aunque se hallen muy relacionados entre sí. La distinción entre semántica y pragmática lingüística pone el acento sobre semejante *diferencia* en cuanto a las utilizaciones del lenguaje; los discursos de los juristas no constituyen, por cierto, excepción al respecto. La aproximación de D. consiste sustancialmente en hablar de tales discursos como si, para entender cómo funcionan, debiera hacerse abstracción de considerar esa capital diferencia. En cambio, los estudios REALISTAS sobre el derecho son *tales* porque, precisamente, ¡se fijan *muchísimo* en ella!

No faltarán quienes consideren que no es de “buen tono”, académicamente, poner de manifiesto la escualidez de los “saberes” puestos en juego por nuestro autor. Sobre todo, no se me va a perdonar el decir eso en voz alta. Es verdad, y no puedo negarlo, que eso mismo podría señalarse también de maneras mucho más eufemísticas. Pero lo cierto es que, dígase como se diga, o aunque no se diga, es un *hecho* innegable que dicho autor echa mano al SILENCIO con respecto a los principales aspectos, decisivos, puestos de manifiesto en gran cantidad de trabajos sobre esos temas. Contrariamente a esos estudios, los énfasis principales de D. están dirigidos a confinar al nivel pre-crítico los temas en cuestión. Desde luego, no es imposible que quienes insisten, por el contrario, en poner de manifiesto aquellos elementos de juicio estén errados. Pero uno no puede menos que preguntarse por qué, si fuera así y si D. no ignora lisa y llanamente estos exámenes, y si en poder suyo obran razones sólidas para hacer ver que todos estos se equivocan en lo principal, él se guarda tan celosamente tales razones¹⁰⁰.

¹⁰⁰ ¿Será que las calla para no dejar en paños menores a esos pobres autores? Considerando lo abrumadoras que tales refutaciones suyas serían, al revelarnos los

En síntesis: el primero de los dos pilares fundamentales en que D. sustenta sus afirmaciones, uno que podemos llamar negativo, consiste simplemente en recurrir al expediente, no menos viejo que eficaz, de echar recurso al *mejor es no meneallo*... O simplemente, todavía más cómodo para la conciencia de uno mismo, no “sabello”.

[b]

El primer pilar señalado, que es, digamos, de tipo negativo, resulta difícilmente separable de otro, de orden positivo. Ese segundo pilar consiste en la credulidad típica del realismo *ingenuo*: el quedarse en la “superficie”, por así decir, de las cosas. En nuestro caso, ello consiste en decretar *a priori*, como criterio suficiente y último de la verdad, aquello que los juristas profesionales piensen acerca de su propia labor y cuanto *digan* en sus discursos. He ahí lo que para D. viene a ser la suprema pauta epistemológica. El *Basic Legal Myth* queda consagrado, sin más, como verdad no menos inescrutable que incuestionable.

De manera que, si hemos de seguir las indicaciones de nuestro autor, resulta que la suprema pauta epistemológica debería ser exactamente lo opuesto de aquello que Marx señaló para des-velar las ideas sociales. Decía Marx que, así como a un individuo no se le puede juzgar atendiendo simplemente a cuanto él mismo piense o diga acerca de su propia persona, tampoco es cuestión de creerse como si tal cosa la manera en que los grupos sociales se “ven” cada uno de ellos a sí mismo, su propia ideología. Ese cuidado, la guía heurística más elemental para analizar el pensamiento social¹⁰¹, no cuenta para D.¹⁰² —en todo caso, no por cuanto respecta a los juristas—.

Desde luego, la advertencia de Marx no hay que usarla de modo tal que se caiga en la exageración contraria: dar por supuesto, en forma no menos dogmática, que *todo* lo que un grupo afirme de sí mismo es necesariamente falso. En qué medida lo es o no lo es, no se contesta apriorísticamente; habrá que examinarlo, para el tipo de casos considerado, mediante confrontaciones con la REALIDAD. En efecto, tampoco es cuestión de presuponer que por fuerza ha de ser enteramente falso

inéditos saberes en que él las sustenta, acaso haya preferido reservárselos, por una suerte de delicada generosidad hacia el buen nombre de aquellos...

¹⁰¹ Independientemente, claro está, de las maneras específicas como de ese consejo hayan llegado a hacer uso (¡o no!) los marxistas en sus propios exámenes.

¹⁰² Claro, tampoco sería extraño que él no hubiera oído hablar de eso... (aunque seguramente está enterado, digo yo, de que Marx no fue un dios homérico).

cuanto suele afirmarse en el grupo considerado: por ejemplo, en el de los juristas. Asunto para investigaciones *empíricas*, pues, acerca del grupo en cuestión. Tal precaución es no menos aplicable, naturalmente, a los discursos jurídicos.

Ahora bien, ¿qué examen empírico nos presenta D. acerca del pensamiento jurídico? Lo que él nos cuenta es “empírico”, sí, pero en el sentido del realismo ingenuo. Su empiricidad (“realismo”) consiste en repetir ciertas ideas que los juristas *dicen*. Y él da por supuesto que, puesto que ellos las dicen *así*, con esto basta para dejar demostrado que esa es la VERDAD. No haría falta, ni siquiera es concebible (según él), ninguna otra clase de pruebas. En efecto, para D. resulta que el supremo criterio de qué sea cierto sobre fenómenos del derecho no puede ser otro que: *Así ES... ¡si así OS parece!*¹⁰³ Siempre y cuando, eso sí, este “os” se halle constituido puntualmente por el gremio de los juristas profesionales en general [*infra*: § 13.c].

Por tal vía de pensamiento es como el *Basic Legal Myth* queda asegurado sin más, también a los ojos de D., como verdad que no admite contraprueba, pues la prueba absoluta y suficiente residiría ni más ni menos que en lo dicho por el propio mito: al contemplarlo como portador, en sí y por sí, de la calidad *intrínseca* de constituir una verdad **non plus ultra**, queda *a limine* descartada tanto la necesidad como la posibilidad de toda comprobación externa al mito *mismo*. Así inmunizada, nuestro autor no tiene ninguna dificultad en compartir con la dogmática jurídica la cándida creencia de que el razonamiento de los juristas obedece a un verdadero SISTEMA de criterios (legislación, principios generales, directrices), que no puede ser sino CONSISTENTE y UNÍVOCO, donde al jurista le sería dable hallar la *única* solución jurídicamente “correcta” para cada caso [*supra*: Sec. II].

Nota (b): *Cuando se quiere reducir la epistemología a remedar las artes del abogado*

Al señalar la falta de conocimientos y la credulidad de D., no pretendo decir que él sea una persona de escasa inteligencia, ni desconocer que posee cierto talento para efectuar argumentaciones. Solo que, como estas condiciones personales no está en condiciones de relacionarlas con elementos de juicio ofrecidos por el principal *saber* ya existente acerca de los temas sobre los cuales escribe, el resultado son aquellas fundamentales limitaciones. Sus planteamientos armonizan seguramente con las artes del abogado, mas no con las exigencias de una reflexión epistemológica propiamente dicha, y todavía mucho menos con los rigores del pensamiento científico en general.

En efecto, los razonamientos que él presenta van poco más allá de las formas de pensar que caracterizan a los alegatos jurídicos normales. Su “técnica” de argumentación es sustancialmente esta misma, donde el locutor está constreñido —si no quiere malquistarse con el auditorio: jueces,

¹⁰³ En efecto, si no estuviéramos ante un horizonte de saberes tan “serio” como el de D., daría uno en sospechar que nuestro autor conoce, y hasta pueda haberle servido de inspiración, el célebre título de Pirandello: *Così è (se vi pare)* (1917).

colegas, opinión, pública, etc.— a fundamentar *dogmáticamente* (leyes, doctrinas) sus conclusiones y permanecer básicamente dentro de los marcos del realismo ingenuo (rindiendo culto inclusive al naturalismo lingüístico, a las ideologías dominantes, a teorías vulgares cotidianas). D. presupone que para hacer Teoría del Derecho basta más o menos con eso, o sea, contentarse con perseguir unos efectos retóricos, antes bien que tratar de ir a fondo con ayuda de OTROS conocimientos que los *topoi* de la dogmática jurídica *misma* y los del sentido común. Igual que el hombre de la calle, cuyo “realismo” consiste justamente en no ver ninguna necesidad de recurrir a “teorías” para conocer lo que tiene ante sus ojos, nuestro autor está muy convencido, al parecer, de que para entender a fondo (“en serio”) lo que el pensamiento jurídico es, no tiene necesidad de perder su tiempo en informarse sobre aquello que los principales pensadores de dicha Teoría hayan sacado a luz antes. (No sorprenderá, pues, enterarse de que “gran parte de sus escritos han podido aparecer en una *revista literaria* [...] y no en una revista jurídica o filosófica”: *supra*, n. 20).

Claro está, ni siquiera personas inteligentes llegan a sospechar, normalmente, lo que las demás de su *propio* círculo, y el público en general, ignoran de ese mismo modo. Solo que, precisamente, no es ese *no-sospechar* lo que hace la figura intelectual de un *pensador*... ¡ni siquiera en el dominio de la Teoría del Derecho!

13. La estrategia de defensa: ¡por favor, *no distinga!*

Si alguna diferencia existe entre el mito básico que cultiva el jurista corriente y lo de Dworkin, es que este último, al haber leído por lo menos unos pasajes de Hart y de algunos otros autores, ha conseguido descubrir que no faltan quienes desconfían de tal creencia común. D. no puede evitar darse por enterado aunque sea de eso, no puede sencillamente ignorarlo como hace la dogmática jurídica en general. Entonces debe afrontar el desafío de presentar alguna buena razón para defender su entusiasta fe en la palabra pública de los juristas. He ahí el punto *decisivo* de que depende la sostenibilidad de sus tesis principales. Significa que la pregunta clave, si la planteamos con más precisión que él mismo, es esta: ¿habremos de creer que es *verdad* cuanto sostienen los juristas, simplemente porque ellos lo *dicen* así, o hasta se lo creen? No veo que él enfrente esta pregunta, la crucial, con otras razones, en sustancia, que los tres órdenes de argumentos que examinaré a continuación.

a. Mezcolanzas entre “es” y “debe”

Para justificar su credulidad, D. ensaya una escapada del *es* al *debe*; o simplemente entrevera ambos planos. Como criterios para juzgar sobre la *verdad* de sus afirmaciones invoca lo que no son sino unos juicios de *valor*:

“Cuando los jueces cometen *errores* respecto de los derechos jurídicos incurrir en *injusticia* [...]. No hay razón para atribuir a ningún otro grupo determinado (que aquel de los jueces mismos) una mejor *capacidad* para la argumentación moral [¡sí, como los “sabios” en la República de Platón!]; o si la [y lo] hay, entonces lo que hay que cambiar es el proceso de selección de los jueces, *no las técnicas* para juzgar que se les

pide que usen” (1984: 207-208). “Una teoría del derecho debe ser a la vez conceptual y *normativa*” (1984: 32). “Con el sistema actual *aspiramos* a que la adjudicación sea cuestión de *principio*. La aspiración no puede concretarse plenamente porque cada uno de nosotros pensará que a veces —y quizás a menudo— los jueces formulan argumentos de principio erróneos. Pero ya con el intento salimos ganando. Se estimula a los ciudadanos a suponer que cada uno de ellos tiene derechos y deberes frente a los otros ciudadanos y frente al gobierno [...] a tratarse entre ellos —y exigir que el estado los trate, en función del supuesto, benéfico y unificador, de que la justicia tiene siempre que ver con sus reclamaciones, aun cuando no esté claro qué es lo que la justicia requiere. [...] La norma del derecho es un ideal *más noble* que la norma de los textos jurídicos” (1984: 463 s.). [Las curs. y las observaciones entre corchetes fueron añadidas aquí.]

Mas la verdadera cuestión, salvo para un realista ingenuo, no es si esos intérpretes *creen*, o será “noble” dejarlos suponer, que existe una sola interpretación “correcta”, o si de todos modos ellos “aspiran” a que así sea (1985: 463). Si lo que D. quiere decir es simplemente que semejantes deseos existen, no sé quién pueda negar semejante trivialidad. Tampoco constituye novedad alguna pensar que tal “supuesto” —que los realistas saben denominar con más exactitud: “ficción”— pueda tal vez tener algún efecto práctico saludable [cf. las palabras de Kelsen: *supra* n. 67]. Si ahí D. no pretende sino hacer presente *esto* mismo, una vez más cumple la hazaña de descubrir el agua tibia. Pero si además él piensa —como parece ser el caso— que eso constituye también una buena razón para entender que lo afirmado por tal “supuesto” es ni más ni menos que *verdad*, incurre en el típico *non sequitur* de la falacia naturalista.

La *práctica* jurídica muestra demasiado a menudo, nos guste o no nos guste, lo contrario de aquello que los juristas en general, y D. con ellos, desean (“aspiran a”) y hasta puedan creer al respecto. Dígase lo que se diga, los hechos —no unas “suposiciones” ni las “aspiraciones”— proclaman a gritos que las discusiones jurídicas *NO* suelen conducir al objetivo así *supuesto*, el de que los participantes logren ponerse de acuerdo al interpretar las leyes aplicables. Y no solo se discrepa sobre cuál sea la interpretación “justa” de tal o cual precepto; los juristas muchas veces ni siquiera logran ponerse de acuerdo sobre *qué* preceptos (entre las múltiples leyes, principios y demás) son los pertinentes para el caso discutido. Las “construcciones” de unos no concuerdan con las de otros, ni ha podido descubrirse alguna forma en que *razonando* logren zanjarse esas diferencias entre juristas que sostienen posiciones contrapuestas. Cada uno de ellos dirá, naturalmente, que solo la “construcción” admitida por él mismo es la *verdadera* interpretación del derecho vigente, que las demás son “erróneas”. Por más que casi todos estén de acuerdo en que *debiera* haber tal cosa, que es deseable perseguir eso, o en todo caso creerlo, nada o muy poco de ello se verifica en las controversias jurídicas *reales*. Por tanto, D. se ve obligado a depositar su

respuesta “única”, o “la mejor”, en un cielo donde, como en el de Platón, *es y debe* son prácticamente la misma cosa.

b. Extrapolación retórica del término “verdad”

Ya en 1885, Bülow había sabido llamar la atención sobre la falacia de pretender equiparar el tipo de “juicio” que es la sentencia del juez con lo que se llama “juicio” en el campo de la lógica; confusión de donde emana, a su vez, la *ficción* corriente de entender que a la sentencia ha de caberle, como al segundo tipo de juicios, el carácter de poseer “verdad” (“*Fiktion ‘der Wahrheit des Urtheils’*”) (Bülow, 1976: 110 y 131). Más de cien años después, D. sigue cayendo, como si tal cosa, en esa elementalísima confusión.

La palabra “verdad” puede, desde luego, usarse de unas u otras maneras. Pero esos usos, sean cuales fueren, en nada cambian los hechos mismos en que consisten las, así llamadas, “verdades” del derecho. Esto es, el *hecho* de que, en la práctica:

“[...] a diario vemos cómo diferentes instancias o autoridades del Estado, poniendo en juego toda su autoridad y a menudo con una detallada fundamentación de correcta lógica [formal], juzgan en forma distinta el mismo caso. Todos los días vemos cómo, incluso entre los teóricos de primera línea, se pone de manifiesto la validez del aforismo: *quot capita tot sententiae* (según cuántas cabezas, tantas son las opiniones)” (Laun, 1977: 260).

En efecto, ante un caso frente al cual grupos de juristas tienen posiciones encontradas, cada uno de esos intérpretes dirá, por supuesto, que aquella “construcción” que él mismo admite significa la interpretación “correcta” y que las demás se equivocan sobre el “verdadero” sentido del derecho vigente. Ahora bien, ponerse a discutir con D. si alguna de esas interpretaciones tendría mejor derecho que otras a apropiarse del uso de términos como “verdad” o “correcto” es apenas una cuestión de palabras. En el mejor de casos, eso constituye una disputa de tipo escolástico. [Sin perjuicio —repito— de que esta, como tantas otras cuestiones de palabras, puede tener sus efectos pragmático-retóricos y, como consecuencia, también consecuencias de hecho (Teorema de THOMAS).]

Es cierto que los juristas hacen *uso* de esas dos palabras prestigiosas; por tanto, se trata de una costumbre lingüística que como tal —*i.e.*, convencionalmente— resulta ser no menos válida que cualquier otra. Empero, de nuevo: ¿quién niega *tal* cosa? Lo que está en discusión no es el “derecho” a usar esas palabras por sí mismas, u otras, sino el MITO que, en el caso específico de las interpretaciones jurídicas, aquellas vienen a cubrir: la creencia en que semejantes “verdades” sean OTRA cosa —¡vaya a saber cuál!— que ciertas *convenciones semánticas* entre las

que componen el lenguaje jurídico. Convenciones con las que *un* grupo de juristas está de acuerdo en considerarlas aplicables a la situación considerada, mientras que otros colegas suyos prefieren atenerse, no menos convencionalmente, a juegos de lenguaje jurídicos diferentes para ese misma clase situaciones.

Frente a observaciones por el estilo, lo central de las respuestas que D. ofrece para fundamentar su confianza en el *Basic Legal Myth* reside en lo siguiente:

“Nadie ha demostrado aún que, del hecho de que haya gente razonable que no esté de acuerdo sobre determinada proposición ni coincida en ningún criterio capaz de caracterizar como decisivo algún nuevo descubrimiento, se siga que la proposición no sea —exclusivamente por esa razón— ni verdadera ni falsa” (1984: 457; cf. también 397 ss. y 460 ss.).

La trampa de semejante argumento es demasiado burda. Se trata simplemente de una *petitio principii*, conocida desde hace muchísimo tiempo. Lo que D. dice consiste en dar ahí por pre-supuesto cuanto para ese contexto habría que empezar por PROBAR, a saber: que aquello para lo que se usa el término “verdad” en las ciencias de la naturaleza, o acaso para enunciados analíticos como los de la lógica formal, es más o menos lo mismo que aquello *otro*, las argumentaciones de los juristas, para lo cual D. hace el pase de manga de aplicarle la misma **PALABRA** (“verdad”) tratándose de soluciones imputadas al derecho¹⁰⁴. Como de costumbre, es víctima del naturalismo lingüístico, aquí en cuanto toma como similares las exigencias de “verdad” que plantean aquellas ciencias y las “verdades” de los juristas¹⁰⁵, simplemente porque en ambos campos es dable hallar ese término *escrito* de la misma manera. Ya sabemos que todo su examen del discurso jurídico se basa en dar simplemente por descontado que no ha de ponerse en duda lo que sus propios protagonistas *digan* al respecto.

En todo caso, podría decirse que hay ciertas semejanzas entre las discusiones de los juristas y las existentes en lo que T. S. Kuhn denomina “ciencia

¹⁰⁴ Él mantiene esencialmente igual perspectiva en su libro posterior: “... une proposition de droit est *vraie*, si elle apparaît comme la meilleure interprétation du processus juridique en son entier...” (1985a: 51; curs. E.P.H.).

¹⁰⁵ “Plaisante justice, qu’une rivière ou une montagne borne! *Vérité* en deçà des Pyrénées, erreur au-delà”. Pero, claro está, para alguien tan “seriamente” informado como D., no es cuestión de distraerse en examinar unas cuestiones *plaisantes*... Por lo demás, ¿a quién puede importarle Pascal? (un antiguote... ¡y ni siquiera escribió en inglés!).

extraordinaria”¹⁰⁶. Solo que D. trata sobre aspectos que constituyen ni más ni menos que... ¡la ciencia *normal* del derecho! Mas lo cierto es que, en esta, la “verdad” de sus discursos es algo completamente *distinto* que en las ciencias de la naturaleza o que, de otro lado, en la lógica formal. Nuestro autor se conforma con resolver el asunto mediante una definición *persuasiva*, según la cual “verdad” sería, simplemente, todo cuanto los juristas, ellos mismos, tendrán a bien *llamar* así. Y he aquí la “demostración” que nos ofrece para semejante espejismo:

“¿Cómo puede decir (el juez) que, de acuerdo con argumentos que para él son convincentes, el daño económico puede ser indemnizado y al mismo tiempo negar que una proposición tal pueda ser *verdadera*? ¿Cómo puede tener razones para su creencia y, sin embargo, negar que *cualquiera* puede tener razones para una creencia tal?” (1984: 402; curs. E.P.H.).

Una vez más, nos encontramos con el dogma central a que siempre nuestro autor se aferra en última instancia: ¡el derecho *es* ni más ni menos que como los juristas *crean* —realismo ingenuo— que ello es! [Un “es” que D. está muy lejos, por cierto, de entenderlo en el sentido de la lúcida comprobación de Thomas¹⁰⁷. ¡Y ni qué hablar, por supuesto, de que en los desarrollos presentados por aquel ahí puedan asomar, para nada, precisiones tan decisivas como las elucidadas por Engisch (*La idea de concreción...* [1968; or. 1953]), y ni siquiera las tesis fundamentales del bien conocido estudio de Michel Foucault sobre *La verdad y las formas jurídicas*.]

c. Desconocimiento de la relación, y de las diferencias, entre un lenguaje-objeto y su metalenguaje analítico

Al fin de cuentas, todo el apoyo argumental que D. presenta para su cándida postulación central reposa en el desconocimiento, por su parte, de una de las distinciones más elementales y corrientes en el análisis lingüístico contemporáneo: la diferencia de planos, y de las respectivas legalidades internas, entre [i] la manera de hablar que se da *en* un discurso dado (lenguaje-objeto) y [ii] lo que se consiga reconocer *acerca de* este mismo en *otro* discurso que es analítico (meta-lenguaje) frente al primero¹⁰⁸. El segundo sirve para estudiar

¹⁰⁶ Además, me parece que aun esas semejanzas son en verdad más bien superficiales, a pesar de lo que al respecto han llegado a creer pensadores propiamente serios (sin comillas): Popper, Toulmin, Kuhn y otros. Al parecer, estos autores no dispusieron de un conocimiento directo en cuanto a cómo los discursos jurídicos son *en la práctica*. Sobre este punto véase Haba (1993a: esp. § II.B).

¹⁰⁷ *Supra*: n. 91.

¹⁰⁸ Véase Haba (1999c: § 4).

desde *afuera* al primero, permite que sea examinado SIN avalar los prejuicios propios de este mismo. En pasar por alto hasta una distinción tan elemental consiste la argumentación central desarrollada en el estudio donde D. se ocupa más extensamente de defender su postulación de la respuesta jurídica “correcta” como “verdad” (“¿Pueden ser controvertibles los derechos?”: Dworkin [1977/78: cap. 13]).

Dicha argumentación responde a un molde básico que es esencialmente igual a un razonamiento como, por ejemplo, este:

- puesto que el paranoico es incapaz de pensar, dentro de su *propio* discurso (lenguaje-objeto), que el mundo no sea precisamente *así* como él lo está “viendo” (sus delirios), no cabe duda de que, en efecto, es VERDAD cuanto él mismo *crea* al respecto;
- cuando el médico entiende (*metalenguaje*) que las apreciaciones psicóticas (lenguaje-objeto) yerran con respecto a la realidad, ese médico no acierta a reconocer VERDADERAMENTE el pensamiento monomaniaco en sí mismo;
- la *prueba* de esto último es que si una persona que es médico viene a comportarse monomaniáticamente en tal o cual respecto de su vida (cosa no imposible)¹⁰⁹, entonces él mismo no pondría en duda la “verdad” de cuanto en su propio discurso como psicótico estime como perfectamente REAL.

Ni más ni menos que en el modo de inferencias sustentado por un razonamiento como ese, también D. nos presenta esta impagable conclusión:

“Es posible que la suposición de que una de las partes (en el proceso judicial) pueda tener razón y la otra se equivoque esté incorporada en nuestros *hábitos* de pensamiento en un nivel tan profundo [realismo cotidiano] que no podamos negarla coherentemente [dentro de ese mismo nivel], por más escépticos o realistas que [cuando conseguimos *salir* de dicho nivel] nos propongamos ser en tales asuntos. Eso explicaría nuestra dificultad [*i.e.*, la de quienes no se han enterado de que hay diferentes *niveles* de lenguaje] para enunciar el argumento teórico de manera coherente. El ‘mito’ de que en un caso difícil hay una única respuesta correcta es tan recalcitrante [no menos que el realismo ingenuo en general] como afortunado [para buena parte de nuestra conducta cotidiana, donde no tenemos necesidad de afinar nuestros conocimientos]. Ambas condiciones pueden constituirse en argumentos para DEMOSTRAR [¡¡ !!] que *no* es un mito” (Dworkin, 1977/78: 411; curs. y vers. E.P.H.).

¹⁰⁹ Por ejemplo, en unos análisis de inspiración freudiana acerca del propio Freud se ha llegado a señalar que él mismo no logró tener conciencia clara sobre el alcance de ciertos traumas psicológicos de su propia vida. Pero eso no quiere decir que traumas reconocidos por él en otras personas no fueran ciertos.

Así quedaría “demostrado”, pues, que el mito no es un mito. En efecto, cuando actuamos como *participantes* de los juegos de lenguaje que conforman un *universo simbólico*, así en el del derecho, no tenemos conciencia de que este es tal, *ahí* aprehendemos ese mundo como una objetividad no menos real que indiscutible¹¹⁰. Y puesto que, de acuerdo con el realismo ingenuo, el mundo *es* ni más ni menos que de la manera como las cosas se nos *aparecen* (“presentan”) en la propia experiencia común, no se ve qué prueba mejor pueda haber, ni hacer falta, para asegurarnos de que también en la realidad ellas se comportan exactamente de *tal* manera.

Si la verdad fuese simplemente lo que cada quien o aun la mayoría *cree* verdadero, entonces una rama como, por ejemplo, la Sociología del Conocimiento sería —juzgando sus exámenes con razones a la Dworkin— una disciplina imposible, o en todo caso mentirosa. En efecto, si fuera correcta esa argumentación que nuestro autor ofrece para demostrar que cuanto los juristas piensan sobre sí mismos no es un mito, por ser *ellos* quienes lo creen, entonces tal aproximación habría de ser igualmente válida —¿por qué no?— para el pensamiento social en general. Así, D. podría rechazar la Sociología del Conocimiento, suponiendo que haya oído hablar de tales estudios, más o menos de la misma manera como refuta al “filósofo” [*infra*: § 14]. Con una argumentación a la Dworkin, bastaría con aducir que lo que en estos análisis se revela como “construcciones sociales” (Berger/Luckmann, 1966) del imaginario colectivo, de ninguna manera pueden ser *mitos*. Al contrario, tienen que ser verdades con toda la barba: precisamente porque responden —y esa misma Sociología es la primera en subrayarlo— a... ¡“nuestros *hábitos* de pensamiento” más profundos!

En condición de pauta epistemológica fundamental queda así consagrado (como sabemos ya) el siguiente principio, pre-supuesto a modo de punto arquimédico por excelencia para juzgar qué cosas sean VERDAD:

¹¹⁰ Cf. Berger/Luckmann (1968: *passim*). “[E]l intelectual puede sentirse ‘en su casa’ dentro de la subsociedad [conformada por su especialidad profesional] [...] porque en la subsociedad existen otros [los colegas] que las consideran [a esas, sus propias convicciones, como] realidad. Más tarde ese mismo intelectual desarrollará diversos procedimientos para proteger la realidad precaria de la subsociedad contra las amenazas de aniquilación [*i.e.*, las críticas] desde el exterior. [...] La secta religiosa puede ser considerada como prototipo de las subsociedades de esta índole. Dentro del refugio que brinda la comunidad de la secta, hasta las concepciones más extraviadas asumen el carácter de realidad objetiva” (Berger/Luckmann, 1968: 161).

*Así es... ¡cuando así os parece!*¹¹¹

Semejante pauta está, por principio, sustraída a toda duda —Dworkin *dixit*— cuando ese “os” responde a la opinión habitual de quienes conforman el grupo lingüístico en cuestión. En este caso, el de los juristas corrientes.

A nuestro autor no le pasa por las mientes, a juzgar por los argumentos que ofrece, qué cosa sean los *metalenguajes críticos* acerca de “verdades” formuladas en un lenguaje-*objeto* usado para la vida cotidiana. Encuentra “incorporada[s] en nuestros [mejor dicho: en *sus*] hábitos de pensamiento en un nivel tan profundo” sus PROPIAS creencias, el pensamiento *no*-crítico, que considera sencillamente imposible superar “coherentemente” el nivel del realismo ingenuo. Naturalmente, tal imposibilidad resulta infranqueable mientras se permanece *dentro* del tipo de mentalidad que cultiva el jurista para ejercer su profesión, así como hace la gente en general. Ni unos ni otros se imaginan que existen ciertos órdenes de discursos muy diferentes, pues estos últimos detectan verdades que el pensamiento vulgar ni siquiera sospecha. Tales metalenguajes se caracterizan, justamente, por permitir cuestionar aquello mismo que cuenta como “verdad” en los lenguajes-objeto practicados en la vida habitual. Pero el argumento levantado por nuestro autor para sostener que aquellas elucidaciones —las *extradogmáticas*— carecen de sentido, no puede ser más contundente: “si no puedo concebirlo yo [D.], ni en general mis propios colegas... ¡entonces NADIE puede!”.

14. **Cómo construir a piacere un adversario inexistente: el “filósofo”**

Acabo de señalar la falacia central en que descansa la defensa que D. efectúa del realismo ingenuo para el pensamiento jurídico. Por otra parte, la “técnica” —llamémosle así— de argumentación de D. consiste por lo general en lo siguiente¹¹²: i) él toma como punto de partida una comprobación acerca de algo que, en efecto, de veras es así; ii) pero de allí salta despreocupadamente —*non sequitur*— a señalar como conclusión, inferida (aparentemente) de lo primero, unas cosas que ni discursiva ni prácticamente son conllevadas por aquello. No

¹¹¹ *Supra*: n. 103. Ya Jhering supo observar lo propio con respecto al “cielo” de los juristas: “De ahora en adelante [*i.e.*, en ese ‘cielo’] tu solo pensar será querer... y lo que hayas querido, será *realidad*. El pensamiento y la realidad son *uno*” (Jhering, 1974: 283; curs. E.P.H.). *Vid.* esp. la Parte III de esa obra sin par en la literatura jurídica.

¹¹² Especialmente el capítulo ya indicado (1977/78: cap. 13) se halla bien poblado de recaídas en defectos muy elementales de razonamiento. No son difíciles de percibir, pero demandaría su buen espacio desenredar esos argumentos uno por uno. Pienso que puede bastar con lo explicado arriba.

puedo resistir la tentación de comentar al menos un ejemplo, pues con ello nuestro autor revela un desconocimiento o por lo menos una confusión casi increíbles en cuanto a lo que *propriamente* sostiene la posición por él criticada.

D. responde al “filósofo” (se refiere, al parecer, a ciertas críticas de orientación realista), señalando (i) que, según este:

“[...] no puede haber respuesta correcta [¡única!] para un caso jurídico difícil, de modo que si cualquier empresa jurídica adopta reglas que presuponen que sí puede haberla, esa empresa está basada en un mito. De lo que él [filósofo] habla no es de una empresa diferente [a la jurídica habitual], sino de hechos objetivos que cualquier empresa debe enfrentar, si quiere ser realista” (1984: 409).

Hasta ahí, la posición del “filósofo” puede estar caracterizada en forma relativamente aceptable. Pero a renglón seguido, nuestro autor infiere —¡sepa Dios de dónde!— que tal posición implica *además* la necesidad de defender también, si se es consecuente, unas ideas que ni están comprendidas ni se derivan para nada de (i). En efecto, a los “filósofos” él les imputa (ii) algo que ninguno de los grandes autores realistas (cf. Holmes, Cardozo, Llewellyn, Frank, etc.) JAMÁS pensó (que se sepa), y muchísimo menos aún hayan llegado a escribir, a saber: que habría algún lugar —¿un *topos uranos*?— de donde, a diferencia de la forma como procede la argumentación jurídica corriente, se conseguiría aprehender unos “derechos” y “obligaciones” que sean *verdaderamente* “objetivos”... No puedo menos que citar literalmente ese portentoso *pasus* (D. confía, se ve, en que sus lectores están dispuestos a creer lo que sea, con solo que él les diga que las cosas son de tal manera):

“Pero, ¿qué es esa *realidad* objetiva? *Debe* [¿según quién?] contener derechos y obligaciones, incluso obligaciones y derechos jurídicos, como *hechos objetivos*, independientes de la estructura y del contenido de los sistemas convencionales. Esa idea es familiar en las teorías del derecho natural [¡es cierto!], pero es un recurso que sorprende encontrar en manos del filósofo [¿cuál o cuáles?] que, en nombre del sentido común, sostiene [¡esto sí!] que no puede haber respuesta correcta en un caso difícil. Después de todo, si los derechos y las obligaciones son parte de un mundo OBJETIVO E INDEPENDIENTE [¿qué “filósofo” habrá apuntado semejante candidez?], ¿por qué no hemos de suponer que alguien puede tener un derecho aun cuando nadie más crea que lo tenga, o cuando nadie puede demostrar que lo tiene? De modo que para nuestro filósofo es peligroso afirmar [¡si fuera verdad que lo hace!] que habla de una *realidad jurídica objetiva* cuyas condiciones de verdad son independientes de la convención humana” (1984: 409; curs. y vers. E.P.H.).

Lo que en esta cita he destacado mediante esos énfasis por mi cuenta son puntos claves donde D. se inventa, para hacerle tomar la palabra como supuesto “filósofo”, un adversario a su propio gusto (ya vimos que ese es un recurso polémico corriente de su parte: *supra*, § 6). Naturalmente, la conclusión que

aquel saca de ahí tiene ni más ni menos pertinencia que las premisas de donde él mismo ha partido, esto es, “refuta” lo que todo realista *crítico* se cuida precisamente de... ¡NO caer en la inocencia de afirmar!: la fantasía de imaginarse que existen unas “verdad[es *jurídicas*] [...] INDEPENDIENTES de la convención humana”.

Sin embargo, hay un sentido en que, si bien D. se cuida mucho (¿o simplemente no se da cuenta?) de aclarar la diferencia, el realista crítico reconoce que, en efecto, existe una “*realidad jurídica objetiva*”. Mas los realistas saben muy bien que tal realidad no consiste, desde luego, en unos derechos y obligaciones *como tales*, ni algo con lo que el jurista vaya a ponerse a medir estos mismos. De lo que ahí se trata en verdad es de lo siguiente: a) un conjunto de juegos lingüísticos (¡a menudo multivalentes!: *hard cases*, etc.) que los juristas acostumbran usar en sus discursos profesionales; b) las conductas efectivas de los protagonistas del derecho. Ni (a) ni (b) tienen nada que ver con “derecho natural” o cosas por el estilo. Son simplemente unas constantes que se hacen presentes en ciertas clases de *conductas sociales*; las cuales pueden ser EMPÍRICAMENTE aprehendidas, en mayor o menor medida, sobre todo si la investigación acerca de ellas se aborda por medios (sociología, lingüística) que *no son* los característicos del pensamiento normativista. Todo realista consecuente sabe que, a diferencia de los espejismos suscritos por nuestro autor, no hay NINGUNA “verdad” jurídica *objetiva* independiente de valoraciones que son opcionales, *elegidas* por unos u otros entre los intérpretes del derecho. Si bien el realista crítico desenmascara ese *Basic Legal Myth* que D. comparte con el jurista común, por supuesto que tal crítica no va dirigida a reemplazar eso —¡muy lejos de ello!— por algún otro mito, una nueva clase de “verdad objetiva” para el pensamiento jurídico¹¹³.

¹¹³ Para tener una idea clara sobre qué haya de entenderse por “objetivo” o “independiente”, habría que empezar por precisar estos términos, cuyo sentido no es obvio. Claro que semejantes precisiones será en vano buscarlas en D.; como de costumbre, a él no le pasa por las mientes tomar *precauciones* metodológicas. En consecuencia, no pretendo afirmar que el pasaje transcrito no pueda ser entendido también de otras maneras que la presentada aquí arriba (el lector es libre de adivinar cuáles). Para estar advertido de una serie de alternativas fundamentales transportadas por la pareja conceptual “objetivo/subjetivo”, incluso cuando ella es aplicada a contenidos del discurso jurídico, cabe acudir a las precisiones aportadas por un “filósofo” (sobre las cuales, desde luego, Dworkin no chista palabra): cf. Frank (1951, apartado VIII). Puede verse también mis precisiones en AA. VV. (2004: Sec. D.IV).

15. ¿Poner “al día” la epistemología jurídica?

Si lo que D. quiere decir es que en el fondo responde más o menos a similar firmeza —o falta de ella— *todo* aquello para lo cual aparezca usada la palabra *verdad*, claro que daría lo mismo (o casi lo mismo) creer en la “verdad” de un derecho natural que en los conocimientos de disciplinas que se apoyan en métodos científicos susceptibles de controlar verdades *empíricas*. Resultaría así que, en definitiva, un conocimiento “verdadero” sobre leyes de la naturaleza (empírica) o el de hechos colectivos sociales o de determinados rasgos psicológicos consistiría, igualmente todo eso, en ideas no menos *convencionales* que unos criterios morales o los jurídicos o los ideales políticos. Así, por ejemplo: si yo tengo un cáncer, bastaría con que los médicos *convengan* que no lo tengo, para hacer *verdad* que estoy curado; o si cultivo como prejuicio un estereotipo social, quedaría libre de este en cuanto unos sociólogos se pongan de acuerdo en que ya no lo tengo o no debiera tenerlo más. No menos en el derecho que en la física, en la sociología y para cualquier otra cosa, como única y suficiente pauta de qué sea verdad bastaría, si hemos de creerle a D., que buen número de gentes *piense* que esto o aquello lo es (“Así es, si así os parece”)¹¹⁴.

Sin embargo, podría estimarse que la aproximación adoptada por D. coincide al fin de cuentas con una perspectiva como la que desde Kant, y sobre todo actualmente, se ha impuesto para la Filosofía de las Ciencias. Esta última renuncia hoy a la pretensión de darles consejos a los hombres de ciencia sobre la manera de conducir sus disciplinas, tanto en cuestiones generales de método como así también, con mayor razón todavía, por lo que respecta al contenido mismo de los saberes obtenidos en ellas. Se parte de la base de que una ciencia es, ni más ni menos, justamente así como ella *es*. Se entiende que la filosofía ha de aceptar los conocimientos que sobre su propia materia de estudio brindan los científicos mismos. El epistemólogo se interroga acerca de ciertas cuestiones básicas inherentes a esas disciplinas, que probablemente sus profesionales discutan poco o nada, o de las que tal vez ni siquiera tienen conciencia; mas eso no lo llevará sino a tratar de sacar mejor a luz —¡no a corregir!— unos presupuestos de dichos métodos (el carácter íntimo de su propia lógica, sus procedimientos de comprobación, sus técnicas en general) y el alcance último (esfera de validez, naturaleza de sus “verdades”) de los conocimientos científicos así obtenidos. Ahora bien, ¿no es más o menos eso lo que D., como los autores de

¹¹⁴ ¡No confundir con el Teorema de Thomas! [*supra*: n. 91].

la corriente “constructivista” en general¹¹⁵, trata de realizar inclusive para la ciencia de los juristas? Pudiera ser, pero...

Para nuestro propio asunto, la analogía recién señalada es de lo más engañadora. La “ciencia” de los juristas, justamente, NO ES una ciencia al mismo título que la generalidad de las demás disciplinas identificadas bajo tal denominación. Sobre todo, no lo es si se la compara con las estudiadas por autores como Popper, Kuhn, Lakatos, Stegmüller y otros. En las demás ciencias no se cae fácilmente en disputas centradas sobre cuestiones que, bien analizadas, resultan ser esencialmente retóricas: querellas de palabras, uso voluntarista de conceptos indeterminados y que por lo demás se extraen de preconiciones vulgares (esencialistas, ideológicas y demás), razonamientos centrados en términos cuyo sentido es sobre todo emocional, disfrazar los verdaderos motivos de una toma de posición bajo artificios terminológicos contruidos por la dogmática, recurso a argumentos montados sobre conocidos paralogismos, razones confusas¹¹⁶.

Por supuesto, no se puede impedir a los juristas llamarle “ciencia” a este tipo de pensamiento. Y también para eso podemos hallar, una vez más, el mismo tipo de justificación con que ya nos hemos encontrado al considerar el truco de D. con la palabra “verdad”. Basándose siempre en el naturalismo lingüístico, se pensará que todo cuanto aparece denominado mediante la misma palabra, “ciencia”, seguramente corresponde, en lo esencial, a un mismo género de cosas. Partiendo de semejante presuposición, se pasa por alto la diferencia capital: contrariamente al discurso de otras ciencias, en cuanto al de los juristas es controvertida, en el interior mismo de esa disciplina, ni más ni menos que la verdad de buen número de las proposiciones “científicas” corrientemente efectuadas por los especialistas de ese dominio. A DIFERENCIA de la actitud de los epistemólogos frente a otras disciplinas, la epistemología del derecho no se encuentra con que estén fuera de duda, por lo habitual, las tesis sostenidas por expertos en esa actividad profesional. Ahí las propias opiniones de estos son cuestionadas. Cuestionamiento que no proviene originariamente de unos epistemólogos, sino...

¹¹⁵ Pero otros escritores de esa corriente —R. Alexy, A. Aarnio, etc.— abordan tal tarea con unos conocimientos y resultados que, bien cabe reconocerlo, van mucho más allá de las superficialidades con que se contenta Dworkin.

¹¹⁶ En otros sitios me he detenido a examinar esas diferencias fundamentales: véase Haba (1993a: esp. la discusión de la Tesis B en su Sec. II y luego la conclusión III.3), Haba (2006a: Sec. B.IV) y Haba (2006b). Por cuanto respecta en especial a la retórica de los discursos sobre “derechos humanos”, véase Haba (1986: esp. mi análisis de un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, § 28.VII; 1993b; 1995b; 2003b; 2008).

¡en primer término de esos expertos mismos, los propios cultores habituales de dicha actividad específica!

Por tanto, aceptar que es correcto aquello que afirmen los juristas profesionales, en cuanto tales, no puede constituirse en el punto de partida para la epistemología del derecho. Semejante aceptación podría, si acaso, ser el resultado de investigaciones epistemológicas efectuadas al respecto (si las hubiera), en caso de que esas investigaciones por sí mismas —¡no unos apriorismos!— permitieren acreditar tal cosa. De lo contrario, y es precisamente el caso de D., la epistemología (si es que puede llamársele así) ofrecida no será otra cosa que una formulación de tales o cuales peticiones de principios. Lo que ese autor presenta no es, en modo alguno, algo así como una “puesta al día” de la epistemología jurídica para desarrollarla en concordancia con la tendencia dominante en la epistemología de las ciencias en general. Más bien se trata de una “puesta en noche”, digámoslo así, de cuanto en los estudios perspicaces sobre el discurso de los juristas ha sido revelado una y otra vez, bajo diversos ángulos de análisis, desde hace muchísimo tiempo atrás.

No obstante, y cambiando un poco de perspectiva, a primera vista uno podría a pesar de todo recoger acaso la impresión, leyendo ciertos pasajes del capítulo en cuestión, de que tal vez D. tiene alguna idea de lo señalado por Wittgenstein en cuanto al fenómeno de las “regiones” (*Gebiete*) del lenguaje (1953: § 90). Cada una de estas responde a ciertos “juegos lingüísticos” *proprios*, sus respectivas “gramáticas” específicas, de modo que pueden resultar inconmensurables los de distintas “regiones” (véase Waismann, 1953). He aquí, en cambio, las observaciones pertinentes de nuestro autor:

“Cada uno de estos juicios referentes a los valores de verdad de las proposiciones de derecho es un juicio que, en ciertas condiciones, un juez podría formular sin menoscabo de su sensatez, *dentro de las reglas fundamentales de la empresa*” (1984: 403; curs. del autor).

Digamos que ahí lo de “las reglas fundamentales de la empresa” se refiere, en términos de Wittgenstein, a los *juegos* (“reglas”) de lenguaje de la *región* (“empresa”) discursiva *derecho*. Sin embargo, fuera de que resulta un tanto aventurado confiar en que quien en general muestra estar tan “seriamente” informado se haya tomado la molestia de leer directamente a Wittgenstein (ni qué hablar de estudios tan conocidos como —p. ej.— los dados a conocer por F. Waismann, P. Winch y H. Pitkin sobre esa problemática)¹¹⁷, lo cierto es que la

¹¹⁷ Trabajos, todos ellos, que podrían no resultarle del todo inaccesibles, pues están en inglés. Eso sí, Dworkin *nombra* (1984: 501, n. 11) a W. V Quine. Falta saber si a este pensador lo “leyó” con la misma atención dispensada al estudio de Carrió [*supra*, § 7:

manera como D. trata este asunto revela demasiado a las claras que, sea como sea, su planteamiento no ha asimilado para nada lo que es clave en el pensamiento wittgensteiniano, aun suponiendo que tuviera alguna noticia al respecto. Sí, a nuestro autor se le escapa ni más ni menos que el punto decisivo en este asunto: el hecho de que el término “verdad” puede significar cosas MUY *distintas* según *cuáles* sean los juegos lingüísticos en que sea usado. Las homonimias prueban poco o nada sobre las funciones *mismas* de esa palabra en cuanto pasamos de unos a *otros* entre dichos juegos. Así, la circunstancia de que tal término aparezca utilizado también para calificar soluciones proporcionadas en discursos de los juristas, en modo alguno demuestra que *ahí* su empleo responda a requisitos análogos que los usuales para los discursos *científicos* en general, y menos que menos comparando aquellos con las ciencias de la naturaleza¹¹⁸. Nada más alejado de una conciencia wittgensteiniana, o kuhniana, acerca de la “gramática” REAL de los juegos lingüísticos profesionales practicados por los juristas que el naturalismo lingüístico. Ese ante el que Dworkin sucumbe una y otra vez.

Supl., inmediatamente antes de la división ***] y a algunos otros autores verdaderamente claves (Frank, Llewellyn, etc.) que él menciona de paso también.

¹¹⁸ El propio Wittgenstein, al criticar las interpretaciones que presentaba Freud, subrayó que no hay, por ejemplo, ninguna interpretación “correcta” de un dibujo *en su conjunto*: “Quizá, aun el dibujo en su totalidad no tiene ninguna ‘interpretación correcta’” (1976: 123). Es obvio que otro tanto cabe decir, y con mucha más razón todavía, en cuanto a las discusiones sobre significados de textos, sobre todo si estos pertenecen a un conjunto tan variopinto y complejo como lo es el Derecho positivo de cualquier país [*supra*: n. 52].

IV. RESULTADO

*(Los límites de mi lenguaje [jurídico profesional]
son los límites de mi mundo [intelectual]... ¡sin más!)*

*De ese mundo boca abajo [la enseñanza del derecho] y sobre la cuestión central del derecho todo, lo que ahí debemos investigar, lo que hace falta saber, no es: ¿qué quiere **decir** la norma jurídica? Tampoco: ¿cuál es la norma jurídica correcta filosóficamente? Lo que necesitamos saber es: ¿qué **significa** la norma jurídica? No en la teoría, no en cuanto al “sentido pensado”, tampoco en las nubes, en el cielo jurídico, sino en la experiencia humana. ¿Qué **resulta** de tal norma en la vida?*

Sin la dogmática, lo repito, no se puede. Contra su exagerada, unilateral acentuación, en cambio, quiero volcarme con todas mis fuerzas.

Llewellyn

*A handful of legal thinkers off the bench have likewise come to the point of noting the ignorance of all of us as to just **how** decisions, judicial or otherwise, are reached. Until many more lawyers and judges become willing to admit that ignorance which is the beginning of wisdom and from that beginning work forward painstakingly and consciously, we shall get little real enlightenment on that subject.*

Frank¹¹⁹

¹¹⁹ Primera cita: “Ohne die Dogmatik, wiederhole ich, geht es nicht. Gegen ihre übermäßige, einseitige Betonung indessen werde ich mich in dieser Vorlesung mit allen Kräften wenden. [...] Doch möchte ich behaupten, daß in dieser auf den Kopf gestellten Welt das Zentralproblem des ganzen Rechts es doch mit dieser immer noch fast völlig vernachlässigten Seinswissenschaft zu tun hat, mit dieser ‘Reschtssoziologie’, mit dieser Naturwissenschaft des Rechtslebens. Was wir zu erforschen haben, was wir wissen müssen, ist nicht: wie heißt der Rechtssatz? Auch nicht: wie lautet der philosophisch richtige Rechssatz? Was wir wissen müssen ist: was bedeutet der Rechtssatz? Nicht in der Theorie, nicht im ‘gemeinten Sinn’, auch nicht in den Wolken, dem Begiffshimmel, sondern in der menschlichen Erfahrung. Was wird aus ihm im Leben? Was bedeutet das Gesetz dem Volk? [...] Im leben bedeutet Recht, was Recht leistet; weder weniger noch mehr. Das Leben aber liegt in der Seins-Welt, nicht in der Sollens-Welt. Das Recht-im-Leben liegt in der Seinswelt allein” (Llewellyn, 1977: 38, arriba recogido parcialmente). Segunda cita: Frank (1970: 164).

16. Conclusiones generales (Visión de conjunto)

a. La célebre sentencia de Wittgenstein —“Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo” (*Tractatus logico-philosophicus*: § 5.6)— encuentra un ejemplo paradigmático, por cuanto hace a la reflexión sobre el pensamiento jurídico, en el “mundo” conformado por las ideas que retoma Dworkin. Para este autor, límite absoluto es el idioma inglés. Por añadidura, mucho más adentro de estas mismas fronteras, él tiene por infranqueables, especialmente, las barreras intelectuales a que se atiene el ejercicio normal de la profesión jurídica, su aldea gremial. Quedan afuera de antemano, como galaxias insospechadas, conocimientos fundamentales que los principales estudios publicados en lenguas extranjeras, y aun distintos autores de habla inglesa, han puesto de manifiesto sobre los temas en cuestión. Dworkin contempla el mundo, en especial el del derecho, encogido a lo que pueda entrar en el ojo de aguja de su propia especialización comarcal, confinada a unos diálogos y lecturas herméticamente iusprovinciales¹²⁰.

Cultivando una modalidad juricista del realismo ingenuo, según Dworkin resulta que aquello de que estén convencidos la generalidad de los juristas se halla, por principio, dispensado de duda. Como consecuencia, en el mundo que *él* conoce no puede tener cabida ningún discurso “coherente” —¡ni siquiera en inglés!— que fuere de contenido propiamente *crítico* frente a las formas de pensamiento comunes. Los discursos críticos al respecto se le aparecen a Dworkin como una *contradictio in adjecto* (no “coherentes”), pues no pueden menos que chocar contra los límites —realismo ingenuo— de la *gramática* propia de ese, su universo monolingüístico jurídico-profesional. De ahí que Dworkin no conciba otra posibilidad razonable de examinar el derecho si no es ajustándose a la óptica MISMA de *este* lenguaje. Su forma de razonar está básicamente circunscrita, en todo respecto, a “jugar” unos esquemas de razonamiento como los que aprendió para desempeñarse como abogado. Por eso sus reflexiones no pueden ni quieren ir más allá de sus habilidades como tal.

En cambio, únicamente si se aprende a hablar también de OTRAS maneras teoréticas que las cultivadas por los juristas en el desempeño de sus discursos profesionales, se abre la posibilidad de examinarlos en forma realista, esto es, con ayuda de ciertos *meta*-lenguajes donde las fronteras de aquellos discursos (lenguaje-objeto) consiguen verse desde AFUERA. O sea, no contentarse simplemente de confiar en cómo tales discursos se *auto*-“presentan”. Solo así es dable proceder a unos análisis donde, a diferencia de los razonamientos jurídicos

¹²⁰ *Infra*: § 18.(a).

normales y de sus propagandas a la Dworkin, *NO* se parte de asumir como inmunes a todo cuestionamiento, simplemente *a priori*, las “verdades” que pregonan esos discursos mismos. Entonces ya no se toma como punto de partida incuestionable, contrariamente a Dworkin, reverenciar los modos en que los discursos jurídicos profesionales se “presentan”. La gramática de esos *otros* lenguajes consiste, por el contrario, en *sobrepasar* unos límites fundamentales a que suele quedar sometido el pensamiento de los juristas: platonismo normativista, fórmulas vacías, Superstición del Único Significado Verdadero, pseudotecnismos esencialistas en general. Ello permite que la reflexión acerca del derecho no sea simplemente de orden “constructivo”. Evita confinarla a caminos truncados de antemano, unos que clausuran toda posibilidad de tender el pensamiento hacia horizontes propiamente *críticos*. Entonces tampoco la palabra de los juristas queda exonerada de someterla a estudios que no compartan los prejuicios propios de aquellos: se procede a examinar de maneras *NO* dogmáticas esos discursos. Mas es obvio que semejantes “saltos” lingüísticos, del lenguaje-objeto dogmático a unos metalenguajes críticos, no están autorizados, y ni siquiera son concebibles, desde el *interior* de ese mundo discursivo, doblemente limitado (inglés/juridicismo), en que se mueve el *approach* de Dworkin.

b. La “novedad” en el modo como Dworkin examina el pensamiento de los juristas reside principalmente en rebautizar dos simplismos capitales que son de añeja data:

i) Las observaciones de ese autor apartan la vista de los variados ángulos teóricos que comporta la compleja etiqueta “positivismo jurídico”. Prescinde de considerar tal multiplicidad, así como olímpicamente se saltea casi todos los estudios en profundidad presentados al respecto por otros autores, incluso algunos muy conocidos internacionalmente. Su carta de triunfo frente a estos es, sencillamente... ¡ignorar que existen!¹²¹

ii) Tampoco vacila en suscribir sin más el sueño típico (*Basic Legal Myth*) de la dogmática jurídica en general. Igual que ella, Dworkin presupone como artículo de fe, puramente *a priori*, que el derecho de cada país conforma un sistema enteramente armónico. Confinado su pensamiento a este cielo normativista, eso le lleva, en aras de un ideal (“constructive model”, “principle of unity”) que

¹²¹ “In criticizing legal positivism, Dworkin has *created or invented* his target. The brand of legal positivism he argues against DOES NOT EXIST” (Carrió, 1980: 244; vers. E.P.H.).

constituye apenas una fórmula vacía, a despreocuparse de lo que es el derecho EN LA PRÁCTICA. Pasa por encima del cúmulo de evidencias *empíricas* que muestran cómo todo Derecho Positivo está integrado, quiérase o no, mediante criterios de resolución que pueden resultar antinómicos; y que, por añadidura, los discursos jurídicos se basan en buen número de conceptos indeterminados. El plano celestial en que el pensamiento de Dworkin se mueve le lleva a desconocer (o cuando menos a menospreciar), por un puro acto de fe en la *palabra* de la ideología profesional de los juristas, el HECHO de que no existe NINGÚN *camino intersubjetivo para resolver mediante el razonamiento* las cuestiones sobre las que versan las discusiones entre ellos ante los casos *reales*. En la práctica, las razones jurídicas de unos chocan INCONCILIABLEMENTE con las razones jurídicas de otros. Y si bien tanto a las primeras como a las segundas es dable aplicarles, en forma *lingüísticamente* aceptada, el calificativo de “correctos” o “verdaderos”, según el respectivo gusto (o los intereses profesionales) de cada locutor jurídico, empero esta costumbre lingüística nada demuestra en cuanto al fondo de los razonamientos en cuestión: ella solo comprueba la existencia de este *hábito*, simplemente como tal. En definitiva, la hazaña teórica de Dworkin consiste sustancialmente en pasar por encima de la distinción analítica más elemental: apartar la vista de la diferencia entre la intención SUBJETIVA de cada jurista —*one right answer*— y la REALIDAD de la discusión jurídica —*many “right” answers!*—¹²².

c. Dicho realismo ingenuo no significa solamente una barrera fundamental que impide ver las cosas a fondo; tampoco es simplemente una fe sin consecuencias prácticas. La tesis de que ante cada situación jurídica no quepa sino una sola interpretación “correcta” y pre-establecida, en cuanto el derecho sea comprendido al modo de una “novela” (“unitariamente”: *sistema* jurídico), permite aseverar que el cumplimiento de semejante tarea constituye, justamente, la “ciencia” *propia* de los juristas. He ahí la mampara legitimadora fundamental de este gremio, por eso es adoptada como su “Mito Básico”. La función *pragmática* de tal tesis, al apartar la vista de las indeterminaciones que son inmanentes al lenguaje jurídico, es permitir a sus operadores, los juristas profesionales, disimular las responsabilidades de ELECCIÓN *personales* que esas indeterminaciones les acarrearán. Se camufla el hecho de que es el PROPIO intérprete quien opta por una u otra entre las interpretaciones presentes. Así ese

¹²² Aunque la tesis “one right answer” haya palidecido un tanto en el segundo libro de Dworkin, la señalada falta de distinción, que al fin de cuentas constituye el error fundamental de su aproximación teórica toda, permanece incólume en lo esencial [*infra*: § 18.(b)].

mito se constituye en el recurso retórico por excelencia para justificar la función social y el prestigio laboral —y también la autoestima— de esta profesión. A diferencia de otros realismos ingenuos, la credulidad de Dworkin es la enfática reafirmación propagandística de algo que, propiamente, constituye una IDEOLOGÍA GREMIAL.

No cambian mucho tal perspectiva una vez que su tesis extrema (“one right answer”) aparece más tarde algo atenuada, cuando gira (levemente) a poner el acento en que cada jurista se aplica esencialmente a buscar “la *mejor* interpretación”. Siempre se trata, según él, de que ahí está “el principio de *unidad* en el derecho” para presidir tal tarea. Es decir que, para Dworkin, lo determinante en la actividad discursiva de los juristas no son los factores REALES, la “mezcolanza indisoluble” señalada por Radbruch¹²³, sino una pauta ideal: dicho *principio*. Es verdad, eso sí, que este puede ser hallado en la *letra* de los discursos jurídicos. La “gramática” propia de tales juegos de lenguaje permite que, fundándose en unos u otros conceptos indeterminados, elegidos entre tantos que abundan en el seno de dicha mezcolanza, el intérprete esté en condiciones de extraer, con ayuda de un buen repertorio de artificios argumentativos, tales o cuales criterios —¡a su elección!— para conformar una u otra “unidad” (*retórica*). Cualquier alegato elaborado por un jurista ingenioso sabrá, desde luego, “presentarse” de tal manera.

Si bien se mira, toda la “seriedad” de Dworkin consiste en tomar como piedra de toque que los discursos de los juristas presuponen el *Basic Legal Myth*. Solo que ese autor, sin perjuicio de mantener esta misma orientación como divisa fundamental, cambia ahí la palabra “Myth” por *truth*. Como para Dworkin es incuestionable que cuanto el común de los juristas *crea* hacer —o, en todo caso, lo que *dicen* hacer— no puede menos que ser VERDAD, esto alcanza y sobra para comprobar, según él, todo lo que hace falta. Así, la “aspiración” de ellos a formular proposiciones que sean “correctas” sin más, garantiza que asimismo su *práctica* profesional vaya a corresponder en REALIDAD, habitualmente, a lo que semejante creencia postula. ¡Estupenda demostración! La prueba irrefutable: unas vacas de la India tienen facultades sobrenaturales, nadie lo dude, porque es muy cierto que allí muchos las *ven* como sagradas...

d. Claro que esos dos órdenes esenciales de (auto)engaños [*b*, *c*] no los inventó Dworkin; desde hace mucho sustentan el pensamiento jurídico común. Como no

¹²³ *Supra*: n. 54.

menos cierto es que han sido amplia y repetidamente rebatidos desde tiempo atrás en la Teoría del Derecho.

En definitiva, la “seriedad” de Dworkin consiste en haber conseguido colocar, en el mercado actual de los intercambios académicos de ideas acerca del derecho, un refrito de propaganda a la profesión jurídica que, puesto de la manera más breve, responde a la fórmula siguiente:

$$LC.FV.IP \rightarrow AC.EV.$$

[[LC: **lugares comunes** en Teoría del Derecho (entrecruzamientos de derecho y moral, etc.). FV: **fórmulas vacías** persuasivas (“principio de unidad”, etc.). IP: la **ideología profesional** básica de los juristas (“one right answer”, etc.). AC: **apología** del “**cielo**” juricista (“modelo constructivo”, “la mejor solución posible”). EV: **efecto Vicente**.]]

*¡Tanta bulla por un omelette (con tocino)!¹²⁴— ¿A qué se debe el éxito de la fórmula? Por lo pronto, hoy parece ser cosa común entre los profesores de Teoría del Derecho desatender la historia de su disciplina, inclusive lo escrito por autores de un pasado todavía cercano. Sea como fuere, los teóricos actuales juzgarán poco interesante ocuparse de esas investigaciones anteriores. Ellas tienen magro o ningún protagonismo en el mercado editorial de nuestros días y, por supuesto, no sirven para catapultarse ante el *establishment* académico. El mantener distancia frente a la moda promete poco cuando el ojo está puesto principalmente en lo que viene de, o aspire a hallar algún eco en, la circulación académica de ideas en foros internacionales, vale decir, rezados en lengua inglesa o básicamente sumisos a ella. Tampoco sirve para acomodarse a las corrientes que, siguiendo tal camino, llevan la voz cantante parejamente en cada medio local. La “globalización” ha logrado imponerse también sobre la *intelligentsia* en los países desarrollados de Europa. Por cierto, con efectos de desnutrición no menos*

¹²⁴ “*Tant de bruit pour une omelette (au lard)!*”. Esa sentencia parece haber sido pronunciada, en el siglo XVII, por el poeta Desbarreaux (o Des Barreaux), en las circunstancias siguientes. En un día de ayuno, a él se le ocurrió pedir una tortilla de huevos con tocino, al devoto patrón de la hostería, durante una tormenta. Cuando este, ciertamente a disgusto, se la trajo, se escuchó un poderoso trueno, que le hizo caer despavorido de rodillas. Desbarreaux tomó entonces la tortilla y, para tranquilidad del pobre hombre, la tiró por la ventana pronunciando aquellas palabras. (Datos tomados de G. Büchmann, *Geflügelte Worte*, nueva ed. [mejorada] por P. Dorpert. Zurich: Werner Classen [s/f], p. 276).

sensibles en el plano intelectual, *mutatis mutandis*, que la obrada por aquella otra desnutrición, la que pesa sobre tantos estómagos en los países subdesarrollados.

En esas condiciones, las puertas al vicentismo están abiertas de par en par. No es de extrañar, después de todo, que unos estudios como los de Dworkin hayan logrado, a pesar de su medianía, dar la vuelta al mundo, ser saludados cual si aportaran una investigación “en serio” y vinieran a abrirle perspectivas inéditas al pensamiento jurídico. Atento a la cosecha de académicos actuales fascinados por semejantes “novedades”, cae como anillo al dedo un dicho costarricense:

¡Quien no ha conocido altares, se persigna ante un horno!

V) APÉNDICE

17. **Excurso:** *Del “efecto Mateo” al efecto Vicente”* (Merton, Andreski), *siempre en aras del “argumentum ad verecundiam”* (Schopenhauer)

Mi amigo, el Prof. Oscar Fernández (Escuela de Sociología-Universidad de Costa Rica), me llamó la atención sobre la circunstancia de que eso del “efecto Vicente” está muy emparentado con aquello que Merton denominó “El Efecto Mateo en la Ciencia” (1977: § 21).

Escribe ese autor, citando a otros: “[...] ‘El mundo es muy peculiar en el modo de otorgar crédito. Tiende a dar crédito a personas [ya] famosas.’ [...] ‘es un poco irritante que venga alguien y resuelva *lo obvio* que uno también ha resuelto, y que todo el mundo le reconozca el mérito a él porque es un físico famoso o, en general, una persona famosa en su campo’ [...]” (Merton, 1977: 559 y 561). Luego Merton agrega, por su propia cuenta:

“Esa compleja forma de asignar mal el mérito por la labor científica, evidentemente, debe ser descrita como el ‘efecto Mateo’, pues, como se recordará, el Evangelio según San Mateo dice:

‘Pues al que tenga se le dará, y tendrá abundancia; pero al que no tenga, se le quitará hasta lo poco que tenga’.

“Dicho en lenguaje menos imponente, el efecto Mateo describe la acumulación del reconocimiento a las contribuciones científicas particulares de científicos de considerable reputación, y la negación de tal reconocimiento a los que todavía no se han distinguido” (1977: 562).

“Una vez más podemos dirigirnos a las Escrituras para hallar nombre a los componentes de reforzamiento del *status* y de supresión de *status* [que son característicos] del efecto Mateo. Evidentemente, se los puede llamar ‘los componentes del Eclesiástico’, por la conocida prescripción ‘Elogiemos ahora a los hombres famosos’ del libro no canónico de ese nombre” (1977: 563 s.).

De todos modos, lo que yo he denominado *Vicente* no coincide sino parcialmente con lo que Merton examina bajo el epígrafe *Mateo*. Sí bien cabe reconocer que aun en esto último suele tener su parte también una actitud-Vicente, lo decisivo es que, en ejemplos como los mencionados por dicho autor, resulta notorio que, ahí, ¡eso no es *todo!* (o casi todo). Ninguno de esos ejemplos, ni muchísimo menos sus repercusiones favorables para el *desarrollo* científico señaladas por Merton (1977: 570 ss.), calza con lo del caso Dworkin. En ninguno de aquellos, por cierto, es cuestión de un *bluff*...

“Un Freud, un Fermi y un Delbrück desempeñan en la ciencia un papel carismático. Estimulan el entusiasmo intelectual en otros que les atribuyen cualidades excepcionales. No solo llegan ellos mismos a la excelencia, sino que tienen la capacidad de despertar la EXCELENCIA en otros. Según la precisa expresión de un laureado, brindan un ‘ambiente brillante’. [...] Casi invariablemente, ponen gran énfasis en la importancia de *hallar problemas*, y no sólo de resolverlos. Uniformemente expresan la firme convicción de que lo más importante en su obra es el desarrollo del olfato y el juicio para abordar problemas que sean de FUNDAMENTAL importancia” (1977: 570-571, vers. E.P.H.).

Muy por el contrario, la huella de Dworkin se manifiesta —como hemos visto— en hacer IGNORAR los “problemas que son de fundamental importancia” en Teoría del Derecho. No consiste en estimular el “desarrollo científico” en la materia, sino antes bien en tratar de devolverla al estado pre-crítico en que esas cuestiones permanecían encerradas hasta un siglo y medio atrás. Así: “Cuando el efecto Mateo se transforma, de este modo, en un *culto a la autoridad*, viola la norma del universalismo encarnada en la institución de la ciencia y *frena* el avance del conocimiento. Pero no se sabe casi nada de la frecuencia con que adoptan estas prácticas los editores y árbitros de periódicos científicos, así como otros *guardianes* de la ciencia” (Merton, 1977: 476; curs. E.P.H.). En tales casos, como es el examinado aquí, el efecto Mateo se encoge al punto de quedar reducido a ser apenas un efecto Vicente más; con la sola particularidad de que entonces es echado a andar hasta para decidir sobre el pensamiento académico mismo, vale decir, para amputarlo de su *vis* propiamente incisiva.

Por lo demás, ello tiene no poco que ver con situaciones como las señaladas por Andreski: “Las copiosas menciones y citas de muchos académicos contemporáneos se deben a sus posiciones en los pasillos del poder y especialmente a su influencia en la distribución de dinero, puestos de trabajo e invitaciones. Alguien podría realizar un interesante estudio estadístico del modo en que las reseñas laudatorias escritas por los académicos parecen ir precedidas o continuadas por la rentable designación de sus autores como profesores visitantes en las instituciones [us]americanas donde residen los destinatarios de su adulación” (1973: 233 s.). Véase además, en el mismo libro, observaciones contenidas en las pp. 232, 236 s. y 247 s. No me consta, personalmente, en qué medida algo tan extraño como la celebridad adquirida por Dworkin pueda hallarse apuntalado por la cuota parte correspondiente al fenómeno general señalado por Andreski; mas valdría la pena investigar también por ese lado.

En la mayor cantidad de los casos, lo que se produce es posiblemente la simbiosis de ambos aspectos, con un resultado global que entonces bien podría ser llamado, unitariamente, “efecto *Mateo-Vicente*”.

Acotación.— Cuando escribí las versiones anteriores del presente trabajo (véase aquí sobre el comienzo: *Palabras liminares* [al final: “Antecedentes...”]), yo no tenía noticia acerca de ese

estudio perteneciente a Merton. Ahora advierto que lo explicado en dicha nota constituye otro ejemplo en cuanto al papel de los “guardianes”.

Si bien se mira, el efecto Vicente en cuanto a los planteamientos de D. no significa sino otro ejemplo más del peso agobiador que también en el ambiente académico tiene el consabido *argumentum ad verecundiam*. Schopenhauer lo ubicó como Estratagema n° 30 en su lista de las trampas discursivas (2005: 53-58). Por su directa pertinencia para explicar la “seriedad” reconocida a lo de D., no resisto la tentación de agregar aquí, para mejor ilustración del lector al respecto, unos extractos de esos pasajes:

“[...] habrá más autoridades válidas cuanto sus conocimientos y sus capacidades sean más limitados. Si estas capacidades son de primer orden, habrá para él muy pocas autoridades o casi ninguna. A lo sumo, respetará la autoridad de personas competentes en una ciencia, arte o profesión que para él son poco conocidas o del todo ignoradas; y aun así con desconfianza. En cambio, la gente común tiene profundo respeto ante los expertos de todo género. [...]

“De hecho, no existe ninguna opinión, por absurda que sea, que los hombres no se lancen a hacerla propia apenas se ha llegado a convencerlos que tal opinión es *universalmente aceptada*. El ejemplo vale tanto para sus opiniones como para su conducta. Son ovejas que van detrás del carnero guía adondequiera que las lleve. Les resulta más fácil morir que pensar.

“Es extraño que la universalidad [o simplemente cierto prestigio] de una opinión tenga para ellos tanto peso, pues les basta[ría] observarse a sí mismos para constatar cómo se aceptan opiniones sin juicio y solo en virtud del ejemplo. Pero, en realidad, no lo ven porque están desprovistos de todo conocimiento de autorreflexión. [...]

“La *universalidad* [y, desde luego, mucho menos aún el gran prestigio simplemente] *de una opinión*, si hablamos seriamente, no es una prueba ni [tampoco siquiera] un índice probable de su veracidad. [...]

“De hecho, una vez que la opinión tenía un buen número de voces que la aceptaban, los que vinieron después supusieron que tan solo podía tener tantos seguidores por el peso concluyente de sus argumentos. Los demás, para no pasar por espíritus inquietos que se rebelan contra opiniones universalmente aceptadas y por sabidillos que quieren ser más listos que el mundo entero, fueron obligados a admitir lo que ya todo el mundo aceptaba. En este punto, la aprobación se convierte en un deber. En adelante, los pocos que son capaces de sentido crítico estarán obligados a callar [...] [siguen las palabras de este autor recogidas en el texto suyo correspondiente a la n. 1, *supra*].

“De hecho, en aquel que piensa de modo diferente, ellos odian no tanto una opinión diversa que él afirma, cuanto la audacia de querer juzgar por sí mismo, cosa que ellos no pueden hacer y en su interior lo saben pero sin confesarlo.

“En suma, son muy pocos los que piensan, pero todos quieren tener opiniones. ¿Y qué otra cosa les queda más que tomarlas de otros en lugar de formárselas por su propia cuenta? [...] Según Bayle, *Pensées sur les Comètes*, vol. I, p. 10: *Dico ego, tu dicis, sed denique dixit et ille: Dicta que post toties, nil nisi dicta vides* (Yo lo digo, tú lo dices y, al fin, lo dice también el otro; después de darle tantas vueltas, nadie ve más que lo que se ha dicho.). [...]

“En general, encontraremos que, cuando dos cabezas ordinarias disputan entre sí, el arma común que han escogido es la autoridad; se baten entre sí a golpes de autoridad”.

18. Suplementos

(a): La “gran cultura” de Dworkin

Lo de Dworkin, si es leído sin consideraciones al exitismo académico, no ofrece ni siquiera 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 D. desafía cualquier explicación en términos de futuros *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. ¡Qué lástima no encontrar ya a gente como Kelsen o Frank, para comentar *en serio* esas “seriedades”!

Es inimaginable que si los estudios de D. hubieran aparecido originariamente en sitios como *Rechtstheorie*, *Archives de Philosophie du Droit* o *Doxa*, para no mencionar sino unas publicaciones de buena 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 (y suponiendo que esa atención no estuviese movida, ante todo, por unos contactos personales del ámbito académico), tal comentario no hubiera recibido más énfasis que cuando ello se hace con respecto a tantos otros estudios, para los que a nadie se le ocurre consagrarles en especial un *dossier* (AA. VV., 1985; AA. VV., 1986) o todo un Homenaje (AA. VV., 1993). Compárese la “profundidad” de los exámenes de D. con estudios como, p. ej., Lautmann (1972), Schreckenberger (1987), Alexy (1989), Ost (1988) [y Haba (1999a)]; pero estos análisis, acaso por no ser lo bastante “serios” como para venir simplemente a beatificar la retórica jurídica profesional, están lejos de haber levantado tanta polvareda.

La impresión que uno recoge leyendo dicho libro es que su autor, salvo haber hojeado algunos pasajes de Rawls y de Hart, y haberse enterado de que por ahí se mencionan todavía algunos nombres clásicos de la literatura jurídica anglófona, se ha pasado la vida estudiando nada más que unos repertorios de jurisprudencia, y si acaso, en momentos libres, algún que otro autor angloparlante de *Jurisprudence* cuyas opiniones tienen cierta repercusión local. Para hallar unas excepciones a este último respecto, tal vez podría tomarse en consideración las referencias a ciertas opiniones de Joseph Raz (Dworkin, 1977/78: cap. 3 y Apéndice). Es verdad que llega a mencionar también, de paso, algunos juristas no convencionales de habla inglesa, cuyos nombres se han hecho clásicos (p. ej., Dworkin, 1977/78: 46 s.); mas no es fácil adivinar qué conozca realmente de ellos por una lectura directa de sus obras mismas [v. también *supra*: n. 59]. Aun concediendo que de estos sepa algo más que los nombres, o unos resúmenes como los que aparecen en manuales, lo principal es que él omite toda verdadera confrontación con las fundamentales precisiones y los argumentaciones de ellos mismos. Da la impresión de presuponer que tal tipo de estudios, si los hay, no pueden tener mucho que ver con los temas específicos de que entiende ocuparse él mismo. Uno no puede menos que preguntarse: ¿cómo conciliar semejante presuposición con el hecho de que D. haya verdaderamente leído las obras en cuestión?

...A menos que esos curiosos silencios sobre precisiones fundamentales subrayadas en otros sitios sean intencionales (*chi lo sa?*), para evadir la pena de cotejarse con investigaciones incómodas para las ideas que él recoge. Y también, ¡por qué no!, ello le permite pasar de contrabando como flamantes “descubrimientos” propios lo que ha venido siendo señalado, una y otra vez, cuando menos desde mediados del siglo XIX. Cf., entre otros, trabajos tan conocidos (no digo que para D.) como algunos de los dedicados al pensamiento jurídico por distintos autores que, por cierto, no se dedicaron a reformular unas banalidades: Savigny (1840), Jhering (1884), Gény (1889), Kantorowicz (1906), C. Schmitt (1912), Ehrlich (1918), Del Vecchio (1921), Weber (1922), Frank (1930), Llewellyn (1930), Radbruch (1970), Heller (1934), Perelman (1945), G. Williams (1946), Geiger (1946; 1947), Betti (1948), Coing (1949), Engisch (1953; 1956), Cossio (1954), Esser (1956), Bobbio (1953; 1956; 1965), Ross (1958), Scarpelli (1965), Carrió (1965), Tarello (1971) [esos son los años de las eds. or.]... ¡y muchos más! (sobre todo, los inusitadamente agudos exámenes efectuados por Scheuerle). No pretendo que D. hubiera debido conocer los estudios pertinentes de todos esos autores, pero me parece que no le hubiera venido de sobra leer aunque más no fuera alguno que otro de ellos, por lo menos enterarse un poco acerca de ciertas cuestiones absolutamente fundamentales.

Me costó dar crédito a mis ojos al caer sobre el comentario siguiente: “Il (D.) est visiblement armé d’une grande [*sic*] culture philosophique, mais il ne la brandit pas sans arrêt et ne la fait pas non plus dépasser de sa poche, comme certains, pour intimider le lecteur par des allusions à des choses qu’il pourrait [??] ignorer” (Troper, 1985: 27 s.). Claro, a uno le gustaría que el Prof. Troper hubiera pensado en tomarse la molestia de aclararnos *dónde* habrá conseguido él mismo localizar unas señales (no exijamos pruebas propiamente dichas), tan cómodamente “visibles”, de semejante “gran” conocimiento. A no ser que aceptemos como justificación suficiente de esta “grandeza” lo que es el tamaño —ese sí, muy visible— de... ¡el efecto Vicente! Sería interesante saber si cuando Troper se refiere ahí a las “alusiones a cosas que él [D.] podría ignorar”, con esto quiere señalar lo contenido al respecto en estudios como los de aquellos autores antes mencionados, amén de los resultados que arrojan numerosas investigaciones empíricas con respecto al pensamiento judicial, lo aportado por la sociología jurídica en general, conocimientos básicos sobre funcionamiento del lenguaje en general, unos saberes elementales sobre el pensamiento humano proporcionados por la psicología social y la sociología del conocimiento. [Véase también el comentario de Röhl, *supra*: ns. 15 y 69.]

A decir verdad, ni siquiera es indispensable remontarse a numerosos estudios anteriores a lo escrito por D. para que salte a la vista la superficialidad de los planteamientos metodológicos de ese autor. Aun sin ir más atrás de 1980, por poner alguna fecha no demasiado lejana, las gruesas ignorancias básicas que revelan unos simplismos como los de *Taking Rights Seriously* son por demás evidentes si se compara con múltiples análisis bien conocidos en la epistemología jurídica a esa altura: además de los estudios ya mencionados (un poco más arriba), considérese (p. ej.) la llamativa variedad de perspectivas teóricas —que son de veras en serio— de las cuales ha dado cuenta Ost (1988) [v. Haba 1999a].

Por lo demás, es justo reconocer también que hasta en el pensamiento jurídico usamericano actual no todos los estudios de Teoría del Derecho giran necesariamente en torno a consideraciones tan ligeras como los exámenes de nuestro autor. Teniendo ya terminada la versión original del presente trabajo (1988), llegó a mis manos la monografía, estupendamente informativa, de Pérez Lledó sobre la corriente usamericana llamada *Critical Legal Studies*, acerca de la cual yo no poseía sino referencias muy leves. Leyendo ese libro he podido confirmar lo que había simplemente sospechado: no es que todo el pensamiento jurídico usamericano de años recientes haya caído en niveles de análisis tan escuálidos como para tomarse “en serio” a Dworkin. Evidentemente, allí mismo no faltan estudios penetrantes, aunque desprovistos del éxito en

publicidad que el libro de este último —entre otras causas, por su propia medianía— consiguió obtener. Aunque ese Movimiento sea de lo más heterogéneo, tanto en los temas que aborda (“[...] ha ido desarrollándose cada vez más como un complejísimo y variopinto entramado”, señala Pérez Lledó [1996: 63]) como también, desde luego, en cuanto a la valía que puedan tener unos u otros de los numerosísimos estudios que se señalan como pertenecientes a él, basta con leer, p. ej., el resumen que Pérez Lledó presenta (1996: 37-50) de una conferencia dada por uno de los más connotados representantes de CLS, Duncan Kennedy, para hacer saltar a la vista qué inconmensurable abismo, tanto en conocimientos de cultura general como de agudeza de pensamiento, separa a un escritor como este último frente a los revoloteos de superficie (con mirada hacia la luna) tipo Dworkin.

Subrayo otra vez: mi crítica a ese autor no responde al interés de poner de manifiesto, simplemente, que su pensamiento es poco o nada “original” (¿quién lo es a fondo, después de todo?), así como lo principal tampoco es sacar cuentas sobre cuántos autores fundamentales no hayan conseguido un lugar dentro de su “gran cultura” (Troper *dixit*). Sean quienes fueren los autores que D. conozca o no conozca, lo capital es llamar la atención sobre el hecho de que el NIVEL teórico de los planteamientos efectuados está *muy* por debajo en perspicacia —vale decir, no solo en cuanto a la información— de saberes fundamentales que para esas materias fueron adquiridos desde mucho tiempo atrás y son corrientemente puestos sobre el tapete. Conocimientos presentados por autores muy conocidos, como también en infinidad de publicaciones de muchos otros, en distintas lenguas. Tales publicaciones no faltan tampoco en inglés: p. ej., varios de los trabajos señalados más atrás (ns. 40 y 56) se hallan en dicha lengua; a más abundancia, *vid.* Pérez Lledó (1996).

(b) *¿Existe un Dworkin muy diferente?*

No ignoro que en 1986 dicho autor dio a conocer un nuevo libro, bastante comentado también, como igualmente otro en 1996; y seguramente hay más. Sea como fuere, considero que suficiente reverencia he rendido ya al clamor Vicente con haberme leído de punta a punta la obra inicial. ¡Perdón por no malgastar mi tiempo en examinar aún si, acaso, haya sitios donde las puntualizaciones de nuestro autor no sean triviales o si acaso menos simplistas! Por lo demás, ni en algunos comentarios sobre el libro de 1986 (con los cuales me ha ocurrido tropezar a pesar de todo), como tampoco en un capítulo que él había adelantado (1985a) y que sí llegué a leer, pude hallar motivos para cambiar de opinión, ni tampoco por otras referencias (p. ej., Cárcova [2000]). Si bien, a juzgar por dicho capítulo, tengo la impresión de que el segundo libro tal vez sea, al fin de cuentas, algo más interesante que el anterior, o en todo caso menos desinformado, no veo por qué, si no es en virtud del efecto Vicente consolidado antes, quepa prestarle atención especial. Por ejemplo, luego D. ha conseguido descubrir (¡felicitaciones!) la existencia de lo que denomina “la picadura del dardo semántico” (1985a, 73; 1985b, 86). Incluso llega a introducir ciertos matices atenuantes a su tesis *one right answer* (1985a: 68 s.), esta se transforma ahora en “la *mejor* interpretación” (1985a: 51, 68 y *passim*). Pero esta otra presentación no es, en el fondo, menos engañadora que la anterior, pues asimismo la nueva versión está edificada, también ella, esencialmente sobre unas fórmulas vacías típicas, de conocida función retórica, las cuales cómodamente sirven en toda ocasión a tirios y troyanos: “justicia” o “equidad”, principio de “unidad”, la “mejor” interpretación, “comunidad”... [*supra*: § 5]. Significa que D. nos brinda, en esa segunda etapa de su pensamiento, el sensacional mérito de haber conseguido enterarse de ciertas cosas que todo el mundo, salvo la profesión de jurista, sabía ya; sin perjuicio de que, aun ahí, él no deja de combinarlas con la mayor parte de aquellos simplismos que le hicieron célebre previamente.

En esa segunda etapa, D. se tornó un poco más prudente en sus afirmaciones. Entonces reconoció que hay cierto grado de “creación” (1985a: 54) y de posibles divergencias (1985a: 64,

68 s.) en la interpretación jurídica, sin perjuicio de que, aun así, considera muy significativa la “diferencia entre interpretación y creación” (1985a: 73). Mantuvo en pie, de todos modos, el modelo-Hércules (1985a: 59), aunque con dichas atenuaciones. No puede negarse que allí D. efectúa ciertas observaciones sensatas, esto es, llega a advertir algunos aspectos ampliamente conocidos desde mucho antes (si bien, aun en esto, sus comentarios se quedan siempre en niveles bastante superficiales). De cualquier manera, sean cuales fueren las precisiones ulteriores a su primer libro, no olvidemos que el efecto Vicente proviene de este mismo. La importancia asignada a cualquier cosa que D. pueda venir a decir después, trivial o no, es apenas una consecuencia automática del pre-juicio de “seriedad” ya firmemente consolidado.

No obstante, si por azar fuera cierto que en otros capítulos del segundo libro o en el de 1996, o en cualquier otro sitio, Dworkin haya llegado a exponer algo verdaderamente importante para desarrollar la Teoría del Derecho, es obvio que las observaciones aquí presentadas NO se refieren a ESO. No entiendo ocuparme de la vida y obra del Sr. Dworkin *in toto*, sino de sus simplismos teóricos *básicos*: ESPECÍFICAMENTE, de esos que provocaron el efecto Vicente en torno de cuanto él tenga a bien publicar. No sé si haya quien, aun estando dispuesto a reconocer que lo de *Taking Rights Seriously* es muy desinformado y bien superficial como examen del pensamiento jurídico, quiera argüir que, no obstante, es *SÓLO ulteriormente* cuando dicho autor vino a presentar —por alguna formidable transformación en su nivel de conocimientos y de perspicacia— lo que serían acaso sus estudios verdaderamente importantes, unas inéditas genialidades que antes no le habían pasado por las mientes... En tal caso estaríamos ante algo así como un sorprendente Dworkin II, cuyas tesis serían opuestas a las del Dworkin I (aquellas de que me ocupo aquí), al punto tal que para las ideas del segundo no le serían aplicables en nada las objeciones que caben contra el primero. Ahora bien, yo no tengo necesidad de pronunciarme acerca de tal posibilidad. Ni la suscribo, ni la niego: de ese asombroso Dworkin II, si es que lo hay, para nada ha pretendido ocuparse lo señalado a lo largo del presente estudio.

Bibliografía

a) Bibliografía general

- AA. VV. (1949): Savigny/Kirchmann/Zitelmann/Kantorowicz, *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada (1949).
- AA. VV. (1951): Flew, Anthony G. (Ed.). *Essays on Logic and Language* (1.^a serie). Oxford: Basil Blackwell (1951).
- AA. VV. (1953): Flew, Anthony G. (Ed.). *Essays on Logic and Language* (2.^a Serie). Oxford: Basil Blackwell (1953).
- AA. VV. (1965): Perelman, Chaïm (Ed.). *Les antinomies en droit* (Travaux du Centre National de Recherches de Logique). Bruselas: Emile Bruylant (1965).
- AA. VV. (1974): *Le langage du Droit, Archives de Philosophie du Droit* (T. XIX). Paris : Sirey (1974).
- AA. VV. (1976a): Krawietz, Werner (Ed.). *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft (1976).
- AA. VV. (1976b): Koch, Hans-Joachim (Ed.). *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*. Kronberg/Ts.: Athenäum (1976).
- AA. VV. (1977): Koch, Hans-Joachim (Ed.). *Seminar: Die Juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzbindung* (Seminario: El método jurídico en el Derecho Estatal. Sobre límites de la vinculación a la Constitución y a la ley), Francfort, Suhrkamp, 1977, 561 p.

- AA. VV. (1985): *Droit et Société. Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique* 1 (agosto, 1985).
- AA. VV. (1986): *Droit et Société. Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique* 2 (enero, 1986).
- AA. VV. (1988): Arnaud, André-Jean (Ed.). *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris-Bruselas: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ) & Story-Scientia (1988).
- AA. VV. (1993): Squella, Agustín (Ed.). *Revista de Ciencias Sociales* 38 (Ronald Dworkin. *Estudios en su Homenaje*) (1993).
- AA. VV. (1999): Palomino Manchego, José F. (Dir.). *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*. Lima: Grijley (1999).
- AA. VV. (2004): Haba, Enrique Pedro (Dir.). *Elementos básicos de Axiología general. Epistemología del discurso valorativo práctico (Materiales para discernir condiciones de racionalidad en esos discursos)*. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio (San José, C. R.): Editorial de la Universidad de Costa Rica [<http://www.libreriaucr.com/catalogo/>] (2004) [en 2008 se ha publicado una edición revisada (con algunas leves correcciones de detalle) de esta obra].
- AA. VV. (2006): Courtis, Christian (Ed.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*; Madrid: Trotta (2006). [Comentario crítico: Haba 2007b.]
- AA. VV. (2007): Haba, Enrique Pedro (Dir.). *Axiología Jurídica Fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico (Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos)*. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio (San José, C. R.): Editorial de la Universidad de Costa Rica [<http://www.libreriaucr.com/catalogo/>] (2007) [en 2008 se publicó una reimpr., con leves correcciones].
- Albert (1987): Albert, Hans. *Kritik der reinen Erkenntnislehre*. Tübinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) (1987).
- Albert (1994): Albert, Hans. *Kritik der reinen Hermeneutik*. Tübinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) (1994).
- Alexy (1989): Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1989). [Comentario crítico: Haba 1998 (y Haba 2009b).]
- Andreski (1973): Andreski, Stanislav. *Las ciencias sociales como forma de brujería*. Trad. Juan Carlos Curruchet. Madrid: Taurus (1973).
- Arnold (1962): Arnold, Thurman W. *The Symbols of Government*. Nueva York: Harbinger (1962; ed. or. 1935).
- Barth (2004): Barth, José Francisco. “Principios generales del derecho y la jurisprudencia costarricense (De la doctrina internacional a los tribunales costarricenses)” (Segunda Parte de Haba/Barth [2004]), pp.163-355.
- Baurmann/Kliemt (1985): Baurmann, Michael y Hartmut Kliemt. “¿Tomar a la ligera el positivismo jurídico?” Trad. Javier de Lucas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 2 (1985), pp. 167-185.
- Berger/Luckmann (1966): Berger, Peter L. y Thomas Luckmann. *The Social Construction of Reality*. Nueva York: Doubleday (1966). [Trad. Silvia Zuleta y revisión técnica de Marcos Giménez Zapiola: *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu (1968).]
- Betti (1975): Betti, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Intr. y Trad. J. L. de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado/Editorial de Derecho Reunidas (1975). [Nota: Haba (1973).]
- Bobbio (1953): Bobbio, Norberto. “Principi generali di diritto”, *Novissimo Digesto Italiano* (T. XIII), pp. 887-896. Torino: U.T.E.T (1966).

- Bobbio (1956): Bobbio, Norberto. "Per una classificazione degli imperativi giuridici", *Scritti giuridici in memoria de Piero Calamandrei* (T. I). Padova: Cedam (1956). [Trad. Alfonso Ruiz Miguel: "Para una clasificación de las normas jurídicas." En: Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*, pp. 293-306, Valencia (Esp.): Fernando Torres (1980).]
- Bobbio (1961): Bobbio, Norberto. "Diritto e morale nell'opera di Giorgio del Vecchio", en *Scritti vari di Filosofia del Diritto raccolti per l'inaugurazione della Biblioteca Giorgio del Vecchio*. Milán: Dott A. Giuffrè (1961).
- Bobbio (1965): Bobbio, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milán: Comunità (1965). [Trad. parcial Ernesto Garzón Valdés, con rev. técn. a cargo del trad. y de Genaro R. Carrió: *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Eudeba (1965).]
- Boulanger (1950): Boulanger, Jean. "Principes généraux du droit et droit positif." *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert* (T. I). París: L.G.D.J. (1950).
- Bülow (1976): Bülow, Oskar. "Gesetz und Richteramt" (or. 1885). En: AA. VV. (1976a), pp. 107-135.
- Calsamiglia (1984): Calsamiglia, Albert. "Ensayo sobre Dworkin." En: Dworkin (1984), pp. 7-29.
- Calsamiglia (1985): Calsamiglia, Albert. "¿Por qué es importante Dworkin?" *Doxa 2* (1985), pp. 159-165.
- Cárcova (2000): Cárcova, Carlos María. "Derecho, conocimiento y literatura" (manuscrito inédito) (2000).
- Carrió (1965): Carrió, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1965). [Hay una 4.^a ed., corregida y aumentada (1990).]
- Carrió (1970): Carrió, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1970). [También en la 4.^a ed. de Carrió (1965), pp. 199-214.]
- Carrió (1980): Carrió, Genaro R. "Professor Dworkin's Views on Legal Positivism", *Indiana Law Journal* 55.2 (1979-1980), pp. 209-246. [Vers. esp.: "Dworkin y el positivismo jurídico", en G. R. Carrió, *Notas...* (4.^a ed.), pp. 321-371.]
- Carrión Wam (1992): Carrión Wam, Roque. "Semiótica Jurídica." *Enciclopedia Jurídica Omeba* Apéndice VI, pp. 582-594. Driskill: Buenos Aires (1992).
- Coing (1961): Coing, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Trad. Juan Manuel Mauri. Ariel: Barcelona (1961).
- Cossio (1954): Cossio, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada (1954).
- Crisafulli (1941): Crisafulli, Vezio. "Per la determinazione del concetto dei principî generali del diritto." *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, año XXI/serie II, fascículos I-II (pp. 41-63), III (pp. 157-181) y IV-V (pp. 230-264) (1941).
- Degenkolbe (1965): Degenkolbe, Gert. "Über logische Struktur und Gesellschaftliche Funktionen von Leerformeln." *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, año 17 (1965), pp. 327-338.
- Del Vecchio (1921): Del Vecchio, Giorgio. *Sui principî generali del diritto* (1921) (con varias ed. post.). [Trad. Juan Ossorio Morales: *Los principios generales del derecho*. Barcelona: Bosch (1979).]
- Dworkin (1977/78): Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press (1977) y 1978 (reed. ampliada con "Appendix: A Reply to Critics").
- Dworkin (1984): Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel (1984).
- Dworkin (1985a): Dworkin, Ronald. "La Chaîne du droit." Trad. Françoise Michaut. En: AA. VV. (1985), pp. 51-79.
- Dworkin (1985b): Dworkin, Ronald. "La théorie du droit comme interprétation." Trad. Françoise Michaut. En: AA. VV. (1985), pp. 81-92.

- Eco (1977): Eco, Umberto. *Tratado de semiótica general*. Trad. Carlos Manzano. Barcelona: Lumen (1977).
- Ehrlich (1966): Ehrlich, Eugen. *Die juristische Logik*. Aalen: Scientia (1966).
- Engisch (1967): Engisch, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Guadarrama (1967).
- Engisch (1968): Engisch, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Trad. Juan José Gil Cremades. Pamplona: EUNSA (Universidad de Navarra) (1968).
- Engisch (1971): Engisch, Karl. *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*. Munich: Piper (1971).
- Esser (1956): Esser, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) (1956) (y numerosas reed.). [Trad. (no muy cuidadosa) Eduardo Valenti Fiol: *Principios y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch.]
- Esser (1970): Esser, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt: Athenäum (1970). [Resumen y comentario: Haba (1999b).]
- Frank (1951): Frank, Jerome. "Short of sickness and death: A Study of Moral Responsibility in Legal Criticism." *New York University Law Review* 26.4 (octubre, 1951), pp. 545-633. [Trad. Carlos M. Bidegain, rev. técn. Genaro R. Carrió: *Derecho e incertidumbre*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina (1968).]
- Frank (1970): Frank, Jerome. *Law and the Modern Mind*. Gloucester (Mass.): Peter Smith (1970).
- Freud (1967): Freud, Sigmund. "Animismo, magia y omnipotencia de las ideas." En: *Tótem y Tabú*. Trad. Luis López Ballesteros y de Torres. Madrid: Alianza Editorial (1967).
- Garstka (1976): Gartska, Hansjürgen. "Generalklauseln." En: AA. VV. (1976b), pp. 96-123.
- Geiger (1970): Geiger, Theodor. *Vorstudien su einer Soziologie des Rechts*. Eds. Heinz Maus y Friedrich Fürstenberger. Neuwied y Berlín: Luchterhand (1970). [Trad.: *Estudios de sociología del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica (1983).]
- Geiger (1979): Geiger, Theodor. *Über Moral und Recht*. Berlín: Duncker & Humblot (1979). [Trad. Ernesto Garzón Valdés: *Moral y derecho*. Barcelona: Alfa (1982).]
- Gény (1919): Gény, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*. París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence (1954). [Trad.: *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*. Madrid: Reus (1925).]
- Gottlieb (1968): Gottlieb, Gidon. *The Logic of Choice*. Londres: George Allen & Unwin (1968).
- Guastini (1986): Guastini, Riccardo. "Théorie et ontologie du droit chez Dworkin." En: AA. VV. (1986), pp. 15-22.
- Haba/Barth (2004): Haba, Enrique Pedro y José Francisco Barth. *Los principios generales del derecho, según la doctrina internacional y en los tribunales costarricenses*. San José, Costa Rica [<http://www.libreriaucr.com/catalogo/>] (2004).
- Hart (1958): Hart, Herbert Lionel Adolphus. "Positivism and the Separations of Law and Morals", *Harvard Law Review* 71.4 (1958), pp. 593-629. [Trad. G. R. Carrió: "El positivismo y la separación entre el derecho y la moral", en H. L. A. Hart, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Depalma (1962).]
- Heller (1977): Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. Ed. e Intr. Gerhart Niemeyer. Trad. Luis Tobío. México: Fondo de Cultura Económica (1977).
- Henkel (1977): Henkel, Heinrich. *Einführung in die Rechtsphilosophie* (2 Ed.). Munich: C.H. Beck (1977). [Trad. E. Gimbernat Ordeig, de la 1ª ed.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus (1968).]
- Hobbes (1978): Hobbes, Thomas. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil* (Ed. abreviada). Trad. Manuel Sánchez Sarto. San Juan: Universidad de Puerto Rico (1978).
- Hospers (1961): Hospers, John. *Human Conduct*. Nueva York: Harcourt, Brace & World (1961). [Trad. J. Cerón: *La conducta humana*. Madrid: Tecnos (1964).]

- Huberlant (1965): Huberlant, Charles. "Antinomies et recours aux principes généraux du droit." En : AA. VV. (1965), pp. 204-236.
- Jackson (1985): Jackson, Bernard S. *Semiotics and Legal Theory*. Londres: Routledge & Kegan Paul (1985).
- Jeanneau (1954): Jeanneau, Benoît. *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*. París: Sirey (1954).
- Jhering (1974): von Jhering, Rudolf. *Broma y veras en la Jurisprudencia. Un regalo de Navidad para los lectores de obras jurídicas*. Trad. T. A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (1974).
- Kant (1981): Kant, Emmanuel. "¿Qué es la ilustración?" En: *Filosofía de la historia*. Pról. y Trad. Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica (1981).
- Kantorowicz (1949): Kantorowicz, Germán [Hermann]. "La lucha por la ciencia del derecho." Trad. Werner Goldschmidt. En: AA. VV. (1949), pp. 323-373.
- Kelsen (1958): Kelsen, Hans. *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Universidad Nacional de Córdoba R.A. (1958).
- Kelsen (1982): Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. R. J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México (1982).
- Koch/Rüßmann (1982): Koch, Hans-Joachim y Helmut Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*. Munich: Beck (1982).
- Laun (1948): von Laun, Rudolf. "Allgemeine Rechtsgrundsätze." *Beiträge zur Kultur und Rechtsphilosophie. Festschrift für Gustav Radbruch*. Heidelberg: Adolf Rausch (1948).
- Laun (1977): von Laun, Rudolf. "Der Staatsrechtler und die Politik." En: AA. VV. (1977), pp. 248-278.
- Lautmann (1972): Lautmann, Rüdiger. *Justiz – die stille Gewalt*. Frankfurt: Fischer Athenäum Taschenbücher (FAT 4002) (1972).
- Lévy-Ullmann (1925): Lévy-Ullmann, Henri. *La definición del Derecho (Introducción general al estudio de las ciencias jurídicas.—I)*. Trad. César Camargo y Marín. Madrid: Góngora (1925).
- Llewellyn (1930): Llewellyn, Karl N. "A Realistic Jurisprudence – The Next Step." *Columbia Law Review* 30 (1930), pp. 431-465.
- Llewellyn (1977): Llewellyn, Karl N. *Recht, Rechtsleben und Gesellschaft*. Berlín: Duncker & Humblot (1977).
- Locke (1956): Locke, John. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Trad. Edmundo O’Gormann. México: Fondo de Cultura Económica (1956).
- Macdonald (1951): Macdonald, Margaret. "The Language of Political Theory." En: AA. VV. (1951), pp. 167-186.
- Mellinkof (1963): Mellinkoff, David. *The Language of the Law*. Boston y Toronto: Little, Brown and Company (1963).
- Merton (1977): Merton, Robert K. *La Sociología de la Ciencia. Investigaciones teóricas y empíricas* (2 vol.). Recop. e Intr. Norman W. Storer. Trad. Néstor Alberto Míguez. Madrid: Alianza Universidad (Nos. 183-184) (1977).
- Mounin (1968): Mounin, Georges. *Clefs pour la linguistique*. París: Seguers (1968).
- Mounin [1974]: Mounin, Georges. "La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques." En: AA. VV. (1974), pp. 7-18.
- Mourgeon (1978): Mourgeon, Jacques. *Les droits de l’homme* (col. Que sais-je?, No. 1728). París: Presses Universitaires de France (1978).
- Neumann-Duesberg (1949): Neumann-Duesberg, Horst. *Sprache im Recht*. Regensberg: Munster (1949).
- Nieto (2000): Nieto, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel Derecho (2000).

- Ost (1988): Ost, François. "Science du droit." En: AA. VV. (1988), pp. 363-367. [Trad. Oscar Sarlo y rev. E. P. Haba: AA. VV. (1999), pp. 237-250. Versión comentada muy amplia: Haba (1999a).]
- Perelman (1945): Perelman, Chaïm. *De la justice*. Université Libre de Bruxelles (1945). [Trad. Ricardo Guerra: *De la justicia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México/Centro de Estudios Filosóficos (1964).]
- Pérez Lledó (1996): Pérez Lledó, Juan A. *El movimiento "Critical Legal Studies."* Madrid: Tecnos (1996).
- Pitkin (1985): Pitkin, Hanna Fenichel. *Wittgenstein: El lenguaje, la política y la justicia. Sobre el significado de Ludwig Wittgenstein para el pensamiento social y político*. Trad. (no muy buena) Ricardo Montoro Romero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1985).
- Puig Brutau (1952): Puig Brutau, José. *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*. Barcelona: Bosch (sin fecha; probl. 1951 o 1952).
- Radbruch (1970): Radbruch, Gustav. *Rechtsphilosophie* (7 Ed., a cargo de Erik Wolf; efectuada a partir la 3ª ed. del autor, 1932). Stuttgart: E. F. Kohler (1970). [Trad. José Medina Echavarría: *Filosofía del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado (1933) (y posteriores reed.).]
- Rawls (1979): Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Trad. María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica (1979). [Comentario crítico: Haba 2007 (§ III) y Haba 2009 (cap. V).]
- Robles (1984): Robles, Gregorio. *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos. Ensayo de Teoría analítica del Derecho*. Facultad de Derecho de Palma de Mallorca (1984).
- Röhl (2001): Röhl, Klaus F. *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch* (2 Ed.). Colonia-Berlín-Bonn-Munich: Carl Heymann (2001).
- Ross (1958): Ross, Alf. *On Law and Justice*. Londres: Stevens & Sons (1958). [Trad. G. R. Carrió: *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba (1963).]
- Ross (1969): Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Trad. G. R. Carrió et al. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina (1969). [2 Ed.: México: Fontamara (1993).]
- Rüthers (1974): Rüthers, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Frankfurt: Fischer Athenäum (1974).
- Rüthers (1987): Rüthers, Bernd. *Wir denken die Begriffe um... Weltanschauung als Auslegungsprinzip*. Zurich: Interfrom (1987).
- Rüthers (1989): Rüthers, Bernd. *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. Munich: C.H. Beck (1989).
- Savater (1978): Savater, Fernando. *Planfleteo contra el Todo*. Madrid: Alianza Editorial (1983; or. 1978).
- Savigny (1840): von Savigny, Friedrich Carl. *System des heutigen römischen Rechts I* (1840, con varias reed.). [Trad. parcial W. Goldschmidt: "Los fundamentos de la ciencia jurídica." En: AA. VV. (1949), pp. 27-246.]
- Scarpelli (1965): Scarpelli, Uberto. *Cos'è il positivismo giuridico*. Milán: Comunità (1965). [Hay trad. al español publ. en México.]
- Scheuerle (1958): Scheuerle, Wilhelm. "Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage." *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 157 (1958), pp. 1-85. Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) (1958).
- Scheuerle (1964): Scheuerle, Wilhelm. "Das Wesen des Wesens. Studien über das sogenannte Wesensargument im juristischen Begründen." *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 163 (1964), pp. 429-471.
- Scheuerle (1965): Scheuerle, Wilhelm. "Die Logik der Logik. Studien über logische Argumente und Methodenehrlichkeit im juristischen Begründen." *Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP)* 78 (1965), pp. 32-76. Colonia-Berlín-Bonn-Munich: Carl Heymann (1965).

- Scheuerle (1967): Scheuerle, Wilhelm. "Finale Subsumtionen – Studien über Tricks und Schleichwege in der Rechtsanwendung." *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 167 (1967), pp. 305-349.
- Scheuerle (1971): Scheuerle, Wilhelm. "Juristische Evidenzen." *Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP)* 84 (1971), pp. 241 y ss.
- Scheuerle (1972): Scheuerle, Wilhelm. "Formalismusargumente." *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 172 (1972), pp. 397 y ss.
- Scheuerle (1983): Scheuerle, Wilhelm. *Vierzehn Tugenden für vorzitzender Richter*. Berlín: Duncker & Humblot (1983).
- Schmitt [1969]: Schmitt, Carl. *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (2 Ed.). Munich: C.H. Beck (1969).
- Schopenhauer (2005): Schopenhauer, Arthur. *El arte de tener razón, expuesto en 38 estratagemas. Dialéctica erística* (11 Ed.). Trad. y comentario Dionisio Garzón. Madrid: Biblioteca EDAF (2005).
- Schreckenberger (1978): Schreckenberger, Waldemar. *Rhetorische Semiotik*. Munich: Karl Alber (1978). [Trad. Ernesto Garzón Valdés: *Semiótica retórica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (1987).]
- Silving (1955): Silving, Helen. "The Twilight Zone of Positive and Natural Law." *California Law Review* (1955).
- Silving (1958): Silving, Helen. "Positive Natural Law." *Natural Law Forum* (1958). [Este texto y Silving (1955) forman el libro *Derecho positivo y derecho natural*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba (1966).]
- Simonius (1952): Simonius, August. "Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts." *Hundert Jahre Schweizerisches Recht* (Jubiläum Ausgabe, Nouvelle Série, t. 71/1ª mitad), pp. 237-273. Basilea: Helbing & Lichtenhahn (1952).
- Stevenson (1971): Stevenson, Charles L. *Ética y lenguaje*. Trad. Eduardo A. Rabosi. Buenos Aires: Paidós (1971).
- Sokal/Bricmont (1999): Sokal, Alan y Jean Bricmont, *Imposturas intelectuales*. Trad. Joan Carles Guix Vilaplana, rev. técn. Miguel Candel. Barcelona: Paidós (1999).
- Tarello (1971): *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Boloña: Il Mulino (1971).
- Thomas (1966): Thomas, William I. "The Relation of Research to the Social Process." En: *W. I. Thomas on Social Organisation and Social Personality*. Ed. M. Janowitz. Chicago: University of Chicago Press (1966).
- Topitsch (1988): Topitsch, Ernst. *Erkenntnis und Illusion*. Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) (1988).
- Troper (1985): Troper, Michel. "Dossier Ronald Dworkin (1^{re} Partie), Présentation." En: AA. VV. (1985), pp. 27-30.
- Troper (1986): Troper, Michel. "Les juges prix au sérieux, ou la théorie du droit selon Dworkin." En: AA. VV. (1986), pp. 41-52.
- van der Meersch (1970): van der Meersch, Ganshof. "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", *Journal des Tribunaux* 85.4714 (17 de octubre) y 85.4715 (24 de octubre), pp. 557-572 y 581-596. Bruselas: Ferd. Larquier (1970).
- Vaz Ferreira (1910): Vaz Ferreira, Carlos. *Lógica viva*. Obras de Carlos Vaz Ferreira (vol. IV). Montevideo: Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay (1963; ed. or. 1910).
- Waismann (1953): Waismann, Friedrich. "Language Strata." En: AA. VV. (1953), pp. 11-31.
- Warat (1976): Warat, Luis Alberto. *El Derecho y su lenguaje. Elementos para una teoría de la comunicación jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales (1976).

- Weber (1967): Weber, Max. *Rechtssoziologie*. Ed. Johannes Wincelmann. Neuwied: Luchterhand (1967). [Trad. en: Weber, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica (1964), cap. VII.]
- Weldon (1953): Weldon, W. T. *The Vocabulary of Politics*. Harmondsworth; Penguin Books (1953).
- Williams (1945/46): Williams, Glanville. "Language and the Law." *The Law Quarterly Review* 61 (pp. 71-86, 179-195, 293-303, 384-406) y 62 (pp. 387-406). Londres: Stevens & Sons (1945 y 1946).
- Winch (1972): Winch, Peter. *Ciencia social y filosofía*. Trad. Maria Rosa Viganó de Bonacalze. Buenos Aires: Amorrortu (1972).
- Wittgenstein (1953): Wittgenstein, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen/Philosophical Investigations*. Oxford: Basil Blackwell (1953, con numerosas reed.). [Hay dos traducciones al español: México y España.]
- Wittgenstein (1976): Wittgenstein, Ludwig. *Estética, psicoanálisis y religión*. Trad. y estudio introd. Eduardo Rabosi. Buenos Aires: Sudamericana (1976).

b) Estudios complementarios del autor

(a los que se ha hecho remisión en el presente trabajo)

- (1973) "Sur une 'méthodologie' de l'interprétation juridique." *Archives de Philosophie du Droit*, Vol. 18 (1973), pp. 370-383. París: Sirey (1973).
- (1974-75): "Études en allemand sur les rapports entre droit et langue", *Archives de Philosophie du Droit*, Vols. 19 (pp. 257-289) y 20 (pp. 177-207) (1974 y 1975). [La mayor parte de su contenido pasa a formar parte de Haba (2003a): esp. en el t. I: cap. I, cap. IV y Apéndice 1.]
- (1986): *Tratado básico de derechos humanos, con especial referencia al Derecho Constitucional latinoamericano y al Derecho Internacional. Examen realista-crítico*. Tomos I (*Conceptos Fundamentales*) y II (*Indicadores Constitucionales*). San José (Costa Rica): Juricentro, San José (Costa Rica) (1986). [El T. III permanece inédito.]
- (1988): "Rationalité." En: AA.VV (1988), pp. 337-340.
- (1990): "Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?, I y II." *Doxa* 7 y 8 (1990), pp. 169-247 y 241-270 [PDF: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>]. [Una versión más integral de este estudio fue publicada luego en *Revista de Ciencias Jurídicas* 66 y 67, pp. 67-134 y 169-244 (mayo-agosto, 1990) y (septiembre-diciembre, 1990). De esta versión hay un pequeño tiraje independiente en forma de libro.]
- (1991): "Sciences du droit : quelle 'science' ? Le droit en tant que science: une question de méthodes." *Archives de Philosophie du Droit*, Vol. 32, pp. 165-187 (1991). [El contenido de este artículo (del cual hay versiones previas en español) pasa finalmente a formar parte, reelaborado, de Haba (2009b), en el cap. I.]
- (1992): "'Voluntad del Legislador' como opción interpretativa (¿posibilidad real o ficción?)." En: *Enciclopedia Jurídica Omeba* (Apéndice, T. VI, pp. 710-725). Buenos Aires: Driwkill (1992).
- (1993a): "Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho." *Doxa* 14 (1993), pp. 269-317 (con unas cuantas erratas) [PDF: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>]. [Versión revisada en: AA. VV. (1999), pp. 47-123. Versión en francés, algo abreviada: Haba (1997b). Pasa finalmente a formar parte, en versión completa ampliada, de Haba (2009b), cap. II.]
- (1993b): "Définitions, interprétations et pratique des droits de l'homme, De la 'grammaire' aux 'formes de vie' dans la rhétorique des droits de l'homme." *Revue Internationale de Sémiotique Juridique/International Journal for the Semiotics of Law* VI.16 (1993), pp. 3-44.

- (1995a): “Sobre el Derecho como ‘técnica’ o ‘tecnología’. Apostillas a una polémica sobre las posibilidades del discurso jurídico.” *Doxa* 17-18, pp. 491-498 (1995) [PDF: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>]. [Recogido en AA. VV. (1999), pp. 107-116. Pasa finalmente a formar parte, revisado, de Haba (2009b), cap. II.V.]
- (1995b): “Magia verbal, realidades y sentido fermental de los, así llamados, ‘derechos’ económicos”, *Sistema* 125 (marzo, 1995), pp. 59-74. Madrid: Fundación Sistema. [Versión revisada en: *Criterio Jurídico* 4 (2004), pp. 7-30. PDF: http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/01_7_ephaba_magia_verbal.pdf.]
- (1996a): “Una discusión: ¿Quiénes son los ‘irracionalistas’ en la Teoría del Derecho? (Por qué algunos no confiamos en que sean tan ‘racionales’, ni ‘razonables’, los enfoques hoy dominantes en esa Teoría).” *Doxa* 19 (1996), pp. 385-402 [PDF: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>]. [Versión ampliada de este estudio: AA.VV (1999), pp. 271-315. Esta última pasa finalmente a formar parte, revisada, de Haba (2009b), cap. III.]
- (1996b): “Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtslehre – Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der ‘Heiligen (Rede-)Familie’” (Emplazamiento de la Teoría del Derecho contemporánea – Rawls, Dworkin, Habermas y otros miembros de la ‘Santa (charla-)Familia’). *Rechtslehre (Habermas-Sonderheft)* 27.3 (1996) [publ. 1998], pp. 277-327. [Título original original de dicho estudio: “Zum astronautischen Standort der heutigen Rechtslehre. Über Rawls, Habermas, Alexy und andere: Gegenwärtige Arten des akademischen Wunschdenkens in einer modernen ‘Heiligen (Rede-)Familie.’” Trad.: Sobre el astronáutico emplazamiento de la Teoría del Derecho contemporánea. Formas actuales del wishful thinking académico en una moderna “Santa (charla-) Familia.” Este estudio se halla traducido (por partes) en español, respectivamente: intr. y §§ I-II en Haba (2007a), §§ I-III; § III (versión ampliada) en Haba (2009b), cap. V.2-5; § IV (aquí corregido: §§ 5-8); § V en Haba (2009b), cap. V.6; § VI en Haba (1998) y revisado y ampliado en Haba (2009b), cap. VI].
- (1996c): “Ciencias del Derecho. La controversia de paradigmas en la Teoría del Derecho.” *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Apéndice, T. VII, pp. 107-145. Buenos Aires: Driskill (1996). [Una versión revisada de este trabajo se encuentra en AA. VV. (1999), pp. 159-236.]
- (1997a): “Variantes del pensamiento escapista en una moderna ‘Santa Familia’: sobre Rawls, Habermas, etc. (Acerca de la concepción ‘misionera’ para las ciencias sociales).” *Sistema* 137 (marzo 1997), pp. 109-125. [Pasa a formar parte, corregido, de Haba (2009a), cap. V.]
- (1997b): “Pas assez ‘épistémologique’... mais pourtant bien vu! Du manque de réalisme dans l'actuelle Théorie du Droit– et de ce qu'elle pourrait apprendre d'un juriste d'antan.” *Archives de Philosophie du Droit* 42 (1997), pp. 101-116 [versión abreviada de Haba (1993a)].
- (1997c): “Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora (Mitomanías de la Razón ‘constructivista’: ¿racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?).” Actas del 13º. Colóquio Internacional da *International Association for the Semiotics of Law* (Direito Oficial, Contracultura e Semiótica do Direito), pp. 18 (resumen), 150-168 (versión muy abreviada) y 303-305 (notas: (*) y 133-146), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 18-21 agosto 1997. [Una parte de este amplio trabajo conforma el estudio indicado más abajo como Haba (2000); las páginas iniciales del trabajo completo, en donde consta el Sumario íntegro, habían aparecido en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 1997, Homenaje a Isaiah Berlin*. Valparaíso: Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, pp. 177-183.]
- (1998): “Teorización constructivista como ‘forma de vida’ (Sobre ‘formas y reglas’ del discurso jurídico en los tribunales inexistentes).” *Doxa* 21.1 (1998), pp. 147-170 [PDF: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>]. [Pasa a formar parte, en versión revisada y ampliada, de 2009b: cap.VI.]

- (1999a): “Los paradigmas científicos en la Teoría del Derecho contemporánea. Sobre distintos modos de concebir (paradigmas) la Ciencia del Derecho.” En: AA. VV. (1999), pp. 159-236. [Es una versión revisada de Haba (1996c).]
- (1999b): “Precomprensiones, racionalidad y métodos, en las resoluciones judiciales.” *Doxa* 22 (1999), pp. 49-78 [PDF: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>].
- (1999c): “Racionalidad e irracionalidad en el Derecho (¿Quiénes son los irracionales?)” En: AA. VV. (1999), pp. 271-315. [Versión corregida y ampliada de Haba (1996a).]
- (2000): “Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora. Mitomanías de la Razón ‘constructivista’: ¿racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?” *Doxa* 23 (2000), pp. 561-596 [PDF: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>]. [Texto revisado en Haba (2003a), Anexo.]
- (2002): “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa *práctica* al discurso normativista de los jueces).” *Doxa* 25 (2002), pp. 503-531 [PDF: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>]. [Los contenidos de este estudio pasaron luego, en presentación corregida y ampliada, a formar parte de Haba (2006a), en las secs. C.II-III y E.5].
- (2003a): *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*, ts. I y II, Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica/ Editorial Vlamarán, San José, 2003, xii-207 + xv-335 p.
- (2003b): “¿De qué viven los que hablan de derechos humanos? (Tres tipos de discursos-DH: ‘de’, ‘para’, ‘con’).” *Doxa* 26 (2003), pp. 869-885 [PDF: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>].
- (2004): “¿Qué son y cómo funcionan los principios generales del derecho? (Elementos generales de análisis doctrinario).” En: Haba/Barth (2004), Primera Parte, pp. 13-161.
- (2006a): *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé De Las Casas”, Dykinson [<http://www.dykinson.com>] (2006).
- (2006b): “¿Puede el jurista discurrir como un científico social? (Posibilidades e imposibilidades del Derecho como ‘ciencia’ social).” *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Costa Rica) 113-114 (2006, III-IV), pp. 37-54 [PDF: <http://redalyc.uaemex.mx>].
- (2007a): “Contra la ‘Santa (charla-)Familia’. Anclajes básicos de la vocación astronáutica promovida por Rawls, Habermas y otros apóstoles del *wishful thinking* académico.” *Doxa* 30 (2007), pp. 491-524 [próximamente PDF: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>].
- (2007b): “Sobre Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica de Christian Courtis (ed.)” *Isonomí: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 27 (octubre, 2007), pp. 205-213. [PDF: <http://cs.articleusweb.com/FichaObra.html?Ref=32309&portal=4>].
- (2008): “El lenguaje de los derechos humanos como un ‘mal menor’ (Anotaciones complementarias sobre la ‘practicidad’, extra-científica, de los discursos con que se reclaman esos derechos).” En: *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba* (T. II). *Teoría y metodología del derecho*, pp. 607-628. Madrid: Dykinson (2008). [Versión revisada en: *Criterio Jurídico* 8.2 (diciembre, 2008), pp. 25-44 [PDF: http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/02_25_e_haba_el_lenguaje_de_los_derechos_h.pdf].
- (2009a): *Entre tecnócratas y “wishful thinkers”. La concepción misionera en las ciencias sociales*. Granada: Comares (en prensa).
- (2009b): *La ciencia de los juristas: ¿qué “ciencia”? De la ciencia jurídica normal a la ciencia jurídica exquisita*, San José (C. R.): Editorial Jurídica Continental (en prensa).

(2010): *Metodología (realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*. [Versión ampliamente reelaborada, y muy aumentada, de Haba (2006a); probablemente se publicará en Costa Rica.]

Addendum

Résumé. *Le bluff Dworkin: Sa réhabilitation du non-savoir comme “ nouvelle ” Théorie du Droit.* — Etant donné le surprenant écho que les points de vue de R. Dworkin ont obtenu à présent, en dépit du niveau superficiel dans lequel se situent ses arguments et le caractère assez banal de ses conclusions, il s’agit ici de faire remarquer principalement quatre aspects. **a)** Cet auteur n’apporte pratiquement rien au corpus même des connaissances déjà acquises dans la Théorie du Droit – il reste bien au-dessous, les ignorant pour l’essentiel et négligeant presque tous les travaux fondamentaux sur les sujets considérés. **b)** Ses thèses sont foncièrement axées sur une réitération de l’habituel *Basic Legal Myth* : “ one right answer ”. Il souligne, de plus, que l’on serait à même de dégager ces réponses en faisant appel à un mirage rationaliste, le “ constructive model ” ; ce modèle est fondé sur une illusion dominant la doctrine juridique, car celle-ci donne pour acquis que les juges tirent leurs sentences d’un système parfaitement unitaire fourni par le droit national en son entier (“ the principle of unity in law ”). **c)** L’approche que l’auteur prône pour prendre le droit “ au sérieux ” équivaut à emprunter un réalisme naïf, notamment sous des modalités résultant du naturalisme linguistique, qu’il combine surtout avec la foi dans un “ ciel ” normativiste. **d)** On voit mal comment la renommée internationale de Dworkin pourrait résulter du contenu même de ses écrits ; un tel succès obéit essentiellement, au moins hors du monde académique anglo-saxon, à “ l’effet-Vincent ” (soumission aux modes). — Il n’est pas question d’ajouter telle ou telle observation sur ce “ nouvel ” habit, qui a provoqué des commentaires si méticuleux dans l’Empire Vincent, mais de rompre le silence sur le fait que son Empereur se promène tout nu.

* * *

Zusammenfassung. *Der Dworkin-„Bluff“: Seine Rehabilitierung des Nichtwissens im Gewand einer „erneuerten“ Rechtstheorie.* — Veranlaßt durch das erstaunliche Echo, das dieser Autor gefunden hat, handelt der vorliegende Beitrag vom Fall Dworkin. Untersucht werden seine methodologischen Thesen; dabei geht es jedoch weniger darum, diese Thesen zu „widerlegen“ (was sich angesichts ihrer weitgehenden Banalität und der Oberflächlichkeit der zu ihrer Stützung angeführten Argumente ohnehin erübrigt); vielmehr soll hier vor allem auf vier Punkte aufmerksam gemacht werden. **a)** Dworkin fügt dem bereits erreichten Kenntnisstand in der Rechtstheorie praktisch nichts hinzu; er bleibt sogar deutlich dahinter zurück, indem er diesen Erkenntnisstand in weiten Teilen ignoriert und indem er nahezu alle grundlegenden Arbeiten zu den angesprochenen Themen unberücksichtigt läßt. **b)** Seine Thesen basieren im wesentlichen auf einer Wiederholung des überkommenen *Basic Legal Myth*: „one right answer“; dafür greift er auf einen alten rationalistischen Traum („constructive model“) zurück; diesem liegt die gängige Selbsttäuschung zugrunde, daß das nationale Recht ein vollkommen einheitliches System („the principle of unity in law“) darstelle, aus dem sich die „richtigen“ juristischen Antworten ableiten ließen. **c)** Seine Argumentation läuft auf einen naiven Realismus (namentlich unter Bedingungen des sprachlichen Naturalismus) hinaus, verbunden mit dem Glauben an einen normativistischen „Himmel“ als Weg zu „ernsthafter“ Rechtserkenntnis. **d)** Es ist schwer zu erkennen, inwiefern sich Dworkins internationaler Ruf mit dem Inhalt seiner Schriften selbst begründen ließe. Ein solcher Erfolg beruht vielmehr im wesentlichen, zumindest außerhalb der angelsächsischen akademischen Welt, auf dem „Vinzenzeffekt“ (Unterwerfung unter Modeströmungen). — Es geht hier nicht darum, die eine oder andere Bemerkung über des Kaisers „neue“ Kleider anzufügen, die doch im Vinzenzreich so eingehend kommentiert worden sind, sondern mit dem Schweigen über die Tatsache zu brechen, daß er nackt daherkommt! [Trad.: Prof. Dieter H Scheuing, Würzburg]