

**DEBATE SOBRE TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN:  
AVATARES DE LO «RACIONAL» Y LO «RAZONABLE»,  
CUANDO SON EXIMIDOS DE TENER CARNET DE  
IDENTIDAD (como también sobre unos ecos, en Teoría del  
Derecho, de la perenne dicotomía entre «El científico y el político»)  
[versión completa]\***

A DEBATE ON ARGUMENTATION THEORY (FULL VERSION)

**Enrique P. Haba\*\***

**Resumen:** Las teorizaciones «estándar» sobre la argumentación jurídica se basan en unas indistinciones fundamentales: entre las dos grandes clases de juicios de valor (los categóricos y los instrumentales), entre ciertos meta-lenguajes académicos (Teoría del Derecho) y su lenguaje-objeto práctico (discursos jurídicos efectivos), entre ideal y realidad, entre enunciados descriptivos y prescriptivos, entre verdad y «utilidad», entre concepción «amplia» y fórmulas vacías («razonable» y demás), entre recursos discursivos de «política» jurídica y conocimiento propiamente («científico») al respecto, etcétera. Tales modelos son esencialmente *reduccionistas*: en cuanto al plano semántico, hacen abstracción de las falacias más corrientes («Síndrome normativista») que presentan los discursos jurídicos profesionales; y en cuanto al nivel pragmático de estos mismos (sus factores psico-sociales, sus condicionamientos fácticos en general), lo dejan simplemente fuera de foco.

**Abstract:** The Theory of Argumentation--in its 'standard' version--is based on some fundamental non-distinctions. This trend of thought does not make clear many capital differences: between the two sorts of value judgments (the categorical ones and the instrumental ones), between a special kind of academic meta-language (Legal Theory) and its practical object-language (real judicial speeches), between ideal and real, between descriptive and prescriptive sentences, between truth and 'utility', between concepts with a broad sense and rhetorical empty formulae ('reasonable', etc.), between 'political' results of judicial discourses and genuine knowledge (a properly 'scientific' one) about legal thinking, and more. The 'standard' models bring up an essential *reductionist* approach: on the semantic level, they look away from the most current fallacies (the 'normative Syndrome') in the lawyers' professional way of reasoning; in addition to, they simply do not pay attention to its pragmatic level (psycho-social factors, and factual conditionings in general).

**Palabras clave:** Argumentación, racional, razonable, juicios de valor, reduccionismo.

**Key words:** Argumentation, rational, reasonable, value judgments, reductionism.

**Fecha de recepción:** 4-09-2011. **Fecha de aceptación:** 24-10-2011

---

\* Este trabajo fue escrito para la sección «Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica» (en *Doxa* 33-2010: 319-450), pero finalmente allí se pudo incluir nada más que su comienzo, el subsiguiente apartado inicial [0] y el § II.7, más unas líneas finales. Aquí se publica la versión íntegra, contando para ello con el acuerdo del Director de esa Revista, Profesor Manuel Atienza. Si bien el texto se halla directamente relacionado con un comentario del propio Atienza en dicha sección («Entre callar y no callar: decir lo justo»), mis propios desarrollos se ocupan de examinar una serie de aspectos que son fundamentales para cuestiones básicas de orden *general* a propósito de esa Teoría.

\*\* Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica [[ehaba@ice.co.cr](mailto:ehaba@ice.co.cr) o [EnriquePedroHaba@gmail.com](mailto:EnriquePedroHaba@gmail.com) o [enrique.haba@ucr.ac.cr](mailto:enrique.haba@ucr.ac.cr)].

## TEMARIO

### 0. Ideas cardinales.

*I. Puntualizaciones liminares:* 1. Estilos contrapuestos. 2. ¿A qué se le ha de llamar teoría «estándar»? 3. ¿Una «conspiración» del silencio...? 4. ¿«Positivismo lógico»?

*II. Precisiones metodológicas fundamentales:* 1. Tipos de juicios de valor, planos de lenguaje. 2. El asunto de las «pruebas» (¿qué métodos de investigación?, ¿qué tribunales?). 3. ¿Concepción demasiado «estrecha» o es preferible una mucho «más amplia» acerca de «racional», «razonable, etc.? (papel de tales «fórmulas vacías»). 4. Contra el capital reduccionismo que comportan las visiones racio-argumentativistas. 5. ¿Es posible, y cómo, «ayudar» a «mejorar» («El político y el científico»)? 6. Eventual «fertilidad» cognoscitivo-heurística en Teoría del Derecho. 7. Recapitulación.

*III. Precisiones sobre «realismo» jurídico:* 1. ¿Tienen «sentido» los razonamientos jurídicos? 2. ¿Las tesis realistas implican negar que los jueces pueden «justificar» sus sentencias? 3. ¿Las aproximaciones realistas «no pueden» servir para «orientar»/«guiar» al jurista práctico?

*IV. Precisiones complementarias sobre reduccionismo de las teorizaciones «estándar»:* 1. Cognitivismo axiológico normativista («mons razonabilis»). 2. La «cirugía estética» razonabilista. 3. ¿Es falso que la teoría «estándar» se «desentiende» del Síndrome normativista? 4. ¿Las discusiones jurídicas se asientan en «argumentos falaces» o, antes bien, consisten esencialmente en unas «discrepancias» sin más? 5. ¿No vale la pena «diferenciar con precisión los elementos descriptivos y prescriptivos»?

*V. Postscriptum* (con respecto a un malentendido mayor, curiosamente pertinaz).

\* \* \*

... la racionalidad y la irracionalidad. Pocas palabras se usan en manera tan múltiple y contradictoria como estas dos (Mannheim).

... así confío en vencer cualquier obstáculo. A quien no concuerde conmigo, le negaré la facultad de comprender lo racional. (Jhering)<sup>1</sup>.

Deseo, ante todo, subrayar cuánto me complace que Manuel Atienza haya tomado de manera tan positiva la invitación que le formulé al final de mi contestación anterior [Haba-2]<sup>2</sup>. Me llena de satisfacción que, ahora sí, pasa a considerar principalmente IDEAS que son claves para nuestro asunto. Mediante este muy bienvenido giro en sus puntualizaciones se logra, como con razón dice él: «... desplazar la discusión hacia un terreno *distinto* a aquel en el que estaba planteada ... porque este de ahora me parece más *fructífero*» [Atienza: § 4]. Inclusive, para no poca fortuna, mía, la paciencia de Manolo hacia mi «prosa suelta y abundante» da para tanto que él hasta se manifiesta: « ... perfectamente dispuesto a recibir una nueva andanada de críticas de todos los tipos que H. tenga a bien dedicarme» [*ibíd.*]. Ante lo amplio que es el espectro de cuestiones de fondo que invita a considerar su nuevo comentario, carezco del heroísmo capaz de permitirme resistir a la tentación de cumplir esa premonición suya.

Las observaciones presentadas en ese segundo comentario de Atienza no insisten, por lo general<sup>3</sup>, en tomar asiento sobre aquellas mismas suposiciones con respecto a las cuales he demostrado, en mi respuesta anterior [Haba-2], que no tienen sustento alguno en mis propios textos. Así y todo, no podré dejar de hacer ver que, también en esta nueva oportunidad, él me adjudica no pocas ideas –otras suposiciones más– que tampoco cuadran con lo señalado en dichos

---

<sup>1</sup> Mannheim, K., *El hombre y la sociedad en la época de crisis*. Buenos Aires: Leviatán, 1969, p. 38. Jhering, R. v., *Broma y veras en la Jurisprudencia*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 349.

<sup>2</sup> Emplearé las siguientes abreviaturas para referirme a las instancias anteriores de este debate (publicadas en *Doxa-33*, 2010): Haba-1 [«Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación. Papel que tales teorizaciones cumplen como la más nueva ideología de legitimación con respecto, especialmente, al discurso jurídico profesional»: 321-360], Atienza-1 [«Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes»: 361-367], Haba-2 [«Callar o no callar... *That is the question!* (Entre “crítica crítica” y las críticas-poco-críticas)»: 369-398], Atienza-2 [«Entre callar y no callar: decir lo justo»: 399-408]; cuando en la referencia dice simplemente «Atienza», sin añadir ni «-1» ni «-2», se trata de Atienza-2. En las citas de Atienza que efectuaré a lo largo del presente texto, los énfasis mediante cursivas o versalitas son míos [E.P.H.], salvo indicación en contrario.

<sup>3</sup> La principal excepción es considerada *infra*: IV.3. — *Rectificación fundamental confirmada.*— Ahora Atienza aclara [2.2] que donde él señaló expresamente, dos veces, que yo habría afirmado que «autores como Alexy, McCormick, Aarnio o Peczenik ... INCURRIRÍAN en lo que H. llama el “síndrome normativista” ...»... [Atienza-1: §§ 2 *in limine* y tercer pár. de 3.2], en verdad no quiso imputarme semejante tesis, sino decir –¡nada más!– que aquellos se «desentienden» de tales «vicios». Sí, tal vez en una «lectura caritativa» (Atienza *dixit*) se podría hacer caso omiso de esa curiosa sinonimia («incurren en» = «se desentienden de»), aun viniendo esta acreditada por partida doble [*cfr.* Haba-2: § 2.b]. Sea como fuere, bienvenida la aclaración.

textos, ni en cualesquiera otras publicaciones mías. Lo bueno es que aun esas imputaciones, por más distantes que estén de los puntos de vista que he expuesto en mis trabajos, sin duda conciernen a cuestiones *claves* del asunto sobre el cual estamos conversando. De tal manera, mis aclaraciones al respecto no significan simplemente una defensa personal frente a ciertas «calumnias», en cuanto a lo teórico, de que Atienza me hace objeto (entiéndase esa palabra con toda suavidad, no supongo intenciones aviesas), sino que tales aclaraciones dan, me parece, justamente en el clavo de aspectos *fundamentales* que los teóricos «estándar» suelen simplemente dejar fuera del ruedo. Por lo demás, es muy cierto que mi contendor no se limita a «calumniarme», sino que esta vez pone sobre el tapete también unas tesis positivas principales de las que se hace responsable él mismo (en compañía de otros autores), las cuales merecen ser consideradas atentamente. Por ambos lados, me veo ahora en la afortunada circunstancia de complementar mi estudio central [Haba-1] con precisiones decisivas sobre cuestiones fundamentales que en ese mismo se encuentran apenas insinuadas o no fueron tocadas del todo.

En efecto, la nueva intervención de Atienza lleva a poner sobre el tapete puntos-eje como los siguientes:

- tipos de juicios de valor y su papel en las decisiones judiciales,
- diferencia esencial entre los planos de lenguaje considerados,
- tipos de pruebas requeridas para sustentar las tesis de Teoría del Derecho,
- precisiones fundamentales con respecto al funcionamiento discursivo de términos como «racional» y «razonable» (¿se comportan, o no, a modo de «fórmulas vacías?»),
- qué papel pueda caberle a unos estudios de Teoría del Derecho para «orientar»/«guiar» al jurista en sus razonamientos y así «ayudar» a «mejorar» las fundamentaciones de los jueces,
- aquilatar si tienen o no «sentido» los razonamientos jurídicos habituales y saber si es posible propiamente «justificar» las decisiones judiciales,
- ¿inciden habitualmente «argumentos falaces» en el «centro» de las discusiones jurídicas o antes bien estas últimas son cuestión de «discrepancias» que se hallan libres de aquellos?,
- ¿no vale mucho la pena, por lo general, «diferenciar con precisión los elementos descriptivos y prescriptivos» en los razonamientos jurídicos?,
- cognitivismo axiológico normativista (¿en vez de «positivismo lógico»?) como esencial artículo de fe para las teorizaciones «estándar».

[Por cierto, considero muchísimo más «fructífero» discutir sobre tales cuestiones, que continuar multiplicando al infinito la producción de *divertimentos* como, p. ej., el cúmulo de traídas y llevadas fijaciones académicas al gusto para la etiqueta «positivismo» jurídico o el listado de los dibujitos lógico-deónticos.]

He ahí las principales cuestiones de que tratará el presente examen<sup>4</sup>. Luego de ofrecer una visión sinóptica [0], apenas aforística, de las principales ideas que desarrollará este texto, haré constar algunas aclaraciones preliminares de orden general [I]. Luego pasaré a «desmenuzar» el *quid* de los principales aspectos de fondo suscitados por mi comentarista. La sección principal [II] presenta elucidaciones que, si bien arrancan de puntos de vista planteados en ese comentario suyo, conciernen directamente no solo a Teoría de la Argumentación, ni solo a «reproches» específicos que me hace Atienza, sino que ellas llaman la atención sobre unas cuestiones básicas para los estudios de Teoría del Derecho *en general*. Las secciones que siguen se ocupan respectivamente de: [III] aclarar ciertos nuevos *malentendidos* capitales de Atienza sobre las aproximaciones realistas al estudio de los razonamientos jurídicos; [IV] añadir aún, finalmente, algunas observaciones complementarias sobre las *limitaciones* esenciales (tratamiento reduccionista) que comporta el tipo «estándar» de aproximación a dichos razonamientos.

## 0. Ideas cardinales (*visión sinóptica*)

Este comentario de Atienza contiene dos rubros de elucidaciones: una cara «negativa» y una «positiva», por así decir. Tienen finalidad «negativa» sus observaciones críticas sobre varias ideas fundamentales que él me imputa. Como «positiva», en cambio, bien puede calificarse su contraposición, frente a aquello «negativo», de ciertas ideas a las que reconoce validez primordial él mismo, las cuales coinciden con postulados básicos compartidos por los autores «estándar» en general. Tanto lo primero como lo segundo se asientan en determinadas pre-suposiciones, respectivamente, de las cuales depende –al menos en buena parte– el posible acierto de lo afirmado en función de ellas. Pero si esas presuposiciones mismas resultan dudosas, por decir lo menos, con ellas tambalean igualmente, o hasta se vienen abajo del todo, las principales aseveraciones negativas o positivas en que mayor hincapié hace Atienza.

— ÁNGULO NEGATIVO. La pre-suposición esencial de las críticas formuladas por Atienza es que mis puntos de vista fundamentales son los mismos que, o en todo caso muy parecidos a, los del *positivismo lógico* (así lo señala expresamente) [*infra*: I.4]. Según mi comentarista, yo aplicaría justamente esos cartabones para enjuiciar el pensamiento jurídico. Ahora bien, lo decisivo en este caso no es simplemente que Atienza *crea* tal cosa, no poco alejada de la verdad. Pero tal creencia empapa hasta tal punto sus observaciones específicas a mi respecto, que le lleva a considerar antes bien lo que al respecto pudiera tal vez haber dicho algún positivista lógico (ignoro si hay o haya habido tal específicamente), en vez de concentrar sus objeciones sobre lo escrito en mis propios textos. Así es cómo esa capa de «positivismo lógico» con que Atienza cubre, por su propia cuenta, lo señalado en esos textos *mismos*, logra que su

---

<sup>4</sup> Si bien el orden seguido acá no es el mismo cómo esas cuestiones aparecen en ese escrito del propio Atienza, en cada caso señalaré dónde se encuentra específicamente el pasaje suyo considerado y por lo general serán transcritas de allí las principales líneas pertinentes.

«lectura» de estos venga a «decirle», particularmente a él, ni más ni menos que dos órdenes de cosas: por un lado, le hace suponer que sostengo ideas que en modo alguno sostengo (en mis trabajos no se afirma nada por el estilo, ni explícita ni implícitamente); por el otro, hace que en *tal* lectura no se puedan echar de ver, en cambio, mis ideas principales que no calzan con dicha presuposición. Una y otra vez toparemos con esas dos clases de malentendidos; no sería extraño que, en efecto, tengan su origen en dicha pre-suposición generalizada.

— ÁNGULO POSITIVO. La otra cara de las consideraciones efectuadas por Atienza son las tesis avaladas por él mismo, especialmente unas que subraya en esta segunda ocasión. Ello tiene su propia base epistemológica, la cual depende sobre todo de cierto «artículo de fe»: al parecer, él se basa en un *cognitivismo* axiológico, la suposición de que hasta los fines/valores últimos es dable «conocerlos» mediante tales o cuales criterios propiamente «objetivos». En este caso, se trata de un *cognitivismo* que presenta la singularidad de ser específicamente normativista-«razonabilista» («mons razonabilis») [*infra*: IV.1]. Ahora bien, por ser ello un postulado de nivel *último* en la concepción que Atienza defiende, vale decir, un principio fundamental puesto allí como axiomático (funciona como artículo de fe básico en ella), no es posible demandar ningún tipo de «pruebas» al respecto. Los axiomas no se demuestran, pues son ellos mismos quienes constituyen el punto *básico* de arranque, «ratio» *última*, para las demostraciones posibles dentro del sistema de pensamientos –en este caso es el «razonabilismo» argumentativista– asentado sobre aquellos. Por eso, mientras que acerca de unas afirmaciones «negativas» de Atienza podré demostrar que no corresponden a los hechos por él invocados (en este caso, hechos discursivos: mis propios textos), en cambio con respecto a esas bases «positivas», al tratarse de postulaciones que se toman ahí como válidas en sí y por sí mismas (axiomas), no es posible ni demostrarlas ni falsarlas: cada quien sabrá si «cree» en ellas o no. Lo que resulta posible, sí, es hacer ver ciertas derivaciones lógicas de esos axiomas y también unos efectos empíricos resultantes de aplicarlos. De tal manera, quien sostiene los axiomas se hace solidario también con esos dos órdenes de consecuencias vinculados directamente con aquellos, las cuales no pocas veces son disimuladas por la doctrina en cuestión. Este último es el caso, según veremos, de las teorizaciones argumentativo-razonabilistas.

Por ambas vías, la «negativa» y la «positiva», Atienza pone sobre la mesa una serie de afirmaciones que vienen a conjugarse, todas ellas, hacia el mismo punto fundamental: desviar la vista del *reduccionismo* propio de las teorizaciones «estándar». La idea central del presente trabajo es salir al paso de tales intentos de justificación para ese modo tan unilateral de abordar las cuestiones jurídicas. De tal manera procedo a complementar los señalamientos que en mi examen básico [Haba-1] efectué sobre la naturaleza esencialmente «escapista» de dicha orientación; las puntualizaciones que presentaré aquí traen a colación precisiones que son de importancia primordial, a mi juicio, en cuanto a aspectos que no fueron especificados suficientemente en dicho estudio.

Como el presente escrito es un tanto detallado, voy a adelantar ya, sólo aforísticamente, mis afirmaciones principales (indicando también dónde se encuentran desarrolladas acá mismo). Así el lector queda en condiciones de elegir a cuáles de ellas desea prestarle su atención, si prefiere no detenerse en la totalidad de esos aspectos que considero oportuno aclarar.

-- NO he sostenido, ni directa ni indirectamente, ninguna de las principales ideas siguientes (Atienza me las imputa):

- que la base metodológica de los estudios de Teoría del Derecho sería deseable conformarla a las tesis principales del «positivismo lógico» [I.4]<sup>5</sup>;
- que los juicios de valor no son susceptibles de someterlos a discusiones «racionales» [II.1, III.1-2];
- que los razonamientos jurídicos no tienen «sentido» [III.1];
- que las decisiones judiciales no puedan ser «justificadas» mediante fundamentaciones «razonables» y hasta unas «racionales» –es decir, con base en ciertos modelos normativos de razonamiento, que en mayor o menor medida son ideales–; no impugno que tales argumentaciones constituyan la situación más general, ni que estas mismas tengan cierto «peso» –unas veces más, otras menos– entre los factores reales que co-determinan la parte resolutive de las sentencias) [III.2];
- que las falacias no son «contextuales» [IV.4.i].

-- Niego, asimismo, que de mis propias consideraciones se desprenda nada parecido a lo siguiente (Atienza lo «deduce», por su propia cuenta, de lo que él supone son ideas mías al respecto):

- que las puntualizaciones realistas acerca de los discursos judiciales (en todo caso, las mías) «no pueden» servir para «orientar»/«guiar» al jurista práctico en sus tomas de decisión (sentencias y demás), o que acaso los realistas no quieran «ayudar» a «mejorar» los discursos jurídicos [III.3].

-- SOSTENGO, sí, las siguientes tesis metodológicas fundamentales:

- que también a los estudios de Teoría del Derecho se aplica la dicotomía señalada por Weber en cuanto a orientarse como «político» o como «científico» [II.5];
- que una cosa es la posible *verdad* de tales o cuales tesis sostenidas en el seno de dicha Teoría, mientras otra cosa es la eventual *utilidad* que ellas mismas puedan tener de hecho en las propias prácticas de los juristas profesionales [II.5];
- que por lo general esas tesis no alcanzan a tener, en el mejor de los casos, más que alguna «fertilidad» cognoscitivo-heurística («ideas para tener en cuenta», entre las cuales puede haber también unas que se invoquen a título de parangón como modelos normativos de razonamiento) [II.6];

---

<sup>5</sup> La cifras colocadas entre corchetes remiten al numeral donde hay unas explicaciones sobre ese punto en el presente trabajo.

- que es fundamental saber si un juicio de valor se entiende como «categórico» o como «instrumental», y que la abrumadora mayoría de los juicios de valor utilizados por los juristas corresponden decisivamente (al menos en parte) al segundo tipo [II.1.i, II.4];
- que también es capital no confundir entre los alcances que pueda tener un *meta*-lenguaje como tal –así la Teoría del Derecho– y los alcances que tienen los discursos mismos del lenguaje-*objeto* considerado –así los razonamientos de los propios juristas prácticos– [III.ii];
- que palabras como «racional», «razonable», etc., se suelen usar como *fórmulas vacías* (o, en todo caso, semi-vacías) –digamos: sin «carnet de identidad»– en los discursos jurídicos *efectivos* [II.3];
- no quiere decir que esos términos no se pueden definir *teóricamente* en formas que no sean ya tan manipulables, sobre todo «racionalidad» (*cfr.* Max Weber) –pero *no* es así cómo aparecen en dichos discursos mismos– [II.3];
- que el carácter de *generales* que tienen las tesis sostenidas en Teoría del Derecho conlleva, debido a la naturaleza misma de esta materia, que si bien es posible señalar ciertos indicios de «prueba» con respecto a ellas y hacerlas objeto de ciertos «controles» discursivos, empero no resulte posible someterlas a «métodos rigurosos» de verificación empírica [II.2];
- que los «argumentos falaces» (Síndrome normativista [abrev.: Síndrome] y demás) suelen incidir *importantemente* en el «centro» de las discrepancias entre los juristas prácticos [IV.4];
- que para alcanzar «transparencia» en las fundamentaciones jurídicas es de la más alta importancia saber distinguir *netamente*, en el seno de cada una de ellas, entre elementos «descriptivos» y elementos «prescriptivos», porque estos dos tipos de elementos corresponden respectivamente a «gramáticas» cuyos requisitos de «prueba» son de muy distinta naturaleza «categorial» para los primeros que para los segundos [IV.5];
- que, sin perjuicio de lo anterior, desde luego ambos tipos de enunciados se pueden «combinar» entre sí, como incluso: a) es corriente que la selección de los elementos descriptivos venga determinada por unos elementos de juicio valorativo-prescriptivos, y b) que el alcance jurídico otorgado a los segundos dependa de comprobaciones acerca de los primeros [IV.5];
- que nada de lo señalado significa descartar la presentación de modelos *ideales* para el razonamiento jurídico (hasta yo mismo he ofrecido uno de «cuatro pasos»), ni negar que eventualmente algunos de estos puedan tener cierto valor heurístico para juristas que se resuelvan a tomarlos en cuenta; siempre y cuando no deje de hacerse la advertencia, pero en forma *inconfundible*, de que tales modelos *no* constituyen comprobaciones sobre cómo el derecho funciona *realmente* (aunque de seguro ellos comprendan también unas similitudes con razonamientos jurídicos habituales) [IV.5];



- que el cognitivismo axiológico normativista en que se basan las teorizaciones «estándar» no es otra cosa que un *postulado de fe* (... del «wishful thinking» al «mons razonabilis») [IV.1];
- que la diferencia esencial entre las aproximaciones «estándar» y los enfoques realistas reside en que las primeras constituyen unas visiones muy *reduccionistas* acerca de los discursos jurídicos; por lo demás, las maneras cómo dichas aproximaciones presentan a estos últimos constituyen una «cirugía estética» al respecto [II.4, IV];
- que las aproximaciones realistas, para ser tales, no tienen por qué desconocer la importancia práctica *efectiva* que puedan tener las argumentaciones presentadas en los tribunales (por ende, tampoco descartarán la pertinencia de tales o cuales observaciones contenidas en teorías «estándar», en cuanto estas no confundan unos ideales con dichas prácticas en sí mismas) [II.6];
- que todo cuanto de dichas teorías sea rescatable para orientar realmente unas *prácticas* jurídicas, o al menos lo sea como *heurística* para mejor conocimiento de ciertos aspectos de estas mismas, ciertamente será bienvenido por el realista (p. ej., ello puede caber dentro del 1<sup>er</sup> «momento» del modelo procedimental jurídico-realista de «cuatro pasos» expuesto por mí) [II.6];
- pero el realismo jurídico<sup>6</sup> no se queda *ahí* (conformarse con elucidaciones limitadas a poner sobre la mesa unos *topoi* del pensamiento jurídico, sean o no «razonables», para dicho «1<sup>er</sup> momento»), sino que va mucho más allá: exige completar el examen meramente *semántico*-argumentativista (aquel «1<sup>er</sup> momento») con decisivas consideraciones de orden discursivo-*pragmático* (así, al añadir los «tres pasos» de análisis indispensables para esclarecer lo más posible las dimensiones *prácticas* de los argumentos presentados en su «paso» inicial) [II.6].

---

<sup>6</sup> Cuando escribo «el» realismo o «el» realista, no es cuestión de entender, ¡por favor!, que ignoro diferencias y también contradicciones entre distintos autores conocidos como «realistas». Pero, para los efectos de cuanto trato de explicar aquí, no hay necesidad de detenerse en ellas. En todo caso, dado que Atienza me hace el honor de tomar como punto de referencia lo escrito por mí, cabe entender que aquí la discusión puede quedar centrada en puntualizaciones como las mías (sobre todo puesto que estas no contradicen, me parece, las principales ideas de los pensadores más célebres de la «familia» de autores llamada así).

## I. PUNTUALIZACIONES LIMINARES

### I.1. Estilos contrapuestos: brevedad «cómoda» (la de A.) vrs. extensión reprochada (la de H.)

Las cuestiones suscitadas por esta segunda intervención de Atienza no son escasas. En la mayoría de cada uno de los numerales de su escrito se combinan más de una tesis, por lo general formuladas en forma simplemente aforística: él las presenta como si fueran evidentes *en sí y por sí*, o poco menos. Ante *tal* tipo de presentación, yo podría (¿debería?) seguir el mismo estilo, responder en forma no menos aforística, esto es: donde Atienza dice simplemente A, contentarme con decir no menos simplemente B (afirmación que discrepa, ya sea en todo o en parte, de A). Sólo que, a mí no me parece que valga la pena hacer de este intercambio de ideas una mera contraposición de dogmas, presentados apenas como tales. Pretendo ofrecer *razones* en apoyo de mis propias tesis y *razones* para poner en duda las tesis que no comparto.

Ahora bien, tanto en su nueva intervención como en la precedente, a Atienza le ha parecido importante llamar la atención sobre lo poco recomendable que es, a su juicio, que mis explicaciones se extiendan mucho más de lo que, a su juicio, yo debiera hacerlo. Me ocupo aquí de esta observación suya, únicamente en razón de esa importancia que el propio Atienza le da, vista su insistencia en ello.

Mi gentil comentarista entiende, al parecer, que lo de la extensión de un escrito es algo así como una simple cuestión de gustos, o en todo caso de temperamentos personales:

«... no quiere decir que haya que emplear páginas y más páginas en escribir cosas que podrían caber *cómodamente* en un par de párrafos. Enrique Haba, como se ve, es escritor de prosa suelta y abundante. Yo tiendo a ser más sintético...» [1]<sup>7</sup>.

Claro, no puedo descartar que tal vez Atienza habría logrado, él sí, «hacer caber *cómodamente* en un par de párrafos» las *aclaraciones* y las *pruebas* que sustituyeren (¡sin faltantes decisivos!) a la gran mayoría de cuantas he suministrado en mi intervención anterior [Haba-2], ¡y ni que hablar de las que presentaré aquí! Sea como fuere, desde luego resulta bien «cómodo» saltarse unas precisiones decisivas, por más que conciernan *directamente* y de manera muy *decisiva* al punto mismo de que se está hablando. Basta entonces con plantearlo como si aquellas no existieren ni puedan existir, así no habrá obstáculo a la vista para ser señaladamente más breve –¡muchísimo más!– que quien se decida a hacerlas ver. Lectores apresurados no dejarán de agradecerlo.

---

<sup>7</sup> Las cifras entre corchetes al lado de líneas tomadas de Atienza-2 indican el respectivo numeral suyo; y en algunas, cuál es ahí el párrafo (pár.) de donde se extractan esos pasajes.

«Lo bueno, si breve, doblemente bueno». ¡Claro que sí! Pero no menos cierta es la fundamental advertencia de Aristóteles a Alejandro: «Su Majestad, ¡no hay camino real [el breve] para las Matemáticas!». En muchos otros tipos de conocimientos, tampoco. También por mi parte, entiendo que el asunto no es si un escrito a uno le sale o no le sale «sintético», sino ver si mediante él se alcanza a *explicar* lo que necesite ser explicado. Si el presente texto es muchísimo más extenso que el comentario de Atienza al que respondo de esta manera, se debe a que me propongo des-velar no pocas afirmaciones tuyas donde él ha omitido suministrar explicaciones fundamentales al respecto, justamente unas que por cierto no son nada obvias.

No es raro pensar que cuanto uno cree, no puede menos que ser tan palmariamente evidente para cualquier otro como lo es para uno mismo. Algunas pocas indicaciones acerca de ello deberían entonces bastar, ¿por qué no?, para hacer ver *eso* a los demás. Si a uno le parece del caso escribir algo al respecto, ¿por qué no ahorrarse, y sobre todo ahorrarle a sus lectores, más explicaciones sobre ello, siendo que eso es tan evidente? Bastaría con escribir la idea central, más algunos ligeros complementos si acaso... ¡y ya! Los lectores saldrán iluminados a primera vista por lo que señala ese autor, o en todo caso encontrarán por sí mismos las razones que respaldan tales puntos de vista. ¿Es así? Lo es únicamente cuando al lector se le dicen cosas que sabía ya, o en todo caso unas bastante obvias (o que parecen serlo) en las cuales no había llegado a pensar pero están muy al alcance de la mano. Tal *no* es el caso para puntos de vista como los que trataré de subrayar acá. No se me oculta que, por eso mismo, un texto como este mío resulta notablemente mucho menos «cómodo» de leer que el de Atienza –¿qué duda puede haber?–. Seguir el itinerario de distinciones analíticas que no se suelen señalar, máxime cuando no son escasas (así en buena parte de las elucidaciones que habré de presentar), demanda del lector un esfuerzo de atención suplementario que bien puede resultarle bastante «cansado»... [en Costa Rica, cualquier estudiante diría: ¡qué «pereza», tener que leerse semejante «tanate» (gran montón) de páginas!].

Las observaciones planteadas por Atienza son «sintéticas», sí, pero mediante no pocos «saltos» teóricos básicos. Para hacer palpable en qué consiste exactamente cada una de estos, se hace indispensable ANALIZAR –¡no es cosa evidente, ni mucho menos!– alguna de las dos cuestiones siguientes, o ambas, con respecto a una misma observación tuya: a) *cómo* es que yo *no* sostengo nada parecido a lo que él me adjudica; b) *por qué* lo sostenido por él conlleva *pre-supuestos* no explicitados, acerca de los cuales no suministra indicios que permitan reconocer si son unos u otros, de los cuales depende poder aquilatar a *qué* se refiere específicamente la afirmación tuya considerada y cómo saber si es acertada o no. Suele tratarse de afirmaciones fundamentales que *parecen* muy sencillas; mas al ser sometidas a análisis se revelan no poco ambiguas, solo así se logra percibir que resultan demasiado in-discriminadas. Esas son in-determinaciones que importa sobremanera advertir, no acaso en virtud de un prurito de precisión por la precisión misma, sino porque tales

ambigüedades tienen consecuencias decisivas para «manipular» el manejo *práctico* de las categorías teóricas en cuestión.

Claro, no me cuesta comprender que dedicarle tiempo a examinar puntualizaciones de *tal* índole no puede constituir, para Atienza, un solaz intelectual como el de leerse, por ejemplo, tres tomos de confortaciones a la Ferrajoli. No me queda sino pedirle disculpas por abusar de su gentileza, al someter su paciencia como lector hasta a una segunda carga de precisiones que, eso sí, son de naturaleza muy diferente a las presentadas por autores como aquel; y máxime que las mías apuntan hacia lo que estos últimos dejan entre bambalinas. Sin embargo, dado que lo extenso de mi respuesta anterior [Haba-2] ha obtenido que mi contradictor «tome por la raíz» algunos aspectos verdaderamente *claves* en relación con ciertos planteamientos efectuados en mi artículo básico, tal vez no estuvo tan de sobra presentar la minuciosidad de precisiones que me resigné a acumular en dicha contestación primera. Ahora trataré de *aclarar* (en el sentido más propio de esta palabra) el cúmulo de cuestiones suscitadas por la nueva intervención de Atienza. No sé si al fin de cuentas ellas surgen debido a que, acaso, él se preocupó antes bien por ser «más sintético» que por *analizar* las principales afirmaciones en juego, no menos las suyas propias que las mías.

[Nota.- Habida cuenta de lo presentado en el apartado inicial [0] y de la recapitulación parcial que ofreceré más abajo [II.7], tal vez podría concedérseme que, después de todo, no me es tan irremisiblemente ajena la posibilidad de ser «sintético». Sólo que, mi preocupación principal al ofrecer un trabajo anda por otro lado, no me obsesiona la brevedad por la brevedad *misma*. Pero cada lector queda en condiciones de reducir mucho, o hasta muchísimo, la extensión del presente texto, para lo cual le bastará con detenerse únicamente en aquellos puntos del Sumario adelantado que sean de su interés. En el extremo de lo «sintético» que Atienza me recomienda ser, tal vez hasta podría bastar con fijarse en aquellos dos apartados de resúmenes señalados al comienzo de esta Nota. Más aún: si al lector no le asalta ninguna duda en cuanto a lo señalado en dicho numeral inicial, quiero ser el primero en aconsejarle que detenga definitivamente su lectura aquí mismo.]

## I.2. ¿A qué se le ha de llamar teoría «estándar»? (una cuestión de palabras)

A diferencia de su intervención anterior, ahora mi crítico no me pide unas «determinaciones» (detalladas ya en mi texto básico) con respecto a elementos definatorios y autores involucrados en lo que he llamado, siguiendo al propio Atienza, teorías «estándar». En cambio, pasa a tomar eso de manera tal que, al fin de cuentas, la diferencia entre nosotros sobre *qué* es dicha teoría viene a ser apenas una cuestión de palabras.

En esta ocasión, él dice simplemente que podría haber una «confusión» en cuanto a que él y yo hemos empleado una misma *palabra*, «estándar», para aludir respectivamente a orientaciones que no son del todo idénticas entre sí. [Ya no dice que «no puede saber» de *qué* se trata para mí, pues se lo he señalado palabra por palabra: *cfr.* Haba-2, § 2.] Señala que lo presentado por mí bajo

dicho nombre deriva de un entendimiento erróneo del pasaje suyo que transcribí al respecto:

«Bueno, creo que aquí ha habido una confusión. Estos cuatro últimos rasgos (junto con otros ocho o nueve), yo los utilizaba para caracterizar no a la “teoría estándar de la argumentación jurídica”, como parece haber supuesto Haba, sino a una concepción del Derecho de la que participaría una clase más amplia y heterogénea de autores, señalando además que ninguno de ellos asumía todos los rasgos que allí indicaba, aunque sí un número significativo de los mismos» [2.1].

Tal vez haya o tal vez no haya verdaderamente alguna «confusión» terminológica ahí metida. Quede en manos de cada lector examinar, y mejor aún si lo hace con ese libro de Atienza a la vista, si soy yo quien comprendió mal los pasajes que recogí en mi estudio básico o si fue su autor quien no se explicó con suficiente exactitud al respecto. Mas el asunto no es, digo yo, la etiqueta que yo haya tomado para ponerle a la «cosa» (sea esta o no sea bastante coincidente en contenido con lo que él denominó así), sino saber en cuánto acierto o me equivoco con respecto a la sustancia discursivo-práctica *en sí misma* de esa «cosa», llámesela como fuere.

Aun concediendo, *gratia probandi*, que ese malentendimiento no se deba sino a una lectura demasiado «ligera» (digámoslo así) de mi parte, lo rectificado por Atienza no afecta al *fondo* mismo del asunto planteado por mí. Sean cuales fueren los autores que Atienza incluye como representantes de la visión propiamente «estándar» sobre la argumentación jurídica (y concedamos, otra vez *gratia probandi*, que Dworkin y Ferrajoli no aparezcan comprendidos allí): ¿no es verdad que las teorías de aquellos están basadas en los cinco rasgos destacados por mí [Haba-1: § 2] como típicos de dicha orientación? (sin perjuicio de que los presenten incluso otros autores, digamos «no-argumentativistas»). Supongamos, en fin, que los rasgos especificados por mí como propios de la «teoría estándar» no coincidan (en poco o en mucho) con cuanto Atienza guste llamar así, pero la verdadera cuestión es: ¿tienen o no tienen dichos rasgos los autores que he ubicado bajo tal rubro? Supuesto que sí los tengan, esos mismos autores y en general sus seguidores: ¿qué sería lo falso, o al menos confusionista, de lo señalado por mí con respecto a tal *corriente* doctrinaria?

Yo no tendría inconveniente en eliminar de mi exposición la palabra «estándar», si Atienza considera que esta puede llamar a confusión con respecto a lo que él mismo denomina así. Bastaría entonces con sustituirla (puede hacerlo cada lector por su propia cuenta), en cada una de sus apariciones en mis textos, por etiquetas como argumentativo-«ilusionista» –así reza en el propio título de mi estudio básico– o argumentativo-«idealista», para identificar en general la orientación a que me refiero. Por mi parte no alcanzo a percibir en qué esta cuestión de palabras, lo de *llamarle* así o asá a lo que desde el comienzo he dejado definido con bastante exactitud –autores + tesis [*cfr.* Haba-2: § 2]–, implique que, por este detalle de arbitrios terminológicos, resulte menos cierto el propio fondo de los planteamientos que efectúo identificando su objeto

central mediante dicho letrado convencional, sea «estándar» o cualquier otro. Y si tales planteamientos estuvieren errados *en sí mismos*, ¡el nombre es lo de menos!

### I.3. ¿Una «conspiración» del silencio...?

Dice Atienza: «... pretensión de que sólo él [H.] (y algunos otros pocos autores a los que se refiere como “realistas”) son capaces de hablar sobre lo que los otros callan porque al parecer estos últimos participan (participamos) en una especie de “conspiración del silencio” para defender no se sabe qué intereses académicos...» [2.4]

Que el «silencio» en cuestión está ahí, es un *hecho*; no lo niega ni el propio Atienza. Pero que se trate de algo así como una «conspiración»...: ¡eso lo dice él, no yo! Bien he subrayado que:

«... no acuso a los teóricos “estándar” ... de *querer* esto o aquello ... eso sí, [entiendo] llamar la atención sobre lo que sus discursos HACEN *prácticamente*» [Haba-2: poco antes de la n. 2].

No veo por qué habría de extrañarme que, como pasa con los cultores en general de cualquier ideología, esos disimulos suyos los practiquen espontáneamente y en «buena conciencia». En todo caso, si Atienza quiere saber *por qué* ellos callan lo que callan, puede hacer la prueba, por ejemplo, de interrogar a un representante tan eminente de esa orientación como lo es su amigo Alexy. Podría preguntarle –tal vez a Atienza acepte aclarárselo– acerca de lo que aquel no ha querido responder (tampoco ninguno de sus seguidores): ¿por qué en su obra fundamental, *Teoría de la argumentación jurídica*, donde toma en serio hasta opiniones de nada menos que alguien tan «suspect» (por decir lo menos) como Larenz, en cambio hace como si no existieran estudios alemanes respaldados en documentación ilevantable de la índole que tienen la puesta de relieve en los exámenes de Rüdigers, Scheuerle y Lautmann, sobre las argumentaciones en los tribunales de su propio país? [Tales exámenes no los ha tomado en cuenta tampoco, que yo sepa, en ninguno de sus trabajos ulteriores<sup>8</sup>.]

Atienza señala también que:

«... H. nos debe una explicación de por qué, en su opinión, los teóricos de la teoría estándar (y, al parecer, también yo) [a] *no tienen* (tenemos) *más remedio* que callar acerca de lo que, al parecer, el sí puede hablar. Sugiere la posible existencia de [b] intereses académicos o de algún otro tipo ( en todo caso, “sinistros”...)» [3.3.5].

[a] No he dicho que esos autores «no tienen más remedio», sino simplemente que *de hecho* sus estudios «callan» al respecto. Más aún, en verdad no creo que realmente ellos *no* tengan «más remedio» que hacerlo así; al contrario, pienso que esta es una *decisión* suya propia (tengo entendido que en

---

<sup>8</sup> Ello a pesar de haberle recordado esos sitios hasta yo mismo, y nada menos que en la más connotada revista alemana de Teoría del Derecho [cfr. Haba-2: n. 53].

esos países tiene bastante efectividad el principio «libertad de cátedra» para las opiniones de los profesores universitarios).

[b] No caeré en la hipocresía de negar que creo, sí, que en general resulta más conveniente para los profesores no ser *demasiado* «críticos», sobre todo frente a su propio *establishment* académico. Claro que yo no llamaría «siniestros» a tales intereses; después de todo, son lo más normal del mundo, en todos los medios académicos. No alcanzo a ver por qué los profesores de Teoría del Derecho habrían de estar investidos, todos o casi todos ellos, de un singularísimo manto propio de santidad, del cual por cierto no dan muestras la gran mayoría de los pertenecientes a las demás disciplinas universitarias<sup>9</sup>. Sin embargo, tampoco considero improbable que la generalidad de los académicos creen sinceramente, ellos mismos, en las posiciones teóricas dominantes en su *establishment*; antes bien, pienso que es eso lo más común. No es que piensen así por motivos simplemente de «conveniencia», sino que esta última se integra sin dificultades en lo que pensarían de todas maneras en *ese* medio («efecto Vicente»: *cfr.* Haba-1, n. 53). También hay, desde luego, académicos que aceptan las tesis dominantes, pero habiendo reflexionado *personalmente* a fondo acerca de ellas mismas e incluso sobre las opuestas; no me parece que sea la situación más habitual, pero es indudable que existe (estoy convencido de que tal es, justamente, el caso de Atienza).

De todos modos, aun si estuviera yo equivocado en tales respectos, no veo en qué pueda esto hacer tambalear las tesis centrales que sostengo sobre la magra validez *teórica* que tienen las aproximaciones tipo «estándar». Dichas tesis no se sostienen, lo he recalcado más de una vez, con base en cuanto personalmente quieran o no quieran (en su respectivo mundo subjetivo) unos u otros autores de esa corriente, sino por las razones de orden empírico-objetivo que he señalado en forma expresa. — Por lo demás, y ya hablando en términos del todo generales, muy lejos estoy de suponer que las *actitudes* sociales compartidas en el seno de tal o cual grupo amplio de personas se deban a algo así como unos «acuerdos» razonados conscientemente entre ellas, con vistas a alcanzar algún objetivo nítidamente pre-visto en común, para lograr el cual se organizaría una «conspiración» o cualquier otra acción conjunta lúcidamente establecida con vistas a la finalidad específica propuesta. Así, en cuanto al grupo académico conformado por los teóricos «estándar» y sus numerosos seguidores en el medio profesoral del derecho, sucede simplemente que los teóricos «estándar» comparten espontáneamente la *actitud* básica en cuanto a

---

<sup>9</sup> «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 europeos 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» (Andreski, S., *Las ciencias sociales como forma de brujería*, Madrid: Taurus, 1973, pp. 233 ss.). ¿Harán falta abundantes, y por cierto muy «rigurosas», investigaciones «de campo», para darse cuenta de eso?

que todos ellos «se desentienden» [como bien dice Atienza: 2.2 *in fine*], cada quien por su propio lado, de aquello que les interesa muy poco o nada: los razonamientos jurídicos no-ideales, la «tierra» del derecho. Semejantes «desentendimientos» nada tienen de «conspirativo», claro está, pero eso no quita que sean lo que son: ¡silencio! (sobre lo «desentendido»).

**I.4. El pre-juicio teórico cardinal de las críticas formuladas por Atienza: ¿«positivismo lógico» como base de las tesis realistas en examen?** [Atienza: 3.2, párs. inicial y el sexto *in limine*]

Según el primer comentario de Atienza, soy un «crítico crítico», como aquellos jóvenes hegelianos de «la Sagrada Familia» satirizada por Marx. Pero he aquí que de acuerdo con su segundo comentario me he transfigurado, gracias a Dios (y a Atienza), ni más ni menos que en «neopositivista». Bueno, al parecer Atienza sabe cómo atar esas dos moscas por el rabo («¡Báíleme ese trompo en una uña!», dicen en Costa Rica), pues ha conseguido descubrir, al parecer, que soy un espécimen de la singular cepa conformada por los neohegelianos que son neopositivistas...

En efecto, ahora Atienza me ubica en los zapatos de Ayer (su primera época<sup>10</sup>) y en general confinado entre las murallas del llamado «positivismo lógico». Quiere decir que han escapado a su atención no pocos matices de lo expuesto por mí, cuya relevancia es fundamental para las tesis que defiendo. Posiblemente sea ese pre-juicio teórico, al catalogar simplemente bajo tal ángulo unas tesis como las mías, la fuente básica de donde han surgido buena parte de las no pocas suposiciones tuyas equivocadas acerca de mi pensamiento. Era para mí un misterio de dónde habrá sacado tales suposiciones, descifrar *en qué* se habrá basado para imaginarse todo eso. No fue sino al encontrarme con dicha observación tuya cuando caí en la cuenta del asunto. Todo indica que Atienza ha partido en forma simplemente apriorista de tal pre-supuesto a mi respecto. Siendo así, ya no habría por qué examinar en especial mis *propias* argumentaciones; para «rebatirlas» bastaría con recordar las clásicas críticas presentadas, desde muchos años atrás, contra aquella orientación filosófica. Tal pre-supuesto epistemológico explica lo sostenido por Atienza en la cara «negativa» [*supra*: 0 *in limine*] de las observaciones contenidas en sus dos comentarios: por qué él ha podido imaginarse que sostengo lo que no sostengo.

No negaré que *algunas* de mis tesis pueden guardar *algún* «parentesco» con advertencias sobre las cuales llamaron la atención agudos autores de dicha

<sup>10</sup> Para diferencias importantes frente a una etapa posterior en el pensamiento de ese autor, con respecto la cual estoy mucho más cercano, puede verse Haba, E.P., *Los juicios de valor Elementos básicos de Axiología General* (Segunda edición, 2010). *Epistemología del discurso valorativo práctico (Materiales para discernir condiciones de racionalidad en esos discursos)*: § 85. [Editorial UCR, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio (San José, C.R.), 2010, xxxvii-449 p. (obtenible en <http://www.libreriaucr.com/catalogo/>). Es la edición revisada y ampliada de la obra publicada anteriormente, 2004 y 2008, bajo el título principal: *Elementos básicos de Axiología General*.]



corriente. Pero esas tesis están emparentadas también, y pienso que mucho más, con ideas muy conocidas de pensadores como, entre otros (me limito al siglo XX y menciono nada más algunos muy conocidos internacionalmente): Dewey, M. Weber, Freud, racionalismo crítico (Popper, Albert, etc.), Ogden/Richards, Wittgenstein(II)/Waismann, Perelman(I), Adorno/Horkheimer, Bachelard, Berger/Luckmann, Polanyi, T.S. Kuhn, Bourdieu/Chamboredon/Passeron, Kolakowski, incluso Gadamer... –¡sabrá Atienza, supongo, en qué consiste el «neopositivismo» de cada uno de ellos!–. Le aliviaré al lector detenerme a señalar ideas de mis escritos en donde esas influencias son muy manifiestas, ni subrayar algunos de los aspectos medulares en que lo elucidado ahí va sensiblemente más allá de los límites tan estrechos a que me encoge Atienza. Después de todo, poco importa cuáles sean las «fuentes» de unas tesis sostenidas por mí, sino el acierto o desacierto de estas *en sí*, tal como las he planteado *verdaderamente*. Por lo visto, el pre-juicio de Atienza al identificarlas sin más con unas limitaciones propias de aquel viejo «positivismo lógico» (limitaciones que, por lo demás, hace tiempo dejaron de ser sostenidas así en la epistemología contemporánea), le ha llevado a prestarle más atención a ese pre-juicio mismo que a mis propias afirmaciones.

## II. PRECISIONES METODOLÓGICAS FUNDAMENTALES

(de orden general)

### II.1. Errores categoriales básicos<sup>11</sup> en Atienza (su *in-distinción entre planos del pensamiento disímiles*): confunde [i] entre juicios de valor categóricos y juicios de valor instrumentales, [ii] entre lenguaje-objeto jurídico-profesional y sus meta-lenguajes teoréticos

... nada es demasiado «pedante» si sirve para evitar confusiones (Max Weber)<sup>12</sup>.

Aquí llamaré la atención acerca de dos importantísimos binomios categoriales del pensamiento analítico, cuya no consideración en los planteamientos de Atienza le lleva a ver las cosas bajo el ángulo de falsas alternativas. Dice él:

[i] «Lo razonable tiene que ver con *valores* (si se quiere, con actitudes), pero yo no creo que hablar de valores (y por tanto de actitudes) sea *simplemente* una cuestión de gustos y de emociones». [ii] «H. tiene razón en que el concepto de “razonabilidad” no tiene un “contenido descriptivo bien determinado”. Pero si usáramos este criterio para *determinar* qué conceptos (o qué expresiones) podemos usar en nuestros discursos (en los de tipo jurídico, moral o político), habría que llegar a la conclusión de que son muchos los que tendríamos que *suprimir*» [3.2: párs. quinto *in fine* y sexto *in limine*].

<sup>11</sup> Se trata, también aquí, de confusiones que bien pueden entrar dentro del ámbito general de lo que G. Ryle denominó «category-mistake».

<sup>12</sup> Weber, M., *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires: Amorrortu, 1973, p.240.

[i] JUICIOS DE VALOR CATEGÓRICOS Y JUICIOS DE VALOR INSTRUMENTALES (*¡no confundir!*)

Por cierto, yo no he dicho que *meramente* («simplemente»), sin más: valores = gustos o emociones. Tampoco he negado, en modo alguno, que lo razonable (sea esto lo que fuere), y aun lo racional (inclusive en la acepción de que para este término me valgo yo mismo<sup>13</sup>): «... *tiene que ver* con valores». Antes bien, he subrayado lo contrario. No omití señalarlo, por lo pronto, en mi estudio básico, aunque ahí es sólo al pasar<sup>14</sup>; pero inclusive allí mismo no dejé de indicar [*cf.* su n. 77] sitios en donde examino más circunstanciadamente esa cuestión, la importancia *decisiva* que en los razonamientos normativos reviste – ¡claro que sí!– el hecho de que su ilación *misma* dependa de tales o cuales bases cuya configuración «*tiene que ver* [¡sí, y mucho!] con valores» (Atienza). Más: mi propio modelo de «cuatro pasos» está vertebrado, de punta a punta, por la dependencia que los razonamientos contenidos en cada uno de dichos pasos tienen con respecto a unos juicios de *valor*<sup>15</sup>.

Lo que verdaderamente está en discusión no es si «Lo razonable tiene que ver con *valores*», sino *cómo* «tiene que ver» con ellos. A Atienza le parece que, para responder a esta cuestión principal, basta con decir que la concepción de él –y de los teóricos «estándar» en general– al respecto es más «amplia» que unas «estrechas» como las que he llamado realistas. Sólo que, todo el asunto es: ¿más «amplia» en *qué*? [*infra*: II.3].

Para elucidar esto último, es indispensable empezar por saber a *qué* le estamos llamando «valores» en este contexto. Tengo la impresión de que Atienza cree que la respuesta a tal pregunta es obvia, o poco menos, o que para aclararlo basta con señalar que el contenido de ellos –¿de *todos* ellos?– no es «*simplemente* una cuestión de gustos y de emociones». Ya dije que, por mi parte, estoy dispuesto a reconocer (lo he hecho siempre) que no se trata «*simplemente*» de tal cosa. Pero, aun así, estamos muy lejos de responder a dicha pregunta básica. Yo no veo cómo pueda contestarse sin evasivas a ella si omitimos *distinguir* entre unas y otras especies fundamentales de juicios de valor

<sup>13</sup> *Cfr.* Haba-2: § 5 (esp. a la altura de las ns. 65 a 67 y también esas mismas notas).

<sup>14</sup> Véase, p. ej., los siguientes pasajes: «... no es indiscutible, por cierto, que no se pueda llegar a incorporar unos métodos ... [que obren] en combinación con unos axiomas *valorativos*, para así extraer ciertas conclusiones *normativas* bien demostradas» (Haba-1: a la altura de la n. 56); «... muy diferente, sería propugnar que cierto ideal no sea tomado en consideración para juzgar *valorativamente* y tal vez hasta tratar de introducir modificaciones en cierta realidad. (...) [eso] sería creer (*¡qué disparate!*) que el pensamiento humano puede funcionar sin dejarse guiar mediante *ideales*, sean cuales sean (Id.: poco antes de la n. 77).

<sup>15</sup> *Cfr.* Haba, E.P., *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, Madrid: Dykinson, 2006, sec. C.II.4; esp. véase allí el «Tercer paso: *axiológico-teleológico*» (304 ss.). — Una versión muy ampliada de esta obra se publicará por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica: *Metodología (realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*, Editorial UCR (en prensa), San José (C.R.) [será obtenible en: <http://www.libreriaucr.com/catalogo/>].

Ahora bien, resulta que Atienza se saltea ni más ni menos que las dos distinciones más básicas al respecto, esto es: a) entre «valores» y «valoraciones»; b) entre juicios de valor *categoricos* y juicios de valor *instrumentales*. No sé si entiende que esas distinciones carecen de importancia, al menos para las cuestiones que estamos considerando aquí; o si piensa, acaso, que lo señalado por él es aplicable a dichas cuatro categorías por *igual*, en cuyo caso estaría de más distraerse en hacer al respecto tales diferenciaciones. [Puesto que se trata de unas categorías analíticas tan elementales, no estimo necesario detenerme aquí a explicar en qué consisten, ni señalar la amplia gama de confusiones que surgen de no tenerlas en cuenta<sup>16</sup>.]

Porque en los planteamientos de Atienza *no* son tematizadas tales diferencias, sus observaciones en cuanto al papel de los «valores» en el pensamiento jurídico resultan ser de lo más ambiguas, como habremos de ver [esp. II.3 y III.1-2].

**[ii]** CONFUSIÓN ENTRE META-LENGUAJE (*Teoría del Derecho*) Y SU LENGUAJE-OBJETO (*discursos jurídicos normales*)

He aquí otra distinción fundamental<sup>17</sup> que Atienza pasa por alto. Se trata, en lo sustancial, de aquello que Kelsen vio tan claramente (si bien él no llegó a tematizar dichas categorías conceptuales generales) al saber distinguir<sup>18</sup>, ¡sin disimulo alguno!, entre «*ciencia* jurídica» –lo que hoy llamamos Teoría del Derecho– y la «*función* jurídico-*política*» en sí misma –discursos de los jueces, abogados, doctrina profesional, etc.–. En efecto, cuanto sea «*ciencia*» jurídica consiste en un orden de reflexiones situadas *más allá* de la propia práctica jurídica corriente. Son consideraciones *a propósito de* (*meta-lenguaje*) ciertas cuestiones de derecho, pero tales reflexiones no constituyen la práctica jurídica *misma* (*lenguaje-objeto*). Tanto las observaciones de Atienza como las mías están en el primero de esos dos planos. Quiérase o no, ellas no pertenecen (en sí mismas) al otro propiamente (en sí mismo). Esta zanja entre los dos planos discursivos está ahí, sea o no cierto lo que en el primero se afirme –por parte de los autores que fuere– acerca de cualesquiera contenidos del segundo.

<sup>16</sup> Al respecto puede verse *Metodología...* [ref. aquí: n. 15]: sec. C.III.5; o bien, para un examen mucho más pormenorizado, *cfr. Los juicios de valor* [ref. n. 10], esp. secs. E.I y F.II.2.

<sup>17</sup> No puedo detenerme a explicarla, mas es bastante conocida. Para una caracterización elemental al respecto, relacionándolo directamente con la cuestión examinada aquí, puede verse el § 4 de Haba, E.P., “Racionalidad e irracionalidad en el Derecho (¿Quiénes son los “irracionalistas”?)”, § 4; en J.F. Palomino Manchego (dir.), *Discusión sobre el carácter anticientífico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*, Lima: Grijley, 1999, pp. 271-315. — Versión previa: “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. La versión definitiva es el cap. III (donde el punto específico aquí referido es su § 5) de Haba, E.P., *La ciencia de los juristas: ¿qué «ciencia»? De la ciencia jurídica normal a la ciencia jurídica exquisita*, San José: Editorial Jurídica Continental, 2011 (en prensa).

<sup>18</sup> *Cfr. su Teoría pura del derecho* (trad. de la 2ª. ed. alem. 1960, por R.J. Vernengo), pp. 355 ss.

Si se tiene clara esta diferencia de planos, nada difícil es percibir que el problema planteado ahí por Atienza, lo de «suprimir» esos conceptos –los juicios de valor y en general los conceptos jurídicos indeterminados– no existe (salvo en el inconmensurable mundo de los equívocos). La «ciencia» del derecho si es *realista*, y más que más por ser *tal*, en modo alguno pretende «determinar» que unos conceptos como los señalados por Atienza («razonabilidad» y demás) *no sean utilizados* por los propios juristas prácticos. No se ve cómo podría, ni una «ciencia» jurídica ni nadie, eliminarlos de allí. ¡Difícilmente podría pasarle por las mientes semejante dislate a un investigador sobre los juegos de lenguaje jurídicos si él es *realista*!

## II.2. La cuestión de las «pruebas» en Teoría del Derecho (*¿Está huérfano de pruebas «empíricas», obtenidas mediante «métodos rigurosos», lo señalado en cuanto a «vicios» de las decisiones judiciales? ¿Significa eso una falsa generalización?*)

[i] «Esas ideas de H. (... las que tienen un alcance empírico-descriptivo) no parecen ser la consecuencia de alguna investigación de naturaleza empírica efectuada con métodos muy rigurosos». [ii] «¿A qué tribunales se refiere? ¿De qué país, de qué instancia, sobre qué materia? ¿Hay realmente algún trabajo “empírico” fiable que permita con fundamento *generalizar* como H. lo hace? ... *no se puede generalizar* en este terreno, dada la enorme variedad de contextos de argumentación (y de argumentación judicial) existente» [3.3.1-2(*in limine*)].

Considero que, estas sí, constituyen unas objeciones propiamente fundamentales acerca de mis planteamientos. Ahí se indica una crítica que es, al menos a primera vista, de verdadero peso. Mas tengo la impresión de que esas objeciones emanan de un pre-juicio muy generalizado en las ciencias sociales: la preconcepción de que *toda* afirmación importante, si es invocada en el marco de un pensamiento *científico*, necesita venir respaldada por un cúmulo de (o al menos unas cuantas) investigaciones metodológicamente «rigurosas»; en el sentido de que estas dejen constancia de un montón de datos, cuanto más numerosos tanto mejor y preferiblemente organizados en cifras (estadísticas y demás), relacionados con la afirmación en cuestión. Desde luego, no faltan quienes hayan puesto en evidencia lo cándida, y por demás reduccionista<sup>19</sup>, que es la creencia irrestricta en semejante dogma: ¡metodologismo!<sup>20</sup>. Por cuanto se refiere específicamente al asunto sometido a examen aquí, dichas observaciones de Atienza pasan por encima de dos principales órdenes de razones.

<sup>19</sup> Es típicamente el caso, por ejemplo, de aquellos que en la sociología «... esperan milagros de la tríada mítica: *archivos, data y computers...*» (Bourdieu, P., Chamboredon, J.C., Passeron, J-C., *El oficio de sociólogo*, México: Siglo Veintiuno Editores, 1985, p. 56)

<sup>20</sup> *Cfr. Metodología...* [ref. n. 15]: sec. B.III.2.

[i] ¿QUÉ «MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN», Y CON QUÉ «RIGUROSIDAD EMPÍRICA», HACEN FALTA PARA ACREDITAR UNAS TESIS COMO LAS JURÍDICO-REALISTAS ?

Métodos «empíricos», y nada menos que «rigurosos»: al parecer es eso, ni más ni menos, lo que Atienza me recomienda seguir. ¡Uyuyuyuy...! ¿Será que Manolo se nos ha convertido en un «positivista lógico»?

Sea como fuere, es evidente que esta cuestión va mucho más allá de cualquier argumentación *ad hominem*. Yo no tengo reparo en que un autor como Atienza, quien en sus dos libros fundamentales sobre argumentación no se ve que haya considerado del caso consignar que sus postulaciones acerca de ella se asienten en «alguna investigación de naturaleza *empírica* efectuada con métodos muy *rigurosos*», empero me reclame por qué no lo habría hecho *yo* en cuanto a las tesis de «alcance descriptivo-empírico» sostenidas en mis estudios de referencia. Bueno, tal vez Atienza no consideró necesario hacerlo para las suyas, justamente porque ellas *no* tienen tal «alcance». Ya tuve oportunidad de señalar que en las teorías «estándar» se trata, en lo principal, de presentar una suerte de «exhortaciones» para juristas ideales [*cfr.* Haba-1: § 6]; con vistas a esto, desde luego no se ve para qué puedan hacer falta comprobaciónes «empíricas». En cambio, mis afirmaciones centrales pretenden destacar unos *hechos*; por lo cual, efectivamente, ellas reivindican para sí «un alcance descriptivo-empírico» –en eso tiene razón Atienza–. Paso a explicarme acerca de ello.

Sobre lo del «rigor», me vi en la necesidad de plantear unas interrogantes básicas en mi intervención anterior [Haba-2: § 5]. En el presente contexto puedo hacer abstracción de ellas: para poner la objeción de Atienza en la posición más fuerte posible, aquí no voy a preguntar (como hice en dicho sitio) qué entiende él mismo por «rigurosos»; le concederé que lo sean en el sentido más fuerte posible de esta palabra –o, de cualquier manera, todo lo fuerte que quiera él– para la metodología de las ciencias sociales. Definidos *así*, no tengo óbice en reconocer que no me apoyo en investigaciones que tengan exactamente ese «rigor» (aunque no sé exactamente qué requisitos sobreentiende Atienza para ello). Ahora bien, ¿quiere eso decir que cualquier tesis con respecto a unos discursos sociales que no cuente con *tal* tipo de respaldos está desprovista, simplemente por tal carencia, de toda *plausibilidad* científica? ¿Cuántas de las principales ideas manejadas en las ciencias sociales *no* vendrían a ser injustificadas, sin más, quedando descalificadas *a limine* por no haber sido obtenidas mediante *tales* métodos ni poder ser comprobadas así, supuesto que la credibilidad de ellas vaya a depender principalmente de semejante rasero?

Lo cierto es que en las ciencias sociales hay toda suerte de gradaciones en cuanto a «rigurosidad» para las posibilidades *reales* de prueba. Claro está, no es que allí se pueda sostener «cualquier cosa», sin respaldo *alguno* que se reconozca como «prueba» (relativa); pero tal reconocimiento está sujeto a elementos muy variados de credibilidad, dependiendo de cuáles sean las cuestiones consideradas y cómo ellas sean «vistas» en los auditorios de

referencia. Por lo general, no se piden «pruebas» imposibles de obtener, ni tampoco se exigen para «cosas» que puede ver cualquiera que tenga los conocimientos básicos sobre el asunto tratado. Qué cuente, y qué no, como una «prueba» con respecto a la existencia generalizada de cierto fenómeno X, eso es algo que no admite unos cánones generalizados de «métodos» aplicables para «testar» todas las suertes de fenómenos sociales (sean discursivos o «materiales»). Ello varía en función de «regiones» de tales fenómenos y también según las pautas de *credibilidad* –las explícitas pero también las implícitas– difundidas en el auditorio ante el cual se presenten las «pruebas» del caso. Al fin de cuentas, *qué* se haga valer como «prueba» y *cuál* es la «rigurosidad» que se exija para ella dependen esencialmente de cómo ese «qué» y ese «cuál» resulten creíbles, en tal sentido, para su auditorio. En el presente caso, el auditorio no es homogéneo al respecto, Atienza y yo representamos unos subauditorios cuyas pautas básicas son en parte divergentes. Lo que yo considero «prueba» (relativamente), esas que he presentado en mis escritos, en cambio Atienza no las percibe como tales.

Por ejemplo, ¿cómo podría probarse «rigurosamente» que el fenómeno X se da comúnmente en cierto tipo de discursos? Si este tipo está compuesto por una cantidad extremadamente abundante de ejemplares, comprende un número poco menos que infinito de estos, no será posible señalar *concretamente* sino unos pocos ejemplares, que después de todo no constituyen sino un porcentaje absolutamente irrisorio (¡y ni siquiera se puede saber cuál!) de la especie considerada. Sea cual fuere este número, siempre podrá decirse –y no hay manera de «probar» lo contrario– que no representa la generalidad, sino apenas una excepción dentro del género. Así, para nuestro asunto, formas de argumentar como, por ejemplo, las puestas de relieve por Scheuerle, Rùthers y Lautmann, para Atienza no constituyen, al parecer, sino rara excepción. ¿Habría alguna forma «rigurosa», y viable, capaz de hacerle cambiar de opinión?

A mí me parece que, para cualquiera que tenga conocimiento directo sobre cómo se argumenta en los tribunales, no hay más que mirar atentamente, ahí mismo, para hallar por doquier argumentaciones basadas en ítems del Síndrome [Haba-1: § I.3]. A decir verdad, no veo para qué acumular montones de ejemplos específicos de ello, estando tan al alcance de la mano; fuera de que, aun proporcionándolos, y sean pocos o muchos, siempre se podrá decir que constituyen la excepción. Si ni los ejemplos proporcionados por Scheuerle, ni los de tantos otros autores bastante conocidos, constituyen «pruebas», ¿qué podría serlo? Así y todo, yo mismo no he dejado de proponer la realización de una «prueba» [*cf.* Haba-1: a la altura de la n. 52], y estoy dispuesto a que sea todo lo «rigurosa» que mi interlocutor pida; hasta el momento nadie ha aceptado ese guante. Se trata de lo siguiente: que alguien (Atienza mismo o quien fuere) elija, él mismo, una sentencia importante discutida en un tribunal superior de España, resuelta allí con votos divididos, y yo tomo la carga de señalar qué elementos del Síndrome fueron *decisivos* como argumentos para determinar el fallo en cuestión; y si comprobamos que el Síndrome no se ha

hecho presente allí, aceptaré que esto constituye una «prueba» de que por lo general aquel no tiene la importancia *empírica* efectiva que he advertido en él. No sé si tal índole de prueba podría calificarse de *empíricamente* «rigurosa», en el sentido que Atienza prefiera para este término, pero pienso que en todo caso ella sería no poco sugerente.

[ii] ¿QUÉ TRIBUNALES? (*El problema de la GENERALIDAD de las tesis presentadas como Teoría del Derecho y cómo «probarlas»*)

Yo diría que es casi obvio, considerando la corriente de autores individualizada *netamente* por mí en la presente controversia [*cf.* Haba-2: § 2.a], hacer la advertencia de que no puedo menos que estarme refiriendo al mismo *tipo* general de tribunales y el mismo *tipo* general de juristas, justamente, de que se ocupan los autores que critico. Esas preguntas de Atienza al respecto me resultan todavía más asombrosas por provenir justamente de él. ¿Encontramos evacuadas a lo largo de sus dos libros fundamentales sobre la materia, al pie de cada una de sus principales tesis, las mismas preguntas?: «¿A qué tribunales se refiere? ¿De qué país, de qué instancia, sobre qué materia? ... ». Bueno, pero supongo que en algún rincón de esas obras se encuentra consignada tal aclaración. Por tanto, si lo principal fuera responder en forma máximamente escueta [*supra*: I.1] a dichos interrogantes, en este caso podría darle ese gusto a Atienza con limitarme a aceptar sus propias precisiones al respecto. Entonces mi respuesta debería ser, simplemente: «¿No lo sabías, querido Manolo?: así como te copié lo de la teoría «estándar», no tengo embarazo en reconocer que me refiero a *los mismos* “tribunales”, el mismo “país”(es), la misma “instancia”(s), la misma “materia”(s), de que te ocupas en esos dos libros tuyos. Confío plenamente, ¡cómo no!, en que la selección de todo eso, allí, no puede sino “ser la consecuencia de alguna investigación de naturaleza empírica efectuada con métodos *muy rigurosos...*”, efectuada por ti mismo o por gente en quien tienes plena razón en confiar». -- Sin embargo, prefiero volver a desoír, una vez más, aquel prudente consejo de Atienza [Primer Mandamiento: ¡Sé «sintético»...!]. Me parece aconsejable tratar de aclarar un tanto este punto, la justificación (¿o no?) del *elevadísimo* grado de generalidad que pretenden para sí las afirmaciones presentadas como tesis principales en Teoría del Derecho. Considero que ello es fundamental para aquilatar la credibilidad de esos estudios, si bien esta cuestión aparece muy poco o nada tematizada en dicha disciplina.

En efecto, el contenido de mis tesis sobre teoría de la argumentación tiene alcance ni más ni menos *general* –vale decir, in-discriminado en tal sentido– que las principales tesis formuladas por Atienza y otros autores sobre este mismo tema. [Sin embargo, él afirma: «... *no* se puede generalizar en este terreno ...». ¿Habré leído mal sus libros: será que las tesis tuyas *no* son *generalísimas*?] Cada uno de esos autores, hasta donde tengo conocimiento, se basa principalmente en cuanto entiende haber observado en el medio jurídico de su propio país, o en todo caso también en uno o dos países más. Sin

embargo, en modo alguno cada autor considera que esas observaciones son aplicables exclusivamente a dicho(s) país(es), las hace extensivas a las argumentaciones jurídicas *en general*. Mejor dicho, ni siquiera nos advierten de que las hacen extensivas así; de una vez dan por descontado, apriorísticamente, que las principales conclusiones sostenidas por ellos mismos son válidas para muchos otros países también (si es que, por ventura, no las consideran hasta «universales»). Así vemos cómo Atienza, en sus propios libros al respecto, no señala, hasta donde lo sepa yo, que lo allí explicado sea aplicable *únicamente* al medio jurídico español, ni sólo a ciertos tribunales y a ciertas materias de las dilucidadas en ese mismo medio; tampoco tiene reparo en servirse de teorizaciones como las de Alexy y otros autores «estándar», sin necesidad de investigar si la experiencia jurídica en Alemania o en Inglaterra o en Finlandia, etc., de donde provienen respectivamente los estudios de cada uno de esos autores, es realmente muy análoga (¿en qué, cómo lo sabe?) a la española.

La Teoría del Derecho, tal como la conocemos, es un cuerpo teórico *internacional* conformado principalmente por *tal* orden de generalizaciones. Véase, sin ir más lejos, la gran mayoría de los estudios que se publican en *Doxa*: ¿acaso los autores entienden que sus consideraciones se limitan a ser aplicables nada más que para los uno, dos o tres países cuyo medio jurídico ellos respectivamente conocen bastante bien? No es ahora la ocasión donde me sea posible examinar a fondo esta gran cuestión metodológica, absolutamente básica<sup>21</sup>. No obstante, ante esas preguntas que me hace Atienza, no cabe pasar por alto que la clave de la respuesta a ellas reside en la cuestión de principio siguiente: dado ese respaldo tan endeble y tan fraccionario en cuanto a los conocimientos directos *propios* que cada autor pueda tener, frente a la gran *generalidad* internacional de cuanto él pretende afirmar en sus estudios fundamentales, ¿quiere decir que el emprenderlos no da ni puede dar como resultado más que obtener ciertas falsas generalizaciones, por no decir que es simple y llanamente una reverenda tontería? Si estuviera de más efectuar *tal* orden de generalizaciones teóricas, nada fácil sería averiguar *qué* de la disciplina a que se consagra esta Revista –y muchísimo menos saber *cómo*!– podría salir inmune ante un reproche como el siguiente: señalar que ese carácter de general que tienen sus tesis *no* está respaldado por «algún trabajo “empírico” fiable que permita con fundamento *generalizar* [¡ahí está el detalle!] ...», de la manera como suelen hacerlo todos esos autores (empezando por Atienza y terminando por mí).

A pesar de todo, voy a partir de la hipótesis (no digo que esté demostrada, ni mucho menos) de que tales generalizaciones *pueden* estar justificadas. Si bien no conozco que Atienza haya aclarado cómo justifica las suyas («... ¿A qué tribunales se refiere? ...»), y sea o no que lo haya hecho en

<sup>21</sup> Al respecto corresponde efectuar no pocas diferenciaciones claves, mas no suelen ponerse sobre el tapete. Tengo la esperanza de poder examinar eso en un estudio aparte, no referido específicamente al presente debate.



algún sitio, no hay razón para invocar eso como excusa para no explicarme al respecto en cuanto a las mías, no menos generales que las de él mismo.

Los autores de Teoría del Derecho suelen pre-suponer que la experiencia jurídica en la generalidad de los países, al menos en los «civilizados», es bastante similar, en lo básico, a la que cada uno de ellos conoce directamente, vale decir, a la de su propio país o en todo caso también a la de uno o dos países más donde ese autor pueda haber permanecido por un tiempo no muy escaso. Su confianza en cuanto a creer que esa similitud es tal, en lo que él considere básico de los aspectos a que se refieren sus estudios, proviene de fuentes indirectas: sus propias lecturas acerca de algunos otros países y eventualmente unas conversaciones con colegas que viven en aquellos. Es obvio que ninguna de estas dos últimas fuentes proporciona garantías metodológicamente «rigurosas», ni mucho menos, para las generalizaciones que el autor en cuestión presenta; tanto más cuanto que, por añadidura, estas generalizaciones van mucho más allá de contemplar únicamente aquellos contados países, sino que él entiende –tal, p. ej., el caso de Atienza y de Alexy, como también el mío– decir unas verdades aplicables a muchos otros países más. Se trata, para ponerlo sin eufemismos, de algo así como un «palpito» de generalizaciones.

Atienza dice que semejantes generalizaciones son, al menos las mías, unas «observaciones hechas “a ojo de buen cubero”...». [Supongo que no pensará lo mismo de las suyas propias, aunque no considera necesario explicarnos en dónde reside la «garantía» metodológica que las respalda, si bien falta en los míos.] Pero, ¿cómo podría remediar tal insuficiencia –¡muy lejos de mí creer que no lo es!– quien escribe sobre Teoría (general) del Derecho? No creo que nadie, sea de la corriente teórica que fuere, se halle en condiciones de alcanzar semejante milagro, el de generalizar en esta materia *sin* ultrapasar muy, pero *muy* ampliamente la base empírica que él conoce de veras: los relativamente pocos casos jurídicos específicos, nacionales y del extranjero, que haya podido examinar en detalle (... tampoco leyendo aquellos dos libros de Atienza he podido descubrir que constituyan, ni siquiera estos, excepción al respecto).

\* \* \*

¿Quiere decir que, después de todo, no hay manera alguna de *controlar*, en nada y para nada, dicho tipo de afirmaciones generales? ¿Será que, en ese plano, todo «se vale», da igual o casi igual, ahí se pueda decir simplemente «cualquier cosa»? ¡Muy lejos de mí pensar eso! [Si lo pensara, no estaría escribiendo este largo comentario.] En efecto, no tiene por qué tratarse allí de unas meras ocurrencias, sino que, como ya señalé, pueden contar con *cierto* respaldo en algunos ejemplos empíricos examinados específicamente para tales efectos. Si bien el número de estos últimos no puede sino ser absolutamente ínfimo en relación con el estatus teórico de *gran* generalidad pretendido por las conclusiones apoyadas en ellos, tal respaldo puede alcanzar para conferirle a estas cierta *plausibilidad*, como para ser discutidas seriamente –así en el seno de una disciplina como Teoría del Derecho– y eventualmente para someterlas (por

parte de quien quiera hacerlo) a los intentos de falsación que fuere. Por lo demás, tampoco se ve por qué no pueda contribuir a otorgarles tal plausibilidad lo señalado en estudios efectuados por autores en otros países, si tratan sobre temas similares, por más que también esos estudios habrán estado sujetos, inevitablemente, a limitaciones de «prueba» parecidas; en dichos dos libros de Atienza, por ejemplo, la abrumadora mayoría de sus fuentes de respaldo consiste en *literatura* de autores extranjeros. — Por cuanto respecta a mí mismo, las *fuentes* en que me baso, para generalizar a partir de ellas, son principalmente: a) conocimiento directo, sobre todo, de sentencias producidas en Uruguay, Costa Rica, Alemania, España; b) estudios pertenecientes a literatura de la materia (principalmente de Alemania, España, Francia, Inglaterra y U.S.A.). No creo que las fuentes de Atienza ofrezcan unos contenidos *principales* que, en lo sustancial, no se encuentren contemplados en las mías; en caso contrario, sería bien interesante que Atienza explique en *qué* las fuentes suyas, especialmente las que yo desconozco, aventajan *considerablemente*, en contenido empírico y sobre todo en «rigurosidad» metodológica, a las consideradas por mí.

En realidad, los juegos de lenguaje denominados Teoría del Derecho, también ellos, están sujetos a ciertas pautas de pensamiento –su «gramática», en términos de Wittgenstein– que de hecho le ponen ciertos límites a los discursos de sus locutores. Estos límites, aun cuando admiten en su interior planteamientos muy variados, inclusive unos contrapuestos entre sí, de todos modos conllevan algunas modalidades de control discursivo. Estas caben dentro de su «gramática», aunque se trata de controles que no pueden ser sino de naturaleza provisoria y de alcances bastante limitados. Antes que nada funcionan como autocontroles tácitos en la propia mente de cada locutor de la especialidad en cuestión, pues provienen de su socialización intelectual académica adquirida durante la formación recibida para poder ser tal.

Las controversias de orden teórico entre esos académicos se dan, por lo general, *dentro* del marco conformado por dichos pre-supuestos. Ellas no significan que no exista tal «marco», sino que se deben a la relativa elasticidad de este mismo, la cual resulta mayor o menor dependiendo de en *qué* consista el «punto» discutido. En esas controversias suelen ser invocados tales o cuales elementos del marco, pues se supone que estos deberían servir justamente como medios de control intelectual para resolver la disputa. Sin embargo, la susodicha elasticidad permite que tal invocación arroje, al fin de cuentas, resultados cuya plausibilidad o falta de ella no es juzgada de la misma manera por ambos bandos. Depende de cuáles sean los presupuestos teóricos básicos complementarios, en relación con ese marco o presentados como interpretaciones de este mismo, reconocidos respectivamente por unos u otros sectores de locutores especializados de este género de discursos; asimismo juegan allí papel importante, desde luego, conocimientos empíricos (o pseudoempíricos) de orden general –ya sean científicos o simplemente cotidianos– y ciertas condiciones elementales de lógica implícitas. Por ejemplo: en la presente controversia he señalado una y otra vez que no dicen verdad

varias suposiciones que me adjudica Atienza, lo cual no es nada difícil de «controlar» confrontándolas con pasajes de mis propios textos; también he sacado a relucir pre-supuestos del propio Atienza que no calzan bien, a mi juicio, con requisitos metodológicos que figuran entre los considerados como legítimos dentro del «marco» teórico de la materia. Así, la regla implícita de no efectuar afirmaciones demasiado ambiguas es la que legitima mis observaciones sobre la gran indeterminación que afecta a sus propios conceptos básicos –«racional», «razonable», «sentido», etc. [*infra*: II.3]– en las maneras cómo estos términos son usados por él.

Pues bien, ¿a qué «controles» metodológicos se puede acudir en general con respecto a lo sostenido por los teóricos de una materia como la nuestra? [Digo «en general», pues ello es independiente de las *gaffes* específicas que le señalo a Atienza.] Por mi parte, considero que las aseveraciones con que nos encontramos en Teoría del Derecho, todas ellas, tanto las que he llamado «ilusionistas» (teorías «estándar» y demás) como también las que considero «realistas» (entre las cuales me atrevo a postular incluso las mías), debieran ser tomadas a título de algo así como hipótesis en sentido popperiano. Esto es: como unos puntos de vista que pueden ser relativamente *plausibles*, por estar basados al menos en alguna franja de *experiencias* jurídicas registradas, pero quedando sujetos siempre a la posibilidad de *falsaciones* en relación con algunas o muchas otras experiencias jurídicas. Tales falsaciones, si se dan, pueden mostrar que el grado de generalidad de la tesis en cuestión es menor de lo que su autor suponía o inclusive que el radio de aplicación de ella es más bien excepcional. En cambio, si las falsaciones han conseguido mostrar eso para algunos casos y han fracasado en tal sentido para otros, o si ellas no han podido darse del todo, entonces no veo por qué no sea atinado pensar que la tesis en cuestión es acertada, al menos para una importante franja de casos, en todo caso provisoriamente. — Justamente eso mismo, someterlas a unos intentos de falsación, es lo que he propuesto hacer con respecto a mis propias tesis [*supra*: (i) *in fine*].

### II.3. «Racional», «razonable», etc.: ¿concepción demasiado «estrecha» o es preferible una «más amplia»? (y el asunto de las « fórmulas vacías»)

*One might say of such words that they serve as pegs: it's marvellous what a lot of things you can put on them... (Waismann).*

*A mi juicio, constituye un auténtico obstáculo en la discusión sobre racionalidad, el hecho de que la palabra «racional» sea a menudo –aunque no siempre– entendida ante todo como un término valorativo, de modo que algunos teóricos tratan de invertir en su concepto de racionalidad todo aquello que consideran bueno, mientras otros temen llamar «racional» acaso a las conductas de delincuentes, porque estas no armonizan con nuestras exigencias morales (Albert)<sup>22</sup>.*

Aquí desembocamos en aquello que constituye, me parece, la zanja fundamental donde se dividen los terrenos entre las visiones de tipo «estándar» y las aproximaciones realistas al pensamiento jurídico. En apariencia se trata de algo que sería solo, o principalmente, una mera cuestión de palabras: qué guste, cada una de esas orientaciones, *llamar* «racional» o «razonable». Sin embargo, mediante esas preferencias lingüísticas se abre paso la discrepancia radical en cuanto a la *dirección* sustantiva de fondo para el respectivo programa de estudios propuesto por unas y otras. Atienza, si bien advierte que reside ahí la discrepancia fundamental, la presenta de unas maneras que llaman a engaño:

«Este es el punto fundamental que nos separa: una concepción más o menos *amplia* de la racionalidad práctica. La de H. es demasiado *estrecha*. Pero el problema (uno de los problemas) de pensar así es que, por definición, tampoco él [H.] estaría en condiciones de sugerir *otras* prácticas que poner en lugar de las anteriores y que *no necesitaran referirse a juicios de valor*, actitudes, etc. Es posible que alguien como H. estuviera dispuesto a dar ese paso, pero eso no dice nada en contra del uso de conceptos como “razonabilidad” (las nociones de universalidad, coherencia, etc.), “dignidad”, “autonomía”, etcétera. Expresiones como “racional” y “razonable” pueden usarse como fórmulas vacías. Pero está por ver que no exista un uso *legítimo* de esos términos (como también de “dignidad”, “autonomía”, etc.)»<sup>23</sup>.

Nada hay más lejos de la verdad que imputarme la idea, por demás absurda, de que los discursos jurídicos podrían ser conformados de manera tal «... que *no necesitaran referirse a juicios de valor*, actitudes, etc». Habré de volver sobre ello más abajo [III.2.i], pero considero indispensable detenerme previamente a descorrer el velo que disimula lo voluntarista que es, en las prácticas jurídicas, el uso de unas fórmulas vacías básicas con que las teorías «estándar» se ocupan de maquillar la presentación de dichas prácticas. Se trata del uso que, para tales efectos, se hace de unos términos prestigiosos, que

<sup>22</sup> Waismann, F., “Verifiability”, en A. G. Flew (ed.), *Essays on Logic and Language (first series)*, Oxford: Blackwell, 1951, p. 136. Albert, H., *Kritik der reinen Hermeneutik*, Tübingen: Mohr, 1994, p. 255 (trad. E.P.H.).

<sup>23</sup> Atienza-2: 3.2 (párs. sexto *in limine* y siete *in fine*) y 3.3.3; pero el contenido del paréntesis se toma de 2.3. También para esta transcripción me he tomado la libertad que señalo en la n. 30 (*infra*).

provocan un sesgo positivo emocionalizante: sobre todo, las palabras «racional» y «razonable» [cfr. Haba-2: § 5].

Como estos términos ocupan sitio tan fundamental en la concepción de Atienza y lo menos que puede decirse es que son bastante multívocos (supongo que él no negará esto), me he tomado la libertad de sugerirle, reiteradamente, que indique *cuál* o cuáles de los múltiples significados de «racional» o «razonable» corresponden a lo que entiende decir cuando usa esas palabras. No le pido que especifique *el* concepto (*i.e.*, alguna suerte de definición «real»<sup>24</sup>) de dichos términos, sino determinar *una* definición para ellos respectivamente. Esto es: simplemente, explicitar *cuál* es la que *él mismo* haya elegido, o prefiera elegir ahora, para fijar a qué se refiere *específicamente*. Y también, eso sí, aclarar *cómo* saber si determinado trozo discursivo, sea cual fuere, corresponde o no corresponde de veras al radio de significado establecido por esa definición (suya): ¿cómo se logra reconocer que X (discurso) es o no es R («racional» o «razonable»)? ¿Se hace mediante una intuición intelectual *sui generis* («mons razonabilis»), que unos razonadores comparten y otros no? (estos últimos carecerían de «mons razonabilis» –o bien, el suyo propio no funciona de la misma manera que el de los primeros–) [*infra*: IV.1]. ¿O es que ello podría acaso determinarse mediante comprobaciones empíricas –¿cuáles?– verificables *intersubjetivamente*, acerca de hechos y con respecto al uso de reglas discursivas unívocas? O bien, ¿....? Si no se responde previamente a cuestiones de tal índole, es como llamar ante los tribunales a Juan Pérez sin aclarar de *cuál* Juan Pérez se trata: ¿no tiene asignado carnet de identidad?

Hasta ahora no he logrado que Atienza me señale ningún «carnet de identidad» para poder saber cuáles de los no menos numerosos que disparejos señores Racional y Razonable son *sus* amigos del alma. Él se conforma con decir que la suya es una «concepción ... *amplia*» al respecto; mientras que la mía, en cambio, sería «demasiado *estrecha*», por lo menos para los razonamientos jurídicos. Pues bien, en cuanto al significado descriptivo («carnet de identidad») de esa mía no caben mayores dudas [cfr. Haba-2: n. 66], supongo que ni siquiera para el propio Atienza (no ha dicho que las tenga). Acerca de la aceptada por él mismo, en cambio, lo único que está claro es que no coincide con la mía. ¿Resulta suficiente con señalar esto último, una determinación apenas negativa, para saber de *qué* se trata específicamente? ¿Cuántas ideas en el mundo, a propósito de infinidad de cosas diferentes, no habrá que sean más «amplias» que la noción tomada por mí! ¿Será que semejante aclaración es obvia, acaso la precisión solicitada se desprende *inequívocamente* del contexto? Tal vez sí se desprenda de este mismo, aunque no alcance a percibirlo yo, pero: ¿por qué no hacerla explícita? (en todo caso para lectores menos perspicaces que el propio Atienza, empezando por mí mismo).

Hay dos grandes maneras para saber qué significa un término como «racional» o como «razonable». La primera es acudir a determinada definición

<sup>24</sup> Cfr. *Los juicios de valor* [ref. n. 10]: § 62.

*nominal* de él. Puede ser tomada básicamente de elegir alguno entre sus variados usos habituales, delimitando su contenido hasta donde sea posible hacerlo sin cambiar dicho uso; o bien, presentar ahí una definición estipulativa nueva que, aun guardando «parentesco» con alguno(s) de aquellos usos, a este lo hace objeto de cierta alteración de sentido, para alcanzar determinada precisión. Ya sean unas u otras de tales definiciones nominales, ellas procuran presentar con suficiente claridad ciertas ideas *específicas* que se consideran de fundamental importancia (así he tratado de proceder por mi parte<sup>25</sup>).

La otra manera es no hacer hincapié en ninguna neta definición nominal general, sino tomar en cada caso ese término según lo que él signifique –casi siempre será de manera apenas implícita– en la propia formulación donde es utilizado para determinados fines de comunicación, sentido extendible a algún grupo de formulaciones de la misma índole. Desde tal óptica, por lo general no hay ni puede haber mayor problema en saber *qué* es «racional», pues esta palabra va a querer decir ni más ni menos que lo que mediante ella se entienda mentar *de hecho*, en cada caso o grupo de casos; sean cuales sean esos significados, y tanto da si unos usos difieren de otros, e inclusive si algunos son contradictorios entre sí. Entonces «racional» significa simplemente lo que signifique. Esto no lo decide ninguna definición nominal, sino las *prácticas* lingüísticas, por más variadas que fueren. En una palabra: «racional» = *todo* lo que sea llamado «racional». Puede decirse que esta es una manera *empírico-tautológica* –se llama «racional» lo que se llama «racional»– de responder a la cuestión: *¿qué* es racional?

¿Cuál de esos dos grandes caminos es el seguido por Atienza? Da toda la impresión de que no puede ser el segundo. Entiendo que mi comentarista hace la diferencia entre razonamientos *verdaderamente*<sup>26</sup> «racionales» o «razonables» frente a otros que no lo son (véase su ejemplo de las células madres), aun cuando hubiere quienes para estos últimos vengan a decir que sí lo son. Pero entonces resulta que volvemos a topar con la pregunta del millón: *¿cuál* es la definición nominal escogida por Atienza para cada uno de esos dos términos (si no los toma como sinónimos), entre las tantas posibles?

Él admite que «el concepto de “razonabilidad” no tiene un “contenido descriptivo bien determinado”» [Atienza: 3.2]. Pero, ¿será que tiene tal vez *cierto* contenido *descriptivo* que esté al menos *un poco* determinado como tal? «Descriptivo», esto es: reconocible *empíricamente*. Tal reconocimiento consiste en confrontar lo que se califica como «razonable» con unas pautas mentales o unos datos espacio-temporales, para ver si aquello se corresponde de veras con estas mismas pautas o estos datos, los cuales han de ser *intersubjetivamente* verificables. Aquí la inter-subjetividad, presente aunque más no fuere en cuanto a ese «poco», habría de poder comprobarse que existe, realmente, en la *generalidad* de quienes recurren a dicho término para calificar el asunto

<sup>25</sup> Cfr. *Metodología...* [ref. n. 15]: sec. B.I, sobre todo §§ 3-5 (véase esp. en las págs. 82, 84 y 86).

<sup>26</sup> Vale decir, que se trata de un *cognitivismo* normativista [*infra*: IV.1].

considerado; o sea, que *todos* estos (o con muy contadas excepciones, para algún caso extremadamente excepcional) estarían de acuerdo en cuanto a no cuestionar aquel «poco», identificable como *tal* por parte de cualquiera de ellos indistintamente. Así sería *esta* intersubjetividad, ni más ni menos, lo que inhiba de identificar como «irrazonable» por parte de unos juristas, lo que otros juristas identifican como «razonable», y viceversa.

Por supuesto que lo de la precisión admite grados; puede ser mayor o menor, también en función de los contextos y de las necesidades de la comunicación considerada. En nuestro caso: ¿cuál es ese grado, cómo podría ser aquilatado en forma intersubjetiva –aunque fuere aproximadamente– aquel «poco» que sea? Claro, yo no puedo asegurar que no haya tal «poco», ¡vaya a saber cuál! Pero lo cierto es que, lo haya o no lo haya, la experiencia muestra en forma por demás abundante que, en la práctica, la invocación del calificativo «razonable» –o «racional» cuando se toma como sinónimo de más o menos lo mismo– al ser utilizado para justificar argumentos en discusión funciona como *fórmula vacía*, quiérase o no. Le sirve igualmente a tirios como a troyanos, para encomiar sus respectivos argumentos:

A semejanza de una cortesana, está a disposición de cualquiera. No hay argumentación que no pueda ser defendida acudiendo a lo «racional» (o, en todo caso, a lo «razonable»)²⁷.

Es verdad que ni aun tal suerte de etiquetas, las llamadas «fórmulas vacías», pueden usarse para significar prácticamente cualquier cosa. Tal vez sería más exacto decir que son semi-vacías, pues *algún* límite semántico tienen de todas maneras. Pero este límite (implícito) es tan elástico –si bien para algunos de esos términos puede serlo algo menos, también según las circunstancias– que no excluye la posibilidad de recurrir al término en multitud de sentidos concretos *contradictorios* entre sí. Al fin de cuentas, dichos límites excluyen solamente lo que *no* está en discusión en los casos *concretos* donde ese término es invocado. Es usado por todo el mundo, en virtud de su alto «sabor» retórico-emocionalizante a favor de lo que cada bando guste calificar así²⁸.

Comprobar si cierto término *funciona* como «fórmula vacía» no depende del gusto personal ni de las preferencias de nadie, es una cuestión *de hecho*. Me guste o no me guste cómo algunos o muchos utilicen determinada palabra. así «razonable»: si resulta que *en la práctica* tolera las interpretaciones más

²⁷ Paráfrasis de: «A semejanza de una cortesana, el derecho natural está a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural» (Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba, 1963, p. 254. — A esa obra pertenecen también las líneas (extractadas de sus págs. 107 y 106, negr. E.P.H.) ubicadas como *motto* al comienzo de la sección III, *infra*.

²⁸ No puedo detenerme aquí a caracterizar con más precisión qué son «fórmulas vacías». Al respecto puede verse *Metodología...* [ref. n. 15]: sec. C.I.4. Las tres características definitorias básicas que allí señalo en la pág. 203 se dan también en los usos más corrientes del término «razonable», como asimismo de la manera en que este es invocado por Atienza en la presente discusión.

contradictorias entre sí, y si por añadidura ni siquiera uno mismo (en este caso, Atienza) logra indicar pautas capaces de superar *intersubjetivamente* tales indeterminaciones, entonces eso es una fórmula vacía, tanto da si quiero o si no quiero que dicha expresión sea empleada justamente *así* (me resistiré, por supuesto, a que mis contradictores la reivindiquen para sus propios razonamientos).

¿Se sabe de alguna argumentación jurídica que se considere «irrazonable» por parte de los juristas que la invocan? Desde luego, siempre los «irrazonables» son los otros. Cada locutor cree, seguramente en forma muy sincera (¿por qué no?), que él mismo y quienes piensan como él son quienes detentan *la* comprensión «verdadera» –fetichismo lingüístico: «la Superstición del Único Significado Verdadero» (C.L. Stevenson)– de qué es «racional» o «razonable» para la situación considerada; tanto da si sus contradictores no estén de acuerdo, o sea, aun cuando estos otros apliquen tal calificación en dirección opuesta a la de los primeros. El ejemplo suministrado por Atienza, lo de las células madre [3.2: pár. séptimo], no puede ser mas revelador al respecto: la Iglesia es «irrazonable», los «razonables» no somos sino quienes discurrimos en función de ciertos axiomas que no armonizan con los principales axiomas sostenidos por ella para este asunto<sup>29</sup>. -- De hecho, calificar como «racional» o como «razonable» a un argumento, cuando es aceptado por unos y no por otros, no sirve de nada en cuanto a distinguir indubitablemente entre sí, y muchísimo menos para descartar, unas frente a otras ciertas prácticas discursivas de los juristas, sean cuales fueren. Ello no suele desempeñar otra función, en la practica, que suministrar un taparrabos retórico para legitimar *cualquier* argumentación jurídica, si a su locutor le parece oportuno echar mano de ese membrete persuasivo.

Por mi parte, no alimento ningún fetichismo con respecto a esas palabras. Yo no tengo inconveniente en que Atienza, o quien sea, use la persuasiva etiqueta «racional» o «razonable» para cobijar bajo ella lo que mejor guste denominar así. También estaría dispuesto a prescindir en mis propias exposiciones de esos términos o a denominar de cualquier otro modo lo que antes he llamado así, siempre que de tal manera se lograra, al menos para mis propios escritos, evitar los malentendidos provocados por la multivocidad y el carácter persuasivo de dichos términos, su manipulabilidad retórica. Para mí, la cuestión clave es otra: no los decretos lingüísticos que unos u otros prefieran imponer al respecto, sino saber *cuál* es el contenido intelectual, propiamente, que términos tan ubicuos conlleven *específicamente* al ser usados para responder a cuestiones *específicas*.

\* \* \*

---

<sup>29</sup> Aclaro.– Yo mismo comparto una posición como esa de Atienza, en cuanto al *fondo*. Pero en el plano intelectual no veo ventaja alguna, ¡sino todo lo contrario!, en enredar la comprensión de ese asunto derivándolo hacia los confusionismos de una disputa por palabras: saber quiénes tengan, y quiénes no, el derecho a reservar para sus propias argumentaciones el uso (persuasivo) de la palabra «razonable».



De uso no menos voluble son asimismo otras fórmulas vacías que figuran también entre los maquillajes favoritos de los teóricos «estándar», así la exigencia de «universalidad» y «coherencia». Lo de «coherencia» es, permítaseme la franqueza, una trivialidad. Y la «universalidad», una fantasía intelectualista de muchos académicos.

«Universalidad».- ¿Qué argumento, de los efectivamente sostenidos en discursos producidos en la práctica, no es dable presentarlo como derivado de algún principio que sea visto como de validez «universal» ya sea por unos o por otros grupos de locutores, si es que a estos les interese presentarlo así? Casi siempre será posible retrotraer ese argumento a un principio cuya letra es aceptada por todo el mundo, siempre y cuando tal consenso –sobre la letra!– se deba justamente a que ella es todo lo abstracta que hace falta (fórmula vacía) para poder cómodamente ser interpretada en los sentidos más contradictorios para sus aplicaciones concretas (p. ej., «tratar igual las situaciones que sean iguales»: *cuáles* son «iguales» y *cuáles* «desiguales», siempre depende de cuál sea punto de vista *elegido*).

«Coherencia» argumentativa.- Cualquier argumentación jurídica comprende más de un solo elemento de juicio, que el locutor –y quienes compartan su posición– «ve» como armónicamente entrelazados, o en todo caso como no contradictorios entre sí. ¡Qué formidable descubrimiento! ¿A aquel se le podría tal vez convencer de lo contrario, acaso señalándole elementos de juicio que no haya tenido en cuenta, los cuales él pueda reconocer como no-«coherentes» con su argumentación inicial, y entonces accedería a rectificar esta por mor de una «coherencia» distinta de la primera? Sí, también esto último es posible, aunque no frecuente. Pero incluso en tal caso, la «coherencia» es siempre un asunto de *percepción*, ya sea esta compartida en general en el auditorio considerado o compartida solo por una parte en el seno de este. Logro convencer al otro cuando ambos compartimos la creencia en unos puntos de vista que ambos consideramos decisivos. Pero comoquiera que tales percepciones difieren muy a menudo, las de unos frente a las de otros locutores jurídicos, el requisito de «coherencia» no agrega realmente nada a lo que de por sí han hecho siempre los juristas: *relacionar* unas ideas con otras, considerando que son «coherentes» entre sí, por más que otros colegas piensen lo contrario (estos últimos consideran «coherentes» las tesis suyas propias, y no-«coherente» jurídicamente que los primeros no acepten estas otras). -- En definitiva, lo que un grupo de locutores jurídicos entienda que cumple con el requisito de «coherencia» (también puede llamársele: «sistematicidad»), depende de: a) *cuáles* sean el o los criterios de razonamiento pre-supuestos para esos efectos (lo que unos ven como principio «razonable» o «racional», puede muy bien no serlo para otros), en relación con el caso en examen; b) cómo sean *interpretados* tales criterios al aplicarlos (lo cual puede, igualmente, conducir a hacerlos entender de ciertas maneras según unos juristas y de maneras distintas según otros).

\* \* \*

El realista no desconoce la presencia de pautas de razonamiento que, de la manera cómo son reconocidas en un auditorio (ya sea este muy general o más parcial) o de cierto subauditorio en el seno de aquel, son vistas *allí* como requisito de «coherencia» y acaso hasta como garantes de «universalidad». Sólo que, a diferencia de las concepciones ilusionistas sobre los alcances de la llamada «Razón Práctica», si bien el realista reconoce y hasta puede proponer las reglas que fuere, lo hará bajo la condición de que estén delineadas en formas suficientemente precisas, esto es: a) indicar en qué auditorio o subauditorio *específico*, aquellas son o podrían llegar a ser seguidas efectivamente -y, eventualmente, en cuáles no-; b) identificar cuáles son las notas conceptuales que permitan reconocer *intersubjetivamente*, al menos dentro de dicho auditorio o subauditorio, cuándo la regla en cuestión es seguida y cuándo no. La «racionalidad» o «razonabilidad» que proclaman los teóricos «estándar» se caracteriza, justamente, por *no* cumplir con ninguna de estas dos condiciones básicas. — Si se entiende que no sería dable alcanzar tal precisión, o tal vez ni siquiera deseable, entonces el realista considera que, aun sin prescindir de tales términos, estos debieran ser presentados de manera tal que *no* llamen a engaño. Vale decir: advirtiendo claramente que son lo suficientemente elásticos como para *no* dirimir intersubjetivamente ningún diferendo jurídico real, pero que, acaso, en la mente de ciertos locutores señalen hacia unas orientaciones muy generales (aunque no les evoquen las mismas a otros).

Ahora bien, Atienza no niega del todo que expresiones como esas *pueden* ser usadas como fórmulas vacías, ni que en efecto existen casos así, pero subraya que ello no significa: «... que no exista [también] un uso *legítimo* de esos términos ...». Por mi parte, si bien reconozco que no hay ninguna imposibilidad general de principio para distinguir entre empleos «legítimos» y empleos «ilegítimos» de un término, no menos cierto es que para poder hacerlo así, con respecto a determinada palabra, es indispensable empezar por aclarar cómo distinguir *intersubjetivamente* entre los primeros y los segundos tipos de usos lingüísticos. La cuestión, una vez más, es saber de qué «legitimidad» se trata: ¿cómo resulta ella identificable, en cuanto tal, mediante *qué* punto de vista bien *determinado*? Estoy a la espera de que Atienza, o quien sea, aclare precisamente eso: ¿qué convención lingüística bastante unívoca -puede ser una conocida ya u otra que se proponga estipulativamente- hará que por lo general las partes opuestas en un juicio logren ponerse de acuerdo sobre, por ejemplo, *cuál* es ahí la solución que responde al uso «legítimo» del término «razonable» y *cuál* *no*? Si tan «legítimo» fuere el uno como el otro, vale decir, tan «legítimamente razonable» sería A como no-A, no veo qué diferencia sustancial genérica exista entre los usos de ese término identificables como fórmulas vacías y los que se guste llamar «legítimos». -- Cada intérprete del derecho entiende que es de lo más «legítimo» -¿qué duda podría haber?- su propio uso de aquel término. Si bien se mira, en este contexto, la palabra «legítimo» no constituye -a falta de *especificar* la convención lingüística pertinente- sino una fórmula vacía más, cierto adorno retórico complementario, de uso no menos voluntarista que el calificativo de «racional» o «razonable» en el cual se guste enganchar dicha palabra también.

En fin, yo diría que Atienza acierta, sí, al señalar que por ahí anda «el punto *fundamental* que nos separa». Sólo que, el «punto» propiamente no consiste apenas en la alternativa entre nuestros respectivos gustos semánticos para el uso de esos términos supuestamente técnicos, sino que va mucho más a fondo. Se trata, al fin de cuentas, de la alternativa general entre: a) elaborar unos conjuntos teóricos basados principalmente en ciertos conceptos que, por su ambigüedad y sus connotaciones emotivo-persuasivas, son esencialmente manipulables *a piacere*, por parte de quienes gusten inmunizar sus preferencias cobijándolas bajo el seductor manto retórico de pseudo-«objetividad» que sugieren esas palabras-comodines –así la posición de Atienza–; b) o si no, en cambio, cuidar que los términos teóricos básicos empleados se presenten definidos de maneras lo bastante *intersubjetivas* como para que, sean cuales fueren las preferencias valorativas de cada locutor o grupo de locutores, por lo general estos vocablos no puedan sino emplearse con el *mismo* contenido referencial –intensión y extensión– con respecto al caso en examen, por parte de *todos* aquellos que para este apliquen dichos términos aceptando tales definiciones. Esto último constiuye requisito indispensable para tener una teoría realista sobre las argumentaciones jurídicas.

Las no-definiciones acerca de cómo pueda saberse (intersubjetivamente) hasta *dónde* llegue –y, por ende, saber también hasta *dónde* no pueda llegar– la medida que posea de «*amplia* ... la racionalidad práctica» pregonada, estas son *indefiniciones* que emanan de adoptar básicamente la actitud teórica (a) –así Atienza–. Por lo mismo, eso que desde (a) se califica de «concepción *estrecha*» es «visto» allí de tal manera –así Atienza– porque dicha concepción adopta básicamente la actitud teórica (b), esto es, no se pliega a la «*amplia*» manipulabilidad retórica facilitada por (a). [Véase también *infra*: IV.5.]

#### II.4. Reduccionismo (auto-censura y visión *extra*-pragmática) de la orientación «estándar» [Atienza: 3.1]

[Nota.- Tanto lo señalado en este numeral como en el siguiente se halla estrechamente relacionado con la cuestión de la «fertilidad» de los conocimientos teóricos ofrecidos, asunto sobre el cual presentaré unas observaciones más abajo: II.6.]

Atienza reconoce que para los estudios sobre argumentación jurídica, de la manera como los practica (y recomienda) él, no corresponde inspirarse en la noción de *crítica* que ha practicado en su libro sobre las falacias [*cfr.* Haba-2: a la altura de la n. 20]; al contrario, tales estudios deben ser principalmente «constructivos» [*cfr.* sus párs. segundo y tercero]. Por mi parte, en cambio, no veo por qué las argumentaciones jurídicas deban permanecer inmunes, o poco menos, a que se llame la atención sobre las *abundantes* falacias que ellas comportan; sin perjuicio, repito, de que también sean destacados –y, ¿por qué no?, recomendados– unos elementos de «racionalidad» o «razonabilidad» que estén allí presentes. Afortunadamente, ahora esta crucial diferencia entre nuestros puntos de vista –¿qué *tipo* de «crítica»?– queda por fin suficientemente

aclarada (digo yo), pues ambos concordamos en que tal diferencia existe y que es fundamental.

También estoy de acuerdo con Atienza en que «... tres grandes preguntas a las que debe dar respuesta una teoría de la argumentación jurídica son éstas: cómo analizar una argumentación, cómo evaluarla, cómo argumentar» [su pár. tercero]. Mas yo pienso que, sin perjuicio de examinar a fondo esas preguntas, dicha teoría debiera darle señalada importancia también –¡al menos tanta como a aquellas tres!– a la cuestión, decisiva, de qué tiene todo eso que ver con: a) cómo argumentan los juristas *realmente* (Síndrome, etc. incluidos), b) y qué consecuencias *prácticas* acarrea el empleo de unos u otros modelos argumentativos sobre las vidas reales de los sujetos de derecho a los cuales les son aplicados.

En relación con aquellas tres grandes preguntas, Atienza añade unas precisiones que según él (si le he entendido bien) vendrían a *contraponerse*, al menos en buena medida, a las tesis sostenidas por mí. Subraya, para destacar tal contraposición (si le he entendido bien), que en lo esencial la teoría de la argumentación jurídica, de la manera como es encarada por él mismo –y por la orientación «estándar» en general (me atrevo a darlo por supuesto en sus palabras)–, parte de las siguientes pautas básicas<sup>30</sup>:

«[i] no puede simplemente *limitarse* a develar errores; [ii] no puede *prescindir* del punto de vista *interno* de un aceptante [*i.e.*: sobre todo –si he entendido bien– el de los juristas normales, tal como *estos mismos* ven sus propios razonamientos]; [iii] de otra manera no podría cumplir su función fundamental, contribuir a *mejorar* el Derecho y las instituciones sociales; [iv] no puede construirse con pretensiones *exclusivamente* descriptivas y explicativas, [sino que ella] es, sobre todo, *normativa*, debe ser capaz de *guiar* [para “mejorar”] las diversas prácticas jurídicas; [v] las críticas efectuadas, digamos las más “realistas”, pueden ser útiles y, en consecuencia, deben ser tenidas en cuenta por los participantes en el juego [*i.e.*, los juristas profesionales al argumentar], [pero] lo que no parece posible es que esas críticas se asuman como la *guía central* de la conducta de los participantes» [párs. tercero a quinto].

Ahora bien, si estas precisiones las hace Atienza para marcar *distancias* frente a planteamientos como los míos, y posiblemente con respecto a los enfoques jurídico-realistas en general, me parece que ellas pueden inducir más bien a confusión; sobre todo porque, también ahí, es fundamental lo que él *no* señala. A decir verdad, tales pautas no son propiamente contrarias a los planteamientos realistas. Pero estos últimos van sensiblemente *más allá*. Aceptan aplicarlas, sí, en cuanto no consistan simplemente en un repertorio de vaguedades. Pero no se conforman con hacerlo de maneras esencialmente

---

<sup>30</sup> A continuación extracto formulaciones contenidas en el numeral de Atienza que estoy comentando. Empero, si bien copio literalmente sus palabras, me tomaré la libertad –para no extender demasiado las citas– de no respetar las soluciones de continuidad que entre esas formulaciones se encuentran allí. Por mi cuenta corren los números romanos entre corchetes y también los énfasis mediante cursivas. Creo no deformar, al aplicar tales recursos, lo esencial del pensamiento de Atienza al respecto (el lector puede controlarlo confrontando dicho numerario suyo).

*reduccionistas*, esto es, haciendo «la vista gorda» frente a lo que es (a) el Síndrome y en general prescindiendo de fijarse en (b) las dimensiones *pragmáticas* (muy variables) de los discursos prácticos efectivos para las cuales esas pautas se traigan a colación.

Suponiendo que, como dice Atienza, los principales teóricos «estándar» no desconocen –digamos que la excepción única es Dworkin– los elementos de (a), como tampoco olviden la trivialidad (b) de que no es lo mismo una enunciación de ideales que su eventual puesta en práctica (... probablemente, ni Dworkin lo ignora del todo): ¿cómo explicar el hecho de que esos teóricos le pongan –¡ellos mismos!– un candado de *freno* a sus principales indagaciones ante las puertas de (a) y de (b)? Sea cual fuere la explicación, el *hecho* es que ahí estamos ante un fenómeno de auto-censura, por parte de esos autores (si no descartamos que poseen dicho conocimiento), cualesquiera sean las razones que puedan aducir para sujetarse a este freno. -- El modelo realista de «cuatro pasos» consiste, justamente, en llevar el razonamiento jurídico mucho *más allá* de tal reduccionismo [*infra*: II.6. *in fine*].

[i] No «limitarse» a .... -- Por supuesto, ¡estoy de acuerdo! Ello es del todo consistente con lo subrayado por mí mismo: «Si bien los exámenes realistas *reconocen* qué importancia *efectiva* tienen respectivamente distintas argumentaciones jurídicas...». Eso sí, por mi parte no dejo de llamar la atención inmediatamente en cuanto a que: «... empero ellos [dichos exámenes], a diferencia de las teorías idealistas sobre la materia, *no* consentirán en *disimular*... » [*cfr.* Haba-1: poco después de la n. 90]. Mi propuesta metodológica no es, claro está, que el examen de las argumentaciones jurídicas deba «limitarse» en el sentido que menciona Atienza [*cfr.* el modelo de «cuatro pasos»].

[ii] No «prescindir» de ... -- No veo por qué a los realistas vaya a antojárseles «prescindir» de cómo piensan los propios protagonistas de las argumentaciones consideradas. Tal pensamiento forma parte de los *hechos* mismos –ahí son unos de orden psicológico-discursivo– en que consisten tales argumentaciones. Por supuesto, ese pensamiento obra como con-causa de las resoluciones así adoptadas. Mas también aquí es enteramente aplicable la precisión efectuada en [i].

[iii] «Mejorar» (¿en *qué* y *cómo*?). -- No sé por qué un realista habría de estar en contra de «contribuir a *mejorar*» las prácticas jurídicas en la medida de lo *posible*, siguiendo unos ideales<sup>31</sup>, cualquiera sea la doctrina invocada para tales efectos. Eso sí, se fijará sobre todo en el papel *efectivo* que tengan los ideales invocados. El realista no se llama a conforme con simplemente *presentar* (semánticamente) unos ideales de «mejora», ni en general con vaguedades al

<sup>31</sup> En otros sitios he subrayado el decisivo papel que unos ideales (pueden ser tales o cuales) desempeñan, inevitablemente, en el derecho. Considérese el central papel que se les reconoce en el «modelo de cuatro pasos» para el razonamiento jurídico presentado en *Metodología...* [ref. n. 15], pp. 293 ss. (esp. 304-306: «3<sup>er</sup> paso: axiológico-teleológico»). Véase además Haba-1: § 9.

respecto, pues plantea dos exigencias que van sensiblemente más allá de cuanto suelen tematizar las teorías idealistas de la argumentación jurídica: 1) señalar con *precisión* en qué consistirían las «mejoras» en cuestión, 2) buscar pruebas empíricas con respecto a sus efectos *reales* (sin apartar la vista de las antinomias prácticas –beneficios para unos, perjuicios para otros, indiferencia para terceros– en que consistan esos efectos), en caso de ser aplicadas. [Sobre lo de «mejorar», habrá ocasión de volver más abajo: II.5.]

[iv] No «*exclusivamente* descriptivas y explicativas», sino «sobre todo» para «guiar» ... . -- En cuanto a lo de «*exclusivamente*», pienso que alcanza con lo señalado en [iii]. Con respecto al «sobre todo», es cuestión que, inevitablemente, queda al arbitrio de los *gustos* de cada autor. Empero, si es que tal visión «normativa» ha de «ser *capaz* de guiar [¡realmente!] las diversas prácticas jurídicas», ningún realista se opondrá a que nuestro teórico argumentativista nos aclare *cómo* y con qué *efectos* reales se lograría eso en los hechos (... y miel sobre hojuelas si, acaso, se consiente en efectuar algún «test» empírico de *probabilidades* al respecto).

[v] La «*guía central*». -- Llámesele o no «central» a determinada «guía» para el razonamiento jurídico, sea ella cual fuere, poco sabremos de sus alcances verdaderos –*i.e.*, para detectar *cómo* funcionan las prácticas discursivas en cuestión– si no dejamos precisado también en *qué no* va a fijarse *esa* guía. [Así, para lo de «mejorar», ¿será o no será dirigida la atención hacia cuatro puntos tan decisivos como los que indicaré más adelante?: II.5 *in limine*.] El realista no tiene reparos en que se presenten «guías» que no son como la suya propia, ni que estas lleguen en su caso a ser empleadas para examinar unos discursos jurídicos efectivos. Sólo que, él no evitará preguntar –¡siempre volvemos a desembocar en este *quid*, insoslayable para los realistas!– acerca de cuáles son los *efectos* verdaderos de tal aplicación, pruebas a la vista, sea o no sea considerada cierta guía como «central». Esto es, saber: a) *qué* se consigue revelar por tal medio, o hasta guiar decisivamente de modo efectivo, con respecto a esos discursos mismos –pero también *qué*, en cambio, ayuda ello a disimular (Síndrome, etc.) al respecto–; b) qué consecuencias *prácticas* se siguen de ahí para las personas («de carne y hueso») sobre quienes repercute principalmente lo resuelto con ayuda –si efectivamente la hay– de la guía considerada.

En síntesis: el realista reconoce que unas «guías» semántico-normativas-ideales pueden eventualmente ser útiles, entiéndaselas o no como «centrales», cuando *efectivamente* lo son; mas se resiste a creer que esto pueda saberse *a priori*. A lo que él se enfrenta sobre todo, es a la impronta *reduccionista* de concentrarse en aquellas guías por sí solas (parece que Atienza aceptaría que no se haga así) al examinar unos discursos jurídicos. Por supuesto, poco importaría que a las guías realistas se les llame «secundarias», acaso, siempre y cuando sean tenidas en cuenta de veras, sin restricciones. Ningún realista se plegará tampoco a que unas guías «centrales», cualesquiera sean, queden delineadas en términos tan vagos (lo «razonable», la «coherencia», etc.: *supra*, II.3) que sirvan

para justificar tanto A como no-A, según las preferencias de cada locutor, ya sean estas más bien personales o asimismo grupales.

[Otros aspectos del reduccionismo «estándar» serán considerados más abajo: sec. IV.]

## II.5. ¿Quiénes pueden, y cómo, «ayudar» a «mejorar»? («El político y el científico»)

Dice Atienza: «De lo que se trata es de *mejorar* un juego, una práctica. (...) Las concepciones del Derecho realistas (como la de H.) deben ser *juzgadas* también en relación con *ese* objetivo» [3.1 *in fine*].

He ahí una conclusión que para Atienza es absolutamente fundamental [véase también *supra*: II.4.iii]. Pues bien, yo no tengo óbice en aceptar, de plano, que las tesis realistas puedan ser «juzgadas» en relación con el objetivo de «mejorar» las prácticas jurídicas. ¿Quién dice que no? No hay cosa en el mundo, ni en el real ni en los de las imaginaciones, que no se pueda juzgar –si hay a quienes les interese hacerlo– en función de unas u otras nociones de «utilidad». Que valga la pena hacerlo, y sobre todo *cómo* se haga, es harina de otro costal.

Las sustanciales diferencias que hay entre los planteamientos tipo «estándar» y las aproximaciones realistas a los discursos jurídicos no afincan, por cierto, en que los primeros sí y las segundas no presenten desarrollos teóricos dirigidos a «mejorar», sino en qué es lo que respectivamente pretenden contribuir a «mejorar»; y sobre todo, el determinar mediante cuáles expedientes del pensamiento sugieren que ello sería alcanzado. Todo «mejorar» se refiere a tales o cuales *parámetros* de juicio. «Mejorar» es un concepto *relativo* (como izquierda y derecha) a *otros* conceptos (en dicha comparación, saber dónde se entiende ubicado el centro). Como estos últimos pueden ser unos u otros, según las preferencias de que se parta, no es posible saber qué clase de «mejoras» se procura alcanzar, en *qué* sentido son «mejores», si no se empieza por saber a ciencia cierta –sea explícita o implícitamente– cuáles son ahí los parámetros pre-supuestos. En cuanto al pensamiento jurídico, tales parámetros no son nada obvios: algunos teóricos pueden dar por supuestos ciertos parámetros, otros teóricos pueden preferir parámetros diferentes, y sobre todo es muy posible que ni aquellos ni estos los tengan muy claros (conceptos indeterminados).

Sí, la verdadera pregunta es: ¿«mejorar», ¿en *qué*? Tal vez esta pregunta sea dable contestarla afirmativamente, mas no es posible acreditar que la respuesta es acertada, cualquiera sea, sino mediante exámenes *empíricos* de las prácticas judiciales donde las «mejoras» en cuestión hayan sido aplicadas y teniendo netamente determinados los parámetros de referencia.. En efecto, no es posible efectuar *tales* exámenes salvo si de antemano se deja bien aclaradas

las siguientes cuestiones claves (el realista jurídico no consentirá en desentenderse de ellas):

- (i) ¿De qué aspectos *específicos* se compone lo considerado como «mejor», para los efectos que fuere? ¿«Mejorar» en cuanto a lograr *concretamente* qué, en la práctica, dónde y cuándo?
- (ii) ¿A qué grupos de seres humanos, o al menos a qué individuos en particular, *beneficiaría* –y concretamente en *qué*: para sus vidas «de carne y hueso»– si dichas «mejoras» se llevan a la práctica? ¿Y quiénes serían, en cambio, los seres humanos *perjudicados* –en dicho sentido– como consecuencia de tales prácticas? (raros son los casos, en la vida social, donde los beneficios que recaen sobre unos no conlleven perjuicios para otros).
- (iii) ¿Esas «mejoras» serían alcanzadas, en la práctica, mediante qué *instrumentos* discursivos *efectivos* para los fines específicos precisados en (i)?
- (iv) ¿Qué aspectos *decisivos* permanecerán *silenciados* –supuesto que así sea– de lo que son vicios de razonamiento (así unos del Síndrome), aun en los discursos jurídicos «mejorados», y sobre todo por cuanto respecta a las consecuencias *prácticas* de esos vicios?
- (v) ¿Qué pruebas *empíricas* hay, o cómo podrían obtenerse llegado el caso, de que (ii) se logra de veras –al menos en un buen porcentaje de casos– si se aplican en la práctica dichos instrumentos justamente, pero que eso *no* se logra cuando allí no concurren estos mismos?
- (vi) ¿Cuál es el «balance» entre (ii) y (iv)? Por tanto, también saber si no será que de hecho tales «mejoras» sirven solo –en la *pragmática* de esos discursos jurídicos– de modo tal que apenas «algo cambie para que todo pueda seguir igual» (Lampedusa) [así, p. ej., unas disimulaciones de «ponderación» argumentativista, ofrecidas ahora en lugar del ya poco creíble modelo subsumtivo: *cfr.* Haba-1: n. 1].

\* \* \*

Por otro lado, no sé si Atienza querrá decir –prefiero pensar que no– que viene a ser más o menos lo mismo, o que en todo caso no vale la pena diferenciar entre, la *veracidad* y cierta eventual «utilidad» de unas aseveraciones (pues supuestamente sirven para «mejorar»), siempre y cuando estas se refieran a los discursos jurídicos. Pero si acepta tal diferencia, no podrá menos que reconocer también la eventualidad de que ambos extremos *no* coincidan, esto es:

- (a) se pueden decir verdades que son «inútiles» para obtener las consecuencias X;
- (b) o se pueden hacer afirmaciones falsas que, si ciertos locutores se las creen, contribuyan de manera decisiva a que esos locutores produzcan los efectos X;
- (c) también puede ser que verdad y eficacia coincidan plenamente;
- (d) o que una aseveración sea al mismo tiempo falsa e ineficaz.



Cuál de estas cuatro especies de posibilidades se da, y en qué medida, tratándose de determinada afirmación o cierto conjunto de afirmaciones, es obvio que varía en función de los casos considerados.

Cuando Atienza señala que unos planteamientos jurídico-realistas como los míos no sirven para «mejorar»: ¿está dispuesto a admitir que estos corresponden a la hipótesis (a) o más bien considera que son del tipo (d) –ya sean todos o la principal parte de ellos–? Me da la impresión (no me atrevo a asegurarlo) de que ahora él se inclina principalmente hacia (a)<sup>32</sup>, en todo caso para lo principal de mis afirmaciones. Si es así, yo diría que casi, *casi* podemos estar de acuerdo, ¡sobre *ese* punto! (haciendo abstracción de las confusiones que he despejado en mi contestación anterior y las que trato de despejar en la presente). Nunca he pretendido que ante todo mis observaciones resulten «útiles». Me contentaría con que, si acaso, ellas consigan dirigir la atención hacia ciertas *verdades* acerca de unos comportamientos que, siendo *decisivos* en la vida práctica, suelen ser disimuladas en los discursos públicos<sup>33</sup>. Por lo demás, también en cuanto a las cuestiones elucidadas aquí es muy aplicable, *mutatis mutandis*, lo que oportunamente aclaré al escribir sobre otra materia:

«Claro, a mí me gustaría que este libro pudiera ser “útil”. Pero no se trata, en los hechos, de qué quiera o deje de querer yo mismo. Es lo que estén dispuestos a querer, y sobre todo a *hacer*, tantos otros»<sup>34</sup>.

Esos «otros» son, en este caso, los juristas en sus discursos profesionales. Sería la mar de iluso si me imaginara que, por el hecho de presentar, yo mismo o quien sea, algún proyecto *intelectualmente* viable para hacer lo más racionales posible (en el sentido de Max Weber) los discursos jurídicos en caso de que el modelo fuera aplicado en la práctica –¡conseguir hacerlos *así* de veras!–, la consecuencia *real* fuera que, simplemente por *tal* viabilidad (la intelectual), estaría asegurado o sería probable que este modelo tenga posibilidades efectivas de ser puesto en práctica por buen número de juristas. Aclaro: no es que estos mismos no *podrían* seguir el modelo, por más buena voluntad que de su parte pusieran para lograrlo, acaso porque en sí fuera demasiado complejo de entender y por eso resultara imposible –o al menos muy difícil– saber *cómo* hacer para resolver mediante él los casos prácticos sometidos a la justicia... ¡no, no es *eso*! La cuestión de la realización efectiva depende también, y hasta sobre todo, de otras coordenadas, unas que son antes bien de orden extra-intelectual. Me explico:

<sup>32</sup> Atienza-2, en cuyo 3.2 dice (quinto párrafo): «... yo no creo que él [H.] cometa errores lógicos o errores empíricos en lo que afirma...» (si bien, acota: «... algunas de sus [mis] afirmaciones empíricas ... están hechas más bien a ojo de buen cubero» –pero véase también *supra*: II.2–).

<sup>33</sup> He tratado de seguir, hasta donde mis limitadas luces puedan alcanzar, lo que señalan unas conocidas palabras de Samuel Buttler: «Nunca escribo sobre tema alguno, salvo cuando creo equivocada la opinión de quienes gozan de fe pública, y esto implica como consecuencia que todos los libros que escribo luchan contra quienes acaparan un campo» (cit. en «Entrevista a Thomas Szasz», Revista *Muy Interesante*, año XIII, N° 01, s/f., México, p. 29)

<sup>34</sup> Haba, E.P., *Pedagogismo y «mala fe». De la fantasía curricular (y algunas otras cosas) en los ritos de la programación universitaria*, San José (C.R.): Educatex, 2008, p. 19.

No basta con que una medicina sea eficaz en el laboratorio de quien la inventa, si los médicos no tienen posibilidades reales de conocerla; o si solo algunos pocos de ellos, quienes por casualidad consigan enterarse de que aquella existe, prefieren no someter esa medicina a prueba en sus propios enfermos (para no ser mirados con ojos «extraños» por los colegas en general). También en nuestro asunto, los impedimentos residen sobre todo –quíerese o no– en unos obstáculos *sociales*, ¡fuertísimos!, que inciden decisivamente sobre el gremio de los juristas en general. Esto es: **a)** de partida, cuenta el decisivo hecho de que en las Facultades de Derecho es poco menos que imposible, por toda suerte de intereses creados, que la enseñanza allí brindada –en general– ponga en jaque al Síndrome y demás<sup>35</sup>; **b)** así también se impone, ya en el ejercicio de la profesión como jurista activo, el hecho de que las funciones sociales asignadas a los tribunales, en la práctica, no son principalmente de conocer la verdad *sin más* acerca de las cuestiones consideradas, sino sobre todo el contribuir a reafirmar unas soluciones *ideológicamente* creíbles, o sea, para dirimir esas cuestiones de modo tal que haya «paz social» en el sentido del *statu quo*<sup>36</sup>.

Si bien es muy comprensible que unos escritores *deseen* ser «útiles», para esto o aquello, desde luego no basta con que ellos mismos lo quieran para que resulte así, muy de acuerdo con sus deseos. Ciertamente, yo no digo que sea malo tener tales propósitos; pero qué efectos reales tengan estos, y ante todo saber si realmente tienen alguno (de la especie anhelada), es otra cosa. En el caso de los estudios de Teoría del Derecho, si la cifra de ellos se coteja con el número de sentencias y con el porcentaje de estas donde algún trabajo de esos pueda haber tenido alguna influencia efectiva, salta a la vista que la probabilidad de que acontezca esto último es absolutamente ínfima [... bueno, no sé si Atienza necesitará, para reconocer que es así, «alguna investigación de naturaleza empírica efectuada con métodos *muy rigurosos...*»<sup>37</sup>]. ¡Medido en forma estrictamente técnico-estadística, tal vez en general esa probabilidad (número de influencias efectivas sobre número total de sentencias, en un período determinado) sea menor que la de sacarse la lotería! Me parece que uno necesita ser no poco cándido para pensar que, entre los cientos de trabajos que se publican de esta disciplina, va a dar la gran casualidad de que justamente los escritos por uno mismo, a diferencia de casi todos los presentados por el resto

<sup>35</sup> En la hipótesis más optimista, esto podría si acaso llegar a ser colocado sobre el tapete en algún curso de Filosofía del Derecho o Teoría del Derecho (cuando por ventura tiene un profesor heterodoxo). Materias esas que de por sí son vistas, tanto por los demás profesores en general como por los estudiantes, como significando apenas un «adorno» (y cuando el profesor es exigente, como un obstáculo injustificado) en el currículo de la carrera.

<sup>36</sup> Aclaro: para nada estoy usando aquí ese término en sentido peyorativo (como a veces suele hacerse), sino en su acepción *meramente* objetivo-descriptiva. Significa que no entiendo formular *ningún* juicio de valor, ni positivo ni negativo, acerca del «statu quo» involucrado: deajo completamente aparte la cuestión de si sea deseable o no apoyar *ese* «statu quo», el que fuere. Por supuesto, cada quien tiene sus preferencias al respecto (¡yo también!), mas lo señalado arriba es verdad tanto si esas preferencias son unas u otras.

<sup>37</sup> Ignoro si podría interesarle, tal vez, una como la señalada más abajo: n. 45.

de los colegas, lograrán meterse dentro de dicho porcentaje casi inexistente. No digo que, por eso, sea cuestión de privarse de escribirlos, no todo es «utilidad» en la vida, pero... En fin, medidos por el rasero de su eventual «utilidad», lo cierto es que ni la generalidad de los estudios «argumentativistas» ni tampoco los de ninguna otra orientación en esta disciplina están en situación, salvo muy contadas excepciones y aun estas mismas para auditorios muy minoritarios, de ayudar a «mejorar» los discursos jurídicos profesionales, ni mucho ni poco.

Sin embargo, resulta que hasta yo mismo no he dejado de presentar determinada propuesta *normativa*: modelo de «cuatro pasos» [*infra*: II.6 *in fine*]. Por supuesto, no me hago ilusiones de que vengan a ser muchos los jueces (si es que haya alguno, sea cual sea el país considerado) dispuestos a aplicar tal modelo, atento a los dos impedimentos apuntados (*a* y *b*). Quiere decir que, al fin de cuentas, ese modelo tiene sobre todo valor *cognoscitivo*<sup>38</sup>. En efecto, él dirige la atención hacia determinados *saberes* (heterodoxos) a propósito de las cuestiones jurídicas en juego. Pero, como las «mejoras» que tal modelo propone *no* son esencialmente contemporizadoras con el pensamiento jurídico profesional normal<sup>39</sup>, precisamente porque para nada lo son muy buena parte de cuanto ponen de manifiesto dichos saberes, desde luego no puede pretenderse que eso tenga los éxitos de audiencia alcanzados, dentro del gremio de los juristas, por ciertos autores de teorías «estándar». No quiere decir que dicho modelo *no puede* aplicarse<sup>40</sup>, pero no lo harían sino jueces que son bastante fuera de serie.

Si bien se mira, también en este terreno se impone, quiéralo uno o no, la fundamental diferencia entre la orientación mental del *científico* frente a la del *político*, de acuerdo con la conocida caracterización efectuada por Max Weber. Visto en términos de Wittgenstein, quiere decir que esos dos tipos de «juegos de lenguaje» responden a «gramáticas» que son respectivamente inconmensurables, o poco menos. Pues bien, ¿cuál es el *tipo* de «juego» en que consisten básicamente los razonamientos jurídicos profesionales? Nadie lo ha dicho con más claridad que Kelsen: «El derecho ... es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su *aplicación* son funciones *políticas*...»<sup>41</sup>. Por eso resulta que el derecho es un «juego» cuyas «gramáticas» se

<sup>38</sup> Téngase en cuenta, por lo demás, que se trata de un modelo de *razonamiento* (proceso discursivo interior), no de *presentación* (formulación discursiva oficial) para las sentencias; *cfr. Metodología...* [ref. n. 15], 310 *in limine*. A mis estudiantes les he recomendado que, si llegasen a aplicar ese modelo en sus actuaciones como jueces, antes bien *no* lo presenten exactamente así en la formulación misma de la sentencia, pues chocaría contra prejuicios muy arraigados en su auditorio: en especial, «la ficción de que una norma jurídica siempre admite solo *un* sentido, el sentido “correcto”. Se trata de una *ficción* de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica» (Kelsen, *Teoría pura...* [ref. n. 18]: 356).

<sup>39</sup> Véase la observación de Kelsen recogida en la n. anterior.

<sup>40</sup> De hecho, hay exalumnos míos que lo han aplicado como jueces (pero «cuidándose»...: *supra*, n. 38).

<sup>41</sup> Kelsen, H., *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1958, p. 31 (curs E.P.H.). Véase también su obra clásica, *Teoría pura...* [ref. n. 18]: cap. VIII, esp §§ 45.e)-47.

determinan primordialmente, no por finalidades de conocimiento científico, sino por recursos mentales de tipo *político* (sean o no sean, tales o cuales de estos mismos, más o menos refinados intelectualmente).

También Atienza se refiere al derecho catalogándolo como «juego», mas al parecer pasa por alto lo siguiente. El hecho de que, si bien allí intervienen *ciertos* conocimientos, y también estos desempeñan papel importante<sup>42</sup> para las decisiones jurídicas, pues pueden ser decisivos hasta cierto punto; empero sus locutores ignoran o en todo caso prescinden de *otros* conocimientos, con respecto a eso mismo, que podrían ser no menos decisivos para resolver los casos planteados (así, descartar elementos del Síndrome y aquilatar consecuencias prácticas no consideradas). La «gramática» *propia* –política– de los juegos-de-lenguaje derecho requiere de sus operadores profesionales hacer abstracción de todo conocimiento –ciencia– capaz de interferir con las funciones retórico-políticas de sus propios discursos<sup>43</sup>.

Sin embargo, los teóricos «estándar» entienden que ellos consiguen atar esas dos moscas por el rabo: brindar unos *conocimientos* (nivel «científico») fundamentales –piensan esos autores– para «mejorar» la propia labor cotidiana de los juristas como tales, *sin* afectar mayormente las funciones práctico-retóricas (nivel «político») de esa labor. Sí, el lema-eje de tales orientaciones bien puede formularse de la ingeniosa manera como lo presenta Atienza: «Entre *callar* y *no callar*: decir [¡solamente!] lo *justo*». Por lo que se ve, para Atienza lo «justo» sería, en este contexto, que el no-callar tenga como infranqueable límite que *no* sean no-calladas, o al menos que no se saquen de ahí las principales consecuencias correctivas, cosas del tipo sobre el cual han preferido no callar unos autores como Scheuerle o Rütters, y hasta yo mismo. Digo infranqueable, pues tal límite constituye condición *sine qua non* para conseguir insertarse en el «juego» práctico de los juristas mismos, poder «ayudar» al cumplimiento de dichas funciones justamente.

No puedo negar que este no-callar-pero-callar, lo que Atienza llama «decir lo *justo*», tal vez pueda –a diferencia del no-callar *sin más*– tener políticamente ciertas posibilidades de ser escuchado con beneplácito en el gremio de los juristas. Pero, cualquiera pueda ser el número de esos «oyentes» (probablemente no constituye, aun así, más que una parte ínfima del gremio) y sea cual fuere el verdadero nivel de comprensión que estos mismos logren alcanzar acerca de los contenidos teóricos ofrecidos por la teoría «estándar», otra cosa es qué efectos *reales* tengan tales conocimientos –si es que tienen alguno– sobre las *prácticas* discursivas de la profesión jurídica, por lo menos las

<sup>42</sup> Cfr. *Metodología...* [ref. n. 15]: esp. 148 s.

<sup>43</sup> «No digamos, pues, que ese discurso carece de todo alcance como conocimiento. Mas tampoco dejemos de agregar, enseguida, que este es un “conocimiento” donde expreso se toman cuidadosas precauciones para lograr mantenerlo todo lo cognoscitivamente *endeble* que sea menester...» (ob. cit. en la n. anterior: 149). Para desarrollos mucho más pormenorizados, véase mi estudio en relación con Krchmann (señalado como [1993] en la bibliografía que está al final de Haba-1).

de esos oyentes. Digo «efectos» para referirme no simplemente a unas maneras, si acaso, de *presentar* algunas fundamentaciones judiciales (tal vez *mencionar* ahí unos autores «estándar», etc.), sino en cuanto a cambiar el contenido resolutivo mismo de esas sentencias, vale decir: que ahora, en virtud justamente de poseer *esos* conocimientos, se falle X en donde sin estos últimos se resuelve no-X. No obstante, por más que albergo muy serias dudas en cuanto a las posibilidades de alcanzar tal resultado (salvo, si acaso, unos efectos-Lampedusa), pues muy poco creo en la eficiencia del papel como «buenos consejeros» para los científicos sociales en general<sup>44</sup>, aquí no haré cuestión de eso. Sea cual sea tal eficiencia por parte de los estudios «estándar», real o supuesta<sup>45</sup>, en modo alguno pretendo competir con ellos en *ese* terreno, el de escribir *políticamente* («decir lo justo», según Atienza) sobre estos temas.

Si Atienza está dispuesto a aceptar que las puntualizaciones presentadas en mi artículo básico no faltan a la verdad ni son triviales, por más que lo señalado en ellas resulte «incapaz de levantar [“mejorar”] ni un adoquín»<sup>46</sup> en las labores corrientes de los juristas, entonces sus objeciones no dan en *mi* blanco como «científico» sino, en todo caso, como «político». En cuanto a esto último, no tengo inconveniente en no disputarle la derecha a Atienza, ni a cualesquiera otros autores tampoco. No impugno que tesis como las mías puedan «ser juzgadas *también* en relación con *ese* objetivo» –uno político–, mas no veo en qué pueda ello invalidar su pertinencia en relación con *otro* objetivo, aquel de orden *cognoscitivo* –uno «científico»– al cual aquellas van dirigidas sobre todo.

[Curiosamente, el propio Atienza llega a acotar que las teorías de los académicos no tienen tanto *poder* como ese que él mismo le asigna, al parecer, a las suyas propias y a las «estándar» en general. Dice: «¿No estará [H.], por cierto (y entre otras cosas), *sobrevalorando* el poder de lo académico?» (§ 5 *in fine*). Respondo, parafraseando sus mismas palabras: ¿no será ante todo Atienza mismo quien «estará, por cierto (y entre otras cosas), *SOBREVALORANDO* el poder de lo *académico*», específicamente en cuanto al *poder* de «ayudar» que tendrían –según él– las teorías de los académicos «estándar»?]

<sup>44</sup> Cfr. Haba, E.P., *Entre tecnócratas y «wishful thinkers»*. La visión «misionera» de las ciencias sociales, Granada: Comares, 2010.

<sup>45</sup> Sobre la «utilidad» de los estudios de Metodología Jurídica, en general, un interesante indicio *empírico* lo suministra la comprobación del Prof. M. E. Salas en cuanto a que, en el Tribunal Superior Federal Alemán, los más renombrados autores de obras de esta materia de ese país aparecen mencionados (entre 1950 y 1997) apenas en dos o tres ocasiones (¡sólo dos de ellos!) o simplemente son ignorados por completo (todos los demás): *cfr. Metodología...* [ref. n. 15], allí el Supl. ubicado al final de la sec. D (págs. 368 s.).

<sup>46</sup> «Lo que desean hoy los lectores de un libro es que este mejore, instruya y levante su espíritu. Pues bien, el presente es incapaz de levantar ni un adoquín...» (J. K. Jerome) [*cfr. Pedagogismo...* (ref. n. 34), p. 18].

## II.6. Eventual «fertilidad» (cognoscitivo-heurística) de unos saberes producidos en Teoría del Derecho

Pienso que de lo señalado a lo largo de esta sección podría sacarse la siguiente conclusión general de orden metodológico: las tesis de Teoría del Derecho merecen ser tomadas principalmente a título *heurístico*. Puesto en términos de Vaz Ferreira, debieran considerarse como «ideas para tener en cuenta»<sup>47</sup>. Se trata de la *fertilidad*, por así decir, que cada una de esas tesis pueda eventualmente tener sobre todo en cuanto conocimiento *teorético*. Digo «fertilidad», en tal sentido, para referirme principalmente a *qué* es lo que dichas tesis conducen a *ver* –algo que no sea obvio, o poco menos– de esas prácticas; pero sin perder de vista también lo que aquellas refuerzan, o al menos dejan inconvencible, en cuanto a *no* ver de allí. Secundariamente, esa fertilidad podría llevar, acaso, incluso a promover unos cambios que contribuyan a «mejorar» en algo dichas prácticas en sí mismas; pero dado que, por la «gramática» fundamental de los-juegos-de-lenguaje-derecho, tal posibilidad no tiene lugar sino de manera muy excepcional y muy limitada [*supra*: II.5], no veo por qué subordinar la «fertilidad» *teorético-cognoscitiva* de la Teoría del Derecho a un requisito («utilidad» en la práctica) que se realiza tan raramente.

En efecto, mi insistencia en cuanto a no dejar entre bambalinas lo del Síndrome y los niveles pragmáticos de los discursos jurídicos, al fin de cuentas tiene sobre todo sentido *heurístico*. Sea cual fuere la medida en que para cada caso o tipo de casos pueda darse *de veras* –esto es, habiendo sido ello comprobado *empíricamente*– también la presencia de tales o cuales aspectos llamados (si se quiere) «racionales» o «razonables», y aun supuesto que hayan sido detectados a la luz de aproximaciones *teoréticas* que son justamente del tipo «estándar», yo para nada impugno que tales aspectos [el papel de unos ideales] sean puestos de relieve, ni que se recomienden tanto como se quiera. Por lo demás, no se ve por qué aun esos aspectos mismos, si son efectivos ya o si hay perspectivas de que lleguen a serlo, no puedan ser detectados asimismo, y posiblemente identificándolos con mejor precisión, mediante teorías realistas sobre las argumentaciones de los juristas. Lo que mi crítica al «razonabilismo» contrapone al reduccionismo *teorético* propio de esta orientación, puede resumirse en poner por delante lo que bien podríamos llamar: *principio heurístico de no-callar*. Este «no callar» no ha de entenderse, en modo alguno, como capaz de propiciar, por su lado, algún otro reduccionismo, sea cual fuere. Solo significa que, no por señalar unas «racionalidades» jurídicas, allí donde efectivamente se den en la práctica, sea necesario mantener disimulada –¡de hecho!– la «otra cara de la moneda» presente allí mismo muy a menudo, lo del Síndrome y demás.

El motivo por el cual tal principio hace especial hincapié en esto último, la «otra cara», es porque de hecho son *tales* aspectos los que la dogmática jurídica profesional *no* toma en cuenta. Tampoco suelen asomar en los estudios

<sup>47</sup> Cfr. *Metodología...* [ref. n.15]: sec. B.III.1 (esp. 126 ss.).

de Teoría del Derecho; y los teóricos «estándar», por cierto, no constituyen una excepción. Mientras que las elucidaciones de los teóricos racio-argumentativistas se llaman a conformes con decir nada más lo «justo» (así le llama Atienza), dicho principio heurístico realista conduce, en cambio, a *no* evitar poner sobre el tapete, *inclusive*, también aquellos elementos *decisivos* para el discurso jurídico que no hallan lugar dentro las reduccionistas vallas propias de aquel decir-«justo».

Así, el modelo realista de «cuatro pasos»<sup>48</sup> no aparta la vista ni siquiera de las tradicionales modalidades de «razonabilidad» jurídica encomiadas por los teóricos «estándar». Ese modelo toma en consideración múltiples argumentaciones, en toda la medida en que estas formen parte *efectivamente* de los razonamientos jurídico-profesionales. No desconoce que ellas juegan ciertamente un papel importante, como *topoi* del «marco» (Kelsen) lingüístico jurídico-positivo: en tal condición forman parte del primer «paso» –«lingüístico-dogmático»– en ese procedimiento mismo [*cfr. Metodología...* (ref. n. 14): 296 ss.]. La «racionalidad» realista no excluye la «razonabilidad» jurídico-dogmático, pero permite llevar las posibilidades de «justificación racional» mucho *más allá* de las meras formas de «argumentar» jurídicas habituales. En los pasos 2º a 4º de dicho modelo está contemplada, justamente, esa *ampliación* de la «racionalidad» en juego: los elementos de análisis «anti-Síndrome» y en general la *vis* discursivo-*pragmática*; todo eso que tanto los modelos tradicionales de razonamiento jurídico como los teóricos «estándar» suelen dejar fuera del ruedo, al confinar sus modos de pensamiento a los voluntaristas vaivenes de cuanto llamen «razonable».

En conclusión.– Si una «fertilidad» puedan tener las teorías estándar, en el mejor de los casos ella se agota en suministrar unas indicaciones con respecto al manejo de los *topoi* jurídicos dentro del marco constituido apenas por el «primer paso» dentro de dicho modelo realista de procedimiento. Esas teorías se limitan a considerar los movimientos *semánticos* –argumentaciones «razonables»– susceptibles de ser llevados a cabo *sin* someterlos a las precauciones de precisión y a los exámenes de empiricidad –*¡pragmática jurídica!*– en que consisten los tres «pasos» siguientes de tal modelo [*cfr. Metodología...*: 300 ss.]. Estos «pasos» complementarios, indispensables para no quedarse en una percepción esencialmente reduccionista acerca de los razonamientos jurídicos, no pueden estar llamados a intervenir mientras estos últimos permanecen *frenados* en unas mallas simplemente «argumentativistas».

## II.7. Recapitulación (*muy aforística*)

1. CONFUSIONES CATEGORIALES.– Los planteamientos de Atienza incurren en unos básicos «errores categoriales», consistentes en no distinguir entre planos de pensamiento que, si bien están relacionados, *no* son necesariamente

<sup>48</sup> *Cfr. Metodología...* [ref. n. 15]: sec. C.III (esp. 293 ss.).

homogéneos entre sí, aunque sus respectivos contenidos pueden presentarse siendo llamados de manera igual o muy similar. Atienza «mete en un mismo saco»: por un lado, el plano de los juicios de valor categóricos y el plano de los juicios de valor instrumentales; por el otro, el plano de los razonamientos jurídicos profesionales corrientes en sí mismo (lenguaje-objeto) y el plano de las elucidaciones de Teoría del Derecho (meta-lingüísticas) acerca de los primeros. Tales indistinciones originan múltiples confusiones, tanto para saber a *qué* exactamente entienda referirse Atienza en muchos de sus pasajes (¿a cuál de los dos planos de un nivel o si es a ambos a la vez?) y también porque las respectivas exigencias de fundamentación son disímiles.

2. «PRUEBAS».- No queda para nada claro qué *clases* de «pruebas» –si es que hacen falta– pide Atienza para los enunciados de Teoría del Derecho, en general. Pareciera que solicita unas de cierto tipo, «métodos muy rigurosos», para tesis que no le simpatizan, mas no ofrece pista alguna acerca de *cuáles* serían las requeridas (¿«metódicas» o no?, ¿sometidas a qué «rigores» o libres de ellos?) para solventar tesis como las sostenidas por él mismo y en general las de los teóricos «estándar»; a no ser que, para él, sólo las primeras requieran comprobación, mientras que las segundas estarían, por principio, eximidas de toda exigencia al respecto.

3. LO «RACIONAL», LO «RAZONABLE», ETC.- Para términos claves como «racional» y «razonable» –también: «universalidad», «coherencia». etc.–, según Atienza es inadecuado hacerlos objeto de una «concepción estrecha» (así la de Weber); considera muy preferible que ella sea mucho «más amplia». La cuestión, no respondida por él, es: «más amplia» en *qué* y hasta *dónde*? (aun si nos abstenemos de preguntar el «para qué»). Atienza no suministra ninguna indicación acerca de cuál sería por lo menos algún «poco» de contenido descriptivo, «algo» que permita diferenciar *intersubjetivamente* tal mínimo –¡aunque fuere solo esto!– frente a cualquier otra suerte de razonamientos. Tampoco ofrece ninguna pista acerca de *cómo* saber (intersubjetivamente) si lo «razonable» es A o no-A, cuando esto se halla en disputa; o si será que basta con que determinados locutores digan que es *así*, ya sea lo uno o lo otro, para tenerlo por tal. El uso de esos términos suele responder, de hecho, al encanto irresistible de conjurarlos como fórmulas vacías. Atienza dice que hay, a pesar de todo, un uso «legítimo» para tales palabras, mas no señala *cómo* distinguir (intersubjetivamente) este mismo frente a los eventuales usos «ilegítimos».

4. REDUCCIONISMO.- La visión «estándar» acerca de los discursos jurídicos es esencialmente *reduccionista* y en general *extra-pragmática*. Opera como una auto-censura, de quien se ciñe a ella, limitándole a fijarse en *ciertos* aspectos abstracto-*semánticos* de dichos discursos (incluso dejando fuera de foco las falacias más corrientes en estos) y haciendo en general abstracción de las dimensiones *pragmáticas* de ese lenguaje (sobre todo, de aquellas que resultan ser las más decisivas de hecho).



5. «MEJORAR».— En la forma en que lo plantea Atienza, la cuestión de cómo «ayudar» a «mejorar» los discursos jurídicos de los jueces no se puede examinar propiamente, ni siquiera con cierto grado de aproximación, pues se omiten las aclaraciones más elementales para determinar *qué* sea específicamente lo que se desea «mejorar» y cuáles serían los *parámetros* para juzgar al respecto. Por lo demás, él no distingue entre *verdad* y «utilidad» en cuanto a los contenidos teoréticos de los eventuales proyectos de «mejora». Al parecer, da simplemente por supuesto el principio platónico de que ambos planos se corresponden por fuerza: Verdad = Bien (útil). De tal modo pasa por encima, sin más, de la conocida antinomia entre «El político y el científico» (Weber); o sea, desconoce la neta diferencia categorial (advertida por Kelsen) que hay entre [a] «ciencia [conocimiento] jurídica» y [b] la «función jurídico-política» en sí misma [utilidad] de los discursos desempeñados en la *práctica* profesional de los juristas. Al fin de cuentas, el reduccionismo propio de las teorías «estándar» obedece justamente a que, para poder ser «útiles» (política) —¡si acaso!—, ellas suscriben sin más el *sacrificium intellectus* de «no mentar la sogá [Síndrome y demás] en la casa del ahorcado»...: se conforman con «decir lo justo» (no-callar-pero-callar), así le llama Atienza.

6. POSIBLE «FERTILIDAD». Abstracción hecha de la medida en que la Teoría del Derecho procure ser «política» [en el sentido señalado: 5], es verdad que algunos de los saberes producidos en esa disciplina pueden tener cierta «fertilidad» *cognoscitivo-heurística* («ciencia» acerca del derecho), en mayor o menor medida. Inclusive las teorizaciones «estándar» contienen buenas porciones de ello, aun dentro del reduccionismo que las caracteriza. Eso sí, los contenidos auténticamente cognoscitivos están en condiciones de llegar a ser mucho más amplios, y sobre todo ir muchísimo más a fondo, si el investigador se inspira, a diferencia de aquellas teorizaciones, en el *principio heurístico de no-callar*. Justamente este último constituye el principal objetivo de la corriente *realista* en general. Es así cómo, en efecto, buena cantidad de los trabajos que pueden considerarse como pertenecientes a ella han sacado a luz aspectos decisivos de la discursividad jurídica, justamente unos elementos de juicio que en los otros tipos de estudios de dicha Teoría —los ampliamente dominantes en su seno (así en la generalidad de los pertenecientes a teóricos «estándar»)– se quedan simple y llanamente «entre bambalinas».

### III. PRECISIONES SOBRE «REALISMO» JURÍDICO

*Una doctrina del método que se proponga servir [¡de veras!] como guía de la interpretación, tiene que referirse a la manera como se comportan de hecho los tribunales en la aplicación del derecho vigente. Tenemos que analizar la práctica de los tribunales y tratar de descubrir los principios o reglas que realmente los guían en el tránsito de la regla general a la decisión particular (A. Ross).*

#### III.1. De acuerdo con las tesis realistas, ¿carecen de «sentido» los razonamientos jurídicos?

Dice Atienza: «Es posible que alguien como H. esté dispuesto a aceptar que una buena parte de nuestras prácticas jurídicas *carece de sentido*, se basa en mitos, etc.; o sea, cualquier tipo de práctica jurídica sería, me temo, irracional o no racional» [3.2 *in fine*].

No sé si lo que Atienza quiere decir es que, de acuerdo con *mis* puntos de vista, tal tipo de «prácticas ... carece de sentido» PORQUE «se basa en mitos, etc.». Tal aseveración presupondría un decreto lingüístico más de Atienza, esto es: «*basarse-en-mitos*» = «carece de *sentido*». Por mi parte, estoy muy lejos de haber afirmado tal cosa, lo aclaro por las dudas.

¿Es verdad que yo estaría «dispuesto a aceptar que una buena parte de nuestras prácticas jurídicas *carece de sentido*, se basa en mitos, etc.»? Pues bien, la verdadera cuestión es saber en *qué* «sentido» ha de entenderse dicha imputación. Puede tratarse de uno(s) u otro(s), pero, sea cual fuere (sobreentendido: entre las acepciones corrientes de dicha palabra), simplemente no es cierto que en mi artículo de marras, como tampoco en ningún otro de mis escritos, se sostenga, ni explícita ni implícitamente, eso que según Atienza estaría yo «dispuesto a *aceptar*»: lo del *no*-«sentido» de «nuestras prácticas jurídicas». Tal afirmación no solo carece de asiento literal en esos textos *mismos*, sino que tampoco es inferible *lógicamente* de ahí<sup>49</sup>. El «carece de sentido» constituye una afirmación que corre única y exclusivamente por cuenta de Atienza. Me explico:

Supongo que ambos estamos de acuerdo en que, aquí, «basarse» significa: fundamentar<sup>50</sup>. Pero en cuanto a la palabra «sentido» cabe no poca

---

<sup>49</sup> Aclaro.- En efecto, no es inferible «lógicamente», pero siempre y cuando no se introduzca una premisa implícita en donde la palabra «sentido» se defina de alguna manera que le haga significar algo de lo cual se deduzca *sin más*, simplemente por tautología (analíticamente), que no puede tener «sentido» -¡por definición!- todo cuanto no se corresponda estrictamente con esa definición apriorista subrepticia.

<sup>50</sup> Así y todo, hay dos grandes tipos de «fundamentaciones»: aquellas que se consideran (por parte de ciertos locutores) *sine qua non* para lo fundamentado y aquellas que no se consideran indispensables pero sí importantes para eso mismo. Esa diferencia no deja de tener su importancia para nuestro asunto, mas no voy a detenerme en ella.

duda acerca de qué haya querido Atienza decir *propriadamente*. Ya habíamos topado con esa cuestión más atrás<sup>51</sup>, pero allí no me detuve a tratar de precisar mejor los significados de dicha palabra. Ese término lo encontramos entendido de distintas maneras para calificar enunciados (X). Me parece que lo más habitual es entender que X tiene «sentido» cuando se cree estar ante una o más de las alternativas siguientes:

- a) X es verdad;
- b) X es susceptible de ser sometido a la cuestión verdadero-o-falso;
- c) algunos o muchos de quienes escuchan o dicen X comprenden, o en todo caso tienen la sensación de comprender, «algo» como significado de X (imputan, en sus mentes, ese «algo» –diferenciable de otros «algos»– a X), y eventualmente hasta lo toman en cuenta para actuar en consecuencia;
- d) el significado que se imputa a X es útil (adecuación de medios a fines) para que, por tomar en cuenta (usar como medio) lo que en él se señala, así resulte seguro o probable obtener cierto resultado (fin) que se considera deseable.

Salta a la vista que estos cuatro significados no coinciden entre sí. Por ejemplo: si digo una falsedad, esta tiene «sentido» para (b) y para (c), pero no para (a), y puede o no puede tenerlo en cuanto a (d); si digo «buenos días» o si leo una poesía, eso no tiene «sentido» ni en el plano (a) ni en el (b), pero sí lo tiene en el (c) y tal vez hasta en el (d) [en cuanto a este último, el saludo me permite mantener la amistad de esa persona, lo cual podría verse en peligro si paso al lado de esta ignorándola; o el conocimiento de esa poesía puede serme útil para obtener una buena calificación en la clase de literatura].

Pienso que Atienza habrá entendido referirse a alguno o algunos de esos cuatro planos de significados para el término «sentido», al menos en forma implícita, cuando me adjudica la opinión transcrita al principio de este apartado. Pues bien, sea cual fuere el plano considerado, simplemente no es verdad que yo haya dicho o piense, como tampoco es cierto que esté implícito en lo que sí he sostenido, que: «... una buena parte de nuestras prácticas jurídicas *carece de sentido*». No se me escapa que *ninguna* de ellas «carece de sentido», al menos en alguno de dichos cuatro planos, si no en varios de ellos. Muy lejos de mí está sostener cualquiera de las tesis siguientes:

- Que «carecen de sentido» los juicios de valor instrumentales allí contenidos. Y no sólo cuando son empíricamente acertados, sino incluso cuando no lo son: por supuesto que todos estos tienen «sentido», ¡en los cuatro planos indicados!
- Que «carecen de sentido» los juicios de valor categóricos allí presupuestos. Más allá de que lo tengan o no lo tengan en los planos *a* y *b*, según la opinión de cada quien, no cabe duda de que sí lo tienen al menos en el *c*; tampoco hay por qué descartar que eventualmente puedan

<sup>51</sup> *Supra*: véase el párrafo que finaliza en la n. 28.

tenerlo en el *d* (esto último no es nada excepcional, vistas las utilidades que rinde el derecho).

- Que «carecen de sentido» las normas jurídicas en general, o al menos «buena parte» de ellas. Salta a la vista que sí lo tienen, al menos en los planos *c* y *d*.
- Que «carece de sentido» todo cuanto «se basa en mitos» y, por tanto, tal sería el caso del derecho. Por lo pronto, los mitos no carecen de «sentido» en el plano *c*<sup>52</sup> y pueden tenerlo también en el *d*; menos que menos es cierto que lo irracional de un mito tenga que hacer, por fuerza, no menos irracional y en general «sin sentido» a absolutamente *todo* aquello que «se basa» en aquel –así, pueden ser perfectamente racionales unos juicios instrumentales, las «técnicas» si se quiere, acerca de cómo cumplir con ciertos fines que establece el mito–.

Desde luego, también es posible que Atienza haya entendido principalmente alguna *otra* cosa, ninguna de esas cuatro, bajo la palabra «sentido». Sólo que, ¿cómo saber cuál? A decir verdad, no creo que él haya considerado ninguna de estas diferencias. Pienso que utilizó, sin mayor conciencia de discriminaciones, el término «sentido» para querer decir simplemente algo así como lo siguiente: de mis afirmaciones resultaría que «una buena parte de nuestras prácticas jurídicas» es irracional *sin más* (absurdas, si se quiere); o que estas no se hallarían sujetas a *ningún* tipo de pautas normativas con eficacia reguladora como tales, quedarían libradas pura y simplemente al gusto personal de cada juez. En *eso* consistiría su no-«sentido». Mas lo cierto es que yo no sostengo ni lo uno ni lo otro.

Sea como fuere, por si Atienza o lectores de su comentario me adjudiquen unas ideas tan aparte de lo señalado en mis propios escritos, necesito subrayar lo siguiente:

- 1) Entiendo que las «prácticas jurídicas» *sí* tienen «sentido» (al menos en los planos *c* y *d*, y muy a menudo también en el *a* o en el *b*, según los casos), lo cual por lo demás es bastante variado.
- 2) Reconozco que, en el seno de los discursos jurídicos, a estos mismos contribuye a darles «sentido» la intervención decisiva tanto de elementos de juicio «racionales» (en la acepción que he señalado: *cfr.* Haba-2, n. 66) como también unos «razonables» (sea esto lo que fuere), en variadas proporciones según los casos; si bien ello está subordinado a, o al menos obra en concurrencia con, una muy compleja «mezcolanza» (Radbruch) de factores de otra naturaleza que son no menos decisivos allí (y a menudo lo son mucho más).

---

<sup>52</sup> Nadie que haya entendido a Wittgenstein (II) y Waismann, o tomado conciencia de lo explicado en la conocida obra de Berger y Luckman *La construcción social de la realidad*, será tan simplista como para decir, sin más, que *no* tienen «sentido» los juegos de lenguaje de la gran «región»-mitos.

- 3) Entre estos últimos factores cuentan también unos no escasos ni poco frecuentes elementos discursivos de no-racionalidad, retórico-persuasivos (Síndrome y demás).

Ese triple conglomerado (y aún mucho más), ¡todo eso!, conforma el «sentido»-mejor dicho: los «sentidos»- de «nuestras *prácticas* jurídicas».

Al pasar por alto aspectos como los aquí señalados, no es de extrañar que Atienza llegue a la conclusión de que, si se acepta lo que él cree poder inferir de mi exposición, entonces resultaría que: «... *cualquier* tipo de práctica jurídica sería, me temo, irracional o no racional». Dado la gran manipulabilidad que exhiben términos como estos, «irracional o no racional» [*supra*: II.3], no puedo sino dejar constancia de lo siguiente: en la forma como uso yo, y muchos otros, el término «racional» [*cfr.* Haba-2: n. 66], la afirmación de Atienza transcrita tiene muy poco o nada que ver con mis propios puntos de vista.

[Acotación.– Si bien se mira, el «misterio» de por qué Atienza ha llegado a semejantes conclusiones sobre mis puntos de vista no resulta tan difícil de develar. Recuérdese que él da por supuesto que mis ideas se basan en el «positivismo lógico», especialmente en el primer Ayer (*supra*: I.4). Y puesto que, según este autor (en esa etapa primigenia de su producción filosófica), el juicio de valor «no tiene *sentido* fáctico», sino que tal tipo de sentencias «constituyen puras expresiones de *sentimientos*»<sup>53</sup>, entonces Atienza se conforma con asignarme, ¡sin más!, exactamente la misma opinión.]

### III.2. ¿Las tesis realistas implican negar que los jueces pueden «justificar» sus sentencias?

Dice Atienza: [i] «Pues no se trata de que alguien pueda arreglárselas sin esos conceptos (los carentes de “un contenido descriptivo bien determinado”). Se trata de que sin ellos nos quedaríamos *sin* algunas de nuestras *prácticas*, como la discusión racional o la motivación de las sentencias. Y este, me parece a mí, es el verdadero *quid* de la cuestión» [3.2: pár. sexto *in fine*]. [ii] «La postura de autores “realistas” como H. lleva *necesariamente* a sostener que los jueces no pueden propiamente (al menos en muchos casos) *justificar* sus decisiones. El Derecho estaría gravemente indeterminado porque las decisiones judiciales dependen de juicios de valor que consisten [según H.] en actitudes, en emociones que, en sentido estricto, no son susceptibles de enjuiciamiento racional. Sobre el *fondo* de las razones no cabría propiamente una discusión *racional*» [3.2: pár. octavo *in limine*].

[i] EN MODO ALGUNO LOS REALISTAS NIEGAN EL «QUID» ENFATIZADO POR ATIENZA (... *eso sí, ellos no se pliegan a disimular cómo esas «prácticas» funcionan VERDADERAMENTE*).–

Tan *no* es así como lo supone Atienza, que hasta en las «mejoras» propuestas por mí mismo (modelo de «cuatro pasos») [*supra*: a la altura de la n.

---

<sup>53</sup> *Cfr.* Los juicios de valor [ref. n. 10]: § 78, esp. p. 74 (ahí las palabras de Ayer transcritas arriba, curs. E.P.H.).

48], muy lejos de pensar en eliminar esas fórmulas vacías mencionadas por él, ni en general los conceptos indeterminados recurrentemente invocados en discursos jurídicos normales, a eso mismo se le reconoce un rol *decisivo* (desde el primer «paso») en el procedimiento para desembocar *racio-empíricamente* («paso» 4) en las conclusiones normativas. Sólo que, mediante tal procedimiento, esos conceptos se someten a una «higienización» (labor de precisión), hasta donde sea *posible*<sup>54</sup>; justamente con vistas a que esas conclusiones puedan resultar *eficaces* para realizar, *en la práctica*, aquellos valores señalados («paso» 3) por el intérprete.

Desde luego, el realista no es tan iluso como para imaginarse que sea cuestión de «suprimir» los conceptos indeterminados que se emplean en los discursos normativos habituales (lenguaje-objeto). Eso es imposible, tanto en el derecho como en general en el ámbito de los discursos correspondientes a la llamada «Razón práctica». Hasta yo mismo había subrayado, desde muchos años atrás<sup>55</sup>, que es indispensable –y hasta puede resultar relativamente conveniente: un «mal menor»<sup>56</sup>– recurrir a ellos en discursos jurídicos. Sólo que, a diferencia de las teorizaciones «estándar», ningún realista disimula (en su propio meta-lenguaje teórico) el carácter básicamente ideológico-*opcional* que tienen los antinómicos contenidos que caben en el seno de cada uno de tales conceptos. Por lo mismo, tampoco disimula el hecho de que no existe ningún procedimiento *intersubjetivo* para elegir entre esos contenidos cuando sus intérpretes responden a ideologías que se contradicen al respecto, o simplemente cuando unos de estos prefieren (sea por los motivos que fuere, conscientes o no) entender de cierta manera el concepto en cuestión y otros intérpretes prefieren entenderlo de manera diferente.

En realidad, no hay motivo alguno para temer que: «... sin ellos [esos conceptos] nos quedaríamos *sin* algunas de nuestras *prácticas*, como la discusión racional o la motivación de las sentencias». Ya dije que, sean esas «prácticas» como fueren, está muy lejos de mí creer que puedan cambiarse sustancialmente (detalles-Lampedusa aparte). Tampoco hago cuestión de que se les ponga la etiqueta que cada teoría mejor guste: «discusión *racional*», si se quiere (muy cómodamente, desde luego, si uno se conforma con invocar ese término sin precisarlo).

<sup>54</sup> Cfr. *Metodología...* [ref. n. 15]: sec. C.II.4 (esp. p. 305 s.).

<sup>55</sup> Cfr. Haba, E.P., *Tratado básico de derechos humanos*, San José, IIDH, 1986, t. I: cap. III (véase las citas de Wittgenstein y S.V. Benét, en las pp. 242 ss.).

<sup>56</sup> Cfr. Haba, E.P., “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 AA.VV., *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II. *Teoría y metodología del derecho*, Madrid: Dykinson, 2008, pp. 607-628, esp. § V. Versión revisada en: *Criterio Jurídico*, Vol. 8/Nº 2-Diciembre 2008, pp. 25-44, Cali (Colombia) [PDF: [http://criteriojuridico.puj.edu.co/publicaciones.php?seleccion=ver\\_publicacion&id\\_publicaciones=15](http://criteriojuridico.puj.edu.co/publicaciones.php?seleccion=ver_publicacion&id_publicaciones=15)].

Menos que menos, podría estar yo a favor de eliminar la *motivación* de sentencias. En modo alguno ignoro que esa motivación, sean o no mechados en su seno tales adornos persuasivos, de todas maneras forma *parte* –a veces muy decisiva por sí misma, otras no tanto– de los factores reales que determinan las conclusiones finales a que se arriba en aquellas. ¿Dónde y cuándo he dicho lo contrario?

[ii] ¿NO PUEDEN, LOS JUECES, «JUSTIFICAR» SUS DECISIONES? (*y sobre todo si ellos fueren realistas*).–

Considerando la inocuidad de términos como «razonable», para determinar realmente los contenidos decisivos de las sentencias: ¿quiere decir que, si eso es verdad, tal comprobación «lleva *necesariamente* a sostener que los jueces *no* pueden propiamente (al menos en muchos casos) *justificar* sus decisiones»? Contesto: ¡ni por asomo pienso así! Pero Atienza dice que sostengo tal cosa, o que en todo caso ello estaría implicado *necesariamente* en mis afirmaciones (me dé cuenta o no, y lo quiera o no lo quiera): «... porque las decisiones judiciales dependen de juicios de valor que ... en sentido estricto, no son susceptibles [según H.] de enjuiciamiento racional».

Por lo pronto, Atienza no especifica *qué* entiende él ahí como «necesariamente», de qué *tipo* de «necesidad» se trata. ¿Es alguna de carácter empírico-causal (legaliforme o de probabilidad estadística, en cierto plano de conductas sociales)? ¿O más bien pertenece a unas convenciones lingüísticas, ya sean dogmático-jurídicas u otras? ¿O acaso responde a ciertos presupuestos lógico-formales de orden muy general? ¿O será que es inmanente a unas ideologías de política jurídica? ¿O ...? No me atrevo a responder a estas preguntas, ni siquiera tentativamente, en nombre de Atienza. Sin embargo, trataré de hacer de cuenta que tal ambigüedad no existe o como si ella careciere de relevancia para aclarar nuestro asunto.

Sea como fuere, la aseveración de «imposibilidad» hecha por Atienza reposa sobre dos decretos lingüísticos imaginados por él mismo, uno para la expresión «juicio de valor» y el otro para el término «justificar»; pero me los adjudica a mí. Se pre-supone, por decisión apriorística de Atienza, que según mis tesis yo entiendo de manera extremadamente restringida ambas formulaciones. En efecto, el «salto» lógico que lleva a la conclusión supuesta por él está asentado en combinar dos definiciones estipulativas implícitas que supuestamente corresponden a dichas tesis:

- a) «juicios de valor» = pura y simplemente ciertas «emociones», ¡sin más!;
- b) «justificar» = prescindir de «juicios de valor» al fundamentar.

De ahí se sigue, por mero efecto de haber definido los términos *así*, la conclusión irrefutable –¡por tautológica!– de que: le resulta «imposible», ¡cómo no!, «*justificar* sus decisiones» jurídicas a quien se base en cualesquiera «juicios de valor» (para lo cual tanto daría, al fin y al cabo, si acude exclusivamente a

estos mismos o si además echa mano de otros elementos de juicio también). Y sería ni más ni menos que yo mismo quien sostiene, al menos implícitamente, puntos de vista tan descabellados.

Pues bien, en modo alguno es verdad que yo hubiere afirmado en sitio alguno, ni explícita ni implícitamente, que: los «juicios de valor ... no son susceptibles de *enjuiciamiento racional*». Antes bien, he señalado todo lo contrario, pero sin diluir las diferencias fundamentales sobre las cuales Atienza pasa por encima: 1) entre juicios de valor *categoricos* y juicios de valor *instrumentales* [*supra*: II.1.i]; 2) entre la *posibilidad* intelectual de efectuar ese «enjuiciamiento *racional*», propiamente tal, y la cuestión de saber si *efectivamente* se procede así en los razonamientos de los propios juristas profesionales [*supra*: II.5, su segunda parte]. Por mi parte, no equiparo sin más unos con otros a la *totalidad* de los juicios de valor jurídicos, distingo allí donde Atienza echa todo en una misma bolsa (juicios de valor *in genere*). Más aún: mi modelo de «cuatro pasos» [*supra*: II.6 *in fine*] no es otra cosa, si bien se mira, que un procedimiento para proceder al «enjuiciamiento racional» (¡propiamente!) de aquellos juicios de *valor* en que se fundamente cada sentencia.

Es cierto que tal enjuiciamiento se aplica específicamente a los juicios de valor instrumentales<sup>57</sup>, pero son estos mismos quienes constituyen el eje práctico de las discrepancias valorativas discutidas en los tribunales. Rara vez se ponen en tela de juicio allí juicios de valor categoricos (entre otras cosas, porque estos suelen enunciarse mediante unas fórmulas vacías a quienes todo el mundo rinde reverencia en el plano semántico). El verdadero *quid* de las discusiones son las respectivas consecuencias *prácticas* –juicio instrumental!– que unos contra otros vinculen a los juicios de valor categoricos invocados: «justicia», «dignidad» de toda persona humana, «igualdad» ante la ley, «interés nacional», «razonabilidad», «proporcionalidad», etc.<sup>58</sup>. El modelo normativo de «cuatro pasos» se dirige, justamente, a distinguir los juicios de valor categoricos presupuestos en cada argumentación jurídica, que por lo general *no* son cuestionados por las partes, frente a los juicios de valor instrumentales en que allí se desemboca. Mas allá de que los propios argumentantes tengan conciencia sobre la naturaleza de tales juicios, y por ende en cuanto al amplísimo campo de posibles rubros de indagación científica pertinentes para «enjuiciar» racionempíricamente las valoraciones en cuestión<sup>59</sup>, lo cierto es que esos procedimientos de «enjuiciamiento racional» *están ahí*, a disposición de quienes quieran utilizarlos. Si los jueces quieren, ellos *sí* «pueden propiamente (al

<sup>57</sup> Cfr. *Metodología...* [ref n. 15]: sec. C.II.5.

<sup>58</sup> El ejemplo señalado por Atienza [véase *supra*: a la altura de la n. 29] es uno de los excepcionales casos donde la discrepancia se produce porque las partes se basan respectivamente en juicios de valor *categoricos* incompatibles entre sí; verbalizados, en ese caso, mediante definiciones estipulativas antinómicas de términos emotivizantes como «vida» humana (y según cómo se defina el término pseudotécnico: el momento de su «concepción»), etcétera.

<sup>59</sup> Cfr. *Los juicios de valor* [ref. n. 10]: §§ 155-156.



menos en muchos casos) *justificar* sus decisiones» de tal manera; como también pueden, por supuesto, razonar de otras maneras (como hacen en general).

Sí, en mis propios escritos no hay nada que lleve a una conclusión como la que Atienza entiende poder inferir de allí: «Sobre el *fondo* de las razones no cabría propiamente una discusión *racional*». Una afirmación como esta última no puede sostenerse sino en virtud, acaso, de otros decretos lingüísticos más [antepuestos a las suposiciones a y b (*supra*)]. Esto es, sería necesario imponer que los términos «justificar», «fondo» y «racional» no pueden ser comprendidos sino de la manera siguiente:

- c) «justificar» tiene que significar, única y exclusivamente, razonar mediante fundamentaciones en que *no* sean cuestionadas las formas tradicionales de discurrir (Síndrome incluido) que los juristas usan por lo general;
- d) por «fondo» de esos razonamientos se entiende *nada más* que los juicios de valor *categoricos* allí implicados, o sea, como «fondo» no cuentan los juicios de valor instrumentales ni tampoco cualquier otra clase de razonamientos utilizados en los tribunales;
- e) la palabra «racional» no necesitaría ninguna definición conceptual propiamente dicha, pues bajo esa palabra ha de entenderse, en cada caso, toda idea o inferencia que el propio Atienza (o los autores cuya palabra él está dispuesto a homologar) guste ubicar bajo dicha etiqueta.

No afirmo, quede claro, que Atienza haya tematizado estas tres definiciones, o unas bastante parecidas. Pero el asunto no es si él mismo las «ve» o no las ve así (yo diría que posiblemente no), sino el hecho de que sólo aceptándolas es posible derivar «necesariamente» esa conclusión sacada ahí por él: «... *no* cabría ... discusión racional». De cualquier manera, es patente que mi modelo de «cuatro pasos», como en general las maneras de pensar jurídicamente en formas realistas, no se adecua a ninguno de esos tres requisitos.

Se dirá que, quiéralo o no, también yo necesito entender de alguna manera, al menos implícitamente, dichos términos. Pues bien, no tengo por qué evadir el hacer explícito qué quiero decir mediante ellos, si aparecen en mis explicaciones. Por mi parte, entiendo cada uno de ellos de acuerdo con una respectiva acepción que, si no me equivoco, es bastante habitual:

- cc) «justificar» se le llama al hecho de apoyar por la invocación de ideas que se presentan a título de razones (fundamentos), sean cuáles fueren, determinada afirmación o un conjunto de estas [no tomo el término «razones» en ningún sentido laudatorio, persuasivo, sino meramente con alcance objetivo-descriptivo: esto es, apenas para indicar que alguien sostiene «algo» que él mismo considera pertinente para sustentar la credibilidad, ante un auditorio, de la afirmación así respaldada];

- dd) la palabra «fondo» sirve, en contextos como el presente, para calificar de tal manera, si así se quiere, a lo que cada quien juzgue más importante y decisivo para resolver la cuestión considerada;
- ee) en cuanto al término «racional», me remito a las precisiones efectuadas más atrás [II.3].

Esas tres definiciones no sólo responden a usos habituales de dichos términos (por eso no había considerado necesario explicitar la primera), sino que además no ofrecen dificultad alguna, me parece, en ser *intersubjetivamente* claros para cualquier aplicación de ellos, si son entendidos así. Me parece que por lo menos las dos primeras están mucho más cerca de cómo suelen usarse esos términos en relación con, o incluso dentro de, los discursos jurídicos, que las implícitas en la afirmación de Atienza. Por lo demás, a diferencia de estas últimas, aquellas no se prestan a usos retórico-persuasivos.

Por supuesto, no se trata de negarle a Atienza su derecho a definir estipulativamente el término «justificar» como mejor le plazca. Sólo que, si esa palabra se entiende de otra manera, alguna de las más habituales para señalar tal actividad, su «lleva *necesariamente*» se desvanece cual pompa de jabón, al no contar ya con dicha premisa implícita.

He contrapuesto mis definiciones a las de Atienza. Ahora bien, teniendo en cuenta que *toda* definición es convencional, inevitablemente, no menos las presupuestas por mí que las presupuestas por él (sean estas cuales fueren), podría tal vez pensarse que, después de todo, aquí estamos simplemente ante una disputa por palabras, esto es, cómo mejor *guste* cada quien usar dichos términos. Y si *de gustibus non est disputandum...* Pues bien, a pesar de que todas las definiciones son «arbitrarias» (Locke)<sup>60</sup> en su determinación semántica, eso no quita que unas «sirven» para pensar de ciertas maneras, a diferencia de otras que conducen el pensamiento hacia horizontes no contemplados por las primeras. Cada palabra es como una flecha que dirige la atención hacia tal o cual «cosa»; según hacia *dónde* se haga apuntar esa flecha (palabra A), la «cosa» mentada será una (X) o será otra (Z). Exactamente la *misma* palabra puede llamar la atención sobre «cosas» *muy* distintas, según que ella aparezca definida, así sea tácitamente, de una u otra manera. De ahí que, en cuanto a sus respectivas virtualidades *heurísticas*, no es lo mismo referirse a A (aquí: «justificar» o «fondo» o «racional») cuando por ello se entiende X que cuando bajo el mismo término se entiende Z (total o parcialmente distinto, o eventualmente hasta contradictorio, de X).

Dichas fijaciones conceptuales (*c, d, e*) presupuestas [... y si no son estas, ¿cuáles serían?] en tales afirmaciones de Atienza conducen justamente a *apartar* la vista de aquello hacia lo cual, en cambio, *favorecen* que sea dirigida la vista esas otras determinaciones conceptuales (*cc, dd, ee*) que para las mismas palabras he indicado yo. Del mismo modo, mientras que la «racionalidad» o

---

<sup>60</sup> En el sitio indicado en la n. anterior, *cfr.*: 121 *in fine*.

«razonabilidad» subrayada por las teorías «estándar» se fija en lo que se fija, en cambio la «racionalidad» de que habla el modelo de «cuatro pasos» conduce a prestar gran atención a los contenidos lingüístico-*pragmáticos* de esos discursos, y en general a los factores societal-factuales correlativos, que quedan fuera de foco en la semi-luz llamada «razonabilidad» por aquellas teorías.

Ahora bien, todo razonamiento tiene ciertas premisas básicas que ahí desempeñan el papel de axiomas<sup>61</sup>. Así también los tiene la fundamentación de cualquier sentencia. Digo «axiomas», simplemente porque tales premisas *funcionan* como in-discutidas en el cuerpo de la sentencia; tanto da si no lo sean así en otra sede (p. ej., pueden no haberlo sido en la esfera legislativa al aprobarse la ley de donde el juez toma la premisa en cuestión, o no serlo más tarde al discutirse una reforma de esa misma ley) e incluso si no lo son para otro juicio. Entre tales premisas se encuentran, al menos implícitamente, unos criterios de valor. Basta con que estos tengan la *posición* de axiomas, allí, para que la argumentación justificativa funcione como tal. El hecho de que en ello se quiera ver, *por añadidura*, el ejercicio de una ubicua facultad mental a la cual se le pone el pomposo nombre de «razonable», no añade –salvo los efectos retórico-persuasivos– ni quita nada a la sustancia *misma* de los *topoi* argumentativos allí invocados, y menos que menos a lo *concreto* de la parte propiamente resolutive en que desemboca el fallo considerado.

*En síntesis.*– Los jueces «justifican» sus decisiones, de hecho, tanto si emplean unos argumentos como si emplean otros, y tanto si sus argumentos son vistos como «razonables» (por unos juristas) como si son vistos como «irrazonables» (por otros juristas), recurriendo para ello a tales o cuales modelos normativos. Naturalmente, en esto no hay nada que los jueces «no pueden» hacer, tanto si unos teorizadores lo llamen «razonable» como si otros prefieren no sucumbir al encanto retórico de usar como manto persuasivo tal término.

### III.3. ¿Es verdad que las aproximaciones realistas «no PUEDEN» servir para «orientar»/«guiar» al jurista sobre cómo «dotar de SENTIDO» a los preceptos de derecho?

Dice Atienza: «... mi crítica a cierto realismo jurídico (el de autores creo también que como H.) es que *no puede* dotar de *sentido* al Derecho, *orientar* a los juristas en su trabajo. (...) Digamos, son simples comentaristas, observadores de un juego en el que no pueden –*no desean*– entrar ... Su principal defecto, en mi opinión, es su *incapacidad* para *guiar* nuestras prácticas» [3.6].

Si bien el término «puede» es susceptible de presentar ambigüedades, entiendo que ahí Atienza quiere decir lo siguiente. Según él, *de hecho* resultaría *imposible* –¡ni más ni menos!– que reflexiones como las efectuadas por tales autores les sirvan a los juristas prácticos (jueces y demás) para arribar, aun si

<sup>61</sup> Cfr. *Metodología...* [ref. n. 15]: sec B.I.2.

estos últimos tomasen conocimiento de lo señalado en dichas reflexiones, a unas conclusiones normativas *en vez de* otras, para casos sometidos a su resolución. Sobre todo en esta presuposición suya es donde, si bien se mira, encuentran base las imaginarias consecuencias examinadas en el apartado anterior: la supuesta *imposibilidad* de «justificar» mediante razonamientos jurídicos que sean consecuentemente realistas.

No se echa de ver por qué unas aproximaciones realistas no puedan hacer *eso* que, según Atienza, «no pueden». Lo han hecho *ya*, y no poco detalladamente. Basta pensar en jueces tan célebres como Holmes<sup>62</sup> y Cardoso, para ponerlo en evidencia de modo irrefragable. Mediante dicha aseveración, Atienza no hace sino hipostasiar (¿«universaliza»?) *sus* maneras –en coincidencia con las de muchos otros autores– de ver el pensamiento judicial. Presenta como *inconcebible* lo que, simplemente, no «calza» con las *preferencias* dominantes al respecto. Es verdad que él admite que su afirmación puede restringirse a «cierto realismo jurídico»; sector del cual sería representativa también una posición como la mía, por lo cual aquí me limitaré a examinar dicha afirmación en relación principalmente con lo sostenido en mi artículo de fondo (pero creo, salvo prueba en contrario, que más o menos lo mismo es aplicable para los estudios realistas en general<sup>63</sup>).

Claro que las maneras propias de «orientar» que caracterizan a los enfoques realistas van en «sentidos» que ponen en jaque, ¡cómo no!, a no escaso iuscelestialismo: ese del que, tanto la dogmática jurídica en general como las teorías dominantes sobre la argumentación jurídica, «dotan» a razonamientos que son de recibo en las cátedras de las Facultades de Derecho y en la práctica judicial. Pero no pretendo decir que sea absurdo, ni mucho menos, estar en contra de las maneras de «orientar» realistas; el preferir otras, que apuntan en «sentidos» cuestionados por aquellas, como hacen Atienza y la abrumadora mayoría de quienes llevan las voces cantantes en la actual Teoría del Derecho. Pero de ahí, a sostener que en la práctica jurídica «no puede» configurar «sentido», ni «orientar», nada más que lo reconocido como tal por direcciones doctrinarias como las homologadas por Atienza, me parece que media no poco

<sup>62</sup> Si señalo a Holmes, no es para referirme a su frase más citada: «Yo entiendo por “derecho”, las profecías...». Al fin de cuentas, ella no es sino una definición nominal más, si bien particularmente aguda, entre las tantas posibles para el multívoco término «derecho» [cfr. *Metodología...*: sec. C.I.1]. De lo que aquí se trata, es de sus razonamientos *mismos* como juez [cfr. Frank, J: *Law and the Modern Mind*: Part Three-2 («Mr. Justice Oliver Wendell Holmes, the Completely Adult Jurist»)].

<sup>63</sup> No puedo dejar de señalar que al menos en cuanto a Frank, dicha afirmación de Atienza no es verdad. Me limito a indicar un fragmento, entre muchos posibles: «The so-called “realists” insist that legal rules exist and must be *studied*. But they say that knowledge of the rules is but a small part of what lawyers and judges use in their work...» (Frank, J., 1942: *If Men were Angels*, Nueva York y Londres: 114, curs. E.P.H.). -- En el Apéndice V («Comments on Some Criticism of the So-called “Realists”») de *If men...*, Frank explicó catorce puntos que desbaratan los principales malentendidos (por no decir: patrañas) que, tanto antes como después, se vienen repitiendo con respecto a puntos de vista que suelen imputarse al «realismo jurídico». Véase también *Metodología...* [ref. n. 15]: 329 ss. («¿Que es “realismo” jurídico?»).

trecho de pre-juicios teóricos. [Salvo que él esté usando ahí los términos «sentido» y «orientar» de una manera simplemente tautológica. Esto es: que *por definición* «no pueda» -de acuerdo con un decreto lingüístico semejante- llamársele «sentido» jurídico y «orientar» jurídicamente si no se trata de los tipos de contenidos mentales habituales que Atienza tiene en vista, ¡solo ellos!, cuando observa cómo razonan los juristas. O bien, tal vez Atienza emplea dichas palabras, o el verbo «poder», asignándoles algún otro contenido -sería bueno saber cuál- que a mí me falta la perspicacia para conseguir adivinarlo (sobre la multivocidad del término «sentido» téngase presente lo puntualizado antes: III.1).]

¿Hacen falta pruebas de que *no* es así como dice Atienza? Son obvias, saltan a la vista en la gran mayoría de los exámenes realistas; pero, atento a que Atienza tiene la amabilidad de tomar como ejemplo lo mío, puedo señalarlas de ahí mismo. En mi artículo de base no he dejado de proporcionar pistas que van justamente en el «sentido» de «orientar» [tomo estas dos palabras cómo se entienden habitualmente] a juristas que *quieran* corregir fallos muy comunes de sus razonamientos: esas falencias sobre las cuales las teorías realistas acerca de la argumentación jurídica, a diferencia de las teorías «estándar», se empeñan en *no* guardar silencio [Haba-1: § 11]. No es cierto que unos exámenes realistas como los señalados por mí *no puedan* tener como objetivo muy neto (no digo que sea el único) interesarse en *tratar* de ayudar a «mejorar» los discursos jurídicos corrientes. Tanto es así, que hasta yo mismo no he dejado de presentar una propuesta *normativa*, bien determinada: mi libro *Metodología jurídica irreverente* incluye, para esos efectos, el mencionado modelo de «cuatro pasos», delineados con precisión (creo) y que son relativamente sencillos. Este modelo indica, justamente, cómo manejar con *sentidos* realistas [*supra*: II.6 *in fine*] las disposiciones del derecho positivo aplicables. Sí, ello *orienta* para «mejorar» (¿por qué no calificarlo así?) las resoluciones judiciales, en cuanto a conseguir que ellas sean lo *más* racionales-eficaces *posible* (en el sentido de Max Weber<sup>64</sup>), siempre y cuando haya jueces que *quisieran* aplicar tal modelo. [Lo de saber si, por qué y quiénes, entre ellos, estarían dispuestos a hacerlo así, es otro asunto: véase *supra*, a la altura de las ns. 31 a 35.]

En cuanto a lo de «no desean», otra afirmación muy ajena a la verdad, véase más atrás: a la altura de la n. 34.

---

<sup>64</sup> *Cfr.* Haba-2: a la altura de la n. 66. Véase también *supra*: II.1.[a].

#### IV. PRECISIONES COMPLEMENTARIAS SOBRE REDUCCIONISMO DE LAS TEORIZACIONES «ESTÁNDAR»

*La interpretación jurídica es una mezcla indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos (Radbruch)<sup>65</sup>.*

Más atrás [II.4] tuve necesidad ya de advertir acerca de tal reduccionismo. Consiste esencialmente en que, frente a tan formidable «mezcolanza» de la labor jurídica, las teorizaciones racio-argumentativistas se contentan con presentar dicha interpretación como si consistiera principalmente, o hasta exclusivamente, en unos intercambios de reflexiones «racionales» o «razonables». Esta sección final considera más de cerca ciertos fundamentos teóricos invocados expresamente por Atienza, o implícitos en estos, que llevan como de la mano a ese reduccionismo. [No puedo cansarme de hacer recordar las palabras de Radbruch. Con solo tomar bien en cuenta eso, se viene abajo no chica parte de cuanto se publica en Teoría del Derecho. Por cierto, sin excluir lo de autores muy afamados hoy día.]

##### IV.1. El básico artículo de fe: **cognitivismo axiológico normativista** (*del «wishful thinking» al «mons razonabilis»*)

La base principal de las tesis «positivas» [*supra*: 0] de Atienza corresponde, al parecer, a la gran corriente filosófica del llamado *cognitivismo axiológico*<sup>66</sup>. En el seno de este, aquella se caracteriza por haber delineado una modalidad especial, la de carácter *normativista-«razonabilista»*.

Ese cognitivismo se revela especialmente en los «rasgos característicos» (10), (13) y (14) señalados por Atienza, dentro de las cinco notas definitorias fundamentales que he subrayado con respecto a las teorías «estándar»<sup>67</sup>. En síntesis, se trata de que supuestamente: «... existen criterios *objetivos* ... que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones» [rasgo (13) de los que indica Atienza]. No volveré aquí sobre la incógnita de qué signifique el término «racional» para Atienza [*supra*: II.3], pero en todo caso la palabra «objetivo» apunta ahí a señalar *tal* tipo de criterios: «... no es solo razón instrumental ... sino también sobre fines» [rasgo (10)]. Vale decir, si entiendo bien, que esta «razón» sería capaz inclusive de resolver «objetivamente» acerca de si tienen o no tienen «justificación» unos juicios de valor *categoricos* (tal como, p. ej., lo hace el propio Atienza al dictaminar qué es «irrazonable», qué es «debate racional» y qué no lo es», con respecto al asunto de las células madre) [*cfr. supra*: II.1.i].

---

<sup>65</sup> *Cfr.* Haba-1: n. 93 (la letra negrita es añadida por mí).

<sup>66</sup> *Cfr.* *Los juicios de valor* [ref. n. 10]: sec. C.I.

<sup>67</sup> *Cfr.* Haba-1: a la altura de la n. 14 (o bien, Haba-2: a la altura de la n. 32).

Vista su afiliación al *cognitivismo* axiológico, pareciera que, según lo entiende él: «justificar» sería *idéntico* a razonar-con-base-en-determinados-juicios-de-valor-*indiscutibles*. [Estos últimos vienen a ser, pues, algo así como las «evidencias primeras», indubitables en sí y por sí mismas, en las demostraciones de Descartes.] Si se pre-supone tal definición estipulativa, no estarían en condiciones de «justificar» sino los jueces que crean poder detectar ciertos criterios de valor indisputables, al menos los más básicos [*supra*: III.2.ii]. Se trataría, pues, de aquellos jueces que sean unos *cognitivistas* en materia axiológica, los plenamente convencidos de sus facultades personales como tales; o, en todo caso, quienes de hecho razonan como si las tuvieran. Esa condición de in-disputables no depende de ninguna circunstancia empírica. No depende, ¡qué va!, de que tales criterios, o sus interpretaciones, *no* sean cuestionados por otras personas. Alcanza con que el intérprete esté convencido, él mismo y unos cuantos colegas, de que *su* propia visión al respecto –corroborada por la de quienes piensan como él– es *la* verdadera (p. ej., Atienza sabe sin lugar a dudas, él sí y la Iglesia no, *qué* pautas de valor son las «razonables» y cuáles no en cuanto a lo de las células madre). En efecto, tal convencimiento:

«... da para jugar maravillosamente, y de múltiples maneras, con él: es como el sombrero del mago, siempre saldrá de ahí lo que previamente haya puesto adentro quien determine las reglas del juego y señale los requisitos»<sup>68</sup>.

¿Hay unos juicios de valor «objetivos» racionalmente? Sea como fuere, no hagamos de esto una discusión de palabras sobre la *semántica* del vocablo «objetivo»; cada orientación calza ese membrete, ciertamente persuasivo, a lo que ella mejor guste denominar así. La cuestión de fondo es: ¿cuáles son los criterios llamados «objetivos»? Y sobre todo: ¿cómo se hace para reconocer si ellos mismos han sido o no han sido aplicados, verdaderamente, para decidir «la *justificación* de las decisiones» consideradas? En los razonamientos realistas se trata de hacer todo eso muy explícito. Por ejemplo, mi modelo de «cuatro pasos» señala en forma neta cuáles son las vías –cada uno de esos «pasos»– para poder responder *inter*-subjetivamente, hasta donde sea *posible* (¡no pretende ir más allá!), a dichas dos cuestiones fundamentales. Eso «posible» *no* puede incluir los juicios de valor categóricos sostenidos allí, pues nadie ha logrado presentar algún procedimiento que demuestre ser *realmente* –¡en la práctica!– *inter*-subjetivo para dirimir entre estos mismos. Sin embargo, los razonabilistas afirman estar en condiciones, ellos sí, de resolver «objetivamente» esto último. Pero, repito la pregunta: ¿cómo lo hacen? En este punto es que entra a jugar la insalvable diferencia que existe entre las mentes capaces de esa hazaña, aquellas que «conocen» unas claves –lo «razonable»– para ello, y las mentes que carecen de dicha capacidad, estas que no alcanzan a entender cómo detectar tal *quid*.

No es aquí sitio apropiado para retomar los argumentos ofrecidos en la discusión, de larga data y no poco compleja, entre *cognitivismo* y no-

<sup>68</sup> Rùthers, B., *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit. Defizite eines Begriffs*, Zurich: Intertrom, 1991, p. 13 (aquí trad. E.P.H.).

cognitivismo axiológicos<sup>69</sup>. Lo cierto es que, de cualquier manera, los cognitivistas afirman poseer cierta facultad mental que, consista en lo que consista, a todas luces es *sui generis*. Digo «*sui generis*», no simplemente porque unas personas la poseerían (al parecer) y otras no, sino sobre todo porque, a diferencia de los tipos de conocimientos *generales* que se adquieren estudiando una carrera universitaria, en cambio los propios de dicha facultad mental se encuentran solo en algunos de los académicos o profesionales de la especialidad considerada, mientras que otros de ellos son como «ciegos» al respecto (a pesar de tener más o menos los mismos estudios sobre la materia).

Es muy cierto, y por demás obvio, que quienes carecen de determinada facultad mental no están en condiciones de juzgar acerca de ella. Justamente, porque ellos *no* la poseen. ¿Cómo va a decir alguien que X no existe, si él no tiene la más mínima idea de *qué* sea X? Así, en el pensamiento jurídico, la facultad de saber cuáles fines *últimos* son «razonables» o «razonables», y cuáles no, la tienen aquellos juristas cuya mente posee algo así como un *mons idealis* (análogo a aquel de que hablaba Jhering<sup>70</sup>), capaz de propiamente conocer cuando se está *de veras* ante lo uno o lo otro. Por ejemplo: si bien tal facultad, la de reconocer qué es «objetivamente» razonable y qué no lo es, están convencidos (al parecer) de poseerla teóricos como Alexy y también el propio Atienza, en cambio nunca han creído poder tener a mano tal orden de «conocimientos» otros juristas, así Kelsen o Alf Ross y por supuesto Frank o Llewellyn (como también, ¿por qué no confesarlo?, igualmente yo reconozco no tener la más mínima idea de dónde ni cómo descubrir aquello). — Desde luego, Atienza no afirma poseer él mismo tal «mons», ni tampoco dice que lo detentan otros teóricos «estándar». Pero no se ve cómo si no fuera así, si no poseyeran ellos mismos alguna facultad *sui generis* por el estilo, puedan estar en condiciones de reconocer —como dicen estarlo— qué fines últimos son los *verdaderamente* «razonables» o «razonables», y cuáles no; mientras otros teóricos del derecho, como los recién mencionados y muchos más, admiten no lograr imaginarse cómo sea dable *saber* (propiamente) semejantes «verdades».

De todos modos, lejos de mí sostener que por el hecho de que yo mismo no alcance a «ver» algo, no pueda haber otros que sí lo logren. Voy a dar por supuesto, así sea como posibilidad no del todo descartable, que haya quienes poseen semejante *mons idealis*, empezando por el propio Atienza. Más específicamente, viene a ser *mons razonabilis*. Pero he aquí que ni aun tal admisión me resuelve otra perplejidad. Resulta que lo que su *mons razonabilis* les indica a unos juristas en cuanto qué es «razonable» en determinado caso, a otros juristas su *mons razonabilis* (entre quienes están convencidos de tenerlo) les señala lo contrario. Por ejemplo: mientras que el *mons razonabilis* de Atienza no permite albergar ninguna duda sobre lo «irrazonable» que es la posición de la Iglesia Católica en el asunto de las células madre, en cambio el *mons razonabilis*

<sup>69</sup> A esa discusión está dedicada la amplia sec. C en *Los juicios de valor* [ref. n. 10].

<sup>70</sup> Cfr. el sitio señalado en Haba-1: n. 5. En esa obra de Jhering véase esp.: 307 s.



de Benedicto XVI, y el de los juristas católicos en general, no consiente tal veredicto, antes bien llega a conclusiones diametralmente contrarias.

Naturalmente, no seré yo quien ose arbitrar entre unos y otros «mons razonabilis». Pero pienso que ninguno de sus detentadores, por más convencido que cada quien esté de que la respuesta *verdadera* del «mons razonabilis» *verdadero* es la del suyo propio, negará el siguiente hecho: que ni siquiera el «mons razonabilis», el de nadie, está en condiciones de conseguir que se pongan de acuerdo las posiciones opuestas entre juristas sobre *qué* es «razonable» y qué no lo es, o qué es *más* «razonable», cuando se trata de asuntos *específicos* discutidos en los tribunales. Al fin de cuentas, para la práctica no está en condiciones de *decidir* nada la circunstancia de que se califique o no se califique allí como «razonable» la solución que fuere, puesto que: a) los juristas con «mons razonabilis», no se ve cómo puedan convencer a juristas que estén desprovistos de tal iluminación; b) y ni siquiera los propios creyentes en un «mons razonabilis» logran ponerse de acuerdo, en los casos discutidos verdaderamente, sobre cuál entre sus respectivas respuestas, contradictorias entre sí, es la única «razonable» o al menos la más «razonable» de todas ellas. Quiere decir que de hecho, por lo general, la calificación de «razonable» resulta inocua en la práctica, salvo para suplir a las fundamentaciones jurídicas con unos efectos retóricos secundarios como «lustre» propagandístico de los argumentos invocados: ¡cada quien, sostenga lo que sostenga, entiende que su propia posición es la única, o en todo caso la más, «razonable»!

Si bien se mira, la creencia en la posibilidad de determinar *cognoscitivamente* qué es «razonable» sin más, en cada fundamentación jurídica, no constituye sino cierta metamorfosis en la presentación del tradicional «Basic Legal Myth» (Frank)<sup>71</sup>. Constituye otra manera de apuntalar lo que no es sino «una ficción ... para mantener el ideal de la seguridad jurídica» (Kelsen)<sup>72</sup>. Esta ficción se corresponde a las mil maravillas con el más caro *wishful thinking* de los profesores de las Facultades de Derecho, sobre todo en cuanto a su respectiva materia de especialización. La base teórica más propicia para tales efectos reside en la pre-suposición de que los juristas habrán adquirido, mediante los estudios impartidos allí, también esa *vis* especial que empapa genéricamente a todos y cada uno de los contenidos propios de su «mons idealis» profesional: esto es, la capacidad intelectual específica de saber cómo *conocer* lo «razonable». Por más que no se le llame de tal manera, «mons idealis» (ni «mons razonabilis»), la creencia en algo así constituye el artículo de fe más básico del reduccionismo propio de la dogmática jurídica en general; y no menos lo asumen las teorías «estándar». En virtud de tal coincidencia fundamental, ese artículo de fe básico en común, es cómo estas teorías quedan en mejores condiciones para fungir como expediente teórico de legitimación para el reduccionismo dogmático que domina los hábitos de pensamiento fundamentales en los desempeños discursivos de jurista profesional.

---

<sup>71</sup> Cfr. *Metodología...* [ref. n. 15]: sec. C.I.2.

<sup>72</sup> *Supra*: n. 38.

**IV.2. Es cierto que las teorías «estándar» contienen también unos elementos de observación verdaderos, pero... (la «cirugía estética» razonabilista)**  
 [Atienza: 2.3]

Atienza señala que lo de MacCormick y lo de Alexy, respectivamente, ha sido «elaborado ... teniendo en cuenta la *práctica real* de la argumentación jurídica [en sus respectivos medios, supongo] y la necesidad de mejorarla». Ahora bien, yo no he dicho que las teorías «estándar» constituyan una mera fantasía o cosa por el estilo. Al contrario, no dejé de subrayar que en el seno de ellas mismas se incluyen *también*:

«... unos aspectos que efectivamente pueden darse en las argumentaciones jurídicas. Como toda ideología, ella se hace creíble justamente por contener también referencias a unos aspectos empíricos percibibles a primera vista. Solo que, mediante el relato ideológico (*storytelling*), esos aspectos se exhiben descontextualizados: –los estudios “argumentativistas” hacen abstracción del *Síndrome* normativista y de la *pragmática* discursiva– y por cierto muy hipostasiados –esa “racionalidad” o “razonabilidad” general atribuida a los operadores jurídicos–» [Haba-1, *in limine*: a la altura de la n. 2].

Por cierto, no afirmé que ese tipo de teorías «se haya elaborado tan [*i.e.*, meramente] *de espaldas a la realidad*» (dice Atienza). Bien señalé que ellas, como toda ideología, *no* pueden, justamente para estar en condiciones de *funcionar* como tal, prescindir de comprender también tales o cuales señalamientos que sean bastante visibles en el mundo social efectivo<sup>73</sup>.

Afirma Atienza que dichos estudios: «... nos permiten *entender mejor muchos* aspectos de las argumentaciones jurídicas y contribuyen también a *mejorar nuestras prácticas* jurídicas». La pregunta es: ¿«entender mejor» *qué* y «mejorar» *qué*? En cuanto a lo de «mejorar», la insondable indeterminación de este propósito, de la manera como lo presenta Atienza, fue puesta de manifiesto más atrás [II.5]. Y por cuanto hace a «entender *mejor*», ya sabemos lo que este «mejor» implica para quienes se pliegan a las aproximaciones «estándar»: ceñirse a un *justo* [= ¡«cirugía estética»!] no-callar-pero-callar... -- También en las cirugías estéticas quedan partes de la cara verdadera: se mantiene material de la nariz originaria, de la boca originaria, etc., sólo que *tapándoles* tales o cuales líneas de expresión; de tal manera es cómo estas últimas logran pasar inadvertidas ante la mirada ajena. Así proceden también, *mutatis mutandis*, las teorías «estándar» a presentar reconfortadoramente acondicionado el rostro más visible de los razonamientos judiciales [*cfr.* Haba-1: § 8].

<sup>73</sup> «Cuanto ellas disimulan resulta menos patente a primera vista, por venir “mechado” con observaciones en donde se ponen de manifiesto unos aspectos que *efectivamente* pueden darse en las argumentaciones jurídicas» (Haba-1: véase allí el pasaje ubicado poco antes de la n. 2).

### IV.3. ¿Es falso que la teoría «estándar» se «desentiende» del Síndrome normativista?

Dice Atienza: «... no me constaba que ninguno de ellos [autores “estándar”] se hubiese interesado por el estudio de las falacias. Pero es evidente, por ejemplo, que alguno de los “vicios” a los que se refiere H. están recogidos en alguna de las reglas del discurso racional sistematizadas por Alexy (las dirigidas a evitar las imprecisiones lingüísticas, por ejemplo). Y no me cabe ninguna duda ... que la denuncia de algunos de esos errores de razonamiento puede encontrarse, por ejemplo, en las obras de Aarnio sobre Derecho civil finlandés» [3.3 *in limine*: pár. segundo].

Esto que Atienza indica no ha sido puesto en duda por mí. Más aún, la idea central de tal observación fue contestada ya en mi primera respuesta [cfr. Haba-2: § 2.b], incluso citando *textualmente* un pasaje de mi estudio básico donde señalo (entre otras cosas):

«... no significa afirmar que esos autores no se hayan referido *jamás*, en unas líneas de sus publicaciones, a alguno o algunos de los ítems que componen ese Síndrome... Me extrañaría que la mayoría de esos autores no tengan noticia de esas cuestiones...»<sup>74</sup>.

Atienza vuelve a pasar simplemente por alto tales pasajes, tanto los de mi artículo central [Haba-1: esp. § 8] como los de dicha respuesta. Se conforma con añadir ahora que Alexy ha señalado «alguno de los “vicios”» en cuestión y que en Aarnio se puede hallar «la denuncia de *algunos* de esos errores». ¿Quién habrá dicho que esto no es verdad? Por mi parte, aunque no estoy al tanto de eso de Aarnio (¿«crítica-crítica» o crítica-poco-crítica?: ¡vaya a saber!<sup>75</sup>), sí conozco la tabla de «reglas» de Alexy<sup>76</sup>. En cuanto a esta última, aun cuando puede entenderse que se encuentren *implícitos* allí *algunos* de los elementos del Síndrome, no sólo es verdad que estos mismos no están detallados *concretamente* –¡y menos que menos se los hallará enfatizados!– en el seno de esa compleja tabla, sino que lo principal es lo siguiente: en los estudios de Alexy sobre discursos jurídicos específicos, todo se pasa *como si* no tuviera efectividad tal Síndrome<sup>77</sup> (así como calla sepulcralmente acerca de Scheuerle, etc.<sup>78</sup>). Y con respecto a Aarnio, bien podría serle aplicable, *mutatis mutandis*, el comentario que efectué en relación con unos estudios del propio Atienza [cfr. Haba-2: § 4].

Sea como fuere, lo que he entendido presentar no es un examen autor por autor de los «porcentajes» (por así decir) en que cada uno de ellos hubiere acaso llegado a indicar algo del Síndrome y demás. De lo que se trata, por mi parte, es de llamar la atención sobre determinados rasgos generales dominantes en la corriente de marras. Atienza, a su vez, me pone por delante *otra* cosa: no niega que *generalmente* los autores de dicha orientación se «desentienden» de

<sup>74</sup> Haba-2: a la altura de la n. 15. Véase también, en dicho estudio, a la altura de la n. 51 y esa misma nota.

<sup>75</sup> Cfr. Haba-2: § 4.b (esp. a partir de la n. 48).

<sup>76</sup> Cfr. Haba-1: n. 63 *in limine*.

<sup>77</sup> Véase, p. ej., los planteamientos de Alexy sobre la «ponderación» [cfr. Haba-1: ns. 3 y 63].

<sup>78</sup> Cfr. Haba-1: esp. a la altura de la n. 72.

aquello, sólo afirma [a] que ellos *conocen* esto último –lo cual en modo alguno puse en entredicho– y [b] que hay *algunos* trabajos de ellos mismos donde alcanzan a señalar (pero no preguntemos hasta *qué* punto: ¿crítica-poco-crítica?) aspectos comprendidos en el Síndrome –tampoco esto lo he negado–. Por más ciertas que pudieran ser –acaso– estas dos precisiones tuyas [a y b], ninguna es propiamente antinómica de lo señalado por mí.

#### IV.4. ¿«Falacias» o meras «discrepancias»?

[i] «La comisión de una falacia es siempre una cuestión contextual...». [ii] «... en los casos jurídicos difíciles, importantes, pueden aparecer argumentos falaces, pero el *centro* de la discusión, lo que los hace difíciles, no suele radicar en eso, sino en una *discrepancia* sobre teoría de la interpretación o de la prueba o sobre teoría moral y política (discrepancias que no se *reducen* a cuestiones de palabras, a confusiones entre niveles de lenguaje, etc.)». [3.3.2]

[i] «... CUESTIÓN CONTEXTUAL...».-

¿Quién, y sobre todo *dónde*, ha sostenido–ya sea explícita implícitamente– que *no* es así? Todo el asunto consiste, al fin de cuentas, en determinar: ¿*cuáles* entre los elementos «contextuales» son, en cada caso, los tenidos en cuenta? Por supuesto, esto no admite respuestas *a priori*. Ya aclaré que los vicios de razonamiento subrayados por mí, así el Síndrome, han de verse *propiamente* como unas «ideas para tener en cuenta» [*supra*: a la altura de la n. 47]. ¿No significa tal advertencia, lo de «para tener en cuenta», llamar la atención ni más ni menos que sobre el carácter eminentemente «contextual» que han de tener las aplicaciones de esas ideas?

Por lo demás, recuérdese que en cuanto a dicho Síndrome no he dejado de señalar que: a) son unos *u* otros de sus ítems los que entran en juego, según cuáles sean –¡«contextos»!– los razonamientos jurídicos considerados; b) a veces el apoyo en esos ítems puede resultar más decisivo y en otros casos lo es menos –depende, pues, de: ¡los ¡«contextos»!–; c) las intervenciones del Síndrome alegadas, siempre quedan sujetas a la eventualidad de falsaciones empíricas – ¡«contextos»!– para unos *u* otros casos o tipos de casos.

[ii] ¿LOS «ARGUMENTOS FALACES» NO SUELEN INCIDIR EN «EL CENTRO» DE LAS DISCUSIONES JURÍDICAS?–

Voy a dar por supuesto, para hacer lo más sencilla posible la dilucidación de este punto, que Atienza y yo manejamos más o menos la misma noción básica de «falacia» (en todo caso, no tengo inconveniente en aceptar una que Atienza prefiera entre las bastante corrientes). Además, seguramente él no negará que: **a)** hay discrepancias *no* falaciosas, mientras otras *sí* lo son (pueden serlo en distintos grados), **b)** entre estas últimas, unas resultan ser *más* decisivas y otras menos, según los casos; **c)** por lo demás, también hay falacias que *no* suscitan discrepancias, en el círculo de locutores considerado, pues ellas forman parte de pre-supuestos teóricos compartidos por la generalidad de esos

locutores (p. ej., todos o varios de los ítems del Síndrome son de uso común entre los locutores profesionales normales del derecho, sean o no sean invocados con frecuencia en sus fundamentaciones).

Ahora bien, Atienza afirma que: «... el *centro* de la discusión [jurídica] ... no suele radicar en eso [“argumentos falaces”], sino en una *discrepancia* sobre teoría de la interpretación o de la prueba o sobre teoría moral y política...». Al parecer, con ello desecha *a priori* una de las dos alternativas que entran respectivamente en el seno de los tres binomios [*a, b, c*] de posibilidades señalados: las descarta como «centro» frecuente [él dice: «no suele...»], o al menos como bastante numeroso, de lo discutido en «los casos jurídicos difíciles». Supongo que por «centro» quiere decir la intervención de esas falacias como elementos de juicio *decisivos* (si bien puede ser en combinación con otros elementos también) para llegar a las conclusiones principales sostenidas en esos discursos. O sea que, según Atienza, ni más ni menos que la «teoría de la interpretación o de la prueba o sobre teoría moral» estarían por lo general libres, *ellas mismas*, de falacias decisivas.

Por mi parte, no veo cómo pueda hacerse a un lado –salvo, acaso, mediante algún «justo» no-callar-pero-callar– eso que ha sido ampliamente comprobado al respecto (por gran cantidad de estudios que respectivamente han examinado aspectos claves de lenguajes de la política, de las interpretaciones jurídicas, de las creencias morales, etc.): esto es, la multifacética presencia de falacias en que se sustentan *tales* «discrepancias», en la *experiencia* de esos discursos. De todos modos, no es cuestión de creerme a mí porque sí, pero tampoco de otorgarle un cheque en blanco de credibilidad a Atienza y a los teóricos «estándar» en general, sino de someter las afirmaciones de unos y otros a «tests» de *control* empírico: p. ej., como he sugerido hacerlo en cuanto al Síndrome [*supra*: II.2.i *in fine*].

En definitiva.– Las «discrepancias» relativas a «teorías» pueden estar o no estar *basadas*, al menos parcialmente, en «argumentos falaces». En cuanto a las argumentaciones jurídicas, si no se quiere reconocer al menos como *indicio* de «argumentos falaces» las investigaciones presentadas por numerosos autores (p. ej., esas de Rüthers y Scheuerle, sobre las que Alexy sabe guardar silencio<sup>79</sup>), sería cuestión de que quienes consideran que lo señalado en esas investigaciones tiene por lo general influencia muy poco decisiva en la parte resolutoria de las sentencias, o que ello se da sólo por excepción, no tengan reparo en individualizar –justamente como *indicio* en sentido contrario al resultado de dichas investigaciones– lo siguiente: unas sentencias *concretas*, elegidas entre las que hubieren sido vistas como de señalada importancia general y fueron falladas con votos divididos, las cuales estén libres –a su juicio– del Síndrome y demás. Sigo a la espera de que lo hagan así.

---

<sup>79</sup> *Supra*: n. 8..

#### IV.5. ¿No vale la pena «diferenciar con precisión los elementos descriptivos y prescriptivos»?

*But I do like clarity and exact thinking, and I believe that very important to mankind. Because when you allow yourself to think inexactly, your prejudices, your bias, your self-interest, comes in in ways you don't notice... (Russell)<sup>80</sup>.*

Procurar que no se pase por alto la fundamental diferencia que existe entre aseveraciones de «es» (*sein, is*) y aseveraciones de »debe» (*sollen, ought*) constituye un principio básico del pensamiento analítico. La principal razón de hacer hincapié en tal diferencia es porque para las unas y las otras corresponden respectivamente requisitos de fundamentación (clases de «pruebas») que son esencialmente –«categorialmente», bien puede decirse así– de naturaleza muy distinta. No se *justifican* de la misma manera las primeras que las segundas. Al no contemplar tales diferencias, así quedan disimulados unos no menos frecuentes que abundantes *non sequitur* y en general se alimenta toda suerte de confusiones, en razonamientos jurídicos como en muchas otras esferas de pensamiento. Sin embargo, Atienza señala:

«Es cierto que *en ocasiones* puede –y debe– hacerse esa distinción... El método más adecuado para el estudio de las argumentaciones judiciales es probablemente uno de naturaleza reconstructiva (el que siguió, por ejemplo, MacCormick) que *combina* elementos descriptivos y prescriptivos: a partir del análisis de las argumentaciones de ciertos jueces se *construye* un modelo de lo que sería una *buena* argumentación» [3.3.4].

Él opina, pues, que apenas muy de vez en cuando importa efectuar tal «distinción». La pregunta es: ¿cómo saber cuándo sí, y cuándo no, valdría la pena hacerla? Al parecer, esto dependería de si ella sirva o no sirva para realizar «... una *buena* argumentación». Muy bien, ¿pero cómo se sabe si es «buena» una argumentación? Contestación de Atienza: una argumentación es «buena» en la medida en que se corresponda con un «modelo» como el diseñado por MacCormick o el de algún otro autor «estándar». Voy a dar por supuesto –¡y no es poco conceder!– que tal «modelo» sea lo suficientemente preciso como para dictaminar, sin lugar a mayores dudas, cuál entre dos argumentaciones jurídicas contrapuestas es la «buena» y cuál no, o al menos cuál de las dos es un poco más «buena» que la otra. [Si no sirve para eso, no sé para qué sirva, salvo para hacer cargar con la repetición de eso a los alumnos en unos exámenes.]

No cuesta mucho darse cuenta de que, al fin de cuentas, lo de «bueno» ahí es simplemente una tautología en relación con alguna definición estipulativa del «modelo» presentado. Definición *estipulativa* –¡voluntarista, sí!– porque el autor la «construye» *seleccionando* para ello lo que le guste y dejando de lado lo que no le guste, de las argumentaciones reales consideradas; unas que, por lo demás, han sido *elegidas* ni más ni menos que por él mismo,

<sup>80</sup> Tomado de Internet, *YouTube*: «Bertrand Russell talking about exact thinking in philosophy» (negr. E.P.H.).

«pescándolas» del inconmensurable océano donde habitan todas las habidas y por haber. Dice Atienza que en este modelo se «combinan», de alguna manera, «elementos descriptivos y prescriptivos». ¿De qué manera?: por supuesto, como mejor le plazca al propio teórico combinador, esto es, las «combinaciones» que *a piacere* fueron elegidas por él mismo. Estas combinaciones *suyas* serán ungidas, ¡faltaba más!, con el decreto lingüístico de inmunizarlas teóricamente mediante el calificativo «razonable».

La clásica distinción categorial entre «es» (objeto de descripciones, como comprobación de unos hechos particulares o de tendencias relativamente generales) y «debe» (objeto de prescripciones y en general los enunciados valorativos), no significa impugnar la existencia de combinaciones entre lo uno y lo otro. Con estas nos encontramos por doquier en la orientación de las conductas humanas; así también, las aplicaciones del derecho son inimaginables sin combinaciones de ese orden. En *todo* terreno, los juicios de valor instrumentales consisten justamente en tales combinaciones. Sólo que, cuando un enunciado donde se combinan aspectos de lo uno y lo otro aparece cuestionado, es fundamental diferenciar entre: a) *qué* es lo que de él queda sujeto a probanzas meramente de «es»; b) *qué*, en cambio, depende allí de fundamentaciones estrictamente valorativas; c) *cómo* se relaciona («combinaciones») entre sí lo uno con lo otro.

Es obvio que (c) no se puede aquilatar si no se empieza por tener claro (a) y (b). Sin embargo, pareciera que Atienza piensa lo contrario: la «gracia» del modelo que nos encomia reside, al parecer, en efectuar unas *combinaciones* (c) tan in-diferenciadas que no sea dable someterlas a *controles* como los señalados. Todo lo contrario, pues, de cuanto procura el modelo realista de «cuatro pasos»: en este, la diferenciación entre sus «pasos» procura lograr, precisamente, que en forma ineludible se dirija la atención hacia las posibilidades efectivas de someter los razonamientos jurídicos a controles reales de *pragmaticidad*. Vale decir, controles que van mucho más allá de las proclamaciones que tanto tirios como troyanos hagan respectivamente sobre la «racionalidad» o «razonabilidad» de sus propios argumentos.

He subrayado, tal vez hasta el cansancio, que en modo alguno niego los papeles que pueda caberle a unos modelos ideales. De lo que se trata, eso sí, es de no engañarse sobre *en qué medida* estos mismos son principalmente (por no decir exclusivamente) IDEALES y *en qué medida* puedan resultar también práctico-EFECTIVOS. ¿Por qué NO distinguir lo uno de lo otro? La cuestión no es, a mi juicio, que se «construyan» o «reconstruyan» todos los «modelos» de «combinación» que ciertos autores gusten pergeñar, ni que se le dé importancia soberana a bautizarlos con letreros como argumentación «buena» o «razonable», sino dejar bien en claro, para cada uno de tales modelos, los fundamentales extremos siguientes:

- [a] ¿*qué* es lo que allí se «describe» (real o supuestamente: «es»)?
- [b] ¿*qué* es lo que ellos «prescriben» (propuestas normativas: «debe»)?

- [c] ¿cómo se podría *probar* (al menos en alguna medida) que [a] es verdad?
- [d] ¿cuáles son los principales *axiomas* de valor (esto es, lo que no se admite cuestionar) en que se sustenta [c]?
- [e] ¿cuáles son los juicios de valor *instrumentales* (lo que sí se admite discutir) sostenidos en [c]?

Para Atienza, al parecer, preguntas como esas no vienen al caso. Por mi parte, no veo cómo se pueda contestar a ellas sin distinguir *netamente* entre los «elementos descriptivos y prescriptivos» que contenga el modelo en cuestión. Ahora que, si se prefiere ignorarlas... *à chacun son goût !*

\* \* \*

No podría finalizar mi comentario sin poner especial énfasis en subrayar aquello que, justamente por haber sido llevada adelante nuestra discusión de la *manera* en que ha tenido lugar, debiera llamar la atención por encima de cualquier otra cosa en la presente controversia. Tengo para mí que su resultado más estimulante es hacer ver que aun en nuestros tiempos, a pesar de todo el encerramiento académico en capillas cuyos respectivos dogmas cada una exige tener por intocables, sigue siendo todavía posible llevar a cabo un debate de ideas *sin* condicionarlo a no impugnar esos dogmas mismos. Pues sí, se trata ni más ni menos que del viejo principio cardinal proveniente de la Ilustración:

*... la ausencia de restricciones al derecho de discusión y de crítica, aplicado no solamente a los resultados parciales, sino a los FUNDAMENTOS y a los MÉTODOS*<sup>81</sup>.

Se dirá: ¿quién va a estar en contra de un principio como ese? De palabra, ¡por supuesto que nadie! (en el medio académico). Mas en los hechos... La circunstancia de que un escritor bien conocido de nuestra disciplina, y por añadidura director de la más connotada revista de esa materia en idioma español, haya abierto espontáneamente las páginas de ella misma a un debate de *tal* naturaleza, vale decir, sabiendo de antemano que su contendor no se iba a andar allí con «paños tibios», no es cosa de hallar así como así en nuestros círculos profesoriales. Por eso, ¿qué importa, al fin de cuentas, si en definitiva no serán muchos, posiblemente, quienes terminen estando de acuerdo con razones como las presentadas por mí en este debate? Yo sería el más feliz de los mortales si el ejemplo suministrado por mi paciente crítico consigue convencer, ¡sobre todo!, de proceder como Manuel Atienza en lo más importante: que también otros acepten poner la justificación de *sus propias* posiciones «en juego» ante comentaristas muy poco complacientes. Mentiría si me manifiesto como optimista al respecto, pero también es verdad que a veces hasta los buenos ejemplos logran provocar algún que otro eco análogo por ahí.

---

<sup>81</sup> Aron, R., "Introducción", en Weber, M., *El político y el científico*, Madrid: Alianza, 1994, p. 28 (vers. E.P.H.).



## V. POSTSCRIPTUM

(con respecto a un malentendido mayor, curiosamente pertinaz)

En varios pasajes de mis intervenciones en el debate a que pertenece el estudio precedente efectúo una precisión fundamental, mas no he conseguido hacérsela advertir a mis críticos. No es que ellos expresen su desacuerdo con esa precisión misma, le opongan tales o cuales objeciones. Simplemente no la toman en cuenta. Así es cómo me adjudican sobre todo una tesis básica que en modo alguno, ni explícita ni implícitamente, es sostenida por mí. Este error aparece ratificado, y hasta subrayado especialmente, inclusive en la contribución con que concluye ahí dicho debate.

Quiero hacer todavía un último intento para disolver el crucial malentendido en que reposa la imputación de tal tesis a mis planteamientos, por más que esta misma no encuentra ningún respaldo en las formulaciones de mis propios textos; tampoco he visto que en esas críticas se haya citado, ni siquiera tentativamente, algún pasaje específico mío que acaso pudiese ser –al menos supuestamente– representativo a *ese* respecto. Se trata, pues, de observaciones «críticas» basadas simplemente en algo así como una *impresión* que estos estimables colegas han recogido de leer dichos textos. «Impresión» honesta, sin duda, pero bastante ajena a los requisitos propios de los análisis de texto basados en *pruebas*, así sean relativas, esto es: donde al menos estén individualizados ciertos pasajes *específicos* del texto comentado, los cuales en todo caso se señalen a título de indicios, como respaldo para lo que se imputa a ese autor. Mas nada de esto se encuentra, ni siquiera en la medida más mínima, en esa suposición acerca de mi planteamiento invocada por mis colegas. Paso a explicarme.

No solo por parte de Atienza y de Sarlo, sino también en el estudio de cierre a cargo del Profesor García Amado [su § 2.1],<sup>82</sup> se pone especial énfasis en partir de la base de que –según señalan ellos– los planteamientos presentados en mis estudios de referencia significarían negar, o al menos no tomar en cuenta, el papel efectivo que desempeñan ciertos *ideales*, y en general unos *modelos normativos* de razonamiento, como pautas fundamentales de guía y como posibles cartabones de crítica con respecto a la argumentación jurídica. El presente suplemento está motivado sobre todo por dicha intervención última, pues aun en esta misma se vuelve a poner por delante tal *pre-suposición* básica, absolutamente errónea, sobre mis puntos de vista. No puede dejar de llamarme la atención que esta sea asumida así, sin más, por un analista tan penetrante como mi amigo Juan Antonio, máxime habiendo él tenido ahí a mano la totalidad de mis intervenciones anteriores, inclusive aquellas donde me ocupé de aclarar expresamente el mismo error en relación con observaciones similares

---

<sup>82</sup> Los respectivos textos, publicados en *Doxa-33* [*supra*, n. inicial \*] son: M. Atienza, «Entre callar y no callar: decir lo justo» [399-408]; O. Sarlo, «Algunas observaciones críticas al trabajo de Enrique P. Haba» [419-428]; J.A. García Amado, «¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones breves a un debate intenso» [441-450].

de Atienza [cfr. Haba-3] y de Sarlo [cfr. Haba-4]. El hecho de que equivocación tan fundamental suba a la palestra otra vez –¡y destacada especialmente!– en la contribución final del debate publicado en *Doxa*, a pesar de mis reiterados esfuerzos anteriores por salirle al paso<sup>83</sup>, me hace pensar que puede no estar de más, lamentablemente, ofrecer todavía un último intento de disiparla.

Tal como presentan las cosas mis tres destacados críticos, al parecer yo sostendría ni más ni menos que alguna(s) de las ideas siguientes: a) Que los ideales normativos de los juristas profesionales son una *mera* pantalla en sus argumentaciones, semejantes ideales carecerían de toda influencia sobre cómo estos últimos resuelven realmente las cuestiones prácticas sometidas a su consideración: b) O bien, que aun cuando esos ideales pueden llegar a ejercer algunos efectos en cuanto a estas últimas, empero desde el punto de vista teórico-*cognoscitivo* no hay nada que elucidar sobre ellos en sí mismos, no tendría «sentido» *razonar* (salvo retóricamente) al respecto; por tanto, lo mismo daría –teóricamente– que se adopten unos como cualesquiera otros ideales de tal especie. c) Que una teoría realista de la argumentación jurídica capaz de funcionar como propongo yo, no se ocuparía sino de describir unos aspectos de cómo razonan *de hecho* tales o cuales instancias jurídicas, sin distinguir entre razonamientos jurídicos *mejores* y otros que no lo son tanto (o no lo son del todo), o en cualquier caso limitándose única y *exclusivamente* a la tarea de «pescar» falacias allí. – En síntesis, se trata sobre todo de la objeción que Sarlo me formula así:

«Si NO presuponemos algún *ideal* de racionalidad, no estaríamos en condiciones de *comprender* las acciones realizadas, y en especial no estaríamos en condiciones de *criticarlas*» [§ 2.3 *in fine* (recogido también por García Amado: a la altura de su n. 1); aquí va con los énfasis añadidos por mí cuenta (E.P.H.)].

Supuestamente, mis puntos de vista principales serían incompatibles con dicha «presuposición»; me habría imaginado, por mi parte, que es dable razonar jurídicamente SIN («... NO presupone ...») apoyarse en «algún ideal de racionalidad». De acuerdo con mis críticos, yo pensaría que tal abstención es posible y, más aún, hasta *recomendaría* semejante perspectiva como principio fundamental para llevar adelante una metodología «realista».

<sup>83</sup> Se dirá, tal vez, que el hecho de que semejante «impresión» de lectura sea compartida nada menos que por dichos colegas demuestra que eso tiene asiento *objetivo* en los propios textos míos. Debe de haber «algo» en estos *mismos* –puede aducirse– que produce ese resultado de lectura, hasta en lectores tan avezados como aquellos. Quiere decir que el malentendido, si es que lo hay, se debería pura y sencillamente a que yo no he sabido expresarme al respecto con un mínimo de claridad exigible. – Comento: a) Que «algo» proveniente de dichos textos obra como causa real, o en todo caso como concausa, de despertar tal «impresión», es indudable; en toda lectura, obviamente es cierto que los pensamientos al respecto, cualesquiera fueren, de los lectores (sean pocos o muchos entre ellos) son efecto también de esa lectura misma. b) Así y todo, no deja de resultar un tanto «curioso», digo yo, que los tres comentarios de marras coincidan también en NO hacer referencia a ninguna de las precisiones *específicas* que he presentado [así unas que transcribo más abajo] sobre la cuestión *específica* que señalo aquí, justamente la subrayada por aquellos.

La verdad es que ni por asomo he afirmado, y ni siquiera dejado en el tintero tácitamente, cosas por el estilo. Para demostrar cuán lejos estoy de proponer algo tan reñido con toda percepción verdaderamente realista sobre los discursos jurídicos, ni de sostener cualquiera de aquellas tres ideas generales, voy a insistir aún en dirigir la atención hacia unos pasajes pertinentes de mis escritos. Ya desde el primero de estos trabajos, como también después (¡una y otra vez!), no he dejado de SUBRAYAR ni más ni menos que LO CONTRARIO, justamente, de eso que se me imputa. He aquí algunos de tales pasajes:

#### **HABA-1**

[«Razones para no creer...», en *Doxa-33*: 321-360]

«i) Modelo de *ideal valorativo*.- (...) El primer modelo tiene su lugar propio en efectuar unos juicios de *valor*, sobre realidades sociales o sobre proyectos; lo cual es perfectamente legítimo siempre y cuando no por ello se confunda esos juicios con cómo son aquellas realidades en sí mismas» [§ 9].

«... incluso lo es la presencia de unos ideales, allí, cuando estos funcionan realmente -en alguna medida, mayor o menor- como impulsos para las conductas *efectivas* de quienes se dejen guiar por ellos. Ninguna teoría plenamente realista acerca del derecho puede desconocer tales *hechos*, la decisiva función psicológica de unos ideales» [§ 11 *in limine*].

#### **HABA-3 (breve)**

[«Avatares de lo "racional"...», en *Doxa-33*: 409-418]

«NO he sostenido, ni directa ni indirectamente ... :

- que las decisiones judiciales no puedan ser "justificadas" mediante fundamentaciones "razonables" y hasta unas "racionales" -es decir, con base en ciertos modelos normativos de razonamiento, que en mayor o menor medida son ideales-; no impugno que tales argumentaciones constituyan la situación más general, ni que estas mismas tengan cierto "peso" -unas veces más, otras menos- entre los factores reales que co-determinan la parte resolutive de las sentencias [III.2]. (...)

«SOSTENGO, sí ... :

- que .... a) es corriente que la selección de los elementos descriptivos venga determinada por unos elementos de juicio valorativo-prescriptivos, y b) el alcance jurídico otorgado a los segundos dependa de comprobaciones acerca de los primeros [IV.5];
- que nada de lo señalado significa descartar la presentación de modelos *ideales* para el razonamiento jurídico (hasta yo mismo he ofrecido uno de "cuatro pasos"), ni negar que eventualmente algunos de estos puedan

tener cierto valor heurístico para juristas que se resuelvan a tomarlos en cuenta» [§ 0].

#### HABA-4

[«Para acudir a la TEA ...», en *Doxa*-33: 429-439]

«Agrega [Sarlo]: “Si no presuponemos algún *ideal* de racionalidad, no estaríamos en condiciones de *comprender* las acciones realizadas, y en especial no estaríamos en condiciones de *criticarlas*”. — ... esta puntualización señala, con otras palabras, lo que básicamente he insistido en subrayar yo también: el papel no menos inevitable que decisivo de *ideales*, sean cuales fueren, en los razonamientos jurídicos<sup>6</sup>. Eso sí, “comprender” y “criticar” son dos niveles diferentes; puede crear confusión no distinguirlos entre sí, dependiendo de *qué* se quiera hacer notar» [§ 2.3].

«... señalo *expresamente* que aun las teorías “estándar” pueden desempeñar eventualmente algún papel de orientación en el seno de los razonamientos jurídicos... le he contrapuesto otro tipo de aproximación, consecuentemente *realista*, eso que he llamado “modelo de cuatro pasos”. Esta aproximación no tiene por qué prescindir de ninguna eventual “utilidad” que de modo efectivo puedan llegar a tener unas indicaciones suministradas por teorías “estándar”, pero va sensiblemente *más allá*<sup>12</sup> de cuanto permita “ver” el mero racio-semantismo propio de estas últimas» [§ 2.5(a): a la altura de la n. 12]

«Yo mismo he subrayado, en otros sitios, que no cualquier dogmática jurídica viene a ser más o menos “la misma cosa”<sup>13</sup>. Mi posición no podría ser más neta al respecto: en todo cuanto las teorías “estándar” puedan *efectivamente* ayudar, ¡bienvenidas sean!» [§2.5(a): a la altura de la nota 13].

«... si lo que Sarlo quiere decir, es que esto constituye un ideal y que es *aconsejable* aplicarlo cada vez que se pueda (en la medida en que se pueda), y que se conocen casos en que ha sucedido así... : nuevamente, ¿dónde y cuándo he negado tal cosa? Ya lo dije: “... en todo cuanto las teorías ‘estándar’ puedan *efectivamente* ayudar, ¡bienvenidas sean!”. En *qué* “ayuden” en cada caso, y *qué* disimulen allí mismo, se contesta caso por caso» [§ 3.2]. — Véase además: § 3.3 (*Interacción entre ideales y práctica*).

«... también en cuanto a los *ideales* que vale la pena apoyar, no estamos lejos el uno [Sarlo] del otro [H.]. La mayor diferencia, me parece, es que por mi parte, eso sí, me resisto indeclinablemente a no poner en todo instante sobre la mesa que hay su buen trecho entre lo que *son* las realidades jurídicas y lo

---

<sup>6</sup> Cfr. Haba-1: § 9. — En esta nota, y también en todas las siguientes, su número es el que ella lleva en el texto respectivo publicado.

<sup>12</sup> Cfr. Haba-3: IV.

<sup>13</sup> Cfr. mi *Metodología jurídica irreverente*: sec. A, Tesis 11 (esp. a la altura de la n. 35).

deseable que sería conseguir ajustarlas a tales o cuales *ideales*» [§ 4, en el párrafo correspondiente a la nota 28, unas líneas antes de llegar a esta].

### **HABA-3 (completo)**

[El presente estudio]

El asunto se examina sobre todo en sus §§ II.4-6, IV.2 y IV.5. Paso a extraer de allí unos pocos pasajes (suficientemente reveladores, a mi juicio):

«No sé por qué un realista habría de estar en contra de “contribuir a mejorar” las prácticas jurídicas en la medida de lo *posible*, siguiendo unos ideales<sup>31</sup>, cualquiera sea la doctrina invocada para tales efectos. Eso sí, se fijará sobre todo en el papel *efectivo* que tengan los ideales invocados. El realista no se llama a conforme con simplemente *presentar* (semánticamente) unos ideales de “mejora”, ni en general con vaguedades al respecto...». [§ II.4, a la altura de la n. 31].

«En síntesis: el realista reconoce que unas “guías” semántico-normativas-ideales pueden eventualmente ser útiles, entiéndaselas o no como “centrales”, cuando *efectivamente* lo son; mas se resiste a creer que esto pueda saberse *a priori*. A lo que él se enfrenta sobre todo, es a la impronta *reduccionista* de concentrarse en aquellas guías por sí solas (parece que Atienza aceptaría que no se haga así) al examinar unos discursos jurídicos» [§ II.4 *in fine*].

«Por lo demás, también en cuanto a las cuestiones elucidadas aquí es muy aplicable, *mutatis mutandis*, lo que oportunamente aclaré al escribir sobre otra materia:

“Claro, a mí me gustaría que este libro pudiera ser ‘útil’. Pero no se trata, en los hechos, de qué quiera o deje de querer yo mismo. Es lo que estén dispuestos a querer, y sobre todo a *hacer*, tantos OTROS”<sup>34</sup>» [§ II.5, a la altura de la n. 34].

«... para nada impugno que tales aspectos [el papel de unos ideales] sean puestos de relieve, ni que se recomienden tanto como se quiera. Por lo demás, no se ve por qué aun esos aspectos mismos, si son efectivos ya o si hay perspectivas de que lleguen a serlo, no puedan ser detectados asimismo, y posiblemente identificándolos con mejor precisión, mediante teorías realistas sobre las argumentaciones de los juristas. Lo que mi crítica al “razonabilismo” contrapone al reduccionismo teórico propio de esta orientación puede resumirse en poner por delante lo que bien podríamos llamar: *principio heurístico de no-callar*. (...) Así, el modelo realista de “cuatro pasos”<sup>48</sup> no aparta la vista ni siquiera de las tradicionales modalidades de “razonabilidad” jurídica

<sup>31</sup> En otros sitios he subrayado el decisivo papel que unos ideales (pueden ser tales o cuales) desempeñan, inevitablemente, en el derecho. Considérese el central papel que se les reconoce en el «modelo de cuatro pasos» para el razonamiento jurídico presentado en *Metodología jurídica irreverente*: 293 ss. (esp. 304-306: «3<sup>er</sup> paso: axiológico-teleológico»). Véase además Haba-1: § 9.

<sup>34</sup> Haba, E.P., 2008: *Pedagogismo y «mala fe»*, San José (C.R.): 19.

<sup>48</sup> Cfr. *Metodología ...*: sec. C.III (esp. 293 ss.).

encomiadas por los teóricos “estándar”. (...) No desconoce que ellas juegan ciertamente un papel importante, como *topoi* del “marco” (Kelsen) lingüístico jurídico-positivo: en tal condición forman parte del primer “paso” –“lingüístico-dogmático”– en ese procedimiento mismo [cfr. *Metodología...*: 296 ss.]. La “racionalidad” realista no excluye la “razonabilidad” jurídico-dogmática, pero permite llevar las posibilidades de “justificación racional” mucho *más allá* de las meras formas de “argumentar” jurídicas habituales» [§ II.6].

«He subrayado, tal vez hasta el cansancio, que en modo alguno niego los papeles que pueda caberle a unos modelos ideales. De lo que se trata, eso sí, es de no engañarse sobre *en qué medida* estos mismos son principalmente (por no decir exclusivamente) IDEALES y *en qué medida* puedan resultar también práctico-EFECTIVOS. ¿Por qué NO distinguir lo uno de lo otro?» [§ IV.5 *in fine*].