

¿POR QUÉ LA PRÁCTICA RACIONAL DEL DERECHO POR PARTE DEL JUEZ ES ABSOLUTAMENTE IRREALIZABLE? *

por Gustavo González Solano **

Es fácil soñar con teorías grandiosas sobre la naturaleza humana y la sociedad, y es igualmente fácil ridiculizar tales teorías comparándolas con la inagotable riqueza de la realidad y con la infinita variedad de deseos, ideas, sentimientos y aspiraciones del hombre. Pero después, la dimensión crítica de las teorías queda reemplazada, no por un esquema mejor o por ideas más sofisticadas, sino una vez más por la acción.

FEYERABEND¹

El presente artículo pretende demostrar la imposibilidad de establecer una práctica racional por parte del juez. Ello debido a que es necesario una serie de condiciones tan rigurosas en el Derecho y en el Juez, que de antemano, no asegura y, por el contrario casi imposibilitan dicho ejercicio de manera realmente racional. Así la primera parte intenta describir algunos los presupuestos de una práctica racional del Derecho para que puedan servir como instrumento de las actividades científicas. Se señalan algunos requisitos semánticos y pragmáticos. La segunda parte estudia algunos los presupuestos sociales e institucionales, y los personales e individuales que el operador jurídico ha de reunir para el desempeño de ese tipo de actividad. Así que por favor, empecemos a soñar.

Primeramente, la práctica racional del Derecho debe contemplar básicamente los elementos que entran en juego en su formación, es decir, el Derecho y el operador jurídico. Señalar los requisitos o presupuestos mínimos indispensables que debe cumplir una actividad jurídica racional, plantea no solo problemas sobre *cuáles* puedan ser en realidad, esos presupuestos sino también, si verdaderamente *configuran* efectivamente esa actividad. Por demás está también la duda de si los requisitos señalados tenderán, en la medida de lo posible, a ser realmente *adoptados* por los participantes del “juego” o no. Se señala primero algunos de esos requisitos y las dudas de tipo explicativo, aplicativo y volitivo se resolverán conforme surjan.

Es una tarea sino imposible, sumamente difícil, presentar todos los elementos necesarios, de los diversos aspectos que contempla una conducta o un campo de esa clase. No se pretende en este texto dar por sentado lo que por muchos años otras personas han profundamente tratado de desentrañar. Por lo que han de tomarse este artículo como unos simples apuntes introductorios de una problemática que ni ha

* Publicado el 16 de julio de 2003.

** Profesor de Lógica jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. gagonzal@cariari.ucr.ac.cr

¹ FEYERABEND (Paul), *Adiós a la razón*, Madrid, Editorial TECNOS S.A., Segunda edición, 1992, p. 78 (Traducción de José R. de Rivera).

terminado aún en las discusiones respectivas ni se pretende darla por acabada aquí. Además véase la cita que inicia este capítulo.

I. Presupuestos del Derecho

Este apartado se divide en dos partes. La primera parte está dedicada al estudio de algunos de los presupuestos *semánticos* del Derecho que como lenguaje ha de cumplir para el ejercicio de la actividad racional en el campo jurídico. La segunda parte intenta describir y prescribir algunos de los requisitos mínimos *pragmáticos* del Derecho.

En este trabajo ha de concebirse el Derecho como un lenguaje² especial que los operadores jurídicos manejan para la resolución de sus casos. Tomar el Derecho como lenguaje no es realizar ningún estudio restringido de lo que puede o es el Derecho. Es simplemente un punto de estudio el cual se considera más fértil para las apreciaciones que se pueden realizar al respecto. Como lenguaje, el Derecho puede ser abordado desde varios puntos de vista. De ellos se tomará sólo dos. El semántico y el pragmático. Presupuestos semánticos o pragmáticos son aquellas circunstancias, que han de estar presentes en el discurso jurídico para que este pueda servir como un medio adecuado para la resolución de los casos que se le presenten a juez. Así por presupuestos semánticos se ha de entender las simples nociones que como tales pueden servir al juez a solucionar los conflictos.

A) Presupuestos semánticos del Derecho

El Derecho concebido como lenguaje normativo en su dimensión semántica³ ha de establecer previamente la mayoría de las condiciones necesarias para que pueda servir, de verdad, como **medio** por el cual se puedan **conocer** los contenidos normativos aplicables a un caso concreto.

Esto significa que para la formación y conocimiento de las creencias normativas, los enunciados en que ellas se estipulen han de cumplir a cabalidad dicha función. Esto se logra justamente **precisando con claridad el significado** normativo que se quiere aludir. Precisión como tantas veces se ha dicho es la univocidad en el elemento

² HABA MÜLLER (Enrique Pedro) Ciencia Jurídica: ¿Qué ciencia? (El Derecho como ciencia: una cuestión de métodos) en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N° 51, setiembre-diciembre de 1984, págs. 11-35.

³ MORRIS (Charles), *Fundamentos de la teoría de los signos*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Primera edición en español, 1985, p. 55-66 (Traducción de Rafael Grasa de la edición en inglés “ Foundations of the Theory of Signs “ publicado como la Parte Segunda de Writings on the General Theory of Signs, Mouton, La Haya-París, 1971). Sobre la discusión actual de ese tipo de distinción ACERO (Juan José), BUSTOS (Eduardo) y QUESADA (Daniel), *Introducción a la Filosofía del Lenguaje*, Madrid, Ediciones Cátedra S.A., Tercera edición, 1989, p. 176-182

caracterizador de una palabra o frase. Es decir, el uso rígidamente determinado del único significado que a una palabra se le puede atribuir. En el caso de que se presenten varios significados ha de elegirse uno y usarse como el significado válido para aludir al objeto o situación por el cual se eligió esa palabra y no otro para representarlo.

Las dimensiones semánticas del Derecho o lo que llaman semántica normativa, es simplemente el estudio del uso instrumental del lenguaje, en nuestro caso el uso instrumental del lenguaje normativo, concretamente el lenguaje jurídico. Este tipo de lenguaje presenta la particularidad, respecto de los usos descriptivos del lenguaje, que es promotor de situaciones de **acción** de las personas. Esto quiere decir que este tipo de lenguaje tiende a crear en las personas una idea (e inclusive sentimientos) de obligación a realizar el estado de cosas señalado (por los enunciados normativos) que simplemente es deseado y no existente realmente. Si la situación existiera el sujeto tiende, en este caso, a mantener la situación que señala la norma como actual⁴.

Un signo es algo que alude algo a alguien. Un signo (de significado normativo) es algo que alude algo a alguien, solo que "lo" aludido tiende a comunicarle un estado de cosas (elemento descriptivo) real o no, pero deseado, y a crearle una idea o sentimiento de realizar o mantener ese estado de cosas. ¿Por qué tiende a crear eso? La respuesta es simple, porque hay un **hábito de conducta social** que se le ha sido impuesto, que cuando se le presente, él reaccione de esa manera, es decir, sentirse compelido, coaccionado a cumplir y a que otros cumplan.

Esto que pareciera tan redundante es lo que ha motivado más de un estudio que desconoce el funcionamiento de los imperativos en el Derecho. Y en la estipulación semántica de los presupuestos del Derecho esto tiene su relevancia. Si no se sabe estipular concisamente los enunciados normativos se pierde este tipo de respuesta de comportamiento. Es relativamente fácil ordenar, es señalar una dirección normativa y como dirección es establecer un único camino o vía de acción, *pero cuando se confunden entre varias vías distintas, no se señala bien la dirección o no hay dirección señalada, se producen los*

⁴ Este tipo de respuesta de comportamiento que provoca el lenguaje normativo, no puede dejarse de lado en los estudios del lenguaje jurídico, más en la conformación de las nociones jurídicas que serán usadas justamente para provocar ese tipo de situaciones. ¿Qué significa esto? Pues que para determinar los presupuestos semánticos necesarios, es necesario ante la particular constitución del lenguaje normativo, describir los elementos necesarios que, este tipo de lenguaje, requiere para producir las respuestas de comportamiento de las personas. ¿Cuáles son esos elementos? Que quede claro que no es la hipotetización de los elementos empíricos necesarios para dar órdenes, sino que son los elementos **semióticos** necesarios para que los enunciados puedan significar imperativamente algo a alguien.

misimos efectos que si nunca se hubiera señalado dirección, es decir, no hay imperativo.

Básicamente la acción regulada por normas requiere que la estipulación de sus enunciados esa sumamente **estricta, unívoca, consistente, sistemática**, con ausencias de ambigüedades, vaguedades e indeterminaciones sino pierden sus elementos descriptores de un estado de cosas deseado y la producción de la respuesta de comportamiento dirigida a ese fin.

La delimitación de los contenidos normativos repercute también en el establecimiento de un listado jerárquico de normas que señalen los significados normativos imperantes tanto por rango como por materia.

En cuanto a la materia, por otro lado, entre diversas ramas del Derecho, las **delimitaciones de sus áreas de normación** son a veces confusas por lo cual tiene que ser precisada con exactitud. Pero acontece a veces que tal límite muy claro pero por principios “omnicomprensivos” pasan a formar parte de las discusiones de las “áreas confusas”(véase Derecho Laboral versus Derecho Administrativo, o Derecho Civil versus Derecho Agrario, o Derecho Penal). Cuando lo que pasa en realidad es que se quieren aplicar (o desaplicar) un tipo de normativa para aplicar o no aplicar en otro lado. Son realmente pocas las ramas que tienen una delimitación autónoma realmente clara de su campo de acción (Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comercial) y eso, en mucho porque la misma la ley lo ha establecido así, aunque no hay que descartar los esfuerzos de los estudiosos en ese campo. Aún así, esa claridad no han sido producto de estudios con procedimientos siempre rigurosos y sistemáticos que realizan exámenes o acuerdos entre científicos jurídicos, sino que la misma ley ha tenido que encargarse de evitar cualquier desorden y explícitamente enmarcar el área de acción de una disciplina dada. Pero eso no se hace por fines científicos sino de otro tipo.

Sobre semántica puede hay libros enteros, de como hacer menos imperfecto el lenguaje jurídico. Pero otro aspecto importante del Derecho que se quiere destacar es la dimensión pragmática. Por lo cual las consideraciones sobre el lenguaje jurídico que en general se pueden hacer y ya otros autores han señalado no se efectuarán aquí. Con lo dicho se puede tener una idea general de que es lo que se pretende dar a entender con los requisitos semánticos del Derecho entendido como lenguaje.

B) Presupuestos pragmáticos del Derecho.

Los aspectos pragmáticos⁵ del Derecho entendido como lenguaje, son consideraciones relativas al **uso**, por parte de los usuarios de ese lenguaje, es decir, los operadores jurídicos, que efectivamente se da o despierta el lenguaje jurídico en ellos y con el cual ellos también realizan sus labores en el campo jurídico.

El uso real del Derecho está básicamente dado por la adopción consciente forzada o no, que pueda tener el operador jurídico, de los conceptos y contenidos normativos estipulados en las expresiones jurídicas.

Como presupuestos pragmáticos del Derecho, el lenguaje jurídico será usado, tal como se enuncia en las normas, por parte de los operadores jurídicos. Como se ve, para ello requiere también que algo signifiquen esas normas, y para ello se requiere que se les dé un tratamiento semántico normativo estricto, *como condición necesaria pero no como condición suficiente para que efectivamente se utilice el Derecho*. También ha de *querer* el operador jurídico llevar a cabalidad la realización de lo estipulado en la norma y no inventar otros contenidos. **Convertir los contenidos normativos en concretas respuestas de comportamiento de los operadores jurídicos tales que, lleven a cabo, la real ejecución de los mandatos normativos⁶.**

Toda norma siempre pretende el cumplimiento de la situación de la realidad deseada o mantenida. Ello acarrea que se estipulen contenidos concretos que regulen aspectos materiales de la vida cotidiana o de su propia organización (procesales). Científicamente no se tendría que concebir (aunque en la realidad suceda así) que se ordene para que no surta efectos en la realidad. Como puede ser el caso de estipular objetivos a cumplir, pero no se indican los medios para alcanzar esos objetivos, o si se estipulan los medios éstos no son los idóneos para la realización de ese objetivo. Así pueden concebirse leyes “retóricas” o hasta “ideológicas”, en el sentido de que son un engaño para no regular la verdadera situación de hecho, o la inexistencia de objetivo claro por pretender buscar otro objetivo, o la inexistencia de

⁵ MORRIS (Charles), *Op. cit.*, p. 67-85 y ACERO (Juan José), BUSTOS (Eduardo) y QUESADA (Daniel), *Op. Cit.*, p. 167-225

⁶ Sobre el lenguaje normativo se ha escrito bastante y con especial mención véase HABA MÜLLER (Enrique Pedro), Apuntes sobre el Lenguaje jurídico (I): de la lengua común a la lengua de las leyes, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N° 37, enero-abril de 1979, págs.11-93. HABA MÜLLER (Enrique Pedro), Apuntes sobre el Lenguaje jurídico (II): el problema de la precisión, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N° 38, mayo-agosto de 1979, págs.225-317. HABA MÜLLER (Enrique Pedro), Apuntes sobre el Lenguaje jurídico (III): alternativas para el intérprete, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N° 39, setiembre-diciembre de 1979, págs.153-258.; GUIBOURG (Ricardo A.), GHIGLIANI (Alejandro) y GUARINONI (Ricardo), *Introducción al conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Primera edición, 1984, págs. 19-115.

medios idóneos por no plantearse o la inadecuación de esos medios que no sirven para alcanzar ese fin, pero sí para lograr otros objetivos⁷.

Todas estas observaciones son dadas, en el papel y en la descripción de un modelo científico de la racionalidad jurídica-científica. Requisito previo de esta racionalidad es la existencia **de medios aptos** por los cuales el operador jurídico pueda construir sus decisiones de modo racional. Para ello requiere del material jurídico idóneo, es decir, las leyes. Aquí es donde se plantea la necesidad de estipular de modo científico los contenidos de la norma.

Esto último acarrea la necesidad de construir el material normativo del modo más científico. Se puede ver lo ilusorio de un tipo de modelos de estos. Porque, más que nada en cualquier país se sabe que ello queda **en manos de otro tipo de personas, no siempre personas adiestradas en el campo científico**, sea de la rama que sean, ni la creación de ellas depende de un concienzudo análisis de la vida o necesidades sociales. El Derecho es más que racionalidad jurídica, es también arracionalidad e irracionalidad⁸. No quiere decir estos que las aproximaciones teóricas no puedan ser racionales, sólo que para nuestros efectos, muchos de los niveles de racionalidad dependen de las estipulaciones normativas concretas que las normas señalen en ese lenguaje; si no hay precisión en lo que se dice o regula, no puede haber acuerdo en que tomar como X o Y fundamento de X o Y conclusión, más incertidumbre hay de la forma de controlarlos. ¿Controlar, qué? ¿Verificar, cómo? Y aunque no se descarta el uso de inferencias, y el acuerdo en las fundamentaciones jurídicas de un caso, también dicho establecimiento ha sido siempre puesto en duda, por demás es asunto de otra disciplina normativa, la lógica jurídica⁹.

Cierto que existen procedimientos jurídicos tradicionales por los cuales las incongruencias de los significados normativos pueden corregirse, piénsese en los procedimientos constitucionales de control de leyes que evitan la contradicción entre los fundamentos normativos cuando hay un choque de ellos (con el llamado principio de regularidad

⁷ Como lenguaje que señala acciones, el lenguaje jurídico tiene que participar también de la certeza de la creencia sugerida, es decir, de su imperatividad. El sujeto si no la detecta, poco efecto imperativo logrará el enunciado. Los significados normativos han de establecer conocimientos jurídicos, pero fundamentados. El conocimiento jurídico fundamentado es simplemente aquella creencia sobre significados normativos que tiene otro enunciado que estipula su significado normativo en esa creencia jurídica. Es decir, otra norma que ordena la realización de una acción deseada. El conocimiento de esa orden plantea el conocimiento empírico de la existencia de esa norma y vigencia de esa norma y de la estipulación jurídica concreta.

⁸ HABA MÜLLER (Enrique Pedro), *Los paradigmas científicos en la Teoría del Derecho* (Sobre distintos modos de concebir (paradigmas) la ciencia del derecho, San José, no publicado, fotocopiado, 1996, § 12

⁹ GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo), *Lógica Jurídica*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2003, 256 p.

jurídica¹⁰ de las normas o el principio de razonabilidad de las leyes). Pero eso es apenas una pauta obvia para tratar de evitar la existencia de confusiones entre las normas. No se puede decir, que es un control preciso y conciso de los diversos tipos de fundamentos que sirva como instrumento previo para el desempeño jurídico, sino que es una medida a posteriori ante los conflictos entre fundamentos que se presenten.

El principio de regularidad entre las normas, es una norma que evita que una norma que vaya en contradicción con los enunciados de la Constitución. Es simplemente un instrumento anti-desorden, ya que se deshace de las normas contradictorias pero a posteriori.

La adecuación entre los significados normativos de uno u otro rango está dada por lo que el operador crea que dice la Constitución y no por medios de control estrictos que verifiquen dicho contenido lingüístico. Tampoco hay un acuerdo entre los operadores para establecer ese medio que verifique el acuerdo entre los operadores que seleccione ese contenido, ese control y ni siquiera hay forma de saber si se tuvo razón en escoger ese sentido que se usa como patrón y no otro. Más con la problemática que plantean los contenidos de los documentos constitucionales que son propuestas sociales revueltas con pancartas políticas de su tiempo, instituciones jurídicas concretas, estipulaciones religiosas, morales, etc. Todas ellas en su gran mayoría están llenas de los más amplios significados y otra gran mayoría de contenidos vacíos.

Es, en este amplio campo de acción, que se pueden establecer principios de regulación materiales de las normas, como el principio de razonabilidad de las normas. Dicho principio no es más que una norma que descarta las normas que no son medios aptos para cumplir sus objetivos. Desgraciadamente no es aún entendida como es definida aquí, sino que la determinación de la razonabilidad está aún plagada de consideraciones de tipo social, político, normativo y descriptivo, siendo sumamente casual y casuístico el señalamiento del contenido concreto de ese principio y su aplicación. Ya que si fuera bien entendido tal principio, tendría que revisarse de modo claro y sistemático la efectividad de las normas, presentes en nuestro país, y como sustituto del Dogma de la "racionalidad" de la voluntad del legislador, se podría revisar en concreto cualquier contenido normativo a la luz de la adecuación medio-fin.

Pero en la práctica pareciera que la efectividad de las normas es un asunto que concierne simplemente al tipo, y sobre todo, a la valoración que se haga del contenido normativo concreto que se ventile en el control constitucional. Ante ello el operador jurídico puede sugerir u ordenar el arreglo de la solución con la estipulación de nuevos

¹⁰ HERNANDEZ VALLE (Rubén), *La Tutela de los Derechos Fundamentales*, San José, Editorial Juricentro, Primera edición, 1990, págs. 126-128.

significados o ordenar al órgano emisor encargado la creación de la norma.

Y ante el amplio panorama de los conceptos jurídicos (entiéndase no todos determinados) de la Constitución, queda la determinación de las opciones (sí conocibles pero no verificables y revisables por gente competente con métodos de control para corregirlas) y selecciones al operador jurídico.

Podría también decirse que el control de constitucionalidad previo que realiza el órgano encargado de las normas tienden a asegurar ese tipo de control estricto y metódico de los fundamentos normativos, pero como se vio, los controles “de verdad” tienen sus requisitos que difícilmente realiza este órgano. Su función es en realidad la de establecer un marco de regularidad general, no muy estricto, entre los diversos fundamentos normativos materiales.

El control de constitucionalidad y los principios de regularidad y razonabilidad, ellos son solamente unos criterios rectores de la similitud normativa o no, de algunos significados normativos. Se da preponderancia a las Fundamentaciones Formales (es decir, las jerarquías sin Fundamento Material) que a las Fundamentaciones Materiales. Por lo cual vemos que, a veces, controles de ese tipo dejan la regulación de las situaciones peor de los que estaban. Justamente porque se dejan llevar por un criterio, en este caso el de la existencia empírica de una norma en un sistema de jerarquía de dichas normas (lo que llamábamos Autoridad- Persona como fundamento empírico o fundamento formal) dejando fuera del análisis, los demás tipos de fundamentos (Fundamentación Material o fundamentos de tipo axiológico, axiomático o empírico). De ese modo no se puede llegar a establecer fundamentaciones científicas o racionales de los contenidos normativos. Si no hay acuerdos claros de cómo “jugar bien” con las normas y cómo razonar bien con ellas, y no hay ni acuerdos de cómo controlar eso, ni controles claros no pueden haber racionalidad científica-jurídica. Lo que habrá serán mecanismos tradicionales que evitan el desorden normativo pero que no ordenan los conocimientos y prácticas jurídicas.

II. Presupuestos del Juez.

Esta sección se divide en dos apartados. El primero señala los presupuestos sociales o individuales que el operador jurídico ha de tener para cumplir alguna posible actividad jurídica racional y el segundo apartado indica los presupuestos personales e individuales que el operador jurídico ha de tener para pretender alcanzar dicho fin.

Respecto al juez, una descripción de la diversidad de presupuestos que debieran de existir para el desempeño de una práctica racional del Derecho marca a todas una serie de enfoques

psicológicos, sociológicos, antropológicos y demás ramas relacionadas con la conducta humana. Aun así se esbozarán algunos presupuestos mínimos que pudieran tenerse como los aptos para realizar una supuesta práctica racional del Derecho.

A) Presupuestos sociales e institucionales del Juez.

El juez como individuo se enmarca dentro de un contexto social determinado formando parte de instituciones sociales concretas con fines específicos en una sociedad. ¿Determinan en al modo, su proceder o cualquier otro proceder o no, ese tipo de instituciones?

Básicamente el papel del juez se encuentra delimitado por tres tipos sencillos de roles que tiene que cumplir conjuntamente, no siempre simultáneamente, pero que están presentes en la determinación de muchas de las diversas actividades que él despliega. Los posibles desempeños a los cuales está sometido el juez y que tienden a determinar su labor en su Despacho se encuentran los de tipo *laboral*, los que le asignan o atribuyen por el cargo *funciones públicas*, y las derivadas directamente de sus actividades materiales o intelectuales concretas que ejecuta para llevar a cabo su función jurisdiccional, esto, es la *aplicación del Derecho*.

Cada una de ellas no es contradictoria o incompatible entre sí, mientras no prevalezcan los intereses que tenga el juez, en uno de ellos, sobre otro o dejar de ejecutar “como debe” alguno de ellos. Ese “como debe” lo que quiere señalar es que para cada tipo de papel, como empleado público, como funcionario público o como especialista de las leyes, hay una serie de reglas que gobiernan su estructura, funcionamiento y desempeño en la obtención de ciertos fines que con la ejecución de las directrices que regulan cada rol, se obtienen o intentan obtener.

Lo único que se quiere resaltar es el hecho de que la actividad científica jurídica, se encuentra rodeada (y hasta determinada, sea como medios indispensables para realizarla, sea hasta como un fin en sí mismo), por una diversidad de situaciones de *otra* índole. ¿Modifican algunas de ellas, una práctica racional de fundamentación y argumentación de las conclusiones? Si se ¿modifican *también* muchos de las situaciones actuales que no fomentan la actividad científica, se pueden asentar algunas (¡no todas por supuesto!) prácticas científicas en sentido estricto en el campo jurídico?

En concreto, ¿Hay alguna situación que afecta un despliegue de las actividades racionales? ¿Positiva o negativamente? ¿Cuáles? Veamos algunos ejemplos.

1) Laboralmente: el juez es un funcionario público, combinación de empleado o servidor del estado con órgano representante y que

desempeña una de las funciones del Estado, la función jurisdiccional. Ubicado en una estructura jerárquica y especializada de funciones y competencias no tendría que pensarse, en el más amplio de los sentidos que, cualquier remuneración económica mayor o menor que reciba influya en el desempeño de su actividad (no se le va a hacer caso a las absurdas leyes económicas que rezan que “ si se aumenta el ingreso de un trabajador ese será más productivo ya que empleará sus ingresos en medios o capacitación que lo hará más eficiente”). Esos disparates no funcionan ni aquí ni en muchos sectores de la vida cotidiana). Ya sería por situaciones anómalas a las corrientes (pagos indebidos, dietas políticas, corrupción) que esto podría darse, pero en la ejecución normal de las actividades ello no influye directamente en su labor. Para eso están los sistemas de responsabilidad civil¹¹ y penal¹² que establece la misma ley para evitar esas situaciones. Y se quiera o no, ellos motivan, atemorizan o coercionan lo que haga el juez en su concreta labor judicial. Sí hay situaciones normativas concretas que pensamos tenderían en cualquier operador jurídico a hacerlo pensar y actuar de una forma que influye y determine en cierta forma lo que falle y cómo lo falle.

¿Estas situaciones también tienden a crear en el operador jurídico una fidelidad a las formas tradicionales de resolver los conflictos, para no “salirse del esquema” o que no lo saquen del puesto por no cumplir a cabalidad con las reglas del juego? ¿Establecen o determinan esas normas la forma de decidir un caso? No podemos negar que no influyen dentro de las condiciones generales presentadas al operador jurídico. Son normas que se pretende que tengan algún efecto motivador o atemorizante en él. Pero en concreto eso es lo que es, uno de los tantos condicionantes de la posible actividad o acción que realice. ¿Es ello positivo o negativo, motivador o un obstáculo para la realización de efectivas prácticas científicas? Se tendría que analizar si esas normas son en realidad medios efectivos para cumplir esa finalidad, la científica. Pero creo que fueron hechas para otros motivos y no tanto la búsqueda de precisos controles y elaboración de concisas prácticas inferenciales. Fueron hechas para evitar, como motivos, o para sancionar, en la medida que se apliquen, las prácticas arbitrarias e incorrectas de los jueces, a la luz de los principios de “buen desempeño judicial” u otros de índole moral. Podemos observar que como criterio de orden esa norma perfectamente puede cumplir también el papel de

¹¹ “Cuando los funcionarios que administran justicia, en el desempeño de sus funciones, infringieren las leyes, la parte perjudicada podrá exigir responsabilidad contra aquéllos, ante el superior inmediato de quien hubiere incurrido en la falta, sin que sea necesario que haya precedido proceso penal...” Artículo 85. *Código Procesal Civil*, Ley N° 7130, de 16 de agosto de 1989, publicada y tomada de la Gaceta N1 208 , Alcance 35 del 3 de noviembre de 1989. Véase además artículos 85-95.

¹² “Artículo 348: Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos...” *Código Penal*, Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970 publicada en la Gaceta N° 257 el 15 de noviembre de 1970, San José, Investigaciones Jurídicas S.A, no indica número de edición, 1993.

medio motivador de prácticas racionales y hasta de sancionador del no acatamiento de las mismas. De lo mucho que depende la racionalidad jurídica es de claros contenidos normativos presentes en las normas sancionadoras y si ellas no son acatadas su vulneración es evidente. Por eso entre esas normas y la instauración de medidas científicas de practicar el Derecho se puede establecer una colaboración recíproca: estas normas fijan justamente los castigos a las desviaciones de los contenidos normativos o de las prácticas para conocer los hechos y las normas y las actividades racionales que señalan como ha de hacerse ese tipo de práctica, dándole por consiguiente contenido a aquellas normas.

Pensar por el contrario, si esas normas son obstáculos que tienden a que cualquier operador jurídico solo siga (como siempre lo ha hecho), esquemas tradicionales de razonar, justamente porque lo “motivan” a seguir en ellas, o si lo coercionan a continuar sus labores intelectuales corrientes por temor a cometer errores que le pueden costar económica (el salario) o laboralmente (el cargo) caro; son cuestiones que no se pueden discutir aquí, sin casos concretos u objetos de análisis específicos que realmente se puedan observar. Ello nos llevaría a lugares posiblemente muy “alejados” y con poca utilidad explicativa en este momento.

2) El sistema de jerarquía de los funcionarios judiciales permite el descargo de responsabilidad del redactor de una resolución mediante la ratificación del superior del resultado de esa resolución, lo que produce una inmunidad de los verdaderos actores o productores del fallo¹³. El descargo de la obligación de responsabilidad del juez, desde el punto de vista del reclamo civil o penal de responsabilidad, tiene sus pro y sus contras, que tiene que ser resuelto como una selección (que la ley hizo y fue a favor de la protección del juez y su cargo) entre la protección del juez ante posibles reclamos de cualquier persona interfiriendo en su trabajo y los intereses del reclamante para ver satisfechos sus reclamos. Se escoge la protección del juez redactor si se confirma la decisión obtenida. Una ventaja para el juez obviamente es su descargo de responsabilidad, pero una desventaja es que se implanta un medio que permite la impunidad del juez o de los jueces por esos fallos en la eventualidad de ser errados (y ¿cómo saber si son errados o no, sino hay mecanismos estrictos de control metódico-científico-jurídico de fallos?) Y desde nuestro el punto de vista, este sistema de descargo de responsabilidad por ratificación del fallo por parte del superior, provoca controles (y mantenimiento) poco estrictos de verificación de las conclusiones jurídicas, ya que tiende a crear en algunos jueces de rangos inferiores la convicción o la creencia de que si

¹³ “Artículo 89. Confirmación. La confirmación del superior libra de responsabilidad al juzgador que dictó la sentencia o auto que sea motivo de las demanda de responsabilidad...” Código Procesal Civil, Ley N° 7130, de 16 de agosto de 1989, publicada y tomada de la Gaceta N° 208 , Alcance 35 del 3 de noviembre de 1989.

no fallan, como han fallado sus superiores, estos pueden no confirmarles sus decisiones y acarrearles situaciones que los exponen a esos reclamos y esas responsabilidades.

Claro, tampoco ha de pensarse que un juez superior confirmará un fallo errado. Lo revocará y mandará que se corrija, pero la forma acientífica de decidir la resolución de un caso seguirá existiendo con las consecuencias ya indicadas.

Este tipo de sumisión (el de las debidas y no debidas decisiones) es parte de cualquier procedimiento que tiene que instaurar una serie regular de conductas o de acciones (los fallos) ante casos similares o repetitivos. Pero su establecimiento tiene que hacerse con procedimientos más estrictos de los simplemente utilizados hoy en día. La simple enseñanza técnico jurídica del juez (y no el adiestramiento científico ni sistemático en lógica, semiótica y metodología científica jurídica, por decir algo), no se tiene únicamente que recalcar. No pueden ser los simples hábitos jurisprudenciales los que prevalezcan así porque así. Si las conclusiones jurídicas, en la medida de lo posible, son adecuaciones prácticas a casos concretos que se han presentado siguiendo un criterio X, no dejan de ser apreciaciones de un grupo de personas que por el cambio de integrantes pueden variar. Si se dieran conocimientos y metodologías de estudio científico, este tipo de situaciones no se presentaría, o al menos, alcanzarían una resolución más perdurable y sólidamente fundada. Y dependería menos de aclaraciones terminológicas y más sobre descripciones y acuerdos serios de nociones precisas, la decisión de un caso concreto con X o Y fundamentos.

3) Problema aun mayor se plantea en el campo jurídico y específicamente en la labor argumentativa-científica con la instauración de la obligación de seguir los fallos del superior al establecer que la jurisprudencia es fuente de Derecho¹⁴.

Al operador jurídico se le ordena en el caso de nuestro país, la utilización de la Jurisprudencia, como norma de rango legal cuando haya ausencia de leyes que regulen una situación determinada. Esto lo que significa es que los reiterados fallos de un Tribunal Superior o de una Sala de la Corte Suprema de Justicia tienen que ser seguidos por parte del operador jurídico de rango inferior como normas estrictas de regulación de un caso concreto. No se puede negar que los que posiblemente redactaron eso tenían en mente que con la

¹⁴ "...Artículo 5. ...los principios generales del Derecho y la *Jurisprudencia* servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán *rango de ley...*" Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley N° 7333 de 5 de mayo de 1993 publicada en la Gaceta N° 124, Alcance 24 de 1 de julio de 1993. (cursiva es nuestra).

jurisprudencia se pueden resolver muchos sino casi todos los problemas que presenta la técnica legislativa (sobre todo las omisiones, confusiones, casos no previstos, etc.). Tal intento es encomiable pero solo eso. No se puede ver en esa estipulación un medio por el cual se trate de solventar muchos de los problemas reales y de modo científico que tiene la aplicación concreta del Derecho.

Muchas veces sucede, y así pasa, que los fallos jurisprudenciales, por decirlo llanamente no son todos correctos. No tienen todos una fundamentación completa y precisa como la que se lograría con los métodos estrictos de fundamentación racional. Lo que hace la ley es establecer una vía científicamente poco útil para resolver las omisiones normativas. Allí no hay controles de lo dicho, ordenado o fundamentado. Si no se dice cómo se fundamentó, las revisiones críticas no se pueden hacer, por parte de otras personas y solo pueden hacerse por parte del mismo operador jurídico, pero ya en otro caso porque sobre el mismo caso se sabe que un juez no puede cambiar su decisión¹⁵. Esta es otra determinante (¿positiva o negativa para el desarrollo de actividades científicas?) de los procesos fundadores de decisiones, en este caso de los procesos civiles, además de que lo que se decida ha de estar sujeto a lo simplemente solicitaron las partes¹⁶. Solo enunciaremos éstos últimos puntos ya que su posibles discusión corresponde al choque o preponderancia de ciertos fines concretos sobre otros en diversa jerarquía. Bien puede ser que sea la “rectitud o perfección del fallo” en el primer caso, versus la “no puesta en duda de la imparcialidad del juez”, o de la “congruencia lógica” versus evitar posibles “arbitrariedades o liberalidades del juez”. Selecciones que con controles precisos no tendrían que ser tan tajantes y contradictorias como las que dice la ley, sino que pueden ser otras o hasta participar ambas en diversos grados y dependiendo de la disciplina jurídica que sea. Elección que es, por ahora, insustancial exponer o escoger, ya que eso, el legislador lo hizo y plasmó en la ley. Aunque, como se ve, esa no es la única opción.

4) El sistema disciplinario de la Corte Suprema de Justicia establece patrones de comportamiento que regula en el desempeño intelectual de sus funcionarios, otro determinante de la labor fundadora del juez.

¹⁵ “...Artículo 158. Aclaración y adición. Los jueces y los tribunales no podrán variar ni modificar sus sentencias, pero sí aclarar cualquier concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan sobre punto discutido en el litigio. La aclaración o adición de la sentencia sólo proceden respecto de la parte dispositiva...” *Código Procesal Civil*, Ley N° 7130, de 16 de agosto de 1989, publicada y tomada de la Gaceta N° 208 , Alcance 35 del 3 de noviembre de 1989.

¹⁶ “...Artículo 99. Congruencias. La sentencia se dictará dentro de los límites establecidos por la demanda. Es prohibido para el juez pronunciarse sobre cuestiones no debatidas respecto de las cuales la ley exige la iniciativa de la parte.” *Código Procesal Civil*, Ley N° 7130, de 16 de agosto de 1989, publicada y tomada de la Gaceta N° 208 , Alcance 35 del 3 de noviembre de 1989.

El Poder Judicial como institución social establece un patrón de conducta específico para sus integrantes, son funcionarios públicos, son autoridades que tienen que establecer decisiones jurídicas¹⁷.

El juez como autoridad pública tiene una serie de regulaciones que dirigen su conducta en el desempeño de sus funciones. Entre las que nos interesan destaca el hecho que se sanciona disciplinariamente los incumplimientos a las funciones básicas de la judicatura, como faltas gravísimas¹⁸ o graves¹⁹ las incorrectas actuaciones o señalamiento indebido de decisiones jurídicas o resoluciones de los casos, que sean por otros motivos, distintos a los estrictamente jurídicos. Que sea o no a causa de una función y no alguna finalidad científica no excluye la posibilidad de aprovechar sus controles y consecuencias.

Ante ello se puede señalar que uno de los presupuestos sociales e institucionales para el desarrollo de algunos puntos de las actividades científicas, es que éstas tienen que ser objetivamente plasmadas en la infraestructura misma del Poder Judicial. Cuando se dice infraestructura se entiende no solo todos aquellos medios materiales que sirven de soporte no solo para albergar a las personas, sino que

¹⁷ "...Artículo 3...el juez, alcalde o agente fiscal que conozca de un proceso tendrán facultades para ordenar lo que corresponda, en el cumplimiento de sus funciones...". "...Artículo 5. ...los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes...". "...Artículo 8. Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1. Aplicar leyes o otras normas o actos de cualquier naturaleza que sean contrarios a la Constitución Política. Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, deberán hacer la consulta correspondiente a la jurisdicción constitucional. Tampoco podrán interpretarlos o aplicarlos de manera contraria a los precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional. 2. Aplicar decretos, reglamentos, acuerdos y otras disposiciones que sean contrarias a la ley...". "...Artículo 162. La facultad de administrar justicia se adquiere con el cargo al que está anexa y se pierde o suspende para todos los negocios, cuando, por cualquier motivo, el juez deja de serlo o queda suspendido temporalmente en sus funciones.". "...Artículo 165. Todo juez tiene limitada su competencia al territorio y a la clase de asuntos que le estén señalados para ejercerla; las diligencias que los procesos de que conozca exijan se hagan en el territorio de otro juez, sólo se podrán practicar por medio de este, salvo autorización legal en contrario." Todas los anteriores artículos son de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, Ley N° 7333 de 5 de mayo de 1993 publicada en la Gaceta N° 124, Alcance 24 de 1 de julio de 1993.

¹⁸ Sobre el régimen disciplinario véase de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, los artículos que van del 174-223. "...Artículo 191. Se consideran faltas gravísimas. 3. El abandono injustificado y reiterado del desempeño de la función...6. Las acciones u omisiones que generen responsabilidad civil..." *Ley Orgánica del Poder Judicial*, Ley N° 7333 de 5 de mayo de 1993 publicada en la Gaceta N° 124, Alcance 24 de 1 de julio de 1993.

¹⁹ "...Artículo 192. Se consideran faltas graves. 2. La infracción de las prohibiciones o deberes establecidos en la presente ley...8. El retraso injustificado en el Despacho de los asuntos, o en su resolución cuando no constituya una falta más grave..." *Ley Orgánica del Poder Judicial*, Ley N° 7333 de 5 de mayo de 1993 publicada en la Gaceta N° 124, Alcance 24 de 1 de julio de 1993. (cursiva es nuestra).

también tienden a darles y crearles un hábitat social en el cual se han o se pueden establecer nuevos hábitos de conducta, en nuestro caso serían de tipo más científico, que pretendan establecer tipos concretos de conductas reiteradas en los operadores jurídicos para la resolución racional y científica de sus casos.

Así en concreto, el mayor o menor desempeño de las actividades intelectuales científicas en el ámbito jurídico es posible realizarlo, en parte, si se dan para ellos motivantes institucionales, desburocratización²⁰, y la implantación de los concretos mecanismos científicos de control de juridicidad de los fallos. La implantación de ellos y su efectividad dependerá del resultado entre el análisis de los costos de la implantación de una estructura (nuevos funcionarios, nuevos órganos, oficinas, equipos, centros de capacitación, etc.) y beneficios materiales y funcionales que se obtengan (aumento de la “calidad” de las decisiones, saldos positivos entre los casos presentados y los resueltos, tiempo de duración de los procesos hasta su resolución final, eficiencia cualitativa y cuantitativa de las resoluciones judiciales, costos presupuestarios). Y de que ese resultado quiera, ser, con los costos y el dinero correspondiente y existente, llevado a la práctica.

“...cuán estrictos tengan que ser los criterios para estimar razones dependerá de lo que ande en juego, de cuán importante o serio pueda ser el error, de cuánta energía, cuánto tiempo y cuántos recursos habría que dedicar al empleo de procedimientos que satisficieran esos criterios más estrictos, de la naturaleza general de la empresa, etc. Si hay distintos grados de rigurosidad, podemos abordar la cuestión misma de qué procedimientos usar como un problema de decisión, calculando los costes y los beneficios de cada procedimiento en su contexto específico...”²¹.

Eso confiando que las diversas “interpretaciones políticas” (equilibrios inestables de compromisos) de estos cambios (a los cuales están sometidos las modificaciones infraestructurales -modificaciones

²⁰ “...C. Northcote Parkinson ha presentado el fenómeno socio-administrativo con un humor un poco estridente, bajo el título de las leyes de Parkinson: Todo trabajo se dilata indefinidamente hasta llegar a ocupar la totalidad del tiempo disponible para su completa realización. Admitiendo pues, que el trabajo en general (y de un modo especial el concerniente a toda suerte de papeleo) es en sí tan elástico en cuanto al tiempo que su realización exige, podemos afirmar que no existe la menos relación entre una determinada tarea y el tiempo que debe absorber. De una falta de diligencia no debe forzosamente inferirse la ociosidad del agente. Una ocupación mínima no presupone la pereza del que anda enfrascado en ella. La tarea pendiente va adquiriendo mayor importancia y complejidad en razón directa del tiempo disponible...” HUISMAN (Denis) director de, *Enciclopedia de la Psicología*, Barcelona, Plaza & Janez S.A., 1978, p. 315. (artículo de DIBIE (Jean), La función pública, págs 311-319)

²¹ NOZICK (Robert), *La naturaleza de la racionalidad*, Barcelona, Ediciones Paidós Iberoamerica S.A., Primera edición en castellano, 1995, p. 138 (Traducción de Antoni Domènech de la edición en inglés “The nature of rationality”, New Jersey, Princeton University Press, 1993).

de las leyes orgánicas- y económicas -presupuesto) no las obstaculicen, o tergiversen, utilizándolas como medios para cualquier otro asunto, menos para justamente lo importante que es llevar a la práctica, tales modificaciones.

¿Qué consecuencias acarrea eso? Su función, se puede decir que es más libre o menos atada, por no existir tantas limitaciones institucionales (distintas a las que por política está destinado a indicar; el problema no es tanto que represente eso o no ese tipo de directrices, lo importante es que en sus funciones concretas de fundamentación jurídica no revuelva o confunda los procedimientos científicos de argumentación jurídica con discursos políticos o ideológicos) que tiendan a determinar (motivando o coercionando) su forma de resolver los casos.

No se puede afirmar que se encuentran con la posibilidad, de implantar modelos argumentativos de “libertad absoluta”. Si lo fueran, no serían modelos, sería cualquier otra cosa, menos unas reglas que seguir para resolver los casos.

Como órganos “jurisdiccionales” pareciera que intentan seguir los procedimientos tradicionales de la fundamentación jurídica, pero como vimos en algunas se ve en algunas sentencias ello no fue estrictamente así. Algunas veces no fue así porque ellos mismos lo dijeron (aunque en lo realmente hecho no se hizo así). Otras veces no siguen ni siquiera los procedimientos tradicionales de fundamentación jurídica (ni ejecutan menos métodos científicos) debido a errores conceptuales, o errores argumentativos para determinar los hechos y hasta las consecuencias jurídicas (¡aunque uno se pone a pensar si más bien siguieron al pie de la letra los procedimientos corrientes de fundamentación jurídica!). Se puede desempeñar en la resolución de los casos, de una manera diversa y como es la científica. Aún no se ha hecho ese intento y tal vez sea difícil sino imposible que se lleve a cabo eso, sino es con un cambio radical del universo simbólico del Derecho en concreto, y más a la raíz, de los jueces. Esto último nos lleva al siguiente punto.

No solo de las estructuras en donde trabaja el juez, o las funciones que desempeña como funcionario público, o el tipo de especialización concreta en el desarrollo de sus actividades intelectuales, es lo que únicamente determinan en parte las prácticas racionales del Derecho. Es también necesario, la existencia de ciertos presupuestos personales e individuales del operador jurídico para que tal situación se lleve a cabo.

B) Presupuestos personales e individuales del Juez.

De todos los presupuestos personales e individuales pensables o imaginables, definitivamente el más importante es la voluntad y el interés mismo que tenga el operador jurídico en seguir y cumplir una

serie de pautas tan estrictas y poco cómodas como las de índole científico.

“...la clave del asunto es que la importancia de la racionalidad no descansa en el fondo en su papel como caracterización descriptiva del proceder humano (cómo funciona la gente), sino en su papel normativo en tanto indicación de cómo la gente debería funcionar en relación con intereses superiores de sus preocupaciones cognoscitivas y prácticas. La racionalidad, como la moralidad, tiene un peso normativo y concierne a lo correcto, lo apropiado, las formas inteligentes de hacer las cosas y no al curso de acontecimientos meramente usuales o habitual. Las normas de racionalidad, como las de moralidad, de ninguna manera se ven afectadas o invalidadas por el hecho de que la gente las viole...”²².

Y esto básicamente nos lleva a dos puntos sencillos de señalar: que personalmente fuera de otras observaciones de tipo psicológico (psicología de la automotivación, etc.) el real y efectivo desarrollo de una serie de pautas racionales en el campo jurídico dependerá de **la elección y adopción de la racionalidad científico-jurídica y de los modelos científicos estrictos como finalidades a conseguir, alcanzar y mantener en el campo jurídico, por parte de los participantes de esta labor.**

En nuestro concreto objeto de estudio, los jueces serían quienes tendrían, si quisieran implantar procedimientos científicos de fundamentación jurídica, que **elegir y adoptar** realmente ese tipo de racionalidad y fijarlos como finalidad a alcanzar. Podría señalarse que las verdaderas finalidades que busca un órgano jurisdiccional son resolver los casos. Esto no está fuera de la racionalidad científico-jurídica. Lo verdaderamente importante está en cómo se resuelven los casos, cuales son los medios, métodos o procedimientos utilizados y la racionalidad científico-jurídica trata de señalar los menos malos, los menos ineficientes y los que tendrían algún provecho mayor que los que ahora se tiene en la resolución de los casos.

Ello conlleva por consiguiente la búsqueda, elección y adopción de los medios efectivos por los cuales se pueda llevar a cabo la realización de toda esa serie de procedimientos denominados racionalidad jurídica. Algunos de los cuales ya hemos tratado de esbozar a lo largo de todo este trabajo: los teóricos en la primera parte y, algunos de los prácticos de tipo social, en punto anterior, y falta señalar los prácticos de tipo individual. Estos últimos son que, simplemente, las personas que se desempeñen en este tipo de prácticas,

²² RESCHER (Nicolas), *La Racionalidad*, Madrid, Editorial TECNOS S.A., Primera Edición en español, 1993, p. 217 (Traducción de Susana Nuccetelli de la edición en inglés “Rationality. A Philosophical Inquiry into the Nature and the Rationale of Reason”, Oxford University Press, 1988).

han de cumplir con los requisitos de **idoneidad intelectual**, sea por su gran conocimiento adquirido por capacitación o adiestramiento en este tipo de conocimientos y procedimientos que conforman la racionalidad jurídica. No sobra decir, cuando uno simplemente está recomendando, que como en toda disciplina, para el desempeño, al menos no inadecuado de ella, han de ser personas **competentes** las que integren los órganos jurisdiccionales (sea por demostración científica o prueba de sus verdaderas y útiles capacidades) y quienes realicen (ellas y no otras personas) esas funciones.

Lo que se quiso explicar en este texto fueron algunos aspectos del panorama, poco descrito, de la no cotidiana labor jurídica. Las recomendaciones que se intentaron formular fuera antes, después o a lo largo del trabajo, solo intentan contrastar, los diversos tipos de enfoques y resultados que sufre la actividad jurídica, destacando de nuestra parte la imposibilidad de agregar algunos elementos racionales, y otros que tiendan a la incorporación de métodos científicos en la resolución de los casos. Ello es una opción, que sino cumple al menos con sus cometidos principales, al menos aminorará la retórica empleada en el razonamiento jurídico. Como señala HABA

“...los seres humanos piensan y actúan racionalmente, como lo hacen, sólo en esferas bastantes limitadas de los comportamientos habituales. Por lo general, consiguen ser racionales únicamente cuando, ante todo, no los ciega sus emociones, incluidas las de origen ideológico (convicciones políticas, religiosas, etc.). Casi siempre, la conducta racional de cada cual no va más allá hasta donde alcancen sus conocimientos reales del asunto, esto es, el restringido ámbito de ciertos tipos de experiencias propiamente personales de la vida cotidiana (amistades, negocios, etc.). En lo demás, tanto en la forma de conducir su vida personal como en la generalidad de las conductas que forman la coordinación macrosocial, y más que nada en todo -¡y es mucho!- cuando depende de su (in)comprensión de las fuerzas reales que producen esa coordinación, la gente entiende y actúa, de hecho, movida principalmente por impulsos que no somete a reflexiones racionales: intereses (opuestos), costumbres, fantasías ideológicas, prejuicios estereotipados, la “opinión pública” (i.e. lo que opinan las grandes cadenas de televisión y los periódicos de mayor venta), múltiples presiones personales, sentimientos de toda clase, etcétera. Esto hace que, en la práctica, el “orden” social sea un tejido extremadamente contradictorio de conductas y de ideas. Tales contradicciones pasan a poblar igualmente lo que es el conjunto de la teoría y de la práctica del derecho. Por eso, cualquier intento de encarar el estudio de una sociedad o su derecho como si fuera un sistema racional, conduce inevitablemente a perder contacto con los factores reales que la hacen funcionar, cuya racionalidad es de alcances muy parciales. La influencia de esta última es apenas secundaria en la vida cotidiana de ese “orden”. Claro que como así y todo, al fin de cuentas se trata ciertamente de algún “orden”, esto implica que allí se dan también

una serie de regularidades fundamentales, mientras que el orden en cuestión subsista. Pero esas regularidades NO responden a ninguna racional planificación global sistemática, sino que son antes bien el resultado de una complejísima madeja de irracionalidades -los proteicos deseos de individuos y de grupos, y las multiformes maneras de ponerlos en práctica- que encuentran, temporalmente, un equilibrio de fuerzas que se traduce en dicho orden. Este no es, en definitiva, sino la regularidad temporal, aunque relativamente inestable, de ciertas ideas y conductas que predominan en una colectividad dada, pero sin que cada una de ellas ni sus relaciones mutuas obedezcan fundamentalmente a unos patrones firmes de racionalidad. En toda colectividad, y en su derecho, lo racional y lo irracional, constituyen, en la práctica, una mezcla indisoluble y siempre variable. Una sociedad y un derecho racionales no existen, ni pueden existir, más que en los acomodables mundos del *wishful thinking*. Sin embargo, buena parte de la actual Teoría del Derecho vuelca sus afanes a efectuar indagaciones sobre cómo puedan razonar los juristas de mundos por el estilo. Juristas, que claro está, poco tienen en común con aquellos otros, los cotidianos, los de carne y hueso, que Kirchmann conocía tan bien. La política y el derecho derivado de ella, se dirigen a determinar, en función de los juegos de fuerzas sociales subyacentes, que allí presionan cada una para su lado, cuáles de las respectivas irracionalidades (y también ciertas racionalidades) se impondrán a cuáles otras, hasta qué punto pueden hacerlo y bajo qué formas. Estas últimas, las formas, constituyen “reglas de juego” para llevar adelante en la práctica la irracionalidad de cada cual -¡incluida la de los jueces!-, aunque también pueden servir para promover ciertos aspectos racionales en la solución de esos conflictos. Dichas reglas de juego, originadas básicamente en las ideologías políticas, dan lugar, mediante formulaciones más detalladas y en un lenguaje algo técnico, a lo que se conoce como: el Derecho. Pero este, en razón de su origen y de sus protagonistas, como esfuerzo teórico no puede ser, en líneas generales, otra cosa que un conjunto de prácticas intelectuales cuya racionalidad sea lo bastante débil como para ser generalmente aprobada. Y aunque llegue a contener ciertas racionalidades formales, sobre todo de tipo procedimental, quedan subordinadas a amplias franjas de irracionalidad en cuanto al fondo de las decisiones. De ahí que el carácter retórico del razonamiento jurídico, y en general su endeblez como discurso científico, no sea otra cosa que en él, sea un aspecto más o menos secundario y se le pueda corregir...”²³.

²³ HABA MULLER (Enrique Pedro), Kirchmann sabía menos...¡ pero vio mejor ! (Sobre la vigencia de un viejo diagnóstico, y algunas alusiones a la actual Teoría del Derecho) en *Revista de Ius et Praxis*, Lima, N° 24, 1991 págs.. 91-94. ((También hay una versión publicada en la revista *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, Número 14, 1993, págs. 304-307.