

ESTUDIO

EL CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA RACIONAL*

Hans Albert**

¿Hasta qué punto el derecho como disciplina científica se agota en su contenido normativo? ¿En qué medida el programa cognoscitivo de esta ciencia no está también informado por la dimensión de su ejercicio y vigencia práctica? Incluso más, ¿cabe la posibilidad de que el derecho, como ciencia aplicada, pueda retroalimentarse con su eficacia práctica, a la manera de una tecnología social?

El trabajo del profesor Hans Albert es un intento de responder a estas interrogantes y de profundizar una línea de reflexión científica más allá de las tensiones doctrinarias entre positivistas y iusnaturalistas o entre teóricos y realistas. Su análisis culmina con una proposición que sitúa al derecho, como instrumento de conducción social, en una esfera semejante a la de la economía política. El trabajo de Albert es un significativo aporte de la perspectiva del "racionalismo crítico" a la ciencia jurídica.

El Problema de la Conducción Social y el Concepto de Jurisprudencia Racional

Conocimiento y el Problema de las Normas Sociales

La vida social se ve también determinada en el transcurso de su desenvolvimiento por gran cantidad de normas. Usualmente, algunas de ellas son atribuidas a la moral, otras al derecho y aun otras a ninguno de estos dos tipos de regulaciones. Parece difícil posibilitar una delimitación obligatoria general, referida a sus respectivos con-

* Este estudio corresponde al tercer capítulo del libro *Traktat über rationale Praxis* (Tratado sobre una praxis racional), Tübingen, 1978, J. C. B. Mohr. *Estudios Públicos* editó anteriormente un artículo del autor: "La Tradición Económica: La Economía como Programa de Investigación para la Ciencia Social Teórica" (Nº 2, marzo 1981). Traducido y publicado con la debida autorización

** Profesor de Sociología y de Filosofía de la Ciencia en las universidades de Mannheim y Heidelberg.

tenidos, entre este tipo de reglas en el marco de las diversas formas sociales que han surgido en la historia de la humanidad. Podemos observar que reglas muy heterogéneas en relación a su contenido han sido sancionadas de modo similar. Podría, por lo tanto, resultar más adecuado aludir al perfeccionamiento y manejo de este tipo de regulaciones y hablar de derecho sólo cuando ellas cumplan con ciertos requisitos mínimos, tales como la existencia de reglas secundarias sobre la identificación, la modificación y la adjudicación de las respectivas reglas primarias en una sociedad.¹

Un sistema jurídico en su acepción actual presupone, además, la imposición de otras reglas secundarias destinadas a evitar decididamente la posibilidad de que las sanciones privadas a través del empleo de la fuerza reemplacen a las sanciones oficiales, que son impuestas y ejecutadas con apoyo de mecanismos sociales más o menos centralizados.² Además, aquellas normas propias de la moral vigente en una sociedad, o en uno de sus ámbitos, suelen ser sancionadas de otro modo —por la vía de la "presión moral"—, aun cuando puedan contener preceptos o prohibiciones tenidas por muy importantes, salvo que interfieran —en cuanto a su contenido— con las normas jurídicas vigentes. Partiendo de esta escala conceptual, quedará de inmediato dilucidado que pueden existir niveles y formas muy diferentes en la gestación de este tipo de reglas, de modo que el análisis de sociedades concretas torna imperativo el análisis de su respectiva estructura especial, del modo de funcionar que tienen y también de su significado para el desenvolvimiento de los procesos sociales: de sus efectos de conducción específicos. Ya volveremos sobre este asunto.

En lo inmediato parecen oportunas algunas observaciones respecto de la clase de nociones que cabe esperar atendidos los problemas que aquí se plantean. La doctrina del derecho y la moral parece revestir una cierta semejanza con la doctrina del conocimiento y la ciencia. Al igual que ésta, esa doctrina ciertamente debe tratar con un ámbito de estado de cosas sociocultural difícil de delimitar en detalle y debe aclarar ciertos nexos de hecho existentes entre ellos. Asimismo, casi siempre se esperan de esa doctrina determinaciones normativas, para cuya corrección no resulta decisiva la sola validez de hecho de determinadas reglamentaciones. Lo mismo vale también en relación a la doctrina política, cuya relación con la doctrina jurídica y moral es indiscutible, no obstante que la ciencia política contemporánea parece haberla perdido parcialmente de vista. Cuando se ha optado por distinguir el derecho efectivamente vigente, la moral imperante y la política de hecho —es decir, la praxis real en los diversos ámbitos— de aquello que resulta aceptable desde ciertos

1 Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, p. 89 y sig.

2 Cfr. Hart, op. cit. p. 95; Theodor Geiger, *Estudio Preliminar para una Sociología del Derecho*, Copenhague 1947, p. 108 y sig.

puntos de vista axiológicos*³ surgirá la pregunta por cuál podría ser el aporte de la ciencia —o del conocimiento en general— a la solución de los problemas respectivos, tanto normativos como de hecho.

Quien parte del pensamiento ortodoxo del racionalismo clásico, sin ninguna duda afirmará que es la ciencia —la doctrina del derecho, la moral y la política— la encargada de responder en primera línea a la pregunta por la fundamentación de las respectivas normalizaciones: la pregunta por el fundamento del derecho, la moral y la política, así como la doctrina del conocimiento, debe entregar una respuesta a la pregunta por el fundamento del conocimiento y, en especial, de la ciencia. Pero como en el ámbito del conocimiento no toda concepción puede valer como suficientemente fundada —y aceptable, por tanto— también habrá de establecerse una diferencia en este sentido entre las normalizaciones de la esfera jurídico-moral y las medidas políticas. Habrá que distinguir, entonces, entre regulaciones y decisiones fundadas —y legítimas, por tanto— y aquellas a las cuales no pueden atribuirse tales características. Quien procede de este modo difícilmente llegará a conceder que todas las normalizaciones existentes de hecho, así como todas las decisiones adoptadas, son también legítimas. No rechazará, por lo tanto, la posibilidad de una crítica de normas y de una crítica de las medidas políticas de ella derivadas, tal como acontece en el marco de determinadas versiones del positivismo moral y jurídico.

Esta visión de las cosas es, sin embargo, aceptable sin más sólo cuando se parte de la clásica concepción racionalista, que ha probado ser indefendible. Si, en cambio, se acepta la versión del criticismo antes esbozada, así como su interpretación de la praxis del conocimiento, resultará, en lo inmediato, una tarea científica positiva, realizable a partir de una especificación del programa de explicación teórico sobre la base de normas jurídicas. Quien busca una ciencia de esta naturaleza —o las correspondientes disciplinas científicas—, topa con el hecho de que existe un caudal de investigaciones jurídico-sociológicas y moral-sociológicas, así como de ciencias políticas, que se inscriben a todas luces en este género, de modo que no cabe preocuparse por su existencia. Sin embargo, después de una observación más acuciosa, muchas cosas se revelan en este terreno como análisis meramente descriptivos de posturas axiológicas y de otros estados de cosas que están en alguna relación con las normalizaciones mencionadas. Los análisis de este tipo apenas podrían hacer justicia a las exigencias del programa señalado. Son investigaciones ad

* (Wertgesichtspunkte).

3 El distingo es una de las exigencias de la jurisprudencia analítica que difícilmente podría discutirse; cfr. al respecto H. L. A. Hart, "El positivismo y la separación de derecho y moral", en: Hart, *Derecho y Moral*, editado por Norbert Hoerster, Gotingia, 1971.

hoc de determinadas cuestiones que suelen preocupar al sociólogo cuando pondera el asunto de las normas. Los representantes de la jurisprudencia, u otros individuos interesados en el tratamiento sistemático de tales cuestiones, no pocas veces se llevan la impresión de estar confrontados con problemas periféricos o bien —y esto muy a menudo— con investigaciones conceptuales y clasificadoras, que si bien refieren a categorías medulares, deben en su esencia ser considerados meros estudios preliminares. Y esa impresión parece bien justificada. Me parece, en todo caso, cuestionable cargar este enjuiciamiento únicamente a cuenta de la orientación normativa de tales interesados. En el hecho, más bien parecería que el objetivo del enunciado de estados de cosas relevantes se ha desplazado hacia el segundo plano en muchas de esas investigaciones.

Retornando sobre los pasos de la historia, se descubre una tradición de filosofía social en cuyo marco la contemplación naturalista de derecho, moral y política —con distanciamiento de la metafísica cósmica de cuño aristotélico, imperante hasta allí en el pensamiento occidental— era practicada en pleno sentido del programa señalado: la filosofía moral escocesa.⁴ Los representantes de esa tradición buscaban los fundamentos naturales de los fenómenos respectivos así como las reglas a que estaban sometidos. De tal modo, realizaron el intento de inscribir la esfera de lo humano —y con ello también la vida social— en el programa cognoscitivo de las ciencias positivas teóricas. Con ello no quiere decirse que hayan omitido el aspecto normativo de los problemas, sino tan sólo que su ímpetu naturalista-empirista los llevó también a incluir en sus investigaciones filosóficas aportes para un tratamiento nomológico-explicativo de la problemática. De esta tradición emanó antes que nada una ciencia social que alcanzó una teoría de un nivel de desarrollo relativamente alto —o, mejor todavía, una tradición teórica—, una concepción en que la habitual hipótesis de las ciencias naturales es traspuesta al ámbito de la sociedad: la economía política. No puedo entrar aquí en mayores detalles acerca del desarrollo de aquella disciplina. En lo que a nosotros compete, importa ante todo el hecho de que en ella se revisa una problemática medular para la comprensión de los desenvolvimientos sociales, aunque esté parcialmente limitada a la consideración de fenómenos especiales, de modo que su significación general es difícil de identificar: la Problemática de la conduc-

4 Debemos especialmente a Friedrich August von Hayek una secuela de reiteradas indicaciones en relación a la importancia de la filosofía moral escocesa para el análisis de fenómenos sociales y en relación a sus propias investigaciones atingentes; cfr. al respecto sus estudios sobre David Hume y Bernard Mandeville en su colección de ensayos, *Freiburger Studien*, Tubingia, 1969, al igual que otros trabajos contenidos en dicho tomo, pero también su obra, *La constitución de la libertad*, Tubingia, 1971.

ción social.⁵ Aquí es enfocada de modo teórico, bajo consideración de aspectos jurídicos.*⁶

Sea como fuere que se busque caracterizar individualmente y distinguir entre sí los estados de cosas designados bajo los términos derecho, moral y política, quien pretenda analizarlos desde el punto de vista de una ciencia positiva de la vida social, hará bien en acometer la empresa de integrarlos en el marco de la problemática general de la conducción social. Ello implica, sin embargo, tratarlos del modo como era usual en la tradición de la economía política. Con ello no debe suponerse, empero, que las particularidades de contenido y metodológicas de esa tradición resultarán siempre aceptables en detalle. Tampoco se pretende afirmar que esa tradición técnica haya logrado enfocar todos los fenómenos que pudieran estudiarse de este modo, como tampoco que no puedan existir alternativas para sus intentos interpretativos que merezcan debida consideración. Sólo queremos aquí señalar que el programa de conocimiento de la economía política —en contraposición con las cotidianas interpretaciones populares de esta disciplina— puede ser interpretado de un modo adecuado, que permita aprehender teóricamente los fenómenos de la conducción social, los cuales en el análisis de la moral, la jurisprudencia y la doctrina política más antigua solían ser tratados comúnmente desde puntos de vista normativos y hermenéuticos.⁷

Las normalizaciones concretas que actúan en la conducción de la vida social se manifiestan —en el marco de tales intentos de interpretación— como estados de cosas históricamente variables y de cuño cultural diverso, al interior de las relaciones funcionales de una sociedad. La moral vigente, así como el derecho vigente, depende de

5 Cfr. mi ensayo aludido en la nota 43: *Acción individual y conducción social*.

* (Gesetzmässigkeiten).

6 Por eso, a mi entender, Ludwig von Mises tiene toda la razón cuando afirma que "los conocimientos científico-sociales dispersos recién se convirtieron en *ciencia* con el surgimiento de la economía nacional, obra del siglo XVIII", así como cuando contempla en ella un punto de partida general para las ciencias sociales que puede contraponerse a la sociología convencional, aun cuando el apriorismo metodológico que representa resulte extraordinariamente discutible: cfr. al respecto su obra *Problemas fundamentales de la economía nacional*. Investigaciones sobre procedimientos, tarea y contenido de la doctrina económica y social, Jena, 1933, p. 1 y sig. El punto de partida del pensamiento sociológico en relación a la teoría conductual opera actualmente en plena coincidencia con la tradición económica. Cfr. al respecto, el libro antes mencionado de Homans: *Social Behavior*.

7 Esta interpretación, sin embargo, está abierta en un punto para modos de procedimiento que se desvían de la praxis explicativa habitual de la economía contemporánea. Considero que cabría ponderar una revisión de los supuestos conductuales habituales bajo consideración de los resultados de investigaciones psicológicas.

todo tipo de condiciones de carácter natural y social, condiciones que han mutado en el transcurso de la historia. Lo mismo vale también para la política. Ello no significa, sin embargo, que no puedan existir condiciones muy generales para la existencia humana, generadas por vía de rasgos muy difundidos de tales reglamentaciones. Las normalizaciones variables de la vida social no pueden concebirse en sí como aspectos jurídicos (*Gesetzmässigkeiten*) en el sentido del programa científico positivo. Pertenecen más bien a la esfera de estados de cosas que deben ser tomados en cuenta para la explicación de los procesos de conducción social y cuya formación y desarrollo debiera explicarse en sí. Dado que en la tradición de la sociología individualista, que alcanzó su primer climax en la economía clásica, se explican todos los fenómenos sociales a partir de la convergencia de las acciones individuales bajo determinadas condiciones, deben buscarse los aspectos jurídicos (*Gesetzmässigkeiten*) que son traídos a colación para tales explicaciones, preponderantemente en el ámbito de los modos de comportamiento mismos.⁸

Las normalizaciones habrán de jugar un papel en la explicación (?), por cuanto se manifiestan en el comportamiento individual, teniendo parte, entonces, en la determinación del desenvolvimiento de los procesos sociales. Su gestación y desarrollo se explican a partir de la convergencia de modos de conducta individuales. Adquieren significado debido a su validez de hecho y es ésta la que cabe explicar. Vemos así que en la ciencia positiva contemporánea, la fundamentación de validez normativa, tal como había predominado en el pensamiento filosófico social clásico, fue reemplazada por la explicación de la validez de hecho y la explicación de procesos de conducción sociales efectivos bajo consideración de la validez efectiva de las normalizaciones. Claro que este desplazamiento de los problemas difícilmente podía satisfacer el interés que subyace a la formulación de interrogantes de orden normativo.

El Carácter de la Jurisprudencia

La Dogmática y el Problema de la Cimentación Social

La jurisprudencia en cuanto ciencia del derecho vigente a primera vista apenas parece guardar relación con la cuestión de la explicación de la validez de hecho, y, con ello, con el programa de

8 Naturalmente que como medio de apoyo deben ponderarse todo tipo de leyes que contribuyan a la determinación de la estructura de las respectivas situaciones de acción, ya que establecen las características de los escenarios de acción así como el transcurso de los procesos naturales, también en agregados técnicos. Respecto de los problemas metodológicos de tales explicaciones, cfr. Siegwart Lindenberg, "Efectos individuales, fenómenos colectivos y el problema de la transformación", en: Klaus Eichner/ Werner Habermehl (edit.), *Problemas de la explicación de la conducta social*, Meisenheim 1977, p. 46 y sig.

una ciencia positiva real del tipo antes esbozado. Deriva de otra tradición, que se ha desarrollado en estrecha relación con la práctica del derecho que ante todo está determinada por el interés de servir sin más a esta praxis y no por el interés en explicaciones teóricamente fundadas.

El carácter de la ciencia jurídica en verdad parece hallarse en franco contraste con el programa de conocimiento de las ciencias positivas contemporáneas, orientado de acuerdo al interés explicativo. Por tal motivo, no debe desecharse la pregunta por si no nos hallaríamos aquí ante una forma de conocimiento constituida de un modo totalmente diferente, cuya característica metodológica resulta simplemente del modo en que orienta su praxis. También el criticismo inherente al pensamiento contemporáneo parece tocar aquí un límite, pues, tal como destacan prominentes representantes de esta ciencia, la disciplina medular de este campo, la jurisprudencia sistemática, es una ciencia dogmática de carácter normativo, en relación a la cual generalmente sólo se habla de "dogmática", lo que inmediatamente impone un paralelo con la teología.

Hace ya tiempo que se observó la existencia de estrechos vínculos y semejanzas estructurales entre religión y derecho, entre teología y jurisprudencia.¹⁰ Una de las semejanzas esenciales entre el pensamiento teológico y el jurídico reside, a mi parecer, en el hecho de que en ambos casos actúa un modelo de manifestación del

- 9 Incluso un defensor de la jurisprudencia analítica y crítico del derecho natural como Norberto Bobbio, habla de un principio de autoridad, "que es propio de la jurisprudencia y la teología", de modo que en este caso siempre habrá que tratar con una dogmática que apunta a un deber ser; cfr. Bobbio, Sobre el concepto de "naturaleza de la cosa", en *La fundamentación ontológica del derecho*, editado por Arthur Kaufmann, Darmstadt 1965, p. 102. Julius Kraft, filósofo de la escuela Fries-Nelsoniana del Kantismo, señala críticamente que la jurisprudencia sería, de facto, "parte integral de la teología", pues contendría "el sistema de verdades jurídicas, que son verdad", por el hecho de ser proclamadas por un sujeto extraño o de autoridad concedida o immanente". Su verdad sería, entonces, "artículo de fe". En ella, sigue diciendo, estaría contenida "una implícita fe por revelación", que deriva del "sistema explícito de la fe de revelación, la teología", mientras la teología "puede reconocer en la jurisprudencia tan sólo una disciplina derivada. Señala, en seguida, que "esta relación puede ser encubierta por los enunciados definitorios y organizativos de la jurisprudencia, pero no eliminados. Seguiría siendo "dominante para el carácter fundamental de toda forma de jurisprudencia"; Julius Kraft, *La imposibilidad de la ciencia del espíritu*, segunda edición, Francfort 1957, p. 50 y sig.
- 10 Cfr. Hans Kelsen, "Dios y Estado" (1923), en Hans Kelsen, *Ensayos sobre una crítica de la ideología*, editado por Ernst Topitsch, Neuwied/Berlín 1964, p. 29 y sig., y Carl Schmitt, *Teología política*. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía (1922), segunda edición, Munich/Leipzig, 1934, p. 49 y sig., en que a Kelsen se le atribuye el mérito de haber "aludido al parentesco metodológico entre teología y jurisprudencia".

conocimiento, de acuerdo al cual la verdad puede inferirse a partir del enunciado de instancias que están revestidas de una incuestionable autoridad para la solución de los respectivos problemas. Como consecuencia de esto, en el marco de este pensamiento fundamentalmente sólo pueden manifestarse dos tipos de problemas: problemas de identificación de los enunciados del caso y problemas de su adecuada interpretación. Por una parte tenemos la cuestión de la selección de las fuentes valederas, del "canon", y por otra aquella de su interpretación valedera, de modo que en ambos casos están en juego problemas de validez, cuya solución suele siempre guardar una relación directa con la praxis, dado que el contenido de los respectivos enunciados guarda carácter normativo.¹¹

En consideración, entonces, a su estilo de pensamiento, a la típica situación de sus problemas, y con seguridad también a ciertas dificultades típicas, pareciera que entre ambas disciplinas existe un paralelismo nada despreciable. El mero hecho de que una instancia determinante haya formulado determinados enunciados en el acto es convertido en una pretensión de inmediato y general reconocimiento de su contenido y con ello, paralelamente, en una categórica pretensión de observancia. El que esa instancia tenga derecho a tales exigencias parece, sin embargo, una condición previa que sólo constituye artículo de fe. En consecuencia, no podrá soslayarse la constatación de que obviamente en ambos casos se espera de los afectados una obediencia en la fe que no tiene justificación en el marco de la interpretación convencional de la praxis cognoscitiva de otras ciencias.

Sin embargo, la situación se manifiesta bajo otra luz cuando se procede a examinar la verdadera praxis interpretativa de ambas disciplinas. En ambos casos los expertos obviamente disponen de considerables posibilidades de procedimiento para la solución de los problemas antes señalados. Pues no sólo en ocasiones se plantean problemas con la identificación de los enunciados determinantes de las respectivas autoridades, sino que muchas veces tampoco es posible determinar sin más que una interpretación sea la adecuada. De esto deriva un espacio de libre acción para aquellos funcionarios que disponen de un monopolio interpretativo y de identificación para las respectivas "manifestaciones". En este contexto no carece de significado el hecho de que la instancia que supuestamente estaría tras de ellos pueda revelarse como ficticia al instante de proceder a una investigación más acuciosa.¹²

11 Eso vale para la esfera religiosa al menos en cuanto en ella aparezcan referencias éticas.

12 De tal modo, la voluntad de Estado supraindividual que supuestamente subyacería a la legislación, ha demostrado ser ficción pura. Carl Olivecrona emplea esto como motivación para revisar la llamada teoría imperativa y para definir el concepto de "imperativo independiente", al cual pueden también subordinarse las leyes; al respecto, cfr. Olivecrona, *El imperativo*

De tal modo, aquellos "dogmas" de los cuales deben partir estos expertos en sus actividades mediadoras, pueden entenderse en gran medida como su propio producto. Así, la comprensión y divulgación de enunciados extraños, dictados por el dogma, es reemplazada por el enunciado de dogmas de propia factura. Si bien ello parece contribuir a la flexibilidad y capacidad de adaptación de los respectivos modos de pensamiento y de las instituciones con ellos vinculadas, por otra parte muchas veces condujo a considerables dudas respecto de la legitimidad de este estilo de pensamiento.¹³ Pues la autoridad de los expertos teológicos y jurídicos apenas será suficiente cuando ya no se vea sustentada por una fe de manifestación correspondiente y tampoco halle otra instancia de legitimación.

Todo hace pensar que la estructura dogmático-normativa, que suele ser atribuida al pensamiento jurídico incluso por representantes críticos de esa disciplina, no tendría muchas posibilidades de ser alterada. Parece estar relacionada con los requerimientos que se plantean al jurista práctico.¹⁴ Obviamente los representantes de la jurisprudencia deben partir de éstos cuando transmiten al jurista incipiente aquel saber que habrá de aplicar posteriormente en su ejercicio profesional. Por tal motivo, la jurisprudencia parece ser desde sus orígenes mismos una ciencia en alto grado orientada hacia la praxis, para la cual una doctrina científica que se orienta exclusivamente de acuerdo al interés cognoscitivo apenas revestirá significa-

de la ley, Copenhague 1942, p. 27 y sig. También su libro, *Derecho y Estado*, Copenhague, 1940. Al parecer en teología se intenta convertir a Dios —cuya existencia resulta también dudosa para numerosos teólogos— por definición en una "interrogante libremente planteada". "En ese caso —como dice Herbert Braun—, Dios significará el 'desde dónde es conducido mi ser' ". Cfr. Braun, "La problemática de una teología del Nuevo Testamento", en su libro de ensayos, *Estudios completos sobre el Nuevo Testamento y su marco de referencias*, Tubingia, 1971, p. 341.

- 13 Cfr. al respecto, James M. Buchanan, *The Limits of Liberty*. Between Anarchy and Leviathan, Chicago/Londres 1975, p. 105 y sig. También la crítica que hace Von Hayek al positivismo jurídico en su obra, "Law, Legislation and Liberty, A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy", Vol. 2 de *The Mirage of Social Justice*, Londres/Henly, 1976, p. 44 y sig.
- 14 Cfr. al respecto, Ottmar Ballweg, "Filosofía del derecho como investigación de los fundamentos de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia", en: Albert/Luhman/Maihofer/Weinberger (editores), *La teoría del derecho como ciencia fundamental para la ciencia jurídica*, Dusseldorf, 1972, p. 45: "En el caso de la dogmática jurídica se trata de un conglomerado de opiniones para crear las bases de una decisión en el ámbito de la evaluación jurídica". En este contexto se habla de un "imperativo de fundamentación", un "imperativo de interpretación" y un "imperativo de decisión", pero se niega expresamente una función cognoscitiva, op. cit, p. 46.

do. Si se examina la praxis pedagógica en las facultades de derecho a fin de lograr una comprensión de la particularidad de esta ciencia, se obtiene, en primer lugar, la impresión de que hay una cosa que importa por sobre todas: que el estudiante aprenda a utilizar determinados textos —textos legales, comentarios, colecciones de veredictos— a fin de llegar, mediante su apoyo, a decisiones utilizables y congruentes con el derecho vigente. La atadura al derecho vigente parece prejuiciar el carácter a la vez dogmático y normativo, así como hermenéutico de esta praxis cognoscitiva, al menos en cuanto deba apoyarse en textos. La jurisprudencia aparentemente debe distinguirse de las ciencias positivas, determinadas por un programa de enunciados teóricos, debido al interés cognoscitivo (*erkenntnisinteresse*) que le subyace. Si, no obstante, se manifestasen tendencias a someter esta disciplina al ideal metodológico de las ciencias naturales o a alcanzar una revisión de su naturaleza en este sentido, suele rechazárselas con la aclaración de que ellas ignoran absolutamente el genuino carácter de esta ciencia.¹⁵

A pesar de lo anterior, los representantes de la jurisprudencia en modo alguno están de acuerdo en materia de interpretación de su praxis cognoscitiva y en el rechazo de pretensiones de este tipo, así como tampoco existe un consenso respecto de su posición frente al derecho natural y su significado para el derecho positivo y la ciencia jurídica referida a éste. Los representantes de esta disciplina más bien difieren considerablemente en materia de definir el carácter de la misma.

Aún en la actualidad se descubren concepciones enmarcadas en el derecho natural en que el derecho positivo se considera constituido —y obligado— por una realidad normativa de carácter absoluto, por una especie de derecho superior,¹⁶ una realidad independiente de los designios humanos, aunque obligatoria para los hombres, y reconocible por sobre toda duda. La idea de tal realidad sólo tiene en el fondo sentido cuando se la contempla en el marco de una cosmología sociomorfa,¹⁷ de cuyo seno efectivamente surgió, una concepción, entonces, en que la relación total de la naturaleza —inclu-

is Cfr. al respecto especialmente: Hermann Kantorowicz, "Acotaciones racionalistas sobre el realismo", en su libro *Ciencia jurídica y sociología*. Escritos para la doctrina de las ciencias, editado por Thomas Würtenberger, Karlsruhe, 1962, p. 101 y sig., así como: Eike v. Savigny, *La jurisprudencia a la sombra del empirismo*, y mi propia respuesta: "¿Normativismo o tecnología social?" en *Teoría jurídica como ciencia fundamental para la ciencia jurídica*, op. cit. p. 97 y sig.

16 Cfr. Alfred Verdross, "¿Qué es derecho? La crisis del positivismo jurídico y del derecho natural", en: *¿Derecho natural o positivismo jurídico?*, editado por Werner Maihofer, Darmstadt 1966. p. 307 y sig. También, Albert Auer, "El hombre y el derecho", en el mismo tomo, p. 463.

17 Cfr. al respecto, Hans Kelsen, *Dios y Estado*, op. cit. y Ernst Topitsch, *Del origen y fin de la metafísica*. Un estudio sobre la crítica de la Weltanschauung. Viena, 1958.

yendo al mundo de los hombres inserto en ella— es interpretada como una relación de significados constituido por potestades divinas. Habría que considerar, entonces, aquellas potestades como fuente de esas normas absolutamente obligatorias, que, de acuerdo a esta visión, compenetrarían toda la realidad, y de acuerdo a las cuales tendría también que regirse el derecho positivo de las comunidades humanas. Sin aceptación de la existencia de tales potestades generadoras de normas, la interpretación normativa de la realidad, característica del derecho natural, carecería de todo fundamento.¹⁸ Este derecho guarda, desde sus orígenes, un carácter sagrado y su empleo para la legitimación del derecho positivo debe conducir a la sacralización del mismo, tal como en realidad ha ocurrido.¹⁹ La posibilidad de tal legitimación concreta surge de su derivación de tales normas suprapositivas. El problema del conocimiento del derecho reside aquí exclusivamente en identificar la manifestación de las instancias sentadoras de normas, en interpretarlas debidamente y en aplicarlas correctamente. Vemos así que en el pensamiento del derecho natural podemos todavía hallar la unidad de teología y jurisprudencia y no solamente semejanza estructural.²⁰

La concepción del derecho natural es, de esta forma, una versión de aquel pensamiento fundacional (Begründungsdenken) que hoy suele considerarse superado, versión que, por lo demás, sufre bajo el peso del concepto híbrido de una realidad normativa y el concepto complementario de éste, el de un conocimiento normativo. Estos conceptos apenas ocultan que en este pensamiento a fin de cuentas se recurre exclusivamente a la pura factualidad en una instancia sentadora de normas, a un factum metafísico, por así decirlo, que bien puede de este modo sustraerse a un conocimiento normal, pero en modo alguno inmunizarse contra la pregunta por su legitimación. Los críticos naturalistas del positivismo jurídico olvi-

18 Con ello no se pretende negar que esta concepción pueda revestir ventajas desde un punto de vista práctico; cfr. al respecto, Bertrand de Jouvenel, *Sobre el poder del Estado*. Historia natural de su crecimiento, Friburgo, 1972, p. 237 y sig. La crisis de fe, sin embargo, conduce a que también ella se vea minada, con lo cual desaparecen sus ventajas. Cfr. op. cit., p. 250 y sig.

19 Cfr. el aporte de crítica del derecho natural de Adolf Arndt, en "La crisis del derecho", en *¿Derecho natural o positivismo jurídico?*, op. cit. p. 116 y sig.

20 No debe por tanto sorprender que el modo de pensamiento aquí predominante guarde a la vez carácter dogmático, normativo y hermenéutico, pues se trata de entender el contenido normativo de revelaciones dogmáticamente planteadas. En este contexto también resulta comprensible la constatación de Hans Dombois respecto de que "la estructura del problema jurídico coincide fundamentalmente con la estructura de la teología de revelación", cfr. Dombois, "El problema del derecho natural. Intento de un esbozo", en *¿Derecho natural o positivismo jurídico?*, op. cit. p.456.

dan demasiado a menudo que sus construcciones pueden ser sometidas a crítica en exactamente el mismo punto en que ellos suelen criticar determinada versión del positivismo, es decir, allí donde un hecho —como lo es la efectividad de un orden jurídico— se ve provisto de validez en el sentido normativo.²¹ También a nivel teológico-metafísico, un razonamiento en torno al efecto de una dictación de normas sobre su validez normativa no puede ser otra cosa que un sofisma.

Por tanto, el retorno sobre el derecho natural no podrá en modo alguno subsanar la carencia que se atribuye a la concepción positivista. Además de lo anterior, resulta imposible calzar la cosmología sociomorfa —sin la cual este tipo de pensamiento de derecho natural carecería de sentido— con la imagen del mundo que nos entrega el conocimiento de las ciencias contemporáneas. De esto podría surgir un cuestionamiento adicional de este pensamiento.²² La idea de que la ciencia jurídica requeriría hoy nuevamente de esta variable suprapositiva del pensamiento,²³ se basa, a mi entender, en un desconocimiento de las principales reservas contra la misma, desconocimiento que parece emanar de una evaluación que surge de una apreciación discutible, de determinadas relaciones históricas.²⁴ La sacralización del derecho no tiene para qué tener que ver con su humanización. El hecho de que esta crítica no afecte a toda forma de pensamiento jurídico que se sirve del lenguaje del derecho natural, no es algo que requiere mucha atención.²⁵

- 21 Alf Ross sometió esta versión del positivismo como cuasi-positivismo de carácter jurídico natural a una crítica profunda, empleando el ejemplo de la "norma fundamental" de Kelsen. Cfr. al respecto, "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, IV, p. 46 y sig., y, especialmente, 78 y sig. El mismo ejemplo es también empleado por un representante del derecho natural para "revelar el talón de Aquiles del positivismo moderno" a fin de sacar de allí conclusiones positivas para el derecho natural. Cfr. A. P. d'Entreves, *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Londres 1951, p. 106 y sig.
- 22 En aquel caso en que se está dispuesto a llevar a fructificación el avance cognoscitivo logrado para la estructuración de la propia imagen del mundo y con ello también para la crítica de concepciones del mundo tradicionales, cosa que, sin embargo, no puede demostrarse sea "necesaria". Cfr. al respecto mi libro arriba mencionado *Tratado sobre la razón crítica*.
- 23 Para la crítica de un intento de demostrar que el positivismo jurídico es "lógicamente contradictorio", cfr. Norbert Hoerster, "Sobre la posibilidad lógica del positivismo jurídico", en *Archivo para filosofía del derecho y de la sociología*, Vol. XVI, 1970, p. 43 y sig.
- 24 Para una crítica, cfr. Adolf Arndt, *La crisis del derecho*, op. cit., así como August Knoll, *Iglesia Católica y derecho natural escolástico*. Sobre la pregunta de la libertad. Viena, Francfort, Zurich, 1962.
- 25 No toca, por ejemplo, a la interpretación preferida de Von Hayek, que, según he podido ver, no revela ninguna de las deficiencias arriba señaladas; cfr. Von Hayek, *The Mirage of Social Justice*, op. cit. p. 59 y sig.

Quien hace abandono de un modo de pensar naturalista obtiene la posibilidad de contemplar el derecho positivo como creación cultural del hombre, perteneciente al ámbito del control social, de la conducción del comportamiento recíproco de los miembros de una sociedad, al cual habrá que añadir, también, los fenómenos de las costumbres y la moral, como se propuso ya con anterioridad. Se trata aquí de tipos de normas bastante determinados —y no parece haber al respecto demasiada divergencia— que en general son empleadas por determinados mandatarios calificados de las complejas sociedades contemporáneas —jueces, abogados y empleados administrativos— para la interpretación de determinadas situaciones y que en gran parte podrán hallarse en textos oficiales.²⁶ Esos textos componen el fundamento de aquello que se enseña en la disciplina medular de la ciencia jurídica, la llamada jurisprudencia "dogmática".

Este concepto, sin embargo, no conduce en absoluto a una determinación unívoca del carácter de esa disciplina. Más bien deberían distinguirse al menos dos corrientes fundamentales del pensamiento jurídico, que, de acuerdo a sus bases, plantean interpretaciones diferentes: una tendencia sociológico-realista y otra normativa-analítica. De acuerdo a la primera, la jurisprudencia, en cuanto ciencia empírica, trata con estados de cosas sociales. De acuerdo a la segunda, en cambio, trata con reglas válidas y por tanto sólo puede ser concebida como ciencia normativa, que apunta a la identificación de un deber ser.²⁷ Obviamente aquí se intenta determinar —bajo abstracción de puntos de vista tanto de derecho natural como sociológicos— el derecho positivo como un cosmos autónomo de normas vigentes, que habrá de ser comprendido cognoscitivamente por una jurisprudencia pura de carácter no-empírico.

Indudablemente esta visión de las cosas sale al encuentro de la comprensión que tiene de su praxis profesional el jurista normal, dado que esta praxis consiste en gran parte en emplear tales normas para derivar o legitimar decisiones. Por lo demás, también sale al encuentro de la orientación fundamental tanto del pensamiento analítico como del hermenéutico, pues las normas a aplicarse deben ser siempre definidas con apoyo de una interpretación de textos pertinentes. La metodología de la jurisprudencia pura parece así retrotraerse más bien a los modos de procedimiento hermenéuticos o analíticos acentuados en estas corrientes filosóficas que a los métodos de las ciencias positivas reales. Característico resulta que la argu-

26 Así al menos se aprecia la situación actual, que es la que más nos interesa.

27 Respecto de la primera concepción, cfr. por ejemplo, Alf Ross, *On Law and Justice*, Londres 1958; respecto de la segunda, Hermann Kantorowicz, *El concepto de derecho*, editado por A. H. Campbell, Gotingia, sin año, p. 38 y sig., y Hans Kelsen, "Causalidad y Responsabilidad", *Revista austríaca para derecho público* (Desterreichische Zeitschrift für Oeffentliches Recht), Tomo VI, 1954, p. 133 y sig.

mentación de los normativistas contra el realismo parezca más plausible cuando alude, por ejemplo, a la actividad del juez, quien no puede sustentar sus decisiones únicamente sobre descripciones y explicaciones de estados de cosas sociales, sino que siempre requerirá de reglas normativas para justificarlas.²⁸ Si la jurisprudencia se limitara a vaticinar la conducta de los magistrados, como pareciera ocurrir en determinadas versiones del realismo, entonces a todas luces ni el propio juez sabría qué hacer con ella cuando se encuentra ante el imperativo de decidir, pues no desea pronosticar su propia conducta sino que tomar una decisión acertada.

Claro que en relación a tales argumentos también podría cuestionarse el punto de partida del normativismo. Pues en modo alguno debe darse por sentado que la jurisprudencia en cuanto ciencia pueda identificarse sin más con el juez en una situación en que habrán de tomarse decisiones. Las declaraciones sobre el derecho deben ante todo distinguirse de las normas del derecho y de los textos que las contengan, de la relación de contenido de los documentos jurídicos.²⁹

Si las reglas del derecho positivo guardan en sí carácter normativo, de ningún modo ello debe también valer para los enunciados de la jurisprudencia sobre dichas reglas. Si en definitiva se opta por tomar en serio esta distinción, desaparecerá la extraña idea de una comprensión cognoscitiva de las normas, que debiera plasmarse en enunciados normativos. El hecho de que los enunciados del lenguaje jurídico guarden un alto grado de carácter normativo es algo que apenas se puede discutir. La aplicación —por el juez u otros encargados— de esos enunciados a situaciones jurídicamente relevantes, conduce a decisiones con las correspondientes repercusiones sociales. Los enunciados de la jurisprudencia, en cambio, refieren a enunciados del primer tipo y a las reglas en ellos formuladas. Por tanto, no necesitan tener ese carácter.

Desde luego que pueden tratarse esas reglas como si se tratara de aquel cosmos autónomo de normas vigentes, de cuya existencia cree poder partir la concepción normativista-analítica. Esa ficción se derrumba, sin embargo, apenas se formula la pregunta de qué debe aquí entenderse bajo "vigencia" y a qué ámbito espacio-temporal se refiere dicha vigencia. Pues entonces queda inmediatamente de manifiesto que de algún modo habrá de ponderarse la raigambre social y la efectividad de dichas normas.³⁰ La cuestión de la exis-

28 Cfr. al respecto la argumentación de Kantorowicz contra el realismo norteamericano, op. cit. p. 110 y sig.

29 Cfr. al respecto Alf Ross, *On Law and Justice*, op. cit. p. 9.

30 También H. L. A. Hart, quien en su análisis pone especial énfasis en el aspecto interno de las reglas legales —su demanda de obediencia frente a los destinatarios— se ve empero obligado a echar mano de una regla reconocida de hecho (rule of recognition) para responder a la pregunta por la identificación del sistema legal válido en determinado ámbito: cfr. Hart,

tencia de tal sistema de normas —del derecho positivo y también de la moral positiva— no puede decidirse sin referencia a hechos sociales. Pero si no se condesciende a considerar esta cuestión, ya no podrá verificarse una diferencia sustancial entre el derecho positivo vigente en determinado ámbito —un terreno espacio-temporal concreto— y un sistema imaginario de reglas de tipo similar.³¹ Una jurisprudencia pura, que se abstraiga en tal grado de estados de cosas sociales, tendrá así que degenerar en una ciencia formal.

El Carácter de la Jurisprudencia

La Interpretación Social-Tecnológica

El conocimiento de las normas vigentes del derecho positivo —sin duda alguna piedra angular del saber científico-jurídico— es, tal como hemos visto, también de gran importancia para el análisis de la realidad social. Ello se debe justamente a que estas normas son efectivas en cierto grado, lo que hace insoslayable su consideración para la explicación de relaciones causales. La problemática de la conducción social y del modo de funcionamiento de los mecanismos de conducción, que codeterminan el desenvolvimiento de la vida social, no podrá ser resuelta sin consideración de las normalizaciones efectivas de hecho.

Punto de partida para su solución puede ser la idea teórica de que las creencias cognoscitivas y normativas de las personas actantes tienen, junto con factores motivacionales, trascendencia constitutiva para un proceso de formación de voluntades y con ello para sus decisiones, así como para la formación de sus hábitos de acción.³² Conducen entre otras cosas también hacia un modo especí-

The Concept of Law, op. cit. p. 97 y sig. Esa regla coincide en muchos aspectos con la norma fundamental de Kelsen, pero el problema de su existencia siempre es una cuestión de hecho: cfr. Hart, op. cit., p. 245 y sig.

- 31 También la concepción defendida por Von Hayek me parece una versión del realismo, ya que para él, en jurisprudencia, lo primero debe ser la identificación de las reglas jurídicas tradicionales, es decir, resolver una cuestión de conocimiento. Luego hay otra tarea en que debe examinarse el sistema de reglas en cuanto a su consistencia y modificarlo correspondientemente, así como complementarlo y desarrollarlo; cfr. Friedrich August von Hayek, *The Mirage of Social Justice*, op. cit., pp. 15, 38 y sig.
- 32 Ya en los trabajos de Max Weber puede hallarse una indicación en ese sentido; cfr. por ejemplo aquellos pasajes determinantes de su ensayo *La 'superación' de Stammler de la concepción materialista de la historia* (1907), en que su concepción de una "explicación comprensiva" es ejemplificada de modo particularmente convincente. Respecto del problema de la posibilidad de explicar las actuaciones humanas —es decir, de modos de conducta más plenos de sentido y más comprensibles— de acuerdo a una base teórica. Cfr. mi ensayo, *Hermenéutica y ciencias positivas*, op. cit.

fico de la percepción de situaciones y —en su marco— a expectativas —también respecto del comportamiento de terceros— que deben considerarse relevantes para una decisión. Es de toda obviedad que en este contexto las normalizaciones consideradas válidas —también aquellas del derecho positivo— pueden jugar un importante papel, y no sólo como partes constitutivas de componentes normativos, sino también de componentes cognoscitivos de los respectivos sistemas de creencias. La suposición de que otras personas se orientan de acuerdo a tales normas es también decisiva para el horizonte de expectativas de la persona cuya conducta se requiere explicar. De tal modo, el saber en torno de las normas efectivas en la sociedad adquiere relevancia para la explicación de procesos sociales.³³ Es aprovechado en la construcción de las condiciones de aplicabilidad de las disposiciones legales pertinentes.

Supongamos, por ejemplo, que el problema consiste en explicar determinada decisión judicial. Ya la mera identificación de este comportamiento como actividad llena de sentido constituye un acto de comprensión que presupone cierto conocimiento jurídico. Por supuesto que también la explicación debe conceder su carácter racional. Sin embargo, ello no significa en modo alguno que las normalizaciones respectivas sean los únicos factores relevantes en cuanto a su causalidad. Por el contrario, requiere de explicación en cuanto a cómo la persona del caso se orientó de acuerdo a ellas y del modo cómo lo hizo; en cuanto, entonces, son relevantes para la conducción. Ello puede conducir a relaciones de efecto bastante complejas, en que también juegan un papel factores motivacionales y situacionales, de modo que su penetración teórica puede resultar extremadamente dificultosa. La tradición individualista de la sociología —encarnada en el pensamiento económico— dependerá de los resultados pertinentes de la investigación psicológica justamente en relación a este tipo de problemas. Para resolverlos, obviamente debe haberse comprendido nomológicamente la estructura de una conducta parcialmente regulada por normas.

Vemos así cuán importante es para la explicación de la conducta de hecho el papel jugado por la reconstrucción de las creencias relevantes para una decisión adoptada por las instancias pertinentes —el juez, cuyo veredicto deba explicarse, pero también el empresario, por ejemplo, quien pondera las reglas legales vigentes para sus decisiones— con aplicación del saber sobre el sistema de normas vigente, el derecho positivo o la moral positiva. En la mayoría de los casos incluso habrá de conformarse de facto con sólo un esbozo explicativo, en el cual la interpretación de la respectiva si-

33 De su conocimiento resultan puntos de apoyo para la reconstrucción de los sistemas de creencias de los actuantes. Weber parece haber comprendido esos actos de reconstrucción bajo el término de "entender". La solución del problema de la explicación sobre esta base parece, eso sí, ser insuficiente en los detalles.

tuación con apoyo de dicho sistema normativo por quien explica reemplaza una presentación explícita de las relaciones de acuerdo al esquema explicativo convencional. Por tal motivo, resulta totalmente comprensible que pueda surgir la idea de que en este caso se podría renunciar a explicaciones porque todo el proceso de relaciones estaría suficientemente explicado con su mera comprensión, y que, además, se creía poder interpretar dicha comprensión en el sentido de la hermenéutica, a pesar de que esa disciplina sólo alcanza validez en cuanto tecnología para la interpretación de textos.³⁴

Bajo ciertas condiciones de normalidad, la aplicación del esquema interpretativo atingente sobre la base de la interpretación de los textos pertinentes —por ejemplo, de las leyes, comentarios y colecciones de veredictos— constituye, en cierto modo, un sucedáneo para una explicación suficiente, con lo cual la interpretación de textos se convierte en el medio heurístico esencial de ese tipo de solución de parche para el problema de la explicación. Esto puede fácilmente conducir a la miope concepción de que tanto la sociología del derecho como la jurisprudencia dogmática no serían, en el fondo, sino disciplinas hermenéuticas, ya que ambas tendrían que ver en última instancia con la interpretación de textos para la formulación de decisiones adecuadas. Pero en la sociología del derecho —como en todas las ciencias sociales teóricas— se trata más bien de iluminar relaciones de efectos, de las cuales el derecho es parte constitutiva. La interpretación de textos es sólo un medio auxiliar en el marco de estos esfuerzos cognoscitivos, destinada a reconstruir el contexto de la conducta de solución de problemas (*Problemlösungsverhalten*) de los individuos pertinentes. Aquel que pasa a considerar el derecho vigente como parte constitutiva del "espíritu objetivo", halla aquí un indicio de cómo ese espíritu influye sobre el acontecer de hecho: toma parte en la estructuración de la situación problemática de las personas que actúan. El que una ciencia de la conducción social se vea también necesitada —entre otras cosas— de interpretaciones de textos para la reconstrucción de las disposiciones institucionales pertinentes para el desenvolvimiento social, me parece algo de total obviedad.³⁵

Volvamos nuevamente sobre la disciplina medular de la ciencia jurídica, la llamada "jurisprudencia dogmática", a fin de esclarecer la cuestión de si esta disciplina efectivamente no puede tener una relación de primer orden con la praxis cognoscitiva de las ciencias positivas. Habíamos visto que la tesis del carácter normativo de esta disciplina, tenida por muchos como sólo natural, resulta problemática, aun cuando no se discuta el carácter normativo del lenguaje ju-

34 No sólo Dilthey sino también Schleiermacher se acercaron a esta concepción. Cfr. al respecto, *Hermenéutica y ciencias positivas*, op. cit.

35 La economía teórica probablemente tendrá que vérselas más que antes con tales cuestiones, especialmente ahora que se hallan sometidas a los avatares de la "revolución institucional".

rídico o, más bien, de los textos redactados con el mismo. Tal como hemos visto, no es posible sin más deducir del carácter de este lenguaje el de la jurisprudencia, en que se hable **sobre** enunciados formulados en ese lenguaje, y sobre su significado, es decir, de las normalizaciones que hallan expresión a través de ellas. En cuanto esto sea del caso, la jurisprudencia no aparecerá en primer lugar como una disciplina normativa, aunque sí como otra al menos hermenéutica. En cuanto a su calificación de "dogmática", no queda del todo establecida su justificación.³⁶

Sin embargo, los procedimientos interpretativos practicados en su contexto obviamente sirven para reconstruir el "derecho vigente". Si por esto se entiende —como suele ocurrir— el orden legal vigente de hecho, y efectivo, por tanto, en determinado terreno espacio-temporal, entonces con seguridad estaremos frente a un estado de cosas de la realidad social.³⁷ Siguiendo esta línea, las hipótesis de interpretación para los textos legales pertinentes serían nuevamente sólo medios de apoyo para la formulación de hipótesis normales respecto de estados de cosas sociales —es decir, respecto de determinados fenómenos de conducción— en determinados campos espacio-temporales socioculturalmente delimitables. Con esto habríamos llegado a aquella concepción realista-sociológica de la jurisprudencia, que es rechazada por los normativistas por inadecuada porque convertiría esa disciplina en algo inútil para la praxis del derecho. Resulta difícil, sin embargo, descubrir argumentos contra esta concepción cuando ella es expuesta de un modo que persiga hacer justicia al carácter normativo de los textos jurídicos.

Sin embargo, el hecho de que los textos relevantes dejen abierto un espacio de interpretación más o menos amplio y que, además, la idea de la falta de vacíos del orden jurídico haya demostrado ser totalmente insostenible, aparentemente conducen a nuevas dificultades. Por tanto, se hace necesario complementar el sistema de normas vigente con prácticas interpretativas correspondientes. Eso significa en primera instancia que la verificación del orden jurídico efectivamente vigente no resulta tan fácil como cabría suponer.³⁸ Pero eso aún no es motivo suficiente para dejar de lado la concepción realista. Claro que podrá entenderse que una jurisprudencia

36 En el caso de Kantorowics evidentemente surge del hecho que las reglas por ella analizadas son llamadas "dogmas" por el autor. Cfr. Kantorowicz, *El concepto de derecho*, p. 45 y sig. Claro que aun si se acepta este curioso uso del lenguaje, no podrá transferirse la caracterización del objeto de esta disciplina a ella misma.

37 Cfr. al respecto Alf Ross, *On Law and Justice*, Londres 1958, en que se defiende la tesis de que el representante de la jurisprudencia que describe este orden jurídico puede formular sus conclusiones del modo siguiente: "Esta y la directiva son ley alemana vigente". Pero tales enunciados habrán de entenderse como enunciados de hechos.

38 Cfr. al respecto Hart, *El positivismo y la separación de derecho y moral*, op. cit., p. 29 y sig.

que desee otorgar orientación a la praxis jurídica a estas alturas buscará poner en juego puntos de vista normativos, pues aquí surge la interrogante de "cómo deben interpretarse las leyes y llenarse sus vacíos",³⁹ a fin de que la regulación de las respectivas condiciones sociales sea adecuada, en el sentido del derecho vigente, interrogante cuya respuesta en la práctica muchas veces conducirá al proceso que suele llamarse "creación legal judicial". Al parecer ella contribuye a la formación del orden legal, de modo que una simple identificación del orden vigente no parece contribuir a la solución de los problemas aquí planteados. En caso de optarse simplemente por dejar esta solución en manos de la praxis del derecho, habría que concluir que la jurisprudencia en cuanto ciencia a todas luces tendrá muy poco que ofrecer en un nivel muy importante de dicha praxis. ¿Cabe entonces abandonar la concepción realista y suscribir el normativismo, cuando se desea entregar a la jurisprudencia la tarea de no sólo identificar el orden legal vigente, sino que de contribuir a su formación mediante proposiciones adecuadas?

Interesante resulta constatar que, en este contexto, los representantes del normativismo tienden a poner en juego el punto de vista teleológico, en cuanto proceden a señalar los fines según los cuales deberían orientarse las proposiciones interpretativas de la jurisprudencia.⁴⁰ Sin preocuparse por si se piensa obtener tales puntos de vista finalistas o valorativos del derecho mismo o de otras fuentes, no queda en absoluto establecido por qué no habría de explicitárselos con el fin de hacerlos accesibles a una evaluación general. Lo mismo vale también para las reflexiones sobre las relaciones de efecto que sean relevantes para la formulación de determinadas proposiciones, como, por ejemplo, sobre los efectos de normas aplicadas o de proposiciones de interpretación de la vida social, reflexiones que definitivamente habrán de jugar un importante papel.⁴¹ Quien desee de-

39 Así Kantorowicz en su ensayo: *Ciencia jurídica y sociología*. Escritos seleccionados sobre doctrina de las ciencias. Karlsruhe, 1962, p. 137, en que se trata de una regulación del boicot de acuerdo a "los fines de la ley".

40 Cfr. al respecto Norberto Bobbio, "Sobre el concepto de 'naturaleza de la cosa'", en donde se demuestra que aquellas argumentaciones que parten de la naturaleza de la cosa pueden ser reducidas a interpretaciones teológicas. Cfr. también Hart, op. cit., p. 54 y sig.

41 También Von Hayek contempla en su concepción la consideración de puntos de vista finalistas y relaciones de hecho; Cfr. su obra "Law, Legislation and Liberty", Vol. I: *Rules and Order*, Londres, 1973, en donde se constata, entre otras cosas, "que no puede existir una ciencia del derecho que sea meramente una ciencia de normas y que no considere el orden de los hechos que tiene por objetivo", y luego se plantea el problema de la compatibilidad fáctica de las normas de un sistema. Cfr. al respecto el capítulo sobre problemática de compatibilidad en mi colaboración con la miscelánea en honor de Kraft: "Ciencia y Política", en *Problemas de la teoría científica*, editado por Ernst Topitsch, Viena, 1960, p. 223 y

terminar el significado de la ley, debe eo ipso reflexionar sobre los efectos que se persiguen con ella y el orden a que se aspira a través de ella. Tales reflexiones tornan imperativa la aplicación de un saber nomológico, pues los efectos de conducción de las leyes y de sus interpretaciones no son meramente consecuencias lógicas de los respectivos enunciados. Naturalmente también hacen necesaria la consideración de la relación sistémica de las respectivas normas, en cuanto esos efectos están condicionados por esta relación.

Ahora bien, si se persigue explicitar todo esto hasta donde es posible —y justamente una jurisprudencia orientada hacia la praxis tiene buenos motivos para ello si realmente desea apoyar esta praxis— surgirá la posibilidad de concebir esta disciplina como una tecnología social, orientada de acuerdo a puntos de vista valorativos determinados y tal vez incluso alternativos. Esa tecnología apunta a formular —en el marco de estos puntos de vista hipotéticamente planteados— determinadas proposiciones de interpretación para principios normativos reconocidos en el derecho vigente, determinadas proposiciones para la modificación del sistema de normas vigentes, a fin de superar conflictos normativos y también para la formulación de proposiciones para la complementación del sistema mediante la introducción de nuevas normas en el contexto de la legislación. Más adelante volveremos sobre el problema de los puntos de vista valorativos que pudieran entrar en juego. La adopción de las interpretaciones o normalizaciones respectivas por parte del derecho vigente sería entonces cosa de las instancias autorizadas de la práctica del derecho —los jueces y los organismos legislativos— que podrían adoptar sus decisiones a la luz de los conocimientos entregados por la jurisprudencia. Esta, por su parte, tendrá orientación práctica sin guardar carácter normativo. No sería dogmática sino que operaría mediante hipótesis, en las cuales hallaría especial aplicación el conocimiento científico-social pertinente. No sería tampoco una disciplina hermenéutica, a pesar de que operaría también, entre otras cosas, con métodos de interpretación de textos.

Economía Política como Jurisprudencia Racional

El Fundamento Tecnológico-Social de la Política

Tal como hemos visto, es posible concebir la economía teórica como una prolongación sociológica que se ha puesto como tarea la investigación de la problemática de la conducción social en el marco de un programa cognoscitivo naturalista. Ello significa, sin embargo, que en esta tradición teórica deben considerarse necesariamente las condiciones institucionales de tales fenómenos de conducción, y

sig. Véase también Von Hayek, *The Mirage of Social Justice*, op. cit., p. 38 y sig., en donde se vuelve a acentuar la relación interna general del sistema de normas.

por tanto también las normalizaciones efectivas en este contexto. Eso ha ocurrido extensamente en la economía clásica.⁴² Con la fase neoclásica se inició luego un desplazamiento de la problemática en dirección a una concepción lógico-decisiva y formalista, bajo cuya influencia se difundió la tendencia a construir modelos económicos en un vacío institucional y a convertir sus principios conductuales fundamentales en todo lo vacíos de contenido que fuera posible.⁴³ Sólo desde hace poco tiempo se ha estado desarrollando en el marco de la tradición económica un institucionalismo teórico que ha vuelto a colocar en primer plano una de las ideas clásicas medulares⁴⁴ al tomar en debida consideración el significado de regulaciones legales para la conducción de procesos sociales.

El programa de conocimiento económico está estructurado de tal modo en sus rasgos fundamentales que los resultados de la investigación teórica propia de esta tradición podrían ser fundamento de una jurisprudencia racional y de una disciplina tecnológica del tipo arriba esbozado, que debieran contener como parte importante una doctrina de la legislación.⁴⁵ Puede sonar extraño caracterizar a la economía teórica como una tradición sociológica, calificándola a

- 42 Ello vale ante todo para la obra de Adam Smith, quien fue, tal como observa justificadamente Hutchison —cfr. Terence Hutchison, "Adam Smith and the Wealth of Nations", *The Journal of Law and Economics*, Vol. XIX, 1976, p. 507 y sig.—, un filósofo en el más amplio sentido de la palabra, y especialmente un filósofo social, que confirió gran importancia al marco legal del acontecer social en sus investigaciones económicas.
- 43 Esta tendencia, que he atacado reiteradamente como "platonismo-modelo", es criticada desde hace algún tiempo muy agudamente por Harold Demetz y otros representantes de la tendencia del derecho de propiedad como "punto de partida nirvánico". Otros teóricos se esfuerzan en aprovechar los resultados de la investigación psicológica para la revisión de los supuestos conductuales. Véase al respecto Tibor Scitovsky, *Psicología del bienestar económico*. Las necesidades de los hombres y la demanda del consumidor, Francfort/Nueva York 1977; Harvey Leibenstein, *Beyond Economic Man. A New Foundation for Microeconomics*, Cambridge (Mass.) Londres, 1976.
- 44 Cfr. al respecto Eirik G. Furubotn/Svetozar Pejovich, "Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature", *Journal of Economic Literature*, Vol. X, 1972, p. 1137 y sig., así como el libro de ensayos editado por estos dos autores: *The Economics of Property Rights*, Cambridge, Mass. 1974.
- 45 Dugald Stewart, editor de las obras completas de Adam Smith, destacó claramente en su apéndice biográfico la relación de la economía política con este tipo de jurisprudencia. Para él, la obra de Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, ". . . el trabajo más exhaustivo y perfecto que haya aparecido hasta ahora sobre los principios generales de cualquier rama de la legislación". Cfr. Stewart, "Account of the Life and Writings of Adam Smith, Ll. D., en *The Works of Adam Smith, in five volumes*, Vol. V, 1811-1812, Reprint, Aalen 1963, p. 484.

la vez de posible fundamento de tal jurisprudencia. La impresión de confusión que esto puede provocar sólo surge del hecho de que tendemos a tomar más en serio la división del trabajo científica e institucionalmente arraigada, y la delimitación disciplinaria con ésta vinculada, que la estructura de nuestros problemas teóricos y prácticos. Aquel que —soslayando la validez general de su punto de partida teórico— deseara limitar la ciencia económica al llamado ámbito de las finanzas, consignando a la sociología los problemas residuales que ésta no ha podido hasta ahora resolver, limitando a la jurisprudencia exclusivamente a la interpretación de textos, en el hecho sólo podrá considerar como intento ilegítimo de romper las barreras consagradas por la tradición entre las disciplinas establecidas aquella función arriba propuesta, originada en el carácter mismo de los problemas aquí planteados. Tendrá dificultades, sin embargo, para comprender cómo la obra económica cumbre de Adam Smith pudo ser calificada de aporte a la doctrina de la legislación y tampoco podrá considerar aceptable la estrecha relación de los principios de legislación de Jeremías Bentham con la problemática económica fundamental.

El utilitarismo, que ejerció considerable influencia sobre el pensamiento económico en su fase neoclásica, ha sido agudamente criticado por los más variados motivos, y no siempre sin razón.⁴⁶ Esto no significa, empero, que todas sus ideas sean inaplicables. Las diferencias entre la filosofía moral escocesa y el radicalismo filosófico de Bentham no son despreciables,⁴⁷ aunque existe un importante rasgo común que justamente atañe a nuestro problema. Bentham, al igual que Hume y Smith, deseaba transferir el programa de interpretación teórica de las ciencias naturales —probablemente eficaz— al ámbito moral, es decir, a la esfera de la vida social,⁴⁸ para, en seguida, proceder a fundar una doctrina artificiosa que habrá de ser empleada como fundamento de una política racional. No dejó tampoco de vislumbrar el significado de una teoría general de la conducta para la consecución de dicho objetivo, teoría que, en el marco de su concepción, debió inducirse de la tendencia de los hombres a satisfacer sus necesidades a fin de explicar sus modos conductuales. Buscó esbozar dicha teoría⁴⁹ y lo hizo de una forma que anticipó aquello que más adelante se verificó por medio de la investigación psicológica. Bentham observó que la expectativa de premios o castigos de diversa índole, relacionada con esa tendencia

46 Cfr. el capítulo V.

47 Véanse especialmente los respectivos trabajos de Von Hayek, P. ej. *The Mirage of Social Justice*, op. cit., p. 17 y sig.

48 Cfr. Elie Halevy, *The Growth of Philosophical Radicalism*, London 1928, p. 9 y sig., cuyo objetivo fue introducir el método de Newton al análisis de la moral.

49 Véase *Principios de legislación*, de J. Bentham, editado por Etienne Dumont, Colonia, 1833.

a la satisfacción de necesidades, revestía gran significado para el comportamiento⁵⁰ y que la artificiosa doctrina de la legislación —como parte de una tecnología social— debe arrancar de los conocimientos respectivos si busca proceder de un modo realista.⁵¹

Toda legislación efectiva propende, a fin de cuentas, a una reorientación del orden social en determinadas esferas. Esa reorientación se posibilita mediante que determinados modos de conducta son premiados por positivos o negativos —a través de sanciones positivas o negativas en el amplio sentido de la palabra— logrando de este modo un cambio en el enfoque de los intereses por parte de los miembros de una sociedad. Eso, desde luego, no es valdero sólo para actos legislativos, sino también para otras intervenciones en la vida social. El programa cognoscitivo individualista, que busca explicar todos los fenómenos sociales a partir de la convergencia de modos de comportamiento de individuos que se esfuerzan por resolver los problemas constituidos por sus necesidades y aspiraciones, parece —merced a su estructura— especialmente indicado para servir de fundamento para tal tecnología social.⁵²

Una ciencia aplicada de esta naturaleza sólo puede plantear posibilidades de acción y, por tanto, posibilidades de realizar determinados objetivos o combinaciones de objetivos, empleando o evitando determinados medios en ese proceso. En cuanto al problema del orden social, puede caracterizar tipos de dispositivos institucionales y su modo general de funcionamiento. Con ello puede también analizar los efectos de tales sistemas en cuanto a ciertos hitos formulados a partir de determinados puntos de vista valorativos predeterminados, como lo intentó Adam Smith con los medios entonces a su disposición.⁵³ Desde luego que no puede aportar la legitimación de un orden social, en el sentido de la idea clásica de fundamentación, pues tal intento constituye, como ya se vio, una empresa utópica.⁵⁴

- 50 Esto no es tan trivial como puede sonar prima facie, puesto que "premios" y "castigos" fueron considerados en un sentido muy amplio en relación a la estructura de las necesidades.
- 51 Esto vale también para otras partes de la tecnología social, p. ej. la doctrina de la educación: Cfr. al respecto, Kurt Lewin, *La situación psicológica en premios y castigos*, Leipzig, 1931.
- 52 Ello no quiere decir naturalmente que los principios de explicación actualmente disponibles en el marco de este programa no revistan debilidades: cfr. al respecto: *Acción Individual y conducción social*, op. cit.
- 53 Cfr. Rutledge Vining, "Economics in the United States of America", p. 14 y sig.; así como James M. Buchanan, "The Justice of Natural Liberty", *The Journal of Legal Studies*, Vol. V, 1976, p. 8, en que se destaca el hecho de que no sólo jugaba un papel el punto de vista de la eficiencia sino que también aquel de la justicia.
- 54 También Peter Graf Kielmannseg, en su interesante investigación histórica y sistemática de la problemática constitucional —*Soberanía Popular: Investigación de las condiciones de la legitimidad democrática*, Stuttgart, 1977— plantea expresamente exigencias de fundamentación y pone en

Si se acepta el punto de vista criticista, la fundamentación de este tipo debe ser reemplazada por evaluaciones comparativas de alternativas de solución de problemas y eso es posible justamente con los medios de una ciencia aplicada del tipo señalado, siempre y cuando se provean los puntos de vista valorativos necesarios. El método derivado de Adam Smith no sólo corresponde, entonces, al estilo metodológico de la praxis cognoscitiva de una ciencia que aspira a explicaciones. Realiza, además, un considerable aporte a la respuesta para la interrogante acerca de cómo es posible una política racional, política que aproveche los resultados de la investigación científica en cuanto parte del análisis y evaluación de las ventajas y debilidades de soluciones alternativas para llegar a adoptar una decisión.

En lo que respecta a los puntos de vista valorativos que se ponderan, no es en absoluto evidente que puedan ser reducidos a un principio único.⁵⁵ Sin duda una multiplicidad de puntos de vista aceptables conducirá a un problema de prioridades, que con certeza no podrá resolverse in abstracto, sino que sólo bajo consideración de condiciones históricas concretas. Las diversas corrientes políticas que influyen sobre el proceso legislativo, a menudo se distinguen más en cuanto a cómo deben solucionar dichos problemas de prioridad que en cuanto a los puntos de vista valorativos que consideran determinantes. Como sus conceptos se vinculan en este sentido además con una percepción diferenciada de hechos y tendencias de la vida social, la problemática se torna todavía más compleja para todos los interesados de lo que permite apreciar la retórica política efectista de los partidarios de las diversas soluciones.⁵⁶

La utilización de los conocimientos científicos para un análisis alternativo que sirva como base para una política racional, tiene el sentido de responder la importante pregunta por la posibilidad real de su materialización —pregunta tan importante para toda praxis racional— a fin de trazar las fronteras de lo posible. La posibilidad de responder a tales interrogantes también depende, entre otras cosas, de la situación concreta —de los depositarios de determinados roles sociales— a que hace referencia. Los sistemas de referencia tecnológicos suelen guardar relación con conductas humanas tenidas como plausibles. Su aplicación hace imperativa la identificación de

juego críticamente la idea de la fundamentación en relación a otras proposiciones de resolución. Así, por ejemplo, en la página 214 de su obra renuncia, en su propia proposición, a esta idea y la reemplaza por una construcción menos ambiciosa, que, hasta donde yo pueda ver, es posible de calzar con la concepción aquí expuesta.

55 El principio de la mayor felicidad para el mayor número de individuos, generado por Cesare Beccaria y heredado por Jeremias Bentham, y que ha seguido hallando repercusión en formulaciones propias del Estado de beneficencia, ha caído justificadamente en descrédito.

56 Cfr. al respecto Hermann Lübke, *Der Streit um Worte, Sprache und Politik* (Debate en torno de las palabras, la lengua y la política), Bochum 1967, en que se pone de manifiesto la tan especial ratio de esta retórica.

esos puntos en cada situación, con el fin de poder elaborar las alternativas realizables y relevantes. Dado que para la determinación de la relevancia se requiere de puntos de vista valorativos, al momento de proceder al análisis de las alternativas no bastará con disponer sólo de los resultados del conocimiento puro. Al aplicar el saber tecnológico a situaciones concretas resulta imposible evitar considerandos valorativos, incluso a partir de la búsqueda misma de alternativas relevantes, búsqueda que aparece determinada por la problemática práctica y las valoraciones que le son inherentes. En cierto modo se comienza entonces tamizando —lo que también es valioso para la praxis cognoscitiva de las ciencias, tal como hemos visto— a fin de obtener una gama de alternativas controlable. Tal como sucede en el caso de la praxis cognoscitiva, también aquí subyace una heurística racional al método de orientación de la solución de problemas, que posiblemente estará marcado por programas de largo plazo, programas en que ya se encuentra delineado —a través de las exigencias planteadas a las soluciones adecuadas— el modo de solución de problemas buscado.