

Enrique P. Haba^[*]

Lógica VIVA (Vaz Ferreira) como base de pensamiento para contraponer a la hegemonía del «geometrismo» en la actual Teoría del Derecho

1. El programa de Vaz Ferreira.
2. Cuestiones de palabras y cuestiones de hecho.
3. Cuestiones explicativas y cuestiones normativas.
4. Falsa precisión.
5. Pensar por sistemas, y pensar por ideas para tener en cuenta.
6. Geometrismo.
7. Valor y uso del razonamiento.

Tienden también los estudios jurídicos a hacer espíritus formalistas y a sacarlos de la realidad; a formar mentalidades acostumbradas a dar una importancia inmensa a las cuestiones de palabras, a las fórmulas, a las abstracciones, a las deducciones...

—En vuestro cielo, podrá ser. Pero en la tierra...

—¡Déjame en paz con tu tierra!

... dominaban en ella, ciertos libros muy abstractos, llenos de definiciones formulistas —algo así como una especie de escolástica extravasada de siglo—.

... sus resultados, perjudicialísimos, pueden condensarse fundamentalmente con estos dos adjetivos: FALSEANTES e INHIBITORIOS.

Estoy convencido de que una lectura atenta del clásico de Vaz Ferreira, *Lógica viva* (1910)², sigue siendo de lo más iluminador; permite advertir errores claves de planteamientos transitados por doquier para las cuestiones de la llamada Razón Práctica. Así para la contemporánea (meta)Teoría del Derecho, en las maneras como esas cuestiones las elucidan sus autores actuales renombrados y sus maravillados comentaristas de distintos países. [Emplearé la expresión *Teoría del Derecho* para señalar sobre todo esa disciplina *específica*, esto es: no la doctrina jurídica profesional en general, sino principalmente aquellos

[*] Catedrático de la Universidad de Costa Rica. — *e.p.haba.m@gmail.com // ehaba@ice.co.cr // enrique.haba@ucr.ac.cr*

2. Carlos Vaz Ferreira, *Lógica viva (Adaptación práctica y didáctica)* [abrev.: VF], Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. IV, Montevideo, 1963 (orig.: 1910). Véase también su: *Moral para intelectuales*, Homenaje..., vol. III (orig. 1009): esp. (especialmente) «Moral de abogados» (pp. 57 ss.), «Teóricos y prácticos» (pp. 155 ss.), «Actitud hacia los sistemas y actitud moral en general» (pp. 200 ss.). — Las cuatro citas iniciales pertenecen, respectivamente, a: *Moral...*, p. 69; Jhering, *Bromas y veras en la Jurisprudencia*, Buenos Aires, 1974, Parte III («En el cielo de los conceptos jurídicos»: 323); VF [ref.(erencia) *infra* n.(ota) 23]; VF [ref. n. 20].

meta-estudios al respecto (como esos que publican, p. ej., *Doxa y Rechtstheorie*.)

Aunque circulan todavía los *nombres* de algunos reconocidos autores de estudios donde los razonamientos jurídicos no se presentan en formas idealizadas (Jhering, Kantorowicz, Radbruch, Kelsen, Holmes, Llewelyn, Frank, Cardoso, Ross, Engisch, Perelman [hasta 1958), Viehweg, Hart, Esser, Tarello, Carrió, Marí, etc.³), sus observaciones básicas son simplemente desconocidas, o en todo caso calladas, por los exámenes de moda para la materia; asimismo quedan prudentemente marginados, ahí, fundamentales conocimientos concomitantes (Weber, Ogden-Richards, Arnold, Stevenson, Geiger, Wittgenstein(II)/Waismann, Berger-Luckmann, Polanyi, Albert, Topitsch, Bourdieu-Chamboredon-Passeron, Eco, etc.) sobre cómo funcionan normalmente los discursos donde tal «Razón» es puesta en *práctica*. Esos exámenes debieran servir de antídoto, tanto más ahora, pero...

Varias puntualizaciones claves de Vaz Ferreira permiten apercibirse, y hasta bastante fácilmente (si fuesen tomadas en cuenta), de que las orientaciones bien celebradas actualmente en esa Teoría conforman otra nutrida «fábrica de sueños» (*storytelling*); sólo que, en vez de las imágenes hollywoodianas, sus escapismos propios vienen conformados por unas redes de concepciones académicas *geometristas*. Retomaré las ideas centrales planteadas en unos capítulos de dicha obra suya, para destacar cómo ellas, aunque ahí su autor no se refiere específicamente (salvo muy de paso) al derecho, llevan a advertir confusiones básicas sobre las cuales son «construidas» las teorizaciones idealistas acerca del pensamiento jurídico.

1. EL PROGRAMA DE VAZ FERREIRA

... the temptation is to surrender the vital logic which has actually yielded the conclusion and to substitute for it forms of speech which are rigorous in appearance and which give an illusion of certitude⁴.

«Sería un estudio de la manera como los hombres piensan, discuten, aciertan o se equivocan —sobre todo, de las maneras como se EQUIVOCAN— pero *de hecho*: un análisis de las confusiones más comunes, de los paralogismos más frecuentes en la práctica, tales como SON, no tales como serían si los procesos psicológicos fueran

3. Véase, por todos, el capital estudio de Llewellyn: «A Realistic Jurisprudence – The Next Step», *Columbia Law Review*, 30 (1930). — Desde luego, bien merecerían especial consideración también autores todavía más olvidados: p.ej., entre los alemanes, señaladamente Ernst. Fuchs y Wilhelm Scheuerle, o la singularísima investigación empírica de Rüdiger Lautmann (*Juztiz – die Stille Gewalt*, 1972). [No desconocido, en el medio jurídico alemán, es Bernd Rüthers; pero, desde luego, sus trabajos son no menos silenciados *–et pour cause!*– en la clásica *Methodenlehre* de Larenz que por parte de Alexy.]

4. Dewey, «Logical Method and Law», *Cornell Law Quarterly*-10 (1924): 24.

superponibles a sus esquemas VERBALES [en nuestro caso, a discursos de la dogmática jurídica profesional, y menos que menos a los de las (meta)teorizaciones idealistas sobre esa materia]. (...) «Estudio de la lógica HABITUAL de ciertos profesionales (Diderot hablaba de “idiotismos morales”, en los profesionales de las diversas artes; estos otros [así los del pensamiento jurídico] serían los *idiotismos lógicos*)» [en nuestro caso: los de la dogmática jurídica corriente, pero no menos —¡cuando no más!— los suyos *proprios* en las aproximaciones dominantes para hacer Teoría del Derecho]. [L]os que conviene analizar, aun cuando no sean tal vez tan interesantes [para unas lógicas ilusionistas], son los sofismas REALES»⁵.

Tal orientación no se consiente ninguna visión idealizada sobre sus objetos de investigación. Con respecto al pensamiento jurídico, ello implica tomar ubicación en las antípodas de *approachs* como los dominadores en la actual Teoría del Derecho (Rawls, Habermas, Dworkin/Alexy/Aarnio/Atienza, Alchourrón-Bulygin, Nino, Ferrajoli, Jakobs, etc., cualesquiera «constructivismos»⁶). Advertencias como esas de Vaz Ferreira propician que, si son seguidas firmemente, la mirada se dirija a des-velar cuestiones decisivas de los discursos del derecho *in vivo*, en vez de concentrarse sobre cómo podrían (acaso) discurrir unos razonadores jurídicos ideales.

2. CUESTIONES DE PALABRAS Y CUESTIONES DE HECHO

«... los hombres tiene tendencia ... a tomar las palabras por cuestiones de hecho total o parcialmente. (...) [D]ebemos hacer lo siguiente: preguntarnos *si los que discuten admiten o no los mismos hechos*. (...) [E]ste trabajo mental: cuando se discute una cuestión cualquiera, averiguar *si hay diferencia entre los hechos que se admiten*, sea en cuanto a la existencia de los hechos, sea en cuanto a la manera como ocurran. (...) Más difícil se hace todavía la determinación , si se tiene en cuenta que un mismo planteamiento, que una misma fórmula verbal, puede ser cuestión de palabras o de hechos, según cómo, en qué sentido y con qué intención se la discuta. (...) Los unos admiten tales hechos, los otros admiten tales hechos. Esos hechos ¿son los mismos, totalmente? Entonces no hay cuestión de hecho; queda, simplemente,

5. VF: 15, 17, 132; curs.(ivas) del autor, las vers.(alitas) me pertenecen (E.P.H.).

6. Acerca de esos autores.— Sobre Rawls: «El extraterrestre raciocinante», RTFD (www.rtfid.es) 12-2009, pp. 233-267; recogido en *Entre tecnócratas...* [ref. n. 12], cap. V. Sobre Habermas: «Estrategias del “wishful thinking” en una moderna Santa Familia», *Revista de Ciencias.Sociales* (Universidad de Costa Rica), N° 73-74 (1996), pp. 145-157 (esp. 150 ss.) [<http://www.revistacienciasociales.ucr.ac.cr/estrategias-del-wishful-thinking-en-una-moderna-santa-familia-sobre-habermas-rawls-etc-de-la-concepcion-misionera-en-las-ciencias-sociales/>]; recogido en *Entre tecnócratas...*, cap. V.6. Sobre Dworkin: «El “bluff” Dworkin», *Criterio Jurídico* N° 9 (2009-1), pp. 155-258 [<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/326/1170>]. Sobre Alexy: «Teorización constructivista...» [ref. n. 38]; e *infra* n. 22. Sobre Atienza: *Un debate...* [ref. n. 10]. Sobre Ferrajoli: *infra* n. 23. Sobre Jakobs: Salas, «Ni Roxin ni Jakobs: ¿necesita la dogmática jurídica otro repertorio más de fórmulas vacías?», *Doxa*-38 (2015), pp. 347-373 (esp. 357 ss.). Sobre «constructivismo»: *infra* n. 38.

una cuestión sobre el significado del término. ¿No son los mismos, total o parcialmente? Entonces hay cuestión de hechos; pero veamos todavía si además no hay alguna cuestión de palabras superpuesta o confundida: aún en este segundo caso, nuestro examen nos será muy útil para separar lo que sea de hecho y lo que sea de palabras»⁷.

[«Podemos discutir “si Pedro es bueno”, porque ignoramos lo que siente Pedro y lo que hace; podemos discutir “si Pedro es bueno”, sabiendo cómo siente y cómo obra, Pedro, pero no sabiendo si esa clase de actos o de sentimientos deben o no calificarse de buenos. La formulación verbal es la misma; la naturaleza de la o las cuestiones discutidas, es, sin embargo, diferente. Podemos discutir sobre si tal cuerpo químico es o no un metal, por ignorar sus propiedades, estando de acuerdo sobre ellas, pero dudando sobre si conviene o no, dadas esas propiedades, llamarle metal. (Como sucedió, en cierta época, con el hidrógeno.)»⁸.]

No distinguir entre cuestión de palabras y cuestión de hechos, al examinar discursos sobre las relaciones humanas, promueve que sea pasada por alto la fundamental diferencia entre: α) Detenerse a examinar solamente, o muy poco menos, qué DICEN (*i.e.*, ciertos significados adjudicados a) esos discursos; o sea, contentarse con prestar atención a aspectos de su letra u ofrecer ciertas paráfrasis de esta o presentar unas inferencias interpretativas. β) Atender a qué PASA con esos contenidos de significación (α) en las *prácticas* sociales: cómo *actúan* sus locutores habituales y sus destinatarios reales, al ser invocadas tales formulaciones (palabras); o sea, fijarse en ciertos *hechos* de los cuales dependen decisivamente las prácticas en cuestión.

Puesto en términos de dos conocidas categorías analíticas: una cosa es preguntar por cuestiones de la *semántica* (palabras) de tales o cuales discursos teóricos de la Razón práctica, otra cosa es preguntar por cualesquiera *pragmáticas* lingüísticas (¡hechos!) correspondientes a esos discursos. Significa, asimismo, indagar por las relaciones entre determinados «juegos de *lenguaje*» y unas correspondientes «formas de *vida*» (Wittgenstein).

[Por supuesto, no faltan casos donde la existencia de unos «hechos» se presenta como dudosa, es discutida. Las puntualizaciones del presente numeral, al abogar por distinguir bien entre los susodichos tipos de «cuestiones», especialmente apuntan a *hechos* no puestos en duda⁹.]

Es posible, y hasta puede ser habitual, que determinados contenidos semánticos —así también la enunciación de unas reglas de

7. VF: 74, 75, 76, 82, 85.

8. VF: 82.

9. Para analizar qué se entienda en general por «hechos», véase: Frank, *Derecho e incertidumbre* [¡imprescindible!], Buenos Aires, 1968; Haba, *Los juicios de valor. Elementos básicos de Axiología General*, Editorial UCR, San José (Costa Rica), 2010 (ed. corr. y ampliada), # 136; Id. (examen muy detallado), «¿Qué es “realidad” jurídica? De cómo aprehenderla en cuanto a los discursos jurídicos», RTFD (www.rtfid.es), N° 18-2015, pp. 67-130.

conducta u otras conceptualizaciones al respecto— se correspondan con, o que inclusive induzcan a, la producción de hechos bastante similares a lo descrito en esos contenidos. Puede ser así o no serlo. Que lo sea, en cuanto a tales o cuales contenidos de enunciados, no es algo que pueda simplemente darse por descontado: salvo para obviedades, está sujeto a comprobaciones —verificaciones, falsaciones— *empíricas*, no basta con examinar *significados* de unos conjuntos de palabras.

Los estudios en Teoría del Derecho suelen confinarse a considerar aspectos que se presentan, o puedan llegar a presentarse o se recomienda presentar, en ciertos sectores *semánticos* de enunciados jurídicos, ya sean estos unos preceptos oficiales o proposiciones doctrinarias. Al parecer, sus autores pre-suponen el ISOMORFISMO, ¡sin más! (o al menos como lo habitual), entre semántica y pragmática discursivo-jurídicas. Significa que por lo general bastaría enterarse de cuanto se *dice* en esos estudios, para asimismo conocer bastante bien (al menos en lo principal) cómo *proceden* los propios operadores del derecho para decidir y saber qué suertes de consecuencias efectivas ello tiene habitualmente en las *vidas* mismas de los destinatarios de estas actuaciones. La convicción básica de esas teorizaciones viene a ser, pues: ¡tales *palabras* (jurídicas) = tales *hechos* (individuales, sociales)! — Va de suyo que estos teóricos no enuncian de modo expreso semejante tesis, simplemente hacen a un lado el asunto.

La in-distinción en que generalmente las elucidaciones de Teoría del Derecho dejan el NO-isomorfismo entre ambos niveles de cuestiones, lanza fuera de foco las condiciones propiamente *empíricas* del derecho. Conduce a tratarlo *como si* ahí no entrasen a jugar también, muchas veces es sobre todo, variados factores muy decisivos que *NO* son «dominados» por las *razones* jurídico-semánticas exhibidas: «celadas» discursivas, mentalidades reales de los operadores, condiciones sociales causal-efectivas, consecuencias prácticas «vitales», y demás. Las puntualizaciones de que se ocupan los estudios encerrados en teorías normativo-idealistas hacen abstracción de todo eso. Se contentan con abocarse exclusivamente, o en todo caso muy principalmente, a desmenuzar tales o cuales elementos conceptuales de unos raciocinios *ideales*, con vistas a los desempeños de juristas *ideales*.

En las maneras cómo esas teorizaciones *presentan* las cuestiones jurídicas, se desvanece la diferencia entre dichos ideales —ciertos entrelazamientos de conceptualizaciones propuestas— y las realidades pertinentes. Quedan sepultadas, tras *tales* bambalinas, preguntas como las siguientes (entre otras cosas):

— ¿cuáles son los factores *realmente* decisivos en los pensamientos reales de los juristas reales, para resolver tales o cuales tipos de casos, en sus *propias* condiciones de lugar-tiempo? (en este rubro entran también, ¡chica cosa!, elementos tan determinantes como el fijarse en: condiciones de designación de los operadores, habituales vicios de razonamiento provenientes de la enseñanza profesional

recibida por estos¹⁰, cantidad exagerada de casos confiados a cada operador y los entramientos burocráticos a que él está sometido allí, etc.);

- ¿qué consecuencias prácticas *efectivas* tienen tales resoluciones sobre los destinatarios y, en su caso, sobre sectores sociales concernidos?
- ¿a qué «presiones» están *sometidos* esos operadores? (ya sea las internas del propio Poder Judicial o las de otras instancias estatales o provenientes de unas relaciones personales suyas o las de la opinión pública llegado el caso, etc.).

Los razonamientos jurídicos reales no operan en una «burbuja» de «racionalidades» inmanentes. A menudo, y más que más en las cuestiones discutidas entre los propios juristas, esos razonamientos están conformados por unas variadísimas mareas de interacciones entre todo o buena parte de las siguientes especies de componentes, no poco heterogéneos:

*La interpretación jurídica es una mezcla indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos*¹¹

Dichas teorizaciones se constituyen, al fin de cuentas, en unas suertes de «cirugía estética» (Christian Courtis)... *pour la galerie !* Un elemento clave —aunque hay otros importantísimos coadyuvantes también [cf. la cita de Radbruch]— en los despliegues de tales «cirugías» es, justamente, abstenerse de plantear la diferencia entre cuestiones de *palabras* y cuestiones de *hechos*. Entonces queda inmunizada, contra cualquier objeción de orden *empírico*, la validez —consustancialmente racio-esteticista (ius-logicismo, ius-«construcciones», credos de ius-«sistema»)— de esos discursos ideales; asimismo, el examen de los discursos judiciales se desliga de las consecuencias de «vida» acarreadas por estos.

Si bien se mira, el susodicho isormofismo como preconcepción básica y el correspondiente racio-esteticismo de esas teorizaciones, no constituyen sino una manifestación más de la singular fascinación que

10. Así, el «Síndrome normativista»: véase Haba, *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales* [ref.: *Metodología...*], Dykinson, Madrid, 2006, Sec. C.II.3 (259 ss.) [versión muy ampliada, 3 tomos (dos impresos + uno en CD): *Metodología (realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*, Editorial UCR, San José (C.R.), 2012]; o cf. Id. (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2014, esp. pp. 49 ss. [antes: *Doxa-33* (2010), pp. 319 ss, esp. 334 ss.]. — En cambio, una *Plataforma anti-Síndrome* de «higienización» analítico-realista [*Metodología...*: Sec. C.III.1 (276 ss.)] pone sobre el tapete elementos de juicio («celadas» discursivas) —¡decisivos en muchos razonamientos jurídicos corrientes!— de los cuales las teorizaciones iusidealistas apartan la mirada.

11. No puedo cansarme de tratar de dirigir la atención hacia esa insuperable caracterización fundamental: Radbruch, *Rechtsphilosophie*, ed. 1934 (y reeds.), § 15.3 [negr.(itas) E.P.H.].

ejerce la *falacia intelectualista* («intellectualist assumption» / «intellectual fallacy» / «rationalist fallacy») en las ciencias sociales¹².

Por cierto, Vaz Ferreira no dejó de efectuar también la atinada salvedad siguiente: «Ahora, no se apresuren ustedes a sacar de aquí como consecuencia la de que las cuestiones de palabras sean completamente estériles, inútiles o vanas. Las cuestiones de palabras *pueden* [en ciertos tipos de situaciones] tener importancia: *no* tan grande como las de hecho, sin duda, pero una importancia positiva»¹³.

Ahí él se refiere sobre todo a la «importancia» *intelectual*, esto que importa para un adecuado *conocimiento* de los puntos en debate. Mas aun en la *pragmática* lingüística, la importancia «material» (por así decir) de admitir o no determinado calificativo, a propósito de algo bastante determinado, puede ser realmente enorme. La gente se deja llevar por «palabritas» para tomar actitudes y juzgar, para hacer o no hacer. Pues sí, las personas se *comportan* de unas u otras maneras en función también de la calificación empleada, según cuál de estas admiten (p. ej., consecuencias de emplear la palabra «asesino», como el autor había señalado un poco antes¹⁴). Mas aun tales calificaciones, aquellas que de veras contribuyen a ocasionar efectos prácticos disímiles —*i.e.*, según *cuáles* sean elegidas entre las lingüísticamente posibles para la situación considerada—, no se resuelven en algo así como las susodichas «burbujas» de unas pautas *semántico-ideales*, sean estas cuales fueren; resultan decisivos también, y no pocas veces lo son sobre todo, tales o cuales aspectos claves de aquella «mezcolanza *indisoluble*».

Aplicado al razonamiento *práctico*, eso señalado por Vaz Ferreira lleva a abrir los ojos, si bien se mira, para no echar en saco roto —¡incluso cuando se teoriza!— algo tan elemental (pero tan a menudo apartado de la vista) como tener bien presente que, en cuanto a los discursos jurídicos: *del dicho al hecho...* En los estudios de Teoría del Derecho, hoy, constituye antes bien la excepción tomar en cuenta semejante banalidad.

3. CUESTIONES EXPLICATIVAS Y CUESTIONES NORMATIVAS

«Podríamos llamar a los primeros *problemas de ser*, o *problemas de existencia*, o *problemas de constatación*, o *problemas de explicación*; a los segundos, podríamos llamarlos *problemas de hacer*, o *de acción*, o *problemas de conveniencia* (a los que podrían agregarse los *problemas de ideal*, relativos, no ya a cómo deben hacerse las cosas, sino a cómo sería deseable que fueran); o bien, todavía, *problemas normativos*, etc. (...) Los problemas de existencia o de constatación, los problemas de ser, los problemas sobre cómo son las cosas o sobre cómo ocurren los fenómenos, tienen, teóricamente al menos, una solución única y perfecta

12. Cf. Wallas, *Human Nature in Politics*, 1908 (hay reediciones). Véase también: Haba, *Entre tecnócratas y wishful thinkers. La visión «misionera» de las ciencias sociales*, Comares, Granada, 2010.

13. VF: 85 (curs. E.P.H.)

14. VF: 81.

(suponiéndolos bien planteados y eliminadas las complicaciones sobre falta de sentido, equívocos o inadecuaciones verbales, etc.).

«El examen de una cuestión normativa comprende tres momentos. Primer momento: investigación o determinación de todo lo que podría hacerse o desearse; especificación de todas las soluciones que podrían tomarse. Segundo momento: estudio de las ventajas e inconvenientes; más comprensivamente: de los bienes y los males, de cada una de las soluciones. Y, tercer momento: escogimiento. Ahora bien. En cada uno de esos tres momentos pueden cometerse diversos errores y paralogismos... (...) El paralogismo es, en sí mismo, tratar las cuestiones normativas como si debieran forzosamente tener alguna solución sin inconvenientes... en las normativas, la palabra “solución” quiere decir otra cosa; significa o comporta *escogimiento*; y solo es dado escoger, en la mayor parte de los casos de la práctica, lo menos imperfecto»¹⁵.

Aunque Vaz Ferreira no señala expresamente al derecho como asunto de «cuestiones normativas», es obvio que lo jurídico forma parte de esta amplia categoría. Por cierto, también los juristas entienden que su especialidad profesional es resolver sobre todo cuestiones de «normas», subrayan que estas son de *otra* naturaleza que lo examinado en las ciencias de la naturaleza. Bien puede decirse, pues, que ellos reconocen en principio que sus razonamientos «técnicos» no consisten en elucidar las susodichas cuestiones «explicativas» (salvo accesoriamente: p. ej., averiguar si han tenido lugar ciertos hechos, para saber si corresponde aplicarles determinadas reglas). Mas la pregunta clave es, a ese respecto: ¿las «soluciones» a que los operadores jurídicos arriban mediante las normas consideradas, las obtienen mediante razonamientos sometidos a distinguir los susodichos «tres momentos»?

Los juristas encaran el conocimiento del contenido intelectual de las normas jurídicas como si se tratara de conseguir localizar ni más ni menos que *una* (sola) respuesta jurídica capaz de ser la *verdaderamente* acertada para el asunto en examen, descartando toda otra como «falsa» al respecto. No se trataría ahí de un «escogimiento» (¡opciones!: tercer «momento») basado en cierto «estudio de las ventajas e inconvenientes» *empíricos* respectivos (aquellos dos primeros «momentos»); según el pensamiento jurídico normal, sus respuestas emanan de conocer unas firmes pautas normativas que son *en sí y por sí*. Esto no queda sujeto (ni en todo ni en parte) a ningún «estudio» que tenga la índole propia de aquellos dos primeros «momentos»; ni consistiría el tercero en un «escogimiento» propiamente dicho (¡opción!), sino antes bien en algo así como un mero *des-cubrimiento* de los susodichos contenidos semánticos, aprehendidos de un mundo conceptual autónomo y autosuficiente. Tales pautas vendrían fijadas meramente por la letra de determinados preceptos expresos establecidos en el derecho positivo aplicable o por unos criterios doctrinarios localizables en las obras de ciertos autores iluminados o por una combinación entre elementos de juicio provenientes de ambas fuentes indubitables.

15. VF: 90, 92, 105, 107.

A su vez, los estudios de Teoría del Derecho estarían ahí para coadyuvar en *tal* sentido justamente: suministrar al operador jurídico unas orientaciones para saber cómo detectar con seguridad (o muy poco menos) la «solución» jurídica aplicable, sin necesidad de proceder él mismo a efectuar *escogimientos* (y menos que menos subordinarlos a aquellos dos primeros «momentos» como condicionantes). Y si, por acaso, se reconoce que el operador jurídico tenga algo para «escoger», se supone que aun tales alternativas, ellas mismas, viene bien *determinado* por lo establecido en las susodichas fuentes normativas, máxime cuando para hacerlo se tome el cuidado de seguir las instrucciones de ciertos autores de la materia (p. ej., aplicar unos formularios de Alexy).

Si bien se mira, esos «momentos» señalados por Vaz Ferreira se corresponden con el tratamiento de las disyuntivas jurídicas como una *tecnología social* propiamente (Llewellyn, Ross, Albert): racionalidad *instrumental* (ordenación práctico-real de medios empíricamente comprobados como bastante probables para realizar fines escogidos bien determinados: Weber)¹⁶. Esto es: no afanarse por *deducir* la «solución» respectiva de unos u otros «cielos» (Jhering) de criterios *supraempíricos* —p. ej., inferirla de unos catálogos de principios *a priori* (Alexy, Dworkin, Ferrajoli, etc.)—; sino tratar eso como cuestiones de *escoger* una respuesta, entre varias jurídicamente posibles (¡todas ellas!) al respecto, para entonces optar en atención a «ventajas e inconvenientes» prácticos *reales* —su «tierra», diría Jhering—.

Pero, ¿no es que plantear un asunto como *jurídico*, a diferencia de las respuestas políticas y de los escogimientos personales privados, no deja que sus «soluciones» queden libradas a las preferencias *propias* de quienes tomen o recomienden esas decisiones? ¿No está el derecho conformado por conjuntos de *reglas* fijadas (sean las que fueren) para decidir los asuntos planteados así? El pensamiento jurídico consistiría justamente en *no* dejar sus respuestas libradas a *escogimientos* de sus locutores autorizados, pues las «soluciones» admisibles ahí estarían restringidas, ya sea total o al menos parcialmente en muy buen grado, por la necesidad de *acatar* dichas reglas, ni más ni menos.

Algo de cierto hay en tal creencia, pero... Para que fuera *propiamente* así, las reglas en cuestión —preceptos oficiales y dogmática profesional, sobre todo— necesitarían poseer tan alto grado de precisión como para que sus operadores coincidieran *intersubjetivamente* acerca de cuál sea cada «mensaje» concreto debidamente inferible en función de aquellas, ante cada una (o en todo caso la inmensa mayoría) de las controversias jurídicas presentadas ahí.

Es verdad que con respecto a innumerables asuntos jurídicos existen consensos, de hecho, en el gremio jurídico de cada país, al menos

16. Cf. Haba, «La opción capital para los razonamientos jurídicos: ¿novelas de conceptos o una tecnología social?», *Doxa-36* (2013), pp. 509-557 (esp. § 5) [versión revisada en <http://emporiiodireito.com.br/?s=Enrique+Haba>]. Presentación reelaborada: *La ciencia...* [ref. n. 37], caps. VII y VIII.

temporariamente. Por eso mismo, los puntos sobre los cuales reinan tales acuerdos *no* suelen ser controvertidos en los tribunales, ni estas respuestas jurídicas son objetadas doctrinariamente. Para esos puntos, claro está, no hay posibilidad real de aplicar «escogimientos» por parte de los jueces, si acaso aquellos fueren planteados en su sede. No hay lugar ahí para que el juez *opte* entre una(s) y otra(s) respuestas jurídicas, él no puede —¡de hecho!: presión social y conformación mental gremial— decidir en función de aquellos «tres momentos» de racionalidad instrumental (lo más probable es que estos ni siquiera asomen a su conciencia). En cambio, para todo aquello que sí se *discuta* entre juristas acerca del significado «verdadero» o «correcto» de unas disposiciones normativas, sea en la doctrina o en los propios tribunales, se abre la pregunta crucial: ¿cómo averiguarlo? Sobre *eso* versa la radical división, orientaciones idealistas *vs.* orientaciones realistas, en cuanto a *cuáles* hayan de ser los campos de indagación donde localizar la respuesta jurídica adecuada. Me explico:

De un lado («cielos»): tanto la dogmática jurídica profesional como la inmensa mayoría de los estudios en Teoría del Derecho se concentran en tales o cuales conglomerados *semántico*-doctrinarios ideales —enjambres de principios, fórmulas deónticas y demás— que se entienden válidos *en-sí-y-por-sí* («novelas de conceptos», los he llamado¹⁷). Asimismo suele darse por supuesto que esas pautas encontrarán unos juristas ideales (p. ej., «Hércules» o los estudiosos de axiomas como los propuestos por Ferrajoli) para aplicar tales fórmulas. Vale decir que, supuestamente, los operadores jurídicos no sucumben (salvo por excepción, si acaso) a los tipos de «celadas» lingüísticas comunes en la materia¹⁸; tampoco haría por lo general mayor diferencia, para determinar las resoluciones judiciales, lo extra-doctrinario ahí, su «fuera-de-texto» (Debray), unas u otras partes de la «mezcolanza», señalada por Radbruch. [Eso sí, no es que esos teóricos afirmen expresamente tales supuestos, se contentan con no hablar al respecto (o, en el mejor de los casos, mencionan apenas muy de paso tal posibilidad).]

Del otro lado («tierra»): aunque por lo general la Teoría del Derecho no se ocupa de esto otro, cada cuestión jurídica discutida cabe examinarla de modo que la opción entre *diferentes* posibilidades semánticas suyas (*convenciones* lingüísticas distintas, eventualmente contradictorias entre sí) sea decidida en función de *realidades* jurídicas relevantes al respecto. Por tanto, junto con reconocer la inevitabilidad de optar entre tales posibilidades, unas interpretaciones contradictorias (*i.e.*: cuando de hecho no hay una sola respuesta, intersubjetiva, sobre la cuestión planteada), se advierte que ese *escogimiento* es dable efectuarlo atendiendo principalmente el objetivo de alcanzar así unos probables resultados prácticos *reales* concretos *preferidos*. Para lograr *esto*, ya no

17. Cf. «La opción capital...» [ref. n. 16].

18. Cf.: Haba, *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*, 2 tomos, Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, editorial Vlamarán, San José, 2003, cap. II (esp. §§ 9-14) y Apéndice 2 (esp. §§ 32.n-c y 33.ñ); o *Metodología (realista)*... [ref. n. 10], Sec. B (esp. subsección II: 120 ss.).

puede ser cuestión de contentarse con invocar dogmáticamente alguna pauta jurídica doctrinaria, nivel semántico. Ante las distintas posibilidades ius-semánticas presentes, esas interpretaciones antinómicas, entonces la opción entre ellas pasa por atender justamente a unos elementos de juicio *no*-semánticos en sí mismos, así aquellos que sobre el tapete ponen los «momentos» señalados por Vaz Ferreira. Por tales vías cobran relevancia capital también los respectivos conocimientos sobre *empiría* social científicamente disponibles como racionalidad *instrumental* correspondiente: ¡TECNOLOGÍA social!

4. FALSA PRECISIÓN

*Delusive exactness is a source of fallacy throughout the law*¹⁹.

«La precisión es buena; es el ideal, cuando es legítima; pero en cambio, cuando es ilegítima o falsa, produce, desde el punto de vista del conocimiento, efectos funestos: oculta hechos, desfigura o falsea interpretaciones, detiene la investigación, inhibe la profundización; sus resultados, perjudicialísimos, pueden condensarse fundamentalmente con estos dos adjetivos: *falseantes* e *inhibitorios*» (...) El que no tiene hábitos de profundización, hasta puede sentirse prevenido, a consecuencia de este aspecto de falsa precisión, contra las observaciones y contra las buenas interpretaciones; las cuales le resultarán, como es natural, más complicadas, más imprecisas, menos decisivas, menos “tranchantes”, menos perfectas (en apariencia)²⁰.

Determinada formulación lingüística tiene *precisión* en cuanto, para la generalidad de sus usos o específicamente para cierto(s) contexto(s), en el círculo de locutores considerado existe habitualmente concordancia de reconocimiento sobre sus objetos *concretos* de referencia —*i.e.*, sus «candidatos» *positivos*: personas u objetos o acontecimientos, específicos— y cómo proceder con respecto a ellos, cuando se invoca dicha formulación. Para esos mismos objetos no suele darse que una parte de los miembros de ese círculo los vean antes bien como ajenos a dicha formulación —*i.e.*, «candidatos» *negativos* = no mentados por aquella—; tampoco, que parte de ese círculo no sepa a qué atenerse al respecto, no tenga claro (ni positiva ni negativamente) de *qué* pueda tratarse ahí en concreto. Un concepto es preciso hasta donde —esto admite también cuestiones de grados— su o sus sentidos son INTER-subjetivos, en las *prácticas* lingüísticas donde se recurre a él.

Saber cuándo hay precisión y cuándo no, o hasta qué punto la haya (el mismo término puede ser preciso en unos casos y en otros no, resultar preciso en cuanto a ciertos candidatos interpretativos posibles y a otros no, etc.), no es algo que pueda «vérselo» simplemente a la propia expresión considerada. Constituye una cuestión de verificación

19. O. W. Holmes, cit. <https://casetext.com/case/caille-v-kingsland>

20. VF: 122 (curs. E.P.H.).

empírica. Solo sus *prácticas* lingüísticas acreditan si la expresión es o no es empleada *intersubjetivamente*, en cierto círculo de locutores o aun de modo bastante generalizado en un país o región.

Al contrario, una formulación lingüística tiene «falsa» precisión cuando, a pesar de ser aplicable de maneras muy heterogéneas y hasta contradictorias (*i.e.*, reinan desacuerdos fundamentales sobre cuáles sean sus candidatos), empero ella *simula*, mediante ciertos artificios de presentación, ser unívoca. No raramente esos artificios, propios de varias orientaciones de la literatura académica en las ciencias sociales, consisten en ofrecer unos esquemas de entendimiento compuestos, total o parcialmente, por figuraciones numéricas o algebraicas o esquemas visuales estructurados en torno de unos juegos de flechas u otros dibujos. El engaño reside ahí en lo siguiente: dar por descontado que cada uno de esos signos y las relaciones entre estos serán «traducidos» de la misma manera a referentes *reales* (candidatos positivos) por quienes estén dispuestos a valerse de dicha fórmula para resolver situaciones reales problemáticas (conflictos de interpretaciones).

Claro, *entre ellos mismos* resulta netamente diferenciable la identificación de esos números o esos signos algebraicos, captar hacia qué dirección espacial apuntan respectivamente esas flechas, etc.; nadie pensará que dice 4 donde está escrito 2 o a la inversa, o no distinguir entre las letras *x* y *z*, o confundir una flecha que apunta hacia arriba con otra que apunta hacia abajo... Los componentes del cuadro *grafico* así presentado pueden ser netamente intersubjetivos como *tales*, inconfundibles entre sí y también inconfundibles sus respectivas relaciones de dibujo ahí trazadas. Pero nada de eso asegura, ni por sí mismo hace mas o menos probable, qué sucede si la fórmula en cuestión es aplicada al reconocimiento de realidades.

En materias como la química y la física, las fórmulas aceptadas por sus profesionales son aplicadas de la *misma* manera a mediciones y manipulación de los objetos del entorno físico considerados. En cambio, entre unos expertos de determinada ciencia social no suele haber semejante intersubjetividad para aplicar en la práctica sus «fórmulas» (cuando las hay) a la resolución de cuestiones disputadas sobre cómo ordenar las dinámicas de la convivencia humana (unos entenderán bajo «*a*→*b*» ciertas conductas concretas, mientras otros entenderán que estas mismas corresponden antes bien a «*c*» o simplemente forman parte del espacio conductual generalísimo no-«*a*»).

En síntesis: lo *falso* de la «precisión» (supuesta) de tales fórmulas no reside en las diferenciaciones visuales entre signos gráficos (letras, números, flechas y círculos, eventualmente unas denominaciones); sino en *esconder*, bajo tales mamparas etiquetales, la *no-univocidad* —¡notable *M*-precisión!— en cómo tales etiquetas pueden aplicarse en los hechos. Vale decir: diferencias netas y relaciones netas en el orden *grafico* —precisión de apariencia—, pero amplios márgenes de opciones voluntaristas —no-precisión— en muchos de sus posibles manejos para los órdenes *prácticos* (en buena medida inciertos, eventualmente

contradictorios). Lo «falso» es presentar el primer orden de precisiones como si invocarlo conllevara alcanzar precisión asimismo en cuanto a mentar los segundos órdenes. La «falsedad» del primero consiste en apartar la atención de cómo se procede *realmente* a decidir en los segundos.

Buena parte de los discursos jurídicos están edificados en torno de nociones que revelan ser relativamente imprecisas al aplicarlas: todas aquellas que aparecen utilizadas, *de hecho*, contradictoriamente entre los juristas. Los ejemplos al respecto son por demás abundantes, al menos tantos como las controversias que sobre interpretaciones de leyes o de doctrinas se hacen valer ante los tribunales (salvo, si acaso, unas demasiado burdas: argumentaciones en las cuales no creen de veras ni quienes las presentan ahí). La dogmática jurídica profesional y los estudios de Teoría del Derecho suelen estar consagrados, al parecer es el propósito principal de sus autores, a suministrar unas armas intelectuales para eliminar, o en todo caso reducir en la mayor medida posible, tales o cuales especies de imprecisiones fundamentales de dichos discursos.

No es extraño que el resultado de esos intentos consista, al fin de cuentas, en presentar unos expedientes discursivos especialmente artificiosos, mediante los cuales imprecisiones normales (por así decir) del lenguaje jurídico quedan «tapadas» bajo el culto de unos fetiches terminológicos de *falsa precisión*. Los estudios de lógica deóntica no constituyen sino el ejemplo más extremo de ello²¹. *Cualquier* solución jurídica puede ser «leída» bajo alguna fórmula deóntica, como así también una misma fórmula deóntica se corresponde con soluciones jurídicas materiales contradictorias entre sí. Es imposible (o muy poco menos) que exista alguna solución jurídica adoptada efectivamente, sea la que fuere, cuya «estructura» no se corresponda con alguna —o, más probablemente, con muchas— de esas fórmulas. Mas también es frecuente que los autores no se limiten a presentarlas en estado «puro», sino en combinación con enunciaciones de principios en lenguaje no formalizado, para que también estos últimos luzcan la aparente «precisión» de aquellas.

[Entre los juristas más renombrados actualmente, casos paradigmáticos de planteamientos de falsa precisión son los esquemas de «ponderación» pergeñados por Alexy²² y las ubérrimas colecciones de

21. Véase: Haba, «Lógica formal y Derecho», *Enciclopedia Jurídica Omeba*-Apéndice VII (pp. 625-632), 1996; versión revisada y ampliada en *El espejismo...* [ref. n. 18], cap. VIII; también en *Metodología (realista)...* [ref. n. 10], tomo III, Tema 10. — Versión algo abreviada en: *La ciencia...* [ref. n. 37], cap. IV.

22. Cf. García Amado, *El derecho y sus circunstancias*, Bogotá, 2010: pp. 207-245 («El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica» —no ha sido contestada por nadie—). Complementariamente: Haba, «A revueltas con la *storytelling* llamada “ponderación”, y también preguntando sobre “límites” del Derecho», *Doxa*-37 (2014), pp. 337-372.

clasificaciones de principios delineadas por Ferrajoli²³. Señaladamente en cuanto a estas últimas, calzan a las mil maravillas unas palabras (premonitorias al respecto) de Vaz Ferreira: « ... dominaban en ella, ciertos libros muy abstractos, llenos de definiciones formulistas —algo así como una especie de escolástica extravasada de siglo—»²⁴. Por cierto, difícilmente sea dable señalar una realización más paradigmática que el *opus* ferrajoliano, en la literatura jurídica contemporánea, para eso que Jhering llamó: la «máquina partidora de pelos» (*Haarspaltemaschine*)...²⁵.]

En síntesis.— Tales formulaciones son: **a)** «falseantes», porque *esconden* la presencia de gruesos factores fuera-de-texto muy determinativos para que las soluciones jurídicas en cuestión, unas que es dable *presentar* (si se quiere hacerlo así) de tales maneras, sean adoptadas o rechazadas por los operadores jurídicos efectivos; **b)** «inhibitorias», pues no simplemente callan en cuanto a esas realidades-(a) que ya están ahí, sino asimismo *desorientan* (hacen apartar la vista) en cuanto a posibles caminos *prácticos* —¡tecnología social!— capaces de encontrar soluciones más adecuadas para las cuestiones «vitales» implicadas.

5. PENSAR POR SISTEMAS, Y PENSAR POR IDEAS PARA TENER EN CUENTA

*La fureur des systèmes s'étant emparée d'eux tous, nul ne cherche à voir les choses comme elles sont, mais comme elles s'accordent avec son système*²⁶.

«... otra de las causas más frecuentes de los errores de los hombres, y sobre todo del mal aprovechamiento de las verdades... [es] la diferencia entre pensar por sistemas y pensar por ideas a tener en cuenta. Hay dos modos de hacer uso de una observación exacta o de una reflexión justa: el primero, es sacar de ella, consciente o inconscientemente, un SISTEMA destinado a aplicarse en todos los casos; el segundo, reservarla, anotarla, consciente o inconscientemente también, como algo que hay que TENER EN CUENTA [entre muchas otras cosas] cuando se reflexione en cada caso sobre los problemas reales y concretos. (...) Lo que yo procuro enseñarles, esto es, pensar con todas las ideas que se pueda, teniéndolas en cuenta a *todas*, tomándolas como *tendencias* en cada caso, equilibrándolas, *adaptándolas*...»²⁷.

«[E]l raciocinio es muy legítimo y sumamente útil en la práctica, siempre que concurren ciertas condiciones: (...) [entre ellas, el no estar]

23. Véase el insustituible examen de Salas, «Sin Derecho ni Razón. Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real», *Doxa-35* (2012), pp. 751-789 — Esas objeciones fundamentales —¡puntualísimas!— no han obtenido respuesta alguna.

24. «Recuerdos de una clase de Filosofía del Derecho», *Algunas conferencias sobre temas científicos, artísticos y sociales*, 1ª serie (1956); Homenaje... [ref. n.1], vol. XI: 243.

25. *Bromas y veras*... [ref. n. 1]: 292. Y véase el comentario de Salas [ref. n. 23].

26. Rousseau, *Émile*: Livre quatrième.

27. VF: 154 , 181; las vers. corresponden a énfasis del autor (+ curs. E.P.H.).

prevenido intelectual o afectivamente por *sistemas* (en este caso, puede decirse que el raciocinio es inútil, que no sirve sino tal vez para falsear más el espíritu unilateralizado)²⁸.

Significa que es cuestión de examinar con ojos muy abiertos, vale decir, *SIN prejuicios* de «sistemas», *en qué medida* («cuestiones de grado»²⁹) la «idea» en cuestión —*i.e.*, una inducción socioempírica o reflexiones al respecto— es aplicable, *¡o no!*, al caso o grupo de *casos* en consideración. Esas «ideas» se han de tomar, pues, a título *heurístico*³⁰. Ellas reconocen toda clase de matizaciones y negaciones en la, práctica, a diferencia de lo que se presupone al «pensar por sistemas»³¹. [Claro que si la palabra «sistema» se toma en sentido tan amplísimo (extracientífico) como para hacer alusión a *cualquier* suerte de relaciones o de parecidos entre dos o más aspectos de referencia, no se ve cómo podría no haber unas conexiones «sistemáticas» entre ellos, sean lo que sean. Mas aun estas pueden ser variables, habría que ver *cómo* se cumplen en las prácticas, cuándo sí y cuándo no, etc.; no basta con enunciarlas semánticamente, a no ser que fueren cosas obvias.]

Esa observación clave transcrita constituye, a mi juicio, la llamada de atención central para hacer la radical diferencia entre los exámenes de tipo vazferreiriano sobre asuntos de la Razón práctica y todos los órdenes de *approach* idealistas en esa materia. Atenerse a esa precaución no puede menos que subvertir «de cabo a rabo» las maneras habituales de hacer Teoría del Derecho (teorías «estándar» de la argumentación, teorías de sistemas luhmannianos, «estructuras» relativistas, cualesquiera esquemas de lógica deóntica, etc.).

La diferencia entre andar a la caza de «sistemas» de pensamiento para dicha Razón y lo de «pensar por ideas para *tener en cuenta*», guarda señalables puntos de contacto con la diferencia, crucial, entre la función del lenguaje según el primer Wittgenstein (*Tractatus*: lenguaje ideal) y cómo las funciones lingüísticas son examinadas por el segundo Wittgenstein (*Investigaciones...*: prácticas lingüísticas reales). Yo diría que esto último constituye un complemento especialmente iluminador para aquello capital señalado por Vaz Ferreira. [Siempre y cuando, eso sí, lo de Wittgenstein (II) no se tome como «panlingüismo», pues tal interpretación termina por esfumar la diferencia entre «palabras» y «hechos»³²). Esas célebres observaciones de Wittgenstein merecen tomarse sobre todo como advertencias capitales para orientar a *salir* del «mosquitero»³³ de las «celadas» lingüísticas que nos acechan. Esto es: «salidas» en cuanto permiten reconocer cuáles son las *reales* «formas de *vida*» —¡*pragmática* lingüística!— promovidas por los «juegos de lenguaje» considerados. Si

28. VF: 245.

29. VF: 175 ss., 245 ss.

30. Véase *Metodología...*: Sec. B.III.1 (esp. 126 ss.) y Supls. (c)-(d) (165 s.).

31. Sobre el mito de «sistema»: *Entre tecnócratas...* [ref. n. 12], cap. II, §§ 4 (76 ss.) y 7 (103 ss.); un poco más breve en *Metodología...*, Sec. C.II.1 (231 ss.) y Supl.(b) (325 s.). Sintéticamente: «Semiótica ilusionista...» [ref. n. 38], esp. §§ 6-8 (575 ss.).

32. Cf. Gellner, *Palabras y cosas*, Madrid, 1962.

33. Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*: # 309.

bien se mira, las susodichas «celadas» se podría muy bien incluirlas como otros tantos «paralogismos» en adición a los señalados por Vaz Ferreira³⁴.

Pero aun *tales* ideas, comprobadamente juiciosas en ciertos respectos, pueden aplicarse de dos maneras, muy distintas. Cabe recurrir a una idea para cotejarla con ciertas situaciones *empíricas* efectivas, examinar en qué medida estas mismas «calzan» con lo apuntado por aquella, con vistas a considerar así unos elementos de juicio de pertinencia práctica *real* al respecto (es a lo que Vaz Ferreira se refiere). Mas también puede darse que, en cambio, al «tener en cuenta» (invocar) alguna de ellas, bastante prestigiosa, empero se proceda *sin* examinar su relevancia propiamente *práctica* para la situación específica considerada, sino concibiendo tal idea como un dogma al respecto. (Tampoco es extraño que la idea sea elegida en virtud de conllevar unos efectos retórico-persuasivos con buen poder legitimante).

El pensamiento jurídico habitual suele presentar sobre todo esta segunda manera de «tener en cuenta»... Al contrario, pues, de lo propuesto por Vaz Ferreira! Las ideas de derecho «tomadas en cuenta» —principios y demás— no suelen someterse a unos controles propiamente *empíricos* de «utilidad» para elegir entre unas y otras, o entre sus posibles interpretaciones.

La casi unánime inclinación hacia el pensamiento «por sistemas» cultivada en las doctrinas jurídicas, básicamente proviene de la habitual fantasía jurídico-profesional según la cual:

«Hay algo que me llamaba mucho la atención cuando era estudiante de Derecho: dos artículos de un Código resultaban estar en contradicción, y el comentarista procuraba explicar esos artículos; *forzar* de una manera violentísima el sentido de los términos e inventar *sistemas* diferentes para explicar la contradicción... el único “sistema” que no se le ocurría nunca, era sencillamente que el legislador se hubiera contradicho; esa hipótesis no cabía: habíase él puesto en un estado de espíritu tan especial, que partía como de la infalibilidad de los autores de las leyes [o bien, se postula unos juristas ideales para entenderlas: “Hércules” o “argumentadores” análogos] o, más bien dicho, había olvidado que las leyes [y también sus interpretaciones, tanto las puramente doctrinarias como las judiciales] tienen autores [de carne y hueso], los que pueden contradecirse o escribir confusamente o incompletamente o antigramaticalmente, lo mismo que cualquier hombre»³⁵.

Es verdad que, si no en dicha dogmática misma (al menos no de manera expresa allí), en estudios de Teoría del Derecho suele reconocerse que el aparato legislativo no es tan omnisciente, que sus textos presentan ambigüedades y hasta contradicciones, etc.; advierten que si eso se dejara simplemente así, sin *doctrina* jurídica, el «sistema» en cuestión no está en condiciones de funcionar cabalmente como *tal*. La «misión» de dicha Teoría sería, justamente, destilar criterios que remedien las imperfecciones que en «racionalidad» (o «razonabilidad») deja la obra del propio legislador, o hasta la de la dogmática profesional corriente. Han de ser los juristas-intérpretes —dichos teóricos y quienes

34. Y a esa lista podrían ser incorporados también, especialmente por cuanto hace referencia al derecho, los ítems del «Síndrome normativista» [*supra* n. 10].

35 *Moral...* [ref. n. 1]: 70 (curs. E.P.H.).

sigan sus instrucciones— los llamados a «construir» (¿crear o descubrir?) el *sistema* verdadero para el pensamiento jurídico.

Ese sistema queda conformado *homogéneamente* —se supone— por los textos normativos oficiales en combinación con tales construcciones de ideas rectoras generales («principios», pautas básicas de «racionalidad», etc.), aunque estas últimas hayan sido obtenidas con alguna independencia frente a aquellos mismos. Así los juristas (ideales) sabrían alcanzar, ciñéndose a tales sistemas, la solución jurídica «correcta» para cada caso o tipo de casos considerados. Y va de suyo que, atento al *isomorfismo* [*supra* § 2] entre palabras jurídicas y prácticas jurídicas pre-concebido, esos enlaces sistemáticos de conceptos no hay por qué examinarlos a la luz de las «formas de vida» correspondientes.

Por lo general, cada estudio de Teoría del Derecho va dirigido, en la intención de su autor, a revelar o a proponer unas *fijaciones* de sistema, sean cuales fueren, para algún renglón del razonamiento jurídico. Tales elucidaciones procuran: ya sea destacar justamente elementos de sistematicidad *inmanentes* que estarían determinando cómo funcionan los discursos de dicho renglón; o bien, proponer unas enmiendas o complementos destinados a corregir eventuales déficits discursivo-formales de «racionalidad» ahí mismo, si acaso para *perfeccionar* esta última aún más (nuevos esquemitas mediante, tal vez). Las reglas que conforman el «sistema» respectivo se constituyen, supuestamente, en la llave maestra para efectuar razonamientos jurídicos que son seguros como tales:

«...the phantasy of an aesthetically satisfactory system and harmony, consistent and uniform, which will spring up when we find the magic wand of a rationalizing principle» (*Basic Legal Myth*)³⁶.

[Los *Tratados* de Christian Wolff sobre Ética y sobre Derecho o una *Summa* en iusescolástica como los *Principia iuris* de Ferrajoli, no son sino presentaciones singularmente recargadas de esa orientación muy general en la materia.]

Ahora bien, las dinámicas efectivas de cómo guían su pensamiento los propios operadores jurídicos —¡salas profesoriales aparte!— suelen estar bastante lejos de corresponderse con esa *phantasy*. Las mentes de los jueces funcionan antes bien de maneras mucho más sencillas: en el seno de múltiples catálogos de *topoi* (Viehweg) jurídico-discursivos conformados de acuerdo con las clasificaciones de estos aprendidas en las Facultades de Derecho, aquellos *entresacan* unos u otros de esos *topoi*, entre los de la o las clasificaciones doctrinarias consideradas pertinentes en su profesión. Este «entresacar», tratándose de cuestiones discutidas entre los propios juristas, no está pre-determinado por esos catálogos mismos, ni mucho menos por algún «sistema» de todos ellos en conjunto, como tampoco por ninguna doctrina unívoca al respecto aceptada intersubjetivamente en su gremio. Bien puede ser que, frente a una misma situación por resolver, unos den exclusividad o

36. Frank, *Law and the Modern Mind*, Gloucester, 1970: 260.

preeminencia al *topos* A y otros al *topos* B; por lo demás, hasta cuando concuerdan todos en reconocer la misma fórmula verbal canónica para el primero, y en que es justamente este mismo el aplicable ahí, aun así es dable que unos lo interpreten de la manera A₁ y otros de la manera A₂.

Poco importa si, aun para esos catálogos de *topoi*, después de todo el teorizador no se resigna a dejar de lado la deslumbrante etiqueta: «sistema» jurídico («abierto», le han llamado algunos). El hecho es que, en la práctica, los operadores del derecho *eligen* [vuelvo a subrayar: cuando *no* se trata de tipos concretos de aplicaciones intersubjetivamente consensuadas entre estos mismos] entre aquellos ítems eventuales o entre distintas interpretaciones de alguno de estos, para la situación. Quiere decir que los utilizan, ¡de hecho!, como ideas a *tener en cuenta*, al OPTAR —no-sistema— entre una(s) y otra(s), con respecto a las situaciones donde lo que está en discusión es justamente *cuáles* sean los criterios normativos aplicables. ¡Sólo que, para ellos mismos, esas ideas no tienen por qué ser aquilatadas *empíricamente!*

En síntesis.— Lo cierto es que ninguno de esos sistemas iusprofesores (*paper rules*), por más teóricamente «exquisita» que sea su composición³⁷, es capaz de resolver intersubjetivamente las *contingentes* posibilidades de opciones practico-operativas del derecho. Cuanto por esas vías idealistas de intelección se alcanza, sí, es a pergeñar —en el modo pensar-por-sistemas— unas reconfortantes «construcciones»³⁸ de *law in books*, impolutas frente a cómo *funcionan* «terrenalmente» las *law in action*³⁹. En cambio, si se hace a un lado la ficción de «sistema» al respecto, entonces la mente se abre hacia la posibilidad de tomar los *topoi* jurídicos como unas «ideas para tener en cuenta» *prácticamente*, en todo caso cuando los propios operadores discrepen sobre cuáles de estas ideas, y sobre todo cómo, sean aplicables *in concreto*. Así queda despejada la vía del pensamiento jurídico para que, en vez de proceder de unas maneras sustancialmente *dogmático*-voluntaristas —*i.e.*, en la práctica: según los pre-juicios doctrinarios de cada intérprete— al elegir entre dichos *topoi* o entre sus modos contrapuestos de interpretarlos, en cambio su operador examine esas opciones como una cuestión de tecnología *empírico*-social. Vale decir que la respuesta quede sujeta, en muy buena parte, a eventuales *comprobaciones* prácticas sobre «utilidad» para seres de carne y hueso; por tanto, no simplemente limitada a «calzar» con unos planteamientos

37. Cf. Haba, *La ciencia de los juristas: ¿qué «ciencia»? De la ciencia jurídica normal a la ciencia jurídica exquisita*, Editorial Jurídica Continental, San José (C.R.), 2015.

38. Cf. Haba: «Teorización constructivista como “forma de vida” (Sobre “formas y reglas” del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)», *Doxa*-21-I (1998) pp. 147-170 —versión revisada y ampliada, en: *La ciencia...* [ref. n. 37], cap. VI—; «Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora». Mitomanías de la Razón “constructivista”: ¿racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?», *Doxa*-23 (2000), pp. 561-596; «Contra la “Santa (charla-)Familia. Anclajes básicos de la vocación astronáutica promovida por Rawls, Habermas y otros apóstoles del *wishful thinking* académico», *Doxa* 30 (2007), pp. 491-524.

39. Cf. Llewellyn [ref. n. 3].

ideal-axiomáticos autosuficientes —mera semántica, pase lo que pase⁴⁰—, sino condicionarlo a acreditaciones en cuanto a la *pragmática* discursiva correspondiente.

6. GEOMETRISMO

«Esta obsesión del criterio *fijo* es fuente de una inmensa cantidad de errores. (...) Un derivado interesante de este sofisma: a veces la gente hasta evita, se defiende, diremos, de que se le den datos que la compliquen, como si tuviera miedo a la complejidad real de las cosas, que desconcierta sus juicios, que quita a estos su simplicidad y *geometrismo*». (...) También, muy a menudo, se quiere obligar al buen razonador a “*ser consecuente*”; y los hombres, en la práctica, llaman ser consecuente a *tomar una formulación verbal y aplicarla en todos los casos*»⁴¹.

El «geometrismo» (*esprit de géométrie*) comanda no sólo a unas (pseudo)explicaciones de «simplicidad» engañadora. Además produce legiones de discursos académicos cuyo principal atractivo consiste antes bien en lucir lo bastante complicados para poder *impresionar* como rigurosamente «científicos» —pre-juicio: formulación compleja = profundidad/verdad—, unas constelaciones de falsa precisión (ej. Ferrajoli) arrobadoramente seductoras para quienes cultivan esa «obsesión del criterio *fijo*».

Pero prevenirse de caer en «geometrismo»⁴² no significa impugnar *todo* criterio general, pura y simplemente por ser tal. No es confinar la inteligencia a que sus posibilidades de acertar queden encerradas en el casuismo. Evitar comulgar con la notable predominancia de aproximaciones «geometristas» en la Teoría del Derecho, no implica rechazar *todo* conocimiento inductivo sobre esas materias. Las ciencias sociales consisten, justamente, en sacar a luz ciertas *constantes* sobre formas de conductas de los protagonistas, en tales o cuales tipos de interacciones entre ellos; hay ahí regularidades que son bastante probables, al menos en cierto espacio y tiempo. También la propia noción de «ideas para *tener en cuenta*» presupone que ellas no son «flor de un día» sino producto de experiencias acumuladas, poseen cierta *generalidad*. Solo que entonces esta no se entiende in-discriminada, ni en modo alguno imputable por encima de las experiencias humanas efectivas: no son sino estas mismas las llamadas a corroborar o rectificar, en muchos o pocos casos por ver, si en *esos* casos se reitera o no la tendencia general experimentada en aquellos otros que dan lugar a la «idea» en cuestión. Geometrismo no significa lo mismo que criterio

40. «¿A quién podrán serle útiles, entonces, si no sirven ni para la vida práctica ni para la escuela? La única respuesta que se me ocurre es: a aquel que halle deleite en ese tipo de elucubraciones» (Jhering [ref. n. 1]: 379).

41. VF: 128 (curs. E.P.H.), 131 (curs. E.P.H.), 258. Y véase la cita de Dewey: *supra*, n. 4.

42. Véase también Haba, «Sobre la in-distinción propuesta entre cómo son “posibles” las interpretaciones reales y unas que son “posibles” imaginariamente», *Doxa-38* (2015), pp. 537-553 (esp. §§ 5-7 y 12-13).

general *tout court*; lo son unas modalidades de *falsa* generalización o al menos de generalización excesiva.

No llamo «geométrico» a todo criterio jurídico *general*, sino a la mentalidad metodologista de suponer que por disponer de semejantes criterios, estos nos llevan de la mano a dilucidar en alguna forma bastante segura los conflictos de interpretación reales, la «vida» del derecho. Si bien esos criterios contribuyen a suministrar un «marco» (Kelsen) —que incluso puede ser contradictorio— para incardinar tales conflictos, cuáles sean tales «marcos» no es dable detectarlo sino en la *experiencia* jurídica misma. Los geometrismos al respecto existen principalmente como *law in books*. Eso sí, los grados de geometrismo jurídico-doctrinario cultivados por los autores pueden ser mayores o menores.

Justamente los parallogismos aquí señalados [§§ 2-5] producen que muy a menudo los planteamientos se inunden de geometrismo. Recapitulemos:

Cuestiones de palabras y cuestiones de hechos: el geometrismo se autoinmuniza por confinar la atención a unos niveles semánticos (palabras: «novelas» de conceptos), así las posibilidades de falsación empírica (hechos: realidades jurídicas) quedan *a limine* fuera de foco.

Cuestiones explicativas y cuestiones normativas: la in-distinción sobre las posibles relaciones efectivas entre esos dos planos habilita inundar de inferencias geometristas al segundo, entonces para esos razonamientos no se requiere ni permite condicionarlos a posibles comprobaciones de racionalidad *instrumental* resultantes del primer plano.

Falsa precisión: como los conceptos básicos manejados son exactamente «distintos» en su presentación visual icónica, ello permite «construir» toda suerte de relaciones geometristas entre esos íconos mismos, por más disputadas que sean muchas de sus interpretaciones concretas.

Pensar por sistemas, y pensar por ideas para tener en cuenta: los «sistemas» de conceptos normativos delineados en el papel dan por descontado, precisamente en virtud de ser presentados como *tales*, que ellos permiten resolver «geométricamente» aun las controversias jurídicas concretas —pre-comprensión: isomorfismo entre *law in books* (de recetarios debidamente dogmático-«geometristas», por lo general) y *law in action*—.

Claro que las normas, tanto las jurídicas como las de cualquier otra especie, no pueden sino ser *generales* —para tales o cuales rubros— en su dimensión semántico-intensional. Los estudios realistas sobre derecho no dejan de tomar eso en cuenta, mas no eluden tres tipos de interrogantes claves, de neta raigambre contra-«geometrista»: **a)** ¿en qué medida cada palabra clave de los criterios normativos utilizados, tomados literalmente de textos oficiales del derecho positivo u otros que provienen de elaboraciones iusdoctrinarias, son bastante *precisos*

(intersubjetividad) en sus aplicaciones prácticas o si antes bien resultan ser retóricamente manipulables mediante interpretaciones *contradictorias*?; **b)** ¿las relaciones normativo-ilativas entre esos términos, o aun con respecto a otros que suelen manejarse en asociación con aquellos, son o no son *unívocas*?; **c)** de acuerdo con [a-b], mas también en función de circunstancias material-sociales normales —el respectivo fuera-de-texto—, ¿existe realmente *isomorfismo* entre los procedimientos jurídicos concretos practicados y lo pre-visto por las fórmulas «geométricas» postuladas?

No digo que a estas tres preguntas les corresponda *necesariamente* —¡lo cual no constituiría sino otro «geometrismo» más!— una respuesta negativa, para todos los casos. Subrayo, sí, que las interrogaciones sobre *realidad* jurídica no es dable solventarlas sujetándose a ninguna pre-suposición de unicidad (geometrismo) al respecto, aun si tal unicidad esté postulada semánticamente. Esas respuestas resultan *variables* y en buena medida pueden ser *contingentes* (¡no-«geometrismo»!), aunque no *ilimitadamente* variables, según las prácticas *efectivas* de utilización de los criterios normativos por los operadores del derecho. Es cuestión, por tanto, de examinar las funciones del derecho como *tecnología social*.

[Las fundamentales tesis de Vaz Ferreira destacadas en el presente texto, por cierto indican unos rasgos generalizados en cuanto a las formas de pensamiento examinadas. Solo que... ¡esa generalidad no tiene nada de «geometrista»! Aun ella misma se ofrece ahí como «idea a tener en cuenta». Se trata, pues, de unas «pistas» que son solo *relativamente* generales, *no* pueden dar lugar a inferencias indefectibles («geométricas») en las materias a que se apliquen: todo ello es eventualmente *falsable* para unos u otros de los objetos de referencia donde se examine —sometiéndolos ni más ni menos que a contrastaciones empíricas— qué pasa ahí *en la práctica*: ¡«law in action»!]

7. VALOR Y USO DEL RAZONAMIENTO

«Muchos lógicos, observadores, muchos hombres de ciencia también, han notado que en la práctica el raciocinio resulta para los hombres sumamente engañoso y falaz; que todo, o casi todo, ha podido demostrarse, o parecer que se demostraba, por razonamientos. (...) El razonamiento es bueno, pero por sí solo no basta, en esta *cuestión de casos y de grados*. (...) Los partidarios excesivos del razonamiento, los que creen que todo puede y debe formularse por el razonamiento, se equivocan, y se equivocan también los que pretenden prescindir del razonamiento; lo que es necesario en la vida práctica, es completar el razonamiento con el instinto **empírico**. (...) [L]es falta ese control del sentido común **hiperlógico**. Muchas veces, son espíritus falsos, *no*

porque razonen, sino porque no hacen más que razonar; no porque tengan una cosa, sino porque les falta otra [¡empíria!]»⁴³.

[«Aquí entra el buen sentido hiperlógico, producto de cuanto hemos visto y de cuanto hemos sentido; esa concentración de experiencia y de sentimiento: algo ya instintivo». «Se ve claramente la *cuestión de grado*: «hasta cierto punto», “no demasiado”; pero ¿dónde está ese «*cierto punto*?, ¿cuándo es ese *demasiado*? Aquí, ya el razonamiento es impotente; lo que nos da la solución, sea en general, sea para cada caso, es la **experiencia**, cuando es posible; pero, cuando no es posible, es el instinto empírico, el instinto **experimental** que todos tenemos en mayor o menor grado, al que conviene no despreciar, y que **completa** el raciocinio»⁴⁴.]

Me importa poner el acento sobre todo en la lucidez con que Vaz Ferreira subraya la radical insuficiencia que tienen los razonamientos *por sí solos*, cuán indispensable es complementarlos —por tanto: eventualmente corregirlos— con información ofrecida por saberes propiamente *empíricos* sobre la materia misma —realidades— a que esos razonamientos entiendan referirse. Pareciera que tal comprobación es trivial, mas no pocas teorizaciones en las ciencias sociales pasan implícitamente por encima de ella, para buena parte de sus postulaciones⁴⁵.

En la Teoría del Derecho, particularmente, tal pasar-por-encima no es la excepción, constituye la tónica ampliamente dominante para la clase de elucidaciones a que se consagran sus escritores. Ahí esto se debe sobre todo a presuponer el susodicho isomorfismo semántica=pragmática [*supra*: § 2]; o en todo caso, supuesto que tal precomprensión no les pase simplemente desapercibida a aquellos, no ven motivo de someterla a «controles» que *no* sean de índole discursivo-dogmáticas para sustentar sus propias tesis. No habría necesidad, pues, de condicionar la pertinencia de esos razonamientos a unos saberes suministrados por «el instinto *empírico*», su aceptabilidad no tendría por qué depender de ningún «*control* del sentido común *hiperlógico*», mas tampoco de cuanto puedan verificar las *ciencias sociales* sobre tendencias de las conductas humanas efectivas en relación con los criterios normativos invocados.

Desde luego, no hay por qué *limitar* el control empírico sobre los enunciados normativos a reivindicar conocimientos del saber cotidiano, ese «instinto» o «sentido común» señalado por Vaz Ferreira; pero tal reivindicación es recomendable sólo hasta donde ese saber vulgar no esté desmentido (mitos ideológicos, prejuicios sociales, etc.) por investigaciones de las ciencias sociales. Es cierto que, para darse cuenta de que yerran unos razonamientos académico-«celestiales» sobre conductas humanas comunes, puede bastar con simplemente volcar los ojos a la «tierra», y entonces alcanza con experiencias incorporadas

43. VF: 243, 249, 251 s.; negr. E.P.H.

44. VF: 255, 249 (negr. E.P.H.).

45. Véase *Entre tecnócratas...*[ref. n. 12].

como «instintivamente» a nuestro acervo normal de saberes cotidianos. Mas esto no quita que haya también aspectos más complejos de las dinámicas sociales, no fácilmente perceptibles por el ciudadano «de a pie». Acerca de estos otros aspectos, menos palmarios, las susodichas ciencias pueden aportar conocimientos *empíricos* decisivos, incapaces de ser provistos por el mero «instinto empírico». [No creo que Vaz Ferreira haya entendido contradecir estas precisiones.]

El señalado énfasis que Vaz Ferreira puso en hacer advertir que la pertinencia de todo razonamiento, para la «vida práctica», corresponde controlarla en función de su respectivo sustento *empírico*, cabe aplicarlo asimismo en cuanto a un aspecto especial que él no abordó ahí: las posibilidades del derecho como *tecnología* social. A este respecto, si bien aun para ello tiene pertinencia mucho de cuanto el «instinto» en saberes cotidianos sobre lo social le hace palpable al ciudadano común, es obvio que resulta indispensable, como en toda tecnología, recurrir también a conocimientos especializados —en lo pertinente— de *ciencias empíricas*: Lingüística, Sociología, Economía, Politología, Psicología Social y demás. Si bien Vaz Ferreira no abordó tal advertencia específica, su *Lógica viva* lleva de la mano a que también por cuanto hace a los razonamientos jurídicos, ahí la atención sea dirigida sobre todo hacia el derecho empírico. Muy a diferencia, pues, de lo «falseantes e «inhibitorios» (VF) que, justamente en cuanto a esto último (¡empíria!), son los *divertimientos* «constructivistas» en la materia.

Me parece que no poco de cuanto se discute en la disciplina especializada «Teoría del Derecho» sería visto de muy *otro* modo, cuando no simplemente se des-vanecería («... la mosca escapando del mosquitero»), si se toma debida conciencia de esas puntualizaciones de Vaz Ferreira hacia las que he tratado de dirigir la atención aquí. En efecto, quiérase o no:

... el ser un buen pensador es más difícil de lo que a primera vista parece, porque no solo hay que defenderse de las soluciones: hay que defenderse hasta de las cuestiones, de los mismos problemas de los enunciados⁴⁶.

46. VF: 145.