

DEBATE SOBRE LA UTILIDAD DE LA METODOLOGÍA JURÍDICA: UNA RECONSTRUCCIÓN CRÍTICA DE LAS ACTUALES CORRIENTES METODOLÓGICAS EN LA TEORÍA DEL DERECHO

*Minor E. Salas*¹

...La ciencia sin ley de nuestras leyes...

Lord Tennyson

Resumen

Este trabajo se divide en dos partes: La primera explora algunas de las concepciones actualmente dominantes en la metodología jurídica, distinguiendo entre tres vertientes básicas: la primera (catalogada como “muy optimista”) sostiene que los métodos jurídicos son esenciales para alcanzar una solución correcta y justa en el derecho; la segunda vertiente (considerada “no tan optimista”) alberga alguna esperanza de que dichos métodos sean útiles –ya no para encontrar la respuesta única–, pero sí para argumentar mejor; esto es, más racionalmente; finalmente, la tercera vertiente (denominada “nada optimista”) advierte que los métodos del derecho rara vez cumplen una tarea sustantiva que vaya más allá de la mera legitimación ulterior de las decisiones. La segunda parte del artículo defiende una idea central; a saber, que la metodología del derecho tiene una tarea básicamente simbólica; o sea, ella sirve para convencer al público –y también a los juristas– de que el derecho puede ser objetivo, racional y justo. En este sentido, la metodología cumple una función de consuelo (¡y de propaganda gremial!) con respecto a la realidad jurídica. Finalmente, el trabajo postula el llamado *People-Skepticism* como una herramienta heurística-metodológica de análisis en el mundo jurídico y social.

Abstract

This article is divided into two parts: the first part explores some of the dominant principles recognized today in the field of Legal Methodology, and describes three main approaches: the first approach (regarded as “too optimistic”) claims that legal methods are essential to obtain equitable legal conclusions. The second approach

¹ Universidad de Costa Rica.

(considered “less optimistic”) states that these methods –even though they do not help one to find the “one right answer”– are useful in forming more coherent and rational arguments. Finally, the third approach (regarded as “not optimistic at all”) warns that legal methods rarely have a function beyond the mere legitimation of previously held decisions. The second part of the essay defends the central thesis that Legal Methodology has basically a symbolic function. It serves to persuade people –including jurists– that law is genuinely objective, rational, and just. In this sense, Legal Methodology acts as a form of consolation (a source of spiritual comfort!). Finally, this article presents the so-called “people scepticism” as a heuristic tool to interpret the legal and social world.

Introducción a un tema polémico

La metodología contemporánea del derecho se parece –para utilizar una expresión fuerte, pero gráfica– a *un cementerio de ideas muertas*. Allí crecen, se reproducen y mueren a diario, distintas y muy heterogéneas concepciones sobre lo que es o sobre lo que debería ser la ciencia del derecho. Cada una de las corrientes, cada uno de los autores, defiende su propio concepto de la interpretación, de la aplicación del derecho, de la argumentación jurídica, de la racionalidad, de la justicia... Y surgen así las Escuelas, con sus discípulos y maestros (y no pocas veces con sus lacayos y mentores). No sin razón se ha dicho² –con ironía– que la disciplina jurídica es un *templo* con sacerdotes y Biblias muy distintas y con credos contradictorios. Es en este templo, donde los sacerdotes (profesores y narcisistas) hacen de la suya proponiendo sus fórmulas y técnicas, criterios y recetas para hacer del derecho una disciplina más justa y racional. Dentro de estas propuestas existe, por supuesto, una gran variedad de pareceres, encontrándose desde aquellos que postulan incondicionalmente la racionalidad de los discursos jurídicos, hasta aquellos que reniegan de tal posibilidad adscribiéndose más bien a las doctrinas del escepticismo y del desencanto.³

² Le debemos el símil al español Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial*, Ariel derecho, Barcelona, 2000, página 25: “El mundo jurídico es –como el religioso– un mundo de capillas con dioses y sacerdotes distintos. Es una cuestión de creencias, de vínculos académicos y familiares. En cada aula universitaria se levanta –para consternación de los estudiantes– un púlpito con biblia diferente.”

³ Una presentación de los distintos enfoques metodológicos actuales se puede encontrar en Courtis, Ch., (Compilador), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación*

De allí que sea conveniente resumir, de una forma lo más clara y concisa posible, las *principales corrientes* que se discuten en este laberinto teórico denominado: “Metodología Jurídica” (*Legal Methodology, Methodenlehre, Méthodologie du droit*). Una breve presentación en este sentido cumple dos propósitos básicos: uno, pedagógico, cual es la exposición de algunas ideas centrales que batallan en los foros internacionales sobre el tema; el otro, teórico, construir una plataforma para lo que se quiere decir luego con respecto a lo que se considera la principal función de la metodología del derecho. Haciendo de la brevedad una virtud y arriesgándose a incurrir en imprecisiones imperdonables, podemos decir que las concepciones actuales de la metodología jurídica internacional se dividen en tres grandes bloques:

- 1) Una concepción muy optimista (o misionera) de la metodología del derecho,⁴
- 2) Una concepción no tan optimista (o prescriptiva) y, por último,
- 3) Una concepción nada optimista (o escéptica) de la metodología.

Resulta, por supuesto, evidente que reducir la compleja realidad de la metodología internacional a estos tres grupos de enfoques es arriesgado y significa ni más ni menos que sucumbir ante la lapidaria sentencia del poeta William Blake, según la cual *generalizar es ser idiota*. Pero, asumiendo el riesgo de caer en este “idiotismo” reduccionista, me parece que una presentación de este tipo puede ser útil para efectos didáctico-expositivos y como base para la reflexión posterior.⁵ Quede, además, establecido que esta clasificación no aspira a ser original, pues ella viene, en mayor o menor grado, a reproducir otros esquemas de

jurídica, Editorial Trotta, Madrid, 2006. Al respecto recomiendo también, especialmente para las corrientes más antiguas, la lectura del número clásico de la revista *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, editada por Hans Albert, Niklas Luhmann, Werner Maihofer y Ota Weinberger, titulado: “Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft”, tomo 2, Bertelsmann Universitätsverlag, Düsseldorf, 1972.

⁴ El concepto de “concepción misionera” lo he tomado de E. P. Haba, “Imposibilidades para las ciencias de lo humano. Una ideología profesional: la concepción ‘misionera’ de las ciencias sociales”, *Revista de Ciencias Sociales* 70, Universidad de Costa Rica, San José, pp. 73-74.

⁵ Para un estudio más detallado de algunas corrientes ius-filosóficas modernas, puede confrontarse mi escrito: “¿Qué pasa actualmente en la teoría del derecho alemana? Un breve bosquejo general”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho* 24, Universidad de Alicante, España, 2001, pp. 203 y ss.

trabajo que ya se han utilizado con respecto a la teoría básica del derecho; por ejemplo, podría pensarse que las corrientes optimistas se identifican con un normativismo exacerbado y que las concepciones escépticas adoptan el realismo jurídico como fundamento teórico. Todo ello es correcto. Sin embargo, el énfasis no debería estar en una u otra clasificación (las cuales resultan, por demás, contingentes), sino en lo que se dice con respecto a los elementos propios de esa clasificación y a su utilidad heurística para “ver mejor” la realidad.

Antes de pasar al estudio de los distintos enfoques, es importante aclarar cuál es el problema fundamental que buscan resolver todas estas corrientes, independientemente de su credo epistemológico. Es decir: ¿cuál es la *principal* tarea de la metodología jurídica (al menos según su discurso oficial)? Para ponerlo en los términos más simples posibles, digamos que las preguntas capitales que desea contestar la actual metodología del derecho, en sus distintas vertientes, son, básicamente, las siguientes:

- ¿Cómo resuelven los operadores del derecho (jueces, abogados, fiscales) sus casos prácticos?
- ¿Existen unos determinados métodos o herramientas conceptuales que le sirvan al jurista para cumplir tal tarea o acaso es que la aplicación del derecho está sujeta, finalmente, al azar o a la arbitrariedad de quienes resuelven?
- ¿Cuál es el grado de racionalidad o irracionalidad que impera allí para tomar las decisiones?
- ¿Qué papel juega la ideología política, moral o religiosa en la labor judicial? ¿Qué papel juega la argumentación jurídica (lógica, tónica, retórica)?
- ¿Está el juez vinculado estrictamente a la ley o actúa más allá de ella?
- ¿Es el derecho, finalmente, una ciencia? De ser así: ¿cuáles son los presupuestos de ordenación y sistematización?

Como se puede apreciar, estas preguntas atañen a dos órdenes de problemas distintos: el primero se relaciona con la esfera de la aplicación práctica del derecho; y el segundo, con la elaboración, sistematización y ordenación de los criterios lógicos y sistemáticos en la disciplina jurídica. Es decir, que si partimos del objeto de estudio, cabría distinguir, en realidad, entre una metodología judicial y una metodolo-

gía dogmática-académica.⁶ Me concentraré, básicamente, en hacer algunas observaciones sobre el primer nivel; es decir, sobre el análisis de los métodos diseñados para la práctica judicial. En lo sucesivo, voy a dividir el trabajo en dos partes: una primera de corte esencialmente expositiva; y una segunda, en la cual haré mi crítica a las corrientes expuestas y, adicionalmente, presentaré mi lectura sobre lo que estimo ser la principal función de la metodología del derecho.

1. PRIMERA PARTE: Las principales corrientes ius-metodológicas que dominan el debate contemporáneo

Seguidamente se van a exponer, de manera muy sucinta, las principales tesis de las tres concepciones que se mencionaron arriba (*i.e.*, de la concepción muy optimista, de la menos optimista y de la nada optimista). Cabe advertir que los autores que se citarán sirven primordialmente como ilustración. No se pretende hacer una exposición exhaustiva de sus respectivas obras o concepciones generales. Igualmente, he tratado de rescatar a teóricos poco discutidos en el ámbito internacional, como es el caso de Pawlowski, Adomeit, Nieto o Haba.

1.a) La concepción muy optimista (o misionera) de la metodología del derecho

Este primer enfoque fue muy popular durante el siglo XIX y principios del XX, especialmente con la llamada Jurisprudencia de Conceptos y con la Escuela de la Exégesis. Él sostiene, en esencia, que el derecho y su aplicación están sujetos a determinados procesos de decisión *racional*; es decir, que es viable dilucidar cuál es la respuesta correcta y justa para los problemas jurídicos bajo examen. La clave está en una cuestión de empeño conceptual, de elaboración dogmática y de rigor normativo. Las soluciones jurídicas se generan a partir de inferencias lógico-sistemáticas; es decir, de deducciones sobre la base de unas premisas que se dan como aceptadas *a priori* por el ordenamiento, premisas que

⁶ Respecto a las diferentes metodologías, propias del derecho, ver Cruz Parceró, J.A., “Los métodos para los juristas”, en: Courtis, Ch., (Compilador), *op.cit.*, 2006, pp. 17 y ss.

deben ser aplicadas en forma deductiva –mediante un *silogismo jurídico*–, por parte del juez, quien deviene, poco más o menos, la *boca que pronuncia las palabras de la ley* o en un *autómata de la subsunción*.

Este paradigma –denominado históricamente como *tradicional* o *formalista*– postula, finalmente, la omnipotencia normativa de la ley, el predominio de la razón jurídica ilustrada, el carácter objetivo/imparcial del juez, la existencia de una solución única, la hipótesis de la plenitud hermética del ordenamiento, entre otras cosas más.⁷ Todos estos postulados juegan en el derecho el papel de verdaderos dogmas sistemáticos que garantizan, según el enfoque en discusión, una aplicación fundada y unitaria, es decir, racionalmente defendible, del sistema jurídico en su totalidad. La adopción de este modelo jugó un importante papel en el *movimiento de codificación* que tuvo lugar en Europa durante el siglo XIX.

La base epistemológica del formalismo metodológico reposa en la construcción de un sistema jurídico unitario, uniforme y predecible. La labor del jurista se reduce, por lo tanto, a un “cálculo de conceptos”, en el cual la dogmática, como disciplina esencialmente técnico-normativa y de exégesis hermenéutica, juega un papel decisivo. La metodología, por su parte, se reduce a una labor constructiva cuya función básica es descubrir el significado verdadero (“esencias” o “naturalezas”) de los términos utilizados por las normas. La apuesta para una metodología de este tipo resulta, evidentemente, muy grande, pues lo que se busca es, ni más ni menos, encontrar la solución única y correcta a los casos bajo examen.

Considero que en la discusión actual sobre el tema es posible encontrar algunos teóricos que cumplen cabalmente con esta caracterización. En especial, pienso en Karl Larenz, quien sostuvo la posibilidad (y la necesidad) de una metodología del derecho orientada normativamente.⁸ Un conocido discípulo suyo, Hans Martin Pawlowski, reduce la reflexión metodológica a una dimensión esencialmente ética, postulando así la

⁷ Una presentación histórica exhaustiva, y con carácter enciclopédico, de estos problemas nos la ofrece Fikentscher, W., *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 5 tomos, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975 y ss. En idioma español véase la obra histórica de Hernández Gil, A., *Metodología de la Ciencia del derecho*, 3 tomos, edición preparada por el autor, Madrid, 1971.

⁸ Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. edición, Springer-Verlag, Berlin et al., 1991, especialmente las páginas 195 y ss.

existencia de un mínimo axiológico (“...*ethischen Minimum*”),⁹ el cual debe respetarse en todo momento y del cual se infiere la respuesta “correcta” (justa) para el problema planteado. Así nos dice de manera expresa: “Una metodología jurídica que quiera orientarse a la práctica, debe poner un peso especial en la cuestión de cómo el jurista puede resolver, de una manera ‘correcta’ y justa, y en forma vinculante (*verbindlich*) los conflictos sociales.”¹⁰ Y continúa argumentando: debido a que el derecho versa sobre *el “actuar y el decidir correctos”*, y debido a que el objeto de la ciencia jurídica es el problema de la corrección (*Richtigkeit*) y de las sentencias justas, entonces la metodología jurídica debe ocuparse, en especial, de estos problemas.

Para Pawlowski existen, pues, dos categorías centrales en el derecho: la justicia y la corrección sistemática. De allí su insistencia en que la metodología (*Rechtmethodenlehre*) está llamada a encontrar el “método correcto”,¹¹ o que las leyes deben y pueden ser “correctas”,¹² que existe una “interpretación correcta”,¹³ que existe una “dogmática correcta”,¹⁴ que la actividad judicial debe orientarse a la búsqueda de “soluciones correctas”,¹⁵ etc. Todos aquellos autores que discrepan con respecto a su tesis fundamental de la *Richtigkeit* (por ejemplo, Josef Esser o Maihofer), son considerados peyorativamente por Pawlowski como “*la mala prensa de la dogmática*”.¹⁶

Otro autor, ya en una latitud geográfica muy distinta, que defiende algunos de los postulados metodológicos del paradigma muy optimista, es Ronald Dworkin. Como es sabido, una de las tesis centrales de este teórico reposa en afirmar que es posible inferir, desde el ordenamiento jurídico mismo, una respuesta *única* (*one right answer*) para cada problema que se presente en la vida judicial. Esta respuesta no se infie-

⁹ Pawlowski, H. M., *Einführung in die juristische Methodenlehre*, Editorial C.H. Muller, Heidelberg, 2000, pp 6-12.

¹⁰ *Ibid.*, p. XI.

¹¹ *Ibid.*, p. 5.

¹² *Ibid.*, pp. 44 y 258.

¹³ *Ibid.*, pp. 171 y ss.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 315 y ss.

¹⁵ *Ibid.*, p. 174.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 6 y 333: *Rechtsdogmatik hat eine schlechte Presse*.

re solo de las reglas positivas (*rule model*), sino también de los principios generales del derecho (*general principles of law*).¹⁷

Por “principio general del derecho” entiende Dworkin un “*standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice, fairness or some other dimension of morality*”.¹⁸ La diferencia entre una regla y un principio resulta, por consiguiente, una diferencia lógica: mientras que la regla está redactada en términos de todo-o-nada (el imputado es culpable o inocente, cometió un hurto o no lo cometió), los principios generales poseen una estructura general, la cual no se comporta de manera dicotómica, sino a través de ponderaciones teleológicas. Los principios deben, por lo tanto y según la perspectiva de Dworkin, ser sopesados según “*the dimension of weight or importance*”. Sobre la base de la distinción entre reglas y principios, Dworkin pretende emprender un “*general attack on positivism*”, tal y como este fue definido por Austin y después por H. L. A. Hart. La cuestión está, por supuesto, en saber si ese “ataque general al positivismo” resulta o no justificado y si se realiza de manera informada.

1.b) La concepción no tan optimista (o prescriptiva) de la metodología del derecho

Según mi opinión, la concepción prescriptiva es defendida, al menos implícitamente, por la mayoría de teóricos del derecho a escala internacional. Se podría decir que un alto porcentaje de los metodólogos actuales se adhiere, de manera directa o indirecta, a esta orientación. Este paradigma parte de que la metodología puede ofrecer una contribución importante a favor de la racionalidad (o razonabilidad) en la aplicación del derecho. De allí que se suela defender la hipótesis de una imprescindibilidad (*Unentbehrlichkeit*) de los “métodos” para el mundo jurídico.¹⁹ Sin dichos “métodos” (cualesquiera que estos sean) la apli-

¹⁷ Véase el artículo titulado: “Is Law a System of Rules?”, especialmente en las páginas 38 y ss. El trabajo se publicó en el libro: *The Philosophy of Law*, editado por el propio Dworkin. Igualmente, puede consultarse su obra: *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Ariel derecho, Barcelona, 1984, en especial los capítulos 2-4.

¹⁸ Dworkin, R., *op.cit.*, 2003, p. 43.

¹⁹ Bydlinski, F., “Unentbehrlichkeit und Grenzen methodischen Rechtsdenkens”, en la revista AcP 188 (1988), páginas 447 y ss.

cación del derecho degeneraría en una “lotería” librada al arbitrio de quien finalmente resuelve.

El atributo fundamental de la concepción prescriptiva de la metodología jurídica consiste, como puede apreciarse, en ser *optimista* sobre la posibilidad de ofrecer reglas o criterios argumentativo-sistemáticos para ayudar a los operadores jurídicos (y en especial a los jueces) en el ejercicio de su actividad cotidiana. Uno puede hablar bajo estas circunstancias de un modelo-de-las-reglas (*Regel-Modell*) de la metodología.²⁰ Estas reglas tienen como función cardinal orientar la aplicación de la norma, o mejor aún, el comportamiento justificativo de los jueces, en dirección a un fallo judicial racional, o al menos, razonable, combatiendo así decisiones arbitrarias o puramente voluntaristas. Visto desde la perspectiva histórica, estas reglas han asumido muy distintas formas en las diferentes épocas, pero la manifestación más patente y conocida de este enfoque se plasma en los llamados *cánones de la interpretación jurídica* (métodos gramaticales, históricos, sistemáticos y teleológicos) desarrollados por Von Savigny hace ya más de cien años y que, incluso actualmente, mantienen su vigencia.

La hipótesis de que la metodología jurídica implica, fundamentalmente, la búsqueda y la reflexión sistemática de reglas argumentativas de trabajo, explica la tendencia a conceptualizar este campo como una técnica para la aplicación de normas y para la solución de casos judiciales. Se suele hablar por ello de una “Metódica”,²¹ cuya función consiste, especialmente, en resolver los casos de la práctica judicial de una forma correcta (al menos desde el punto de vista de las premisas normativas adoptadas). Entendida en estos términos, la metodología jurídica se transforma, según la opinión de Müller, en un *modelo marco* que hace posible la concreción de las normas.²² También Adomeit, quien interpreta el papel de la metodología desde un punto de vista analítico, cree que ésta consiste en la sistematización de determinadas reglas

²⁰ En lo atinente a este atributo, es posible leer en Kramer la siguiente opinión: “La metodología del derecho tiene muy distintos perfiles. En primera línea, es posible definir ésta como la teoría de las reglas que debe utilizar el interprete (y sobre todo el juez) para la búsqueda de un sentido de las normas jurídicas”, *Juristische Methodenlehre*, C.H. Beck Verlag, Munich, 1998, p. 25.

²¹ Exactamente ésta es la concepción de Müller, F., en su obra *Juristische Methodik*: “¿Qué es la Metódica Jurídica?” se pregunta este autor y responde: “Ella es la Metódica de trabajo de los juristas”, p. 266.

²² *Ibid.*, p. 262.

semánticas o lógicas que posibilitan la aplicación de la norma, esto es, la búsqueda de un fallo judicial justo. Es así como él propone el llamado *modelo de las doce operaciones* como un componente nuclear de su concepción metodológica.²³

Finalmente, los trabajos –actualmente gozando de una amplia difusión internacional– de las llamadas *teorías de la argumentación*²⁴ (Perelman, Toulmin, Alexy, Atienza) no son otra cosa que un intento por elaborar y reivindicar, con algunas diferencias de matices, una serie de baremos de control para reducir, o evitar hasta donde se pueda, posibles fuentes de irracionalidad y arbitrariedad en la aplicación del derecho.²⁵

Las teorías de la argumentación aspiran a ser una especie de *tercera vía* que media entre los enfoques formalistas del derecho y la visión del realismo jurídico. El énfasis no reposa, por lo tanto, en derecho como mera *norma* o como *hecho*, sino como *argumentación*. “Parece obvio, nos dice Atienza en su último libro, que la argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica, prácticamente en todas sus facetas: tanto si se considera la aplicación como la interpretación o la producción del Derecho; y tanto si uno se sitúa en la perspectiva del juez como en la del abogado, el teórico del Derecho, el legislador...”²⁶

²³ “Este modelo tiene la función de delimitar operaciones mentales típicas, de tal forma que sea posible subordinar los métodos adecuados para la aplicación del derecho”, Adomeit, K., “Methodenlehre und Juristenausbildung”, ZRP 1970, páginas 180 y ss.. El modelo consiste en seguir una serie de pasos, los cuales son, resumidamente, los siguientes: 1. Investigación del texto normativo [*Textauskunft*], 2. análisis sistemático [*systematische Analyse*], 3. investigación de motivos [*Motivauskunft*], 4. estudio de las opiniones existentes en torno al problema [*Auskunft über den Meinungsstand*], 5. crítica de la literatura y de las posibles decisiones [*Literatur und Entscheidungskritik*], 6. interpretación dogmática del problema [*Dogmatische Interpretation*], 7. análisis de las consecuencias [*Folgenanalyse*], 8. pronóstico de las decisiones [*Entscheidungsprognose*], 9. alegatos a favor de la decisión por adoptar [*Plädoyer*], 10. propuesta de solución [*Entscheidungsvorschlag*], 11. acto de decisión [*Entscheidungsakt*], 12. determinación de la “*dissenting opinion*”.

²⁴ Hoy se distingue entre varias teorías de la argumentación (por ejemplo, se habla de la teoría tradicional y de la teoría estándar de la argumentación). Para nuestros efectos, esas diferencias no resultan fundamentales. Sobre el tema consultar: Atienza, M., *El Derecho como Argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona, 2006.; Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Discurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Frankfurt am Main, 1992.

²⁵ Una presentación muy clara (y optimista!) de las teorías nos la ofrece Lara Chagoyán, R., “Argumentación jurídica e investigación en derecho”, en: Courtis, Ch., (Compilador), *op.cit.*, 2006.

²⁶ Atienza, M., *op.cit.*, 2006, p. 11.

De lo anterior se puede concluir que la orientación argumentativa, en sus distintas variantes (retóricas, tópicas, etc.) no renuncian al *optimismo* implícito en la producción de una sistemática argumentativa propia para el campo jurídico, aunque hay que señalar, por justicia, que ellas tampoco se pliegan a la ingenuidad epistemológica (y psicológica) que caracterizaba los primeros planteamientos de la jurisprudencia dogmático-conceptual o de la exégesis puramente hermenéutica.

1.c) La concepción nada optimista (o escéptica)
de la metodología del derecho

De acuerdo con los defensores de esta tercera concepción, quienes constituyen una minoría en el ámbito internacional, la metodología jurídica no tiene, de modo alguno, un sentido constitutivo o esencial en el proceso de aplicación de las normas jurídicas. O sea, los métodos de la ciencia del derecho sirven para poco o nada (exceptuando, claro está, para darle trabajo a los ius-metodólogos que los cultivan).

La concepción escéptica afirma no partir, en su análisis, de un deseo normativo de lo que la aplicación del derecho *debería* ser, sino más bien del estudio de la práctica judicial y de la observación de los procedimientos realmente empleados para la búsqueda y creación de las decisiones judiciales. La apelación oficial a determinados métodos y argumentos, por parte de los operadores jurídicos, tienen, según esta corriente, una función pseudo-científica; a saber, la legitimación *a posteriori* de un fallo tomado *a priori* y de acuerdo con nuestros deseos y preconcepciones meta- o extrajurídicos. Esta tesitura ha sido cultivada, en especial, en el ámbito de la sociología jurídica, donde por intermedio de los estudios de la llamada sociología de los jueces (*Richterssoziologie*)²⁷ se ha tratado de determinar los motivos subyacentes que mueven a los jueces a la hora de emitir sus fallos.

Un clásico de la metodología del derecho, que puede ubicarse en la corriente escéptica, es Josef Esser con su obra: “*Preconcepción y elección del método en la determinación del derecho*”, en la cual se puede

²⁷ Representativo en esta línea, el texto editado por la Ständige Deputation des deutschen Juristentages: *Stand und Möglichkeiten der Justizforschung*, Band II, C.H. Beck Verlag, Munich, 1972.

leer, de una forma contundente, lo siguiente: “En conclusión, se evidenció que nuestra metodología académica no significa, para el Juez, ni una ayuda ni un control. La praxis judicial –y ello es más evidente para las instancias encargadas de investigar los hechos– no parte de unos ‘métodos’ doctrinarios para la búsqueda del derecho, sino más bien que esa metodología utiliza esos métodos exclusivamente para justificar, *lege artis*, las decisiones adoptadas según la concepción del derecho que consideran adecuada y objetiva.”²⁸

Otro de los autores, que hay que situar en el enfoque bajo examen, es un profesor de la Universidad de Constanza: Bernd Rütters. Este autor parte, en su visión, de un conocimiento histórico detallado de los cambios radicales y de las perversiones políticas a los cuales estuvo sometido el ordenamiento jurídico alemán durante el último siglo. Su enfoque se enraíza en un análisis de la práctica judicial, tal y como esta se refleja en las sentencias concretas de los tribunales superiores de justicia alemanes. Sus tesis deben ser leídas como un llamado a desenmascarar la idea de un derecho y de una Jurisprudencia “racionales”, que se imponen a través de todos los cambios históricos y de todas las ideologías políticas imperantes en el momento.

El problema principal de la metodología tradicional, esto es, el problema de la *interpretación* de las normas jurídicas, no significa para Rütters una mera cuestión de simplemente encontrar (*Rechtsfindung*) el derecho vigente dentro de un sistema acabado, armónico y unitario, sino más bien una cuestión de creación judicial (*Rechtssetzung*) de las normas aplicables al caso concreto por parte de los tribunales superiores. “La tesis de que un texto legal puede transmitir para siempre un contenido normativo fijado de una vez por todas, constituye un dogma ilusorio de la metafísica jurídica.”²⁹ Partiendo de esta premisa, Rütters llega a la conclusión de que: “El derecho creado por los jueces permanecerá siendo nuestro destino.”³⁰

Por su parte, el teórico español Alejandro Nieto, es todavía más vehementemente con respecto a la argumentación jurídica y sus métodos de trabajo, pues al respecto nos dice: “Ésta es, para mí, la gran –y triste– es-

²⁸ Esser, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1970, p. 7.

²⁹ Rütters, B., *Rechtstheorie*, Editorial C.H. Beck Verlag, München, 1999, p. 95.

³⁰ *Ibid.*, p. 121.

pecificidad de la argumentación jurídica: su inutilidad radical. Porque nadie ‘escucha razones’: el vencedor porque no las necesita y el perdedor porque nunca podrá ser convencido...”³¹

Por último, el autor más radical, desde mi punto de vista, en el campo de la metodología jurídica internacional es Enrique P. Haba.³² Sin querer resumir las tesis metodológicas centrales de este autor, cosa que de por sí resulta imposible en un trabajo como este, se puede intentar establecer algunas de sus principales conclusiones de la siguiente manera:

La idea central que atraviesa toda la obra teórica de Haba consiste, fundamentalmente, en llevar hasta sus últimas consecuencias *el carácter convencional del lenguaje jurídico*. El sentido de toda expresión jurídica depende de ciertos contextos lingüísticos y extralingüísticos, no existiendo, por tanto, un solo sentido normativamente correcto. El operador lo que hace es, finalmente, *optar* activamente por una interpretación en lugar de otra. Este escogimiento se realiza en el seno de la “gramática” correspondiente a los “juegos del lenguaje” que se elijan como punto de partida. Una tesis en el sentido de establecer una única interpretación posible, siempre, es un *espejismo* que debe ser desenmascarado por una teoría crítica-realista.³³ Esta tesis básica tiene toda una serie de implicaciones complejas y profundas en el universo jurídico general, dentro de las cuales podemos extraer, a título de ejemplo, las siguientes:

- a) Si las estructuras lingüísticas con que trabajan los juristas son básicamente convencionales, ello significa que las distintas doctrinas jurídicas (sean estas sobre la interpretación o cualquier otro tema) son simplemente unas *maneras posibles* de entender lo que dicen los textos normativos. No hay, en el derecho, unas teorías o doctrinas que sean más verdaderas que otras. El operador (interprete) simplemente prefiere una de ellas a la otra, dependiendo todo de qué finalidades persiga.³⁴

³¹ Nieto, A., *op. cit.*, p. 187.

³² Resulta una pena, eso sí, que nunca nadie haya contestado sus críticas. Ello a pesar de que han sido publicadas en prestigiosas revistas como *Rechtstheorie* en Alemania, los *Archives de Philosophie du Droit* en Francia o *Doxa* en España.

³³ Respecto a estas ideas, véase: El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico, Editorial Vlamarán S.A., San José, 2003.

³⁴ *Ibid.*, § 1 del tomo I.

- b) La creencia de que existe una única interpretación posible de los términos jurídicos responde a la llamada “Superstición del Único Significado Verdadero”.³⁵ Según esta, lo que el jurista debe hacer es simplemente esforzarse lo suficiente (valiéndose de análisis hermenéuticos, lógicos, semánticos, etc.) para encontrar el significado *único* de un término o de una proposición normativa. Aunado a esta Superstición, está también la creencia de que la interpretación, y con ello la aplicación del derecho, es previsible y certera. A esta creencia se le denomina, por Frank, el “Mito Básico del Derecho”.
- c) La corriente en la cual se conjugan la Superstición del Único Significado Verdadero y el Mito Básico del Derecho se llama *normativismo jurídico*.³⁶ El normativismo es la concepción tradicional del derecho. Para este enfoque, la ciencia jurídica se reduce simplemente a interpretar las normas como entidades abstractas que se encuentran a priori pre-establecidas (esencialismo). El normativismo “cerceña”, así, la realidad jurídica, pues prescinde en todo momento de un análisis de los factores extra-normativos y de las consecuencias que las normas tienen en la realidad jurídica. De allí que se pueda hablar de una “racionalidad amputada” del derecho. Al respecto nos dice el autor comentado: “El normativismo jurídico consiste en una doble reducción del conocimiento, deformación que resulta esencialmente amputadora para aprehender los verdaderos alcances tanto de los discursos técnico-jurídicos como así también de la práctica a que ellos dan lugar en la realidad. a) Los normativistas reducen la conciencia de tales discursos al mero nivel semántico de unos juegos lingüísticos profesionales...[y] b. Incluso en cuanto a esa semántica misma, los normativistas ofrecen una visión simplista y que, más aún es ficticia en buena medida...”³⁷
- d) Al normativismo Haba le opone el “realismo jurídico” como alternativa.³⁸ Se parte aquí de un análisis crítico-realista del lenguaje ju-

³⁵ *Ibid.*, § 22, páginas 87 y ss., tomo I.

³⁶ *Ibid.*, § 22, páginas 87 y ss., tomo I.

³⁷ *Ibid.*, § 22, página 90, tomo I.

³⁸ Este punto no es tratado en detalle por el autor en el libro citado supra. Para una exposición pormenorizada del tema, cf. el artículo publicado en *Doxa* 25, con el título: “Metodología realista –crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)” o bien, con mayor amplitud, *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*; Dykinson, Madrid, 2006, 442 p.

rídico y del derecho en general. Para esta concepción, el lenguaje del derecho es a menudo indeterminado, la aplicación jurídica incierta y la interpretación relativamente contingente. El principal instrumento de que se vale el realismo jurídico de Haba, como teoría básica del derecho, es de una metodología de corte *negativo-heurístico*,³⁹ una *semiótica desencantadora*.⁴⁰ El propósito de esta metodología no es ofrecerle al jurista unas recetas –prefabricadas y certeras– para aplicar la norma (cosa que resulta, en todo caso, imposible hacer), sino más bien auxiliar al jurista para que se equivoque lo menos posible y piense lo menos falaciosamente que pueda.

SEGUNDA PARTE: Crítica a las concepciones expuestas y planteamiento del autor

Esta segunda parte del artículo se va a dividir en dos secciones principales. La primera sección consiste en la crítica que haré a los enfoques arriba expuestos; y, la segunda, es mi propio planteamiento sobre lo que considero la principal tarea que cumple la metodología del derecho en el universo jurídico. Empecemos con las consideraciones críticas.

1. Crítica a las concepciones expuestas

1.a) Crítica a la concepción muy optimista

La concepción muy optimista de la metodología jurídica perdió, con el desarrollo de las ciencias sociales, de la filosofía analítica y de la epistemología en el siglo xx, gran parte de su atractivo original. De allí, que es difícil encontrar en la actualidad a un teórico del derecho que defienda, al menos de manera expresa, los antiguos postulados hermenéuticos y sistemáticos. Esto no significa, claro está, que de una manera implícita (y hasta inconsciente) los presupuestos de dicho paradigma no sigan teniendo vigencia, tal y como se refleja en los auto-

³⁹ Haba, E.P., *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*, Editorial Vlamarán S.A., San José, 2003, § 87, tomo II.

⁴⁰ *Ibid.*, cf. el anexo al tomo II.

res comentados o en la forma en que usualmente trabaja la dogmática jurídica.⁴¹ Aquí no se reconoce, al igual que no se reconocía antaño, el carácter convencional del lenguaje, ni tampoco la diferencia entre cuestiones de hecho y cuestiones de palabra, la distinción entre el es y el debe o la diferencia abismal entre lo que las personas (juristas) dicen que hacen y lo que realmente hacen, etcétera.

La concepción misionera de la metodología (como también se le puede llamar) es, en realidad, un enfoque *escapista*, pues al apartar la vista de las contradicciones inherentes a todo sistema jurídico, oculta también la necesidad de elección y con ello la responsabilidad inevitable del operador jurídico. Uno puede hablar aquí, mediante una figura metafórica, de la función *dogmático-curativa* de la metodología, en el sentido de que lo que allí se ofrecen son *remedios legales* para, supuestamente, subsanar las *patologías (arbitrariedades)* de un ordenamiento jurídico potencialmente pervertido. Se trata, ésta, de una metodología de leyes y no de hombres (personas).⁴² Es decir, se superpone la literalidad de la norma a la voluntad del operador, la sintaxis de la ley al arbitrio del juez, la gramática a la historia singular del caso bajo examen.

Así, por ejemplo, en contra de las tesis de Pawlowski es posible esgrimir dos contra-argumentos muy elementales (pero, al parecer olvidados por el propio autor): en un primer plano básico es imperativo referir a la vaguedad semántica y a la polisemia del criterio de la *Richtigkeit* (corrección) al que alude este autor como pilar esencial de la metodología del derecho. Para poder clasificar un postulado normativo como correcto o incorrecto, justo o injusto, se necesita un marco teórico-axiológico desde el cual sea posible extraer legítimamente esa conclusión. El escogimiento de este marco referencial y su aplicación específica es un asunto de compromisos políticos o sociales, y no tiene nada que ver con criterios inmanentes de justicia o de corrección sistemática. La tesis prescriptivista de Pawlowski debe, además de lo dicho, responder a la pregunta capital de cuáles son los (meta-)criterios que

⁴¹ Para una crítica a la dogmática como “forma de vida”, ver mi trabajo: “La dogmática jurídico-penal: ¿Un viaje fantástico al reino de Absurdistán o un arma eficaz contra la irracionalidad de la justicia penal?”, en: Courtis, Ch., (Compilador), *op.cit.*, 2006, pp. 259 y ss.

⁴² Respecto a la idea de que nuestra sociedad está gobernada por “leyes” y no por “hombres”, consúltese la excelente obra de Nieto, A., *op.cit.*, 2000, en especial los capítulos 1 y 4.

pueden ser empleados, realmente, para decidir sobre la corrección de un método, de una ley o de una determinada interpretación. Es decir, Pawlowski omite señalar que siempre existe, para la solución de cualquier caso, una pluralidad de alternativas disímiles y que frente a ello el operador tiene que *optar*. La posibilidad de un criterio de corrección exige, como premisa implícita o entimema, la posibilidad de una *única* respuesta (*one right answer*, en términos de Dworkin), lo cual resulta altamente cuestionable.

Con respecto a las tesis generales de Dworkin han sido varios los autores que muestran su escepticismo o incluso asombro por la trivialidad de sus planteamientos. Así, por ejemplo, Klaus Röhl ha dicho: “Uno no puede dejar de sorprenderse, una y otra vez, de cómo un autor alcanza la fama aunque ignore soberanamente, o precisamente por eso, la inmensa discusión europea...”⁴³ Por su parte, Haba ha calificado la obra de Dworkin como un mero “bluff”, al indicar: “... se trata principalmente de hacer ver cuatro cosas. a) Dworkin no agrega prácticamente nada al *corpus* mismo de conocimientos que han ido conformando la Teoría del Derecho, antes bien se queda muy por debajo de estos; en particular, ignora casi todos los planteamientos fundamentales presentados en numerosos estudios (incluso los de autores muy citados internacionalmente) con respecto a las cuestiones epistemológicas esenciales implicadas en las cuestiones básicas del método jurídico. b) Sus ideas están fundamentalmente centradas en torno a una reiteración más del habitual *Basic Legal Myth*, “*one right answer*”; para ello recurre a un típico ensueño racionalista (“*constructive model*”), montado sobre el espejismo corriente de que las respuestas jurídicas se obtendrían de un sistema perfectamente unitario proporcionado por el derecho nacional (“*the principle of unity in law*”). c) Su argumentación propugna un realismo ingenuo (especialmente bajo modos del naturalismo lingüístico), combinado con la fe en un “cielo” normativista, como forma de conocer “en serio” el derecho. d) No se ve cómo la celebridad internacional de que goza Dworkin pudiera ser consecuencia del contenido mismo de sus escritos; semejante éxito obedece esencialmente, al me-

⁴³ “*Man kann immer wieder nur staunen, wie ein Autor zu Prominenz gelangt, obwohl oder gerade weil er souverän die umfangreiche europäische Diskussion ignoriert...*” Röhl, K., *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 2. edición, Carl Heymanns Verlag, Köhl *et al.*, 2001, p. 420.

nos fuera del mundo académico anglosajón, al efecto-Vicente (sumisión a la moda)”.⁴⁴

Creo que con estas palabras es suficiente para despedir la concepción misionera de la metodología jurídica.

1.b) Crítica a la concepción no tan optimista

En cuanto a la concepción prescriptiva o no tan optimista se refiere, el primer aspecto que se le debe criticar es su carácter tendencialmente *reduccionista*. La metodología del derecho resulta aquí limitada, básicamente, a su dimensión técnico-racional (metateórica); es decir, al llamado contexto de validez de los asertos jurídicos. Por lo tanto, el modelo propuesto hace de la gigantesca complejidad político-social de la aplicación del derecho un procedimiento particularmente simplificador, para cuyo tratamiento racional basta emplear algunas técnicas (lógicas, retóricas o tópicas) adecuadamente formuladas y sistematizadas.

En segundo lugar, hay que decir que los criterios que son propuestos por los metodólogos que siguen el modelo de las reglas, permanecen, la mayoría de las veces, inoperantes en la práctica judicial.⁴⁵ Es decir, se trata, básicamente, de modelos constructivistas (véase nada más y nada menos que las “tablas” argumentativas de Alexy). En este senti-

⁴⁴ Haba, E. P., “El Bluff Dworkin. Rehabilitación del no-saber como ‘novedosa’ teoría del derecho”, trabajo que, dicho sea de paso, no quiso ser publicado por algunas editoriales españolas de “vanguardia” (como tampoco en Francia su versión en idioma francés). El único medio de difusión que lo aceptó, en su versión resumida, fue la revista *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho* 24, Universidad de Alicante, España, 2001.

⁴⁵ Como un ejemplo llamativo de lo dicho (y no como una prueba empírica en sentido estricto), se puede ofrecer la siguiente información: La obra: *Metodología de la Ciencia Jurídica* de Karl Larenz fue citada en la colección oficial completa de las decisiones del Tribunal Superior Federal alemán (desde 1950 hasta 1997) un total de solo dos (2) veces (BGHSt 34, 71 (77) y BGHSt, 39, 112 (115); Pawlowski, con sus dos tomos sobre metodología jurídica, nunca ha sido citado, a pesar de la difusión de ese texto en la Academia. Textos que gozan, por su parte, de una amplia difusión internacional, como los de Alexy y Habermas no han sido citados nunca en un solo fallo jurisprudencial. El texto metodológico más importante en Alemania: *Introducción al pensamiento jurídico* de Karl Engisch ha sido citado tres veces (BGHSt 30, 105 (121); BGHSt 34, 71 (76); BGHSt 39, 112 (115)). Por supuesto, que este no es un parámetro fiable para medir la influencia o no de la metodología jurídica en la praxis judicial. Sin embargo, cabe preguntarse si no es, al menos, un indicio de la inutilidad que tienen muchas construcciones ius-metodológicas en la vida real del derecho. Para una discusión de esta situación véase mi obra: *Kritik des strafprozessualen Denken*, C.H. Beck Verlag, Munich, Alemania, 2005.

do, son esos teóricos los que tienen la carga de la prueba; es decir, son precisamente ellos los que deben demostrar que sus contribuciones a la racionalidad jurídica no constituyen un puro juego académico (i.e., una “forma de vida”), sino que tienen efectos en la vida real del derecho.

Finalmente, y en cuanto a las teorías de la argumentación atañe, hay que señalar lo siguiente: Es atinado poner el énfasis en el papel argumentativo de la labor jurídica. También es correcto enfatizar el hecho de que en esa labor argumentativa el pensamiento tópico, dialéctico o incluso retórico, juegan un papel importante. En esto, autores como Perelman, Toulmin, Alexy o Atienza tienen su razón. Sin embargo, la debilidad principal es que la teoría de la argumentación, al concentrarse en el plano metateórico, asume que los interlocutores jurídicos (es decir, el “auditorio”) se comportará, en su praxis vital y profesional, según los parámetros allí recogidos. Con otras palabras: para que los distintos elementos (racionales o razonabilistas) de una teoría de la argumentación sean útiles se requieren, al menos, tres condiciones mínimas: primera, que los interlocutores (i.e., los operadores del derecho a quienes se dirige la teoría) conozcan, con algún grado de detalle, los elementos metodológicos propuestos por la teoría; segunda, poseer una cierta sensibilidad cognitiva para dejarse convencer (ya no solo persuadir) por los argumentos; y, tercera, implementar en la práctica de su ejercicio profesional y vital esos argumentos.

En lo personal, tengo mis dudas de si en el mundo jurídico (específicamente en la *praxis burocrática* del universo judicial) se cumplen esas tres condiciones; aunque hay que reconocer que puede darse aisladamente alguna de ellas. Por ejemplo, puede ser que un juez conozca con mucho detalle intelectual las formalizaciones de Alexy, pero entonces cabría cuestionarse si estas formalizaciones se utilizan en su labor profesional y, sobre todo, *cómo* es que se utilizan (¿como legitimación de lo que se dice, como “adorno” de erudición o como elemento realmente decisivo?). En la última parte de este artículo trataré de mostrar cómo, asumiendo que las tres condiciones estén dadas (es decir, que se conozcan los argumentos, que se esté convencido de su bondad epistemológica y que se esté dispuesto a emplearlos), no resulta posible, en muchos casos, una actuación de conformidad con lo prescrito, pues suele suceder que lo que se busca no es el “mejor” argumento –en el sentido técnico de su fuerza discursivo-racional– sino aquel argumento que posea una mayor *carga psicológica* en quien lo emplea y un mayor

poder de persuasión (especialmente afectiva) sobre las partes involucradas o sobre ciertos sectores sociales.

En definitiva: las fórmulas, cánones, técnicas o argumentos de la concepción prescriptivista solo surten efecto si uno, *a priori*, cree en ellas y está dispuesto a aplicarlas en algún grado. Tal y como muy atinadamente indicó Heck ya hace varios lustros refiriéndose a otro tema: “El aprovechamiento trascendental de las fórmulas [de la interpretación jurídica] es un medio mágico que sólo ayuda a aquél que tiene fe en el encantamiento.”⁴⁶ También Karl Dieter Opp expresó, acertadamente, desde hace más de una treintena de años, esta misma idea: “Una hipótesis, que debería ciertamente ser comprobada, es aquella según la cual la metodología [jurídica] permite la justificación de sentencias puramente antojadizas. Dicho con otras palabras: con ayuda de la metodología pueden ser precisados, en forma arbitraria, cualesquiera conceptos jurídicos, de tal manera que también sea posible realizar inferencias arbitrarias”.⁴⁷

1.c) Crítica a la concepción nada optimista

Finalmente, la principal objeción que se suele esgrimir contra las corrientes escépticas o realistas del derecho (y que no necesariamente es compartida por el autor de este artículo) es que ellas no separan nítidamente entre lo que es el *contexto de descubrimiento* de los postulados jurídicos y su *contexto de validez*. Según esta distinción, es secundario el hecho de que un juez, por ejemplo, adopte una decisión basado en un prejuicio suyo. Es decir, que el trasfondo político, religioso o ideológico en general (el cual, en todo caso, es inevitable) no es lo decisivo a la hora de dictar una sentencia. Lo realmente importante no es por qué el juez resuelve de esa determinada manera, sino más bien *cuáles* argumentos ofrece para respaldar su decisión. Con otras palabras, en la actividad jurídica no se pretenden dar *explicaciones* (sean estas psicológicas, sociológicas, antropológicas, morales, etc.) de nuestras conductas, sino ofrecer *justificaciones*. Lo importante en estas justificaciones es que

⁴⁶ Citado por Calvo García, M., *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

⁴⁷ Opp, K.-D., *Soziologie im Recht*, Editorial Rowohlt, Hamburg, 1973, p. 124.

se ofrezcan los *argumentos o razones* por los que se considera que una determinada hipótesis es más plausible (o mejor) que otra.

Recientemente, la denominada teoría de la argumentación jurídica ha enfatizado mucho esta distinción entre explicar y justificar. Así, por ejemplo, Atienza ha dicho: “Es posible que, de hecho, las decisiones se tomen, al menos en parte, como [los realistas] sostienen, es decir, que el proceso mental del juez vaya de la conclusión a las premisas e incluso que la decisión sea, sobre todo, fruto de prejuicios; pero ello no anula la necesidad de justificar la decisión, ni convierte tampoco esta tarea en algo imposible.”⁴⁸ En el próximo apartado esgrimiré lo que considero la debilidad fundamental del realismo como metodología de la praxis judicial.

En definitiva: Me parece que las corrientes metodológicas expuestas (en especial las prescriptivas) pasan por alto, en mayor o menor grado, datos empíricos fundamentales de la experiencia humana: desconocen, por ejemplo, lo difícil que es dirigir la conducta particular a partir de raseros generales y abstractos; violentan la psicología conductual al presuponer un individuo (el juez) con comportamientos mecánicos y previsibles; desconocen la dinámica del lenguaje al asumir que los conceptos jurídicos indeterminados pueden dar contenido concreto a la acción y, en fin, ignoran la complejidad psicológica, lingüística, política, ética e ideológica que significa redactar una sentencia. En cuanto al realismo, tampoco me hago muchas ilusiones. A pesar de que concuerdo, en su mayoría, con las observaciones que éste efectúa, no estoy de acuerdo con las consecuencias que de allí extraen. Opino que el realismo en los enfoques críticos de la metodología se queda corto en el análisis del discurso jurídico, tal y como seguidamente demostraré.

2. Planteamiento del autor: El carácter mítico-simbólico de la metodología del derecho

En lo personal estimo que la debilidad fundamental del realismo jurídico reposa, al menos en cuanto a su eventual aplicación práctica, en

⁴⁸ Atienza, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Palestra Editores, Lima, Perú, 2006, p. 36.

su *no-pertinencia sociológica y psicológica*. Esta es mi hipótesis de trabajo. Ahora bien, ¿qué quiero decir exactamente con esto? Para explicar mejor esta idea me serviré de un ejemplo metafórico. El realista en el mundo jurídico se asemeja, en una gran medida, al actor de teatro de una tragicomedia. Imagínese usted, lector, qué sucedería si, repentina y súbitamente, el actor principal en la trágica obra *Romeo y Julieta* se detuviera, en esa escena fatal y aciaga donde Romeo está muriendo, a confesarle al público que no tiene porqué sentirse triste o llorar, pues su muerte no es una muerte *real* y su nombre verdadero no es Romeo sino Enrique P. Müller. ¿Qué sucedería?

¡Nuestro querido personaje pasaría a la historia teatral por lo irrisorio y estrafalario de su conducta! Es evidente que lo que dice Enrique P. Müller es definitivamente verdad: él no es el “Romeo” original de la tragedia de Shakespeare y su muerte, por más dramática que parezca (¡si el actor es bueno!), tampoco es real. Una declaración en ese sentido resulta, por tanto, verdadera, pero vacía –trivial epistemológicamente– desde el punto de vista de las expectativas del auditorio y de la lógica histriónica; es decir, de los respectivos “juegos del lenguaje” (Wittgenstein) que allí operan. Su contenido cognitivo es secundario, pues le dice al público lo que éste ya sabe, *pero que no quiere escuchar*. La declaración del actor violenta, pues, de una manera torpe, la “gramática” implícita del lenguaje que se requiere para ser actor. Un actor que esté obsesionado con decir, en cada capítulo de su actuación, “la verdad” sobre su papel no es, en definitiva, un buen actor. Él es, a lo sumo, un mentecato (o un excéntrico) quien no ha comprendido la “forma de vida” propia del juego teatral. Esto es, idénticamente, lo que le sucede al realista en el plano jurídico. Él le dice a su público (la comunidad jurídica) lo que este no puede aceptar sin socavar, simultáneamente, las bases de su propia organización histórico-cultural. Esta situación ya fue vista, con toda claridad, por Arnold:

Los ataques mediante argumentos lógicos, si existe la necesidad emocional para la existencia de una cierta institución, son del todo estériles. Ellos no cambian en lo absoluto la institución, sino que únicamente confunden las bases jurídicas o teológicas hasta que el ataque sea reflejado y pierda totalmente su fuerza. El cambio social es, generalmente, el resultado de modificaciones indirectas, de un cambio en el significado de los símbolos, sin que nadie se dé cuenta de que dichas modificaciones o

cambios están teniendo lugar. De allí que éste se vea más bien obstaculizado que propiciado por los ataques argumentativos directos y frontales...⁴⁹

Lo que el realista no comprende cabalmente, es que toda crítica del derecho (en especial de la actividad judicial) está, por lo dicho, potencialmente condenada al fracaso, en especial si ésta ataca las bases *simbólicas* mismas de la estructura jurídica.⁵⁰ Esta condena no se deriva, repetimos, de la debilidad epistemológica de sus argumentos ni de la invalidez de sus razones. Todo lo contrario: sus postulados son generalmente correctos, la coherencia lógica de sus afirmaciones muchas veces impecable, la fundamentación indiscutible, pero la *pertinencia* de sus fundamentos cuestionable. No sin razón suele suceder que las grandes obras del realismo jurídico de antaño (las de Frank, Holmes, Arnold o Llewellyn), no hayan sido nunca respondidas de una forma convincente. La política que aquí opera es la del silencio y la indiferencia, mientras que los debates y discusiones continúan, en el “infierno” de los conceptos, como si tales obras no existiesen o como si sus autores nunca hubiesen profesado palabra alguna sobre el fenómeno jurídico: *El silencio es cortés y rentable la genuflexión.*⁵¹

En fin: las razones para el fracaso de los argumentos realistas, para su falta de pertinencia sociológica y psicológica, reposan, desde mi punto de vista, en otro sitio, a saber: en la necesidad social inquebrantable y constante de la ilusión y del auto-engaño en la cultura jurídica. Y el derecho es, indudablemente, una fuente inagotable de ilusiones. La verdad fundamental de toda organización social, jurídicamente organizada, fue expresada por Sebastian Brant hace más de quinientos años en una forma insuperable: “El mundo quiere ser engañado”.

⁴⁹ Arnold, Th.: “Apologia for Jurisprudence”, en: *Yale Law Journal*, volumen XLIV, número 5, 1935, página 748. “*Argumentative attack, if the emotional need for the institutions is strong, does not change the institution: instead it complicates its jurisprudence or its theology, until the attack is deflected and loses its force in a maze of learning. Social change is usually the result of indirection, of the change of meaning of symbols without anyone quite realizing when the change took place. It is usually more hindered than helped by direct argumentative attack on the theology of the existing institution.*”

⁵⁰ Hay que reconocer, empero, lo siguiente: no se puede descartar, de manera absoluta, que alguien acepte intelectualmente todas las consecuencias del realismo jurídico. Ello, sin embargo, no le serviría de mucho en el plano de la justificación práctica de sus decisiones.

⁵¹ Nieto, A., *Balada de la Justicia y la Ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 17.

Es a partir de esta premisa (la del engaño) que se erigen los distintos “universos simbólicos” (Berger/Luckman) y las construcciones ideológicas de las comunidades humanas, las cuales demandan, es más, *exigen*, que el discurso de esos universos *aparente* ser racional, ideal, justo. Cada comunidad social requiere su dosis diaria de **ficción**, que es absolutamente incompatible con una Jurisprudencia realista. El derecho está, por ende, al servicio de esta ficción o mentira colectiva que no puede ser atacada eficazmente mediante la “verdad”. Pocos autores han plasmado esta situación en una forma tan clara como el ya citado Thurman Arnold:

Si los Tribunales –o al menos las personas que trabajan en ellos– no creyeran categóricamente que la Justicia es impartida de acuerdo con los dictados inexorables de una Ciencia Lógica Impersonal, entonces nuestra maquinaria para la administración del derecho no existiría tal y como hoy la conocemos. De igual forma que los individuos cultivan sueños e ilusiones, así también lo hacen sus instituciones judiciales.⁵²

Ahora bien, todo lo dicho hasta este punto no implica que en un plano puramente *intelectual*, en un meta-nivel (contexto de validez) no sea posible lograr unos grados relativamente altos de racionalidad en el análisis del discurso jurídico. Es más, se puede conceder incluso que en el plano práctico (el de la vida judicial) sea alcanzable una cierta cuota de realismo metodológico. Negar esta posibilidad es incurrir en un *absolutismo* de corte maniqueo (todo o nada), según el cual las cosas funcionan o no funcionan, las personas actúan realistamente o fantasiosamente, los jueces son honestos o mentirosos, etc. La realidad nunca es así. Allí se entremezclan, de manera muy caótica, diferentes planos de la realidad y la ficción. Sin embargo, el punto medular que aquí he tratado de exponer es que el realismo, como doctrina *oficial* de una metodología del derecho, no es posible en un grado alto. Y ello por la simple razón de que, en no pocas ocasiones, las personas quieren engañarse a sí mismas, pero también engañar a los otros. *¡La mentira es psicológicamente gratificante y socialmente productiva!* “Los seres humanos son tan ingenuos y están siempre tan dispuestos a obedecer las

⁵² Véase: “The role of substantive law and procedure in the legal process”, *Harvard Law Review*, Nr. XLV, Nr. 4, 1932, página 618.

necesidades de su tiempo, que alguien que tenga la suficiente voluntad para engañar, encontrará siempre a aquellos que desean ser engañados” nos decía Maquiavello de manera certera.

Así, pues, concluyamos, que la metodología jurídica realista tiene como propósito fundamental “cazar los mitos” (al decir de Norberto Elias) en el mundo jurídico. Pero, entonces, hemos de reconocer que el principal de esos mitos, contra el cual se debe luchar, consiste en creer que con dicha cacería se logrará cambiar radicalmente el status epistemológico de la ciencia jurídica o de su práctica vital. No hay metodología humanamente posible que transforme al derecho (más concretamente *la práctica* del derecho) en una actividad científicamente rigurosa. No hay Jurisprudencia que logre que todos los hombres (¡esa raza de *espermatozoides verbosos*, al decir de Emil Ciorán!) abandonen las mentiras paternas y las ilusiones que le dan sentido a su existencia.⁵³ El derecho permanecerá siendo, quierase o no, el *pájaro loco de las ciencias* (Rodell). Ello puesto que la carencia de rigor, es decir, el uso de la retórica y de la superstición tienen allí (¡y en la civilización en general!) un papel fundamental.⁵⁴ Ellos hacen posible la convivencia social. De allí que no quepa más, nos guste o no, que concluir con Charles Macklin y afirmar que: “*El derecho es una especie de ciencia de la charlatanería,*”⁵⁵ y lo seguirá siendo...

Es muy probable que estas conclusiones resulten, para un lector desapasionado, bastante extremas y pesimistas. Sin embargo, creo poder brindar la clave por la cual he llegado a estos resultados. Se trata de lo siguiente: si observamos con detenimiento las corrientes metodológicas que se han expuesto en la primera parte de este trabajo se notará que ellas proponen, con mayor o menor detalle y optimismo, ciertas ideas o lineamientos para posibilitar un ejercicio racional, o al menos razona-

⁵³ De allí lo ilusorio de la pretensión del propio Jerome Frank al exclamar: “Es necesario abandonar la fabricación de mitos y mentiras paternas: esa historia de Santa Claus de la completa certidumbre jurídica; el cuento de hadas de una fuente dorada del derecho que ya está ahí, y que el buen jurista puede encontrar con solo ser lo bastante diligente; la fantasía de un sistema estéticamente satisfactorio y armonioso, consistente y uniforme, que brotará cuando hallemos la varita mágica de un principio racionalizador”, *Law and the Modern Mind*, Editorial Tudor, New York, 1936, p. 224.

⁵⁴ Respecto a esta tesis es necesario confrontar el extraordinario libro de Leszek Kolakowski, *La presencia del Mito*, traducción de Gerardo Bolado, Cátedra, Madrid, 1999.

⁵⁵ Citado por Rodell, F., *¡Ay de vosotros, abogados!*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 25.

ble, del derecho. En el planteamiento de esas ideas, las corrientes discutidas parten de una *crítica* (a veces radical) de algún aspecto de la realidad jurídica que se considera viciado o insuficiente. Así tenemos, por ejemplo, que algunos realistas desconfían enormemente de poder extraer conclusiones particulares a partir de criterios normativos generales. En virtud del carácter indeterminado del lenguaje jurídico (sobre el cual se construyen las normas), resulta imposible que el contenido de una decisión esté fijado por el contenido de la norma. Con otras palabras, las resoluciones judiciales (y jurídicas en general) no se basan en lo que dice la ley, sino en otros factores (políticos, ideológicos, religiosos) que afectan la “cabeza del juez”. A esta forma de realismo se le ha llamado, en la tradición metodológica, *escepticismo ante las reglas (Rule-Skepticism)*⁵⁶.

Por otro lado, están aquellos que no desconfían de las normas, pues según ellos es posible, con algún esfuerzo, precisar el contenido de esas normas y a partir de allí argumentar por una u otra solución. Es cierto que el lenguaje normativo es indeterminado (vago, polisémico, ambiguo), pero ese es un problema que no tiene porque conducir a un *nihilismo metodológico*. Ahora bien, estos teóricos que son optimistas frente al universo normativo, no necesariamente son optimistas frente a otros aspectos de la realidad jurídica. Ello puesto que también existe lo que se ha denominado *escepticismo ante los hechos (Fact-Skepticism)*⁵⁷.

⁵⁶ “En opinión de estos escépticos, el problema es que las reglas jurídicas formales enunciadas en las sentencias de los tribunales –a veces llamadas ‘reglas sobre el papel’ (paper rules)– con demasiada frecuencia resultan ser poco fiables como guías para la predicción de las decisiones. Ellos creen que pueden descubrir, tras las ‘reglas sobre el papel’, algunas ‘reglas reales’ (real rules) descriptivas de uniformidades o regularidades en el comportamiento judicial efectivo, y que esas ‘reglas reales’ servirán como instrumento de predicción más fiables, proporcionando una gran dosis de predecibilidad operativa sobre el resultado de pleitos futuros.” Pérez Lledó, J.A., citado por Haba, E.P., *Axiología jurídica fundamental. Bases para la valoración en el discurso jurídico*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2. edición corregida y ampliada, San José, 2007, p. 204.

⁵⁷ “Al segundo grupo yo lo llamaría ‘escépticos ante los hechos’ (fact skeptics). También ellos, abrazando el ‘escepticismo ante las reglas’, miran por detrás de las ‘reglas sobre el papel’. Por muy precisas o definidas que puedan ser las reglas jurídicas formales –dicen estos escépticos ante los hechos–, por mucho que se pueda descubrir uniformidades tras esas reglas formales, aun con todo eso es imposible, y siempre será imposible, predecir decisiones futuras en la mayoría (no en todos) os pleitos aún no comenzados o no juzgados, debido al carácter evasivo de los hechos sobre los que giran las decisiones.” Pérez Lledó, J.A., citado por Haba, E.P., *op.cit.*, 2007, p. 204.

Ellos dicen que por mucho que pueda precisarse el contenido de las normas, sea mediante argumentos semánticos, lógicos o puramente dogmáticos, lo cierto del caso es que los hechos son, en alto grado, indeterminados o inciertos. Sobre ellos no puede existir certeza, pues siempre son reconstruidos sobre bases precarias y contingentes (testimonios, recuerdos, narraciones, etc.).

Nótese, y esto es fundamental en mi argumento, que las distintas corrientes metodológicas (no importa si se trata de las “muy optimistas” o las “menos optimistas”); es decir, no importa si se trata de la exégesis hermenéutica, de la retórica, de la lógica jurídica, del formalismo o de las más modernas teorías de la argumentación, tratan, por todos los medios a su alcance, de combatir a los *Rule Skeptics* y a los *Fact Skeptics*. Si quisiéramos plantear una hipótesis de trabajo un tanto extrema, podría decirse que toda la historia de la metodología jurídica se reduce a una lucha constante y firme contra estas dos formas básicas de escepticismo jurídico. La totalidad del arsenal metodológico y del instrumental conceptual (desde los antiguos cánones de la interpretación de Savigny, pasando por los *topoi* de Vieweg, por la lógica fundacional de Klug, por el tribunal de la razón de Toulmin hasta las más modernas construcciones de Alexy, MacCormick, Aarnio y Atienza, no son otra cosa que una forma de enfrentar los problema que plantean el escepticismo ante las reglas y ante los hechos.

Yo de mi parte, puedo conceder que todos estos autores (con sus rigurosas teorías) han hecho mucho para combatir al *Rule-Skepticism* y al *Fact Skepticism*. Es más, me atrevería a decir que, si uno pudiera tomar en cuenta todos los componentes que ha propuesto la metodología jurídica en el último siglo, tendría buenos elementos para decir que ambas formas de escepticismo han sido derrotadas. Sin embargo –y aquí viene lo fundamental de mi posición– el problema central no radica en las normas ni en los hechos, sino en las personas. De nada sirve ser escéptico frente a las normas o frente a los hechos, sino se tiene en cuenta el elemento fundacional: a los seres humanos que trabajan sobre esas normas y esos hechos. ¡Es frente a ellos que hay que ser escéptico! Por eso, resulta conveniente acuñar una nueva forma de escepticismo que se llame precisamente: *People-Skepticism*. Según este, toda construcción teórica (independientemente de cuán rigurosa, lógica o verdadera sea) se encuentra supeditada a las conductas humanas que le dan origen. La materia prima, la sustancia, el elemento *sine qua non* de las

construcciones científico-rationales es la persona que está detrás de ellas. Son esas personas (con sus virtudes, pero también con sus prejuicios, achaques y manías) las que determinan, en última instancia, la implementación y la eficacia operativas de los logros teóricos alcanzados en cualquier etapa evolutiva del desarrollo científico-tecnológico.

El *People-Skepticism* atraviesa todas las formas y estadios de la organización jurídica: desde el plano científico-doctrinal hasta el legislativo, el judicial y el ejecutivo. En todos estos estadios habrá que considerar el *factor humano* (i.e. a los científicos, a los diputados, a los jueces y a los funcionarios públicos) como la variable realmente decisiva. Las normas podrán ser precisas, los hechos confutables, mas sino hay una disposición anímica-personal para su cumplimiento y aprehensión, entonces los logros alcanzados serán siempre precarios e inseguros. De aquí se puede extraer una máxima metodológica de acción: Mirar siempre a las prácticas sociales en sus intrincadas manifestaciones. Tomar en cuenta lo que se dice, pero sobre todo lo que se hace. Observar las ceremonias oficiales, pero también estar atento a lo que sucede en los entretelones, en los pasillos escondidos, en las camarillas que se reúnen después del trabajo para discutir cómo resolver un caso difícil. El *People-Skepticism* presupone, entonces, aquello que Peter Berger denominaba la *perspectiva irrespetuosa de la sociedad*.⁵⁸ Una actitud de sana desconfianza, un estar dispuesto a mirar por las cerraduras de las puertas en los tribunales de justicia, a mirar por detrás –y si es del caso, por encima– del hombro de aquellas personas a quienes compete la creación y la aplicación del ordenamiento jurídico.

En resumen: Los cultores de la metodología jurídica podrán continuar realizando todas las precisiones conceptuales y los desarrollos epistemológicos que quieran, pero siempre subsistirá el *agente social* encargado de su implementación práctica. Y como la historia demuestra –incluso con ejemplos brutales– que en la aventura humana entran toda clase de consideraciones en juego (mitos y leyendas), entonces lo más conveniente será ser prudente y no dar rienda suelta a la imaginación.

⁵⁸ Berger, P.L., *Invitation to Sociology. A Humanistic Perspective*, Anchor Books, Nueva York, 1963, p. 43.

Bibliografía

- Adomeit, K., *Methodenlehre und Juristenausbildung*, revista alemana ZRP (Zeitschrift für Rechtspolitik), C.H. Beck Verlag, Munich, 1970.
- Albert, H., et al., *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, tomo 2: “Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft”, Bertelsmann Universitätsverlag, Düsseldorf, 1972.
- Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Discourses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Frankfurt am Main, 1992.
- Arnold, Th., “The role of substantive law and procedure in the legal process”, *Harvard Law Review*, Nr. XLV, Nr. 4, 1932.
- _____, “Apologia for Jurisprudence”, *Yale Law Journal*, volumen XLIV, número 5, 1935.
- Atienza, M., *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona, 2006.
- _____, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Palestra, Lima, Perú, 2006.
- Atienza, M., Ruiz Madero, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel derecho, Barcelona, 1996.
- Bydlinski, F., “Unentbehrlichkeit und Grenzen methodischen Rechtsdenkens”, en la revista alemana AcP 188 (1988), Mohr Siebeck, Tübingen.
- Calvo García, M., *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- Courtis, Ch., “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, En: *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, editado por Miguel Carbonell et al., Editorial Porrúa, México, 2004.
- _____, (Compilador), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- Cruz Parceró, J.A., “Los métodos para los juristas”, en: Courtis, Ch., (Compilador), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.

- Dworkin, R., “Is Law a System of Rules?” En: *The Philosophy of Law*, Oxford Readings in Philosophy, editado por R. M. Dworkin, Oxford University Press, 1977.
- _____, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Ariel derecho, Barcelona, 1984.
- Esser, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1970.
- Fikentscher, W., *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 5 tomos, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975 y ss.
- Frank, J., *Law and the Modern Mind*, Editorial Tudor, New York, 1936.
- Haba, E. P., “Metodología realista–crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)” en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho* 25 (2002), Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, España.
- _____, *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*, tomos I y II, Editorial Vlamarán S.A., San José, Costa Rica, 2003.
- _____, *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*; Dykinson, Madrid, 2006.
- _____, “El Bluff Dworkin. Rehabilitación del no-saber como ‘novedosa’ Teoría del Derecho”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho* 24 (2001), Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, España.
- _____, “Imposibilidades para las ciencias de lo humano. Una ideología profesional: la concepción ‘misionera’ de las ciencias sociales”, *Revista de Ciencias Sociales* 70, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica. [Forma parte del libro del autor: *Entre tecnócratas y “wishful thinkers”*, programada para publicarse en la Editorial Comares, Granada].
- _____, Haba, E.P., *Axiología jurídica fundamental. Bases para la valoración en el discurso jurídico*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2. edición corregida y ampliada, San José, 2007.
- Hernández Gil, A., *Metodología de la Ciencia del derecho*, 3 tomos, edición preparada por el autor, Madrid, 1971.
- Kolakowski, L., *La presencia del mito*, traducción de Gerardo Bolado, Cátedra, Madrid, 1999.

Kramer, E. *Juristische Methodenlehre*, C.H. Beck Verlag, Munich, 1998.

Moore, G.E., *Principia Ethica*, Prometheus Books, New York, 1988.

Müller, F., *Juristische Methodik*, 2. edición, Duncker & Humblot, Berlin, 1976.

Nieto, A., *Balada de la Justicia y la Ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

_____, *El arbitrio judicial*, Ariel derecho, Barcelona, 2000.

Opp, K.-D., *Soziologie im Recht*, Editorial Rowohlt, Hamburg, 1973.

Pawlowski, H. M., *Einführung in die juristische Methodenlehre. Ein Studienbuch zu den Grundlagenfächern Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie*, 2. edición, Editorial C.F. Müller, Heidelberg, 2000.

_____, *Methodenlehre für Juristen*, 2. edición, C.F. Müller, Grosses Lehrbuch, Heidelberg, 1991.

Röhl, K., *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 2. edición, Carl Heymanns Verlag, Köln et. al., 2001.

Rodell, F., *¡Ay de vosotros, abogados!*, Depalma, Buenos Aires, 1994.

Rüthers, B., “Enleitung zum fortgesetzten methodischen Blindflug?”, en la revista NJW 1996, página 1249 y ss.

_____, *Rechtstheorie*, Editorial C.H. Beck Verlag, Munich, 1999.

Salas, Minor E., *Kritik des strafprozessualen Denkens. Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens*, Verlag C.H. Beck, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, editado por Claus-Wilhelm Canaris, Peter Lerche, Claus Roxin, Tomo 194, Munich, 2005.

_____, “La dogmática jurídico-penal: ¿Un viaje fantástico al reino de Absurdistán o un arma eficaz contra la irracionalidad de la justicia penal?”, en: Courtis, Ch., *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pp. 259 y ss.

_____, “Vade Retro, Fortuna. O sobre la expulsión de ‘Satanás’ –el azar– del mundo de las ciencias sociales (con especial énfasis en la ‘ciencia’ jurídica)”, en: *Doxa* 27 (2004), Cuadernos de Filosofía del Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, España, pp. 377-391.

_____, “¿Qué pasa actualmente en la teoría del derecho alemana? Un breve bosquejo general”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del*

derecho 24 (2001), Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, España, pp. 203 y ss.

Ständige Deputation des deutschen Juristentages: *Stand und Möglichkeiten der Justizforschung*, Band II, C.H. Beck Verlag, Munich, 1972.

Recepción: 5/10/2005

Aceptación: 7/5/2007