

PARA ACUDIR A LA TEA COMO «MAL MENOR» (Puntualizaciones en torno al comentario de Óscar Sarlo) *

Enrique P. Haba

Universidad de Costa Rica

RESUMEN. En relación con el comentario de Ó. SARLO, «Algunas observaciones críticas...», la presente respuesta acepta que la mayor parte de ellas son acertadas, pero haciendo notar que no están en contraposición (aunque su propio autor pareciera pensar que varias sí) con lo sostenido en el estudio «Razones para no creer...». No obstante, se hace ver también unas confusiones centrales que forman parte sustancial aun de tales «observaciones»: 1) A dicho estudio se le imputa una posición de lo más absurda, desconocer que hay también «modelos ideales» con efectos prácticos; ello a pesar de que en ese mismo estudio se encuentra subrayado, a texto expreso, justamente lo contrario de tal suposición. 2) Se cae en unas no-diferenciaciones, despistadoras, emergentes de dos confusiones «categoriales» básicas: a) indistinciones entre unos ideales (como los del tipo «estándar») y la realidad (jurídica); b) indistinciones entre utilidad y verdad. En cuanto a que unos estudios de la TEA puedan brindar ciertas indicaciones que ocasionalmente resulten «útiles» para argumentar en los tribunales: aquí se reconoce que esa corriente doctrinaria, a pesar de ser esencialmente reduccionista y no poco disimuladora, contiene también importantes exámenes en donde se llama la atención sobre ciertos aspectos de superficie de la discursividad jurídica que bien merecen ser tomados en cuenta. De ahí que la TEA venga a constituir un «mal menor» para el pensamiento jurídico. No sólo lo es en comparación con la dogmática jurídica profesional corriente, sino también frente a la mayor parte de cuanto en los últimos tiempos se viene publicando para la disciplina Teoría del Derecho.

Palabras clave: teoría «estándar» de la argumentación (TEA), confusiones «categoriales», «utilidad», verdad, modelos ideales.

ABSTRACT. In relation to Ó. SARLO's commentary, «Some critical observations...», this answer accepts that the majority of these observations are right, but draws attention to the fact that they do not contradict what is held in the study «Reasons not to Believe...» (although the author himself appeared to think a number of them did). However, some unclear concepts which still constitute a substantial part of such «observations» can be found: 1) «Reasons not to Believe» is considered to take an extraordinarily absurd position, namely that it ignores the fact that there are also «ideal models» with practical effects; this is the case despite the fact that in the study itself it is explicitly underlined that precisely the opposite is true. 2) In SARLO's «observations» there are misleading non-differentiations, which originate in two basic «categorical» unclear concepts: a) a lack of distinction between ideals (like those of the «standard») and (legal) reality; b) a lack of distinction between utility and truth. In reference to the fact that studies on STA can provide certain indications which occasionally turn out to be «useful» when arguing in court: here, what is acknowledged is that this line of thought, despite being essentially reductionist and rather unclear, also contains significant studies in which attention is drawn to certain superficial aspects of legal discourse which are well worth taking into account. As a result the STA constitutes a «lesser evil» for legal thought. This is not only the case compared to the professional legal dogmatics of today, but also with respect to most of what has recently been published in the field of Theory of law.

Keywords: «standard» theory of argumentation (STA), category-mistakes, «utility», truth, ideal models.

* Fecha de recepción: 9 de mayo de 2011. Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2011.

«... sobre todo, corresponde distinguir de la manera más nítida posible la interpretación del derecho que efectúe la ciencia jurídica y la interpretación realizada por órganos jurídicos [jueces, administración, etc.]».

KELSEN

Agradezco muy especialmente a mi amigo, Ó. SARLO, sus enriquecedoras observaciones. Yo diría (pero tal vez no es la opinión de él mismo) que no se hallan en contraposición, propiamente, con lo señalado en mi estudio básico¹. Según veo eso yo, casi todas ellas aportan más bien unos ángulos de enfoque complementarios con respecto a lo mío. Creo que la diferencia fundamental reside en que mis propias anotaciones se ubican sobre todo en un plano crítico-*descriptivo*, mientras las suyas se preguntan principalmente sobre la *utilidad* que la «teoría estándar de la argumentación» (TEA) pueda revestir para los razonamientos en la práctica jurídica. Es verdad que no he dejado de referirme también a esto último, hasta aludo a ello como acotación dentro del título general de dicho estudio («... inocuidad...»). Empero, si bien se mira, lo señalo apenas como una consecuencia secundaria de todo lo demás explicado allí. Hasta podría ser que eso último no fuera del todo exacto, sobre todo si se introducen ciertas precisiones en cuanto a lo de «utilidad» (o «ayudar» a «mejorar», como dice ATIENZA: *cfr.* HABA-3: II.5), pero aun así quedaría en pie la pregunta principal en cuanto a la *mayor parte* de lo señalado por mí: en cuanto a *esto* mismo, lo descriptivo, ¿qué habría de *no-verdad* en mis afirmaciones?

Mucho de lo planteado por SARLO tiene su respuesta dentro de mis puntualizaciones sobre el segundo comentario de ATIENZA. Me parece que los principales errores de mi compatriota, o al menos se trata de unas no-diferenciaciones que resultan engañosas, emergen de dos confusiones «categoriales» básicas: *a*) indistinciones entre unos ideales (como los del tipo «estándar») y la realidad (jurídica); *b*) indistinciones entre utilidad y verdad. No me cabe la menor duda de que SARLO no ignora estas elementales distinciones; sólo que, al parecer, se le ha pasado por alto tenerlas presentes al escribir ese comentario.

Seguiré el mismo orden del escrito de SARLO, así el lector podrá fácilmente ubicar los pasajes a que me refero; pero mis subtítulos tienen diferencias con respecto a los colocados por él y las cursivas en las transcripciones van siempre por mi cuenta (salvo advertencia en contrario).

1.

¿La TEA es un «tipo ideal»? Voy a pasar por encima de esta pregunta, ella me demandaría entrar en precisiones que puedo obviar aquí. Sea o no que a la TEA se la considere ubicable bajo dicha categoría, a mi juicio la pregunta más importante es qué papel desempeñe aquella *realmente*.

¹ HABA-1 («Razones para no creer...»). Voy a utilizar las mismas abreviaturas indicadas en la n. 3 de «Avatares de lo “racional” y lo “razonable”...»; este último estudio lo identificaré como HABA-3.

Dice SARLO: «... siempre se exige una *fundamentación* y que podemos distinguir la *calidad* de unas argumentaciones ... es necesario contar con esquemas racionales para analizarlos críticamente [a los discursos jurídicos] ...». Nunca he sostenido lo contrario, antes bien he enfatizado tal cosa en distintos contextos². Eso sí, yo subrayo que no es correcto asimilar sin más las elucidaciones «críticas» en Teoría del Derecho (metalenguaje) con los razonamientos que son operantes en los razonamientos judiciales mismos (lenguaje-objeto)³. No es imposible que algunas de aquellas elucidaciones lleguen a tener alguna influencia en algunos de estos últimos; mas esto no puede darse por descontado, ni mucho menos.

2.

2.1. Caracterización de la TEA

Dice SARLO: «... la TEA ... no pretende ... ser una teoría científica: no da cuenta o se interesa por la *realidad* sino por la *calidad* de la argumentación». □ Como por «teoría científica» se pueden entender discursos muy diversos, no haré hincapié en esa calificación—. Ahora bien, ¿es verdad que dicha teoría se *desinteresa* de la «realidad» y se interesa solamente —o, en todo caso, *muy* principalmente— por la «calidad de la argumentación»? Desde luego, ¡es justamente eso [«... se *desinteresa*...»] lo que he insistido en subrayar yo, una y otra vez! Quienes se vuelcan, por su propio lado, en hacer por DISIMULAR tal diferencia, ¡fundamental!, son justamente los autores de tales teorizaciones. ¿Dónde y cuándo se ha visto que uno de ellos comience sus conferencias haciendo la advertencia siguiente más o menos?: «Vean, señoras y señores, no se les vaya a ocurrir pensar que vengo a hablarles de qué pasa realmente en los tribunales. Yo me ocupo de otras cosas: de lo que se trata, para mí, es de exhibir ciertos criterios para apreciar «críticamente» si son o no son *recomendables* unos tipos de argumentaciones. Esto es para cuando alguno de ustedes tenga ganas de seguir estos nobles consejos, o simplemente de curiosear sobre si razonan o no razonan así unos colegas...». [Acotación. SARLO menciona el «punto cinco de la caracterización de ATIENZA». Pero recuérdese que yo no entiendo ocuparme sino, *específicamente*, de los rasgos subrayados por mí (uno de los cuales, ¡nada menos que el principal!, es precisamente el omitido por ATIENZA)⁴. Los demás rasgos, así ese «punto cinco», no afectan a lo señalado por mí, salvo en cuanto lo contradijeren propiamente; además, recuérdese que el propio ATIENZA señala que esos autores *no* comparten necesariamente la totalidad de dichos rasgos.]

2.2. TEA como «tipo ideal»

Dice SARLO: «... pienso que bien podrías haber explorado ... el interpretar los logros de la TEA como un *tipo ideal* en sentido weberiano» [curs. del autor]. Sí, tal vez podría

² Cfr., p. ej., mi *Metodología jurídica irreverente* [ref. como (2006a) en la bibliografía ubicada al final de HABA-1]: esp. secs. A (Tesis 11), B.I, C y D.

³ Cfr. HABA-3, II.1.ii.

⁴ Cfr. HABA-1, § 2.

haberlo hecho; mas no veo en qué ello habría invalidado la pertinencia de mi *descripción* de la TEA así como ella *es* (aunque no, tal vez, como ella podría o debería ser).

2.3. «Sentido», «ideal de racionalidad»

Dice SARLO: «Yo parto de la base de que entendemos las acciones que cumplen los abogados y jueces ... como acciones dotadas de *sentido*...». ¡Jamás he dicho lo contrario!⁵

Agrega: «Sólo a partir de un tipo ideal ... estamos en condiciones de juzgar críticamente las prácticas argumentativas. Si no presuponemos algún *ideal* de racionalidad, no estaríamos en condiciones de *comprender* las acciones realizadas, y en especial no estaríamos en condiciones de *criticarlas*». Siempre dejando de lado el examinar lo de la calificación como «tipo ideal», esta puntualización señala, con otras palabras, lo que básicamente he insistido en subrayar yo también: el papel no menos inevitable que decisivo de *ideales*, sean cuales fueren, en los razonamientos jurídicos⁶. Eso sí, «comprender» y «criticar» son dos niveles diferentes; puede crear confusión no distinguirlos entre sí, dependiendo de *qué* se quiera hacer notar.

2.4. Las «decisiones razonadas» lo son «en términos institucionales»

Dice SARLO: «... creo que una auténtica teorización (comenzando por la construcción de un tipo ideal) debería partir de la base que las disputas judiciales no giran en torno a una corrección (o racionalidad) moral *abstracta* y total, sino en torno al logro de decisiones razonadas, justificadas en términos *institucionales*, en el marco de una indudable *discrecionalidad* interpretativa (tópica) de los tribunales. Ésta es la imagen a la cual llega PERELMAN en su *Traité*, y que me parece una buena base de teorización. (...) En materia social no podemos *universalizar* fácilmente». ¡Estoy completamente de acuerdo! Por eso mismo es que, al oponer la posibilidad de una teoría *realista* sobre la argumentación jurídica a las teorías «estándar» acerca de ésta, señalé justamente que PERELMAN I (*Traité*), a diferencia de PERELMAN II (*Logique juridique. Nouvelle rhétorique*), debiera servir como una fuente de inspiración para aquélla⁷.

2.5 [a]. «Utilidad» de la teorización (y la TEA como «mal menor»)

Dice SARLO: «... el proceso de teorización no implica necesariamente que el teorizador —incluyendo a quien formula el tipo ideal— se ocupe de realizar investigación *empírica*: es suficiente que las categorías utilizadas en la teorización sean útiles para «ver» o «distinguir» mejor [¿o peor?] algunos aspectos de la realidad...». También con eso estoy muy de acuerdo⁸.

⁵ Cfr. HABA-3, III.1.

⁶ Cfr. HABA-1, § 9.

⁷ Cfr. HABA-1, § 1.

⁸ Cfr. HABA-3, II.6.

Agrega SARLO: «Entonces, la crítica me parece exagerada, porque la cuestión sería ésta: ¿la TEA aporta categorías de análisis *útiles* para escudriñar las prácticas argumentativas en el derecho? (...) Muchas de las categorías analíticas aportadas por los argumentativistas son de enorme utilidad para el estudio, la crítica —y hasta para la práctica— de las argumentaciones reales. Al respecto me bastaría con hacer referencia a experiencias personales ...». Sobre este asunto, el de la «utilidad», las básicas precisiones indispensables están en mi segunda respuesta a ATIENZA⁹. Incluso, allí mismo señalo *expresamente* que aun las teorías «estándar» pueden desempeñar eventualmente algún papel de orientación en el seno de los razonamientos jurídicos: «... pueden conseguir dirigir la atención hacia ciertos aspectos *semánticos* que tienen su *importancia...*»¹⁰. Eso sí, yo no disimulo para nada el carácter tan *reduccionista* que tiene semejante «utilidad», restringida a unos aspectos simplemente *semántico*-«razonabilistas», aun en caso de haberla; por eso le he contrapuesto otro tipo de aproximación, consecuentemente *realista*, eso que he llamado «modelo de cuatro pasos»¹¹. Esta aproximación no tiene por qué prescindir de ninguna eventual «utilidad» que de modo efectivo puedan llegar a tener unas indicaciones suministradas por teorías «estándar», pero va sensiblemente *más allá*¹² de cuanto permita «ver» el mero racio-semanticismo propio de estas últimas.

Teniendo en cuenta estas puntualizaciones, las «experiencias personales» que señala SARLO u otras similares no tienen por qué extrañarme; tampoco veo en qué contradigan a las tesis expuestas por mí. Yo mismo he subrayado, en otros sitios, que no cualquier dogmática jurídica viene a ser más o menos «la misma cosa»¹³. Mi posición no podría ser más neta al respecto: en todo cuanto las teorías «estándar» puedan *efectivamente* ayudar, ¡bienvenidas sean! No creo que la medida de tal posibilidad suele ser elevada ni frecuente¹⁴, pero también es cierto que, después de todo, más vale poco que nada. Desde tal punto de vista, bien puede decirse que las aproximaciones «estándar» vienen a ser como un «mal menor» para el pensamiento jurídico profesional (*infra*: 2.5.b). Eso sí, aun la existencia de tales «ayudas» —si se dan— no quita que, como conocimiento, esas teorías sean esencialmente disimuladoras y encogedoras (reduccionismo) del pensamiento jurídico¹⁵.

De una u otra manera, lo cierto es que como *conocimiento* de las efectivas dinámicas semántico-pragmáticas de los discursos jurídicos, dichas teorías son muchísimo menos reveladoras que los estudios al respecto presentados por autores realistas. Asimismo, aun los alcances *prácticos* de ellas no suelen ser capaces —por dicho reduccionismo y

⁹ Cfr. HABA-3, esp. II.4-6 y IV.2.

¹⁰ Cfr. HABA-3, II.6, esp. a la altura de la n. 47 y hasta el final de dicho numeral; también más adelante, a la altura de las nn. 60 a 62.

¹¹ Para los efectos de mera comprensión de la dinámica «racional» de los *topoi* que se «juegan» en el «marco» (KELSEN) establecido por el «primer paso» de dicho modelo, allí donde tienen reservado su papel también unas pautas semánticas como aquellas de que se ocupan las teorizaciones «estándar», pienso que sería mucho más iluminador referir tales pautas a unos esquemas de «Autoridades» como los que he explicado en otros sitios [cfr. el estudio señalado como (1994) en la bibliografía ubicada al final de HABA-1 y mis trabajos precedentes al respecto indicados en aquel mismo].

¹² Cfr. HABA-3, IV.

¹³ Cfr. *Metodología...* (ref. *supra*: n. 2): sec. A, Tesis 11 (esp. a la altura de la n. 35).

¹⁴ Cfr. HABA-3, II.5.

¹⁵ Cfr., HABA-1, sec. III y § 10; HABA-3, IV.2.

también por la vaguedad de sus conceptos fundamentales («razonable», etc.)— de llamar a intervenir ciertos conocimientos científico-*empíricos* como los demandados por procedimientos realistas (p. ej., en el modelo de «cuatro pasos»). Pero, así y todo, unas indicaciones suministradas por teorías «estándar» pueden resultar más aclaradoras, en tales o cuales aspectos, que ciertos artificios «celestiales» de la dogmática jurídica corriente, como también que unas formulaciones del discurso jurídico carentes de todo respaldo analítico [p. ej.: una «ponderación» de principios constitucionales sometida a los requisitos que señala ALEXY puede resultar no tan «caprichosa» —a pesar de lo disimuladora (*infra*: a la altura de la n. 22)—, y hasta ser un tanto realista, a diferencia de cuando los jueces aplican alguna jerarquía entre principios jurídicos sin someterla a ningún esfuerzo de análisis propiamente dichos].

2.5 [b]. Variedad de auditorios (y la TEA como «mal menor»)

Dice SARLO: «La teoría de la argumentación ... es un arma formidable, a condición de que exista un auditorio que valore y comprenda la racionalidad argumental». Pues sí, ¡ahí está la madre del borrego! Aunque lo de «formidable» me parece bastante exagerado, de cualquier manera es muy cierto que la acogida que pueda tener cualquier teoría depende siempre de *cómo* esté conformada la mentalidad de los auditores. El auditorio en que piensa SARLO sería, al parecer, uno constituido por juristas profesionales prácticos, principalmente los jueces. En este caso se aplica, pues, lo que he señalado un poco más atrás (a la altura de la n. 13), en cuanto a que ello depende del «nivel» que tenga la formación intelectual dominante entre los juristas del país en cuestión; sobre todo, a qué grado de *exigencia* en tal sentido hayan sido sometidos allí en las Facultades de Derecho. Si esa formación es «chambona», como sucede en no pocos países, ahí la «cabeza» de los jueces no dará para razonamientos que puedan exigirles algún esfuerzo mental por encima de correr por unos trillos suyos cotidianos. Entonces es probable que no puedan «entrarles» ni siquiera unos moldes argumentativos como los presentados por tales o cuales teorías «estándar», a pesar de que, al fin de cuentas, éstas no suelen poner en jaque los pilares básicos del normativismo jurídico. Empero, justamente por «hacer la vista gorda» con respecto a esos pilares mismos (Síndrome normativista y demás), sí es posible que unas «pistas» argumentativas sugeridas por dichas teorías logren convencer a jueces con formación dogmático-jurídica exigente.

También es cierto que tendrían muchísimo menos posibilidades de ser acogidos, aun por jueces como esos últimos, los planteamientos integralmente jurídico-realistas; o sea, unas razones no complacientes con ningún *sacrificium intellectus* (reduccionismo, un «justo» no-callar-pero-callar)¹⁶ como estos que las teorías «estándar» comparten con el auditorio-juristas en general. De ahí que, por ejemplo, una propuesta de modelo analítico-realista como el procedimiento de «cuatro pasos», desde luego no tiene, ni remotamente, la posibilidad de ser visto allí con buenos ojos, salvo por jueces de lo más excepcionales¹⁷. En efecto, ni siquiera aquellos jueces a quienes están en condiciones de convencer ciertas razones como esas de factura «estándar» empleadas por SARLO, u

¹⁶ Cfr. HABA-3, esp. los dos párrafos que siguen a la n. 42.

¹⁷ Cfr. HABA-3, II.5, esp. a continuación de la n. 33.

otras de similar especie y proveniencia, muy probablemente tampoco ellos serían, en su abrumadora mayoría, «un auditorio que *valore y comprenda* la racionalidad argumental» en caso de que ésta fuese integralmente realista. Yo sería otro *wishful thinker* más, si no lisa y llanamente un mentiroso, de no estar dispuesto a reconocer ese hecho general correspondiente a la naturaleza *política* del derecho (*cfr.* KELSEN)¹⁸. Y por esto mismo, atento a que la TEA no pone para nada en jaque los mitos básicos promovidos por *tal* naturaleza, es que sus teorizaciones constituyen, a diferencia de todo programa realista para los discursos jurídicos, un «mal menor» que puede resultar compatible con los hábitos mentales básicos de la profesión jurídica¹⁹.

3.

3.1. Sobre «logros analíticos de la TEA»

Sería no poco asombroso si en los cientos de páginas publicadas por los teóricos «estándar» no hubiera ideas acertadas, o hasta muy acertadas; y éstas son muchísimas más, desde luego, que las destacadas aquí por SARLO. No veo cómo a alguien, con dos dedos de frente, se le podría ocurrir negarlo. Por supuesto, yo mismo me he adelantado a reconocer eso desde el primer instante: *cfr.* HABA-1 *in limine* (donde incluso se subraya, a modo de conclusión general: «dichas teorías pecan no tanto por todas las cosas que DICEN... ¡sino sobre todo por lo que NO dicen!»). Reitero: la TEA puede ocasionalmente servir como «mal menor».

3.2. Hay tribunales y tribunales...

Dice SARLO: «... no tomás en consideración las *diferencias* relevantes que —a mi juicio— existen entre las prácticas judiciales de los distintos tribunales». Es verdad que no he hecho tal aclaración, y hubiera correspondido hacerla. También es cierto que, por lo mismo, a tal respecto es aplicable lo ya señalado en cuanto a posibles diferencias entre unos y otros auditorios judiciales (*supra*: tercer párrafo de 2.5.a).

Así y todo, aun sin negar ni tampoco menospreciar la enorme importancia que pueden llegar a tener dichas diferencias, no creo que mis «críticas en cuanto al efecto enmascarador o ilusionista que cumple la TEA» sean aplicables exclusivamente «en contextos *ajenos* al que le dio origen» (dice SARLO). Reconozco que en muchos de esos países «ajenos», los *niveles* de «racionalidad»²⁰ (o «razonabilidad», si se prefiere llamarle así) de sus discursos judiciales se hallan muy por debajo de «los tribunales

¹⁸ *Cfr.* HABA-3, II.5, esp. a la altura de la n. 40.

¹⁹ También a este respecto cabe, pues, lo que en otro sitio he señalado a propósito específicamente de los discursos jurídicos sobre «derechos humanos». *Cfr.* E. P. HABA, 2008, «El lenguaje de los derechos humanos como un “mal menor” (Anotaciones complementarias sobre la “practicidad”, extracientífica, de los discursos con que se reclaman esos derechos)»; *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II. *Teoría y metodología del derecho*, Madrid, 607-628, esp. § V. Versión revisada en *Criterio Jurídico*, vol. 8, núm. 2, Cali (Colombia), diciembre 2008, 25-44, (pdf: http://criteriojuridico.puj.edu.co/publicaciones.php?seleccion=ver_publicacion&id_publicaciones=15). *Vid.* también HABA-3, a la altura de las ns. 55 y 56.

²⁰ No tengo inconveniente en aceptar la definición que SARLO presenta en su n. 6.

constitucionales europeos, y en especial de la Corte Constitucional alemana» que SARLO, siguiendo a ALEXY, indica como modelos por excelencia. Pero ¿qué se entiende demostrar con eso? ¿Será que ALEXY y Cía. formularán palmariamente la advertencia que lo de la teoría «estándar» es aplicable *solamente* a esos mismos tribunales, o en todo caso también a unos pocos más que tal vez se parezcan a aquéllos? Supongo que SARLO no contestaría afirmativamente a esta pregunta, y por supuesto se cuidan mucho de hacerlo esos autores mismos (por algo es que ni ALEXY ni ninguno de sus seguidores chistan palabra sobre lo demostrado por otros autores alemanes para Alemania justamente)²¹. Pero si lo que SARLO quiere decir, es que esto constituye un ideal y que es *aconsejable* aplicarlo cada vez que se pueda (en la medida en que se pueda), y que se conocen casos en que ha sucedido así aun fuera de dichos tribunales...: nuevamente, ¿dónde y cuándo he negado tal cosa? Ya lo dije: «... en todo cuanto las teorías “estándar” puedan *efectivamente* ayudar, ¡bienvenidas sean!» (*supra*: 2.5.a). En *qué* «ayuden» en cada caso, y *qué* disimulen allí mismo, se contesta caso por caso. [Pues sí, en Alemania se ha dado todo aquello sobre lo que ALEXY hace *mutis por el foro*. ¿Será que en los últimos tiempos no ocurre ya o no se presenta sino en raras excepciones? Que yo sepa, ningún partidario de ALEXY ha osado plantearle a él mismo tal pregunta. Por lo demás, asimismo no deja de ser bien sintomático que el *cálculo* presentado por ALEXY como fórmula para la «ponderación» de principios no constituye sino una “pseudoobjetividad”²², es un nuevo expediente de la «*ficción* para mantener el ideal de la seguridad jurídica» (KELSEN)²³.]

3.3. Interacción entre ideales y práctica

Dice SARLO: «... tu crítica radical no toma en cuenta la dialéctica o interacción *histórica* que puede existir entre unos modelos ideales (incluso normativos) y las prácticas correspondientes». Así SARLO está dando por supuesto que mis planteamientos conllevan, en todo caso implícitamente, unas tesis como las dos siguientes: *a*) que en general las ideas racionalistas, incluidos (agrego yo) unos ideales humanistas, *no* serían capaces de tener repercusión alguna en los contenidos de las doctrinas jurídicas ni en las aplicaciones prácticas de éstas; *b*) que el derecho sería históricamente inmovible en tal sentido, o sea, que las prácticas jurídicas dominantes en la actualidad en todos los países serían *iguales* o poco menos, en cuanto a tales contenidos, que las de siglos atrás, como también sería igualmente imposible mejorarlas *en nada* para el futuro. Si doy por supuesto (no me atrevo a dudarlo) que, en mi artículo básico [HABA-1], SARLO leyó a dicho respecto no solamente las palabras finales del último subtítulo (el ahí colocado entre paréntesis), entonces no alcanzo a ver de dónde pueda haber sacado tal «no toma en cuenta» [*i. e.*, (*a*) y (*b*)].

Para desmentir (*a*), me remito a lo señalado más atrás: 2.5.a y 3.1. En cuanto a la afirmación (*b*), estar al tanto de que no ha sido así es algo tan trivial, un hecho tan obvio para cualquiera que no esté desprovisto de los conocimientos más elementales acerca del derecho, que no alcanzo a comprender cómo se pueda

²¹ En el estudio indicado en la n 72 de HABA-1, *vid.* esp. su § 2.

²² *Cfr.* HABA-1, a la altura de las nn. 3 y 63, y esas mismas notas.

²³ *Cfr.* HABA-3, a la altura de la n. 71.

suponer que algún jurista sea víctima de semejante desconocimiento; a menos que éste hubiere afirmado *expresamente* lo contrario o que eso mismo sea conllevado *necesariamente* —aunque su autor no hubiere alcanzado a percibirlo así— por otras afirmaciones suyas. Si SARLO, o quien sea, entiende que esto último es justamente mi caso, o al menos el de ciertas afirmaciones mías en particular, siento la más alta curiosidad por ver si tal vez alguien pueda ayudarme a descubrir cuáles serían estas *mismas*.

4. CONCLUSIÓN

Dice SARLO: « Al igual que vos, pienso que es posible y conveniente disponer de una teoría de la argumentación en sentido *descriptivo/explicativo*. Para ello precisamos ... partir de una comprensión convincente de las prácticas *reales*. (...) [E]l gran obstáculo epistémico viene siendo —creo— la pereza intelectual de muchos académicos...». Si bien estoy muy de acuerdo con esta conclusión, por mi parte añadiría dos precisiones. *a)* La TEA deja mucho que desear en *tal* sentido, sobre todo. Aun cuando ella contiene incluso elementos de carácter *descriptivo* (*supra*: 3.1), los autores de esa tendencia *no* diferencian con nitidez entre estos elementos mismos y los de orden estimativo-prescriptivo-*ideal*²⁴; en los modelos «estándar» de comprensión se suele dar por presupuesta, así sea implícitamente, la equivalencia en general entre ambos niveles. Por lo demás, allí lo propiamente descriptivo es encarado de maneras esencialmente *reduccionistas*²⁵. *b)* Aun en caso de obtener unas teorías de la argumentación que no fueren tan encubridoras como la TEA, en el nivel de la *comprensión*, ello no asegura para nada que además sean tomadas realmente en cuenta en los razonamientos mediante los cuales se conforman las *prácticas* de los discursos judiciales.

Tengo la impresión de que SARLO se aferra básicamente a la siguiente pre-concepción platonizante, ampliamente generalizada en los medios académicos, muy propia del *wishful thinking* profesoral: si tenemos una *teoría* cuyos contenidos estén lo más cerca posible de señalar verdades importantes en cuanto a la materia examinada, entonces los profesionales corrientes de esa materia reconocerán sin más esas verdades y en consecuencia las aplicarán para alcanzar mejor unos fines *prácticos* señalados para ella. Tal suposición, que en muy buena medida se cumple en cuanto a tecnologías basadas en ciencias de la naturaleza, en cambio resulta verificada sólo por excepción para el ámbito de las ciencias sociales²⁶ (sin perjuicio de lo señalado más atrás: 3.3). Pero SARLO, en su comentario, pareciera dar por descontado que si unos señalamientos de Teoría del Derecho llegan a resultar «útiles» para resolver mejor ciertas cuestiones planteadas ante los tribunales, con eso queda demostrado que las teorías correspon-

²⁴ ATIENZA mismo señala expresamente que, a su juicio, por lo general no tiene mayor importancia efectuar tal distinción: «El afán de HABA por *diferenciar con precisión* los elementos descriptivos y prescriptivos de las argumentaciones jurídicas me parece equivocado...» [cfr. ATIENZA-2, 3.3.4 (aquí cursiva añadida); y *vid.* HABA-3, IV.5]. Si bien no he visto una confesión tan llana en otros autores de la TEA, las maneras en que ellos encararan las cosas en sus estudios concuerdan ni más ni menos que con esta opinión de ATIENZA.

²⁵ Cfr. HABA-3, I.4 y IV.

²⁶ Cfr. mi libro sobre la concepción «misionera» de los científicos sociales en la bibliografía ubicada al final de HABA-1 (2010).

dientes son también *verdaderas* sin más²⁷. Ello parece deberse, en su caso personal, a que efectivamente él mismo ha alcanzado algún «éxito» en sede judicial recurriendo a unas indicaciones de la TEA. Dicho *wishful thinking* ha encontrado así un apoyo de «experiencia vivida», nada menos que directamente por él mismo —y, por supuesto, no han de faltar *algunas* otras análogos—, lo cual sería prueba suficiente para darla por *general* sin más.

Esa presuposición utilidad=verdad constituye el «error categorial» más básico en que cae SARLO, del cual así vienen a derivarse sus principales malentendidos con respecto a mis tesis. Pero pienso que, si de sus comentarios descarto las suposiciones suyas de que yo mismo sostendría tales o cuales tesis *absolutamente* negativas en cuanto a ciertas posibilidades «utilitarias» de la TEA (*supra*: 3.1), y hago abstracción también de su general inclinación profesoral a sobredimensionar (*wishful thinking*) las consecuencias prácticas de sostener o no sostener teorías como las que aquí estamos discutiendo, creo que en cuanto a lo propiamente *descriptivo*, pero también en cuanto a los *ideales* que vale la pena apoyar, no estamos lejos el uno del otro. La mayor diferencia, me parece, es que por mi parte, eso sí, me resisto indeclinablemente a no poner en todo instante sobre la mesa que hay su buen trecho entre lo que *son* las realidades jurídicas y lo deseable que sería conseguir ajustarlas a tales o cuales *ideales*. Por más profundamente que podamos sentir estos ideales, y por mejor dispuestos que acaso estemos a poner mucho de nuestra parte para contribuir a realizarlos hasta donde sea posible, sólo el *wishful thinking* quita todo obstáculo a saltarse semejante gran diferencia. En esto último, el apartar la vista de la zanja cognoscitiva *inconmensurable* que hay entre «ciencia» del derecho y las prácticas discursivas *mismas* en los tribunales, SARLO se hermana —¡es su buen derecho!— con unas ensoñaciones «misioneriles»²⁸ tipo TEA. Hace abstracción, pues, de las observaciones que justamente sobre *tal* desfase fueron formuladas, pero hace ya mucho tiempo, por los autores más lúcidos de Teoría del Derecho (así, KELSEN²⁹).

* * *

En definitiva. Aunque esencialmente reduccionista y no poco disimuladora, la TEA contiene también importantes exámenes donde, a pesar de aquello, se llama la atención en cuanto a aspectos de la discursividad jurídica que bien merecen ser tenidos en cuenta. Cabe reconocer que, a pesar de todo, los principales autores de tal orientación han puesto sobre la mesa elementos de juicio mucho más «terrenales» que las elucidaciones en que se entretienen otras corrientes de moda en la Teoría del De-

²⁷ No puedo examinar acá el punto, ciertamente crucial, que SARLO plantea en su n. 8. No creo que la idea de POPPER, señalada ahí, corresponde entenderla en el sentido de que *no* hay diferencia fundamental entre las categorías epistémicas «inutilidad o perversidad práctica» y *verdad*. Si no la hubiera, tendríamos que concluir en que es válido, por ejemplo, ni más ni menos que el llamado «*argumentum ad hitlerum*»...

²⁸ Cfr. la obra señalada en la n. 26 (*supra*), *passim* y esp. el Apéndice al final.

²⁹ «Naturalmente, esto no significa que los juristas encargados de la interpretación no puedan recomendar una determinada interpretación de la autoridad jurídica..., pero esto no puede hacerse —como tan a menudo ocurre— en nombre de la ciencia... En este caso (el jurista) está realizando una función de POLÍTICA jurídica pero no de *ciencia política*» (KELSEN, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* [ref. en HABA-3, n. 40]: 30, aquí versalitas E.P.H.). Es la misma idea expresada en las palabras de dicho autor que como *motto* encabezan el presente comentario, tomadas de su clásico *Teoría pura del derecho* [ref. en HABA-3, n. 17]: § 47, 355 (negr. E.P.H.). Cfr. HABA-3, a la altura de las nn. 17, 40 y 73.

recho (en aquélla no se trata, p. ej., de meros pedantismos como los estudios de lógica deóntica; tampoco, p. ej., de plantear unos crucigramas en «posición original», para adivinar cómo tales o cuales asuntos serían resueltos por la estirpe de ciudadanos cumplidamente racionadores con que supo soñar RAWLS). SARLO tiene razón en llamar la atención sobre esa «otra cara de la moneda», a la cual por cierto *no* me he referido. En virtud de eso, justo es reconocer que la TEA constituye, quiérase o no, un «mal menor» para el pensamiento jurídico. Así es, en efecto, no sólo si la comparamos con mucho de la dogmática jurídica profesional, sino también frente a la mayor parte de cuanto en los últimos tiempos se viene publicando para la especialidad denominada Teoría del Derecho.