

SOBRE OBSERVAR LA LEY. ENSAYOS SOBRE METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE CHRISTIAN COURTIS (ED.)*

*Enrique P. Haba***

El contenido general de esta obra colectiva ha sido resumido así por el prologuista y por el editor: “1) algunas indicaciones –de tono muy crítico– sobre cómo elaboran su trabajo –sus escritos– los juristas dogmáticos y los estudiantes de posgrado en España y en Latinoamérica; 2) una serie de consejos o sugerencias sobre cómo deberían llevar a cabo esa tarea; y 3) diversas consideraciones teóricas sobre la naturaleza y la función del conocimiento jurídico y, en particular, sobre el saber jurídico por antonomasia: la dogmática jurídica” (M. Atienza, p. 9) – “...el libro contiene un primer grupo de textos que introducen el problema del método en el derecho, y del tipo de objeto, lenguaje, modelos conceptuales, discusiones preguntas y aproximaciones que suelen caracterizar el trabajo de los juristas. Un segundo grupo de artículos analiza con algún detenimiento diferentes puntos de vista y distintas reconstrucciones de su objeto, asumidos por los juristas en el momento de encarar la tarea de producir conocimiento sobre el derecho. Entre ellos, el trabajo académico de orientación dogmática, la investigación empírica del derecho, el análisis económico del derecho, el análisis ideológico del derecho, y la denominada “perspectiva de género”. Campea en la compilación un cierto “pluralismo teórico...” (C. Courtis, p. 15).

Por mi parte, recogí la impresión de que, por debajo de ese “pluralismo teórico”, casi todos los autores de estos trabajos están bastante de acuerdo en la perspectiva central. Es la que se encuentra señalada, aunque apenas de paso (y sin considerarla, me parece, como característica

* Christian Courtis (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, prólogo de Manuel Atienza, Editorial Trotta (Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho), Madrid, 2006, 413 págs.

** Universidad de Costa Rica.

también de esta misma compilación), por el propio editor en su Introducción. En efecto, uno de los dos grandes tipos de exámenes que se presentan bajo títulos como “metodología de la investigación jurídica” aparece caracterizado allí con estas palabras: “...en su intento por “reconstruir racionalmente” el trabajo intelectual de los juristas, lo que ofrecen es un modelo en apariencia muy racional, pero que no se asemeja en nada a lo que los juristas hacen *cotidianamente*. La “reconstrucción” parece más bien una *cirugía estética*” (p. 14, cursivas añadidas). ¡No podría decirse mejor! Pero mucho me temo que tal observación, no menos certera que luminosamente gráfica, le es aplicable asimismo a la tónica más general que domina en la presente obra.

Claro que hasta las cirugías estéticas conservan ciertos rasgos de la fachada original; unas más y otras menos, dependiendo del cirujano. Así, en el caso de esta compilación, es cierto que no faltan múltiples observaciones donde se indican aspectos de “lo que los juristas hacen *cotidianamente*” como letra de sus discursos. Se señalan muchas figuras semánticas fundamentales que efectivamente aparecen (a veces unas, a veces otras) en esos discursos. Mas la cuestión clave es: ¿qué clase de consecuencias metodológicas principales se sacan de tales presentaciones? Ahí es donde, a mi juicio, lo que en el libro predomina ampliamente es el efecto de “*cirugía estética*”. La generalidad de los estudios reunidos tienden a presentar de manera logico-estilizada dichas formas semánticas –tomándole la palabra a la dogmática académica– y a tratar de mejorarlas mediante un variado repertorio de buenos consejos con respecto a técnicas discursivo-*rationales*. Como asunción básica subyacente ellos comparten, al menos no lo impugnan, que los discursos jurídicos están en el mundo para ser bien *rationales*; y que si no lo son bastante, es porque los juristas no han tenido aún la oportunidad de conocer esas otras técnicas mejores. Solo que, esas dos presuposiciones claves –unos mitos académicos, diría yo– no aparecen tematizadas, y mucho menos sometidas a discusión, en esta obra; con la solitaria excepción del ensayo de Salas, al referirse a “la dogmática como una ‘forma de vida’ ” (esp. p. 268 y ss.), y tal vez algo de ello podría colegirse, pero más bien indirectamente, con base en el estudio de Courtis sobre “análisis ideológico del derecho” (esp. p. 384 y ss.).

Se da así por descontado que la metodología jurídica constituye, o podría ser transformada en, una empresa de orden *propiamente* científico (ciencia “blanda”, acaso). Sería una región del pensamiento donde

impere la vocación primordial de sujetarse a técnicas intelectuales lo *más* rigurosas posible, entre las adecuadas para conocer de veras –esto es, con el menor margen de distorsiones de que sea capaz el pensamiento científico en las ciencias sociales– los aspectos relevantes de sus objetos de estudio. Bajo tal óptica, resulta que lo de “observar la ley” es considerado como algo que es, o se puede hacer que llegue a ser, asunto de convencer a juristas, por cierto ideales, de que tomen debidamente en cuenta algunos saberes que hasta ahora suelen antes bien pasar por alto. Y asimismo cabría presuponer –digo yo– que ellos desempeñan esos discursos en situaciones sociales y profesionales no menos ideales, pues solo entonces podrían dedicar el tiempo suficiente y una reflexión intelectual emancipada de presiones sociales a razonar justamente *así*.

Casi todos los estudios de este libro comparten, pues, la actitud ampliamente dominante en la actual meta-Teoría del Derecho, el dedicarse a desmenuzar unas posibilidades meramente lógico-*semánticas* de los discursos jurídicos. Su interés central no se dirige al derecho como *pragmática* lingüística, sino a unos juegos de lenguaje dogmático-profesionales tomados como valiosos *en sí* y por sí. Los autores se conforman con destacar tales o cuales fórmulas de razonamientos compatibles con unas u otras entre las múltiples posibilidades “gramaticales” empleadas para dichos juegos discursivos. En cambio, mantienen fuera de foco el carácter sustancialmente retórico-*extracientífico* que *inevitablemente*, por sus funciones sociales *propias*, los discursos jurídicos están llamados a desempeñar en la práctica: funciones simbólico-persuasivas, legitimación de unas u otras distribuciones desigualitarias de los bienes, apuntalar jerarquías de poder, aseguramiento de variados tipos de intereses personales (comprendidos los intereses gremiales de esos mismos locutores profesionales), etcétera. Lo cierto es que, si esos razonamientos fueran *verdaderamente* científico-rationales, demasiado a menudo no servirían para lo que sirven: convencer y apaciguar, no a unos desencarnados locutores racionales, sino a la gente en general. Sí, toda visión principalmente racionalista con respecto a cómo se conforman o puedan llegar a conformarse los discursos de los juristas no puede menos que desembocar, quíerose o no, en unas “cirugías estéticas” de su material de estudio.

* * *

Ahora bien, por mi parte vengo dando por presupuesto que el objetivo de la metodología jurídica es proporcionar herramientas para que los discursos profesionales del derecho alcancen tales o cuales efectos *en la práctica*. Mas corresponde reconocer que las investigaciones sobre cuestiones jurídicas pueden estar encaminadas también a otros fines de conocimiento; vale decir, también a unos que, si bien son inocuos para guiar las prácticas jurídicas corrientes, le resultan interesantes *por sí mismos* a ciertos círculos de académicos. Yo no veo nada de ilegítimo en esto último; sin ir más lejos, el presente comentario no puede aspirar a tener ningún otro sentido que uno como ese. Muchas actividades “inútiles”, por llamarle así, son tan o más valiosas, juzgadas en función de los intereses humanos *reales* que ellas están ahí para satisfacer, que tantas otras conductas llevadas a cabo porque sirven como medios instrumentales “utilitarios”. Aquellas actividades consisten en entretenimientos de muy variada índole, sean de carácter primordialmente intelectual (ajedrez, filosofía, sociología, antropología, acertijos, etc.) o de otras especies (deportes, variadas modalidades artísticas, etc.).

La meta-Teoría del Derecho (¡no confundir con la dogmática jurídica profesional misma!), disciplina a que corresponden los ensayos de ese libro, no constituye sino otro más de los tantos *hobbies* de entretenimiento mental, cuyas funciones reales son principalmente brindar satisfacción a unas u otras especies compartidas de gustos personales dirigidos en tal sentido —como también, desde luego, brindar oportunidades de empleo y de estatus a cierta cantidad de sus cultores en particular—. En dicha disciplina, como en no pocas entre las múltiples especies de estudios académicos, el juego es uno de orden específicamente intelectual, cuya “gracia” consiste en manejar ciertos tipos de *conocimientos*, verdaderos o presuntos. Poco importa —¡de hecho!— para los efectos de disfrutar del juego *en sí mismo*, por parte de sus propios aficionados, si después de todo tales saberes sirvan o no sirvan para otras cosas además.

Quiere decir que, más allá de cuales sean las ilusiones que personalmente cada uno de los autores de estos ensayos pueda acaso haber tejido sobre la trascendencia práctica de cuanto él señala ahí, es de justicia que esos estudios sean aquilatados también en otro plano: no el sus remotas posibilidades de conseguir inducir unos aprovechamientos inédi-

tos como tecnología para los discursos jurídicos *efectivos*, sino lo traído a colación ahí en materia de *conocimientos*, considerados simplemente como tales. Útiles o no (altamente probable es lo segundo), esos conocimientos se refieren a cuestiones importantes para poder investigar de manera más iluminadora unos u otros aspectos que se consideren de interés, entre los comprendidos en la multifacética fenomenología de que se compone el mundo de todo aquello que aparece imputado a los términos “derecho” o “jurídico”.

El propio editor señala que “son destinatarios principales del libro ... quienes quieran emprender la tarea de realizar trabajos *académicos* en el derecho” (p. 15, cursiva añadida). Solo que, la pregunta clave es: ¿para qué se supone que *sirvan* esos trabajos? ¿Como una actividad lúdica de obtener ciertos conocimientos por el conocimiento mismo, simplemente (o en todo caso para cumplir con unos requisitos curriculares)? ¿O bien, se piensa que esas investigaciones servirán incluso para que parte de los propios operadores del derecho se decidan a modificar tales o cuales aspectos en la *práctica* misma de sus discursos profesionales? Estos interrogantes, los cuales a mi juicio son absolutamente decisivos para determinar cómo ha de orientarse cualquier investigación sobre cuestiones del derecho, no veo que se encuentren tematizados en ninguno de los dos trabajos de introducción general a los contenidos de la obra (Atienza, 9ss.; Courtis, 13ss.), ni asoman a la luz en la generalidad de los estudios allí reunidos [excepción: Salas, críticamente (259ss.), y Anitua (299ss.), pero este último asumiendo sin más los presupuestos racionalistas (§ 2)]. Se echa de menos la lúcida distinción fundamental subrayada por Kelsen (*Teoría pura...*, § 47): una cosa es la “ciencia” jurídica (objetivo: *conocimiento* verdadero), otra muy distinta es la *práctica* jurídica misma y su dogmática profesional (*no-ciencia*, sino: política, ficciones, retórica). [Es sintomático que esa distinción clave no aparezca para nada clara en las sutilezas sobre las que se concentra el apartado donde más detenidamente se hace referencia a ese autor: 233ss.].

Al no ser planteadas tales interrogantes abiertamente, lo más probable es que ello tampoco sea percibido por los propios lectores. Y menos que menos, por parte de aquellos habituados a tomarse de la mano de los autores que hoy están de moda en Teoría del Derecho, para entretenerse con unos ejercicios de “cirugía estética” en el universo lingüístico del derecho ideal (idílicas teorías “razonabilistas” de la argu-

mentación y “constructivismos” en general, embelesos de narratología, divertimentos algebraicos de lógica deóntica y semánticas formalistas en general, exámenes “sistémicos” consistentes en pedantes cartografías terminológicas que no son susceptibles de falsación empírica, etc.). No poco sintomático, en tal sentido, es que los más citados en esta compilación sean unos propulsores de esos escapismos racioilusionistas justamente (Aarnio, Alchourrón, Alexy, Atienza, Bulygin, Dworkin, Nino y otros). En cambio, con respecto a los pensadores más agudos en la historia de la reflexión sobre el derecho se encuentra solo alguna que otra alusión secundaria, salvo acerca de Hart y Kelsen, o no aparecen del todo. Lo que importa, desde luego, no es que no se mencionen sus nombres, pero da toda la impresión de que, como es habitual en las nuevas generaciones, no se tiene noticia de ideas fundamentales y exámenes insustituibles puestos sobre el tapete por esos autores que hoy no son punto de referencia. Más de una candidez escapista, de las que corren con imperturbado viento a favor en dicha disciplina actualmente, tal vez no obtendría con tanta comodidad su celebridad de *marketing* ante círculos académicos menos ayunos de esos conocimientos.

Claro que la historia de la reflexión sobre lo jurídico no puede, ni tiene por qué, quedarse detenida allí. Siempre habrá aspectos novedosos por señalar, como también unos que valga la pena reexaminar complementariamente desde perspectivas inéditas o desarrollando aún otras anteriores. De ahí que, sin perjuicio de los reparos de fondo señalados, también me importa subrayar que este libro ofrece no pocas observaciones muy pertinentes sobre los temas tratados, que están muy lejos de ser obvias.. Ellas merecen ser tomadas en cuenta como puntualizaciones de mucho interés, para el círculo de los lectores aficionados a la Teoría del Derecho. Y sobre todo, justo es reconocer que esta obra tiene el mérito, poco común, se aparta ostensiblemente de la simplista senda que suelen cultivar los libros que pueblan el mercado editorial “bajo el título habitual de “metodología de la investigación jurídica”, “cómo investigar en derecho”, “cómo hacer una tesis en derecho” y otros similares” (Intr., p. 14). Esos libros no aportan, al fin de cuentas, sino unas recomendaciones sobre aspectos tan secundarios –¡pero haciendo entrever que son lo principal!– como los siguientes: “...cómo se debe numerar las secciones de un capítulo, cómo se cita correctamente... [y ahí lo del] método consiste [primordialmente] en obtener textos legales o senten-

cias, revisar bibliotecas y recoger opiniones de autores que ya escribieron sobre el tema elegido” (*ibíd.*). La compilación aquí comentada ofrece, por cierto, muy otra cosa. En ella se sacan a la luz buena parte de los *problemas* de fondo que enfrenta toda investigación *en serio*, esas cuestiones principales que aquellas publicaciones corrientes dejan entre bambalinas. Sí, una obra como esta resulta muy recomendable, por lo problematizadora que ella es (a pesar de todo), para alertar en cuanto a que, para efectuar investigaciones jurídicas *en serio*, no es cuestión de contentarse con los espejismos de “métodos” ofrecidos por dichos manuales de recetarios disimuladores.

* * *

Pienso que al lector de este comentario ha de interesarle también contar con una referencia algo más específica sobre contenidos concretos desarrollados en ese libro (el *Índice general* analítico ubicado al final, pp. 409-413, los consigna en detalle). Paso a mencionar algunos de ellos, señalando los estudios respectivos, y desde luego que escogiéndolos en función de mis propios intereses en la materia (no significa que los restantes estudios carezcan de información rescatable).

La contribución de J. A. Antonio Parceró [“Los métodos para los juristas”, p. 17 y ss.] deja bien en claro que los juristas realizan unas actividades intelectuales de tipos muy distintos —el autor describe nada menos que trece—, lo cual puede requerir respectivamente emplear métodos diferentes, incluso unos provenientes de otras disciplinas de las ciencias sociales. El estudio de J. R. de Lima López [“Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”, p. 41 y ss.] contiene importantes precisiones sobre aspectos como los usos del lenguaje para el derecho [§ 1], carácter decisivo de los aspectos teoréticos que comandan el rumbo tomado por cada investigación [§ 2], determinación del “problema” por considerar [§ 3] y el verdadero papel de las “hipótesis” para investigar cuestiones jurídicas [§ 4], etc. Una diferenciada descripción de procedimientos específicamente iusdogmáticos ofrece C. Courtis [“El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, p. 105 y ss.], donde distingue entre sí varios de ellos y señala las respectivas características básicas. Por su parte, O. Sarlo [“El

marco teórico en la investigación dogmática”, p. 175 y ss.] ofrece un minucioso cuadro de los cuidados de teoría analítica que debieran tomarse para efectuar investigaciones serias en ese campo.

No disimularé que “me cayeron muy bien”, por su tenor llanamente desmitificador, dos trabajos que se ubican más bien aparte de la impronta general logicista-ilusionista predominante. En el estudio de M. E. Salas [“La dogmática jurídico-penal: ¿Un viaje fantástico al reino de Absurdistán o un arma eficaz contra la irracionalidad de la justicia penal?”, p. 259 y ss.] se coge por las astas el asunto del discurso jurídico como “forma de vida”, o sea, ese lenguaje en cuanto él mismo conforma unos desempeños *pragmáticos*. Por otro lado, L. Oliveira [“No me venga con el *Código de Hammurabi*...”. La investigación socio-jurídica en los estudios de posgrado en derecho] subraya el “manualismo” y “revencionalismo” que caracterizan a la doctrina del derecho aplicada en la práctica, como también hace ver otras observaciones en dirección plenamente *realista* sobre vicios fundamentales de enfoque habituales en las investigaciones jurídicas en general y con respecto a las socio-jurídicas en particular.

Si bien la mayor parte de la obra está consagrada, mal que bien, a cuestiones de cómo “acomodar” la dogmática jurídica, las tres contribuciones finales abren la ventana hacia otras perspectivas. Contiene mucha información el trabajo de I. Ortiz de Urbina Gimeno sobre análisis económico del derecho [“El análisis económico del derecho: ¿método útil o ideología nefasta?”, p. 321 y ss.], pero no encara el problema básico con respecto a ello: ¿de veras son los operadores jurídicos, o puede hacerse que sean, unos agentes *principalmente* racionales? Por su parte, C. Courtis [“Detrás de la ley, Lineamientos de análisis ideológico del derecho”, p. 349 y ss.] deja convenientemente discriminados variados ángulos desde los cuales pueden plantearse investigaciones sobre las relaciones entre fenómenos jurídicos e ideologías. Y P. Viturro en un ensayo breve pero substancioso (“Constancias”, p. 393 y ss.), propone abandonar la ontologización que significa la llamada “perspectiva de género” (ese nuevo fundamentalismo, diría yo, que al fin de cuentas reivindica para el propio sexo femenino la adopción de la “perspectiva” machista), sustituyéndola por enfoques que sean “anti-dis-criminatorios” *sin más*, también para cuanto respecta a la crítica sobre condiciones establecidas por el discurso jurídico. Mediante esos

dos últimos trabajos la obra termina apuntando, después de todo, hacia horizontes de conocimiento menos engrilletados a los ilusionismos racionalistas que ella irradia en general.

Recepción: 8/2/2007

Aceptación: 7/5/2007