

CUM LAUDE
Revista del Doctorado en Derecho
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE
N°3 – Abril 2016
Corrientes – Argentina
ISSN: 2422-6408
info@revistacumlaude.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 17/02/2015
FECHA DE ACEPTACIÓN: 30/03/2016

EPISTEMOLOGÍA Y PRAXIS JURÍDICA

DARO ALEJANDRO ESQUIVEL

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

RESUMEN

El presente trabajo resume las consideraciones epistemológico-jurídicas básicas con vistas a la posibilidad de construcción de una teoría de la praxis jurídica. Quedan sin tratamiento, por lo tanto, lo atinente a las condiciones socio-históricas de posibilidad de producción de teoría en esa dirección, el grado de impacto de las mismas en los contextos teórico y material del derecho y finalmente, la incidencia en la economía de los tratos jurídicos. No obstante ello, el examen de los presupuestos para pensar la praxis del derecho no puede sino hacerse cargo de un breve recorrido a través de los tópicos de la cultura jurídica del derecho continental romanista.

PALABRAS CLAVE

Presupuestos epistemológicos – Praxis jurídica – Reformulación teórica.

ABSTRACT

This work summarizes the basic juridical epistemological issues with the purpose of building a theory of the juridical praxis. Because of that, this work leaves without treatment all about the social historical conditions to produce theory on that way, and the exam of their impact on the theoretical and material contexts of law and, finally, the incidence on the economy of legal treaties. Also, in order to exam the premises to think about the legal practice of law, is necessary to do a little itinerary through the items of legal culture of the continental law.

KEYWORDS

Epistemological premises – Legal practice – Theoretical construction

1. INTRODUCCIÓN

Hablar de una teoría de la praxis no significa que exista o haya existido una teoría semejante; con seguridad, en los países de tradición continental de derecho, la teoría general –y las teorías locales, sean ellas o no más o menos originales o sólo el producto de la adaptación, imitación o copia, o *mala copia*, de teorías de exportación– han elaborado o colacionado contribuciones (estas últimas, aún provenientes de contextos muy diferentes al de recepción)⁵⁶, que ponen en cuestión muy seriamente el valor preeminente del discurso de la dogmática y de la jurisprudencia mecánica. Por ejemplo, la filosofía del derecho analítica, partir de la obra de Hart (1963), *El concepto de derecho*, ha traído al tapete de los debates locales la gravitación de los factores sintácticos, semánticos y lógicos en las operaciones jurídicas y en particular en la

⁵⁶ Acerca de la relación entre sitios de producción teórica y sitios de recepción teórica, puede consultarse la muy erudita obra de López Medina (2005).

interpretación de la ley, la característica de textura abierta o ambigüedad potencial inherente al lenguaje legal, el rasgo de “eminente” revocabilidad de los conceptos jurídicos, el desglose entre el punto de vista externo y el punto de vista interno de las reglas, etc. Su antagonista en el contexto de origen, la corriente antiformalista⁵⁷ que se denomina realismo jurídico no ha sido, sin embargo, muy tenida en cuenta en nuestra cultura jurídica, seguramente por su dificultad de adecuación al modelo continental de derecho legislado. Más bien ha sido la corriente homónima, pero en clave escandinava, la llamada Escuela de Uppsala -y sobre todo su exponente más conocido en estas latitudes (aunque no por ello el más importante), Alf Ross -quien ha puesto de relieve la necesidad epistemológica (para el realismo escandinavo los juicios de la teoría del derecho son *juicios del ser*) de enfocar la mirada del investigador en los aspectos pragmáticos de la regulación jurídica de reglas y decisiones, aunque vale la pena aclarar que la distinción entre *conciencia jurídica material* y *conciencia jurídica formal*, que conduce a entender la decisión como el resultado, no de un dispositivo silogístico, sino de un paralelogramo de fuerzas en el cual los vectores dominantes son la conciencia jurídica formal (el motivo de adhesión al texto legal) y la conciencia jurídica material (representada por la “tradicón cultural”, o sea el desagregado de ideales, estándares, actitudes y valoraciones del operador) no fue suficientemente aprovechada, salvo

⁵⁷ Hay que aclarar que la obra de Hart se escribe teniendo a la vista la obra del fundador del positivismo jurídico analítico de corte empirista, John Austin, quien pronunció una serie de conferencias en el University College de Londres, en 1828-32 publicadas más tarde bajo el título *The Province of Jurisprudence Determined* (London, 1832). Austin no alcanzó celebridad en vida. Por razones económicas abandonó la enseñanza y a la hora de su muerte era prácticamente desconocido. Más tarde, su viuda, Sarah Austin, entre 1861 y 1863 publicó una nueva y completa edición de las conferencias, la que posteriormente fue objeto de sucesivas reimpressiones. No se lo debe confundir con el filósofo del siglo XX John Langshaw Austin, autor de *How to do Things with Words*. Vale la pena estas aclaraciones, porque aunque J. Austin haya sido el centro de la crítica hartiana, es el antiformalismo su antagonista real en el campo intelectual del derecho de habla inglesa. Al respecto, puede consultarse: Ross (1970).

excepciones, no obstante encontrarse traducida al castellano y disponible la principal obra de Ross (1970), *Sobre el derecho y la justicia*⁵⁸.

La otra contribución de vertiente anglosajona, la casi desconocida (para nosotros) concepción de Fuller (1967), sustentada en la proposición según la cual la moral hace posible el derecho⁵⁹, prácticamente ha sido ignorada en la progresiva incorporación e importación de elementos pragmáticos provenientes de teorías allende el mar –cuya revista a grandes rasgos se presenta en esta introducción- la cual en nuestra cultura jurídica apenas rebasa el nivel del *giro lingüístico*⁶⁰ y el del segundo, o *último Wittgenstein*. El estado de cuestión, pues, muestra a las claras que se halla pendiente una reformulación teórica (no necesariamente pasible de devenir teoría) -que dé cuenta de la praxis jurídica, de las prácticas llevadas a cabo en el contexto material del derecho y de sus resultados y consecuencias en la vida social.

El presente trabajo, que no pretende ser más que una aproximación a un más denso asunto de carácter transdisciplinario, se orientará a señalar algunas de las limitaciones epistemológicas de la cultura jurídica continental –de la cual nuestra cultura latinoamericana es tributaria- en orden a la colación de un universo de problemas susceptibles de poner en cuestión los modelos normativos del derecho profesoral y la jurisprudencia mecánica.

⁵⁸Al respecto, consúltese: Meabe (2009).

⁵⁹ Se desconoce casi por completo en nuestra cultura jurídica el debate entre Hart y Fuller, de enorme importancia. Desgraciadamente, los discípulos de Fuller (el más conocido entre nosotros es Ronald Dworkin) no han sido legatarios de las contribuciones del maestro y lo mismo ha ocurrido en Argentina con Carlos Cossio.

⁶⁰El giro lingüístico (*linguisticturn*), es una manera de hacer filosofía iniciada por Ludwig Wittgenstein (1921) en su *Tractatuslogico-philosophicus*. Se trata de un cambio metodológico y sustantivo que sostiene que el trabajo conceptual de la filosofía no puede lograrse sin un análisis previo del lenguaje. Al respecto, puede consultarse la obra de Apel (2002).

2. LOS PRESUPUESTOS

No se puede entrar en el horizonte significativo del tema abordado si no se tienen presentes los presupuestos teóricos que hacen a la cultura jurídica moderna de raigambre continental romanista, en la cual se incardina la pregunta. Si lo hacemos, no es sólo por puro afán metodológico. En efecto: es indudable que la pregunta significa lo que significa porque la misma entraña un problema, un cuestionamiento o interpelación, y una consecuente valoración, de la teoría dominante (o estándar). ¿Por qué una teoría de la praxis? ¿A qué viene o en qué sentido conviene una teoría de la praxis? ¿La “necesidad” o “conveniencia” de una teoría de la praxis importa el rechazo o “necesidad” o “conveniencia” de adecuación de la teoría dominante (o estándar)? Sea cual fuere la respuesta a estas preguntas, la tematización de los presupuestos es necesaria para entender la pregunta epistemológica planteada en este trabajo: ¿Qué obstáculos epistemológicos enfrentaría la construcción de una teoría de la praxis jurídica?

2.1. EL OBJETO DEL DERECHO

Desde que la modernidad abandona la desproporcionada pretensión de una *mathesis universalis*⁶¹ y se encamina, en un derrotero tecno-científico a reemplazar el trato directo con los fenómenos por un trato intelectual con *objetos*⁶², lo cual importa una compartimentación de la *realidad por conocer* que adjudica a cada saber un dominio que lo torna específico, un nuevo *tipo* de jurista, diferente de la clase profesional -el jurista teórico-, se plantea la pregunta por el concepto del derecho. A tenor de ella, se pueden desagregar tres aspectos: a) la profundización del paradigma

⁶¹ Acerca de la filiación cartesiana de esta orientación, puede consultarse la extraordinaria obra de Maritain (1947).

⁶² Al respecto, puede consultarse: Meabe (1995).

inicial de Thomasius (1705) en orden a desvincular completamente la moral del derecho y a disolver la esfera del *decorumen* la mera *legalidad* kantiana (1797)⁶³; b) la indagación en orden a su objeto disciplinar; y c) la *idea* de *sistema jurídico*. La pregunta por el concepto del derecho, en la dirección apuntada -que gira en torno a estos tres aspectos- ha desembocado progresivamente en el programa de construcción de la *ciencia del derecho*.

2.2. EL DERECHO PROFESORAL

Si nos atenemos a la noticia de Pablo Koschaker, la original formulación de una ciencia del derecho orientada a dar cuenta del *sistema de derecho*, es una “ocurrencia alemana”. El resultado de ello ha sido el *Professorenrecht*⁶⁴, un dispositivo y esquema práctico de comercio puramente intelectual con el derecho (en el caso de la Alemania decimonónica, el derecho romano de la segunda recepción) cuya expresión inicial fue la pandectística alemana con su *jurisprudencia de conceptos*. Rudolf von Jhering (1877), criado en la enseñanza conceptualista y luego su principal crítico –*ridendodicerereverum*, testimonia el fenomenal divorcio entre la teoría y la práctica del derecho e ironiza sobre el *habitus intelectual* del jurista teórico en el imperdible ensayo *En el cielo de los conceptos jurídicos*. Esta “ocurrencia alemana” produce, siempre en el contexto de tradición continental-romanista, el tránsito de la *iurisprudencia* o saber prudencial de lo jurídico a la *jurisprudencia* como ciencia del derecho o *dogmática jurídica*⁶⁵.

⁶³ Para un estudio particularizado del tópico, *vid.*: Meabe (2009).

⁶⁴ Sobre la noción de *Professorenrecht* (procedente de la obra de Pablo Koschaker titulada: *Europa y el Derecho Romano*) y su importancia para la historia de la cultura jurídica, ver Meabe (1992) y Meabe (1999).

⁶⁵ La diferencia no es menor: la *iurisprudencia* es la disciplina del *iurisprudente*, el *phrónimosen* derecho, o sea, aquel que es capaz de discernir lo que corresponde resolver en cada caso. El asunto es tematizado por primera vez en la filosofía práctica aristotélica. Su disciplina lo es en tanto se orienta en perseguir la conducta apropiada, bien ejemplificada con la *areté* (virtud) del arquero. En términos generales es el *spoudaios* – aquel que realiza la conducta pertinente en cada situación- quien efectúa la conmutación

2.3. LA JURISPRUDENCIA MECÁNICA

Este esquema procede de la tradición iusnaturalista francesa, devenida en legalismo positivista con la sanción del *Code napoleónico* en 1804 y la profusa labor interpretativa en punto a su exégesis que diera lugar a una fenomenal literatura que no tiene parangón en otra época y geografía. El “culto al texto legal” que privilegia este punto de vista, no obstante las profundas críticas de que ha sido objeto, sigue constituyendo la racionalidad formal⁶⁶ conforme la cual se entiende el derecho en los países tributarios de la tradición continental. Básicamente, el modelo da por supuesto que el derecho es la ley y sólo la ley. La legislación es la premisa básica de la que se deduce toda decisión jurídica, de tal modo que el dispositivo es un silogismo deductivo con arreglo al cual la labor del juez no consiste sino en clasificar o subsumir el caso en la ley. Por esas paradojas de la historia, el racionalismo legalista recupera para el derecho lo que la moderna ciencia de la naturaleza a partir de Francis Bacon en el *Novum Organum* repudia: la lógica aristotélica que el Estagirita nunca postuló como esquema de actividad del *dikastés*⁶⁷, pero que ahora se torna en racionalidad formal de un también supuesto quehacer mecánico: el del juez como mero brazo de la ley.

3. QUÉ HACER. HACIA UNA REFORMULACIÓN TEÓRICA

excelente en tanto *dikastés* juez, o sea, la compensación entre la pérdida de uno y la ganancia del otro (Aristóteles, 2014). Esta impronta caracteriza toda la evolución del derecho occidental posterior, aunque Aristóteles no se haya propuesto –y no lo haya hecho efectivamente- hacerse cargo de la práctica forense de su tiempo. En líneas generales, el estudio y enseñanza –esencialmente tópica- del derecho están a cargo de juristas prácticos hasta la irrupción de la pandectística. La jurisprudencia o ciencia del derecho, en cambio, nada conserva de esta tradición y se orienta desde los primeros tiempos a cuestiones de orden conceptual y abstracto. Su enseñanza es eminentemente taxonómica.

⁶⁶ La noción de racionalidad formal, de cuña weberiana, es clave para comprender el desarrollo del derecho –tanto en su faz práctica como teórica- y, en particular, del derecho moderno. Consultar al respecto el capítulo titulado *Economía y Derecho* de la monumental obra de Weber (1994) y, asimismo, Meabe (1999).

⁶⁷ El *dikastés* es el juez, cuya misión es el *tomeson*, el *mesótes*, la media entre el exceso de uno y la pérdida del otro.

Los presupuestos teóricos que hacen al derecho continental constituyen fuertes condicionamientos epistemológicos para la construcción de una teoría de la praxis. Más recientemente, el formalismo lógico ha repotenciado la dirección abstracta y logicista y con ello ha contribuido a distanciar más aún la teoría legal de la praxis jurídica⁶⁸. Como puede advertirse, la historia de la cultura jurídica continental muestra -al que sabe ver- no sólo los puntos de vista de escuela, las orientaciones antagónicas, los artefactos teóricos resultantes, etc., sino cómo se han conjugado esta diversidad en una ideología profesional y en un discurso uniforme reproducido por abogados, jueces y profesores (sobre todo de dogmática). Una teoría crítica en derecho debería ser aquella que, afianzada en la creencia de que es posible elevar el rendimiento del derecho, tanto en términos técnicos como éticos, sea capaz de objetivar la relación del investigador con las prácticas jurídicas⁶⁹.

Bourdieu (2013) expresa:

El más temible de los obstáculos para la construcción de una adecuada ciencia de la práctica reside sin duda en el hecho de que la solidaridad que liga a los doctos en su ciencia (y en el privilegio social que la hace posible y que ella justifica o procura) los predispone a encontrar en esa superioridad una justificación de su privilegio, en lugar de producir un conocimiento científico del modo de conocimiento práctico y de los límites que el conocimiento docto debe al hecho de que reposa sobre el privilegio.(p. 48)

Sólo es posible zanjar los obstáculos epistemológicos a esta objetivación si éste asume que las limitaciones que condicionan la actividad jurídica (entre las que se encuentran las ideas y artefactos conceptuales a las cuales nos referimos más arriba,

⁶⁸ Al menos desde la obra de Hans Kelsen.

⁶⁹ Consultar al respecto Bourdieu y Teubner (2005).

pero también creencias, prejuicios, estándares, valoraciones, poderes, etc.) no deberían limitar al investigador en derecho. Y especialmente no debería limitarlo la propia *tradicón jurídica, teórica y dogmática* en la cual se halla situado. Una reformulación de esta naturaleza, de ser posible, sería una alternativa al modelo simple de reproducción de teorías importadas, cargado de *ansiedad de influencia*, fuente de para-textos que poco o nada agregan, o alguna que otra novedad, a lo ya dicho por otros en otros contextos. Finalmente, vale la pena aclarar que la colación local de aspectos pragmáticos, aun cuando las teorías que los refieren cumplan una función distinta en los sitios de origen, no sólo revela el interés genuino por una reformulación teórica orientada hacia una futura teoría de la praxis crítica, no ideológica, del derecho, sino que alienta la producción teórica local en esa dirección.

4. CONCLUSIONES

Sin dudas, la pregunta formulada en este modesto trabajo, da para mucho. Faltaría tematizar y estudiar en forma desagregada los tópicos que han sido expuestos, los cuales a la vez que son presupuestos –por esta misma razón-, también son obstáculos o limitaciones epistemológicas de cara a una posible reformulación de la teoría legal. Ya que hacen las veces de anteojeras que impiden ver –*theorein*- el derecho fuera de los esquemas teóricos y de los *habitus* de la praxis que los reproducen en el discurso y en la actividad jurídica, el primer paso para el investigador sería averiguar cuáles son las herramientas para la tarea de objetivación que precede a la reformulación teórica en dirección a una teoría de la praxis.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Apel, K. O. (2002). *Semiótica trascendental y filosofía primera*. Madrid: Síntesis S.A.
- Aristóteles. (2014). *Ética a Nicómaco* (1ª ed., J. E. Meabe, trad.). Buenos Aires: Las Cuarenta.
- Bourdieu, P. (2013). *El sentido práctico* (1ª ed.). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Bourdieu, P. y Teubner, G. (2005). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología Jurídica y Garantismo*(1ª ed.). México DF: Distribuciones Fontamara.
- Fuller, L. L. (1967). *La moral del Derecho*. México: Trillas.
- Hart, H.L.A. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Kant, I. (1993). *La metafísica de las costumbres*. Barcelona: Altaya.
- Kelsen, H.(1987). *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica desarrollados con base en la Doctrina de la Proposición Jurídica*. México: Porrúa.
- Kelsen, H. (1993). *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa.
- López Medina, D. E. (2005). *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. (1ª ed. 3ª reimp.). Colombia: Legis Editores.
- Maritain, J. (1947). *El sueño de Descartes*.(1ª ed.). Buenos Aires: Nueva.
- Meabe, J. E. (1992). El contexto teórico del derecho moderno y las ideologías jurídicas. *Revista de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste*, (10), 117-135.
- Meabe, J. E. (1995). *La cuestión de la filosofía del derecho*. Manuscrito no publicado, Instituto de Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, Argentina.

Meabe, J. E. (1999). *La Norma y la Práctica: Una Introducción al Conocimiento Jurídico*. Asunción: Bijupa.

Meabe, J. E. (2009). *La cara oculta del derecho* (1ª ed.). Corrientes: Mave.

Ross, A. (1970). *Sobre el derecho y la justicia* (2ª ed.). Buenos Aires: Eudeba.

Thomasius, C. (1998). *Fundamentos del Derecho Natural y de Gentes* (S. Rus Rufino y M. A. Sánchez Manzano, trad.). Madrid: Tecnos.

Von Jhering, R. (1987). *Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica. Ridendo Dicere Verum*. (1ª ed.). Madrid: Civitas.

Weber, M. (1994). *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.

CURRICULUM VITAE

El autor es Abogado y Profesor Adjunto de la Cátedra “A” de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste; Profesor Adjunto de las Cátedras de Filosofía del Derecho y Deontología Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta Sede Corrientes (Instituto Semper); Secretario del Instituto de Teoría General del Derecho, bajo la dirección del Dr. Joaquín E. Meabe; autor del libro *Subjetividad y coacción en los Hauptprobleme de Hans Kelsen* (Ediciones Moglia, Corrientes, 2009), de capítulos de libros y artículos científicos; e integra Proyectos de investigación.

Correo electrónico: daralexandro@gmail.com