

PRAGMATISMO Y CIENCIA DEL DERECHO *

SOBRE LA FILOSOFÍA DE CHARLES SANDERS PEIRCE Y SOBRE LOS ELEMENTOS LÓGICOS Y CREATIVOS EN EL DERECHO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La relación entre lógica y valoración en el derecho.* 1. *Modelo A: intuicionismo.* 2. *Modelo B: "working logic".* 3. *La cuestión del modelo "correcto".* III. *La filosofía de Peirce y el método jurídico.* 1. *La pregunta central.* 2. *La respuesta.* 3. *El problema.* 4. *¿Qué queda?* IV. *Tesis conclusivas.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El tema de este trabajo es "Pragmatismo y ciencia del derecho".¹ Como pueden inferir del subtítulo, en primer término les diré algo sobre el filósofo norteamericano Charles Sanders Peirce y, en segundo lugar, sobre la relación entre lógica y valoración en el derecho.

Quizá se pregunten por qué razón habría de interesarles este tema. Pues bien, al ocuparme de la doctrina del método jurídico y, sobre todo, de su evolución en Alemania, he llegado a una cierta conjetura, a saber: La manera y el modo en que alguien razona influye en los resultados a los que su pensamiento puede llegar. Y la manera y el modo en que alguien razona depende también de la idea que tenga de lo que hace cuando razona.

Cuando alguien razona y argumenta sin claridad, es de suponerse que podrá fundamentar cosas que el entendimiento ya no es capaz de comprender. Esto es particularmente cierto cuando, encima de ello, opina que esta falta de claridad ennoblece el pensamiento —*credo quia absurdum*—.

* Texto revisado y anotado de la conferencia dictada por el autor el 14 de septiembre de 1990 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ El término *Jurisprudenz* es traducido comúnmente por "ciencia del derecho"; pero como el lector podrá constatar de la lectura del texto, el concepto abarca aquí tanto la interpretación judicial del derecho como la ciencia jurídica en sentido estricto, es decir, toda operación en que interviene el razonamiento jurídico. Me atengo a este uso, salvo cuando se ha hecho habitual traducir *Jurisprudenz* por "jurisprudencia", como en la expresión "jurisprudencia de intereses" (*Interessenjurisprudenz*) o "jurisprudencia valorativa" (*Wertungsjurisprudenz*) (nota del traductor).

Este trabajo consta de tres partes. En la *primera parte* se muestran dos modelos de la relación entre lógica y valoración en el derecho. Enseguida se planteará la pregunta de si hay que decidirse por uno de ellos, y si además se puede hacerlo. Para poder avanzar en la solución de estas cuestiones, quisiera recurrir en la *segunda parte* a la teoría del conocimiento del filósofo norteamericano Charles Sanders Peirce. En la *tercera parte* formularé algunas tesis conclusivas.

II. LA RELACIÓN ENTRE LÓGICA Y VALORACIÓN EN EL DERECHO

El primer modelo que deseo mostrarles es el dominante en la doctrina alemana sobre el método jurídico ("jurisprudencia valorativa" o *Wertungsjurisprudenz*) a partir de la obra estándar de Karl Larenz. Quisiera denominarlo:

1. Modelo A: intuicionismo

Para explicarlo me basaré en un ejemplo de actualidad hace algunos años en la República Federal de Alemania: conforme al llamado doble acuerdo de la OTAN, en 1979, se estacionaron, a partir de 1983, nuevos cohetes atómicos en nuestro país. Los opositores políticos de esta medida trataron de impedirla, o mejor dicho, intentaron por lo menos protestar contra ella, bloqueando sentados las vías de acceso al lugar de estacionamiento. Como consecuencia, los vehículos de transporte se veían obligados a parar, la policía tenía que retirar a los manifestantes de la vía pública y apenas entonces podían los conductores reanudar su marcha. El problema jurídico consistía en determinar si los manifestantes se habían hecho acreedores a una pena.

El parágrafo del Código Penal alemán que define el delito de coacción (*Nötigung*) reza, en forma un tanto abreviada: "El que coaccione antijurídicamente a otro mediante violencia (*Gewalt*)... a realizar o a tolerar una acción u omisión, será castigado con pena privativa de libertad hasta por tres años o con multa".² Si ahora se dijera: "El manifestante M ha coaccionado al conductor C mediante violencia a detenerse", se deduce de ahí de modo lógico e irrefutable: "El manifestante M debe ser castigado de una u otra forma". Pues las siguientes tres proposiciones:

² § 240 del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch* = *StGB*).

- (1) Quien coaccione a otro mediante violencia. . . será castigado,
- (2) M ha coaccionado mediante violencia,
- (3) *por tanto*, M será castigado,

constituyen en conjunto una conclusión lógica o, más precisamente, un silogismo *deductivo*, es decir, el razonamiento se construye formalmente de tal manera, que la conclusión (3) resulta correcta por necesidad, si ambas premisas (1, 2) lo son también. Ahora bien, ¿son en este caso correctas ambas premisas? Sobre todo, ¿es cierto, dentro de la premisa menor, que M ha coaccionado a C “mediante violencia”?

Todavía no quiero revelarles la solución del caso. De entrada deseo mostrarles solamente de qué manera define Larenz, y con él prácticamente la opinión por mucho dominante en la bibliografía metodológica alemana, la relación de la lógica y la valoración en el derecho. En unas cuantas frases:

El ámbito que la *lógica* ocupa en el derecho se halla *estrictamente limitado* a la conclusión formal deductiva. Todo lo demás, sobre todo lo relativo al establecimiento de las premisas, en una palabra: todo lo verdaderamente importante, obedece a un *razonamiento de otro tipo*. Larenz lo denomina “razonamiento orientado a valores” (*wertorientiertes Denken*). Este razonamiento se basa, en *última instancia*, en juicios que “no son obtenidos mediante conclusiones lógicas”, sino que son simplemente “juicios elementales”; así por ejemplo, juicios de percepción, juicios provenientes de la experiencia social y, sobre todo, juicios de valor.³

Esa opinión se funda esencialmente en dos argumentos. El primero consiste en una estrategia de delimitación del concepto por exclusión. El significado del término “lógica” es reducido a la lógica deductiva —enseguida veremos que también podemos entender la lógica en un sentido más amplio—. A través de la reducción obtenemos, naturalmente, un ámbito muy amplio de lo que no es lógico. Entonces es obvio concluir que precisamente ahí donde es importante, necesita uno, en el fondo, ocuparse poco de la lógica.

El segundo argumento es una *reductio ad infinitum*: si todos los juicios se basan en conclusiones lógicas (más precisamente en inferencias

³ Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1983). Las citas están tomadas de las pp. 206 y ss., 263.

deductivas), las cuales se fundan en juicios que, a su vez, se apoyan en inferencias deductivas, entonces alguna vez tuvo que haber un *primer juicio*, pues de otro modo no habría sido en absoluto posible introducir algo *nuevo* en la discusión (deductiva).

Ahora bien, habría que preguntarle a Larenz: si este elemento nuevo no es inferido, ¿cómo se le reconoce? Debe ser algo así como la *intuición*, pues la intuición es, según Peirce, "prácticamente lo mismo que «una premisa que no es ella misma una conclusión»".⁴ Por esta razón llamo "intuicionismo" al modelo A.⁵

Sin embargo, existe la posibilidad de describir de otro modo el proceder de la ciencia jurídica. Llamémoslo, apoyándonos en un término de Stephen Toulmin:

2. Modelo B: "working logic"

Este modelo entiende el concepto de la *lógica* en un sentido más amplio, de modo que no sólo abarca la *lógica* deductiva, es decir, la *lógica* de los razonamientos ciertos y necesarios, sino también la *lógica* no deductiva, esto es, la *lógica* inductiva e hipotética, cuyas conclusiones son únicamente probables y carecen de seguridad deductiva. Tomemos, por ejemplo, al deudor D y empecemos con la *conclusión*:

(3) D debe reparar el daño.

Tenemos en seguida los *casos*

(2a) D debe indemnizar en el caso de mora.

(2b) D debe indemnizar en el caso de imposibilidad en el cumplimiento de la obligación.

De ahí es posible inferir la premisa mayor (la *regla*):

(1) *Por lo tanto*, D debería indemnizar por cualquier incumplimiento de una prestación contractual.

Este razonamiento se denomina *inducción* y se trata de un asunto que concierne plenamente a la *lógica* formal.

Más interesante resulta aún el siguiente razonamiento en relación a nuestro manifestante M:

Conclusión: M debería en realidad ser castigado.

Regla: El que coaccione a otro... mediante violencia será castigado.

Caso: *Por lo tanto*, M ha coaccionado "mediante violencia".

⁴ Peirce, Charles Sanders, *Collected Papers* (en adelante: CP) 5.213.

⁵ Larenz mismo se opone a esta caracterización. Véase *op. cit.*, p. 206, nota 75.

En la terminología del periodo tardío de Peirce, este razonamiento es una abducción (en sus primeros escritos: hipótesis), y es también una cuestión de lógica formal.

Ahora bien, este tipo de razonamiento resulta un tanto sospechoso para el jurista. Esto se debe a que si el juez está *sujeto* al derecho, ¿cómo es posible entonces que pueda tener el derecho de crear nuevo derecho a partir de la *consecuencia* jurídica? Y en verdad no es sencillo legitimar este procedimiento. Sin embargo, antes de ocuparme de él, quisiera llamar su atención sobre cuatro puntos, que caracterizan al modelo de la “*working logic*” frente a los “juicios de valor” y las “valoraciones”.

Punto (1). Respecto del modelo A se había planteado la afirmación: puesto que alguna vez debe introducirse algo *nuevo* en los razonamientos, ha de haber, por lo tanto, ciertos juicios o valoraciones de carácter elemental. Particularmente en la obra de Larenz suena esto como si tales juicios tuvieran siempre especial fuerza o relevancia, precisamente por su carácter incuestionable y por su “orientación a valores”.⁶ En cambio, el modelo B muestra que los “juicios elementales” son, para empezar, suposiciones muy inciertas: M “debería en realidad” ser castigado, D “debería en realidad” indemnizar.

El *punto (2)* se refiere a la cuestión de dónde comienza el “ámbito de la valoración” o, dicho brevemente, del *lugar* de los juicios de valor. Permítaseme emplear al respecto una metáfora:

Es posible manejar las inferencias como acordes musicales. Se puede formar una primera inversión y también una segunda —y seguirá siendo siempre el mismo acorde—, ya sea que de la conclusión y el caso se infiera la regla, o bien, que de la regla y el caso se deduzca la conclusión. Para permanecer dentro de la comparación: la importancia de cada elemento dentro del acorde, la significación de cada premisa y de cada concepto, son producto apenas del sonido conjunto del todo. Por ello —y esto me parece especialmente importante— toda *nueva idea* de cómo pueda resolverse un caso puede aplicarse en cada grado y a cada *parte integrante* del razonamiento. Ya lo hemos visto con ambos ejemplos no deductivos: la regla y el caso “deberían en realidad” ser distintos. Pero esto también es válido para la conclusión en un argumento deductivo. Decimos entonces, por ejemplo, no puede ser que D no repare el daño o que M no sea castigado. Dondequiera que se presente un “juicio de valor”, este ya será virtualmente parte integrante de una inferencia lógica y nunca realmente un antecedente.

⁶ *Idem*, pp. 277-281.

El *punto* (3) tiene que ver con el motivo y el objetivo de las valoraciones.

Las ideas nuevas son evidentemente la reacción ante una *duda* o una sorpresa: vemos que algo es de tal o cual manera, pero nosotros lo esperábamos de otro modo o pensamos que "en realidad" debería ser distinto. Algo, pues, anda mal en nuestro acorde, y por lo tanto debemos modificar algo en él, ya sean las premisas y los conceptos que éstas contienen, o bien la conclusión, tantas veces como se requiera hasta que obtengamos —nosotros mismos— la *convicción*⁷ de que el conjunto suena bien otra vez, ya sea que digamos

1. El que coaccione a otro... mediante violencia, será castigado,
2. M empleó violencia en su bloqueo sentado,
3. por tanto M será castigado, o bien,

1. El que coaccione a otro... mediante violencia, será castigado,
2. M no empleó violencia en su bloqueo sentado,
3. M no debe ser castigado.

El *punto* (4) concierne, por último, la cuestión de que tengan que ver las valoraciones con los "valores subjetivos" y con el "razonamiento orientado a valores".

Pues bien, el llamado "razonamiento orientado a valores" en el *sentido que le da Lorenz*, es decir, como ámbito autónomo del pensamiento opuesto a la lógica, desaparece aquí del todo. En cambio, en el sentido que *aquí* le concedemos, la valoración no es otra cosa que un tipo particular de predicado. La valoración es la afirmación: yo quiero que tal o cual cosa sea de este u otro modo, tal como ahora es, o como no lo es. Con una afirmación normativa de esta clase podemos, en principio, operar lógicamente, es decir, hacer inferencias en la misma forma que con las proposiciones descriptivas; por tanto: *working logic*. No existe, en todo caso, razón para oponer la lógica a la valoración.

Si ustedes echan un vistazo retrospectivo a los dos modelos sobre la relación entre lógica y valoración en el razonamiento jurídico, quizá estén de acuerdo conmigo en que ambos son del todo plausibles. Por ello, es un problema real si, en un tercer paso, debemos acaso plantear:

⁷ Los fenómenos de la duda y la convicción asumen una significación muy destacada en el pragmatismo de Peirce. Véase CP, 5.369-377 y 394-398.

3. La cuestión del modelo "correcto"

¿Tiene sentido discutir esta cuestión? ¿No es más bien un asunto de gusto que de verdad saber cuál de los modelos se considera adecuado? ¿Es que hay alguna diferencia de fondo?

Hasta el momento no estoy del todo seguro, ya que, según Peirce, no existe una diferencia real en el significado de cualquiera de nuestras ideas que "sea tan sutil que pudiera consistir en otra cosa que en una diferencia posible en la práctica (*practice*)".⁸ Para decirlo parafraseando a Gregory Bateson: no hay una diferencia que no *haga* una diferencia. Pero, ¿en qué medida hay una diferencia para la práctica jurídica según que considere mi actuación jurídica conforme al modelo A o conforme al modelo B?

Sospecho que —*in the long run*—⁹ el modelo A cede más fácilmente ante los influjos externos al derecho que el modelo B. Y considero que el modelo B es el correcto porque nos obliga a concebir los juicios de valor como *propios*, a hacerlos explícitos y a someterlos a la crítica. Quisiera fundamentar ambas afirmaciones con la ayuda de Peirce. Hemos llegado, pues, a la segunda parte del presente trabajo:

III. LA FILOSOFÍA DE PEIRCE Y EL MÉTODO JURÍDICO

Las reflexiones antecedentes fueron en muchos sentidos una especie de traducción a lo jurídico de las ideas filosóficas de Peirce, quien nació en Cambridge, Massachusetts y vivió de 1839 a 1914. Para ser académico, puede decirse que tuvo una vida bastante azarosa, acompañada de largos viajes y una segunda esposa de procedencia misteriosa. Nunca ocupó un puesto académico fijo, sino que se ganaba la vida en la práctica como físico y, más tarde, como escritor científico, pero esto último con escaso éxito. Su obra es de una extensión inmensa, pero buena parte de ella quedó sin publicar durante su vida y otra es poco accesible aún hoy. Actualmente se está produciendo una publicación de su obra en 30 volúmenes en orden cronológico. Los escritos más conocidos de Peirce son dos ensayos de los años de 1877-1878: "The Fixation of Belief" y "How to Make Our Ideas Clear".¹⁰

⁸ CP, 5.400.

⁹ CP, 5.3011, 345-350.

¹⁰ CP, 5.358-387, 388-410.

Quisiera explicarles la filosofía de Peirce, según yo la entiendo, en cuatro pasos. Empiezo con su *pregunta central*: ¿cómo es posible el conocimiento? En segundo lugar la *respuesta*: el conocimiento es posible como práctica (*practice*) —de ahí el nombre de pragmatismo que Peirce mismo dio a su filosofía—. En tercer término se trata un *problema* esencial que plantea esta concepción: el de los criterios de la práctica correcta. En cuarto lugar debemos preguntarnos: ¿*qué resta?*, si no podemos resolver el problema de manera satisfactoria.

En cada una de nuestras estaciones quiero trazar un paralelo hacia los problemas del método jurídico, según los desarrollamos anteriormente. Les pido que pongan alternativamente su atención en Peirce y la ciencia jurídica, en un ir y venir de la mirada.¹¹ Pasemos al punto.

1. La pregunta central

Peirce se consideró siempre discípulo y admirador de Kant, pero también, a la inversa, vio en Kant a un pragmático un tanto confuso.¹² Como seguramente algunos de ustedes recordarán, la pregunta sistemática central de la *Crítica de la razón pura* reza: ¿de qué modo son posibles los juicios sintéticos *a priori*?¹³ Peirce pensaba que Kant debió plantear la cuestión de un modo más general: ¿de qué modo son posibles *en absoluto* los juicios sintéticos?¹⁴

Los juicios sintéticos son aquellos que no sólo hacen analíticamente explícito lo que ya sabemos, sino que nos comunican algo nuevo, pero algo nuevo referido a la realidad. En consecuencia, la pregunta central de la teoría del conocimiento de Peirce reza, en una interpretación simplificada: ¿de qué modo es posible, en absoluto, un nuevo conocimiento referido a la realidad?

Echemos un primer vistazo lateral hacia la ciencia del derecho, donde el problema paralelo reza: ¿de qué modo es posible llegar a una decisión en los “*hard cases*” (*Dworkin*)? Por “*hard cases*” (“casos difíciles”) entiendo sencillamente aquellos en los cuales no está claro, desde un principio, de qué manera han de resolverse —ya sea por falta de precedentes o de leyes aplicables, o porque de haberlos, se trata de preceden-

¹¹ El “ir y venir” de la mirada tiene su *locus classicus* en Engisch, Karl, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung* [Estudios lógicos sobre la aplicación de la ley], Heidelberg, 1943, p. 15.

¹² *CP*, 5.525.

¹³ 2a. ed. (B), p. 19.

¹⁴ *CP*, 2.690 y 5.348.

tes incorrectos o de leyes malas, pero sobre todo: por falta de consenso—. Un *hard case* es, por ejemplo, nuestro caso del bloqueo sentado: el Tribunal Federal Constitucional alemán lo resolvió en votación de cuatro votos contra cuatro.

2. La respuesta

La respuesta de Peirce a la cuestión de cómo sea posible un nuevo conocimiento referido a la realidad, reza: a través de la práctica y, concretamente, a través de una práctica inferente (*reasoning*). Debemos tratar ambas partes de la respuesta por separado.

a) Pongamos primeramente el énfasis sobre el atributo práctica *inferente*. Con ello Peirce se pronuncia contra el modelo cognoscitivo de Descartes y de la lógica cartesiana, el cual se puede condensar en la fórmula: intuición más deducción.¹⁵ Esta fórmula significa que, *en un primer momento*, una especie de iluminación nos permite obtener, *clare et distincte*, un conocimiento cierto —esto es, la intuición—. Y a partir de esta intuición es posible deducir de manera relativamente sencilla. De la crítica de Peirce a este modelo quisiera traer a colación dos argumentos: en primer lugar, el modelo no proporciona explicación alguna de cómo se llega a la intuición, sino que hay que presuponer una especie de milagro.¹⁶ En segundo lugar, el modelo tiende a considerar inatacables sus intuiciones y, por lo tanto, a convertirse en el método de la autoridad (*method of authority*).¹⁷

Lo que Peirce le opone es el modelo de la *working logic*, según lo hemos presentado arriba,¹⁸ conforme al cual el nuevo conocimiento es posible porque podemos inferir de lo que ya sabemos algo que todavía no conocemos¹⁹ —en forma inductiva o abductiva—. Según Peirce, únicamente este modelo tiene la ventaja de no orientar nuestra investigación por los dogmas sino por la realidad —por así decirlo mediante prueba y error (*trial and error*)—.

¹⁵ Los principales trabajos sobre esta cuestión son dos ensayos de 1868: "Questions Concerning Certain Faculties Claimed for Man" (CP, 5.213-263) y "Some Consequences of Four Incapacities" (CP, 5.264-317).

¹⁶ Así en "The Probability of Induction" (1878), CP, 2.690.

¹⁷ Así en "The Fixation of Belief" (1877), CP, 5.383.

¹⁸ Véanse, principalmente, "Some Consequences of Four Incapacities", CP, 5.267 y ss.; "Deduction, Induction and Hypothesis" (1878), CP, 2.619-644; también "Grounds of Validity of the Laws of Logic: Further Consequences of Four Incapacities" (1868), CP, 5.318-357.

¹⁹ CP, 5.365.

Me parece que se advierten con claridad —éste es nuestro *segundo vistazo lateral* a la ciencia del derecho— los paralelos con nuestros modelos A y B de la primera parte de este trabajo. También para el intuicionismo del tipo que propone Larenz se obtiene la solución correcta del caso mediante un razonamiento que no procede de manera inferente —Larenz lo dice de manera expresa—; ²⁰ y la subsunción lógica no es en él más que una cuestión de forma. Así, por ejemplo, el “razonamiento orientado a valores” tendría que decirnos que justamente un bloqueo sentado es violencia, el resto (la pena) “procede” por sí mismo. A este modelo se le pueden oponer los mismos puntos de crítica que al cartesianismo: en primer lugar, existe cuando mucho una explicación aparente de la forma y modo en que se obtienen nuevas soluciones jurídicas. En segundo lugar, tiende a orientarse por las autoridades, por los valores dominantes. En todo caso, según su propio punto de partida, es en realidad incapaz de oponerles nada.

Aquí reside, creo yo, la diferencia práctica que buscábamos respecto del modelo B, por lo menos *in the long run*: El modelo A obtiene de la metodología —a mi modo de ver injustificadamente— un argumento más para preferir y legitimar los factores y “valoraciones” existentes o fácticamente dominantes.

En suma: el modelo A es menos crítico. Hasta aquí lo relativo a la inferencia.

b) Pongamos ahora el acento en la *práctica* inferente.

Para Peirce, el conocimiento de un objeto no significa algo “teórico”, sino el darse cuenta de cuáles son las consecuencias que pueda tener para una práctica posible (que este conocimiento sea también verdadero o que se afirme en la práctica es una cuestión secundaria).²¹ El concepto de “fuerza” es, por ejemplo, el conjunto de sus efectos prácticos y nada más. Lo importante es, sin embargo, que nos sentimos plenamente satisfechos cuando hemos logrado una convicción práctica en relación con un concepto.²² No queremos alcanzar ni podemos garantizar nada que sea más “objetivo” que esta convicción práctica.

Un *tercer vistazo lateral* a la ciencia del derecho: tampoco el juez desea alcanzar otra cosa que la convicción personal práctica de cómo deba resolverse un caso, y tampoco él es capaz de garantizar una mayor objetividad. Si por ello llegara aún a la convicción de que un resultado se deduce de tal o cual valor objetivamente dado, tendremos entonces una

²⁰ Larenz, *op. cit.*, pp. 263, 271.

²¹ Así en “How to Make our Ideas Clear”, *CP*, 5.402, 410.

²² *CP*, 5.375.

descripción muy imprecisa de la circunstancia de que *él ha hecho prácticamente propia* tal o cual decisión de valor (¡así debe ser esto!), mientras que, por lo demás, puede dejar de lado su opinión "muy personal", esgrimiendo por ejemplo el argumento de que el legislador ha decidido de manera distinta a la suya. En esta medida es que *toda* decisión jurídica, aun aquella que en apariencia sólo reproduce algo, es una creación jurídica, es en una palabra: práctica.

c) Creo que podemos ya trazar un *balance provisional* respecto de la ciencia jurídica y constatar que, en todo caso *in the long run*, podría existir una diferencia práctica entre los modelos A y B. Me parece que hemos obtenido algunos argumentos que favorecen al modelo B.

Debemos también tomar en consideración los posibles inconvenientes del "conocimiento como práctica". Pasemos por tanto al siguiente punto.

3. *El problema*

El problema de esta concepción consiste en lo siguiente: ¿existen criterios para determinar una práctica "correcta"? o bien, puesto que el conocimiento y la valoración son en última instancia subjetivos, ¿es todo arbitrario, en fin de cuentas?

Por lo que se refiere a Peirce, podemos decir, un tanto a la ligera, respecto de este problema de los criterios: una cosa lleva a la otra; la teoría de la realidad a la teoría de los signos y ésta, a su vez, a la teoría de las categorías. Pero vayamos en orden:

Peirce parte del supuesto de que el pensamiento puede orientarse hacia la *realidad* y también debería hacerlo. Pero, ¿qué es la realidad? Es significativo que Peirce lo formule sólo de manera hipotética: "La opinión determinada por el destino a ser finalmente aceptada por todos los investigadores es lo que nosotros entendemos por verdad; y el objeto representado en esta opinión es lo real. Así explicaría yo la realidad".²³

La realidad no es entonces más que una hipótesis, una idea directriz, en el sentido que le da Kant. Si bien es el criterio de la verdad, es un criterio del cual nunca podemos estar del todo seguros.

Por otro lado, se plantea el problema consecuente de cómo funciona en verdad esta toma de conocimiento de la realidad, de qué modo nos es "transmitida". Este es el objeto de la *teoría de los signos* (semiótica) de Peirce, la cual sólo podemos esbozar aquí, si bien constituye actualmente el centro de gravedad de los estudios sobre la obra de este filósofo.

²³ CP, 5.407.

sofo. Brevemente: todo puede ser un signo para algo y sólo a través del signo se da la mediación entre el mundo y el yo. En este proceso se educan mutuamente, por así decirlo, el signo y su usuario.²⁴

Pero, ¿de dónde proviene el impulso para ello, y qué es lo que garantiza la referencia a la realidad del signo? Según mi interpretación, éste es el objeto de la *teoría de las categorías* de Peirce.²⁵ Conforme a esta teoría, en todo fenómeno real deben estar contenidas las tres categorías: "primeridad" ("*firstness*": aquello que es en sí según su cualidad); "secundidad" ("*secondness*": aquello que es en relación a otra cosa, en un momento de la lucha) y "terceridad" ("*thirdness*": aquello que existe como tercero en relación a una cosa, en su representación). La *semiótica* y la *doctrina de las categorías* se ocupan, por tanto, del problema de cómo es posible la mediación entre la realidad y nosotros, o por decirlo poéticamente: de qué modo se da un puente entre el espacio vacío en torno al mundo y el yo (Gottfried Benn).

Se puede decir, en suma, que Peirce no ofrece un criterio último de la práctica correcta que se halle totalmente fuera de esta misma práctica.

El *cuarto paralelo* con la ciencia del derecho: que esta ciencia pueda tomar algo externo a sí propia como criterio último es la idea que sostiene la doctrina de la *naturaleza de las cosas*, la cual no ha prevalecido porque, tratándose de los "*hard cases*", no es posible ponerse de acuerdo sobre esta naturaleza. Por la misma razón, tampoco es el *consenso* un criterio para determinar la justicia de un nuevo conocimiento jurídico, ya que hace falta precisamente cuando se le necesita (recurrir mejor a la *susceptibilidad* de consenso desplaza únicamente el problema). Finalmente, también las *teorías procedimentales* de la argumentación jurídica ofrecen cuando mucho criterios necesarios, pero de ningún modo suficientes, para determinar la rectitud de las decisiones jurídicas particulares. En breve: también la ciencia jurídica carece en última instancia de un criterio cierto para determinar la "rectitud" (*Richtigkeit*) de sus decisiones; no tiene nada que pudiera guiar desde fuera sus conocimientos, con la certeza de un "razonamiento de otro tipo", hacia el resultado correcto. Lo que es incierto —por ejemplo, la interpretación "correcta" del concepto de violencia— permanece incierto. Eso es todo. A algunos esto les parecerá insatisfactorio. A nosotros debe llevarnos una última vez a Peirce. Pasemos, pues, al punto siguiente.

²⁴ CP, 5.313.

²⁵ Véanse, al respecto, sobre todo las "Lectures on Pragmatism" (1903), CP, 5.14-212, especialmente las lecciones II-IV.

4. ¿Qué queda?

Si no se puede resolver el problema de una fundamentación última cierta, creo que quedan dos cosas: en primer lugar, la libertad y la responsabilidad personal por aquello que se piensa y por lo que se piensa como jurista. En segundo lugar, permanecen la fe, la esperanza y la caridad, en el sentido de que, en una actitud de humildad, confiemos en que la verdad y la justicia triunfen *in the long run*, siempre que estemos dispuestos a hacer nuestra contribución. En los escritos tempranos de Peirce se halla un pasaje que se refiere muy directamente a la tríada bíblica;²⁶ hay otros que enfatizan que sin una gran esperanza no es posible la investigación científica.²⁷ El Peirce tardío formuló, de manera un poco distinta este mismo pensamiento, si bien sólo como alusión: la lógica debe fundarse en la ética, y ésta, a su vez, en la estética, aunque Peirce tiene un concepto muy personal de la estética como doctrina de aquello que sencillamente es digno, *per se*, de admiración.²⁸ Respecto de esta jerarquía de las ciencias normativas hay algo que debe tomarse muy en cuenta: la lógica de Peirce —“*working logic*”— vive de los supuestos que ella misma es incapaz de garantizar. Empero esto no significa que cuando no pueda avanzar, logre resolver sus problemas con otros medios distintos de los lógicos. No es posible argumentar con la ética *en lugar de* la lógica.

Lo mismo ocurre con la ciencia del derecho, para trazar el *quinto y último paralelo*. Tampoco para la ciencia jurídica hay salida fuera del contexto de su argumentación y, en particular, no hay escape hacia la ética (o hacia la “ética jurídica”), donde pudiera aprovisionarse, por así decirlo con los valores que le hacen falta. Se puede argumentar en el debate jurídico con argumentos provenientes de diferentes éticas —piénsese por ejemplo en la discusión sobre la tecnología genética—, pero entonces éstos constituirán un argumento entre otros en el contexto *jurídico*. No por el hecho de provenir de la ética adquieren, como argumentos, mayor peso que los derivados del ámbito de la medicina, la tecnología, la economía o la política.

Lo que sí puede exigirse, desde el punto de vista ético, es un *ethos* jurídico, a saber: el mejoramiento de la ciencia del derecho a partir de sí misma, en la medida que nos corresponda,²⁹ conforme a todas las re-

²⁶ CP, 2.655.

²⁷ CP, 5.357.

²⁸ CP, 5.34-36.

²⁹ CP, 1.615.

glas de nuestro arte, entendidas como "*working logic*"; y ello en la esperanza de que, *in the long run*, habrá de triunfar el mejor argumento.

¿En qué podría fundarse finalmente esta ética del *ethos* jurídico? Quisiera llamarla *estética jurídica*, apoyándome libremente en Peirce, ya que con ello pretendo decir algo que Peirce no vio, pero sí posteriormente Dewey, esto es: que la nueva experiencia puede traer consigo una sensación de lo que se ha logrado y salido bien, una sensación de armonía y plenitud.³⁰ De igual modo, pienso, sucede con todo conocimiento jurídico. Es la sensación del logro y de la armonía, el sentimiento que dice "¡así deben ser las cosas!", el que justifica el esfuerzo de la argumentación. Obviamente esta sensación (*feeling, not sentiment*) se da a la larga (*in the long run*) sólo si uno, como jurista, se sitúa en el contexto más amplio de la correspondiente cultura del derecho y los juristas; por tanto, la *estética jurídica* no es algo que se encuentre fuera del contexto jurídico. Es, en una palabra, el olfato para dar con el tono correcto entre los miembros del gremio, dentro del cual cada uno tiene, para enfatizarlo una vez más, su propia libertad de acción. La *estética jurídica* es la sensibilidad por el contexto más amplio de la ciencia jurídica y por el éxito de la acción dentro de este contexto. Creo que el jurista que desempeña seriamente su oficio debería orientarse, en fin de cuentas, por esta *estética* y no por alguna *ética* —y me parece, además, que así lo consideren la mayoría de los juristas—.

IV. TESIS CONCLUSIVAS

Para terminar, permítanme formular dos tesis:

1) No se deben contraponer la lógica y la valoración en el ámbito de la metodología jurídica.

El juicio de valor no es una especie de conocimiento distinto del juicio lógico, sino que la valoración es únicamente una especie particular de predicado: algo debe ser de esta u otra manera. Con ella podemos operar de igual forma que con los predicados descriptivos. El conocimiento jurídico se produce conforme a una "*working logic*" en la que hay lugar para la incertidumbre, la libertad y la responsabilidad.

2) En general, lo que en realidad sirve de orientación al jurista, precisamente ante los "*hard cases*", es el tono correcto entre los miembros

³⁰ Dewey, John, *Art as Experience*, Nueva York, 1958, cap. III, IX. Sobre Dewey y Peirce, véase el excelente libro de Bernstein, Richard J., *Praxis and Action*, Filadelfia, 1971.

del gremio. Esto es lo que yo denomino estética jurídica. El jurista debería guiarse también por ella; esto es lo que quizá deba entenderse razonablemente como sujeción al derecho.

El jurista no está legitimado para sustituir la valoración jurídica con valores extrajurídicos, pero si está autorizado y llamado a traducir sus valoraciones a lo jurídico, al contexto más amplio de la ciencia jurídica.

Para finalizar, quisiera todavía revelarles cómo terminó el caso del bloqueo sentado. Los tribunales alemanes calificaron casi unánimemente estas acciones como "violencia" y habrían castigado a nuestro manifestante M por el delito de coacción. Debido a un empate de votos, el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) no pudo declarar que esta interpretación contraviniera a la Constitución y, en lo particular, que fuera contraria al principio de certidumbre, uno de los postulados del Estado de derecho. Según opinión de los cuatro jueces que votaron en favor de la sentencia, todo depende, en última instancia,³¹ de la "apreciación" que el juez haga de todas las circunstancias del caso, es decir, depende de una consideración valorativa elemental, como diría Larenz. No hubo que esperar mucho para que el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), la última instancia judicial en materia penal, mostrara cuán arbitrariamente puede manejarse la "escala valorativa" de esta "apreciación".

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal me parece incorrecta por muchas razones, entre otras porque, *from a logical point of view*, resulta feo subsumir bajo el concepto de "violencia" una acción que conscientemente prescinde de ella.

V. BIBLIOGRAFÍA

- KAUFMANN, Arthur, "Der BGH und die Sitzblockade" ["El Tribunal Supremo Federal y el bloqueo sentado"], *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1988, pp. 2581 y ss.
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5a. ed., Berlín, 1983, pp. 260-265, 271, 281, 205-215. Existe versión castellana de una edición alemana anterior, con el título *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. Enrique Gimbernat Ordeig), Barcelona, Ariel, 1966, 387 pp.

³¹ En lo particular todo es más complicado, en parte por la tradición interpretativa del concepto de violencia y en parte debido a la llamada "cláusula de reprochabilidad" ("*Verwerflichkeitsklausel*") del § 240, inciso 2, *StGB*.

- PEIRCE, Charles Sanders, *Collected Papers*, vols. I-VI, Cambridge, Massachusetts, 1931-1935; vols. VII y VIII, Cambridge, Massachusetts, 1958 (varias reimpressiones). Se cita, como es usual, por volumen y párrafo (por ejemplo: CP 5.315).
- TOULMIN, Stephen, *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958 (reimpresión, 1969).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (Bundesverfassungsgericht), "Sentencia del 11 de noviembre de 1986 —1 BvR 713/83 y otros—", *BVerfGE* [Resoluciones y sentencias del Tribunal Constitucional Federal], vol. 73, pp. 206 y ss.; reproducida en *Europäische Grundrechtszeitschrift (EuGRZ)*, 1986, pp. 619 y ss., y en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1987, pp. 43 y ss.
- TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL (Bundesgerichtshof), "Resolución del 5 de mayo de 1988 —1 StR 5/88—", *BGHSt* [Resoluciones y sentencias del Tribunal Supremo Federal en material penal], vol. 35, pp. 270 y ss.; reproducida también en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1988, pp. 1739 y ss.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Juristische Methodenlehre [Metodología jurídica]*, 5a. ed., Munich, 1990, esp. pp. 79-92.

Joachim LEGE

Traducción de Héctor FIX FIERRO