

Acerca del discurso científico-jurídico

O: ¿Qué puede y debe hacer un recensor?*

De Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn**

Alexy, siguiendo a Habermas, ha formulado las siguientes tres reglas para un discurso jurídico libre de dominación:

1. Todo aquél que puede hablar, puede participar en el discurso.
2. a) Todos pueden cuestionar todas las afirmaciones,
b) Todos pueden introducir afirmaciones en el discurso,
c) Todos pueden expresar sus posiciones, deseos y necesidades.
3. A ningún hablante puede serle impedido ejercer los derechos previstos en los numerales 1 y 2 por medio de las limitaciones predominantes dentro y fuera del discurso.

De acuerdo con la regla del numeral 3, quien abre un foro destinado a un discurso científico – por ejemplo, una revista especializada – no puede rechazar un texto enviado, argumentando que él u otros sospechan de la falta de imparcialidad de su remitente. Debido a una sospecha de parcialidad – y solo puede ser una sospecha, pues, como hecho interno, la parcialidad no puede establecerse con certeza, y mucho menos probarse – un juez o cualquier otro agente decisor, así como un asesor o evaluador, puede y debe ser excluido de participar en un proceso en el que se decide sobre intereses contrapuestos, es decir, de un proceso judicial o de uno en el que se decide sobre la concesión de fondos a solicitantes que compiten entre sí. En el discurso científico solo puede excluirse una afirmación cuando el hablante infringe las reglas de la forma debida y de la objetividad.

Yo iré un paso más allá y formularé una regla adicional para el discurso científico:

4. En el discurso científico, todo participante tiene que partir de que lo que dice otro participante es dicho porque éste lo considera correcto.

* Publicado en alemán en ZIS 2021, 348. Traducción de *Gustavo Urquiza*, LL.M. y doctorando en la Georg-August Universität de Göttingen (GAU). El traductor agradece al Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos por sus valiosas sugerencias, así como a la Göttinger Verein zur Förderung der Strafrechtswissenschaft und Kriminologie sowie ihrer praktischen Anwendung e.V. por su generosa contribución material para la elaboración de la presente traducción.

** Anotación de la Prof. Dr. Ingeborg Puppe: Por razones de fluidez y legibilidad del texto, al referirme a personas me abstengo de mencionar en cada caso las formas masculina y femenina del sustantivo, así como las construcciones artificiales del participio. Utilizo la forma masculina sólo porque, a diferencia de la femenina, aquella no está asociada necesariamente con el género masculino. Muestra una falta de confianza en nosotras mismas si las mujeres creemos que tenemos que recordar constantemente que también estamos allí, en lugar de presuponerlo como algo obvio.

Bajo este presupuesto, la cuestión referida a los motivos por los que el participante ha dicho algo no es relevante en absoluto. La única cuestión a indagar es si lo dicho es correcto o incorrecto. Quien especula sobre los motivos de la afirmación realizada por otro en una discusión científica, abandona el ámbito del discurso científico y entra en otro tipo de discurso, respecto del cual no rige el privilegio de la libertad científica, ni el del § 193 Var. 1 StGB, sino más bien la prohibición del § 186 StGB (afirmar, con respecto a otra persona, un hecho que afecta el honor y que no puede probarse). Tampoco el interés de defenderse ante críticas injustificadas o no objetivas permite justificar con base en el § 193 StGB (en el sentido de una salvaguarda de intereses legítimos) una afirmación que afecte el honor del crítico, pues un medio mucho más eficaz de defenderse frente a una crítica injustificada consiste en refutarla objetivamente. Algo distinto vale únicamente para la crítica no objetiva y ofensiva.

De vuelta pues al discurso científico. ¿Qué reglas ha de seguir en el discurso científico quien critica otra opinión o hace una recensión de una contribución científica? En primer lugar, él tiene que leer cuidadosamente el texto criticado. En la medida que lo critica, debe reproducirlo correctamente y no recortarlo, ni tergiversarlo. Ciertamente, en la discusión científica actual, un recurso habitual consiste en recortar o desfigurar la posición contraria para poder deshacerse de ella más fácilmente, sin abordarla seriamente. Esto no puede ocurrirle nunca a un recensor. Él tiene que presentar y probar cuidadosamente con ayuda del texto cada error que le atribuye al autor.

En la ciencia jurídica existen dos clases de razones para rechazar una opinión jurídica, una teoría jurídica, un resultado o su fundamentación. La primera clase de esas razones consiste en haber encontrado un error en la posición presentada. La segunda clase, consiste en que pese a que no hay nada que objetar a la formulación y fundamentación de la opinión jurídica en cuestión, se llega a la conclusión de que existen mejores razones a favor de otra posición jurídica. Aunque esto es una cuestión de opiniones, el recensor también puede entrar en una discusión de ese tipo con el autor. Es deber de todo crítico y, especialmente, de un recensor, aclarar si las razones por las cuales rechaza una posición jurídica corresponden a la primera o a la segunda clase de razones. Por consiguiente, a pesar de su severidad, no se le puede negar el uso de las palabras “incorrecto”, “erróneo” o “inconcluso”.

Una explicación puede ser considerada incorrecta, en primer lugar, cuando ella incurre en un error de razonamiento. Los errores lógicos clásicos son la contradicción, el razonamiento circular y la confusión conceptual. La acusación de haber incurrido en un error de razonamiento, o sea, en un error lógico, es grave y por consiguiente tiene que ser demostrada cuidadosamente por medio del texto criticado. A menudo, esto no es tan fácil como muchos creen. Así, por ejemplo, no constituye ya automáticamente una contradicción que el autor haga una excepción a una regla formulada por él. Sin

embargo, la fundamentación de la excepción tiene que ser lógicamente compatible con la fundamentación de la regla. La mayoría de las veces, las contradicciones no se encuentran en los resultados de una teoría, sino en sus fundamentos. En la metodología y en la literatura jurídico-penal esa contradicción es frecuentemente denominada contradicción valorativa, con lo cual también se da a entender que no se necesitaría ser tan preciso al fundamentarla. Esto es incorrecto. Una contradicción valorativa también es una auténtica contradicción y quien incurre en ella muestra que cambia sus convicciones según las necesidades y, por lo tanto, que no resulta creíble. Por consiguiente, una contradicción valorativa también tiene que ser demostrada cuidadosamente con base en el texto.

Respecto a la confusión conceptual no hay mucho que decir. Aquí la tarea sólo consiste en descubrirla. Una vez descubierta, es fácil mostrarla con base en los distintos significados de la palabra utilizada. Una confusión conceptual es solo posible, porque en el lenguaje natural los conceptos son dependientes del contexto, es decir, las palabras que forman el lenguaje natural significan algo distinto en diferentes contextos. La mayoría de las veces, esos significados están profundamente interrelacionados. El ideal de que una misma expresión (signo) posea exactamente el mismo significado en cualquier contexto solo puede alcanzarse en un lenguaje exacto, es decir, en un lenguaje artificial, el cual probablemente tiene sus conceptos definidos, pero también es pobre en el sentido de que solo permite expresar una determinada clase de pensamientos, como, por ejemplo, el lenguaje de las matemáticas o el de la física teórica. En el lenguaje natural es imposible crear un nuevo signo lingüístico para cada modificación del significado de un concepto. Además, es dudoso que ello fuese deseable, ya que al fin y al cabo mediante una identidad terminológica se expresa que dos conceptos se hallan interrelacionados. Es decir, suponer que una misma palabra significa lo mismo en cualquier contexto también constituye un error de razonamiento.

El razonamiento circular no es en sí mismo algo lógicamente incorrecto, sino, por el contrario, un imperativo lógico. Es decir, aquél se presenta como una tautología, cuando la tesis inicial es repetida con otras palabras, o como una implicación, cuando de la tesis inicial es extraída una conclusión. El error de razonamiento consiste en pretender haber demostrado la tesis inicial a través de esa tautología o implicación. Resulta especialmente exasperante cuando un razonamiento circular aparece como *argumentum ad absurdum* para refutar una posición contraria. Aquí la corrección de la propia posición es presupuesta y proyectada en la posición opuesta. De esa forma se puede atribuir a la posición contraria todos los errores posibles, por ejemplo, una contradicción, una conclusión errónea o una infracción de principios elementales del Derecho, como la prohibición de una ficción en el Derecho penal o el principio *in dubio pro reo*. Esta forma del razonamiento circular es usado habitualmente en los manuales, para acercar la literatura dominante a los estudiantes y, al mismo tiempo, proporcionarles una muestra argumentativa accesible para refutar posiciones contrarias con rapidez, sin esfuerzo intelectual y, por eso, de forma más efectiva en la evaluación universitaria (“Klausur”). Un censor nunca puede proceder

así con la opinión jurídica del autor que es objeto de la recensión.

También pueden ser criticadas como erróneas las infracciones de las reglas de la elaboración de conceptos jurídicos. Desde Jhering, el estándar de la elaboración de tales conceptos jurídicos reconoce que estos no nos son dados y que no pueden ser tomados de un cielo conceptual idealista, ni de la naturaleza, ni de la vida, sino que tienen que ser elaborados por nosotros mismos. Esos conceptos constituyen herramientas para solucionar problemas jurídicos y el único criterio de su corrección es su idoneidad respecto a ese objetivo.

A quien declara que los hechos, sobre todo, las distinciones fácticas, son determinantes, pero sin justificarlo con su utilidad instrumental para la solución de los problemas jurídicos planteados, se le reprocha llevar a cabo una elaboración conceptual naturalista, y por eso, metodológicamente incorrecta. Pero muchos de los normativistas contemporáneos dirigen ese reproche contra quien, por cualquier razón, señala que los hechos y distinciones fácticas resultan determinantes para la solución de problemas jurídicos. Dado que en el Derecho se trataría siempre de valoraciones, los conceptos jurídicos solo podrían contener valoraciones. Esto conduce entonces a la elaboración de las denominadas fórmulas valorativas para la decisión de cuestiones jurídicas.

Así como hoy se habla de una falacia naturalista, esto podría denominarse la falacia normativista. Ya que toda valoración se refiere necesariamente a hechos, un concepto valorativo no tiene ningún sentido si no está claro a qué clase de hechos se refiere y bajo qué condiciones fácticas ha de ser aplicado. En el Derecho rige lo siguiente: los hechos sin valoraciones son ciegos, pero las valoraciones sin hechos son vacías.

Es importante distinguir entre las razones de la definición del contenido de un concepto jurídico y el contenido mismo del concepto jurídico. Las razones para la definición de un concepto corresponden siempre al ámbito de la utilidad (“*Zweckmäßigkeit*”), o sea, a la valoración de los resultados que surgen de la definición de este concepto en la solución de un problema jurídico. El contenido mismo del concepto es idealmente algo puramente fáctico. A diferencia del Derecho civil, en el Derecho penal el concepto de persona comprende al niño en el vientre materno desde el inicio de las contracciones de dilatación uterinas. Con esto se persigue el objetivo de conceder al no nacido protección frente una infracción negligente del deber de cuidado, en especial, por parte de los obstetras, ya durante el nacimiento. Mediante un cardiotocógrafo se puede medir si esas contracciones de apertura han empezado o no. Frecuentemente, este ideal en la elaboración de conceptos jurídicos (se habla de una desnormativización del concepto) no se puede alcanzar con plenitud, de modo que en su forma más general el concepto contiene todavía elementos valorativos. De todos modos, ello es solo un ideal.

Se denomina teoría jurídica a una propuesta de solución de uno o más problemas jurídico determinados, es decir, la puesta a disposición de herramientas conceptuales para la solución de cuestiones jurídicas. También existen criterios generales respecto a la calidad de una teoría jurídica. Por ejemplo, ella tiene que ser completa, en el sentido de que

resuelva el respectivo problema en todos los casos en los que él se presente. Una teoría también es incompleta cuando su autor no aborda las objeciones que surgen contra la solución del problema. También es deber de todo autor científico comparar su solución al problema con otras soluciones propuestas en la literatura y demostrar su superioridad, especialmente, cuando aquella es nueva. Si el autor no lo hace, no realiza plenamente su tarea, lo cual puede serle criticado por el recensor.

Una delicada tarea de todo recensor es resumir los resultados de su análisis del trabajo objeto de recensión. La conocida frase: "Nadie que se ocupe de este tema en el futuro podrá pasar por alto esta obra" suena bien, pero en el fondo no dice nada, porque sólo expresa el deber evidente de todo autor de tener en cuenta la bibliografía pertinente. Si, en opinión del recensor, el trabajo presenta errores diversos y graves, entonces, el resumen de la recensión no puede ser halagador. Cómo se formula esto constituye una cuestión de estilo.

Algunas palabras más sobre la especial situación de las mujeres en la ciencia jurídica. Tras más de 40 años como científica jurídica, no puedo negar que las mujeres han sido relegadas durante mucho tiempo en esta disciplina, y por cierto, no sólo en la adjudicación de los puestos más importantes, sino también con respecto a la atención recibida en la discusión jurídico-científica. Hasta hace poco existía todavía en la ciencia jurídica un prejuicio contra las mujeres, el cual era incluso más difícil de combatir al ser en gran parte inconsciente. Esto sólo puede superarse gradualmente, con mucha paciencia y esfuerzo. Sin embargo, las mujeres cometeríamos un error funesto si, en cierta medida como compensación por esa relegación, exigiéramos ahora un trato preferencial para nosotras en la discusión científica. Al hacerlo, sólo fomentariamos que nuestras contribuciones científicas fuesen ignoradas. Es decir, debemos afrontar la crítica científica sin reservas y, aunque sea dura y la consideremos injusta, resistir la tentación de lanzar contra ella acusaciones de discriminación. Aquí también se aplica la regla del discurso prevista en el numeral 4. Quien acusa a un crítico de haber escrito motivado por una actitud misógina abandona el discurso científico y maneja uno diferente, más concretamente, uno de crítica social, para el cual no rige la prerrogativa de la libertad científica (artículo 5, párrafo 3 de la Ley Fundamental).