

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/340580906>

Prólogo a la obra: "Teoría del Derecho. Concepto, Validez y Aplicación del Derecho" de Bernd Rüthers, Ediciones Olejnik y Editorial Temis, 501 pp., 2018.

Book · April 2020

CITATIONS

0

READS

63

1 author:



[Minor E. Salas](#)

University of Costa Rica

36 PUBLICATIONS 33 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Contra-Corriente (Canal de YouTube) [View project](#)

BERND RÜTHERS

BIBLIOTECA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Lex

TEORÍA DEL DERECHO CONCEPTO, VALIDEZ Y APLICACIÓN DEL DERECHO



EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

Ediciones
Olejnik

BERND RÜTHERS

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

**CONCEPTO, VALIDEZ
Y APLICACIÓN DEL DERECHO**


**EDITORIAL
TEMIS**
OBRAS JURÍDICAS

**Ediciones
Olejnik**

Título del original alemán

Rechtstheorie Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts
München, C. H. Verlag, 1999.

Traducción de Minor S. Salas

© BERND RÜTHERS

© Ediciones Olejnik

Huérfanos 611, Santiago-Chile

E-mail: contacto@edicionesolejnik.com

Web site: <http://www.edicionesolejnik.com>

© Editorial Temis S. A.,

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá-Colombia

mail: gerencia@editorialtemis.com

Web: www.editorialtemis.com

ISBN: 978-956-392-167-0

Diseño de Carátula: Ena Zúñiga

Diagramación: Luis Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Argentina

2018

Printed in Argentina

PRÓLOGO DEL TRADUCTOR

HACIA UNA TEORÍA Y METODOLOGÍA DEL DERECHO
COMO CAZADORAS DE MITOS

MINOR E. SALAS
Universidad de Costa Rica,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Sólo cabe recordar que la obligación, si es que hay alguna, más recomendable para un “pensador” de profesión es mantener la cabeza fría frente a los ideales dominantes, aun los más majestuosos, en el sentido de que él ha de conservar la capacidad de “nadar contra la corriente” si es necesario.

MAX WEBER

Transcurría el final del año 2000 —en la fría ciudad de Múnich, Alemania— cuando leí por primera vez la *Rechtstheorie (Teoría del derecho)* de BERND RÜTHERS. Me impresionó. Una obra clara. Bien escrita. En ella, a pesar de ser una introducción básica al derecho y a su metodología, no se renunciaba a la profundidad. Se lograba ese difícil equilibrio entre claridad e intensidad del argumento. Incluso se vislumbraba también, y en no pocos pasajes, belleza literaria. Traslucía, a través de sus líneas y páginas, la experiencia y la sensibilidad de un jurista ya maduro. Viejo en las lides de la justicia. Curtido en las cuestiones humanas y sociales. Luego conocí, personalmente, al Prof. RÜTHERS y no me había equivocado. Un gran ser humano y un intelectual honesto.

Si me pidieran que confiese, años después de haber leído y traducido este libro, cuál fue el aspecto que más me impresionó y cuál fue la idea que consideré más relevante en toda la obra, no dudaría en decir lo siguiente: ¡el derecho es una actividad viva, cambiante, mutable; expuesta a los más variados e intrincados arrebatos humanos: buenos y malos! No es solo razón, es también pasión. No es ciencia, es también prudencia y arte. Pero a veces esa prudencia y arte se convierten en desafuero y arbitrariedad, como cuando los tribunales son asaltados por regímenes políticos injustos y depravados o por personas incompetentes, corruptas e inicuas. Así que tanto en la creación, la interpretación como en la

aplicación del derecho, operan los más contradictorios elementos de la experiencia y convivencia humanas. Quien no vea esto (o no quiera verlo) cierra, indefectiblemente, sus ojos ante la realidad del derecho vivo.

No hay, prácticamente, una sola página en la cual el profesor DE CONSTANZA, no enfatice el carácter histórico, mutable y contingente del derecho. No sin motivo, hay que considerar a BERND RÜTHERS como uno de los expertos del siglo xx en temas propios del surgimiento de los Estados totalitarios y fascistas [nada más recordemos grandes obras suyas en ese sentido como: *Die unbegrenzte Auslegung* (La interpretación sin límites), *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit* (Lo injusto de la justicia), *Entartetes Recht* (Derecho degenerado)], entre otras muchas, dedicadas, precisamente, al estudio de los sistemas jurídicos totalitarios. Tema este que ha sido, y sigue siendo en nuestros propios países, de una importancia nada despreciable.

El lector tiene en sus manos, pues, una obra que, si bien es de introducción al estudio de dos campos: *la teoría del derecho* y la metodología jurídica, no deja de ser profunda, incisiva y aguda en la presentación de los problemas que aborda y que todo jurista, preocupado por los avatares de su “ciencia jurídica”, debería conocer y hacer objeto de su estudio y reflexión. ¿Pero qué es esto de la metodología jurídica y de la teoría del derecho? Seguidamente, hago presentación de algunas ideas que, si bien son de mi propia cosecha (por lo cual, solo yo soy responsable), una buena parte de mi inspiración proviene de la lectura de este libro que hoy se prologa, en mi condición de traductor.

Empiezo con algunas preguntas que, a primera vista podrían aparentar ser sencillas de responder y, en cierto grado, acaso triviales; pero que considero absolutamente claves para entender el tema de la teoría y metodología del derecho desde la perspectiva realista en que RÜTHERS aborda su obra. Las preguntas en cuestión rezan, simplemente:

¿En qué se diferencia el trabajo de un jurista (no importa si este es abogado, juez, magistrado, profesor o estudiante) y el trabajo de otros científicos sociales? Es decir: ¿qué hacen los juristas que otras personas (por ejemplo, sociólogos, psicólogos, economistas, antropólogos) no pueden hacer?; ¿qué les da a ellos su condición de tal: su estatus, su dignidad, su prestigio y renombre?; ¿qué virtudes poseen para que hayan sido dotados con el poder de decidir entre lo justo y lo injusto, lo correcto y lo incorrecto en una sociedad?; ¿de qué sabiduría especial gozan para estar investidos con la toga de la moral, el manto de las buenas costumbres y la espada —no siempre afilada— de la ciega justicia?; ¿cuál es, entonces, el *misterio oculto del derecho: su teoría y su método*?

Ah, eso es sencillo —filosofía para principiantes— podría pensar algún lector. Y le responderé: ¿es tan fácil realmente el asunto?; ¿son tan simples los interro-

gantes planteados?; ¿está realmente en la superficie el diamante que condensa el núcleo ígneo de la verdad? Por supuesto, replicará mi oponente imaginario, amante de la simplicidad y de las respuestas rápidas. Fíjese usted, me dirá: el jurista trabaja con normas jurídicas, mientras que el sociólogo o el politólogo no necesariamente. Pero nada impide, responderé, que un sociólogo, un politólogo o un economista estudien las normas, su teoría y su método, y lleguen, incluso, a las mismas conclusiones que el jurista o a unas muy similares. Claro, se me objetará, pero el jurista cuenta con una preparación *sui generis* que no posee ninguno de estos científicos sociales y que le permite ver cosas que los otros no ven.

“*Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*” afirmaba entusiastamente el gran ULPIANO. [La Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto]. Así pues, los juristas *interpretan*, valiéndose justamente de una teoría y metodología del derecho, el “espíritu verdadero” de las disposiciones jurídicas llegando a conclusiones a las cuales no llegarían otras personas sin un saber especializado. Se maneja, además, un lenguaje “técnico” que es necesario dominar para entender correctamente los preceptos normativos. Por lo tanto, el objeto de estudio del derecho (o de la *Iuris-prudentia* como dirían los juristas del pasado) es distinto al de cualquier otra disciplina. No hay punto de comparación. No hay paralelismo que se sostenga hasta el final.

Pero, más allá de estas delicadezas *epistemológicas*, me objetará, finalmente, el adversario, es evidente que el quehacer del jurista también se diferencia del de los restantes científicos por otras muchas cosas más. Y son, precisamente, estas cosas las que le otorgan a la profesión jurídica su *dignidad*: vea usted (me dirá el contendiente imaginario): el juez determina, quiérase o no, qué es lo correcto e incorrecto en una contienda determinada; de los tribunales de justicia pende la gran responsabilidad de garantizar la vida de alguien o de arruinarla; la libertad de una persona, su fortuna, su fama, su nombre: todo ello colgando de los frágiles hilos de la curia; por los expedientes de los juzgados circula la sabia que nutre la justicia terrenal; por las salas de juicio camina el espíritu de San Ivo —patrono de los juristas— impartiendo equidad, firmeza en las decisiones y, llegado el caso, orden en la sociedad.

Fiat iustitia, pereat mundus [Hágase justicia aunque perezca el universo] es una máxima que solo de la lengua o de la pluma de un juez podría brotar. De ningún otro sitio. Las espadas podrán quebrantar los ánimos y cuerpos de los ciudadanos, el hierro torcer la voluntad del humilde, las armas lacerar la paz y el orden de un pueblo, pero solo el derecho y sus mentores (los juristas) pueden restablecer las cosas a su curso normal y pacífico. Siglos de experiencia acumulada; centurias de usanzas, costumbres y prácticas; miles de páginas de letrada

literatura y sapiente reflexión atestiguan el imperio del derecho y la autoridad del legista. Esto está fuera de duda, se me dirá. Desde las estepas de pueblos ya perdidos en la niebla del tiempo hasta las ciudades bizantinas y romanas, desde las comarcas y burgos medievales hasta las modernas metrópolis tecnológicas, el derecho ha sido y será instrumento de pacificación y de orden y los juristas sus paladines. Por lo tanto, repite mi crítico ya enardecido, deje usted de lado las preguntas impertinentes. Es claro que lo que hace un jurista no es igual a lo que hace ningún otro científico. Su tarea es más importante y noble.

Un cierto aire de altivez y orgullo brotará del seno de estas palabras. Una sonrisa triunfal se dibujará en el semblante del apologista y ustedes, queridos lectores (doctos o aprendices de jurisperitos, dragones protectores del tesoro divino), habrán justificado sus largas horas de estudio, sus esfuerzos hercúleos en el arte de la “ciencia jurídica” y su decisión de haberse consagrado al oficio de la ley.

Pero, mis dudas tengo, debo reconocerlo, sobre este noble itinerario. La nobleza inmaculada del derecho, la imagen intachable de la ciencia jurídica, el resplandor pétreo e indisputable de la justicia, se me hacen, a veces, demasiado sospechosos. *Something is rotten in the state of Denmark!* No podemos cerrar los ojos ante la miseria del derecho en los tiempos actuales. Una disciplina que se ha convertido en negocio, una tradición postrada ante la riqueza y el poder más que ante el saber y el estudio, una historia milenaria doblegada por el peso de los formalismos y de los ritos y de una burocracia muchas veces inhumana.

No era acaso el ilustre (y muchas veces olvidado) JULIUS HERMAN VON KIRCHMANN quien se preguntaba (con la melancolía irreprimible de un viejo abogado): “¿Qué jurista práctico no experimentó alguna vez un sentimiento profundo de vacuidad y de insatisfacción en su quehacer? ¿Qué otra rama literaria ofrece, junto a lo bueno, tanto libro insulso como la [rama] jurídica?... ¡Qué cúmulo de leyes y, no obstante, cuántas lagunas! ¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, cuánta lentitud en la administración de justicia! ¡Qué lujo de estudios y de erudición y, no obstante, cuántas oscilaciones, cuánta inseguridad en la teoría y en la práctica!”¹.

No obstante, en un punto debo concederle toda la razón a mi oponente. El derecho no es la sociología o la psicología. La práctica jurídica no es la práctica política o económica (aunque mucho de ello contenga). Los salones de la justicia no son las plazas públicas del político o los mercados del economista. El abogado no es un sociólogo o un antropólogo desencantado. Las razones, como hemos dicho, son de muy diversa índole. Empero, hay un elemento que resume y condensa la diferencia clave entre el derecho y las restantes disciplinas.

¹ J. H. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Manutius Verlag, Heidelberg, 2000, págs. 8-9.

Ese punto es, dicho sin dilaciones, la teoría y los métodos de trabajo; es decir, la forma en que uno y otro profesional cumplen (!o no cumplen!) con sus respectivas tareas y las justifican racionalmente. Es la manera particular en que ellos enfrentan analíticamente su objeto de estudio, cómo obtienen su información, los instrumentos conceptuales o empíricos que utilizan, los razonamiento de que se valen, la retórica de su arte, la arquitectura de sus conceptos, lo que (se supone) le da el carácter *sui generis* y *único a la empresa jurídica*.

Pero, entonces, si esto es correcto, si es la teoría y la metodología lo que le da su estatus científico a las distintas ramas del saber humano, se debería, pues, concluir reconociendo abiertamente la importancia que tiene su estudio. Un profesional, en cualquier rama del conocimiento, debería conocer, por ende, al menos *dos* cosas fundamentales: primero, saber que efectivamente existen unas determinadas teorías y metodologías sobre las cuales se asienta epistemológicamente su disciplina y, segundo, conocer cuál es el contenido y el alcance real de esas teorías y metodologías.

Igual sucede con el derecho, se supone. Un jurista, adecuadamente preparado y que conserve algún orgullo respecto a su profesión, debería conocer, también, dos cosas básicas: por un lado, aquellas orientaciones, doctrinas o paradigmas propios de su campo de trabajo y, por otro, los contenidos específicos de esas orientaciones respecto a las formas en que allí se emplean. Es decir, el abogado, el juez, el consejero legal, el estudiante, deben conocer cuál es pues la especificidad teórica y práctica de su quehacer; cuáles son las diferencias entre sus enfoques y los enfoques de otros teóricos encargados del estudio de la sociedad. La importancia de este conocimiento, repetimos, no es secundaria. De ella dependería el carácter de la disciplina y, finalmente, su *dignidad* (¡o indignidad!) como rama del conocimiento humano. Dicho con palabras un poco más técnicas: el estatuto epistemológico y científico de un conocimiento depende, básicamente, de los métodos de validación o falsación que allí se empleen.

En este punto quiero hacer un alto en el camino. Me detengo y le pido a los lectores plantearse el siguiente interrogante y reflexionar seriamente sobre él: si la teoría básica y la metodología es tan importante para la constitución epistémica de una disciplina como el derecho, para su existencia y aceptación social, entonces, ¿en qué consiste esta «teoría del derecho»?; ¿cuáles son «los métodos» propios de un buen jurista, a diferencia de quien no lo es?; ¿existen realmente esas «teorías» y esos «métodos»? ¿O se trata todo ello de una pretensión científica? ¿Cómo resuelven realmente los llamados «operadores del derecho» (sean estos jueces, abogados, fiscales, defensores) sus casos prácticos? ¿Cuál es el grado de racionalidad (o irracionalidad) que impera allí para la toma de decisiones? ¿Está el juez vinculado estrictamente a la ley o es que, en aquellos

casos difíciles y oscuros, se atiene al consejo del buen HUTCHESON: lanzar una moneda al aire y dejar que la suerte decida?

Estos son algunos de los problemas fundamentales examinados por la teoría y la metodología jurídicas; estos son algunos de los interrogantes que, como fantasmas en una noche invernal, han perseguido y hostigado a los estudiosos de nuestra disciplina por siglos y que, de una forma clara y sencilla, ahora aborda el Prof. BERND RÜTHERS en su *Teoría del derecho*.

Pero, florezca en este punto la provocación e inicien mis consideraciones antipáticas. Resulta que en muchas Facultades de Derecho de nuestros países *no* existen cursos que se encarguen de la presentación y elaboración sistemática de cuestiones teoréticas, epistemológicas y metodológicas del derecho. Allí, antes bien, lo que se enseña es dogma.

Porque esta es otra historia que hay que desenmascarar —abandonando las rancias cortesías y las consideraciones hipócritas—: en muchas Facultades de Derecho hay cursos de «primera categoría» y cursos de «segunda categoría» o, si se quiere, cursos de «verdad» y cursos de «mentiras». A los de la segunda fila (a los de «mentira») suelen pertenecer las asignaturas de filosofía jurídica, de teoría del derecho, de historia del derecho, de teoría del Estado y, por supuesto, el de metodología jurídica (esto en el entendido de que dichas materias se impartan). Todas estas asignaturas básicas son percibidas no rara vez —por los estudiantes— como verdaderos obstáculos en su carrera desbocada hacia la graduación pronta y feliz; y —por algunos profesores— como el precio (o el castigo) que hay que pagar mientras el Decano les asigna impartir un curso de derecho «de verdad»; es decir, un curso de dogmática jurídica.

Queden ustedes, en este punto de mi presentación, prevenidos de la siguiente advertencia: hasta ahora he expuesto una idea muy básica, acaso trivial, que es, finalmente, la siguiente: existe algo que se llama teoría del derecho y metodología jurídica. Miles de obras han sido escritas al respecto. Cientos de eruditos tratados nos presentan los diversos métodos jurídicos. Decenas de publicaciones nos hablan de su trascendencia. Esto al menos en países como Alemania, Francia, España, entre otros. Sin embargo, y aquí surge una afirmación paradójica, con esto no estoy diciendo que las cosas vayan a mejorar sustancialmente si se estudia teoría y metodología del derecho. Pero, ¿cómo?, dirán algunos lectores consternados. Por un lado, nos dice que la teoría y metodología jurídica constituyen la base epistemológica de cualquier saber sobre el derecho; pero, por otro, afirma que su estudio no va a generar cambios radicales en el universo jurídico. ¿No implica esto incurrir en gruesa contradicción?

Pues, sí y no. El motivo por el cual llego a esta conclusión es sencillo de explicar (pero también algo desolador): hacer las cosas como sean, sin ciencia ni

arte, como se hacen hoy día en muchas latitudes, dar rienda suelta a la arbitrariedad jurídica y a la *ignorantia iuris*, tiene gran utilidad social. Que el derecho, al decir de CHARLES MACKLIN, se comporte como una “ciencia de la charlatanería”, sin el menor rigor epistemológico o metodológico, resulta de enorme provecho para algunos. La ignorancia, aunque parezca paradójico, es de gran trascendencia social, incluso más que el conocimiento. Es imposible pasar por alto que en la provincia de las cuestiones humanas, el oscurantismo y el dogma son a veces mucho más productivos que la ciencia o la tecnología, el engaño más gratificante que la verdad y la estupidez mucho más rentable que la sabiduría. De esta situación, en la cual vive el derecho en la actualidad, usufructúan víctimas y victimarios, actores y pacientes; todo mediante una dialéctica de producción y reproducción social de la estupidez.

De la ignorancia en materia teórica y metodológica (que es el tema a que nos hemos referido hasta este momento y del cual trata esta obra del profesor alemán BERND RÜTHERS) usufructúan, finalmente, *tres* grupos de personas: veamos.

Por un lado, *los estudiantes*, en las respectivas Facultades de derecho, se liberan de la carga del rigor, del estudio y de la crítica. Si lo que se enseña en las Facultades es secundario y basado en criterios puramente de autoridad y dogmáticos, pues lo más importante es lo que se aprende “en la calle”, entonces desaparece toda necesidad de un conocimiento profundo. Vale conformarse con regurgitar algunos conceptos disecados, mantener buenas relaciones con el profesorado o, en el mejor de los casos, memorizar algunas nociones estériles para olvidarlas inmediatamente después del examen. El manual manda. Los estudiantes se auto-engañan groseramente al considerar que con el “estudio” de la materia unos días (o incluso unas horas) antes de las pruebas en cuestión, ya cumplieron con el proceso de aprendizaje. Los docentes, por su parte, al percibirse como meros “facilitadores” en la labor de una instrucción dogmática y acrítica, se dedican a repetir (palabras más, palabras menos) lo que ya, de por sí, está en los libros de texto o en los códigos, olvidando así que lo verdaderamente decisivo reposa en la creación de actitudes y valores.

Ya basta, entonces, de hipocresías y mentiras paternas. Abramos la Caja de Pandora y dejemos que los monstruos y serpientes salgan. La pura verdad es que hoy el aprendizaje (en serio) y la investigación científica (en serio) a muy pocos importa. Lo que se quiere es obtener (y llegado el caso, comprar un título universitario) que le permita al individuo lucrar de la profesión lo antes posible. En esto ha degenerado la *Jurisprudencia*: en un negocio donde participan gustosamente tanto educandos como maestros, en un pacto secreto entre estudiantes ignaros y profesores mentirosos. ¡Y ay de quien se oponga a esta conspiración global! Enfrentará el escarnio irascible de los pupilos y la crítica réproba de los

colegas. Llegado el caso, los estudiantes, con la ayuda de las propias autoridades universitarias, boicotearan, al menos tácitamente, la matrícula y el profesor exigente y riguroso quedará paulatina, pero inevitablemente, sin estudiantes. En su lugar, vendrán otros profesores que se plieguen mansamente, y sin muchos cuestionamientos críticos, a los requerimientos estudiantiles, esto es, que los deje aprobar los cursos aunque algunos de ellos no sepan escribir o leer adecuadamente y no tengan la mínima capacidad de pensar.

El desconocimiento de aspectos teóricos y metodológicos fundamentales hace también muy cómodo el ejercicio de la *judicatura*. Finalmente, si no hay métodos fidedignos que orienten en la aplicación del derecho, entonces el asunto de las sentencias está librado a la voluntad personal, política y moral del juez, a lo que él considere justo e injusto y, porqué no, a sus caprichos y humores del momento. Esto recordará la anécdota que existe sobre un juez del Tribunal Constitucional alemán, quien siendo entrevistado por un sociólogo sobre la forma en que resolvía los casos complejos respondió: “¡Ah, eso no es importante en lo mínimo, en este tribunal cada juez tiene su propio método!”.

Así es, entonces, distinguidos lectores: cambia de juez y cambiarás de verdad, cambia de magistrado y cambiarás de derecho, de la condena pasarás a la absolutoria, del rechazo del recurso caerás en su aceptación segura. Por ello, hoy día, “[l]as leyendas de la Justicia encubren con un velo pintado las miserias de lo cotidiano: el imperio de la fuerza, la opresión, la desigualdad. Una droga mágica que nos transporta de la realidad al sueño, donde el *Mal* es castigado y el *Bien* obtiene su premio: el paraíso perdido que se recupera después del Juicio Final y que repara las injusticias que en vida se padecen”².

Lo que preocupa a los jueces, actualmente, no es la teoría y la metodología jurídica con la cual puedan resolver mejor sus casos. Atosigado por montañas de papel y de expedientes, de audiencias y juicios, el juez (y en general, muchos funcionarios judiciales) se ha convertido en maquilas de producir sentencias. Chorizos enlatados que surgen por la magia del procesador y del recurso informático. Cadenas de páginas transcritas muchas veces sin un hilo conductor fiable. Sucesiones de autos y sentencias, dictámenes y fallos que repiten palabras pero no argumentos, conceptos, no ideas, forma pero no sustancia. Una rapsodia de papeles, dictámenes y documentos, a la cual todavía, quizás por decoro y pundonor, se le llama “administración de justicia”.

Finalmente, la ignorancia en cuestiones teóricas y metodológicas tiene su transcendencia en el mundo de los *abogados* litigantes. Si la disciplina jurídica es un terreno donde los métodos de investigación y de trabajo son meros lujos

² A. NIETO, *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, pág. 13.

de los ius-filósofos, entonces las puertas están abiertas para que ingrese allí todo tipo de alimañas. No se requiere pensar, sino conocer los intrínquilis y los vericuetos de la burocracia judicial, las triquiñuelas del foro para alargar los procesos y confundir a los jueces, los trucos y artificios de la retórica para retorcer los hechos y las normas y, por supuesto, las últimas andanzas de los tribunales constitucionales en sus sentencias, que tanta relevancia han adquirido en nuestros países en los últimos años. No nos engañemos, los abogados hoy no quieren “hacer justicia”, como enseñan las prescripciones bonitas de la ética jurídica, sino que su cliente gane el caso. No importa si este tiene la razón o no, si es un marrullero o un hombre bueno, un ganster o un santo. Lo que interesa es salir victorioso en la *litis*, y después, el momento glorioso: el momento del *pago*. ¡Vaya derecho!

Dentro de este mundo convulso y vertiginoso del derecho internacional privado, del derecho corporativo, del derecho fiscal, del derecho de las empresas, no hay tiempo para reflexiones filosóficas, epistemológicas o metodológicas. “*Le besoin de philosophie n'existe pas chez tous*” (M. VILLEY)³. Eso es algo que el abogado de hoy día le deja a los monjes o, en todo caso, a los profesores de filosofía y teoría del derecho. El abogado moderno, como Al Pacino en *El abogado del diablo*, se mueve según otros criterios y obedece a otros impulsos: una abultada cuenta en el banco, una mansión en la montaña, una casa de playa, y para presumir ante colegas y jueces, un doctorado de alguna dudosa universidad (obtenido en periodo de vacaciones).

Dichas estas palabras —quizás algo duras contra el estado actual de la teoría y metodología del derecho en nuestro medio latinoamericano— me resta, únicamente, decir que considero por ello que la principal función de un libro sobre estos temas consiste, para utilizar esa feliz expresión de NORBERT ELIAS, en contribuir decididamente a la “cacería de mitos”. Y esa “cacería” debe conducirse contra diferentes enemigos, siendo el principal de estos la creencia de que el derecho es, en esencia, una cuestión de métodos y de teorías. No vamos a negar eso (de lo contrario, sería un absurdo presentar esta obra al público); pero tampoco vamos a sostener que la praxis judicial transita solo por los senderos prescritos por el normativismo legal.

Nuestra realidad histórica es en este momento, en muchos países latinoamericanos, especialmente preocupante. Frente al surgimiento de nuevos sectarismos (de derecha o izquierda, da lo mismo), frente al ascenso vertiginoso al poder de corrientes populistas y demagógicas, de nuevas instancias de idolatría, de partidos políticos cuasi teocráticos y basados en el culto ciego a la personalidad (de algún charlatán o sociópata con garrote) o, para usar una expresión bien

³ M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001, pág. 7.

gráfica, frente al dominio creciente de los nuevos expedientes del “neo-oscurantismo”, una teoría crítica del derecho se alza como una necesidad imperiosa e insoslayable. El peligro de un “derecho degenerado”, respecto al cual RÜTHERS enfatizó tantísimo (y que quizá constituye el leitmotiv de toda su obra) es hoy más inminente que años atrás. Este “derecho degenerado” va de la mano, entre otras cosas, con la más crasa ignorancia, con la propaganda y el miedo, con la divulgación (en redes sociales) de la estupidez y del predominio de la fe y el dogma. Frente a este peligro, lo único que se puede fomentar es la *auto-conciencia* del jurista de lo que se hace y del porqué lo hace. Quizás eso le sirva, llegado el momento, de algún límite. A eso está destinado este libro del pensador alemán.

Una buena parte del mundo jurídico está constituido, pues, no por la sola presencia de las normas y reglas, sino de la *actividad creadora* de los jueces y de los operadores del derecho en general. Por tanto, más que una epistemología jurídica, se requiere quizás reflexionar sobre una ética jurídica; más que una teoría del derecho, una teoría de la praxis judicial; más que una lógica de la decisión judicial, una psicología de los jueces. Este es un tema central en la obra de BERND RÜTHERS, para quien no es posible alcanzar la comprensión cabal y realista de la teoría y metodología jurídicas sin entender el papel crucial que desempeñan los operadores del derecho (en especial, la “cabeza del juez” [dice E. P. HABA]) en la formación, aplicación y desarrollo de todos los ordenamientos. A este fenómeno RÜTHERS le denomina “Richterrecht” (el “derecho creado por los jueces”). Sea esta obra, pues, una invitación abierta y sincera a todos los estudiosos del derecho, para que salgan de “cacería” al no pocas veces selvático e indómito mundo jurídico.