

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA*

Santiago Sastre Ariza
Universidad de Castilla-La Mancha

1.- Introducción

No creo que sea arriesgado afirmar que el debate sobre el «eterno problema»¹ del estatuto epistemológico de la ciencia del Derecho es uno de los temas que más literatura jurídica ha generado. Entre las contribuciones más recientes se encuentra el volumen dirigido por J.F. Palomino titulado *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho (de Kirchmann a la discusión epistemológica actual)* en el que aparecen textos de A.E. Pérez Luño, C. Courtis, E. Haba y F. Ost y también se incluye la célebre conferencia de J. V. Kirchmann². Algunas de las reflexiones que aquí se exponen nacen a raíz de su lectura.

La discusión sobre este tema presenta una considerable complejidad porque se suelen mezclar dos cosas: 1) una tesis conceptual, con la que se pretende ofrecer una definición del Derecho que permita un acercamiento científico al mismo, y 2) una tesis metodológica, con la que no sólo se da cuenta de lo que *hacen* sino también de lo que *deben hacer* los juristas para poder acomodarse a un determinado modelo de ciencia. Precisamente algunas de las teorías más conocidas sobre la ciencia jurídica, como las de Kelsen y Ross, deben ser interpretadas en un sentido normativo³.

* Agradezco los comentarios y observaciones que me hicieron Jerónimo Betegón, Alfonso García Figueroa, Gloria Patricia Lopera y Luis Prieto, que me han ayudado a corregir y a mejorar algunos puntos de este trabajo.

¹ Así lo califica A. Calsamiglia, «Sobre la Dogmática Jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 22, 1982, pp. 235-275, p. 235.

² J.F. Palomino (dir.), *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*, Grijley, Lima, 1999.

³ En relación con Kelsen, Bobbio escribe que «si se quiere resumir la teoría kelseniana de la ciencia jurídica en una fórmula efectista, se puede decir que *prescribe describir*. Lo que vale tanto como decir –con otra fórmula– que se obtiene una ciencia del Derecho *neutral* al pre-

Estos dos aspectos (concepción del Derecho y modelo de ciencia jurídica) suelen ser concebidos en este debate como las dos caras de una misma moneda, de modo que se produce una dependencia entre ambos que se concreta sobre todo en que a veces la definición de Derecho y la de ciencia jurídica están al servicio de una determinada noción de ciencia. En este sentido, en ocasiones se defiende una noción de Derecho de carácter **objetualista** (se presenta como un objeto perfectamente delimitado o, si se utiliza la terminología kelseniana, dotado de un sentido objetivo) para posibilitar una noción de ciencia jurídica de carácter **objetivista**, ya que la noción de ciencia se suele identificar con la objetividad o la neutralidad valorativa⁴.

En este artículo me propongo: 1) profundizar en lo que significa concebir el Derecho como un objeto del que se ocupa la ciencia jurídica. 2) Exponer un resumen de algunas ideas que permitan ilustrar cómo en la epistemología actual se ha flexibilizado notablemente la noción de ciencia, de modo que el ingreso en el ámbito científico ya no resulta tan exigente. Al afrontar estos dos objetivos espero haber puesto de manifiesto que la visión objetualista del Derecho y la noción objetivista de ciencia no parecen plausibles, aunque esto no supone que haya que desembocar necesariamente en el polo opuesto, es decir, en una noción relativista de Derecho y en una concepción de ciencia excesivamente abierta en la que «todo vale». 3) Argumentar en favor de la conveniencia de independizar el discurso del Derecho del de la ciencia jurídica, ya que no parecen existir materias científicas y no científicas, pues lo relevante es delimitar el método científico. 4) Poner de relieve cómo en este debate desempeña un papel destacado el carácter emotivo del término «ciencia», pues está en juego también el prestigio o la consideración social que tienen los juristas⁵. En este sentido, este prestigio puede ser redefinido a partir de la interpretación de la ciencia jurídica como un

cio de una metajurisprudencia *ideologizada*», N. Bobbio, «Ser y deber ser en la ciencia jurídica» (1967), *Contribución a la teoría del derecho*, trad. A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980, p. 208. En relación con Ross, Guastini afirma que la teoría de la ciencia jurídica que Ross propone es «un modelo normativo de ciencia jurídica», R. Guastini, «Alf Ross: une théorie du droit et de la science juridique» en P. Amssek (ed.), *Théorie du droit et science*, P.U.F., París, 1993, pp. 249-264, p.250.

⁴ Vid. V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Turín, 1999, pp. 213 y ss.

⁵ Como afirma Nino, «no parece que hay otro propósito más importante en juego en la pugna por poner a la jurisprudencia al lado de las actividades reconocidas como científicas, como la física, la biología, la sociología, etc., que el siguiente: atraer para la actividad de los juristas el halo de prestigio y aprobación que rodea a toda actividad que puede designarse con al palabra «ciencia», C.S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 320. En este sentido, Bobbio alude al «complejo de inferioridad» de los juristas frente a los demás científicos, «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje» (1950), *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 174.

saber que puede ser científico y que también puede (y suele) operar como una técnica en cuanto desempeña además una función práctica o útil.

2.- El derecho como objeto

La configuración de la ciencia jurídica como un saber que tiene como objeto el Derecho positivo supone situarse en el momento histórico concreto que se caracteriza por la desaparición del Derecho natural de la cultura jurídica. En efecto, a comienzos del siglo XIX surgen en Europa tres escuelas (la escuela histórica en Alemania, la escuela de la exégesis en Francia y la escuela analítica en Inglaterra) que tienen en común la idea de que la ciencia jurídica debe dedicarse a estudiar el Derecho positivo, que se concibe como un Derecho «puesto» (*ius positum*) ya sea por el pueblo en su propio «desenvolvimiento orgánico», por el autor de un código o por el soberano. Ahora bien, en estas escuelas el «grado de externidad» del Derecho no parece ser el mismo⁶. La visión del Derecho positivo como objeto de la ciencia jurídica aparece ligada concretamente, como ha defendido Ferrajoli, al principio de legalidad. A este proceso se refiere Ferrajoli del siguiente modo: «la novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos (extraordinariamente parecidos, en particular en el derecho privado, a los romanos), como sobre todo en la forma “legal”, “convencional”, o “artificial”, es decir, “positiva”, del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la *veritas* sino precisamente la *auctoritas*. Y esto, si de un lado lleva consigo la separación del derecho positivo de la moral y de la política, del otro comporta la separación de la ciencia del derecho del derecho mismo, que por primera vez se autonomiza como “objeto” o “universo” empírico relativamente independiente de la actividad de los juristas. Bajo ambos aspectos el *principio de legalidad* viene a configurarse como el principio constitutivo de la experiencia jurídica moderna; en cuanto fuente de legitimación de las normas jurídicas vigentes y, por otra parte, de las válidas, es efectivamente constitutivo del *moderno derecho* positivo y al mismo tiempo del moderno estado de derecho; en cuanto principio de reconocimiento de las propias normas como empíricamente dadas o positivas, es

⁶ Koschaker afirma que «la expresión «ciencia del Derecho» es *made in Germany*» y «se explica únicamente por la tendencia de Savigny y de su escuela a dar a toda actividad que tenga el Derecho por objeto, un carácter científico», P. Koschaker, *Europa y el Derecho romano* (1947), trad. J. Santa Cruz, Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, p. 302. Sin embargo en la escuela histórica la ciencia jurídica terminó convirtiéndose en fuente del Derecho ya que la labor de los juristas «es productiva no sólo por la forma, en tanto que reduce a un todo conexo el agregado de normas de un Derecho, sino porque por su proceder sistemático puede modificar las normas dadas e incluso formular otras nuevas», F. González Vicén, «La escuela histórica del derecho» (1978), *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Fernando Torres, Valencia, 1984, p. 134.

constitutivo de la *moderna ciencia del derecho* como disciplina empírica o positiva, a la que sirve para determinar y al mismo tiempo circunscribir su objeto»⁷.

La visión del Derecho como un objeto externo a la ciencia jurídica se enfatiza más si es interpretada en términos empíricos. Así, de acuerdo con la tesis social que sostiene el positivismo jurídico⁸, la creación del Derecho se vincula con ciertos hechos que tienen que ver 1) con acciones y actitudes de las autoridades normativas (como por ejemplo la promulgación y la derogación) y 2) con comportamientos de los destinatarios de las normas. Esta conexión del Derecho con la voluntad humana pone de relieve, como ha destacado García Figueroa, dos características del Derecho que difícilmente se pueden negar: su falibilidad técnica, ya que en el sistema jurídico suele haber antinomias, lagunas y redundancias, y su falibilidad moral, ya que puede chocar con la moral crítica y, por tanto, ser injusto⁹.

El hecho de que el Derecho positivo sea el objeto de la ciencia jurídica y se pretenda resaltar su carácter externo o previo definiéndolo en términos empíricos no significa, sin embargo, que su contenido esté siempre objetivamente dado. Esto sucede, en mi opinión, porque el carácter empírico se acentúa en el origen del Derecho (ya que su existencia depende de acciones y comportamientos) pero se debilita en el resultado, ya que el Derecho se expresa en un lenguaje que debe ser interpretado. Aunque se conciban las normas jurídicas como dogmas o como entidades preconstituidas no puede decirse que sean hechos del mismo tipo que los hechos físicos¹⁰. La concepción del Derecho como lenguaje relativiza notablemente esa dimensión objetiva hasta el punto de que a veces se afirma que las normas no tienen existencia previa e independiente de la interpretación puesto que son el re-

⁷ L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1995, pp. 869-870. En otro lugar afirma que «con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente, la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente normativa para convertirse en una disciplina tendencialmente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto –el derecho positivo– autónomo y separado de ella», «Estado de derecho: entre pasado y futuro», trad. P. Allegue en el volumen *Cambio de paradigma en la filosofía política*, Fundación Juan March, Madrid, 2001, p. 67.

⁸ Esta es la expresión que emplea J. Raz, *La autoridad del derecho* (1979), trad. R. Tamayo, UNAM, México, 1982, pp. 55-56.

⁹ A. García Figueroa, «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico», *Doxa*, 1999, pp. 195-220, pp. 202-203.

¹⁰ Precisamente parece que la dogmática concibe las normas no como hechos experimentales sino como algo que tiene una «fuerza empírica» similar: como dogmas o proposiciones dadas e inmodificables, vid. M. Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 283.

sultado de la interpretación¹¹. Esto pone de relieve que la interpretación puede contribuir a construir el Derecho. El problema en este caso es que se denomina «interpretación» tanto al reconocimiento de ciertos significados a través de determinadas convenciones como a la tarea de asignar o proponer significados. Pero lo que conviene destacar ahora es que la distinción entre el Derecho y la ciencia del Derecho no implica que «constituyan esferas de fenómenos claramente distinguibles entre sí», porque en algunas ocasiones no resulta fácil distinguir el lenguaje objeto (el Derecho) del metalenguaje o del lenguaje de segundo grado en el que se expresa la ciencia jurídica¹².

En este punto del razonamiento parece que aparentemente pueden chocar dos concepciones distintas del Derecho: la del Derecho como hecho y la del Derecho, por usar la terminología dworkiniana, como un concepto interpretativo¹³, o, presentando esta dicotomía en otros términos, el Derecho como dato y el Derecho como un proceso (en el que juega un papel determinante la dialéctica entre normas y comportamientos)¹⁴. Considero que la táctica de contraponer ambas perspectivas no es acertada porque a la hora de dar cuenta del funcionamiento real del Derecho es preciso conciliar ambos enfoques. Me parece que resulta conveniente armonizar estas dos perspectivas de modo que tenga sentido sostener, como indica Ferrajoli en la cita que aparece al comienzo de este epígrafe, que la concepción del Derecho como objeto supone interpretarlo como «**relativamente** independiente de la

¹¹ Vid. L. Prieto, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 84. A.E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, sexta ed., 1999, p. 254. La distinción entre disposición y norma, defendida por algunos autores como Tarello y Guastini, pretende destacar la presentación de las normas como el resultado de la interpretación, vid. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1974, pp. 389 y ss. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1990, pp. 16 y ss.

¹² M. Atienza, *Introducción al Derecho*, citado, p. 185.

¹³ Hay que advertir que la noción de Dworkin tiene una fuerte carga valorativa ya que conlleva la justificación del objeto interpretado. El intérprete debe presentar el objeto en su mejor vertiente y ello supone acudir a los principios que justifican las normas explícitas. Esto es lo que denomina interpretación constructiva, vid. R. Dworkin, *Law's Empire*, Fontana, Londres, 1986, pp. 45 y ss. Sobre los distintos sentidos en que se puede interpretar esta idea, vid. I. Lifante, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 297 y ss.

¹⁴ La dialéctica se refiere a que la existencia de las normas se vincula con la práctica social y la significación jurídica de los comportamientos exige el uso de las reglas. En la visión del Derecho como proceso ha insistido G. Zaccaria, «Sul concetto di positività del diritto» en G. Zaccaria (ed.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Turín, 1991, pp. 329-358. Para Atienza el Derecho «no es meramente un objeto para ser conocido, sino una realidad en la que se vive o en la que se participa: no una cosa, sino una actividad, una empresa», «Sobre el sentido del Derecho. Carta a Tomás-Ramón Fernández», *Doxa*, 23, 2000, pp. 737-753, p. 739. Vid. V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Turín, 1993, pp. 342-343.

actividad de los juristas» ya que éstos participan en la configuración de su objeto. Si hubiera que sacar una conclusión inicial de la mera existencia de estos problemas habría que insistir en que la teoría jurídica no debe prescindir de las aportaciones que se realizan desde otros sectores (estoy pensando ahora en la filosofía y en la epistemología) que resultan fundamentales para arrojar luz sobre estas cuestiones. La obsesión por presentar el análisis jurídico como una parcela autónoma o independiente frente a otros ámbitos (que quizá nadie defendió con tanta tenacidad como Kelsen) no creo que haya beneficiado a la teoría jurídica.

Si el origen del Derecho se asocia con las decisiones y comportamientos de las autoridades normativas y los destinatarios, y si se destaca que se expresa en un lenguaje que debe ser interpretado, entonces parece que una estrategia oportuna es concebir el Derecho como un tipo de práctica social. En esta visión del Derecho como práctica social, que tiene en cuenta que el Derecho «no es sólo algo que simplemente está dado, sino que también es algo en construcción»¹⁵, hay que resaltar dos notas fundamentales.

En primer lugar, desde *el segundo* Wittgenstein es sabido que el lenguaje es concebido como un tipo de práctica. Una de las aportaciones fundamentales *del* Wittgenstein de *Investigaciones filosóficas* fue, precisamente, poner en tela de juicio la vigencia del paradigma referencialista en el ámbito del significado de las proposiciones, ya que en el análisis de los significados ya no es relevante la referencia a un estado de cosas sino que pasa a un primer plano el uso del lenguaje. Este giro pragmático propone concebir los significados de acuerdo con el uso, es decir, según el contexto en el que se emplean las palabras (en un determinado juego de lenguaje que aparece regido por ciertas reglas)¹⁶. Esta concepción, que se opone a una visión del lenguaje que pretenda establecer de forma universal el uso correcto de las palabras, parece más acorde con la naturaleza comunicativa que presenta el lenguaje. Pues bien, en la medida en que el Derecho se expresa en un lenguaje no parece que exista razón alguna para concebir el lenguaje jurídico como una excepción, de ahí que considere oportuna la visión del Derecho como una práctica.

En segundo lugar, si se trata de un tipo de práctica, ¿cuál es su peculiaridad? En esa práctica que aparece configurada por los comportamientos y actitudes de las autoridades normativas y de los destinatarios desempeña un papel fundamental la institucionalización de la coacción. Esto significa que

¹⁵ J. Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 193.

¹⁶ Vid. L. Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas* (1953), trad. A. García y U. Moulines, Crítica, Barcelona, 1988, pp. 23 y ss.

en el reconocimiento de esa práctica (y creo que también en la tarea de saber cuáles son los deberes jurídicos) resulta clave la convergencia del comportamiento de las denominadas agencias de aplicación. Precisamente esta convergencia (con independencia de las razones que la motivan) origina una norma consuetudinaria que parece fundamental para quien quiera identificar las normas que componen un sistema jurídico concreto (la denominada regla de reconocimiento según la terminología de Hart). Por tanto, el comportamiento de tales agencias es un factor decisivo a la hora de advertir cuándo se está en presencia de una práctica jurídica.

Me parece que el mejor desarrollo de esta visión del Derecho como práctica (que acentúa la presentación de las normas jurídicas como reglas sociales) y que permite explicar en mejores condiciones en qué sentido el Derecho puede ser presentado como un objeto es la tesis convencionalista. Este enfoque parece adecuado para poner de relieve de qué modo es posible armonizar la visión del Derecho como dato y como proceso. La visión convencionalista debe ser desarrollada en tres planos: el ontológico, el epistemológico y el semántico.

Desde un punto de vista ontológico, si el Derecho es considerado una construcción humana entonces no puede ser concebido como una entidad puramente objetiva, ya que su existencia no es independiente de los comportamientos y actitudes de las autoridades y destinatarios. Esta idea, que fue especialmente defendida en el planteamiento ilustrado al insistir en que el Derecho y el Estado (que es, retomando la imagen de Hobbes, un *lobo artificial* «nacido para domar y poner freno a los *hombres lobo*») son artificios creados con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales¹⁷, es una consecuencia del carácter convencional del Derecho¹⁸. Por tanto el Derecho

¹⁷ La expresión es de L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, citado, p. 936. Vid. J. Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 192 y ss.

¹⁸ Por eso me parece «peligroso» el aserto latino *ubi societas, ibi ius* que Pérez Luño emplea para evidenciar el carácter social del Derecho en cuanto «el derecho es inescindible de la vida humana», porque creo que fácilmente puede darse el paso de concebir el Derecho como un fenómeno natural o necesario. A.E. Pérez Luño, «Delimitación conceptual del derecho» en J.F. Palomino, *Discusión sobre el carácter anti-científico del derecho*, citado, pp. 3-44, p. 5. Este artículo figura como la primera parte, compuesta de tres capítulos, del volumen A.E. Pérez Luño, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, escrito con la colaboración de C. Alarcón, R. González-Tablas y A. Ruiz de la Cuesta. En relación con esta cuestión Juan Ramón de Páramo escribe que «*Ubi societas ibi ius* es sólo una falsa creencia arraigada entre una parte de los juristas. Una opinión contraria, bastante extendida y bien documentada, sostiene que la existencia del Derecho y del poder político (poder institucionalizado) es un fenómeno histórico. Esto es: el Derecho y el Estado han tenido su origen, y las relaciones jurídicas –relaciones mediadas por una autoridad institucionalizada– no son equivalentes a las relaciones biológicas y sociales», Juan Ramón de Páramo, «Sociedad, poder, Derecho» en J. Betegón, M. Gascón, J.R. de Páramo y L. Prieto, *Lecciones de Teoría*

no trasciende o no existe un estado de cosas que consiga hacer verdaderas o falsas las proposiciones jurídicas más allá de los comportamientos de quienes configuran la práctica jurídica. Para decirlo con las palabras de Juan Carlos Bayón, el Derecho «no existe más allá de las convenciones»¹⁹.

Desde un punto de vista epistemológico, si el Derecho no es un hecho natural, entonces no es posible afrontarlo desde un realismo como el que se emplea en el ámbito de los fenómenos naturales (en el que sí parece que puede funcionar este modelo que permitiría una objetividad robusta²⁰). La epistemología debe tener en cuenta que en este caso son las convenciones y las expectativas que generan las que configuran, con ciertas limitaciones, la práctica jurídica. Lo que parece claro es que el antirrealismo (que no hay por qué asumir como perspectiva global) parece plausible cuando el objeto de conocimiento es una construcción humana como es el Derecho. Un objetivismo extremo no parece adecuado porque desconoce los problemas que surgen a la hora de la interpretación y un subjetivismo extremo no resulta convincente porque no tiene en cuenta que muchas convenciones están fuertemente asentadas, de modo que en numerosas ocasiones es posible saber con certeza «lo que dice» el Derecho. El modelo antirrealista (que también es denominado constructivismo²¹) permite explicar que el Derecho está delimitado por ciertas convenciones, pero que éstas también tienen sus límites y que en estos casos el Derecho está indeterminado.

del Derecho, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 87. En este sentido Atienza afirma que no parece que haya razones para aceptar esta máxima, porque una cosa es que «donde hay una sociedad -por poco desarrollada que esté- existen también normas y sanciones» y otra cosa es que «a esas normas y a esas sanciones las llamemos jurídicas», pues «el Derecho es un aspecto de la sociedad, no la sociedad sin más», M. Atienza, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 24-25.

¹⁹ J.C. Bayón, «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico», *Isonomía*, 13, 2000, pp. 87-117, p. 116.

²⁰ Como sostiene Searle, «los hechos brutos necesitan de la institución del lenguaje para que podamos enunciarlos, pero los hechos brutos mismos existen independientemente del lenguaje o de cualquier otra institución. Así, el *enunciado* de que el Sol está a 150 millones de kilómetros de la Tierra necesita una institución del lenguaje y una institución de medida de las distancias en kilómetros, pero el hecho *enunciado*, el hecho de que hay una cierta distancia entre la Tierra y el Sol, existe con independencia de cualquier institución», J. Searle, *La construcción de la realidad social* (1995), trad. A. Domènech, Paidós, Barcelona, 1997, p. 45. Para Moreso, Navarro y Redondo «la objetividad robusta es el ámbito de los fenómenos naturales, en los cuales hay lugar para el descubrimiento (que la tierra gira alrededor del Sol, que los seres tienen cuarenta y seis cromosomas, etc.) mientras que en el ámbito de los fenómenos convencionales sólo hay lugar para la reconstrucción de las prácticas que existen en el interior de un conjunto de creencias compartidas y expectativas recíprocas», J.J. Moreso (coord.), P.E. Navarro y M.C. Redondo, *Lliçons de filosofia del dret*, Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2000, pp. 32-33. En este sentido, B. Celano, «Eficacia, anti-realismo, interpretación», *Analisi e Diritto*, 1999, pp. 229-247, pp. 237 y ss.

²¹ Por ejemplo por J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 79.

Desde un punto de vista semántico, si el Derecho es un fenómeno convencional entonces el significado de las normas jurídicas esta regulado por estipulaciones o acuerdos. Para el convencionalismo, como afirma Pérez Sedeño, «los términos de un lenguaje logran significado en virtud de reglas más o menos explícitas sobre cómo usar los términos en relación unos con otros»²². Esta concepción semántica del Derecho supone dejar a un lado el esencialismo conceptual, que considera que el lenguaje se emplea con la intención de captar una determinada esencia o un estado de cosas existente en la realidad²³. Como ha explicado ilustrativamente Pérez Luño, el lenguaje es un conjunto de símbolos (las palabras) no de signos (que se caracterizan por guardar una relación necesaria y natural con el objeto que representan) con los que convencionalmente se designan los objetos. Si se tiene en cuenta esta distinción se puede afirmar que «el error del realismo ha consistido en confundir símbolos y signos, al sostener que las palabras y las definiciones de las cosas debían reflejar propiedades esenciales de los objetos que representaban»²⁴.

De este modo, los significados se especifican a partir de las convenciones. El proceso interpretativo pretende demostrar que ciertas consecuencias se derivan de las normas jurídicas de acuerdo con determinadas convenciones. Es verdad que tal vez sea posible emplear la idea de correspondencia cuando se alude a significados que aparecen delimitados a partir de pautas convencionales pero aquí se maneja la idea de correspondencia en otro contexto, ya que la tesis de la verdad como correspondencia opera en el marco conceptual del realismo, que resulta impracticable desde un punto de vista epistemológico en un fenómeno convencional como es el Derecho.

La función de las convenciones en la práctica jurídica permite explicar con más claridad algunos problemas que surgen en el ámbito de la interpretación. Así, frente a la idea de que todas las normas son derrotables (que relativiza en exceso la aplicabilidad de las normas), el carácter derrotable o inderrotable de las normas (que permite que las normas puedan «funcionar» a veces como principios y otras como reglas) depende de cómo son empleadas en el razonamiento jurídico, que exige acudir a las convenciones que constituyen la práctica jurídica²⁵. La derrotabilidad de las normas y sus re-

²² E. Pérez Sedeño, «Convencionalismo», J. Muñoz y J. Velarde (ed.), *Compendio de epistemología*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 154-157, p. 154.

²³ Vid. C.S. Nino, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 175 y ss.

²⁴ A.E. Pérez Luño, «Delimitación conceptual del derecho», citado, p. 21.

²⁵ Al respecto, vid. J.C. Bayón, «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico», citado, p. 116. También F. Atria, «Las circunstancias de la derrotabilidad», *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 2000, pp. 437-465.

laciones de preferencia pueden ser analizadas a partir de la configuración de las convenciones interpretativas existentes.

Esta visión del Derecho me parece que permite explicar de forma más convincente en qué sentido el Derecho es un objeto del que se ocupa la ciencia jurídica. Su principal aportación es que no presenta la visión del Derecho como dato y como proceso en forma antagónica, sino como dos puntos de vista que pueden convivir perfectamente en esa práctica jurídica en que consiste el Derecho. La tesis convencionalista constituye, como ha destacado acertadamente Bayón, el núcleo irrenunciable del positivismo jurídico²⁶. Creo que muchos equívocos acerca del positivismo jurídico se derivan de no haber analizado con profundidad a qué se alude con la naturaleza convencional del Derecho.

No hay que olvidar que también el convencionalismo presenta algunos problemas. Uno de los autores que ha criticado con más insistencia el convencionalismo es Dworkin. Ciertamente la pluralidad de convenciones pone de relieve que los acuerdos no siempre son, si se emplea la terminología dworkiniana, «hechos evidentes» y que el criterio del acuerdo no puede ser el último juez que dirima cuál es la decisión, ya que si así fuese no sería posible distinguir las convenciones justificadas frente a las injustificadas (sería difícil reconocer la existencia de convenciones erróneas)²⁷. Esto no supone, en mi opinión, la necesidad de abandonar el convencionalismo sino que exige profundizar en las razones que producen los acuerdos. A esto se refiere Bayón cuando propone lo que denomina convencionalismo profundo, con el que pone de relieve que «no es el acuerdo explícito en torno a las aplicaciones concretas lo que las define como correctas sino el trasfondo de criterios compartidos». Estas razones de fondo, que admiten la posibilidad de error o desacuerdo en su aplicación, son las que hacen que aparezca como «lógica» la aplicación de ciertas convenciones y de ahí que surjan los llamados casos paradigmáticos²⁸. El proceso de decisión, frente al puro arbitrio, supone indagar en las razones que posibilitan la continuidad de una determinada convención.

3.- La ciencia como objeto

En el análisis del estatus epistemológico de la ciencia jurídica resulta fundamental realizar una aproximación al problema del conocimiento científico. Se trata de abordar la discusión en torno a si es posible precisar cuál

²⁶ J.C. Bayón, «El contenido mínimo del positivismo jurídico», inédito.

²⁷ Vid. M. Iglesias, «Una crítica al positivismo hartiano: el problema del seguimiento de reglas», P. Comanducci y R. Guastini (ed.), *Analisi e Diritto*, 1998, pp. 131-147.

²⁸ J.C. Bayón, «Derecho, convencionalismo y controversia», inédito.

es el método que permite delimitar el ámbito de la ciencia. Este debate tiene una dimensión *ad intra*, en cuanto ha permitido distinguir distintos tipos de ciencias (por ejemplo las ciencias de la naturaleza de las ciencias de la cultura) y una dimensión *ad extra*, en cuanto la ciencia pretende distinguirse frente a otro tipo de disciplinas, en concreto frente a la filosofía, con la que parece existir una «especial enemistad»²⁹.

Para los fines de este artículo es suficiente trazar un itinerario que exponga, de forma resumida, algunas de las transformaciones que han afectado a la idea de ciencia que postuló el positivismo clásico y que han sido decisivas para comprender cómo se concibe la actividad científica en la actualidad.

Como es sabido, uno de los objetivos del positivismo lógico que se originó en los años veinte a partir del Círculo de Viena (del que formaron parte autores como Moritz Schlick, Rudolf Carnap, Friedrich Wasmann, Otto Neurath, Hans Hahn y Kurt Gödel) fue la defensa de una noción «fuerte» de ciencia en torno al método de la verificación. Este modelo, que postula la unidad de la ciencia, supuso un importante cambio metodológico ya que la observación y la experimentación pasan a ser las principales herramientas para llevar a cabo la tarea cognoscitiva. Una de las características fundamentales de esta tradición, que toma como modelo de explicación científica la ciencia físico-matemática, es la preocupación por la lógica y por el lenguaje, ya que una concepción epistemológica de carácter fenomenalista debe venir acompañada de una teoría que, con ayuda de la lógica, permita establecer las condiciones de verdad del lenguaje.

Este planteamiento se articula en torno a una determinada manera de concebir y conocer la realidad. Respecto a la primera, la realidad se «fiscaliza» en cuanto se limita al mundo de los hechos. De este modo se deja a un lado la metafísica y aquellas disciplinas que vayan más allá del ámbito de la observación ya que formulan proposiciones que carecen de sentido (son pseudoproposiciones). A este respecto Carnap escribe lo siguiente: «¿Cómo es posible que tantos hombres pertenecientes a los pueblos y épocas más diversos, e incluyendo mentalidades eminentes entre ellos hubieran derrochado con tan genuino fervor tanta energía en la metafísica para que ella finalmente no consistiera sino en meras sucesiones verbales sin senti-

²⁹ Así, se suele considerar, como afirma Bobbio, que «la ciencia es una *toma de posesión* de la realidad; la filosofía, una *toma de posición* frente a la realidad. Por ello, la ciencia es indiferente a los valores, y de ahí su carácter –subjektivamente– de investigación desinteresada y –objetivamente– de investigación pura. La filosofía está axiológicamente orientada y comprometida, y de ahí su carácter de *ideología*, frente al cual no se pueden cerrar los ojos», N. Bobbio, «Filosofía del Derecho y teoría general del Derecho» (1950), *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 87.

do?, y ¿cómo sería comprensible que estas obras ejerzan hasta el día de hoy una influencia tan fuerte sobre lectores y oyentes si no contienen ya no digamos errores, sino que son totalmente vacuas? Estas dudas están justificadas, ya que la metafísica posee un contenido -sólo que éste no es teórico. Las (pseudo)proposiciones de la metafísica *no sirven para la descripción de relaciones objetivas*, ni existentes (caso en el cual serían proposiciones verdaderas), ni inexistentes (caso en el cual -por lo menos- serían proposiciones falsas); ellas *sirven para la expresión de una actitud emotiva ante la vida*³⁰. Respecto a lo segundo (el conocimiento de la realidad), el sujeto se convierte en un observador que, de forma neutral, se limita a conocer los hechos que se ofrecen a los sentidos «como frutos maduros aptos para ser asimilados por nuestro entendimiento en una función directa»³¹.

En este contexto, las oraciones cognoscitivas significativas o bien son analíticas, como las que expresan la matemática o la lógica, que son necesariamente verdaderas pero no informan sobre cuestiones empíricas, o bien son sintéticas, que son los enunciados susceptibles de verificación empírica (los llamados protocolos o enunciados protocolares). Ante este panorama se reivindica la utilidad de la filosofía como análisis conceptual ya que se considera que muchos problemas filosóficos se deben a un uso inadecuado del lenguaje. En este sentido, la filosofía no aspira a resolver los grandes interrogantes de la existencia humana sino que, como afirma Wittgenstein en el *Tractatus*, su objetivo «es la clarificación lógica de los pensamientos»³². Ahora bien, esta idea de clarificación conceptual, que constituye, como escribe Moreso, la «marca de la casa» de la filosofía analítica³³, se utiliza de una manera más dudosa si lo que se quiere defender es que los problemas filosóficos terminan transformándose en problemas de lenguaje. Utilizando una conocida imagen de Wittgenstein, se podría afirmar que la claridad conceptual no es *la medicina* frente a *la enfermedad* que generan los problemas filosóficos pero sí es verdad que puede ayudar a acertar con *el diagnóstico*.

Pues bien, este modelo de ciencia unificada en torno a una epistemología empirista se fue desmoronando poco a poco a raíz de las críticas que re-

³⁰ R. Carnap, «La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje» (1932) en A.J. Ayer (comp.), *El positivismo lógico* (1959), trad. L. Aldama, U. Frisch, C.N. Molina, F.M. Torner y R. Ruiz Harrel, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 66-87, pp. 84-85.

³¹ G. Robles, *Introducción a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1988, p. 134.

³² L. Wittgenstein, *Tractatus Lógico-Philosophicus* (1922), trad. J. Muñoz e I. Reguera, Altaya, Barcelona, 1994, p. 65.

³³ J.J. Moreso, «El encaje de las piezas del derecho (Primera parte)», *Isonomía*, 14, 2001, pp. 135-157, p. 135. De la caracterización de la filosofía analítica Moreso se ha ocupado con detenimiento en su artículo «Filosofía analítica y filosofía hermenéutica» en L. Triolo (ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 211-226.

cibió. Si hubiera que resumir estas críticas creo que podrían ser agrupadas en cuatro apartados.

En relación con la lógica, en 1931 Gödel demostró con su conocido teorema de la incompletitud que las posibilidades de la lógica resultan limitadas al demostrar que cualquier sistema de lógica de orden superior es incompleto³⁴. En este sentido la lógica y la matemática podrían incluso quedar eliminadas «de lo considerado como conocimiento estricto por tratarse de sistemas no consistentes y no decidibles»³⁵.

En relación con los hechos, se va produciendo poco a poco, según la expresión de Franca D'Agostini, «una cierta y progresiva crisis de la noción de dato»³⁶. Se deja a un lado el paradigma contemplativo que concibe el conocimiento, según la conocida imagen de Rorty, como un espejo en el que se refleja el material bruto recibido a través de los sentidos³⁷. Por un lado, se afirma que los hechos «no hablan por sí mismos», ya que conocer supone interpretar a partir de unos determinados esquemas conceptuales. Siempre se conoce desde un punto de vista, desde una teoría, desde un paradigma. Desde esta perspectiva internalista se apuesta por una aproximación entre el sujeto y el objeto de la investigación. Muchos autores (como Hanson, Quine y Putnam) insisten en que la actividad cognoscitiva se realiza a partir de teorías. El conocimiento no se lleva a cabo, según la conocida expresión de Putnam, desde la perspectiva del Ojo de Dios³⁸ o desde un observatorio privilegiado que permite una visión angélica que se limita a la mera contemplación de lo existente³⁹. Como escribe Frank, la línea entre un hecho y una teoría «es a menudo oscura»⁴⁰. Por otro lado, el sujeto cognoscente no puede situarse «por encima» de su naturaleza biológica, psicológica y de su situación social. La «humanización» del conocimiento termina por destacar que el sujeto que conoce no es un ser abstracto sino que se trata de un ser humano de carne y hueso que está implicado en un concreto momento histórico. Este aspecto será destacado especialmente por las ciencias del espíritu.

³⁴ Vid. K. Gödel, «Sobre sentencias formalmente indecidibles de *Principia Matemática*» (1931) en *Obras Completas*, trad. J. Mosterín, Alianza, Madrid, 1991, pp. 45-90.

³⁵ L. Arenas, «Certeza» en J. Muñoz y J. Velarde, *Compendio de Epistemología*, citado, p. 100.

³⁶ F. D'Agostini, *Analíticos y continentales. Guía de la filosofía de los últimos treinta años* (1997), trad. M. Pérez, Cátedra, Madrid, 2000, p. 51.

³⁷ R. Rorty, *La filosofía y el espejo de la naturaleza* (1979), Cátedra, Madrid, 1983.

³⁸ H. Putnam, *Razón, verdad e historia* (1981), trad. J.M. Esteban, Tecnos, Madrid, 1988, p. 59.

³⁹ V. Villa, *Consceza giuridica e concetto di diritto positivo*, citado, p. 206.

⁴⁰ J. Frank, *Derecho e incertidumbre*(1951), trad. C.M. Bidegain, Fontamara, México, 1993, p.70.

Quine insistió en dos críticas que han tenido una importante repercusión. La primera tiene que ver con la distinción entre enunciados analíticos y sintéticos, ya que si el estudio de los enunciados analíticos exige tener en cuenta el comportamiento lingüístico de los hablantes entonces esta distinción se debilita, pues los enunciados analíticos o «verdades de razón» se relacionan con los hechos⁴¹. La segunda pretende poner de relieve la conveniencia de una concepción holista del conocimiento (denominada tesis Duhem-Quine)⁴², ya que si los significados están determinados tanto por la experiencia como por el sistema conceptual en el que se integran, entonces lo que se contrasta con la experiencia es la teoría como un todo y no tanto los enunciados aislados. En definitiva, se consuma la estrecha relación entre lenguaje y experiencia hasta el punto de que puede afirmarse que la distinción entre enunciados teóricos y enunciados observacionales es de grado⁴³. Una vez que desaparece la posibilidad de llevar a cabo observaciones puras, el siguiente paso es admitir la inconmensurabilidad de las teorías, en cuanto cabe reconocer que diferentes teorías pueden explicar acertadamente los mismos hechos.

No parece plausible negar que se puede tocar la realidad o que está «ahí fuera». Como afirma Searle con ironía, «después de todo, el antirrealista lleva su automóvil al mecánico para que se lo ajuste y se cepilla los dientes a diario como si se creyera que hay objetos en el mundo externo»⁴⁴. Lo que se critica es lo que Putnam ha denominado «realismo metafísico», es decir, la idea de que la realidad es «una única supercosa» de la que el observador puede dar noticia de forma imparcial con independencia de todo marco conceptual⁴⁵. Los hechos, como acertadamente escribe Frank, son a la vez subjetivos y objetivos⁴⁶. Si bien siempre se lleva a cabo el conocimiento desde

⁴¹ M. Cruz, *Filosofía contemporánea*, Taurus, Madrid, 2002, p. 49.

⁴² Quine defiende estas tesis en su célebre artículo «Dos dogmas del empirismo» (1951) que aparece en su libro *Desde un punto de vista lógico*, trad. M. Sacristán, Ariel, Barcelona, 1962. Quine se ha pronunciado a favor de un holismo moderado, «Retrospectiva de «Dos dogmas» (1991) en W.V.O. Quine, *Acercas del conocimiento científico y otros dogmas*, trad. F. Rodríguez Consuegra, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 99-111. La referencia a Pierre Duhem se debe a que este autor ya había formulado muchos años antes la concepción holista de la ciencia.

⁴³ F. D' Agostini, *Analíticos y continentales. Guía de la filosofía de los últimos treinta años*, citado, p. 196.

⁴⁴ J. Searle, *La construcción de la realidad social*, citado, p. 202.

⁴⁵ H. Putnam, *Sentido, sinsentido y los sentidos* (1994), trad. N. Goethe, Paidós, Barcelona, 2000, p. 56. Como sostiene Comanducci, la crítica puso de relieve que «el positivismo lógico habría creado una especie de «metafísica del dato», *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, trad. P. Larrañaga, Fontamara, México, 1999, p. 41.

⁴⁶ Frank se refiere a la existencia de hechos con un núcleo duro y hechos blandos, según intervenga en menor o mayor medida la interpretación, vid. J. Frank, *Derecho e incertidumbre*, citado, pp. 69 y 70. González Lagier distingue los hechos externos, que son objetivos en un

unos determinados esquemas conceptuales esto no significa que todos sean igualmente válidos ya que no todas las creencias o marcos conceptuales o perspectivas tienen el mismo grado de aceptabilidad racional, sin que esto suponga, como afirma Olivé, la existencia de una racionalidad absoluta y universal⁴⁷. En definitiva, lo que sucede es que la realidad no puede ser concebida sin más como un hecho bruto y se insiste en que el conocimiento se lleva a cabo desde un determinado punto de vista⁴⁸.

En relación con el lenguaje, el *segundo* Wittgenstein opone al paradigma referencialista una visión pragmática del lenguaje que tendrá una influencia decisiva. El autor de *Investigaciones filosóficas* sostiene que no es posible hablar de una gramática universal ya que el significado del lenguaje no depende del conocimiento de ciertas reglas sobre la aplicación de los términos, sino que lo importante es la vinculación entre las proposiciones y los contextos en los que son empleadas. Los enunciados forman parte de un juego que está dotado de ciertas reglas, de ahí que los significados de los enunciados deban establecerse a partir de ciertas reglas. A la hora de analizar el lenguaje hay que tener en cuenta el lenguaje «en acción»⁴⁹. El reconocimiento de una pluralidad de lenguajes, escribe Sánchez Meca, «implica que los lenguajes ya no son reductibles a ninguna clase de unidad ni por la vía lógica (o sea, el lenguaje como expresión trascendental de la estructura objetiva del pensamiento) ni tampoco por la vía ontológica (o sea, el lenguaje como imagen o expresión de la realidad)»⁵⁰.

sentido ontológico pero «esta objetividad es insuficiente desde el punto de vista del conocimiento, pues no asegura que nuestro conocimiento de los hechos externos sea objetivo», los hechos percibidos, que aunque son epistemológicamente subjetivos, en su fijación desempeña un papel importante la intersubjetividad, y los hechos interpretados, que «son epistemológicamente subjetivos, en el sentido de que son relativos al Transfondo, y éste puede variar de cultura a cultura y de individuo a individuo». Pese a esto «nuestras interpretaciones de los hechos externos son suficientemente análogas o compartidas y, por tanto, existe suficiente base intersubjetiva como para poder juzgar cuándo una interpretación es correcta y cuándo no. Por supuesto existe un amplio margen para la divergencia de interpretaciones», D. González Lagier, «Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial» en P. Comanducci y R. Guastini (ed.), *Analisi e Diritto*, 2000, pp. 69-87, pp. 84-85. Sobre esta cuestión vid. M. Gascón, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

⁴⁷ L. Olivé, «Pluralismo epistemológico: más sobre racionalidad, verdad y consenso» en A. Velasco (comp.), *Racionalidad y cambio científico*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 43-55, p. 53.

⁴⁸ Sobre la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales vid. J. Searle, *La construcción de la realidad social*, citado, pp. 44 y ss.

⁴⁹ V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto*, citado, p. 193. Vid. A. Fabris, *El giro lingüístico: hermenéutica y análisis del lenguaje*, trad. M. Sarabia, Akal, Madrid, 2001, pp. 5 y ss.

⁵⁰ D. Sánchez Meca, *Teoría del conocimiento*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 425

En relación con la actividad científica, Popper destacó el carácter hipotético o conjetural de la ciencia al demostrar que muchos de los enunciados de carácter universal que formula la ciencia no se pueden verificar empíricamente y que, por tanto, lo que debe hacer el científico es demostrar su falsación⁵¹. El científico en este sentido no es aquel que pretende descubrir la respuesta verdadera sino que intenta poner en duda o cuestionar las teorías y creencias porque aspira a alejarse del error. De esta forma, la presunta objetividad de la ciencia queda seriamente en entredicho y el conocimiento científico deja de ser un conocimiento *perfecto* para convertirse en una discusión crítica. La teoría de Popper responde a un cierto neodarwinismo ya que «entre las teorías se produce una competencia que viene a ser como una lucha por la supervivencia»⁵². Se trata de un modelo de ciencia construido no desde una presunta teoría general del conocimiento sino estrechamente vinculada a la realidad o práctica científica. En el planteamiento popperiano resulta determinante la idea del progreso científico en el sentido de que la ciencia evoluciona en su tarea de explicar la realidad. Este carácter evolutivo de la ciencia supone, precisamente, que los enunciados científicos tienen un carácter hipotético (no tienen una validez definitiva) y también progresivo ya que propician un aumento real de nuestro conocimiento⁵³.

¿Qué conclusiones hay que extraer de esta esquemática exposición acerca de la epistemología postpositivista? Ciertamente, se derrumba la tesis de que el principio de verificación es el criterio metodológico determinante para definir con nitidez los dominios de la ciencia. La ciencia ya no es la depositaria de la certeza absoluta —esto responde quizá a la defensa de una noción idealizada de ciencia—, de modo que el conocimiento científico no debe asociarse con la objetividad. No sólo la epistemología postpositivista ha puesto al descubierto el carácter flexible o abierto de la ciencia, sino que la sociología del conocimiento ha insistido en que el proceso cognitivo es un proceso regulado también por factores que no son de naturaleza epistémica «como presiones económicas, expectativas profesionales o intereses sociales»⁵⁴.

Ciertamente, aparece otra manera de concebir la ciencia que se caracteriza por el pluralismo metodológico⁵⁵. Así, J. Mosterín afirma que «no hay

⁵¹ K. Popper, *La lógica de la investigación científica* (1935), trad. V. Sánchez de Zavala, Tecnos, Madrid, 1977, p. 293. Vid. E. Moya, *Conocimiento y verdad. La epistemología crítica de K.R. Popper*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001.

⁵² D. Sánchez Meca, *Teoría del conocimiento*, citado, pp. 464-465.

⁵³ Idem, p. 461.

⁵⁴ J.A. López Cerezo, «Ciencia» en J. Muñoz y J. Velarde (ed.), *Compendio de Epistemología*, citado, p. 102.

⁵⁵ Vid. V. Villa, «La scienza giuridica fra scienze naturali e scienze umane», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1984, pp. 401-457, pp. 409 y ss.

un lenguaje unificado de la ciencia. No hay un único método de la ciencia. No hay una única descripción verdadera del mundo. En realidad no sabemos muy bien lo que la ciencia es, y cada día descubrimos nuevas complejidades en su entramado. Pero lo que está claro es que la ciencia no es un conjunto de enunciados verificables acerca de nuestras impresiones sensibles»⁵⁶. Incluso en ese contexto de flexibilidad, se ha producido una aproximación de la ciencia a una disciplina que parecía situarse en los antípodas: la filosofía, hasta el punto de que se afirma que existe una nueva alianza entre la filosofía y la ciencia⁵⁷ y que ello se debe a que «no hay ninguna oposición ni separación entre ciencia y filosofía»⁵⁸.

Esto sucede porque uno de los dilemas más importantes de la epistemología contemporánea consiste en que no se sabe *a ciencia cierta* cómo se reconoce o identifica la actuación científica. Es decir, no parece que la ciencia sea un tipo de conocimiento peculiar en virtud de un método concreto o una estructura específica. Este problema, sin embargo, no es excesivamente grave para la ciencia ya que en ningún momento ha ocasionado su desmoronamiento o ha evitado su desarrollo. Como escribe Mosterín, «no disponemos de una ciencia de la ciencia adecuada, capaz de hacernos entender qué es lo que hacemos cuando hacemos ciencia. La situación no es tan rara como pudiera parecer a primera vista. Tampoco disponemos de una ciencia de la percepción o del lenguaje mínimamente satisfactoria. Y, sin embargo, percibimos, hablamos, y hacemos ciencia con gran naturalidad. Afortunadamente funcionamos mejor como animales perceptivos, hablantes y cognoscentes que como profesores de psicología de la percepción, de lingüística o de filosofía de la ciencia. Y, desde luego, el no haber entendido hasta hace poco en qué consiste la respiración no nos ha impedido llevar millones de años respirando»⁵⁹. Por todo ello parece conveniente interpretar la ciencia como una práctica en la que el manejo de un determinado soporte instrumental y teórico permite su presentación como tal ante la comunidad. Se trata de una práctica en la que se establecen ciertas «reglas de juego». Para identificar la ciencia nos queda lo que López Cerezo denomina «un sólido aire de familia» que viene proporcionado por criterios como el uso de las

⁵⁶ J. Mosterín, «prólogo» a J.J. Acero, *Filosofía y análisis del lenguaje*, Cincel, Madrid, 1985, pp. 11-15, p. 14.

⁵⁷ A. Pérez de Laborda, *La ciencia contemporánea y sus implicaciones filosóficas*, Cincel, Madrid, 1985, p. 157. Vid. A. Blanch (ed.), *La nueva alianza de las ciencias y la filosofía*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2001.

⁵⁸ J. Mosterín, *Ciencia viva. Reflexiones sobre la aventura intelectual de nuestro tiempo*, Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 39.

⁵⁹ J. Mosterín, «Prólogo» a A. Rivadulla, *Filosofía actual de la ciencia*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 13-17, p. 15.

matemáticas, el empleo de procedimientos de prueba y replicación, la generalización de las afirmaciones y el éxito en resolver problemas, de modo que por todo esto es posible «seguir hablando en general de una actitud y un saber científicos»⁶⁰. Una cosa, por tanto, es que no se pueda reconocer con exactitud cuál es el método que propicia el ingreso en el ámbito científico (así se debilita la idea de ciencia) y otra que en la práctica existen determinados criterios que permiten identificar y posibilitar el conocimiento científico (así tiene sentido calificar una actividad como científica).

¿Qué repercusión tiene todo esto para la ciencia jurídica? Eso es lo que se afrontará en el epígrafe siguiente.

4.- Derecho, ciencia y ciencia jurídica

Hace algunos años Bobbio afirmaba que el conocido alegato de Kirchmann, «La jurisprudencia no es ciencia»⁶¹, «ha permanecido hasta hoy como una espina en el corazón de la ciencia jurídica»⁶². Ahora parece que hay motivos no sólo para considerar que su famoso opúsculo debería ser archivado, ya que ni siquiera la noción de ciencia se libra de los efectos «devastadores» del paso del tiempo, sino que hay que destacar que ha tenido un efecto negativo o perjudicial en relación con el debate acerca de si la metodología científica es aplicable o no en el ámbito de la ciencia jurídica.

En efecto, la teoría de Kirchmann contribuyó a desenfocar esta cuestión porque con la ciencia, como se ha puesto de relieve en el epígrafe anterior, se designa un tipo de práctica, una forma determinada de organizar el saber, pero no un concreto objeto de estudio. En este sentido, como sostiene Ferrajoli, no hay objetos científicos y no científicos sino discursos que se ajustan o no a los criterios que definen lo que se entiende por actividad científica en una comunidad⁶³. En definitiva, la ciencia tiene que ver con el método (mejor dicho: con los métodos), con un tipo de presentación y ordenación del saber, pero no con los contenidos.

Por eso, estipular que el Derecho no es un objeto científico no ayuda a aclarar las cosas, ya que lo importante es si es posible abordar su estudio desde un enfoque que pueda ser considerado científico. Parece difícil que el Derecho no pueda ser objeto de una aproximación científica una vez que se

⁶⁰ J.A. López Cerezo, «Ciencia» en J. Muñoz e I. Reguera (ed.), *Compendio de Epistemología*, citado, pp. 100-104, p. 103.

⁶¹ J. Von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia* (1847), trad. A. Truyol, Centro de Estudios Constitucionales, 3ª ed., Madrid, 1983.

⁶² N. Bobbio, «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje», *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 180.

⁶³ L. Ferrajoli, «Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa», *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, 1963, pp. 320-363, p. 322.

advierte, frente al riguroso *dictum* aristotélico *de singularibus non est ciencia* en el que parece apoyarse Kirchmann, que la concepción de la metodología científica se ha flexibilizado notablemente.

Mi propuesta es que en el debate sobre el carácter científico de la actividad de los juristas no se debe contraponer su presentación como ciencia (que acentúa su dimensión cognoscitiva) frente a su papel como técnica (que destaca su dimensión práctica o su capacidad para resolver problemas), ya que ambas funciones, aunque a priori parecen contradictorias, están estrechamente relacionadas. A continuación trataré de argumentar a favor de esta tesis.

La presentación de la ciencia jurídica como ciencia ha ido vinculada a dos ideas. En primer lugar, se insiste en que debe ocuparse de identificar el Derecho que «es», ya que éste constituye su objeto de estudio. Y, en segundo lugar, se postula que debe dedicarse a describirlo, ya que éste es el único camino que le queda a la ciencia jurídica para que pueda actuar de acuerdo con el principio de neutralidad⁶⁴.

Como ya se ha advertido antes, para no incurrir en las dificultades del objetualismo es conveniente explicar la visión del Derecho como objeto del que se ocupa la ciencia jurídica a partir de la tesis convencionalista, es decir, reconocer el papel fundamental de las convenciones a la hora de determinar cuál es el contenido de la práctica jurídica. En esta práctica, que está compuesta por decisiones y comportamientos, adquiere un especial protagonismo la actuación de los funcionarios o las agencias de aplicación en general. Pese a que estas convenciones a veces son controvertidas, es innegable que la existencia de acuerdos en torno a casos paradigmáticos permite presentar el Derecho como un dato relativamente preexistente o externo que puede ser descrito⁶⁵.

Me parece que resulta difícil (incluso creo que contrario al sentido común) negar que gran parte de lo que establece el Derecho puede ser descrito sin dificultad. Si no fuera así habría que desembocar en una especie de relativismo o subjetivismo extremo (tantos tipos de Derecho como intérpretes)⁶⁶ que im-

⁶⁴ Quizá el ejemplo paradigmático sea la teoría kelseniana. Según Kelsen, para que la ciencia jurídica sea una verdadera ciencia debe actuar de acuerdo con los principios de neutralidad y de autonomía. El primero tiene que ver con la función de la ciencia jurídica, ya que no debe ocuparse de resolver problemas sino que tiene que limitarse a describir el Derecho. El segundo se refiere al método, ya que debe explicar el Derecho de acuerdo con un método estrictamente jurídico, es decir, sin necesidad de «salir» de las normas jurídicas, vid. *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. R. Vernengo, UNAM, México, 1986.

⁶⁵ Pattaro considera que esta especie de *communis opinio* genera, a diferencia de lo que sucede en el ámbito estrictamente científico, una especie de certeza no positivista, vid. E. Pattaro, *Introduzione al corso di Filosofia del Diritto*, vol. II, CLUEB, Bolonia, 1987.

⁶⁶ Sobre esto ha llamado la atención E. Bulygin, «Sobre observadores y participantes», *Doxa*, 21, 1998, vol. I, pp. 41-48, p.43.

pediría que el Derecho pudiera desempeñar su principal función, la de motivar los comportamientos.

Como se sabe, el positivismo jurídico ha insistido en que la ciencia jurídica debe ocuparse del Derecho positivo. Precisamente la acepción del positivismo jurídico que actualmente se defiende opera, según la célebre clasificación de Bobbio, en la forma de *un método* que consiste en la posibilidad de distinguir el Derecho que «es» frente al Derecho ideal o el que «debería ser»⁶⁷. En esta dimensión cognoscitiva se ha querido ver el aspecto que acentúa el carácter científico de la ciencia jurídica.

Ahora bien, después de asegurar que la ciencia jurídica puede describir el Derecho con las limitaciones que marcan las convenciones, el siguiente paso fue definir el estatus científico a partir de la neutralidad. Una vez que se advierte que el componente ideológico está presente de forma inevitable en la actividad legislativa y también en la aplicación del Derecho, el «espíritu» de la neutralidad encontró acomodo ya no en la idea de que la ciencia jurídica se ocupa del estudio del Derecho positivo sino en una tesis más fuerte, ya que se afirma que la ciencia jurídica tiene que limitarse a describir el Derecho si quiere aparecer realmente como una ciencia, pues es la única manera de evitar que la presencia de la subjetividad en el conocimiento o de conseguir la anhelada neutralidad. Se maneja aquí, por tanto, una noción de ciencia que se asocia con el conocimiento avalorativo o la objetividad.

Este planteamiento presenta, a mi juicio, algunas dificultades que tienen que ver: a) con la función de la ciencia jurídica (que se circunscribe a describir), b) con la noción de ciencia que se maneja (basada en la neutralidad) y c) con la interpretación del Derecho como objeto (pues no es *totalmente independiente* de la ciencia jurídica).

En relación con lo primero, parece obvio que si para ser una verdadera ciencia la ciencia jurídica debe limitarse a describir el Derecho es al precio de convertirse en un saber superfluo o puramente redundante. En este sentido creo que tiene razón Neumann cuando afirma que «una ciencia jurídica que se limitase a simples descripciones y renunciara a sus propias valoraciones y propuestas de interpretación degeneraría, sin embargo, en un deleznable *repetitorium*»⁶⁸.

Desde un punto de vista descriptivo, parece claro que si los juristas suelen dar respuesta a las ambigüedades, contradicciones y lagunas que presenta inevitablemente el Derecho, entonces esta tesis no da cuenta de lo que

⁶⁷ N Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milán, 1965, pp. 103 y ss.

⁶⁸ U. Neumann, «La teoría de la ciencia jurídica», trad. M.J. Fariñas en A. Kaufmann y W. Hassemer (ed.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. de G. Robles, Debate, Madrid, 1992, pp. 351-364, p. 361, nota 49.

la ciencia jurídica realmente hace⁶⁹. Como afirma Comanducci, «cuando desde la posición de la dogmática los juristas describen normas es difícil aceptar de un modo totalmente aporoblemático que la función directa y principal de su discurso sea descriptiva y no, por el contrario, prescriptiva»⁷⁰. Si no pretende hacer eso y se sitúa esta tesis en un plano normativo (como sucede, por ejemplo, en el caso de Kelsen) entonces no sólo es cuestionable porque supone mermar considerablemente las funciones de la ciencia (hasta el punto de que sería razonable plantear su desaparición) sino porque permite un uso ideológico de la neutralidad, en cuanto muchas aportaciones de la ciencia jurídica pueden presentarse bajo el *imperium* de ser indudables descripciones cuando en realidad no lo son.

En relación con lo segundo, no parece adecuado definir el ámbito de la ciencia a partir de la metodología de la descripción. Basta echar una ojeada a la epistemología contemporánea para advertir el «giro pragmático» que ha experimentado la noción de ciencia. Esto ha puesto al descubierto que la ciencia no debe asociarse de forma necesaria con la neutralidad o la imparcialidad, sino que debe ser interpretada como una práctica que viene a configurar la racionalidad científica en el seno de una comunidad concreta. Se trata de un modelo en el que pasa a un primer plano el consenso –pero no cualquier consenso ya que entra en juego la justificación racional– a la hora de definir la racionalidad científica. En esa práctica se considera que la actuación científica se relaciona con algunas funciones como la de aumentar el conocimiento, resolver problemas, emplear determinadas estructuras teóricas, etc. ¿Por qué reducir su función a describir para mantener a salvo la neutralidad frente a la posible «contaminación» de los juicios de valor?⁷¹ ¿Es que acaso el ámbito jurídico se presenta como una parcela inmune o autónoma a los cambios que experimenta la práctica científica en la teoría del conocimiento?

Creo que esta obsesión por la descripción se debe a que en este debate se ha mezclado la concepción de la ciencia con la necesidad de defender el

⁶⁹ Vid. C.S. Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1984, pp. 21 y ss.

⁷⁰ P. Comanducci, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, citado, pp. 76-77.

⁷¹ Me parece importante advertir que los juicios de valor pueden tener un componente descriptivo, vid. Villa, «Teorie giuridiche e giudizi di valore», P. Comanducci y R. Guastini (ed.), *Analisi e Diritto*, 1997, pp. 235-250. Alchourrón y Bulygin también defienden la posibilidad de que los juicios de valor tengan un contenido descriptivo cuando recogen las valoraciones de la moralidad social, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico» en C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 303-328, p. 315. J.J. Moreso, «Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional», *Doxa*, 23, 2000, pp. 105-118, p. 110. También B. Williams, *Introducción a la ética* (1972), trad. M. Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid, 1998, pp. 57 y ss.

positivismo jurídico. Una cosa es que la ciencia puede (y creo que debe) distinguir el Derecho que «es» frente al Derecho que debe ser (de modo que la ciencia jurídica puede adscribirse sin dificultad a las filas del positivismo jurídico) y otra diferente que la ciencia jurídica debe limitarse después a describir el Derecho existente, porque más allá de esta función está el terreno pantanoso de la ideología, de los juicios de valor, incluso de un posible iusnaturalismo.

Opino que en el análisis de esta cuestión es conveniente separar ambas cosas. El positivismo jurídico se agota en circunscribir el objeto de la ciencia jurídica al Derecho positivo (al Derecho existente), pero la noción de ciencia no exige necesariamente que la ciencia jurídica para ser una auténtica ciencia sólo le quede la posibilidad de describirlo. Ir más allá de la descripción no supone incurrir necesariamente en un subjetivismo radical en el que todo vale. La propia noción de ciencia no admite una descripción exacta ya que es concebida como un tipo de práctica que se articula en torno a ciertos criterios o pautas que son aceptadas en un contexto determinado. Por eso creo que la ciencia jurídica puede hacer algo más que describir y que eso no supone incurrir en un relativismo extremo, ya que los acuerdos o consensos en la comunidad jurídica desempeñan un papel determinante a la hora de calibrar el grado de subjetividad de las propuestas o interpretaciones. Precisamente hay que señalar que la interdisciplinariedad en este caso puede contribuir, como sostiene Haba, «a aportar conocimientos que sirvan para solucionar de manera científicamente más adecuada cuestiones que interesan al derecho»⁷².

Pero ahora lo que me interesa es aclarar que la ciencia jurídica de corte positivista debe dedicarse al Derecho positivo, pero otra cosa distinta, que no comparto, es que su función se circunscriba exclusivamente a describir el Derecho positivo para ajustarse a un modelo de ciencia que no parece defendible en la actualidad. No por salirse del ámbito de la descripción la ciencia jurídica deja necesariamente de ser una ciencia pero sí, y esto conviene recalcarlo, se aproxima al tipo de actuación que realiza una técnica⁷³.

En relación con lo tercero, no hay que olvidar que debido a que el Derecho no es un fenómeno natural las descripciones no deben ser insertadas en una ontología que sirva de fundamento a un empirismo ingenuo, y no ca-

⁷² E.P. Haba, «Los paradigmas científicos en la teoría del Derecho contemporánea. Sobre distintos modos de concebir (paradigmas) la Ciencia del Derecho» en J.F. Palomino (dir.), *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho*, citado, pp. 159-236, p.184.

⁷³ Sobre la interpretación de la ciencia jurídica como técnica es necesario aludir al debate entre Vernengo y Atienza: R. Vernengo, «Ciencia jurídica o técnica política: ¿es posible una ciencia del Derecho», M. Atienza, «Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo» y R. Vernengo, «Réplica a la respuesta de M. Atienza», artículos que aparecieron en la revista *Doxa*, 3, 1986, pp. 289-295, 297-311 y 313-314, respectivamente.

be duda que por ello no siempre el Derecho puede ser interpretado con absoluta nitidez recurriendo a las convenciones. Lo que quiero decir con esto es que una ciencia puramente descriptiva o contemplativa aparte de inútil por redundante parece incompatible con la visión del Derecho como un fenómeno convencional.

Por todo ello me parece que es apropiado concebir la ciencia jurídica como ciencia ya no sólo en cuanto puede describir y sistematizar el Derecho sino en cuanto a la hora de resolver problemas puede ajustarse a las exigencias que rigen lo que se considera la práctica científica en la comunidad jurídica. Ir más allá supone que la ciencia jurídica aparece como una técnica y en este sentido creo que su principal función debería consistir en orientar la actuación de los órganos encargados de interpretar, aplicar o elaborar el Derecho. La ordenación sistemática y la descripción del Derecho, como afirma Atienza, «constituyen el punto de partida o una meta intermedia de la elaboración dogmática, pero no su punto de llegada, su objetivo final»⁷⁴.

Curiosamente todo parece indicar que la idea del prestigio (que para algunos autores es la cuestión de fondo que late tras la discusión sobre el carácter científico de la ciencia jurídica) termina por disociarse frente a la noción de ciencia que propone como función básica la descripción del Derecho. ¿Qué prestigio puede tener una ciencia jurídica que se dedica únicamente a describir el Derecho? Parece que ese prestigio puede aumentar si la ciencia jurídica se dedica a resolver problemas prácticos o, en definitiva, si pasa a desempeñar funciones normativas. De modo que el prestigio viene asociado a una noción de ciencia distinta de la que circunscribe la labor de los juristas a describir y que termina por presentar la ciencia jurídica como una técnica. Por eso creo que no se debe contraponer la visión de la ciencia jurídica como ciencia y como técnica como si fuesen dos aspectos contradictorios. Primero porque lo que se considera ciencia parece aproximarse en realidad a la técnica. Segundo porque la actuación como técnica proporciona a la ciencia el prestigio del que carece si se limita a describir. En definitiva ya no se trata de describir lo que en realidad hace la ciencia jurídica sino de poner de relieve que su función debe ser útil, en el sentido de que se pudiera afirmar que «un sistema jurídico que careciera de elaboración dogmática estaría en disposición de resolver muchos menos problemas o *los resolvería peor* que el mismo sistema dotado de una dogmática adecuada»⁷⁵. Me parece que esto es, por encima de las etiquetas o las clasificaciones, lo que en realidad importa.

⁷⁴ M. Atienza, «Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Verengo», citado, p. 305.

⁷⁵ M. Atienza, *Introducción al derecho*, citado, 282. La cursiva es un añadido que figura en *El sentido del Derecho*, citado, p. 247.

