
ARTÍCULOS

¿COMPRENDER O EXPLICAR? CONSTRUCTIVISMO Y DESCRIPCIONISMO EN LA TEORÍA DE LA CIENCIA JURÍDICA

JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN*

Universidad Nacional de Educación a Distancia

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la UNED.

SUMARIO

1. «ERKLÄREN» Y «VERSTEHEN»
2. LA «COMPRESIÓN» Y LA «DESCRIPCIÓN» EN LA CIENCIA JURÍDICA.
 - a) *La visión descriptivista.*
El caso peculiar de IHERING.
ROSS.
ERHLICH.
GEIGER.
 - b) *La perspectiva constructivista.*
KELSEN.
STAMMLER.
DILTHEY.
GADAMER.
3. ESBOZO DE UN PLANTEAMIENTO INTEGRADOR.

¿COMPRENDER O EXPLICAR? CONSTRUCTIVISMO Y DESCRIPCIONISMO EN LA TEORÍA DE LA CIENCIA JURIDÍCA

JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN

1. «ERKLÄREN» Y «VERSTEHEN»

Esta contraposición, de honda raigambre gnoseológica, atraviesa como un hilo rojo toda la teoría del conocimiento contemporánea. Si bien el problema al que se refiere es muy antiguo (los «hechos en bruto» frente a los «contenidos de sentido»), sólo a partir del siglo XIX y, más concretamente, del enfrentamiento entre positivismo, neokantismo y neopositivismo, ha sido capaz de dar sus mejores frutos.

Centrada en torno a la contraposición entre lo «cultural» y lo «natural», planteada en ocasiones de forma simplista¹, la oposición referida sólo encuentra un profundo desarrollo con RICKERT, WINDELBAND y DILTHEY, a finales del pasado siglo. Desde entonces, y pese a los intentos neopositivistas por defender el ideal de la «ciencia unificada», se mantiene, como un punto de referencia obligado, hasta nuestros días.

Por supuesto, ambas operaciones intelectuales (o, por ser más preciso, ambas formas gnoseológicas) aparecen en el campo de todas las formaciones

¹ Como en el caso de J. H. VON KIRCHMANN, que pretende aplicar al Derecho natural los esquemas de un ingenuo y difuso concepto positivista de ciencia. V. al respecto *La Jurisprudencia no es ciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983 (trad. de A. TRUYOL).

científicas y no pueden ser consideradas como compartimentos estancos. Lo contrario implicaría un reduccionismo imposible de sostener: sería algo así como, por ejemplo, considerar que existen ciencias exclusivamente analíticas o exclusivamente sintéticas.

Asimismo, la evolución del problema metodológico en los últimos decenios ha simplificado el planteamiento del problema: como afirma HABERMAS, «El persistente dualismo que en la *práctica* de la investigación aceptamos como algo obvio, ha dejado ya de discutirse en el marco de la *lógica* de la investigación»².

2. LA «COMPRENSIÓN» Y LA «DESCRIPCIÓN» EN LA CIENCIA JURÍDICA

Representativa de todo intento de aprehensión de la realidad jurídica que no se resuelva en meras constataciones de secuencias fácticas, causalmente enlazadas, la postura «comprensiva» ha encontrado gran fortuna en el ámbito de la Teoría del Derecho. La gran generalidad de la opción gnoseológica que encierra hace que pueda predicarse de las corrientes metodológicas más opuestas, desde neokantianos hasta analíticos, pasando por la sociología weberiana o la Hermenéutica de GADAMER. Precisamente con este último rótulo denomina von WRIGHT, por antonomasia, a la filosofía antipositivista³.

En líneas generales, se trata de una perspectiva que acompaña a las reacciones contra los excesos de la teorías basadas en el concepto positivista de ciencia. No parece imprudente afirmar que hoy en día, superados el positivismo y el neopositivismo, se presenta como la más adecuada para dar cumplida respuesta a los problemas planteados en el ámbito de las ciencias sociales. Entender a éstas como formaciones «humanas» o «culturales», lejos de inspirar recelos, parece una obviedad, indigna de discusión.

En efecto, por poner un ejemplo no jurídico, sería difícil encontrar hoy en día entre los teóricos de la Psicología sostenedores de un conductismo a ultranza; pero si esto es así se debe precisamente a que el empirismo radical allanó en su día el terreno, librando a la Psicología de hipóstasis gnoseológicamente no rentables: «alma», «facultades», «potencias», etc. Hoy es posible (y legítimo)

² J. HABERMAS, «La lógica de las Ciencias sociales», en *La lógica de las Ciencias sociales* (trad. de M. JIMÉNEZ), Tecnos, Madrid, 1988, p. 81.

³ «El rótulo de "idealismo", utilizado a veces para su caracterización, sólo es apropiado para algunos aspectos de esta tendencia. Me parece preferible el nombre de *hermenéutica*». *Explicación y comprensión*, Alianza Universidad, Madrid, 1987 (trad. de L. VEGA REÑÓN), pp. 22 y 23.

hablar de la «mente» o la «conciencia», pero los psicólogos humanistas o cognitivistas huyen del mentalismo como de una tentación poco deseable. Igualmente, pocos juristas discuten la inutilidad de interpretar el Derecho desde los puros «hechos», pocos se muestran disconformes con una concepción interdisciplinar donde hechos, normas y valores se entrelacen bajo el común denominador de «contenidos de sentido»; pero esto es debido en buena medida a que el advenimiento —y la hartazón— de la gnoseología del descripcionismo radical (sociologismo, realismo...) eliminó los residuos idealistas que, como adherencias del pasado, lastraban la concepción «humanista» del Derecho.

Pero la clasificación citada, en sí, no es el problema que pretendo abordar. Se trata, más bien, de indagar el papel que en ella corresponde a un producto insoslayablemente cultural, como el Derecho, de cuya cientificidad se duda (a mi entender, con fundados motivos). Por seguir con las comparaciones anteriores, la mayoría de los psicólogos se muestran de acuerdo en considerar a WUNDT como el padre de un cierto evento histórico al que, con mayor o menor escepticismo, no vacilarían en denominar Psicología científica; otro tanto les ocurre a los sociólogos con COMTE o DURKHEIM. Por el contrario, cada vez más juristas vacilan en atribuir a la expresión «Ciencia del Derecho» algún sentido, incluso en el muy modesto de «ciencia cultural» o «social». Lo que nos acerca a la magnitud del problema: no es ya su carácter de ciencia comprensiva o descriptiva el que se pone en cuestión, sino incluso su misma susceptibilidad para un estudio científico.

Y aquí es donde tradicionalmente ha surgido el problema: en su afán por rescatar para lo jurídico un marco conceptual fiable, los teóricos vuelven sus ojos hacia el que aparece como el problema fundamental, la variabilidad del (llamémoslo así) material empírico con que trabaja el jurista. Y emiten un diagnóstico que, a la luz de este planteamiento del problema, parece claro y terminante: la Ciencia Jurídica debe ceñirse a los hechos que trata de aprehender y ordenar, en secuencias causales interpretables según el modelo de las ciencias naturales; o bien «alzarse» por encima de sus «miserias», buscando estructuras *a priori* que hagan posible la captación y comprensión de ese material dado y su elaboración sistemática.

a) La visión descripcionista

El fracaso de la primera dirección parece evidente. Su empeño en disolver lo jurídico en marcos teóricos ajenos sólo sirvió, en la mayoría de las ocasiones, para añadir complejidad y confusión al problema; lo cual debe ser concedido sin desmedro de sus importantísimas aportaciones. Si tendemos una mirada sobre el panorama de los últimos ciento cincuenta años, nos veremos

obligados a admitir que tales conquistas (rechazo de la metafísica, interés por los problemas empíricos, afán de depuración lógica del lenguaje) han dado la mano con frecuencia a sus denostados adversarios, generando demasiadas veces engendros de tan sospechosa progenie como los anteriores, pero privados de su grandeza estética.

Posturas como las de EHRlich, los realistas estadounidenses, OLIVECRONA o GEIGER se mostraron incapaces para recortar los fenómenos jurídicos a una escala adecuada, disolviéndolos, ya en una supuesta «causalidad social», ya en el puro psiquismo individual del juez, ya en términos meramente conductistas. Conceptos como «validez», «fuerza obligatoria», «fuentes del Derecho», devinieron inútiles. Pero la «limpieza» fue más radical, alcanzando a términos de uso tan consolidado en la Teoría General del Derecho como «derecho subjetivo», que desaparecieron, privados de referente semántico, en realistas moderados como ROSS.

Con las debidas reservas, creo que tal situación no se debe tanto a los errores cometidos por los empiristas como a la intrínseca dificultad de adaptación de sus postulados al ámbito jurídico. De ello es buena muestra la trayectoria zigzagueante seguida por el paradigma empirista, que tiene como «mojones» delimitadores por ambos extremos los «hechos» y la lógica.

Cuando la atención a los «hechos» tiende al máximo, la construcción teórica se debilita, con tendencia a caer en un modelo simplista, que no excluye metáforas como «física social» o «ingeniería social»⁴. A medida que la estructu-

⁴ Tales ideas, muy al uso en el primer positivismo sociológico, están desde luego presentes en COMTE; pero es posible encontrarlas en otros autores. Así, SPENCER, que intenta aplicar el modelo darwiniano (descripcionista, mecanicista) al ámbito social: el resultado, en vez de una «física social», sería una extraña suerte de «biología social»; una especie de organicismo que en nada recuerda al de SCHELLING y SAVIGNY, salvo en lo aventurado de sus metáforas. ROSS, en su *Theorie der Rechtsquellen*, lo refiere: «COURCELLE-SENEUIL lucha con encarnizamiento contra el tradicional Derecho natural metafísico. En su lugar coloca —seguramente bajo el influjo de SPENCER— un ideal utilitarista. Otros —igualmente bajo la influencia del evolucionismo spenceriano-darwiniano— consideran la idea de Derecho como un producto de la evolución y estudian su génesis y desarrollo» («COURCELLE-SENEUIL kämpft erbittert gegen das überlieferte metaphysische Naturrecht. An seine Stelle setzt er —sicher unter SPENCERS Einfluß— ein utilitarisches Ideal. Andere —gleichfalls unter Einfluß des Spencer-Darwinschen Evolutionismus— betrachten die Rechtsidee als ein Entwicklungsprodukt und studieren ihre Genesis und Entwicklung». *Theorie der Rechtsquellen*, Frank Deuticke, Leipzig und Wien, 1929, pp. 19 y 20).

En el campo de la ética, también el empirismo ingenuo conquistó terreno: ROSS se refiere en particular al movimiento nacido en Francia en 1896 bajo el lema «le solidarisme». «Su pretensión era original: conseguir una teoría moral imperativista que estuviese basada exclusivamente sobre el hecho físico de la solidaridad y sobre un método puramente científico-natural» («Ihre Prätension war ursprünglich, eine imperativische Moraltheorie zu schaffen, die ausschließlich aus der physischen Tatsache der Solidarität und eine rein naturwissenschaftliche Methode basiert war». Misma obra y autor, p. 20).

ra lógica se refuerza, los «hechos» tienden a pasar a un segundo plano, ocultos por aquélla: el resultado no va mucho más allá de un profundo, meritorio y estéril juego de conceptos⁵.

El caso peculiar de IHERING

En esta dificultad para integrar satisfactoriamente el «material» (pero ¿qué material?) y las estructuras en que se organiza; en este penoso ir y venir desde los «hechos» a las normas, y de éstas a su «sentido», se mezclan profesiones de fe aparentemente empiristas con otras de sentido muy distinto. El supuesto mecanicismo de IHERING, que siembra sus especulaciones metodológicas de ejemplos relacionados con las ciencias naturales, se disuelve pronto en una concepción del Derecho nada mecanicista, que transfigura las normas en «hechos». Y el fracaso del artificio nos muestra pronto lo que éste encubre realmente bajo sus floridas metáforas: una concepción meramente *lógico-rationalista*, que nos presenta la Ciencia Jurídica como un sistema de conceptos y consigue el más difícil todavía: desatender tanto los «hechos» como los «contenidos de sentido»⁶.

Cuando, arrepentido de su experiencia «histórico-natural», IHERING vuelve los ojos hacia posturas abiertamente constructivistas, parece emprender el camino en la dirección adecuada; pero su falta de formación filosófica le hace caer en el extremo opuesto, con resultados más que dudosos. El «fin en el Dere-

⁵ En este sentido, PIAGET: «... el empirismo no se limita a insistir en el papel de la experimentación en todas aquellas disciplinas que se ocupan de cuestiones de hecho..., sino que a esto añade una interpretación particular de la experiencia, tanto de la del científico como de la del sujeto humano en general..., reduciendo esta experiencia a un simple registro de datos observables en lugar de ver en ella, como otras epistemologías, una estructuración activa de los objetos, dependiente siempre de las acciones del sujeto y de sus intentos de interpretación» («Situación de las ciencias del hombre», en PIAGET, MACKENZIE, LAZARSELD: *Tendencias de la investigación en las ciencias sociales*, trad. de P. CASTRILLO), Alianza Universidad, Madrid, 1982, p. 91.

Con respecto a la tendencia a oscilar de los «hechos» a la lógica, ésta queda rota en buena medida a partir del giro hacia la filosofía analítica del lenguaje común; pues su visión del lenguaje no es meramente lógica, sino pragmática.

⁶ «Lo que son las palabras en el lenguaje, eso son las relaciones jurídicas en el Derecho... La tarea es, aquí como allí, el descubrimiento de esos elementos, la formación de un alfabeto». IHERING pasa por alto aquí —y en esto muestra claramente ser hijo de la época positivista— que los sonidos sólo se convierten en palabras merced al sentido que el espíritu humano une a ellos, que, por ello, se puede sí reproducir una determinada asociación fonética por medio de una combinación de letras; ¡pero con esto nada se ha dicho todavía sobre el sentido de las mismas!» (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, Ariel, Barcelona, 1980, p. 47).

cho» y el «interés», son incuestionablemente, conceptos valiosos en el marco de una teoría comprensiva. Sin embargo, su autor no superó el marco del positivismo, desembocando en un «utilitarismo social» que, como acertadamente ha observado LARENZ, «... niega, juntamente con la independencia categorial de lo moral, el propio valor del Derecho, y lo convierte en juguete de los intereses en cada caso predominantes en la sociedad»⁷.

No cabe duda que en esta crítica hay mucho de certero: IHERING, en su supervaloración del «interés», olvida el *valor* (¡cuya introducción en nuestra perspectiva del Derecho no implica necesariamente la asunción de un valor determinado!) y desemboca en una visión positivista ingenua del problema. Parece no tener en cuenta que intereses y valores se interrelacionan, en una trabazón que es inseparable de cualquier perspectiva dispuesta a asumir el sistema jurídico como una realidad compleja. Por cierto, es sintomático que tal evolución hacia un sociologismo difuso, no científico, se produzca tras el abandono de una visión fundamentalmente lógica (pese a sus «disfraces») del sistema jurídico; recuérdese cuanto se dijo anteriormente sobre los «mojones» delimitadores de los bandazos del mecanicismo. IHERING es, desde luego, un ejemplo interesante de la vacilante trayectoria del paradigma mecanicista; pero posiblemente el caso más revelador, por ser el más complejo, sea el de ROSS.

ROSS

La evolución del autor danés desde el empirismo lógico y la teoría psicologista de la validez hacia la lógica deóntica ilustra muy bien este itinerario, representativo de la dificultad de una síntesis (entre los «hechos» y el «sentido») que nadie ha sido capaz de lograr satisfactoriamente, acaso porque no cabe en el modelo descriptivista de ciencia jurídica.

En una de sus primeras obras, la *Theorie der Rechtsquellen*, de 1929, ROSS manifiesta ya una de las convicciones que no le abandonarán a través de su compleja trayectoria intelectual: la de que el fenómeno jurídico se refiere en última instancia a hechos sociales, pero no puede ser reducido únicamente a (o, más bien, entendido tan sólo desde) éstos:

«La Sociología del Derecho busca, por ejemplo, descubrir la unión existente entre una comunidad y su estructura económica. Qué efecto podría ejercer una confesión religiosa sobre una legislación. Qué agrupaciones sociales pueden ocasionar un cambio en la normativa sobre el Registro de la Propiedad...

⁷ Misma obra y autor, pp. 69 y 70.

En todas estas preguntas no debe olvidarse que el mismo Derecho, las normas, no se inserta como eslabón en la cadena causal, sino más bien los actos sociales jurídicamente relevantes: los actos jurídicamente establecidos (*rechtsetzenden*) y los jurídicamente sometidos (*rechtunterworfenen*). La sociología del Derecho presupone pues, lógicamente, una dogmática jurídica que constata qué hechos son jurídicamente relevantes»⁸.

Lo que no le impide, a renglón seguido, referirse a la *Tecnología Jurídica*, considerada como una «aplicación de la Sociología Jurídica» (si bien no alcanza, como ésta, el carácter de auténtica ciencia normativa), cuyo fin es determinar «... cuáles de entre las conductas humanas jurídicamente establecidas han de ser elegidas (*wählen muß*), bajo circunstancias dadas, para provocar ciertas consecuencias sociológicas, ciertas modificaciones en los actos jurídicamente determinados»⁹.

Esta singular forma de «ingeniería social» presenta, desde luego, unas características particularmente modestas en comparación con el ingenio utilitarismo social de IHERING¹⁰, si bien no deja de presentar un perfil mecanicista. Pues ROSS fundamenta la citada disciplina sobre las «normas técnicas», que considera como normas de comportamiento, científico-causalmente determinadas, que establecen: «... si una determinada acción es precisa sobre bases

⁸ «Die Rechtssoziologie sucht z. B. herauszufunden, welche Verbindung zwischen der Rechtsordnung eines Gemeinwesens und seinen Ökonomischen Struktur besteht. Welche Wirkung eine religiöse Anschauung auf eine Gesetzgebung müßte ausüben können. Welche soziale Umschichtungen eine Änderung in der Grundbuchgesetzgebung etwa verursachen kann... Bei allen diesen Fragen darf man aber nicht vergessen, daß nicht das Recht selber, die Normen, sich als Glieder in die Kausalreihe ausfügen, vielmehr die rechtlich relevanten sozialen Handlungen. Rechtssoziologie setzt also logisch eine Rechtsdogmatik voraus, die feststellt, welche Handlungen rechtlich relevant sind» (A. Ross, *ob. cit.*, pp. 9 y 10).

⁹ «... welche rechtsetzende menschliche Handlung man unter gegebenen Umständen wählen muß, um gewisse soziologische Folgen, gewisse Veränderungen in den rechtsdeterminierten Haltungen hervorzurufen» (misma obra y autor, p. 12).

¹⁰ La más importante de las cuales es que desde una posición de no-cognoscitivismo ético y abdicación valorativa como la que ROSS profesó toda su vida (y ya profesaba, desde luego, en 1929), carece de sentido un planteamiento utilitarista, pues el utilitarismo es una ética material, eudemonista, que propone fines concretos para el obrar (social) humano (por mucho que éstos se pretendan derivados de las necesidades históricamente constatables, *describibles* con métodos fiables). Con respecto al utilitarismo y «la quimera del bienestar social», ROSS adoptó una postura mucho más combativa en *Sobre el Derecho y la Justicia*, afirmando además que «... la inconmensurabilidad de las necesidades no permite una maximización cuantitativa». En esta obra, ROSS defiende su interpretación nominalista del concepto de «sociedad», afirmando que la comunidad no es una entidad independiente (lo que hace su positivismo incomparablemente más maduro que el de COMTE o IHERING, al purgarlo de metáforas); asimismo, asimila el utilitarismo al iusnaturalismo, entendiendo ambos como «... el resultado de la necesidad que la conciencia tiene de un principio de acción absoluto que pueda liberar a la humanidad de la angustia de la decisión» [*Sobre el Derecho y la Justicia* (trad. de G. R. CARRIÓ), EUDEBA, Buenos Aires, 1963, pp. 285 y 287].

científicas natural-funcionales, si una cierta relación científico-naturalmente determinada debe o no ser realizada; así, por ejemplo, la regla de comportamiento que afirma que se tiene que regar una planta para que pueda desarrollarse. Esta regla es sólo una aplicación de la correspondiente ley científico-natural, que afirma que una cierta cantidad de agua es necesaria para la vida de la planta»¹¹.

Si bien ROSS se preocupa de dejar claro que no debe hablarse en tales casos de relación causa-efecto, «... sino que puede consistir en cualquier otra conexión funcional científico-natural¹²», creo que el texto deja lugar a pocas dudas sobre la aceptación del modelo mecanicista en este punto, fundándolo además en una aventurada e improbable homonimia entre hechos biológicos y hechos sociales jurídicamente considerados relevantes (a estos últimos pertenecería, por utilizar uno de sus ejemplos, el volumen del crédito real y su significación económica).

EHRlich

Particularmente menos sutil es la perspectiva adoptada por Eugen EHRlich, que considera a la Sociología la única auténtica ciencia posible sobre el Derecho, reservando para la Jurisprudencia el aspecto técnico. En su obra (anterior a la de ROSS) resulta más perceptible que en la del danés ese desmesurado optimismo que parece inseparable de las interpretaciones mecanicistas cuando se asoman al futuro de las ciencias jurídicas:

«De este modo, la Jurisprudencia es, en efecto, una morfología de la sociedad humana. Es imposible aprender Derecho sin al mismo tiempo dar una imagen de la sociedad para la cual debe valer. Ahora resulta claro por qué la Jurisprudencia no se fundamenta en la ley: la ley no puede ser precisamente una morfología. Si es acogida en la ley, de inmediato se transforma en algo dis-

¹¹ «... daß eine gewisse Handlung aus naturwissenschaftlich-funktionellen Gründen notwendig ist, falls ein gewisses anderes naturwissenschaftlich determinierbares Verhältnis realisiert oder nicht realisiert werden soll, so z. B. die Handlungsregel, die besagt, daß man eine Pflanze wässern muß, wenn sie gedeihen soll. Diese Regel ist nur eine Anwendung des entsprechenden naturwissenschaftlich Gesetzes, das besagt, daß ein gewisses Quantum Wasser für das Leben der Pflanze notwendig ist» (misma obra y autor, p. 11).

¹² «... sondern in jedem beliebigen anderen naturwissenschaftlichen Funktionallenzusammenhang bestehen kann» (misma obra y autor, p. 12).

tinto: una interpretación de aquella que constituye una proposición sobre lo que debe ser»¹³.

La Jurisprudencia no puede, pues, basarse en la ley. EHRlich llega a afirmar algo aún más terminante, refiriéndose en concreto a la Psicología y su importancia para la constitución de una auténtica ciencia (empírico-sociológica) del Derecho:

«El valor de la Psicología es evidente: *la Ciencia del Derecho es una rama de la Sociología*, luego ésta acoge de forma directa la Psicología Social...»¹⁴ (los subrayados son míos).

De este modo, se constituye una ciencia del Derecho sociológica que es *la* auténtica Ciencia del Derecho. Nuevamente, en aras de una visión radical de los «hechos» y su significación, se renuncia a una percepción normativa (que no quiere decir normativista) de la cuestión.

En tal entramado conceptual, el papel de la Jurisprudencia (práctica) queda a mucha distancia del que correspondería a una «ciencia normativa», no digamos ya a una «ciencia del espíritu»:

«Con esta Ciencia del Derecho sociológica se relaciona la Jurisprudencia práctica, del mismo modo que la Biología con la Medicina o la Arquitectura con la Matemática o la Física... De este modo queda señalada la dirección que la Jurisprudencia, entendida como disciplina puramente práctica, debe seguir: a la vez que cede a la Sociología su contenido científico-social, se conquista su propio y nuevo dominio»¹⁵.

Desde estos presupuestos, la vieja pretensión de constituir a la Jurisprudencia como auténtica Ciencia del Derecho pierde su sentido. EHRlich recorta

¹³ «Jurisprudenz dieser Art ist deshalb in der Tat eine Morphologie der menschlichen Gesellschaft. Es ist unmöglich, das Recht zu lehren, ohne zugleich ein Bild der Gesellschaft zu geben, für die es gelten soll. Jetzt ist auch klar, warum die Jurisprudenz nicht ins Gesetz gehört. Das Gesetz kann eben nicht Morphologie sein. Wenn sie ins Gesetz aufgenommen ist, wird sie sofort etwas Anderes: aus einer Darstellung dessen, was ist, eine Vorschrift darüber, was sein soll». Eugen EHRlich, «Soziologie und Jurisprudenz», publicado en *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Soziologie und Jurisprudenz*, Scientia Verlag Aalen, Neudruck, 1987.

¹⁴ «Der Wert der Psychologie ist selbstverständlich: ist die Rechtswissenschaft ein Zweig der Soziologie, dann nimmt sie die soziale Psychologie...» (misma obra y autor, p. 23).

¹⁵ «Zu dieser soziologischen Rechtswissenschaft verhält sich die praktische Jurisprudenz so, wie etwa die Medizin zur Biologie, die Baukunst zur Mathematik und Physik... So ist Richtung, die die Jurisprudenz als rein praktische Disziplin einschlagen muß, vorgezeichnet: indem sie ihrem gesellschaftswissenschaftlichen Inhalt an die Soziologie abgibt, erobert sie sich neu ihr ureigenstes Gebiet» (misma obra y autor, pp. 21, 22 y 23).

los *fenómenos* jurídicos a una escala inadecuada, la meramente sociológica; las normas jurídicas intervienen exclusivamente como estructuras psicológicas que dotan de un *sentido* de obligatoriedad a pautas de regularidad (los «hechos del Derecho») surgidas con independencia de aquéllas. Pautas que constituyen el verdadero objeto de la Ciencia (sociológica) del Derecho; pues ningún contenido de sentido puede ser reducido a meros hechos, y sólo con éstos puede trabajar la ciencia.

EHRlich parece no tener en cuenta que con esta solución no ha hecho sino obviar el problema. Ha elegido, como remedio para romper el círculo vicioso (la continua remisión de normas a hechos, y viceversa), la negación de uno de los términos, las normas, como posible objeto de una ciencia sobre el Derecho.

GEIGER

Con mayor crudeza aún aparece el modelo descriptivista en T. GEIGER, autor de unos *Estudios sobre Sociología del Derecho*, cuyos planteamientos desbordan, por su radicalidad, a los del mismo EHRlich.

Su *desideratum* es, igualmente, una Teoría del Derecho sociológica, sujeta al patrón fisicalista de las ciencias experimentales, y que debería revestir, por tanto, la forma de una Sociología del Derecho¹⁶. Tomemos como ejemplo de su crítica a los conceptos jurídicos fundamentales la que dirige contra el concepto de validez:

«La cuestión de la validez jurídica es, por consiguiente, de índole pragmática. Su objeto es quimérico. Cuando los juristas discuten si una norma es válida y para cuáles hechos, no se trata en realidad de lo que *es* Derecho vigente, sino de a qué modelos de comportamiento se *debe* hacer jurídicamente obligatorios mediante la imposición de la sanción. No se trata de conclusiones de la ciencia jurídica, sino de resoluciones constructivas de derecho»¹⁷.

En pocos textos aparecen tan clara y concisamente las líneas maestras de la concepción descriptivista radical de la Ciencia Jurídica: crítica a los conceptos no reconducibles a relaciones de hechos físicos explicables en términos fisi-

¹⁶ T. GEIGER, *Estudios de Sociología del Derecho* (trad. de A. CAMACHO, G. HIRATA y R. OROZCO), FCE, México D. F., 1983.

¹⁷ Misma obra y autor, p. 233.

co-naturales; interpretación de la referencia a contenidos de sentido como una inmiscusión en el terreno de lo axiológico (esto es, de lo metafísico); crítica al sistema jurídico entendido como sistema lógico; rechazo de una Ciencia Jurídica normativa (tanto en el sentido de que recae sobre normas como en el de que las prescribe); negativa, en fin, a aceptar el papel central de la Dogmática Jurídica en la Ciencia del Derecho.

Creo haber ilustrado profusamente las dificultades del modelo empirista para hacerse cargo de los contenidos simbólicos presentes en el fenómeno jurídico. De una forma u otra, los «hechos» acaban adueñándose del panorama, simplemente porque sólo ellos son (o parecen) susceptibles de explicación físico-causal. De esta forma, por decirlo en pocas palabras, nos enfrentamos a una Ciencia del Derecho que, a fuerza de ser coherente con las tesis gnoseológicas de las que emana, acaba inevitablemente haciéndose *científica a costa...* de dejar de ser *jurídica*.

Precisamente la solución contraria a la que, dentro de planteamientos muy distintos, adopta KELSEN, como veremos a continuación.

b) La perspectiva constructivista

Pudiera ser que la gnoseología constructivista se ajusta algo mejor a las necesidades de la Ciencia Jurídica. Lo avalan tanto la actual dirección de los estudios (entre los que prima la dirección hermenéutica) como la progresiva constatación de que el ideal de la ciencia unificada sobre bases fisicalistas no es capaz de explicar una realidad cultural como el Derecho.

Personalmente creo que así es. No obstante, el modelo gnoseológico constructivista guarda también muchos cadáveres en su armario. La acomodación del «sentido» a la Teoría del Derecho ha sido mucho más problemática que en otras ciencias sociales y humanas, y con demasiada frecuencia ha desembocado en perspectivas formalistas (en sentido gnoseológico), en una «evacuación del contenido» (del «material empírico», de los «hechos»).

En este camino son sin duda los neokantianos, positivistas o no positivistas, quienes han avanzado más resueltamente; por contra, entre las aportaciones de la filosofía analítica existen posturas, como la de HART, que se acercan considerablemente a una síntesis satisfactoria entre las explicaciones causales y significativas.

A menudo, el error fundamental de la gnoseología constructivista ha venido dado por la misma radicalidad de su punto de partida. Veamos un par de ejemplos.

KELSEN

La diferencia entre causalidad e imputación, auténtica clave de bóveda del pensamiento kelseniano, es imprescindible si se desea constituir lo jurídico como un ámbito científico autónomo (y es desde luego, pese al «cuasipositivismo» kelseniano, una figura irrenunciablemente constructiva, que no se resuelve en el terreno de los «datos»); pero sus implicaciones, tendentes a consagrar el «deber ser» como categoría trascendental y apriorística (lo *prescriptivo* frente a lo *descriptivo*), tomaron de inmediato un sesgo idealista. Cuando KELSEN habla del «sentido objetivo» de un acto, está ofreciendo generosamente el flanco a quienes le acusan de rehabilitar la «razón práctica» en una perspectiva nada positivista¹⁸.

Pero es que, además, cada paso dado en esta dirección aumenta los problemas. El resultado es paradójico: en aras de la misma «luminosa claridad» de sus puntos de partida (la «pureza metódica»), la teoría se va envolviendo en una sutil tela de araña de argumentos *ad hoc*, que no hacen sino devolvernos a la oscuridad en aquellos puntos donde se prometía arrojar más luz. Pues la necesidad de separar el «deber ser» jurídico del moral conduce sin remedio a establecer que sólo la presencia de la coacción institucionalizada constituye la nota característica del Derecho, invirtiendo la tradicional relación entre normas primarias y secundarias¹⁹. Artificio impecable si nos limitamos a contemplar con desapasionamiento el «sistema», pero que se muestra especialmente problemático cuando nos enfrentamos a normas cuyo sentido no parece ser un «sollen» y que no se refieren, siquiera de forma indirecta, al uso de la fuerza.

¿Qué decir de la crítica al imperativismo? Exactamente lo mismo: que es impecable (la Ciencia del Derecho necesita de construcciones como el juicio hipotético, dejando el imperativo al propio Derecho), pero escasamente útil

¹⁸ KELSEN rechazó enérgicamente esta y otras acusaciones en su artículo —concebido como comentario crítico a la obra de ROSS, *On Law and Justice*— «Una teoría “realista” y la Teoría Pura del Derecho», publicado en H. KELSEN, *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, C.E.A.L., Buenos Aires, 1969 (trad. de E. A. VÁSQUEZ), pp. 9 a 46. En este opúsculo, reclamó incluso para la Teoría Pura del Derecho la condición de empirista.

¹⁹ Pues tal separación se deriva del hecho de que las normas morales son estáticas y las jurídicas tienen un carácter dinámico; pero, asimismo, de que en un ordenamiento estático sólo caben normas de conducta lógico-deductivamente enlazadas, mientras que en uno dinámico caben tanto las de conducta como las de competencia; y éstas se refieren necesariamente a la aplicación de la fuerza por los funcionarios en caso de la transgresión de aquéllas (o, por decirlo en términos kelsenianos, de la producción de un hecho que coincide con el descrito en el supuesto de hecho del juicio hipotético).

(¿cómo construir una ciencia jurídica descriptiva sobre fenómenos cuya textura es prescriptiva?)²⁰.

La «evacuación del contenido» alcanza su manifestación más prominente con la teoría de la norma fundamental:

«Sólo bajo el supuesto de la norma fundamental puede interpretarse como Derecho, es decir, como un sistema de normas jurídicas, el material empírico que se ofrece a la interpretación jurídica...»²¹.

Ante la necesidad de explicar el sentido de la norma fundamental en términos de su correspondencia con los hechos, KELSEN, afirma:

«Hasta un cierto grado, no es exigible una correspondencia completa y sin excepciones. Es más, tienen que existir hasta la posibilidad de una discrepancia entre el orden normativo y el dominio del acontecer efectivo que está subordinado a él. Pues sin tal posibilidad un orden normativo no tiene absolutamente ningún sentido. No se necesita ordenar aquello que, según puede aceptarse, tiene que acontecer necesariamente. Si se trata de fundar un orden social al que correspondiera siempre y en todas circunstancias la conducta efectiva de los hombres, la norma fundamental tendría que rezar, legitimando de antemano todo ser posible: "debe acontecer lo que efectivamente acontece" o "debes lo que quieras"»²².

Una vez más (de la misma manera que en el caso de las lagunas), el argumento del «sentido común» se invierte, y KELSEN provee a su sistema de una «válvula de seguridad» de fundamento meramente lógico y factura binaria (en el caso de las lagunas, «lo que está dentro-lo que está fuera»; en éste, «lo míni-

²⁰ La elusión por parte de la Ciencia Jurídica de la textura prescriptiva de las normas en favor de un esquema «aséptico», como el del juicio hipotético, resulta esencial en el proyecto de depuración metodológica de KELSEN: «El juicio de que algo sea jurídicamente normado, de que algún contenido sea debido por causa del Derecho, nunca está del todo libre de la representación de que así es bueno, recto o justo... La Teoría Pura del Derecho... desliga por completo el concepto de norma jurídica del de norma moral, del que provino, y asegura la legalidad propia del Derecho frente a la ley moral. Esto ocurre en forma tal, que la norma jurídica no es comprendida como imperativo..., sino como juicio hipotético que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada» (*La Teoría Pura del Derecho*, Editora Nacional, México D. F., 1979, p. 47). Un punto de vista que, por cierto, compartió CARNAP, si bien desde presupuestos empiristas.

²¹ Misma obra y autor, p. 99.

²² Misma obra y autor, p. 102.

mo exigible-lo máximo concebible») que sirve para *encuadrar* el problema en su particular concepción del ordenamiento; pero desde luego no para solucionarlo, pues la base del argumento es tan obvia como discutible desde un punto de vista no formalista (en efecto, es «asimétrica»: la absoluta inobediencia resulta bastante más concebible —¡e interesante!— que la obediencia absoluta).

STAMMLER

Igualmente dentro de la órbita neokantiana, que representa de forma más clara, en STAMMLER encontramos un magnífico ejemplo de asimilación de la perspectiva gnoseológica constructivista, tributaria de conceptos como *Geisteswissenschaften* o *Kulturwissenschaften*. Como en KELSEN, su proyecto pasa necesariamente por la consideración de lo jurídico desde un punto de vista formal, desinteresado de los contenidos (de la «materia»), volcada únicamente sobre las condiciones que *a priori* hacen posible la captación y *comprensión* de ese material dado y su elaboración sistemática:

«Lo que constituye el objeto de investigación de la Filosofía del Derecho podríamos definirlo más propiamente como el sistema de las formas puras que envuelven nuestras nociones jurídicas»²³.

Las enormes diferencias entre ambos no dejarán de resaltar un hecho incontestable: la gran generalidad de toda óptica gnoseológica, particularmente cuando el «corte» elegido es tan radical como el que se refleja en el título de este trabajo.

En efecto, la pretensión de STAMMLER era la de aislar ciertas formas puras de la intuición jurídica sensible, purgándolas (por así decirlo) de su origen inevitablemente empírico, «impuro». Si bien él mismo se apresuró a aclarar la inconveniencia de separar en absoluto el «contenido» de la «forma», «... La forma no es sino una parte del mismo contenido, depurada de la materia condicionada que encierra»²⁴, su pretensión de encontrar un Derecho natural «histórico», formal a través de la «idea del Derecho» no escapa a serias objeciones; la más importante de las cuales, formulada hasta la saciedad, es que las supuestas formas lógicas *a priori* en las que basa su sistema constituyen un ele-

²³ R. STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. de W. ROCES, Editora Nacional, Méjico D. F., 1980, p. 5.

²⁴ Misma obra, autor y página.

mento dudosamente encajable en la gnoseología kantiana. G. FASSÓ lo ha resumido con acierto:

«... en las formas *a priori* jurídicas de la razón se sospecharon abstracciones realizadas sobre datos empíricos. Y, en efecto, no parecen ser posibles formas lógicas *a priori* del Derecho... formas del conocimiento que como las *stammlerianas* sean aplicables a un sector de la experiencia específico y determinado como es el Derecho, no pueden tener el carácter universal y trascendental de las kantianas, y, si no son ideas innatas, deben presuponer el conocimiento empírico del fenómeno del que pretenden constituir la condición trascendental de cognoscibilidad. Este será el punto débil de toda la filosofía jurídica neokantiana»²⁵.

La atención de STAMMLER se dirige sobre todo hacia el concepto y la idea del Derecho, como constitutivos de una Filosofía del Derecho; la de KELSEN, hacia la Ciencia Jurídica. Con todo, en ambos se opera una similar abstracción del contenido (separado de la forma, *sólo porque es posible pensar aquélla independientemente de éste*), que pretende limpiar de impurezas el proceso cognoscitivo del material jurídico, como único paso posible para constituir a la Ciencia del Derecho como un respetable inquilino dentro de la nómina de las *Kulturwissenschaften*. En realidad, lo que se hace no es sino olvidar la importancia de los «materiales» a la hora de constituir (histórica, dialécticamente) el todo. Frente al puro empirismo, sólo parece factible presentar un idealismo más o menos disfrazado.

Por supuesto, no he mencionado sino los fracasos más llamativos, que no en vano corresponden a los intentos más arriesgados. Por contra, aproximaciones más «sosegadas» (pero también, claro está, más recientes) al problema resultan incomparablemente más prometedoras. Es el caso de *Verdad y método*, de GADAMER, al que me referiré más adelante.

DILTHEY

En este punto, se impone volver la mirada hacia atrás, buscando las mismas fuentes del modelo hermenéutico. DILTHEY, en su *Introducción a las ciencias del espíritu*, alaba el fin de la contraposición metafísica entre *sustancia material* y *sustancia espiritual* en favor de la que opone la percepción externa

²⁵ G. FASSÓ, *Historia de la Filosofía del Derecho* (Pirámide, Madrid, 1981), tomo III, p. 189 (trad. de J. F. LORCA NAVARRETE).

(*sensación*) al mundo interior, de los actos psíquicos (*reflexión*): «El problema recibe así una formulación más modesta, pero que encierra la posibilidad de un tratamiento empírico»²⁶.

Es sorprendente la finura con que en el «idealista» DILTHEY se entrelazan la Historia y las demás ciencias sociales (entre ellas, el Derecho), formando un entramado cuya textura, irreductiblemente hermenéutica, no excluye reflexiones que muchos mecanicistas suscribirían:

«La imposibilidad de derivar los hechos espirituales de los del orden natural mecánico... no excluye la inclusión de los primeros en el sistema de los últimos. Sólo cuando las relaciones entre los hechos del mundo espiritual se muestran incompatibles con las regularidades del curso de la naturaleza, en la forma de que se excluye una subordinación de los hechos espirituales a los que ha establecido el conocimiento mecánico de la naturaleza, sólo entonces aparecen no los límites inmanentes del conocimiento de experiencia, sino fronteras en que termina el conocimiento natural y comienza una ciencia del espíritu independiente, que se forma desde dentro»²⁷.

En la génesis de las ciencias del espíritu, no ve DILTHEY ningún tipo de evento «espiritual». Por el contrario, se originan en la práctica misma, como resultado de las exigencias de la formación profesional (que es responsable de su forma originaria). Son, por tanto, un artificio²⁸:

«... a medida que las diversas profesiones se articularon de un modo cada vez más variado dentro de la sociedad, y la preparación técnica para ellas desarrolló e implicó cada vez más teoría, estas teorías técnicas se desviaron de su aplicación práctica y penetraron, cada vez más profundamente, en la esencia de la sociedad; el interés del conocimiento las transformó poco a poco en ciencias efectivas, que, junto a su finalidad práctica, colaboraron en la empresa de un conocimiento de la realidad histórico-social.

La diferenciación de las ciencias particulares de la sociedad no se realizó, por consiguiente, por un artificio de la inteligencia teórica..., la llevó a cabo la vida misma. Cuantas veces se produjo la separación de una esfera de acción social, y ésta provocó una ordenación de los hechos a que se refería la actividad del

²⁶ *Introducción a las ciencias del espíritu* (trad. de J. MARÍAS), Alianza Universidad, Madrid, 1986, p. 44.

²⁷ Misma obra y autor, p. 48.

²⁸ «Toda ciencia particular se origina sólo mediante el artificio de desgajar un contenido parcial de la realidad histórico-social» (misma obra y autor, p. 71).

individuo, existieron las condiciones bajo las cuales podía originarse una teoría»²⁹.

Y, con respecto al Derecho en concreto:

«Sus primeros conceptos y normas fueron hallados, sin embargo, en el ejercicio de las funciones sociales. IHERING ha mostrado cómo el pensamiento jurídico ha creado los conceptos fundamentales del Derecho romano mediante una labor espiritual consciente, *realizada en la vida jurídica misma*»³⁰.

Una visión histórica de la génesis del Derecho, por cierto, que excluye expresamente el organicismo de los historicistas, a los que acusa de manejar conceptos metafísicos³¹.

La relación *tecnología-ciencia*, la única decisiva a estos efectos, se plantea como sigue: la primera genera a la segunda, que desarrolla teorías con el fin de depurar y general, a su vez, nuevas y mejores tecnologías; hasta que, desvinculadas éstas de su origen práctico, se encuentran en condiciones de elaborar, además, «... en la empresa de un conocimiento de la realidad histórico-social»³².

La clave fundamental del texto de DILTHEY; la que, a mi entender, nos proporciona más valiosas sugerencias en relación al tema que aquí se desarrolla, yace en un texto tan breve como sustancioso:

«... las ciencias de la sociedad han partido, de un lado, de la conciencia que tienen el individuo de su propia actividad y de las condiciones de ésta; de este modo se desarrollaron primero la gramática, la retórica, la lógica, la estética, la ética, la jurisprudencia; y en esto se funda el que su puesto en el contexto de las ciencias del espíritu permanezca en una zona insegura, intermedia entre el análisis y la normación, cuyo objeto es la actividad aislada del individuo y aquellos que tienen por objeto un sistema social entero»³³.

²⁹ Misma obra y autor, p. 86.

³⁰ Misma obra y autor, p. 61 (el subrayado es mío).

³¹ «Esta unidad vital individual de un pueblo, que se manifiesta en la afinidad de todas sus manifestaciones vitales, como su derecho, su lengua, su intimidad religiosa, se expresa de un modo místico mediante conceptos como alma popular, nación espíritu nacional, organicismo. Estos conceptos son tan útiles para la historia como el de fuerza vital para la fisiología» (misma obra y autor, p. 90).

³² Misma obra y autor, p. 86. Una postura similar con respecto a la génesis de las formaciones científicas es la sostenida por G. BUENO (V. *La idea de la ciencia desde la teoría del cierre categorial*, U.I.M.P., Santander, 1976).

³³ W. DILTHEY, *ob. cit.*, pp. 85 y 86.

No es la concepción diltheyana del Derecho la que aquí me interesa; tan sólo las interesantísimas sugerencias que este texto encierra sobre la posición inestable de aquél (y de las demás ciencias sociales) en el ámbito de las *Geisteswissenschaften*. Si aceptamos la posición del pensador alemán, la permanente inestabilidad de ese producto cultural que denominamos Ciencia Jurídica se debe, sobre todo, a la propia situación del producto «tecnológico» sobre el que versa, el Derecho.

Otra de las reflexiones de DILTHEY sobre el particular me parece especialmente importante: la aceptación de la perspectiva forzosamente limitada de cada ciencia del espíritu, de donde se deriva la necesidad de afrontar los estudios de manera interdisciplinaria³⁴.

He sostenido un punto de vista equivalente, inspirado en la gnoseología de G. BUENO, en un reciente trabajo³⁵, al cual me remito. Me parece que, si bien la observación de DILTHEY debe ser tomada en su contexto (una distinción, acaso excesivamente marcada, entre objetos individuales y colectivos), y éste no coincide con el que aquí se expone, contiene una constatación sumamente valiosa: *la inestabilidad de la(s) ciencia(s) jurídica(s) desde el punto de vista gnoseológico, su dificultad para encontrar modelos fiables, es estructural*. Pues se trata de lo que G. BUENO denomina una formación de cierre inestable; esto es, susceptible de muy diversas interpretaciones, desde la Sociobiología o la Antropología Criminal (que son ciencia sin ser ya Derecho) hasta el «uso alternativo del Derecho» (que es Derecho, en su sentido de jurisprudencia, sin ser para nada ciencia)³⁶.

Encontraremos así una amplísima gama de posibilidades, agrupadas en torno a la alternativa esencial, constructivismo-descripcionismo. Entre las que, por ejemplo, es posible encontrar, sin abandonar la opción descripcionista, desde reducciones al ámbito de la psicología individual (OLIVECRONA, los realistas estadounidenses) hasta auténticas remisiones a lo social (EHRlich, GEIGER). La dificultad de construir la *escala* de los fenómenos normativos (a la que también me referí en el citado trabajo) explica tales disparidades.

Sólo una *construcción* de tipo *lógico-material* (esto es, que no evacúese el contenido) estaría en condiciones de acercarnos a un planteamiento realmente comprensivo del problema. Para ello sería necesario:

³⁴ «... toda ciencia particular del espíritu sólo conoce la realidad histórico-social relativamente, concebida con conciencia de su relación con las demás ciencias del espíritu» (DILTHEY, *ob. cit.*, p. 72).

³⁵ V. J. L. MUÑOZ DE BAENA, «El debate en torno a la "ciencia jurídica" desde una perspectiva gnoseológica». En el momento de escribir estas líneas, se encuentra pendiente de publicación en *El Basilisco*, probablemente en su n.º 14.

³⁶ V. las líneas finales de cuanto se dijo anteriormente sobre GEIGER.

- a) que integrase la Historia, como DILTHEY, sin «superarla», al modo stammleriano, ni sembrarla de metáforas, como los historicistas;
- b) que integrase los hechos, el «material», sin reducirlos al simple papel de *minimum* necesario para medir —lógico-trascendentalmente— la fiabilidad de una norma fundamentalmente hipotética, como KELSEN, y
- c) que admitiese en su seno los valores, renunciando a la doble tentación de declararlos materia *non grata* y de construir únicamente sobre ellos la realidad jurídica.

Una síntesis tan deseable como difícil. La visión hermenéutica de GADAMER, con todo, parece aproximarse a ella de una manera bastante satisfactoria.

GADAMER afirma al respecto en *Verdad y método*:

«La hermenéutica jurídica recuerda por sí misma el auténtico procedimiento de las ciencias del espíritu. En ella tenemos el modelo de relación entre pasado y presente que estábamos buscando»³⁷.

Y, refiriéndose (con un *leit-motiv* típicamente diltheyano) a la interrelación entre los problemas comunes al Derecho y a la Historia, prosigue:

«¿Y no vale esto en realidad para cualquier texto que tenga que ser comprendido precisamente en lo que dice? ¿No implica esto que siempre es necesaria una traducción? ¿Y no es esta traducción siempre y en cualquier caso una mediación con el presente? En la medida en que el verdadero objeto de la comprensión histórica no son eventos sino sus “significados”, esta comprensión no se describe correctamente cuando se habla de un *objeto en sí* y de un acercamiento del sujeto a él»³⁸.

La Ciencia Jurídica es, pues, una realidad insoslayablemente *hermenéutica*; aún más, es *la* hermenéutica por excelencia. Pues ésta, afirma GADAMER, no

³⁷ H. G. GADAMER, *Verdad y método* (trad. de A. AGUD y R. DE AGAPITO), Ed. Sígueme, Salamanca, 1977, p. 400.

³⁸ No es la distinción *sujeto-objeto*, característica de la gnoseología descriptivista, lo que aquí critica GADAMER, sino más bien el error (harto frecuente en los modelos mecanicistas) de constituir el objeto como algo totalmente independiente del sujeto gnoseológico; algo que ya KANT cuestionó seriamente (misma obra y autor, pp. 400 y 401; los subrayados son míos).

es libre ni gratuita: el intérprete *pertenece* al texto, por estar ligado a él *dogmáticamente* (como en la Teología, como en la Filosofía). El Derecho aparece así como el modelo mismo de toda interpretación de textos de acuerdo con determinados contenidos de sentido³⁹.

¿Falta algo? Sí, efectivamente, algo falta. Un panorama tan optimista resultaría casi sospechoso de faltar cierto tipo de precisiones:

«Entre la hermenéutica jurídica y la dogmática existe así una relación esencial en la que la hermenéutica detenta una posición predominante. Pues no es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo la que pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción... La verdadera concreción de la revelación tiene lugar en la predicación, igual que la del ordenamiento legal tiene lugar en el juicio. Sin embargo, persiste una importante diferencia. A la inversa de lo que ocurre en el juicio jurídico, la predicación no es una complementación productiva del texto que interpreta. *El mensaje de salvación no experimenta en virtud de la predicación ningún incremento de contenido que pudiera compararse con la capacidad complementadora del derecho que conviene a la sentencia del juez*»⁴⁰.

Lo jurídico, pues, como una realidad cuya misma textura es hermenéutica; pues este carácter tienen las *operaciones* en que se basa. La aportación de GADAMER (en parte inspirada en BETTI, que no casualmente es autor de una reputada *Teoria generale dell'interpretazione*) no olvida algo que, de puro elemental y obvio, debería ser superfluo recordar: toda metodología de la Ciencia del Derecho, por compleja que sea, se desenvuelve en última instancia en algo tan concreto como la aplicación (o creación, según se mire) de una serie de reglas.

En ese esquema, el juez (y éste debería ser el *punctum dolens* de cualquier percepción hermenéutica, comprensiva de la cuestión) no es una mera «máqui-

³⁹ Misma obra y autor, p. 401.

⁴⁰ Misma obra y autor, pp. 402 y 403 (los subrayados son míos). La postura de GADAMER ha sido aceptada en parte y en parte rechazada por HABERMAS, desde una postura crítica en la que se reprocha al autor de *Verdad y método* haber constituido acríticamente a la tradición como lugar de convergencia de los elementos del proceso hermenéutico: pues esta tradición es producto, en buena medida, de un consenso falso, de una manipulación del lenguaje por la relaciones de poder, que «... deforman la intersubjetividad del entendimiento como tal y distorsionan sistemáticamente la comunicación lingüística cotidiana». Desde este punto de vista, en su opinión, «... cabe contar con una comprensión explicativa que rebasaría, en efecto, los límites de la comprensión hermenéutica». En suma, «la conciencia hermenéutica permanece incompleta mientras no recoja en sí la reflexión acerca de los límites de la comprensión hermenéutica». J. HABERMAS, «Un informe bibliográfico: La lógica de las Ciencias sociales» y «La pretensión de la Universalidad de la Hermenéutica», en *ob. cit.*, pp. 286 y 302, respect.

na de subsumir». El propio Kelsen, de forma consecuente con su visión dinámica del ordenamiento jurídico, reconoce que la tarea judicial supone la creación de una nueva norma que individualiza la anterior; no siendo tal cometido plenamente lógico —de ahí su renuncia a elaborar una teoría de la interpretación—, sino más bien transido de decisiones de voluntad⁴¹. La lógica se limita a proporcionar un *marco, más o menos amplio, dentro del cual toda decisión de voluntad que lo respete será aceptada como conforme a Derecho*. La lógica —podríamos decir— acota el campo, amojona sus lindes; sólo en ese sentido, muy relativo, lo señorea.

3. ESBOZO DE UN PLANTEAMIENTO INTEGRADOR

Esto nos lleva, precisamente, a los grandes logros conseguidos tras el hundimiento del paradigma mecanicista y la depuración metodológica del constructivista:

1. La consideración del sistema jurídico como una realidad compleja, no reducible a patrones extraídos de las ciencias de la naturaleza (patrón fiscalista) ni a las llamadas ciencias formales (patrón logicista o, para ser más precisos, lógico-formal).

2. Como consecuencia de lo anterior, el fracaso de la concepción lógico-subsuntiva de la interpretación; igualmente, el de las concepciones conductistas y psicologistas de la misma.

3. La importancia del *lenguaje*, en el más amplio de los sentidos: esto es, el Derecho como lenguaje, como sistema de signos. El hecho de haber sido éste precisamente el punto de partida de muchos de los sostenedores del patrón gnoseológico empirista dota de cierta inquietante ambigüedad a tal afirmación. Cabría precisar, ante las previsibles reservas de quienes desconfían del «intento de reducir el Derecho a lenguaje»: ¿de verdad alguien, alguna vez, ha pretendido seriamente esto?

Por otra parte, la visión sobre el lenguaje del empirismo lógico (el más fuerte de los modelos mecanicistas contemporáneos) ha sido ya trascendida. El célebre concepto wittgensteiniano de «juego del lenguaje» ilustra muy bien este giro, del que es, además, principal responsable: del lenguaje artificial, meramente lógico, sugerido en el *Tractatus...* se pasa a una visión más rica del lenguaje como condición de la comunicación, desterrando el atomismo lógico que veía en cada partícula del lenguaje protocolar (¿cómo es posible comunicarse con un lenguaje protocolar?) algo así como un «pedazo del mundo».

⁴¹ H. Kelsen, *ob. cit.*, pp. 126 y ss.

4. Como corolario de lo anterior, la consideración del intérprete del Derecho como un *operador*, en el sentido gnoseológico; entendiéndolo como tal a un «sujeto gnoseológico» que manipula una serie de «realidades» *fisicalista y fenomenicamente dadas* (los «hechos sociales jurídicamente relevantes» de los que nos habla ROSS), en todas las cuales aparecen otros sujetos gnoseológicos, portadores a su vez de actitudes «operativas» fundadas en su *comprensión* y subsiguiente manipulación de *estructuras culturales comunes*: comprador, presunto delincuente, acusador particular... La conducta del citado sujeto gnoseológico deberá llevarse a cabo de acuerdo con ciertos patrones, ciertas «figuras» *dogmáticamente dadas*: tipos penales, modos de adquirir la propiedad, derechos reales... (cuando el intérprete es un historiador, las «realidades» serían fósiles, pergaminos, ejemplares del «BOE»...; y las «figuras», en cierto sentido, aparecerían también dadas de forma dogmática, pues el operador debe asimilar mentalmente —si bien sin interiorizarlas— las estructuras mentales del sujeto o los sujetos cuya conducta sujeta a reglas estudia)⁴².

La perspectiva lingüística aceptada permite añadir una observación: la complejidad de la tarea del operador es insoslayable desde el momento en que las estructuras organizadoras de sus operaciones son reglas, en sentido *prescriptivo*. Cualquier intento de disolver el problema remitiendo tales reglas a otras de tipo *técnico*, supuestamente representativas de regularidades fácticas (como las descritas por EHRLICH o por ROSS en su primera época) desemboca en un escamoteo de la cuestión. El planteamiento en términos de «ingeniería social» resulta tan simplista como el lógico-subsuntivo.

Ciñéndonos al caso concreto de la interpretación no histórica, el olvido del carácter esencial de la *Dogmática Jurídica* como *marco* (como esa «estructura lógica circundante» —*sólo circundante!*— a que antes me refería) ha traído consigo más confusión que claridad⁴³. En sentido opuesto, sin una concepción realmente crítica de la *Dogmática* —como la que HABERMAS reclama para la

⁴² A ello se refiere GADAMER: «Si nos imaginamos a un *historiador* que encuentra en la tradición una orden de este tipo e intenta comprenderla, es claro que su posición será muy distinta de la del destinatario original. En la medida en que la orden no se refería a él, él tampoco puede referirla a sí mismo. Y sin embargo, si quiere entender de verdad la orden en cuestión, tiene que realizar idealiter *la misma actividad* que el destinatario al que se refería la orden. También este último, que refiere la orden a sí mismo, está en condiciones de distinguir entre comprender la orden y ejecutarla. Le cabe la posibilidad de no hacerlo aunque la haya comprendido, o precisamente por eso» (*ob. cit.*, p. 407). La concepción operatoria de G. BUENO se manifiesta en términos similares: V. al respecto, «En torno al concepto de “ciencias humanas”. La distinción entre metodologías alfa y beta-operatorias», publicado en *El basilisco*, n.º 2 (primera época), 1978, p. 29.

⁴³ La historia del concepto de «laguna» está llena de radicalismos: desde la postura de ZITTELMANN, que niega su existencia, hasta la de quienes, en nombre del «Derecho libre», pretendieron olvidar o arrinconar el papel de la *Dogmática* en nombre de una concepción «voluntarista» del quehacer judicial.

Hermenéutica— se ocultaría una parte importante del problema (a la crítica de GADAMER espero referirme con detalle en un trabajo posterior).

5. Inseparable de la anterior observación es la siguiente: en una concepción realmente operatoria, desarrollada de forma consecuente, se evitaría la *evacuación del contenido*, tan frecuente en las perspectivas constructivistas. Pues se adoptaría un planteamiento lógico-material y no lógico-formal; lo que resulta posible desde una concepción «encarnada» (si se me permite la expresión) de la lógica, como la que han sostenido G. BUENO o J. PIAGET⁴⁴.

En tal concepción, que admite la historicidad incluso de las operaciones lógicas más elementales, se podría trascender la contraposición, sólo aparente, entre lenguaje y «hechos», al concebirlos de forma dialéctica (de la misma manera en que, v. gr., se ha enfocado antes la relación entre ciencias y tecnologías). Esta relativización del discurso y de los objetos sobre los que versa, donde aquél genera a éstos y es a su vez generado por ellos, está presente en las objeciones de HABERMAS a GADAMER y acepta en toda su complejidad el problema: la dificultad de encontrar un marco de referencia estable.

⁴⁴ En tal postura se considera a la lógica, no como descripción abstracta de las condiciones de todo mundo posible, sino como un *producto* más de la evolución del género humano (esto es, de *cursos operatorios históricamente dados*), que, al menos en el ámbito de la teoría de la ciencia, no se puede separar del sujeto lógico (PIAGET), de constituir la representación de un mundo sometido a una temperatura media de 25° Celsius (BUENO).

PIAGET distingue la lógica del lógico de la del sujeto en general; aquélla no hace sino axiomatizar una naturaleza anterior, donde además de «números naturales» existen estructuras lógicas naturales utilizadas por el sujeto operatorio en sus actividades espontáneas: «Por consiguiente, la lógica del sujeto no es más que una prolongación formalizada y enormemente enriquecida de la que subyace a las operaciones efectivas del sujeto» (J. PIAGET, «Situación de las ciencias del hombre», en PIAGET, MACKENZIE, LAZARSFELD, *ob. cit.*, pp. 101 y 102).

BUENO ha negado reiteradamente la distinción entre «ciencias materiales» y «ciencias formales», calificándola de extragnoseológica; la «pureza» de la lógica y las matemáticas como ciencias no es sino el resultado de un proceso histórico de «eliminación de las operaciones». La supuestas necesidad *a priori* de las ciencias formales respecto de cualesquiera materiales empíricos no será, pues, la representación de verdades eternas, inmutables, sino de relaciones que, planteadas entre términos tan efímeros como los de las ciencias naturales (signos algebraicos, sometidos a las leyes de la física), poseen el privilegio de estar vinculados a los propios cuerpos a escala de la subjetividad cognoscente y ser por tanto, a través de ellos (y no de una «mente», «conciencia pura» o «lógica de las neuronas») trascendentales (G. BUENO, *ob. cit.*, pp. 51 y 52). La división forma-materia se torna así dialéctica, no susceptible de visiones *proposicionalistas* (término que se contrapone, en este contexto, a *operatorio*). La tentación proposicionalista no sólo está presente, por cierto, en las concepciones constructivistas; la descripcionista de ROSS, inspirada en el empirismo lógico, tampoco se libra de ella, como lo muestran sus dificultades para materializar en forma creíble el «principio de comprobación» carnapiano en torno a los enunciados del lenguaje científico-jurídico.

6. A las precedentes, me parece importante añadir una nueva constatación: la de que entre las divisiones elementales con que opera toda teoría del conocimiento, sin duda la que distingue entre *forma y materia* resulta más apropiada que la que opone *sujeto a objeto*, más característica de los modelos mecanicistas o descriptivistas⁴⁵. Precisamente la susceptibilidad del «material» jurídico para ser aprehendido a través de «formas» es la responsable de que ciertas concepciones reduccionistas hayan pretendido, ya *construir* modelos hipostasiando la «forma» (normativa), ya *describir* a través de pautas fisicalistas las supuestas regularidades perceptibles en la «materia». Sin reparar, por lo general (intentos sintéticos como el de ROSS tampoco han sido capaces de hacerlo) que forma y materia son dos aspectos de una misma realidad, cuya interrelación no puede ser obviada, sino que debe, más bien, ser asumida a través de un planteamiento trascendental y operatorio del problema.

⁴⁵ No debe olvidarse que en las «ciencias humanas» una dificultad añadida se interpone en el camino de esta clasificación: el «sujeto» es a la vez «objeto». Obviar tal problema puede estar al alcance de ciertos modelos psicológicos, como el fisiologista de PAVLOV o el conductista radical de SKINNER; pero en el ámbito del Derecho no se ve qué utilidad pudiera reportar tal «disolución del sujeto en objeto».