



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 del T.R.L.P.I. (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 abril 1996)

## 2. El objeto científico del Derecho

¿Al hablar de Ciencia del Derecho hemos de entender que todos los vastos materiales que conforman o de que dispone el ámbito de lo jurídico, deben ser tratados de un modo científico? ¿Hemos de entender que es lo mismo la actividad del juez que la actividad del profesor, la del jurista práctico que la del teórico? Evidentemente, no. Pero no cabe duda de que el jurista ha de utilizar un material que, si cabe una ciencia del derecho en el sentido moderno de la expresión, ha de ser previamente preformado por la ciencia. Ahora bien, el derecho es a la vez experiencia y praxis. En consecuencia, ¿cómo trazar la línea de demarcación que separe los distintos niveles?<sup>1</sup>.

Tal podía ser el primer problema a plantear cara a una semiótica jurídica, pero no el único. Cuestión no menos importante sería esta otra: al preguntarnos sobre qué debemos entender por derecho ¿no estamos utilizando de una manera unívoca un término que es en sí mismo analógico? En efecto, si aceptamos, al uso positivista, que el derecho es un material dado, está claro que no es lo mismo el material conceptual que se elabora que el material jurídico que se discute. La aplicación del derecho no es sólo distinta de su conceptualización; la conceptualización tampoco es lo "positivo" jurídico; puede que no se trate sólo de distinguir entre fases sucesivas y distintas, sino entre cuestiones que no resultan homogéneas. Por eso. El profesor Hernández Gil ha dedicado mucho tiempo a reflexionar acerca del "objeto" del Derecho en un sentido epistemológico, es decir para que haya Ciencia del Derecho es preciso ante todo delimitar el objeto de esa ciencia de una manera estable. El positivismo, quizá con un inevitable ansia de solución, ha dado muchas veces por resuelto de antemano un problema que necesita de dilucidación previa. Esta es tal vez una ventaja que vamos a en

contrar de forma inmediata a favor del estructuralismo entendido, en la terminología de Hernández Gil, como estructuralismo específico: que ha logrado resolver el problema de la delimitación de su objeto<sup>3</sup>.

Pero incluso aunque distingamos entre un nivel de aplicación y un nivel de conceptualización de lo jurídico, y reservemos para este segundo nivel el espacio de expansión de una actividad científica, hay algo que es preciso indagar: ¿cómo conseguir que estos 'conceptos' por muy precisos que sean, no esten contaminados por el vicio de la ideologización y sean conceptos neutrales? Es una cuestión que el positivismo se planteó de una manera radical pero en cuya solución falló también de una manera no menos radical. Aquí, el esfuerzo más interesante y profundo habrá que reconocerlo en la labor de Kelsen, pero las aporías con que tropezó su armazón siguen siendo las aporías que están todavía por resolver.

De momento estos interrogantes arrastran y prolongan una polémica que en el terreno de las discusiones doctrinales es anterior a su aparición en el derecho. Se trata de la polémica entre positivismo y dialéctica sociológica. El contraste entre ambas actitudes tiene, en todo caso, en el derecho más importancia y repercusión que en otros órdenes del conocimiento. En efecto, el jurista práctico suele adscribirse de una manera a veces inocente a un positivismo también práctico o mejor dicho pragmático. En lugar de plantearse los problemas de la científicidad o autonomía de los conceptos que utiliza, suele admitirlos como algo dado, con los que tiene que operar, como algo "positivo", que está ahí, y que por lo tanto es inútil discutir. Pero, por otro lado, el jurista, legislador o juez a veces también de una manera inocente, no tiene más remedio que aplicar un método dialéctico. En efecto, nada más vivo, cambiante y susceptible de transformación que los conceptos jurídicos. El derecho, se ha dicho tantas veces, es la expresión normativa de la realidad social y cambia o debe cambiar, a riesgo de quedarse anquilosado y fósil, al mismo ritmo que la realidad. Sus conceptos, en todo caso, tienen que tener esa flexibilidad que les permita resistir al cambio; una formalidad que les sitúa por encima de la versátil condición de las circunstancias cotidianas. Esto supone que a la hora de crear, legislar o renovar derecho, el jurista tiene que utilizar conscientemente o no un criterio dialéctico, que tenga en cuenta el contraste de lo jurídico con lo social, distinguien-

do entre los momentos positivos y negativos, o advirtiendo cómo la realidad viva contradice la formalidad de la norma.

Lo que se trata de señalar con esta observación es que muchas veces el jurista está aceptando ingenua e inconscientemente conceptos cuya consciencia rechaza. No quiere hacer filosofía sino práctica, pero todo su lenguaje está impregnado de un aroma filosófico del que no se puede huir: causa, motivo, culpa, consentimiento, son términos que si no son previamente conceptualizados desbordan el marco de la mera juridicidad para inhalar el de ciencias afines: desde la psicología a la filosofía<sup>4</sup>. La misma práctica del derecho, a pesar de su lenguaje especializado, está constantemente contradiciendo su presunta y deliberada confesión de positividad jurídica<sup>5</sup>. Desdeñando las disquisiciones filosóficas, el jurista práctico, como Monsieur Jourdain, suele ser filósofo sino sin saberlo, sí sin quererlo. A pesar de que su propia actividad le conduce muchas veces a aceptar, aunque no lo quiera, un planteamiento problemático; no tiene más remedio que usar los preceptos y el sistema como algo arbitrariamente dado, fatalmente positivo<sup>6</sup>.

Pero igualmente su propia actividad le puede llevar a ser dialéctico sin saberlo, puesto que no aplica la metodología adecuada. Tiene que buscar el contraste y la contradicción. ¿Cómo aceptar además positivamente conceptos filosóficos como los de justicia, sujeto o persona? Inevitablemente se ve obligado a dialectizarlos. Así, para los juristas a lo Kirchmann, el derecho positivo es por sí mismo axiológico, y el problema no solo científico sino también práctico consiste en convertir un sistema de valores en un espacio de exclusivas decisiones prácticas.

Traspuesta esta doble observación al terreno de la elaboración científica, de los conceptos del derecho, el profesor Hernández Gil diagnostica que la Ciencia Jurídica se distingue por dos limitaciones peculiares: por un lado, se trata de una *ciencia doméstica*; por otro, de una *ciencia iluminada*<sup>7</sup>.

En estas páginas vamos a hacer una asimilación tal vez excesivamente personal de estas dos servidumbres. Por ciencia doméstica entendemos aquí una ciencia que acepta, por muy paradójico que parezca, los conceptos que utiliza sin crítica previa, a pesar de que muchos de estos conceptos no le pertenecen. Mas que una ciencia, es entonces, un tipo de saber encerrado en su

léxico<sup>8</sup>, en una positividad incomunicada, reclusa, normalmente sin contacto con las grandes corrientes renovadoras de las ciencias sociales y cuya asimilación permitiría, entre otras cosas, poner en cuestión muchos de los conceptos que recibe prestados. El profesor Hernández Gil agrega a esta domesticación del Derecho, este otro rasgo: que los pensadores del derecho se limitan a recibir pero no a participar. En el gran contexto de la renovación epistemológica, científica y lógica de la actualidad, hay grandes protagonistas procedentes de las más variadas ramificaciones del conocimiento intelectual que son fuente de obligada cita en disciplinas muy dispares: no hay, sin embargo, dice en tono de queja, ningún gran científico del derecho cuyo prestigio le haya permitido franquear los límites de su propia ciencia. El derecho, como consecuencia de su domesticación, se limita a recibir sin participar, no hay reciprocidad en este contacto. Este sería, por tanto, un rasgo complementario, una consecuencia del carácter "doméstico" del cultivo del derecho<sup>9</sup>.

Pero a la vez y simultáneamente es una ciencia iluminada: recibe conceptos ajenos, pero los recibe. Y este préstamo que obtiene es demasiado alto. En este sentido, la positividad jurídica está en continua subordinación y recibiendo constantemente influjo, de las iluminaciones de saberes extrajurídicos: ética, sobre todo. Desde este punto de vista la positividad jurídica aparece abierta, pero de una manera exclusivamente receptiva. El universo de los ideales y de los valores queda traducido en normas concretas y operativas que, como tantas veces se ha dicho, traducen a la vez intereses. Por lo que el punto de vista del valor queda comunicado con la concreción de un interés. No en vano el marxismo más estricto ha visto en el derecho una mera manifestación superestructural. Como ejemplo más calificado, algunos textos de Lukacs, en su clásico "Histoire et conscience de classe", pueden servirnos de ilustración: "Así, la evolución capitalista ha creado un Derecho estructuralmente adaptado a su estructura, un Estado correspondiente, etc." <sup>10</sup>. Luckacs, por su parte, continúa este diagnóstico utilizando incluso textos de Max Weber, concluyendo que del mismo modo que el sistema de economía capitalista implica una descomposición de los modos de vida y de trabajo, cuya expresión más significativa sería el modelo de la "burocracia", del mismo modo "la racionalización formal del Derecho, del Estado, de la Administración, etc., impli-

can, objetiva y realmente, una descomposición similar de todas las funciones sociales en sus elementos”<sup>11</sup>. Pero es que, si en todos estos espacios nos movemos en todo caso plegados a la forma empírica de la sociedad, “esta situación de hecho aparece todavía con mayor claridad y simplicidad en la ciencia del derecho a causa de su actitud más conscientemente reificada”<sup>12</sup>.

Esta situación intermediaria entre las grandes palabras y su expresión empírica, su degradación en el mundo de los intereses, este carácter inevitablemente superestructural o ideológico del derecho, impone con mayor fuerza si cabe la necesidad de su complemento dialéctico, de un tratamiento sociológico no sólo empirista al cual en un momento dado de su evolución, Hernández Gil respondió concretamente, con tanta conciencia del problema como claridad en su exposición:

“La acentuación de la función social del derecho y de los derechos presupone y exige al mismo tiempo en las esferas filosófica, científica, y metodológica, una superación del estricto normativismo. Esta actitud, muy generalizada, hoy se manifiesta en dos planos: el de la sociología jurídica y el del sociologismo jurídico. Ambas posiciones comparten la nota de considerar el condicionamiento socio-económico de las normas. La diferencia radica en que mientras en un caso el sociologismo viene inserto en una disciplina distinta de la ciencia jurídica propiamente dicha —la sociología jurídica— en el otro, en cambio, se presenta como método o cometido integrante de la investigación científico jurídica”<sup>13</sup>.

Pero el texto no se reduce a una mera constatación de dos posibles soluciones para los problemas que suscita la toma de conciencia del carácter supraestructural de los conceptos jurídicos, sino que arriesga una solución:

“de cualquier modo, el sociologismo que interesa al jurista y que puede fecundar una importante transformación es precisamente el intrajurídico, o sea la actitud metódica consistente en el análisis sociológico de las normas para su elaboración, investigación y aplicación”<sup>14</sup>.

Digamos que aquí hay una respuesta al carácter iluminista de la ciencia jurídica, carácter que está en consonancia con el tipo de términos que se ve obligada a usar y con el sentido de muchos conceptos a los que debe recurrir aunque sólo sea como a un punto de referencia ideal y que son, en gran parte, el origen del relativismo epistemológico que afecta a la ciencia del derecho.

Cuestiones como esta vuelven a suscitar el tema del objeto de la ciencia del derecho. Ciencia marginada, iluminada y doméstica, el tipo de respuestas que ha tratado de dar a sus inquietudes más esenciales han recaído con excesiva rapidez en una dogmatización o demasiado simple o demasiado compleja. Por un lado, un positivismo empírico, de carácter pragmático que contradice los propios conceptos que utiliza sin hacerse cuestión de ellos, sin discutir la sobrecarga filosófica, cuando no ideológica que los acompaña; por otro, antes de plantearse su dialectización sociológica ha recurrido a una actitud de carácter filosófico predefinido que le ha impedido encontrar su propia respuesta en un nivel científico digno de este nombre.

Cuanto se han ocupado del origen de la ciencia moderna, han constatado que las diferentes ciencias se han ido desmembrando del tronco común de la filosofía en cuanto han ido cobrando consciencia de la independencia o autonomía de su objeto; en cuanto, como ha dicho Hernández Gil en párrafos ya transcritos, han conseguido depurarse de iluminaciones filosóficas. Paradójicamente el Derecho es a la vez un terreno tan iluminado como marginado, pero una marginación intelectual que ha facilitado que los representantes de las ciencias vecinas o los mismos filósofos opinen demasiado sobre lo jurídico, sin que los jurídicos hayan reaccionado a favor de su autonomía. Esta actitud explica en parte que el Derecho siga estando demasiado vinculado a "iluminaciones" extrañas a sí mismo sin dejar de estar cómodamente recluso en su reducto, con sus conceptos y con el disfrute de sus viejos esquemas científicos. Sin ser consciente de su dependencia sigue subordinado a la filosofía y muchas veces incluso a una filosofía premoderna.

Con estas reflexiones creemos haber ayudado un poco a explicitar la peculiar forma que cobra en el ámbito de lo jurídico el problema de la "positividad". ¿Qué es lo positivo? tiene siempre una difícil respuesta que, cara a la delimitación del objeto de una ciencia positiva, exigirá en todo caso un debate crítico profundo. Pero si siempre la respuesta es difícil, en el campo del derecho lo es más todavía, puesto que el propio material que espontáneamente trataríamos de calificar de positivo irradia influencias ideológicas. Nos encontramos de este modo con una positividad jurídica de hecho que es más bien el resultado de una actitud 'pragmática' que de una actitud reflexivamente "posi-

tiva": la aceptación acrítica de una positividad iluminada por aquello que pragmáticamente se desdeña. Este pragmatismo arrastra consigo un riesgo de ideologización que, en muchos casos, ha aconsejado enfocar los estudios del derecho por la senda de un "sociologismo jurídico". Situaciones que se dan simultáneamente junto a una marginación del Derecho, fuera del ambiente de renovación interdisciplinaria que estimula las restantes ciencias humanas.

"Las ciencias humanas y sociales, es patente —dice Hernández Gil— que tienen unas temáticas comunes y que sus cultivadores concentran a veces sus tareas mediante cooperaciones interdisciplinarias. Por contraste, la ciencia jurídica pocas veces sale de su rincón: en él suele encontrarse acartonada, recluida, marginada"<sup>15</sup>.

Pero es que esa cooperación interdisciplinaria es constitutiva del mismo hecho científico. La búsqueda de un "rigor" unitario y común fuerza la cooperación, y es precisamente de esta cooperación metodológicareglamentada por una previa actitud y visión epistemológica, de donde procede luego la sucesiva fragmentación, división y especialización de la ciencia. Si seguimos el esquema del profesor Hernández Gil, se pueden distinguir distintos esfuerzos de asimilación metodológica: uno de signo extrovertido, que trata de inspirarse en las ciencias biológicas, y otro introvertido, que trata de definir la especificidad de lo jurídico. Es este segundo camino el que en la actualidad están siguiendo la mayoría de las disciplinas sociales, pero no por cuenta propia y cada una por separado sino integradas en un aparato común de renovación metodológica y de definición del propio objeto, para lo cual es imprescindible partir de una reflexión epistemológica. Es obligado reconocer por tanto y desde la crítica que hemos venido desarrollando cuánta razón tiene el profesor Hernández Gil al proponer que

"la línea divisoria entre la filosofía y la ciencia del derecho, que tradicionalmente estuvo constituida por referirse aquélla al derecho natural o por no quedar circunscrita al derecho positivo, objeto de la ciencia o de las ciencias jurídicas particulares, no puede trazarse hoy sobre esa base exclusiva, que estimuló demasiado el divorcio entre la filosofía y la ciencia y llegó en algunos momentos al debilitamiento de la primera.

Si característica de nuestro tiempo es la de la multiplicación de las especializaciones, también lo es la

de un mayor intercambio y cooperación”<sup>16</sup>.

La epistemología actual ya ha despejado el camino de las fáciles extrapolaciones. El hecho de que un método científico dé resultado en un terreno dado no implica que necesariamente lo tenga que dar en otro. Sin embargo, el camino de la extrapolación es obligado, al menos en un primer momento y no se puede descartar así como así. También en esto el debate ha de plantearse a un nivel epistemológico. Este tipo de indagación conduce a la clasificación de las ciencias y a la separación de las especialidades dentro de una zona de “intercambio y cooperación”. No creemos interpretar mal el esfuerzo realizado por Hernández Gil si concluimos que tal indagación por establecer los puntos de afinidad y contraste obliga a situar la reflexión en un marco epistemológico<sup>17</sup>. De este modo “la autonomía, que como simple cuestión categorial relativa a la distribución de los objetos del conocimiento no tiene demasiado relieve metodológico si no va acompañada de la preocupación por la naturaleza del saber, se ve alentada y fortalecida al asociarse, como viene siendo frecuente, con problemas concernientes al ser mismo de la ciencia y a su epistemología”<sup>18</sup>.

Hay aquí una implícita traslación del enfoque tradicional de los planteamientos jurídicos, una cierta depuración de su ‘ilusionismo’, al acentuarse más los problemas epistemológicos que los habitualmente filosóficos en el marco del derecho<sup>19</sup>. Esta traslación es, en alguna medida cuyos límites no interesa ahora precisar pues desbordan nuestro objetivo, paralela a la que se está dando en la misma filosofía actual, que cada vez va siendo más epistemología en un sentido estricto. La propia reflexión filosófica está tratando de averiguar las posibilidades de una investigación interdisciplinaria que no se limite a una mera extrapolación de métodos sin haber antes averiguado con claridad la peculiaridad de los distintos objetos. Hay que buscar los dominios específicos. Y esta búsqueda, del campo específico del objeto jurídico, es tal vez la vocación más clara reservada a una semiótica del derecho que quiera cooperar a la constitución de una ciencia jurídica en el ambiente de una relación interdisciplinaria.

Tal y como se nos presentan las cosas, uno de los temas principales si no el definitivo gira en torno a la delimitación de un objeto positivo o de un marco uniforme de positividad respecto de ese gran espectáculo de mezclas y confusiones, de axiologías y praxis,

que constituye el mundo del derecho. Por un lado, esta positividad no puede ser decidida, permítase la redundancia, positivamente, es decir, a través de una declaración de principios por la cual decidiéramos que es positivo todo cuanto se nos ofrece. Tal decisión tendría que enfrentarse con dos aporías irresolubles: la primera que definiría el derecho como el hecho que aparece, cosa que por definición es inadmisibile; la segunda procede de la consideración de que parte de lo positivo jurídico, no está dado y ha de ser construido: todo lo que está en la práctica empañado de juridicidad lo está de axiología<sup>20</sup>.

Cuando aquí nos proponemos discutir desde una perspectiva epistemológica el ámbito de aplicación de una positividad jurídica, ya hemos decidido en alguna medida el camino a seguir, que no es precisamente el dialéctico: lo que interesa es adscribirse a un mecanismo discursivo que se caracterice por el rigor deductivo de sus conclusiones y no por su esfuerzo crítico globalizador o totalizador. Lo cual no obsta para que se tengan presentes las objeciones procedentes de esta perspectiva. Sin excluir los numerosos interrogantes que la oposición entre ambas actitudes promueve, lo que interesa es constatar o discutir si hay, respecto del derecho, un terreno propicio susceptible de ser estudiado y tratado con los métodos y modalidades de una lógica científico-positiva. Lo cual no quita que el problema dialéctico se plantee cara al Derecho con mayor fuerza todavía que en la Sociología, pues el Derecho surge de la transformación misma de la vida social y conforma su dinamismo transformador, mientras que la sociología empírica tal vez pueda contribuir a modificar la experiencia social pero, como tal, no surge de esa experiencia: se limita a observarla, a diagnosticarla, a medirla. He aquí, por tanto, una gran diferencia que distancia el mundo del Derecho de, por ejemplo y se trata de un ejemplo muy amplio, la observación sociológica. En el derecho la propia transformación y el propio proceso de conceptualización son a la vez ciencia y objeto de la ciencia porque son a la vez conceptos contruídos y prácticos.

¿Cómo, pues, distinguir, desde el punto de vista epistemológico, esa doble condición? ¿Habría, en todo caso, derecho a separar ambos aspectos, suponiendo que —aparte del problema de la admisibilidad o inadmisibilidad de dicha separación— fuese posible y legítimo separarlos?. Aquí los interrogantes tie-

nen una condición muy especial, con la que es difícil encontrar un parentesco. Tal vez, el campo más cercano y próximo para una comparación y para establecer un paralelismo del que se pudiera sacar algún beneficio epistemológico fuera el de la "Sociología del Conocimiento". También aquí se opera con conceptos y se trata de situar a los conceptos en el terreno de los hechos, se trata de positivizar las ideas. Pero aún admitiendo la oportunidad de este paralelismo es preciso reconocer las limitaciones que un planteamiento dialéctico arrastra y que vamos a recordar y resumir con algunos párrafos de Carlos Moya:

¿qué sentido tiene hoy la pretensión de una 'ciencia dialéctica? Frente a la razón analítica, la razón dialéctica desarrolla sus planteamientos a partir de su postulada unidad entre la praxis y la teoría, lo cual implica la reconciliación de la razón teórica con la razón práctica. Antes hablábamos de una implícita reconciliación ideológica en el marco del positivismo: pero esta explícita afirmación de reconciliación dialéctica ¿es algo más que una utopía?. La dialéctica de hoy, ¿es un camino científico o un puro callejón ideológico?"<sup>21</sup>.

La duda que estos interrogantes suscitan es demasiado radical y profunda como para aventurarse por el terreno que implícitamente cierran. Sin embargo, es preciso reconocer que cara al derecho ofrecen observaciones interesantes; puesto que el tipo de problema que una estimación metódica del material jurídico exhibe están relacionados con ese divorcio vincular entre la teoría y la praxis que si en alguna parte solicita un claro discernimiento unitario es en el derecho pues es ahí donde los conceptos elaborados teóricamente se manifiestan directamente prácticos y conformadores de la praxis. Por estas razones, en un momento dado de su evolución, el profesor Hernández Gil eligió el camino del "sociologismo jurídico".

"El sociologismo jurídico es una actuante sociología de los juristas cultivadores de los derechos positivos.

El gran tema de la sociología jurídica representado por la interconexión derecho-sociedad y sus recíprocas implicaciones ha de ser también tema básico para la ciencia jurídica y para la técnica legislativa y judicial"<sup>22</sup>.

Pero son estas mismas dudas, estas vacilaciones y, sobre todo y pese a su ambición, la debilidad congénita

que todo sociologismo lleva aparejado sea dialéctico o descriptivo<sup>23</sup> lo que nos refuerza en el tipo de conclusión que estamos bosquejando en esta discusión: lo que interesa es incluir e insertar el tratamiento de la ciencia del derecho en un debate epistemológico adecuado y actualizado, un debate que no se preocupe tanto por diluir el rigor de la elaboración conceptual en la búsqueda de responsabilidades históricas, por otra parte inasequibles al análisis metodológico, como por elevar los planteamientos jurídicos al nivel que han alcanzado ya, o al menos, tratan de alcanzar, otras ciencias sociales. Sin excluir, por tanto, esta posibilidad "dialéctica", que siempre puede valer como un esfuerzo crítico y totalizador en la línea en que fue reconocida por Lévi-Strauss después de su polémica con Sartre<sup>24</sup>, es decir, como actitud complementaria que, por tanto, presupone a la vez una metodología y un tratamiento diferente. Una actitud epistemológica está obligada a discernir estas diferencias y a separar ambos tratamientos; y está obligada, por la misma razón, a comprender que en la discusión y en la delimitación de un objeto científico, la razón analítica lleva la pauta de una delimitación positiva del espacio reservado para la conceptualización y la investigación. Esto es precisamente lo que interesa buscar. La alternativa sociologista, totalizadora o dialéctica que no es posible de ningún modo excluir como hemos indicado, perjudica sin embargo al problema, básicamente epistemológico, que se trata de plantear: el de la configuración de un objeto para una ciencia propiamente jurídica, el de la determinación de una positividad que sea típica.

Por otro lado, el camino interdisciplinario, que es el objetivo propio que actualmente se ha señalado la epistemología, se ha propuesto como tarea principal designar el momento *unitario* de la actividad científica. La división entre razón dialéctica y razón analítica tiende, por el contrario, a buscar el momento *complementario*. Complementar lo que no se puede desechar y cuya necesidad procede de la misma crítica de la razón analítica y de la toma de conciencia de su insuficiencia.

Pero ahora estamos en condiciones de, en un movimiento envolvente, reconducir todo cuanto hemos expuesto hacia una conclusión homogénea. Todas las debilidades que afectan a la posibilidad de la constitución de una ciencia jurídica están impregnadas de una misma característica. En efecto, si el Derecho no ha

podido desprenderse de subordinaciones y limitaciones, por un lado, y si, por otro, ha originado una nomenclatura reservada, un lenguaje particular que le ha cortado el acceso a los movimientos interdisciplinarios de las restantes ciencias sociales, se debe precisamente a esos caracteres especiales que confluyen no solo en su lenguaje sino también en su aplicación. Tales son, como hemos visto, la dificultad de discernir lo positivo-jurídico y de diferenciar su aspecto conceptual de su aspecto práctico. Este es seguramente el principal escollo que encuentra un tratamiento epistemológico que busque equiparar el derecho con las restantes ciencias sociales en la línea de una dependencia interdisciplinaria de los métodos y de una autonomía de sus contenidos. Porque el enfoque principal de estas indagaciones y el acontecimiento principal que ha permitido aplicar unos métodos a unos objetos ha sido posible precisamente a través de la previa configuración del objeto no respecto de una materia objetualizada amorfa que necesitara ser fragmentada y dividida en respectivas objetualidades conformadas y susceptibles de ser tratadas por un método analítico, fuera cual fuere este, sino respecto del propio sujeto que dirige la indagación.

En el caso del derecho, todas las dificultades a las que hemos hecho referencia están afectadas por esta circunstancia preliminar: que no ha habido una clara diferenciación entre el objeto y el sujeto de la materia presuntamente científica; y sin esta previa distinción es imposible la demarcación de una ciencia positiva. Esta es la razón por la cual el positivismo dogmático no puede servir como fórmula para una genuina ciencia jurídica, pues la configuración como positiva del objeto científico lleva aparejada una conversión positiva del sujeto. Esta aporía trató de resolverla la sociología dialéctica propugnando, como en el caso de Lukacs, una identidad entre el objeto y el sujeto, en lugar de su disociación analítica<sup>25</sup>. Pero eso es precisamente lo que impediría el progreso de un tratamiento analítico del derecho, formalista, empírico y positivo, que es precisamente de lo que se trata. El que ambas perspectivas puedan llegar a ser complementarias no solo no implica sino que presupone que cada una avance por sus propios pasos.

Esta confusión de sujeto y objeto procede del carácter normativo de la ciencia jurídica<sup>26</sup>. Esto es evidente y, por otro lado, tantas veces repetido que excusa de mayor indagación. Pero no quita esta calidad

que haya zonas en las que este carácter normativo no inquiete profundamente a la prosperidad de un análisis como podría ser, la historia del derecho o la misma proposición del sociologismo jurídico. El problema reside en que, incluso en esos casos en los que es presumible una posible perspectiva que permita disociar objeto y sujeto, no están claramente delimitados o cuando lo están quedan excluidos de lo que de una manera específica debe ser materia de lo jurídico. Entonces, en vez de derecho se hace historia sin la menor repercusión para la positividad jurídica, o en lugar de derecho se hace sociología, con parecidos y poco estimulantes efectos<sup>27</sup>. Un especialista en cuestiones epistemológicas, como es el sicólogo Piaget, quien se ha preocupado si no por investigar, sí, al menos, por comparar y establecer el punto de concordancia entre las ciencias jurídicas y las ciencias sociales, señala sobre este particular:

“Las ciencias jurídicas ocupan una posición muy diferente debido a que el derecho constituye un sistema de normas y una norma se distingue, por su misma obligatoriedad, de las relaciones más o menos generales buscadas por las ciencias nomotéticas bajo el nombre de ‘leyes’...

Pero, por tajante, que sea esta distinción, hay una serie de regiones fronterizas entre las ciencias propiamente jurídicas y las demás. Hay que tener en cuenta que la historia del derecho, en tanto que historia de las instituciones jurídicas (sin hablar de la historia de las teorías) no es ya una disciplina normativa, sino un análisis de realidades que han sido admitidas, y en algunos casos se admiten todavía, como normas de las sociedades consideradas, siendo para el propio historiador del derecho unos hechos históricos más. Esta dualidad de puntos de vista entre lo que es norma para el sujeto, pasado o presente, y lo que es hecho para el observador, se presenta también, con más claridad, en una disciplina propiamente nomotética, pero que tiene por objeto el estudio de comportamientos jurídicos en tanto que hechos sociales: es el caso de la sociología jurídica, cuyo objeto no es en modo alguno estudiar, como hace la ciencia jurídica, las condiciones de la validez normativa, sino analizar los hechos sociales relacionados con la constitución y el funcionamiento de tales normas”<sup>28</sup>.

Esta descomposición, un tanto curiosa de las cien-

cias jurídicas, encierra implícitamente una inquietante censura. En efecto, por un lado, y según la epistemología de Piaget, cuyos fundamentos en principio aceptamos pues descansan sobre la base ya asimilada en páginas anteriores de una concepción unitaria, hay una ciencia propiamente dicha, que ha de caracterizarse por la aplicación de métodos nomotéticos y generalizadores y, por otro lado, ciencias de estirpe valorativa, que sólo analógicamente cabe denominarlas ciencias. Pero desde este punto de vista, la posibilidad de aceptar un carácter nomotético o generalizador en los terrenos de una sociología jurídica o de una historia del derecho, lejos de solucionar el problema que tenemos planteado nos lo complica más. Pues solo se consigue ese paso del derecho a lo científico en cuanto lo normativo es considerado en el terreno de los hechos; o, lo que es lo mismo, la actividad de los teóricos del derecho sería objeto de consideración científica en la perspectiva de otras ciencias que no son el derecho mismo. No habría una ciencia jurídica propiamente tal, sino que el derecho sería tema a examinar por una ciencia de la sociedad o de la historia<sup>29</sup>. Solo bajo esta condición podría superarse la confusión objeto-sujeto que contrae el punto de vista valorativo. Más que una solución sería, para los patrocinadores de una ciencia jurídica, un reto.

La calificación del derecho como ciencia valorativa desde el planteamiento más actualizado de la epistemología actual, conduce directamente a la exclusión del derecho del reducto analítico de la ciencia. Esto es así, sea cual sea la actitud que se adopte. Y, en realidad y simplificando, solo son posibles dos actitudes. La primera se repliega sobre la impotencia de superar o prescindir de esa condición. La segunda trata de asumir esta condición no sólo como un rasgo específico sino también nobiliario. Puesto que el derecho es esencialmente normativo hay que considerar, según esta actitud, que hay dos clases irreductibles de ciencias: las generalizadoras y las axiológicas. Tal es, la consideración tradicional del derecho, la actitud filosófica e iluminada, un ejemplo típico de la cual podemos encontrar en el criterio intelectual que guía la labor de Federico de Castro. Ninguna de estas dos conclusiones nos resulta satisfactoria. Una, porque en un pesimismo precipitado, conduce directamente a la marginación y al repliegue que es precisamente lo que se trata de evitar, y contra lo que lucha todo un poderoso esfuerzo

de renovación epistemológica que también en España cuenta con interesantes prospecciones<sup>30</sup>. Otra, porque en un optimismo excesivo, cae víctima de su propio ascenso: a menos que el término ciencia sea susceptible de un tratamiento tan indisciplinado como aleatorio, no hay más posibilidad de entendimiento del fenómeno ciencia que el que la propia ciencia con su constante acumulación de pruebas acredita. Por un lado, pues, la labor jurídica queda desgajada del movimiento común de renovación científica al que en la actualidad tratan de sumarse las llamadas ciencias sociales, y esto, porque no ha conseguido aún un método de autodeterminación que permita separar el sujeto investigador del objeto de la investigación, condición imprescindible para que el objeto pueda considerarse en un sentido propio "positivo", como un hecho independiente de la mirada que lo mira y susceptible en consecuencia de un tratamiento analítico y de una contrastación empírica. En suma, de un proyecto de verificación que comienza con la delimitación del campo del objeto jurídico<sup>31</sup>. Por otro, queda enaltecida excesivamente, recluyéndose en una región tan aérea que hace también imposible, por decisión propia, una estimación positiva. Desde este ángulo lo positivo queda tan subordinado a lo valorativo, tan iluminado por lo axiológico, que no es posible una consideración autónoma. En esta encrucijada, la necesidad de delimitar el objeto de la ciencia jurídica aparece como una condición necesaria para que pueda aplicarse con garantías de efectividad los métodos que hoy comienzan a demostrar su eficacia en el impulso renovador de otras disciplinas sociales. Pero esta misma conclusión fuerza también a adoptar precauciones respecto de una inmediata y acrítica entrega del material jurídico al uso de estas metodologías.

En definitiva, el derecho todavía tiende hoy más a presentarse como objeto de otras disciplinas científicas que como objeto propio y separado. Aún cuando estas disciplinas sean practicadas por juristas su formalidad no procede del estudio de instituciones jurídicas sino de su subordinación a disciplinas ya constituídas. Tal vez sea este también uno de los posibles riesgos de un tratamiento del derecho como lenguaje que "tiene por objeto investigar las características del derecho positivo en tanto que necesitado para su existencia de lenguaje... Se trata de un estudio que es al propio tiempo técnico y filosófico. Es técnico en la medida en que se refiere a una serie de conceptos de la ciencia del derecho; es

filosófico si la reflexión alcanza la generalidad y esta generalidad se relaciona coherentemente con entidades distintas de las jurídicas"<sup>32</sup>. Pero incluso en estas líneas es inevitable desprender una cierta adjetivación de los materiales jurídicos; más que de indagaciones propiamente jurídicas se trata de indagaciones que tienen al derecho como materia lingüística y que por eso mismo se las adjetiva de jurídicas. Aunque este reproche no se puede atribuir más que en muy escasa medida a Capella, la sospecha siempre queda en el aire. Pero la cuestión está también en saber si, en cuanto se quiere hacer ciencia, y no otra cosa, —esa otra cosa a la que podemos llamar derecho— es imposible evitar la adjetivación. Si muchos presuntos científicos del derecho no son sino cultivadores de otras ciencias especializados en una región definida por la dificultad de un lenguaje que tiene la peculiaridad de poder ser aplicado, además, de una manera autónoma. Por eso, como dice Hernández Gil, "importa saber dónde está el derecho como ciencia, dónde como cultura y dónde como técnica"<sup>33</sup>, problema que confirma la gravedad de esta otra afirmación:

"el problema básico no resuelto, ni quizá debidamente centrado, que concierne al derecho en sí, a toda explicación de él y señaladamente a su conocimiento científico, consiste en *fixar la especificidad de lo jurídico*. ¿Cómo se identifica el derecho por sólo notas concernientes a él mismo y cómo se delimita y realiza un análisis circunscrito a tales notas? Más aún, es preciso preguntarse primero si cabe el aislamiento de lo jurídico y en su caso inquirir el modo de conseguirlo"<sup>34</sup>.

Parece que hay caminos abiertos que permiten esperar que esta pregunta pueda ser respondida positivamente. El desarrollo de la lógica deóntica parece confirmar, al menos, que hay un cierto tipo de juicio cuya estructura es homogénea y si no privativa del derecho, sí extendida en el derecho lo suficientemente como para esperar que un desarrollo de las investigaciones lógicas y los procedimientos de operar con los modelos establecidos pueda tener una importante repercusión en la toma de conciencia de la forma con que se ofrece al jurista las normas y que es típicamente peculiar. Aunque por este camino se corre también el riesgo de un cierto logicismo, de un lingüicismo neopositivista, analítico, etc... es evidente que no hay

manera de avanzar sino asumiendo riesgos. Por otro lado, la anunciada necesidad de fijar la especificidad de lo jurídico ¿puede obtenerse de un solo golpe? Evidentemente se trata de un proceso que necesitará muchas direcciones en las que prosperar. La acumulación de puntos de vista acaso no conduzca a la depuración del punto de vista excluyente y exclusivo que permita instaurar la especificidad jurídica, pero es mucho más probable si esa especificidad existe que sea a través del contacto con la experiencia científica afín, por donde se pueda llegar a establecer su homogeneidad, una cierta perspectiva uniforme. En todo caso, con la garantía de un tratamiento más riguroso, como el que sin duda alguna se desprende de las investigaciones procedentes de la lógica deóntica o del análisis lingüístico, el derecho aplicado por el jurista tendrá al menos más conciencia de su contenido lógico y lingüístico.

## Notas al capítulo 2

- 1 Para toda una importante tradición de la filosofía de la ciencia el tema principal es el de la "demarkación". "Llamo problema de la demarcación (P.) al de encontrar un criterio que nos permita distinguir entre las ciencias empíricas, por un lado, y los sistemas 'metafísicos', por otro". Karl R. Popper, "La lógica de la investigación científica". Reimpresión. Madrid, 1967, pg. 34. Vide también el apéndice I: "Dos notas sobre conducción y demarcación". pgs. 289 y ss.
- 2 "La radical diversidad existente entre las normas jurídicas... por un lado, y las proposiciones doctrinarias de los libros de texto jurídicos por el otro, es claramente establecida aquí. Las primeras son directivas (alógicas): las segundas son aserciones (lógicas), que expresan que ciertas directivas son Derecho válido", Alf Ross, "Sobre el Derecho y la Justicia", Buenos Aires, 1963. Pg. 9.  
Ross critica por insuficiente, a su juicio, la distinción kelseniana entre regla y norma jurídica: "En... *General Theory of law and State* (R.) Kelsen apunta claramente a una distinción entre la norma jurídica como prescriptiva y la proposición doctrinaria (que él llama regla de Derecho) como descriptiva. Pero la distinción no es elaborada con claridad... Como todas las restantes proposiciones descriptivas las de la ciencia del Derecho tienen que ser expresión de lo que 'es' y no de lo que 'debe ser' (pg. 10-11). Lo cual no obsta para que Ross declare que la 'reine rechtslehre' (R.) de Kelsen es una conquista única dentro de la moderna Filosofía del Derecho (pg. 65-66). Nos parece, por el contrario, que la distinción kelseniana es bastante clara, pero no está bien aplicada por su creador. Kelsen tiene, por lo demás, el mérito de haber anticipado esta distinción que luego tendrá, aunque a su autor le falta, un tratamiento semiótico bajo la fórmula "lenguaje del Derecho" y "lenguaje de los juristas". (Vide infra cap. V). Juan Ramón Capella, "El Derecho como lenguaje"; confirma esta opinión (pg. 38).  
Sobre el nivel 'positivo' y el nivel de 'aplicación' del Derecho, Kantorowicz observa que "el Derecho no es lo que los tribunales ejecutan; los tribunales son una de las instituciones que ejecutan el Derecho". "La definición del Derecho", Madrid, 1964. pg. 108. 3
- 3 A. Hernández Gil, "Introducción al estudio del estructuralismo y el Derecho", págs. 38-39.
- 4 Ilustres juriconsultos, que nunca habían pensado en dedicarse a la filosofía del derecho, sino que eran brillantes abogados o jueces competentes, tropezaban de pronto con problemas que no podían ser esclarecidos a menos que se les abordase desde un punto de vista filosófico". Luis Recasens Siches, "la nueva filosofía de la interpretación del Derecho", Panamá, 1957.
- 5 "El filósofo del Derecho investiga problemas que a menudo consti-

- tuyen premisas que el jurista da por sentadas", *Alf Ross, "Sobre el Derecho y la Justicia"*, Buenos Aires, 1963, pg. 25.
- 6 "El verdadero problema —dice Capella— es el de la diferenciación del derecho de la organización interna de una banda de ladrones". *El Derecho como lenguaje*, pg. 189.
- 7 Antonio Hernández Gil "La situación científica y cultural del Derecho" en "*Juristas...*" pg. 28.
- 8 "Es un lenguaje en alguna medida críptico y hermético". *Luis Díez Picazo: "Experiencia jurídica y Teoría del Derecho"*, Madrid, 1973.
- 9 La misma queja de Hernández Gil se la hace Engisch: Cuando el jurista observa el campo de las ciencias del espíritu y de la cultura, entre las cuales se cuenta la ciencia del derecho, comprueba con envidia y angustia que las otras ciencias cuentan con mucho más interés, comprensión y confianza que la suya propia...". Pero ¿hasta qué punto no es el propio jurista, recluso en su lenguaje fosilizado, responsable de esta situación?...con contadas excepciones, las introducciones a la ciencia del derecho parecen tener interés para el futuro jurista.. "Introducción al pensamiento jurídico"; Madrid, 1967.
- 10 Georg Lukacs, "*Histoire et conscience de classe*", París, 1966, pág. 123.
- 11 Idem, 27. Para un planteamiento concreto de las relaciones entre marxismo y Derecho puede verse K. Stoyanovitch, "*Marxisme et droit*"; París, 1964.
- 12 Idem, 137. En este contexto la frase "actitud más conscientemente reificada" parece denunciar el pragmatismo positivo del jurista.
- 13 A. Hernández Gil, "*La función social de la posesión*". Madrid, 1969. Pgs. 78-79.
- 14 Idem, pg. 77.
- 15 "La situación científica y cultural del Derecho". Pg. 31.
- 16 Antonio Hernández Gil. "*Metodología de la Ciencia del Derecho*", tres volúmenes (I, segunda edición, Madrid, 1971; II, 1971. III, 1973). Volumen II, pgs. 415-16.
- 17 En este sentido Amselek, "*Méthode phénoménologique et théorie du Droit*"; París, 1964: "es necesario, indispensable incluso, que se forme una epistemología jurídica" (pgs. 37 y ss.). Igualmente podríamos decir de la lógica formal: "los formalistas son muy a menudo no-juristas, atraídos por un interés filosófico hacia el derecho" Joseph Horowitz, "*La logique et le droit*" en "*Etudes de logique juridique*", II, Bruselas, 1967, pg. 47-8.
- 18 Hernández Gil, "Metodología...", II, 245.
- 19 Con lo que nos situamos contra corriente del academicismo tradicional, si es cierta la afirmación del profesor Legaz Lacambra en "*El Problema de la Lógica Jurídica en algunas obras recientes*" (*Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1954, pgs. 297 y ss.): "la mente española parece poco inclinada a cultivar la filosofía como teoría de la ciencia, de ahí que los filósofos del derecho españoles sean más metafísicos del derecho que teóricos de la ciencia jurídica". No ha sido, como metodólogo, el magisterio del profesor Hernández Gil proclive a la metafísica, sino más bien hacia esa teoría de la ciencia que tanto más falta hace cuanto más se echa de ver.
- 20 'Lo positivo ha de ser construido'. Es un planteamiento kantiano que está presente en el "*Curso de lingüística general*", Ferdinand de Saussure, *Onceava edición*, 1972: "lejos de preceder el objeto al punto de vista se diría que es el punto de vista el que crea el objeto" (pg. 49). "La ciencia es construcción", decía Ortega, "En torno a Galileo", (Madrid, 1965), pg. 17.

- 21 *"Teoría Sociológica"*. Madrid, 1971. Pág. 44.
- 22 "La función social...", pg. 78.
- 23 En Hernández Gil, "Metodología...", t. II, pg. 119. "válido como llamamiento a la realidad, el sociologismo no puede, sin embargo, encarnar el total cometido de la ciencia jurídica que a sus expensas se convertiría en meramente descriptiva. Y así al positivismo formal o normativo quedaría reemplazado por un positivismo material". Distinguimos por tanto: un positivismo formal -no sociologista: un sociologismo material positivista y un sociologismo dialéctico.
- 24 Claude Lévi-Strauss, *"El pensamiento salvaje"*, México, 1970. pg. 356.  
Jean Paul Sartre, *"Crítica de la Razón Dialéctica"*, t. I y II. Buenos Aires, 1970; Seg. ed. libro II pgs. 146 y ss.  
Sobre la polémica véase. Vladimiro Lamsdorff-Galagane, *"Estructuralismo en la Filosofía del Derecho"*, Santiago de Compostela, 1969.
- 25 G. Lukacs, *"Histoire et conscience..."* Pgs. 41-42. Para Lukacs la disociación analítica entraña la renuncia al conocimiento de la totalidad. Lo cual se manifiesta con especial crudeza "en la ciencia del derecho, a causa de su actitud más conscientemente reificada" (pg. 137). Lukacs cita a Kelsen "jurista 'crítico' y perspicaz" (pg. 139).
- 26 Carlos Cossío distingue dos modos que tiene el derecho de ser 'ciencia normativa': "en un primer momento se entendió que la ciencia jurídica es normativa porque suministra normas" (pg. 33); "en un segundo momento se llegó a entender que la ciencia jurídica es normativa porque conoce normas" (pg. 33) *"La Teoría egológica del Derecho"*. Buenos Aires, 1964. Segunda edición. pg. 33 y ss. La identidad entre sujeto y objeto llevaría a la identidad de ambos momentos normativos: el derecho sería una ética legalizada de la conciencia de clase. y la teoría del derecho, la dialéctica justificadora (o, en su caso, crítica) de la ética.
- 27 "Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo" (pg. 95). Sobre la distinción entre "Ciencia del Derecho y sociología jurídica", capítulo VII (Teoría pura del Derecho, II). La sociología jurídica "no estudia el sentido específico de las normas jurídicas" (pg. 97).
- 28 Piaget. *"Tendencias en la investigación de las ciencias sociales"*. Madrid 1973. Pg. 50.
- 29 De aquí la crítica de Kelsen a la 'sociología comprensiva' de Max Weber, en *"Teoría General del Estado"*. Madrid, 1934. Pgs. 25-6-7: para Weber el Derecho es una ciencia instrumental de la Sociología. (Infra, cap. III). Sin embargo, Radbruch, siguiendo la inspiración weberiana, llega a decir: "insertar la ciencia del Derecho en el sistema de las ciencias... La ciencia del derecho es una ciencia cultural comprensiva (R.), y como tal caracterizada por tres notas: comprensiva, individualizadora y referida a valores" (R.) *"Filosofía del Derecho"*. Madrid, 1952.
- 30 Francisco Puy, *"La logique juridique en Espagne et en Amérique latine"* en "La logique juridique" II. París, 1967. (pgs. 117 y ss.).
- 31 Labor iniciada a nuestro juicio por la tradición kantiana y consumada por Kelsen.  
"El concepto de derecho es único y es la condición lógica (S.) de toda norma concreta que pueda llamarse jurídica". R. Stammeler, *"Tratado de Filosofía del Derecho"*. Madrid, 1930, pg. 124.  
"En la filosofía del Derecho de impronta neokantiana, lo lógico tiene un claro sentido gnoseológico: se trata de la formulación de un concepto 'lógico', esto es, universal, del Derecho", Luis Legaz Lacambra, "El problema de la Lógica...", pg. 298.

"El dualismo de los hechos y las normas resulta demasiado claro para que pueda ser combatido con éxito... Ha sido aceptado como algo vigente en sí mismo... y probado por varias escuelas alemanas de filosofía general y jurídica: la escuela de Marburgo (H. Cohen, P. Natorp, R. Stammler), la escuela del Suroeste (W. Windelband, H. Rickert, M. Weber, E. Lask, G. Radbruch), la escuela vienesa (H. Kelsen y sus seguidores). Todas ellas retroceden al criticismo kantiano y, particularmente, a la distinción de Kant entre *Wert* y *wirklichkeit* (K.)" H. Kantorowicz, "la definición del Derecho", pg. 63.

32 J. R. Capella, "El Derecho como lenguaje", pg. 18.

33 Hernández Gil, "la situación..." pg. 42.

34 Hernández Gil "Introducción al estudio del estructuralismo..." pg. 32.