

Derecho y ciencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. PLANTEAMIENTO, 2. OBJETIVOS.—II. EL CONCEPTO DE CIENCIA JURÍDICA: 1. CONCEPCIÓN ESTRICTA, 2. CONCEPCIÓN AMPLIA, 3. CONCEPCIÓN SINCRÉTICA.—III. LA NEGACIÓN DEL CARÁCTER CIENTÍFICO DE LA JURISPRUDENCIA: 1. NEGACIÓN DESDE LAS PROPIAS FILAS: JULIUS VON KIRCHMANN, 2. NEGACIÓN DESDE LAS CIENCIAS TRADICIONALES, 3. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.—IV. EL TRASFONDO EMOCIONAL DEL DEBATE: 1. LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y PODER, 2. LAS RELACIONES ENTRE CIENCIA Y PODER, 3. HACIA UNA VALORACIÓN CRÍTICA DE LA CIENCIA, 4. LA RACIONALIDAD DEL DISCURSO JURÍDICO.—V. LOS CRITERIOS DE DEMARCACIÓN: 1. KARL R. POPPER: «LO CIENTÍFICO» COMO CONVENCION, 2. THOMAS S. KUHN: DEMARCACIÓN Y «PARADIGMA», 3. NEWTON-SMITH Y HAROLD BROWN: LA RELATIVIZACIÓN DEL CONCEPTO, 4. LARRY LAUDAN: EL MODELO PRAGMÁTICO, «TÓPICA» Y JURISPRUDENCIA DE PROBLEMAS, 5. PAUL FEYERABEND: EL ANARQUISMO EPISTEMOLÓGICO.—VI. LA APORTACIÓN DE LA «TEORÍA CRÍTICA»: CONSIDERACIONES GENERALES: 1. CRÍTICA DE LA «TEORÍA TRADICIONAL», 2. CRÍTICA DE LA «RAZÓN INSTRUMENTAL».—VII. LA «TEORÍA CRÍTICA» EN JÜRGEN HABERMAS: 1. CONOCIMIENTO E INTERÉS, 2. HERMENÉUTICA, 3. CONSENSO Y LEGITIMACIÓN, 4. «SISTEMA» Y «MUNDO DE LA VIDA».—VIII. DERECHO Y SOCIEDAD POSTMODERNA.

I. INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO

El presente estudio retoma la cuestión del estatuto científico de la jurisprudencia. Es decir, el controvertido tema de si el saber jurídico puede o no ser considerado como ciencia.

Dos razones aconsejan reabrir el debate: la importancia que se concede al estatuto científico en las sociedades tecnológicas de nuestros días y los novedosos enfoques que las nuevas corrientes de la filosofía de la ciencia han introducido en torno al «problema de demarcación»

2. OBJETIVOS

- a) Contribuir a liberar al jurista de la sensación de inseguridad que le produce el rechazo de la comunidad científica.
- b) Intentar probar que «científicamente» no puede negarse a la jurisprudencia estatuto científico.
- c) Defender la posibilidad de un debate racional acerca de los valores jurídicos y las proposiciones normativas.
- d) Contribuir a la superación del positivismo jurídico sosteniendo la racionalidad de una ciencia del derecho orientada a la valoración crítica del «derecho dado» y a la creación de un sistema normativo «correcto».

II. EL CONCEPTO DE CIENCIA JURÍDICA

La ciencia jurídica, jurisprudencia o ciencia del derecho puede ser concebida desde una doble perspectiva: amplia o estricta.

1) En sentido estricto, la ciencia del derecho enlaza con la dogmática jurídica, preocupada esencialmente por lograr una descripción objetiva y neutra del ordenamiento jurídico. Como señala PECES BARBA (1), «la dogmática jurídica, como ciencia del derecho que arranca con SAVIGNY, que se perfecciona con la pandectística y con IHERING, y que alcanzará su máximo nivel teórico con Kelsen, se sitúa en el marco del normativismo positivista...»

Y, en efecto, Kelsen (2), partiendo de la distinción entre teoría estática y dinámica del derecho, norma y enunciado, ciencia causal y ciencia normativa, entiende la ciencia del derecho como una ciencia normativa limitada «al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de las relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinados». «Sólo en la medida —nos dice— en que el derecho es un orden normativo del comportamiento recíproco de los seres humanos puede diferenciarse como fenómeno social de la naturaleza y puede diferenciarse la ciencia del derecho como una ciencia social de la ciencia natural».

En la misma dirección, RADBRUCH (3) concibe la ciencia jurídica desde una perspectiva sistemática y dogmática, como «ciencia que se ocupa del sentido objetivo de una ordenación jurídica positiva». Es la ciencia del dere-

(1) PECES BARBA, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1983, pág. 170.

(2) Cfr. Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1982, págs. 82-90.

(3) Cfr. RADBRUCH, C., *Filosofía del derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, págs. 145-147.

cho vigente, no del justo derecho, que trata de normas jurídicas y no de hechos, que estudia el significado objetivo y no subjetivo de las normas, y cuya tarea se agota en las fases de interpretación, construcción y sistematización.

También BOBBIO (4) se adhiere a la tradición cultural del positivismo lógico y considera como objeto de la jurisprudencia únicamente el estudio del contenido de la regla, del supuesto de hecho jurídico. No hay jurisprudencia fuera de la regla y de lo regulable. BOBBIO considera incauta, compleja y poco clara la imagen del jurista que se sitúa más allá de las reglas y atiende a su origen social y a su fundamentación ideal para establecer un juicio valorativo en relación con los ideales de justicia. La jurisprudencia no es una ciencia empírica ni una ciencia formal, sino una ciencia crítica que se ocupa de proposiciones normativas dadas y cuya tarea esencial es realizar un análisis del lenguaje jurídico. No hay ciencia del derecho fuera de la labor del jurista intérprete, que en cuanto tal efectúa un análisis lingüístico del que deriva la construcción de un lenguaje depurado y riguroso. Labor que se articularía en tres fases: purificación, integración y ordenación del lenguaje jurídico.

Igualmente, ELÍAS DÍAZ (5) adopta una posición estricta al distinguir nítidamente la ciencia jurídica de la sociología o la filosofía del derecho. La jurisprudencia se ocupa del derecho válido, de la legitimidad legalizada, y se centra en la investigación, análisis, construcción y realización del derecho positivo.

Su núcleo primario estaría constituido por la dogmática jurídica, entendida como investigación y reconstrucción del sistema normativo. Y a partir de este nivel inicial se elevaría hasta la elaboración de una teoría general del derecho, es decir, la formación de un cuerpo de elementos, conceptos y estructuras comunes a los diferentes sectores de un ordenamiento jurídico y a los diferentes sistemas normativos de las distintas áreas culturales.

2) Por el contrario, y desde una perspectiva amplia, la ciencia jurídica va más allá del modelo dogmático y conceptual.

Así, para LEGAZ (6), la ciencia jurídica no se agota en la lógica del derecho y los conceptos fundamentales. Es algo más que la interpretación, construcción y sistema. Debe responder también «a la finalidad práctica de contribuir al imperio de la justicia», recuperando para el jurista la función creadora de un derecho justo. No se trata sólo de describir y sistematizar el ordenamiento positivo, sino también de valorarlo, reformarlo e incluso crearlo.

(4) Cfr. BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres (editor), Valencia, 1980, págs. 182-196.

(5) Cfr. ELÍAS DÍAZ, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Ediciones, Madrid, 1974, págs. 63-83.

(6) Cfr. LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 86-94.

Para NIÑO (7), la actividad intelectual y teórica del jurista no sólo ha de ocuparse de la descripción y sistematización del material normativo, sino que debe comprometerse asimismo en la reformulación del orden jurídico y en proveer a los Jueces de un esquema completo, coherente y preciso que posibilite soluciones axiológicamente satisfactorias. Lo que implica —y así se reconoce— que la teoría jurídica debe usar «un discurso moral especializado».

En la posición de PECES BARBA (8) el tratamiento científico del derecho no implica sólo una tarea de ordenación y racionalización de los conjuntos normativos, sino que debe abarcar también el análisis lingüístico, el estudio del poder como fundamento último de la validez del ordenamiento y el conocimiento de la realidad social en cuanto contenido material del derecho.

En esta dirección amplia se debe incluir igualmente a DWORKIN (9), el cual niega que exista una distinción tajante entre derecho y moral y señala la íntima conexión entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico. El material jurídico no sólo está integrado por normas, sino también por directrices ligadas a la consecución de determinados objetivos sociales y por principios referidos a criterios de equidad y justicia.

El objetivo de la teoría jurídica es reducir la incerteza del derecho, y por ello, al lado de un componente dogmático ligado a la descripción, análisis y sistematización del ordenamiento, debe contener también un componente prescriptivo que auxilia al Juzgador en la resolución de los casos difíciles, fundamentando y orientando la búsqueda de una solución correcta. Porque en definitiva, DWORKIN afirma la existencia de unos derechos individuales inviolables, cuya prioridad y preeminencia debe ser garantizada por todo sistema jurídico.

3) Las dos posiciones, amplia y estricta, que se vienen manejando en torno al concepto de ciencia jurídica se nos aparecen en principio claramente diferenciadas. Pero esta diferenciación no puede considerarse radical. Es cierto que la noción estricta de la jurisprudencia conecta con la dogmática jurídica. Pero como señala LARENZ (10), la dogmática no es neutral a la valoración ni puede reducirse a un pensamiento conceptual clasificatorio. La dogmática realiza una función de mediación estable entre los valores y principios fundamentales y socialmente aceptados y el sistema normativo vigente; y media también entre el complejo normativo legislado y su aplicación concreta a las diversas y cambiantes situaciones.

(7) Cfr. NIÑO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1982, págs. 342-347.

(8) Cfr. PECES BARBA, G., *op. cit.*, págs. 178-180.

(9) Cfr. DWORKIN, R., *LOS derechos en serio*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1984. Con un clarificador ensayo preliminar de CALSAMIGLIA.

(10) Cfr. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1980, págs. 215-226.

La dogmática jurídica está también, en efecto, orientada a valores: la ambigüedad de las normas, los conflictos entre reglas, la existencia de lagunas y antinomias obligan a reflexiones metajurídicas. Los principios generales —como fuente del derecho— remiten a criterios universales de justicia, y el mismo ordenamiento positivo exige atender al espíritu de las normas y la realidad social.

Por otra parte, la tarea de construcción y sistematización se apoya en un aparato conceptual dependiente del entorno socio-histórico. La interpretación debe enfrentarse con el texto a través de pre-juicios o pre-comprensiones suministrados por la tradición cultural; y debe también tener en cuenta los casos concretos, porque la aplicación del derecho es un momento integrante de la comprensión. Como recuerda acertadamente DÍEZ-PICAZO (11), la atribución de significado al texto legal o al signo normativo y la reconstrucción de la norma deben hacerse desde los postulados y las circunstancias vigentes en el mundo en el que el intérprete se mueve.

En esta dirección me parecen especialmente fecundas y sugerentes las conclusiones aportadas por CALSAMIGLIA (12), que sistematizo muy esquemáticamente a continuación:

- a) La dogmática no es una actividad irracional o arbitraria.
- b) La dogmática jurídica participa de un carácter híbrido, mezcla de ciencia y tecnología.
- c) A la comunidad dogmática le es posible usar del argumento moral, adecuar el derecho a las necesidades sociales, defender posiciones valorativas e ideológicas al amparo de la ambigüedad de la reglas y ejercer un control crítico sobre la actividad judicial.
- d) Las principales reglas de la dogmática a través de las cuales se salvaguardan valores sociales relevantes como la seguridad, la igualdad o la eficacia son la sujeción a la ley, la justicia del caso y la sistematicidad del derecho.
- e) Los conflictos entre reglas de juego suponen conflictos entre valores y ello obliga a la dogmática a abrirse a reflexiones metajurídicas.
- f) Las reglas de la dogmática admiten la introducción de factores extra-jurídicos, lo que permite adecuarse a un proceso evolutivo que trasciende de las limitaciones legalistas.
- g) Y, en fin, la dogmática jurídica cumple un papel relevante en la transmisión y aprendizaje del conocimiento jurídico, ejerce una función prescriptiva en cuanto proporciona criterios para interpretar y

(11) DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1973, págs. 247-248.

(12) Cfr. CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Ed. Ariel, Madrid, 1986, págs. 86-87, 118-119, 144-146.

modificar el derecho y posee un importante poder de mediación entre el derecho legislado y el derecho aplicado.

Por otra parte, como señala HERNÁNDEZ GIL (13), es cierto que la ciencia jurídica vive un período de revisión y crítica que ha abierto nuevas vías metodológicas y novedosos enfoques teóricos. Pero por encima de las diversas aportaciones teóricas y de la revisión funcional de la dogmática jurídica permanece vigente la tensión esencial entre esas dos concepciones de la jurisprudencia —amplia y estricta— que hemos venido describiendo.

La visión dogmática tiende a una actitud reduccionista y pretendidamente neutral con el objetivo, más o menos explícito, de conseguir el reconocimiento de su estatuto científico. La visión valorativa suele implicar un compromiso ético, una vocación por la «ingeniería social» e incluso una preocupación corporativa por situar al jurista en una posición de protagonismo frente a los procesos de control y de cambio social (14).

III. LA NEGACIÓN DEL CARÁCTER CIENTÍFICO DE LA JURISPRUDENCIA

Desde los tiempos más remotos la casta de los juristas ha soportado la incompreensión, el rechazo y la animadversión de la comunidad social. El razonamiento, el discurso, los comentarios y las exégesis jurídicas han sido caricaturizados y considerados en todas las épocas como un juego estéril de sofismas, un cúmulo de erudición vacía, un ejercicio de retorcimiento dialéctico. En una lectura socio-histórica de las fuentes literarias y los refraneros populares, juristas y curiales aparecen como codiciosos personajes antiheroicos, tópico predilecto de los escritores satíricos y agentes parasitarios de la opresión política, social y económica (15).

Pero es en 1847, en tiempos de exaltación de la ciencia y el progreso científico, cuando se asesta a la jurisprudencia, y desde sus propias filas, el ataque más emblemático y virulento y cuyos ecos perturban todavía la parafernalia de nuestros ritos académicos.

Me refiero, claro está, a la célebre conferencia pronunciada en Berlín por el Fiscal prusiano JULIUS VON KIRCHMANN bajo el título «La falta de valor de

(13) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Cuadernos Cívitas, Editorial Cívitas, Madrid, 1981, págs. 102-103.

(14) Al respecto véase BOBBIO, N., *op. cit.*, pág. 185.

(15) Como ejemplo muy representativo, ya en el siglo vi, véase el *Dezir que fue hecho sobre la justicia...*, de GONZALO MARTÍNEZ DE MEDINA. Y en esta dirección es sugerente la consulta de la *Historia social de la literatura española* de BLANCO AGUINAGA, RODRÍGUEZ PUÉRTOLAS y ZABALA, Ed. Castalia, Madrid, 1987.

la jurisprudencia como ciencia» (16). Como indica TRUYOL en el escrito preliminar de su traducción española, VON KIRCHMANN, desde la tradición aristotélica del saber y desde un modelo fisicalista de la ciencia, ataca no tanto la actividad de los juristas cuanto el objeto mismo de la jurisprudencia; es decir, el Derecho, sumido entonces en un conceptualismo y un tradicionalismo retardatarios.

Por su valor simbólico y testimonial merece la pena detenerse a considerar las líneas argumentales de VON KIRCHMANN, que podemos sintetizar del modo siguiente (17):

- *Mutabilidad*: La petrificación de los conceptos jurídicos choca con la realidad cambiante de las legislaciones y convierte a aquellos en formas categoriales muertas que se oponen al progreso científico.
- *Subjetividad*: El Derecho está transido de pasión, emociones y sentimientos necesariamente partidistas. En el mundo jurídico no cabe la objetividad neutral del científico porque «el sentimiento no es nunca, ni en ninguna parte, criterio de verdad».
- *Positividad*: En las ciencias la falsedad de una ley no afecta a su objeto. En el Derecho las leyes positivas erróneas se imponen sobre las prescripciones del derecho natural. Los saberes falsos y deficientes acaban por sobreponerse al propio ser a través de la fuerza y la sanción. La ley positiva es rígida y abstracta, está llena de contenidos falsos, aparece formulada con múltiples deficiencias y es muchas veces arbitraria y sumisa «a la pasión de déspota».
- *Contingencia*: La ley positiva convierte a la ciencia «en sierva del azar, del error, de la pasión, de la sinrazón». El objeto de la jurisprudencia no es lo eterno, lo absoluto, lo permanente y lo necesario, sino lo casual y lo contingente. Y en cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se vuelve contingencia.
- *Arbitrariedad*: La rigidez y la abstracción de la ley positiva es incompatible con la plural riqueza de lo individual, de lo concreto, de lo realmente acaecido. El material normativo se diluye así en un mar de dudas y lagunas que conducen a resultados y soluciones arbitrarias.
- *Profesionalización corporativa*: La jurisprudencia rompe la íntima conexión que puede existir entre Derecho y pueblo, convirtiendo al Derecho en patrimonio de una casta profesionalizada que a través del

(16) *La jurisprudencia no es ciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. Traducción y escrito preliminar de ANTONIO TRUYOL SERRA.

(17) Interesantes valoraciones de la posición de VON KIRCHMANN pueden encontrarse en: CALSAMIGLIA, A., *op. cit.*, págs. 52 y sigs.; LATORRE, A., *Introducción al derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1974, 6.^a edición, págs. 114 y sigs.; LEGAZ LACAMBRA, L., *op. cit.*, págs. 219 y sigs.

sofisma y el conceptualismo lo convierte en un Derecho muerto. La aplicación del Derecho se transforma así en una operación artificial de dialéctica esotérica y especulativa.

- *Anquilosamiento*: La ciencia jurídica es incapaz de dar respuesta a las nuevas necesidades surgidas de los procesos de cambio social. Y estas nuevas necesidades y demandas, huérfanas de una solución científica, quedan sometidas a la pasión y los errores partidistas.

El ataque de VON KIRCHMANN es un ataque surgido de entre las propias filas. Y es un ataque que los juristas suelen esquivar señalando que la posición argumental del fiscal prusiano se acoge a un concepto de ciencia ligado al empirismo primario y, por tanto, hoy absolutamente desfasado y obsoleto (18).

Pero es obvio que la negativa más contundente y pertinaz a conceder estatuto científico a la jurisprudencia procede, desde luego, de las ciencias que pudiéramos llamar clásicas o consolidadas y de las comunidades científicas arraigadas.

Para ellas la ciencia, la auténtica ciencia, implica principios explicativos organizados sistemáticamente y controlados a través de procesos de verificación. El conocimiento, si quiere ser científico, ha de ser capaz de ofrecer una explicación sistemática de los hechos, discernir las condiciones y las consecuencias de los sucesos y explicitar las relaciones lógicas entre las proposiciones. La verdadera ciencia es aquella cuyas hipótesis y enunciados pueden ser sometidos a datos observacionales que en cuanto susceptibles de una evaluación crítica y objetiva puedan servirle de prueba y contrastación.

Como señala CALSAMIGLIA (19), desde una concepción racionalista y positivista de la ciencia es muy difícil sostener la cientificidad de la jurisprudencia, que debe superar además dos objeciones fundamentales: la falta de efectividad práctica y la carencia de rigor metodológico. Y en la misma línea, PUIGPELAT (20) reconoce la incapacidad de la ciencia jurídica para cumplir los postulados clásicos del saber científico: Leyes explicativas que posibiliten la predicción y un método o procedimiento objetivo de contrastación por cuanto las proposiciones jurídicas no son controlables ni lógica ni empíricamente.

En suma, a la jurisprudencia se le niega el reconocimiento de estatuto científico por su incapacidad para suministrar leyes universales o generales, por su relativismo cultural e histórico, por su carencia de capacidad predic-

(18) Para un análisis del valor de las críticas de VON KIRCHMANN a la luz de una concepción actual de lo científico, véase BOBBIO, N., *op. cit.*, págs. 180-182.

(19) Véase CALSAMIGLIA, S., «Sobre la utilidad de las metodologías externas para la jurisprudencia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo III, Madrid, 1986.

(20) Véase PUIGPELAT MARTÍ, F., «Sobre la ciencia del derecho y el discurso racional», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo III, Madrid, 1986.

tiva, por el subjetivismo de sus categorías descriptivas y explicativas ligadas al mundo de los valores, por la indisponibilidad de procedimientos empíricos evaluables y métodos de experimentación controlada (21).

En esta tesitura los juristas han adoptado diversas actitudes, que HERNÁNDEZ GIL (22) sintetiza del modo siguiente:

- a) Los insatisfechos o inconformistas, que tratan de superar el modelo de la dogmática siguiendo una orientación científicista. Incluye en esta corriente el período de revuelta antiformalista; los intentos de aplicar al estudio del Derecho el positivismo lógico, la logística y el análisis del lenguaje; la incardinación de la jurisprudencia entre las ciencias de la cultura, para las que se reclama un estatuto epistemológico autónomo; el sociologismo jurídico, o la visión tridimensional del Derecho como hecho, norma y valor.
- b) Los indiferentes que se aferran al continuismo metodológico, y los resignados que aceptan la no científicidad del Derecho, que reducen a una función resolutive y práctica. Actitud en la que incluyen el realismo judicialista, la tópica y la teoría de la argumentación.
- c) Los que rechazan la exclusividad de la dogmática dando lugar a una pluralidad de saberes sectoriales, como el antiguo análisis sociológico o comparativo o los intentos más modernos de análisis estructural o tratamiento lógico y cibernético.

Generalizando, serían por tanto tres las principales posturas adoptadas frente al rechazo de la comunidad científica:

a) Concebir y construir la ciencia jurídica de tal modo que su contenido y función se ajuste a las exigencias y encaje en los esquemas de los saberes empíricos, positivos o formalizados. Pero esta actividad conduce a una situación forzada y artificial donde, como señala BOBBIO (23), se produce una duplicación del saber en la esfera de la experiencia jurídica en virtud de la cual una jurisprudencia que no es ciencia coexiste con «una ciencia que en sí misma no tiene ya nada que ver con la jurisprudencia y con la que los juristas generalmente no saben qué hacer».

b) Incardinar la ciencia jurídica dentro del campo más cómodo y menos exigente de las ciencias sociales o de las llamadas ciencias humanas, ciencias

(21) Muy recientemente en nuestro país, y desde la teoría del cierre categorial, se considera a la jurisprudencia como una «tecnología» o «praxiología» en ejercicio que se apoya en supuestas ciencias teóricas pero que por sí misma «no es ciencia en modo alguno». BUENO, G., *¿Qué es la ciencia?*, Pentalfa Ediciones, Oviedo, 1995, pág. 84.

(22) HERNÁNDEZ GIL, A., *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Ed. Cívitas, Madrid, 1981, págs. 87-93.

(23) Cfr. BOBBIO, N., *op. cit.*, págs. 173-175.

de la cultura o ciencias del espíritu que tienen por objeto una realidad histórico-social, que tratan de comprender más que de dominar y que por razón de su especificidad han de disponer de una metodología y unos criterios de evaluación propios y distintos de los de las ciencias naturales. Actitud que contó, y pronto, con un inestimable aliado en WILHELM DILTHEY (24), para el que la jurisprudencia debe figurar entre las ciencias del espíritu por cuanto el Derecho se nos aparece como un complejo de fines donde se funden en unidad diferenciada los sistemas de cultura y la organización externa de la sociedad.

Ahora bien, esta posición defensiva presenta dos flancos débiles: De un lado, una eventual pérdida de autonomía de la ciencia jurídica, que quedaría diluida en un sociologismo difuso. Y de otro, que el estatuto científico de las ciencias sociales o ciencias del espíritu no cuenta con un consenso suficiente y ha sido permanentemente contestado, de tal modo que si se designan como ciencias —al decir de LEVI STRAUSS— es sólo en virtud de una ficción semántica y una esperanza filosófica que todavía no ha encontrado confirmación» (25).

c) Relativizar el debate y sostener que en los momentos actuales la cuestión del estatuto científico de la jurisprudencia carece de entidad suficiente. Para NIÑO (26) se trata de un debate inútil del que el jurista debería despreocuparse por cuanto la importancia de la jurisprudencia no depende de su cientificidad, sino de las necesidades sociales que satisface. Y en la misma orientación se orienta CALSAMIGLIA (27), para quien «bautizar la dogmática con el agua de la ciencia es irrelevante» desde el punto de vista cognoscitivo, ya que nuestro conocimiento del Derecho no aumenta por el hecho de que califiquemos a la jurisprudencia como ciencia; lo verdaderamente importante es el análisis del trabajo y la actividad de la dogmática y el examen de las funciones sociales que desempeña. Pero a esta relativización cabe oponer las siguientes objeciones:

- El carácter recurrente con que la cuestión se suscita una y otra vez revela su importancia.
- En las sociedades del presente hay la intuición generalizada de que ciencia significa poder y posiciones de poder, y de que la dignidad y prestigio de una disciplina depende de su reconocimiento por la comunidad científica.

(24) Véase su *Introducción a las ciencias del espíritu*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

(25) Cfr. NIÑO, CARLOS SANTIAGO, *op. cit.*, págs. 319-320.

(26) Cfr. NIÑO, CARLOS SANTIAGO, *op. cit.*, págs. 319-320.

(27) Cfr. CALSAMIGLIA, A., *op. cit.*, págs. 47-62.

- En un mundo cada vez más identificado con la tecnología, la concesión o no de estatuto científico condiciona la autoridad y legitimación social de los distintos saberes.
- La ciencia del derecho está orientada a valores como los de justicia y equidad. Recuperar la científicidad de la jurisprudencia supone reafirmar la racionalidad del discurso jurídico.

IV. EL TRASFONDO EMOCIONAL DEL DEBATE

La cuestión del estatuto científico de la jurisprudencia no es en realidad una cuestión acamédica. Es más bien, como ya se ha apuntado, un debate emocional. Porque en un mundo cada vez más identificado con la tecnología, ciencia significa poder y posiciones de poder; y la dignidad y prestigio de un saber depende en gran medida de su reconocimiento por la comunidad científica.

Y de ahí la inseguridad del jurista y su «complejo de inferioridad» (28), su desasosiego y su mala conciencia. Porque pese a los bastos de sus ceremonias académicas, el jurista se sabe rechazado por la «comunidad de los científicos» y juzgado como un advenedizo pretencioso y bastardo.

Y es precisamente esta carga emocional lo que impide aproximarnos con objetividad al análisis de los fenómenos de poder y aceptar acríticamente la pretendida «dignidad» de la ciencia.

Precisamente por ello y para aliviar ese permanente «complejo de inferioridad» se hace necesario:

- A) Considerar las relaciones derecho-poder y ciencia-poder.
- B) Valorar críticamente el papel de la ciencia en las sociedades modernas.
- C) Reafirmar la racionalidad del discurso jurídico.

A) DERECHO Y PODER

La tesis que se propone es la siguiente: Carece de sentido que los juristas busquen la concesión de estatuto científico como condición necesaria para ser investidos de poder. Porque los juristas ni necesitan ni han necesitado nunca de tal estatuto para ocupar un lugar privilegiado en las estructuras de dominación.

(28) Así se califica por BOBBIO, *op. cit.*, pág. 174. Y también HERNÁNDEZ GIL reconoce que la ciencia jurídica «mira con envidia y cierto complejo de inferioridad lo que ocurre en otras áreas del saber», *La ciencia jurídica tradicional...*, n. 96.

1. Desde el punto de vista histórico, como señala WEBER (29), fueron precisamente los juristas los que revolucionaron la empresa política orientándola hacia el Estado racional. El nacimiento del Estado absoluto, los procesos revolucionarios que determinaron la caída del Antiguo Régimen y finalmente el Estado de derecho de las democracias modernas no podría concebirse sin el racionalismo jurídico desarrollado por los teóricos del Derecho a través de una larga evolución histórica.

Un racionalismo jurídico que halló sus mejores representantes en los pandectistas y canonistas medievales; en las corrientes iusnaturalistas primero cristianas y luego secularizadas; en los juristas franceses que aliados a la Corona combatieron el dominio feudal; en la teoría del conciliarismo; en los juristas de Corte y los Jueces ilustrados de los príncipes continentales; en los juristas ingleses de la Corona y el Parlamento; en la «noblesse de robe» de los Parlamentos franceses, y finalmente en los Abogados de la época de la Revolución.

2. Siguiendo el modelo weberiano y a diferencia de la dominación tradicional o carismática, la dominación racional característica de las sociedades modernas encuentra su fundamento y su legitimación precisamente en el Derecho; es decir, en la creencia en la legalidad de la autoridad y de las normas. El Derecho se hace así indispensable en cuanto soporte legitimador del poder político.

También para LUHMANN (30) la combinación del código del poder con el esquema binario legalidad/ilegalidad —esquema en cuya definición los juristas desempeñan un papel relevante— contribuye a crear legitimidad y a facilitar la cooperación entre los distintos núcleos de poder, especialmente entre el poder económico, político y militar.

Se produce en definitiva una juridificación del dominio estatal, en la medida en que el poder político se legitima por el Derecho y se ejerce a través de formas y procedimientos legales (31).

3. Esta vinculación esencial entre Derecho y Estado moderno encuentra su formulación más precisa en el llamado Estado de derecho. Un Estado fundado en la interdicción de la arbitrariedad y que somete al poder político a un control de legalidad basado en el respeto a los derechos fundamentales, la constitucionalidad de las leyes, el principio de jerarquía normativa y la responsabilidad de la Administración.

4. Además, la dominación estatal se ejerce a través del principio de «división de poderes». Y en el poder judicial, que es él mismo poder político y que ejerce amplias facultades de control, los juristas tienen una decisiva

(29) Cfr. WEBER, M., *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, págs. 1060-1066.

(30) Cfr. LUHMANN, N., *Poder*, Ed. Anthropos, Barcelona, 1995, págs. 69-73.

(31) Para un análisis de las relaciones Estado y Derecho, véase HENKEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, Taurus Ediciones, Madrid, 1968, págs. 180-187.

influencia. Ya formando parte directamente de sus cúpulas orgánicas, ya como artífices de la «doctrina jurídica» en la cual los Jueces han formado sus hábitos mentales y a la cual han de acudir en busca de pautas interpretativas y decisorias.

5. La ciencia del derecho ejerce también un poder indirecto al influir decisivamente en la transmisión y aprendizaje de los conocimientos jurídicos al crear hábitos intelectuales y discursivos, al conformar los procesos de argumentación y decisión. Y este poder lo ejercen precisamente sobre tres estamentos de extraordinaria importancia: el gremio de los Abogados, al que WEBER atribuía un peso decisivo en la política occidental; las burocracias de formación jurídica y los especialistas legales. Tres estamentos bien situados en las grandes empresas, en el alto funcionariado y en los organismos profesionales y políticos; y que por ello, como indica LYOTARD (32) forman y formarán parte de la clase dirigente, de la clase de los «decididores».

6. Por último, esta vinculación entre Derecho y Poder no queda restringido al poder establecido, sino que también se refiere a los poderes emergentes. Ciertamente que los juristas han sido muchas veces privilegiados servidores de los poderes consolidados, pero también han estado presentes, y en primera fila, en los movimientos populares; los procesos revolucionarios o las luchas reivindicativas, que preludian un cambio de signo en las estructuras sociales y la titularidad del poder.

La ciencia jurídica, entendida en sentido amplio, sirve de apoyo a los poderes emergentes y actúa como agente de cambio social porque centra y orienta el debate en torno a valores como la libertad, la justicia o la igualdad, dotados de un alto potencial reformador o revolucionario.

En definitiva, frente a los poderes establecidos el Derecho actúa como agente de cambio social. Y en relación a los poderes consolidados, como instrumento de legitimación, como mecanismo de control y como cauce procedimental de ejercicio. Y esta posición ambivalente y peculiar del Derecho en relación a las estructuras de poder es la que confiere a los juristas una posición privilegiada para cuyo mantenimiento no han necesitado ni necesitan de la especial concesión de estatuto científico.

B) CIENCIA Y PODER

Habíamos señalado al principio que el rechazo de la comunidad científica preocupa al jurista porque en las sociedades tecnológicas los «saberes meta-

(32) Cfr. LYOTARD, *La condición postmoderna*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1989, pág. 35.

físicos» son mirados con desdén y sólo los «saberes científicos» parecen llamados a participar en las áreas y centros de poder.

Frente a todo ello habíamos explicado en el apartado anterior cómo la vinculación funcional entre Derecho y Poder atribuye al jurista —se le conceda o no estatuto científico— una posición privilegiada en las estructuras de dominación. Corresponde demostrar ahora que la identificación entre ciencia y poder es más aparente que real o cuando menos debe ser relativizada.

La conexión entre ciencia y poder ha encontrado su más depurado desarrollo doctrinal en las llamadas «teorías tecnocráticas», que tienen en BELL (33) a uno de sus más significativos representantes.

De acuerdo con el enfoque tecnocrático, el mundo estaría caminando hacia un proceso de reorganización —la sociedad postindustrial— caracterizado por las notas siguientes:

- a) Desplazamiento de la producción industrial por el sector servicios.
- b) Una sociedad «programada» gobernada en su desarrollo por la aplicación sistemática del conocimiento técnico.
- c) La «tecnocracia» como cosmovisión: Concepción ordenada, instrumental y disciplinada de los objetivos; confianza en el cálculo y la previsión; enfoque lógico, práctico, capaz de resolver problemas.
- d) El conocimiento y no la propiedad es el factor capaz de conferir poder. Los tecnócratas se convierten así en una nueva clase dominante.
- e) La lucha de clases no está ya vinculada a la apropiación de la plusvalía, sino a la alienación derivada del sometimiento a las decisiones tecnocráticas. Y se luchará por participar en esas decisiones para evitar que los ciudadanos sean considerados como simples medios para la realización de los imperativos técnicos.

Pero lo cierto es que esta identificación entre el poder y la ciencia y sus aplicaciones técnicas es aparente o cuando menos relativa.

1. El modelo «postindustrial» ha sido, de hecho, duramente contestado. GIDDENS (34) argumenta:

- a) Que es falso que el desarrollo tecnológico determine esencialmente la vida social y política.
- b) Que las sociedades avanzadas —en razón a sus diferencias geográficas, históricas, demográficas o estructurales— no responden a un

(33) Véase BELL, D., *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, E. Alianza, Madrid, 1976.

(34) Véase GIDDENS, A., *La estructura de clases en las sociedades avanzadas*, Ed. Alianza, Madrid, 1989.

prototipo único, sino que se configuran bajo formas diversas y plurales.

- c) Que la idea de que «el conocimiento es poder» es muy antigua, pero de ella no se deriva necesariamente que quienes poseen conocimientos «especializados» detentan ellos mismos poder, porque desde tiempos inmemoriales los «especialistas» han sido meros servidores y no titulares del poder político.
- d) Que la tesis que convierte a los tecnócratas en una nueva clase dominante debe acogerse con cautela porque dentro de las organizaciones el verdadero poder consiste en determinar o definir «políticas», y esto, en la práctica, queda reservado a los «no especialistas».

2. Desde el pesimismo «parettiano» la naturaleza humana se presenta como irracionalista, con una voluntad siempre rebelde a la razón. Desde esta perspectiva, que la experiencia política confirma de continuo, ciencia y poder se desenvolverían en planos distintos e incommunicables. La ciencia en cuanto tal no podría asumir el poder sin perder su objetivismo y neutralidad, porque de hacerlo se volvería humana y por tanto se trasmutaría en pasión, sentimiento, ideología.

3. SARTORI (35) al estudiar las relaciones entre saber y poder recoge cuatro combinaciones básicas: saber sin poder, poder sin saber, los que saben tienen también el poder, los que tienen el poder también saben. Y concluye que aun en las sociedades tecnológicas el poder seguirá en manos de los políticos, porque los políticos son precisamente los «especialistas del poder». Un poder que al estar reforzado por expertos se convierte en potencialmente ilimitado. La comunidad científica y la «clase teórica» será un mero recurso estratégico, un brazo intelectual siempre al servicio del brazo secular del poder.

Y retomando en cierto modo aquel pesimismo «parettiano» a que nos referíamos, nos previene de que aun en la hipótesis de que gobernarán los hombres de ciencia, quedaría por demostrar que lo harían como tales científicos.

La ciencia permanece siempre subordinada a los poderes políticos y económicos, que en definitiva deciden lo que es saber y quién sabe lo que conviene decidir. «No se compran savants, técnicos y aparatos para saber la verdad, sino para incrementar el poder» (36).

4. Y así la ciencia no es independiente. Se hace ciencia, insistimos, desde la subordinación a los poderes políticos y económicos. La determinación de la política científica, los programas de investigación, la distribución

(35) Véase SARTORI, G., *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

(36) Cfr. LYOTARD, J. F., *op. cit.*, págs. 24 y 86.

y atribución de subvenciones no depende de la ciencia ni de la comunidad científica.

Si en la sociedad organizacional de nuestros días el verdadero poder consiste en «definir políticas», y entre ellas la «política de investigación», tal definición queda encomendada al poder financiero y al poder político, en el que, por cierto, los juristas están cómodamente instalados.

Y es obvio que desde el punto de vista científico nada puede objetarse a esta situación. Porque cuando se trata de definir políticas no estamos en el terreno de la ciencia, sino en el campo metacientífico de los valores, los fines y las opciones. Y en este campo los científicos en cuanto tales no tienen nada que decir salvo en el ámbito limitado del asesoramiento y el consejo.

En síntesis: Si la preocupación del jurista por gozar del estatuto científico responde a la aspiración emocional de aproximarse al poder que se supone dispensa la ciencia, el problema debe ser relativizado, porque ni el jurista necesita gozar de ese estatuto para participar en el poder, ni ese estatuto confiere inequívocamente poder independiente y autónomo.

C) HACIA UNA VALORACIÓN CRÍTICA DE LA CIENCIA

El prestigio y la dignidad de la ciencia se apoyan en la neutralidad y objetividad de sus métodos y la veracidad de sus enunciados, lo que convierte a la actividad científica en la más alta expresión de racionalidad. Pero esta visión, por mítica, debe ser revisada.

1. La objetividad y neutralidad de la ciencia son mera apariencia. Las sociedades avanzadas han hecho de la ciencia un nuevo instrumento de dominación que elimina la participación de los ciudadanos. Las decisiones políticas se apoyan en el dictamen de expertos; y en cuanto decisiones científicas y tecnológicas, se presentan como decisiones óptimas y racionales que no precisan de una especial legitimación. Las instituciones políticas tradicionales pierden progresivamente sus funciones de formación de una voluntad general. Y los ciudadanos disidentes en cuanto se oponen a propuestas «científicas» son menospreciados y excluidos por irracionales y obsoletos.

La ciencia y la tecnología se convierten así en un elemento legitimador de la marginación política. Las cuestiones que más intensamente afectan a la praxis vital se presentan como cuestiones técnicas y se sustraen al debate público, al debate participativo, bajo el pretexto de que los ciudadanos carecen de los conocimientos necesarios para intervenir (37).

(37) Véase ESTEBAN MEDINA, *Conocimiento y sociología de la ciencia*, CIS y Ed. Siglo XXI, Madrid, 1989, págs. 229 y sigs.

Para MARCUSE (38), en las sociedades desarrolladas se produce una fusión de técnica y dominio. La racionalidad de la ciencia y la tecnología es una racionalidad de dominio, dominio que trata de ocultarse mediante la apelación a exigencias o imperativos técnicos.

Para HABERMAS (39) la política del presente no está dirigida a la realización de fines prácticos ni a la satisfacción de necesidades auténticamente humanas.

Los problemas políticos —insiste— se plantean como problemas técnicos y en cuanto tales se sustraen de la discusión política, dando lugar a una creciente despolitización de los ciudadanos.

La evolución del sistema social se presenta como determinado por la lógica del progreso científico; y cuando esta apariencia ha calado en la conciencia de las masas, la ciencia y la tecnología legitiman la exclusión participativa de los ciudadanos y la ausencia de una formación democrática de la voluntad política.

En suma, el cientifismo se transforma en «ideología». Y esta ideología que convierte a la ciencia en un fetiche no sólo sirve para mantener estructuras y criterios de distribución manifiestamente injustos, sino que cosifica las relaciones humanas y atenta a la lucha de la especie por su verdadero objeto práctico que es la emancipación.

Esta función ideológica aleja a la ciencia de la objetividad y la neutralidad valorativa de que pretende investirse. Aparte el hecho de que también la jerarquía y la comunidad científica se mueve en un clima sectario de rivalidad y apasionamiento y llega a ejercer un comportamiento terrorista eliminando y condenando al silencio a aquellos investigadores cuya obra amenaza con cambiar las reglas de juego establecidas y consensuadas (40).

Aunque también hay que advertir finalmente que el mundo del derecho se ve igualmente contaminado por el fetiche tecnocrático de la funcionalidad. Para LYOTARD (41) el poder legitima la ciencia y el derecho por medio de su eficacia; y el criterio de eficacia es legitimado a su vez por el derecho y la ciencia. De este modo las posibilidades de que un sistema normativo sea considerado como justo aumentan con su eficacia y sus posibilidades de realización.

2. La conexión entre ciencia y verdad se ve en el estado actual con claro escepticismo.

Para LAUDAN (42):

(38) Cfr. MARCUSE, H., *El hombre unidimensional*.

(39) Cfr. HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 84-108.

(40) Así en LYOTARD, J. F., *op. cit.*, pág. 114.

(41) Cfr. LYOTARD, J. F., *op. cit.*, págs. 86-87.

(42) Cfr. LAUDAN, L., *El progreso y sus problemas*, Ediciones Encuentro, Madrid, 1986, págs. 28-29.

- a) Los intentos de demostrar la validez de la metodología científica han fracasado, «suscitando la clara sospecha de que las teorías científicas no son ni verdaderas, ni probables, ni progresivas, ni están altamente confirmadas».
- b) Los procesos de decisión científica están lastrados por multitud de factores irracionales, entre otros el de que toda elección entre teorías científicas rivales tiene que ser irracional por la naturaleza misma del conflicto.
- c) La ciencia —desde la perspectiva del relativismo cultural— es únicamente un conjunto de creencias entre las muchas posibles, sin una específica superioridad objetiva; y si la civilización occidental le ha prestado una atención y vulneración especial, ello es producto de una mera tradición cultural. «Todos los sistemas de creencias, incluida la ciencia, son considerados dogmas e ideologías, entre los que la preferencia racional y objetiva es imposible».

El mito de la ciencia como dispensadora de conocimientos ciertos debe relativizarse, porque de los enunciados científicos nunca puede predicarse que sean verdaderos. Y ni siquiera que sean seguros o probables. Como recuerda POPPER (43), «no sabemos, sólo podemos adivinar». Y nuestras previsiones científicas están guiadas sólo por la fe, una fe que por serlo resulta metafísica y acientífica. El ideal orientado a un conocimiento plenamente demostrable y seguro se nos aparece hoy como un mito. Porque todo enunciado científico «es provisional para siempre» y la pretensión de obtener respuestas definitivas es ilusoria. Tenemos que hacernos a la idea de que no hemos de considerar la ciencia como «un cuerpo de conocimientos», sino más bien como un sistema de hipótesis, es decir, como un sistema de conjeturas o anticipaciones que por principio no son susceptibles de justificación... y tales que nunca estaremos justificados para decir que son «verdaderas», «más o menos ciertas», ni siquiera «probables».

3. La consideración de la ciencia como la más alta expresión de racionalidad es también ilusoria. Y las más radicales conclusiones al respecto han sido formuladas por FEYERABEND (44) desde su célebre «anarquismo epistemológico».

Para FEYERABEND, la superioridad teórica de la ciencia es una pretensión vana. La ciencia no es más que uno de los muchos elementos que el hombre utiliza en sus relaciones con el medio. «Pero no es el único, no es infalible

(43) Cfr. POPPER, K. R., *La lógica de la investigación científica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, págs. 359, 261-262 y 294.

(44) Cfr. FEYERABEND, P., *Tratado contra el método*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 209-210, 294-295, 299 a 304.

y se ha hecho demasiado poderosa, demasiado apremiante y demasiado peligrosa para ser abandonada a sí misma». Hay que colocar a la ciencia en su sitio, despojarla de su petulancia y reconducirla al lugar que verdaderamente le corresponde: la de ser sólo una forma de conocimiento, tal vez interesante pero nunca exclusiva, porque ni sus objetivos son los más importantes ni tiene más autoridad que cualquier otra forma de vida.

Ante el poder creciente de la comunidad científica, FEYERABEND propone una separación entre Estado y Ciencia, similar a la que existe entre Iglesia y Estado. Y sugiere con cierto cinismo que nos sirvamos de los saberes tecnológicos y aprovechemos esa masa de esclavos voluntarios que en laboratorios y universidades se someten a la servidumbre intelectual e institucional más abyecta, prefiriendo ser científicos a ser los dueños de su destino. Deberíamos, prosigue, utilizarlos e incluso escucharlos, «pues a veces tienen algunas historias interesantes que contarnos»; pero no debemos permitirles que impongan su ideología ni que enseñen las fantasías de la ciencia como si fuesen los únicos enunciados verdaderos. Sólo si logramos separar Ciencia y Estado y colocar la ciencia «en su sitio» podremos conseguir una auténtica sociedad humana y humanizada que supere «el febril barbarismo de nuestra época científico-técnica».

FEYERABEND no niega los progresos de la tecnología, pero considera que los resultados y las aplicaciones científicas no se deben sólo a la ciencia, sino a la ayuda de elementos no científicos y al uso acientífico de tradiciones, ideas e intuiciones de muy diverso signo.

Una ciencia que pretenda poseer la única metodología correcta y producir los únicos resultados legítimos es mera ideología. Si los hombres desean desarrollarse en la naturaleza y en la historia como seres plenos deben recurrir y hacer uso de todas las ideas y de todos los métodos. «La afirmación —concluye— de que no existe conocimiento alguno fuera de la ciencia (*extra scientiam nulla salus*) no es más que otro cuento de hadas interesado y sectario».

Después de cuanto queda dicho y una vez colocada la ciencia «en su sitio», los juristas estamos en condiciones de responder a quienes nos nieguen estatuto científico que aceptamos en buena hora su rechazo porque tal estatuto no es envidiable ni consistente, ni tan siquiera honorable.

D) LA RACIONALIDAD DEL DISCURSO JURÍDICO

El positivismo identificaba la ciencia y racionalidad de tal modo que el saber científico no era sólo una forma de conocimiento, sino la única forma de conocimiento posible. Se incurría así, como señala BUENO (45), en una

(45) Cfr. BUENO, G., *op. cit.*, pág. 104.

suerte de «fundamentalismo científico» al presentar a la ciencia como la única visión racional y universal de la realidad.

Pero pronto se reaccionó frente a esa «razón menguada», ese «racionalismo disminuido», por el cual ámbitos enteros de problemas esenciales para la vida y la especie humana quedaban excluidos del debate y abandonados a actitudes irracionales (46). Y se consideró que existían investigaciones y actividades intelectuales que aunque no encajasen en los criterios de demarcación al uso estaban guiadas racionalmente y eran gobernables por la razón.

Y es en esta racionalidad antipositivista donde debemos situar a nuestra disciplina.

1. Aunque la noción misma de racionalidad sea una convención, la ciencia del derecho satisface los cánones comúnmente aceptados.

La jurisprudencia es una actividad racional porque está orientada a la solución de problemas y sus tesis son contrastadas, debatidas y eventualmente consensuadas por los miembros de la comunidad de juristas. Es racional porque en el debate argumentativo toma como guía y juez la inteligencia crítica y reflexiva. Es racional porque usa de razones y razonamientos, porque pondera la fuerza y representatividad de los argumentos y evalúa la validez y suficiencia de los procesos de información (47).

Y en fin, siguiendo el modelo de racionalidad global preconizable por BUNGE (48), la jurisprudencia participa, en mayor o menor escala, en las siete «racionalidades» propuestas; es decir, racionalidad:

- a) Conceptual: Reducción de la vaguedad o imprecisión a través de la interpretación, integración y sistematización del ordenamiento jurídico.
- b) Lógica: Orientación a la coherencia eliminando la contradicción mediante la solución de antinomias.
- c) Metodológica: Necesidad de debate, crítica y justificación.
- d) Gnoseológica: Contraste del sistema normativo con la experiencia social.
- e) Ontológica: Coherencia del ordenamiento jurídico con el estado científico y tecnológico del momento.

(46) Cfr. HABERMAS, J., *La lógica de las ciencias sociales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 45.

(47) Cánones de racionalidad en LAUDAN (*op. cit.*, págs. 11, 21-22) y BROWN, HAROLD (*La nueva filosofía de la ciencia*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, págs. 196-197). En WARTOFSKY (*Introducción a la filosofía de la ciencia*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pág. 527). En NOZICK, R. (*La naturaleza de la racionalidad*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1995, págs. 106 y sigs.).

(48) Cfr. BUNGE, M., *Racionalidad y realismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 13-26.

- f) Evaluativa: A través de la búsqueda de lo justo o, cuando menos, de «lo correcto».
- g) Práctica: Adaptación instrumental de los complejos normativos e institucionales a la consecución de objetivos sociales.

2. La racionalidad antipositivista, como indica ESTEBAN MEDINA (49), es social y práctica. Social porque lo que sea o no razón lo determinan los hombres. Práctica porque actúa como guía de la acción social. La ciencia del derecho supone racionalidad social porque los sistemas jurídicos modernos son aceptados precisamente por su racionalidad y se conciben y sienten como interdicción de lo arbitrario. E implica también racionalidad práctica porque el sistema normativo es por esencia un mecanismo de integración social que asegura la cohesión, previene y resuelve los conflictos y organiza y coordina la actividad grupal.

3. A partir del «giro lingüístico» sabemos que la realidad es una realidad lingüísticamente mediada a la que accedemos a través del lenguaje. A cualquier nivel de creencias o pensamientos, incluidos los «científicos», la objetividad pasa por la intersubjetividad. Los hombres necesitan comunicarse, y sólo por medio del acuerdo nos aproximamos a lo objetivo. Un enunciado científico o una propuesta «racional» se objetiva por la aceptación o el consentimiento de la comunidad concernida por ella.

La racionalidad se hace así razón dialógica porque el consenso sólo podría obtenerse y legitimarse mediante un diálogo racional basado en la argumentación. Desde esta perspectiva, la ciencia del derecho es racional porque el debate jurisprudencial constituye un ejemplo paradigmático de razón dialógica en cuanto es un debate dirigido a la búsqueda de la solución correcta a través del intercambio de argumentos (50).

Esta afirmación de la racionalidad del discurso jurídico es importante porque en nuestra tradición cultural la dignidad de un conocimiento depende de su racionalidad. Es posible que la ciencia jurídica no encaje en ninguno de los criterios de demarcación aceptados por la comunidad científica, pero eso ni le resta dignidad ni autoriza a nadie para condenar sus investigaciones. Porque esas investigaciones son también racionales y, en cuanto ligadas a los sistemas normativos, indispensables para asegurar la cohesión social (51).

(49) Cfr. ESTEBAN MEDINA, *op. cit.*, pág. 304.

(50) Para una crítica de la «razón dialógica» véase el espléndido texto de JAVIER MUGUERZA, *Desde la perplejidad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1990.

(51) Véase NEWTON-SMITH W. H., *La racionalidad de la ciencia*, Ed. Paidós, Barcelona, 1987, págs. 105-106.

V. LOS CRITERIOS DE DEMARCACIÓN

Llamamos problemas de demarcación al hallazgo de un criterio que permita separar ciencia y no ciencia.

Los juristas son conscientes de que la ciencia del derecho no satisface, en principio, ninguno de los cánones científicos; de que la jurisprudencia no encuentra encaje en los criterios de demarcación comúnmente aceptados. Y de ahí su permanente desasosiego ante el rechazo de la comunidad científica. Por eso es indispensable abordar ahora el problema de demarcación e intentar una valoración crítica del propio concepto de «criterio de demarcación».

La tesis que al respecto sostengo es la siguiente: Si la moderna filosofía de la ciencia considera que un criterio de demarcación *no es un criterio científico*, nadie está legitimado *científicamente* para negar a la jurisprudencia la condición de ciencia.

1. KARL R. POPPER: «LO CIENTÍFICO» COMO CONVENCIÓN

En su *Lógica de investigación científica* (52), POPPER define el problema de la demarcación como el problema de «encontrar un criterio que nos permita distinguir entre las ciencias empíricas, por un lado, y los sistemas metafísicos, por otro».

POPPER critica el modo «naturalista» con que los positivistas abordan el tema al creer que tiene que existir en la naturaleza de las cosas una diferencia que deslinde claramente la metafísica de la ciencia empírica. Y partiendo de su conocida crítica de la inducción y frente al principio positivo de verificabilidad, propone un nuevo criterio de demarcación: el de «falsabilidad», según el cual un sistema teórico sólo puede ser calificado de científico cuando sea posible refutar o «falsar» por la experiencia sus proposiciones y enunciados. La función de la experiencia es por tanto negativa o crítica, ya que las observaciones no se usan para confirmar teorías, sino únicamente para «falsarlas». Desde luego, de acuerdo con los cánones popperianos, la jurisprudencia no puede ser calificada como ciencia porque sus enunciados teóricos no son «falsables» observacionalmente. Pero lo que nos interesa retener de POPPER es su conclusión de que no existe un criterio *científico* de demarcación, que no existe una diferencia «natural» entre metafísica y ciencia.

En suma, todo criterio de demarcación es una mera *convención* que, como tal, descansa en simples opiniones personales y juicios de valor. Como nos recuerda literalmente, «siempre será un asunto a resolver por una convención el de a qué cosa hemos de llamar una ciencia o de a quién hemos de calificar de «científico»».

(52) Ed. Tecnos, Madrid, 1985, págs. 33-42.

Un buen ejemplo de decisión típicamente convencional es el criterio cuantitativo manejado por PRICE, para quien «ciencia son los trabajos que han sido publicados en revistas científicas, entendiendo por tales las que aparecen en el *World List of Scientific Periodicals*». Y así el convencionalismo enlaza con el fantasma siempre presente del relativismo, ya que ambos, en definitiva, niegan la posibilidad de distinguir «científicamente» entre discursos científicos y no científicos (53).

De todo lo anterior se deduce una conclusión obvia. Si no existe ningún criterio «científico» para determinar qué deba ser considerado como ciencia, si nadie está autorizado para decidir «científicamente» qué sea o no sea ciencia y si toda regla de demarcación descansa en una mera convención, ninguna comunidad de investigadores está legitimada ni para monopolizar el recinto de lo científico ni para expulsar de él a nuestra disciplina.

2. DEMARCACIÓN Y «PARADIGMA»: THOMAS S. KUHN

De la visión que de la historia real de la ciencia ofrece KUHN (54) nos interesa retener su noción de «paradigma». Se trata de un término amplio y elástico que hace referencia a los presupuestos comúnmente aceptados y compartidos por la comunidad científica en un período histórico determinado.

Durante las etapas de «ciencia normal» las investigaciones progresan dentro de los límites impuestos por el paradigma aceptado. Pero la aparición posterior de datos y elementos contradictorios y discordantes conducen a una situación de crisis e inseguridad en que el paradigma dominante comienza a cuestionarse. Los planteamientos teóricos entran en competencia hasta llegar a una «revolución científica» en que el paradigma anterior es abandonado y desplazado por un nuevo paradigma emergente.

Si aplicamos este esquema evolutivo al mundo del Derecho podríamos decir que el siglo xviii representa la apoteosis del «paradigma iusnaturalista». Pero este paradigma entra en crisis con el criticismo kantiano y el historicismo, hasta ser prácticamente sustituido en un giro revolucionario por un nuevo paradigma emergente: el «positivismo jurídico».

Pues bien, el criterio de demarcación, el concepto de ciencia aceptado y compartido en un momento dado por la comunidad científica constituye y forma parte de un «metaparadigma» que está destinado también en cuanto tal a ser reemplazado o sustituido en el curso de las revoluciones científicas. Como señala KUHN, «la recepción de un nuevo paradigma hace necesaria

(53) Sobre esta cuestión véase MEDINA, ESTEBAN, *op. cit.*, págs. 142, 178-179.

(54) Cfr. KUHN, THOMAS S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987; en especial págs. 165-166 y 230.

frecuentemente una redefinición de la ciencia... Problemas que anteriormente eran triviales (no científicos) pueden convertirse con un nuevo paradigma en los arquetipos mismos de la realización científica de importancia. Y al cambiar los problemas también lo hacen a menudo las normas que distinguen una solución científica real de una simple especulación metafísica».

Por tanto, cuando la comunidad de los juristas reclama la condición de comunidad científica se está acogiendo en realidad a un paradigma, que entra en competencia con el modelo empirista tradicional. Ahora bien, KUHN sostiene la inconmensurabilidad de los paradigmas en pugna. «La competencia entre paradigmas no es una batalla que pueda resolverse por medio de pruebas». Que los juristas consigan o no el reconocimiento de estatuto científico depende tanto de tácticas de persuasión, de factores psicológicos y sociológicos, de elementos muchas veces irracionales y, desde luego, «no científicos».

En consecuencia, desde la perspectiva kuhneana, no hay tampoco razones «científicas» que puedan esgrimirse contra la científicidad de la jurisprudencia. Los jurisperitos que reclaman estatuto científico y los investigadores tradicionales que se lo niegan no son más que miembros de comunidades distintas que trabajan bajo paradigmas diferentes. Y la competencia entre ellos no puede resolverse por criterios científicos, sino a través de mecanismos de persuasión extremadamente complejos y heterogéneos.

3. LOS PELIGROS DEL DOGMATISMO: RELATIVIZACIÓN DE LOS CRITERIOS DE DEMARCACIÓN

LAKATOS (55), desde una posición claramente dogmática, había considerado decisivo el criterio de demarcación por cuanto, en su opinión, la distinción entre lo científico y lo pseudocientífico tiene una importancia vital, tanto social como política.

A) Frente a esta tesis, NEWTON SMITH (56) mantiene una postura relativista que abre nuevas vías de defensa en favor de la jurisprudencia.

De una parte, la racionalidad no se agota con la ciencia. No hay ninguna razón que permita sostener que la investigación científica sea la única forma de investigación racional, y por tanto no es lícito «condenar una investigación porque no cumpla con cierto criterio de demarcación».

De otro lado, todo criterio de demarcación es artificioso en cuanto falto de fundamentación científica. «Carece de sentido tratar de articular un principio que separe lo científico de lo no científico». Desde luego, es lícito

(55) *La metodología de los programas de investigación científica*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pág. 3.

(56) *Op. cit.*, págs. 105-106.

adoptar un determinado criterio de demarcación, pero siempre que seamos conscientes de que adoptamos una convención y no una ley científica. Si lo olvidamos incurriremos en los excesos de todo dogmatismo; suponer que aquello que se catalogue —al estar debajo de nuestra escala de evaluación— como no científico debe ser condenado sin más averiguaciones como una actividad indigna.

B) En esta dirección relativizadora se mueven también los sociólogos interpretativos, para quienes la distinción científico-no científico es algo poco claro y en cierto sentido irrelevante. Se vuelve a condenar así el radicalismo de los absolutistas, de los «metafísicos de la ciencia», que la conciben como una realidad aparte, única y diferente, en cuanto dotada de una lógica y una racionalidad inmanente.

C) Desde una perspectiva historicista, BROWN (57) sostiene que el conocimiento científico para cada etapa histórica es «lo que los científicos consideran activamente como tal». Por ello, «el conocimiento científico de una época puede ser rechazado como erróneo en la siguiente». En consecuencia, llamamos ciencia simplemente a todo aquello que es consensuado como tal por la comunidad científica en un concreto contexto temporal.

La definición de «lo científico» a través del consenso implica una posición relativista e historicista que favorece nuestra postura argumental. De aceptarse el modelo de BROWN, no se ve de qué modo una determinada comunidad de investigadores puede permitirse rechazar la científicidad de la jurisprudencia.

a) En ausencia de criterios objetivos, siempre podemos argüir que ese consenso en el rechazo no es racional ni legítimo, sino forzado por factores económicos, políticos y sociales, y entre ellos la tradición, la rutina o el interés corporativo de los grupos privilegiados en restringir el acceso de nuevos miembros.

b) El consenso es histórico y no definitivo, ya que puede desaparecer o ser modificado en etapas ulteriores. Y eso nos permite dar un consejo a quienes nos expulsan del recinto científico: «Sed cautos: no nos rechazéis ahora, porque el futuro puede desmentiros y obligaros a admitirnos con honra».

c) Si partimos del consenso de la comunidad científica, habrá que definir que sea esa pretendida comunidad. Y, desde luego, no hay ninguna regla que fije cánones de pertenencia objetivos. Los científicos se sienten tales a través de procesos de autopercepción y reconocimiento intersubjetivo. Y este tipo de procesos, por su propia naturaleza, está lastrado por multitud de factores irracionales y subjetivos.

(57) Cfr. BROWN, HAROLD, *op. cit.*, págs. 199-217.

Además, la comunidad científica es una comunidad de hombres, y por tanto movida por sus propios intereses y agitada por la pasión y el conflicto. Capaz incluso, como recordaba LYOTARD, de llegar a comportamientos terroristas condenando al silencio a los competidores molestos.

En suma, si la racionalidad del consenso no puede ser probada, si la comunidad científica como intragrupo participa de las limitaciones y bajezas de la condición humana, no vemos con qué autoridad, desde un consenso tan precario y desde una comunidad tan partidista, puede condenarse una investigación como la jurídica, que al menos comparte con la «ciencia oficial» un alto grado de racionalidad.

4. HACIA UN MODELO PRAGMÁTICO: LA POSICIÓN DE LARRY LAUDAN (58)

Para LAUDAN, la ciencia es fundamentalmente una actividad solucionadora de problemas cuyo objetivo consiste precisamente en obtener teorías con una elevada capacidad resolutoria. Por ello, una de las funciones más importantes de la teoría es la de reducir y solventar la ambigüedad. Y la medida evaluatoria de una tradición investigadora vendría dada por su aptitud para ofrecer soluciones adecuadas a problemas importantes.

De inmediato se intuye una evidente conexión entre el modelo de LAUDAN y la llamada «jurisprudencia de problemas». Porque, en efecto, VIEHWEG (59) ha conectado brillantemente la ciencia del Derecho con la tradición tópica, a la que concibe como una «técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema», «una técnica del pensamiento problemático».

No creo, sin embargo, que hablando estrictamente la jurisprudencia pueda encajar en el criterio de demarcación preconizado por LAUDAN, que más bien parece incluirla dentro del campo de las «humanidades», aunque de su obra debemos retener dos ideas fundamentales:

a) La desvalorización del dilema «ciencia-no ciencia». Para LAUDAN, si existe alguna diferencia entre ambos términos no sería de tipo, sino únicamente de grado de progresividad, entendiendo que la progresividad de una teoría debe medirse evaluando el número y la importancia de los problemas empíricos que resuelve y restando el número y la importancia de los problemas conceptuales que genera.

En suma, no hay fundamental distinción entre la ciencia y otras formas de indagación intelectual porque en todas concurren objetivos similares y simi-

(58) Cfr. LAUDAN, LARRY, *op. cit.*, en especial págs. 11, 21, 22, 39, 41, 42, 102, 117, 240, 241.

(59) Cfr. VIEHEWEG, T., en *Tópica y jurisprudencia*, Tauros Ediciones, Madrid, 1964.

lares procedimientos evaluativos. La búsqueda de un criterio de demarcación ha sido un fracaso rotundo porque no parece haber ningún conjunto de rasgos epistémicos que muestren todas las ciencias y sólo ellas.

b) Por tanto, la diferencia entre «ciencia» y «humanidades» —si es que existe— reside para LAUDAN en que, en principio, las primeras han alcanzado mayores tasas de progreso. Y digo en principio porque incluso esa pretendida progresividad de la «ciencia» le parece cuestionable y no va más allá de una vaga intuición.

Y por esta razón termina invitando a los historiadores de las ideas no científicas «para que comiencen a reinscribir la historia con una orientación que se encamine a la evaluación de la racionalidad y el progreso relativo de las tradiciones de investigación en el campo de las humanidades».

Si nos hacemos eco de esta invitación debemos reconocer que a lo largo de una tradición secular la jurisprudencia ha mostrado un alto grado de eficacia resolutive. Basta para ello recordar el desarrollo progresivo de la interpretación y la hermenéutica jurídicas, la formalización de técnicas orientadas a la solución de antinomias y lagunas o el alto grado de refinamiento alcanzado por el método analógico (60).

Pero ahora quiero referirme más específicamente a los contactos entre el modelo de LAUDAN y el «pensamiento tópico», sobre el que tan brillantemente ha teorizado VIEHWEG.

La tópica jurídica es una técnica del pensamiento orientada hacia el problema que se inicia en el Derecho romano y a través de la jurisprudencia medieval llega hasta nuestros días. Esta relación esencial con el problema se articula por VIEHWEG bajo tres presupuestos:

- 1) La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema.
- 2) Las partes integrantes, los conceptos y proposiciones de la jurisprudencia tienen que quedar ligados de un modo específico con el problema y únicamente pueden ser comprendidos desde él.
- 3) Las proposiciones y los conceptos jurisprudenciales sólo pueden ser utilizados en una aplicación que conserve su vinculación con el problema.

Para VIEHWEG, el pensamiento sistemático es insuficiente. Si colocamos el acento en el sistema, el propio sistema opera una selección de problemas; si, por el contrario, ponemos el acento en el problema, es el planteamiento del problema el que opera una selección de sistemas. En realidad, la proximidad al problema excluye que el espíritu tópico pueda reducirse a sistema.

(60) Sobre este punto puede consultarse BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Ed. Temis, Bogotá, 1987, págs. 184-207.

Los tópicos son directivas, guías, puntos de vista, criterios rectores, argumentos generales, estructuras sintéticas, susceptibles a su vez de reinterpretación y que aparecen legitimados por consenso. («Nemo dat quod non habet». «Plus cautions in re est, quam in persona». «Quod initio vitiosum est, non potest tracta tempore convalescere...»).

Ante un problema determinado los *topoi* son guías o proposiciones directivas que ofrecen posibilidades de orientación, apoyos o puntos de vista para su resolución. No son arbitrarios porque descansan en la general aceptación, pero, por otra parte, son flexibles, abiertos y adaptables a la singularidad de cada caso.

La tópica como técnica equivale a un *ars inveniendi* o arte de descubrimiento en la que —como señala HENKEL (61)— se produce una serie escalonada de operaciones: comprensión del problema; localización de *topoi* orientados específicamente hacia él; averiguación de sus líneas directrices; decisión o elección entre las posibilidades de solución que suministran los *topoi* utilizados.

A pesar de las críticas recibidas, especialmente por su alejamiento del pensar sistemático (62), la tópica, a lo largo de una tradición secular, ha demostrado un alto grado de eficacia en la resolución de problemas. Si al pensar tópico unimos las técnicas y teorías utilizadas históricamente por la jurisprudencia para elegir o decidir en medio de la incesante y variable problemática del convivir social, habremos de concluir —si nos acogemos al modelo de LAUDAN— que el saber jurídico ha demostrado un alto nivel de progresividad. Y precisamente por ello no parece razonable negarle el estatuto científico que descansa específicamente en este criterio.

5. UN RADICALISMO FINAL: FEYERABEND (63)

El «anarquismo epistemológico» de FEYERABEND ha conmocionado las bases de la filosofía de la ciencia. Para FEYERABEND, el progreso intelectual exige que en la teoría del conocimiento el racionalismo sea sustituido por la creatividad, la imaginación y la anarquía.

No todo conocimiento es científico ni el conocimiento llamado científico goza de superioridad epistemológica. «El intento de aumentar la libertad, de procurar una vida plena y gratificadora, y el correspondiente intento de descubrir los secretos de la naturaleza y del hombre implican el rechazo de criterios universales y de todas las tradiciones rígidas» y, también, «el rechazo de una gran parte de la ciencia contemporánea».

(61) Cfr. HENKEL, H., *op. cit.*, pág. 680.

(62) Así LARENZ, KARL, *op. cit.*, págs. 151-156.

(63) Cfr. FEYERABEND, P., en *Tratado contra el método*, Ediciones Tecnos, Madrid, 1986.

El único principio que contribuye al progreso es el «todo vale». Expertos y profanos, profesionales y *dilettantes*, forjadores de utopías y mentirosos, todos están invitados a participar en el debate y a contribuir al enriquecimiento de la cultura.

Para FEYERABEND el criterio de demarcación, en base al cual la «comunidad científica» se permite expulsar o rechazar de su seno a un determinado tipo de saber, no es sólo —como en POPPER— una mera convención, sino una muestra de «chauvinismo» y corrupción intelectual, una técnica totalitaria que destruye al oponente en lugar de permitirle seguir su propio camino.

La distinción entre ciencia y no ciencia «se desvanece en el aire». Su separación «no sólo es artificial, sino que va en perjuicio del avance del conocimiento». En suma, concluye, «una ciencia que insiste en poseer el único método correcto y los únicos resultados aceptables es ideología».

Como ya dijimos, el impacto de las tesis de FEYERABEND en la filosofía de la ciencia ha sido notable y sus críticas al corporativismo de la «comunidad científica» son acerbas y desarraigadas. Los juristas —a condición de que no se recluyan en el academicismo— disponen en su «Tratado...» de un abundante material dialéctico para oponerse a quienes desde sus cerrados círculos se atreven a negar estatuto científico a la jurisprudencia o a cuestionar la eventual contribución de la ciencia del Derecho al progreso y la libertad.

VI. LAS APORTACIONES DE LA TEORÍA CRÍTICA: CONSIDERACIÓN GENERAL

Entre los objetivos del presente estudio estaba el defender la posibilidad de un debate racional acerca de los valores jurídicos y las proposiciones normativas; y el de sostener la racionalidad de una ciencia del Derecho orientada a la valoración crítica del «derecho dado» y a la creación de un sistema normativo «correcto».

Ambos objetivos son radicalmente opuestos al positivismo jurídico. Por ello, metodológicamente, se ha recurrido a la corriente antipositivista más fecunda y poderosa; y se ha buscado tentativamente aplicar sus análisis y traducir sus conclusiones al campo jurídico y al concreto tema de debate.

Esto explica que la última parte del estudio dedique un amplio espacio a la llamada «teoría crítica», y más especialmente a la teoría crítica en JÜRGEN HABERMAS. Se trata de una vía metodológica *tentativa y crítica*: Por tentativa destaca aproximaciones, sugerencias y argumentos. Por crítica, no rehuye las valoraciones negativas, y en particular el intento de legitimar las proposiciones normativas a través del consenso.

El autor del presente estudio ni se adscribe a los postulados de la teoría crítica ni pertenece a «la nutrida tropa española de los habermasia-

nos» (64), pero reconoce que en la Escuela de Francfort se pueden encontrar poderosos argumentos y luminosas sugerencias para el reconocimiento y dignificación de una jurisprudencia orientada a la realización de la justicia y la plenitud del desarrollo humano.

Señalaba BERNSTEIN (65) que una de las convicciones más profundas de la cultura occidental ha sido la creencia en que el conocimiento genuino es el medio más eficaz para la emancipación y liberación del individuo y la sociedad, pero denunciaba también que a la altura de nuestro tiempo se percibe una sensación de desesperanza y frustración. La pretendida racionalidad puede encubrir una forma sutil de ideología, y la ciencia y la tecnología se han convertido en un poderoso instrumento de represión y dominio. Y es en este contexto donde la Escuela de Francfort —ADORNO, HORKHEIMER, MARCUSE, HABERMAS— ha alzado vigorosamente su protesta, que ahora nos interesa centrar en dos aspectos:

1. CRÍTICA DE LA «TEORÍA TRADICIONAL»

a) La separación entre teoría y *praxis*, entre pensar y actuar, es un reflejo ideológico que contribuye a mantener el *statuo quo*. Para HABERMAS, el proceso de cientifización busca el control técnico de la historia, despreciando el consenso racional de los ciudadanos en orden al control práctico de su destino.

b) La teoría tradicional abandona y reprime la función crítica y tiende a aceptar las ideas y las condiciones sociales prevalentes.

c) La teoría tradicional desconoce sus propios intereses y considera la tarea científica como independiente de la sociedad y de la historia. Por el contrario, la teoría crítica se guía por un interés práctico primordial: «el mejoramiento radical de la existencia humana», de tal modo —nos dirá HORKHEIMER— que la humanidad sea por primera vez un sujeto consciente y determine activamente su propia forma de vida.

d) El positivismo identifica conocimiento y ciencia, considerando a la ciencia como el único tipo de conocimiento legítimo. La visión de HABERMAS es totalizadora y toma en cuenta, como veremos, tres intereses cognoscitivos básicos a los que corresponden tres tipos de ciencias: el interés técnico, propio de las ciencias empírico-analíticas; el interés práctico, propio de las ciencias histórico-hermenéuticas, y el interés emancipatorio, propio de las ciencias sociales críticas.

(64) Cfr. GARCÍA BLANCO, J. M., «LOS Pepito Grillo de la sociología», diario *El País*, 11 de noviembre de 1988.

(65) Cfr. BERNSTEIN, R. J., *La reestructuración de la teoría social y política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pág. 222.

Se quiebra así el monopolio que de «lo científico» pretendían administrar en exclusiva las ciencias experimentales y se extiende ahora la cientificidad a facetas y aspectos que siendo vitales para el hombre —la interacción libre y abierta y el control humano de la historia— habían sido relegados por el positivismo al mundo irracional de los valores.

2. CRÍTICA DE LA «RAZÓN INSTRUMENTAL» (66)

Entendiendo por instrumental o subjetiva la razón típica de la racionalidad científico-técnica que busca los medios adecuados para la consecución de fines determinados, pero sin cuestionar ni valorar la pertinencia de esos fines en orden al desenvolvimiento racional del vivir social.

a) La razón instrumental priva de legitimidad a todo juicio ético sobre la realidad social, porque «la razón menguada» del positivismo considera los valores y los fines últimos como irracionales y subjetivos. Aunque lo cierto es que difícilmente puede calificarse de humana una razón que permanece indiferente, neutral o silenciosa ante la tortura, el hambre y la violencia.

b) La razón instrumental provoca un proceso de «reificación». Los hombres dejan de ser sujetos para convertirse en cosas y toda la actividad humana se transforma en una mercancía.

c) La razón instrumental identifica el progreso con el avance técnico, convirtiendo la relación hombre-naturaleza en una relación sujeto-objeto, dominador-dominado.

d) La razón instrumental conduce a una cultura de masas que no forma ciudadanos autónomos y solidarios, sino que los convierte en átomos indefensos fácilmente manipulables desde el poder.

e) La razón instrumental origina, en fin, el desarraigo de la democracia.

Como señala HABERMAS (67), las formas tradicionales —entre ellas la organización del tráfico económico, las instituciones de Derecho privado y la burocracia estatal— «se ven cada vez más sometidas a las condiciones de la acción instrumental o de la racionalidad estratégica». El objetivo de la política será «la evitación de las disfunciones y riesgos que pudieran amenazar al sistema, es decir, la política no se orienta a la realización de fines prácticos, sino a la resolución de cuestiones técnicas». Se quiere poner bajo control a la sociedad «de la misma forma que a la naturaleza, es decir, reconstruyéndola según el modelo de los sistemas autorregulados de la acción racional con

(66) Seguiremos sustancialmente la síntesis ofrecida por CORTINA, ADELA, *Crítica y utopía: la Escuela de Francfort*, Editorial Cincel, Madrid, 1985, págs. 79-98.

(67) Cfr. HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología*, págs. 78, 84, 104.

respecto a fines y del comportamiento adaptativo». Lo único que nuestras democracias hacen posible es el bienestar sin libertad.

El análisis precedente parece ajustado a la realidad social de nuestros días, aunque quizá convenga establecer ciertas reservas a esa condena radical del desarrollo tecnológico.

Por una parte, si en la era del consumo hay una penetración burocrática y una gestión científica y técnica de los comportamientos, también es cierto —como señala LIPOVETSKY (68)— que a la vez se abre al individuo un amplio abanico de elecciones que favorece su emancipación. Si el consumo de masas facilita la uniformidad de las conductas, aumenta también la oferta de referencias y modelos, entre los que el sujeto se ve obligado a escoger permanentemente. El consumo se convierte así en agente de personalización, que crea individuos informados y responsabilizados de sí mismos.

Y de otro lado, el progreso tecnológico puede contribuir sustancialmente al reestablecimiento de la Intersubjetividad y a la liberación de las presiones que el poder ejerce sobre los ciudadanos. CASTELL (69) señalaba no hace mucho cómo «Internet» podría permitir a los ciudadanos con voluntad política escapar de la dura alternativa de elegir entre la adhesión partidaria y acrítica o el consumo solitario de información condicionado por los mensajes unidireccionales recibidos de los medios de comunicación. Con ello se abre la posibilidad tecnológica de establecer el debate de ciudadano a ciudadano, de grupo a grupo, rompiendo los esquemas de la comunicación política vertical. Frente a la atomización actual de los individuos se podría dar paso a nuevas redes de relación y al desarrollo de debates en los que se forme una opinión pública más allá de los canales tradicionales, fuertemente controlados por los poderes políticos o económicos.

A la vista de cuanto queda expuesto, cabe preguntarse qué significado tienen los postulados de la Escuela de Francfort en relación al tema que nos ocupa. En mi opinión, debemos anotar tres aportaciones fundamentales:

1.^a La crítica al «cientificismo». Una ciencia basada en la razón instrumental conduce al desarraigo, la cosificación, la manipulación y la tiranía. No puede identificarse conocimiento y ciencia porque la ciencia es a lo más una de las formas de conocimiento posible.

La jurisprudencia puede reclamar con toda justicia el reconocimiento de estatuto científico porque «lo científico» abarca también otras dimensiones del convivir social y de la vida humana con las que el Derecho está fuertemente comprometido. La jurisprudencia sería una ciencia hermenéutica que

(68) Cfr. LIPOTSKY, G., *La era del vacío*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1986, págs. 107-111.

(69) Cfr. CASTELL, M., «Ciudadanos: al Internet», diario *El País*, 7 de febrero de 1996.

responde al interés práctico de garantizar el entendimiento intersubjetivo de los hombres dentro de una organización social.

2.^a La crítica al neopositivismo. También hay una racionalidad en los valores y los fines últimos y es posible un debate racional sobre ellos. Se supera la «razón menguada» del positivismo jurídico al sostenerse la racionalidad de la conexión entre Derecho y justicia. Y se otorga legitimidad al «Derecho de los derechos fundamentales» al proclamarse la dignidad y racionalidad de toda tarea encaminada a la emancipación del hombre y a su conversión en sujeto y dueño de la historia.

3.^a La crítica al dogmatismo. Se rechaza la fijación dogmática hacia «el Derecho dado». Y se revaloriza la función crítica, el análisis crítico de la realidad social. La jurisprudencia recupera una perspectiva más amplia y, al menos potencialmente, podría convertirse también en una ciencia social crítica abierta a procesos de autorreflexión y guiada por el interés emancipatorio de convertir a los hombres en sujetos y dueños de la historia.

VII. LA TEORÍA CRÍTICA EN JÜRGEN HABERMAS

1. CONOCIMIENTO E INTERÉS (70)

a) HABERMAS distingue tres intereses cognoscitivos básicos —el técnico, el práctico y el emancipador— con los que se corresponden respectivamente tres tipos de ciencias: las ciencias empírico-analíticas, las ciencias histórico-hermenéuticas y las ciencias sociales críticas. A su vez, cada uno de estos intereses cognoscitivos enlaza con una determinada faceta de la vida social del hombre: trabajo, interacción o poder.

A través del trabajo los individuos garantizan su supervivencia material mediante el control, el dominio y el aprovechamiento de su medio. A través de la interacción los individuos garantizan también su supervivencia asegurando la posibilidad de acuerdos y reconocimientos mutuos. La interacción en cuanto «acción comunicativa» está gobernada por normas consensuales obligatorias que definen expectativas recíprocas. A diferencia de las reglas técnicas, la validez de las normas sociales se basan en la intersubjetividad y en el reconocimiento general de las obligaciones.

HABERMAS parte de una concepción totalizadora de la experiencia humana. Por eso, las ciencias empírico-analíticas ni son las únicas ciencias en presen-

(70) Cfr. HABERMAS, J., *Conocimiento e interés*, Tauros Ediciones, S.A., Madrid, 1982, págs. 168-192. Para una valoración crítica véase BERNSTEIN, R. J., *op. cit.*, págs. 241-252, y Me CARTHY, T., *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 75-98.

cia ni representan el único tipo de conocimiento legitimado. A su lado cuando menos, y en igualdad de rango, han de situarse las ciencias histórico-hermenéuticas. Las primeras «aprehenden la realidad con vistas a una manipulación técnica»; las segundas «pretenden las interpretaciones de la realidad con vistas a la intersubjetividad posible de un acuerdo orientador de la acción».

No sólo las ciencias clásicas, sino también las ciencias histórico-hermenéuticas son absolutamente necesarias y contribuyen decisivamente a garantizar la supervivencia de la especie. «La metodología hermenéutica tiende a asegurar la intersubjetividad... en la acción bajo normas comunes» y hace posible el consenso sin coerciones y el reconocimiento sin violencia. «Si estas coméntes de comunicación se cortan y la intersubjetividad de la comprensión se hace rígida o se derrumba, queda destruida una condición (esencial) de supervivencia».

En igual dirección insiste Me CARTHY, para quien el interés práctico está anclado en un imperativo de la vida sociocultural, que tiene raíces antropológicas tan profundas como el interés técnico por cuanto la supervivencia de los individuos socializados está ligada a la existencia de una intersubjetividad fiable.

b) HABERMAS encuadra la ciencia del Derecho —que él denomina «jurisprudencia científica»— dentro del campo de las ciencias hermenéuticas, y nos recuerda que teniendo su origen en el Derecho romano aparece asociada a categorías de saber no técnico sino profesional que requerían de prudencia práctica.

Como ciencia hermenéutica la ciencia jurídica está regida por el interés práctico de garantizar la intersubjetividad. Y, en efecto, el Derecho es un mecanismo de integración social que hace posible la cohesión mediante la armonización de los conflictos, ya que los sistemas jurídicos «representan tentativas de resolver los conflictos moralmente relevantes sobre una base consensual sin recurrir a la violencia manifiesta» (71). Si la sociedad, más que un conjunto de individuos es una red de comunicaciones entre hombres, importantes ámbitos comunicativos de ella pueden ser organizados recurriendo a códigos binarios como justo/injusto, legal/ilegal (72).

En la misma línea, concluye SAVATER (73), que el mantenimiento del grupo humano no depende sólo de los medios técnicos que garantizan la subsistencia física y el abastecimiento vital, sino que también es absolutamente imprescindible que exista un reconocimiento recíproco entre sus miembros. El Derecho y los valores jurídicos sirven, obviamente, a este reconoci-

(71) Me CARTHY, T., *op. cit.*, pág. 293.

(72) En este sentido, NIKLAS LUHMANN, *Teoría política en el estado de bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, págs. 42 y 57.

(73) Cfr. SAVATER, R., *Ética como amor propio*, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1988, págs. 29-34.

miento que no basta que sea solamente intersubjetivo sino que también ha de quedar institucionalizado. En el esquema de SAVATER, que tiene por centro el reconocimiento interhumano, «el Derecho disminuye la necesidad —coacción violenta— y aumenta la comunicación racional hasta llegar al pacto consensuado de la ley». Referencia al consenso que sin embargo, como veremos, está alejada de la propuesta habermasiana en cuanto se entiende solamente como simple aceptación o compromiso transaccional.

La relevancia que HABERMAS otorga a la intersubjetividad se ve igualmente confirmada desde una perspectiva antropológica. Para MONTAGU (74), al lado de las necesidades vitales básicas, existen otras como la comunicación o la asociación que deben también satisfacerse para conseguir un desarrollo adecuado del organismo. La persona está socialmente unida al grupo en que ha sido socializada. Fuera del grupo social, una criatura no es más que un ser orgánico. Y confirmando la intuición rousseauiana, mantiene que sólo se es persona dentro desde el grupo, que la persona es en realidad una serie de relaciones sociales y que el desarrollo de la personalidad es el resultado de la interestimulación. «El grupo es genéticamente anterior a la personalidad». «La sociedad está compuesta de personas en interacción». La sociedad «es hombres en interacción».

Aunque lo verdaderamente importante es la tesis de MONTAGU de que la naturaleza de estas necesidades impone la forma en que han de ser satisfechas. Y de ahí que sostenga que en estos supuestos el ser determina el deber ser y «que para la vida humana existen ciertos valores que no dependen de las opiniones, sino que son biológicamente determinados».

Tal vez mereciera la pena ahondar en esta tesis que defiende la existencia de unos «valores naturales» determinados por exigencias vitales porque con ello se apunta la posibilidad de un «iusnaturalismo biológico». Pero ciñéndonos a este primer esbozo de la doctrina habermasiana, considero que deberíamos retener dos ideas:

- La supervivencia de la especie exige no sólo garantizar los medios materiales de subsistencia, sino también asegurar la interacción comunicativa entre los componentes del grupo social. Las ciencias empírico-analíticas sirven para el control, dominio y aprovechamiento del medio. Pero no bastan. Necesitamos también de las ciencias histórico-hermenéuticas que aseguran una intersubjetividad fiable bajo normas comunes.

Ambos tipos de ciencia responden a distintos principios y metodología. Pero ambos representan formas de conocimiento y gozan del

(74) Cfr. MONTAGU, A., *Qué es el hombre*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1987, en especial págs. 57-81.

mismo rango en cuanto son absolutamente necesarias para la supervivencia del grupo humano.

- La jurisprudencia debe encuadrarse entre las ciencias hermenéuticas porque está ligada por esencia y naturaleza al sistema jurídico. Y el Derecho es un instrumento de integración social que busca la resolución de los conflictos sobre bases consensuales, que organiza determinados ámbitos de comunicación social y que garantiza la interacción y el reconocimiento intersubjetivo a través de normas comunes y cauces institucionalizados.

2. HERMENÉUTICA

La hermenéutica, como arte de la interpretación de textos, evolucionó en íntima conexión con la exégesis bíblica y la jurisprudencia.

En la interpretación de los textos legales, «la propia pretensión del texto de tener un sentido y ser verdadero proporcionaba el criterio de interpretación adecuado. La interpretación era normativo-dogmática en el sentido de que tomaba su orientación de la autoridad del texto e inquería su significado normativo para el presente» (75). Su objeto no era la crítica, la presentación desinteresada, sino la transmisión de normas tradicionales que tenían que ser aplicadas a las circunstancias del presente.

Esta orientación se vería luego superada por la corriente historicista y, más tarde, por los intentos de fundar una hermenéutica universal que superase el particularismo que hacía que cada disciplina desarrollase su propia y especial hermenéutica (76).

Para GADAMER (77) —que por cierto mantiene una posición opuesta al objetivismo de BETTI (78)— el intérprete está dentro de la historia y al interpretar está vinculado a la tradición cultural de la que forma parte; todo su aparato conceptual depende del entorno histórico-social en el que participa y esa tradición en la que está incardinado le suministra los prejuicios a partir de los cuales intenta la comprensión del texto. «El interés que se oculta tras la hermenéutica es un interés por el diálogo (con los otros, con el pasado, con culturas extrañas) sobre las preocupaciones comunes de la vida humana. La orientación hermenéutica no es la del observador neutral, sino la del partícipe

(75) Cfr. ME CARTHY, T., *op. cit.*, págs. 205-206.

(76) Para una visión general véase *La hermenéutica contemporánea*, en MACEIRAS, M., y TREBOLLE, J., Editorial Cincel, Madrid, 1990.

(77) Para una valoración crítica de la posición de GADAMER véase HABERMAS, J., *La lógica de las ciencias sociales*, págs. 236-256.

(78) Véase BETTI, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

en el diálogo. Como no tenemos el monopolio de la verdad hemos de mantenernos abiertos a las creencias y valores de los otros, tenemos que estar dispuestos a aprender de ellos» (79).

El sentido del texto siempre supera al autor. La comprensión no es una actividad de mera reproducción, sino que supone un comportamiento productivo. Y así en la hermenéutica jurídica no se trata de entender históricamente la ley, sino de concretarla a través de la interpretación con vistas al acto procesal de su aplicación. El texto legal para ser entendido adecuadamente, es decir, en relación a la situación concreta que se plantea, ha de ser entendido de forma siempre nueva y distinta, porque nuevas y distintas son las situaciones suscitadas. Por tanto la aplicación es un momento integrante de la comprensión.

Como acertadamente señala DÍEZ-PICAZO (80), la interpretación debe enfrentarse a fenómenos y situaciones nuevas y ajenas al legislador histórico. El intérprete debe adaptar continuamente el ordenamiento jurídico que está en incesante renovación porque cada nueva disposición proyecta nuevas orientaciones sobre el entero conjunto normativo.

Para HABERMAS (81), GADAMER olvida la virtualidad transformadora de la reflexión porque «al percatarse el sujeto de la génesis de la tradición de la que esa misma reflexión surge y sobre la que se vuelve queda sacudido el dogmatismo» y recupera una aptitud crítica que le permite valorar las pretensiones de validez de la tradición. La reflexión tiene capacidad para cuestionar la autoridad de las tradiciones» y no siempre confirma, sino que también quiebra los poderes dogmáticos:

La visión hermenéutica de HABERMAS se caracterizaría —siguiendo a Me CARTHY (82)— por las siguientes notas:

- La interpretación hermenéutica debe ir asociada con una crítica ideológica que ponga al descubierto los intereses y las relaciones de poder subyacentes a la tradición de la que parte y a la que pertenece el intérprete. Aunque el intérprete está vinculado a la tradición, la reflexión crítica le permite rechazar aquellas pretensiones de validez que aunque estén arraigadas en la tradición cultural no puedan justificarse por medio de un discurso racional.
- La comprensión hermenéutica tiene que ir asociada con un análisis de los sistemas sociales. La valoración crítica de una determinada tradición pasa por colocarla en su sitio, entendiéndola en sus relaciones con el sistema de trabajo social y de dominación política.

(79) Cfr. Me CARTHY, T., *op. cit.*, pág. 217.

(80) Cfr. Díez-PiCAZO, L., *op. cit.*, pág. 247.

(81) Cfr. HABERMAS, L., *La lógica...*, págs. 254-306.

(82) Cfr. Me CARTHY, T., *op. cit.*, págs. 219-223.

- La investigación hermenéutica debe ir asociada con una filosofía de la historia. La filosofía de la historia es posible como empresa práctica por cuanto como sujetos activos podemos imaginar y anticipar un futuro y esforzarnos en su consecución.

De acuerdo con estos postulados, la comprensión de la realidad jurídica debería orientarse a la crítica ideológica, al análisis crítico de los sistemas normativos y a la obtención de un marco institucional que garantice la emancipación de los hombres y la comunicación libre e irrestricta.

Desde luego, la relación entre evolución del Derecho y progreso social es un tema recurrente. Como señala LATORRE (83), son muchos los juristas que consideran que el Derecho debe ponerse al servicio del progreso social, entendiendo por tal la emancipación del hombre, el reconocimiento de su dignidad y su pleno desarrollo como persona.

Pero son también muchos los juristas que consideran que una actitud de este signo supone abrir las puertas al subjetivismo de los valores y al relativismo del deber ser; implica exponer una ciencia jurídica que se supone debe ser pura a los peligros de la contaminación ideológica.

En realidad la teoría crítica de HABERMAS parte de una visión totalizadora más allá de la dualidad hecho-valor. La «verdad» no es algo abstracto empíricamente contrastable, sino que está inseparablemente ligada a la lucha por la libertad, la emancipación y la justicia.

Las ciencias sociales críticas suponen una reflexión dirigida a desenmascarar la ideología y eliminar la dominación, y se orientan a la modificación del marco institucional que impide una comunicación libre e irrestricta. Su meta es «la organización de las relaciones sociales según el principio de que el valor de toda norma que implique consecuencias políticas ha de depender de un consenso brotado de una comunicación libre de violencia» (84).

Como precisa Me CARTHY (85), «al desenmascarar las distorsiones de la comunicación y el anclaje institucional de las mismas, que impide la organización de las relaciones humanas sobre la base de una intersubjetividad no coaccionada, el sujeto de la teoría crítica no adopta una actitud contemplativa, pretendiendo situarse por encima del proceso histórico del desarrollo humano. Hallándose a sí mismo implicado en ese desarrollo, ha de dirigir también la crítica ideológica contra sí mismo. De esta forma la teoría crítica ejerce una autorreflexión guiada por un interés por la autoemancipación».

Resumiendo cuanto queda expuesto, este segundo apartado dedicado a la hermenéutica habermasiana nos sugiere las siguientes conclusiones:

(83) Cfr. LATORRE, A., *op. cit.*, págs. 130-132.

(84) Cfr. HABERMAS, J., *Conocimiento e interés*, págs. 278-279.

(85) Me CARTHY, T., *op. cit.*, pág. 112.

1.^a La interpretación de los textos legales se inicia a partir de prejuicios o precomprensiones y con un aparato lingüístico y conceptual determinado por la tradición cultural, jurídica y política de la que forma parte el propio intérprete. No se trata de entender al legislador, de remontarnos en el tiempo para averiguar la *voluntas legislatoris*, sino de entenderse con los otros acerca del texto normativo. El intérprete no es un observador neutral, sino un participante en el diálogo. En la hermenéutica jurídica se trata de conectar la ley con el supuesto concreto que se nos plantea. La aplicación forma parte integrante de la comprensión.

2.^a Las normas jurídicas son un referente común para los miembros de un grupo social que generan expectativas recíprocas y son reconocidas como obligatorias; y por eso el Derecho garantiza la interacción y la intersubjetividad.

La búsqueda de la «justicia material» a través de una interpretación del texto deliberadamente distorsionada, al modo de la «escuela del Derecho libre» o del «uso alternativo del Derecho», no es una actividad hermenéutica porque no se dirige hacia el texto, sino que lo suplanta. Pero, sobre todo, es una actividad arbitraria que persiguiendo una intersubjetividad emancipada y libre produce justamente un resultado contrario: el de romper la comunicación al destruir la uniformidad y reciprocidad de las expectativas.

3.^a Para HABERMAS, se puede «hacer ciencia» desde un fin u objetivo de emancipación. Y con ello se legitiman aquellas corrientes de la ciencia jurídica que tratan de recuperar la función creadora de un Derecho justo y la función garantizadora de unos derechos fundamentales e inviolables. La jurisprudencia no sería una ciencia hermenéutica, sino que podría convertirse también en una ciencia crítica llamada, a través de procesos de reflexión y análisis, a crear un marco institucional que asegurase una comunicación libre y sin restricciones y que legitimase toda propuesta normativa en un consenso racional y exento de violencia.

4.^a Para un debate acerca de la posibilidad de «valores jurídicos racionales», es interesante contraponer las posiciones de GADAMER, HABERMAS y RICOER (86) en torno a tradición y reflexión crítica.

Para GADAMER, el poder que HABERMAS atribuye a la reflexión crítica debe ser relativizado: la reflexión se produce en un momento histórico determinado y por eso está también condicionada y limitada por los prejuicios de la tradición cultural en que se inserta. Y sus ideas de la vida justa no son absolutas, sino que están sometidas a su reconocimiento dentro de un diálogo con el presente y el pasado.

(86) Seguimos en este punto la exposición de Me CARTHY, T. *op. cit.*, págs. 223-230.

Por otra parte, existe una diferente actitud frente a la tradición: GADAMER habla de la tradición como fuente de valores que tienen que ser reactualizados continuamente con cada nueva situación; HABERMAS destaca los elementos de dominación y represión presentes en nuestra herencia sociocultural y de los que constantemente hemos de tratar de liberarnos. Mientras GADAMER habla del «diálogo que somos», HABERMAS se refiere al diálogo que aún no es pero debería ser. Mientras GADAMER se inserta en la historicidad de una tradición que respeta, HABERMAS opta por el distanciamiento crítico y la anticipación de un futuro de libertad.

Conciliando ambas posiciones, RICOER considera que no podemos crear el mundo ético de la nada o inventar valores desde cero porque todos nacemos dentro de un mundo cualificado ya éticamente; y como el mundo ético precede al sujeto ético, es obligado el paso a través de la tradición. Nacemos y estamos dentro de la historia y por eso la sumisión a una tradición precede a su examen.

Pero por otra parte, nuestro interés por la emancipación introduce una «distancia ética» en nuestra relación con la herencia sociocultural que nos permite reinterpretarla en el presente y materializar el proyecto de libertad en el seno de nuevas adquisiciones culturales. Por contra, si la actividad hermenéutica prescinde de ese ideal de liberación no podrá distanciarse éticamente y, por tanto, perderá toda capacidad transformadora.

3. CONSENSO Y LEGITIMACIÓN

A) Para HABERMAS el discurso es una forma de comunicación donde todos los participantes se someten «a la coacción no coactiva del mejor argumento» con el objetivo de llegar a un acuerdo sobre la validez o invalidez de pretensiones problemáticas —pretensiones de inteligibilidad, de verdad, de veracidad o de rectitud—. Ese eventual acuerdo representa un «consenso racional» que es resultado únicamente de la fuerza de la argumentación (87).

El consenso habermasiano, en cuanto racional y fundado, excluye la convención, el compromiso o el acuerdo engañoso o forzado y es incompatible con cualquier tipo de coacción externa o de distorsión ideológica.

El discurso así concebido responde a una «situación ideal de habla» donde no hay más poder que el argumento, no existe ninguna forma de dominación y entre todos los participantes hay una total simetría. Por tanto, la situación de discurso ideal requiere «una comunidad ideal» donde las instituciones y las prácticas sociales existentes permiten un diálogo libre, simétrico y responsable.

(87) En este epígrafe seguimos fundamentalmente los comentarios de MUGUERZA, J., *op. cit.*, págs. 282-334, y de Mc CARTHY, T., el más autorizado exégeta de HABERMAS, *op. cit.*, págs. 337-385.

Obviamente, una situación tal es en principio utópica, pero el ideal rector de la teoría crítica de HABERMAS sería ir logrando la institucionalización, al menos tentativa, de este tipo de discurso capaz de someter a examen las cuestiones esenciales relacionadas con la praxis vital, y entre ellas las decisiones político-jurídicas de mayor trascendencia. De hecho, el discurso argumentativo es un ideal que siempre ha estado presente en nuestra tradición cultural. Y su significado contrafáctico o utópico —como señala Me CARTHY— «no torna ilegítimo ese ideal, un ideal al que podemos aproximarnos más o menos adecuadamente en la realidad, que puede servir como guía para la institucionalización del discurso y como estándar crítico con que medir cualquier consenso alcanzado de hecho. Nuestra historia está llena de ideales —religiosos, éticos, políticos, cognoscitivos, artísticos— que sabemos que no son susceptibles de realización completa, pero que no por eso son menos efectivos en la configuración de la vida social».

Desde luego, también HABERMAS es consciente de que nunca se dará una situación ideal ni un discurso en toda su pureza, pero para él la situación ideal de habla es una «anticipación», una suposición inevitable y necesaria para que la argumentación no pierda su sentido; una suposición intrínseca a toda discusión; una suposición que hacemos y tenemos que hacer cuando entramos en un debate con el fin de llegar a un acuerdo racional sobre pretensiones de validez.

Para HABERMAS las cuestiones prácticas, y por tanto las jurídicas, pueden ser decididas racionalmente en una búsqueda cooperativa de soluciones «correctas» a través de la fuerza del mejor argumento, y en este sentido los enunciados normativos son susceptibles de fundamentación, de examen discursivo y por ello de «verdad», al menos en sentido amplio.

En el discurso práctico lo que se somete a examen es la realidad de la norma. Y en virtud del principio de universalidad sólo se admitirían aquellas «que puedan encontrar un reconocimiento general en su ámbito de aplicación».

La validez normativa depende del reconocimiento intersubjetivo. La cuestión —señala Me CARTHY— de si una norma es universalizable, susceptible de consenso racional, sólo puede decidirse dialógicamente en un discurso no restringido y no sometido a coacciones. Desde este punto de vista el modelo discursivo de HABERMAS representa una reinterpretación procedimental del imperativo categórico de KANT. Más que considerar como válida cualquier norma que yo pueda querer que se convierta en una ley universal, tengo que someter mi máxima a todos los otros con el fin de examinar discursivamente su pretensión de universalidad.

Las normas justificables y los intereses generalizables no son producto de una convicción o una decisión particular; están necesariamente ligadas «a procesos de comunicación en los que se descubre y se forma una voluntad común».

De todo ello se deduce que HABERMAS niega la existencia de un Derecho natural compuesto de normas permanentes. El consenso racional implica un acuerdo acerca de normas que regulan las oportunidades de satisfacción de las necesidades; y por tanto su contenido será históricamente variable, porque variables son las participantes en el diálogo y las necesidades a satisfacer dentro de cada entorno sociohistórico.

B) El problema de la legitimación del ordenamiento jurídico, es decir, el problema del Derecho legítimo, ha sido una preocupación constante y un tema recurrente.

Para ELÍAS DÍAZ (88), «legitimación y justificación expresan concordancia o discordancia con un determinado sistema de valores». Un ordenamiento estará legitimado «si la norma se ve como justa y si es socialmente aceptada». ELÍAS DÍAZ se propone evitar el reduccionismo del positivismo formalista (reducción de la justicia a validez), del sociologismo jurídico (reducción de la validez a eficacia) y del iusnaturalismo radical (reducción de la validez a justicia), «afirmando frente a ello la legitimación, compatibilidad e integración de los tratamientos científico-jurídico, sociológico y filosófico desde la perspectiva de una flexible y actual concepción normativa del Derecho».

Y para ello distingue tres niveles de legitimidad cuyo análisis se correspondería con tres disciplinas jurídicas: legitimidad legalizada —Derecho válido—, a estudiar desde la ciencia del Derecho; legitimidad eficaz —Derecho eficaz—, a investigar desde la sociología del Derecho, y legitimidad justa —Derecho legítimo—, que se constituye en objeto de la filosofía jurídica.

HABERMAS (89), congruente con sus postulados consensuales, entiende que sólo puede hablarse de un sistema normativo legítimo cuando «la validez de todas las normas dependa de la formación discursiva de los interesados potenciales»: «... sólo pueden reclamar validez aquellas normas en que los interesados se ponen de acuerdo sin coacción, como participantes en un discurso, cuando entran en una formación discursiva de la voluntad». En suma, sólo puede haber legitimidad en las decisiones políticamente relevantes, y entre ellas las relativas al Derecho, si éstas se han adoptado por un consenso racional a través de un discurso libre de coacciones, apoyado únicamente en argumentos y del que no se haya excluido a ninguno de los afectados por ellas.

En torno al concepto de legitimación, HABERMAS (90) recoge dos posiciones extremas:

- a) La representada, entre otros, por LUHMANN, que identifica legitimación con legalidad, entendiendo por legalidad la corrección formal en

(88) Cfr. DÍAZ, ELÍAS, *op. cit.*, Madrid, 1974, págs. 58-63.

(89) Cfr. HABERMAS, J., *Problemas de legitimidad en el capitalismo tardío*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1986, págs. 109 y 111.

(90) Cfr. HABERMAS, J., *Problemas...*, págs. 120 y sigs.

el procedimiento de creación y aplicación del Derecho. El Derecho es legal y por tanto legítimo cuando ha sido sancionado según reglas preestablecidas y por los órganos competentes.

- b) La representada también, entre otros, por WINCKELMANN, para quien la legalidad no tiene por sí sola valor fundante por cuanto los procedimientos formales de creación del Derecho deben estar a su vez legitimados por valores, de tal modo que satisfagan pretensiones de justicia material.

Frente a la tesis de LUHMANN, HABERMAS sostiene (91) que los orígenes o instancias que proceden a la creación y aplicación del Derecho, aunque lo hagan con exquisita legalidad y corrección formal, forman parte de un sistema de dominación política que a su vez tiene que estar legitimado para que la simple legalidad pueda considerarse como un signo de legitimidad.

Además, las acciones sociales que descansan en valores institucionalizados no plantean problemas mientras la distribución normativa de oportunidades que de ellos deriva cuente con el consenso de los afectados. Cuando aparece el disenso y se cuestiona esa distribución, «la orientación por valores reconocidos en común queda sustituida por una orientación conforme a intereses». Cuando se rompe el consenso sobre las normas vigentes se ponen de manifiesto los intereses que subyacían de forma latente a los valores encarnados en las normas, y tanto los individuos como los grupos adoptan el papel de adversarios y una posición de competencia, quebrando el equilibrio de los sistemas de interacción regidos por aquellas normas.

Frente a la posición de WINCKELMANN, y en general frente a cualquier posición iusnaturalista, HABERMAS alega el pluralismo y la oposición entre los diversos sistemas de valores coexistentes y la imposibilidad de realizar un desarrollo normativo concreto a partir de principios o normas básicas materiales.

Pero aunque descarte ambas posiciones, HABERMAS (92) niega la pretendida irracionalidad de los valores y sostiene la posibilidad de una «voluntad racional», la posibilidad de que las cuestiones prácticas puedan ser decididas racionalmente. Y propone como modelo «el de la comunidad de comunicación de los interesados, que como participantes en un discurso práctico examinan la pretensión de validez de las normas y, en la medida en que las aceptan con razones, arriban a la convicción de que las normas propuestas en las circunstancias dadas son «correctas»».

El discurso «puede entenderse como aquella forma de comunicación emancipada de la experiencia y despreocupada del actuar cuya estructura

(91) Cfr. HABERMAS, J., «Discusión con Niklas Luhmann», en *La lógica de las ciencias sociales*, págs. 383-419.

(92) Cfr. HABERMAS, J., *Problemas de legitimación...*, en especial págs. 127 y 131.

garantiza que sólo puedan ser objeto de la discusión pretensiones de validez problematizadas; que no habrá limitación alguna respecto de participantes, temas y contribuciones en cuanto convenga a efectos de contraste; que no se ejercerá coacción alguna como no sea la del mejor argumento, y que, por consiguiente, queda excluido todo otro motivo que no consista en la búsqueda cooperativa de la verdad. Cuando en esas condiciones se alcanza un consenso acerca de la recomendación de aceptar una norma y se alcanza en el intercambio de argumentos, ese consenso expresa entonces una «voluntad racional».

Para HABERMAS, ni el capitalismo tardío ni el socialismo burocrático resistirían hoy un intento de justificación discursiva. Las sociedades capitalistas avanzadas no han ido a la búsqueda de «intereses generalizables», sino que, alegando ideológicamente exigencias tecnocráticas, vienen ensayando la creación de «motivos generalizados», asegurándose la lealtad y asentimiento de los ciudadanos mediante recompensas dosificadas en dinero, tiempo libre y calidad de vida, destinadas a satisfacer necesidades privatizadas.

Y su propuesta parece consistir «en la democratización de todos los procesos de decisión importantes para la sociedad global, lo que permitiría tomar la palabra a las normas de acción que pretendan validez para verificar discursivamente esa pretensión o rechazarla (93).

De acuerdo con los postulados anteriores, la jurisprudencia, como ciencia hermenéutica y como potencial ciencia crítica, estaría llamada a desempeñar importantes tareas:

- a) Contribuir al diseño e implantación de mecanismos institucionales que se aproximen a un modelo en el que la adopción de decisiones político-jurídicas descansa en el consenso de todos los interesados obtenido mediante una participación discursiva sin restricciones.
- b) Revisión, en la esfera del derecho público, de los sistemas político-representativos, de modo que aseguren la mayor participación efectiva y un debate organizado bajo el principio del «mejor argumento» (94).
- c) La reflexión y el análisis crítico de las estructuras normativas vigentes, poniendo al descubierto elementos representativos y distorsiones ideológicas. Y un estudio de los complejos normativos orientado a determinar si sirven a intereses particulares o a «intereses generalizables» susceptibles de consenso. Como recuerda Me CARTHY (95), el sistema jurídico ofrece una posibilidad permanente abierta a analizar y examinar en actitud hipotética la rectitud de las normas e institu-

(93) HABERMAS, J., *Discusión con...*, pág. 400.

(94) Sobre la idea habermasiana de «recuperación de lo público», puede consultarse ESTEBAN MEDINA, *op. cit.*, págs. 271-276.

(95) Cfr. Me CARTHY, T., *op. cit.*, pág. 451.

ciones que lo integran y de asimilar productivamente las experiencias negativas, aprendiendo y corrigiendo errores.

- d) Organizar el subsistema jurídico bajo el primado del diálogo argumentativo y la búsqueda cooperativa de la solución «correcta».
- e) Orientar los programas de investigación bajo una metodología jurídica dialógica en la que, además, se hagan presentes y puedan tener voz los afectados por la norma.
- f) Construcción consensuada de un lenguaje jurídico progresivamente universal que vaya salvando en lo posible las barreras interculturales e interparadigmáticas.
- g) Superar la «razón menguada» del positivismo trabajando en la confianza de que cabe un debate racional acerca de los valores en conflicto. Y en la confianza de que al margen del absolutismo moral y la legitimación formal son posibles —por vía de consenso argumentativo— decisiones racionales acerca de la norma y de la solución jurídica «correcta» en las cambiantes circunstancias de cada tiempo histórico.

C) VALORACIÓN CRÍTICA

La propuesta consensual de HABERMAS sólo puede concebirse como tentativa o aproximativa porque, como apunta MUGUERZA (96), los neocontractualistas acusan una indudable carga utópica que revela la nostalgia ingenua de la fraternidad entre los hombres. En realidad, más allá de la dicotomía comunidad real y comunidad ideal, sólo hay una comunidad —la humana— inmersa en un permanente conflicto de valores.

Por eso parece imposible llegar a un consenso entre participantes instalados en paradigmas o códigos normativos diferentes; y más bien habrá de acudir a compromisos y soluciones transaccionales.

En esta línea, concluye MUGUERZA que en el proceso de formación discursiva de la voluntad racional hay un equilibrio dinámico de voluntad y razón. La razón no se tiene, sino que se ejercita. «Y su ejercicio democrático consiste en el establecimiento provisional y revisable de acuerdos fácticos entre los miembros de la sociedad, aun a sabiendas de que cualquier acuerdo estará lejos de poder ser considerado como definitivamente "racional"».

Aunque HABERMAS rechaza expresamente la acusación de utopismo —«no hay nada que me ponga más nervioso» (97)—, conviene hacer una referencia

(96) Cfr. MUGUERZA, J., *op. cit.*, págs. 97-100, 107, 313-314.

(97) HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1989, pág. 419.

a la fecundidad del pensamiento utópico (98) porque no parece justificado el rechazo permanente a la utopía por parte de la ideología conservadora basándose en su alejamiento de la realidad y su incompatibilidad con la naturaleza competitiva del hombre.

Ambas críticas se desvanecen si despojamos al pensar utópico de una intención maximalista o de radicalismo revolucionario y primamos sobre el aspecto positivo de la utopía —diseño de una sociedad ideal— su función negativa de reflexión crítica sobre las realidades presentes. Porque esta función crítica se ha demostrado históricamente eficaz en la mejora de la sociedad humana y abre un camino posibilista hacia su reforma. Y de otra parte, el pensamiento utópico encuentra una clara apoyatura en las corrientes antropológicas que sostienen la prevalencia del instinto cooperativo: la personalidad se desarrolla en el grupo y por tanto sí cambian entre los hombres las relaciones y las pautas de interacción; los hombres, en cuanto individuos, cambiarán a su vez.

Todo ello tiene especial importancia para una ciencia del Derecho comprometida con el cambio social y el establecimiento de un orden justo, siempre sobre la base de acentuar la función crítica y alejarse de todo radicalismo. Si MUGUERZA advierte que «denunciar una injusticia parece de ordinario más urgente que la elaboración de una teoría de la justicia», ROBLES (99) señala la coincidencia del pensamiento utópico con la moderna axiología jurídica, que se aleja de todo maximalismo y concibe los valores jurídicos como meras pautas o modelos ideales a los que debemos tender o aproximarnos.

La originalidad de HABERMAS reside en sostener que el ideal del consenso racional es immanente al lenguaje *per se* o, como dice Me CARTHY (100), este ideal, «esta perspectiva utópica, está arraigada en las propias condiciones de la socialización comunicativa de los individuos, está inscrita en el medio lingüístico de la reproducción de la especie». «Los discursos son... formas improbables de comunicación, a cuya posibilidad remite, empero, la apelación cotidiana a pretensiones de validez» (101).

Una propuesta normativa implica una pretensión de validez que, como tal, es susceptible de fundamentación o crítica. El oyente puede aceptarla o rechazarla, pero siempre por razones que se dirigen argumentativamente frente al primer hablante. En un diálogo en el que están en juego pretensiones de validez, ambas partes tienen que comprometerse a utilizar argumentos y sólo argumentos. Ahora bien, «aquellos (actores reales) que se entienden a sí

(98) Sobre este punto véase ARHHELM NEUSÜSS, en *Utopía*, Barral Editores, Barcelona, 1971.

(99) ROBLES, G., *Introducción a la teoría del derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1988, págs. 103-106.

(100) Me CARTHY, T., *op. cit.*, pág. 460.

(101) Cfr. HABERMAS, J., *Teoría de la...*, pág. 419.

mismos como participantes en una argumentación... suponen en común que la situación de habla efectiva cumple determinadas condiciones...» (102), que HABERMAS denomina «situación ideal de habla», libre de presiones externas y de distorsiones ideológicas; se ven obligados a suponer que esas exigencias se cumplen suficientemente, pues en otro caso no quedaría excluido el peligro de un pseudoconsenso que descansa en el engaño o el autoengaño, y no podríamos pensar en serio estar participando en una argumentación.

No obstante, ante la posición de HABERMAS caben ciertas reservas que sintetizo a continuación:

1. En una argumentación no muy desarrollada, GIDDENS (103) critica la conexión entre lenguaje, racionalidad y «situación de habla ideal». Y contestando a la expresión de HABERMAS según la cual «nuestra primera fase expresa de forma inequívoca la intención de un consenso universal y libre», se pregunta por qué no concluir también, por el mismo motivo, que «el primer gesto que hacemos de reconocimiento de otra persona promete una solidaridad universal de los seres humanos».

2. Si la «comunidad ideal», «la situación ideal de habla» y el discurso argumentativo puro son —según el propio HABERMAS— contrafácticos e improbables, nunca podrá obtenerse la legitimación de una norma. Pero además tampoco podría hablarse de una legitimación tentativa o aproximativa, porque en ausencia de una «situación ideal de habla» no se podría medir o estimar el grado y calidad del consenso alcanzado.

3. A diferencia de la imposibilidad del pensamiento utópico que se refiere a su realización, la imposibilidad del ideal habermasiano es esencial y conceptual y resulta de su propia estructura.

Podemos admitir que el discurso argumentativo o el ideal del consenso racional son inmanentes a los actos de habla, pero sólo en aquellos actos de habla que involucren a un número reducido de interlocutores. Y esto porque el discurso argumentativo como forma de comunicación parece lingüísticamente incompatible con situaciones que involucren a millones de participantes.

Aunque asignásemos a cada participante un tiempo argumentativo reducido, pasarían decenas de años antes de agotarse el primer turno de intervención.

Además habría que ir incorporando al discurso a los nacidos y por nacer que fueran alcanzando la edad de la razón. Y, por otra parte, irían surgiendo continuamente nuevas informaciones que apoyarían nuevos argumentos. El discurso se haría así conceptualmente imposible y en todo caso indefinido.

(102) Cfr. HABERMAS, J., *Teoría de la...*, págs. 442-443.

(103) Cfr. GIDDENS, A., «¿Razón sin revolución?», en *Habermas y la modernidad*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1988, pág. 185.

De hecho, una comunicación efectiva que pretendiese involucrar a millones de participantes tendría que fijar límites y acudir, como ocurre en las democracias de masas, a mecanismos de representación. Pero los límites serían arbitrarios y la representación es una ficción que impide la participación real de todos los afectados. El discurso dejaría de ser racional (104).

4. Esta imposibilidad conceptual deriva también de que los actores del presente saben que, aun en una comunidad ideal, existen situaciones en que algunos afectados necesariamente quedan excluidos del discurso. Una propuesta normativa relativa al aborto o a la eugenesia afecta directamente a los concebidos y a los *nondum concepti* que, por razones obvias, no pueden participar en la argumentación.

5. También en una comunidad ideal se suscitan los problemas de inclusión e idoneidad característicos de las democracias. Si el discurso abarca sólo a los afectados capaces de razón, ¿cómo determinar quiénes deban ser los participantes? Parece que por consenso a través de un discurso previo. Pero ¿quiénes deben ser los intervinientes en él? Estamos ante un círculo vicioso.

6. Aunque supongamos una comunidad ideal, no por eso deja de ser humana. Y por ello no podemos aislar conceptualmente «lo racional». No hay razones sin hombres que razonan. Podemos representarnos una comunidad utópica sin coacciones externas ni distorsiones ideológicas, pero no una sociedad sin sexo, sin edad, sin biología y sin genética. Si lo hiciéramos estarían representándonos una comunidad no humana que, en cuanto tal, está fuera y más allá de nuestro lenguaje.

7. a) Si al margen de las pretensiones totalizadoras del «giro lingüístico» acudimos a un tratamiento interdisciplinar —que, por cierto, HABERMAS considera indispensable—, me parece sugerente la posición de un biólogo evolucionista como WILSON (105), que pretende integrar el pensamiento biológico en el núcleo de las ciencias sociales y de las humanidades.

Para WILSON la especie humana carece de cualquier objetivo externo a su propia naturaleza biológica. Las creencias son en realidad mecanismos que capacitan para la supervivencia. Para buscar nuevos valores basados en una definición más verídica del hombre «es necesario mirar hacia el interior, disecar la maquinaria de la mente y volver sobre su historia evolucionista».

En el cerebro existen censores y motivadores innatos que afectan inconscientemente nuestras premisas éticas. Y si esto es así, tal vez la ciencia «esté en posición de investigar los mismos orígenes y significados de los valores humanos de los que surgen todos los pronunciamientos éticos y gran parte de

(104) Para una valoración del concepto de representación que combine el análisis lingüístico con el estudio de la historia del pensamiento político véase HANNA FENICHEL PITKIN, *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

(105) Cfr. WILSON, E. O., *Sobre la naturaleza humana*, Fondo de Cultura Económica, en especial págs. 103-104, 144-173, 220-237 y 275-279.

la práctica política». Si esta investigación obtiene éxito, en algún momento del futuro tendremos que decidir a cuál de los censores y motivadores debemos obedecer y cuáles deben ser inhibidos o sublimados. Será por tanto el conocimiento biológico el que nos permita la planificación de nuestro destino, eligiendo las mejores opciones entre los diferentes criterios del progreso.

Paralelamente, cabe preguntarse si el consenso pretendidamente inscrito en nuestro lenguaje no estará paradójicamente borrado de nuestra biología porque, a juicio de WILSON, la agresividad humana no depende totalmente de la perversidad del medio ambiente, sino que los seres humanos son innatamente agresivos. Y si bien es cierto que también estamos dotados de un instinto cooperativo, éste en su forma básica implica un altruismo «blando», egoísta y calculador que espera siempre reciprocidad. Este tipo de altruismo es perfectamente capaz de generar convenios, compromisos, contratos y transacciones, pero parece incompatible con el consenso puramente racional de HABERMAS.

b) En una dirección similar, NOZICK (106) defiende también una concepción evolucionarla y adaptativa de la realidad. Y considera a la razón como una variable dependiente de los hechos. La racionalidad no sería independiente y autónoma, sino que estaría enraizada en nuestra naturaleza animal. Y al estar delimitada evolucionariamente no debería pretenderse que la racionalidad alcanzase la resolución de problemas, que, como el de la justificación de los fines, estaría fuera de su función y de sus límites.

Aprovechando estas citas, tal vez convenga que los juristas retengamos dos ideas:

- Según la posición evolucionista de WILSON, la consecución de unos derechos humanos universales no deriva del proceso de racionalización, sino de la compatibilidad y coincidencias de estos derechos con el «plan mamífero» y de la circunstancia añadida de que en las sociedades tecnológicamente avanzadas el poder es demasiado fluido para evitar ese «imperativo mamífero».
- Que el iusnaturalismo, si se aborda desde una formación estrictamente jurídica, peca de inconsistente. Si queremos involucrar a la «naturaleza humana» en el estudio de los fenómenos jurídicos habremos de contar con una sólida base biológica y antropológica que sólo una colaboración interdisciplinaria puede proporcionarnos.

8. Frente al criterio de racionalidad de HABERMAS podríamos recordar también la objeción de corte profético que NOZICK (107) hace a los filósofos.

(106) Cfr. NOZICK, R., *op. cit.* En especial, págs. 14 y 157.

(107) Cfr. NOZICK, R., *op. cit.*, pág. 112.

La regla del «mejor argumento» puede quedar tecnológicamente obsoleta en el estudio de los procesos fiables de adquisición de creencias y en la obtención de una descripción de la naturaleza de la racionalidad. La racionalidad puede no estar ligada a procesos dialógicos que exijan nuestra participación, sino que, conscientes de nuestra obsolescencia, tal vez tengamos que ceder el puesto a simulaciones computacionales, a científicos cognitivos y a especialistas en inteligencia artificial. Desde nuestra perspectiva de hoy lo juzgamos y debemos juzgarlo dramático, pero puede llegar el día en que la racionalidad consista en creer la respuesta de un ordenador.

9. Una propuesta normativa puede responder a una necesidad urgente de la comunidad que por lo perentorio sea incompatible con la secuencia del discurso. En estos supuestos, primar la legitimidad plena de la norma sobre la decisión sería irracional. Aún en una sociedad ideal y en determinados contextos deberíamos tener en cuenta una estimación coste-beneficio que nos llevaría a no exigir todos los criterios de racionalidad y hasta el grado máximo (108). Es decir, en determinados supuestos se podría dar la paradoja de que la búsqueda de una legitimación racional nos condujese a la pura irracionalidad.

10. Aun en una comunidad ideal un argumento es un argumento. Lo que arguye la mente para convencer a alguien. Como expresamente señala HABERMAS, desde el punto de vista procesal en el argumento hay una «intención de convencer a un auditorio universal y de alcanzar para la manifestación o emisión de que se trata un asentimiento general». En el argumento hay un componente «estratégico» orientado a obtener el convencimiento de alguien y, por tanto, orientado al éxito. Por tanto, el acuerdo alcanzado mediante argumentos no es un acuerdo alcanzado comunicativamente en toda su plenitud, sino alcanzado también estratégicamente. El argumento tiene un componente «perlocucionario» porque el hablante actúa orientándose al éxito, y en consecuencia parece incompatible con la acción comunicativa, tal como la define HABERMAS: «interacciones mediadas lingüísticamente en que todos los participantes persiguen con sus actos de habla fines ilocucionarios y sólo fines ilocucionarios» (109).

11. El argumento consiste en razonar para hacer evidente la corrección de un enunciado. En un discurso sobre cuestiones normativas, cuando asentimos lo hacemos porque estamos convencidos de la rectitud o justicia de la proposición. Por el contrario, la legitimación a que se refiere HABERMAS es procedimental ya que tiene en cuenta únicamente el consenso obtenido argumentativamente, con independencia de la rectitud o justicia de la norma con-

(108) En este sentido NOZICK, *op. cit.*, págs. 139 y 173-174.

(109) Cfr. HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus Ediciones, Madrid, 1987, págs. 48, 368-378.

sensuada. Hay, por tanto, un salto de perspectiva que no resulta del todo justificado ya que HABERMAS considera la legitimación como observador del discurso y no como participante en él.

12. Toda norma se promulga para ser aplicada. La legitimación que obtenga antes de su aplicación es limitada porque es provisional. Sólo si también en su fase de aplicación la estimamos correcta la legitimación es plena. La legitimación habermasiana, por ser únicamente procedimental, parece insuficiente.

En nuestro lenguaje cotidiano podemos decir que una ley es legítima (forma) pero injusta (fondo) porque no participamos directa y personalmente en el proceso legislativo. Pero esta decisión es imposible para los participantes que la han consensuado en un discurso racional.

13. El hombre actúa antes que habla. Para hablar, primero hay que decidir hablar. Por tanto parece que lo primero no es legitimar las normas, sino legitimar el modo de decidir acerca de las normas.

Si un argumento está destinado a convencer a alguien, es que el lenguaje anticipa la disidencia y por tanto el disenso es también inmanente a nuestro lenguaje. Además, si debemos decidir y el modo de decidir debe ser concluyente, es decir, debe permitir decidir del modo más efectivo y eficiente, podemos concluir que el principio mayoritario está también inscrito en el medio lingüístico de la especie con el mismo rango y al mismo nivel que el consenso (110).

4. SISTEMA Y MUNDO DE VIDA

Para HABERMAS (111) la sociedad puede ser considerada desde una doble perspectiva: como «mundo de la vida», que es el de la relación e interacción entre los hombres, con sus convenciones, valores, tradiciones y prácticas sociales (112), y como «sistema», es decir, como una unidad y estructura organizativa que se autorregula, autoconserva y automantiene adaptándose al medio.

En el mundo de la vida la integración y coordinación —integración social— se aseguran a través de mecanismos como la solidaridad, el consenso normativo o el entendimiento mutuo. En el sistema, la integración y coordi-

(110) Para una valoración del principio mayoritario véase DAHL, ROBERT A., *La democracia y sus críticos*, Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 1993, capítulo X, págs. 163-181.

(111) Cfr. HABERMAS, J., *Teoría de la acción...*, vol. 2º, cap. VI.

(112) Al «mundo de la vida» pertenecería el «saber jurídico común» que, como señala VALLET DE GOYTISOLO, se refiere a la vida de la convivencia y es fruto de una intuición racional inmediata y evidente de los valores de la justicia (VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología jurídica*, Editorial Cívitas, Madrid, 1988, pág. 63).

nación —integración sistémica— se aseguran a través de mecanismos adaptativos y organizativos, interconexiones y relaciones funcionales.

HABERMAS (113) considera que la evolución social se caracteriza por un doble proceso: una progresiva diferenciación dentro de cada una de las dimensiones «mundo de la vida» y «sistema», y un creciente desacoplamiento entre «sistema» y «mundo de la vida».

En el primer aspecto, el sistema político o económico se hace cada vez más complejo a través de la expansión del subsistema administrativo y los crecientes procesos de burocratización. Y de otro lado, las estructuras del mundo de la vida se desconectan entre sí, creando compartimentos estancos, de tal modo que familia, educación, trabajo, ocio, son campos de interacción apenas relacionados entre sí.

En el segundo aspecto se produce una «racionalización del mundo de la vida»: Predominio de la razón instrumental, de la acción racional con arreglo a fines y escisión entre moralidad y legalidad, de tal modo que el Derecho aparece legitimado sólo por la creencia en su legalidad, es decir, se obedecen los preceptos jurídicos positivos en cuanto estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos.

De hecho, para HABERMAS (114) el desacoplamiento entre los mecanismos de integración sistémica e integración social ha conducido en la modernidad a que las instituciones —como el Derecho— «que anclan en el mundo de la vida mecanismos de control tales como el dinero y el poder» contribuyen a subordinar «el mundo de la vida a las coacciones sistémicas». Y así la racionalización del mundo de la vida posibilita la expansión de subsistemas —como el jurídico o el económico— que actúan siguiendo sus propios fines e imperativos autónomos y que actúan destructivamente realizando una «colonización del mundo de la vida» (115). La institucionalización del dinero y la expansión del subsistema administrativo y de las burocracias estatales invaden cada vez más espacios vitales, más foros de relación y de práctica comunicativa, desvirtuando los estilos de vida y sometiendo a los imperativos del sistema: los ciudadanos se convierten en consumidores; el trabajo se despersonaliza; la vida privada y el ocio se «estandarizan» de acuerdo con los intereses del mercado; desaparecen los espacios de formación de opinión pública y voluntad colectiva, lo que provoca decisiones políticas tecnificadas y desprovistas de legitimación consensual, y, en fin, los canales de participación en la vida pública se burocratizan y quedan sometidos a los mecanismos organizativos del sistema.

(113) Cfr. HABERMAS, J., *Teoría de la acción...*, vol. 2.º, cap. VI, 2.

(114) *Teoría de la acción...*, vol. 2.º, págs. 261-262 y 503.

(115) En esta dirección apunta VALLET al considerar como fenómenos correlativos la masificación social, la tecnocratización y el totalitarismo estatal: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología de las leyes*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, págs. 292-293.

Esta invasión del mundo de la vida tiene especial interés para nosotros puesto que, ajuicio de HABERMAS (116), se realiza fundamentalmente a través de una juridificación de los ámbitos vitales, de una «extensión del Derecho» entendida como «regulación jurídica de nuevos asuntos sociales regulados hasta el momento de manera informal» (117). El estado del bienestar, al formalizar jurídicamente las situaciones vitales acaba poniendo en peligro el bienestar mismo, las contingencias sociales —vejez, enfermedad— pierden su significado vital y se transforman en una planificación jurídico-administrativa que las compensa sólo a través de contraprestaciones económicas.

«A medida —nos dice— (118) que el estado social extiende su red de relaciones de clientela sobre los ámbitos privados de la vida, con tanta más fuerza surgen los esperados efectos laterales patológicos de una juridización que simultáneamente significan una burocratización y monetarización de ámbitos nucleares del mundo de la vida». Se produce así en este tipo de juridización una paradoja que «consiste en que las garantías que el estado social comporta habrían de servir a la integración social, y sin embargo fomentan la desintegración de aquellos contextos del mundo de la vida».

Y esto explica el poderoso resurgir de los «nuevos movimientos sociales» —pacifismo, ecologismo, feminismo— que suponen reacciones del mundo de la vida a la opresión del sistema y que implican demandas que no pueden ser solventados por el dinero, sino por vía de integración y consenso social.

Sin embargo, el precedente análisis de HABERMAS no puede aceptarse sin reservas:

a) La expansión del subsistema jurídico es un fenómeno ambivalente. Ha sido —es cierto— capaz de inspirar *El proceso* de KAFKA, pero también ha sabido generar instituciones que tutelan enérgicamente el «mundo de la vida»: derechos fundamentales, amparo constitucional, Tribunales de Derechos Humanos, institución del «Ombudsman»...

b) El estado de bienestar, a través de los sistemas de previsión social y del acceso generalizado a la enseñanza, ha contribuido decisivamente a la causa de la emancipación y el desarrollo personal. De hecho, el recorte de las prestaciones sociales provocado por la «crisis fiscal del Estado» ha generado una enérgica y airada reacción de la ciudadanía. Y nótese que es una reacción que proviene precisamente de lo más hondo del mundo de la vida. De ser cierto el análisis habermasiano estaríamos ante el imposible supuesto de que los colonizados reclamen la vuelta de los colonizadores.

(116) *Teoría de la acción...*, vol. 2.º, pág. 504.

(117) A la extensión arbitraria del campo del derecho y de la ley se refiere también VALLET, criticando tres fenómenos característicos de las sociedades del presente que denomina «macrojusticia», «panreglamentación» y «monopolio estatal del Derecho».

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología de las leyes*, págs. 250-251.

(118) *Teoría de la acción...*, vol. 2.º, pág. 514.

c) Que los «nuevos movimientos sociales» representan un potencial de resistencia y rechazo no es una tesis aislada. También para OFFE (119) significan una crítica humanista al sistema y la cultura dominantes. Pero conviene establecer ciertas matizaciones que contradicen la idealización habermasiana:

- Los «nuevos movimientos» se apoyan curiosamente en su propio enemigo al acudir ampliamente en su acción estratégica al subsistema jurídico: invocación de los derechos fundamentales, recursos ante los Tribunales...
- Los valores postmateriales que preconizan —según DALTON— (120) no sustituyen, sino que sólo complementan a los valores materiales tradicionales.
- Según el modelo de OFFE, y superada su fase inicial, los «nuevos movimientos» caben en la misma burocratización que condenan, y tras una fase de formación organizativa acaban optando por las ventajas de la institucionalización política.

Pero cualquiera que sea la valoración que nos merezca el análisis de HABERMAS, de él se desprenden importantes sugerencias:

- Es lícito reclamar de la jurisprudencia una reflexión autocrítica que determine qué facetas del subsistema jurídico sirven al mundo de la vida o se sirven únicamente a sí mismas. De hecho, del mundo de la vida nos están llegando constantes mensajes de crítica hacia el ritualismo procesal, el corporativismo de los operadores jurídicos, la inadaptación de las enseñanzas jurídicas, el fervor reglamentista de las burocracias...
- A la jurisprudencia corresponde en el plano jurídico, el diseño de instituciones «que pudieran poner las esferas de la vida pública y privada a resguardo de la mecánica reificante de los subsistemas económico y administrativo» (121). Se trataría de diseñar garantías sustantivas y procesales auténticamente efectivas que corrigiesen la indefensión del administrado, ahondasen en el Derecho de consumo, sirvieran al control de los agentes económicos y afianzasen la libertad positiva de los ciudadanos.
- A la jurisprudencia toca la organización de foros capaces de lograr un diálogo cooperativo entre el subsistema jurídico y el mundo de la

(119) Cfr. OFFE, C., *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Editorial Sistema, Madrid, 1992, cap. VII.

(120) Cfr. DALTON, R. J., *LOS nuevos movimientos sociales*, Ediciones Alfons el Magnanim, Valencia, 1990, pág. 377.

(121) Cfr. Me CARHY, T., *op. cit.*, pág. 478.

vida (122). No hay que olvidar que muchas figuras o principios adoptados o formalizados hoy jurídicamente —buena fe, abuso de derecho, usos, costumbre, principios generales— (123) tienen su origen en el mundo de la vida y han sido institucionalizados a partir de este diálogo.

- La ciencia del Derecho debe evitar la acción colonizadora del sistema sometiéndolo a las restricciones normativas del mundo de la vida. Para ello la ley formal ha de ajustarse a los principios morales y las experiencias comunicativas que rigen en el mundo vital. Y el mundo de la vida ha de poder tomar la voz y la palabra en los procesos formalizados o racionalizados de administración, legislación y jurisdicción.

VIII. DERECHO Y SOCIEDAD POSTMODERNA

La propuesta de HABERMAS exigiría de la sociedad un sentimiento comunitario y participativo que es totalmente ajeno a las sociedades occidentales, caracterizadas por un individualismo radical y en las que la decisión, los valores y los problemas se adoptan y conciben desde y para el individuo (124).

La realidad social y cultural de nuestro tiempo ha venido a legitimar el individualismo hedonista y personalizado: Se trata de vivir sin represiones, eligiendo libremente el modo de existencia de cada uno; de vivir enseguida aquí y ahora, buscando la realización personal inmediata. Los valores aparecen personalizados de tal modo que lo más importante es ser uno mismo, por lo que todos los modelos y todas las opciones pueden cohabitar y tienen derecho a exigir el reconocimiento social.

La sociedad postmoderna supone la indiferencia de las gentes, el predominio de la autonomía privada, una cultura que anula los puntos de referencia y los valores superiores de la modernidad. Se diluyen los objetivos universales en una indiferencia acusada hacia la *res publica* y los temas cruciales que afectan a la vida colectiva. El *homo politicus* ha muerto (125). LYOTARD (126) rechaza el consenso habermasiano por anticuado y sospechoso y lo considera imposible en sociedades donde conviven múltiples y plurales juegos de len-

(122) En este sentido WELLMER, A., en *Habermas y la modernidad*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1988, págs. 88-110.

(123) Para una valoración de las costumbres y los principios generales del Derecho véase DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Una teoría del Derecho*, Editorial Cívitas, 6.^a edición, Madrid, 1993, págs. 269-279.

(124) En este sentido SAVATER, F., *op. cit.*, cap. V, págs. 165-180.

(125) Así LIPOVETSKY, G., *op. cit.*, págs. 8-15.

(126) Cfr. LYOTARD, J. R., *op. cit.*, págs. 109 y 116-119.

guaje irreductibles entre ellos (política, derecho, economía, arte, moral o ciencia), máxime cuando en la sociedad postmoderna hay un acusado desdén por la «gran narrativa», «los grandes relatos», como la emancipación de los hombres o la armonía universal.

En este contexto, el problema de la justicia y la legitimación del Derecho ha recibido diversas respuestas, entre las que destacaría las siguientes:

a) Para LIPOVETSKY (127) la legitimidad democrática en la que se apoya el Derecho aparece reforzada por la costumbre. Se produce hacia los regímenes democráticos un consenso blando e impreciso, una aprobación muda, difusa y no política en cuanto desvinculada del compromiso ideológico.

b) En HELLER (128) domina una concepción humanista de la justicia. La situación de contingencia de la sociedad postmoderna excluye toda posibilidad de acuerdo a través del cual pudiéramos armonizar los distintos mundos particulares, morales, políticos o jurídicos. Por ello preconiza el «gesto universal», entendido como actitud de participación y compromiso con el humanismo moderno. Hacer algo por los demás como seres humanos y hacerlo junto a los demás en reciprocidad, solidaridad y amistad, porque lo que importa es hacer cosas, con independencia de cuál sea la fuente de nuestro impulso moral.

Y, por otra parte, sostiene con FEHER (129) que los discursos plurales característicos de la postmodernidad son compatibles con la común aceptación de unos *mínima moralia* ligados a la política democrática.

c) LYOTARD (130) señala la necesidad de llegar a una idea y una práctica de la justicia que no esté ligada al consenso habermasiano que considera imposible por la existencia de múltiples juegos de lenguaje. Se trataría de respetar ese pluralismo y de llegar a consensos que deben ser «locales», «rescindibles» y «limitados en el espacio-tiempo» y que parecen corresponderse con la evolución de las interacciones sociales desde la institución permanente al contrato temporal.

Para LYOTARD, el acento debe ponerse en la disensión. La disensión en la pragmática científica permite perturbar el paradigma establecido, abrir nuevos campos de investigación y hacer posibles descubrimientos imprevisibles. Y esto es lo que parece preconizar para la pragmática social la búsqueda de la «paralogía» entendida como disenso (131). Cabrán consensos locales y

(127) Cfr. LIPOVETSKY, G., *op. cit.*, págs. 129-130.

(128) Cfr. HELLER, A., *Políticas de la postmodernidad*, Ediciones Península, Barcelona, 1989, págs. 49-51.

(129) Cfr. FEHER, F., y HELLER, A., en *Políticas de la postmodernidad*, pág. 160.

(130) Cfr. LYOTARD, J. F., *op. cit.*, págs. 109-119.

(131) Cfr. MUGUERZA, *op. cit.*, págs. 463-464. Se pregunta en qué sentido emplea el término «paralogía», si como disenso o como renuncia a la razón.

limitados respecto de la idea de justicia, pero siempre se podrá disentir, y este disenso servirá para alumbrar nuevas perspectivas y soluciones morales. Y por eso termina anunciando para el futuro «una política en la cual serán igualmente respetados el deseo de justicia y el de lo desconocido» (132).

d) La posición de HELLER (133), desarrollada más ampliamente, puede sintetizarse del modo siguiente:

1. a') Existe un «concepto formal de justicia» según el cual el sistema normativo propio de cada grupo humano debe ser aplicado de modo consistente y continuo a todos y cada uno de sus miembros.

V) La justicia o injusticia sólo puede predicarse de una acción cuando la comparamos o ponemos en relación con ciertas normas o reglas.

c') Las distintas sociedades tienen ideas diferentes acerca de la justicia, que se expresan en máximas divergentes: A cada uno lo mismo; a cada uno según sus méritos; a cada uno según su categoría; a cada uno según su rango; a cada uno lo que le corresponde por pertenecer a un grupo concreto. (El principio a cada uno según sus necesidades va, a su juicio, «más allá» de la justicia).

2. a') Debe distinguirse entre justicia «estática» y «dinámica». La justicia es «estática» cuando las normas con las que comparamos la acción son aceptadas sin cuestionarlas ni ponerlas en tela de juicio. Si, por el contrario, el sistema normativo o las diferentes reglas que lo componen son cuestionadas y sometidas a debate y se cuestiona y debate también acerca de las propuestas alternativas, estamos ante una concepción «dinámica» de la justicia». La justicia «estática» está ligada a la idea de consenso; la justicia «dinámica», a la de conflicto.

V) Toda sociedad necesita de una justicia estática, que es, por otra parte, típica de las sociedades premodernas. Por el contrario, en las sociedades del presente son escasas las normas que suscitan el consenso social del grupo y gran parte del complejo normativo está permanentemente cuestionándose y sometándose a verificación.

c') Para juzgar la justicia o injusticia de una norma podemos remitirnos a ciertos criterios últimos —que HELLER admite implícitamente que pueden variar en los distintos tiempos históricos—. Superada la idea de la ley divina o de la ley natural, las sociedades modernas han universalizado y convertido en «ideas valor» los valores de libertad y vida, entendiendo por «idea valor» aquel valor cuyo opuesto no puede ser elegido como tal.

(132) WELLMER (*Sobre la dialéctica de modernidad y postmodernidad*, Visor Distribuciones, Madrid, 1993, págs. 107-112) critica a LYOTARD por su superficialidad y por dejar en definitiva sin solución el problema de una «justicia sin consenso».

(133) Cfr. HELLER, A., «La justicia social y sus principios», en *Políticas de la postmodernidad*, págs. 198-214.

Por tanto, para HELLER el criterio último para calibrar la justicia o injusticia de las normas queda referido al principio «igual libertad para todos; iguales oportunidades de vida para todos».

d') En las sociedades modernas, a diferencia de la tradición anterior, no es un grupo concreto, sino todos los grupos sociales quienes demandan iguales libertades y oportunidades vitales. Y paralelamente no se acepta que sea la fuerza quien resuelva los conflictos sociales y políticos, sino que el sistema normativo ha de ser resultado de la negociación vía compromiso o de un discurso donde a través de la argumentación racional se llega al consenso. En suma, se observa una clara influencia habermasiana porque se sostiene que, al menos por vía tentativa, debemos aproximarnos a sistemas normativos consensuados por medio de un discurso en que se supone que todos los participantes pueden recurrir a aquellas «ideas valor» de libertad y vida, aunque se reconozca que ningún programa en pro de una sociedad justa puede ser válido y aceptado por todas las naciones, todas las culturas y todas las formas de vida.

Libertad y vida son los valores auténticos con los que se relacionan las virtudes cívicas, y quedan combinados con el valor condicional de la igualdad cuando demandamos para todos «iguales libertades e iguales oportunidades de vida».

Las principales virtudes cívicas relacionadas con aquellos valores serían para HELLER (134):

- a) La tolerancia radical como reconocimiento y respeto hacia todas las formas de vida que no impliquen la utilización de otros seres humanos como simples medios.
- b) Valentía cívica, que es la virtud de alzar la voz por las causas que consideramos correctas incluso en situaciones de abrumadora desventaja.
- c) Solidaridad, entendida como ayuda activa, aunque no incondicional, a los grupos, movimientos y colectividades que tratan de reducir el nivel de violencia y opresión en las instituciones sociales y políticas.
- d) Justicia, como juicio justo, informado, imparcial y libre de prejuicios.
- e) Prudencia, como buen criterio en la decisión y en la aplicación de la norma.
- f) Disponibilidad para la comunicación racional, de modo que todos los implicados en una institución, ley o acuerdo social estén dispuestos a participar en un discurso racional relativo a la corrección o justicia de tales normas, convenios o instituciones.

(134) Cfr. HELLER, A., «Ética ciudadana y virtudes cívicas», en *Políticas de la post-modernidad*, págs. 224-231.

La «cosa común», la *res publica*, ha de estar inspirada —para HELLER— en los valores universales de libertad y vida. Y para ello habremos de desarrollar en nosotros mismos las virtudes cívicas, de modo que la ciudad sea lo que debe ser: la suma total de todos sus ciudadanos.

GERMÁN GALLEGO DEL CAMPO
Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas
Registrador de la Propiedad