

Parte Primera.- INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA JURÍDICA

Tema 1. Ciencia Jurídica y metodología jurídica

1.1.- Introducción

"¿Que es la Ciencia del Derecho? En tanto no se entienda a sí misma como Ciencia histórica, ni como Ciencia social, sino como algo distinto y peculiar, o sea, como "Jurisprudencia": ¿Es realmente una "ciencia", es decir, una actividad espiritual plenamente planeada y dirigida a la obtención de conocimientos, o es sólo un saber ordenado de lo que en una determinada comunidad jurídica se considera Derecho hic et nunc, o es quizá una "tecnología", una indicación para resolver de modo uniforme los casos jurídicos según determinadas reglas, que se podrían calificar de máximas prácticas o reglas convencionales? ¿Es quizá todo esto a la vez?" (Larenz, 1980, p.25)

Normalmente no nos planteamos si el tipo de trabajo que realizamos como juristas es un saber científico, ya sea como creadores del Derecho (legisladores, funcionarios de la Administración...); aplicadores del Derecho (jueces, fiscales, abogados...); o como transmisores, educadores, intérpretes, glosadores o teóricos del Derecho (profesores, asesores...)....

En relación a la actividad que nos interesa, esto implica el cuestionarnos si los trabajos de investigación que realizamos (al crear, interpretar o aplicar el Derecho) son o no científicos. ¿que características de la Ciencia encontramos en las tesis doctorales, o en los artículos que escribimos, en las conferencias o clases que impartimos, en las resoluciones que redactamos...?

El saber y la actividad del jurista se encuentran con muchos problemas que sobrevuelan sobre su legitimidad científica. El problema fundamental con el que tradicionalmente se ha enfrentado la actividad jurídica es que no se considera científica. Mientras que la Ciencia produce un verdadero conocimiento, la dogmática jurídica (la Ciencia del Derecho) se dice que no puede, porque su objeto es cambiante. Por otra parte, habría que decir, que muchos de estos problemas y objeciones que se le achacan al Derecho son los mismos que se predicán de otros saberes incluidos dentro de las denominadas Ciencias sociales.

Al abordar el problema de la Ciencia del Derecho podemos encontrarnos con dos perspectivas de discusión: las condiciones de un conocimiento para ser considerado como científico; y el problema del estatuto científico de la Ciencia del Derecho. Las condiciones para calificar de científico el conocimiento del Derecho se presentan enfocadas hacia el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos que idealmente se atribuyen al conocimiento científico: neutralidad valorativa, exactitud y la autonomía del objeto. Por ello, los métodos jurídicos tendrían que cumplir con estos ideales¹. Esta perspectiva de análisis se tratará en los epígrafes relacionados con el concepto de Ciencia y de método científico. El estatuto científico de la Ciencia del Derecho, partirá de la anterior discusión y se desarrollará a continuación al tratar de las concepciones históricas sobre la Ciencia del Derecho, y su crítica. La respuesta histórica va desde la consideración científica del Derecho a su negación; y por tanto, se considera como una técnica o una tecnología al servicio de la política. Como solución intermedia se propone el Derecho como una actividad científica, pero reformulando el concepto de Ciencia o realizando distinciones entre los tipos de Ciencias.

Posiblemente no sea muy importante si la actividad, o mejor, las actividades de los juristas se pueden considerar o no como una Ciencia. Esta es una primera cuestión muy debatida, en la que entraremos al comienzo de la exposición. Quizás sea más importante, y determine un tipo

¹ Por ejemplo, la intención de la obra de Hans Kelsen o Alf Ross se ha dirigido a construir una Ciencia del Derecho basada en estas premisas.

de conocimiento, el conocer los presupuestos y reglas que configuran el tipo de actividad que desarrollamos, su función social y el contenido de actividad que se realiza. Esto es lo que veremos en la primera parte del curso. En la segunda parte, expondremos los pasos, el proceso que debe seguir un trabajo de investigación propio del Derecho. Sus características, requisitos, algunos métodos, problemas.... para tratar de que sea lo mas "científico" posible...

1.2.- Precisiones terminológicas: Ciencia del Derecho, Jurisprudencia, Dogmática jurídica

Antes de establecer el método y contenido de la Ciencia del Derecho tenemos que comenzar por delimitar qué vamos a entender por el término "Ciencia jurídica" o Dogmática jurídica. Lo definiremos como "el saber que trata de describir las normas jurídico-positivas y que tradicionalmente se ha denominado dogmática jurídica o jurisprudencia." (Calsamiglia, 1986, pp. 12-13) Existen, sin embargo, otras perspectivas metodológicas para abordar el saber sobre el Derecho: la sociología jurídica, la filosofía política, la historia del Derecho...

Las funciones propias de la dogmática jurídica, esto es de la doctrina o de los operadores jurídicos al conocer el Derecho, son las de realizar la interpretación, aplicación y sistematización del Derecho, así como la de proporcionar los caminos de transformación del mismo².

La primera confusión terminológica comienza con la denominación de la disciplina, que se ocupa del estudio del objeto de la misma manera que el propio objeto³. El término 'derecho' es ambiguo porque no solo se refiere al saber jurídico, sino también puede designar un ordenamiento jurídico (o Derecho objetivo), una facultad atribuida a los individuos (derecho subjetivo) o la idea de justicia. Esta precisión debe ser tomada en cuenta para evitar la confusión entre la dogmática o la Ciencia del Derecho, y las otras acepciones de 'derecho'; sobre todo, la de Derecho objetivo.

También hay que tener presente que las denominaciones históricas pueden producir confusión al reducir el significado de la Ciencia del Derecho. Su reducción al concepto de 'jurisprudencia' queriendo señalar el estudio propio del Derecho, tal como se utiliza generalmente en los países anglosajones, no significa que la única actividad del saber provenga de las decisiones consolidadas de los aplicadores del Derecho. Tampoco la utilización del concepto de "dogmática" implica que con ello nos refiramos a una determinada escuela o concepción jurídica, la de algunos autores del siglo diecinueve. También se podría distinguir entre teóricos del Derecho, dogmáticos, o sea los científicos del Derecho; y los prácticos del Derecho (los que lo crean y aplican). Sin embargo, aunque se pueda decir que su función es distinta, en algún momento los dos tipos de sujetos realizan una actividad de la que se nutren recíprocamente.

²Véase, entre otros, R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC, 1989; M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985, p. 276; E. DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1977. p. 69 y ss.; M. VAN HOECKE, "La systématisation dans la Dogmatique Juridique", *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986, p. 217 y ss. Y en el mismo número los trabajos de A. AARNIO, "On changes in the systematics of Law", págs. 161-170; y E. BULYGIN, "Legal dogmatics and the Systematization of Law", págs. 193-210. También M. VAN DE KERCHOVE y F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, p. 117 y ss. [Trad. cast. I. Hoyo, Universidad Complutense de Madrid, 1997]. Sobre las funciones de la dogmática también puede verse el trabajo de M. RUIZ SANZ, "El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994, pp.347-366.

³Así, mientras a nadie se le ocurriría confundir la astronomía con los astros, las estrellas o las galaxias, la física con la fuerza materia, o la geografía con el globo terráqueo, es frecuente discutir sobre si el derecho posee o no carácter científico, no obstante que el derecho no es una disciplina racional, sino un *objeto de conocimiento*." H. FIX-ZAMUDIO, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México, Porrúa, 1984, p.15

1.3.- ¿Qué quiere decir "saber científico"?

"Ni la observación, ni la generalización, ni el uso hipotético deductivo de aseveraciones, ni la mensura, ni la utilización de instrumentos, ni la construcción, ni todos juntos pueden ser tenidos en cuenta como esenciales para la ciencia. Porque se pueden encontrar ramas científicas en donde no se usan estos criterios o tienen poca influencia. La astronomía no hace experimentación, las matemáticas no hacen observaciones, la geometría es dudosamente descriptiva, la arqueología dudosamente recurre a mensuras, muchas taxonomías no necesitan generalizaciones abstractas y la biología, con gran esfuerzo, está recién comenzando a utilizar idealización matemática y generalización. Los caracteres mencionados no son ni necesarios ni suficientes, pero pueden estar presentes en mayor o menor grado y contribuyen a caracterizar lo que reconocemos como científico. Su desaparición remueve de una actividad, el carácter científico; su presencia conjunta en alto grado crea condiciones reconocidas como preeminentemente científicas. Esta línea de pensamiento nos obliga a abandonar la búsqueda de una esencia intemporal e inmutable en favor de un sistema de criterios interactuantes." (Max BLACK, *Problems of Analysis*, London, Routledge & Kegan, 1954, p.13)

1.3.A.- El concepto de Ciencia

Generalmente se dice que una disciplina es científica si es objetiva, se basa en la observación, la experimentación, la medida... y si realiza generalizaciones abstractas... Normalmente estas son las características de las Ciencias de la Naturaleza o las Formales (las "verdaderas Ciencias") frente a las Ciencias culturales o del "espíritu" que ni tienen una tradición tan profunda ni unos métodos tan firmes. Sin embargo, esto ni siquiera es cierto de todas las disciplinas de las que no se duda su científicidad⁴. Además el concepto de Ciencia es ambiguo, vago, emotivo, ... (Nino, 1989, pp. 9-16) Por otra parte, la objetividad del conocimiento es también un modo de subjetividad de algunos sujetos históricos.

Veamos por ejemplo el análisis científico que realizan los arqueólogos y paleontólogos, que a través de un análisis de restos extraen conclusiones cuyo grado de certeza pudiera ser discutible. Esto es claro sobre todo cuando se hacen extrapolaciones hacia la posible conducta, sentimientos comportamiento social... a partir de indicios. Véase cómo se extraen las conclusiones en la siguiente noticia "La reyerta de los neandertales": Se puede comparar este procedimiento para alcanzar la "verdad" con el exigido en un procedimiento judicial en el que los indicios son insuficientes como prueba.

La reyerta de los neandertales

Los científicos destacan la importancia de las armas en la evolución de la conducta humana

"Un neandertal que vivió hace 36.000 años en el oeste de Francia sufrió una fractura de cráneo tras ser golpeado con un arma contundente y afilada. Tras la agresión, quedó inconsciente, con una fuerte conmoción cerebral y una abundante hemorragia. Pero sobrevivió. Los científicos que han estudiado el cráneo han descubierto que la fractura se soldó, lo que indica que el neandertal vivió lo suficiente para que el hueso se regenerara. Además, no han encontrado signos de infección en el lugar de la herida. La investigación

⁴"¿Qué son los fenómenos? ¿Qué es empírico? La contestación a estas preguntas es sencilla pero embarazosa. Los fenómenos, en especial los fenómenos empíricos, así como los llamados hechos, son consecuencias de nuestras teorías. No hay forma de captarlos o definirlos si no es por medio de la red de nuestras teorías. Puesto que están constituidos por nuestras teorías no es de extrañar que soporten y confirmen estas teorías." H. SKOLIMOWSKI, *Racionalidad evolutiva*, Valencia, Cuadernos Teorema, 1977, p.12. Citada por Calsamiglia, 1986, p. 66.

aporta una de las pruebas más antiguas de agresión entre miembros de un mismo grupo humano. Al mismo tiempo muestra que los neandertales vivían en sociedades lo bastante desarrolladas para cuidar de sus heridos.

Esta coincidencia entre violencia y altruismo en una misma sociedad no es casual, afirman los autores de la investigación, coordinados por Christoph Zollikofer, de la Universidad de Zurich (Suiza). Al contrario, violencia y altruismo han evolucionado conjuntamente. La razón: cuanto más destructivas son las herramientas que tiene un grupo social -en el caso de los neandertales, lanzas para cazar y cuchillos para descuartizar-, más daños pueden causar en los conflictos internos del grupo. Por lo tanto, en cualquier sociedad es vital que se aprenda a reprimir la violencia y a paliar sus efectos. De lo contrario, las tensiones internas llevan a la extinción del grupo. El resultado, a la larga, es que sólo sobreviven los grupos humanos que han desarrollado mecanismos psicológicos eficaces para controlar sus propias armas. "El alto potencial destructivo de las armas ha tenido una importancia fundamental en la evolución de la conducta social de los homínidos", afirman los investigadores en un artículo que se publicará la próxima semana en la revista "Proceedings".

Su análisis se basa en el famoso cráneo de Saint-Césaire, descubierto en Francia en 1979. El cráneo, hecho añicos y difícil de manipular por su fragilidad, perteneció a un joven que murió cuando tenía alrededor de 20 años. Un nuevo análisis del cráneo con la técnica de tomografía computerizada ha revelado ahora que una de las marcas corresponde a una fractura soldada de 6,8 centímetros de longitud. El lugar de la fractura, en lo alto del cráneo y orientada de delante hacia atrás, sugiere que fue causada por una agresión con un objeto contundente: si se hubiera debido a un accidente como una caída, habría afectado a los huesos laterales del cráneo. La línea de la fractura indica que la produjo un golpe seco, con un objeto duro y probablemente afilado. En cuanto a la autoría de la agresión, los investigadores la atribuyen a otro neandertal del mismo grupo. Zollikofer y su equipo reconocen que otras interpretaciones son posibles, pero advierten que son menos probables. "

(Joseph Corbella, La Vanguardia, 23-4-2002, <http://www.lavanguardia.es>)

1. Busque la doctrina sobre la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial en su país. También puede hacerlo en la Jurisprudencia Constitucional española. Para ello, entre en <http://www.boe.es>; después en "Búsqueda" y a continuación en "Jurisprudencia Constitucional". Realice la búsqueda en alguno de los campos que aparecen. Por ejemplo, en el de "Texto-libre" ponga: "prueba indiciaria".

STC 135/2003, de 30 de junio, (BOE, 30-7-2003), F^o 2^o: "...desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, hemos sostenido que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se cumplan los siguientes requisitos, que permiten distinguirla de las simples sospechas: a) que parta de hechos plenamente probados y b) que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre; 24/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 44/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 17/2002, de 28 de enero, FJ 3). Nuestro control de la razonabilidad del discurso, esto es, de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente (excluyéndose la razonabilidad por el

carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia). En este último caso, este Tribunal afirma que ha de ser especialmente cauteloso, por cuanto son los órganos judiciales los únicos que tienen un conocimiento preciso, completo y adquirido con todas las garantías de la actividad probatoria, especialmente por factores derivados de la inmediación. Por ello, se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento «cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada» (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 44/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 155/2002, de 22 de julio, FJ 14). Así, como recordábamos en la última de las Sentencias citadas, «nuestra jurisprudencia ha catalogado como inferencia no concluyente contraria al derecho a la presunción de inocencia la que une 'la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo' con su 'especial destino a tal ejecución' (STC 105/1988, FJ 3); la que concluye la intervención de una persona en un hecho punible a partir únicamente de la apreciación de que tuvo la ocasión de cometerlo o de que estaba en posesión de medios aptos para su comisión o por simples sospechas o conjeturas (STC 283/1994, FJ 2); la que une la sola posesión de unos pájaros con el robo con escalamiento de los mismos (STC 24/1997); la sola titularidad de una embarcación utilizada para una conducta ilegal de pesca con la autoría de dicha conducta (STC 45/1997); o finalmente, la que concluye la participación del acusado en una operación de tráfico de drogas a partir del único dato del acompañamiento al aeropuerto de quien iba allí a recoger la droga (STC 157/1998)»."

La certeza y la seguridad es una aspiración de la Ciencia; sin embargo, la Ciencia tiene en cada momento histórico unos conocimientos ciertos, que cambian según avanza el saber científico. Por tanto el carácter de la certeza es relativo porque el saber humano es falible y limitado. Por ejemplo, la imagen del navegante que proporciona Locke en su *Ensayo*: para navegar le basta conocer con certeza lo que existe en la profundidad que alcanza su sonda y en la extensión visual de su horizonte. De forma análoga nos propone que no perdamos el tiempo en disputas metafísicas por las limitaciones que, tal como demuestra la historia, tiene nuestro conocimiento científico. La existencia de hipótesis y ficciones a las que se recurre por parte de las Ciencias es un ejemplo de la incertidumbre del conocimiento.

Si utilizamos la distinción proveniente de la filosofía de la ciencia entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación podemos trazar algunas diferencias⁵. La diferencia mayor se encontraría en el contexto del descubrimiento: la forma de obtención de los datos es más evidente y comprobable en la naturaleza (fenómenos naturales) que en la "cultura". Los bienes "culturales" son variables, e imprevisibles ya que se basan en factores teleológicos de la conducta humana. Sin embargo, tanto el jurista como el naturalista en muchos casos deben recurrir a la intuición, emociones e incluso comportamientos irracionales, y su conocimiento no solo se satisface con las exigencias de la lógica teórica o la observación.

En el contexto de la justificación no hay tanta diferencia porque los procedimientos que se siguen en la construcción de los conceptos básicos y abstractos es similar: "...en ambos campos se procede a través de una ordenación sistemática y generalizadora de los datos de la experiencia, en un caso en relación con fenómenos de la naturaleza, en el otro, respecto de las normas jurídicas positivas, todo lo cual debe realizarse a través de juicios lógicos, regidos por reglas similares, aun cuando dichos razonamientos tengan que adaptarse a las exigencias del objeto de conocimiento de cada una de las disciplinas de que se trata." (Fix-Zamudio, 1984, 18)

5 La distinción puede encontrarse en H. REINCHENBACH, *The rise of scientific philosophy*, Berkeley, the University of California Press, 1951, p. 7. El contexto del descubrimiento tiene relación con la actividad que consiste en descubrir o enunciar una teoría científica determinada, y que tiene que mostrar los factores que dan lugar al desarrollo del conocimiento científico. Por otra parte, el contexto de justificación tiene que ver con la actividad de justificación de las teorías científicas. Aquí son relevantes las actividades de la lógica y las reglas del método científico.

"El fracaso de encontrar propiedades que sean claramente comunes a todas las actividades ciertamente científicas perjudica el intento de clasificar con criterios objetivos actividades acerca de cuya cientificidad dudamos inicialmente. Parece que el único camino fecundo es (...) indicar el conjunto de características que sin ser necesarias ni suficientes, individualmente consideradas, son relevantes para la identificación de la actividad científica y señalar también las relaciones y jerarquía de esas características." (Nino, 1989 p. 12)

Por esto, los caminos que podemos seguir son dos: adoptar un modelo nuevo de ciencia jurídica (como por ejemplo el racionalista o el positivista); o aclarar y depurar el modelo de la dogmática jurídica.

1.3.B.- Ciencia y técnica

2. Lea este texto de un autor del siglo XVI en el que se expresa la diferencia entre el tipo de aplicación del Derecho por un jurista que actúa como un técnico y el que tiene en cuenta el ordenamiento jurídico en un sentido más amplio. ¿Qué diferencias encuentra? ¿qué aspectos de la realidad jurídica reflejan estas diferencias (la enseñanza, la práctica jurídica, el sistema de oposiciones...etc)?

El texto es de Juan HUARTE DE SAN JUAN, Examen de ingenios para las ciencias (1575), Madrid, ed. E. Torre, EN, 1976, pp. 208-215⁶:

El Dr. Huarte de San Juan comienza preguntándose por qué se llama al "legista" letrado:

"... por ser a letra dado, que quiere decir hombre que no tiene libertad de opinar conforme a su entendimiento, sino que por fuerza ha de seguir la composición de la letra. Y por tenerlo así entendido, los may peritos de esta profesión no osan negar ni afirmar cosa ninguna, tocante a la determinación de cualquier caso, si no tienen delante la ley que en sus propios términos lo decide. Y si alguna vez hablan de su cabeza, interponiendo su decreto y razón sin arrimarse al Derecho, lo hacen con temor y verquenza."

De lo cual deduce fácilmente el ingenio que "pide" el estudio o la teórica de las leyes:

"... si el jurisperito ha de tener atado el entendimiento y la imaginación a seguir lo que dice la ley sin quitar ni poner, es cierto que esta facultad pertenece a la memoria, y que en lo que se ha de trabajar es en saber el número de leyes y reglas que tiene el Derecho y acordarse de cada una por si, y referir de cabeza su sentencia y determinación, para que, en ofreciéndose el caso, sepan que hay ley que lo determina y de que forma y manera. Por donde me parece que es mejor diferencia de ingenio para el legista tener mucha memoria y poco entendimiento que mucho entendimiento y poca memoria."

"La abogacía es obra del entendimiento, ... si el letrado tuviera mucha memoria no vale nada para juzgar ni abogar por la repugnancia de esas dos potencias. Y esta es la causa por la que los letrados muy memoriosos, que

6 Puede encontrarse en <http://www.unizar.es/deproyecto/teoriaep/tep1.html> También puede consultarse M. CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1992.

nota Platón, no defendían bien, los pleitos ni aplicaban el derecho como convenía."

"...Suelen apodar al letrado que sabe muchas leyes de memoria al ropavejero que tiene muchos sayos cortados a tiento en su tienda; el cual para dar uno a la medida del que se lo pide, se los prueba todos, y si ninguno le asienta despide al merchante. Pero el letrado de buen entendimiento es como el buen sastre que tiene las tiseras en la mano, y la pieza de paño en casa; el cual tomando la medida, corta un sayo al talle del que se lo pide. Las tiseras del buen abogado es el entendimiento agudo, con el cual toma la medida al caso y le viste la ley del que lo determina, y si no la halla entera y que en sus propios términos lo decida, de remiendos y pedazos del derecho le hace una vestidura con que defenderlo."

Podemos agrupar en dos las posturas que se mantienen en relación al conocimiento científico y el técnico. La distinción entre Ciencia y técnica en relación a la actividad jurídica se encuentra en Ihering y Geny. La Ciencia jurídica se referiría a la materia, a la sustancia de las normas jurídicas. Esta se encargaría del conocimiento y la elaboración de los datos que reflejan las fuentes reales del Derecho. La técnica del Derecho sería la manera de dotar de forma adecuada, o de perfeccionar, la materia jurídica. Ésta tendría por objeto la construcción de los materiales jurídicos en conexión con las fuentes formales.

Otros autores entienden que no existe esta diferencia, pues se trataría de dos momentos de la ciencia jurídica (Castán Tobeñas). Y en este sentido "si por el método científico entendemos todo procedimiento adecuado para llegar a obtener el conocimiento sistemático de un sector de fenómenos naturales, objetos matemáticos o productos de la cultura, así como la utilización práctica de dicho conocimiento, resulta indudable que método científico y técnica científica, en este caso, de la ciencia del derecho, resultan equivalentes, puesto que con el mismo alcance puede hablarse de método de la elaboración, de la investigación y de la enseñanza del derecho, que de técnica de la investigación y de la enseñanza del derecho, que de técnica de la investigación jurídica, de la interpretación de las normas jurídicas, etcétera, ya que en ambos supuestos, se quiere significar una misma cosa, es decir, el conjunto de instrumentos, para elaborar, estudiar, interpretar o enseñar ese objeto de conocimiento que llamamos derecho. En las relacionadas condiciones, es posible concluir en el sentido de que tanto la ciencia como la técnica, y por tanto el método o métodos relativos, tienen de común que se refieren a un conocimiento sistemático y generalizado, pero se diferencian en cuanto la técnica y el método comprenden los medios para alcanzar y aplicar ese conocimiento calificado de científico, ya que la ciencia pura o la ciencia por la ciencia, sólo puede admitirse en sentido figurado, pues en realidad, todo conocimiento, por abstracto que se le considere, posee una significación práctica, y pretende aplicarse al objeto del saber de que se trata." (Fix-Zamudio, 1984, p. 26.)

1.3.C.- Ciencia y tecnología

Por otra parte, también se ha entendido la *dogmática jurídica* como una tecnología por diversos motivos (Atienza, 1985 y 1986)

1.- El conocimiento dogmático y las comunidades de cultivadores de la dogmática son menos abiertas que las de los científicos (incluyendo sociólogos y lógicos): "los avances o las soluciones ofrecidas por la dogmática sólo lo son en relación con un determinado texto, naturalmente susceptible de ser cambiado, que se enmarca dentro de una configuración normativa, un cierto orden de valores, etc." (Atienza, 1986, p. 302)

2.- "...lo que caracteriza a la tecnología frente a la ciencia no es que la primera *no* se ocupa de problemas cognoscitivos, sino que no se ocupa *sólo* o *preponderantemente* de tal tipo de problemas." (Atienza, 1986, p. 304)

3.- El objetivo final de la Ciencia puede ser la transmisión de conocimientos o la descripción ordenada de una parte del ordenamiento jurídico. Este no es el objetivo final de la dogmática, que puede utilizar esto como un medio para su objetivo que es práctico. Los objetivos o funciones de la dogmática son el suministro de criterios para la aplicación del Derecho vigente, y para el cambio del Derecho en las diversas instancias en que éste tiene lugar, y la de elaborar un sistema conceptual con la finalidad de conseguir los objetivos anteriores. La finalidad de la dogmática es la de controlar los procesos de interpretación, aplicación, desarrollo y cambio del Derecho, para lo cual, el dogmático construye, adopta o reformula conceptos, métodos, teorías... (Atienza, 1985, p. 277; 1986, p. 305)

4.- "La dogmática jurídica mantiene pocas, y poco profundas, relaciones con la ciencia y, desde luego, no me parece que pueda decirse que se base en alguna(s) ciencia(s) en particular, sino más bien en una combinación de experiencia, sentido común, conocimiento ordinario..." (Atienza, 1986, p. 307)

5.- "... si la actividad dogmática obedece más al modelo de proceder técnico que al científico, entonces los filósofos y teóricos del Derecho que reflexionan sobre el saber jurídico tradicional deberían trasladar su centro de interés desde el campo de la filosofía de la ciencia (lo que no quiere decir tampoco que debieran abandonar completamente éste) al de la filosofía de la técnica. En particular, creo que debería prestarse mucha mayor atención de lo que suele hacerse al propio concepto de técnica y, sobre todo, al de técnica social que muchas veces pasa casi desapercibido a los teóricos de la técnica." (Atienza, 1986, p. 308)

6.- "Yo no considero, desde luego, que el proceder dogmático sea un proceder irracional pero estimo que, frecuentemente, no alcanza los niveles de racionalidad a que cabría aspirar dado el estado de desarrollo actual de las ciencias y las tecnologías. Precisamente por eso considero interesante y pertinente proponer modelos alternativos al paradigma de la dogmática actualmente vigente." (Atienza, 1986, p. 310)

Frente a esto se mantiene que la jurisprudencia tiene un carácter técnico y a la vez científico. "...lo que el jurista dice y hace en su práctica profesional, se funda en enunciados técnicos sustentados en un conocimiento teórico del sistema normativo de que se trate, y no en el recurso a aquellas variadas disciplinas. (...) los juristas cumplen actividades de distinto tipo, algunas de las cuales no hay inconveniente en caracterizar como científicas y en denominar «ciencia» a su formulación, así como no veo inconveniente en pensar como acciones técnicas a múltiples actividades y expresiones de los juristas." (Vernengo, 1986, p. 294)

3. Después de examinar los argumentos apuntados por Atienza y Vernengo, ¿Cuál es su opinión en relación a si la actividad de conocimiento del Derecho es una ciencia, una técnica o una tecnología?. Justifíquelo. Los textos en los que aparece este debate son:

VERNENGO, Roberto J.; "Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del Derecho", Doxa, 3, 1986, p.289 y ss.; ATIENZA, Manuel; "Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo", Doxa, 3, 1986, p. 297 y ss.; VERNENGO, Roberto J.; "Replica a la respuesta de M. Atienza", Doxa, 3, 1986, pp. 313-314

Pueden consultarse los textos en formato PDF en

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02406177433793617422202/index.htm>

1.3.D. Ciencia, técnica y formación de los juristas⁷

⁷ El texto que se reproduce a continuación corresponde a un fragmento de un trabajo inédito escrito por el profesor Mario Ruiz Sanz de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona.

Tendríamos que exponer a continuación cómo debe abordarse la formación científica de los juristas⁸, si es que así puede hacerse. En primer lugar, puede plantearse el sugerente tema de si el Derecho es o no una Ciencia. Probablemente, la discusión se tornaría bizantina si nos detuviéramos de forma extensa sobre la misma.⁹ Señala Bobbio que tal discusión responde a un "complejo de inferioridad" frente los científicos, una «constante insatisfacción que en todo tiempo han experimentado los juristas cuando se han puesto a confrontar su investigación con la que en cada ocasión, en las distintas épocas, ha tenido nombre y reconocimiento de ciencia.»¹⁰ O, como ha indicado A. Calsamiglia, el propio término "ciencia jurídica" tiene un carácter controvertido, ambiguo, impreciso y vago, pero no carece de esa fuerza emotiva que le dan los juristas.¹¹

Un reflejo de esta polémica que se proyecta sobre los nuevos planes de estudios es el de si éstos deben formar "científicos" o "técnicos", o más -o menos- ambas cosas. Con el recuerdo al carácter "científico" del jurista en la disposición general citada, y la inclusión del apartado denominado "La Ciencia del Derecho" en la asignatura de Teoría del Derecho del primer ciclo de la licenciatura y no en la de segundo ciclo, aparte de los problemas que ya fueron planteados con anterioridad, surgiría uno nuevo: ¿qué debe entenderse por "ciencia del Derecho"?; es decir, ¿hay un sentido amplio y otro estricto de la "ciencia del Derecho"? Parece que al legislador le son ajenos estos interrogantes, al menos respecto a su precisión conceptual. Ni siquiera puede encontrarse una mínima referencia al carácter descriptivo de la ciencia del Derecho, cuya tarea consistiría al menos en mostrar, analizar y exponer el Derecho

8Conviene reproducir la directriz general primera del anexo contenido en la normativa del RDDGP 1424/90, que dice: "Las enseñanzas conducentes a la obtención del título oficial de Licenciado en Derecho deberán proporcionar una **formación científica** adecuada en los aspectos básicos y aplicados del Derecho." La referencia a la "formación científica" de los futuros licenciados en Derecho -o en Ciencias jurídicas, nueva denominación que adopta la titulación en facultades de reciente creación- es un tema que no debe pasarse por alto.

9 Se trata de una cuestión que no es ni mucho menos pacífica. La famosa crítica al carácter científico de la jurisprudencia se remonta al Derecho Romano, y su versión moderna más conocida y difundida es el opúsculo del fiscal prusiano J. von Kirchmann titulado "La jurisprudencia no es ciencia" (1847). Sobre este tema, resulta ilustrativo el distinto punto de vista de M. Atienza y R. Vernengo sobre el carácter científico o no de la jurisprudencia. M. Atienza formula su tesis del carácter técnico y no científico de la jurisprudencia refiriéndose a la dogmática jurídica en concreto, en la que se darían los rasgos diferenciales de la tecnología frente a la ciencia. Al contrario, R. Vernengo defiende la idoneidad de mantener la expresión "ciencia del Derecho". No obstante, y como ha señalado Elías Díaz, la cuestión acerca de la cientificidad de la "Ciencia del Derecho" se encuentra en los caracteres definitorios de lo que sea calificado como ciencia en general. Cfr. J.H Von KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, traducción e introducción preliminar de A. Truyol Serra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983 (3ª ed.); R. VERNENGO, "Ciencia jurídica o técnica política: ¿es posible una Ciencia del Derecho?", en *Doxa.*, núm. 3, 1986, págs. 289 y ss.; M. ATIENZA, "Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo", en *Doxa*, núm 3, págs. 297 y ss. E. DIAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, pp. 393 y ss. C.S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. (Con referencia particular a la dogmática penal)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

10 Véase N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, estudio preliminar, recopilación y traducción de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres ed., 1980, pág. 174.

11 Cfr. A. CALSAMIGLIA, "Ciencia jurídica", en *El derecho y la justicia*, ed. E. Garzón Valdés y F.J. Laporta, Madrid, Trotta, 1996, págs. 17 y ss.

vigente, llevando a cabo una tarea de (re)construcción y sistematización del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, y no sin cierta paradoja respecto a esa señalada proclamación de "cientificidad" que debe orientar los planes de estudios de la Licenciatura, lo cierto es que una observación algo detenida de su composición sugiere un claro decantamiento hacia la formación de técnicos o especialistas en materias jurídicas, o como lo denomina M. Gascón, hacia una "árida tecnificación".¹² En este sentido, señalaba M. Atienza que lo que se enseña en las Facultades jurídicas «no merece en general el nombre de ciencia.»¹³ A ello contribuye las actuales peculiaridades de los centros de enseñanza superior, convertidos en instituciones - públicas o privadas- cuya función prioritaria consiste en preparar y lanzar al mercado de trabajo a profesionales especializados o peritos conocedores de los procedimientos y recursos disponibles en cada entorno socio-laboral. Las exigencias de una sociedad altamente tecnificada, que requiere de una expertización cada vez mayor, definen y supeditan la estructura y los fines de la amplia mayoría de los planes académicos actuales.

A esta característica general de las enseñanzas universitarias no son ajenas las Facultades de Derecho, sobre las que conviene hacer unas precisiones particulares al hilo de la formación técnica que recibe y acumula el aprendiz de jurista. De acuerdo con lo que ha sido señalado por algunos autores¹⁴ pueden proponerse dos modelos extremos de enseñanza: por un lado, un modelo cultural, formativo y humanista, y por otro lado, un modelo profesional de jurista. No deja de ser cierto -aunque sea abiertamente discutible y criticable- que la función prioritaria en la actualidad de las Facultades de Derecho debe ser la formación de juristas bien preparados, con dominio de las técnicas a aplicar en los casos o supuestos concretos.¹⁵ Probablemente, haya que contribuir desde las enseñanzas con perfil más formativo a superar el modelo estrictamente tecnicista, pero desde dentro de la comprensión del propio carácter de la supuesta actividad técnica que debe desarrollar un jurista¹⁶. En relación a esta cuestión fundamental, indica acertadamente el profesor Capella que «el Derecho no es una técnica cualquiera (...) el Derecho es un instrumento de poder político cuyo funcionamiento convierte en agentes suyos a sus operadores "técnicos" debido a que exige la adopción de decisiones de individualización y concreción por los juristas de las normas dictadas por el aparato jurídico político.»¹⁷ De esta manera, resulta contraproducente una enseñanza jurídica que pretenda aislarse del discurso sobre el poder. Al menos, debe tenerse en cuenta que la capacitación del

12 Cfr. M. GASCON ABELLAN, "Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo X, 1993, pág. 191.

13 Véase M. ATIENZA, "¿Es posible una enseñanza científica del Derecho?", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 54, Madrid, 1978, pág. 109.

14 Cfr. J.J. FERREIRO, J. MIQUEL, S. MIR, y P. SALVADOR, Prólogo a *La enseñanza del Derecho en España*, Madrid, Tecnos, 1987, págs. 11 y ss.

15 En este sentido, y partiendo de la cruda realidad, pueden ser suscritas las siguientes palabras: «las Facultades universitarias no son *casas de cultura, ludotecas o armarios para guardar parados*. Quienes piensan lo contrario olvidan que los estudiantes obtienen, al final de la Licenciatura, un *título académico* que es condición necesaria, y a menudo suficiente, para ejercer profesiones jurídicas.» Véase J.J. FERREIRO, J. MIQUEL, S. MIR, y P. SALVADOR, Prólogo a *La enseñanza del Derecho en España*, cit., pág. 12.

16 Véase de J. DE LUCAS la ponencia "Presupuestos conceptuales y metodológicos: sobre el concepto de Derecho, las funciones de los juristas y el modelo de docencia universitaria del Derecho" presentada en el *Primer Simposium sobre enseñanza del Derecho*, La Habana, abril de 1996. El texto no está publicado.

17 Véase J. R. CAPELLA, "Para un aprendizaje innovador en materias jurídico-políticas", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 5, 1982, pág. 56.

jurista como experto cualificado está destinada a resolver problemas sociales, y por este motivo sus decisiones contribuyen en buena medida a mantener, sostener o “reproducir” el sistema -social, político, económico y cultural- dominante.¹⁸ Como señalara Pietro Barcellona, «toda argumentación jurídica implica una línea política determinada.»¹⁹ En este sentido, no debe olvidarse que una marcada tendencia al “tecnicismo pragmático”, como la denomina Luis Prieto, se encuentra fuertemente arraigada en la comunidad jurídica universitaria, para la cual el Derecho se entiende como una «forma específica de control social, esto es, como técnica diseñada para encaminar a los miembros de una comunidad de acuerdo con ciertos modelos de comportamiento y en vista de determinados objetivos.»²⁰

A menudo, sucede que tal nivel de implicación entre Derecho y Poder no es reconocido por una parte considerable de la comunidad de juristas, en concreto, por aquellos que todavía creen e incluso estimulan una enseñanza del Derecho positivo altamente tecnificada y separada de la reflexión sobre problemas de cariz propiamente científico o epistemológico, político, sociológico, filosófico, etc. El argumento de la inutilidad práctica de algunas materias que son consideradas colaterales o de menor importancia, es el bastión que suelen esgrimir las mentes jurídicas más pragmáticas. Existe una tendencia bastante difundida y generalizada por los enseñantes del Derecho a separar o escindir entre disciplinas prácticas o “útiles” y disciplinas “formativas”. Se trata de una distinción algo forzada, aunque perfectamente operativa con ocasión del diseño de los planes de estudio de Derecho. Las primeras serían de primer grado o de nivel básico-superior, mientras que las segundas serían de segundo grado o de nivel complementario-inferior. A pesar de todo, el difuso trazado de esta línea fronteriza entre lo formativo y ¿lo no formativo? -me pregunto si realmente lo básico e irrenunciable es lo “no formativo”- queda en evidencia cuando se intenta precisar qué es “lo práctico”. De acuerdo con Laporta, «reivindicar la enseñanza práctica del derecho quiere decir, o debe querer decir, ante todo, familiarizarse con el funcionamiento de las instituciones jurídicas en la vida real y, desde ahí, iniciar el conocimiento y la construcción de la teoría jurídica de un modo activo, superando definitivamente la postura memorista y abstracta que caracteriza nuestros estudios de derecho y tantos otros...»²¹

De esta manera «se insinúa la necesidad de responder a dos tipos de exigencias, que, desgraciadamente, en demasiadas ocasiones se han visto como contrapuestas: por una parte, rendimiento, competencia, capacitación para el éxito profesional y conocimiento profundo de la propia especialidad, y por otra parte, visión globalizadora, perspectiva crítica, búsqueda desinteresada de la verdad, y comunicación pública y debate libre tanto entre investigadores como entre profesores y estudiantes. La complementariedad de aspectos que no dejan de polarizar una cierta tensión, parece la única salida capaz de asumir armónicamente un modelo ideal de Universidad- la idea de Universidad como concepto regulador- y la denuncia del riesgo elitista y uniformizador que tal ideal ha llegado a implicar, sin perder de vista el objetivo prioritario de lograr un nivel de calidad...»²²

18 Cfr. J. R. CAPELLA, *El aprendizaje del aprendizaje*, Madrid, Trotta, 1995, págs. 17-18.

19 Véase P. BARCELLONA, D. HART, y U. MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, trad. de C. Lasarte, Madrid, Civitas, 1977, pág. 29.

20 Véase L. PRIETO, “Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo X, 1993, pág. 593.

21 Véase F.J. LAPORTA, “Notas sobre el estudio y la enseñanza del Derecho”, *Sistema. Revista de ciencias sociales*, 1978, págs. 111-112.

22E. BEA y J. GARCÍA AÑÓN, “La idea de la Universidad y la Calidad de la educación”, *Formación Pedagógica del Profesorado Universitario y Calidad de la Educación*, ed. L.M. Lázaro Lorente, Valencia, Universitat de València-C.I.D.E.-M.E.C, 1993, pág. 210

A fin de cuentas, priorizar una formación jurídica estrictamente técnica plantea algunos inconvenientes, puesto que conduce a un modelo de jurista de reducido perfil legalista, lo que tampoco puede pretenderse desde las materias filosófico-jurídicas, abiertas a otro tipo de consideraciones, análisis y estudios. A. Calsamiglia se ha referido a dos modelos de jurista en tensión: el legalista-conservador y el legalista-innovador. Con respecto al segundo, indica que su tarea «requiere imaginación, conocimiento técnico (jurídico y no jurídico) y capacidad de persuasión y de argumentación (...) La tarea del jurista es la búsqueda de criterios de resolución de conflictos sociales», por ello, el jurista «*debe innovar conservando y conservar innovando.*»²³

1.4.-¿Qué es el método?

Desde el punto de vista científico se apunta que el objetivo de la ciencia es el verdadero conocimiento. "La metodología es un criterio que permite determinar si una proposición científica es verdadera o falsa. Sin embargo, los criterios que se han utilizado para identificar la verdad a lo largo de la historia han sido muy variados. Entre ellos la razón y la experiencia han ocupado un lugar hegemónico." (Calsamiglia, 1986, p.16)

La metodología jurídica es una disciplina que se ocupa del estudio de los instrumentos técnicos necesarios para conocer, elaborar, aplicar y enseñar el objeto de conocimiento que denominamos "Derecho" (Fix-Zamudio, 1984, p. 27)

Hay diversos enfoques para determinar los métodos jurídicos: 1) Concepción filosófica del método jurídico; 2) Concepción científica del método jurídico; 3) Concepción histórica del método jurídico; 4) Delimitación del objeto del conocimiento. (Fix-Zamudio, 1984, p. 21 y ss.)

1) Concepción filosófica del método jurídico: Esta concepción adopta dos puntos de vista. Se divide en *Lógica* (los caminos por los que se interpreta desde la corrección formal acertadamente el conocimiento) y *Epistemología* (trata de los caminos por los que se alcanza el conocimiento). Esta podría ser la perspectiva adoptada por Alchourron y Bulygin.²⁴

Los instrumentos que se pueden aplicar a la materia jurídica son: la inducción, la deducción, la síntesis, el análisis, el formalismo, realismo...

2) Concepción científica del método jurídico: Se trata del examen de las técnicas más adecuadas para la elaboración, investigación, enseñanza y aplicación del Derecho²⁵.

3) Concepción histórica del método jurídico: desde este enfoque se estudiarían los métodos adoptados por las diversas corrientes jurídicas desde una perspectiva histórica. Así, el

²³ Véase A. CALSAMIGLIA, "Sobre la función de los juristas", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 5, 1982, pág. 143.

²⁴ ALCHOURRON. C.E., y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987. Puede encontrarse el texto en <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/biblioteca.shtml>

²⁵ Esta perspectiva de una ciencia que se ocupa del estudio de las técnicas científicas más adecuadas para el estudio del Derecho es la adoptada por F. CARNELUTTI, *Metodologia del Diritto*, Padova, Cedam, 1939. Hay traducciones castellanas como *Metodología del Derecho*, trad. A. Ossorio, México, Manuales UTEHA, 1940; y en *Teoría General del Derecho. Metodología general del Derecho*, trad. cast. J.L. Monereo, Granada, Comares, 2003.

dogmatismo o conceptualismo jurídico, de la escuela histórica; del realismo jurídico, de las escuelas sociológicas...²⁶

4) Delimitación del objeto del conocimiento jurídico: Desde este enfoque, más que en las técnicas utilizadas, ha existido una preocupación por la delimitación del campo de la Ciencia del Derecho, del objeto de conocimiento. Esta es la perspectiva adoptada por H. Kelsen al establecer una *Ciencia pura del Derecho*.

1.5.- Tipos de métodos científicos

Desde el enfoque que hemos denominado concepción filosófica del método jurídico se podría decir que históricamente la metodología, o disciplina que tiene como objetivo proporcionar criterios para reconocer la verdad, ha ido desgranando unos criterios de verdad que podríamos situar entre el racionalismo y el empirismo. Lo que sigue no es más que una exposición esquemática de las características de algunos métodos:

I.- Método racionalista clásico:

- a.- Como una crítica a las limitaciones de la percepción sensible
- b.- Se encuentra en el contexto de la justificación
- c.- La razón como único modo de conocimiento fiable (contexto de la justificación)
- d.- Utilización del método deductivo (basado en la geometría y las matemáticas): a partir de axiomas evidentes, que no necesitan demostración, se demuestran lógicamente proposiciones que se plasman en el mundo físico.

II.- Método empirista:

- a.- Frente a las limitaciones de la razón: intuiciones, ideas metafísicas...
- b.- Se centra en el contexto del descubrimiento: la génesis del conocimiento
- c.- La observación y la experiencia como únicos modos de conocimiento
- d.- utilización del método inductivo:
 - no se deben formular hipótesis previas a la observación
 - Se observan y registran los hechos
 - Se analizan y clasifican
 - A partir de un proceso inductivo, se formulan generalizaciones

III.- El método Kantiano

- a.- Utiliza el método empírico y el racionalista

²⁶ Esta es la perspectiva adoptada por ejemplo por Karl LARENZ, que divide su trabajo en una parte histórica y otra sistemática: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer-Verlag, Berlín-Heidelberg, 4ª ed. 1979 (1ª ed. 1960). Trad. cast. M. Rodríguez Molinero (*Metodología de la Ciencia del Derecho*), Barcelona-Caracas-México, Ariel, 1980.

b.-La razón es la que organiza y asimila los hechos

c.- "La ciencia crea su objeto y nuestro conocimiento no obtiene las leyes de la naturaleza, sino que impone sus leyes a la naturaleza. La actitud del científico no es meramente pasiva sino activa." (Calsamiglia, 1986,p. 25)

d.- Contexto del descubrimiento: las leyes del intelecto no provienen de la naturaleza, sino que el intelecto las impone a la naturaleza.

e.- Contexto de la justificación: las leyes son verdaderas (la verdad como necesidad del pensamiento, como en las matemáticas; o como una verdad empírica, como las física); o tendremos éxito al imponer las leyes a la naturaleza.

IV.- Empirismo lógico (Neoempiristas)

a.- Distinción entre el contexto de descubrimiento y contexto de justificación:

- en el contexto del descubrimiento no hay reglas lógicas

- se centra en el contexto de justificación: "La ciencia como resultado constituye el objeto del análisis filosófico. La ciencia no se entiende como una actividad de búsqueda de la verdad, sino como un conjunto de enunciados significativos. En otras palabras, los neoempiristas pretenden justificar la validez de las proposiciones de la ciencia." (Calsamiglia, 1986,p. 28)

b.- Utilización del principio de verificación como criterio: La ciencia solo formula resultados por medio de enunciados significativos. Los enunciados son significativos si son verificables.

c.- Justificación de la inducción por medio de la probabilidad.

1.6.- Técnicas para la elaboración, investigación, enseñanza y aplicación del Derecho

Desde un enfoque científico del método jurídico se pueden examinar las técnicas más adecuadas para la elaboración, investigación, enseñanza y aplicación del Derecho.

A.- Metodología de la elaboración del Derecho: comprendería los instrumentos necesarios para el establecimiento de las formas en que deben actuar los órganos que crean el Derecho. Desde el poder constituyente hasta los que "producen" normas individuales, como los jueces, la Administración o las partes en los contratos hasta las agrupaciones de carácter intermedio de la sociedad actual.

En todos esos ámbitos es necesaria la intervención del jurista. "Por eso es que los congresos o asambleas revolucionarios, aunque pretendan abominar de los juristas, como ha ocurrido en algunas ocasiones, además de que sus integrantes suelen ser precisamente cultivadores del derecho, se ven forzados a acudir a los técnicos en la materia jurídica, para darle una formulación precisa a los mismos principios que sustentan." (Fix-Zamudio, 1984, p. 32)

Hay dos tipos de criterios a los que deben someterse en la creación²⁷: a) criterios formales, y b) criterios materiales. Entre los criterios formales se podría señalar la claridad, sencillez y precisión en la redacción; la formulación de normas según las reglas de la lógica y la coherencia, la existencia de "comisiones de estilo" con conocimientos gramaticales;... Los criterios materiales vendrán determinados por el contenido de las normas supremas o básicas del país.

B.- Métodos de investigación y conocimiento del Derecho: se trataría de los medios adecuados para establecer las reglas del Derecho: los instrumentos para la construcción y elaboración de

²⁷ Sobre la técnica legislativa puede verse de M. ATIENZA, "Contribución para una teoría de la Legislación", DOXA, 6, 1989, págs. 385-403; y *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997

la denominada dogmática jurídica. Esta utiliza de forma combinada los métodos empírico y el racional.

A grandes rasgos se podrían distinguir tres aspectos²⁸: a) *fenomenología*: la utilización del método empírico que exige un examen directo del ordenamiento jurídico y de su contexto social, político...; b) *aporética*: de los datos obtenidos de la experiencia, sistematizados y ordenados racionalmente, se adquieren unos principios básicos; c) *Teoría*: a través del análisis y de la deducción estos principios básicos revierten sobre los nuevos datos que se van obteniendo empíricamente...

C.- Metodología en la aplicación de las normas jurídicas: que supone los métodos relativos a la interpretación, integración de las normas...²⁹

D.-Metodología en la enseñanza y aprendizaje del Derecho: implica los aspectos relacionados con los instrumentos que puedan utilizarse para la difusión de los conocimientos científicos del Derecho.

1.7.- Concepciones de la Ciencia del Derecho:

Desde el enfoque que hemos denominado concepción histórica del método jurídico, en el que se reliza un análisis histórico de los métodos jurídicos, podríamos destacar las siguientes concepciones históricas³⁰:

A.- Concepción racionalista de la ciencia

1.- Objetivo del conocimiento científico: descubrir leyes inmutables y universales de la naturaleza

2.- Método: deductivo (matemáticas). La razón como instrumento de conocimiento:

-Racionalismo objetivo: racionalidad del universo, regido por leyes universales y necesarias

-Racionalismo subjetivo: el hombre posee los procedimientos adecuados para alcanzar el conocimiento de lo universal

3.- Crítica a la jurisprudencia como Ciencia: Según esta concepción la jurisprudencia no es una ciencia porque: "En primer lugar, el objeto de estudio de la jurisprudencia no es la ley inmutable de la naturaleza sino el derecho positivo contingente. En segundo lugar, la razón no es la única facultad cognoscitiva que utilizan los juristas. En tercer lugar, el método no es el deductivo." (Calsamiglia, 1986, p. 62)

4.- Propuesta de una nueva Ciencia: Sin embargo, sobre esos presupuestos se construye un modelo de Derecho científico, el del Derecho Natural: "El objeto «derecho natural» es inmutable, el método es el deductivo y el hombre puede descubrir las leyes naturales, inmutables y universales porque posee una facultad -la razón- que le permite conocerlas. La

²⁸ La nomenclatura aparece en Nicolai HARTMANN, *Autoexposición sistemática*, trad. B. Navarro, México, 1974, p. 17 y ss. Cit. por Fix-Zamudio, 1984, pp. 39-40

²⁹ Sobre argumentación y aplicación del Derecho puede verse M. ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993.; ATIENZA, M., "Argumentación jurídica", en *El derecho y la justicia* (E. Garzón; F.J. Laporta, eds.), Madrid, Trotta, 1996, pp. 231-238;

³⁰ Aquí también se muestra esquemáticamente lo que en otros trabajos se encuentra desarrollado. Por ejemplo por K.LARENZ.

aplicación del modelo racionalista al estudio del derecho conduce a la construcción de una verdadera ciencia del derecho -distinta de la jurisprudencia de los juristas- entendida como una jurisprudencia *more geométrico demonstrata*." (Calsamiglia, 1986,p. 62-63)

---->La mentalidad racionalista se reflejó en la tarea de la codificación

B.- Concepción positivista de la ciencia

1.- Objetivo del conocimiento científico. Sólo es posible el análisis de hechos: lo demás es un prejuicio o algo metafísico

2.-Método experimental (inducción): El objeto de la ciencia son los hechos perceptibles por los sentidos. De la observación de hechos el positivista llega a inducir leyes generales.

3.- Crítica a la jurisprudencia como Ciencia: "La jurisprudencia no es una ciencia porque no trata hechos y sólo los hechos pueden ser objeto de análisis científico. La jurisprudencia trata de averiguar qué dice el derecho; sólo se pregunta por la licitud del comportamiento. La jurisprudencia es una ciencia normativa. La ciencia del derecho no trata de estudiar la conducta de los hombres sino el sentido de las normas. Un positivista está interesado en la observación de hechos, en su clasificación y en la formulación de leyes generales. Los sentidos y normatividades de los juristas le suenan a metafísica, y por eso deben desterrarse del conocimiento científico." (Calsamiglia, 1986, p. 64)

4.- Propuesta de una nueva Ciencia: Proponen un modelo nuevo de ciencia jurídica sustitutoria de la jurisprudencia: "El modelo positivista de la ciencia será acogido por las doctrinas antiformalistas y significará el inicio de la sociología y la psicología jurídica."(Calsamiglia, 1986, p. 65) "Se estima entonces que la única ciencia posible acerca del Derecho es la Sociología del Derecho (como "Ciencia de hechos"), o bien una Teoría *formal* del Derecho, que se ocupa únicamente de las relaciones lógicas de los fenómenos jurídicos, pero dejando de lado su contenido." (Larenz, 1980, p. 25)

"La obra de Kelsen representa seguramente el intento más acabado de hacer de la ciencia del Derecho una ciencia normativa, tan alejada de la metafísica iusnaturalista como de los hechos sociales. Su modelo de jurista es más bien el jurista teórico que trata de explicar asépticamente el sentido de las normas y del sistema sin apelar (aunque al final haya que hacerlo) ni a la realidad práctica ni a las razones de la obligatoriedad del Derecho. Ross, por el contrario, encarna uno de los intentos más depurados por concebir la ciencia del Derecho como ciencia empírica o, lo que es lo mismo, por tratar a las normas bajo el prisma de los hechos. Su modelo de jurista es más bien el abogado interesado en predecir (y también influir en) el comportamiento de los tribunales" (S. SASTRE ARIZA, Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo, Madrid, McGraw Hill, 1999, p. xxi)

C.- Conceptualismo jurídico: (Escuela de la Exégesis, "Jurisprudencia de conceptos"...) (Nino, 1989, pp. 26-27)

1.- Actitud de adhesión formal al derecho legislado que se supone completo, preciso y coherente

2.- La fuente del derecho se encuentra en el espíritu del pueblo (*Volkgeist*). El espíritu se refleja en las opiniones de los juristas.

3.- Las ideas jurídicas de los científicos del Derecho se encarnan en los "conceptos jurídicos fundamentales"

4.- Hay una relación causal entre los conceptos jurídicos, las normas legisladas y las consecuencias sociales de las mismas

5.- Mediante la formulación, clasificación y combinación de los conceptos jurídicos, método llamado de "construcción", es posible formular nuevas reglas, contenidas implícitamente en el derecho legislado

6.- La tarea del juez es puramente cognoscitiva. No debe hacer evaluaciones en base a las consecuencias prácticas de su resolución. Debe inferir mecánicamente aquella de las reglas obtenidas mediante la construcción de conceptos.

D.- Jurisprudencia de intereses (Jhering, Escuela de Tübingen...) (Nino, 1989, p. 27)

1.- La ley es la fuente del Derecho preeminentemente. Pero el Derecho legislado no siempre es preciso, completo, coherente.

2.- La interpretación de los textos legales no debe ser literal, sino que tiene que detectar los intereses que ha querido satisfacer el legislador al formular sus normas.

3.- En el caso de contradicciones o imprecisiones del Derecho legislado, el juez está ampliamente facultado para formular abiertamente nuevas normas.

4.- La formulación de normas originales por parte de los jueces debe hacerse consultando los intereses afectados por aquéllas

5.- La tarea del juez no es puramente cognoscitiva ni mecánica, sino valorativa y creativa.

6.- La Ciencia del Derecho es una ciencia práctica y tiene por finalidad asistir a los jueces en su tarea mediante: 1) la recomendación de adoptar ciertas normas para resolver los conflictos, y 2) haciendo una labor de sistematización.

E.- Evolución del positivismo y neoconstitucionalismo:

"Desarrollando una intuición de Ross, Hart viene a sostener que quien desee conocer «plenamente» el Derecho, es decir, incluyendo su rasgo característico, que es la obligatoriedad, ha de adoptar una cierta posición que denomina interna y que consiste básicamente en considerar las normas precisamente como reglas y no como repetición de conductas o mero anuncio de sanciones. Que la adopción de ese punto de vista implique también una suerte de compromiso de naturaleza moral con el Derecho que se describe o aplica es un paso que Hart rehusó haber dado, pero que evidentemente era fácil dar" (S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw Hill, 1999, p. xxi)

"Nino, Alexy y Dworkin parecen, en efecto, haber llevado la idea del punto de vista interno hasta sus últimas consecuencias y, pese a sus diferencias, todos ellos tienden a propiciar un modelo antipositivista de ciencia jurídica donde la relación entre Derecho y moral, y la aceptación de las claves axiológicas del sistema por parte del jurista constituyen elementos fundamentales." (S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw Hill, 1999, p. xxii)

4. Lea el siguiente texto en el que se interpreta el caso resuelto en una Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de abril de 1967 según dos concepciones distintas: la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia de conceptos. (Luis DIEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 289-291) ¿Piensa que los jueces y tribunales adoptan conscientemente una concepción metodológica concreta al resolver o justificar sus decisiones? ¿Qué respuesta le parece más adecuada? Justifique su posición.

"Tomemos como ejemplo el caso que decidió la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1967. Tras la separación de un matrimonio, en las operaciones de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, le

fueron adjudicadas a la mujer determinadas acciones de una sociedad anónima formada por el marido con sus hermanos. En los estatutos de esta sociedad anónima existía una cláusula limitativa de la libre transmisibilidad de las acciones, en la cual se establecía que, en caso de enajenación de acciones por parte de uno de los socios en favor de un tercero extraño a la sociedad, los demás socios quedaban facultados para adquirir preferentemente las acciones, pagando el valor de estimación. En virtud de esta cláusula, los hermanos del marido reclamaban a su cuñada las acciones que a ésta le habían sido adjudicadas en pago de sus gananciales, a cambio del abono de su valor. Desde el punto de vista jurídico-teórico, la solución del problema podía estribar en averiguar si una adjudicación hecha en pago de los gananciales constituye o no una enajenación y si la mujer era, respecto de la sociedad anónima, un tercero. Este planteamiento de corte dogmático, concorde con los postulados de una jurisprudencia de conceptos, es el que sigue nuestro Tribunal Supremo. La sociedad de gananciales es una comunidad de bienes entre marido y mujer. La primera consecuencia que se extrae de esta proposición dogmática es que la mujer ha sido durante el matrimonio cotitular con el marido de los bienes gananciales y, por consiguiente, de las acciones de la sociedad anónima. La segunda conclusión consiste en afirmar que la liquidación de un patrimonio común y la división de los bienes comunes entre los partícipes, adjudicando a cada uno de ellos lotes determinados, no es nunca una enajenación. Como consecuencia de todo ello, la cláusula estatutaria no tiene por qué aplicarse, puesto que no ha existido enajenación y el derecho de los demás socios es un derecho de adquisición preferente sólo en caso de enajenación. «Ergo», la demanda de los hermanos del marido es rechazada.

Una jurisprudencia de intereses hubiera procedido seguramente de una manera distinta. Supuesto que las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones de una sociedad anónima, contenidas en los estatutos de la misma, están admitidas por la ley, hubiera habido que preguntarse qué tipo de intereses se concitan en una situación semejante. Existe, es evidente, el interés de cada socio en disponer libremente de sus acciones, obteniendo por ellas el precio que libremente pueda convenir con el adquirente. Existe además el interés de los demás socios consistente en controlar la entrada en la sociedad de personas extrañas a la misma, así como de controlar la intervención en la gestión de los asuntos sociales, permitiéndola o evitándola según los casos, a cambio de pagar el valor de las acciones. En este posible conflicto de intereses, el legislador ha preferido el segundo. Hubiera habido que preguntarse también cuál es el interés que el legislador protege en la liquidación de una sociedad de gananciales. A esta pregunta se le hubiera podido dar seguramente la respuesta de que el interés protegido es el interés de cada cónyuge o de sus derechohabientes, consistente en recibir, con cargo a los bienes matrimoniales, un valor económico equivalente a la mitad de las ganancias o beneficios obtenidos durante el consorcio conyugal. Para la protección de este interés es seguramente indiferente que dicho valor económico se obtenga mediante la adjudicación de unos u otros bienes. Para la satisfacción de este interés, una suma de dinero equivale a un paquete de acciones, siempre que la relación de equivalencia esté bien establecida. Este planteamiento acaso hubiera permitido una ampliación de la idea de enajenación, que constituye la pieza clave del texto de la norma, incluyendo en ella todo cambio de manos de las acciones, cualquiera que sea el mecanismo jurídico del que resulte, que haga posible el acceso a la sociedad o a la gestión o dirección de la misma, de una persona que hasta ese momento no lo hubiera tenido.

Una jurisprudencia de intereses conduce a unos resultados que no cabe dudar en llamar más realistas. Una investigación realista puede además profundizar, no sólo para establecer los posibles intereses existentes en la situación que se encuentra contemplada, sino también el sentido que pueden poseer las estructuras socioeconómicas o socioculturales que son puestas en aplicación.

Así, por ejemplo, en el caso anterior se podría continuar la investigación buscando los intereses dominantes y los muros maestros de la figura de la sociedad anónima, como estructura socioeconómica, para tratar de averiguar qué conviene más a su manejo y desarrollo; o a las líneas directrices del matrimonio y de las relaciones económico-conyugales en el momento de la separación y del reparto entre los cónyuges separados de los beneficios del consorcio.”

1.8.- La crítica a la concepción de la Ciencia del Derecho:

Frente a estas concepciones deberíamos señalar la posición de otros autores que sostienen la debilidad de las bases del conocimiento jurídico, en ocasiones sólo centrado en el comentario y las contradicciones de las normas de Derecho positivo. En este sentido hay que tomar en consideración las críticas del Fiscal prusiano J. Von Kirchmann que niega el carácter científico de la actividad jurídica. El contexto histórico de su crítica expuesto en una conferencia en 1847, publicada al año siguiente³¹, es la preponderancia de la Escuela Histórica del Derecho en el ámbito germánico, la Escuela de la Exégesis den Francia y la Escuela Analítica en el Reino Unido. En estos momentos, la actualidad de sus críticas se encuentra en que sigue exigiendonos que nos pongamos en guardia frente a las deficiencias de la manera en que conocemos y estudiamos el Derecho³².

Como dice: “El tema, establecido por mí, padece de una ambigüedad. El carácter acientífico de la jurisprudencia como ciencia puede significar, por un lado, «que la jurisprudencia, si bien constituye una ciencia; carece de aquella influencia en la realidad y la vida de los pueblos que cualquier ciencia posee y debe tener»; por el otro lado, mi tema puede mentar «que la jurisprudencia carece de valor como ciencia teórica, que no constituye una ciencia con arreglo al auténtico concepto de la misma».³³

“La misión de la jurisprudencia es, por ende, la misma que la de todas las demás ciencias. Debe comprender su objeto, hallar sus leyes, desarrollar a este fin los conceptos, darse cuenta del parentesco y de la conexión de las diversas instituciones y, por fin, exponer sus conocimientos en un sistema sencillo. Mi tema se reduce, por consiguiente, al siguiente interrogante: ¿Cómo ha resuelto la jurisprudencia su tarea? ¿Cómo lo ha hecho en comparación con las demás ciencias? ¿Les lleva la jurisprudencia ventaja o se queda atrás?

31 Julius von KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, 1873 (2ª ed.). Reprod. Facsimil por Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1969 [Conferencia pronunciada en la Juristische Gesellschaft zu Berlin en 1847 y publicada en 1848]. Hay dos traducciones en castellano: “El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho”, trad. Werner Golsschmidt, en el colectivo *La Ciencia del Derecho*, con textos de Savigny, Zitelmann y Kantorowicz, Prólogo L. Carnelli, ed. Losada, Buenos Aires, 1949. Esta traducción se reproduce en Jose F. PALOMINO MANCHEGO (Dir.), *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho*, ed. Grijley, Lima, 1999, pp. 125-155. Por otra parte, *La Jurisprudencia no es ciencia*, trad. Antonio Truyol y Serra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951. (3ª ed. 1983, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.)

32 Puede verse la vigencia de sus críticas en: , Enrique P. HABA, “Kirchmann sabía menos... ¡Pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho”, *Doxa*, 14, 1993, p. 269-317. <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml> Reproducido en Jose F. PALOMINO MANCHEGO (Dir.), *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho*, ed. Grijley, Lima, 1999, pp. 47-123

33 J.von KIRCHMANN, “El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho”, cit. 1999, p. 126

A.- El modelo de Ciencia de J. H. von Kirchmann

1.-Método experimental: el conocimiento emana de la observación neutral de la naturaleza en la que se encuentran leyes inmutables.

2.- Sólo son cognoscibles las nociones universales y necesarias, porque son las únicas nociones que son estables, se repiten y se pueden formular mediante leyes constantes e inmutables. Lo particular es fugaz y escapa a la consideración científica. No existe ciencia de objetos contingentes.

B.- La crítica de Kirchmann

1.- Tesis: La jurisprudencia carece de valor como ciencia y como técnica para la resolución de los conflictos sociales

2.-El objeto es contingente y mudable: El Derecho es un objeto de estudio variable, por lo que la jurisprudencia no puede ser una ciencia. (El Derecho podría ser el objeto de estudio científico si fuera como el Derecho Natural)

a.-Analiza con categorías muertas del pasado la realidad actual

b.- El trabajo del jurista se limita al comentario de la ley

c.- La ciencia jurídica provoca una disociación entre el sentimiento de la comunidad y el Derecho de los juristas: el excesivo formalismo, el lenguaje ... se encuentran apartados de la realidad social.

3.- La jurisprudencia no progresa porque no hay verdades definitivas, dado que siempre se están replanteando nuevas discusiones.

4.-La jurisprudencia como técnica de resolución de conflictos sociales tampoco sirve porque está aislada del sentimiento jurídico del pueblo.

1.9.- Problemas específicos del Derecho para ser tratado científicamente

Por otra parte, con independencia de que el enfoque de Kirchmann nos parezca más o menos acertado tendríamos que prestar atención a algunos aspectos y problemas que pudieran ser útiles en la discusión sobre el carácter científico de la actividad jurídica:

a) La ambigüedad del término "derecho" (Calsamiglia, 1986, p. 49)

b) La crítica a la jurisprudencia dogmática (Calsamiglia, 1986,p. 50)

1.-La búsqueda de las esencias, naturalezas jurídicas (Calsamiglia, 1986, pp. 21, 66; Nino, 1989, p. 41 y ss., p. 77 y ss.) mediante la búsqueda de las esencias, naturalezas jurídicas en la delimitación de los conceptos. Con esto no se busca dar el significado a determinadas palabras o, una vez conocido su significado, dar una descripción fáctica de los fenómenos denotados por estas expresiones, sino que lleva implícita la intención de obtener una explicación que les permita inferir una serie de principios relevantes. El problema es que tras la apariencia de neutralidad descriptiva se desliza una determinada concepción ideológica y metodológica ya preestablecida³⁴.

2.- Elaboraciones que trascienden la interpretación de un ordenamiento jurídico (Nino, 1989, p. 55 y ss): por ejem. las teorías del acción y del bien jurídico protegido; las teorías sobre el acto de comercio; las teorías sobre el enriquecimiento sin

³⁴ También G.R. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, p. 74; A. CALSAMIGLIA, *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1990 (1ª ed. 1986), p. 21; y de E. BULYGIN, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

causa; las teorías sobre el concepto de ciudadanía; las teorías sobre los valores superiores

3.- La reformulación del sistema legislado (Nino, 1989, p. 49 y ss)

4.- Ficciones vinculadas al racionalismo (Nino, 1989, p. 103 y ss): a) el dogma de que los jueces deben aplicar el Derecho, tal y como fue sancionado por el legislador; b) El ideal de que los jueces adecuen sus decisiones a los estándares valorativos vigentes; c) La concepción de que el derecho positivo no tiene lagunas ni contradicciones y que las normas que lo constituyen tienen un significado unívoco.

c) En ocasiones la actividad jurídica va acompañada de la característica de la neutralidad ya que se trataría de una labor meramente técnica. Sin embargo, el estudio del Derecho es también una actividad de carácter ideológico, ya que en cierta medida los discursos jurídicos se encuentran determinados por las concepciones ideológicas de quien los mantiene.

1.10.- Propuestas para considerar la actividad de investigación jurídica dentro de un paradigma científico

¿Qué es lo que determina que un tipo de conocimiento se considere como científico? Teniendo en cuenta los métodos y las concepciones históricas de la Ciencia del Derecho, los problemas del paradigma científico... podemos formular algunas guías en las que puede basarse el Derecho como saber. Porque este va a ser el saber que vamos a utilizar como instrumento en nuestras investigaciones. Por supuesto que estas propuestas no son definitivas ni es un catálogo cerrado.

1.- Los métodos deben buscar el sentido del Derecho:

"La Ciencia del Derecho tiene que vérselas con el Derecho, lo que, sin embargo, quiere decir con un objeto que nosotros no somos capaces de aprehender de otro modo que haciéndonos conscientes de su *sentido*, del *significado* de determinados actos y de sus objetivaciones -por ejemplo, en leyes, resoluciones judiciales, contratos-. Es por tanto una Ciencia "comprensiva", que procura interpretar de un modo determinado el "material" que le es dado, a saber: normas e institutos de un Derecho «positivo»".(Larenz, 1980, p. 26)

2.- Concepción pragmática del saber: deben tener en cuenta la aplicabilidad práctica y los resultados prácticos de la investigación. Esto implica relacionar el saber con la función que pueda tener para la sociedad. Además, la Ciencia del Derecho en su origen tiene el carácter de un saber práctico (la *iuris prudentia* es la *fronesis*, que es el conocimiento relativo a la *praxis*) "Escribir sobre derecho pasando por alto deliberadamente la aplicabilidad práctica de la materia es como construir un reloj poniendo gran empeño en su ornato, pero ningún cuidado en la marcha de su mecanismo! Ahí reside precisamente el mal: en que se convierta a la jurisprudencia en una especie de zoología, cuando es en realidad el arte de arar con los animales de tiro que nos proporciona el derecho." (Ihering, 1974, p. 27)³⁵

3.- Los métodos deben utilizar el conocimiento racional: "Estimamos que la Jurisprudencia es de hecho una ciencia (y no sólo una tecnología, aunque *también* sea esto), porque ha desarrollado métodos que aspiran a un conocimiento racionalmente comprobable del Derecho vigente."(Larenz, 1980, p. 26)

35 "Esos [los prácticos] tienen su propio [cielo] más allá, que pertenece aún al sistema solar. Allí penetran los rayos solares y hay también una atmosfera adecuada a la rústica constitución de un jurista práctico, que no puede subsistir en el vacío que necesitan los conceptos. En ese cielo la vida es igual que en la tierra, dicho sucintamente, el práctico encuentra allí todas las condiciones de la existencia terrena. En el cielo teórico no podría respirar ni podría tampoco dar un solo paso, porque sus ojos no están hechos para la oscuridad que allí impera." Rudolf Von JHERING (1818-1892), "En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía", *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1987, p. 217. Véase también su referencia a la cucaña de los problemas jurídicos difíciles y al cuento de las tres liebres, p. 222.

“Finalmente se objeta contra el carácter científico de la Jurisprudencia que el jurista no puede aplicar normas jurídicas sin valorar; pero los juicios de valor no son susceptibles de fundamentación racional. (...) En nuestra opinión, la aportación peculiar de la Jurisprudencia es precisamente el haber creado métodos de «pensamientos orientado a valores» y el conseguir, con ayuda de tales métodos, los enunciados correspondientes sobre lo que es debido *hic et nunc*.” (Larenz, 1980, p. 27)

4.- El método científico implica el rigor en la utilización de los instrumentos de la lógica: “El filósofo estadounidense William Pepperell Montague, ha destacado cómo no es posible considerar que exista un sólo método que pueda calificarse como estrictamente científico, con exclusión de los demás, sino que todos los métodos de la lógica pueden aplicarse válidamente, con mayor o menor fuerza, según el objeto del conocimiento de que se trata, ya que ninguno de ellos se excluyen entre sí, sino que por el contrario, pueden armonizarse en una unión que con acierto califica como «federación metódica» [*Los caminos del conocimiento. Lógica y epistemología*, trad. D. Náñez, Buenos Aires, 1944, pp. 279 y ss.] En consecuencia, si el carácter científico de un conocimiento no depende de la adopción de un método determinado, sino del rigor con el cual se emplee cualquiera de los instrumentos de la lógica, y por otra parte, si toda actividad intelectual opera de manera similar para sistematizar los principios fundamentales del objeto cognoscible sobre el cual se desarrolla, se puede concluir fácilmente, que el derecho, como objeto de conocimiento, puede ser estudiado científicamente, y por tanto, que existe una ciencia jurídica, o ciencia del derecho, que también suele llamarse «jurisprudencia».” (Fix-Zamudio, 1984, pp. 19-20)

5.- Los métodos utilizados deben tener en cuenta las características del objeto estudiado: El Derecho es flexible y cambiante. “Si el derecho es un producto de la vida social, si es la vida humana objetivada, tiene que poseer las características de esa vida social, que tiene tanta flexibilidad, tantas riquezas de matices y que se encuentra en continua y constante transformación.” (Fix-Zamudio, 1984, p. 18)

El objeto de la ciencia del Derecho “está constituido por normas (...), o sea por el contenido de ciertas expresiones lingüísticas con las que se intenta dirigir, justificar, criticar, etcétera, la conducta de los individuos.” (Nino, 1989, pp. 18-19)

6.- La función transformadora del Derecho tiene que contextualizarse o vincularse a la realidad social existente. Las propuestas transformadoras de instituciones jurídicas deben tener en cuenta la estructura, contexto, historia... de la sociedad que se pretende modificar. Esta limitación, o si se quiere delimitación, es precisa para no anular las pretensiones del Derecho. Este aspecto, que se ha denominado “sistematización externa del Derecho”, implica el trabajo “para integrar al máximo el sistema jurídico en la sociedad, continuamente en evolución, así como en el sistema de valores y normas que domina en dicha sociedad.”³⁶

7.- El límite o el condicionamiento ideológico. A pesar de la quimera de la neutralidad del cientificismo jurídico, ninguna de las labores de interpretación, sistematización o transformación del Derecho se presentan como instrumentos avalorativos. La utilización de un concepto, una clasificación o un objetivo como modelador o inspirador del Derecho refleja y encuentra una inevitable carga ideológica que trasciende la mera discusión doctrinal.

8.- El problema podría reducirse a una cuestión de perspectiva, lo que implica necesariamente un método diferente. La perspectiva filosófica sería más amplia que la perspectiva científica. Quiere decirse con ello que el filósofo, cuando lleva a cabo su actividad intelectual, adopta un punto de vista más amplio que el del científico, se plantea las cosas en el marco de una dimensión de totalidad impropia, del proceder científico. Existe, en primer lugar, un problema de perspectiva respecto al objeto a analizar³⁷. Cabe recordar en este punto la conocida y gráfica distinción de Bobbio: «la ciencia es una *toma de posesión* de la realidad; la filosofía una

36 M. VAN HOECKE, “La systématisation dans la Dogmatique Juridique”, p. 224.

37 Alf ROSS se refiere gráficamente a esta diferencia de perspectiva cuando señala que “la filosofía del Derecho está, por así decir, un piso más arriba que la ciencia del derecho y la mira «desde arriba»”, A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994 (5º ed.), pág. 26.

toma de posición frente a la realidad»³⁸. Por ello se justifica la necesidad de efectuar un replanteamiento de los métodos y de la forma de actuar de la ciencia.

9.- Por otra parte, la constatación de que la Filosofía del Derecho carece de un contenido preciso, e incluso de una metodología específica, debe entenderse como el punto de partida propio de la actitud filosófica. De esta manera la pluralidad de concepciones acerca de la Filosofía del Derecho es una consecuencia de lo característico de la propia reflexión filosófica³⁹. La actividad filosófica se resumiría en el ejercicio de la *razón*, que no atiende a intereses específicos, sino a la búsqueda de la *verdad*, y para ello exige y produce *libertad*⁴⁰.

10.- La filosofía debe entenderse como un proceso, como un ejercicio, y no como un resultado, porque la propia actividad filosófica implica "estar siempre en guardia"⁴¹. La Filosofía es un camino, un proceso de búsqueda de la verdad: su verdad es estar en camino, más que llegar. En este sentido «la Filosofía, y ésta sería después de todo la única forma de justificarla, no debería creerse ya en la posesión de lo absoluto, incluso debería excusar el pensar en ello para no traicionarlo, y pese a todo, no apartarse ni un ápice del concepto enfático de verdad. Esta contradicción es su elemento.»⁴²

11.- La reflexión crítica de la Filosofía del Derecho como conocimiento del Derecho no supone entenderla como fundamento último de los demás saberes, como "acomodador" (*Platzanweiser*) de las demás Ciencias. Se trata más bien de resaltar la función de "guarda-espacios" (*Platzhalter*) para la promoción del surgimiento de ideas creativas en las diversas áreas culturales, científicas, sociales, políticas... ; y la función de "interprete mediadora" entre los distintos ámbitos de la vida y la cultura, sin por ello renunciar al papel de guardián o "protector" (*Hüter*) de la racionalidad⁴³.

12.- Se deben tener en cuenta los presupuestos y procedimientos de la comunidad dogmática: "Un programa de investigación de la metodología de la ciencia del derecho debe analizar los presupuestos y procedimientos que utiliza la comunidad dogmática. (...) En este sentido, se debe entender la metodología jurídica como el conjunto de procedimientos y reglas de juego aceptados por la comunidad jurídica." (Calsamiglia, 1986,p. 39)

Posiblemente, lo importante no es determinar si una ciencia debe ser de una cierta forma, sino analizar qué hace, bajo qué presupuestos trabaja, qué reglas de juego sigue la comunidad que practica la dogmática. (Wroblewski, 1976, p. 335; Calsamiglia, 1986,p. 68) "El impulso de una

38 N. BOBBIO, "Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho", en *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990, pág. 88

39 Esto puede verse descrito por Kant referido a la Filosofía: "... pues justamente esa modesta pretensión de ser libre, pero también de dejar en libertad a los demás, tan sólo para descubrir la verdad en provecho de cada ciencia y ponerla al servicio de las Facultades superiores..." Véase I. KANT, *La contienda entre las facultades de filosofía y teología*, trad. cast. R. Rodríguez Aramayo, Madrid, CSIC/Debate, 1992, pág. 11

40 Véase I. KANT, "Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?" (1784) en *¿Qué es Ilustración?*, ed. A. Maestre, Madrid, Tecnos, 1988, págs. 9-17

41 I. KANT, *La contienda entre las facultades de filosofía y teología*, cit., pág. 15

42 La cita es de Th. W. Adorno y se encuentra recogida en J. HABERMAS, "¿Para qué seguir con la Filosofía?" (1971), en *Perfiles filosófico-políticos*, trad. cast. M. Jiménez, Madrid, Taurus, 1984, p. 15

43 Esto puede encontrarse en J. HABERMAS, *Conocimiento e interés* (1968), trad. cast. M. Jiménez y J.F. Ivars y L. M. Santos, Madrid, Taurus, 1982; "¿Para qué seguir con la Filosofía?" (1971), cit. págs. 15-34; *La filosofía como guarda e intérprete* (1981), Valencia, Dirección General de Ordenación e Innovación Educativa, 1990.

investigación viene determinado por el rendimiento explicativo y no por la definición. ..." (Calsamiglia, 1986,p. 67) El conocimiento sobre el derecho no aumenta por el hecho de calificar a la Ciencia del Derecho como ciencia. El conocimiento aumenta si se consigue explicar y describir más y mejor el Derecho.(Calsamiglia, 1986,p. 47)

13.- "Mientras que la aceptación científica de la verdad de una proposición empírica supone que se cuente con pruebas de validez intersubjetiva, la creencia dogmática se integra con la mera convicción subjetiva, la fe. (...) Los criterios vigentes definitorios de la cientificidad de una creencia requieren que ella no sea el producto de una mera convicción subjetiva, sino que hay asido confirmada directa o indirectamente por experiencias comunicables de un conjunto de individuos. Esta exigencia, se afirma, es el único medio que permite cierto grado de seguridad y control sobre las ilusiones, los prejuicios, las ideologías deformantes, etcétera, que pueden motivar una convicción individual." (Nino, 1989, p. 17)

5. Explique, de forma sucinta, las razones por las que entiende que la Jurisprudencia (Dogmática jurídica) es o no una Ciencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, A.; "On changes in the systematics of Law", *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986, págs. 161-170

ALCHOURRON. C.E., y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987. Puede encontrarse el texto en <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/biblioteca.shtml>

ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC, 1989;

ATIENZA, M., "Argumentación jurídica", en *El derecho y la justicia* (E. Garzón; F.J. Laporta, eds.), Madrid, Trotta, 1996, pp. 231-238;

ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985

ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991;

ATIENZA, M.; "Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo", en *Doxa*, núm 3, págs. 297 y ss. <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuaderno.shtml>

ATIENZA, M.; *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997

ATIENZA, M.; *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993.;

ATIENZA, M.; "¿Es posible una enseñanza científica del Derecho?", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 54, Madrid, 1978, pág. 109.

ATIENZA, M.; "Contribución para una teoría de la Legislación", *DOXA*, 6, 1989, págs. 385-403; <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuaderno.shtml>

BARCELLONA, P.; D. HART, y U. MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, trad. de C. Lasarte, Madrid, Civitas, 1977

BEA, E. y J. GARCÍA AÑÓN, "La idea de la Universidad y la Calidad de la educación", *Formación Pedagógica del Profesorado Universitario y Calidad de la Educación*, ed. L.M. Lázaro Lorente, Valencia, Universitat de València-C.I.D.E.-M.E.C, 1993

BOBBIO, N.; "Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho", en *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990

- BOBBIO, N.; *Contribución a la Teoría del Derecho*, estudio preliminar, recopilación y traducción de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres ed., 1980, pág. 174.
- BULYGIN, E.; "Legal dogmatics and the Systematization of Law", *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986, págs. 193-210.
- BULYGIN, E.; *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- CALSAMIGLIA, A.; "Ciencia jurídica", en *El derecho y la justicia*, ed. E. Garzón Valdés y F.J. Laporta, Madrid, Trotta, 1996, págs. 17 y ss.
- CALSAMIGLIA, A.; "Sobre la función de los juristas", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 5, 1982
- CALSAMIGLIA, A.; *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1990 (1ª ed. 1986)
- CALVO GARCÍA, M.; *Teoría del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1992.
- CAPELLA, J.R.; "Para un aprendizaje innovador en materias jurídico-políticas", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 5, 1982
- CAPELLA, J.R.; *El aprendizaje del aprendizaje*, Madrid, Trotta, 1995
- CARNELUTTI, F.; *Metodologia del Diritto*, Padova, Cedam, 1939. Hay traducciones castellanas como *Metodología del Derecho*, trad. A. Ossorio, México, Manuales UTEHA, 1940; y en *Teoría General del Derecho. Metodología general del Derecho*, trad. cast. J.L. Monereo, Granada, Comares, 2003.
- CARRIÓN, G.R. ; *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976
- DE LUCAS, J.; "Presupuestos conceptuales y metodológicos: sobre el concepto de Derecho, las funciones de los juristas y el modelo de docencia universitaria del Derecho" ponencia presentada en el *Primer Simposium sobre enseñanza del Derecho*, La Habana, abril de 1996. (no publicada).
- DÍAZ, E.; *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1977.
- DIEZ-PICAZO, L.; *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1982
- FERREIRO, J.J. J. MIQUEL, S. MIR, y P. SALVADOR, *La enseñanza del Derecho en España*, Madrid, Tecnos, 1987
- FIX-ZAMUDIO, H.; *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México, Porrúa, 1984
- GASCON ABELLAN, M.; "Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo X, 1993
- HABA, Enrique P. ; "Kirchmann sabía menos... ¡Pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho", *Doxa*, 14, 1993, p. 269-317. (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuaderno.shtml>) Reproducido en Jose F. PALOMINO MANCHEGO (Dir.), *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho*, ed. Grijley, Lima, 1999, pp. 47-123
- HABERMAS, J.; "¿Para qué seguir con la Filosofía?" (1971), en *Perfiles filosófico-políticos*, trad. cast. M. Jiménez, Madrid, Taurus, 1984
- HABERMAS, J.; *Conocimiento e interés* (1968), trad. cast. M. Jiménez y J.F. Ivars y L. M. Santos, Madrid, Taurus, 1982;
- HABERMAS, J.; *La filosofía como guarda e intérprete* (1981), Valencia, Dirección General de Ordenación e Innovación Educativa, 1990.
- JHERING , Rudolf Von; "En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía", *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1987

KANT, I.; "Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?" (1784) en *¿Qué es Ilustración?*, ed. A. Maestre, Madrid, Tecnos, 1988, págs. 9-17

KANT, I.; *La contienda entre las facultades de filosofía y teología*, trad. cast. R. Rodríguez Aramayo, Madrid, CSIC/Debate, 1992

KIRCHMANN, Julius von ; *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, 1873 (2ª ed.). Reprod. Facsimil por Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1969 [Conferencia pronunciada en la Juristische Gesellschaft zu Berlin en 1847 y publicada en 1848]. Hay dos traducciones en castellano: "El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho", trad. Werner Golsschmidt, en el colectivo *La Ciencia del Derecho*, con textos de Savigny, Zitelmann y Kantorowicz, Prólogo L. Carnelli, ed. Losada, Buenos Aires, 1949. Esta traducción se reproduce en Jose F. PALOMINO MANCHEGO (Dir.), *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho*, ed. Grijley, Lima, 1999, pp. 125-155. Por otra parte, *La Jurisprudencia no es ciencia*, trad. Antonio Truyol y Serra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951. (3ª ed. 1983, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.)

LAPORTA, F.J.; "Notas sobre el estudio y la enseñanza del Derecho", *Sistema. Revista de ciencias sociales* , 1978.

LARENZ, K.; *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer-Verlag, Berlín-Heidelberg, 4ª ed. 1979 (1ª ed. 1960). Trad. cast. M. Rodríguez Molinero (*Metodología de la Ciencia del Derecho*), Barcelona-Caracas-México, Ariel, 1980.

NINO, C.S.; *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. (Con referencia particular a la dogmática penal)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

PRIETO, L.; "Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo X, 1993

REINCHENBACH, H.; *The rise of scientific philosophy*, Berkeley, the University of California Press, 1951

ROSS, A.; *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994 (5º ed.)

RUIZ SANZ, M.; "El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994, pp.347-366.

SASTRE ARIZA, S.; *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw Hill, 1999,

VAN DE KERCHOVE, M. y F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, p. 117 y ss. [Trad. cast. I. Hoyo, Universidad Complutense de Madrid, 1997].

VAN HOECKE, M.; "La systématisation dans la Dogmatique Juridique", *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986, p. 217 y ss.

VERNENGO, R.; "Ciencia jurídica o técnica política: ¿es posible una Ciencia del Derecho?", en *Doxa.*, núm. 3, 1986, págs. 289 y ss.; <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuaderno.shtml>

VERNENGO, Roberto J.; "Replica a la respuesta de M. Atienza", *Doxa*, 3, 1986, pp. 313-314

WROBLEWSKI, J., "Normatività della scienza giuridica", *Diritto e analisi del linguaggio*, ed. U. Scarpelli, Milán, Comunità, 1976.