

Reflexiones epistemológicas sobre la investigación académica en las disciplinas de Derecho positivo

Epistemological Reflections on Positive Legal Disciplines Scholarship

Antonio Álvarez del Cuvillo *

Resumen: Este trabajo articula una serie de reflexiones epistemológicas del autor partiendo de su experiencia particular en el campo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que se pretenden aplicar a cualquier indagación académica en las áreas dedicadas al estudio del Derecho Positivo. El discurso parte de la consideración de la Ciencia Jurídica como una disciplina basada en la “comprensión” y condicionada por el “círculo hermenéutico”. Se asume un realismo jurídico moderado a partir del cual se tratan de integrar la “perspectiva externa” y la perspectiva “interna” del Derecho, dedicándose atención a la incorporación de “valores” al discurso del investigador, así como a los problemas que implica el estudio de la práctica jurídica y la formulación de enunciados socio-jurídicos.

Abstract: This paper structures some epistemological reflections based on the author’s particular experience in the field of Labor Law and Social Security Law, but they are intended to be applied to any kind of academic research regarding Positive Law. The starting point is the consideration of Legal Scholarship as a discipline focused on “understanding” and conditioned by the “hermeneutic circle”. The author assumes a moderate legal realism which intends to integrate the ‘external’ and ‘internal’ perspectives of the Law. This study also examines some other problems, as the incorporation of ‘values’ into the discourse of legal researchers and the analysis of legal practice in order to make socio-legal statements.

Palabras clave: epistemología, metodología de investigación, investigación jurídica, estudios socio-jurídicos, hermenéutica.

Key words: epistemology, research methodology, legal scholarship, socio-legal studies, hermeneutics.

Fecha de recepción: 22-1-2018

Fecha de aceptación: 5-2-2018

1. Introducción

La consideración de las técnicas de investigación no es muy habitual en el ámbito de la Ciencia Jurídica, al menos en comparación con el tratamiento que esta materia recibe en las Ciencias Sociales en general. Ciertamente, la Filosofía del Derecho se ha ocupado en gran medida de esta materia, incorporándola al resto de las preocupaciones de esta disciplina¹. Sin embargo, en las áreas de conocimiento dedicadas al derecho positivo, las publicaciones

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz. Además de jurista, el autor es licenciado en Antropología Social y Cultural.

¹ Así, por ejemplo, por citar una obra reciente y en castellano, *Vid.*, AAVV (comp. Guillermo Lariguet), *Metodología de la investigación jurídica: propuestas contemporáneas*, Córdoba: Editorial Brujas, 2016.

metodológicas son, en general, muy escasas² y, en ocasiones, se dedican básicamente a compilar las técnicas y actividades desarrolladas en la práctica, sin conectarse a preocupaciones epistemológicas o al discurso filosófico general. Esta situación provoca una cierta barrera de comunicación entre la epistemología jurídica desarrollada por los filósofos del derecho y la actividad real de los investigadores dedicados a las diversas áreas del ordenamiento jurídico positivo, similar a la que a menudo existe entre los trabajos de estos y la práctica profesional de los operadores jurídicos.

En este contexto, es muy frecuente que los investigadores del ámbito jurídico –al contrario de lo que sucede en otras disciplinas– aprendan las técnicas de investigación de un modo informal, a través de un proceso de imitación u ósmosis respecto al trabajo desarrollado por sus maestros y a las publicaciones con las que el investigador novel se encuentra durante la realización de la Tesis Doctoral. Es innegable que esta forma de aprendizaje resulta provechosa, pero también implica determinadas lagunas respecto a las justificaciones últimas de los presupuestos básicos de la investigación. Desde otra perspectiva, se pierde la oportunidad de que el discurso epistemológico general se vea enriquecido con la aportación de los investigadores en derecho positivo, que podría implicar matices derivados de las concretas actividades que estos desarrollan.

En este trabajo pretendo articular una reflexión personal sobre diversas cuestiones epistemológicas que, en mi experiencia particular, resultan trascendentales para orientar la investigación en las áreas del derecho positivo. Estas cuestiones han surgido de los interrogantes que se me han ido planteado a lo largo de mi trayectoria profesional como investigador en una de estas áreas, en concreto, en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. He procurado que estos planteamientos se conecten de manera explícita con el discurso de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía de las Ciencias Sociales, de modo que puedan enriquecerse del pensamiento epistemológico general. También he procurado la máxima apertura disciplinar, lo cual se ha visto facilitada por mi formación adicional en Antropología Social y Cultural.

² Así, en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España, las obras son particularmente escasas. En todo caso, pueden consultarse las siguientes: Casas Baamonde, M.E., “Reflexión breve sobre las preocupaciones y corrientes metodológicas en el Derecho del trabajo de la crisis”, en AAVV, *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica. I Jornadas de la Facultad de Derecho*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1984; Montoya Melgar, A., “Sobre el Derecho del Trabajo y su ciencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 58, 1993; Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Algunas reflexiones metodológicas sobre la investigación del iuslaboralista”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 68, 1994; Rodríguez de la Borbolla y Camoyán, J., “Algunas reflexiones sobre metodología de investigación en Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, nº 31, 1994; Álvarez del Cuervo, A., “Una aproximación metodológica al problema de la eficacia de las normas laborales”, *Revista de Derecho Social*, nº 59, 2012; Cruz Villalón, J., “La metodología de investigación en Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, nº 132, 2016.

El estudio se inicia con una indagación acerca del status epistemológico de la Ciencia del Derecho y de su conexión, de un lado, con el discurso científico general, de otro lado, con las aplicaciones prácticas del conocimiento. En segundo lugar, se plantea una reflexión respecto a la posible influencia de los diversos “paradigmas” sobre el Derecho respecto a los contenidos de la investigación. En tercer lugar, se analizan las conexiones entre la “perspectiva interna” y la “perspectiva externa” del Derecho, profundizando en la posible inclusión de enunciados socio-jurídicos o de juicios de valor en la investigación dedicada al derecho positivo. Por último, se enunciarán las distintas actividades o prácticas que pueden integrar la investigación jurídica a partir de las conclusiones que se hayan obtenido.

2. La noción de ciencia y las particularidades de la “investigación científica”

La palabra “ciencia”, en su origen, significaba simplemente “conocimiento”. En la actualidad, aunque subsistan algunos significados más amplios, predomina un uso específico del término referido a una forma determinada de obtener conocimiento, que goza de una especial legitimación o credibilidad en las sociedades modernas, en gran medida debido al éxito empírico de las aplicaciones tecnológicas o sociales derivadas del conocimiento obtenido por estos procedimientos.

Sin embargo, la tarea de definir con precisión estos procedimientos de obtención de conocimiento no parece sencilla. A estos efectos pueden plantearse dos tipos de definiciones: descriptivas o normativas.

Las definiciones descriptivas nos dicen “lo que la ciencia es” en la práctica; en cambio, las definiciones normativas nos dicen “lo que la ciencia debe ser” en términos valorativos. Las definiciones descriptivas son útiles para hacer Sociología de la Ciencia y también para ofrecernos una visión realista que no esté sesgada por la ideología emanada del sistema (así, por ejemplo, se podría analizar la influencia de la presión de la industria alimentaria en los resultados de los estudios sobre nutrición). Ahora bien, estas definiciones, en sí mismas, no tienen valor epistemológico, ni, por tanto, nos ayudan a reflexionar sobre cómo mejorar la calidad de nuestra investigación.

Por su parte, las definiciones normativas resultan más útiles para la reflexión metodológica, pero corren el riesgo de enfocarse en representaciones idealizadas que tengan poco que ver con la realidad, en perjuicio de su utilidad práctica. Estas representaciones pueden resultar demasiado amplias o demasiado restrictivas. Las definiciones excesivamente amplias no consiguen distinguir adecuadamente las particularidades de la investigación científica; así, por ejemplo, la ciencia no puede identificarse con la mera contrastación empírica de las hipótesis, puesto que las personas hacemos esto continuamente en nuestra vida cotidiana. Por otra parte, las definiciones excesivamente restrictivas pueden “expulsar” arbitrariamente del ámbito académico

procedimientos valiosos para la obtención de conocimiento³; de hecho, en muchos casos, los avances científicos han partido precisamente de una “traición” a las reglas preexistentes⁴.

A mi juicio, para integrar las ventajas y evitar las desventajas de las definiciones descriptivas y normativas, así como para superar las formulaciones demasiado restrictivas o demasiado amplias, resulta adecuado indagar acerca de la función que cumple la ciencia en su conjunto para el resto de la sociedad. De esta función pueden extraerse patrones valorativos o normativos que, si bien no son absolutos (por ejemplo, puede haber límites éticos externos a la función social de la ciencia), permiten detectar cuándo la ciencia *funciona* “mejor” o “peor”.

En las sociedades tradicionales, aspectos que hoy consideramos relativamente autónomos (como la religión, la política y la economía) aparecen profundamente imbricados de manera natural. En cambio, la creciente especialización funcional ha ido generando sociedades más complejas en las que podemos detectar subsistemas enfocados en la satisfacción de necesidades específicas del sistema social total. En este contexto, podríamos definir la “ciencia” como un subsistema social funcionalmente especializado en la producción sistemática de conocimiento para el conjunto de la sociedad.

Por supuesto, la mayor parte del conocimiento que utilizamos en la vida cotidiana -por ejemplo, hablar nuestra lengua nativa o conducir un vehículo- no procede directamente de la ciencia, sino más bien de nuestra experiencia vital, socialmente compartida. Por otra parte, a un nivel mayor de complejidad, la “cultura” o la “tradición”, permiten producir un conocimiento acumulado que es mucho más amplio de lo que permite la experiencia individual socialmente compartida. Así, por ejemplo, las técnicas del *belcanto* italiano o los métodos de orientación que utilizaban los polinesios para recorrer largas distancias en canoas van mucho más allá de lo que puede descubrir un individuo por sí solo. Aunque la tradición es una forma muy eficaz de producción social del conocimiento, los resultados pueden estar fuertemente mediatizados por factores religiosos, políticos, económicos o culturales.

³ En particular resulta nociva la tendencia a traspasar automáticamente a las ciencias humanas o sociales las definiciones normativas de ciencia que predominan en las ciencias naturales, con objeto de proyectar una -equivocada- imagen de exactitud: “Así algunos, partiendo de un concepto arbitrario del saber, han negado el rango de ciencia, con innegable miopía, a la historiografía practicada por los más grandes maestros”, Dilthey, W, *Introducción a las ciencias del espíritu*, (Trad. Eugenio Imaz), México: Fondo de Cultura Económica, 1949 [Original publicado en 1883], p. 13.

⁴ “[...] dada cualquier regla, por muy 'fundamental' o 'necesaria' que sea para la ciencia, siempre existen circunstancias en las que resulta aconsejable no sólo ignorar dicha regla, sino adoptar su opuesta.”, Feyerabend, P., *Tratado contra el método: esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, (Trad. Diego Ribes), Madrid: Tecnos, 1986 [Original publicado en 1975], p. 7.

En cambio, en la actividad científica, al menos idealmente y como regla general, la obtención de conocimiento se pone por encima de cualquier otro fin; la indagación sobre la *verdad* no debería verse distorsionada por intereses políticos, económicos, religiosos, sociales o culturales, al margen de que el conocimiento obtenido posteriormente pueda utilizarse para satisfacer estos intereses. Por supuesto, en la práctica, el investigador suele estar animado por distintos tipos de motivaciones externas, ya sean “egoístas” o “altruistas”. El investigador no tiene por qué abandonar estas motivaciones, pero sí debe evitar a toda costa que estas terminen por distorsionar o dificultar la obtención de conocimiento. A estos efectos, definiremos “conocimiento” (o “verdad”), como una relación de adecuación entre la realidad objeto de indagación y las representaciones o proposiciones que hacemos sobre ella⁵. No puede hacerse ciencia a partir de la pura subjetividad o de la deformación de la realidad con objeto de adaptarla a los deseos del investigador o de otros actores sociales.

Esta “fidelidad a la búsqueda de la verdad” –por más inconveniente que esta pueda ser para nuestros propósitos externos- es lo que podríamos caracterizar como “*rigor metodológico*”. Esta virtud habrá de manifestarse de modo diferente en circunstancias distintas o para objetos de investigación diversos, pero implicará en todo caso una reflexión racional para aplicar los métodos y técnicas que resulten en cada caso más apropiados para los fines de la investigación, dentro de las posibilidades de lo real. En este sentido, el proceder científico es “*sistemático*”, es decir, no opera de manera errática, sino que está racionalmente organizado en torno a un propósito concreto, que es la maximización de la verdad en el discurso.

Por otra parte, la actividad científica no es una experiencia individual, sino colectiva y acumulativa, como sucede con el conocimiento derivado de la “tradicición”. Esto exige que el investigador esté dispuesto a ser criticado y a contemplar críticamente el trabajo de los demás y que, por otra parte, opere con suficiente transparencia como para permitir el control por parte de la comunidad científica.

Todos estos rasgos -especialización en la búsqueda de conocimiento, rigor metodológico, carácter sistemático, transparencia y control de la comunidad científica- hacen que la ciencia, a la larga, se configure como un sistema privilegiado de adquisición de conocimiento acumulativo, superando ampliamente a la tradición y, por supuesto, a la experiencia individual y social, si bien, por supuesto, no es infalible. En la medida en que estos principios se manifiesten verdaderamente en la actividad científica, la ciencia cumplirá adecuadamente su función de proporcionar conocimiento al resto de la sociedad.

⁵ “La verdad del discurso se define, pues, como adecuación del discurso a la cosa.”, Gadamer, H., *Verdad y método* [Trad. Manuel Olasagasti], Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998 [original de 1986, tratándose de una recopilación de ensayos anteriores], p. 54.

3. Ciencia y hermenéutica

Simplificando los términos, las proposiciones que pueden hacerse sobre la realidad pueden configurarse como *juicios de hecho* o *juicios de valor*.

Los juicios de hecho se refieren a una realidad objetiva que “existe” más allá de los significados humanos, al margen de lo que opinemos o sepamos de ella. En términos relativos (es decir, si no se discute el significado de los términos utilizados), los juicios de hecho son “objetivos” y en muchos casos son “verificables” a través de los sentidos. Por ejemplo, si alguien dice, “Juan está en su despacho ahora mismo”, podría hipotéticamente verificarse si la afirmación es cierta entrando en el despacho de Juan o llamándole por teléfono, siempre que exista un cierto acuerdo entre los interlocutores sobre quién es Juan, sobre cuál es su despacho y sobre el grado de exactitud requerida de la expresión “ahora mismo”.

Los juicios de valor, en cambio, se refieren, a la opinión o valoración que provoca el objeto referido sobre la persona que emite el juicio. Estos juicios suelen considerarse como “subjetivos” -aunque en realidad no son puramente individuales y arbitrarios, sino que están mediatizados por el espacio social en el que se desenvuelven- y no pueden ser objeto de verificación en sentido estricto, salvo que se transformen en juicios de hecho vinculados a la existencia de estas opiniones. Así, por ejemplo, si alguien dice “Juan es una gran persona”, esto no se puede “demostrar” en términos “objetivos”. En cambio, sí podría someterse a una cierta verificación -sometida a algunos límites-, el enunciado “Luisa cree que Juan es una gran persona”. Esto último implicaría la conversión del juicio de valor en un juicio de hecho.

Por supuesto, la realidad es más compleja que esta sencilla separación entre juicios de hecho y juicios de valor, en gran medida debido al carácter intersubjetivo -ni “objetivo” ni “subjetivo”- de toda experiencia humana y de todas las formas de conocimiento. Estas circunstancias implican que, para producir conocimiento sea necesario siempre recurrir a la interpretación de manera implícita o explícita.

Por una parte, los aspectos interpretativos pueden poner en cuestión la verificación “objetiva” de los juicios de hecho. Así, por ejemplo, respecto a la afirmación “Juan está en su despacho ahora mismo”, podría plantearse alguna confusión respecto a lo que significa “el despacho de Juan” en un contexto concreto (por ejemplo, podría tener dos despachos). Como hemos dicho anteriormente, la posibilidad de la verificación depende de que el emisor y el receptor del mensaje utilicen el mismo marco de significados.

Por otra parte, en sentido contrario, la “interpretación” permite una cierta “demostración” de los juicios de valor, en el sentido de que puede persuadirse al receptor del mensaje de la veracidad de su contenido si se parte de un espacio común de significados. El enunciado “Juan es una gran persona”

se presenta, a primera vista, como un juicio puramente subjetivo y, por tanto, imposible de verificar. Sin embargo, se podría construir una *argumentación* capaz de persuadir a un tercero de esta proposición, siempre que se pudiera llegar a un acuerdo acerca de lo que significa “ser una gran persona”; esta argumentación permitiría *interpretar* la conducta de Juan para reconducirla a esta definición compartida.

Esta complejidad puede abordarse identificando una tercera categoría “híbrida” de enunciados, los *juicios hermenéuticos*, que son aquellos que se refieren a una realidad de significados relativamente compartidos en los espacios de comunicación humana. Se trata de una categoría híbrida porque se ubica en el espacio de indeterminación entre juicios de hecho y juicios de valor, que es precisamente el espacio en el que se desarrolla la argumentación. Los juicios de hecho pueden percibirse como juicios hermenéuticos cuando se hace necesario renegociar el significado de las categorías que los componen; por su parte, los juicios de valor pueden reconstruirse como juicios hermenéuticos cuando se pretende ir más allá de la experiencia meramente subjetiva y entrar en un diálogo que aporte una mayor comprensión de la realidad.

En cambio, cuando no es necesaria la argumentación, incluso los juicios sobre el significado de las cosas pueden considerarse sencillamente como juicios de hecho; así, por ejemplo, podemos asumir como un “hecho” que “silla” en “inglés” se dice “*chair*”, debido al consenso global que existe en la percepción de este significado, por más que formalmente no exista una conexión necesaria u “objetiva” entre el significante y el significado. Lo mismo sucede en Derecho cuando no se plantean dudas sobre el significado o la vigencia de alguna norma; en estos casos no es necesario formular ninguna interpretación (“*in claris non fit interpretatio*”) y los contenidos del Derecho pueden contemplarse como puros hechos, verificables a través de la consulta a las fuentes que correspondan.

Los juicios hermenéuticos no pueden “verificarse” en términos “objetivos”, pero tampoco son puramente “subjetivos” o arbitrarios, porque hacen referencia a un espacio común de significados compartidos (son, por tanto, de carácter “intersubjetivo”). Así pues, incluso cuando existen varias interpretaciones posibles, eso no quiere decir que todas sean igualmente “correctas”. El sugerente microrrelato de una sola línea de Augusto Monterroso “Cuando despertó, el dinosaurio todavía estaba allí” genera diversas interpretaciones posibles y esto es, precisamente, lo que le aporta su valor literario o artístico. Sin embargo, no puede interpretarse que en realidad es una receta de cocina o un manual de instrucciones para montar un ventilador. El hecho de que puedan argumentarse varias interpretaciones convincentes no implica que cualquier interpretación sea posible en el mundo real de los significados humanos. Como se razonará *Infra* (epígrafe 7.1), las afirmaciones “relativistas” sobre la arbitrariedad o subjetividad absoluta de los significados o valores humanos son abstracciones desconectadas de la realidad humana en la que efectivamente se producen las relaciones sociales, puesto que parten de un

ser humano artificial aislado que habita en la indeterminación del vacío y no en un contexto social determinado.

Normalmente se considera que las ciencias naturales se ocupan de la realidad “objetiva”, es decir de la realidad ajena al ser humano (o incluso del ser humano considerado al margen de sus espacios de significado, como hace la Fisiología). En este contexto se puede asumir con facilidad que la realidad observada, en sí misma, es indiferente a la observación o a las categorías que se construyan en torno a ella. Esta circunstancia permite la configuración de un sistema relativamente estable de categorías compartidas por la comunidad científica con un alto nivel de consenso. El físico no dialoga con los “átomos” y, por tanto, puede construir una categoría de “átomo” con un significado relativamente estable y uniforme; aunque el significante pueda ser arbitrario en abstracto, carece de sentido que otro físico utilice la palabra “átomo” para referirse a otra cosa, salvo que por alguna razón se haga necesario un cambio de paradigma. Como consecuencia de ello, las proposiciones de las ciencias naturales habitualmente pueden plantearse formalmente sin problemas como “enunciados de hecho” objetivamente verificables.

Por supuesto, en las ciencias naturales pueden plantearse también juicios hermenéuticos y puede resultar relevante la argumentación respecto al contenido de las categorías utilizadas. Así, por ejemplo, la adscripción de un concreto fósil a una determinada cronoespecie implica aspectos interpretativos y de clasificación de la realidad. No obstante, el problema no es tan importante como en las ciencias humanas y sociales y, en muchos casos pueden eludirse las cuestiones argumentativas, presentando los resultados como contrastes empíricos de las hipótesis planteadas con la realidad “objetiva” objeto de estudio.

En cambio, en las ciencias sociales y humanas, el objeto de investigación es una realidad construida por el ser humano a través de relaciones sociales y procesos comunicativos. Esta realidad “existe” más allá de la subjetividad de los individuos concretos (así, el artículo 1902 del Código Civil ha “sobrevivido” a la persona que materialmente lo redactó en el siglo XIX), pero tampoco es una realidad puramente “objetiva” en la medida en que no es independiente de la percepción y la comunicación humanas. Estas construcciones sociales pueden tener efectos evidentes y muy importantes sobre la realidad material objetiva, pero en muchos casos estos efectos sobre la realidad material dependen casi totalmente de los procesos de negociación de significados propios de la interacción social cotidiana. Así, por ejemplo, el “dinero” o los “mercados financieros” no pueden considerarse solo a partir de sus significantes materiales (billetes, monedas o espacios físicos o digitales de interacción comercial), sino que deben estudiarse en relación con los significados que les ha atribuido la imaginación compartida humana y que despliegan efectos reales sobre la conducta.

Por otra parte, estos significados son siempre “históricos” y particulares, es decir, contingentes y variables, cambiantes en función de circunstancias y contextos diversos⁶.

Por supuesto, en las ciencias sociales pueden plantearse “enunciados de hecho”, pero estos habitualmente se componen de categorías “resbaladizas” o “nociones sensitivas”⁷, como “clase social”, “poder”, “democracia”, “integración”. Estas categorías siempre pueden estar sometidas a discusión y pueden ayudar a comprender la realidad humana, pero no pueden “encapsularla” en compartimentos estables y cerrados. En efecto, las categorías “científicas” y generales construidas con ciertas pretensiones de generalidad para referirse a las distintas sociedades humanas (como “chamanismo”, “religión”, “familia”, etc.) deben entrar necesariamente en un diálogo comprensivo con las categorías que realmente utilizan los sujetos sociales y que, de hecho, operan efectivamente como motivos para la acción humana. Por otra parte, la interpretación académica de la realidad social y humana se inserta en la realidad estudiada como un discurso más, que puede influir en la configuración de nuevos significados sociales, dado que estos son variables; así, por ejemplo, la identificación en el ámbito académico de las relaciones de dominación entre la mayoría social y las minorías étnicas puede promover o alimentar movimientos emancipatorios

Por todo ello, no cabe duda de que el peso de la *hermenéutica* es mucho mayor en las ciencias humanas y sociales respecto a lo que sucede en las ciencias naturales. Algunos trabajos científicos pretenden escapar de esta incertidumbre buscando una “certeza” similar a la de las ciencias naturales a partir de la presentación matemática de los datos estadísticos. Aunque esto puede proyectar una apariencia de “objetividad”, en realidad cualquier investigación empírica cuantitativa implica necesariamente la adopción de una serie de decisiones cualitativas, tanto antes de recopilar los datos como a la hora de interpretar los resultados, que determinan la “validez de constructo” de la investigación⁸. Estas decisiones pueden ser cuestionadas, y, por tanto, siempre implican una argumentación explícita o implícita.

Consecuentemente, el conocimiento de los hechos sociales y humanos implica necesariamente la “comprensión” (*Verstehen*) de los mundos de

⁶ El carácter “histórico” o contingente de los enunciados propios de las Ciencias Humanas y Sociales es un tema permanente en los trabajos epistemológicos. A modo de ejemplo, entre los iuslaboralistas españoles destaca esta cualidad, Cruz Villalón, J., “La metodología de investigación en el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, nº 132, 2016.

⁷ “This ambiguous nature of concepts is the basic deficiency of the social theory [...] Whereas definitive concepts provide prescriptions of what to see, sensitizing concepts merely suggest directions along which to look.”, Blumer, H., “What is wrong with social theory?”, *American Journal of Sociology*, Vol. 19, nº 1, 1954, pp. 6-7.

⁸ Cea D’Ancona, M^oA. *Metodología cuantitativa: estrategias y técnicas de investigación social*, Madrid: Síntesis Sociológica, 2001, pp. 119-120

significado en los que estos hechos se desarrollan⁹. Como se ha señalado anteriormente, esta “comprensión” no es una actividad puramente subjetiva, aunque sus resultados no sean estrictamente verificables, sino que precisamente implica un desbordamiento de las impresiones meramente subjetivas para adentrarse en el terreno de la intersubjetividad. Ese desbordamiento de la subjetividad implica que la comprensión es una forma de conocimiento y que, por tanto, puede y debe abordarse desde una perspectiva, sistemática, “científica” y rigurosa en el ámbito académico. La ciencia, por tanto, no puede limitarse a formular explicaciones causales de los fenómenos naturales o sociales como propugnan algunos autores. De hecho, no parece posible, útil o deseable formular explicaciones causales de los hechos sociales que sean ajenas a la comprensión de los significados que estos hechos tienen para los participantes.

Precisamente, en muchos casos la investigación en las ciencias humanas o sociales se refiere de manera específica a estos campos de significados y no tanto a las prácticas humanas condicionadas por ellos. Así sucede, por ejemplo, con la investigación que tradicionalmente se ha desarrollado –aunque, desde luego, no es la única posible– en Derecho, Literatura o Historia del Arte. En estos casos, la “comprensión” tiende a erigirse como el resultado principal pretendido por el investigador, decayendo notablemente la importancia de las explicaciones causales.

En este contexto, la hermenéutica puede definirse como el conjunto de métodos sistemáticamente dirigidos a la comprensión de los espacios de significados compartidos que existen en la interacción social humana. Las técnicas hermenéuticas son anteriores a la ciencia moderna, puesto que aparecen de manera muy temprana en la “cultura occidental” como métodos dirigidos a “reconstruir la comunicación rota” de una comunidad con sus textos sagrados cuando sus enunciados se habían alejado de la vida concreta de los colectivos humanos¹⁰; posteriormente, estas técnicas se aplicaron a textos de naturaleza jurídica que se consideraban “autoridades”, pero que atendían a problemas jurídicos de sociedades muy alejadas en el tiempo (como sucedía con la aplicación del Derecho Romano durante la Edad Media). Durante los siglos XIX y XX, diversos filósofos alemanes (Schleiermacher, Dilthey y luego Gadamer y Habermas), convirtieron estas técnicas puramente pragmáticas en una orientación epistemológica general que, a nuestro juicio, resulta de

⁹ Esta idea básica fundamenta la sociología de Max Weber, que ha influido notablemente en el desarrollo posterior de las ciencias sociales. “Debe entenderse por sociología (en el sentido aquí aceptado de esta palabra, empleada con tan diversos significados): una ciencia que pretende entender, interpretándola, la acción social para de esta manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos”, Weber, M. *Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva* (Trad. José Medina Echevarría), Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002 [Originalmente publicado en 1922], p. 5.

¹⁰ San Martín Sala, J., *Antropología Filosófica*, Madrid: Uned, pp. 103-108.

trascendental importancia para fundamentar la metodología científica de las ciencias humanas y sociales en general y del Derecho en particular.

La hermenéutica considera las unidades de significado como partes de una totalidad sistemáticamente organizada, de modo que la comprensión del significado exige el desvelamiento de las relaciones de las distintas unidades entre sí y con la totalidad. Así, el proceso hermenéutico es siempre circular, porque la comprensión de las partes es necesaria para intuir la totalidad y al mismo tiempo, la comprensión de la totalidad lo permite aprehender el sentido de sus partes¹¹. El "círculo hermético" implica que la interpretación es siempre un procedimiento inacabado que puede enriquecerse con la aportación de contexto¹².

Este círculo puede operar en varios niveles o subsistemas: así, la comprensión del ser humano y de la sociedad humana permite entender mejor el Derecho, pero también sucede en sentido inverso; asimismo, la comprensión de las distintas instituciones jurídicas amplifica el entendimiento del ordenamiento jurídico en su totalidad, pero, al mismo tiempo, cuanto mejor se comprenda esta totalidad, más fácil será interpretar "correctamente" las instituciones; por último, el conocimiento de las instituciones jurídicas permite resolver los casos concretos, pero también la comprensión de las circunstancias de distintos casos permite un entendimiento más cabal de estas instituciones.

Cuando el propósito fundamental de la ciencia es la búsqueda de explicaciones causales o de generalizaciones acerca de la realidad observada, los "casos" solo son relevantes como concreción de las leyes generales que se formulan. En cambio, cuando el propósito fundamental es la comprensión como ampliación del conocimiento humano, los casos particulares cobran particular relevancia. Un estudio académico en materia literaria puede referirse a la comprensión de un solo poema (o quizás de un solo verso), sin que siempre sea necesario plantearse el valor de ese poema aislado en la construcción de enunciados generales y uniformes o proposiciones estadísticas.

4. Ciencia jurídica, técnica y utilidad práctica

Como recuerda Dilthey, las ciencias humanas y sociales ("ciencias del espíritu"), incluyendo, por supuesto, a la Ciencia Jurídica, no surgieron de una

¹¹ "La regla hermenéutica de que el todo debe entenderse desde lo individual y lo individual desde el todo, procede de la retórica antigua y ha pasado, a través de la hermenéutica moderna, del arte de hablar, al arte de comprender. En ambos casos nos encontramos con una relación circular.", Gadamer, H., *Op. Cit.*, p. 63. De Santiago Güervós, L.E., "La hermenéutica metódica de Friederich Schleiermacher", *Otros Logos: Revista de Estudios Críticos*, <<http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/revistas/0003/09.%20de%20guervos.pdf>> [Última visita 14-9-2017], pp. 164-168

¹² "La tarea es ampliar en círculos concéntricos la unidad del sentido comprendido", Gadamer, H., *Op. Cit.*, p. 63.

suerte de “curiosidad natural” sobre el funcionamiento del mundo, sino más bien de una serie de propósitos prácticos¹³.

Por supuesto, el desarrollo y la evolución de las disciplinas englobadas en la categoría de las “Humanidades” ha implicado que, muy a menudo, en estas áreas de conocimiento, la comprensión del ser humano y de los sistemas culturales en los que se reproduce su vida se convierta en un fin en sí mismo, que, por tanto, se presente cargado de valor más allá de las posibles aplicaciones técnicas que pueda tener. Ciertamente, al atribuirse un valor social a la comprensión del ser humano en sí misma considerada, la indagación sobre este tipo de materias (por ejemplo, la profundización en el conocimiento de los símbolos religiosos del Antiguo Egipto) puede considerarse “útil” y “práctica” y, de hecho, puede tener efectos reales sobre las personas. Sin embargo, no está directamente conectada con propósitos concretos de transformación de la realidad o con aplicaciones prácticas inmediatas. En este sentido, gran parte de los trabajos publicados en estas disciplinas podrían considerarse “ciencia básica” más que “ciencia aplicada”.

En cambio, las ciencias sociales y jurídicas han tenido normalmente un propósito aplicado mucho más claro¹⁴ y, de hecho, la propia delimitación de las disciplinas académicas responde en gran medida a una especialización derivada de las diferentes finalidades sociales a satisfacer¹⁵.

En concreto, la profundización en el Derecho como objeto de conocimiento es muy anterior a la ciencia moderna y está directamente relacionada desde sus inicios con las necesidades inmediatas de la práctica¹⁶. Así, ya en la Roma clásica, el principal papel de los jurisconsultos o expertos en Derecho consistía en responder (*respondere*) a las consultas formuladas por particulares, magistrados y jueces en el marco de conflictos reales¹⁷. A lo largo de la historia, el estudio académico del Derecho ha estado fuertemente

¹³ “Estas ciencias han crecido en la práctica misma de la vida [...] Sus primeros conceptos y reglas se encontraron, en su mayoría, en el ejercicio de las funciones sociales.”, Dilthey, W., *Op. Cit.* p. 50.

¹⁴ Rodríguez de la Borbolla Camoyán, J. “Algunas reflexiones sobre metodología de investigación en Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, n.º 31, 1994 pp. 20-21, aunque aquí el contraste es con las Ciencias Naturales.

¹⁵ A este respecto, se relata la división entre la Economía Política, la Ciencia Política, la Sociología y la Antropología, Wolf, E., *Europa y la gente sin historia* (Trad. Agustín Bárcenas), México: Fondo de Cultura Económica, 2005 [publicado originalmente en 1982], pp. 20-34.

¹⁶ “La realidad jurídica es, pues, en sí misma práctica, utilitaria”, Montoya Melgar, A., “Sobre el Derecho del Trabajo y su ciencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 58, 1993, p. 185. “Ihering ha demostrado cómo el pensamiento jurídico ha creado los conceptos fundamentales del derecho romano por un trabajo espiritual consciente llevado a efecto en medio de la vida jurídica”, Dilthey, W., *Op. Cit.* p. 50.f

¹⁷ Agudo Ruiz, A., “Oriente y occidente: dos modelos de enseñanza del Derecho Romano”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.8, 2010, p. 12.

conectado a las necesidades de las profesiones legales, lo que ha condicionado en gran medida su desarrollo¹⁸.

En las sociedades capitalistas avanzadas, el Derecho adquiere una notable dimensión y complejidad y se subdivide en diversas disciplinas jurídicas positivas, que se configuran claramente como “ciencias aplicadas”, destinadas a acumular conocimiento especializado que pueda ser útil para los operadores jurídicos y políticos.

Ciertamente, la Filosofía del Derecho –como disciplina autónoma o como fundamento último del discurso de los estudiosos del derecho positivo–, puede operar en cierto modo como “ciencia básica”¹⁹ que permita amplificar la comprensión del Derecho en su totalidad o incluso la comprensión del ser humano y su conducta a través del Derecho o del trabajo interdisciplinar. De cualquier modo, el grueso de la tarea del estudioso del derecho positivo consiste en producir conocimiento socialmente relevante que resulte inmediatamente útil a los operadores jurídicos o a las personas y grupos que intervienen en la producción del contenido de las normas.

Esta función social del jurista-investigador abarca la dogmática tradicional, es decir, la emisión de opiniones razonadas acerca de los contenidos del Derecho (*de lege data*), así como la resolución de los problemas interpretativos que se produzcan o puedan producirse en la práctica. Estas opiniones se ponen a disposición de los operadores jurídicos, que pueden utilizarlas para orientar su práctica profesional²⁰.

Ahora bien, no cabe duda de que hoy en día la sociedad demanda también al estudioso del Derecho la formulación de proposiciones de política jurídica (*de lege ferenda*)²¹ en base a consideraciones técnico-jurídicas, valorativas o de eficacia. Estas proposiciones pueden influir en las decisiones de producción normativa, impulsando así la transformación y la evolución de las normas y de los contenidos del Derecho.

Por este motivo, como se razonará más adelante, con independencia de los propósitos concretos que puedan tener los trabajos de investigación individualmente considerados, la ciencia jurídica, considerada como un todo, debe alternar el discurso puramente “doctrinal” con el discurso “crítico”.

¹⁸ Vick. D.W., “Interdisciplinarity and the Discipline of Law”, pp. 175-177, *Journal of Law and Society*, Vol. 31, nº 2, 2004.

¹⁹ Viehweg, T., *Tópica y Filosofía del Derecho* (Trad. Jorge M. Sena), Gedisa, Barcelona, 1991 [publicado originalmente en 1953], pp. 29-51.

²⁰ Cruz Villalón, J., “La metodología...”, *Op. Cit.* p. 6.

²¹ Cruz Villalón, J., “La metodología...”, *Op. Cit.*, pp. 7-8.

5. Paradigmas sobre el objeto de la ciencia del derecho

Para profundizar sobre los presupuestos metodológicos que subyacen a la investigación en materia jurídica puede ser útil hacer referencia la idea de “paradigma” propuesta por Thomas Kuhn²². Un “paradigma” sería un esquema cognitivo básico acerca de un determinado campo de investigación que determina cuáles son los problemas de investigación adecuados y los métodos válidos para resolver estos problemas.

Algunos autores que han intentado aplicar esta noción de “paradigma” a la Ciencia Jurídica han identificado un número bastante amplio de ellos²³. Sin embargo, para los concretos propósitos de este trabajo resulta más apropiado determinar tres grandes paradigmas generales: el iusnaturalismo, el positivismo jurídico y el realismo²⁴. Ciertamente, esta división implica una simplificación un tanto grosera, puesto que en cada uno de estos bloques abstractos se agrupan teorías muy diversas que, a menudo presentan contradicciones ideológicas, epistemológicas y metodológicas entre sí. Sin embargo, en cada uno de estos bloques puede identificarse una cierta concepción general de lo que es el Derecho y de lo que debe ser la Ciencia Jurídica que, además, hasta cierto punto, es incompatible con la presentada en los demás.

5.1. El iusnaturalismo

Las corrientes iusnaturalistas parten de la afirmación de la existencia de un “derecho natural” de carácter universal que viene impuesto por la “Razón” o por la “Naturaleza” (en algunas versiones no secularizadas, directamente por Dios). El “derecho positivo” producido de manera contingente por las sociedades humanas sería una concreción, desarrollo, aplicación o realización del “derecho natural”. De hecho, las normas positivas que se opusieran al “derecho natural” no serían “válidas”, ni tendrían valor jurídico o fuerza vinculante –esto es, no generarían un deber moral de actuación conforme a ellas- por más que estuvieran vigentes en el terreno formal. A este “derecho natural” se accedería a través de un proceso especulativo o filosófico, que permitiría identificar los mandatos esenciales de la razón humana.

²² Kuhn, T., *The structure of scientific revolutions*, Chicago & London: University of Chicago Press, 1968 [originalmente publicada en 1962].

²³ Así, por ejemplo, Bonilla Montenegro, J.D., “Los paradigmas en la teoría jurídica. Transformaciones acerca de la interpretación sobre qué es el Derecho”, *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n. 3, 2010.

²⁴ Estos tres grandes paradigmas se identifican de este modo en Bobbio, N., *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 1991 [1954 y 1956], pp. 40-51. Bobbio vincula cada uno de estos paradigmas con los tres tipos de enunciados que pueden hacerse de la norma jurídica (justicia, validez y eficacia); el iusnaturalismo se ocuparía de la justicia, el positivismo de la validez y el realismo de la eficacia. Es cierto que cada uno de estos paradigmas enfatiza el aspecto que este autor les atribuye; sin embargo, como veremos, no existe una relación absoluta entre estos paradigmas y los tres tipos de enunciados.

A partir de mediados del siglo XVIII y, sobre todo, durante todo el siglo XIX, las corrientes iusnaturalistas resultan fuertemente criticadas por su desvinculación con la práctica forense²⁵. El discurso iusnaturalista, elaborado básicamente por filósofos y no por juristas, tenía un carácter muy abstracto y estaba fuertemente vinculado a la Teoría Política o a la Metafísica. Ciertamente, el iusnaturalismo moderno jugó un papel esencial en la configuración de la “ideología liberal” y, por tanto, en la producción de la legislación de los “Estados liberales”. En particular, el pensamiento iusnaturalista fundamenta las primeras declaraciones de los “derechos del hombre y del ciudadano”, así como la configuración de un nuevo orden jurídico-privado basado en la generalización del principio de la “autonomía de la voluntad”, adaptando las instituciones de origen romano y las regulaciones locales a la implantación progresiva del orden económico capitalista. Más allá de estos innegables efectos políticos, las teorías iusnaturalistas que se enseñaban en la Universidad resultaban de escasa eficacia para abordar los problemas concretos con los que los juristas se encontraban en su quehacer cotidiano.

Por otra parte, el iusnaturalismo también se ha visto cuestionado por motivos de orden lógico y filosófico. Se atribuye a David Hume el argumento según el cual no puede extraerse automáticamente un “juicio de valor” de un “juicio de hecho”, o, dicho de otro modo, el “deber ser” no puede deducirse del “ser” sin mayor explicación²⁶; este procedimiento inadecuado constituiría lo que posteriormente se ha llamado “falacia naturalista”. Muchos críticos atribuyen esta falacia al pensamiento iusnaturalista, en tanto que pretende deducir enunciados normativos de la mera descripción de la naturaleza humana. Así, por ejemplo, Kelsen, de manera muy elocuente, manifestaría que “La naturaleza, en tanto sistema de hechos vinculados entre sí según la ley de causalidad, carece de voluntad y, por tanto, no puede prescribir una conducta determinada al hombre”²⁷.

Esta crítica parece oportuna en lo que refiere a la presentación retórica del discurso iusnaturalista. En efecto, aparentemente el iusnaturalismo intenta extraer pautas normativas –moralmente vinculantes– de la naturaleza humana sin argumentar suficientemente la conexión entre ellas. No obstante, hay que matizar que las representaciones iusnaturalistas de la “naturaleza humana” normalmente no constituyen enunciados de hecho verificables a los que se llega

²⁵ Carpintero Benítez, F. *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid: Civitas, 1988, pp. 86-90.

²⁶ Hume, D., *A Treatise of Human Nature*, 1739-1740, Libro III, Parte I, Sección I (pp. 244-245 de la versión en pdf que se enlaza): <https://people.rit.edu/wlrgh/HumeTreatise.pdf> [Última visita 14-9-2017]

²⁷ Kelsen, H., “¿Qué es justicia?”, en *¿Qué es justicia?*, Ariel, 2ª Edición, Barcelona, 1992 [originalmente publicado en 1971], p. 57.

mediante la observación, sino más bien juicios de valor no verificables derivados de la especulación filosófica²⁸.

Ciertamente, desde la Antropología Jurídica, el Derecho Comparado o el positivismo analítico, pueden analizarse las pautas comunes que presenta el Derecho en distintas comunidades humanas (o incluso, de manera más ambiciosa, en todas las sociedades humanas conocidas). De este podrían identificarse aspectos generales -o contenidos generales-, de las normas jurídicas que, a su vez, pueden relacionarse con funcionalidades sociales en contextos concretos o, *en último término*, con la producción y reproducción de la vida humana²⁹, cuya pervivencia como especie depende de su organización social. En cualquier caso, este conocimiento es descriptivo y analítico y contribuye a incrementar la comprensión de las normas positivas, pero no permite en sí mismo deducir automáticamente patrones normativos, es decir, valorativos. En efecto, desde la perspectiva científica, todo lo que existe es “natural” y no puede decirse que ningún hecho humano se oponga a la naturaleza. Todas las normas son “naturales” -se consideren “justas” o “injustas”- y también es “natural” el comportamiento desviado respecto a la norma en la medida en que existe; las normas pueden explicarse o comprenderse, pero de ello no deriva inmediatamente un deber moral de obediencia.

En realidad, lo que hacen la mayoría de los iusnaturalistas no es extraer valores de los hechos, sino simplemente enjuiciar valorativamente los enunciados normativos en función de su correspondencia con otros valores, que se consideran “superiores”. Por supuesto, estos valores supremos no son “verificables” y tampoco resultan autoevidentes para cualquier intelecto humano. En realidad, se observa como varían en función de diversos condicionamientos históricos y sociales. Así, por ejemplo, para Aristóteles, la institución de la esclavitud estaba plenamente justificada en la naturaleza

²⁸ Así, por ejemplo, ya desde el siglo XVIII los autores eran conscientes de que el “Estado de naturaleza” de individuos aislados no era una situación histórica concreta, sino más bien la representación simbólica de un problema humano: “[...] los avances de la Antropología experimental en el siglo XVIII habían dado sus frutos, y ya no se pudo mantener seriamente la hipótesis del hombre aislado en el ‘estado de naturaleza’, puesto que estaba demostrado que tal ‘estado’ era irreal, que nunca pudo haber existido”, Carpintero Benítez, *Op. Cit.*, p. 62.” El propio Hobbes afirma que “Puede quizás pensarse que jamás hubo tal tiempo ni tal situación de guerra; y yo creo que nunca fue generalmente así, en todo el mundo” *Leviathan*, Capítulo XIII. Consultado en la traducción de Antonio Escohotado publicada por Editora nacional, Madrid, 1983, p. 225.

²⁹ “Según la concepción materialista de la historia, el factor que *en última instancia* determina la historia es la producción y la reproducción de la vida real. Ni Marx ni yo hemos afirmado nunca más que esto.”, Carta de F. Engels a J. Bloch. <https://www.marxists.org/espanol/m-e/cartas/e21-9-90.htm> [Última visita 14-9-2017].

humana³⁰, mientras que para los iusnaturalistas modernos el contenido básico del derecho natural no era otro que la libertad³¹.

Por ello, no resulta extraño que el tercer bloque de las críticas al iusnaturalismo que se plantearon en los siglos XIX y XX se refiera precisamente a su carácter “subjetivo”, opinable e incierto³². A ello contribuyó, por otra parte, el individualismo radical que se había ido generalizando en la filosofía moderna y que alcanza su culmen en la ética kantiana, que consideraba a las personas como individuos radicalmente autónomos. En este contexto, las diversas perspectivas del “derecho natural” se terminan entendiendo como opiniones puramente subjetivas, que no pueden ser objeto, en sí mismas, del saber científico.

5.2. El positivismo jurídico

Las doctrinas positivistas surgen como respuesta a las deficiencias teóricas del iusnaturalismo que se han señalado anteriormente, si bien lógicamente están también fuertemente condicionadas por su contexto político-social, esto es, por la necesidad de legitimar la autoridad de los Estados-nación configurados a partir del siglo XIX en relación con la consolidación del modo de producción capitalista³³. En efecto, una vez que se hubo conformado un derecho privado basado en la autonomía de la voluntad y, por tanto, apropiado para las relaciones de intercambio económico propias de la economía de mercado, la insistencia en fundamentar el Derecho en la “libertad natural” del ser humano podía implicar un cuestionamiento del poder ejercido por los nuevos Estados. Al mismo tiempo, en el mundo intelectual de la sociedad industrial triunfan los planteamientos “cientificistas” y el empirismo, debilitándose notablemente las posiciones metafísicas.

En este contexto, el positivismo pretende separar radicalmente el Derecho de la Moral, afirmando la “existencia objetiva” del Derecho con

³⁰ Aristóteles, *Política*, Libro I, Capítulos II y V. Consultado en la edición de El Cid Editor, Santa Fe, 2003, pp. 76-89 y 108-115. Ciertamente, no parece que Aristóteles haya intentado establecer un sistema general de “Derecho natural”, pero sí que utiliza la invocación a la naturaleza como justificación de las relaciones de dominio entre amos y esclavos, padres e hijos y hombres y mujeres que existían en su tiempo.

³¹ Carpintero Benítez, F., *Op. Cit.*, pp. 23-82.

³² “[...] En tal contexto, aludir a una teoría sobre el ‘Derecho natural’ para fundamentar una pretensión suponía, sin más, entrar en el campo de lo que, más que opinable, era ya discutible; en otras palabras, el recurso al Derecho natural se había convertido en una fuente de desacuerdos y de inseguridad”, Carpintero Benítez, F., *Op. Cit.*, p. 98.

³³ “[...] los príncipes europeos del siglo XIX [el autor se refiere especialmente al positivismo surgido en Alemania en la primera mitad de este siglo, antes, por tanto de la unificación] exigieron –y tuvieron éxito en su exigencia– que fuera considerado únicamente como “Derecho” la legislación del Estado [...] el contenido material de esta legislación resultaba indiferente; lo único importante, una vez que se habían hecho algunas concesiones en el Derecho privado, era que fueran respetadas las instituciones existentes”, Carpintero Benítez, F., *Op. Cit.* p. 96.

independencia de las distintas opiniones que puedan sostenerse respecto a su justicia o injusticia. Así pues, aunque las normas jurídicas se presentan formalmente como “juicios de valor” –en el sentido de que formulan un “deber ser”–, el jurista académico debe referirse a ellas como “hechos” de naturaleza “objetiva”. Así, por ejemplo, no es lo mismo decir que “el que causa un daño por culpa o negligencia está obligado a repararlo” que, “el art. 1902 del Código Civil español determina que el que causa un daño por culpa o negligencia está obligado a repararlo”. De este modo, los enunciados acerca de la existencia y vigencia de las normas jurídicas se hacen verificables y, por tanto, pueden ser objeto de conocimiento científico³⁴.

En Europa Continental, la coincidencia del apogeo del positivismo con la configuración de los Estados-nación contemporáneos y con los procesos de codificación del derecho privado hizo que el “Derecho” se terminara identificando de manera casi absoluta con las “leyes producidas por el Estado conforme al procedimiento establecido”, lo que lógicamente, contrasta con la realidad práctica de épocas anteriores que habían otorgado un mayor papel a las elaboraciones derivadas del Derecho Romano, a la autoridad de la Doctrina o a la costumbre. En cambio, en los sistemas jurídicos anglosajones el positivismo hubo de adoptar posiciones más fluidas y matizadas, para adaptarse a la mayor complejidad del ordenamiento jurídico “oficial”.

Por supuesto, todas las corrientes positivistas tienen problemas para caracterizar el “deber de cumplimiento de las normas” que aparentemente caracteriza al discurso jurídico sin tomar en consideración ninguna referencia externa a este discurso. Así, por ejemplo, el positivista no puede afirmar en sentido estricto que “hay que cumplir con lo pactado” (*pacta sunt servanda*), sino más bien que el Código Civil español establece (en los artículos 1091 y 1278) la obligación de cumplir con lo pactado en un contrato; *a sensu contrario* habría que asumir que el “legislador” podría haber establecido en un acto de pura voluntad que los contratos no deben cumplirse en ningún caso, por más que ello resulte absurdo desde la conciencia jurídica real tal y como se ha conformado a lo largo de la historia. Algunos positivistas han fundado la normatividad del Derecho en la posibilidad de la coacción por parte del aparato de poder estatal; sin embargo, resulta problemático distinguir esta forma de coacción de cualquier otra manifestación de fuerza que pueda darse en la vida extrajurídica³⁵. En otros casos, el carácter normativo del Derecho se ha derivado

³⁴ “[...] los enunciados deónticos formulados por la ciencia del derecho que describen el derecho y que no obligan ni facultan a nada ni a nadie, pueden ser verdaderos o falsos, mientras que las normas producidas por la autoridad jurídica, que obligan y facultan a los sujetos del derecho, no son ni verdaderas ni falsas, sino sólo válidas o inválidas, de igual suerte que los hechos empíricos no son verdaderos ni no verdaderos, sino que existen o no existen, mientras que sólo los enunciados sobre estos hechos pueden ser verdaderos o no verdaderos”, Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*, (trad. Roberto J. Vernengo), Segunda edición, México: Universidad Autónoma de México, 1983 (publicado originalmente en 1960).

³⁵ El ejemplo paradigmático es el problema de diferenciar los mandatos válidos del poder estatal –como podrían ser los requerimientos del recaudador de impuestos– de las órdenes

simplemente de su lenguaje imperativo, convirtiendo el deber de cumplimiento de las normas en un asunto gramatical.

Algunas de las críticas que se han planteado frente al paradigma positivista se refieren precisamente a su aparente neutralidad moral. Ciertamente, la misma actitud “aséptica” que, en la práctica, había servido de legitimación para las democracias liberales, terminó también legitimando los horrores del nazismo. Por eso a partir de la II Guerra Mundial comienza a cuestionarse de manera especialmente intensa la idea de que los juristas académicos no deban efectuar valoraciones respecto a la justicia de las normas³⁶. Sin embargo, nos ocuparemos de este tema *Infra*, al tratar sobre el problema de los valores.

En este momento resulta de interés atender a las críticas que se refieren a la consideración del Derecho como una realidad “objetiva”. Como hemos visto, el positivismo convierte los *juicios de valor* jurídicos en *juicios de hecho* verificables para que estos puedan ser objeto de conocimiento científico. Sin embargo, esto solo puede hacerse en sentido estricto (sin recurrir a la *hermenéutica*) cuando existe un consenso absoluto en la comunidad científica acerca del significado de las representaciones y prácticas humanas objeto de estudio. A este respecto, es evidente que a menudo la *práctica jurídica* –en particular, la práctica judicial– consiste precisamente en una “batalla” por el significado de las normas y principios jurídicos. Incluso cuando existe un consenso muy amplio, este debe remitirse necesariamente en último término a alguna realidad externa al discurso jurídico. Las normas jurídicas son enunciados lingüísticos y, como tales, son percibidas e interpretadas por la comunidad, conforme al sentido que tienen las palabras en el habla común o incluso en base al significado técnico atribuido por la comunidad de “expertos” juristas. Estas palabras tienen una “carga de significados” que se ha ido produciendo históricamente y que se confronta continuamente con la realidad social de cada tiempo.

Esto puede entenderse acudiendo a un ejemplo extremo. Supongamos que el legislador incluyera en el Código Penal español la responsabilidad penal de los parientes cercanos por los delitos de sangre cometidos por sus familiares. Parece claro que, si esta modificación se operara sin un cambio radical en nuestra cultura jurídica, la casi totalidad de los juristas –y, finalmente, el Tribunal Constitucional– entenderían que la norma es “inconstitucional” y, por tanto, inválida. Esta calificación se haría derivar del “principio de culpabilidad” que, a su vez se supondría directamente derivado del texto constitucional. Sin

coactivas emitidas por un asaltante de caminos o una banda de ladrones. En este sentido, *Vid.*, Kelsen H., *Ibid.* p. 22 y pp. 57 y ss, tomando el ejemplo de Agustín de Hipona. Para Kelsen, la diferencia entre ambas formas de coacción reside en que la coacción jurídica se establece en el contexto de un sistema social determinado y se legitima en base a una norma jurídica que a su vez puede legitimarse en otras normas hasta llegar a la Constitución.

³⁶ Viehweg, T., *Op. Cit.*, p. 57.

embargo, en la Constitución no encontramos ningún enunciado que expresamente prohíba la responsabilidad penal familiar si atendemos exclusivamente al significado literal de las palabras en el lenguaje común (desde luego, no lo hace el art. 25.1 CE). Ciertamente, la Constitución se interpreta conforme a los criterios jurídicos tradicionales (interpretación literal, sistemática, teleológica, histórica y sociológica), pero estos criterios interpretativos no pueden derivar del Código Civil español, puesto que no tiene sentido que la norma suprema sea interpretada conforme a los patrones de la norma inferior (así, por ejemplo, no tendría sentido que el Código Civil prohibiera la interpretación sistemática de la Constitución).

Así pues, tanto la Constitución como el resto del ordenamiento jurídico se *interpretan* y toda interpretación implica, en último término, alguna referencia a elementos o presupuestos que, de algún modo, son externos al texto de las normas y a consensos de la comunidad de hablantes o de la comunidad de los juristas. No parece que la Ciencia Jurídica académica deba ocultar estos procesos, sino que más bien debería desvelarlos y someterlos a control racional³⁷. Recordemos que el conocimiento científico en el ámbito jurídico se refiere más a la *comprensión* del Derecho que a la determinación de relaciones de causalidad y que esta comprensión se amplifica cuanto más se amplía el contexto de referencia. En este sentido, resulta claramente arbitrario limitar el conocimiento del Derecho a las pautas ideológicas que emanan de él como sistema cultural, como por ejemplo podría ser la consideración del ordenamiento jurídico como un todo necesariamente cerrado, completo, sistemático y que establece una única solución para cualquier conflicto que pueda plantearse. Esto sería tanto como pretender entender las creencias espirituales de una tribu exclusivamente en base a los enunciados de estas creencias y sin poder considerar ningún factor externo a ellas.

5.3. Las doctrinas “realistas”

En este trabajo no identifico el “paradigma realista” exclusivamente con las escuelas de pensamiento que históricamente han recibido ese nombre (el realismo jurídico norteamericano y el realismo jurídico escandinavo), sino que también pretendo abarcar, con algunos matices, determinadas propuestas precursoras de estas escuelas (como la escuela histórica o, en particular el “segundo Ihering”) y a otras que de algún modo resultan herederas de las concepciones de las doctrinas formalmente denominadas como “realismo” (así, el marxismo jurídico, la escuela de pensamiento crítico, los estudios socio-legales, el análisis económico del Derecho, el feminismo jurídico, la teoría de los sistemas autopoiéticos, etc.) Ciertamente, todas estas corrientes son muy diversas entre sí y, de hecho, a menudo son opuestas en términos valorativos, ideológicos o, incluso, hasta cierto punto, epistemológicos. También implican posicionamientos muy diversos respecto a la posibilidad de la Ciencia Jurídica de ocuparse de los “valores”. Sin embargo, todas ellas tienen, en cierta medida,

³⁷ *Ibidem*.

una misma concepción básica del derecho, que las diferencia de los distintos iusnaturalismos y de los positivismos.

En efecto, las corrientes iusnaturalistas y las positivistas normalmente comparten la concepción del Derecho como una realidad *objetiva*; sus “mandatos” se atribuyen a entidades abstractas e idealizadas (como la Razón, la Naturaleza, el Legislador o el Estado), a las que, de un modo u otro, se les atribuye voluntad como si se trataran de seres humanos concretos. En cambio, las escuelas realistas tienden a subrayar que el Derecho es una realidad *intersubjetiva*, socialmente construida y constantemente reconfigurada, reinterpretada y reelaborada a través de diversas *prácticas* humanas. De alguna manera o de otra, las escuelas que hemos llamado “realistas” subrayan la conexión entre el Derecho y la sociedad humana y, por tanto, entre el estudio académico del Derecho y otras ciencias de la sociedad (la Historiografía, la Sociología, la Psicología, la Economía, la Antropología...)

Por ello, desde los planteamientos realistas, la Ciencia del Derecho se encuentra más claramente integrada con las demás ciencias sociales y humanas. Esta circunstancia afecta también a la consideración los juicios de valor. Ciertamente, para los “realistas” –al contrario que en el paradigma iusnaturalista-, el Derecho “existe” como tal, al margen de que el observador lo considere “justo” o “injusto”, del mismo modo que un sociólogo puede describir, analizar y comprender el funcionamiento de un orden social al que personalmente se opone. La heterogeneidad entre las distintas escuelas realistas es mayor en lo que respecta al problema de si los juristas académicos deben o no hacer juicios de valor en sus trabajos. En realidad, la posición a este respecto depende de la postura que se mantenga respecto a las ciencias sociales y humanas en general. Lógicamente, aquellos que defienden una ciencia social libre de juicios de valor llegarán a la misma conclusión respecto a la ciencia jurídica (como hace a grandes rasgos el realismo jurídico escandinavo). En cambio, quienes crean en una ciencia social comprometida con la realidad social normalmente asumirán también este compromiso en el campo jurídico, como hace la escuela del pensamiento crítico.

Las críticas al realismo jurídico suelen centrarse en el riesgo de que la lógica estrictamente jurídica o el método jurídico terminen disolviéndose en un conglomerado interdisciplinar poco definido³⁸. En este caso, el jurista académico podría verse sustituido por una especie de sociólogo del Derecho –o, en el peor de los casos, un “diletante”³⁹ que, en realidad no conocería ninguna materia en profundidad -, en perjuicio del análisis estrictamente normativo.

³⁸ En el ámbito del iuslaboralismo español, Vid. Montoya Melgar, A., “Sobre el Derecho del Trabajo y su ciencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 58, 1993, p. 188.

³⁹ Vid. Gil Cremades, J.J. “La metodología del Derecho entre racionalidad formal y teoría crítica: discusión metodológica sobre la base del Derecho del Trabajo”, en AAVV, (dir. Juan Rivero Lamas) *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político. I Coloquio sobre Relaciones Laborales* (Jaca, 1976), Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1977, p. 31.

Estas críticas se ven fortalecidas por el hecho de que los primeros realistas norteamericanos, empeñados en luchar contra el formalismo imperante hicieron algunas afirmaciones que hoy en día nos pueden parecer exageradas, como la pretensión de que el Derecho no es más que lo que los funcionarios públicos hacen para resolver las disputas o la aseveración de que consiste exclusivamente en una predicción acerca de las posibles resoluciones a las que pudieran llegar los tribunales⁴⁰.

Ciertamente, desvelar la importancia del análisis de la “práctica” jurídica más allá de la mera descripción abstracta de los enunciados de las normas supone un avance muy significativo de la Ciencia Jurídica, pero este descubrimiento no puede implicar un abandono del análisis de las normas abstractas, que resultan imprescindibles para comprender la totalidad del sistema, al menos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Si seguimos el ejemplo anteriormente mencionado del antropólogo que investiga la religión de una comunidad, ciertamente carece de sentido estudiar solamente las creencias espirituales de este grupo humano e ignorar la práctica religiosa, pero también resulta absurdo centrarse exclusivamente en la práctica, olvidando el examen de las representaciones y de las creencias de los grupos observados.

En este sentido, no puede decirse que una norma jurídica “no existe” si no se aplica en la práctica; en tanto pueda identificarse esta norma como “vigente”, debe considerarse que “existe” en el espacio de significados compartidos que es el Derecho. Precisamente, el hecho de que la norma no se cumpla apunta a la existencia de un problema digno de ser investigado.

5.4. Posicionamiento personal

A mi juicio, el paradigma iusnaturalista no resulta útil ni apropiado para orientar la investigación jurídica contemporánea, debido a su elevada carga metafísica –probablemente incompatible con los patrones científicos e intelectuales actualmente dominantes–, así como a su falta de operatividad práctica. Ciertamente, se ha producido un cierto “retorno al iusnaturalismo” en lo que refiere a la fundamentación de los Derechos Humanos, con objeto de configurar estos derechos como el marco regulador básico de las sociedades humanas en un contexto de pluralismo ideológico, de secularización de la moral y de incertidumbre respecto a los patrones de referencia. Más allá de este uso limitado de teorías iusnaturalistas –que no corresponde debatir aquí–, no parece que el iusnaturalismo se conforme actualmente como una opción apropiada para definir con carácter general el objeto y la metodología de la ciencia jurídica. Más adelante argumentaremos la importancia de tener en cuenta los “valores” (*Infra*, epígrafe 7.1), pero esto no implica que las tareas del jurista-investigador deban enfocarse en una indagación respecto a un hipotético

⁴⁰ En este sentido, resulta procedente la crítica de Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963 [publicado originalmente en 1961] p. 2.

“Derecho Natural”, al menos si la investigación se refiere a una de las disciplinas del derecho positivo.

En lo que refiere a la opción entre positivismo y realismo, los excesos en que han incurrido en algún momento los representantes de ambas teorías parecen aconsejar, a priori, una postura ecléctica⁴¹. Sin embargo, este eclecticismo no es sostenible en términos teóricos en la medida en que ambas nociones del objeto del Derecho son, en principio, incompatibles, al menos si nos referimos al positivismo europeo continental, que alcanza su cima en Kelsen. Este positivismo continental no puede integrar las posiciones realistas en su seno, puesto que ello sería incoherente con sus premisas. En cambio, el realismo sí puede integrar más fácilmente el tipo de investigación que realizan los positivistas, en la medida en que reconozca el papel central de las normas jurídicas en el conjunto del ordenamiento; por otra parte, el positivismo anglosajón más refinado (que tiene su ejemplo paradigmático en Hart) sí puede integrarse más fácilmente con el realismo, al asumir una posición más flexible en lo que refiere al objeto de la ciencia jurídica.

En cierto modo podría decirse que el positivismo hoy en día sigue siendo dominante, debido al hecho de que “el ordenamiento jurídico se contempla a sí mismo” desde la perspectiva positivista. Con ello queremos decir que el discurso ideológico que emana de nuestro sistema jurídico identifica básicamente el Derecho con las normas producidas por el Estado. Por este motivo, entre los juristas académicos y entre los operadores jurídicos resultan dominantes los planteamientos vagamente positivistas, aunque normalmente no sustentados sobre una reflexión filosófica previa. Aunque estas personas no se definan formalmente como partidarios de la teoría kelseniana, sí que perciben básicamente el Derecho como un conjunto ordenado de normas a las que deben atenerse las decisiones jurídicas prácticas⁴². Esta idea se refuerza en la enseñanza universitaria española a través de la práctica generalizada de exponer de manera reiterada el “sistema de fuentes del Derecho” en todas y cada una de las asignaturas jurídicas. La ordenación sistemática de las fuentes que se explica a los alumnos tiene una base kelseniana y normalmente omite cualquier consideración de la práctica como integrante del “Derecho”. De este modo, a través de la enseñanza se reproduce la representación que “nuestro Derecho tiene de sí mismo” (lo que llamaremos más adelante la “perspectiva interna”).

⁴¹ Defendiendo el eclecticismo o el pluralismo metodológico en términos generales, Pérez de los Cobos Orihuel, F., “Algunas reflexiones metodológicas sobre la investigación del iuslaboralista”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 58, 1994, p. 21; Cruz Villalón, J., “La metodología...”, *Op. Cit.* p. 2. Nosotros también defendemos la pluralidad de enfoques, pero consideremos que esta entronca teóricamente con el realismo jurídico, como se verá más adelante.

⁴² Viehweg, T., *Op. Cit.* p. 56.

No obstante lo anterior, la práctica real de investigación y docencia de los juristas académicos no es coherente con las premisas del positivismo continental consideradas en sentido estricto.

Ciertamente, tanto la investigación como la docencia se refieren de manera muy frecuente a contenidos que no son normas emanadas del poder estatal. En particular, la casi totalidad de los juristas académicos lleva a cabo un uso extensivo de la doctrina de diversos órganos judiciales –mucho más allá de la definición estricta de “jurisprudencia” establecida en el Código Civil- que no parece muy acorde con la exclusión de la práctica como objeto de estudio.

Por otra parte, en el ámbito jurídico-laboral, llama la atención el recurso permanente y, en realidad, obligado a los contenidos de la negociación colectiva; ciertamente, en el caso concreto de España, la mayoría de la doctrina considera que los convenios colectivos estatutarios son normas jurídicas integradas en el sistema de fuentes, pero, de cualquier modo, no creemos que este reconocimiento formal sea la razón que motiva el interés de los investigadores, más allá del dato de que la publicación oficial de los convenios facilita notablemente su localización a efectos prácticos.

Asimismo, incluso en la investigación jurídica más tradicional y clásica está muy asentado el recurso al Derecho Comparado, cuya utilidad parece limitada si realmente la tarea del investigador se redujera simplemente a exponer el ordenamiento jurídico nacional.

En otro orden de cosas, como se ha señalado *Supra* (epígrafe 3), hoy en día no solo se exige al jurista que *interprete* el Derecho, sino también que haga propuestas *de lege ferenda* que permitan la “mejora” continua del ordenamiento jurídico. Estas propuestas de “mejora” implican siempre una conexión implícita o explícita con un sistema de valores determinado o con argumentos referidos a la maximización de la eficacia del Derecho.

Del mismo modo, en lo que refiere a la docencia, aunque los contenidos de los programas académicos se basan normalmente en una exposición sistemática de la legislación estatal (y probablemente, no puede ser de otro modo), se han incorporado también a la enseñanza en alguna medida estas pautas ajenas a una “teoría pura del Derecho”, como pueden ser los planteamientos de *lege ferenda*, el desarrollo del pensamiento crítico por parte de los alumnos o la transmisión de competencias en materia de argumentación.

A mi juicio, esta incoherencia entre el paradigma positivista y la realidad de la investigación y la docencia no implica que la práctica de los juristas académicos sea inadecuada, sino más bien al contrario, demuestra que la rigidez de los planteamientos del positivismo continental no permite maximizar el conocimiento del Derecho ni garantizar las funciones que en la actualidad la sociedad atribuye a los juristas académicos.

En este contexto general, personalmente me sitúo de manera clara en el paradigma “realista”, puesto que considero que el Derecho es un conjunto sistemático de representaciones y prácticas que forma parte de las formaciones sociales humanas, pero que adquiere una cierta autonomía respecto al resto de la sociedad en cuanto a su lógica y funcionamiento a partir de su especialización funcional. De este modo, el Derecho como campo general de estudio abarca potencialmente objetos muy diversos: normas y principios (representaciones compartidas), actos jurídicos (prácticas sociales), relaciones jurídicas (relaciones sociales) y organizaciones sociales⁴³. En los sistemas jurídicos contemporáneos, las normas y los principios componen el “sistema cultural” de representaciones en torno al cual se articulan los discursos, las prácticas, las relaciones y las instituciones jurídicas. La referencia a las normas y a los principios es lo que permite distinguir la actividad jurídica del resto de la actividad humana.

La relativa autonomía de este subsistema en el conjunto de la sociedad viene determinada por su función social global y por los medios que utiliza para cumplir esta misión. En este sentido, podríamos decir que el Derecho es un subsistema social especializado en la resolución de los conflictos de la sociedad que opera a través de la generalización de expectativas⁴⁴ y que, en último término, puede recurrir a la coacción del poder socialmente reconocido en una sociedad determinada para imponer sus soluciones.

Ahora bien, situarse en el paradigma realista no implica necesariamente asumir los excesos en los que algunas de las posturas realistas han incurrido. En particular, no puede negarse el papel central que tienen las normas jurídicas en el conjunto del sistema⁴⁵, al menos en los ordenamientos jurídicos actuales (y, sobre todo, en los sistemas europeos continentales). Debido a ello, el estudio y la exposición sistemática de las normas jurídicas abstractas producidas por el poder público son actividades absolutamente imprescindibles en la tarea de los investigadores. En todo caso, lo que sucede es que la “perspectiva interna” del

⁴³ “... el Derecho del Trabajo... es una rama del Ordenamiento jurídico integrada... de un sistema de estructuras ordenadoras (esto es, de normas) y de un sistema de estructuras ordenadas (esto es, de relaciones jurídicas)”, Montoya Melgar, *Op. Cit.*, p. 175.

⁴⁴ Para Teubner, G., “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, *Law and Society Review*, vol. 17, n. 2, 1983, pp. 272-274, la “función” del Derecho –es decir, su cometido respecto al sistema social total– es la generalización congruente de expectativas para la sociedad en su conjunto, mientras que su “operación” –el modo en el que se relaciona con los demás subsistemas– es la resolución de conflictos. Así pues, la definición puede también contemplarse intercambiando los términos, es decir, como un subsistema especializado en la generalización de expectativas a través de la resolución de conflictos. Esta última definición resultaría más congruente con el esquema de la teoría de los sistemas autopoieticos pero la que nosotros hemos planteado nos parece más apropiada para hacer una definición global de Derecho.

⁴⁵ “Aunque ‘el Derecho es más extenso que la regla de Derecho’, como ha señalado CARBONNIER, no puede ignorarse que el Derecho es fundamentalmente disciplina normativa, y que, correlativamente, la ciencia que se ocupa de estudiarlo y enseñarlo es ‘ciencia normativa’ ...”, Montoya Melgar, A., *Op. Cit.*, p. 176.

Derecho debe complementarse con otra perspectiva más “externa”, como se expondrá a continuación.

6. Perspectiva interna y externa del derecho: discurso doctrinal y discurso crítico

El hecho de que, como se ha visto anteriormente, en las Ciencias Sociales y Humanas adquiera una importancia tan significativa la *comprensión* como forma de conocimiento implica necesariamente la articulación de una “perspectiva interna” y una “perspectiva externa” respecto a los espacios de significado o los sistemas culturales objeto de estudio. El discurso “desde la perspectiva interna” sostiene su racionalidad desde los parámetros del espacio social objeto de estudio, mientras que el discurso “desde la perspectiva externa” se construye a partir de categorías ajenas al sistema observado (como pueden ser las categorías constituidas por el lenguaje científico).

Supongamos que un investigador procedente de una hipotética cultura totalmente ajena a la nuestra –o un historiador del futuro lejano- observara el desarrollo de un partido de fútbol sin saber absolutamente nada de este deporte, tratando de comprender lo que allí sucede. Su “comprensión” derivaría de la observación de las regularidades de comportamiento que se produjeran, ordenadas conforme a patrones cognitivos distintos de los utilizados por los jugadores y por el público. Estos patrones derivarían de su propia experiencia o de un sistema “científico” de categorías preexistente a la observación; así, por ejemplo, si en su sociedad existiera un “juego” comparable, podría identificar el fútbol como un “juego” y asumir que existe algún tipo de competición entre dos equipos diferenciados. No cabe duda de que su comprensión del evento se enriquecería si entablara alguna forma de comunicación con los participantes, de modo que consiguiera entender las “reglas” del juego desde el “punto de vista” de los participantes. En efecto, la perspectiva interna le permitiría acceder rápidamente a un volumen de información muy amplio que hubiera resultado mucho más costoso de obtener a partir de la mera observación, le evitaría “errores” de interpretación derivados de sus propios prejuicios (como podría ser el entendimiento de que se trata de algún tipo de ritual religioso) y le conectaría de una manera más auténtica con la experiencia real de los protagonistas de la acción social. No obstante, también la perspectiva externa permitiría amplificar la comprensión del investigador, proporcionando una información desconocida para los actores sociales; así sucedería, por ejemplo, si examinara las interacciones sociales del partido a partir de categorías sociológicas presentes en el mundo académico pero ajenas al mundo del fútbol. Dado que el objeto de la ciencia es maximizar el conocimiento y, por tanto, la comprensión, no cabe ninguna duda de que ambas perspectivas son complementarias entre sí para configurar el discurso científico.

Esta distinción entre la perspectiva interna y la perspectiva externa adquiere una gran importancia en la Antropología Social y Cultural⁴⁶ y en la Historiografía, porque a menudo estas disciplinas se ocupan de sistemas culturales alejados de la experiencia del investigador. De cualquier modo, en el ámbito de la Ciencia del Derecho, también puede distinguirse entre enunciados “internos” o “doctrinales” –que obedecen a la lógica del sistema jurídico que analizan y del que, a su vez, forman parte- y enunciados “externos”, que contemplan el Derecho desde fuera de la racionalidad específica del subsistema jurídico⁴⁷. Estos enunciados “externos” pueden ser juicios de hecho (enunciados descriptivos) o juicios de valor (enunciados normativos o valorativos).

No cabe duda de que los operadores jurídicos utilizan fundamentalmente el discurso desde la perspectiva “interna” en su quehacer cotidiano. De hecho, normalmente esta perspectiva es la única que se hace explícita en los discursos de naturaleza jurídica. Así, por ejemplo, un juez –o un árbitro que decida “en Derecho”-, debe argumentar su resolución exclusivamente en base a parámetros internos. Por este motivo, los profesionales del Derecho que defienden posturas determinadas –por ejemplo, Abogados o Graduados Sociales- lo hacen fundamentalmente en base a argumentos que responden a la lógica interna del ordenamiento y que, como consecuencia de ello, pueden ser asumidos por el juez (si bien a veces introducen consciente o inconscientemente enunciados externos, por ejemplo, de carácter “moral”).

Esto no quiere decir que los enunciados externos resulten irrelevantes para el profesional. De hecho, el conocimiento del marco social en el que se desarrolla la actividad jurídica –por ejemplo, la duración típica de los procedimientos judiciales o la “mentalidad” de los jueces -, resulta esencial para la toma de decisiones y aparece de manera frecuente en los procesos de negociación y mediación. También parece claro que los operadores jurídicos se ven influidos por factores ajenos a la lógica interna del Derecho, como la búsqueda de la realización de determinados ideales de justicia, los intereses económicos o la pretensión de alcanzar un cierto grado de prestigio profesional.

Por su parte, la reflexión académica acerca del Derecho ha tenido desde sus inicios –anteriores a la ciencia moderna- un carácter *doctrinal* o interno. El papel de la Doctrina ha sido tradicionalmente el de exponer de manera ordenada, sistemática y racional el ordenamiento jurídico vigente,

⁴⁶ En la Antropología Social y Cultural se utilizan de manera extensivas las expresiones *emic* y *etic*, derivadas de la Lingüística y, en concreto, de la distinción entre fonética y fonémica (fonología). A este respecto puede consultarse, Harvis, M., *El desarrollo de la teoría antropológica. Historia de las teorías de la cultura*, (Trad. Ramón Valdés del Toro), Madrid: Siglo XXI editores, 1983 [primera edición en inglés, 1968], p. 491-523.

⁴⁷ Hart, *Op. Cit.*, pp. 110-113, 122, 128 y ss; Tamanaha, B.Z., “The Internal/External distinction and the notion of a ‘practice’ in Legal Theory and Sociolegal Studies”, *Law & Society Review*, Vol. 30, n° 1, 1996, *per totum*.

proporcionando a los operadores jurídicos una mayor certidumbre respecto a los contenidos del Derecho. Posiblemente, la conexión funcional entre el mundo académico y las profesiones legales ha determinado en gran medida el carácter dominante de este tipo de discurso⁴⁸.

Ahora bien, como ya se ha referido, la sociedad demanda también a los juristas-investigadores que lleven a cabo un discurso *crítico* que contemple a las normas y a los principios jurídicos “desde fuera” de su lógica interna⁴⁹.

Desde luego, los enunciados externos resultan imprescindibles para plantear propuestas de *lege ferenda*, puesto que proporcionan orientación respecto a los fines de la política legislativa. De hecho, incluso las propuestas más “asépticas”, dirigidas a la “mejora” técnica de la legislación deben asumir como presupuesto determinados valores dignos de protección o consideraciones de eficacia.

Por otra parte, la perspectiva externa amplifica significativamente el contexto, mejorando la *comprensión* del marco normativo. Esto no solamente tiene un indudable valor científico, sino que, además, puede ponerse al servicio de los operadores jurídicos y, por tanto, desplegar efectos prácticos en la interpretación y aplicación de las normas.

En primer lugar, como ya se ha indicado, los profesionales necesitan tomar en consideración aspectos externos a la lógica estrictamente jurídica para tomar sus decisiones.

En segundo lugar, aunque lógicamente la argumentación jurídica no puede tomar en consideración factores externos (por ejemplo, criterios ideológicos o religiosos en un sistema jurídico pluralista), lo cierto es que la perspectiva externa puede contribuir a “descubrir” nuevas interpretaciones aceptables en el contexto del sistema. A menudo la práctica cotidiana se ve limitada por determinados presupuestos o sesgos cognitivos, que limitan el abanico de soluciones posibles; en este contexto, el “extrañamiento”⁵⁰ o

⁴⁸ En este sentido, Vick, D.W., “Interdisciplinarity and the Discipline of Law”, *Journal of Law and Society*, Vol. 31, nº 2, 2004, pp. 175-177.

⁴⁹ “El profesor e investigador del Derecho del Trabajo ha de reunir en su persona los dos aspectos –el de expositor y el de crítico o censor [...]”, Montoya Melgar, A., *Op. Cit.*, p. 182.

⁵⁰ La reflexión sobre “extrañamiento” (*ostranénie*) aparece por primera vez en la obra de Victor Shklovsky en relación con la teoría del arte. Según este autor, el arte tiene la misión de romper con el automatismo de la vida cotidiana y proporcionar relevancia a las cosas a través de un proceso de “extrañamiento” para disociarlas de lo que ya sabemos de ellas [*Vid.* Shklovsky, V. “Art as a Device”, en *Theory of Prose* (trad. del ruso al inglés, Benjamin Shem), Champaigne & London: Dalkey Archive Press, 1991 (compilación original de ensayos publicada en 1925)]. De los formalistas rusos, la idea ha pasado a la reflexión epistemológica en la Antropología Social y Cultural, cuya tradición se ha basado en la desnaturalización de las pautas culturales que se tienen por dadas; a este respecto, puede consultarse Velasco, H., Díaz de Rada, A., *La lógica de la investigación etnográfica*, Madrid: Trotta, , 2004 (Cuarta Edición), pp. 215-217.

distanciamiento respecto a los patrones que se han asumido acríticamente permite desplegar nuevas posibilidades de interpretación. Esto es así porque el Derecho no es un sistema rígido, cerrado e inmutable, sino que está en continua transformación. El intérprete es, de algún modo, creador del Derecho –dentro de los límites de la interpretación, que no son absolutos-, de manera que a menudo perspectivas nuevas (surgidas de una visión externa) pueden ser incorporadas al sistema cuando se dan las circunstancias apropiadas para ello. Así pues, no existe una frontera absoluta entre la perspectiva interna y la externa, sino que ambas se comunican y relacionan entre sí.

La necesaria complementariedad entre la perspectiva interna y la perspectiva externa permite clarificar mejor los problemas aplicativos que presentan los “paradigmas sobre el objeto del Derecho” que se han planteado anteriormente.

En efecto, muchas de las disfunciones teóricas del iusnaturalismo pueden explicarse por el hecho de que se pretenda percibir el ordenamiento jurídico aparentemente desde una perspectiva interna, pero tomando como referencia una construcción metafísica que en principio es externa al ordenamiento real. Por otra parte, las posiciones realistas más extremas parecen asumir una perspectiva exclusivamente “externa”, considerando quizás –erróneamente- que esta postura es necesaria para mantener una actitud verdaderamente científica.

Por su parte, el positivismo jurídico asume una perspectiva exclusivamente externa en lo que refiere a los valores inscritos en el Derecho. Estos valores se perciben como “hechos” ajenos al observador. De este modo se oscurece la participación –ciertamente limitada, pero real- que tiene el observador en la construcción de la realidad jurídica, en tanto que esta realidad no tiene otro origen que la comunicación humana. Después de haberse distanciado respecto de los valores, el positivismo termina asumiendo una perspectiva exclusivamente interna respecto al análisis del Derecho, puesto que pretende producir enunciados que respondan a la lógica propia del ordenamiento, renunciando expresamente a hacer consideraciones acerca de la eficacia o de la justicia de las normas; en este contexto, se considera que el jurista debe centrarse en el discurso doctrinal, abandonando cualquier pretensión crítica. Esto no implica necesariamente que los positivistas nieguen la relevancia de estos enunciados o su conexión con los enunciados jurídicos; simplemente, se remiten al trabajo otras disciplinas, como la Sociología –en lo que refiere a los enunciados descriptivos- o la Filosofía, en lo relativo a los juicios de valor)⁵¹.

⁵¹ “En manera enteramente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política. Esta confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a objetos que, indudablemente, se encuentran en estrecha relación con el derecho. Cuando la Teoría pura del derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino

En los epígrafes que siguen me ocuparé, en primer lugar, de los enunciados socio-jurídicos (descriptivos) y posteriormente, de los enunciados valorativos.

7. Investigación jurídica y enunciados socio-jurídicos

En este trabajo llamaremos “enunciados socio-jurídicos” a las proposiciones descriptivas (juicios de hecho) que se refieren a la realidad jurídica, pero que se formulan desde un punto de vista “externo” a la lógica del discurso jurídico⁵².

Puesto que la realidad jurídica no está separada del conjunto de la realidad social humana, la elaboración de los enunciados socio-jurídicos requiere en muchos casos la consideración de aspectos psicológicos, sociológicos, antropológicos, económicos, lingüísticos o históricos. En este contexto, como se ha mencionado anteriormente, desde los planteamientos positivistas se ha propuesto que los juristas-investigadores se centren exclusivamente en el trabajo doctrinal, dejando los enunciados externos para las demás ciencias humanas y sociales, con objeto de evitar la disolución de la lógica propiamente jurídica en un conglomerado interdisciplinar.

A mi juicio, esta restricción es artificiosa e inadecuada, porque reduce arbitrariamente las posibilidades de aportación de contexto, limitando así la comprensión de la realidad jurídica. Como se ha visto, el “círculo hermenéutico” implica que el todo solo puede comprenderse apropiadamente a partir de las partes, pero que, a su vez, las partes, solo pueden ser entendidas en relación con la totalidad en la que se manifiestan. Ello no implica que el conocimiento sobre la realidad humana sea imposible, sino más bien que siempre puede mejorarse la comprensión de cualquier realidad humana a partir de la aportación de contexto. Esta aportación no puede ser infinita, de modo que cada investigador trabaja desde el conocimiento que ha podido acumular a través de su experiencia particular, que, en gran medida -pero no absolutamente- dependerá de su formación básica y de su trayectoria profesional. La distinción entre disciplinas académicas especializadas no deriva de una hipotética “naturaleza de las cosas”, sino que es una construcción humana contingente al servicio de la construcción del conocimiento; por este motivo, no puede emplearse esta herramienta en términos restrictivos para impedir la amplificación de la comprensión.

No tiene sentido exigir a los juristas que se encierren en las fronteras de su disciplina para no “contaminarse” de otros parámetros y, al mismo tiempo, reservar, por ejemplo, a los sociólogos, la tarea de emitir enunciados socio-

porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto”. Kelsen, H., *Op. Cit.*, p. 15.

⁵² Cruz Villalón, J., “La metodología...”, *Op. Cit.* pp. 17-19 se refiere a estos enunciados como “análisis de diagnóstico de la realidad social sobre la que se actúa”.

jurídicos. Si un sociólogo necesita estudiar determinadas instituciones jurídicas para su investigación, necesariamente deberá aproximarse al conocimiento del ordenamiento jurídico desde una perspectiva interna al ordenamiento (es decir, deberá “aprender Derecho”), dado que, si entiende erróneamente el contenido de las instituciones estudiadas, sus conclusiones pueden resultar distorsionadas; asimismo, es probable que tenga que tomar en consideración otras perspectivas como la psicológica o la económica para amplificar su comprensión. A pesar de todo ello, es muy probable que su trabajo responda a interrogantes o problemas propios de su disciplina, como la comprensión del marco institucional de las relaciones sociales estudiadas⁵³, y que sus resultados se vean enriquecidos particularmente por los conocimientos previos del investigador en el ámbito de la Sociología.

En cambio, lo más normal es que un jurista que pretende elaborar un discurso crítico se plantee interrogantes o cuestiones que resulten de especial interés para los juristas -como los que se refieren a la eficacia de las normas- en lugar de problemas generales relativos a la comprensión del ser humano (como las características del ejercicio del poder). Ciertamente, no puede exigirse a los investigadores de otras disciplinas que se planteen problemas de investigación relevantes para el conocimiento del Derecho, de modo que, si los juristas no se ocupan de ellos, lo más normal es que estos problemas queden sin explorar.

Por otra parte, los trabajos socio-jurídicos realizados por juristas se beneficiarán normalmente de un conocimiento más profundo y completo del Derecho que el que habitualmente podrá aportar un sociólogo o un economista. Así, por ejemplo, un economista que no tuviera un conocimiento profundo del Derecho del Trabajo podría abordar una comparativa de los costes de despido entre distintos países sin tomar en consideración la posibilidad de que la flexibilidad externa se esté llevando a cabo en algunos de ellos a través de figuras distintas al despido considerado en sentido estricto. Por otra parte, para determinar si es cierta la afirmación de que generalmente los jueces españoles asumen una posición más favorable para los trabajadores que para la empresa en materia de despido, no basta con examinar estadísticas judiciales, sino que se hace necesario analizar cualitativamente el contenido de las sentencias, lo que evidentemente requiere conocimientos jurídicos.

Los enunciados socio-jurídicos se relacionan directamente con la “perspectiva interna” o doctrinal a través de los criterios de interpretación teleológico, histórico y sociológico (Cfr. Art. 3 del Código Civil español). A partir del análisis del contexto social en el que surge la norma, los diferentes motivos que llevaron o pudieron llevar al legislador a su promulgación, la

⁵³ Así, por ejemplo, en la monografía de Cachón Rodríguez, L., *La “España inmigrante”: marco discriminatorio, mercado de trabajo y políticas de integración*”, Barcelona: Anthropos, 2009, dedicada al fenómeno migratorio en España y a la integración de los inmigrantes desde una perspectiva sociológica, toma en consideración -como no puede ser menos- la legislación de extranjería de manera muy significativa.

ideología y los valores que se desprenden de su redacción en relación con su contexto histórico, los eventuales cambios en la redacción de la norma al hilo de transformaciones sociales, culturales, políticas y económicas, etc., puede amplificarse notablemente la comprensión de la norma estudiada de cara a su interpretación⁵⁴.

Asimismo, los enunciados socio-jurídicos pueden aportar información adicional, que es relevante para comprender la norma, aunque no pueda utilizarse directamente como criterio de interpretación desde la perspectiva interna. Así, por ejemplo, puede detectarse la motivación “electoralista” o los efectos simbólicos o comunicativos de una modificación del Código Penal, pero esta valoración seguramente no puede utilizarse válidamente ante los tribunales. En cambio, puede ser muy útil para orientar la política legislativa o, en algunos casos, para la toma de decisiones en la práctica profesional. A estos efectos, las reflexiones del jurista (respecto a las del politólogo o sociólogo, que también son valiosas, pero por otros motivos) pueden beneficiarse del conocimiento más detallado y profundo que este normalmente tiene del conjunto del ordenamiento.

La mayor parte de los enunciados socio-jurídicos que van más allá de la aportación de contexto para la interpretación pueden relacionarse de un modo u otro con el problema general de la “eficacia de las normas”⁵⁵, considerado este término en sentido amplio como *influencia real de las normas jurídicas sobre la sociedad en la que se promulgan*. Este concepto general de eficacia puede descomponerse a su vez en tres dimensiones: efectividad, eficacia en sentido estricto y eficiencia⁵⁶. La efectividad de la norma consiste en su acatamiento por parte de los sujetos obligados si se trata de un mandato o prohibición, o bien en la frecuencia de su uso si se limita a establecer un marco de posibilidades de actuación (como sucedería con la previsión de una modalidad contractual). La eficacia en sentido estricto consiste en el cumplimiento de los fines pretendidos por la norma, dado que puede ser que las normas se acaten, pero a pesar de ello no se alcancen los objetivos materiales que pretendían. La eficiencia consiste en una relación de proporcionalidad entre los “beneficios” producidos por la norma y los “perjuicios” o “costes” (económicos o no) que supone su aplicación,

⁵⁴ “El método de investigación jurídica debe proceder a la contextualización de la norma: sus antecedentes históricos, su evolución, las razones del cambio legislativo, la evolución del social, económico o político que determina los cambios de las reglas jurídicas, etc.”, Cruz Villalón, J., “La metodología...”, *Op. Cit.*, p. 6.

⁵⁵ Nos hemos ocupado con mayor profundidad de los aspectos epistemológicos referidos al problema de la eficacia de las normas en el estudio “Una aproximación metodológica al problema de la eficacia de las normas laborales”, *Revista de Derecho Social*, nº 59, 2012.

⁵⁶ Cruz Villalón, J. y Rodríguez-Ramos Velasco, P., “Técnicas normativas y efectividad jurídica de la calidad en el empleo”, en AAVV (dir. J. Cruz Villalón), *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 15-25; Cruz Villalón, J., “La metodología...” *Op. Cit.*, pp. 23-34.

definiéndose los “beneficios” y “perjuicios” en relación con los bienes jurídicos valorados positivamente por el legislador.

El problema de la “eficacia de las normas” es un objeto de investigación netamente jurídico. Normalmente, los especialistas de otras disciplinas se refieren a él de manera instrumental, con objeto de abordar otras problemáticas, pero para los juristas la indagación sobre la eficacia del ordenamiento constituye un fin en sí mismo. No obstante lo anterior, es innegable que este objeto de investigación requiere llevar a cabo una cierta apertura interdisciplinaria a otras ciencias sociales y humanas⁵⁷. En primer lugar, la interdisciplinaria es necesaria para poder determinar el contexto ideológico, político, cultural, social y económico en el que surgen las normas analizadas. En segundo lugar, es preciso este enfoque para concretar las funciones que dichas normas cumplen en el subsistema jurídico y en el conjunto de la sociedad. Por último, es importante para determinar con precisión los efectos (psicológicos, económicos, sociales, culturales) que las normas jurídicas producen sobre las personas, sobre las relaciones sociales y sobre los grupos humanos a los que se dirigen.

A estos efectos, la “interdisciplinaria” se definiría como la utilización instrumental de las teorías, los datos, las conclusiones o las técnicas de investigación derivadas de otras disciplinas humanas y sociales con objeto de abordar problemas de carácter jurídico. Por supuesto, no hay ningún obstáculo que impida que los juristas-investigadores puedan adentrarse en niveles más intensos de interdisciplinaria⁵⁸. A estos efectos, no creo que puedan establecerse limitaciones apriorísticas basadas en los ideales de “pureza” de la Ciencia Jurídica. Los trabajos científicos deben ser valorados en función de su rigor metodológico y de los resultados obtenidos y no en base a patrones valorativos ajenos al propósito de maximizar el conocimiento.

⁵⁷ Cruz Villalón, J., “Presentación”, en AAV (dir. J. Cruz Villalón), *Eficacia...*, *Op. Cit.*, p. 12; Jones, H.W., *The Efficacy of Law*, Evanston, Illinois: Northwestern University Press, Illinois, 1969, p. 64; Rodríguez de la Borboya Camoyán, J., p. 24; Montoya Melgar, A., *Op. Cit.*, pp. 186-187 (expresando reservas en la p. 188).

⁵⁸ Banakar, R., y Travers, M., “Law, Sociology and Method”, in AAVV (E. Reza Banakar y Max Travers), *Theory and method in socio-legal research*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 5., distinguen entre tres niveles o grados de interdisciplinaria. El primer nivel consistiría en la utilización instrumental de elementos de otras disciplinas para resolver problemas jurídicamente relevantes; el segundo nivel consiste en la combinación de diversas perspectivas académicas – normalmente por parte de equipos de investigación formados por académicos de diversas disciplinas o con formación múltiple- para abordar globalmente problemas sociales de carácter general (por ejemplo, la precariedad laboral); también podría incluirse en este nivel la utilización del saber jurídico como punto de partida para abordar cuestiones generales relativas al conocimiento del ser humano (como por ejemplo, la realidad del poder y la alienación). El tercer nivel consistiría en la hipotética configuración de una nueva disciplina científica que incluya las distintas perspectivas que previamente se habían combinado. En este trabajo me ocupo principalmente del primer nivel.

8. Investigación jurídica y enunciados valorativos

8.1. Sobre la posibilidad de emitir juicios de valor en la ciencia jurídica.

Como se ha señalado anteriormente, desde el positivismo jurídico (y desde algunas posiciones realistas, como el realismo escandinavo), se pretende una separación estricta entre el Derecho y la moral, evitando cualquier tipo de consideración valorativa por parte del investigador. Las posibles objeciones a la emisión de juicios de valor por los juristas académicos pueden ordenarse en tres tipos de argumentos:

- En primer lugar, las posiciones más extremas señalarían que, en términos generales no resulta oportuno dedicar esfuerzo intelectual a la emisión de enunciados valorativos, puesto que todos ellos son juicios puramente subjetivos, contingentes y arbitrarios.

- En segundo lugar, desde posiciones más moderadas, podría sostenerse que, si bien la preocupación intelectual por los valores resulta relevante para el ser humano, no puede ser objeto de conocimiento científico, por lo que habría de remitirse a disciplinas de carácter filosófico (como la Ética y la Filosofía Política) que, desde este punto de vista, no se considerarían como “ciencias”.

- En tercer lugar, podría argumentarse que, aunque los enunciados valorativos pueden ser efectivamente incluidos en el discurso científico, no corresponden a la Ciencia Jurídica, sino que deben ser tratados por otras disciplinas científicas (estas posturas podrían considerar la Filosofía como una “ciencia”).

La primera objeción deriva de una posición relativista llevada al extremo que, a mi juicio, constituye una exageración del relativismo metodológico propio de las Ciencias Sociales.

El relativismo metodológico tiene un papel constructivo o positivo en la producción de conocimiento porque amplifica la comprensión de la realidad humana como resultado de la suspensión de los prejuicios y las creencias propios y el cuestionamiento de las pautas que habitualmente se dan por supuestas por motivos ideológicos, culturales o cognitivos. A través de la metodología relativista, el investigador asume que, en la práctica, existen diversos patrones valorativos y que todos los valores –incluyendo los propios– están condicionados por circunstancias contextuales⁵⁹. De este modo, pueden alcanzarse conclusiones mucho más ponderadas y omnicomprensivas.

⁵⁹ “Así pues, una consecuencia inmediata del extrañamiento es que el etnógrafo se interesa por conocer las *circunstancias* que hacen que las prácticas sean naturales para los sujetos de la sociedad estudiada, a pesar de ser anómalas para el investigador. El modo de estudiar esas circunstancias es *acercarse*, con voluntad analítica a la forma de vida en que se producen,

En cambio, el relativismo extremo tiene un papel destructivo en la producción de conocimiento porque niega la posibilidad de alcanzar conclusión alguna –ni siquiera provisional– sobre aspectos de carácter valorativo. Esta posición deriva de una consideración excesivamente abstracta del ser humano “en el vacío”, más allá de sus condicionamientos y de su contexto social. Desde este punto de vista, todos los valores son puramente arbitrarios. Esta visión no se corresponde con la existencia humana real y, por tanto, supone una disociación del ser humano de su necesidad permanente de valorar la realidad en la que se sitúa.

En realidad, toda actividad humana está orientada de algún modo por valores, principios ideales o parámetros de “corrección” o “calidad”. Todas las personas se plantean en algún momento si están haciendo “bien” las cosas o si están actuando “correctamente”. En muchos casos las personas que intervienen en los procesos legislativos se cuestionan si las normas que están produciendo son “justas”; por otra parte, los operadores jurídicos (juez, abogado, graduado social, etc.) se plantean a menudo la manera de “hacer justicia” en la interpretación de la ley y en el desarrollo de su actividad profesional. Por supuesto, sería ingenuo sostener que los valores éticos o los ideales abstractos constituyen las únicas motivaciones que rigen la conducta humana (por ejemplo, los intereses a menudo se imponen a los valores o los redefinen). Pero también sería un ejercicio de cinismo negar la importancia que tiene la reflexión acerca de los valores éticos, estéticos o políticos en cualquier actividad humana.

Ciertamente, los enunciados de valor no son objetivos ni verificables como los juicios de hecho, pero tampoco son puramente subjetivos si se enmarcan en el contexto de una argumentación que pretenda ser persuasiva. En este último caso, se lleva a cabo un acto de comunicación con los valores relativamente compartidos con la comunidad.

La segunda objeción –es decir, el reconocimiento de la importancia de los juicios de valor, pero separándolos del discurso “científico”–, resulta también inapropiada, dado que proviene de una traslación automática de los parámetros de las ciencias naturales a las ciencias humanas y sociales. Por supuesto, como razonó en su momento Kelsen, es imposible construir un concepto “objetivo” y verificable de Justicia⁶⁰; de hecho, incluso aunque fuera posible alcanzar tal tipo de abstracción, resultaría irrelevante desde el punto de vista de la práctica humana. Esto no implica, sin embargo, que los científicos sociales no puedan formular juicios de valor sobre la justicia de las normas en el ejercicio de su actividad. De hecho, en muchos casos, no solo pueden hacerlo, sino que ello les resulta exigible.

depurando así al máximo los estereotipos iniciales y entrando en *diálogo* con los agentes de la cultura investigada”, Velasco, H. y Díaz de Rada, A., *Op. Cit.*, p. 217.

⁶⁰ Kelsen, H. “¿Qué es justicia?”, *Op. Cit.*, *per totum*.

Como explica Dilthey, las ciencias “del espíritu” abarcan desde su origen y a través de todo su desarrollo histórico la formulación de juicios de valor y de reglas, que constituirían el elemento práctico del discurso científico⁶¹.

La inclusión de los juicios de valor en las ciencias humanas y sociales se debe fundamentalmente a tres circunstancias, que están relacionadas entre sí:

- En primer lugar, al contrario de lo que sucede con las “leyes naturales”, las regularidades que afectan al comportamiento humano son históricas y contingentes, de modo que pueden ser objeto de modificación o transformación⁶² y en estos procesos de cambio puede intervenir en gran medida la voluntad humana consciente. Así pues, el conocimiento sobre el ser humano a menudo tiene aplicaciones prácticas inmediatas.

- En segundo lugar, como ya se ha mencionado, todos los seres humanos tienen la tendencia a valorar la realidad que les rodea, de modo que, en las llamadas “ciencias del espíritu”, el investigador siempre se encuentra implicado en menor o en mayor grado en el objeto de estudio, como mínimo a través de relaciones comunicativas con dicho objeto. Por consiguiente, las aplicaciones prácticas o técnicas del conocimiento normalmente tienen implicaciones valorativas inmediatas. Por supuesto, las aplicaciones tecnológicas derivadas del conocimiento derivado de las ciencias naturales a veces tienen enormes implicaciones morales, pero estas derivan normalmente de la interacción de la tecnología con la sociedad humana (por ejemplo, uso armamentístico de la energía nuclear).

La implicación del investigador será especialmente elevada en caso de que el objeto de estudio se refiera a un tema que resulte polémico o controvertido en el contexto social en el que se integra. Ahora bien, incluso en los casos en los que la participación es menor, debido a la lejanía del objeto de investigación con la realidad concreta del investigador o con sus intereses particulares, siempre existe un mínimo grado de implicación derivado de la interacción comunicativa con el objeto de estudio y que, de hecho, es necesaria para la comprensión. Cualquier acto de interpretación requiere una precomprensión, es decir, de la aplicación de una serie de prejuicios sobre el objeto⁶³, por más que en un segundo momento estos prejuicios puedan ponerse

⁶¹ Dilthey, *Op. Cit.*, p. 35, se refiere a tipos distintos de enunciados en las “ciencias del espíritu”: hechos empíricos (elemento histórico), abstracciones de las regularidades observadas (elemento teórico) y, por último, juicios de valor y reglas (elemento práctico).

⁶² Por todos, Cruz Villalón, J. “La metodología...”, *Op. Cit.*, p. 4.

⁶³ “Al igual que la vida real, la historia sólo nos interesa cuando nos remite a nuestro juicio previo sobre las cosas, los hombres y las épocas. Toda comprensión de algo significativo presupone que aportamos un conjunto de tales prejuicios. Heidegger llamó a esta situación el círculo hermenéutico: comprendemos sólo lo que ya sabemos; percibimos sólo lo que ponemos. Esto parece inadmisibile si se mide con el criterio del conocimiento de las ciencias naturales; pero sólo así es posible la comprensión histórica. No se trata, según Heidegger, de evitar este círculo, sino de utilizarlo correctamente”, Gadamer, *Op. Cit.*, p. 40.

en suspenso para amplificar la comprensión⁶⁴. De hecho, la búsqueda de los valores a menudo opera como estímulo para la comprensión.

En términos estrictos, es imposible que el investigador social se distancie totalmente del objeto de estudio. Este distanciamiento podría ser una pauta metodológica dirigida a amplificar la comprensión de la materia, pero no podrá ponerse en práctica si no se asume previamente que existe esta implicación. Aquellos que mantienen una posición pretendidamente aséptica y aparentemente exenta de valores, en realidad, están también tomando partido de algún modo (por ejemplo, por la conservación del orden existente). El problema es que, cuando se pretende mantener una apariencia de “neutralidad”, los valores subyacentes a la interpretación y al discurso quedan ocultos, dificultando el control de los presupuestos de la investigación y, por tanto, disminuyendo el rigor científico.

- En tercer lugar, como ya se ha visto, las ciencias humanas nacen y, en gran medida, se desarrollan con un propósito eminentemente práctico⁶⁵, de modo que la sociedad demanda a los investigadores sociales la proposición de juicios de valor sobre su objeto de estudio que sean relevantes para la vida humana.

En efecto, se espera de los sociólogos y antropólogos que establezcan parámetros para reducir las disfunciones de la convivencia social; se pretende que los psicólogos enuncien patrones para mejorar el bienestar de la vida humana; por supuesto, se exige a los especialistas en Economía u Organización de Empresas que proporcionen pautas para la mejora de determinados indicadores económicos; incluso se busca de los expertos en Literatura, Historia del Arte o Musicología que elaboren opiniones razonadas respecto al valor o la relevancia de la contribución de determinados artistas u obras de arte.

Por supuesto, dado que los juicios de valor no son verificables, las opiniones razonadas de los “expertos” no son, en sí mismas o consideradas en abstracto -es decir, al margen de la argumentación en la que se integran-, “más” valiosas que las que pueda emitir cualquier otra persona⁶⁶. Sin embargo, resultan especialmente útiles para la sociedad porque aportan, como “valor

⁶⁴ “Una comprensión guiada por una intención metodológica no buscará confirmar simplemente sus anticipaciones, sino que intentará tomar conciencia de ellas para controlarlas y obtener así la recta comprensión desde las cosas mismas”, Gadamer, *Op. Cit.*, p. 66.

⁶⁵ Dilthey, *Op. Cit.*, p. 50.

⁶⁶ “El uso de los métodos forma parte sin duda de la labor de las ciencias del espíritu. Se distingue también de la literatura científica popular por una cierta posibilidad de verificación; pero todo esto atañe más a los materiales que a las consecuencias derivadas de ellos. No es que la ciencia pueda garantizar la verdad mediante su metodología. En la obra acientífica de un aficionado puede haber más fondo de verdad que en la explotación metodológica del material”, Gadamer, *Op. Cit.* p. 44.

añadido” específico⁶⁷, el hecho de que derivan de un proceso de amplificación de la comprensión a partir de la aportación de contexto⁶⁸. En efecto, la relevancia social o intersubjetiva del juicio de valor sobre una norma jurídica depende del grado de “comprensión” –en términos intersubjetivos- de la persona que emite el juicio respecto al contenido de la norma y su contexto. Si una opinión “personal” deriva de un entendimiento claramente “erróneo” de la norma, entonces dicha opinión tiene poco valor en un contexto comunicativo.

Por el contrario, cuando la opinión deriva de un conocimiento amplio y profundo de las instituciones jurídicas implicadas y se expone a través de un discurso bien argumentado, puede resultar enriquecedora incluso aunque no se comparta⁶⁹. En efecto, una buena argumentación amplifica la comprensión del destinatario del mensaje respecto a la cuestión polémica debatida⁷⁰. Ciertamente, es posible que, como resultado de este proceso, el destinatario se vea persuadido por el juicio de valor emitido por el autor; pero también puede resultar que se vea reforzado en sus posiciones iniciales (ahora con mayor conocimiento de causa) o incluso que se desvelen nuevas posibilidades que hasta el momento no se había planteado. En todos estos casos se produce una transmisión de conocimiento. Por todo ello podría decirse que lo realmente valioso no es tanto el juicio de valor emitido por el jurista –que en todo caso es una opinión cualificada por el conocimiento en la materia- como la argumentación en la que este juicio de valor se inserta.

Por último, la tercera de las objeciones planteadas, es decir, la exclusión del discurso valorativo en la ciencia jurídica, remitiéndose a otras disciplinas científicas, deriva a nuestro juicio –una vez más- de un entendimiento erróneo del funcionamiento de la hermenéutica. Dado que las valoraciones se enriquecen por la aportación de contexto y que esta aportación no puede ser nunca infinita, el conocimiento se incrementa por la diversidad de experiencias

⁶⁷ “Creemos que no sería realista negar al teórico del Derecho la capacidad (que posee como cualquier otro ciudadano, e incluso en mayor grado que la mayor parte de los ciudadanos) de emitir valoraciones de esta naturaleza”, Montoya Melgar, A., *Op. Cit.* p. 181.

⁶⁸ Así, señala Cruz Villalón, J., “La metodología...”, *Op. Cit.*, p 36, en relación con la labor del jurista de hacer propuestas de cambio legislativo “[...] recordando como premisa que en la investigación jurídica la labor propositiva ha de venir precedida del previo abordaje de las fases previas antes referidas, la misma tiene un basamento de partida no exclusivamente político, sino asentado sobre un precedente conocimiento de la realidad social y jurídica sobre la que se asienta la intervención institucional sobre el ámbito de las relaciones laborales”.

⁶⁹ Por supuesto, puede haber otras opiniones “cualificadas” distintas de las que provengan del discurso científico. Así, por ejemplo, las valoraciones de las normas emitidas por los profesionales del Derecho presentan el valor añadido de la amplificación de la comprensión que supone la cercanía con la práctica aplicativa. En cambio, el discurso de jurista académico se legitima en la mayor ampliación de contexto (debe tenerse en cuenta la práctica aplicativa, pero también otros factores).

⁷⁰ “[Las ciencias del espíritu] No disponen de ningún medio para distinguir lo verdadero de lo falso fuera de su propio instrumental: *logoi*, discursos. Y sin embargo, en este recurso puede encontrarse el máximo de verdad que el hombre puede alcanzar.”, Gadamer, *Op. Cit.*, p. 49.

y perspectivas. Como regla general, el marco previo de conocimientos del jurista dedicado a un área del derecho positivo es muy distinto del que puedan tener el filósofo, el filósofo del Derecho, el sociólogo o el politólogo. Las perspectivas y objetivos de investigación serán diferentes y también será distinto el marco de conocimientos previos que determina la precomprensión del objeto de estudio, por lo que cada una de estas disciplinas aporta distintos valores a la mejora general del conocimiento. En concreto, las reflexiones valorativas del jurista especializado en una rama del derecho positivo se verán beneficiadas por un conocimiento más detallado y preciso de las instituciones jurídicas implicadas y de las normas concretas, respecto al que pueda tener el filósofo o el politólogo.

8.2. El rigor científico en la exposición de juicios de valor

Una vez que se ha admitido que el discurso científico acerca del Derecho puede y debe emitir juicios de valor sobre las normas o sobre las relaciones jurídicas estudiadas, cabe plantearse cuáles son los parámetros de “rigor” que deben articularse para evitar que las valoraciones personales o subjetivas interfieran en la búsqueda de la “verdad” o para facilitar la transparencia y, por tanto, el control por parte de la comunidad académica.

En este último sentido de maximizar la transparencia del discurso, cabría plantearse la oportunidad de que el jurista-investigador distinga de manera muy clara los juicios de valor y los juicios de hecho, de modo que los destinatarios del mensaje puedan llegar a sus propias conclusiones sin que la información que se les presenta aparezca distorsionada por la ideología o por percepciones puramente personales⁷¹. Esta pretensión parece, en principio, razonable, pero no siempre es posible satisfacerla. Ciertamente, en muchos casos los juristas pueden distinguir con éxito entre consideraciones *de lege data* y *de lege ferenda*, puesto que, como se ha dicho anteriormente, aunque las posibilidades de interpretación sean amplias, no todas las interpretaciones son posibles y la realidad jurídica debe contemplarse con honestidad intelectual. Por otra parte, pueden llevarse a cabo análisis de “efectividad” o “eficacia” de las normas –no así de eficiencia, como se verá–, separándolos del juicio personal que tenga el investigador acerca del contenido de dichas normas o de los objetivos del legislador. Sin embargo, la separación entre valores y hechos no es, ni puede ser absoluta, de modo que en muchos casos es muy difícil –e incluso no resulta desable– separar entre el discurso doctrinal y el discurso crítico.

Ello es así porque el Derecho tiene, por definición, un carácter valorativo y porque, además, sus valores no están completamente separados de los del investigador, que, por otra parte, en su actividad interpretativa, como los demás

⁷¹ “[...] para actuar con la honradez debida, habremos de deslindar con claridad lo que es exposición de lo que es crítica; lo que es crítica técnica de lo que es apreciación personal ‘coloreada por la subjetividad del observador’”, Montoya Melgar, A., *Op. Cit.* p. 183.

juristas, busca a menudo la realización de ideales de “justicia” según su leal saber y entender. En efecto, el ordenamiento jurídico integra numerosos valores, que en muchos casos son compartidos por el investigador y por la comunidad destinataria, de modo que la descripción de estos valores o la identificación de la interpretación “correcta” puede confundirse con el juicio crítico sobre la justicia de las normas jurídicas o sobre las interpretaciones de estas normas que se producen en la práctica. De hecho, el esquema según el cual el investigador contrastaría el objeto de estudio con sus valores “personales” y “subjetivos” parece una abstracción que difícilmente encaja con lo que realmente se hace en la investigación jurídica.

En primer lugar, existen valores que son inherentes a la idea de Derecho, en relación con la función que cumple en las distintas formaciones sociales humanas y con su desarrollo a lo largo de la historia. Esto sucede, por ejemplo, con el principio de seguridad jurídica, con la premisa de que los pactos deben cumplirse o con la pretensión de que las normas jurídicas sean acatadas por sus destinatarios. El cuestionamiento de la “bondad” de estos valores o bienes jurídicos podría tener un cierto interés para otros investigadores, pero seguramente carece de valor para el jurista estudioso del derecho positivo, dado que oponerse a ellos implicaría en cierta medida oponerse al Derecho como un todo, reduciendo las posibilidades del discurso. Así pues, estos valores, como regla general, pueden darse por supuestos, tanto en el discurso doctrinal como en el discurso crítico. Cuestión distinta es que, sin negar la relevancia de estos valores, puedan ponderarse con otros bienes jurídicos dignos de protección, como se verá más adelante.

En segundo lugar, existen valores que no son inherentes a la idea de Derecho, pero que están formalmente reconocidos por el ordenamiento en la Constitución o en la ley, convirtiéndose, por tanto, en objetivos políticos a satisfacer a través de la ordenación jurídica. Así sucede, por ejemplo, con el principio de no discriminación por razón de sexo. Estos valores normalmente son admitidos por la sociedad con un cierto grado de consenso y, cuando el consenso es muy elevado, a menudo pueden darse también por supuestos. Desde esta perspectiva, la “eficacia” del Derecho puede contemplarse en sí misma como un valor digno de protección. Solo dejará de serlo cuando los fines perseguidos por la norma no sean compartidos por el investigador. En la mayoría de los casos, lo que sucederá realmente no será que la finalidad de la norma no se considere digna de protección, sino más bien que se valoren en mayor medida otros fines o intereses que se vean perjudicados por ella. Así pues, una vez más, el problema no está en la definición de los valores, sino en la ponderación entre estos.

En tercer lugar, a menudo existe una comunicación entre el Derecho y otros sistemas de valores, que son invocados por el ordenamiento a través de “normas en blanco”, conceptos jurídicos indeterminados o incluso de manera implícita. Así sucede con la valoración de la “buena fe contractual”, la referencia a la *lex artis* de distintas profesiones o los deberes de diligencia.

Desde una perspectiva positivista, estos sistemas de valores estarían incluidos en el ordenamiento a partir de las referencias de estas normas de conexión. No obstante, en la práctica, funcionan de manera autónoma, se rigen por su propia lógica y varían en diversos contextos sociales, históricos o geográficos en función de parámetros extra-jurídicos.

Por último, en ocasiones las normas y principios jurídicos se pueden comparar con patrones valorativos que están completamente desconectados del ordenamiento y que incluso podrían ser relativamente incompatibles con él. Así sucede, por ejemplo, si el Derecho de un sistema totalitario se confronta con los principios propios de las democracias liberales. Desde esta perspectiva, no pueden plantearse soluciones jurídicas a problemas interpretativos concretos. Solo puede plantearse un “discurso crítico” que, generalmente, propugnaría una transformación radical del sistema jurídico. Estos planteamientos pueden ser muy interesantes desde el punto de vista intelectual, filosófico y político, pero, por lo general, no parecen muy útiles para los juristas que se encargan del estudio del derecho positivo.

Ahora bien, puede suceder que este sistema externo de valores termine operando como estímulo para la evolución o transformación progresiva del sistema jurídico. Esto implica que los nuevos valores deben redefinirse para adaptarse a la lógica interna del sistema. Así, por ejemplo, a partir de una ideología liberal o socio-liberal puede pretenderse la modificación de determinadas normas de un ordenamiento jurídico formalmente islámico por considerarse que son contrarias al principio de igualdad entre sexos. Ahora bien, si se trata de un Estado donde el elemento religioso afecte a la interpretación de la ley, la integración del nuevo principio tendrá que conectarse con las interpretaciones feministas o liberales del Corán y otras fuentes del Derecho Islámico. Del mismo modo, durante el siglo XX en Europa, muchos investigadores de ideología socialista revolucionaria (o al menos anticapitalista) han propuesto modificaciones en las normas laborales o interpretaciones de las normas vigentes en términos plenamente compatibles o asumibles por la lógica del sistema capitalista. Si bien su inspiración ideológica era ajena al sistema jurídico vigente, en la práctica, sus propuestas tenían que ser “traducidas” a este sistema para resultar convincentes y asumibles.

En definitiva, el jurista-investigador rara vez utiliza principios o valores puramente subjetivos o ajenos al ordenamiento, especialmente en el contexto de las democracias pluralistas, donde el núcleo principal de valores está contenido en una Constitución de principios muy amplios e inclusivos. En parte actúa así porque normalmente participa en la sociedad objeto de estudio y comparte en gran medida sus valores. Pero, por otra parte, también lo hace porque pretende articular un discurso que sea inteligible en términos intersubjetivos y que provoque un impacto real en la sociedad de referencia. Los valores que no son asumibles por el sistema limitan la profundidad y la utilidad práctica del discurso, dificultando la conexión entre la perspectiva externa y la perspectiva

interna, salvo que lo que se pretenda sea únicamente hacer una crítica total al sistema en su conjunto.

Esto no quiere decir que el investigador no exprese su subjetividad o sus valores personales. Simplemente, no lo hace en el vacío, sino en un contexto de comunicación determinado. Sucede algo parecido con un músico de jazz que se sube a improvisar en una *jam sesión*. Realmente muestra su personalidad y su experiencia musical concreta, pero para tocar algo inteligible y relevante necesariamente tendrá que escuchar que es lo que están haciendo los demás músicos e incorporarse a ese contexto.

En efecto, la individualidad del autor no se muestra tanto en la definición de los valores como en su ponderación con otros fines o intereses también dignos de protección. Aunque los valores dignos de protección tienden a ser compartidos en toda la sociedad de referencia, diversos factores -ideológicos o religiosos, étnicos o culturales, biográficos, de género, de categorías de edad, de pertenencia a grupos sociales, etc.-, hacen que la relevancia atribuida a los distintos valores (en relación con los demás bienes dignos de protección) sea muy variable entre la comunidad científica. Así, por ejemplo, probablemente cualquier iuslaboralista estaría de acuerdo con la proposición de que es deseable que los trabajadores disfruten de las mejores condiciones de trabajo que sean posibles. La discrepancia se plantea más bien en los medios para alcanzar este fin y, sobre todo en la ponderación con otros bienes que también se valoran positivamente en la sociedad (como la libertad de empresa o los niveles de empleo).

En este contexto, el rigor metodológico no puede definirse en virtud de la “separación formal” entre hechos y valores; unos y otros aparecen mezclados en la tarea hermenéutica y en las valoraciones de eficiencia de las normas. El rigor y la transparencia se desprenden de la motivación de las ponderaciones que se hagan entre valores contrapuestos. La argumentación habrá de ser más precisa y detallada cuanto más polémico o discutible sea el problema tratado. En los temas más polémicos, resulta conveniente hacer un esfuerzo por comprender y exponer de manera honesta (no distorsionada) los argumentos en contra de la postura que se defiende, para que estos sean convenientemente rebatidos. De este modo, el juicio interpretativo o de valor se construirá desde una comprensión amplia del problema y, por otra parte, este conocimiento comprensivo podrá transmitirse a los destinatarios, incluso aunque estos no compartan la conclusión alcanzada⁷².

Aunque la tarea interpretativa y crítica del jurista esté necesariamente influida por sus valores personales, los enunciados doctrinales y socio-jurídicos deben perseguir la “fidelidad a la realidad” desde un punto de vista

⁷² “Conviene transmitir la convicción de que es más propio del razonar jurídico el persuadir que el demostrar, y que la lógica del Derecho es, más que una lógica matemáticamente exacta, una modesta ‘lógica de lo razonable’”, Montoya Melgar, A., *Op. Cit.* p. 178.

intersubjetivo, procurando maximizar la comprensión de la realidad humana tal y como es y no como se pretende que sea. Desde esta perspectiva, el llamado “uso alternativo del Derecho” no parece apropiado para el investigador en tanto que de él se desprenda una visión incompleta de la realidad. Este “uso alternativo” podría ser, sin embargo, muy adecuado para los operadores jurídicos que defienden intereses de parte (por ejemplo, sindicatos u organizaciones no gubernamentales)⁷³.

El investigador comprometido con su realidad, en todo caso puede explorar y, en su caso “descubrir” nuevas interpretaciones que sean admisibles en el sistema y que permitan abrir caminos para la acción política. Sus valores personales pueden ser un estímulo para la búsqueda de nuevas soluciones interpretativas, enriqueciendo el discurso jurídico. Sin embargo, no debe obviar la existencia de las demás interpretaciones posibles. En el ámbito científico, los valores deben utilizarse para amplificar la comprensión de la realidad, pero no para restringirla. De lo contrario, de hecho, estará haciendo un flaco favor a los operadores jurídicos que pretendan utilizar de manera “alternativa” el Derecho para la realización de estos ideales, al sustraerles información relevante sobre la realidad jurídica sobre la que pretenden intervenir.

Por supuesto, en los juicios puramente valorativos, no es preciso atenerse a ninguna “verdad”, pero las proposiciones emitidas serán relevantes y podrán tener impacto social en la medida en que hayan tomado en consideración distintos intereses y que el proceso reflexivo se haya concretado en una argumentación transparente. De lo contrario, se tratará de meras opiniones como las que pueda emitir cualquier ciudadano.

Por último, como ya se ha visto, la ciencia trabaja de manera acumulativa. Así pues, si se trabaja de manera transparente y rigurosa, la diversidad de opiniones y valores entre los distintos investigadores resulta enriquecedora⁷⁴ y permite amplificar al máximo el entendimiento de las cuestiones tratadas.

9. Las posibles actividades del investigador en derecho del trabajo

A partir de la reflexión construida en los epígrafes anteriores puede ya esbozarse un discurso más práctico acerca de las distintas actividades que pueden integrar la investigación jurídica. Aunque estas actividades se han intentado enunciar en un orden que presente al menos cierta lógica, en la práctica no existe una sucesión lineal entre ellas, puesto que los resultados de

⁷³ Por supuesto, no es admisible el “uso alternativo del Derecho” por parte de los jueces, que, si bien es lógico que se vean influidos por sus creencias ideológicas, no deben traicionar la fidelidad al Derecho desde la perspectiva interna, por aplicación del principio democrático. El Derecho constituye un límite al ejercicio del poder y, si se permite al juez sustraerse de él, se le estará dando un poder ilimitado que podrá utilizar en cualquier sentido.

⁷⁴ Pérez de los Cobos Orihuel, F., *Op. Cit.*, p. 882.

unas y otras operaciones se retroalimentan entre sí debido al carácter circular de la comprensión. Por otra parte, hay que aclarar que los trabajos de investigación individualmente considerados no tienen por qué seguir forzosamente todas y cada una de estas fases. De hecho, puede haber trabajos de investigación muy valiosos que excluyan algunas de estas actividades o que se enfoquen solo en un número reducido de ellas⁷⁵. En cambio, sí que nos parece conveniente que la Ciencia Jurídica como un todo abarque todas estas actividades para analizar su objeto de estudio de una manera completa.

9.1. Determinación del problema de investigación

Lógicamente, el planteamiento de cualquier trabajo de investigación requiere determinar previamente los objetivos que se pretenden cumplir, por más que estos puedan modificarse a medida que el trabajo se desarrolla.

La definición de los objetivos del trabajo normalmente partirá de una “inspiración” o idea inicial, que deberá perfilarse posteriormente. Esta idea inicial puede provenir de diversas fuentes, como el contacto con la práctica jurídica, la exploración teórica, la atención a problemas socialmente relevantes o los interrogantes surgidos de trabajos anteriores.

Normalmente los investigadores se interesan por los espacios de incertidumbre, las asimetrías, las disfunciones, las oscuridades, etc., para poder tener algo relevante que decir. Así pues, conviene que el tema elegido tenga un mínimo carácter problemático o polémico, existiendo, al menos como hipótesis de partida, dificultades para el entendimiento e interpretación de las normas, posibles problemas de eficacia o dudas respecto a la equidad o la eficiencia de la regulación. En muchos casos, una institución concreta o un problema social global, se aborda desde estas tres perspectivas al mismo tiempo.

Para delimitar correctamente la idea inicial, es preciso que los objetivos planteados sean viables, en relación con las posibilidades de acceso a las fuentes y los recursos de todo tipo con los que cuente el investigador. También es necesario que estos objetivos se puedan abordar en el tiempo del que se dispone y en la extensión requerida, circunstancias que a menudo vienen impuestas por la realidad externa a la investigación.

Por último, es necesario plantearse la relevancia teórica o práctica del problema. Como ya se ha dicho, en el caso de los estudios relativos al derecho positivo, resulta casi siempre obligado buscar algún tipo de conexión directa o indirecta con los problemas reales de las personas y grupos sociales.

⁷⁵ En este sentido, Cruz Villalón, J., “La metodología...”, *Op. Cit.*, p. 34.

9.2. Recopilación de información: atención especial a la práctica jurídica

Como en cualquier tipo de investigación, es necesario acceder a determinadas fuentes de información para llevar a cabo el trabajo. Normalmente se distingue entre “fuentes primarias” y “fuentes secundarias”. En realidad, esta distinción es relativa, puesto que depende de cuál sea el problema de investigación. El acceso a las fuentes primarias implica un contacto directo con el objeto de estudio; en cambio, las fuentes secundarias aportan contexto respecto a este objeto (pueden ser interpretaciones, elaboraciones, análisis, datos que se conectan indirectamente con el problema, etc).

A pesar de que el “discurso doctrinal” forme parte del Derecho como espacio de significados compartidos, normalmente la doctrina académica o literatura crítica operan como fuentes secundarias en la investigación jurídica, salvo que el objeto de investigación se refiera precisamente al análisis del discurso de la doctrina, lo cual no es habitual.

La investigación jurídica más tradicional se centra básicamente en las normas jurídicas vigentes como fuentes primarias y el resto de los datos (evolución normativa, datos sobre el proceso de elaboración de las normas, doctrina judicial, doctrina académica, derecho comparado, etc.) operarían en todo caso como fuentes secundarias.

Al contrario de lo que sucede con las fuentes primarias propias de otras disciplinas, el acceso a las normas jurídicas no implica especiales dificultades, dado que su contenido es público. En todo caso, en ocasiones puede implicar alguna dificultad la determinación exacta de las normas vigentes aplicables a un supuesto concreto. Por otra parte, en el ordenamiento español, los convenios colectivos estatutarios se consideran normas jurídicas y tampoco plantean particulares dificultades de acceso, dado que se publican en diarios oficiales y se incorporan con normalidad a las bases de datos utilizadas por los investigadores. En todo caso, la selección de los concretos convenios colectivos que van a ser objeto de análisis plantea problemas particulares que son más propios del análisis de la práctica jurídica que del estudio de las normas.

Por supuesto, en la actualidad, las posibilidades de la investigación jurídica se han ampliado notablemente respecto al modelo tradicional, basado exclusivamente en el estudio de las normas como fuente primaria. Así, por ejemplo, en la actualidad son muy habituales los estudios de jurisprudencia o los comentarios de sentencias, que toman a la *práctica jurídica* –en concreto, a las decisiones judiciales– como fuente primaria de investigación. A estos efectos, normalmente se utilizan sentencias recogidas en bases de datos informáticas, por lo que tampoco existen particulares problemas de acceso. En estos casos, no se suele reflexionar de manera explícita sobre la selección de los casos estudiados, lo que no quiere decir que sea arbitraria. Normalmente –aunque no siempre– prima un criterio jerárquico debido a la significativa influencia que tienen las sentencias de órganos superiores en el conjunto del ordenamiento.

Por otra parte, en la actualidad se recurre de manera muy habitual a estadísticas oficiales o a fuentes secundarias no jurídicas (como artículos académicos de otras disciplinas), que permiten realizar el análisis de la realidad social necesario para contextualizar las normas jurídicas y para identificar sus fines y sus efectos.

Sin embargo, esto no agota las fuentes de información disponibles. En efecto, la *práctica jurídica* se extiende mucho más allá de las resoluciones judiciales y se refiere a cualquier comportamiento humano calificado por las normas jurídicas (lo que en Teoría General del Derecho se denomina “acto jurídico”), así como a los discursos y las representaciones que tienen a las normas jurídicas como tema central o nuclear. Desde esta perspectiva, la Ciencia Jurídica puede acercarse a otros materiales de estudio como resoluciones judiciales no incluidas en bases de datos, resoluciones administrativas, documentos administrativos y judiciales de otro tipo, contratos laborales o mercantiles, convenios colectivos extraestatutarios, acuerdos de empresa, actos de juicio oral, procesos de negociación y de mediación, actos de asesoramiento jurídico, etc.

Ciertamente, el estudio de estos actos resulta problemático, pero las dificultades no son teóricas o epistemológicas, sino operativas. Es innegable que estos datos resultan de sumo interés para el jurista y, por otro lado, son precisamente las personas con formación jurídica quienes normalmente están en condiciones de analizar estos documentos o actos de un modo que proporcione conocimiento relevante para la comprensión del Derecho. Los problemas que se plantean son más bien pragmáticos y tienen que ver con el “acceso al campo” y con la determinación de la representatividad de los resultados.

En ocasiones, el acceso a los datos de la práctica jurídica resulta imposible por motivos jurídicos o éticos. Cuando no existen estos impedimentos absolutos, muchos de los problemas de acceso al campo y selección de los datos pueden abordarse a través del recurso a las “técnicas de investigación social”, cuantitativas o cualitativas (encuestas, entrevistas en profundidad, grupos de discusión, observación participante, etc.)

Estas técnicas no son patrimonio de ninguna disciplina en concreto y, de hecho, se utilizan con normalidad en todas las ciencias sociales, en áreas de conocimiento muy distintas entre sí. La única razón por la que no son habituales entre los juristas es porque normalmente estos no están formados en ellas. Probablemente por este motivo, la investigación empírica jurídica está más desarrollada en Estados Unidos, donde Derecho es una titulación de postgrado y las personas que lo estudian han cursado previamente estudios de otro tipo. En todo caso, este déficit formativo puede suplirse a través de equipos de investigación multidisciplinares, de investigadores formados en varias disciplinas o simplemente a través del aprendizaje de estas técnicas.

Por otra parte, la ampliación del objeto de investigación a cualquier tipo de “actos jurídicos” trae consigo necesariamente el problema de la representatividad de los resultados. Por supuesto, resulta imposible examinar la totalidad de la práctica jurídica presente en un ordenamiento, que es del todo punto inabarcable y no siempre relevante para extraer conclusiones de interés. Cualquier investigación, por extensa que sea, se referirá solamente a un número limitado de “casos”.

Por supuesto, este problema puede ser abordado a partir del muestreo estadístico y el tratamiento cuantitativo de los datos, que, evidentemente, puede proporcionar información muy importante. Ahora bien, esto no implica que no se puedan producir trabajos valiosos que apliquen únicamente técnicas cualitativas de investigación, como sucede en las demás ciencias sociales, donde también el objeto de investigación es inabarcable debido al carácter contingente de la conducta humana. Existe una creencia—normalmente entre personas no formadas en técnicas de investigación social—según la cual los resultados de investigación expresados en términos matemáticos son los únicos a los que se puede atribuir un carácter “científico”. En realidad, las distintas técnicas de investigación tienen ventajas e inconvenientes y, globalmente, se complementan entre sí en un contexto en el que el conocimiento es siempre limitado y mejorable. En realidad, la determinación de las técnicas más apropiadas depende en gran medida de cuáles sean los propósitos de la investigación.

Las técnicas cuantitativas son adecuadas para informar acerca de la frecuencia de los acontecimientos, pero no proporcionan la profundidad en el análisis ni los niveles de significación de las técnicas cualitativas, que, en cambio, siempre se refieren a un número muy reducido de casos. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la realidad humana en general y el Derecho en particular es un espacio de significados muy variable en función de circunstancias muy diversas que nunca se pueden controlar totalmente, de modo que cualquier representación cuantitativa es discutible porque ha debido tomar en consideración unos aspectos y no otros. Las técnicas cualitativas, en cambio, pueden aportar información muy completa acerca de las prácticas y representaciones humanas, pero siempre “encarnada” en situaciones concretas y sin ofrecer información precisa sobre la regularidad o frecuencia.

Así, por ejemplo, si quisiéramos indagar acerca de la veracidad del tópico de que “los jueces de instancia suelen favorecer a los trabajadores en los juicios por despido”, necesariamente habremos de acudir a técnicas cuantitativas, porque la cuestión investigada hace referencia a la frecuencia. A este respecto, las estadísticas judiciales proporcionan información muy relevante, pero no resuelven directamente la cuestión, puesto que las tasas de éxito no tienen en cuenta las circunstancias de cada caso. Por supuesto, podría diseñarse un cuestionario que tomara en consideración algunas circunstancias, precisando y concretando el ambiguo enunciado “favorecer a los trabajadores”. En todo caso, la “operacionalización” del enunciado y de las circunstancias tomadas en consideración siempre podrían ser objeto de discusión. Por otra

parte, el examen minucioso de un grupo relativamente reducido de sentencias judiciales podría aportar información muy valiosa y mucho más profunda acerca del modo en que los jueces pueden “favorecer” o “desfavorecer” a los trabajadores en los juicios por despido, pero en ningún caso nos informará de la frecuencia con que lo hacen.

Ahora bien, la frecuencia de los acontecimientos no siempre resulta esencial para los objetivos de la investigación en las ciencias humanas y sociales, dado que la comprensión de un espacio de significados puede amplificarse con el análisis detallado de un solo caso. Así, por ejemplo, del mismo modo que un solo escrito del siglo XVI, puede aportar información valiosa sobre la sociedad de la época, también el estudio de un solo caso (por ejemplo, de una sentencia judicial) puede arrojar luz acerca de un problema jurídico, con independencia de la frecuencia con que se produzca. Por este motivo, los juristas acuden a menudo a la doctrina judicial sin ningún ánimo de generalización, solamente para detectar determinados problemas y para exponerlos de manera ilustrativa.

De hecho, las técnicas cualitativas pueden ir más allá de la comprensión del problema concreto y servir de base para la generación de “teorías sustantivas”⁷⁶ que arrojen luz sobre la realidad humana. Los estudios sobre casos concretos, al igual que los experimentos, se vinculan a proposiciones teóricas que amplifican la comprensión de la realidad humana, más que a poblaciones o universos⁷⁷. Así, por ejemplo, la observación de un número reducido de casos de mediación, complementada con otras fuentes de información, me ha permitido avanzar algunas proposiciones teóricas sobre la eficacia del Derecho del Trabajo en el ámbito extrajudicial⁷⁸.

Ahora bien, aunque la medición de la frecuencia de los supuestos jurídicos –y por tanto, el muestreo aleatorio– no siempre resulte esencial, sí que resulta conveniente que la selección de los casos objeto de estudio derive de una reflexión previa sobre su representatividad respecto a los objetivos de investigación o su aptitud para generar proposiciones teóricas. Esto es lo que en

⁷⁶ Glaser, B., Strauss, A., *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*, New Brunswick y Londres: Aldine Transaction, , 1967 (reimpresión, 2006), *per totum*.

⁷⁷ “[...] case studies, like experiments, are generalizable to theoretical propositions and not to populations or universes. In this sense, the case study, like the experiment, does not represent a “sample,” and the investigator’s goal is to expand and generalize theories (analytic generalization) and not to enumerate frequencies (statistical generalization), Yin, R.K., *Case Study Research: design and methods*, 2ª Edición, Thousan Oaks/London/New Delhi: Sage Publications, 1994.

⁷⁸ “La influencia del Derecho Laboral en la mediación aplicada a conflictos individuales de trabajo: estudio cualitativo en el ámbito del SERCLA”, *Temas Laborales*, nº 129, 2015, *per totum*.

técnicas cualitativas de investigación se denomina “muestra teórica”⁷⁹ o “selección estratégica de los casos”⁸⁰.

La investigación tradicional, por ejemplo, lleva a cabo este proceso de selección de manera implícita en el análisis de la doctrina judicial. La sentencia de un Juzgado de lo Social tiene valor en sí misma como caso concreto que permite comprender mejor las normas aplicadas y, por otra parte, presenta un cierto valor retórico que puede utilizarse ante un tribunal. Una sentencia del Tribunal Supremo tiene un valor retórico mucho mayor, despliega además un valor procesal específico -al permitir que las sentencias que se opondan a su doctrina sean recurridas- y tiene una influencia muy significativa en la configuración del Derecho como espacio de significados compartidos. Por este motivo, el jurista preferirá normalmente acudir a las sentencias de los órganos jerárquicamente superiores; no obstante, acudirá también a las resoluciones de los órganos inferiores cuando en ellos se planteen problemas novedosos o perspectivas de especial interés en términos cualitativos que no se encuentren en los órganos jerárquicamente inferiores.

Las técnicas para garantizar una cierta representatividad de la información obtenida a través de técnicas cualitativas (muestreo teórico) dependen de los propósitos de investigación, del aparato teórico que se utilice en el trabajo y de la fuente de información utilizada.

Así, por ejemplo, en el caso de la “entrevista en profundidad”, puede seleccionarse cuidadosamente a sujetos que tengan o hayan tenido un contacto especialmente amplio con el objeto de estudio (lo que en Antropología Social se ha llamado el “informante bien informado”). Por otra parte, estas personas podrían tener una idea aproximada de la frecuencia de algunos acontecimientos, a efectos orientativos, aunque no puedan precisarla; así, por ejemplo, un juez que lleva muchos años en el orden social puede aportar información general respecto a si una determinada modalidad procesal es muy utilizada en los ámbitos en los que ha operado. Asimismo, el investigador debería intentar “triangular” la información entrevistando a sujetos que presenten características que hipotéticamente puedan motivar una experiencia distinta en el contacto con el objeto de estudio, en función de los propósitos de la investigación (por ejemplo, localización geográfica, profesión, género, edad, origen étnico, ideología, sector de actividad, etc.) Por último, la información obtenida a través de las entrevistas puede contrastarse con la producida por otras fuentes, como la observación participante o el análisis de la documentación.

⁷⁹ “Theoretical sampling is the process of data collection for generating theory whereby the analyst jointly collects, codes, and analyzes his data and decides what data to collect next and where to find them, in order to develop his theory as it emerges.”, Glaser, B., Strauss, A., *Op. Cit.*, p. 45.

⁸⁰ Hammersley, M., Atkinson, P., *Etnografía: Métodos de investigación* (Trad. Mikel Aramburu Otazu), 2ª Edición, Barcelona: Paidós, 2004 (publicada originariamente en 1983), p. 58.

9.3. Marco teórico y dogmática jurídica.

Como sucede en todas las demás disciplinas científicas, la selección, recopilación y análisis de los datos de la realidad presupone la existencia de un marco teórico determinado⁸¹. Los sistemas de categorías abstractas que se utilizan para explorar la realidad jurídica son distintos en función de si se orientan a la investigación del Derecho desde la perspectiva interna (discurso doctrinal) o a la perspectiva externa (discurso crítico).

En lo que refiere al discurso doctrinal, el marco teórico viene constituido por la “dogmática jurídica”, que es un conjunto de categorías y de descripciones abstractas de conexiones lógicas entre categorías que permite percibir, seleccionar, clasificar, ordenar, analizar e interpretar las normas y las relaciones jurídicas desde una perspectiva interna, integrándolas en un sistema organizado. En teoría, las categorías dogmáticas son abstracciones directamente extraídas de los textos normativos, pero, en la práctica dependen también de las pautas relativamente compartidas en la comunidad de juristas.

Normalmente, el investigador toma como punto de partida el marco vigente de construcciones dogmáticas asentado en su comunidad académica para seleccionar y ordenar los datos de la investigación. No obstante, en muchos casos, la investigación se orienta precisamente a construir nuevas categorías o a clarificar o complementar las categorías ya existentes.

Por supuesto, más allá de la dogmática jurídica, el planteamiento de un discurso crítico (especialmente, la producción de enunciados socio-jurídicos) requiere algún tipo de marco teórico de categorías e hipótesis que permita contemplar los datos desde una perspectiva externa. Al igual que sucede con el estudio de la práctica jurídica, este terreno está poco explorado por los estudiosos del derecho positivo⁸².

9.4. Método comparativo

El método comparativo consiste en contrastar distintos datos o agrupaciones de datos, para observar sus semejanzas o diferencias en torno a

⁸¹ “La elaboración de construcciones dogmáticas es el corolario natural del pensamiento abstracto. La elección y simplificación de los fenómenos sociales y de sus manifestaciones, utilizando esquemas y categorías que permitan comprenderlos mejor, es consustancial a todas las ciencias sociales”, Pérez de los Cobos Orihuel F., *Op. Cit.*, p. 883.

⁸² Por mi parte, he intentado plantear un marco teórico general para el análisis de efectividad, eficacia y eficiencia de las normas laborales en “Una aproximación metodológica...”, *Op. Cit.* pp. 68 y ss. En términos más concretos, he diseñado un marco teórico respecto a las percepciones que los sujetos tienen del Derecho en “La influencia del Derecho Laboral en la mediación aplicada a conflictos individuales de trabajo: estudio cualitativo en el ámbito del SERCLA”, *Temas Laborales*, nº 129, 2015, pp. 45 y ss.

algún propósito teórico⁸³. En algunos casos, el contraste se refiere a conjuntos de datos muy diferentes entre sí, de modo que las semejanzas se vuelven significativas; en otros casos, el proceso es el inverso y se analizan conjuntos de datos producidos en circunstancias similares, de modo que adquieren relevancia las diferencias entre ellas. Este último procedimiento es el que habitualmente se utiliza en la Ciencia Jurídica, aunque no por ello hay que descartar completamente el primero.

En el ámbito de la Ciencia del Derecho, la comparación puede referirse a las regulaciones vigentes en distintos momentos históricos, a distintos bloques de materias o instituciones de un mismo ordenamiento o bien a ordenamientos relacionados entre sí (como el Derecho producido por las Comunidades Autónomas y el Derecho nacional o el Derecho comunitario y el Derecho de los Estados miembros). Sin embargo, históricamente ha adquirido especial relevancia la comparación entre los ordenamientos de distintos sistemas jurídicos establecidos en comunidades políticas diferenciadas (“Derecho Comparado”). Esta forma particular de comparación presenta dos problemas muy importantes, que han de ser tomados en consideración: la separación formal de los sistemas jurídicos y las dificultades para comprender adecuadamente el contexto de la norma extranjera.

En primer lugar, la separación formal de los sistemas jurídicos implica que los argumentos de Derecho Comparado no son directamente válidos para interpretar el derecho nacional desde una perspectiva interna⁸⁴. Así, por ejemplo, no resulta apropiado resolver automáticamente un problema interpretativo que afecta a una norma española invocando la normativa, la jurisprudencia o la doctrina italianas.

Esto no implica que el Derecho Comparado no sea útil para el discurso doctrinal, sino más bien que debe utilizarse con cautela. En realidad, la técnica del “extrañamiento” puede aportar valor heurístico al descentrar al investigador de los patrones cognitivos habituales⁸⁵ o, en algunos casos, al proporcionar “supuestos reales” que pueden analizarse desde la perspectiva del ordenamiento nacional⁸⁶. Así pues, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina

⁸³ Sobre distintos propósitos del método comparativo en las Ciencias Sociales, *Vid.*, Glaser, B., Strauss, A., *Op. Cit.*, pp. 21-31.

⁸⁴ En este sentido, Cruz Villalón, J., “La metodología...”, *Op. Cit.* p. 20,

⁸⁵ “El estudio serio del derecho comparado [...] ofrece, asimismo, un bagaje cultural que, al videnciar la contingencia de las soluciones normativas, inmuniza frente a concepciones estrechas de la dogmática. El derecho comparado enriquece el análisis normativo y permite ahondar por contrapunto en el conocimiento de la propia realidad.” Pérez de los Cobos Orihuel, F, *Op. Cit.* p. 885.

⁸⁶ Así, por ejemplo, en el ordenamiento español tenemos pocas sentencias de tribunales superiores relativas a casos de discriminación. En cambio, Estados Unidos tiene una larga experiencia histórica en la aplicación de una normativa federal que afecta a muchos millones de personas (aparte de otros elementos institucionales que favorecen la litigiosidad); así pues, la

extranjeras pueden ser fuentes válidas de inspiración e ideas siempre que estas ideas sean convenientemente “traducidas” a la lógica del ordenamiento interno.

Ciertamente, el Derecho Comparado presenta una utilidad más inmediata en lo que respecta al discurso crítico, pero en estos casos hay que tomar en consideración las dificultades que existen para comprender adecuadamente el contexto en torno al cual se originan, se desarrollan y se aplican las normas extranjeras⁸⁷. Como se ha visto, la comprensión adecuada de las normas depende de la aportación de contexto. El texto de las normas puede entenderse de manera inadecuada si no se conoce la práctica judicial, la aplicación generalizada, las pautas doctrinales e incluso la historia, la política o la cultura de un país determinado⁸⁸.

En estos casos, el “círculo hermenéutico” puede convertirse en “círculo vicioso” y arrojarnos a un callejón sin salida. Por supuesto, como ya se ha dicho, nunca puede aportarse todo el contexto posible, ni siquiera respecto al ordenamiento nativo del investigador; en el análisis del ordenamiento extranjero el déficit tiende a ser mucho mayor. En todo caso, quizás podría alcanzarse un nivel de comprensión aceptable de un número muy reducido de ordenamientos extranjeros (o, más habitualmente de uno solo). Pero si el investigador se restringe a los ordenamientos que conoce en profundidad, se elimina la posibilidad de establecer comparaciones con un número amplio de países, lo que en algunos casos puede ser esencial.

A nuestro juicio, la clave no es la “autorrestricción” del investigador en cuanto a las fuentes de información utilizadas, sino más bien la cautela en la interpretación de los datos y, una vez más, la “traducción” apropiada a la lógica propia del ordenamiento nacional cuando se pretendan sacar conclusiones para este, al margen de que siempre resulte oportuno reunir la máxima información posible sobre el contexto del ordenamiento extranjero objeto de estudio.

En este sentido, las propuestas de implantación automática en el ordenamiento nacional de una institución que procede de otro país (por ejemplo, la regulación del despido en Dinamarca), sin comprender las diferencias de contexto (en este caso, por ejemplo, las tasas de afiliación sindical, el sistema de mediación por el que se resuelven los despidos y la diferencia en el nivel de protección social), pueden resultar sumamente inapropiadas.

En cambio, una vez más, el ordenamiento extranjero puede proporcionar ideas nuevas que habrían de ser en todo caso “traducidas” a la lógica del

doctrina judicial norteamericana puede ser una buena fuente de “casos de discriminación” que en muchos casos podrían plantearse en nuestro país.

⁸⁷ Pérez de los Cobos Orihuel, F., *Op. Cit.* p. 886.

⁸⁸ Cruz Villalón, J., “La metodología...”, *Op. Cit.*, p. 20-21.

ordenamiento nacional como propuestas *de lege ferenda*. Por otra parte, las aportaciones teóricas de la doctrina extranjera pueden aplicarse con mayor facilidad cuando estas se refieren a la perspectiva externa del Derecho, así, por ejemplo, para construir una teoría general sobre la efectividad de las normas. Ahora bien, incluso en estos casos hay que tomar en consideración que la formulación de la teoría puede estar condicionada por un contexto (social, económico, jurídico o político) muy distinto al del ordenamiento del investigador.

Por ejemplo, la hipótesis de que las prestaciones sociales pueden desincentivar la participación activa en el mercado de trabajo parece haber surgido en el ámbito anglosajón, en un contexto de bajos niveles de desempleo, salarios muy bajos en los puestos poco cualificados y sistemas de seguridad social asistenciales que establecen prestaciones mínimas para situaciones de necesidad acreditadas. Su traslación automática a países como España, que tiene un desempleo estructural masivo y un sistema de seguridad social básicamente contributivo, resulta bastante problemática.

9.5. *Análisis funcional y de discurso*

El análisis funcional del Derecho consiste en la identificación de las funciones o finalidades que desempeñan las normas en el conjunto del sistema jurídico y social en el que se integran, así como en la determinación de las relaciones -de oposición, jerarquización, complementariedad, equilibrio, etc.- que se establecen entre las distintas funciones o finalidades.

Desde un punto de vista interno, el criterio teleológico de interpretación exige la determinación de la "finalidad de la norma". Para ello se hace necesario construir una entidad abstracta personificada denominada "legislador" (o, en su caso "constituyente"), a quien se atribuyen intenciones o propósitos como si se tratara de un ser humano real. Por supuesto, las personas físicas que participan en cada una de las fases del proceso de elaboración normativa, tienen una conducta orientada a fines y sus motivaciones reales terminan influyendo en la configuración de la norma. No obstante, la "voluntad del legislador" es una ficción construida a través de un proceso de selección, depuración, simplificación y abstracción de las motivaciones humanas que producen la norma. En efecto, las finalidades humanas reales que operan en la elaboración de las normas pueden ser muy diversas, variadas, incoherentes y contradictorias entre sí o responder a valores ajenos al discurso interno del Derecho. Lógicamente, no todas ellas pueden incorporarse a la argumentación sobre la interpretación de la norma. Así pues, la interpretación teleológica implica la construcción de un sujeto imaginario al que se pueda atribuir una voluntad inteligible y coherente. Por supuesto, se trata de un artificio, pero esta ilusión resulta imprescindible para aplicar el criterio teleológico de interpretación.

Por otra parte, el análisis funcional puede plantearse también desde la perspectiva externa e impersonal, como sucede en el resto de las ciencias sociales⁸⁹. En este caso, no se trata de detectar la voluntad consciente de los participantes ni de construir una voluntad imaginaria idealizada, sino de identificar las relaciones “objetivas” que se producen entre distintos componentes del sistema. Como se ha visto, el Derecho funciona como un sistema, es decir, como una estructura ordenada de elementos que presentan relaciones entre sí, que a su vez forma parte del sistema social total. Estas relaciones entre los distintos elementos pueden ser contempladas desde la óptica de su contribución a la estabilidad o a la inestabilidad del sistema en su conjunto. En este caso, las relaciones que contribuyen a la estabilidad y a la auto-reproducción del sistema se pueden identificar como “funciones”.

La determinación de las “funciones” de la norma, al igual que la atribución de la “intención del legislador”, deriva de un proceso de selección, depuración, simplificación y abstracción de una serie de mecanismos sociales muy complejos, que, por supuesto, incluyen la conducta humana expresamente orientada a fines. En todo caso, las funciones de la norma no siempre son conscientes ni necesariamente derivan de la conducta de actores sociales concretos. Los sistemas complejos generan *propiedades emergentes* que derivan de la interacción entre sus elementos y que trascienden la conducta individual de sus componentes. Así, por ejemplo, la normativa española de regulación de las migraciones laborales termina favoreciendo el reclutamiento irregular de inmigrantes en época de bonanza económica, cubriendo así las necesidades de un mercado de trabajo caracterizado por la importancia de la economía sumergida y de las ocupaciones de escaso valor añadido⁹⁰. Lo más probable es que esto no se deba a decisiones conscientes de las personas situadas en los espacios de poder político, sino que sea la cristalización de una serie de interacciones entre la normativa y el mercado de trabajo que se retroalimentan entre sí y terminan integrándose en una estructura sistemática.

Por otra parte, el análisis “funcional” desde la perspectiva crítica o externa va mucho más allá de la interpretación teleológica de las normas, puesto que puede identificar funciones “extrajurídicas” o “antijurídicas”. Las funciones extrajurídicas son las que no guardan una relación directa con la función general del Derecho, pero tampoco se oponen a ella (por ejemplo, la eficacia “simbólica”, comunicativa o pedagógica de determinadas normas). En cambio, las funciones antijurídicas son las que se dirigen a alcanzar estos intereses extrajurídicos en perjuicio de la canalización de los conflictos o de la generalización de expectativas (así, el favorecimiento de la arbitrariedad

⁸⁹ Así, Rodríguez de la Borbolla Camoyán, J., *Op. Cit.*, pp. 29-30, siguiendo a Teubner, afirma que el análisis funcional de las normas requiere a veces ir más allá de los razonamientos “endojurídicos”.

⁹⁰ Álvarez del Cuillo, A., “La adaptación del modelo español de regulación de las migraciones laborales a los cambios económicos y sociales: una perspectiva evolutiva”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, nº 351, 2012, *per totum*.

administrativa en perjuicio de la seguridad jurídica para fortalecer los centros de poder). Por supuesto, ni las funciones extrajurídicas ni las antijurídicas pueden atribuirse en ningún caso al “legislador”, ni servir de apoyo a la interpretación teleológica de la norma, pero su identificación puede ser muy relevante para el discurso crítico.

Los métodos para la identificación de las “funciones” o las “finalidades” de las normas pueden ser muy variados, pero, en general implican la amplificación del contexto (proceso de elaboración de la norma, evolución normativa, aspectos sistemáticos, marco social y económico, aspectos culturales e ideológicos, etc.), así como el análisis del lenguaje utilizado por los textos objeto de estudio⁹¹. En general, los juristas no se han sumado de manera formal o explícita a la metodología transdisciplinar denominada “Análisis de discurso” (presente en la Lingüística, la Sociología, la Antropología, la Filosofía, etc.), aunque en muchos casos aplican una metodología crítica similar; así, por ejemplo, aunque las exposiciones de motivos pueden ofrecer información valiosa acerca de la finalidad de las normas, es preciso tomar en consideración que sus funciones retóricas a menudo oscurecen la finalidad real. En todo caso, entiendo que un contacto más estrecho con la metodología del análisis de discurso podría enriquecer enormemente tanto la comprensión de las normas como la de otros textos jurídicos como las sentencias judiciales.

9.6. Interpretación de la norma desde la perspectiva interna y estudio de casos reales e hipotéticos

Probablemente, la actividad más generalizada en la investigación jurídica es la exégesis e interpretación de las normas -especialmente de los aspectos más problemáticos u oscuros de estas- que constituye el fundamento y la base del discurso doctrinal. Por supuesto, el jurista-investigador no puede limitarse a parafrasear el contenido de la ley, puesto que esto no amplifica el conocimiento; como ya se ha visto a lo largo de estas páginas, el valor añadido de la tarea académica consiste en la aportación adicional de contexto para facilitar la interpretación de los operadores jurídicos.

En la mayoría de los casos, la explicación abstracta del significado de una norma y de sus aspectos más oscuros aporta un cierto valor, pero resulta insuficiente. Para profundizar en su comprensión resulta oportuno “problematizar” la norma a través de casos reales o hipotéticos que generen problemas interpretativos.

Los casos reales normalmente se extraen de las decisiones judiciales que están incorporadas a bases de datos informáticas. En otras ocasiones pueden derivar del contacto con profesionales del Derecho u operadores jurídicos, la

⁹¹ “Una derivación particularmente interesante del estudio del lenguaje jurídico es la conexión entre éste y las ideologías inspiradoras de la proposición de Derecho”, Montoya Melgar, A., *Op. Cit.*, p. 181.

observación participante (en algunos casos, derivada de la práctica profesional o equivalente), las noticias de la prensa, etc.

En muchos casos, los investigadores ocultan la procedencia de casos reales de los que han tenido noticias por vías distintas al examen de la jurisprudencia, presentándolos como casos hipotéticos; esta práctica deriva de un entendimiento erróneo de lo que implica el “rigor” científico. En realidad, el dato de que un caso se haya producido realmente aporta información relevante y, por otra parte, la cita de la fuente de la que se ha obtenido permite su control y contextualización. Así pues, es conveniente distinguir de manera expresa entre casos reales e hipotéticos, aunque tanto unos como otros resultan de interés para profundizar en el significado de las normas.

9.7. Consideraciones de política jurídica

Por último, como ya se ha mencionado, la actividad investigadora puede –y a menudo, debe– hacer planteamientos de política jurídica, es decir, propuestas de cambio de las normas jurídicas vigentes⁹². Las propuestas *de lege ferenda* deben sustentarse sobre una comprensión amplia y profunda de las normas jurídicas y de su contexto y deben fundamentarse en algún motivo significativo. Normalmente, estos motivos son consideraciones técnicas (efectividad, eficacia y eficiencia de las normas) o valorativas (justicia y, en la práctica, eficiencia entendida como ponderación de valores).

Por supuesto, las propuestas de modificación de las líneas interpretativas dominantes –por ejemplo, en la jurisprudencia o en la práctica administrativa– tienen también una clara dimensión política⁹³, aunque, en este caso, se integrarían en el llamado “discurso doctrinal” planteado de una manera interna al ordenamiento.

10. Conclusiones

Este trabajo parte de la consideración de la “ciencia” como un subsistema social funcionalmente especializado en la producción de conocimiento para el resto de la sociedad. Desde esta perspectiva, la investigación realizada en el ámbito académico sobre el Derecho puede ser considerada como una disciplina “científica” y pueden identificarse parámetros de “rigor” que presentan matices

⁹² Pérez de los Cobos Orihuel, F. *Op. Cit.*, p. 885.

⁹³ Para Gil Cremades, J.J. “La metodología...”, *Op. Cit.*, p. 25, la separación entre aplicación del Derecho y política jurídica es una distinción puramente académica. En cambio Pérez de los Cobos Orihuel, F., *Op. Cit.*, p. 882 aboga por distinguir con claridad el papel del jurista como intérprete y como político del Derecho. A nuestro juicio, es importante tomar conciencia de los condicionamientos y de las implicaciones políticas (y, por tanto, de las responsabilidades jurídicas) de todo acto de interpretación o aplicación del Derecho; cuestión distinta es que se puedan separar a efectos operativos la perspectiva interna y la externa y que, en el caso de la primera, los juristas que no defienden intereses de parte se deban a la verdad intersubjetiva y no a su propio parecer.

respecto a la indagación sobre los contenidos del Derecho realizada por los operadores jurídicos.

El tipo de conocimiento que genera esta ciencia no se dirige tanto a la configuración de explicaciones causales como a la maximización de la “comprensión” de un sector de la realidad social humana. El llamado “círculo hermenéutico” implica que la comprensión se incrementa con la aportación de contexto, pero también que dicha aportación no puede considerarse nunca como acabada. Esta es la razón por la que el conocimiento jurídico se enriquece a través de la multiplicidad de perspectivas, así como de la diversidad de experiencias y tradiciones intelectuales de los investigadores.

No obstante lo anterior, en el discurso jurídico pueden identificarse diversos paradigmas que, hasta cierto punto, son incompatibles entre sí, porque implican planteamientos contradictorios acerca de cuál es el objeto de la investigación. El presente estudio se construye sobre un paradigma “realista”, pero “moderado” en la medida en que no niega la centralidad del estudio de las normas en la investigación jurídica relativa a los ordenamientos contemporáneos. Por otra parte, se defiende la necesaria complementariedad entre la perspectiva “externa” y la perspectiva “interna”. Desde este planteamiento, se argumenta que la investigación jurídica debe ocuparse, no solo de la interpretación de las normas, sino también de la formulación de enunciados socio-jurídicos y de juicios de valor o de ponderación de valores. A estos efectos, se intentan abordar algunos problemas generales que implica este tipo de indagación.

En este contexto, la investigación jurídica en Derecho positivo, como un todo, debe abordar diversas prácticas, si bien los trabajos de investigación individualmente considerados no necesariamente deben abarcarlas todas. Estas actividades incluyen la identificación del problema de investigación, la recopilación de datos -incluyendo, en su caso, los que se refieren a la práctica jurídica-, el método comparativo, la dogmática jurídica, el análisis funcional y de discurso, la interpretación de las normas, el estudio de casos y las consideraciones de política jurídica.