

---

---

HUBERT ROTTLEUTHNER  
(Berlin)

### Jurisprudencia y ciencias sociales

Al final de los años 60 cristalizó en la República Federal Alemana un malestar sobre la formación de los juristas y sobre la praxis jurídica y volvieron a surgir exigencias de reforma, como ya había ocurrido de forma parecida a principios de siglo. El formalismo, el alejamiento de la vida, la falta de científicidad actuaron entonces como *topoi* para que la educación y la praxis judicial se abrieran a las ciencias sociales. En los años 70 podemos hablar de un renacimiento de la sociología del derecho (1), que tuvo en los primeros decenios de este siglo su más temprana floración con los trabajos de Max Weber, Eugen Ehrlich y Arthur Nussbaum. La sociología jurídica de Max Weber ha de entenderse como una parte de su sociología general y, sobre todo, en el marco de sus tesis sobre la racionalización y sobre la relación entre factores económicos y jurídicos. Las especiales aportaciones de Ehrlich y Nussbaum, de carácter sociológico-jurídico o específicamente jurídico, se debían más bien a un interés por saber lo que sucedía por debajo de las más recientes codificaciones del derecho privado (2). En cambio, la renovación

(1) Sobre los aspectos metodológicos de la crítica del derecho de los años 60 y 70, informa MODESTO SAAVEDRA en *Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, Granada, 1978.

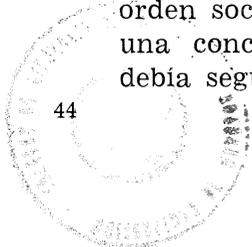
(2) Sobre los resultados de la discusión en torno a la reforma de los estudios de aquel tiempo, vd. H. B. GERLAND: *Was kann geschehen, um bei der Ausbildung (vor oder nach Abschluss des Universitätsstudiums) das Verständnis der Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Masse zu fördern?*, en "Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages" (Wien, 1912), Berlin, 1913, Vol. 2, pgs. 805-896.

más reciente de la investigación sociológico-jurídica y su toma en consideración de la formación de los juristas se alimenta de otras fuentes. El impetu crítico del movimiento estudiantil respecto a la justicia y a la enseñanza en primer lugar, y más tarde el creciente interés de los legisladores y la administración por conseguir explicar los presupuestos y las consecuencias de su actividad favorecieron el establecimiento de la sociología jurídica en Alemania Occidental.

Consecuentemente con ello cambia la consideración de la sociología del derecho y de otras ciencias sociales aplicadas al derecho. Estas son admitidas o aceptadas como ciencias auxiliares de la praxis jurídica, aunque todavía tienen, por otra parte, el aire provocador de una “revolución de los despachos”. Quisiera exponer a continuación un panorama de esta ambivalente relación y de su desarrollo en los últimos años. En primer lugar se exponen los distintos aspectos del programa, que se ha dado a conocer bajo la expresión “ciencia jurídica como ciencia social” (I). Seguirá una breve exposición de las relaciones de hecho que actualmente se establecen entre, por una parte, ciencias sociales y praxis jurídica (legislación y aplicación del derecho), y jurisprudencia académica (formación y doctrina), por otra parte (II). A continuación resumiré las propuestas que se han hecho para una toma en consideración de las ciencias sociales en la praxis jurídica (“Sociología *en el* derecho”, las ciencias sociales como auxiliares de la praxis jurídica) (III). El problema general, concretamente la forma de comunicación entre la jurisprudencia académica y la praxis jurídica y sus cambios a través de una cientifización, de orientación sociológica, de la doctrina académica se trata especialmente en la parte IV. Finalmente se hace un resumen sistemático del potencial crítico de las ciencias sociales, especialmente de la sociología del derecho, frente a la jurisprudencia académica y práctica.

I. “Ciencia del Derecho como ciencia social”. Dimensiones de un programa.

La expresión “ciencia del derecho como ciencia social” ha sido malentendida sistemáticamente y además de modo explícito. Lo que se interpretó como principales ataques a la jurisprudencia, a los juristas, a los tribunales, al orden jurídico y, por último, al orden social, se refería, dentro de unos límites teórico-científicos, a una concepción nueva de la jurisprudencia académica. Esta no debía seguir actuando como instancia proveedora de la praxis jurí-



dica —tribunales, administración, legislador—, ni tampoco como ayuda para las propuestas de argumentación, los intentos de sistematización o para observaciones críticas, ni tampoco como instrumento de unos expertos en un lenguaje especializado y en unas técnicas de resolución. La jurisprudencia académica debía comprenderse como *ciencia* jurídica, esto es, como una disciplina que consigue una distancia teórica frente a un “ámbito-objeto”, la praxis jurídica; se expresa *sobre* este ámbito-objeto en lugar de compartir con la praxis jurídica las perspectivas del sentido que orienta el funcionamiento de los modelos de fundamentación. Para alcanzar la distancia teórica exigida, parece ofrecerse la comprensión (y la institucionalización) de la ciencia del derecho como una ciencia *social*.

Las consecuencias que una autocomprensión, cambiada en este sentido, podía tener sobre la enseñanza, sobre la formación proporcionada para la praxis jurídica y sobre el orden social y jurídico sólo eran conocidas con toda exactitud por aquéllos que, con inquietud, calificaron desde el primer momento la situación con el inevitable “a dónde vamos a llegar”.

Antes había en este ámbito teórico-científico aquellos intentos liberadores, en los que la jurisprudencia venía caracterizada como disciplina práctica, como una ciencia del deber ser. Pero se seguía apelando únicamente a la dicotomía clásica ser y deber ser, que nunca logró, precisamente, delimitar unas disciplinas científicas de otras. El hecho de que la jurisprudencia “trate de normas”, no basta para hacer necesaria una ciencia del deber ser independizada. Lo importante es aclarar, sobre todo, cómo trata la jurisprudencia las normas, si éstas pueden analizarse de otro modo, y cómo se aplican correctamente este par de categorías de ser y deber ser, dada su ambigüedad (3).

La referencia al carácter “práctico” de la jurisprudencia podría realmente llevarnos a localizar una particularidad, que la diferenciaría de otras ciencias sociales, especialmente de la sociología. Y esta particularidad podría encontrarse —para recuperar nuestro hilo rojo— en su *función formativa* y en su especial *relación con la praxis jurídica*

(3) Cfr. a este respecto H. ROTTLEUTHNER, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Freiburg/München, 1980, Parte D II.



En este punto diremos explícitamente que la relación entre jurisprudencia y ciencias sociales se establece en tres dimensiones: una teórico-científica (“cientificación” de la jurisprudencia); otra que se refiere a la formación universitaria de los estudiantes de derecho, y finalmente otra que se refiere a la relación de una disciplina académica con la praxis profesional (“teoría-praxis”). A continuación consideraré la primera y tercera dimensión. Las cuestiones sobre la formación se perfilan sólo de modo esquemático.

La formación jurídica se da pensando en una profesión muy concreta —aunque también puede enfocarse la orientación profesional del estudio con vistas a otras profesiones—. La base sobre la que se plantean los contenidos de los estudios, el número de asignaturas, así como las prácticas y las orientaciones de los licenciados, es la figura del jurista completo capaz de actuar como juez. Quizás en el ámbito de la Medicina se dé también una relación tan fuerte entre la profesionalización de nivel superior y el proceso de formación; en la sociología falta esta conexión a causa del carácter difuso del modelo de profesión. La conexión se garantiza exigiendo exámenes que realizan los servicios estatales para exámenes de la administración de justicia. Tales servicios son los guardianes de la homogeneidad de la profesión.

La relación de la jurisprudencia académica con la *praxis jurídica* establecida puede considerarse como “práctica” en tanto que los teóricos del derecho formulan instrucciones para la actividad del legislador y del staff jurídico (a veces también para la praxis contractual de la sociedad); asimismo dan indicaciones para la interpretación o presentan proposiciones de ley —de lege ferenda—; sistematizan las sentencias promulgadas y su fundamentación, las examinan y critican en base a diversos criterios de precisión y rectitud. De esta manera la jurisprudencia académica se mueve principalmente, como suele decirse, en el mismo medio —con un lenguaje jurídico especializado y con criterios estandarizados de justificación y de crítica— que la praxis jurídica: su receptor y su emisor se hacen uno. La doctrina académica y la praxis jurídica se funden con la jurisprudencia en una región etérea, simbólica y unitaria.

Considerada según los standars científicos de otras ciencias sociales, como la psicología y la sociología, la dinámica de la jurisprudencia académica resulta artesanal. Quizás la incomprensibilidad de su lenguaje especializado (en esto los juristas se parecen a los médicos)

pueda conferirle una apariencia de científicidad. Puede considerarse como criterio de científicidad que las afirmaciones y la teoría *sobre un ámbito-objeto* sean formuladas y se analicen sistemáticamente (4). Pero este hablar “sobre” algo puede resultar muy distinto en las ciencias sociales: puede haber afirmaciones sobre el comportamiento social, en las cuales el actor todavía puede reconocerse a sí mismo, pero también hay otras que no son determinables en su supuesto sentido subjetivo. Pues incluso cuando una sociología de orientación fenomenológica habla acerca de la conciencia cotidiana, su análisis *sobre* (y por encima de) el “mundo vital” (vd. a este respecto más adelante IV).

Una ciencia jurídica como ciencia social no sería más que un “compañero de conversación” —por decirlo en el lenguaje propio de la hermenéutica— de la praxis jurídica, y ni siquiera proporcionaría los conocimientos y las capacidades que en la praxis, tal y como hoy existe, se esperan de un jurista principiante. Quizás esta distancia teórica pueda explicar la tensa relación existente entre juristas y científicos sociales, que se expresa frecuentemente en reproches recíprocos y en una incompreensión terminológica, o en las observaciones de los juristas de que los científicos sociales apenas pueden aportar algo relevante para la práctica decisoria concreta, a lo que responden los científicos sociales con una crítica de la orientación casuístico-normativa de los juristas.

## II. Las ciencias sociales en la formación de los juristas y en la praxis jurídica.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia establecida, las ciencias sociales se presentan como un cuerpo extraño. En la formación tradicional se recomienda establecer “contactos” con ellas (5). Que esto suceda y de qué forma, queda a la discreción de los docentes y de los miembros de los servicios de exámenes para la justicia. La sociología jurídica es reconocida como disciplina fundamental y al

(4) HANS ALBERT, en su defensa de una jurisprudencia sociológico-realista, se ha expresado del siguiente modo: “De ningún modo es evidente que la jurisprudencia como ciencia pueda identificarse sin más con el juez cuando decide”. (*Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus*, en H. ALBERT, N. LUHMANN, W. MAIHOFFER, O. WEINBERGER, “Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft”, “Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, Vol. 2, Düsseldorf, 1972, pgs. 80-96 (88).

(5) Así se dice, de modo casi idéntico, en todas las leyes sobre la formación para la justicia: “El solicitante debe demostrar en el examen que puede comprender el derecho y aplicarlo considerando sus implicaciones históricas, sociales, económicas, políticas y filosófico-jurídicas” (§ 2 des Berliner JAG).

mismo tiempo relegada a las zonas fronterizas (unas palmadas en la espalda para el "marginal man"), o la sociología jurídica es totalmente desplazada de las Universidades hacia centros especiales de investigación, que no tienen ya nada que ver con la formación. La integración de jurisprudencia y ciencias sociales —intentada en el proceso de formación reformado de tipo monofásico— queda des- cuadrada por el segundo postulado, la integración de teoría y praxis, en la medida en que la "praxis", gracias —entre otras cosas— a los servicios estatales existentes para exámenes de justicia, logra imponer sus "exigencias" frente a un análisis críticamente distan- ciado de esas mismas exigencias profesionales.

Para la praxis jurídica las ciencias sociales funcionan en todo caso como ciencias auxiliares (6). El legislador se sirve de las informa- ciones recibidas sobre el ámbito social que se propone regular, o recibe de las ciencias sociales informaciones retrospectivas sobre las repercusiones de las medidas adoptadas. Los Ministerios progres- san cada vez más en planificación: encargan investigaciones antes y después de sus encuestas (7). Verdad es que hasta ahora no han existido trabajos sobre en qué circunstancias fueron dados estos

(6) O como las entiende W. NAUCKE en una extraordinaria metáfora, "como cantera científica, de la que debían extraerse los mejores materiales para la propia construcción" (W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozial- wissenschaften*, Frankfurt a. M., 1972, pg. 12).

(7) Cfr. Deutscher Bundestag., 8. Wahlperiode, Drucksache 8/212 de 22.3. 1977 (en una respuesta del gobierno federal):

"El gobierno federal no se ha cerrado nunca a unos efectivos controles de las leyes y de los reglamentos, sino que desde siempre se han realizado tales re- visiones. Todo colaborador en un Ministerio, responsable de un determinado sector, está obligado a considerar la eficacia y la conveniencia de los preceptos jurídicos significativos para su campo de trabajo en colaboración con los co- rrespondientes centros de los "Länder" o de la economía privada. Esta tarea se realiza, entre otros modos, por medio del aprovechamiento de la jurisper- dencia, del intercambio de experiencias con los numerosos comités y círculos de trabajo que se dan en las conferencias o encuentros entre ministerios espe- cializados o con los gremios de carácter interdisciplinar, que están establecidos para aconsejar al gobierno federal en los campos más diversos, y además por medio de solicitudes dirigidas a los centros y asociaciones que correspondan y no teniendo que estar pendientes de las peticiones que haga la gente. Esta clase de controles efectivos se apoya parcialmente en preceptos legales, que preven además que se informe periódicamente al Bundestag sobre sus resultados (Cfr. por ejemplo § 126 c de la "Bundessozialhilfegesetz", § 61 de la Bundes-Immis- sionsschutzgesetz, § 35 de la Berufsbildungsförderungsgesetz). Estas leyes esta- blecen las condiciones sobre las propuestas del gobierno federal sobre los cam- bios de leyes, propuestas que no serían posibles sin controles efectivos.

El gobierno federal tiene la intención, en este sentido, de prestar especial atención no sólo al problema de un control efectivo de los preceptos jurídicos, sino también y de modo más detallado a una crítica, metódica y comprensiva, de estas funciones. El gobierno federal no vacilará en hacer suyas las propues- tas practicables o que puedan ser efectivas para mejorar los instrumentos existentes".

encargos y cómo se suelen aplicar sus resultados por el legislador. Muchas veces se tiene la impresión de que las investigaciones de las ciencias sociales cumplen sólo unos objetivos dilatorios: por ejemplo, cuando en el ámbito político no se alcanza ningún acuerdo, se encargan informes. Con los resultados se justifican así muchas cosas. De parecida arbitrariedad puede caracterizarse también la aplicación de los resultados de las ciencias sociales empíricas a la *praxis de la administración y la justicia* (8). El juez Rasehorn hace escépticamente la observación de que está abierto a las ciencias sociales. Cree que se puede apreciar el avance de los peritos técnicos, especialmente en los procesos sobre construcción, y de los informes de los psicólogos en las cuestiones penales y en las sentencias sobre la asignación de la custodia de los hijos en los matrimonios divorciados. “El perito sociólogo, sin embargo, no me lo he encontrado en mis treinta años de actividad judicial. No se trata de ignorancia o de animosidad del juez respecto al saber sociológico. No puedo recordar ningún caso en que la consulta a un perito sociológico haya pasado a integrar los fundamentos que estructuran las decisiones dominantes en la práctica” (9). Verdad es que, según matiza él mismo, hay sectores jurídicos muy particulares (de los que él no se ha ocupado), en los que hacían falta informaciones sociológicas y se contó con ellas. Así se han solicitado sobre todo informaciones sobre los conocimientos y actitudes de la población (por ejemplo, sobre unas determinadas marcas y firmas) y en generales dictámenes demoscópicos sobre el tráfico. Pero tampoco sobre esto existen investigaciones sistemáticas (10).

La receptividad de la *praxis* jurídica respecto a las ciencias sociales no tiene, en verdad, que valorarse según el ámbito a que pertenecan los expertos en ciencias sociales. La exigencia de una formación

(8) Se ha divulgado la siguiente opinión de un importante juez americano: “La mayoría de las veces se encuentra no sólo un sociólogo para cada una de las partes que litigan, sino al mismo tiempo también un estadístico. Y yo digo a mis ayudantes: decidiré así y así. Se dirigen a la biblioteca y toman la documentación conveniente de carácter socio-científico”. Citado por E. KLAUSA, *Soziologie für Richter*, en Rotter/Dux/Lautmann, “Rechtssoziologie Examinatorium”, Heidelberg/Karlsruhe, 1980, pgs. 81-100 (99).

(9) TH. RASEHORN: *Soziologisches Wissen in Rechtspflege*, en “Soziologie” 2/1978, págs. 26-34 (30).

(10) Es importante referirse a la contribución de K. LÜSCHER, sobre la solución del problema si la emisión de un programa de televisión sobre la comisión de un delito que se ha cometido realmente pone en peligro la resocialización de un delincuente que está a punto de ser puesto en libertad. Cfr. K. LÜSCHER, *Jurisprudenz und Soziologie. Die Zusammenarbeit in einem konkreten Rechtsfall*, en F. Kübler, ed. *Medienwirkung und Medienverantwortung*, Baden-Baden, 1975, pgs. 82-113.

de los juristas que integrara las ciencias sociales y jurídicas, consiste precisamente en que los futuros prácticos del derecho deberían estar en condiciones de reconocer en qué casos las informaciones de las ciencias sociales pueden servirles de ayuda para así acudir a ellas y poder aprovecharlas. Esto presupone ciertamente un cambio fundamental en la actitud de los juristas respecto a la información. Otra posibilidad sería que, por parte de las ciencias sociales, las informaciones que se dan se hicieran también más accesibles a los no expertos, esto es, la bibliografía, y que la verificación de sus propuestas se hiciera según los intereses prácticos de los juristas, esto es, que los resultados inmediatos de la investigación se dispusieran de acuerdo con esta finalidad.

Sobre la relación de la *jurisprudencia académica* con los resultados de las ciencias sociales empíricas, Blankenburg/Steinert/Treiber distinguen, en el ejemplo de la discusión sobre el robo de comercio, lo siguiente:

- el nivel de yuxtaposición inconexa entre la discusión dogmática y las investigaciones “empíricas”, que a lo más son citadas como una concesión a los standards de cientificidad dominantes
- el nivel de la aplicación demagógica de los resultados empíricos, que sólo son tenidos en cuenta en tanto que se acomodan a la concepción jurídico-política
- y el nivel de una recepción fácil de los resultados empíricos, pero sin poderlos asimilar (11).

### III. Propuestas para la aplicación de las ciencias sociales a la praxis jurídica.

Son muchos los expertos en ciencias sociales que han aceptado el papel de ciencia auxiliar asignado a su disciplina por los juristas, y han formulado desde esta posición su exigencia de una aplicación de las ciencias sociales a la praxis jurídica. En este sentido se pueden distinguir tres grupos de cuestiones:

- (1) Por una parte, se ponen de relieve aquellos aspectos puntuales de la actividad del legislador y del staff jurídico respecto de los

(11) E. BLANKENBURG/H. STEINERT/H. TREIBER, *Empirische Rechtssoziologie und Strafrechtsdogmatik*, en “Kritische Justiz”, 1977, pgs. 126-146.

cuales ni siquiera se hacen hipótesis sobre la realidad y a propósito de los cuales los expertos en ciencias sociales podrían disponer o preparar informaciones más exactas. Estas afirmaciones pueden referirse tanto a un ámbito de normas jurídicas existentes, como también a las hipótesis sobre los efectos de otras posibles normas jurídicas. El reconocimiento de que ambas clases de hipótesis son frecuentes en la legislación ha contribuido, seguramente, a una mayor apertura hacia las ciencias sociales en este terreno. Se intentó, especialmente en la administración de justicia, poner de manifiesto la existencia de campos en los que los jueces podrían encontrar necesariamente afirmaciones comprobables empíricamente y de cuya corrección podrían juzgar competentemente los expertos en ciencias sociales, tomando como base un fondo de información ya existente y comprobado o mediante pruebas hechas por ellos mismos (12). Por lo general se trata, de esta manera, de introducir *argumentaciones empíricas* en los campos normativos. Al parecer, el saber acerca de los hechos o de lo empíricamente comprobable se acepta no sólo en relación con cuestiones de hecho, sino también en la fundamentación y justificación de las sentencias (13).

Los expertos en ciencias sociales no han intentado sólo distinguir en qué campos y de qué forma los juristas pueden utilizar un saber empírico, para cuya valoración el investigador social empírico se considera competente, e incluso más competente que los juristas, sino que también han hecho propuestas en el sentido de que los juristas deberían reforzar y apoyar sus decisiones en argumentaciones empíricas. Lo que el legislador (ordinariamente) considera ya como algo evidente (que sus decisiones deben orientarse según las consecuencias, según los efectos verificables), se amplió también ahora a la aplicación del derecho. Pero esto no es ninguna evidencia para la aplicación del derecho, en tanto que, por principio, se la considera como “condicionalmente programada”; es decir, la misión del juez consiste en aclarar unos hechos de tal modo que puedan ser subsumidos (o no) bajo un supuesto legal, vinculándose a ello una consecuencia legalmente prescrita. Cómo repercutirá la exigencia de la

(12) K. D. OPP ha trabajado (*Soziologie im Recht*, Reinbek, 1973), en la clarificación de estos puntos, que él ha clasificado como problemas de descripción, de aclaración, de prognosis, de medición y de valoración. Los jueces han de tratar de todos estos problemas y los expertos en ciencias sociales pueden colaborar convenientemente en su solución.

(13) Cfr. H. ROTTLEUTHNER, *Plädoyer für eine empirische Argumentationstheorie*, en “Argumentation und Recht”, en ARSP, Beiheft Neue Folge, Nr. 14, Wiesbaden, 1980, pgs. 87-118.

consecuencia jurídica sobre sus destinatarios inmediatos o sobre otros sectores, es algo que debería jugar un papel sólo cuando ese aspecto esté mencionado expresamente en la ley, como por ejemplo sucede con la fijación de la pena. La propuesta metodológica de orientar fundamentalmente las decisiones también según los resultados, es decir, en función de los efectos empíricamente verificables de un mandato-consecuencia jurídica, ha sido criticada a menudo como inconciliable con la vinculación del juez a la ley (14). Una formulación más precisa de esta regla metodológica, que podría evitar este malentendido, diría: al precisar los hechos y/o al precisar las consecuencias jurídicas, en la medida en que éstas dejen márgenes semánticos o de otro tipo para la decisión, elige las soluciones que conduzcan del modo mejor a los efectos empíricamente deseados (15).

Para poder apreciar los efectos que origina una determinación conceptual concreta o la particular ordenación de una consecuencia jurídica, es necesario, entre otros, un saber nomológico empíricamente comprobado, como el que las ciencias sociales podrían proporcionar.

(2) La contribución de las ciencias sociales no se agota sólo con suministrar información sobre el ámbito normativo y sobre los efectos de las decisiones legislativas, administrativas o judiciales. La investigación social empírica ha desarrollado una serie de métodos de recogida de datos —entrevistas, experiencias, análisis de contenidos, experimentos—, que también podrían encontrar aplicación en la praxis jurídica. Así, por ejemplo, se ha señalado a menudo que los jueces podrían aprovechar los conocimientos de la técnica de la entrevista para el interrogatorio de los acusados y testigos (16). Para la jurisprudencia académica, la consideración de los standards de análisis de contenidos podría resultar natural en la preparación sistemática del material de las decisiones. Los análisis de contenidos,

(14) Cfr. N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974.

(15) Cfr. en particular H. ROTTLEUTHNER, *Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung*, en "Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz", ARSP, Beiheft N-F, Nr. 13, Wiesbaden, 1980, pgs. 97-118. Se cuestiona sobre los resultados empíricos de la decisión. Los juristas clasifican frecuentemente las consecuencias jurídicas con las siguientes denominaciones: "efecto", "resultado", "consecuencia", cuando se trata del "resultado deseado", de una argumentación "a partir de ese resultado". Pero en el fondo de una aplicación del derecho, orientada según sus consecuencias, se están considerando los efectos empíricos de este "resultado".

(16) Cfr. K. D. OPP, *Soziologie im Recht* (Nota 12, pg. 49 ss. 92, 233 ss.; Th. RAISER, *Soziologie in Gerichtssaal*, DRiZ, 1978, pgs. 161-166 (161)).

hechos metódicamente, podrían poner un dique a la práctica —usual hasta la fecha— del casiusmo en los juicios (17)

(3) Pero las propuestas de las ciencias sociales no se limitan sólo a lo que se determina empíricamente o a los métodos empíricos. Para poder constatar en general circunstancias sociales, las ciencias sociales han de realizar muchas veces extensos estudios previos de carácter conceptual. Hay que precisar conceptos, hay que aclarar a qué circunstancias sociales pueden aplicarse los principios. Es decir, hay que concretar en proposiciones el significado de las expresiones particulares, de forma que sea posible delimitar, con ayuda de los métodos de recopilación de datos, si las circunstancias descritas se dan y en qué términos. Muchos o la mayoría de los términos usados por las ciencias sociales no responden a nada que sea directamente experimentable. Algunas variables, como estrato, renta, status, grupos, las diversas clases de variables de actitud y de relaciones sociales, tienen que ser antes “operacionados”, esto es, convertidos en “indicadores” experimentables para las variables (piénsese en las dificultades que plantea este trabajo con los indicadores de clase). Una gran parte de las tareas de las ciencias sociales consiste en este “trabajo sobre el concepto”.

Las precisiones conceptuales, las determinaciones semánticas de la significación contenida en las expresiones legales, constituyen también el centro de la interpretación jurídica. A los juristas se les enseña, entre otras cosas, cómo la administración de justicia y la doctrina “comprenden”, es decir, determinan el significado de los conceptos que hay en las normas jurídicas: por citar algunos ejem-

(17) Como ejemplos pueden señalarse: R. SCHUMANN, *Der Wortgebrauch des Bundesgerichtshofes zur Kennzeichnung der Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG*, Diss. Göttingen, 1973; E. EICHENHOFER, *Frequenzanalytische Untersuchungen juristischer Argumentation*, en “Rechtstheorie”, 1974, pgs. 216-222; H.-J. HOPP, *Qualitative Inhaltsanalyse höchstrichterlicher Entscheidung - Exemplarische Analyse der Fallgruppen: § 1634, § 1666 und 1671, EGB, jur. Diss. Frankfurt a. M.*, 1977; M. DOBERTHIEN, *Inhaltsanalytische Untersuchung weiblicher Rollenaskriptionen im Ehe- und Familienrecht, dargestellt am Beispiel von höchstrichterlichen Entscheidungen, Lehrbüchern und Kommentaren*, phil. Diss. Hamburg, 1978; F. JOST, *Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*, Berlin, 1979; F. PABST, *Der Begriff ‘Kampfparität’ in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Eine systematische Urteilsanalyse*, Königstein/Ts, 1980. Como trabajos ya clásicos: O. KAHN-FREUND, *Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts* (1971), en Th. Ramm, edit. “Arbeitsrecht und Politik”. Neuwied/Berlin, 1966, pgs. 149-210; W. DÄUBLER, *Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts*, Frankfurt a. M./Köln, 1975. Una visión general en: H. ROTTLEUTHNER, *Inhaltsanalyse juristischer Texte*, en R. Mackensen y F. Sagebiel, ed. *Soziologische Analysen. Referate aus den Veranstaltungen der Sektions Deutschen Gesellschaft für Soziologie und der ad-hoc-Gruppen beim 19. Deutschen Soziologentag*, Berlin 1979, pgs. 793-804.

plos, ¿qué ha de entenderse por “fuerza” en § 240 StGB?, ¿cuáles son las características de una “incautación”, qué constituye un “documento”, qué es un “daño”, una “obra”, una “parte esencial”, etc.? (18).

Pero lo cierto es que los jueces, en la fundamentación de sus juicios, no se limitan a utilizar expresiones que provienen de las respectivas normas a aplicar. Precisamente uno de los fines de la aplicación del derecho consiste en establecer si un hecho dado constituye o no un caso que se ajusta a una o varias normas, esto es, si es posible comprenderlos con ayuda de los predicados de la norma aplicada. En el ámbito de la fundamentación de los juicios se hacen extensas argumentaciones sobre la justificación de la interpretación y de la aplicación de una norma jurídica, en cuyas argumentaciones los términos legales no tienen por qué encontrar una incondicional aplicación. (Todo ello al margen del fenómeno de la evolución que los jueces puedan tener “extra lege”).

Por ello son frecuentes las referencias a situaciones que debían ser evitadas, a objetivos que el legislador intentaba alcanzar o que el tribunal considera oportunos, ocultos naturalmente tras una “objetiva” forma de hablar. Se trata, pues, del “mantenimiento de una democracia que funciona”, de la conservación de la “paridad conflictiva” entre las organizaciones económicas; o lo que es lo mismo de “los riesgos para la seguridad jurídica”, el “quebrantamiento de la confianza de la gente en una administración de justicia objetivamente justa”, la “salud pública”, el “bien del niño”, etc. Se trata, pues, de conseguir, de mantener, de evitar o de abolir circunstancias sociales, no cualesquiera “valores abstractos”. El experto en ciencias sociales intentaría reconstruir en ello una justificación para que en la práctica jurídica hubiera siempre (aunque encubierta una orientación de las decisiones según sus consecuencias sociales. Pero lo que molesta al experto en ciencias sociales ante esta forma “jurídica” de concebir los fines es su enorme vaguedad. Es prácticamente imposible establecer con propiedad cuándo una

(18) Además estudian el contexto, en que se encuentran las normas jurídicas. Por ejemplo en el BGB: los fundamentos de las demandas, interrupciones de la producción, la producción, la relación propietario-poseedor, intentan aclarar las reglas sobre el enriquecimiento injusto, etc. Las técnicas de resolución más rutinaria ofrecen, en este sentido, los primeros puntos de apoyo. La metodología jurídica frecuentemente utilizada trata con especial prioridad de los problemas conceptuales y presupone también, en el ámbito de la interpretación sistemática, que está claro en qué contexto se encuentran las normas correspondientes.

finalidad de esta clase o una situación semejante se realiza o se evita. Esta vaguedad puede parecer una manera de conseguir un consenso. En última instancia, cada cual puede hacerse su propia idea de “una democracia que funciona”, pero lo que se consigue así es únicamente encubrir momentáneamente un disenso. El experto en ciencias sociales esperaría, en lugar de una semántica política, una descripción más exacta de las situaciones y para ello él podría ofrecer su colaboración: ¿cuáles pueden ser las características del “bien del niño”, con qué indicadores se da “un riesgo para la salud pública”, etc.? Es verdad que los juristas han acumulado un amplio saber sobre los significados de los predicados legales (por ejemplo, en forma de comentarios legales), pero en lo que se refiere a la descripción no legal de las circunstancias sociales, podrían aprender mucho de los esfuerzos de carácter operativo de las ciencias sociales empíricas (19).

#### IV. Problemas de una comunicación de las ciencias sociales con la praxis jurídica.

El hecho de que las ciencias sociales constituyan una ayuda no significa que haya que reducir la jurisprudencia a la ciencia del derecho y con ello a un elemento de las ciencias sociales. Las ciencias sociales no son ya las únicas ciencias auxiliares para la jurisprudencia académica y para la praxis jurídicas, sino también la medicina y las ciencias naturales, así como las disciplinas técnicas aplicadas. Piénsese sólo en el papel de las ciencias naturales en el sector de la construcción, en el derecho del medio ambiente o en la autorización de instalaciones de energía atómica (20). Si bien la importancia de tales saberes aumenta, nadie tendría la idea de propagar una “ciencia del derecho como ciencia natural”.

Respecto a la praxis jurídica, las ciencias sociales sólo pueden cumplir, como las otras ciencias, una función auxiliar. El postulado de comprender la jurisprudencia e incluso de practicarla como una ciencia social se dirigía siempre a la *jurisprudencia académica*. La cientificación de ésta llevaría a una disolución de la necesaria comunicación entre doctrina académica y praxis jurídica. En su lugar

(19) Cfr. en este sentido también la indicación de K. D. OPP, *ibid.* (nota 12), pg. 228 y s., 235.

(20) Cfr. a este respecto F. OSSENBUHL, *Die gerichtliche Überprüfung der Beurteilung technischer und wirtschaftlicher Fragen in Genehmigungen des Baus von Kraftwerken*, en DVBl. 1978, pgs. 1-9.

se institucionalizaría la separación teórico-científica entre teoría y ámbito-objeto.

Pero esta expectativa en el campo de la teoría no afectaría sólo a las ciencias sociales, sino también a las disciplinas que generalmente se denominan "teoría del derecho". En este sentido se han sumado esfuerzos tan distintos como la clasificación de las diferentes partes de los ordenamientos jurídicos (¿qué clase de normas comprende un orden jurídico?), y la clarificación de conceptos jurídicos fundamentales. Un puesto relevante ocupan, en este sentido, las investigaciones normológicas, esto es, la aplicación del instrumental normológico a normas jurídicas. En definitiva, habría que contar con los principios de una teoría de la argumentación jurídica, puesto que de lo que se trata es de una reconstrucción lógica de la fundamentación de las decisiones (y no de dar instrucciones para la praxis de la fundamentación).

Por tanto, no habría que entender la ciencia jurídica únicamente como una ciencia social, sino que también incluiría, como un elemento más, los principios teórico-prácticos. Me limito ahora al aspecto científico-social y sobre todo al sociológico. Quisiera discutir cómo puede presentarse la relación de una ciencia jurídica sociológica con la praxis jurídica, cómo la unidad comunicativa que, en el contexto de un entendimiento dogmático de la fundamentación, forman la jurisprudencia académica y la jurisprudencia práctica, puede transformarse en una relación teóricamente distanciada entre ciencia jurídica y praxis jurídica. Me detendré primero en algunas experiencias que se pueden hacer desde el punto de vista de una investigación sociológica de la justicia, con los prácticos de la justicia, especialmente con los jueces, y terminaré con una explicación sistemática sobre el papel crítico de las ciencias sociales respecto a la praxis jurídica (V).

Cuando se informa a los prácticos de la justicia de los resultados de las investigaciones sobre la actividad judicial en las vistas y en las sentencias, sobre las opiniones y actitudes de los jueces, o también sobre los fenómenos del horizonte diario de su experiencia, es frecuente oír que todo esto no es nada nuevo. Los prácticos oscilan entre su tranquilidad, por el hecho de que los sociólogos no han descubierto nada sucio, y su fastidio, mezclado con la alegría por el mal ajeno, ante los resultados triviales. No se sorprenden de nada, se reconocen como en un álbum de fotos familiares, no aprenden nada en este sentido. Con un orgullo respetuoso el sociólogo advertirá:

— que él puede elaborar con más exactitud datos cuantificables (cuánto duran los procedimientos por término medio; qué tanto por ciento de acusados están representados por un abogado, etc.).

— que, sin embargo, ha analizado relaciones, *correlaciones* y que, por ello, puede proporcionar coeficientes explicativos (por ejemplo, entre la materia de los pleitos y el modo de conducirlos).

— que ha descubierto aspectos *informales* en el comportamiento de los jueces y en otras partes implicadas en el proceso, que no corresponden a los modelos oficiales de procedimiento de las normas procesales, o que al menos no están comprendidos en este ámbito.

— que ha introducido todo esto en un maravilloso *ámbito teórico* (teoría de la interacción, del conflicto, etc.).

Argumentar así ayudará poco al sociólogo. Los datos cuantitativos, exactos, en absoluto importan al juez, esto es, aumentan la carga de su trabajo o le dan algunas informaciones relevantes sólo para la administración judicial o penitenciaria. En la mayoría de los casos, las correlaciones establecidas y analizadas por los sociólogos se las suministran también a los prácticos, pero éstos encuentran dificultades para interpretar por sí mismos, en base a los datos aportados por los sociólogos, tales conexiones y la clase e importancia de las correlaciones. Pero confrontando los resultados de estas investigaciones, la verdad es que ellos siempre sabían ya de todo esto, quizás no con tanta exactitud, pero en cualquier caso no les eran totalmente desconocidos. Frente a los aspectos informales, el saber de los prácticos responderá quizás con una sonrisa cansada y el marco teórico les parecerá, más bien, un detalle decorativo, dada la incomprensibilidad terminológica de este peculiar adorno.

En tanto el sociólogo se mueva dentro del ámbito de la materia de los pleitos, del papel de los procedimientos, de las medidas procedimentales, de los valores en litigio, de la clase de ejecuciones, etc., esto es, dentro del horizonte de la experiencia jurídica, es posible el diálogo con los prácticos de la justicia. Así como el práctico puede entenderse con los juristas académicos principalmente sobre los standards relativos a la justificación de las decisiones, así también se puede entender con el sociólogo en lo referente a las experiencias cotidianas de la praxis judicial. La relación entre ambos se vuelve problemática cuando el sociólogo se sale del horizonte de la experiencia del práctico. Esto puede suceder de muchas maneras. Una de ellas es cuando el sociólogo enfrenta a un juez o a otro miembro

del staff jurídico con informaciones provenientes del *campo previo* a aquél en que se desenvuelve su actividad. El sociólogo puede contarles lo que no sucede precisamente ante el tribunal, lo que son los caracteres peculiares de las personas que presentan sus casos ante un tribunal. Lo mismo puede decirse de cuestiones como éstas: si y cómo los hombres, en el ámbito privado o jurídico-administrativo, hacen uso de sus derechos, o cómo las instancias de persecución y sanción proceden selectivamente, qué zonas oscuras del comportamiento no descubierto o no perseguido existen. Por otra parte, los sociólogos pueden informar sobre los *resultados* objetivos de las decisiones, sobre las cuales la justicia y la administración sólo en raros casos conservan influencia. Así, en la fundamentación de los juicios, es posible confrontar los argumentos relativos a una determinada sanción jurídico-penal, con los efectos de ésta en los sancionados. Por ejemplo, se podría investigar en cuántas ocasiones las demandas de protección ante la amenaza de despido, que se han resuelto positivamente, en la práctica han supuesto realmente la continuidad laboral. ¿Qué efectos tienen las sentencias de carácter preventivo en el desarrollo del niño? Los efectos de la legislación pueden ser comprobados de nuevo una y otra vez, pero esto no es posible respecto a los efectos de las decisiones judiciales o de las disposiciones administrativas (21).

Pero también cabe esperar una actitud abierta cuando las investigaciones de los sociólogos sobre aquellas zonas oscuras o sobre aquel "campo previo", sobrepasan la experiencia ordinaria de los juristas que actúan en la justicia o en la administración. Lo usual es que la relación entre praxis jurídica y expertos en ciencias sociales, especialmente los investigadores de la justicia, entren en crisis cuando éstos intentan descubrir, con ayuda de variables "externas", conexiones "objetivas". Esto queda de manifiesto en dos casos ejemplares de investigación. En numerosos trabajos sobre la justicia se pusieron de relieve los llamados caracteres fundamentales del tipo social de los jueces, tales como la profesión del padre en cuanto indicador de pertenencia a un estrato, o como las dimensiones del lugar de origen y la religión de bautismo. Estas variables se relacionaban con las características de sus actitudes que, por ejemplo, habían sido

(21) Cfr. a este respecto A. HELDRICH, *Höchstrichterliche Rechtsprechung als Triebfeder sozialen Wandels. Betrachtungen zur Entwicklung und Auswirkung der Judikatur des amerikanischen Obersten Gerichtshofs in der Rassenfrage*, en M. Rehbinder/H. Schelsky, Ed. *Zur Effektivität des Rechts*, "Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie", Vol. 3, Düsseldorf, 1972, pgs. 305-343 (se incluye referencia a la bibliografía americana).

comprobadas a través de entrevistas. Resultaba de ello que los jueces provinientes de una familia funcionarial católica y rural eran especialmente conservadores, lo cual se pensaba que cristaliza también en la praxis judicial. Se puede hablar de variables "externas" (profesión del padre, dimensiones del lugar de origen, religión) y de correlaciones "objetivas", en tanto que esas características y su conexión con sus posturas actuales se encuentran más allá de la percepción subjetiva, de la propia autovaloración del juez. De estos caracteres no se es responsable (22), ni se pueden cambiar, ni tampoco intervienen dentro de la orientación subjetiva del comportamiento: no se fundamenta una decisión en que el padre haya sido funcionario. La confrontación de tales correlaciones objetivas se toma más bien como una insinuación. De aquí que esta clase de investigaciones sobre la justicia haya sido motejada con el calificativo poco linsojero de una "sociología de la difamación"

De igual modo sucede con el segundo ejemplo. Los investigadores de la justicia, para explicar el comportamiento del juez, no recurren sólo a aquellos caracteres sociales básicos de éste (la sentencia es así, porque el juez es conservador, y es conservador porque tiene éste o aquél origen), sino también a las características de los casos que se han de fallar. Entre éstas se prestaba gran atención a la pertenencia de los acusados o de las partes a un estrato. Así se creía poder poner de relieve las correlaciones entre la pertenencia de los procesados a un estrato bajo y una sanción más dura que la aplicada a los de estrato medio, precisamente cuando las características jurídicamente relevantes del caso eran las mismas: gravedad del hecho, importancia de los antecedentes penales, posibilidad de reincidencia. Volvemos a encontrarnos aquí con la actitud de no reconocerse en esas correlaciones "objetivas". La pertenencia a un estrato, tal como los sociólogos la entienden, no es una característica especialmente decisiva, sino que por el contrario es meramente "externa". Consecuentemente, debe ser jurídicamente irrelevante, según el imperativo del trato igual.

En este punto, los prácticos y los sociólogos de la justicia hablan sistemáticamente sin entenderse entre sí. Los sociólogos creen haber descubierto conexiones ocultas, haber cuestionado la propia idea que los prácticos tienen de sí y el modelo de argumentación, así como haber clarificado los contenidos desconocidos o ideológicos. Los ju-

(22) Al margen de especiales situaciones políticas, en las que la mera pertenencia, por nacimiento, a un grupo social puede costar la cabeza.

ristas se sienten mal entendidos en su buena voluntad de vincularse sólo a la ley dentro de su esfuerzo diario por la justicia. ¿Pero será esta incompreensión mutua, esta falta de diálogo consecuencia de la separación entre teoría y ámbito del objeto? ¿Significa esto que es necesario hacer del ámbito del objeto el “objeto” en un mal sentido y acomodar los actores a él? Hay suficientes ejemplos decisivos sobre ellos en otros ámbitos científicos; piénsese en la psiquiatría o en gran parte de la psicología infantil (23). Esta falta de entendimiento sería fatal, si a causa de las condiciones sociales surge una asimetría, consolidada por relaciones de dominio, entre las teorías —que llegan a convertirse en saberes de dominación— y el ámbito del objeto, como ocurre entre médicos y enfermos psíquicos o entre educadores y niños. Tal relación de dominio no existe en nuestro caso. La praxis jurídica y los funcionarios de exámenes para la justicia podrían rechazar sin grandes dificultades los esfuerzos de los planificadores de estudios por establecer una perspectiva científico-social más exigente (24).

El hablar y no entenderse no tendría que terminar necesariamente en una falta de diálogo y en una terca conducta de compartimentos estancos; queda aun la posibilidad de una comunicación a través de la forma de una “ilustración sociológica”, ya sin tono triunfalista. La meta de una tal ilustración, por parte de los sociólogos, debería consistir en hacer integrables en el horizonte de comprensión de los juristas esos caracteres externos y esas conexiones objetivas. Ayuda poco confrontar a alguien con la profesión del padre, con su adscripción religiosa y con las dimensiones de su lugar de origen, si no se

(23) Cfr. en este sentido, B. BETTELHEIM, *Kinder brauchen Märchen*, München, 1980, pg. 139. “En esto estriba la tragedia de una gran parte de la ‘psicología infantil’: sus conocimientos son correctos e importantes, pero no redundan en provecho del niño. Los descubrimientos psicológicos ayudan al adulto a comprender al niño desde la perspectiva del adulto. Sin embargo esta comprensión del adulto sobre el desarrollo de los pensamientos del niño aumenta frecuentemente el abismo entre ellos. Ambos parecen observar el mismo fenómeno bajo puntos de vista diferentes, de modo que cada uno ve una cosa distinta. Si respecto a los adultos su visión de las cosas es correcta —en tanto que las cosas puedan ser vistas con objetividad y precisamente a través de los conocimientos del adulto—, entonces el niño se hunde en un sentimiento de desesperanza, que no sirve en nada para conseguir un entendimiento mutuo. El niño sabe quién tiene el poder en las manos y para evitarse dificultades y mantener la paz, se dice él, asiente al adulto. De este modo es obligado a hacer frente sólo a sus problemas”.

(24) Los que planificaban los estudios necesitaron también de “astutas” estrategias. Cfr. a este respecto las acusaciones con juegos de palabras de R. LAUTMANN, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*, Stuttgart, 1971, y A. HELDRICH, *Das Trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts? Überlegungen zur Einbeziehung der Sozialwissenschaften in die juristische Ausbildung*, en *JuS*, 1974, pgs. 281-288.

aclara perfectamente que esas variables remiten a unos modelos educativos concretos muy complejos y a sus efectos en las primeras actitudes en los niños, que pueden considerarse precisamente que son las que marcan su vida. La misión de los sociólogos sería una descripción detallada de estas situaciones y conexiones. Del destinatario jurídico se espera que aproveche estas descripciones para renovar sus propias experiencias y que recoja esos datos externos como una expresión abreviada de episodios de la propia vida. Respecto a las conexiones objetivas entre las propiedades jurídicamente irrelevantes de las personas, sobre las que los juristas juzgan, y respecto a su comportamiento en la decisión, la misión de los sociólogos sería reconstruir una mediación entre los caracteres externos de las partes y de los acusados y los factores jurídicamente relevantes: ¿en qué forma y por qué existe, por ejemplo, una relación entre antecedentes penales del acusado, posibilidad de resocialización y “vida conducida regularmente” —como topoi subjetivamente relevantes— y la pertenencia a un estrato? Así se puede señalar cómo, observando los modelos corrientes de fundamentación, se pueden originar efectos que objetivamente son discriminatorios.

El peso de la explicación caería exclusivamente sobre los sociólogos, si no se tuviera en cuenta cómo los juristas por su parte —y especialmente los jueces de lo penal— hablan *sobre* otras personas. Según la explicación esquematizada más arriba de la relación entre sociólogos y prácticos del derecho, los jueces de lo penal están muy alejados de sus “objetos”, de cuya historia vital ellos también hablan. ¿Qué acusado podría reconocerse en esos “datos sobre la persona” o en la forma jurídica de describir su comportamiento? La verdad es que en esa descripción no se ponen de relieve sólo los caracteres jurídicamente relevantes, sino que también se explican otros caracteres respecto de los cuales se da una información deformada, una relación de dominación asimétrica. “El condenado se ve obligado a hacer frente sólo a sus problemas”.

Una limitación ha de ser hecha aun, sin embargo, a la vista de las exigencias de una ilustración en contextos comunicativos. Las informaciones sociológicas desde una perspectiva externa, objetiva, tienen sus destinatarios no sólo en aquéllos de los que se habla. Así como la psicología infantil se dirige, pero no sólo de modo expreso, a los adultos, así también los resultados de la investigación sobre la justicia serían aplicables al legislador, a los parlamentarios y a la administración de justicia, y también a las instituciones y grupos

que puedan tener legítima influencia en la praxis jurídica. Tales informaciones podrían tener consecuencias para la organización de los tribunales o para orientar el proceso de reclutamiento de los jueces. Finalmente, también los abogados y otros potencialmente afectados podrían, con ayuda de dictámenes sociológicos, intentar satisfacer su interés en la prognosis de la actividad decisional de los jueces (25).

## V. Sobre el papel crítico de las ciencias sociales frente a la jurisprudencia.

En esta última parte quisiera poner de relieve, de modo sistemático, los puntos que llevan a las ciencias sociales a distanciarse críticamente respecto a la jurisprudencia. Entre estos puntos se incluye al mismo tiempo la propuesta a la jurisprudencia académica de que se comprenda a sí misma como una ciencia de la praxis del derecho, con todas las consecuencias de una relación difícil. En parte son puntos que permiten a las ciencias sociales comprenderse como ciencias auxiliares, pero también como ciencias críticas para la misma praxis jurídica.

1. Entre estos puntos podría señalarse la función de los expertos en ciencias sociales consistente en aplicar las teorías usuales empleadas en la praxis jurídica. Las teorías usuales son supuestos no comprobados, que no tienen que ser falsos, pero que se apoyan antes en vivencias plausibles que en una comprobación crítica de carácter sistemático. Los juristas, sin necesidad de atribuirse un nuevo papel, podrían aprender a distinguir en sus expresiones aquellas afirmaciones sobre hechos propias de tales teorías usuales, tendrían que estar dispuestos a encontrar las informaciones, obtenidas metódicamente, que existan al respecto y a considerar sus supuestos a la luz de estas informaciones. Este punto constituiría el núcleo de entendimiento de una ciencia social como ciencia auxiliar (vd. supra página y ss.). Para apreciar la utilidad de los datos ofrecidos por la ciencia social, los juristas tendrían que disponer de conocimientos

(25) Esta era por lo demás una finalidad explícita de la investigación americana sobre la justicia: perfeccionar las previsiones sobre la actividad de los jueces desde la perspectiva del abogado. Ciertamente las conexiones 'objetivas' tuvieron que ser traducidas también en estrategias procedimentales aceptables jurídicamente. No todas las características de un hecho sociológicamente relevante puede adaptarse al modo de argumentación forense.

básicos sobre los métodos de encuesta y de utilización de las estadísticas.

2. En el marco de la discusión sobre los ofrecimientos de ayuda de las ciencias sociales a la praxis jurídica, también se había indicado que los expertos en ciencias sociales podrían criticar las descripciones, muy inexactas, de las situaciones sociales deseadas/no deseadas, que realizan los juristas prácticos, y podrían proporcionar algún remedio con sus trabajos de operacionalización. La apertura del práctico del derecho en estos dos puntos no garantizaría el cumplimiento aún de las pretensiones de las ciencias sociales. Habría que exigir una conducta informativa y lingüística diferente, la cual debería consolidarse en el nivel formativo y en la organización de los tribunales (hacer accesible los datos aportados por las ciencias sociales). También se podría suponer escépticamente que los jueces, precisamente cuando han aprendido a identificar las afirmaciones sobre hechos, afirmaciones no comprobadas, renuncian posiblemente a expresarse sobre este tipo de afirmaciones. Ante la vaguedad al describir situaciones, ellos podrían llamar la atención sobre la función social de esta vaguedad: la fuerza estabilizadora de un consenso ficticio.

3. Otro aspecto de estas perspectivas críticas de las ciencias sociales respecto a la praxis jurídica las aleja aun más de una posible autocomprensión, concretamente, como un tercero neutral: la demostración de los contenidos ideológicos presentes en la aplicación del derecho ( y también en la legislación), cuyo elemento central independientemente de cómo se entienda y de cuáles sean sus componentes (26), es una deformación interesada bajo la apariencia de un trato igual. Tal deformación se podría demostrar por el hecho de que el investigador determina, desde sí mismo, los intereses "objetivos" de los afectados, por ejemplo, de trabajadores y empresarios (27) y con arreglo a ellos establece las decisiones y las fundamentaciones, o también se demuestra cuando se investiga empíricamente los efectos a corto y largo plazo de las actividades sobre sus destinatarios estatales. Entre estos efectos se contarían también,

(26) Cfr. a este respecto el intento de F. PABST *ibid.* (nota 17) de demostrar los contenidos ideológicos en los textos de los juicios con su estructura formalmente vacía, con una mezcla de diferentes formas de expresión (empíricas, normativas, definitorias) y con la utilización de experiencias ordinarias en lugar de un saber empíricamente comprobado.

(27) Así procede, por ejemplo, W. DÄUBLER, *vd. ibid.* nota 17.

por ejemplo, las tomas de postura y otras articulaciones de los intereses "subjetivos" de los (potencialmente) afectados.

4. En el ejemplo de la investigación sociológico-jurídica se muestra especialmente de qué forma la consideración del derecho, propia de las ciencias sociales, diverge de la mantenida por los juristas. Los expertos en ciencias sociales ponen en duda, por principio, algunos supuestos jurídicos fundamentales, aspectos esenciales de una manera profesional de ver el mundo o aspectos esenciales de una ideología de casta, que son propias de los juristas.

a) Ciertamente, cuando los sociólogos hablan sobre el derecho "válido", trabajan también con un concepto jurídico de validez, que se refiere concretamente a la correcta producción de las normas jurídicas. Pero al mismo tiempo se dedican a un estudio sistemático respecto a si las normas jurídicas *válidas* son también *efectivas*. Este problema entra dentro del horizonte de atención de los juristas sólo cuando una considerable falta de efectividad amenaza al mismo tiempo la validez de una norma jurídica (por ejemplo, un alto número de abortos, de robos de tiendas, etc.), o sea, cuando la efectividad social es tematizada como una condición de la validez. Mucho antes de llegar a estos casos extremos, los sociólogos del derecho están interesados en saber, de modo sistemático, de qué forma y en qué medida las normas jurídicas válidas se aplican y se cumplen y qué efectos ocasionan su aplicación y su cumplimiento (como también su incumplimiento). Y se preocupan de estas cuestiones tanto en relación con los objetivos que el legislador ha perseguido con la creación de la norma, como también en relación con las consecuencias sociales "objetivas", no previstas (28).

b) Juristas y sociólogos del derecho quieren averiguar de qué forma el *staff* jurídico aplica las leyes. Pero su forma de observación es muy distinta. Mientras los juristas se interesan por la fundamentación de las decisiones, critican y reconstruyen el sistema argumentativo, los sociólogos de la justicia acentúan la importancia de los caracteres "externos", que propiamente son irrelevantes en el contexto jurídico de la justificación y que incluso son ilegítimos: las

(28) Sobre los problemas teóricos de la investigación sobre la efectividad, cfr. H. ROTTLEUTHER, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Freiburg/München, 1981, Parte C III; sobre algunos ejemplos de la aplicación, vd. también A. DIECKMANN, *Die Befolgung von Gesetzen*, Berlin, 1980, y R. ELLERMAN, *Einige Bemerkungen zur Effektivitätsforschung im Rechts*, (publicada próximamente en Westdeutscher Verlag).

cualidades de las personas o las características extrajurídicas de los casos (vd. pg. ... y ss. del original) y la conexión “objetiva” con las decisiones promulgadas. Los sociólogos están más interesados —dicho brevemente— en correlaciones que en argumentaciones. Así, al plantear la investigación, ponen en duda ya la realización del postulado del igual tratamiento (¡no el postulado mismo!); así investigan la influencia del origen del juez o de la pertenencia de clase de los acusados sobre la praxis judicial o descubren, en el marco de aplicación de la pena, mecanismos de selección específicos de clase, sin que con ello quiera decirse que el *staff* jurídico actúa “arbitrariamente” en sentido jurídico lesionando su vinculación a la ley.

Mientras los juristas describen generalmente el desarrollo de los procesos administrativos y judiciales en términos de normas procesales o de otras reglas de procedimiento, los sociólogos están frecuentemente interesados sobre todo en aspectos informales del proceso, que no pueden describirse con la ayuda del vocabulario jurídico: ¿qué uso hacen los jueces de “la libre apreciación de la prueba”? o cuando en los procesos judiciales, civiles o laborales, se afirma que en cada fase del procedimiento se ha de aspirar a un acuerdo amistoso, ¿qué estrategias de acuerdo utilizan realmente los jueces?

c) Los sociólogos ponen sistemáticamente en duda la hipótesis de la racionalidad, frecuente entre los juristas, según la cual todo aquel que tiene una pretensión jurídica puede hacerla valer y realizarla. En cambio, en la investigación sociológico-jurídica de los últimos años se han planteado preguntas de esta clase: ¿quién y bajo qué condiciones desarrolla y articula “una necesidad jurídica”?, ¿de qué depende el que determinados derechos subjetivos se pretendan y finalmente se impongan?, ¿qué barreras institucionales frenan o impiden el “acceso al derecho”?, ¿qué carencias subjetivas dificultan el uso del derecho?, ¿qué posibilidades hay para la neutralización y compensación de tales barreras y carencias hasta llegar a una compensación de las conductas por el juez?

d) Muchas normas jurídicas, especialmente del derecho penal, son reglas del comportamiento en forma de mandatos o prohibiciones, que aspiran a ser válidas independientemente de la opinión subjetiva y de la actitud de sus propios destinatarios. En estas normas se manifestarían concepciones básicas comunes, y constituirían por ello y en cierto modo el común denominador social. La llamada teoría del reconocimiento subraya que el derecho sólo puede existir me-

diante la aceptación social. Para los sociólogos del derecho algo no está claro en esta visión jurídica y filosófico-jurídica de las cosas: no distingue claramente si aquí se presentan postulados o afirmaciones de hecho (al legislador inteligente, al destinatario jurídico de buena voluntad). Los sociólogos del derecho se esforzarían —y así lo han hecho realmente (29)— por descubrir cómo son realmente las opiniones y las actitudes de la gente sobre el derecho y qué sabe propiamente la gente sobre las leyes. Así se ha investigado si determinadas acciones se consideran ilegales, si son enjuiciadas como más o menos reprobables, si deberían ser sancionadas legalmente y con qué gravedad y qué otras sanciones se considerarían eventualmente adecuadas, si hay que actuar generalmente conforme a la ley, etc. Aquí se revela un relativismo, como también en el plano de la comparación entre culturas, que a unos hace dudar quizás más de la validez de las investigaciones y a otros de la textura normativa de una sociedad. En todo caso se ve afectada la evidencia de la hipótesis jurídica del consenso y se refuerza la necesidad de la fundamentación jurídico-normativa.

e) Cuando los juristas hablan de la praxis jurídica —no sólo sobre el “law in the books” (que significa aquí: los códigos), sino también sobre el “law in action” (que también ellos conocen y no sólo los sociólogos)— se limitan casi exclusivamente a las decisiones de los tribunales superiores y supremos y entre éstas a las decisiones publicadas. Sin embargo, las publicaciones de los juicios suponen sólo una parte de las decisiones realmente producidas, incluso a nivel de los tribunales supremos, y no tienen por qué ser representativas. Tales publicaciones forman sólo una pequeña parte en comparación con la cuantía total de las decisiones jurídicamente vinculantes o de otras resoluciones judiciales. El interés de los sociólogos del derecho está dirigido, en cambio, más a la praxis ordinaria, incluso de las instancias inferiores. En este sentido la base de la información jurídico-académica se encuentra sumamente limitada.

f) La orientación a la praxis judicial establecida respalda otra evidencia del mundo de los juristas: que en el caso de conflictos sociales jurídicamente relevantes, la intervención de los tribunales representa, por principio, un paso apropiado para su solución. No se trata sólo de que el “cauce jurídico” esté generalmente garantizado, sino más bien de que su utilización constituye, por así decirlo, el

(29) A. PODGÓRECKI/W.KAUPEN/J. VAN HOUTTE/P. VINCKE/W. KUTSCHINSKY, *Knowledge and Opinion about Law*, London, 1973.

cauce jurídico por excelencia para la solución de los conflictos. Por el contrario los sociólogos muestran las numerosas alternativas existentes frente a las formas institucionales de la justicia para dirimir los conflictos y desarrollan incluso nuevos modelos de resolución de los litigios (30). Desde el punto de vista de una teoría de los conflictos, una resolución realizada en la forma institucional de la justicia —cuando no se trata meramente de una cierta documentación de relaciones anónimas— aparece más bien como un modo de liquidar los problemas ocasionados por la ruptura de unas relaciones sociales. Sólo en casos muy raros aparece como un modo apto para fundar el consenso en unas relaciones personales estables.

g) Los juristas acostumbra a ver el mundo a través de unas gafas normativas, esto es, describen ante todo los datos con la ayuda de conceptos contenidos en normas jurídicas y desarrollados doctrinalmente, lo cual lleva consigo, entre otras, la consecuencia anteriormente mencionada: que difícilmente consideran los aspectos informales del desarrollo del procedimiento o de otras formas de comportamiento jurídicamente reguladas. Ahora bien, los sociólogos del derecho utilizan también ese tipo de conceptos jurídicos, por ejemplo cuando ordenan los objetos de los litigios o delitos particulares según clasificaciones jurídicas; cuando correlacionan las formas de resolución con el valor objeto del litigio y/o con la representación por abogados; cuando analizan las formas de asociación practicadas, etc. No es, pues, absurdo caracterizar la llamada investigación de los hechos jurídicos precisamente por este motivo, porque se sirve precisamente de una forma jurídica de descripción, por muy difícil que sea una determinación clara de lo “jurídico” en el caso concreto. Ciertamente la sociología jurídica supera todo esto cuando emplea términos extrajurídicos o bien expresiones compartidas con los juristas, pero con otra significación (como, por ejemplo, clase, papel, interacción, comunicación, poder, dominio, ideología, etc.); y cuando comprueba las conexiones obtenidas con consideraciones teóricas, provenientes de la teoría de los roles, de la investigación de los conflictos, de los principios de la teoría de la comunicación,

Junto a esta diferencia aun se puede añadir conceptualmente otro aspecto más general. La crítica al derecho formal burgués, que hace abstracción de todas las características concretas-individuales, se

(30) Cfr. E. BALNKENBURG/E. KLAUSA/H. ROTTLEUTHNER, Ed. *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, “Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, Vol. 6, Opladen, 1980.



puede reformular en el sentido de que los conceptos del derecho privado permiten describir el mundo sólo de una determinada manera, y no comprenden muchísimas características que interesan a los psicólogos y a los sociólogos. Compárese, por ejemplo, la pobreza de caracteres del concepto jurídico de persona con las descripciones de las teorías psicológicas de la personalidad, o la doctrina de la voluntad en el derecho privado con las concepciones sobre las motivaciones provenientes de la psicología social (31). En las normas del derecho privado tales caracteres, que precisamente son comprendidos en la construcción conceptual de la sociología y de la psicología, aparecen sistemáticamente oscurecidos, por ejemplo, datos sobre la posición social, competencias prácticas, etc. En cuanto se puede hablar aquí de una desfiguración jurídico-formal, en este punto corresponde a las ciencias sociales una función de crítica de la ideología.

h) Pero los juristas se distinguen de los expertos en ciencias sociales no sólo por la forma de describir, sino también por la forma de explicar los fenómenos sociales. O más bien la diferencia está en que los juristas, en general, están poco interesados en explicaciones, esto es, en una respuesta empírica a las preguntas sobre las causas, y más bien en *justificaciones* o en su reconstrucción. Los juristas buscan buenas razones para las decisiones, miden las decisiones producidas por los standards referentes a la consistencia dogmática interna y a la rectitud material. Para ello se apoyan especialmente en una metodología jurídica (normativa) (vd. supra pg. ...); una teoría jurídica de la argumentación (32) se ocupa de una reconstrucción de los contextos de fundamentación, en cuanto ésta puede ser considerablemente instructiva para la futura praxis jurídica; finalmente la filosofía del derecho proporciona la cobertura de unas fundamentaciones generales, de unos meta-criterios sobre las normas jurídicas para la justificación y a veces también para la crítica de las instituciones sociales y estatales. La carga ordinaria de la justificación se ve, sin embargo, facilitada al jurista práctico a través de una serie de rutinas, extraídas de esa red densamente tejida de normas jurídicas. Sólo en casos muy raros o en una construcción concienzuda acuden al campo filosófico-jurídico.

(31) El concepto de acción según el derecho penal puede contrastarse ciertamente con las teorías sociológicas de la acción; algunas contribuciones filosóficas sobre una teoría analítica de la acción podrían aprender de la dogmática del derecho penal.

(32) Como, por ejemplo, ha mostrado R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, a. M., 1978.

Normalmente el jurista práctico se mueve sobre los sedimentos, consolidados dogmáticamente, de la filosofía práctica en general y de la filosofía del derecho.

Los expertos en ciencias sociales intentan explicar por qué ocurre el caso, o intentan predecir qué caso ocurrirá y por qué. No justifican y critican directamente, aunque ello depende de los standards metódicos de científicidad. En todo caso pueden suministrar las llamadas recomendaciones técnicas, la ayuda de con qué medidas se puede alcanzar una meta propuesta y de qué otros efectos podrían producirse con ellas. Muchas veces tendrán que contentarse con indicaciones sobre un conjunto de condiciones marginales que deben ser tenidas en cuenta y que son más o menos variables.

5. La distinción entre explicación y justificación, la contraposición entre sociología jurídica y jurisprudencia/filosofía del derecho me ofrece la oportunidad de examinar una vez más, como conclusión, la relación entre estas disciplinas desde otra perspectiva. Si se considera el desarrollo de la sociología del derecho, por un lado, y de la jurisprudencia y la filosofía del derecho, por otro, antes y después de 1933 en Alemania, llama la atención el hecho de que no puede hablarse de una sociología jurídica bajo el dominio nacionalsocialista. En cambio juristas y especialmente filósofos del derecho contribuyeron gustosamente a la legitimación de aquel sistema injusto. ¿Se debe solamente a que los sociólogos del derecho alemanes y los investigadores de los hechos jurídicos de los años 20 y 30 fueron obligados a emigrar después de 1933 por ser judíos y/o socialistas (Arthur Nussbaum, Hugo Sinzheimer, Erns Fraenkel, Otto Kahn-Freund, Ludwing Bendix, Otto Kricchheimer, Franz Neuman, Theodor Geiger)? (33). ¿Corresponden casualmente los calificativos de judío/socialista sólo a los sociólogos del derecho? ¿O existe una conexión entre un "determinado ámbito" académico y una posición social marginal, una conexión entre una actitud política crítica frente a unas relaciones de dominación y una manera científica de ver las cosas, que al menos puede ser crítica frente a la jurisprudencia? Una excepción ilustrativa es el caso de Marx Rumpf (nacido en 1878), el cual ya se había destacado a comienzos de siglo con algunos trabajos sobre la justicia y que realizó también en los años 20 diversas contribuciones de sociología jurídica (34). Después de

(33) Su clásica obra "Vorstudien zur Soziologie des Rechts" fue elaborada en su exilio de Dinamarca y publicada en 1947.

(34) *Was ist Rechtssoziologie?*, en AcP 122 (1924); *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft?*, Nürberg, 1929.

1933, sin embargo, se pasó al terreno de la etnología, de la sociología de las nacionalidades (35).

Si se compara esta regresión teórica con la extensión y el fervor de las efusiones filosófica-jurídicas después de 1933, si se compara el desinterés de los grupos político-científicos más influyentes por la investigación sociológico-jurídica con el ardor filosófico-jurídico, que unía los altos representantes de la profesión jurídica con los grandes del nazismo como Göring, Freisler, Frank y Rosenberg en actos y publicaciones, se podría sostener la tesis de que la sociología jurídica, como disciplina necesariamente crítica, se distancia de esa función legitimadora de la filosofía del derecho. Las dos disciplinas fundamentales para la jurisprudencia, serían en realidad muy distintas. Ambas llegan a ser probablemente irreconciliables en la medida en que el velo ideológico, que los filósofos del derecho ayudan a tejer, se hace más tupido sobre las relaciones de dominio realmente existentes. La misión de la sociología del derecho, como la de las ciencias sociales en general, sería desgarrar ese velo y hacer patentes las discriminaciones fácticas, las sanciones y las brutalidades ocultas bajo aquel velo. Ellas habrían podido conservar la relación con la realidad, esa relación que faltaba a los filósofos del derecho después de 1933. Estos, en medio de un pathos populista y revolucionariamente entusiasta, movilizaron el fundus de los bienes culturales burgueses, conjuraron los grandes espíritus de la historia. Lo que realmente sucedía permaneció para ellos oculto tras su propia proclama de valores. Un ejemplo escandaloso fue el caso de Wilhelm Sauer, el cual después de 1933 vió enfáticamente resucitado el “espíritu divino” en el pueblo alemán. Llegó a concebir todo aquel movimiento sólo como un conjunto de banderas con los más altos valores inscritos en sus estandartes. Después de 1936/37, cuando ya no pudo ignorar la persecución de los judíos, de ninguna manera se distanció de ese cielo de valores. En lugar de comprender estos valores como frases vacías que son útiles para todos los “movimientos”, interpretó la dominación nazi con una actitud bellamente espiritualista, como una traición a esos valores (36). Junto al grupo de filósofos del derecho oficiosos del nazismo, que razonaron hasta alcanzar el final más

(35) Por ejemplo: *Deutsches Bauernleben*, 1935; *Bauernhof am Grosstadtrand*, 1939. En su bibliografía sociológico-jurídica, M. REHBINDER demuestra que hay un solo trabajo en lengua alemana, que no fue escrito en el extranjero ni tampoco por un extranjero durante la época de finales de 1933 a 1945 y es K. ERBACH, *Die bäuerliche Erbsitte im rechtsrheinischen Bayern*, 1935.

(36) Cfr. a este respecto la autobiografía de SAUER, *Leben und Lehre*, Berlin, 1958.

amargo (como W. Schönfeld y Karl Larenz), se formó un círculo de filósofos del derecho (como Emge, Sauer, Erik Wolf, Radbruch), los cuales a partir de los años 1936/38 emprendieron la emigración interior hacia los valores eternos. Yo creo que en este periodo se preparó el renacimiento del derecho natural producido después de 1945.

Lo sorprendente en la evolución del pensamiento jurídico en Alemania Occidental después de 1945 es que la filosofía del derecho fue movilizada para otro cambio radical. La consumación del pasado tuvo lugar, de nuevo, a través de otra juramentación de valores. El derecho natural —había también un derecho natural nacionalista— volvió otra vez con su eterno retorno. En general los valores que se perseguían después de 1933 y después de 1945 se parecen de modo fatal (después de 1945 verdad es que con perfiles populistas y nacionales), pero siempre eran los mismos. Una “consumación” científico-social de la praxis jurídica del nacionalsocialismo no tuvo lugar hasta los años 60. A partir de esta época, en mayor o menor medida, empezaron a darse planteamientos sistemáticos sobre la praxis jurídica propia del nacionalsocialismo y sobre las tendencias de la jurisprudencia académica de ese tiempo (37). La consideración científico-social del orden jurídico fascista atendió las condiciones socioestructurales, bajo las cuales se manifestaban los conocidos fenómenos, como la coexistencia de una superorganización jurídica y la ausencia de estructura, como la vinculación jurídica y el cumplimiento de unas grandes exigencias ideológicas, como la técnica jurídica reglamentaria y la prostitución política de los teóricos del derecho, tanto los dogmáticos como los filósofos del derecho (38). Estas consideraciones se extenderían también a los diferentes mecanismos sociales, que conducían a una, aunque inestable, superación del nacionalsocialismo en las dos partes de Alemania (39).

(37) En este sentido está la serie editada por H. WEINKAUFF, *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus*. Stuttgart, 1968 y ss.

(38) Aun puede considerarse como una exposición, temprana y amplia, la de F. NEUMANN, *Behemoth: The Structure and Function of National Socialism, 1933-1944*, New York, 1944 (1.<sup>a</sup> ed. 1942).

(39) Desde una perspectiva sociológica observa en este sentido Luhmann: “La reacción adecuada ante el nacionalsocialismo fue no el precario restablecimiento del derecho natural en las cabezas de algunos juristas, sino el resuelto restablecimiento de la importancia de las cuestiones económicas en la sociedad moderna”. (*Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, en R. LAUTMANN/W. MAIHOFFER/H. SCHELSKY, ed. *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, “Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, Vol. 1, Bielefeld, 1970, pgs. 175-202 (201).

Las ciencias sociales intentan comprender las condiciones, bajo las cuales se desarrolla ante todo el trabajo del jurista. En este sentido el programa de una jurisprudencia, que se entiende a sí misma también como ciencia social, implica la propuesta y la promesa de reflejar los presupuestos de la propia actividad jurídica.