

Jürgen Basedow, Discurso de aceptación*

50 años de ciencia jurídica y de transformación de la metodología

Señora Rectora Magnífica de la Universidad de Valencia

Señor Decano de la Facultad de Derecho

Autoridades académicas, colegas y amigos

Algunas instituciones son tan antiguas y venerables que sus inicios se pierden en la oscuridad de los tiempos. Es entonces labor de los historiadores explorar sus inicios y determinar su año de fundación con la mayor exactitud posible. La historia de la Universidad de Valencia parece que escapa de tales apreciaciones, algo arbitrarias. Su fundación se atribuye al Papa Alejandro VI y al rey Fernando el Católico en el año 1502, aunque existía ya desde el siglo XIII una institución de enseñanza superior en Valencia. Sus fundadores, sin embargo, no fueron tan ilustres y no pudieron dar a la Universidad el esplendor que le concedieron los dos mencionados príncipes del Renacimiento.

En todo caso, el académico que hoy es acogido en su Universidad gracias a la concesión de un doctorado honoris causa, nunca ha pertenecido a una institución tan antigua y venerable. Todas las Universidades en las que he enseñado pueden considerarse recientes en el mundo académico europeo. La más antigua de ellas es la Universidad de Hamburgo, que este año celebra su primer centenario. Para instituciones como la Universidad de Valencia, que conecta con la nobleza intelectual del Renacimiento, puede

* Quiero agradecer al profesor *Carlos Gómez Ligüerre* (Universidad Pompeu Fabra) la traducción de este discurso del original en alemán.

parecer una advenediza. Es para mí un orgullo y un honor formar parte de su comunidad académica.

Se trata, en todo caso, de instituciones científicas del siglo XX, que habían sido fundadas con el objetivo de unir las tradiciones intelectuales europeas con los problemas sociales de la Modernidad. Toda Universidad, antigua o nueva, debe ocuparse de ellos. Estos problemas se reflejan con frecuencia en la transformación de la metodología científica de toda disciplina, pues proponen nuevos métodos. Me gustaría explicar esto a continuación, en el marco de la ciencia jurídica y desde mi propia experiencia, acumulada en los últimos 50 años. Desde que inicié mis estudios de Derecho en el año 1969, he pasado la mayor parte del tiempo en Alemania, aunque las estancias de estudios e investigación en muchos otros países y el contacto habitual con juristas de todo el mundo han agudizado mi visión sobre la transformación, gradual pero evidente, de los métodos de nuestra disciplina. Una transformación que se puede resumir en cuatro conceptos clave:

- Orientación práctica,
- Internacionalización,
- Investigación en equipo,
- Interdisciplinariedad.

Permítanme explicar con detalle los cambios a los que me refiero.

Orientación práctica

En la primera mitad del siglo XX y hasta bien entrados los años 70, la ciencia del derecho estuvo fuertemente orientada a los principios, junto a una general concepción positivista. Los principios son, sin duda,

necesarios, pues moldean el sentido del derecho. No obstante, su significado solo es útil para la vida real cuando se consideran otros principios, con frecuencia contradictorios, y la realidad social en la cual los principios deben aplicarse. Algo que no solía ocurrir.

¿Por qué? En algunos países, así sucedía en los países socialistas pero quizá también en España, la causa fue que las propuestas y opiniones concretas podían contradecir las directrices de la autoridad y poner en peligro a su autor. En suma, seguía vigente la actitud idealista del siglo XIX. Conforme a ella, la vida debía ajustarse a los postulados teóricos del orden social y no al revés.

Un ejemplo lo muestra claramente: el principio de la «unidad del ordenamiento jurídico» suena bien y viene utilizado frecuentemente en el análisis del derecho. La idea de ausencia de contradicción entre las normas vigentes, sin embargo, debe rechazarse en la medida en que las reglas del derecho constitucional, de los derechos humanos y del derecho de la Unión Europea han influido sobre los ordenamientos nacionales. Así es porque estas materias jurídicas no pueden ser entendidas como un sistema unitario, sino como valores que fundamentan el ordenamiento jurídico. Esto ha tenido como consecuencia, que nuestra disciplina, junto a la doctrina centrada en un análisis sistemático, ha desarrollado una segunda concepción centrada en valores concretos y finalidades políticas. De esta forma, se trasladan al centro del debate las concretas situaciones de conflicto.

Algo parecido sucede con otro principio, el de «prohibición de enriquecimiento de la víctima de un daño». Lo que a primera vista parece lógico, tras un análisis más detenido plantea la pregunta sobre las consecuencias que provoca. ¿Qué significa la prohibición de

enriquecimiento como consecuencia de la indemnización cuando, por ejemplo, se reduce el valor de mercado de un vehículo a resultas de un accidente cuando el propietario no tiene intención de venderlo y, por tanto, sufre una pérdida de valor solo *in abstracto*? ¿Puede el propietario reclamar del causante del daño una indemnización equivalente a esa disminución de valor, o la compensación provocaría en ese caso un enriquecimiento de la víctima? Y ¿qué sucede cuando se destruye una cosa usada que solo puede ser sustituida por una cosa nueva? ¿Puede la víctima del daño reclamar una cosa nueva aunque, entonces, se enriquezca?

En los últimos 50 años podemos observar una clara inclinación de la ciencia del derecho hacia estos problemas concretos y, por ellos, hacia cuestiones prácticas. A la vez, se entra en un diálogo con la Justicia en la que se refleja la realidad jurídica. De este modo, la ciencia del derecho se ha convertido en una ciencia social, lo que supone una ventaja para el papel que el derecho representa en la sociedad. Sin embargo, dedicamos hoy poco tiempo a la explicación y clarificación de los principios, que pueden contradecir la realidad y que contienen un potencial importante para su crítica. La creciente orientación a la jurisprudencia y la creciente especialización de la legislación conllevan el riesgo de un positivismo reincidente y orientado a nuevas finalidades.

Internacionalización

Tradicionalmente, la ciencia del derecho fue nacional. El estado nacional era considerado desde el siglo XIX como el último origen de todo derecho y la visión más allá de las fronteras nacionales era un lujo al alcance de muy pocos. Con frecuencia, se desaconsejaba al estudiante que lo hiciera. Muchos temían que estudiar en el extranjero le confundiera. Se pensaba que había que dominar el derecho nacional antes de estudiar el derecho

extranjero para estar en condiciones de apreciar mejor las ventajas del derecho propio. Sin embargo, después de acabar los estudios, las obligaciones profesionales y familiares dejaban poco tiempo para conocer en profundidad el derecho extranjero. El resultado, que también se refleja en la literatura jurídica de varias generaciones, fue el frecuente aislamiento intelectual respecto de ideas e influencias procedentes de otros países.

Evidentemente, esta situación ha cambiado. La apertura internacional de los sistemas jurídicos, que se produce tras la Segunda Guerra Mundial con la creación de un nuevo orden multilateral y con el proceso de europeización, es una realidad en la ciencia del derecho. Empezaron las universidades americanas, con su oferta de programas máster de un año de duración y de ellas aprendieron otros en Europa y en el resto del mundo. Muchas familias enviaron a sus hijos a estudiar al extranjero ese tipo de cursos. Desde los años 80, el programa Erasmus de la Unión Europea ha promovido esa apertura de manera sostenida. Actualmente, gracias a ese programa, una considerable parte de los estudiantes de derecho – las cifras se aproximan a un 10% – han tenido la experiencia de conocer un derecho extranjero.

Por esta razón, el propio derecho nacional ha perdido el monopolio en la mente de muchos juristas. A la vez, la lengua inglesa se ha convertido en la *lingua franca* de una comunidad de juristas internacionales. Aunque el proceso implica una cierta pérdida de diversidad cultural, la lengua inglesa garantiza el entendimiento entre las élites jurídicas internacionales. De manera paralela a la creciente influencia de la lengua inglesa, ha cambiado el mundo de las publicaciones jurídicas: junto a revistas especializadas dirigidas al público nacional, aparecen cada vez más revistas en lengua inglesa dirigidas a una comunidad europea e internacional de juristas.

Este cambio ha dejado profundas huellas en el pensamiento jurídico. Es cierto que el derecho comparado apareció como disciplina académica en la segunda mitad del siglo XIX, pero durante décadas se trató solo de descubrir las diferencias entre los derechos nacionales. Se quería sobre todo conocer el derecho de otras jurisdicciones. Solo después de la Primera Guerra Mundial comienza el proceso de internacionalización del derecho comparado, del que son buenas muestras instituciones como UNIDROIT en Roma, la «Académie internationale de droit comparé» o el Instituto Max Planck de derecho extranjero y de derecho internacional privado, actualmente ubicado en Hamburgo.

En estas instituciones se originó una corriente de pensamiento que no tuvo en cuenta las fronteras y que provocó que en muchos países se tuvieran en cuenta ideas procedentes del extranjero para el desarrollo del propio ordenamiento jurídico. En lugar de una actitud apologética, que sobre todo pretendía fundamentar la superioridad del derecho propio, apareció poco a poco una reflexión funcional. La pregunta era cada vez más: ¿Qué soluciones ofrecen los diferentes sistemas jurídicos en respuesta a un concreto problema social o económico al que se enfrentan de igual manera diferentes países? Esta postura se ha impuesto y predomina hoy en día en casi todo el mundo.

Las expectativas ajenas al derecho promovieron esta nueva manera de pensar. Pienso, en especial, en el anhelo de armonizar el derecho nacional en determinados ámbitos especializados en interés de la distensión política o de la integración económica. Ya antes de la Primera Guerra Mundial, estas aspiraciones habían puesto los fundamentos de algunas prácticas transnacionales, por ejemplo, en el derecho marítimo. Tales aspiraciones han experimentado desde 1950 un crecimiento exponencial con la liberalización del comercio internacional y la creciente integración europea.

Este deseo político por la homogeneización del derecho impulsa a la ciencia jurídica a mirar más allá de las fronteras, a buscar similitudes reales o posibles entre las reglas legales e, incluso, a deducir mejores soluciones de la comparación entre regulaciones nacionales.

Este cambio en la ciencia jurídica también provoca una mayor atención a problemas concretos del orden social y económico. De nuevo, puede hablarse de una aproximación de la ciencia jurídica a las ciencias sociales. La aproximación incrementa la utilidad del derecho para la sociedad y la economía, aunque también implica costes. Cuanto mayor sea la intensidad con la que se analiza la adecuación funcional de las reglas jurídicas, mayor es el riesgo de que disminuya la consistencia sistemática de una regla con otras que forman parte del mismo sistema jurídico. Para la ciencia jurídica de hoy es importante combinar la dogmática jurídica con el análisis comparado del derecho.

Investigación en equipo

Tradicionalmente y en todas las disciplinas, el conocimiento científico ha sido una tarea de investigadores individuales. Todos vinculamos el nombre de grandes investigadores a la innovación científica y pensamos en Euclides, en Galileo Galilei, en Isaac Newton o en Emmanuel Kant. De igual modo cuando pensamos en el derecho: asociamos los nombres de Francisco de Vitoria, Friedrich Carl von Savigny o Benjamin Cardozo con ideas que abrieron nuevos horizontes. Asumimos que estas personas desarrollaron y formularon sus respectivas ideas, aunque sus pensamientos fueron el resultado del intercambio con sus contemporáneos.

Hasta el momento, los premios Nobel han distinguido a personas individuales, aunque la innovación en ciencias naturales es generada por grupos de investigación desde hace ya mucho tiempo. La complejidad de

los experimentos científicos y la elevada cantidad de recursos que requieren exigen que la tarea se lleve a cabo por grandes equipos de investigadores. En la investigación jurídica no era así hasta hace algunas décadas. Los investigadores individuales, sus obras y sus ideas todavía prevalecen. En la literatura jurídica puede incluso observarse cómo muchos autores no citan ideas recogidas en obras colectivas como, por ejemplo, las elaboradas por comisiones de expertos, aunque se tienen en cuenta sus aportaciones. Parece que la interpretación del derecho es un fenómeno individual.

Esta situación ha cambiado con la internacionalización de la investigación jurídica en Europa. Desde 1980 se han ido formando grupos de investigadores que se han puesto como objetivo identificar desde su respectiva especialidad los fundamentos comunes de los diferentes ordenamientos jurídicos europeos. No se han limitado a la búsqueda de un denominador común, es decir a la identificación de las características comunes ya existentes, sino que han intentado siempre desarrollar soluciones para el futuro, que fueran aplicables en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. La primera de esas comisiones se dedicó al derecho de contratos; se la conoce como la Comisión Lando por el nombre de su presidente, el profesor danés Ole Lando. Eran miembros de ella los profesores españoles Bercovitz, de Madrid, y Salvador, de Barcelona. Más tarde se han constituido numerosos grupos de este tipo en diferentes ámbitos jurídicos. Yo mismo participé en el grupo de derecho del seguro del que también formó parte el profesor Bataller, de la Universidad de Valencia. Algunos grupos, como el dedicado al derecho internacional privado – *Groupe européen de droit international privé* – se han constituido como asociaciones y están dotados de personalidad jurídica. Esta dinámica parece que se extiende. Hace poco se ha constituido

un grupo de investigadores con el objetivo de elaborar un código europeo de comercio.

¿Puede calificarse el trabajo de estos grupos de investigación como una investigación colectiva? Una investigación internacional y comparada se divide en diferentes ámbitos de trabajo: la obtención de datos sobre las leyes nacionales, la jurisprudencia, la literatura y sus interconexiones en cada ordenamiento jurídico; el debate de tales datos para elaborar conclusiones generales; la búsqueda de soluciones; así como la formulación y fundamentación de los resultados del trabajo. Se trata, en parte, de algo parecido a una negociación. Sin embargo, tanto la investigación y valoración de un derecho nacional como la divulgación y fundamentación de los resultados de la investigación son auténticas actividades científicas. La percepción colectiva de tales tareas tiene como consecuencia que la investigación se aleja del análisis puro y se acerca al activismo científico.

Interdisciplinariedad

El planteamiento clásico de la ciencia jurídica se limita a la dogmática del derecho. El investigador intenta averiguar el significado de las normas jurídicas a través de su interpretación. Para ello son útiles diversos métodos: la interpretación gramatical o literal; la interpretación sistemática de las normas en el contexto de leyes concretas, de las leyes que regulan determinadas materias del derecho o de todo el ordenamiento jurídico; y, sobre todo, la interpretación teleológica de las leyes a la luz de su finalidad. También es útil la interpretación histórica de una norma, examinada desde las razones que explican su génesis; en este sentido, las contribuciones de ciencias afines han sido siempre aceptadas, aunque solo en la medida en que sean útiles para el entendimiento y desarrollo del derecho.

Durante mi etapa de formación jurídica – en Alemania, en Suiza, en Francia y en Italia – pude conocer de cerca esta ciencia jurídica intrínsecamente centrada en el derecho. Esta concepción fue cada vez más criticada a partir de los años 70. Se criticaba que la realidad social y económica fuera percibida exclusivamente desde la perspectiva de determinadas decisiones jurisprudenciales, y que tal realidad no fuera analizada con métodos empíricos. También se objetaba que las normas sociales que existen fuera del sistema jurídico no eran suficientemente tenidas en cuenta.

De esta crítica nació la sociología del derecho, como una ciencia interdisciplinar. Al principio, por lo menos en Alemania, la sociología del derecho fue rápidamente aceptada. En muchas facultades de derecho, hubo cátedras dedicadas a la sociología del derecho y muchos jóvenes investigadores aspiraban al reconocimiento de sus estudios en esa disciplina en los certificados de habilitación (*venia legendi*). En el Instituto Max Planck de Hamburgo existió durante unos años un grupo de investigación en sociología del derecho.

El objetivo de la sociología del derecho es salvar las distancias entre la realidad social y la pretensión normativa del derecho. Para eso se necesitan estudios empíricos cuyas preguntas se planteen teniendo en cuenta determinadas apreciaciones valorativas. Esto supone una gran dedicación de tiempo, incluso más que la que exige el derecho comparado. Su utilidad para el progreso del derecho no está, por lo demás, asegurada. Probablemente por tal motivo, muchos investigadores del derecho que al principio se dedicaron a la sociología jurídica la abandonaron a lo largo de los años. En todo caso, la metodología de la sociología del derecho no ha conseguido imponerse, aunque es muy necesaria.

En cambio, desde los años 80 podemos constatar un continuado fortalecimiento de los planteamientos económicos en la ciencia del derecho. Se puede considerar como punto de partida de este movimiento el *economic analysis of law* en los Estados Unidos de América. La pregunta es cómo configurar las instituciones jurídicas para lograr la mayor eficiencia para la sociedad. De forma diferente a la sociología del derecho, el análisis económico del derecho tiene un carácter eminentemente normativo. No obstante, está limitado por la visión del uso eficiente de recursos escasos y no tiene en cuenta otros aspectos de la justicia. Si no se tiene en cuenta esta limitación, como hacen muchos, aparece la promesa del análisis económico del derecho conforme a la cual la solución eficiente y, por tanto justa, puede ser, por decirlo de algún modo, calculada.

Esta promesa es especialmente atractiva para los juristas, sobre todo para los que se dedican al derecho privado. De ahí que el análisis económico haya tenido una buena acogida y que se haya establecido institucionalmente en algunas Universidades europeas. Sin embargo, con una mirada más atenta se relativiza el significado del análisis económico del derecho. De acuerdo con su naturaleza, su función es más relevante en los ámbitos del derecho en los que se plantean cuestiones económicas: en derecho de sociedades, en derecho de la competencia, en derecho de contratos y en la responsabilidad civil. Aunque en tales ámbitos la relevancia de las consideraciones económicas es limitada en la medida en que tales consideraciones no se complementan con un estudio empírico.

Tomemos como ejemplo la armonización del derecho. Una abundante literatura del *Law & Economics* se pregunta si es eficiente la coexistencia de diferentes ordenamientos jurídicos. Se toman en consideración todos los posibles costes y utilidades de la armonización de los ordenamientos, por ejemplo, los costes de adaptación de los derechos nacionales a un estándar

unificado y los beneficios de la reducción de los costes de transacción que se producirían en el tráfico jurídico internacional. En realidad, nadie puede calcular esos costes y utilidades, pues el cálculo de la mejor solución se presenta como una ecuación con demasiadas incógnitas y no es, por tanto, factible.

Lo que hace el análisis económico del derecho es ampliar el abanico de argumentaciones posibles, aunque los argumentos carezcan de certeza y solo sean plausibles. Además, me parecen sustanciales dos aportaciones del análisis económico del derecho. En primer lugar, siempre mira al futuro, a las prospectivas consecuencias de las normas jurídicas, es decir, a los incentivos que promueven en el comportamiento humano. Mientras la ciencia jurídica tradicional mira hacia atrás, hacia los conflictos sociales y económicos y se pregunta *ex post* qué aplicación de las reglas existentes resolvería el problema de una manera justa, el análisis económico prioriza los incentivos que las reglas existentes provocan en el comportamiento futuro de las personas. Ambas preguntas son de una importancia fundamental para el desarrollo del derecho.

La segunda aportación para la ciencia jurídica es la teoría de juegos, que contempla el comportamiento humano en el contexto de la reacción al comportamiento de los otros. Los juristas prácticos saben que cada petición en un proceso provoca una contra-petición de la otra parte. Esta experiencia la analiza la teoría de juegos en un contexto económico y la fundamenta teóricamente. La teoría de juegos es capaz de explicar, más allá del derecho procesal, algunas reglas de derecho material, por ejemplo, las conductas en derecho de sociedades o en otras relaciones jurídicas duraderas.

El análisis económico del derecho amplía, de hecho, la diversidad de los argumentos. Además, puede aportar nuevas orientaciones en el contexto de

la internacionalización de la ciencia jurídica, pues sus puntos de referencia, la eficiencia y los efectos de los incentivos, superan los límites del ordenamiento nacional. En ausencia de análisis empírico y de cuantificación sus conclusiones son, con frecuencia, especulativas. Si queremos desarrollar los métodos de nuestra ciencia, tenemos que unir los planteamientos del análisis económico del derecho con la pretensión empírica de la sociología del derecho.

Por otro lado, no se puede olvidar que cuando el análisis económico del derecho tiene el monopolio de la metodología, conduce a una abstracción teórica cada vez mayor y tarde o temprano pierde el contacto con la práctica jurídica. Así ha sucedido de forma palpable en los Estados Unidos de América, donde buena parte de los sectores más teóricos de la academia jurídica han renunciado de manera evidente a la pretensión de moldear el ordenamiento jurídico. El diálogo entre la ciencia y la práctica jurídica, al que me he referido al inicio, ya no se produce en los Estados Unidos de América del mismo modo que antes.

Conclusión

Después de esta exposición, se puede constatar que en los últimos 50 años se ha ampliado notablemente el espectro metodológico de la ciencia del derecho. La dogmática jurídica tradicional ha sido relativizada por el efecto de la internacionalización de la vida jurídica, por la influencia del derecho internacional y por el derecho comparado. Junto a la dogmática jurídica, la historia del derecho y el derecho comparado aparecen el análisis económico del derecho y la sociología jurídica como otras disciplinas con una metodología propia. En consecuencia, la ciencia jurídica actual tiene que ser contemplada más bien como una ciencia social internacional y normativa.

Les ruego que me disculpen si alguna de mis reflexiones ha podido tener un tinte demasiado subjetivo. La concesión de un doctorado honoris causa por la Universidad de Valencia, después de mis 50 años de dedicación a la ciencia del derecho, es una excelente oportunidad para una mirada hacia atrás y una explicación de los métodos que he empleado durante este tiempo. Muchas gracias.