

La integración de normas, principios y estadísticas en la argumentación jurídica

Por IGNACIO AYMERICH OJEA
Universitat Jaume I (Castellón)

RESUMEN

El problema clásico de la integración de las ciencias normativas y las descriptivas tiene un nuevo frente en el creciente papel de las estadísticas en la argumentación jurídica. En este artículo se analizan ejemplos que muestran la extensión de este modo de razonamiento, las carencias formativas de juristas y científicos sociales que conducen a la incomunicación recíproca de sus metodologías y los problemas derivados de crear, aplicar e interpretar normas jurídicas sobre la base de datos estadísticos puntuales y asistemáticos, así como los efectos sociales de las normas. Se reflexiona sobre la necesidad de reforzar el papel de los principios cuando la argumentación jurídica integra información estadística como justificación.

Palabras clave: *Estadísticas, argumentación, metodología, principios jurídicos, igualdad.*

ABSTRACT

The classical problem of integration between normative and descriptive sciences must face the increasing role of statistics in legal argumentation. This paper analyzes a set of cases which show the extent reached by this way of reasoning, the training lack in both lawyers and social scientists that leads

to a reciprocal incommunication of their methodologies and the problems set by the establishment, implementation and interpretation of legal standards on the grounds of scattered statistical data, as well as the social effects of norms. It also tries to think about the needed strengthening of the role of principles when legal arguments come to terms with statistical information as a justification.

Key words: *Statistics, argumentation, methodology, legal principles, equality.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PAPEL DE LAS ESTADÍSTICAS EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.—3. LA COMUNICACIÓN ENTRE LA METODOLOGÍA JURÍDICA Y LA ESTADÍSTICA.—4. LA ARTICULACIÓN ENTRE NORMAS Y PRINCIPIOS EN EL MÉTODO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO.—5. LA ARGUMENTACIÓN CON ESTADÍSTICAS COMO DIRECTRICES.—6. LA ESPIRAL DE LOS EFECTOS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.—7. CONCLUSIÓN.—8. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. INTRODUCCIÓN

«Para el estudio racional del derecho, el buscador de antigüedades puede ser el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el perito en estadística y el experto en economía»¹. La afirmación de Holmes es evidentemente excesiva, pero argumentar con estadísticas ha dejado de ser un hecho excepcional en el mundo jurídico. La reforma del artículo 153.1 del Código Penal español se presentó ante la opinión pública justificando el agravamiento de las penas en caso de ser el autor varón con diversos argumentos, entre ellos que estadísticamente la comisión de este delito es mucho mayor entre varones que entre mujeres. En otras palabras, el conocimiento de la discordancia entre lo que la norma vigente prescribe y las estadísticas sobre los casos que de hecho se producen justifica la reforma normativa. Pero el derecho opera por medio de enunciados prescriptivos, y no descriptivos. El rigor científico de los enunciados por medio de los cuales se describen estados de cosas del mundo es la base de los problemas metodológicos de otras ciencias. Los de la ciencia jurídica, por el contrario, no se refieren a la verificabilidad, a la correspondencia de los enunciados normativos con estados de cosas, sino a su validez.

¹ HOLMES, O. W. *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 35.

¿Cómo pueden articularse la función descriptiva y la prescriptiva del lenguaje de modo que la argumentación jurídica se desarrolle simultáneamente sobre ambas? Se trata de articulación, y no de fusión porque, como afirma Larenz, «se puede decir, por ejemplo, que la vigencia en sentido normativo se corresponde con la efectividad de la norma en sentido sociológico, pero no se puede definir la una por la otra»². El propósito de este artículo es examinar bajo qué condiciones es posible esta integración argumentativa utilizando a las estadísticas como referente de aquellas formas de razonamiento en que los efectos sociales de las normas –especialmente los que se expresan cuantitativamente– terminan siendo un argumento jurídicamente relevante. Me gustaría precisar en primer término que, siguiendo a Atienza, por argumentación jurídica debe entenderse tanto la interpretación y aplicación como la producción normativa: «Si la teoría de la argumentación jurídica pretende introducir algún tipo de pauta que permita controlar –racionalizar– el uso de los instrumentos jurídicos, entonces parece claro que no puede renunciar a extender este control al momento de la producción de las normas»³. Consideraré, por tanto, casos de ambos tipos. Hecha esta precisión creo que hay ejemplos que permiten constatar fácilmente el creciente papel de las estadísticas en la argumentación jurídica.

2. EL PAPEL DE LAS ESTADÍSTICAS EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Un ejemplo de nuestro país puede ser la STC 128/1987, de 16 de julio, que basa su argumentación en el examen de las consecuencias fácticas de las normas expresadas por medio de datos estadísticos. Se planteaba la constitucionalidad de ciertas medidas de discriminación positiva orientadas a facilitar la integración laboral de mujeres casadas y con hijos a su cargo. Argumenta el Tribunal que no toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo contraviene al principio de igualdad, sino sólo aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados. No constituye discriminación una medida de carácter temporal tendente a acelerar la igualdad *de facto* entre varones y mujeres, pero que dejará de ser válida tan pronto ésta se alcance. Por tanto la medida «sólo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den, lo que supone una

² LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 190.

³ ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997 (2.ª reimp.), p. 237.

necesidad de revisión periódica al respecto»⁴. Y se documenta la desigualdad existente haciendo uso de la encuesta de población activa de 1986, comparando la tasa de actividad de mujeres y varones en general (29,1% frente a 68,4%), y particularmente de mujeres y varones casados, observándose entre estos dos grupos una diferencia notable (20,9% frente a 70,92%), que justifica la constitucionalidad de las medidas de discriminación inversa. Es destacable que la constitucionalidad de una norma se vuelve variable y se supedita al análisis fáctico de las condiciones sociales estadísticamente acreditadas. No son los hechos los que deben ser evaluados por su concordancia con la norma, sino la norma la que es valorada en función de su concordancia con los hechos.

Más recientemente la STC 59/2008, de 14 de mayo, resuelve la constitucionalidad del ya mencionado artículo 153.1 del Código Penal, que establece una aplicación distinta de la pena en caso de que el agresor sea varón y la víctima sea o haya sido su mujer, o haya tenido o tenga con él una relación afectiva análoga. Se argumenta que el mayor desvalor en que se justifica la diferencia de trato viene dado por una necesidad objetiva de protección del sujeto pasivo del delito. «Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena»⁵. Este argumento es la contestación al planteamiento realizado en el Auto de 29 de julio de 2005 de la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, por medio del cual había ésta promovido la cuestión de inconstitucionalidad. Al reproducir en los antecedentes el argumento correspondiente del Auto, el TC expone que «en cuanto a la magnitud del fenómeno sociológico y criminal de la violencia doméstica, demostrado estadísticamente, se podría argumentar la necesidad de una reacción penal frente a esa realidad que pone en peligro bienes jurídicos constitucionalmente protegibles, asegurando su proporcionalidad». De nuevo los datos estadísticos se integran en la argumentación jurídica como razones justificatorias.

El Consejo Constitucional francés siguió una línea argumental opuesta al declarar inconstitucionales algunos artículos de la Ley 2000-493, de 6 de junio de 2000, a favor del igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas⁶. Esta ley fijaba unos objetivos de representación paritaria que debían alcanzarse en las elecciones y obligaba al gobierno a presentar al poder legislativo «un estudio detallado de la evolución de la feminización de las elecciones cantonales, de las elecciones senatoriales y municipales no afectadas por la ley,

⁴ STC 128/1987, de 16 de julio. F.J.º octavo.

⁵ STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008. F.J.º 9, a.

⁶ Cfr: http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/jorf_nor.ow?numjo=INTX9900134L

de los órganos deliberativos de las estructuras intercomunales y de los ejecutivos locales» (art. 16). Entendió el Consejo Constitucional que por medio de esta ley se habían introducido disposiciones que «no son normativas, sino objetivos», y que precisamente «en la medida en que no fijan más que un objetivo» no pueden servir de justificación para disposiciones compulsivas o penalizadoras⁷.

En aquellos países donde el realismo jurídico y el pragmatismo han tenido una mayor influencia, como ocurre en Estados Unidos, se puede comprobar también un mayor peso de los argumentos jurídicos basados en estadísticas. Creo que es útil fijarse en los lugares donde esta forma de argumentación ha encontrado más eco, ya que la observación de una tendencia en su despliegue más amplio permite adivinar por dónde pueden evolucionar los hechos allí donde la tendencia es más incipiente, como ocurre en España. Como han analizado detalladamente Erickson y Simon, el uso de estadísticas en la argumentación del Tribunal Supremo de los Estados Unidos experimentó un notable incremento a partir de los años 70, en que se desarrolla una nueva sensibilidad hacia la eficacia social del derecho, y no se ha detenido desde entonces⁸. Así, por ejemplo, un estudio socioeconómico llevado a cabo en 1970 por Coons, Clune y Sugarman mostró evidencias estadísticas de que el sistema de financiación de las escuelas públicas de California, ligado a impuestos locales sobre la propiedad, creaba diferencias en el rendimiento escolar de los estudiantes en función de que los centros estuviesen en municipios con mayor o menor renta. En la causa *Serrano v. Priest*, dichas estadísticas fueron incorporadas en los fundamentos de la decisión del Tribunal Supremo de California de declarar nulo este sistema de financiación por ser contrario al derecho a la igual protección de la ley, lo que seguidamente inició una cadena de reformas legislativas estatales sobre la materia a lo largo del país⁹.

La legislación antidiscriminatoria y la discriminación positiva, como recuerda Susan Atkins¹⁰, se constituyeron entonces como disciplinas académicas coherentes, formando parte de un movimiento que trataba de superar el positivismo dominante a base de estrechar la brecha entre la creación legislativa y jurisprudencial del derecho y las consecuencias sociales de éste. En Europa el cambio comenzó algo más tarde pero obedeció a razones semejantes, entre las que Josephine Shaw destaca «la desilusión con la ineficacia del derecho antidiscriminatorio basado en demandas individuales, que tuvo un impacto

⁷ Cfr: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2000/2000429/2000429dc.htm> p. 2.

⁸ Cfr. ERICKSON, R. and SIMON, R. J., *The use of social science data in Supreme Court decisions*, Urbana, University of Illinois Press, 1998.

⁹ Cfr. COLLINS, S. M., «The use of social research in the courts». En EVAN, W. M (ed.), *Law and sociology*, New York, The Free Press of Glencoe, 1979, pp. 570-71.

¹⁰ ATKINS, S. «Teaching and research: where should we be going?». En HEPPLER, B. y SZYSZCZAK, E. M. *Discrimination: the limits of law*, London, Mansell, 1992, p. 435.

mínimo a lo largo del tiempo, y con el fracaso de las medidas introducidas [en Alemania] por la Ley de promoción del empleo de 1969»¹¹. La evolución de legislación británica contra la discriminación fue marcada por la aparición de sucesivos estudios estadísticos que mostraban la realidad de los grupos más desfavorecidos por prácticas discriminatorias. A partir de tales estudios se promulgó la Ley de Discriminación Sexual de 1975, y más tarde la Ley de Relaciones Raciales de 1976¹².

Un proceso paralelo siguió la sensibilización social y política contra la discriminación en Estados Unidos, movilizada por datos estadísticos sobre crímenes cometidos contra minorías de diversos tipos, y que condujo finalmente a la aprobación de la legislación federal contra los *hate crimes*, compuesta por la Hate Crimes Statistics Act, la Violence Against Women Act, y la Hate Crimes Penalty Enhancement Act. Jenness describe cómo el proceso prelegislativo fue dinamizado por grupos de activistas que publicaron datos estadísticos sobre crímenes motivados por prejuicios contra minorías, y lograron credibilidad sobre la base de demostraciones empíricas acerca de la existencia y gravedad del problema¹³. Es significativo que la primera de estas leyes, la «Hate Crimes Statistics Act» de 1990, requería al fiscal general del estado (Attorney General) a reunir estadísticas completas sobre crímenes que evidencien prejuicios basados en la raza, la religión o la orientación sexual. El debate parlamentario no discurió inicialmente en el plano de la oportunidad de introducir un nuevo de agravante de racismo o xenofobia, sino sobre la cuestión fáctica de si realmente existía en la sociedad norteamericana una tendencia creciente a la comisión de delitos motivados por ese tipo de circunstancias y sobre qué método emplear para detectar y probar tales tendencias. De ahí que la primera norma aprobada (la Hate Crime Statistics Act) tuviese por objetivo establecer la metodología que pudiese demostrar este tipo de patrones criminalísticos, más que a corregirlos. Sólo después de ella fueron aprobadas las demás leyes propiamente penales.

La reorientación de la legislación y la jurisprudencia sobre la base de datos estadísticos es planteada por Lucke¹⁴ al hilo de otro caso: la

¹¹ SHAW, J., «Positive action for women in Germany: the use of legally binding quota systems». En HEPPLER, B. y SZYSZCZAK, E. *op. cit.*, p. 394.

¹² Cfr. ATKINS, S., *op. cit.*, p. 435.

¹³ JENNESS, V., «Managing differences and making legislation: social movements and the racialization, sexualization and gendering of federal hate crime law in the U.S., 1985-1998». En *Social problems*. Núm. 46, vol. 4 (1999), p. 556. Un caso semejante es descrito por Manning. Se refiere el autor a la influencia que tuvo en la legislación el uso de información sobre las consecuencias del uso de energía nuclear por parte de grupos de activistas. Cfr. MANNING, P. K. «The limits of knowledge: the role of information in regulation». En HAWKINGS, K. y THOMAS, J. M. (eds.). *Making regulatory policy*, University of Pittsburgh Press, 1990, pp. 49-87.

¹⁴ Cfr. LUCKE, D., *Die angemessene Erwerbstätigkeit im neuen Scheidungsrecht. Zur soziologischen Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe*, Baden-Baden, Nomos-Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie, 1982, pp. 18-19.

reforma del procedimiento de divorcio en 1977 en Alemania. Como observa esta autora, la reforma extendió al plano sociológico lo que hasta entonces se dirimía teniendo en cuenta casi exclusivamente las circunstancias individuales de los cónyuges, ya que el juez debía estimar las posibilidades de incorporación al mercado de trabajo de aquel de los cónyuges que se hubiese dedicado al cuidado de los hijos, dejando de lado una eventual carrera profesional. A partir de ese momento se volvió un argumento jurídicamente invocable la estadística de desempleo por grupos profesionales, por sexos, etc. Carbonnier, en Francia, plantea también la conveniencia de que los jueces resuelvan los procedimientos de separación y divorcio atendiendo no sólo a la información referida individualmente a los cónyuges sino teniendo en cuenta los datos estadísticos generales¹⁵.

Me parece oportuno prestar atención al caso español de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que en su artículo 25.3 establece que las tarifas de primas deberán ser suficientes para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y constituir las provisiones técnicas adecuadas¹⁶. La determinación de qué sistema de cálculo puede emplear cada una de las aseguradoras para prever la cobertura de las obligaciones contraídas no se deja a su disposición, sino que el Reglamento que desarrolla esta Ley establece la obligación de emplear un determinado método estadístico (art. 76.5), que es pormenorizadamente detallado en los artículos 77 a 80. El caso es relevante como ejemplo de una de las modalidades de integración de las estadísticas en la argumentación jurídica, según trataré de mostrar más adelante. Pero también porque de nuevo se plantea con ella la posibilidad de un trato diferenciado en función del sexo. Efectivamente, el artículo 34.1.b establece que dichas estadísticas, «En caso de que contengan probabilidades diferentes para cada sexo, deberán justificarse estadísticamente, sin que en ningún caso puedan incorporar el efecto del riesgo por embarazo y parto»¹⁷.

En dirección contraria, el Consejo de la Unión Europea aprobó el 13 de diciembre de 2004 la Directiva 14438/2004 que pretende ampliar la igualdad entre varones y mujeres desde el ámbito laboral a otros ámbitos de la vida cotidiana, entre ellos los seguros. La comisaria europea de empleo y asuntos sociales, responsable de esta iniciativa, defiende así esta medida: «La necesidad de esta provisión puede demostrarse fácilmente sustituyendo la palabra sexo por raza. ¿Admitiríamos que las personas de raza blanca pagasen diferentes primas de seguro que las de raza negra, aun habiendo evidencia estadística de que la esperanza de vida es más corta entre los negros? La respuesta

¹⁵ Cfr. CARBONNIER, J., *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 223 ss.

¹⁶ Según el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

¹⁷ Real Decreto 1318/2008, de 24 de julio, de modificación del Reglamento.

es rotundamente no. Entonces, ¿por qué debemos considerar aceptable esa misma discriminación entre hombres y mujeres? Cuando abordamos las consecuencias de la propuesta debemos tener en mente este principio fundamental»¹⁸.

El problema es paralelo al de la discriminación inversa hacia las minorías étnicas en Estados Unidos. La imagen del problema de la integración no siempre se corresponde con la realidad. En su investigación sobre las desigualdades entre minorías étnicas, Sowell¹⁹ descubrió que frecuentemente se hacen valer datos que en realidad no responden exclusivamente a la discriminación racial, sino a una combinación de razones. Por ejemplo, el nivel de renta medio de la minoría hispana es muy inferior al de la minoría judía, lo que permitiría suponer que los primeros sufren alguna forma de discriminación histórica. Pero la edad media de ambos grupos está en el primer caso alrededor de los 20 años y en el segundo por encima de 40. No es descabellado pensar que, dejando fuera de consideración la variable del origen étnico, las personas suelen tener a los 40 años un nivel de renta superior que a los 20. Tomar el dato estadístico bruto del nivel de renta y correlacionarlo con el origen étnico pero no con la media de edad y aceptarlo tal cual como demostración de la situación más desfavorecida de una minoría determinada puede llevar a una percepción errónea de los hechos, desvirtuándose así el argumento si llega a invocarse ante una eventual legislación antidiscriminatoria posterior. Que una disparidad estadística se transforme directamente en una discriminación en sentido jurídico es un salto en el vacío.

No todo dato estadístico debería valer directamente como argumento jurídico porque antes es necesario revisar si responde a criterios estadísticos de fiabilidad. Pero esto nos lleva a un nivel de análisis más serio, un nivel en el que difícilmente podremos soslayar la discusión técnica (tanto en el aspecto metodológico como en el sustantivo) de la investigación estadística. Pardolesi comenta que todo aquél que se embarca en este tipo de esfuerzo pasa por «la experiencia de que el máximo de eficacia, obtenido del inexorable recurrir a tablas y diagramas, está estrechamente ligado a la disponibilidad de una información completa, de esas que en la práctica se consiguen reunir, si es que se consigue, una vez resuelto el problema»²⁰. De ahí que la articulación de argumentos estadísticos y jurídicos no sea una cuestión pacífica y que haya quien, como Luhmann, considere que «por el momento, es imposible ver cómo se podrían relacionar cuestiones jurídicas, con la

¹⁸ DIAMANTOPOULOU, A., *Por un seguro sin discriminación sexual*. Artículo publicado en el diario «Cinco Días», 17 de diciembre de 2003.

¹⁹ Cfr. SOWELL, T., *Ethnic America*, New York, Basic Books, New, 1981.

²⁰ PARDOLESI, R., «Análisis económico del Derecho. ¿Un moderno minotauro en el laberinto?». En. VV.AA. *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 125. También a ello se refiere CARBONNIER en *Ensayos sobre las leyes*, Madrid, Civitas, 1998, p. 216.

precisión necesaria para la decisión, con teorías sociológicas o con métodos de investigación social empírica»²¹ y, respecto de la tendencia a argumentar jurídicamente a partir de datos sobre los efectos sociales de las normas, afirma Bengoetxea que «existen en esta sede numerosos problemas metodológicos»²². Sostiene Erickson, por el contrario, que a pesar de que la exigencia de rigor metodológico con que deben formularse los datos estadísticos pueda suponer una dificultad, «la falta de habilidad de los científicos sociales para explicar todos los aspectos del comportamiento humano no debería socavar las contribuciones que pueden hacer. No hay razón por la que la ciencia social descriptiva no pueda aportar las razones decisorias a las resoluciones judiciales normativas»²³.

3. LA COMUNICACIÓN ENTRE LA METODOLOGÍA JURÍDICA Y LA ESTADÍSTICA

Los primeros problemas de comunicación entre el método jurídico y el estadístico derivan del simple hecho de que los profesionales de cada uno de estos campos no están formados para procesar la información del otro. Dworkin afirma que el realismo jurídico trató de impulsar una metodología en la que se analizasen las instituciones jurídicas como procesos sociales, «pero descubrieron que los abogados no cuentan con la formación ni con el aparato estadístico necesario para describir instituciones complejas, a no ser de manera introspectiva y limitada»²⁴. Es la misma explicación que emplea Pardolesi para dar razón de la resistencia al método del análisis económico del derecho²⁵. De ahí que observe Bobbio que indagar sobre el porqué del cambio de papel del derecho en la sociedad nos llevará a plantearnos «las razones que hacen inaplazable un mayor contacto entre juristas y científicos sociales»²⁶.

Collins opina que tanto jueces como abogados suelen desatender las posibilidades que les ofrece el uso de datos estadísticos, y la única causa de ello es una cierta tradición de escepticismo hacia las ciencias sociales, unida a las carencias en la formación jurídica sobre los aspectos

²¹ LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 14.

²² BENGOTXEA, J., «Una defensa del consecuencialismo en el Derecho». En *Telos. Revista Iberoamericana de estudios utilitaristas*. Vol. II. núm. 2 (diciembre de 1993), p. 45.

²³ ERICKSON, R. J. y SIMON, R. J., *The use of social science data in Supreme Court decisions*, Urbana, University of Illinois Press, 1998, p. 17.

²⁴ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 47.

²⁵ Cfr. PARDOLESI, R., *op. cit.*, pp. 135 ss.

²⁶ BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, p. 228.

tos de las ciencias sociales relevantes para el derecho²⁷. Razones semejantes llevarían a que el análisis económico del derecho invada sectores tradicionalmente jurídicos: «Los economistas han descubierto un nicho desocupado en la investigación jurídica, en concreto: la ausencia de razonamiento cuantitativo, y se están moviendo rápidamente para ocuparlo»²⁸. La menor autonomía de la ciencia jurídica frente a la economía es sólo una de las facetas del problema, que Luhmann ve en términos más amplios: «Los juristas, a los que resulta ajena la discusión sobre la planificación en la ciencia económica, en la ciencia política o en la sociología, suelen tener en general poca comprensión para las dimensiones de este problema»²⁹. Parafraseando a Holmes, si el jurista del futuro no desarrolla su capacidad para argumentar con estadísticas, puede ver cómo su lugar es ocupado por otros profesionales. De hecho, el incremento del número de causas en las que se argumenta sobre la base de pruebas estadísticas ha hecho necesario replantear la formación de los jueces estadounidenses, quienes contaban con pocas habilidades para seguir este tipo de razonamientos. De ahí que, por encargo del Federal Judicial Center, Kaye, Freedman y Rubinfeld publicasen una guía para el uso de estadísticas en la litigación³⁰. El Federal Judicial Center es la agencia de los tribunales federales de Estados Unidos dedicada a la formación e investigación.

Mientras el principio de jerarquía normativa garantiza que carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otras de rango superior, el examen de las normas desde su concordancia con hechos sociales probados estadísticamente no puede regirse por el mismo esquema. No está claro cómo los argumentos fácticos pueden integrarse con los normativos siguiendo ese mismo principio. Como dice Dworkin, «Tampoco es asunto de los jueces, particularmente en los casos constitucionales, anular las decisiones de otros funcionarios porque están en desacuerdo respecto de la eficiencia de las prácticas sociales»³¹. En efecto, la jerarquía normativa obliga a examinar la concordancia de las normas con otras de rango superior, pero no la concordancia con técnicas de control social probadamente eficaces de acuerdo a exigencias científicas. En un sentido muy próximo, el Tribunal Constitucional español ha establecido que «no es de la competencia de este Tribunal, y menos aun en la resolución de un recurso de amparo, determinar las medidas concretas que el legislador o el apli-

²⁷ COLLINS, S. M., *op. cit.*, p. 572.

²⁸ COOTER, R. y ULEN, Th., *Law and economics*, London, Glenview, 1988, p. 9.

²⁹ LUHMANN, N., *op. cit.*, pp. 61-62.

³⁰ KAYE, D. H. y FREEDMAN, D. A., «Reference guide on statistics» y RUBINFELD, D. L. «Reference guide on multiple regression». Ambos publicados en VV.AA *Reference manual on scientific evidence*, Washington DC, Federal Judicial Center, 2000. (2nd edition). Hay disponible una versión electrónica en: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/\\$file/sciman00.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/$file/sciman00.pdf)

³¹ DWORKIN, R., *op. cit.*, p. 329.

cadador de la ley pueden o deben adoptar en cumplimiento del deber de promoción de la igualdad real y efectiva que les impone el artículo 9.2 de la CE»³².

4. LA ARTICULACIÓN ENTRE NORMAS Y PRINCIPIOS EN EL MÉTODO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

Hemos visto los casos de argumentación basada en estadísticas. Pasemos a considerar el caso de los principios. Hay tres sentidos que, según Pérez Luño, pueden asignarse a los principios: el metodológico, el ontológico y el axiológico³³. Es decir, como criterios de interpretación, como normas de aplicación directa, y como valores orientadores del ordenamiento. Propongo una leve reformulación de esta definición agrupando a los dos primeros en lo que podríamos llamar «función de consistencia interna del ordenamiento» y dejando el segundo como «función de legitimación externa», y con estas categorías retrocederé hacia la época de la formación del método jurídico contemporáneo para destacar la función que entonces se asignó a los principios.

El postulado básico sobre el que se sentaron las bases de este método fue que las dos funciones de los principios se consideraban indisolublemente unidas. Los valores socialmente vigentes se consideraban idénticos con las normas que ocupaban la cúspide en la jerarquía normativa, y esta jerarquización tenía además el sentido de que las normas de rango inferior guardaban con las superiores una relación de deducibilidad lógica. Es decir, que el sistema jurídico estará gobernado por una serie de máximas claramente comprensibles para todos los ciudadanos y que les permitirán juzgar las decisiones de los poderes públicos. Claro está que para que esto sea posible debe presuponerse una jerarquía lógica libre de error que lleve deductivamente de estos principios a cada decisión legislativa o gubernativa. Es decir, un método jurídico exacto, como explica Calvo: «El desarrollo de una nueva axiomática conceptual, perfilada como trasunto del método geométrico, conduce a un nuevo planteamiento: la construcción de un sistema conceptual simplificado que permite, primero, exponer sucintamente el contenido del derecho y, segundo, abrir unas posibilidades ilimitadas para resolver cualquier caso hipotético que pudiera presentarse con un reducido número de axiomas de carácter abstracto»³⁴.

³² STC 8/1986, de 21 de enero, F. J.º 7.

³³ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1990, pp. 289-90.

³⁴ CALVO GARCÍA, M., *Ciencia jurídica y orden dogmático. Los fundamentos del método jurídico*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1991, p. 35.

En otras palabras, la necesidad de adaptación del derecho a un entorno social cambiante, o también la necesidad de resolver casos difíciles, conducirán inevitablemente a argumentaciones demasiado técnicas para la capacidad de comprensión de los ciudadanos, cuyo respaldo a la legitimidad del sistema no puede hacerse depender de un conocimiento detallado del ordenamiento. Cuál sea la cadena deductiva que va de los principios hasta las últimas consecuencias normativas puede quedar así más allá de la comprensión de la mayoría de los ciudadanos, y no podrá llevarse a cabo por ellos mismos por ser una forma de razonamiento muy especializado. Pero esta dificultad no puede afectar en ningún caso a la comprensión de los principios mismos, que debe ser accesible a cualquiera. Así los principios contribuyeron a que la función de estructuración lógica impregnara el método jurídico, dando lugar a la codificación, según explica Hassemer: «Un sistema codificado permite simplificar, como hemos descrito, las exigencias de legitimación de las decisiones jurídicas sólo cuando se entiende que la norma recogida en los códigos representa principios jurídicos aceptados. La apelación a la norma significa entonces, al mismo tiempo, apelar al principio jurídico del que la norma es portadora. Mediante la norma se traspasa de los principios a la decisión la orden o indicación que ha de resolver ésta»³⁵.

Con el tiempo se han alterado estos presupuestos metodológicos, y el cambio no consiste en un mero retoque sino, como afirma Calvo, «una auténtica revisión de los fundamentos del método jurídico»³⁶. Las dimensiones de este cambio son varias, pero por lo que afecta a la articulación argumentativa de normas, principios y estadísticas quisiera fijar mi atención en una de ellas. Bobbio ha llamado la atención sobre el hecho de que la metodología jurídica ha atravesado diversas fases en función de la emulación que ha hecho del método de otras ciencias, entre las que cita a las matemáticas, la historiografía, la historia natural (ciencias descriptivas y taxonómicas), las ciencias de la cultura, las ciencias naturales explicativas (física, química o biología) o la lingüística³⁷. Pero podríamos también destacar la falta de un paralelismo con la metodología económica. La propia etimología de la palabra *economía* nos lleva a focalizar la atención en la conducta individual, pues se trata de la administración *doméstica*. La relevancia histórica de la fisiocracia o de los ensayos sobre la riqueza de las naciones al estilo de Adam Smith está en que introdujeron un nuevo paradigma al poner en el centro de atención los factores públicos, colectivos, que explican el desarrollo económico, en lugar de situar a la acción individual como explicación de la riqueza. De ahí que se hable del nacimiento de la economía *política*, como forma de marcar la diferencia con

³⁵ HASSEMER, W., «Sistema jurídico y codificación. La vinculación del juez a la ley». En KAUFMANN, A. y HASSEMER, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid, Debate, 1992. pp. 206-07.

³⁶ CALVO GARCÍA, M., *op. cit.*, p. 75.

³⁷ BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 99-100.

la anterior acepción de la palabra. La teoría de la mano invisible conlleva la presuposición de que la ciencia económica no puede partir de la calificación moral de la acción individual y generalizar este criterio para explicar los resultados a escala social, ya que el hecho de que cada cual persiga su propio interés puede resultar colectivamente beneficioso. Lo relevante no es la corrección de la teoría de la mano invisible, porque la moderna teoría de juegos puede llegar a conclusiones muy diferentes pero se sigue formulando sobre la misma presuposición: el comportamiento óptimo desde el punto de vista del agente individual puede resultar contraproducente para el conjunto de actores porque no son conscientes de los efectos de la interacción de sus acciones.

Mientras Aristóteles podía plantearse la licitud o ilicitud de la economía especulativa frente a la productiva en términos de rectitud moral de la acción individual, la economía política indaga fenómenos como la relación entre la política monetaria y los fenómenos inflacionarios, relación que explica las tendencias del mercado en su conjunto, más allá de las reacciones individuales a las variaciones de precios. La rectitud moral del préstamo con interés es juzgada desde Aristóteles hasta el Renacimiento en cuanto acción individual, mientras que los efectos globales que este juicio tiene sobre el bloqueo de las posibilidades de desarrollo económico debido a la falta de un sistema financiero sólido pasan desapercibidas. La ciencia económica, por tanto, se desarrolló en la medida en que cambió su objeto de atención y con ello pudo procesar información sobre el comportamiento económico del conjunto social. De ahí al desarrollo de metodologías para analizar las interacciones entre variables económicas generales (tasas de desempleo, de inflación, de retorno de capital, etc.) sólo quedaba el obstáculo de alcanzar la suficiente capacidad técnica para obtener tal información, que es en lo fundamental de tipo estadístico.

Este cambio metodológico en la ciencia económica no ha tenido un paralelo en la ciencia jurídica. En el momento en que se sentaron las bases de la metodología que surge alrededor de la codificación no había a disposición de los legisladores y de la opinión pública datos de tipo estadístico sobre la realidad social global al nivel que los hay actualmente, y por ello no podían tampoco incorporarse apenas a la argumentación jurídica. Sin embargo, la creciente disponibilidad de este tipo de información puede afectar a la concepción del funcionamiento de las normas. El principio de generalidad de la ley puede operar de forma distinta cuando no disponemos de datos que nos describan la totalidad de casos y cuando sí tenemos esa información. Si partimos de la primera posibilidad, se define entonces cuál es la conducta debida en el caso típico y este es el criterio que habrá de mantenerse en todos los casos que se presenten, con independencia de cuál sea finalmente el número total de casos en que se aplique la norma. El criterio mediante el que se fija la conducta debida tiene que ser deducible de los principios de justicia que informan el sistema, según lo expuesto anteriormente.

Supongamos ahora que conocemos el total de casos de una categoría dada. La formulación de la norma que los regule puede entonces tomar en consideración cuál haya de ser el criterio normativo que consiga incrementar o reducir el número total de casos resultantes, y ese criterio normativo puede diferir sustancialmente del criterio que nos habría parecido pertinente a la hora de juzgar una acción individual. Cuando se está en disposición de comparar cada caso individual con el total de casos de la misma categoría pueden llegar a ser contrapuestas la generalización en forma de definir un criterio justo para el caso típico y la que trata de lograr una modificación en el número total de casos. Desde el punto de vista de la conformidad de una acción individual con principios generales de justicia, que en el total se dé un mayor o menor número de casos de un tipo más grave no hace más grave a cada uno de los casos.

El incremento de la capacidad de control por el desarrollo de la administración pública moderna y el incremento de información sobre la eficacia social de las normas explorada por las ciencias sociales hacen que las expectativas se vean reformuladas de modo que la evaluación social de la legitimidad de las normas dependa menos de valorar aisladamente la acción típica en función de su concordancia con principios de justicia y más de su capacidad para provocar efectos sociales globales estimados como beneficiosos. Pero la integración de estadísticas en la argumentación jurídica puede ser problemática porque la metodología jurídica clásica fue definida para poder establecer el criterio con que habrá de ser juzgado un caso, teniendo presente que el caso debe poder ser aislable del conjunto de circunstancias sociales y tratado como una individualidad. En la realidad, ninguna acción es una mónada, un átomo aislado e independiente del sistema de relaciones sociales, pero para que la solución de los conflictos sea decidible es preciso que haya también una resolución individualizada³⁸. Sin embargo, la estadística nos aporta información sobre el sistema social en su conjunto. Y no siempre es lógicamente consistente asignar las características de un conjunto a cada uno de los elementos que lo componen.

5. LA ARGUMENTACIÓN CON ESTADÍSTICAS COMO DIRECTRICES

Para analizar el tipo de estructura argumentativa implicado en la incorporación de datos estadísticos en la metodología jurídica voy a

³⁸ Cfr. al respecto GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J., «El axioma liberal individuo-sociedad y sus consecuencias para el control formal». En AÑÓN, M. J., BERGALLI, R., CALVO, M. y CASANOVAS, P. (Coordinadores), *Derecho y sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 425-434.

tomar como punto de partida la tipología de los enunciados jurídicos de Atienza y Ruiz Manero. La argumentación con estadísticas podría ser incluida, según lo casos, entre las directrices de mandato o entre las directrices permisivas. Los elementos implicados en este tipo de enunciados son a) estructura condicional que vincula un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica, b) condición de aplicación abierta, c) modelo de conducta abierto. No definen qué conducta debe seguirse para alcanzar el estado de cosas fijado como objetivo y d) ordenan (de mandato) o permiten (permisivas) procurar alcanzar un estado de cosas en la mayor medida posible, por lo que admiten modalidades graduables de cumplimiento³⁹.

Los principios jurídicos, a diferencia de las directrices, establecen que debe seguirse un determinado modelo de conducta definido de forma cerrada⁴⁰. Por tanto, salvo que concurran otros principios de mayor peso, debe cumplirse de manera plena. Las reglas de fin, también a diferencia de las directrices, establecen de manera cerrada el estado de cosas que se debe alcanzar. No cabe ponderación para valorar su cumplimiento en la mayor medida posible. Las directrices, sin embargo, están configuradas de manera máximamente flexible. Esto permite que su cumplimiento esté abierto a diversas variables por dos flancos. En el flanco que podríamos llamar «retrospectivo», si concurren con principios deben ceder ante éstos. En el flanco «prospectivo», la oportunidad de su cumplimiento, la definición de la conducta a seguir y el grado de logro del estado de cosas final queda vinculado a consideraciones tanto normativas como fácticas. Y esto permite que una argumentación basada en estadísticas que constaten un estado de cosas pueda integrarse con la consideración normativa en el cumplimiento de la norma. Ahora bien, y esto es lo más importante, existe un nexo lógico entre el aspecto «retrospectivo» y el «prospectivo». Cuanto más peso tengan las consideraciones fácticas de oportunidad, más ceñida queda la directriz en su limitación por los principios. Y esto nos lleva a la relación entre directrices y principios.

Existe un vínculo entre la apertura a condiciones fácticas de oportunidad y la delimitación por los principios, como afirman Atienza y Ruiz Manero: «los principios [jurídicos] están conectados con la realización de todas las funciones sociales desempeñadas por el derecho, pero aquí nos interesa sólo la que tiene que ver con la utilización del

³⁹ Cfr. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas...* cit., pp. 167 ss.

⁴⁰ La diferencia entre principios y directrices, por más que reciba otras denominaciones, es comúnmente aceptada. Así se refiere a ella, por ejemplo, Larenz: «Los principios ético-jurídicos son pautas orientadoras de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden “justificar” decisiones jurídicas. Se distinguen de los principios técnico-jurídicos, que se basan en razones de oportunidad, por su contenido material de justicia; por este motivo pueden ser entendidos como acuñaciones y especificaciones especiales de la idea del Derecho, tal como ésta se muestra en la conciencia jurídica general en este grado de evolución histórica». LARENZ, K., *op. cit.*, p. 418.

poder para realizar ciertos objetivos sociales (para configurar las condiciones de vida de la sociedad) y con su legitimación y control (...). La primera de estas funciones –o, si se quiere, el lado positivo de esa función compleja– se conecta con la nueva realidad del Estado contemporáneo –del Estado del bienestar– que genera un Derecho que no se conforma ya con desempeñar las clásicas funciones de represión y garantía, sino que pretende operar también como una técnica de ingeniería social (...). Ahora bien, junto con esta tendencia a acrecentar –por así decirlo– el poder del Derecho en la sociedad, aumenta también la demanda de que ese poder esté limitado por criterios morales que los ordenamientos incorporan bajo la forma de derechos humanos o derechos fundamentales. Por eso, los principios jurídicos (...) encuentran una formulación cada vez más explícita en las declaraciones de derechos recogidas en las Constituciones»⁴¹. Ya en la declaración francesa de derechos de 1789 se pusieron éstos a la cabeza del sistema jurídico como principios de legitimación. Señala también Atienza que actualmente la legitimación de los poderes públicos depende de que alcancen objetivos sociales sin vulnerar derechos fundamentales. «El logro de este difícil equilibrio –que viene a ser el principio regulativo del jurista contemporáneo– dependerá, en buena medida, de que se desarrolle una teoría y una práctica adecuadas de los principios jurídicos»⁴².

Luhmann lo plantea en términos semejantes. Cuando se consideran excepciones a una norma en consideración a los efectos indeseables que podría producir el mantenimiento inflexible de la misma es necesario distinguir los argumentos de principio que justifican la norma de las particulares condiciones de aplicación: «La regla puede tener una validez y observancia general aun no siendo aplicada a todos los casos individuales. Esto exige, en comparación con las normas que valen sin excepción, un mayor grado de abstracción para la justificación de la regla, una formulación más abstracta de la *ratio legis*»⁴³. La evolución hacia un derecho que reintegra en la argumentación jurídica las consecuencias sociales de la aplicación de la norma debe hacerse reforzando el papel de los principios en la argumentación jurídica.

6. LA ESPIRAL DE LOS EFECTOS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

En la actualidad se ha estrechado el círculo mediante el cual los datos sobre los efectos sociales de las normas son reintroducidos por los poderes públicos en la política legislativa, produciéndose nuevos efectos cuya constatación nos devuelve al principio del círculo. Se

⁴¹ Cfr. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas*.... cit., p. 25.

⁴² Ídem. p. 25.

⁴³ LUHMANN, N., *op. cit.*, p. 62.

sucedan cada vez más rápidamente las reformas tributarias, laborales o incluso penales al hilo de nuevas estadísticas sobre recaudación, desempleo o victimología. Las exposiciones de motivos de estas leyes no ocultan este origen de las razones del legislador. Pero no queda nada claro que este círculo esté gobernado por argumentos de principio. Como argumenta Febrajo, «Las consecuencias producen consecuencias, y de consecuencia en consecuencia uno se da cuenta al final todo puede influir en todo en el cuadro de la sociedad. El investigador tiene, pues, necesidad de criterios, de puntos de vista para interrumpir en algunos puntos el razonamiento funcionalista; porque las consecuencias pueden seguirse remitiendo unas a otras hasta el infinito»⁴⁴. Es el problema que se conoce como «espiral de los efectos», al que también se ha referido Atienza⁴⁵. El incremento de información sobre los resultados de las decisiones en el entorno social abre la posibilidad de adoptar decisiones más ajustadas, que una vez ejecutadas nos lleven a una mayor información sobre los resultados..., y así sucesivamente⁴⁶.

Desde el momento en que se pierde la capacidad de controlar desde la propia norma el conjunto de hechos relevantes y, con ello, las consecuencias relevantes dentro de la ilimitada red de la causalidad, sólo quedan posibilidades reales de resolver –de adoptar una decisión para un caso– desde criterios de valoración económicos, políticos o sociológicos que son aducidos de forma casuística, coyuntural y asistemática. Coincide también en este punto Bengoetxea: «No se funciona sobre la base de una mayor o menor probabilidad de las consecuencias ni sobre un cálculo de probabilidades con base en inducciones a partir de datos acumulados previamente sobre las repercusiones de decisiones similares anteriores, sino que se postulan dichas repercusiones como suposiciones, o en el mejor de los casos, como hipótesis basadas en el sentido común»⁴⁷. En ningún caso, como digo, argumentos de principio. Frente a esta tendencia Luhmann cree que las posibilidades de supervivencia del modelo clásico de la metodología jurídica ya no pueden prorrogarse más tiempo. «La técnica jurídica liberal, la libertad para conectar la elección del criterio de optimización a condiciones colaterales, probablemente ha llegado ya a sus límites. No se pueden multiplicar a discreción tales condiciones colaterales, sino que en definitiva se ha de buscar una expresión del interés de regulación en un nivel de agregación más

⁴⁴ FEBRAJO, A., «Funcionalismo sociológico y aplicación del derecho». En VV. AA. *La crisis del derecho y sus alternativas*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1995. p. 161.

⁴⁵ ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997. p. 46.

⁴⁶ Sobre la espiral de los efectos en las decisiones jurídicas, Cfr. BÜLLESBACH, A. «La ciencia jurídica ante las ciencias sociales». En KAUFMANN, A. y HASSEMER, W., *op. cit.*, p. 372 ss.

⁴⁷ BENGOETXEA, J., *op. cit.*, p. 45.

elevado»⁴⁸. En otros términos; todo intento de abrir el sistema jurídico al examen de los efectos sociales de las normas evaluados estadísticamente tiene que hacerse llevando a un mayor grado de abstracción los principios básicos de este sistema.

Si se utiliza la información estadística sobre los efectos de las normas como criterio de decisión y, al mismo tiempo, se intenta mantener un control normativo de las decisiones, sólo quedan –como argumenta Luhmann– «tres salidas: o bien la decisión será programada detalladamente (hasta el nivel de computadora) por vía legislativa; o se postula un orden transitivo de todos los valores relevantes, o se procede de manera oportunista, es decir, se toman las decisiones basándose en criterios indeterminados y mudables en cada caso y sólo para cada caso»⁴⁹. La primera opción creo que ha quedado bien representada en la legislación sobre el seguro privado que he comentado anteriormente: unas instrucciones extraordinariamente pormenorizadas a las compañías de seguros sobre cómo establecer el cálculo de las primas mediante unas técnicas estadísticas específicas, en lugar de unas normas generales sobre contratos de seguro.

La última opción significa la renuncia al principio de generalidad de la ley si se adopta como criterio constante. Supone un ordenamiento extremadamente casuístico y en absoluto gobernado por principios. La primera opción tampoco es realizable como único criterio, porque la inflación normativa que provocaría haría inviable un control social eficiente. La regulación tan detallada de cómo valorar las consecuencias de las estimaciones estadísticas que hacía la legislación de seguros puede ocurrir en puntos localizados del sistema jurídico, pero de generalizarse haría a éste inabarcable. Queda la segunda opción, que consiste en delimitar un conjunto cerrado de criterios de valoración de las consecuencias y jerarquizarlo internamente. Este conjunto, dispuesto a priori, permite restringir el campo de los efectos sociales de las normas que merecen consideración, porque muchos de ellos quedarían descartados desde el inicio, y la relación causal infinita de la espiral de los efectos sería sustituida por jerarquías de valoración.

En el caso ya citado de la Federal Hate Crime Law en Estados Unidos uno de los problemas que se plantean es el de la construcción de la imagen social a partir de datos estadísticos dispersos. El hecho de que algunos grupos de activistas se movilizasen para llamar la atención sobre ciertas tendencias criminológicas deja abierta la duda de qué otras tendencias no han llamado la atención pública (y, especialmente, de los legisladores), simplemente porque no ha habido datos al respecto. Parecidos son los casos de la legislación para lograr la paridad representativa por sexos. El razonamiento es que con las normas electorales vigentes se produce como resultado una infrarrepresenta-

⁴⁸ LUHMANN, N., *op. cit.*, p. 86.

⁴⁹ LUHMANN, N., *op. cit.*, p. 67.

ción política de las mujeres, desigualdad que está estadísticamente probada. Como ese hecho se considera (con razón) injusto, se establece una norma orientada a producir el resultado de la paridad. Pero no se plantea, al mismo tiempo, el problema social global de la infrarrepresentación de otros grupos. Por ejemplo, la de la población rural frente a la urbana. ¿Cómo se acotan aquí las consecuencias relevantes? ¿Por qué son relevantes los datos de infrarrepresentación femenina pero no los de la rural? ¿Cómo resolver el problema de la doble infrarrepresentación de la mujer rural? ¿Debe legislarse en la dirección marcada por el grupo de presión que aporte datos y olvidar a aquellas otras direcciones de las que no hay información? Estas preguntas no han tenido respuesta porque, como ya he comentado, la mayor parte de la argumentación a partir de estadísticas se atiene a una estimación de los resultados de las normas basada en una percepción superficial del asunto. Pero la reflexión metodológica no puede pasarlas por alto.

Una vía de solución del problema, además de las propuestas por Luhmann, es tratar el problema del criterio de delimitación de las consecuencias relevantes como una cuestión de responsabilidad política, como hace Lacey⁵⁰. Nonet y Solznick incluso ven con optimismo el proceso por el que el derecho se va volviendo un sistema abierto, enriqueciendo sus fuentes y sus presupuestos cognitivos, y perdiendo su anterior autonomía. Se vuelven a integrar, además, los juicios morales con los jurídicos, la participación jurídica y la política, y el derecho se vuelve sensible, capacitado para dar una respuesta ágil a los problemas sociales⁵¹. En mi opinión, estas soluciones representan muchos más problemas de los que pueden llegar a resolver. Fundamentalmente por cómo se resentirían las garantías de los derechos fundamentales. Pero también por la complejidad de los procedimientos de legitimación del poder, que dejarían por esa razón un margen excesivo a la arbitrariedad. No creo que sea necesario argumentar demasiado sobre la necesidad de preservar las conquistas básicas de la seguridad jurídica contemporánea.

7. CONCLUSIÓN

En la línea que argumenta Habermas, pienso que la tensión entre la seguridad aportada por la metodología jurídica tradicional y la tendencia a introducir razonamientos de oportunidad a partir de datos estadísticos asumidos acríticamente ha llegado a su punto máximo.

⁵⁰ Cfr. LACEY, N., «From individual to group?». En HEPPLER, B. y SZYSZCZAK, E. *op. cit.*, p. 120.

⁵¹ NONET, P. y SELZNICK, P., *Law and Society in transition: toward responsive law*. New York, Harper and Row, 1978, pp. 110 ss.

«Escindidas y desgarradas así entre facticidad y validez la teoría de la política y la teoría del derecho se disgregan hoy en posiciones que apenas tienen entre sí nada que decirse. La tensión entre planteamientos normativistas, que siempre corren el riesgo de perder el contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede servir como advertencia para no empeñarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista metodológicos»⁵².

Pero la integración metodológica debe hacerse de modo que se puedan controlar normativamente las consecuencias jurídicamente relevantes, sin que queden indeterminadas y sin que queden tampoco completamente supeditadas a razones políticas coyunturales. En el caso de las medidas de acción positiva o discriminación inversa, Estados Unidos ha priorizado hasta ahora las emprendidas contra discriminaciones por razón de sexo, de raza o de discapacidad. Pero ha habido allí propuestas para extenderlas a la gente de baja estatura y a los obesos⁵³, que también padecen discriminaciones y pueden tener más dificultades para incorporarse al mercado laboral (y hay estudios que aportan datos estadísticos que muestran efectivamente esas dificultades). El problema es dónde trazar un límite, porque ¿qué nos permite descartar que alguien aporte estadísticas sobre la menor integración de los tímidos? La hipótesis no es más que una ironía para poner de manifiesto que antes de llegar a tal extremo debe haber un criterio que fije con claridad hasta dónde las estadísticas se aceptarán como argumento jurídico relevante. En otro caso, la espiral de los efectos no podrá ser detenida.

La respuesta a este problema, como ya he adelantado, sólo puede ser normativa. Las ciencias sociales no pueden suministrar ese criterio, que debería estar controlado desde principios jurídicos. Como dice Luhmann, «si se considera que las consecuencias son siempre aspectos artificialmente aislados de una realidad futura, el problema de la justificación de la decisión se desplaza a las condiciones de tal aislamiento y retorna así a los fundamentos dogmáticos del sistema. Si es que alguien puede hacerlo, es la dogmática quien ha de fundamentar y limitar el empleo de las expectativas de consecuencias como criterios de decisión, no al revés»⁵⁴. Pero al mismo tiempo la metodología jurídica debe ser capaz de manejar con solvencia información sistematizada y científicamente acreditada sobre los efectos sociales de las normas, información que se suele formular en términos estadís-

⁵² HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 1998, p. 68.

⁵³ Cfr. MILLER, Paul S., «Coming up short. Employment discrimination against little people». En *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Núm. 22 (1987), y «Fat people's fight against job bias». En *US News & World Report*, 5 de diciembre de 1977, pp. 78-80.

⁵⁴ LUHMANN, N., *op. cit.*, p. 71.

ticos. Las señaladas carencias formativas de los juristas en este campo no hacen más que abrir brechas para la penetración de argumentos formulados en otras ciencias y no gobernados por principios jurídicos, como ha venido ocurriendo con el análisis económico del derecho. Es de celebrar la abolición de la pena de muerte en Nuevo México el 18 de marzo de 2009, pero no tanto que los argumentos utilizados para ello fueran fundamentalmente de eficiencia económica. Poco ayuda tampoco que el legislador ampare con argumentos estadísticos formas de discriminación por razón de sexo en el ámbito penal, donde el garantismo debiera ser máximamente exigente, y que luego sea respaldada en sede constitucional con una «confusa motivación, huera retórica y notable ambigüedad»⁵⁵.

Las consecuencias de incorporar a la metodología jurídica procedimientos de verificación de los efectos sociales de las normas controlados desde las mismas normas serían varias, pero quiero destacar fundamentalmente dos. En primer lugar, evitar que la proliferación de argumentos oportunistas llegue a amenazar algunos principios de legitimidad propios de la cultura jurídica democrática. Una persona poco sospechosa de inmovilismo en lo metodológico como Calsamiglia, que ha situado a la eficacia entre los componentes de la justicia, observa que «Argumentos de oportunidad, agilidad o finalidad han producido una tendencia al casuismo y al activismo. La recuperación de la previsibilidad, la certeza y la seguridad jurídica es tarea prioritaria, puesto que la disolución de estos valores supone la de los derechos y del Derecho»⁵⁶. La segunda consecuencia es que una metodología jurídica capaz de integrar información sistematizada sobre los efectos sociales de las normas tendería a atenuar la brecha entre principios de legitimación del sistema jurídico que en ocasiones tienen más de declarativo que de eficaz y los efectos reales del modo en que se aplican las normas, punto este sobre el que también ha llamado la atención Habermas⁵⁷. El objetivo es, por tanto, un reforzamiento del papel de los principios en la argumentación jurídica que satisfaga las exigencias normativas del ordenamiento tanto como las descriptivas de una adecuada concordancia con la realidad social.

⁵⁵ Según la expresión de Abel Souto, haciéndose eco de Díaz-Maroto y Villarejo o de Landrove Díaz. Cfr. ABEL SOUTO, M., «Quiebra del sistema penal, lesión de derechos fundamentales y constitucionalidad de las penas previstas para los casos de violencia sexista por la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre». En CUERDA ARNAU, M. L. (Coordinadora), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, Tomo I. p. 87.

⁵⁶ CALSAMIGLIA, A., *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, México, Fontamara, 1997 (2.ª ed.), p. 34.

⁵⁷ HABERMAS, J., *op. cit.*, p. 106.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, M., «*Quiebra del sistema penal, lesión de derechos fundamentales y constitucionalidad de las penas previstas para los casos de violencia sexista por la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre*». En CUERDA ARNAU, M. L. (Coordinadora), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997 (2.^a reimp.).
- *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997.
- ATKINS, S., «Teaching and research: where should we be going?». En HEPPLER, B. y SZYSZCZAK, E. M., *Discrimination: the limits of law*, London, Mansell, 1992.
- BENGOETXEA, J., «Una defensa del consecuencialismo en el Derecho». En *Telos. Revista Iberoamericana de estudios utilitaristas*. Vol. II. núm. 2 (diciembre de 1993).
- BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho*. Ed. Fernando Torres. Valencia, 1980.
- BÜLLESBACH, A., «La ciencia jurídica ante las ciencias sociales». En KAUFMANN, A. y HASSEMER, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992.
- CALSAMIGLIA, A., *Racionalidad y eficiencia del Derecho*. Ed. Fontamara. México, 1997 (2.^a ed.).
- CALVO GARCÍA, M., *Ciencia jurídica y orden dogmático. Los fundamentos del método jurídico*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1991.
- CARBONNIER, J., *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1982.
- *Ensayo sobre las leyes*, Madrid, Civitas, 1998.
- COLLINS, S. M., «The use of social research in the courts». En EVAN, W. M (ed.). *Law and sociology*, New York, The Free Press of Glencoe, 1979.
- COOTER, R. y ULEN, Th., *Law and economics*, London, Glenview, 1988.
- DIAMANTOPOULOU, A., *Por un seguro sin discriminación sexual*. Artículo publicado en «Cinco Días», 17 de diciembre de 2003.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- ERICKSON, R. and SIMON, R. J., *The use of social science data in Supreme Court decisions*, Urbana, University of Illinois Press, 1998.
- FEBRAJO, A., «Funcionalismo sociológico y aplicación del derecho». En VV.AA. *La crisis del derecho y sus alternativas*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1995.
- GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J., «El axioma liberal individuo-sociedad y sus consecuencias para el control formal». En AÑÓN, M. J., BERGALLI, R., CALVO, M. y CASANOVAS, P. (Coordinadores), *Derecho y sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta. Madrid, 1998.

- HASSEMER, W., «Sistema jurídico y codificación. La vinculación del juez a la ley». En KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. *op. cit.*
- HOLMES, O. W., *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975.
- JENNESS, V., «Managing differences and making legislation: social movements and the racialization, sexualization and gendering of federal hate crime law in the U.S., 1985-1998». En *Social problems* núm. 46, vol. 4 (1999).
- KAYE, D. H. y FREEDMAN, D. A., «Reference guide on statistics». En VV.AA. *Reference manual on scientific evidence*, Washington DC, Federal Judicial Center, 2000. (2.nd edition).
- LACEY, N., «From individual to group?». En HEPPLER, B. y SZYSZCZAK, E. *op. cit.* p. 120.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- LUCKE, D., *Die angemessene Erwerbstätigkeit im neuen Scheidungsrecht. Zur soziologischen Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe*, Baden-Baden, Nomos-Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie, 1982.
- LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MANNING, P. K., «The limits of knowledge: the role of information in regulation». En HAWKINGS, K. y THOMAS, J. M. (eds.). *Making regulatory policy*. University of Pittsburgh Press, 1990.
- MILLER, Paul S., «Coming up short. Employment discrimination against little people». En *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Núm. 22 (1987).
- «Fat people's fight against job bias». En *US News & World Report*, 5 de Diciembre de 1977.
- NONET, P y SELZNICK, P., *Law and Society in transition: toward responsive law*, New York, Harper and Row, 1978.
- PARDOLESI, R., «Análisis económico del Derecho. ¿Un moderno minotauro en el laberinto?». En VV.AA. *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1990.
- RUBINFELD, D. L., «Reference guide on multiple regression». En VV.AA. *Reference manual on scientific evidence*, Washington DC, Federal Judicial Center, 2000 (2.nd edition).
- SHAW, J., «Positive action for women in Germany: the use of legally binding quota systems». En HEPPLER, B. y SZYSZCZAK, E. *op. cit.*
- SOWELL, T., *Ethnic America*, New York, Basic Books, 1981.

Fecha de recepción: 31/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

