

# EL DERECHO COMO CIENCIA

Silvana Mabel García\*

**RESUMEN:** La condición científica del Derecho, no tiene aún consenso unánime y el debate entre los pensadores del derecho permanece vigente y con fuerza. Las dificultades en este tema se presentan desde el momento mismo en que se intenta explicitar el concepto y contenido de la “Ciencia del Derecho” pues la propia definición del objeto de la ciencia resulta controvertida. A lo largo de los siglos se han propuesto diferentes visiones acerca de la Ciencia del Derecho, su finalidad y contenido y todas ellas contribuyeron en su formación. Existen también tesis negatorias del carácter científico del Derecho.

**Palabras clave:** derecho - condición científica - ciencia del derecho

**ABSTRACT:** *Law as a science*

Law scientific status has not reached unanimous consent and thinkers still passionately debate about whether law should be considered a science at all. Difficulties arise from the very moment an explanation of the concept and content of the “Science of Law” is attempted since the mere definition of the object of the science remains controversial. Different versions regarding the Science of Law, its purpose and content have been suggested throughout the centuries and all of them had contributed to forming it. On the other hand, some theses refuse to grant Law a scientific character.

**Key words:** law - scientific condition - science of law

## 1. Introducción

Recurrir a la epistemología, como filosofía de la ciencia, en su enfoque hacia la problemática del saber jurídico, implica adoptar una actitud reflexiva y crítica respecto de la propia ciencia que tiene por objeto al Derecho.

Y ya que nunca antes en nuestro desempeño profesional nos habíamos formulado la pregunta acerca de la condición científica o no de nuestro saber (quizás la dábamos por cierta), nos pareció importante abocarnos en estas páginas, a la Ciencia del Derecho.

Al abordar la bibliografía sobre el tema, advertimos que contrariando nuestro “pre-

---

\* Abogada. Egresada de la Facultad de Derecho de Rosario (UNR). Doctora en Derecho de la Facultad de Derecho de Rosario (UNR). Magíster en Asesoramiento Jurídico de Empresas de la Universidad Austral de Rosario. Profesora adjunta en Carrera de Grado de la misma Facultad en “Derecho Comercial III” y en Carrera de Postgrado en esa Casa de Estudios – Carrera de Especialización en Derecho Empresario - y en la Facultad de Ciencias Económicas y Estadística de Rosario (UNR) - Carrera de Especialización en Sindicatura Concursal –. Docente Adscripta a la Cátedra de Derecho Comercial II (“Concursos”) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (U.C.A.). Autora de dos libros “Régimen de Inhabilitaciones por Quiebra” (Bs. As., La Ley, 2002) y “Extinción de las obligaciones por quiebra” (Bs. As., Astrea, 2010). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal; Miembro del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Miembro del Instituto de Derecho Concursal del Colegio de Abogados de Rosario. Ejerce activamente la profesión de abogada en la ciudad de Rosario (S. Fe.). E-mail: holand-garcia@arnet.com.ar

juicio” respecto de la cuestión, la situación científica del Derecho, no tiene aún consenso unánime y que todavía el debate entre los pensadores del derecho permanece vigente y con fuerza.

Sobre el final del trabajo, exponemos nuestro punto de vista y contribuciones personales con relación al tema en estudio (punto 5), no sin antes analizar los cuestionamientos que se formulan tanto en torno al concepto, como al objeto y contenido de la Ciencia del Derecho (punto 2). Especial atención prestamos a los aportes que en su evolución fueron realizando los grandes forjadores de esta ciencia y exponemos ciertas visiones particulares (punto 3), considerando asimismo algunas de las posiciones que discuten el carácter científico de este saber (punto 4).

Concluimos con algunas reflexiones (punto 6)

## **2. El carácter problemático de la delimitación del concepto, objeto y contenido de la Ciencia del Derecho**

Dice Bertrand Russell: “la ciencia es lo que conocemos y la filosofía es lo que no conocemos”<sup>1</sup>.

Sin embargo, definir “la ciencia”, esto es, aquello que conocemos, no es una tarea sencilla, entre otros motivos, porque la expresión es ambigua, pues se utiliza tanto para describir las actividades consideradas científicas (el proceso) como para el conjunto de proposiciones que constituyen el resultado de tales actividades (el producto); y porque adolece también de vaguedad o imprecisión, ya que no existe un conjunto de propiedades necesarias y suficientes para el uso del término, lo que deja una zona de penumbra constituida por actividades a las cuales vacilaríamos en aplicar o no el término.

Intentando alguna conceptualización, podemos tomar la siguiente: “saber científico, supone un sistema de conocimientos, ciertos y probables, respecto de un determinado sector de objetos de la realidad universal, a los que es posible acceder a través de una adecuada fundamentación metodológica”<sup>2</sup>. Y en punto a esta última característica, nos resulta gráfica la explicación de Ricardo Guibourg cuando dice que una ciencia, en ese sentido, no es otra cosa que un sistema de decisiones metodológicas, en el que se insertan los datos de la realidad, una vez identificados e interpretados por el mismo sistema, como los libros de la biblioteca se ordenan en los estantes. Y evoluciona o se modifica del modo en que los estantes se construyen, cuando lo creemos preciso, a la medida de los libros que tenemos o imaginamos que tendremos algún día<sup>3</sup>.

Pero si conceptualizar a la ciencia en general es una tarea ardua, aún más lo es explicitar el concepto y contenido de la “Ciencia del Derecho”. Confluyen en esa dificultad numerosos obstáculos:

En primer término, se señala que es de por sí equívoco individualizar con la misma palabra (“derecho”) tanto al objeto de estudio (el derecho) como al estudio del objeto (es decir la ciencia).

En segundo término, y he aquí quizás la mayor dificultad, la propia definición del *objeto* de la ciencia no logra consenso. Así se resalta que, en pocas disciplinas científicas como en el derecho, la polémica respecto de su objeto propio ha sido motivo de tanta opinión divergente. Ni los físicos, ni los químicos, ni los historiadores, tendrían tanta dificultad para definir el objeto de su estudio como tienen los juristas.

Contribuyen a tal incertidumbre las siguientes circunstancias:

El carácter ambiguo del término “derecho”. En efecto, la misma palabra tiene varios significados relacionados estrechamente entre sí. Así, puede ser entendida como “derecho objetivo”, es decir, como sistema o conjunto de normas; como “derecho subjetivo”, esto es, como facultad, atribución, permiso, etc; y finalmente como el estudio o investigación (ciencia) del derecho a que hacemos referencia.

También, que la expresión “derecho” es vaga. No es posible enunciar propiedades que deban estar presentes en todos los casos en que la palabra se usa. Algunos señalan el carácter coactivo, otros que debe tratarse de directivas promulgadas por una autoridad, y están quienes eligen como propiedad la de consistir en reglas generales.

Y finalmente, que la expresión “derecho” tiene una carga emotiva. En efecto, “derecho” es una palabra con significado emotivo favorable, pues se dice que nombrar con esta palabra un orden social implica condecorarlo con un rótulo honorífico y reunir alrededor de él las actitudes de adhesión de la gente<sup>4</sup>. Cuando una palabra tiene carga emotiva, ésta perjudica su significado cognoscitivo.

Volviendo a la dificultad en cuanto a la propia definición de lo que se entiende por “derecho”, tampoco existe consenso sobre cuál es el contenido concreto del derecho, cuál es el “ser” del derecho.

Acudiendo a las respuestas que los juristas han dado en el devenir histórico, podemos encontrar tantas como autores, porque cada uno tiene su concepción del derecho.

En un intento de sistematización, podríamos agruparlas en diferentes corrientes de la filosofía jurídica, según la concepción del derecho que defienden. Básicamente, sin perjuicio de reconocer que puede implicar un simplismo quizás inadecuado, ellas serían tres: el iusnaturalismo, el iusformalismo (o positivismo) y el iusrealismo<sup>5</sup>. Sin ignorar la existencia de toda una gama de concepciones intermedias, como son la analítica, la deóntica, la egológica, la estructuralista, la funcionalista, la histórica, la iusmarxista y la semántica, entre otras.

Cada una de estas metodologías cuenta con una concepción propia del derecho al resaltar un elemento o característica de él.

Así, la corriente iusnaturalista, tanto en su vertiente laica como racional, reduce al derecho a un contenido intrínsecamente justo o natural, ya que para ella el derecho es un valor justo o natural. El iusformalismo (o positivismo jurídico) por su parte, en su insistencia por la separación estricta del derecho de la ética, moral y religión, y en la independencia de toda consideración valorativa, limita al derecho a un análisis de las interrelaciones lógicas de las normas jurídicas. El derecho, se reduce a las normas jurídicas, sin importar su contenido justo o no.

Por último, el iusrealismo, considera el derecho como un hecho eficaz o real, y la Ciencia del Derecho por lo tanto, es una ciencia empírica, que se debe ocupar del ser de la conducta humana, entendida como un conjunto de fenómenos o hechos eficaces o reales. El objeto de estudio no son las normas ni los valores, sino los hechos. Se acepta el carácter normativo de la ciencia, no por estar compuesta de normas vigentes, sino porque los hechos sociales se refieren forzosamente a esas normas.

Con un propósito digamos conciliador, y tal vez pretencioso, al apuntar a un “ideal” del derecho que sea al mismo tiempo, justo o natural, vigente o formal y eficaz o real, surge la teoría tridimensional del derecho, para la cual el derecho conserva las tres dimensiones (valor, norma y hecho) pero estrechamente unidas entre sí, en relaciones de esencial implicación, no existiendo uno que sea más importante que los otros, pues no sólo se exigen recípro-

camente sino que actúan como uno solo.

A las dificultades ya reseñadas, cabe agregar una última: la propia descripción de lo que forma el contenido de la Ciencia del Derecho.

Así, la expresión “Ciencia del Derecho” o “Ciencia Jurídica” o “Jurisprudencia” (utilizadas como sinónimos) se emplea en tres sentidos<sup>6</sup>:

- En un sentido amplísimo, abarcando todas las disciplinas jurídicas, incluso la Filosofía del Derecho y se habla así de **“las”** Ciencias del Derecho. En este sentido, las Ciencias Jurídicas abarcarían, además de la propia Filosofía del Derecho, a la Teoría general del Derecho (para quienes la consideran disciplina independiente de la Filosofía del Derecho), la Historia del Derecho, la Sociología del Derecho, la Psicología del Derecho y la Ciencia del Derecho Comparado.

- En un sentido semirrestringido, comprendiendo todas las ciencias jurídicas, con exclusión de la Filosofía del Derecho.

- En sentido estricto, como sinónimo de Dogmática Jurídica, entendida como la ciencia que tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinados, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación.

### **3. Los aportes en la evolución de la Ciencia del Derecho<sup>7</sup>**

La Ciencia del Derecho se ha ido construyendo y enriqueciendo en el devenir histórico con el aporte de muchos y muy encumbrados filósofos del derecho. Haremos referencia a algunos de los más importantes, sin pretensiones de exhaustividad ni completitud, con el objetivo de exponer al lector algunas de las diferentes visiones que de la Ciencia del Derecho, su finalidad y contenido se han propuesto.

#### **3.1 La construcción de la Ciencia del Derecho durante el siglo XIX.**

##### **3.1.1 La Escuela Histórica del Derecho**

La moderna Ciencia del Derecho comienza con Federico Carlos de Savigny y su pensamiento llega hasta nuestros días. Además de su importante contribución a la teoría de las fuentes y de la interpretación, cuando en las sentencias de los tribunales y en los escritos doctrinarios, se hace hoy referencia a los “institutos jurídicos”, se está de algún modo evocando el aporte de Savigny a la Ciencia del Derecho.

Los “institutos jurídicos”, a los que Savigny conceptúa como aquellos modos de comportamiento o relaciones de vida concretos y a la vez típicos (como el matrimonio, la patria potestad, la compraventa) que son observados en general por los ciudadanos como jurídicamente vinculantes, son, en el pensamiento de Savigny, el punto de partida y fundamento de la evolución del Derecho.

En efecto, el “instituto jurídico” es un todo lleno de sentido, cambiante con el tiempo, de relaciones humanas típicamente entendidas, que como tal, no es posible comprobar completamente mediante la adición de las reglas jurídicas particulares que se refieren a él. Ello así, porque estos “institutos jurídicos” no resultan del conjunto de reglas jurídicas, sino que más bien las reglas jurídicas se infieren de la contemplación total de los institutos jurídicos por una abstracción. Por tanto, dado que las reglas contenidas en la ley, independientemente

de toda configuración conceptual, tienen su fundamento más hondo en la contemplación de los “institutos jurídicos”, no pueden, según Savigny, ser entendidas únicamente a partir de ellas mismas, sino partiendo de la contemplación del instituto jurídico, pues entre tal instituto y la forma abstracta de la regla particular existe una “desproporción” cuya superación está permanentemente encomendada a la Ciencia del Derecho.

Es imperioso aludir además, a la consideración por Savigny del método sistemático. Desde un principio es característico en él exigir una combinación del método “histórico” y el “sistemático” como nota caracterizante de la ciencia jurídica. El primero, considera la génesis de cada ley precisamente en una situación histórica determinada. El segundo, intenta comprender como un todo coherente la totalidad de las normas jurídicas y de los institutos jurídicos que le sirven de base.

Afirma Savigny la existencia de una conexión orgánica de los institutos jurídicos que están vivos en la conciencia general. “Todas las instituciones jurídicas están ligadas en un sistema y sólo pueden ser comprendidas por completo dentro del magno contexto de este sistema.”<sup>8</sup> La idea de sistema significa el desarrollo de una unidad en una variedad, que, de este modo, es conocida como una conexión de sentido. Esta unidad es pensada por Savigny como un “organismo”, como una totalidad de sentido inherente a la variedad sólo mostrable en ella y por ella.

Las reglas jurídicas particulares, opina Savigny, solo posteriormente serán deducidas por abstracción de los “institutos jurídicos”, por ello éstos han de estar siempre presentes al intérprete en la contemplación, si es que quiere entender rectamente la norma jurídica.

Es inevitable referir a la importancia del “concepto” en la evolución de la Ciencia del Derecho.

Fue Jorge Federico von Puchta quien con clara firmeza, encaminó la Ciencia del Derecho de su tiempo por la vía del sistema lógico en el sentido de una “pirámide de conceptos” y de este modo, decidió su evolución hacia la “jurisprudencia de conceptos”. De hecho, enseñó el método del pensamiento formal-conceptual, radicando allí su importancia para la metodología jurídica y el desarrollo de la Ciencia del Derecho.

Enseña Puchta, que las normas jurídicas particulares que forman el derecho de un pueblo, se hallan entre sí en una conexión orgánica, y la misión de la Ciencia del Derecho, es conocer las normas jurídicas en esa conexión, condicionándose unas a otras y procediendo unas de otras, a fin de poder seguir la genealogía de las normas particulares hasta la altura de su principio y asimismo descender los principios hasta sus últimas consecuencias. Se logra así, en el entendimiento de Puchta, un conocimiento sistemático capaz de seguir hacia arriba y hacia abajo la derivación de cada concepto a través de todos los escalones intermedios que han participado en su formación. La genealogía de los conceptos indica por tanto, que el concepto supremo del que son derivados todos los demás codetermina con su contenido todos los restantes.

La contribución de la “jurisprudencia de conceptos” fue la elaboración de un sistema abstracto conceptual, que estaba construido según el principio de la subordinación de conceptos siempre más especiales bajo otros de muy amplia extensión (ámbito de aplicación) pero de contenido siempre más reducido, y que debía permitir, no sólo asignar a cada concepto su lugar dentro del sistema total, sino también subsumir otros conceptos bajo ellos y finalmente tanto hechos como consecuencias jurídicas concretas. Este desarrollo encontró su reflejo en numerosas divisiones conceptuales (como las de Derecho público y privado; derechos absolutos y relativos; nulidad y mera anulabilidad de un negocio jurídico y muchos otros).

### 3.1.2 La Ciencia del Derecho bajo la influencia del concepto positivista de ciencia

Durante el transcurso del segundo tercio del siglo XIX la Ciencia del Derecho, como todas las ciencias del espíritu, tomó parte del viraje general hacia el positivismo. Como movimiento contrario tanto al Derecho natural racional deductivo, como al romanticismo y la Escuela Histórica, el positivismo se caracteriza especialmente por aspirar a desterrar de la ciencia, toda metafísica, toda ética material y toda doctrina de valores, y por restringir la ciencia estrictamente a los hechos y a su “legalidad” empíricamente observable.

Sólo reconoce como ciencia de un lado, las ciencias causales basadas en la experiencia, de otro lado la lógica y la matemática como doctrina de las formas puras de los cuerpos y de los números. Según la concepción positivista, lo único que es accesible al conocimiento científico, prescindiendo de la lógica y la matemática, son los hechos perceptibles junto con la “legalidad”, corroborable experimentalmente, que en ellos se manifiesta. En este planteamiento aparece decisivo el modelo de las ciencias naturales “exactas”. En esto el positivismo es “naturalismo”. Por tal motivo, la Ciencia del Derecho ha de ser elevada a una “ciencia verdadera” fundamentándola, lo mismo que la ciencia natural, sobre hechos indubitables.

Ningún pensador jurídico ha llegado a ser, junto con Savigny, tan importante para el desarrollo de la Ciencia del Derecho como Rudolf von Ihering.

La obra jurídica de la vida de Ihering se caracteriza por una notable evolución, aunque algunos autores en cambio la señalan como marcada por una profunda cesura.

En la etapa correspondiente a su obra “El espíritu del Derecho Romano” Ihering, imbuido todavía por el modo de pensar de las ciencias naturales “exactas” de su tiempo, aporta y culmina la “jurisprudencia formal de conceptos” aunque a diferencia de Puchta, no parte de un concepto fundamental ya dado previamente al derecho positivo y constitutivo del mismo, sino que su procedimiento de formación de los conceptos es exclusivamente inductivo: la tarea sistemática de la Ciencia del Derecho, consiste ahora, según él, en descomponer los institutos jurídicos particulares y las normas jurídicas a ellos relativas en sus elementos lógicos y en destilar limpiamente éstos, y luego reconstruir con ellos, por combinación, tanto las normas jurídicas ya conocidas como también otras nuevas. El resultado de esta descomposición y recomposición lógicas, es que la ciencia obtiene, en lugar de una cantidad infinita de normas jurídicas de las más diversas clases, un número claro de cuerpos simples, pudiendo recomponer con ellos cuando sea preciso, las normas jurídicas particulares. Pero la utilidad no se limita meramente a esta simplificación, los conceptos jurídicos obtenidos no son meras disociaciones de las normas jurídicas dadas sino que existe una ventaja aún mayor en el incremento del derecho conseguido por este medio a partir de sí mismo, de un crecimiento desde dentro. Mediante la combinación de elementos diferentes, la ciencia puede formar nuevos conceptos y normas jurídicas: los conceptos son productivos, pues engendran otros nuevos. Y compara Ihering esta tarea, de formación de los conceptos jurídicos elementales, mediante análisis y abstracción, con las letras del alfabeto: “la idea del alfabeto se basa en la descomposición y en la reducción de lo compuesto a sus elementos; el alfabeto ha surgido de la observación de que el lenguaje ha formado toda su riqueza de palabras mediante una combinación diversa de ciertos sonidos fundamentales, y de que por tanto, el descubrimiento y designación de estos sonidos fundamentales es suficiente para componer con ellos cualquier palabra...Lo que son las palabras en el lenguaje, eso son las relaciones jurídicas en el derecho. La tarea es aquí como allí el descubrimiento de estos elementos, la formación de un alfabeto”<sup>9</sup>.

Sin perjuicio de muchas otras importantes, la contribución de la que sin duda es

imposible prescindir en la evolución posterior de la Ciencia del Derecho, es la que el jurista alemán desarrolló en su obra “El fin del Derecho”. La idea fundamental expuesta en esa obra, es la de que el fin es el creador de todo el derecho, que no existe ninguna norma jurídica que no deba su origen a un fin, esto es, a un motivo práctico debido al cual es creada que por lo tanto determina su entendimiento. Sin embargo, no es el legislador quien determina el fin de la norma, pues según afirma Ihering, éste actúa no tanto como persona individual cuanto como representante de un querer o aspiración vinculantes, comunes a todos los miembros de la comunidad jurídica, pero que proviene o se halla en la sociedad. Es asimismo la sociedad el sujeto final de todas las normas jurídicas: el derecho es la norma coactiva estatal al servicio de un fin social. Por ello, para comprender una norma jurídica, no ha de suceder lo que la lógica postula, sino lo que postula la vida, el tráfico, el sentimiento jurídico, porque la vida no existe a causa de los conceptos sino que los conceptos existen a causa de la vida. Sostiene Ihering: “para el uso académico puede ser muy cómodo en vez de exponer minuciosamente las relaciones o los motivos prácticos, a los que una norma jurídica debe realmente su origen, idear un punto de vista al que aquélla se subordine como consecuencia lógica, pero en esto no ha de verse el fundamento real de las normas jurídicas y de los conceptos”.

Estas ideas, contienen el comienzo de un programa para una Ciencia del Derecho “pragmática”.

Por lo demás, Ihering no reconoce ninguna jerarquía objetiva de los fines sociales, éstos resultan más bien según él, únicamente de las distintas necesidades vitales de las sociedades concretas históricamente existentes.

A partir de Ihering entonces, (y es éste su indiscutible aporte a la evolución de la Ciencia del Derecho) no podrá ya prescindirse de la idea de que en toda norma jurídica tiene que ser considerada también su función social: toda norma quiere configurar, en la parte que le corresponde, la existencia social, y por este motivo está referida, según su sentido, a un fin social.

Con el objetivo de reivindicar para la Ciencia del Derecho, de modo similar a la lógica y la matemática, un objeto puramente ideal y restringirla a aquello que al respecto es necesario según las leyes del pensamiento, emprendió Hans Kelsen su “Teoría pura del Derecho”. Pero Kelsen siguió siendo positivista en cuanto expulsó de la Ciencia del Derecho toda consideración valorativa y con ello, la cuestión acerca de la valoración pertinente en cada caso, por estimar que no es contestable científicamente. La “Teoría Pura del Derecho”, representa el más grandioso intento de fundamentación de la Ciencia del Derecho como ciencia que ha visto nuestro siglo.

Kelsen afirma que la Ciencia del Derecho no tiene que ver, no primariamente, con la conducta efectiva de los hombres o con los fenómenos síquicos como tales, sino con normas jurídicas. Por ello no puede ser una ciencia natural que describe hechos e investiga su enlace causal. Pero entonces, si es que es realmente una ciencia, sólo puede ser, según el concepto positivista de ciencia, una doctrina de las “formas puras” del Derecho.

El objetivo de Kelsen es construir una ciencia descriptiva del derecho que tenga como objeto el aspecto normativo del derecho. Es, por ello, una ciencia descriptiva que tiene como objeto el lenguaje normativo jurídico. En ese sentido, se puede decir que es una ciencia que no pretende imponer normas, no pretende prescribir sino que lo único que pretende es describir un objeto normativo.

El punto de partida de Kelsen, desde el cual pretende fundamentar la independencia metódica de la Ciencia del Derecho, es la distinción entre juicios del ser y juicios del deber ser.

El Derecho es un orden normativo que pertenece, en cuanto tal, a la categoría ontológica del deber ser. No es lo mismo, sostiene, afirmar que los contratos se cumplen (o no se cumplen) que sostener que los contratos deben cumplirse en virtud del Derecho. La primera afirmación contiene un juicio de hecho, la segunda contiene un enunciado sobre algo que *debe* suceder.

Para Kelsen, la Ciencia del Derecho no tiene que ver con la conducta fáctica de los hombres, sino solamente con lo jurídicamente preceptuado. Por ello, no es una ciencia de hechos, como la sociología, sino una ciencia de normas; su objeto no es lo que es o lo que sucede, sino un complejo de normas. Su carácter científico sólo está garantizado si se limita estrictamente a su misión y si mantiene “puro” su método de toda mezcla de elementos ajenos a su esencia, es decir, de todo préstamo de la sociología, de la psicología, pero también de toda influencia de “dogmas” ya sean de naturaleza ética o religiosa. La pureza metodológica significa que la Ciencia del Derecho tiene que someterse ascéticamente a una depuración de todos aquellos elementos, históricos, sociológicos, políticos, iusnaturalistas, metafísicos que pertenecen a otros órdenes del conocimiento. Como conocimiento “puro” no tiene que perseguir fines prácticos inmediatos, sino más bien eliminar de su consideración todo aquello que no guarde relación con la peculiaridad de su objeto como complejo de normas, todos los contenidos procedentes de la esfera del ser o del ámbito de la ética. Kelsen quiere liberar a la Ciencia del Derecho de todos los elementos ajenos a ella. La “Teoría pura del Derecho” sólo tiene que ver con el derecho positivo.

Como lo entiende Kelsen, la Ciencia del Derecho tiene que ver con normas, es decir, con un deber ser, pero no se ocupa de los contenidos, sino de la estructura lógica de las normas jurídicas, examina el sentido, la posibilidad y los límites de un enunciado jurídico en general y la clase y modo de su realización.

La unidad, la coherencia formal de todas las normas de un derecho positivo, se basa en que todas ellas pueden ser referidas a una norma única, como último fundamento de su validez, a la “norma fundamental”. Esta norma no implica otra cosa que el establecimiento de un supuesto de hecho productor de normas, la legitimación de una autoridad que establece normas o lo que es lo mismo, una regla que determina cómo deben ser producidas las normas generales individuales del orden basado en esa norma fundamental. Dicha norma no es establecida, sino que es necesariamente presupuesta por la Ciencia del Derecho para poder interpretar como un orden jurídico el material de normas que le es dado.

También interesa referir a la visión de Kelsen sobre la labor de interpretación del Derecho por parte de la Ciencia Jurídica, que según afirma, no es igual a la tarea de interpretación por el órgano aplicante: en la aplicación del Derecho por un órgano jurídico, la interpretación del derecho aplicable siempre va unida a un acto de voluntad, por el que el órgano aplicable elige una entre las varias posibilidades puestas de manifiesto por la interpretación de la norma. Otra cosa sucede con la interpretación del derecho por la Ciencia Jurídica. Esta no es producción del derecho, a diferencia de la interpretación por los órganos jurídicos (si bien tratándose de la sentencia judicial, sólo para el caso concreto), sino “pura constatación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas”. Como tal, sus posibilidades son limitadas; en especial es, según Kelsen, inepta para colmar las lagunas supuestas en el derecho. La Ciencia Jurídica concreta tiene que dejar a la autoridad que aplica, el derecho de elección (sólo determinable por consideraciones políticas) entre las interpretaciones igualmente posibles desde el punto de vista jurídico-científico.

### **3.1.3 La escuela de la libre investigación científica**

En las postrimerías del siglo XIX y apenas comenzando el siglo XX, contra el abuso de la lógica formal en el campo de la ciencia jurídica se alzó Francisco Gény, en un intento de acercar el derecho a la vida, a la realidad. En su obra “Método de interpretación y fuentes del Derecho privado positivo” intenta Gény sacar la Ciencia Jurídica de los estrechos límites del texto expreso y frío de la ley impugnando el postulado fundamental de que la ley escrita debe bastar para todo, principio al que califica como de “fetichismo de la ley escrita y codificada”.

En la búsqueda de la reconstitución del método y la elaboración de una teoría de las fuentes, realiza un prolijo y completo estudio de cada una de ellas, a saber: la ley escrita y su interpretación; la costumbre; la autoridad o tradición cuyo valor investiga, y por último culmina sus estudios con el aporte original de su teoría que llama de “libre investigación científica”.

Señala Gény que puede ocurrir que se presenten casos no previstos en la ley y en cuyas circunstancias será necesario disponer de otro instrumento que revele al jurista la solución adecuada al caso planteado; es allí cuando emerge la preponderante función de la libre investigación científica para alcanzar los elementos objetivos del derecho.

Gény explica su método del siguiente modo: “investigación libre” toda vez que existe sustracción a la acción propia de una autoridad positiva; “investigación científica”, al propio tiempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar. El método jurídico debe tener por preocupación dominante, descubrir él mismo, en defecto de la ayuda de las fuentes formales, los elementos objetivos que determinarán todas las soluciones exigidas por el derecho positivo.

¿Dónde habrán de encontrarse los elementos objetivos del derecho?, “en la naturaleza de las cosas”, expresión que Gény se encarga de dilucidar: “las relaciones de la vida social, llevan en sí las condiciones de su equilibrio y descubren ellas mismas las normas que deben regirlas. Nada al parecer, tan sencillo según esto, como considerar de cerca todas las relaciones humanas, para discernir entre las que merezcan reconocimiento jurídico y encontrar su ley en ausencia de toda fuente formal”<sup>10</sup>.

Queda así expuesto en lo fundamental, el sistema de Gény, que ha tenido la virtud de señalar el amplio horizonte abierto a la Ciencia Jurídica, libertándola de la concepción tradicional que la creía encerrada totalmente en el código, de tal manera que hasta incluso se pretendió cerrar al jurista el camino de la interpretación.

## **3.2 La Ciencia del Derecho en la primera mitad del siglo XX**

Al comienzo del siglo XX, Rudolf Stammler introduce en Alemania un movimiento filosófico que se caracteriza por el apartamiento del positivismo. En general, unió a ello la afirmación de la historicidad del Derecho, aspirando así a una síntesis de dos grandes corrientes espirituales: el “Derecho Natural” y el “historicismo”.

En su “Teoría de la Ciencia del Derecho”, Stammler se propone hacer concebible la Ciencia del Derecho y alejarla totalmente del reproche de carecer de valor científico. Para ello, afirma, son sólo apropiados “los conceptos fundamentales del Derecho”, y el esclarecimiento de estos conceptos fundamentales, de un modo seguro y completo, es por tanto una tarea decisiva para todo aquel que se preocupe por el Derecho y por la Ciencia del Derecho.

Explica Stammler que las ideas jurídicas aparecen en la conciencia siempre ordenadas

ya de un modo determinado, es decir, formadas. Existen pues, “formas puras” del pensar jurídico que condicionan lógicamente todo conocimiento jurídico particular, pero ellas mismas no están condicionadas por ninguna materia particular y hallan su unidad en el concepto de Derecho en sí. El concepto de Derecho es una manera y modo puros y condicionantes para ordenar la conciencia volitiva, de los que depende toda posibilidad de calificar de jurídica una cuestión particular.

En la concepción de Stammler, el Derecho es un modo del querer, pues ordena los fenómenos según la forma del pensar “fin y medios”. A diferencia de las ciencias de la naturaleza o causales (que ordenan los fenómenos según la forma del pensar “causa y efecto”) la Ciencia del Derecho es una ciencia de fines. Por ello sus conceptos los forma de manera plenamente autónoma, independientemente de las reglas del conocimiento científico-natural. Al lado de la lógica formal y de la lógica que rige para el conocimiento científico-natural, se ha de exigir una lógica de la ciencia de fines, de la cual resulta la independencia metódica de la Ciencia del Derecho.

Que se trate de una ciencia de fines no significa que Stammler pretenda, como Ihering, explicar el origen causal de las normas jurídicas (a partir de fines sociales) pues esto sería considerar el Derecho como un fenómeno natural. Lo que importa es la peculiaridad lógica de las consideraciones jurídicas como tales. Esta peculiaridad consiste en un enlace específico de fines y de medios. Siempre que se pregunta por la génesis del derecho o de las normas jurídicas particulares, se presupone ya lógicamente el concepto de derecho como un determinado modo de establecer fines y medios. El concepto de derecho es el de un determinado modo de establecer fines.

Por otra parte, los conceptos jurídicos fundamentales puros son, según Stammler, irradiaciones invariables del absolutamente firme concepto de derecho y se obtienen deductivamente a partir de él (lo presuponen y lo confirman), y nunca pueden ser derivados de las particularidades de un querer jurídico condicionado; en cambio los conceptos jurídicos condicionados sólo se obtienen por abstracción del limitado contenido de un derecho históricamente dado.

Vemos así, dos ideas de Stammler que han llegado a ser de trascendental importancia para la metodología de la Ciencia Jurídica y que podemos resumir del siguiente modo: la primera, es la de la independencia metódica de la Ciencia del Derecho frente a las ciencias de la naturaleza, que se basa en que la Ciencia del Derecho no pregunta por las “causas” sino por los “fines” y por el sentido de una norma jurídica o de una institución. La segunda idea, más importante aún, es la de que pertenece a la esencia del derecho el orientar y ordenar según una medida superior, la de la idea del derecho, la profusión de fines posibles en una situación dada, siempre limitados y con frecuencia contradictorios. Esta idea, posibilita así, la superación del positivismo y la consagración del método teleológico en la Ciencia del Derecho.

Correspondió a Rickert, en su intento de independizar aún más las ciencias del espíritu de las ciencias de la naturaleza, y con ello, apartarse definitivamente del concepto positivista de ciencia, la introducción del concepto de “valor” en la metodología de las primeras, aunque sin dar aún una respuesta a la cuestión de qué es un valor.

A la división lógica de las ciencias en generalizadoras e individualizadoras, se añade una división objetiva, según consideren su objeto libre de valor y de sentido (ciencias naturales) o referido a valores y por ello, con sentido (ciencias histórico culturales, como precisó Rickert). Los valores, el sentido y el significado, no podemos percibirlos, sino sólo comprenderlos, al interpretar los objetos percibidos. Según ésto, “naturaleza” es el ser libre de significado, sólo perceptible, no comprensible; en cambio “cultura”, es el ser pleno de

significado, comprensible.

Fue Emil Lask el primero que aplicó estas ideas a la metodología de la Ciencia del Derecho, al comienzo del siglo XX. Según entiende, la Ciencia del Derecho es una rama de las ciencias culturales empíricas, por tanto se ocupa de sucesos o relaciones que se destacan entre la masa de lo que acontece por su relevancia en relación con determinados valores culturales.

El contenido adecuado a la idea de las normas, resulta según Lask, de su referencia a valores y fines socialmente reconocidos. Lask habla por ello, de un método de la jurisprudencia referido a valores y a fines. Subraya que todo lo que incide en el ámbito del derecho pierde su carácter naturalista libre de referencia a valores. La formación de conceptos jurídicos está siempre “teleológicamente teñida”.

Gustav Radbruch continúa la obra de Lask, agregando ahora el contenido y la conexión de sentido de los valores mismos relevantes para el derecho, llevando así a cabo, el tránsito de una filosofía de los valores únicamente formal a otra material.

Para Radbruch, cuyas explicaciones metodológicas fueron tenidas muy en cuenta por la doctrina jurídico penal de su tiempo, el Derecho es, en cuanto fenómeno cultural, aquel dato que tiene el sentido de realizar la “idea del Derecho”, que es el valor central al que en última instancia está referido todo Derecho como algo con sentido. Y como la idea del Derecho no es otra cosa que la de justicia, Radbruch también dice que el Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir a la justicia. Esto no quiere decir que todo Derecho positivo tenga también que ser necesariamente derecho justo, pero en cuanto Derecho, se halla, según su sentido, bajo la exigencia de la justicia: está orientado a esta idea.

La fenomenología y la filosofía existencial, han tenido su aplicación más consecuente al campo del Derecho en la llamada “teoría egológica del Derecho” obra de Carlos Cossio.

El Derecho es para Cossio un objeto egológico, o sea es sólo la conducta, la libertad metafísica fenomenalizada. Toda la teoría jurídica tradicional ha considerado el Derecho como norma. Cossio rompe con el normativismo, incluso con el kelseniano, y afirma que el Derecho es conducta. Afirmar otra cosa, es para Cossio, racionalismo, pero el racionalismo, dice, es incompatible con el supuesto fundamental de la Ciencia Jurídica moderna: el ser una ciencia de experiencia. Pues una ciencia de experiencia implica partir de un dato real empíricamente intuible, y el único dato jurídico susceptible de ser captado sensiblemente en el derecho es la conducta. La conducta en su interferencia intersubjetiva con otras conductas es lo que hay de real en el campo del derecho y por eso es toda la realidad del derecho.

La norma, para Cossio, es sólo el instrumento conceptual por medio del cual se conoce la realidad del derecho que es la conducta. La norma no es objeto sino concepto, y como tal sólo puede ser abordada por la Lógica, como teoría de los conceptos, pero no por la Ciencia Jurídica cuyo objeto es el Derecho. El objeto de la Ciencia Jurídica pues, sólo puede ser el derecho en su realidad, o sea la conducta, y no las normas que únicamente son el instrumento para su conocimiento.

Podemos afirmar así, que para Cossio no existe una filosofía del derecho distinta de la Ciencia Jurídica, o mejor, la filosofía del derecho sólo puede ser una Teoría de la Ciencia Jurídica. Pues del Derecho sólo hay, o un conocimiento vulgar, o un conocimiento científico, que es el de la Ciencia Dogmática del derecho. Pero en torno al derecho que es objeto de la Ciencia Jurídica pueden plantearse cuatro interrogantes: 1- en qué consiste su ser, y la respuesta es conducta; 2- cómo se piensa jurídicamente, problema de la lógica jurídica formal: se piensa por medio de conceptos, que son las normas. 3- cuándo es real y efectivo el

pensamiento jurídico, cuándo se conoce jurídicamente algo; problema de la lógica jurídica trascendental, problema de la validez y vigencia del derecho; 4- problema del sentido puro del derecho, axiología jurídica, teoría de los valores jurídicos: pues la conducta por ser libertad, posee un valor, es una valoración, y el derecho es una valoración, consiste en valores; pero así como toda ciencia presupone una ontología, una teoría del objeto, así también toda valoración empírica presupone una doctrina sobre el sentido puro del valor<sup>11</sup>.

El valor positivo de la teoría egológica consiste, no sólo en la revalorización de la filosofía del derecho llevada a cabo en nuestro medio, sino también en que es, ante todo, una meditación auténticamente filosófica sobre el problema de la Ciencia del Derecho, de la que no podrá prescindirse, aunque sea para polemizar con ella, al abordar la cuestión sobre la científicidad de la Ciencia del Derecho.

### **3.3 Algunas visiones de la Ciencia del Derecho en la segunda mitad del siglo XX.**

Al iniciarse la década de los cincuenta, Alf Ross y Norberto Bobbio se propusieron la construcción de una Ciencia Jurídica que tuviera todos los atributos necesarios para hacerla acreedora del título de “verdadera ciencia”, y en ambos casos, sobre una base empírica<sup>12</sup>.

#### **3.3.1 La Ciencia del Derecho según Alf Ross**

Alf Ross, como representante del realismo jurídico, interpreta la vigencia del derecho en función de la eficacia social de éste.

Según explica, la Ciencia Jurídica (a la que atribuye la condición de ciencia empírica) consta de aserciones acerca de las normas jurídicas (del tipo: “F es una ley vigente”) y que consiguientemente (al igual que se hace con las aserciones de las ciencias empíricas) deben ser entendidos y considerados con arreglo al principio de verificación, en virtud del cual, una proposición sólo tiene sentido cuando puede ser verificada (ello es conteste con la aspiración de Ross de poder atribuir al derecho la condición de ciencia social empírica).

Y según entiende Ross, el procedimiento de verificación de las proposiciones de la Ciencia Jurídica estará constituido por el comportamiento que a su respecto asuman los tribunales que deciden las controversias jurídicas.

Es decir: la validez de una proposición de la Ciencia Jurídica (y por tanto su auténtico carácter científico) está en función de su aplicabilidad en la práctica de los tribunales. Así entonces, cuando un tribunal aplica una norma jurídica respecto de la cual la Ciencia del Derecho había postulado su vigencia o la condición de válida, el hecho de su aplicación implica la constatación de la certeza de las afirmaciones que sobre su validez o vigencia había emitido la Ciencia Jurídica.

Sin embargo, en el pensamiento de Ross, las decisiones judiciales no tienen la función de atribuir vigencia a las normas, sino de verificar proposiciones de la Ciencia Jurídica que afirman tal vigencia. El comportamiento de los tribunales entonces, se relaciona con el problema de la verificación de la aserción de la Ciencia del Derecho y no con el problema de la validez o vigencia de la norma jurídica. Por lo que Ross admite la posibilidad de considerar derecho vigente al aún no aplicado, porque la aplicación de la norma no es un requisito de su vigencia sino sólo un criterio de verificación positiva de la proposición doctrinal (aserción) que nos ha indicado que esa norma estaba vigente o era válida.

Pero además, para Ross, las aserciones acerca de la vigencia de la norma jurídica

(contenido de la Ciencia del Derecho) pueden ser consideradas verdaderas si hay motivos suficientes para pensar que esa norma será aplicada en las decisiones futuras, aún cuando todavía no lo hayan sido (por no haber recaído resolución alguna que contemple la regla a la que se refieren) o incluso cuando no podrán ya serlo (porque la disposición legislativa sólo estuvo un corto tiempo en vigor). Bastará con que contemos con otras creencias ya verificadas que nos ilustren acerca de la mentalidad de los jueces y nos hagan considerar razonable que la afirmación acerca de la validez o vigencia era verdadera.

Señala también Ross, el carácter probabilista y relativo de las aserciones de la Ciencia Jurídica: aun cuando podamos citar una o más resoluciones judiciales que verifiquen la exactitud de la proposición “A” de la Ciencia Jurídica, ésta continuaría siendo en principio una incierta predicción respecto de decisiones futuras, pues la aserción verificada, para mantener su validez, se encontrará siempre precisada de nuevas verificaciones: una vez probada y confirmada para el pasado, después de su verificación, vuelve a problematizarse, presentándose como una nueva aserción que a su vez debiera ser verificada. Es decir: la verdad de una proposición jurídica determinada (por haberse verificado judicialmente) no supone necesariamente que nos encontremos en situación de predecir con certeza razonable el resultado de una acción concreta futura aun cuando conozcamos los hechos relevantes.

De esta forma Ross entiende que las proposiciones de la Ciencia del Derecho no pueden pretender nunca una absoluta certeza, sino que tan solo pueden sostenerse con un mayor o menor grado de probabilidad, que puede ir desde la virtual certeza a la probabilidad escasa. La probabilidad será alta y la aserción poseerá un correspondiente alto grado de validez, si la predicción se basa en una doctrina muy asentada y se sustenta en una serie continua de precedentes jurisprudenciales indiscutidos. O por el contrario, en el caso de que la predicción se base en un precedente singular y dudoso, o en los principios o la razón, la probabilidad será baja y a la aserción le corresponderá un grado de validez igualmente bajo.

Sin embargo, según Ross, la relativización de los asertos de la Ciencia Jurídica, no inhabilitan a ésta para que siga siendo auténtica ciencia, pues por el contrario, la relatividad del conocimiento científico es algo que reclama como propia toda la epistemología contemporánea, nacida de la crisis de las ciencias tradicionales que se consideraban de valor absoluto.

Sintetizando: Alf Ross concibe la Ciencia del Derecho como un conjunto de proposiciones verificables empíricamente que, para ser tomadas en cuenta, requieren verse avaladas por las decisiones de jueces y magistrados, constituyendo así el comportamiento de los tribunales, la fuente de prueba por excelencia de que son ciertas o falsas las aserciones de la ciencia del Derecho que indican que una norma está vigente o es válida.

### ***3.3.2 La Ciencia del Derecho según Norberto Bobbio***

Norberto Bobbio se ha ocupado en muchas ocasiones y en momentos diferentes de la Ciencia Jurídica, modificando incluso su propio pensamiento al respecto, al compás de los cambios que se han ido produciendo en la problemática correspondiente. En este punto, en consonancia con el autor que guía nuestro análisis, se toma como referencia los desarrollos de Bobbio en “*Scienza del diritto e analisi del linguaggio*” publicada por vez primera en 1950 y “*Teoría della scienza giuridica*” del mismo año. Más recientemente, quizás como una evolución de su postura expuesta en las obras citadas, Bobbio acepta la posibilidad de concebir, junto a una auténtica Ciencia del Derecho, una jurisprudencia que no es ciencia, pero que es

la que practican generalmente los juristas. Entiende así que es posible afirmar la existencia de una duplicidad de saberes, uno: el científico, que responde a los esquemas de cientificidad que acepta la comunidad científica, y otro: la realidad del quehacer del jurista<sup>13</sup>.

En las obras a que hacíamos referencia al inicio, intenta Bobbio atribuir un carácter empírico particular y diferente a la Ciencia del Derecho. Sostiene así que la ciencia jurídica no es una ciencia formal (como la lógica y la matemática) pero tampoco es propiamente una ciencia empírica (como la física, la química, la sociología y la economía) pero forma parte, pese a ello, de la gran familia de las ciencias empíricas y al mismo tiempo participa de ciertas características de las ciencias formales.

El motivo por el cual Bobbio propone la inclusión de la denominada Ciencia del Derecho en el conjunto de las ciencias empíricas, es su creencia de que cuando se estudian las proposiciones normativas y por tanto, entidades lingüísticas, la actividad presupone la referencia a los comportamientos reales (entidades extralingüísticas) de los que la proposición ha sido extraída. De ahí que en la Ciencia Jurídica, no se trate tanto de conocer hechos reales, como de interpretar el sentido de determinadas afirmaciones (prescripciones) acerca de la realidad.

Sin embargo, como el legislador para poder establecer comportamientos posibles (prescribiéndolos), recaba la noción de estos comportamientos posibles de la realidad social, el científico del derecho no puede comprender el significado de una prescripción sin remitirse, de algún modo, a la realidad social de la que la misma prescripción ha extraído tanto su razón de ser como las nociones de que está compuesta. El intérprete, si quiere comprender el significado de una norma, observa (de la misma manera que podría hacerlo un historiador o un sociólogo) el comportamiento real, y de este conocimiento extrae los elementos indispensables para desarrollar su función interpretativa.

De este modo, normatividad y empiricidad no son términos incompatibles. Por el contrario, las proposiciones jurídicas son a un mismo tiempo normativas derivadas de la experiencia.

Entonces, si ha de entenderse que toda investigación que reconozca a la experiencia como fuente última de conocimiento es merecedora de la condición de ciencia empírica, resulta razonable asignar a la Ciencia del Derecho tal calificación, ya que su objeto (las reglas jurídicas de comportamiento) se hallan dentro de la experiencia.

Sustancialmente, lo que Bobbio intenta afirmar, es que la Ciencia del Derecho (la interpretación-sistematización de los preceptos del legislador) están inmersos en la sociedad y en la historia.

Agrega también Bobbio que una investigación se constituye en científica, cuando superada y abandonada la ambigüedad y la indeterminación del lenguaje común, se presenta como un sistema coherente y cerrado de proposiciones definidas, por lo que todo análisis que pretenda el título de ciencia, debe contar también con una parte eminentemente crítica, que consiste en la construcción de un lenguaje riguroso.

Por tanto, siendo que la Ciencia del Derecho tiene como objeto el lenguaje del legislador, será entonces el análisis del lenguaje el que construye y reconstruye de modo riguroso ese discurso; y corresponderá entonces al intérprete la transformación de ese lenguaje del legislador en un lenguaje riguroso, purificándolo, esto es, determinando el sentido de los términos que aparecen en las prescripciones jurídicas. Ello así, pues el lenguaje del legislador no es necesariamente riguroso, ya que ni han sido establecidas perfectamente las reglas de su formación, ni las expresiones lingüísticas son precisas en cuanto a su referencia objetiva.

Tampoco aparece necesariamente sistematizado, siendo necesaria la tarea de su ordenación o reconducción al sistema.

Afirma Bobbio: “la Ciencia Jurídica debe transformar el discurso legislativo en un discurso riguroso...y únicamente cuando logra construirse un lenguaje riguroso y sólo en los límites en que tal lenguaje se construye, puede decirse que se convierte en investigación científica, en una palabra, considerarse Ciencia”<sup>14</sup>.

### **3.3.3 La visión de la Ciencia del Derecho en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin**

Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin proponen un modelo de Ciencia Jurídica considerablemente más sofisticado que el que presenta Alf Ross.

Estos autores señalan dos tipos de tareas u operaciones que la Ciencia Jurídica desarrolla. En primer lugar, la tarea empírica de determinar qué enunciados constituyen la base de un orden jurídico; en segundo término, las operaciones lógicas de sistematización del derecho.

Alchourrón y Bulygin muestran que la sistematización del derecho consta de dos pasos. En el primero de ellos se derivan las consecuencias lógicas de los enunciados que constituyen la base del sistema, empleando ciertas reglas de inferencia; esto permite mostrar los defectos lógicos (lagunas, contradicciones y redundancias) que el sistema pueda tener. En una segunda etapa de la sistematización, se trata de reemplazar la base original del sistema por una más económica pero equivalente a ella, o sea por un conjunto más reducido de principios que sean lo más generales que sea posible, siempre que tengan las mismas consecuencias lógicas que las normas que reemplazan.

En cuanto a la ubicación de la Ciencia del Derecho en una clasificación general de las ciencias, afirman que no puede clasificársela sin más como una ciencia empírica y mucho menos aún como una ciencia formal. “Tiene, sin duda, sus rasgos peculiares que justificarían tal vez su inclusión dentro de las ciencias normativas como categoría autónoma, distinta tanto de la ciencia formal, como de la empírica. Pero esto no excluye la posibilidad de aprovechar para la Ciencia del Derecho parte del conocimiento logrado y algunos de los métodos usados en la metodología de otras disciplinas más desarrolladas”<sup>15</sup>.

## **4. La discusión de la condición científica de la Ciencia del Derecho**

### **4.1 El escepticismo de Julio von Kirchmann**

Las discusiones sobre la científicidad de la Ciencia del Derecho, se remontan según algunos autores, ya hasta el siglo XVI. En el Renacimiento, los humanistas sintieron una especial aversión hacia la Ciencia del Derecho.

Pero no hay duda que fue el análisis de Julio H. von Kirchmann, procurador del rey en el Estado de Prusia, en su famosa conferencia pronunciada en 1847, el que alcanzó mayor resonancia.

A fin de enmarcar debidamente su posición, a cuyos argumentos principales nos referiremos, es necesario tener presente que la crítica de Kirchmann se dirige principalmente a la Ciencia del Derecho como dogmática jurídica, y que además sus cuestionamientos son hechos desde el ángulo visual de la ciencia de su época, caracterizada por el “positivismo” (esto es, la atribución de carácter científico sólo a las llamadas “ciencias causales” o de la

naturaleza), por lo que su análisis sigue el método propuesto por estas ciencias.

Sostiene Kirchmann el carácter acientífico de la jurisprudencia como ciencia<sup>16</sup>.

La causa, afirma el jurista, radica en su mismo objeto, en “fuerzas impositivas secretas inherentes al objeto”, que obstaculizan en esta área los esfuerzos del espíritu humano. Y así, comparando el objeto de la Ciencia del Derecho con los objetos de otras materias, es posible verificar las diferencias y peculiaridades del objeto del derecho, que no se hallan en los objetos de otras ciencias.

En primer lugar, la esencial mutabilidad del objeto, que se “encubre” -según Kirchmann- en la afirmación generalizada de la existencia de un “desenvolvimiento progresivo de las diferentes instituciones del derecho”.

Pertenece a la misma naturaleza de toda ciencia que su verdad puede madurar sólo lentamente. Sus leyes no son sino el resultado de esfuerzos seculares comunes de sus cultivadores. En cambio, enfatiza Kirchmann, cuando la Ciencia Jurídica encuentra, después de esfuerzos de muchos años el auténtico concepto, la verdadera ley de una de sus instituciones, el objeto ya ha cambiado.

Consecuencia de ello es que la Ciencia Jurídica en general tiende a oponerse a todo progreso en el derecho, ya que fuerza la subsunción de la realidad en categorías ya conocidas pero quizás fenecidas, olvidando el jurista que no toda institución jurídica que se ha producido después de otra, procede forzosamente de ella.

En segundo término, el objeto del derecho (como ciencia) no sólo consiste en el saber sino también en el sentir, y de este modo, la sede de su objeto no se halla sólo en la cabeza sino también en el pecho de los hombres. Los objetos de otras ciencias son libres de semejante aditamento, no existe en los objetos de otras ciencias, un “prejuicio sentimental”.

Pone Kirchmann como ejemplo, la discusión de si el matrimonio entre judíos y cristianos debe admitirse, qué causas de divorcio deben estatuirse, si se admite o no el mayorazgo. En estos problemas, como en muchos otros, antes de que principie la investigación científica, ha contestado ya el sentimiento. Y el sentimiento, afirma Kirchmann, nunca y en ninguna parte es un criterio de la verdad. En el ámbito de la Ciencia del Derecho “en vano espera la verdad a un investigador limpio de prejuicios”<sup>17</sup>.

Otra particularidad del objeto de la Ciencia del Derecho, sigue desarrollando el procurador, es la figura de la ley positiva, que se entromete entre el derecho y la Ciencia, produciendo consecuencias nocivas para ambos. Provistas de poder y de sanciones, las leyes positivas se imponen a su objeto, no importa si fuese verdadero o falso, debiendo la Ciencia capitular ante ellas.

Y cuando la ley positiva más se acerca a la verdad, esto es, cuanto más ciencia pura redactada con máxima precisión contiene, carece entonces la Ciencia del Derecho de una misión respecto a ella, pues lo que la Ciencia podría ofrecer, ya está contenido en la ley positiva. Así pues, la Ciencia sólo puede ocuparse de “lo falso de la ley”: sus lagunas, ambigüedades, contradicciones. Su objeto es así el descuido, la ignorancia, la pasión del legislador, los errores y los defectos de todas clases. “Por culpa de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de madera podrida. Abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida. La Ciencia, al hacer del azar su objeto, se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles”<sup>18</sup>.

Refiere luego Kirchmann a otro obstáculo que dificulta la tarea “científica” del derecho: no pudiendo el derecho existir sin las características del saber y del sentir, cuando la ciencia intenta despojarse (para adquirir justamente carácter científico) de estas característi-

cas, se desvía hacia la sofisticación y las elucubraciones estériles. El resultado de la Ciencia Jurídica es así, un derecho ignorado por el pueblo, que no reside ya en su corazón. Y es por ello que el sentir sencillo e inconsciente del pueblo quiere librarse de la Ciencia erudita por medio de los jurados. “La Nación repudia a los juristas científicos. La sospecha, el sentimiento oscuro de la contradicción entre Derecho y Ciencia existen”<sup>19</sup>.

Reflexiona también el jurista prusiano sobre los “servicios” de la Ciencia del Derecho: impresos para contratos y juicios, un cúmulo de admoniciones y enseñanzas, el sistema del proceso común repleto de detalles de erudición, formas y cláusulas que pretenden frenar la precipitación y proteger contra la chicana. Nunca auxilio, dirección científica donde realmente se necesita. Así, agrega, cuando un problema jurídico conmueve a la Nación, se interroga a la Ciencia para que disipe la duda y la dirija por el camino de la evolución, pero la Ciencia es impotente para esta tarea pues nunca comprende el presente.

Concluye Kirchman su detractora alocución: “Los juristas son impotentes para poner los cimientos y para erigir la estructura misma de un edificio sólido. Sólo después de terminada la construcción, aparecen los juristas a millares como los cuervos y anidan en todos los rincones, miden los límites y dimensiones hasta el último centímetro y desdibujan y desfiguran el edificio noble, de tal suerte que príncipe y pueblo apenas vuelvan a conocer su propia obra.”

#### **4.2 La concepción de la jurisprudencia como Técnica**

Una visión más reciente, también negatoria del status científico de nuestra Ciencia, es la que nos proporciona Manuel Atienza, en su opúsculo: “Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a R. Vernengo”<sup>20</sup>.

Del mismo modo que Kirchmann, refiriéndose a la labor dogmática de la Ciencia del Derecho, sostiene Atienza la tesis del carácter esencialmente técnico de la jurisprudencia. Entiende así, que ella es una técnica socialmente útil que se caracteriza además, por ser un saber normativo y valorativo -o si se quiere político, por ser una actividad impregnada de politicidad-.

A fin de caracterizar a la jurisprudencia como técnica, Atienza parte de las características que según Mario Bunge<sup>21</sup>, diferencian a la ciencia de la tecnología, y aplica dichas notas distintivas a la dogmática. Refiriendo las más salientes, ellas serían:

a- Las comunidades tecnológicas no son tan abiertas como las científicas.

Resulta innegable, afirma Atienza, que las comunidades de cultivadores de la dogmática son menos abiertas que las de los científicos. Las soluciones ofrecidas por la dogmática sólo lo son en relación con un determinado derecho positivo, naturalmente susceptible de ser cambiado, y ello obstaculiza la difusión de los “avances”.

b- A diferencia del conocimiento científico, el tecnológico es una mercancía.

El producto de la dogmática puede ser considerado frecuentemente como una mercancía, ya que las soluciones elaboradas por los dogmáticos están en la base de actividades de asesoramiento que tienen un valor en el mercado, es decir, son traducibles en términos económicos.

c- El tecnólogo es básicamente un pragmático. Le interesa la verdad objetiva, no como fin, sino como medio para un fin útil o utilizable.

Nadie puede poner en duda, sostiene Atienza, que quienes se han dedicado al cultivo de la jurisprudencia, han defendido básicamente una concepción pragmática del saber,

que les ha llevado a sentir repulsión hacia toda especulación que no llevara en forma más o menos inmediata a resultados prácticos. Los problemas que pueden considerarse como característicos de la dogmática, son de tipo esencialmente práctico. Aun en el fondo de las más abstractas teorías, suelen latir problemas prácticos cuya solución es precisamente lo que justifica dicha teorización.

d- Los objetivos de la ciencia incluyen el descubrimiento o uso de leyes, la sistematización en teorías de hipótesis y el refinamiento de métodos. La tecnología, entre sus objetivos, tiene el de inventar nuevos “artefactos”, nuevas maneras de usar o adaptar los viejos y planes para realizarlos, mantenerlos y manejarlos.

La finalidad de la dogmática es la de controlar los procesos de interpretación, aplicación, desarrollo y cambio del derecho, para lo cual el dogmático naturalmente adopta o reformula conceptos, métodos y teorías y realiza una labor de sistematización y descripción ordenada de un cierto sector del ordenamiento jurídico; pero tales funciones, en el entendimiento de Atienza, son subordinadas, o dicho de otra manera, constituyen el punto de partida, pero no su punto de llegada, su objetivo final.

e- La tecnología tiene un componente del que carecen las ciencias: un conjunto de juicios de valor acerca de cosas o procesos, que se formulan a la luz de las metas u objetivos.

No parece discutible, sostiene Atienza, que en la actividad del dogmático del derecho juegan determinados juicios de valor, especialmente en la evaluación de las soluciones dogmáticas. Así, una cierta propuesta de solución se considerará adecuada y obtendrá consenso en la comunidad jurídica, si promueve o al menos no pone en riesgo la seguridad jurídica, si respeta y garantiza los derechos fundamentales, etc.

f- La tecnología moderna se funda en una o más ciencias. Los miembros que componen el campo de la tecnología, cambian, aunque sea lentamente, como resultado de investigaciones y desarrollos.

La dogmática jurídica mantiene pocas y poco profundas relaciones con la ciencia, y en la opinión de Atienza, no se basa en ciencia alguna, sino más bien en una combinación de experiencia, sentido común, conocimiento ordinario, etc. Y es por ello -sostiene el autor- que se ha mantenido al margen de los procesos de cambio que tienen lugar en la ciencia y en la tecnología.

Concluye Atienza que, dado que la actividad dogmática obedece más al modelo de proceder técnico que al científico, entonces los filósofos y teóricos del Derecho que reflexionan sobre el saber jurídico tradicional deberían trasladar su centro de interés desde el campo de la filosofía de la ciencia al de la filosofía de la técnica, y así la comprensión de que lo que se cultiva es un tipo de saber técnico, podría evitarles abordar investigaciones pseudocientíficas de más que dudoso resultado.

Una concepción similar, sostiene Enrico Pattaro, en cuanto a que la actividad de los juristas no llega a constituir actividad científica, por lo que no puede considerarse como ciencia y sólo puede clasificarse como técnica, (“técnica de interpretación”)<sup>22</sup>.

## **5. Algunos aportes personales**

Como dijimos en la introducción del trabajo, propondremos (a modo de un “ensayo provisorio”) nuestra visión de esta problemática y algunas meditaciones personales.

1- Siempre pensamos, y así lo transmitimos en nuestra labor docente, que el conocimiento en su faz científica puede compararse a un edificio en obras, en el que todos quienes

aspiramos a “elevantarlo” en altura, tan sólo colocamos *un ladrillo*, el que unido a los otros que aportan todos los demás que comparten la misma vocación, van concretando y haciendo más alta la construcción, que sin embargo parece siempre inacabable.

Esto quiere evidenciar nuestra convicción acerca de que la ciencia es dinámica, se construye momento a momento, y que es una “empresa de conjunto”, ya que todos los “obreros” de este quehacer, contribuyen con lo suyo, sin que ninguno de ellos sea el “único operario”. Entendemos que esta visión nos ayuda a desmitificar que la labor científica, por lo menos en el ámbito del derecho, pueda significar un conocimiento “entero” al modo de un producto terminado y completo y por solo *un* sujeto, lo cual muchas veces sirve de excusa para no emprender la tarea (suele decirse así: “qué puedo descubrir o decir yo que antes otro no haya hecho”).

También que, como en toda obra de construcción, a veces hay que “destruir” parte de lo hecho, no porque lo construido no sea del todo útil, sino porque aparecen nuevos y mejores materiales (fuentes del derecho), mejores procedimientos (métodos), que al utilizarse hacen la obra más sólida.

De este modo, y trasladando algunos conceptos de Tomas Kuhn a nuestra ciencia, nos parece que los cambios en su desarrollo operan más por obra de “vicisitudes acumulativas” que por “mutaciones revolucionarias” y que los “paradigmas” (como sistema de conceptos, valoraciones, métodos) son más estables que en otras ciencias. Se habla también de un carácter pantónomo de la Ciencia del Derecho, en el sentido de ser una Ciencia en la que el tiempo no suele modificar las bases oportunamente edificadas, a diferencia de otras en las que el tiempo va superando los conocimientos originariamente adquiridos (física, química). Se nos ocurre que quizás en nuestro tiempo, estemos asistiendo al surgimiento de ciertas “anomalías” (en el sentido de perplejidades, “rompecabezas”) en el área disciplinar que vincula el derecho con la genética y los problemas que el avance de la clonación podrían ocasionar en el mantenimiento de los paradigmas vigentes.

En definitiva, la Ciencia del Derecho es quehacer permanente para los juristas, que nunca puede ser enteramente llevado a cabo, pero que día a día debe intentarse realizar.

2- En cuanto a las discusiones y diversas opiniones en punto al “ser del derecho” (problemática respecto de la cual –debemos reconocerlo- aún no hemos podido formar opinión definitiva, aunque sentimos cierta inclinación a entender el Derecho – y el objeto de su ciencia- de modo que normatividad y empiricidad resulten compatibles) no creemos que ellas oscurezcan al objeto de nuestra ciencia, sino todo lo contrario, enriquecen su esencia, porque en la existencia de diversos matices en su abordaje, surgen los nuevos conocimientos y los aportes concretos al desarrollo de la ciencia y su metodología. Prueba de ello son las valiosas contribuciones que hemos referenciado en este trabajo. Pero no obstante los diferentes puntos de vista, pensamos junto con K. Larenz que la Ciencia del Derecho, *siempre tiene que vérselas con el derecho*, esto es, con las normas e institutos de un derecho positivo, por lo que nunca resultará posible un análisis desvinculado de las normas.

3- Abordando concretamente la científicidad del Derecho, nos parece que es posible atribuirle tal “título” a nuestro saber, ello fundado en la convicción que es posible comprobar la existencia, tanto de un sistema de conocimientos, ciertos y probables, respecto de un determinado sector de objetos de la realidad universal (en nuestro caso el Derecho) a los que es posible acceder a través de una adecuada fundamentación metodológica (“ciencia-producto” en la terminología de Nino) como asimismo de una labor, con metodología propia, que aspira a la obtención y construcción de conocimientos racionalmente comprobables y sistemáticos

acerca del derecho (“ciencia-proceso”), sin dejar de reconocer que muchos de los conocimientos que aporta nuestra ciencia tienen validez temporalmente condicionada, justamente porque su objeto (el Derecho) es cambiante.

Entendemos asimismo, que en nuestra Ciencia, las respuestas a las preguntas no pueden inequívocamente calificarse de “verdaderas” o “falsas” sino sólo de “defendibles” y que la relatividad del saber jurídico (al decir de A. Ross) cobra vigencia en la conocida afirmación de que “los juristas no amamos nada tanto como poner en duda las opiniones ajenas”<sup>23</sup>. Pero tal como sostuvo Karl Popper, lo que hace a la racionalidad de la ciencia es el carácter crítico y progresivo de la misma teoría, el hecho de que podamos presentar en defensa de su pretensión de defender nuestros problemas, mejores argumentos que sus opositores y que en definitiva el conocimiento científico progresa mediante conjeturas. Así, la unidad del método científico consiste en el ensayo de posibles soluciones a los problemas mediante la propuesta de conjeturas -teorías- y la refutación constante a dichas conjeturas -críticas-.

La ciencia se caracteriza por la búsqueda de la verdad pero también por la demostración del error: el conocimiento científico, debe ser pues, “falsable”. Lo que ocurre es que existe la tendencia a pensar el conocimiento científico en torno al ideal de “exactitud” olvidándose que en la ciencia toda explicación se propone a título de ensayo y provisionalmente, y que lo que hace al hombre de ciencia no es la posesión de conocimiento en el sentido de verdades irrefutables, sino la búsqueda obstinada y audaz de la verdad. Aun lo provisorio es válido, pues lo probable de hoy, puede ser lo cierto de mañana.

Reclamamos asimismo para nuestra Ciencia, y aunque sabemos que ello no es compartido por todos, una labor, no meramente reproductiva y descriptiva del material con que trabaja, sino también de reconstrucción del derecho. En tal orden de ideas, nos resultan explicativas las siguientes observaciones de Roscoe Pound: “Suele afirmarse que la jurisprudencia es la Ciencia del Derecho. Pero es necesario que consista en algo más que en la organización y sistematización de un cuerpo de reglas de derecho. Los órganos legislativos, aunque en cierto aspecto sean los más calificados, sólo de manera intermitente pueden prestar atención a un trabajo constructivo de creación del derecho para los fines del orden jurídico. Los jueces trabajan en condiciones que cada día les hace más difícil que sean los oráculos vivientes del derecho, excepto en cuanto dan autoridad a lo que ha sido formulado por escritores y profesores. Una interpretación que estimule la actividad jurídica...que impulse a nuestros escritores y maestros a orientar a tribunales y órganos legislativos, en lugar de seguirlos con una labor de simple ordenación, sistematización y de análisis conciliador, habrá cumplido debidamente su misión”<sup>24</sup>.

4- Estimulados por las reflexiones últimas de Bobbio (en cuanto a la posibilidad de afirmar una duplicidad de saberes, uno: el científico, y otro: la realidad del quehacer del jurista) y asimismo la tesis de M. Atienza, en cuanto a que la jurisprudencia no es ciencia sino técnica, nos proponemos en las siguientes líneas, analizar las diferentes prácticas relacionadas con el quehacer de los hombres y mujeres de derecho, a la luz de las características y cometido que hemos propuesto para la Ciencia del Derecho. Enfocaremos así nuestra Ciencia desde las actividades que desarrollan y los productos que elaboran sus protagonistas.

Desde tal perspectiva, pensamos que no puede calificarse de científica toda tarea que desarrollan quienes operan en el campo de lo jurídico, y entendemos que pueden hacerse algunas disquisiciones al respecto.

No habrá mayor duda en calificar la labor del investigador (y en ella incluimos al “doctorando” en la elaboración de su tesis) y del doctrinario, como científica. Al identificar y también plantearse problemas con relación al objeto de su ciencia y buscar, descubrir y propo-

ner soluciones, de modo reflexivo, sistemático y crítico, al ahondar en las raíces más profundas de los institutos jurídicos, el jurista (investigador, doctrinario) construye la Ciencia del Derecho. En este mismo orden de ideas, la función de sistematización del orden jurídico (más propia del doctrinario) al reemplazar conjuntos de normas por principios más generales y equivalentes a ellas, logrando una mayor economía del sistema, lleva a cabo un trabajo previo imprescindible para la firmeza y seguridad de la tarea judicial, para una legislación objetivamente eficiente y para una función de la administración que preserve y equilibre los diversos intereses.

Pero aun en este específico quehacer, comparto cierta crítica de J. Kirchmann en cuanto a que existe una tendencia del jurista a asimilar todo conocimiento nuevo con alguno anterior, como si nada pueda haber de nuevo en derecho que no responda armónicamente a una institución anterior ya conocida que le sirva de simétrico paralelo. Esta actitud en nuestro entender, consecuencia de una inclinación natural del hombre a caminar sobre seguro, perjudica el avance de la ciencia porque no deja pensar libremente e idear y crear nuevas categorías. Así, en la ciencia como en otros ámbitos, el progreso debe luchar contra la inercia. A modo de ejemplo, y por relacionarse con nuestra área de desempeño profesional, traemos la discusión hoy todavía vigente en el ámbito del derecho concursal acerca de si el nuevo acuerdo preventivo extrajudicial es un subtipo concursal o tiene naturaleza contractual<sup>25</sup>, esto es, categorías existentes para un instituto que reclama interpretaciones novedosas en su aplicación por ser novedosa su regulación. De este modo, los conceptos tradicionales, los ropajes clásicos, se usan para vestir a las nuevas instituciones.

La tarea legislativa, en su cometido de creación de derecho, tendría en nuestro parecer, un carácter técnico. Entendiendo por técnica, el saber para el hacer, un tipo de saber que se produce con el objeto directo del hacer, o en la expresión de M. Bunge, de la invención de nuevos artefactos, en su sentido más amplio de objeto artificial, esto es, toda cosa, estado o proceso controlado o hecho deliberadamente con ayuda de algún conocimiento aprendido y utilizable por otros<sup>26</sup>. Es preciso aclarar, que de cualquier modo, somos contestes con la opinión según la cual, catalogar una actividad como técnica en vez de ciencia, no implica colocar tal saber en una situación de inferioridad con relación a la ciencia, pues ambas llevan al objetivo final de la realización del derecho<sup>27</sup>. Y aunque imbuida de características de técnica, ello no significa que prescindiera de la ciencia. Todo lo contrario, la ciencia y la técnica constituyen un ciclo de sistemas interactuantes que se alimentan el uno al otro. Al decir de M. Bunge, el científico torna inteligible lo que hace el técnico y éste provee a la ciencia de instrumentos y de comprobaciones.

De este modo, si bien la creación de una norma, significa en sí, el despliegue de una labor técnica, opera sobre un fondo de conocimiento científico y con ayuda del método científico. Existe así, un diálogo constante entre ciencia y técnica, y es deber del legislador, aprovechar todo el bagaje de conocimiento que los hombres de ciencia han obtenido en su propia labor.

Donde se hace más íntimo el diálogo entre ciencia y técnica, es sin duda en la elaboración de los proyectos de codificación.

Es inevitable reconocer sin embargo, que nuestras leyes, en términos generales, adolecen de defectos, imprecisiones y omisiones que hacen aún más ardua la tarea de la Ciencia del Derecho y que ponen en evidencia el insuficiente desempeño por el legislador de una adecuada técnica legislativa. Además, el llamado fenómeno de “inflación legislativa” agudiza este defecto.

Pero pareciera existir una preocupación en el ámbito legislativo por revertir esta

tendencia. En este orden de ideas, señalamos que poco tiempo atrás, mediante la ley 24.967, nuestro legislador puso en marcha una importante iniciativa, que se vincula estrechamente con aspectos científicos y epistemológicos, conocida como “Digesto Jurídico Argentino” mediante la cual se ha emprendido –por intermedio del Poder Ejecutivo y con el seguimiento del Congreso- una tarea de ordenamiento de nuestra legislación a fin de permitir la sanción de la ley de consolidación legislativa. El primer resultado de esa labor, ha sido el “Manual de Técnica Legislativa”<sup>28</sup> que, según sus autores, permitirá en su utilización perfeccionar el sistema de normas, haciéndolo más claro para todos.

La tarea emprendida, consistió en el estudio de todo el derecho que surge de lo publicado en los registros nacionales de leyes y del Boletín Oficial desde 1853 hasta nuestros días, con el fin de individualizar para luego eliminar del cuerpo de leyes, las normas de carácter particular, las que tuvieren objeto cumplido o plazo vencido y las que hubiesen sido expresamente derogadas por otra norma. De allí se pasó a abordar el análisis epistemológico y de vigencia normativa, para detectar las derogaciones implícitas de las normas a fin de proyectar su derogación expresa. El equipo encargado de tal monumental tarea (conformado por profesores de la UBA, investigadores y especialistas) examinó 26.000 leyes nacionales de las cuales se entiende que sólo permanecen vigentes alrededor de 4.000.

Con la aprobación del Digesto Jurídico Argentino, quedarán derogadas todas las normas que no se hubieran incorporado a dicho Digesto hasta la fecha de consolidación como legislación nacional general vigente y su reglamentación.

Interesa referir a algunas cuestiones que forman el contenido de la ley mencionada.

La primera de ellas, la clasificación de las ramas de la Ciencia del Derecho que la misma realiza en veintiséis categorías, coincidentes con el número de letras del abecedario (art. 7).

De la observación de tal categorización parece surgir que en la división de las ramas del Derecho se ha adoptado un criterio “mixto”, esto es, atendiendo no sólo a la autonomía propiamente científica de una rama, sino también a la posible existencia de una autonomía didáctica y legislativa.

Llama la atención la decisión del legislador de individualizar las diferentes ramas mediante las letras del abecedario. Pensamos que tal criterio (al haberse agotado ya la totalidad de las mismas) implica “cerrar” la posibilidad del reconocimiento de nuevas ramas que adquieran autonomía, con lo que de algún modo se estaría desconociendo el fenómeno que ocurre en todas las áreas del saber, de aumento del número de las ciencias particulares autónomas. No hemos podido acceder al debate parlamentario de la norma, a fin de conocer el fundamento de la clasificación y del modo de individualización de las clases así realizada. Es de señalar también que, conforme a las modernas tendencias que señalan la equivocidad de la distinción, no se formula diferenciación alguna entre derecho público y privado.

A fin de asegurar el respeto de la clasificación por parte de toda norma futura que se sancione, y con ello mantener la adecuada sistematización del derecho positivo que mediante el Digesto se logrará, se ha previsto que en la misma ley o decreto que se emita, el respectivo poder creador de la norma se expida sobre el encuadramiento correspondiente (art. 17).

La segunda cuestión que nos parece interesante señalar, es que la referida ley 24.967 incorpora como nueva pauta para la labor de integración del derecho, lo que conceptúa como “derecho histórico” integrado por las leyes nacionales derogadas o en desuso y su reglamentación (que conformarán el Anexo del Digesto Jurídico Argentino) y al que se asigna valor jurídico equivalente a los principios generales del derecho en los términos del art. 16 del C. C (art. 4). Será justamente la Ciencia del Derecho la encargada de aprehender la naturaleza,

jerarquía y alcance de esta nueva pauta integradora.

En cuanto a la labor de los jueces, en punto a la función principal de aplicación del derecho que asume, también creemos que más que científica se aproxima al carácter de técnica. Al consistir fundamentalmente en una tarea de inclusión del caso concreto en el supuesto normativo y la asignación de las consecuencias previstas por la norma, tiene como meta principal la obtención de un resultado práctico (la resolución de un conflicto mediante la sentencia: “artefacto” conceptual, en la terminología de Bunge) más que la de un conocimiento, aunque se valga lógicamente de ellos, ya que toda labor de aplicación del derecho presupone la de interpretación. Tal vez, en la producción de los fallos plenos y/o plenarios pueda atribuirse cierto grado de científicidad a la tarea desplegada por los jueces. Lo postulamos así, pues nos parece que a través de su elaboración es advertible, si bien no en todos los casos, una función análoga a la desplegada por los doctrinarios al desentrañar y reelaborar el significado y alcance de las normas e institutos jurídicos, que incluso ha servido muchas veces como antecedente para dictar una ley en sentido concordante a la doctrina emanada del decisorio. Aunque también podríamos señalar una particularidad un tanto negativa de esa tarea en cuanto al anquilosamiento del derecho, que en virtud de la regla de la supervivencia de los decisorios en tanto no sean modificados<sup>29</sup> un pleno o plenario puede significar, menospreciando así los aportes y progresos logrados en el ámbito de la Ciencia del Derecho.

La función docente y también la académica en general, adquiere connotaciones científicas cuando más allá de la función principal, edificante y vital, de transmisión del saber jurídico (transmisión del contenido de la Ciencia del Derecho), genera nuevos conocimientos, formula hipótesis, conceptos, teorías, que permitan describir, explicar o comprender más profundamente los fenómenos jurídicos. En tales casos, el aporte al crecimiento de la Ciencia del Derecho parece indudable. A modo de ejemplo (no único por supuesto) en nuestra propia Facultad de Derecho de Rosario, es posible distinguir ciertas cátedras en las que se reconoce la presencia de docentes que han contribuido a la formulación de teorías referidas al proceso, que han trascendido incluso las fronteras de nuestro país (podría discutirse también si tales teorías, se ubican en el campo de la Ciencia del Derecho o llegan a alcanzar el status de teorías generales del derecho).

Por último, resta analizar la tarea propia del abogado en el ejercicio de la profesión.

Pensamos así que, tal como observamos el desempeño de la profesión en la actualidad, ella se aproxima más al modelo del proceder técnico que al científico (“cómo” hacer tal cosa, en vez de, por ej: “por qué” hacer tal cosa) y que la función del abogado en nuestros días, no es hacer ciencia, sino utilizar el conocimiento científico disponible para proporcionar soluciones más adecuadas, por ejemplo, en la elaboración de un dictamen profesional, en la redacción de un contrato, en la constitución de una sociedad, en la preparación de un concurso, actividades todas ellas encaminadas hacia la realización de una finalidad práctica. Tal vez por ello, “por el ansia de la Ciencia”, el profesional abogado suele desempeñarse también en el ámbito docente, o como investigador o doctorando, o como doctrinario, buscando de ese modo relacionarse con el desarrollo de tareas científicas.

Una especial reflexión para la actividad del abogado en el proceso.

Creemos que allí se pone en funcionamiento un arte especial: “el arte de argumentar”. Como dijera nuestro profesor Miguel A. Ciuro Caldani en clases de doctorado en la materia “Teoría General del Derecho”, el ejercicio de la abogacía, en la estrategia del proceso, es una combinación de arte, astucia y ciencia. Así el abogado, en representación de su parte en el proceso, intenta, a través de sus escritos y actuaciones, persuadir y convencer al juez de la legítimi-

dad de la tesis defendida, de “su” verdad, y de que la verdad del contrario no es tal, rebatiendo sus argumentos. Pero cuál es la auténtica verdad, es un enigma que el proceso no resuelve.

## 6. Reflexiones finales

Los cuestionamientos en torno al carácter científico de la Ciencia del Derecho han llevado a algunos autores a preguntar si tiene algún sentido seguir discutiendo acerca del *status* epistemológico de la jurisprudencia. Semejante debate, se afirma, no parece cumplir más que una función ideológica: la de descalificar o justificar, según los casos, el saber jurídico tradicional, pero sin que nuestro conocimiento sobre el mismo se vea aumentado por ello.

En tal orden de ideas se sugiere que al fin y al cabo, incluir o no un fenómeno en una cierta clase depende de la necesidad de satisfacer determinados propósitos, y que no parece que haya otro más importante en juego, en el intento de dar condición científica a la tarea de los juristas, que atraer para ella el halo de prestigio y aprobación que rodea a toda actividad que puede designarse con la palabra “ciencia”, que al igual que “derecho” tiene una carga emotiva favorable. Su aplicación a una actividad es una especie de condecoración que atrae hacia ella el respeto y el aprecio de la gente.

Y se observa así que no basta que un cierto modelo responda a los cánones científicos para que su materialización constituya una actividad socialmente relevante; pues además, no toda actividad socialmente relevante tiene por qué satisfacer exigencias de científicidad.

Es evidente que la cuestión dista aún de ser “pacificada”.

De cualquier modo, entendemos que hace al crecimiento y desarrollo de toda actividad, desde la más simple labor artesanal hasta la más elevada labor científica, “objetivarse”, esto es, transformarse a sí misma en objeto de reflexión y crítica. Sólo cuando se es capaz de “cuestionar” el modo en que se trabaja, vive, y piensa, es posible evolucionar hacia estadios más plenos, más ricos (en valores y experiencia) del desarrollo personal, y de ese modo, contribuir a la evolución social.

Coincidimos con Hector Fix Zamudio cuando en defensa de la Ciencia del Derecho sostiene: “...no obstante las apariencias, es una de las más elevadas, de las más necesarias y de las más nobles del conocimiento humano, pues sin la existencia de su objeto, es decir, el ordenamiento jurídico, no sería posible ninguna otra actividad individual o colectiva, incluyendo las de investigación de la naturaleza o de los objetos matemáticos”<sup>30</sup>.

*Recibido: 05/11/12. Aceptado: 9/12/10*

## NOTAS

- 1 Russell, Bertrand. *Bertrand Russell dice la sua*. Milano, 1968, trad. De A Pellegrini,, pp. 9-10, citado por Pattaro, Enrico, en *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica*. Madrid, Reuss, 1980. Traducción de José Iturmendi Morales, p. 48 y sgtes.
- 2 Alvarez Gardiol, Ariel, “*Introducción a una teoría general del derecho. El método jurídico*”, Bs. As, 1975, Astrea, p. 3.
- 3 Guibourg, Ricardo. “El sexo de los ángeles. El constructivismo en las ciencias sociales”, en Abelardo Perrot, “*Lecciones y Ensayos*”, N°. 67/68, Bs. As, pág. 97; citado por Dabove, Ma. Isolina en “El derecho como complejidad de saberes diversos” en “*Ideas y Derecho*”, Rubinzal Culzoni, Año III, Nro. 3, 2003.

- 4 Nino, Carlos. *Introducción al análisis del Derecho*. Bs. As, Astrea, 2005, 13ra. reimpresión p. 16.
- 5 Cátedras A y E de I.a D y C de F del Panorama jusfilosófico, “La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXX, N° 90, set/dic 1997, en cuadernillo de la Carrera de postgrado Doctorado en Derecho, correspondiente a la materia Teoría General del Derecho y metodología de investigación en las ciencias jurídicas UNR, Facultad de Derecho, 2005.
- 6 Torre, Abelardo. *Introducción al derecho*. Bs. As., Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2003, p.55.
- 7 Seguimos, para el desarrollo de este punto, a Karl Larenz, en su *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Madrid, Ariel, 1980, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, 2da.edición, p.32 y ss.
- 8 Savigny, Federico Carlos de, “Los fundamentos de la ciencia jurídica” (de “Sistema del Derecho Romano.
- 9 Ihering, Rudolf von. *El espíritu del Derecho Romano*, citado por Larenz Karl, op.cit. p. 47.
- 10 Gény, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, citado por Borja, Ernesto E. *Ciencia Jurídica o Jurisprudencia Técnica*. Bs. As, Sociedad Bibliográfica Argentina, 1943, p.350.
- 11 Legaz Lacambra, Luis. *Filosofía del Derecho*. Barcelona, Bosch, 1953, p.133.
- 12 En el desarrollo de los puntos siguientes, seguimos a Pattaro, Enrico, op.cit. p. 257 y ss.
- 13 Alvarez Gardiol. *Lecciones...* op.cit., p. 148.
- 14 Bobbio, Norberto, en *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, citado por Pattaro, E. op.cit. p. 342.
- 15 Alchourrón C. y Bulygin, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Bs.As, Astrea, 2002, p.21.
- 16 Desarrollamos la posición de Kirchmann sobre la base de su célebre discurso: “El carácter acientífico de la llamada ciencia del derecho” incluido en *La ciencia del Derecho*. Op.cit. p. 246 y ss.
- 17 Ibidem, p.263.
- 18 Ibidem, p. 267.
- 19 Ibidem, p.280.
- 20 Publicado en “*Doxa. Publicaciones periódicas* Nro. 3. 1986” disponible en internet en: [http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/02406177433793617422202/cuaderno3/numero3\\_19.pdf](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/02406177433793617422202/cuaderno3/numero3_19.pdf) al 11 de octubre del 2005.
- 21 Sobre tales características se explaya Mario Bunge en *Seudociencia e ideología*. Madrid, Alianza, 1985.
- 22 Pattaro, Enrico, *op.cit.*, p. 381.
- 23 Thibaut, Anton F. J. “Sobre la necesidad de un derecho civil para Alemania” citado por Alegría, Héctor en *Algunas cuestiones de derecho concursal*, Bs. As., Abaco de Rodolfo Depalma, 1975, p. 30.
- 24 Pound, Roscoe, “*Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*”, citado por NINO, Carlos, op.cit., p. 341.
- 25 Podríamos citar innumerables artículos de doctrina relacionados con esta problemática, vayan como ejemplos: Dasso, Ariel A. “El APE, su naturaleza compleja...” en *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, Tomo 1, p. 291, Bs. As., Ad-Hoc, 2003; Alegría, Héctor “*Facultades del juez e interpretación de las normas sobre acuerdo preventivo extrajudicial. (Ubicación sistemática y algunos efectos)*” “Suplemento Especial Revista LL, “Acuerdo Preventivo extrajudicial”, noviembre 2004, p.49; Heredia, Pablo “Delimitación del ámbito subjetivo del acuerdo preventivo extrajudicial a través de la indagación de su naturaleza” en *Derecho concursal Argentino e Iberoamericano*. Tomo 1, p. 177 y s. Bs. As. Ad-Hoc, 2003, etc.
- 26 Bunge, Mario. *Seudociencia e ideología*. Madrid, Alianza Universidad, 1985, pp.33-34.
- 27 Alvarez Gardiol, “*Lecciones...*”. op.cit, p. 140.
- 28 Según da cuenta la revista N° 85 (julio-agosto 2005) del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, p. 52, en el artículo titulado: “Digesto, un aporte a la seguridad jurídica”, que como aporte hemos incorporado en el anexo de este trabajo, dicho manual ha sido publicado en soporte papel por el Colegio Público de Abogados de la Capital en febrero de 2001, contando además con su

aparición en soporte informático. El Manual, fue redactado bajo la dirección del profesor Antonio Anselmo Martino, de la Universidad de Pisa, Italia.

- 29 En nuestro ámbito, dicha vigencia obligatoria en tanto no ocurra su expresa modificación ha sido establecida mediante el siguiente fallo pleno: Acuerdo Nro. 16, CCC de Rosario en Pleno, 13-2-98: “la interpretación que en lo sucesivo ha de darse al art. 28 de la ley 10.160 es: después de transcurridos cinco años de su dictado, el fallo pleno que no fuese expresamente modificado continúa siendo obligatorio”
- 30 Fix-Zamudio, Héctor. *Metodología, docencia e investigación jurídicas*. México, Povina, 1984, p. 16, citado por FLORES, Imer en “*El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho*” en “*La ciencia del derecho durante el siglo XX*” autores varios, disponible en internet en “[www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=114](http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=114), al 11 de octubre del 2005.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Alegría, Héctor. *Algunas cuestiones de derecho concursal*. Bs. As., Depalma, 1975. Capítulo “*El derecho como ciencia*”.

Alchourron, C. y Bulygin, E.. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Bs. As, Astrea, 2002.

Álvarez Gardiol, Ariel. *Lecciones de Epistemología. Algunas cuestiones epistemológicas de las Ciencias Jurídicas*. Sta. Fe, UNL, 1986.

Álvarez Gardiol, Ariel. *Introducción a una teoría general del derecho. El método jurídico*. Bs. As., Astrea, 1975.

Atienza, Manuel, “*Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a R. Vernengo*”. “DOXA. Publicaciones periódicas”. 1986, N°. 3.

Borga, Ernesto E. *Ciencia Jurídica o Jurisprudencia Técnica*. Bs. As, Sociedad Bibliográfica Argentina, 1943.

Bunge, Mario. *La ciencia, su método y su filosofía*. Bs.As, Siglo XX, 1985.

Calsamiglia, Albert. *En defensa de Kelsen*. Barcelona 1997, en cuadernillo de la Carrera de posgrado Doctorado en Derecho, correspondiente a la materia Teoría General del Derecho y metodología de investigación en las ciencias jurídicas” UNR, Facultad de Derecho, 2005.

Cátedras, A y E de I.a D. y C. de F. del Panorama jusfilosófico, “La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXX, N°. 90, set/dic 1997, en cuadernillo de la Carrera de posgrado Doctorado en Derecho, correspondiente a la materia “Teoría General del Derecho y metodología de investigación en las ciencias jurídicas” UNR, Facultad de Derecho, 2005.

Ciuro Caldani, Miguel Ángel. “Lecciones de teoría general del Derecho”, cuadernillo de la Carrera de Posgrado Doctorado en Derecho, correspondiente a la materia Teoría General del Derecho y Metodología de la Investigación en las Ciencias Jurídicas, UNR, Facultad de Derecho, año 2005.

Dabove, Ma. Isolina en “El derecho como complejidad de saberes diversos” en *Ideas y Derecho*, Rubinzal Culzoni, Año III, Nro. 3, 2003.

Larenz, Kart. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Madrid, Ariel, 1980. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, 2ª ed.

Legaz Lacambra, Luis. *Filosofía del Derecho*. Barcelona, Bosch, 1953.

Nino, Carlos. *Introducción al análisis del Derecho*. Bs. As, Astrea, 2005. 2ª Edición ampliada y revisada, 13ra. reimpresión editorial

Pattaro, Enrico. *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica*. Madrid, Reuss S. A, 1980. Traducción de José Iturmendi Morales

Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. *La Ciencia del Derecho*. Bs. As, Losada, 1949. Traducción de Werner Goldschmidt.

Torre, Abelardo. *Introducción al derecho*. Bs.As., Nexis-Abeledo Perrot, 2003. 14ª Edición.