

## EL DERECHO Y LA CIENCIA

Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ

“Pero por lo que respecta a la verdad certera, ningún hombre la ha conocido, ni la conocerá; ni acerca de los dioses, ni tampoco de todas las cosas de las que hablo. E incluso si por azar alguien pronunciase la verdad perfecta, él mismo no lo sabría: pues todo no es más que una tela tejida de conjeturas”.

(Jenofanes, siglo V a. C.)

“Tú, que por tu sabiduría formaste al hombre para que dominara las criaturas salidas de tus manos, para que gobernara al mundo con santidad y justicia y pronunciara sentencias con alma recta, dame la sabiduría que comparte tu trono y no me rechaces del número de tus hijos. Porque yo soy tu servidor y el hijo de tu sierva, hombre débil y de vida pasajera, y no alcanzo a comprender la justicia y las leyes”.

(Sabiduría, 9, 2 a 5, siglo I a. C.)

“Decían los antiguos que nada se conoce, nada se percibe, nada se puede saber porque nuestros sentidos son angostos, nuestra mente necia y nuestra vida demasiado corta”.

(Cicerón, Acad., I, 12)

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La crítica de la ciencia del derecho y de los juristas en la literatura*. III. *La crítica jurídica a la ciencia del derecho: Julius Hermann von Kirchmann*. IV. *La crítica a la ciencia del derecho en nuestros días*. V. *El perfil de la ciencia jurídica*.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas y con ello, de las interrogantes más difíciles que la filosofía del derecho debe dilucidar, es el de la científicidad del derecho, lo que se traduce en la posibilidad de que esa rama del quehacer humano, pueda ser susceptible de un saber objetivo, permanente y verdadero. Esto, tomando en consideración, que en el mundo occidental y desde los filósofos griegos, que se dedicaron a temas específicamente jurídicos, se concibió y presentó frente a la sociedad, a esta rama del saber, como una verdadera ciencia, creencia que se transmitió al mundo romano y a la etapa medieval.

No fue sino con el Renacimiento y el surgimiento de la Edad Moderna, con el desarrollo de las ciencias empíricas, basadas primero en el método inductivo y posteriormente, en el experimental, y definitivamente con el desarrollo del modelo de ciencia que forjó el positivismo, donde tal relación fue puesta en entredicho e incluso negada. A partir de entonces, se afirmó contundentemente, que el derecho no podía ser, por su propia naturaleza, un objeto del conocimiento que permitiera su tratamiento científico. Por supuesto, esta crítica se nutrió de todas aquellas ideas negativas que a lo largo de la civilización se fueron realizando a la labor de los abogados, como expondremos en este ensayo.

De hecho, el tema constituye un punto incómodo para todos aquellos que pretenden dedicarse a indagar sobre esta clase de problemas. En los libros de teoría o filosofía del derecho, se encuentran varias posturas acerca de él. Tenemos en primer lugar, aquellas que parten del supuesto de que en realidad, existe un consenso sobre la posibilidad de un conocimiento objetivo acerca del derecho y por lo mismo, no proceden a su análisis o explicación, ya que se trata de una concepción compartida universalmente. Tampoco señalan los requisitos, ni los elementos que conforman a esta ciencia y dan por sentado que la labor que se realiza, tiene la misma naturaleza de los trabajos de investigación en otras ramas del saber.

En el otro extremo, están aquellos autores que simplemente niegan al derecho el carácter de saber riguroso y lo relegan, o bien, a la técnica, a una práctica social, o en el mejor de los casos, a una especie más del árbol del "arte". Esto último, evocando a Celso, quien indicaba que la jurisprudencia es el arte que producen los que se dedican a los asuntos de lo que es bueno y equitativo.

Por último, también contamos con aquellas posturas, en donde reconocen la existencia real del problema dentro de la teoría del derecho, y bien, tratan de dar una respuesta definitiva al mismo; o exponen que la misma, por el momento, no puede ser atendida de una manera satisfactoria para propios y extraños; o simplemente niegan la utilidad práctica de la pregunta.

Paradójico es el caso del maestro español Manuel Atienza, en su obra *Introducción al derecho*, quien a pesar de dedicar muchas páginas a este interrogante, aproximadamente cien, de su libro de más de trescientas treinta, lo que representa casi el treinta por ciento de la obra, acaba concluyendo que en realidad esta pregunta es un "seudoproblema" (término de moda por las corrientes analíticas y pospositivistas) de matiz meramente "estimativo", como un valor social: "Lo que se tratará de mostrar es que la cuestión de 'la científicidad de la jurisprudencia' es, sencillamente, una cuestión mal planteada desde un punto de vista meramente teórico y que tiene una explicación puramente ideológica. La auténtica raíz del problema es la falta de prestigio social de los juristas y de la labor teórica que desarrollan, carencia que se pretende superar usufructuando el rótulo de 'científico'".<sup>1</sup>

Por supuesto, para él, la respuesta es que por su propia naturaleza, el derecho no puede ser una auténtica ciencia, pero ello, no debe desanimar a sus cultivadores, debido a que, el hecho de que los conocimientos sean o no científicos, sólo representa un valor social, sin un valor positivo agregado, a la actividad que se desarrolla por parte de los juristas.

La vivencia de este problema entre los abogados, se encuentra primero, en los centros universitarios, donde no existen materias que enseñen ni afronten al alumno a aprender ni a practicar ciencia, mu-

<sup>1</sup> ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 1998, p. 252.

cho menos, para informarles del grado de avance, problemas comunes, o situación en que se encuentran las otras ramas del conocimiento, menos aún, que lo ejerciten para esa necesaria comunicación entre los saberes jurídicos y los de otras ciencias.

Los teóricos jurídicos trabajan por lo general, con concepciones científicas que ya no comparten sus colegas de las restantes ciencias, y por supuesto, sus respuestas, no encuadran dentro del resultado general obtenido por otras ramas, ni a la visión general del mundo que se debe producir en esa actividad humana. Problema mayor lo representa, la necesaria comunicación entre la ciencia jurídica y las demás ramas del saber, ya que ésta no se da y no sólo está alejada de las demás ciencias de la naturaleza o exactas, sino incluso de aquellas con las que debería guardar una sana relación, como lo son las ciencias sociales.

Como lo indica el profesor Bobbio, ese distanciamiento del científico del derecho, se extiende desafortunadamente al propio mundo de los abogados, donde no hay relación, ni conexión entre la ciencia jurídica y la práctica. El teórico, no toma en cuenta las necesidades concretas de los litigantes, ni la realidad social en donde se mueve, sino que se encierra en su mundo de categorías, conceptos y definiciones.

En la práctica profesional, el abogado postulante no tarda en comprender, que sus actividades están notoriamente alejadas de las enseñanzas que le puede dar un teórico del derecho, y comprende, tarde o temprano, ese divorcio fatal entre teoría y práctica que en otras ramas del saber no existe. Reconoce y agradece ese notorio alejamiento que se da con esa clase de abogados.

Así, el teórico no toma en cuenta la práctica para la ciencia que produce, y por su parte, el práctico, no se interesa por la creación o los descubrimientos que realiza el primero, ambos se felicitan enormemente de la escasa relación que existe entre ellos. El resultado de ello, no puede ser más desalentador, puesto que hay una teoría jurídica de escasa repercusión en la práctica social y a su vez, los problemas concretos no son tomados en serio por la ciencia jurídica. En este sentido, esta ciencia se acostumbra cada vez más, a caminar sola en su peculiar y tradicional concepción de lo que debe ser un conocimiento metódico en el derecho.

La permanencia de la interrogante y su al parecer, frustrante solución, o falta de ella, ha llegado asimismo, a decir del profesor Bobbio, a crear en los abogados y juristas un "sentimiento de inferioridad" respecto de la labor que desarrollan en las sociedades en donde actúan, la cual no puede compararse con las actividades que realizan otros profesionistas, que tienen el respaldo del valor y el prestigio que da la ciencia.

La persistencia real de la duda, sus insatisfactorias respuestas, la inquietud de clasificar el tipo de actividades especulativas que realizan los abogados, y el sentimiento de minusvalía que los acompaña, hace necesario que constantemente se intente dar una solución final, que alivie las inquietudes que subyacen en la pregunta y los tiempos actuales no son la excepción. Por supuesto, queda permanente la interrogante sobre la posibilidad, verdad y utilidad de la pregunta inicial, ¿es posible que el derecho constituya un saber de tipo científico?

En las siguientes notas se tratará de desarrollar de una manera muy esquemática e invocando a algunos autores, cómo fue surgiendo la crítica literaria, filosófica y científica, sobre la posibilidad de un conocimiento racional y objetivo del derecho, hasta plasmar las ideas actuales que niegan dicha posibilidad. Por supuesto, trataré de mostrar, que esa crítica tuvo un origen histórico con razones definidas, objeción que ha permanecido constante en la historia, a pesar de haberse transformado la cultura jurídica y que la negativa actual de considerar a esta rama como un saber fiable, deriva de una concepción "positivista" o "postpositivista" de la ciencia, que no corresponde a la idea actual de la actividad científica. Luego me ocuparé de centrar los argumentos que se han expuesto para considerar la irracionalidad en esa rama de estudio, así como los elementos que se tienen que tomar en cuenta, para plantear la posibilidad de un estudio riguroso acerca de ella.

Como se podrá suponer, en estas líneas subyace una idea optimista acerca de la posibilidad real de un conocimiento cierto y confiable del mundo y de su aplicación a nuestra sociedad, incluso en aquellas ramas tan discutibles como la historia, o las llamadas ciencias sociales como el derecho, idea que comparten algunos de los más grandes exponentes de la teoría de la ciencia, como Russell, Popper o Habermas, mas no así por los abogados, quienes deberían ser sus

principales defensores. Si acudiéramos a las otras clases de ciencias que existen, veríamos lo que nos encontramos precisamente con la jurisprudencia, un constante esfuerzo por crear y transformar tanto el modelo de conocimiento que hemos logrado, como las herramientas idóneas para ello, así como una constante revisión de las conclusiones a las que llegamos.

## II. LA CRÍTICA DE LA CIENCIA DEL DERECHO Y DE LOS JURISTAS EN LA LITERATURA Y FILOSOFÍA

Los primeros conocimientos que se produjeron en los temas que hoy consideramos propiamente jurídicos, como en las restantes ramas del conocimiento humano, se dieron en la antigua Grecia, aunque existan autores que consideren que el derecho como "ciencia", no surgió sino hasta la cultura romana. Por supuesto, tal afirmación presupone un cierto sentido del término "ciencia jurídica" que ahora no discutiremos.

Ideas sobre la justicia, la equidad, la aplicación del derecho, la relación entre moral, poder político y derecho, naturaleza de las leyes, gobierno de las leyes o de los hombres, que hoy consideramos típicamente jurídicos, se encontraban ya dentro del objeto de análisis de los filósofos griegos y para ello, baste analizar entre otros, los diálogos sobre *La República*, o *Las Leyes* de Platón, o los libros sobre *La República* de Aristóteles, o las obras de los llamados "sofistas", tan llenos de temas políticos y sociales, para concluir que el derecho como objeto de estudio, ya había aparecido desde esta etapa en el mundo occidental, aunque por supuesto, este saber era puramente teórico, sin preocuparse de la práctica de quienes aplicaban las normas (salvo en el modelo que propuso Platón) de lo que sólo sucedió en Roma.

Por supuesto, estos temas eminentemente abstractos, se siguieron considerando en Roma, desde la República hasta el Imperio, donde además este saber, se fue complementando con una técnica formal de aplicación de las normas y de producción de razonamientos eminentemente jurídicos, que llegaron a identificarse específicamente como la ciencia del derecho.

La idea predominante en estas culturas y su legado a la posteridad, es que precisamente los problemas que hoy consideramos jurídicos,

eran susceptibles de un saber universal, abstracto y objetivo, que producían conocimientos "verdaderos" para todas las sociedades, en todo momento. Esto aunado a la posibilidad de una aplicación práctica de los conocimientos obtenidos, que se traducían en una técnica específica que permitía la solución de las controversias que se planteaban.

Característica distintiva de este saber, es que no solamente era teórico y abstracto, sino además y lo más importante, es que el mismo, permitía su aplicación a los problemas sociales, por lo que la unión entre teoría y praxis se presentó ya desde el origen del derecho, como un requisito ineludible en este modelo de conocimiento, lo que se apartaba drásticamente de la concepción científica expuesta por Aristóteles y su distinción de la "*Tekne*" (¿será por eso, que aún discutimos si la verdadera naturaleza del derecho es la de una "ciencia" o una "técnica"?).

No obstante la importancia y el prestigio que el derecho representaba para una sociedad como la romana, uno de sus más importantes filósofos y jurisconsultos, como lo fue Cicerón, reprochaba a sus amigos, el que dedicaran tanto tiempo al estudio de la jurisprudencia, actividad vana, respecto de otras más útiles y deberes más honrosos para el hombre y el medio social en que se encuentra. Sin embargo, esta posición era más bien excepcional en la antigüedad y durante la Edad Media, donde floreció la ciencia jurídica como una rama de enorme prestigio académico y social, posición que se mantuvo hasta el Renacimiento.

En esta nueva etapa, como en toda actividad humana relevante, como la de los gobernantes, médicos, banqueros, los abogados tuvieron su buena y mala literatura, por lo que se refiere a las actividades que realizaban y a su impacto en el grupo humano en el que se encontraban. No hablaremos de esa buena prensa que se dio, por no interesarnos en nuestros objetivos, sino la segunda, que precisamente empezó a florecer y desarrollarse a partir de esta etapa. Un ejemplo nos lo proporciona Ludovico Ariosto (1474-1533):

"De citaciones plenas y de edictos,  
de exhortos y poderes tenía llenas  
manos y senos, amén de un gran legajo  
de sumarios, de glosas y consultas,

con que los pocos bienes de los pobres ya nunca en la ciudad están seguros. Tenía detrás, delante y a ambos lados notarios, curadores y abogados".<sup>2</sup>

Miguel de Cervantes (1547-1616) si bien reconocía la necesidad de los abogados y notarios en las repúblicas y los reinos, no se explicaba los problemas que en la práctica producían con el ejercicio de sus saberes:

"Los escribanos han de ser libres, y no esclavos, ni hijos de esclavos; legítimos, no bastardos ni de ninguna mala raza nacidos. Juran de secreto fidelidad y que no harán escritura usuraria; que ni amistad ni enemistad, provecho o daño les moverá a no hacer su oficio con buena y cristiana conciencia. Pues si este oficio tantas buenas partes requiere, ¿por qué se ha de pensar que de más de veinte mil escribanos que hay en España se lleve el diablo la cosecha, como si fueran cepas de su majuelo? No lo quiero creer, ni es bien que ninguno lo crea; porque, finalmente, digo que es la gente más necesaria que había en las repúblicas bien ordenadas, y que si llevaban demasiados derechos, también hacían demasiados tuerfos, y que destos dos extremos podía resultar un medio que les hiciese mirar por el virote".<sup>3</sup>

Esta crítica natural y explicable ante la práctica jurídica y sus efectos negativos entre los hombres, pronto "encontró" la respuesta definitiva, que no era otra, de que el supuesto saber que decían tener los abogados, en realidad no existía, en atención a que su objeto de estudio, los razonamientos calificados como "jurídicos", no se reflejaban en algo existente, cierto o verdadero, sino por el contrario, era algo artificial, subjetivo y falso, lo que constituía una mera acumulación en el tiempo de comentarios u opiniones subjetivas y su producto más acabado, las leyes, las que al derivar de las primeras, y no tener una base real, no se pueden explicar por sí mismas, sino que se necesita la labor de estos personajes, como ya lo apuntaba Erasmo (1469-1536) en su *Elogio a la Locura*, una crítica a todo lo que sonara o se relacionara con el término "escolástico":

<sup>2</sup> ARIOSTO, Ludovico, *Orlando Furioso*, c. XIV, est. 84.

<sup>3</sup> CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de, "El Licenciado Vidriera", en *Novelas Ejemplares*, vol. 2, Cátedra, Letras Hispánicas, Madrid, 1985, p. 70.

"Los jurisconsultos reclaman entre los doctos el primer lugar, y cierto es que ningún otro se muestra tan contento de sí mismo cuando, a modo de nuevos Sísifos, hacen rodar asiduamente la piedra urdiendo en su cabeza infinidad de leyes, sin importarles que vengan o no a pelo, acumulando comentario sobre comentario, opinión sobre opinión, y haciendo creer que sus estudios son los más difíciles de todos. Se figuran, en efecto, que todo lo que cuesta trabajo es excelente y meritorio".<sup>4</sup>

Gérard de Lister amigo del humanista, comentando este pensamiento, fue aún más demoledor contra los abogados:

"Del mismo modo que este réprobo de los poetas pasa todo su tiempo haciendo rodar, hasta la cima de una montaña, una gran piedra, que cae inmediatamente, así los jurisconsultos se toman mucho trabajo para nada".<sup>5</sup>

Sin embargo, hay que reconocer que la crítica de Erasmo, a la posibilidad de un conocimiento fiable en materia de derecho, no era un problema propio de esta rama de estudio, sino del hombre, dada su naturaleza, que pretendía lograr un resultado imposible, como el conocer las causas de todas las cosas. La humanidad no estaba preparada para obtener un saber fiable del mundo:

"Por consiguiente, entre los mortales, los que están más alejados de la felicidad son los que cultivan el saber, mostrándose por esto mismo doblemente locos, porque a pesar de haber nacido hombres, se olvidan, sin embargo, de su condición y quieren elevarse al estado de los dioses inmortales, y, a ejemplo de los gigantes, declaran la guerra a la naturaleza provistos de las armas de la ciencia, por lo cual el mundo considera menos infortunados a los que más se aproximan a la locura y a las cualidades de los brutos, que a los que estragan las suyas tratando de sacarlas de sus quicios".<sup>6</sup>

Esta imposibilidad de tener acceso a la verdad de las cosas, y sobre todo, en los asuntos humanos, produjo una desconfianza hacia la labor de los abogados y sus supuestos beneficios para la comunidad, ya que su saber era artificial y falso, lo que propiciaba el que no se

<sup>4</sup> ROTTERDAM, Erasmo de, *Elogio de la Locura*, Madrid, 1984, Sarpe, pp 142 y 143.

<sup>5</sup> Nota núm. 339 que aparece en la edición de *Elogio de la Locura*.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 98 y 99.

podiera aplicar la justicia en la comunidad en la que se encuentran, motivo por el cual, al ser en realidad superfluos, lo recomendable en toda sociedad bien ordenada era su supresión, como lo propuso en *Utopía*, otro representante de la cultura humanista, Tomás Moro (1477-1535):

“Así han suprimido a todos los abogados que defienden astutamente las causas y discuten sagazmente sobre las leyes. La experiencia les ha demostrado que es más conveniente que cada cual sea defensor de su propia causa y exponga al juez lo que le habría declarado a su abogado defensor. De este modo se evitan muchas dificultades y es más fácil averiguar la verdad. Mientras habla el denunciante sin las argucias que enseñan los defensores, el juez examina los argumentos y ayuda a los hombres humildes contra las calumnias de los acusadores”.<sup>7</sup>

Presumiblemente, tomando las ideas de la *Utopía*, muy de moda en la época de los colonizadores, se intentó poner en práctica en el “Nuevo Mundo”, particularmente en México, donde se llegó a prohibir que ingresaran en la Nueva España, abogados, al ser su labor más perjudicial que benéfica, como nos lo cuenta el maestro De Icaza Dufour:

“El más prestigiado autor de derecho indiano, don Juan de Solórzano y Pereyra, señala en su *Política Indiana* que: ...aunque luego que se descubrieron las Indias se tuvo por conveniente, que ni se dexasen pasar Abogados, ni procuradores á ellas, ni se formasen Tribunales juridicos, que pudiesen ocasionar pleytos, y los gastos y molestias que de ellos se siguen á sus primeros Conquistadores y Pobladores...”<sup>8</sup>

<sup>7</sup> MORO, Tomás, *Utopía, Capítulo VII, De los Esclavos*, Sarpe, Madrid, 1984, p. 139.

<sup>8</sup> ICAZA DUFOUR, Francisco de, *La abogacía en el Reino de Nueva España 1521-1821*, Porrúa, México, 1998, p. 78. Incluso esta mala opinión ya se encontraba en la madre patria, antes del descubrimiento de América: “Las críticas y denuncias de los constantes abusos de parte de los letrados, se realizaron por todos los medios e inclusive fueron llevados ante las cortes y el rey, pero al parecer se convirtieron en un mal crónico. Para el siglo XVII, cuando la monarquía española se hundió en una profunda crisis social que la llevó necesariamente a la decadencia, los folletistas y los arbitristas de la época en sus soluciones descabelladas, no dudaron en acusar a los hombres de leyes como causa última del desastre político y social bajo el que se encontraba postrado el reino, y todavía en las décadas del siglo XVIII, el discutido personaje Melchor de Mecanaz, los llamó “peste de la monarquía y debilitación del Erario”, p. 42.

Lo anterior, lo confirma Montaigne en su ensayo dedicado a “*La experiencia*”:

“El rey Fernando de España, al enviar colonos a las Indias, ordenó sabiamente que no se expidiesen jurisperitos, para impedir que floreciesen pleitos en el Nuevo Mundo, juzgando con razón la ciencia de la justicia cosa generadora, por su esencia, de altercado y división. Sin duda ese monarca opinaba, con Platón, que jurisconsultos y médicos son malos elementos en un país”.<sup>9</sup>

Sin embargo, esta excelente medida pronto tuvo que ser abandonada, al incrementarse los problemas entre los habitantes del virreinato, sin que existieran personas especializadas en dirimir conflictos interpersonales:

“Sin embargo, cuando se incrementaron los descubrimientos y conquistas y un mayor número de españoles pasó a asentarse en estas provincias y vieron éstos aumentadas sus haciendas e intereses, se comenzaron á encender entre ellos muchos pleytos y contiendas, como es de ordinario y por el consiguiente pareció forzoso permitirles, no sólo Abogados y Procuradores que los guiasen y ayudasen en ellos, como lo dice dicha instrucción, sino también crear, erigir y poner en las Ciudades más principales de cada Provincia Audiencias y Chancillerías Reales, a donde las partes pudiesen recurrir en apelación de las sentencias y agravios que los huviesen hecho los Alcaldes Ordinarios ó Corregidores”.<sup>10</sup>

Para Montaigne (1533-1592) el estudio de la jurisprudencia resulta imposible, dado que su objeto también lo es, al no estar fundado en ningún elemento objetivo, ni natural, que pueda ser apreciado de la misma manera por todos, sino que recae en elementos subjetivos y variables de persona a persona y de región a región:

“Sólo por falta de ingenio y capacidad no se aplica lo mismo a todos, ya que los jueces y abogados de nuestro tiempo encuentran en cualquier causa manera de acomodarla como les parece. En ciencia tan indefinida, depen-

<sup>9</sup> MONTAIGNE, “De la Experiencia”, en *Ensayos completos*, tomados de la 1a. ed., 1580-1588, 3a. ed., Porrúa, 2003, p. 905.

<sup>10</sup> ICAZA DUFOUR, Francisco de, *op. cit.*, p. 78.

diente de la autoridad de tantas opiniones y de juicios tan arbitrarios no puede evitarse que nazca una extrema confusión de juicios. Lo que unos juzgan de un modo otros lo juzgan al contrario, y hasta los mismos juzgadores se contradicen de ocasión a ocasión. De aquí dimana el ordinario ejemplo, que tanto macula la ceremonia de autoridad ilustre de nuestra justicia, que de una causa vaya de manos de unos jueces a otros... Las leyes toman autoridad del uso y aplicación. Es peligroso remontarse a su nacimiento, porque se engrandece y ennoblece a medida que van estando en vigor, como los ríos a medida que avanzan. Si la siguiéramos hasta su origen hallaríamos una fuentecilla insignificante que se enorgullece y fortifica al envejecer..."<sup>11</sup>

De esta manera, los abogados, apoyados en un medio de conocimiento tan endeble, pueden abrazar y defender cualquier causa, por arbitraria que sea, lo que evidentemente sólo demuestra la inexistencia de la llamada "ciencia jurídica":

"Si informamos de una causa a un abogado y nos responde titubeante y dudando, entenderemos que le es indiferente defender a una parte o a la otra. Si, habiéndole pagado bien, empieza a interesarse y a caldearse su voluntad, su razón y su ciencia se exalta análogamente y he aquí que una verdad indubitable se presenta a su entendimiento, el cual descubre una nueva luz y se persuade de ella de buena fe".<sup>12</sup>

En otro ensayo, duda que la labor de la interpretación de las leyes pueda tener algo benéfico ni certero, ya que sólo ayuda a incrementar la incertidumbre e ignorancia de los hombres, lo que es producto de la llamada ciencia jurídica:

"Igual sucede en jurisprudencia. Subdividiendo las sutilezas, se enseña a los hombres a aumentar las dudas a extender y diversificar las dificultades y a alejarlas y dispersarlas. Sembrando y ahondando las discusiones se las hace fructificar y se hace crecer en el mundo las mies de la incertidumbre y la rencilla, al modo que la tierra se torna más fértil cuanto más y más profundamente se la remueve: *Dificultatem facit doctrina* ("La doctrina crea la dificultad" [Quintiliano, Inst. Or. X, 3]). Dudamos acerca de Ulpiano y aún

<sup>11</sup> MONTAIGNE, en su ensayo dedicado a la "Apología de Raimundo Sabunde", *op. cit.*, pp. 499 y 500.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 484.

vacilamos sobre Bartolo y Baldo. Sería menester borrar las huellas de esta innúmera diversidad de opiniones en vez de engalanarnos con ella y transmitir las, reforzadas, a la posteridad".<sup>13</sup>

Por supuesto, la desconfianza de este autor frente al derecho, no es mayor que la del hombre frente a la posibilidad de un conocimiento verdadero y confiable en el cual apoyar su vida, ya que ésta sólo puede descansar en la fe de la existencia de Dios y de sus atributos, lo que no puede ser obtenido por la razón, sino sólo mediante la fe.

Blas Pascal (1623-1669) siguiendo con el escepticismo de Montaigne, ratificaba la imposibilidad de conocer científicamente el derecho y su objeto de estudio, la justicia:

"¿Sobre qué fundará el hombre la economía del mundo, que quiere gobernar? ¿Será sobre el capricho de cada particular? ¡Qué confusión! ¿Será sobre la justicia? La ignora".<sup>14</sup>

En efecto, la ciencia del derecho resulta descabellada, porque recae sobre un objeto variable, las costumbres, que se adoptan y forman en cada lugar, las cuales crean las leyes de los reinos, por lo que con ellas, no se pueda dar su generalización ni su conocimiento universal. En ese tenor, su contenido, la justicia, tampoco puede ser universal, sino concreta, variable y temporal, lo que nos lleva a que en realidad, ésta en sí, nunca se podrá conocer fiablemente, al no estar reflejada en ninguna ley común a todos los hombres, que se pueda constatar por la experiencia:

"Ciertamente, si la conociese, no habría establecido esta máxima, la más general entre todas las que existen entre los hombres: Que cada cual siga las costumbres de su país. El resplandor de la verdadera equidad habría subyugado a todos los pueblos, y los legisladores no hubieran tomado por norma, en lugar de esta justicia constante, las fantasías y los caprichos de persas y alemanes. La veríamos planteada por todos los Estados del mundo y en

<sup>13</sup> MONTAIGNE, "De la Experiencia", *op. cit.*, p. 906.

<sup>14</sup> PASCAL, Blas, *Pensamientos*, ubicados en el rubro XXIV, "De la Justicia", en la edición preparada por Porrúa, *Pensamientos y otros escritos*, la 1a. ed. de los *Pensamientos*, está tomada de la 1a. ed., francesa de 1669, 3a. ed., México, 2005, p. 311.

todos los tiempos en lugar de ver, como ahora, que casi nada de lo que se dice justo o injusto deja de cambiar cuando se cambia de clima. Tres grados de elevación hacia el polo, echan por tierra toda la jurisprudencia. Un meridiano decide de la verdad; en unos cuantos años de posesión las leyes fundamentales cambian; el derecho tiene sus épocas. La entrada de Saturno en el León nos señala el origen de tal o cual crimen. ¡Graciosa justicia, que un río puede limitar! Verdad parte de acá de los Pirineos, error más allá.

Ellos confiesan que la justicia no reside en estas costumbres, sino que reside en las leyes naturales conocidas en todo país. Ciertamente lo sostendrían con testarudez, si la temeridad del azar, que ha sembrado las leyes humanas, hubiese encontrado a lo menos una que fuera universal; pero lo chistoso es que el capricho de los hombres se ha diversificado tan a maravilla, que no hay manera de encontrar una ley así.<sup>15</sup>

En el Renacimiento, los más brillante pensadores llegaron a la conclusión de que los abogados no manejaban en realidad ninguna ciencia, ya que el objeto de sus disquisiciones, era en verdad, el mero capricho humano, o respuestas a situaciones climáticas o geográficas y por lo mismo, humo y falsedad, donde más que poner en práctica un saber “fidedigno”, sólo había verborrea, cúmulos de comentarios, juegos de palabras, abusos del idioma, que más que clarificar y resolver problemas, los complican, como nos enseña Voltaire (1694-1778) en su escrito filosófico dedicado al abuso de las palabras:

“Un jurisconsulto, en el ejercicio de su profesión, anuncia que no observar las fiestas y los domingos es cometer el crimen de lesa majestad divina en la persona del segundo jefe. Desde luego la frase majestad divina nos da la idea del más enorme de los crímenes y del más espantoso de los castigos. ¿Pero a propósito de qué la pronunció el jurisconsulto? Por no haber asistido a las visperas, lo que puede sucederle al hombre más honrado del mundo.

En todas las controversias que se entablan sobre la libertad, uno de los argumentadores entiende casi siempre una cosa y su adversario otra. Luego se presenta un tercero en discordia, que no entiende al primero ni al segundo, pero que tampoco lo entienden a él. En las disputas sobre la libertad, uno tiene el pensamiento de la potencia de imaginar, otro el de la potencia

de querer y el tercero el deseo de ejecutar; corren los tres, cada uno dentro de su círculo, y no se encuentran nunca”.<sup>16</sup>

Desde entonces se adquirió la convicción entre los intelectuales, de que era inexistente la llamada ciencia jurídica, porque no se daba un elemento real ni objetivo sobre el cual realizar las investigaciones.<sup>17</sup> Los hombres debían tomar en cuenta esa situación, asumir que los abogados en su práctica no utilizaban ningún conocimiento certero, ni fiable y las leyes, estaban fuera de cualquier posibilidad de un conocimiento universal.

Fuera de la tradición latina, y como prueba de que el problema de la científicidad del derecho es universal, y no sólo de la cultura indicada (como lo plantea Atienza) el implacable Jonathan Swift (1667-1745) también ridiculiza a los abogados y su ciencia, en su obra: *Los Viajes de Gulliver*, porque no manejan ni utilizan ciencia alguna, los problemas que atienden sólo son particulares y momentáneos. Así Gulliver en *Lilliput*, como sucedió con los sofistas en la antigua Grecia, se percató de la diversidad de leyes y del contenido variable de la justicia que pueden existir en las distintas comunidades, lo que sólo puede reflejar, lo cambiante del objeto del derecho:

“Hay en este imperio algunas leyes y costumbres muy particulares. Y si no fuera tan directamente opuestas a las de mi querido país me sentiría tentado en decir algo a su favor... Aunque el premio y el castigo son los dos pivotes sobre los que gira cualquier régimen, no he podido ver que esta máxima se ponga en práctica en nación alguna excepto en Lilliput. Cualquiera que demuestre haber cumplido estrictamente las leyes del país durante setenta y tres lunas adquiere derecho a ciertos privilegios, según su cualidad y condi-

<sup>16</sup> VOLTAIRE, “Cartas filosóficas y otros escritos”, en el escrito filosófico: *Abuso de las palabras*, Sarpe, Madrid, 1983, p. 90.

<sup>17</sup> Crítica que aún encontramos en la literatura, por ejemplo en Anatole FRANCE: “Conviene devolver a la justicia humana su verdadero principio, que es el interés material de los ciudadanos, y liberarla de toda la elevada filosofía con la que se envuelve con pomposa y vana hipocresía... —Las Leyes— dijo mi buen amo— son igualmente útiles. Pero no son justas ni podrán serlo, pues el juez les asegura a los ciudadanos el goce de lo que les pertenece, sin discernir entre los verdaderos bienes y los falsos; esta distinción no está en las reglas del juego, sino sólo en el libro de la justicia divina, que nadie puede leer”, en “Las opiniones de Jérôme COIGNARD”, últimos capítulos contenidos en “*Chocantes opiniones sobre la justicia*”, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 25 y 32.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 311 y 312.



ción de vida; asimismo se hace merecedor a una suma proporcional de dinero, proveniente de un fondo especial dispuesto para este fin. Además se adquiere el título de Snilpal o Legal, que se añade al nombre, pero que no heredarán sus descendientes. Cuando les dije que imponíamos leyes únicamente mediante castigos, sin ninguna mención a premios, aquella gente lo consideró un defecto enorme del sistema. Por este motivo la imagen de la justicia viene representada en los tribunales con seis ojos: dos delante, igual número detrás, y uno por lado, lo que representa circunspección. Lleva además una bolsa de oro abierta en la mano derecha, y una espada envainada en la izquierda, para demostrar que está más dispuesta a premiar que a castigar".<sup>18</sup>

Gulliver también conoció el país de "*Brobdingnag*", donde se percató que la estructura de las leyes y normas están controladas y restringidas por el estado, en aras de darle la debida y suficiente protección a sus súbditos. En ese tenor, la forma de las leyes, no tienen tampoco nada de necesario, ni de general, sino más bien, responden a la concepción del poder político y de las medidas públicas que se implantan en los ciudadanos:

"Ninguna ley de aquel país debe exceder en palabras al número de letras de su alfabeto, que sólo consta de veintidós. Pero, en realidad, muy pocas alcanzan ese número. Están redactadas en términos muy sencillos y claros, ya que aquella gente no es lo bastante despierta como para encontrar más de una interpretación a una palabra. Y escribir comentarios sobre alguna de las leyes es un crimen capital. Por lo que respecta a la jurisprudencia de causas civiles o criminales, existen tan pocos precedentes en ese país que apenas pueden alardear de ser peritos en ninguno de los dos campos".<sup>19</sup>

Por último, en el país de los "*Houyhnhnms*", el viajero es radical y contundente, al afirmar la imposibilidad que en el mundo occidental, pueda ser el derecho una ciencia, lo que se ve reflejado en los enormes inconvenientes que se encuentran ante los resultados de la innoble profesión de abogado:

"Aseguré a Su Honor que no andaba muy versado en la ciencia del derecho. Mi experiencia, además se limitaba a haber contratado en vano a algunos

<sup>18</sup> SWIFT Jonathan, *Los Viajes de Gulliver*, RBA Editores, Barcelona, 1994, pp. 47 y 48.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 120 y 121.

abogados ante ciertas injusticias de las que había sido víctima. Le daría a pesar de todo, todas las explicaciones posibles.

Existe entre nosotros una asociación de hombres, instruidos desde su juventud en el arte de demostrar, a fuerza de verborrea, que lo blanco es negro, y lo negro blanco según las consignas del que paga. El resto de la gente es esclava de esta asociación.

Por ejemplo, si mi vecino codicia mi vaca, paga un abogado para que pruebe que debo entregársela. Debo, pues, alquilar a otro abogado que defienda mis derechos, ya que va en contra de toda la perceptiva legal el permitir que uno se autodefienda. En este caso, yo, que soy el verdadero propietario, gozo de una doble desventaja: en primer lugar, como mi abogado se ha entrenado casi desde su cuna a defender causas injustas, se encuentra muy desplazado al defender una justa; es ésta una ocupación antinatural de su talento, que siempre ejecutará con gran torpeza cuando no de mala gana. La segunda desventaja consiste en que mi abogado debe proceder cautelosamente, pues corre el riesgo de ser reprendido por los jueces y aborrecido por sus colegas por obstaculizar la práctica de la ley. En consecuencia sólo tengo dos métodos para conservar mi vaca. El primero consiste en sobornar al abogado de mi adversario pagándole el doble que él; entonces traicionará a su cliente insinuando que la justicia está de su parte. El segundo método se basa en que mi abogado presente mi causa del modo más injusto posible concediendo que la vaca pertenece a mi oponente. Si la maniobra está bien ejecutada, el resultado será favorable...

Es un tópico entre estos abogados que lo que se ha hecho antes puede volverse a hacer con legitimidad. Así anotan con especial cuidado todas las decisiones precedentes que van contra la justicia natural y el sentido común universal. Estas decisiones, o precedentes, se esgrimen ante las autoridades para justificar las opiniones más inicuas, que los jueces, en sus veredictos nunca dejan de tener en cuenta...

Aquí, mi dueño me interrumpió para manifestar que resultaba lastimoso no se incitase a los abogados, estos seres ciertamente dotados de tan prodigiosas habilidades según mi conclusa descripción, a ser instructores de los demás en el saber y prudencia. Por toda respuesta a Su Honor, le aseguré que en todo lo que no hacía referencia a su oficio, formaban, por lo general, el conjunto más ignorante y estúpido de nuestra generación, el más despreciable en la conversación normal, el enemigo declarado de todo conocimiento y saber, siempre dispuesto a pervertir el sentido común humano, tanto en las diversas normas del saber como en su propia especialidad".<sup>20</sup>

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 221-224. Otro ejemplo inglés de crítica hacia los abogados y los aplicadores de las normas, que confirma la crítica universal hacia ellos, lo tenemos en

Por su parte, J. W. Goethe (1749-1832) en su obra cumbre, ridiculizaba tanto a los abogados como a su supuesta ciencia, al no dedicarse ni tomar en cuenta las verdaderas leyes naturales que deberían ser el objeto de la segunda, sino a otras que no tienen nada de racionales, ya que son pasajeras y arbitrarias:

“ESTUDIANTE. A la Jurisprudencia no puedo acomodarme.

MEFISTÓFELES. No encuentro eso tan mal de parte vuestra. Bien sé lo que pasa con esta ciencia. Leyes y derechos se transmiten de un modo hereditario como una enfermedad perenne; van arrastrándose de generación en generación y avanzan lentamente de un lugar a otro. La razón se convierte en sinrazón, el beneficio en ofensa. ¡Desgraciado de ti que eres nieto! Del derecho que con nosotros nació, de él ¡ay! Nunca se dice una palabra”.<sup>21</sup>

Como se puede desprender de los anteriores autores, a partir del Renacimiento comenzó a generarse entre literatos y filósofos, una opinión adversa sobre la posibilidad de un conocimiento certero acerca de los problemas que se consideran como jurídicos y con ello, la escasa factibilidad de una ciencia sobre ellos, crítica que se mantuvo constante hasta el siglo XIX y de ahí, como veremos en el siguiente apartado, se trasladó además a la teoría del derecho. Esa imposibilidad, recordemos, se sustenta en la inexistencia de un verdadero y real objeto de estudio, al versar en meras opiniones y consideraciones de lo que piensan a lo largo de la historia, los abogados, pero sin que ello, llegue a constituir una realidad.

Evidentemente tal carencia de un saber real, la imposibilidad que se había mostrado hasta ese momento para estudiar el “auténtico” derecho y por el contrario, perderse en un conjunto de opiniones absurdas y subjetivas, no podía sino reflejarse en los malos e insatisfactorios resultados de la labor de los abogados, así como sus escasos y por el contrario, perjudiciales resultados que repercutían en la sociedad.

Shakespeare, en su obra dedicada a la justicia: “Medida por Medida”: “¿A quién me quejaré? ¿Quién me creería, si refiriera esto? ¡Oh peligrosas bocas, que no tienen más que una sola lengua, la misma para condenar o para absolver! Que fuerzan la ley a que se incline ante sus caprichos; que predicen lo justo o lo injusto con el cebo de su apetito, forzando a que siga lo justo o lo injusto en el sentido que lo saca el anzuelo de los sentidos”. *Obras completas*, t. II, 16a. ed., Aguilar, Madrid, 1974, p. 456.

<sup>21</sup> GOETHE, J. W., *Fausto*, Porrúa, México, 10a. ed., 1980, p. 31.

### III. LA CRÍTICA JURÍDICA A LA CIENCIA DEL DERECHO:

JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN

Como nos lo apunta el eminente maestro y recientemente fallecido, don Antonio Truyol y Serra, corresponde al alemán Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884) el mérito de sintetizar en el campo jurídico y de una sola vez, las críticas hasta ese entonces formuladas por la literatura y la filosofía, sobre la imposibilidad de que el derecho se pudiera constituir como una auténtica disciplina científica. Esto lo hizo en una conferencia que pronunció en 1847, en una sociedad jurídica de Berlín y que posteriormente se convirtió en un pequeño libro, que actualmente es el clásico por antonomasia en la materia: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als wissenschaft* (*La jurisprudencia no es ciencia*).<sup>22</sup>

El caso de este jurista resulta singular, toda vez que su fama deviene precisamente de la publicación de dicha conferencia exclusivamente, la cual dio en su juventud, y si bien llegó a dar a la prensa otras obras sobre temas jurídicos, como lo es entre otras, la causa de las obligaciones jurídicas, hoy ya se encuentran en el olvido. La razón por la que este libro sigue vigente hasta nuestros días, obedece a que logra sintetizar y explicar de una manera clara y bien escrita, las principales críticas que se habían formulado hasta ese entonces sobre la posibilidad de un conocimiento científico en el derecho, aunado a que desde una perspectiva positivista, señaló los obstáculos, al parecer insuperables, que impedían toda posibilidad de un conocimiento científico en esta rama del saber. De hecho, la obra que nos ocupa sigue siendo consulta obligada para todo aquel que quiera adentrarse en este problema, ya sea para confirmar sus premisas, o superar los resultados que ofrece, por lo tanto, es imprescindible que analicemos sus ideas más importantes.

El blanco principal de su crítica, no se centra como en el caso de Goethe o Swift, en la imposibilidad del derecho como ciencia, por el

<sup>22</sup> Para el presente artículo, usaremos la traducción al español que realizó mi maestro, Antonio Truyol y Serra, recogida en la obra del mismo nombre, que publicó el Instituto de Estudios Políticos de Madrid, de la Editorial Civitas, Madrid, 1949. Por otro lado, recomendamos ampliamente el estudio introductorio de esta obra, que sirvió de guía a las presentes notas.

carácter o la actividad de los juristas, sino por el contrario, porque el objeto mismo de su estudio, esto es, el derecho, como en otras ramas de las ciencias sociales, como lo apuntaría también Max Weber en ese mismo siglo, era subjetivo y contingente, lo que producía su "irracionalidad" y por lo tanto, resultaba imposible su conocimiento imparcial y desinteresado, al no recaer su estudio en un auténtico "objeto" sino en las personas que lo producían, crítica que en el siglo XX retomarían los llamados "realistas escandinavos".

En primer término, señala una situación sintomática que presenta este saber, que precisa de un diagnóstico, ya que al contrario de lo que sucede en las restantes ciencias, el mismo ha permanecido estacionario desde los tiempos de Francis Bacon y desde entonces, no se ha podido desarrollar: "La jurisprudencia, en cambio desde la época de Bacon, ha permanecido por lo menos estacionaria. Sus reglas, sus conceptos, no han encontrado desde entonces expresiones más agudas. No hay en ella menos controversias, sino más. Incluso ahí donde la investigación más paciente creía haber llegado por fin a un resultado seguro e incommovible, apenas transcurre una década sin que vuelva a iniciarse la discusión desde un principio".<sup>23</sup>

Es particular esta primera observación, en atención a que coincide con la que han formulado los principales filósofos que se han ocupado de temas científicos, o de metodología de la ciencia, cuando se enfocan a las ciencias sociales, como la ética, o el derecho, pues manifiestan y recalcan ese aparente y permanente atraso en que se encuentran, por lo que cada autor que se interne en ellas, tiene que volver a comenzar desde el principio, para intentar dar respuestas correctas a sus interrogantes, como lo señalaron entre otros, Francis Bacon, en su obra *Novum Organum* (1620), David Hume, en su *Tratado de la naturaleza humana* (1740), o Immanuel Kant en la *Crítica de la razón pura* (1781), etcétera. Si de algo sirve la herramienta de la ciencia, es precisamente para disminuir la penumbra de lo desconocido para el hombre, y el hecho de que exista una o varias que no

<sup>23</sup> KIRCHMANN, Julius Hermann von, *La jurisprudencia no es ciencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pp. 36 y 37. Como nos lo indica el traductor, el término "jurisprudencia" que emplea, es sinónimo de "ciencia del derecho" o "ciencia jurídica".

puedan caminar en ese sentido, sólo nota su falta de utilidad, de sentido y con ello, de realidad.

De hecho, también esta situación de estancamiento y de nulo avance en la obtención de resultados objetivos en los problemas jurídicos, fue también apuntada en el siglo XX, entre otros, por Hans Kelsen, en su prólogo a la *Teoría pura del derecho* (en sus dos ediciones de 1934 y 1960) y Alf Ross en *Sobre el derecho y la justicia* (1958), etcétera. La conclusión a la que llegan no es otra, sino que la falta de resultados claros y objetivos, sólo denota que ni los planteamientos, ni el método, ni la forma de obtener resultados que se han utilizado hasta ese momento, han sido en realidad "científicos", y por ello, hay que comenzar de nuevo, hacia una nueva teoría sobre la posibilidad de un conocimiento jurídico. Esas obras, son en esencia, el intento que hicieron por encontrar en dicho siglo ese anhelado nuevo camino.

Kirchmann considera que esta imposibilidad de progreso científico en el derecho, deviene en el cambio constante que encontramos en él, lo que no sucede con otras ramas del saber, donde su "objeto" permanece estático con el paso del tiempo. El sol, siempre es el sol, o la electricidad siempre produce los mismos efectos, pero no es así en los sistemas jurídicos, donde las figuras e instituciones están en constante dinamismo. Esta característica produce que las teorías sobre el fenómeno jurídico "lleguen siempre tarde" con respecto al objetivo que se proponen estudiar, de tal manera que a pesar de dedicarse a ello los juristas, nunca pueden alcanzar la actualidad y lograr una armonía entre fenómeno jurídico y su explicación teórica. Como decía Zenon de Elea, la ciencia jurídica como Aquiles, lógicamente está imposibilitada para alcanzar a la tortuga, como imagen del derecho real vigente en una comunidad.

Esta característica, recuerda el autor, ha traído en la literatura las constantes burlas de los poetas como Goethe. El derecho sólo puede ser comprendido cuando el mismo ha dejado de afectar al hombre y con ello, ha dejado de ser necesario su estudio: "El Estado griego sólo fue comprendido cuando ya había periclitado. La ciencia de las instituciones rígidas del derecho romano no fue completa sino cuando el *jus gentium* ya las hubo desplazado. El espíritu y la excelencia de la constitución del imperio germánico no fueron reconocidos hasta que Napoleón hubo borrado sus últimas huellas. Este es el primer

defecto fundamental que sufre la ciencia jurídica, y de él nacen consecuencias múltiples que obstaculizan su camino".<sup>24</sup>

No solamente se da un retraso fatal en la comprensión de los fenómenos jurídicos, sino que además, eso contribuye a que la ciencia jurídica sea por su propia naturaleza "reaccionaria", es decir, contraria u opuesta a todo cambio o progreso. Los conceptos y teorías que utiliza, no permiten la transformación del entorno en donde se aplican, lo que denota un sinsentido en esta ciencia, ya que precisamente la idea implícita en ella, es más que nada, transformar la realidad con el conocimiento adquirido, oposición que también ha sido resaltada en los siglos XIX y XX, por los detractores de la ciencia del derecho, principalmente por la sociología del derecho, la teoría marxista, o los exponentes del realismo jurídico.

En este sentido, el derecho siempre está y estará condenado a dar explicaciones tardías a fenómenos que ya no afectan a la vida del hombre, porque requiere el paso del tiempo para la debida comprensión de los problemas que enfrenta: "Por eso, en el derecho tiene que haber transcurrido el tiempo, con su poder moderador, antes de que la ciencia pueda salir a escena y descubrir libremente la verdad".<sup>25</sup>

Por otro lado, lo peculiar de quienes se enfocan a estudiar los problemas del derecho, consiste en que más que observar directamente el objeto de lo que quieren explicar, se dedican a "buscar" en los juristas "romanos", o "antiguos", una explicación a ellos. Todo lo intentan reducir o asimilar a lo que ya se ha dado en otros tiempos. La investigación científica moderna, así como cualquier ciencia, por el contrario, siempre ha propuesto iniciar la investigación, observando directamente el problema que se quiere resolver, lo que provoca una idea de "inmediatez" en ese conocimiento. Hay siempre una relación directa entre el sujeto conocedor y objeto que es conocido.

Por el contrario, los abogados cuando tienen el ánimo de comprender un fenómeno que ha aparecido en la sociedad, antes de analizarlo directamente, acuden a la historia, para buscar teorías anteriores que expliquen sucesos similares y de esta forma, adquieren ideas preconcebidas que impiden una comprensión adecuada del fenómeno y con ello, su libre desenvolvimiento.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 47.

En realidad, el problema social del derecho y su imposibilidad científica, apunta Kirchmann, como lo habían visualizado Montaigne y Pascal, radica precisamente en el "objeto" de estudio, es decir, el sistema jurídico y su estructura, lo que evita la posibilidad de cualquier conocimiento objetivo. El derecho por un lado, está en constante movimiento y transformación, lo que impide "petrificarlo" o aislarlo, para su adecuada comprensión. Por otro lado, en él influyen la pasión y el sentimiento de los hombres, lo que evidentemente nos arroja a una subjetividad en su contenido y con ello, su relatividad y contingencia, notas impropias de un saber auténtico.

El sentimiento, como lo considera el autor berlinés, impide cualquier posibilidad en la imparcialidad en el saber, debido a que no constituye un criterio creíble de verdad, situación que más adelante, en ese mismo siglo, será considerada por Max Weber, como el síntoma de la "irracionalidad" de las ciencias sociales, como causa principal en la ausencia de un conocimiento confiable.

Hoy en día, pensamos que si bien es cierto, esa pasión y dinamismo que se dan en los sistemas jurídicos, no permiten un acercamiento "imparcial" hacia él, constituyen, paradójicamente, sus más importantes características. La labor de una reconstrucción en el concepto de la "ciencia jurídica", debe consistir, por un lado, en conservar y promover los valores permanentes en la cultura (en realidad compartidos por las naciones) y por el otro "considerarlos" y "transformarlos" como "objetivos", de tal manera que permitan un conocimiento general. Tal vez esta tarea es lo que han tratado de hacer, a finales del siglo XX, autores como John Rawls o Jürgen Habermas, quienes buscan dar una "transubjetividad" en los valores sociales y del hombre, que por un lado, justifiquen nuestros sentimientos sociales y por otro, puedan dar explicaciones del por qué todos los hombres las comparten y le dan sustento a los sistemas de derecho, mediante la nota de la "legitimidad".

Más adelante, el autor en comento, trae a colación, la relación que hay entre el derecho natural y el derecho positivo, que complica el problema del conocimiento jurídico, retomando la crítica de Goethe ya expuesta, toda vez que, opina, por esencia, la ley positiva implica una voluntad subjetiva y temporal de sus autores, la que es impuesta a los hombres a pesar de su contenido, que la aleja de lo que podrían ser los postulados de un auténtico derecho natural. Esto, se traduce

en la falibilidad de la ley positiva y con ello, de la jurisprudencia, ya que las normas contenidas en ella, existen, no por las razones que en ellas se contienen, sino por el ánimo de los que detentan el Poder: "Todas las ciencias tienen leyes, y las leyes son su finalidad suprema. Todas las ciencias, en todos los tiempos, tienen, además de las leyes verdaderas, otras falsas. Pero la falsedad de éstas no ejerce influencia alguna sobre su objeto. La tierra siguió girando alrededor del sol, aunque Ptolomeo convirtiera en ley lo contrario; el alma permaneció simple, a pesar de que Wolf y Kant la fragmentase en innumerables potencias... Otra cosa ocurre con las leyes positivas del derecho. Respaladas por la fuerza y por sanciones, se imponen, verdaderas o falsas, al objeto. El derecho natural tienen que renunciar a su verdad e inclinarse ante sus prescripciones... El saber, aun el falso y deficiente se sobrepone al ser".<sup>26</sup>

Resulta evidente que esta crítica ya no es vigente desde Kelsen y sobre todo, con la lógica deóntica, donde hay una separación entre la realidad, como mundo sensible y el universo del lenguaje, donde se encuentran las normas, cuando dejó sentado, de una manera más o menos general y compartida por la comunidad científica, que el objeto del derecho son y deben ser las normas positivas y éstas implican meramente prescripciones, las cuales por su propia naturaleza, no pueden ser verdaderas o falsas, sino simplemente eso, prescripciones, las cuales o existen, o no, sin que se puedan predicar una vinculación necesaria sobre la realidad sensible.

Esto además produjo la distinción clásica dentro del positivismo entre el "Derecho" que es y el "Derecho" que debe ser. El primero, constituye una parte de la teoría jurídica, la cual tiene como una de sus misiones, la formulación de enunciados fácticos acerca de esas prescripciones (es decir, la producción de enunciados, sobre el objeto de las normas, que son prescripciones). De ahí surgiría en el siglo XX, los postulados para una lógica científica del derecho de carácter tradicional y una lógica sobre esos enunciados del deber ser (deónticos).

Otra crítica importante que nos menciona el autor en comento, es la deficiencia misma del derecho, que no puede ni ha podido regular

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 49 y 50.

adecuadamente a la realidad: "La ley positiva es rígida; el derecho, progresivo. Por eso la verdad misma de aquella se convierte con el tiempo en falsedad. Su sustitución por una ley nueva no es nunca realizable sin violencia; le falta la flexibilidad continua, y por tanto suave, del derecho natural. La ley positiva es abstracta; su necesaria sencillez destruye la riqueza de las formas individuales. De ahí las figuras híbridas de la equidad y el arbitrio judicial".<sup>27</sup>

Para Kirchmann, la ley positiva es una combinación del resultado de la ley natural, con inclusiones de la voluntad del legislador, lo que deviene en el mero arbitrio de la ley positiva: "la ley positiva la convierte en sierva del azar, del error, de la pasión, de la sinrazón, su objeto es lo casual y lo contingente".<sup>28</sup>

En ese tenor, resulta imposible la ciencia del derecho, al versar ésta en un objeto variable, que sólo depende del pensamiento de un momento, de la voluntad subjetiva de quien detenta el poder y de la pasión, lo que evidentemente la incapacita de encontrar la verdad en las normas. De esta manera, se desprende que en la historia, esta rama del conocimiento ha venido a ser, un mero conjunto de comentarios de los autores que se dedican a él, análisis que sólo tienen como propósito, el describir esa voluntad relativa incorporada en las normas, que al ser transitorias, están expuestas a ser modificadas por el propio legislador, lo que vuelve inútil todo lo desarrollado por la ciencia hasta ese momento. En este punto Kirchmann es incendiario, como lo fue Pascal:

"¿Cuál es el contenido de tanto comentario y tanta exégesis? ¿Cuál el de tantas monografías, cuestiones y meditaciones, de tantas disertaciones y colecciones de casos prácticos? Sólo una pequeña parte tiene por objeto el derecho natural. Las nueve décimas partes, y más, se ocupan de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas; de lo que en ellas hay de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador. Ni siquiera el genio se niega a ser instrumento de la sinrazón, ofreciendo para justificarla toda su ironía, toda su erudición. Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana, establecen su nido

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 52.

en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura".<sup>29</sup>

Así, Kirchmann ha dado el más duro golpe hasta ahora, sobre la posibilidad científica del derecho. Expone que al recaer su estudio en un elemento subjetivo como lo es la voluntad del legislador, reflejada en las normas positivas, se ha apartado de lo que en realidad debería ser la preocupación de su análisis, las "verdaderas" leyes humanas y permanentes que se dan en la sociedad, o por lo menos, las razones inherentes en ellas, de tal forma que el conocimiento objetivo y permanente de él resulta imposible. Como veremos más adelante, ésta sigue siendo la principal objeción sobre un conocimiento racional y verdadero sobre el derecho, ya que recae en las leyes nacionales, que por su propia naturaleza, son particulares y por ello, inhábiles para un saber en forma.

Otro problema que presenta la jurisprudencia, como ya se ha visto, recae en la rigidez de las normas. No sólo se encuentran alejadas de la realidad que pretenden abstraer, sino también, la estructura que tienen, lo que impide que se amolden adecuadamente al objeto que intentar regular: "El esquematismo, la forma rígida de la ley positiva, penetra en la ciencia jurídica. Ésta tiene que despreciar la riqueza de la individualidad aun cuando la haya percibido. La ley positiva se parece a un sastre obstinado que sólo usará tres medidas para todos sus clientes. La ciencia es el ama bondadosa que ve donde el traje no ajusta y donde afea, pero el respeto por su señor no le permite más que hacer subrepticamente algún otro retoque".<sup>30</sup>

Los defectos de la ley, su rigidez, arbitrariedad y esquematismo, han traído el alejamiento del derecho del que debiera ser su verdadero objeto y con ello, su divorcio con el pueblo. La ley y el derecho deben estar al servicio de la sociedad, para facilitar la vida de sus integrantes, por lo que están obligados a tomar en cuenta sus necesidades más importantes: "He aquí, pues el triunfo de la ciencia jurídica: un derecho que el pueblo ya no conoce, que ya no vive en su

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 64.

alma, y que se equipara a las fuerzas ciegas de la naturaleza... El país está harto de los juristas científicos. Existe la sospecha, el oscuro presentimiento de la contradicción entre el derecho y la ciencia; lo único que falta aún es, en el pueblo la idea clara de esta contradicción".<sup>31</sup>

Esta objeción, más enfocada hacia los problemas que presenta en todo momento el derecho positivo y su aceptación por el pueblo, que sobre la posibilidad de su conocimiento, nos recuerda la permanente queja y reclamos que los hombres y las culturas hacen al derecho, como lo exponía el "último" Radbruch: "Si nos preguntamos, ahora, qué es lo que puede explicar esta frecuente aversión de los poetas y, en general, de los artistas hacia la ciencia jurídica encontraremos como causa, tal vez, la llamada "objetividad" jurídica, es decir, la tendencia del jurista a abstraerse precisamente de los rasgos esencialmente humanos: el derecho, por ejemplo conoce del matrimonio, pero ignora el amor; nos habla de obligaciones y de créditos y deudas, pero no de amistad. No obstante, es justo reconocer que los testimonios de los poetas acerca del derecho son, no pocas veces, de mayor peso y fuerza probatoria que los de los especialistas en filosofía del derecho, por la sencilla razón de que tienen raíces existenciales más profundas, que se hayan no sólo en el pensamiento, sino en toda la personalidad".<sup>32</sup>

De esta exposición, se puede desprender, cómo en realidad, Kirchmann no hizo sino recoger y actualizar las críticas que ya se le habían hecho al derecho en su perfil de ciencia: el conceptualismo que ha caracterizado y aún define a los abogados, cualquier nuevo fenómeno o actividad que aparece, se pretende reducir a los viejos esquemas jurídicos, inclusive a los modelos romanos; de igual forma, la facilidad con que se confunde objeto del conocimiento con teorías o interpretaciones acerca del derecho, de tal manera que al final, ya no se pueden distinguir unas de otras. De igual forma, el objeto de la ciencia, al estar inserto dentro de la comunidad humana, impide su percepción y valoración objetiva y por ello, se presume la subjetividad en los resultados de la actividad que se realice sobre

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 70 y 73.

<sup>32</sup> RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, Breviario núm. 42, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pp. 145 y 146.

ella. Por supuesto, también el carácter dinámico de los fenómenos jurídicos impide el que se puedan tener saberes permanentes.

Es posible, que detrás de estas objeciones, todas acumuladas de una sola vez, se encuentre la desilusión que en el siglo XIX, produjo el convencimiento de que en realidad, las teorías jurídicas no habían encontrado el saber verdadero de las leyes vigentes en las sociedades. Los hombres con sus hipótesis, no encontraron la real causa de las normas sociales que se ufanaban tener, así como que las mismas, no explicaban correctamente los fenómenos jurídicos, como nos lo enseña un ajeno a esta rama, Russell:

“Los siglos XVIII y XIX tuvieron una filosofía de la ley natural, basada en Newton. Se suponía que la ley implicaba un legislador, aunque a medida que el tiempo avanzaba, esta suposición iba siendo menos subrayada. En todo caso, el universo estaba ordenado y podían pronosticarse sus fenómenos. Al averiguar las leyes de la naturaleza podíamos esperar manipular la naturaleza, y así la ciencia se hizo el origen del poder. Esta es aun la perspectiva de la mayoría de los hombres prácticamente activos; pero no es ya la de algunos hombres de ciencia. El mundo, según ellos, es un asunto más confuso de lo que sus predecesores de los siglos XVIII y XIX creían saber”.<sup>33</sup>

Por supuesto, gran parte de la crítica de este autor frente al derecho y su conocimiento, parten de una premisa que se creía válida en el siglo XIX, en el sentido de que la ciencia, estaría en algún momento con la capacidad suficiente para demostrar la existencia real y el contenido de ese “derecho natural” frecuentemente invocado por los teóricos, por lo que una vez que se hubiera encontrado, se podría identificar el verdadero objeto de estudio de la jurisprudencia. Entonces desaparecería la teoría jurídica, como se practicaba hasta entonces y con ello, cambiaría la forma de expresión y el contenido de las leyes positivas, situación que nunca se dio, pero que en cambio, hizo permanecer la objeción hasta nuestros días.

A más de siglo y medio de expuesta la conferencia por este autor, siguen presentes sus críticas y sus conclusiones, por lo que hay que acudir a ellas, si se desean superar los obstáculos que se le han opuesto

<sup>33</sup> RUSSELL, Bertrand, *La perspectiva científica*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 85.

al derecho, para considerarlo como susceptible de un saber objetivo, como lo apuntan Alberto Calsamiglia: “Kirchmann supo mostrar un sentimiento compartido en la comunidad jurídica y su crítica constituye todavía hoy un punto de referencia importante”,<sup>34</sup> o Luis Recasens Siches: “Será oportuno consagrar atención a este trabajo por la honda revolución teórica que produjo: propiamente aún sigue abierta y viva la discusión en torno a los problemas planteados por Kirchmann”.<sup>35</sup>

Por otro lado, además de recoger la tradición crítica sobre la posibilidad científica del derecho, el autor plantea, desde una perspectiva positivista, del modelo científico, la incapacidad del derecho de un saber confiable: la falta de objetividad y la voluntad humana que lo afecta, impide un conocimiento racional y desapasionado sobre los problemas jurídicos.

La influencia del pensamiento de Kirchmann fue profunda y su reacción, produjo diversas tendencias sobre la posibilidad y la manera de tratar metódicamente al derecho.

En primer lugar, se encuentran aquellos teóricos y estudiosos que están convencidos de la imposibilidad de un estudio científico sobre el derecho, de tal forma, que sólo es posible con él, el establecimiento de una técnica social. A esto se uniría la idea y creencia de que el método identificado como “científico”, no es apto para temas que tengan que ver con el hombre y su comunidad.<sup>36</sup>

En segundo lugar, se formaron teóricos y juristas que se apartaron del estudio dogmático y acríptico del derecho, e intentaron revivir los estudios del derecho natural, pretendiendo encontrar en este último,

<sup>34</sup> CALSAMIGLIA, Alberto, “Ciencia jurídica”, en *El derecho y la justicia*, 2a. ed., Trotta, Madrid, 2000, p. 19.

<sup>35</sup> RECASENS SICHES, Luis, “Estudios de filosofía del derecho”, en la obra del jurista Giorgio DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, t. I, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1946, p. 42.

<sup>36</sup> Nuestra comunidad científica es digno ejemplo de esta postura, ya que por ejemplo, el eminente maestro Arturo ROSENBLUETH, en su obra *El método científico*, está convencido que la nota de “cientificidad” en el conocimiento, viene dada, exclusivamente, por la posibilidad de ser producto del “método científico”, que no es otro que el inductivo-experimental. Luego entonces, donde ese método no es posible su implementación, lo convierte en la imposibilidad de que el conocimiento obtenido, sea “científico”, pp., 8-18, Centro de Investigación y de Estudios Avanzados, Instituto Politécnico Nacional, Fournier, México, 1971.

esa verdadera "esencia" de lo jurídico, ajena a los avatares históricos que afectan a las leyes positivas, como en el fondo lo pretendía Kirchmann, la corriente iusnaturalista de los siglos XIX y XX serían ejemplos de esto, o la escuela de la "Tópica" inaugurada por Theodor Viehweg.

Otro camino que se tomó, fue el sustituir a la ciencia jurídica practicada hasta ese momento, por otro tipo de ciencia o ciencias, que se ocuparan más de la génesis o el campo en donde se aplica el derecho, formando así, o bien la sociología del derecho, o el reducir éste a problemas económicos, sociológicos o antropológicos. De esta manera, la problemática de la ciencia jurídica, se convirtió en un apéndice de la problemática general sobre la posibilidad del saber humano en las ciencias sociales. Sin embargo, la crítica de los conocimientos obtenidos por estas ramas, no se ve exenta de las críticas, ya que ahora presentan los problemas de la cientificidad que aquejan a las ciencias sociales en general.<sup>37</sup>

Además, está el camino del desenvolvimiento del positivismo en el derecho, motivado entre otros, por Max Weber, en donde para terminar con la subjetividad e irracionalidad en el derecho, se centró en analizar por un lado la estructura y forma de las normas, más que sus contenidos que son, ya se ha expuesto, variables.

De acuerdo con Recasen Siches y dentro del plano estrictamente jurídico, se intentó también elaborar un nuevo modelo de ciencia, independiente de la hasta entonces jurisprudencia dogmática, sustrayéndose a la relatividad de las leyes positivas, del arbitrio del legislador y preocupándose por los problemas jurídicos permanentes en toda la historia occidental.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Jürgen HABERMAS, en su excelente ensayo: "Un informe bibliográfico (1967): la lógica de las ciencias sociales", nos relata los problemas que estas ciencias presentaron para su existencia y justificación durante los siglos XIX y XX, y las cuestiones que aún tiene que atender, para ser reconocidas formalmente dentro del campo de las ciencias. En la obra *La lógica de las ciencias sociales*, 3a ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 83-256.

<sup>38</sup> De hecho, el erudito maestro Luis RECASÉN SICHES nos expone toda la discusión doctrinal que se gestó en los siglos XIX y XX con motivo de la obra de KIRCHMANN, en donde aparecen los autores y las obras que más han destacado en esta discusión, entre las que se encuentra Kelsen con su *Teoría pura del derecho*, RADBRUCH, con su *Filosofía del derecho*, STAMLER, MARX, RAVA, DONATI, GENY, BONNECASE, ROGUIN, CARNELUTI, entre otros. Véase *op. cit.*, pp. 43-45.

Como corolario de lo anterior, hay que tener presente que la obra de los principales filósofos del derecho del siglo XX como Kelsen, Hart, Bobbio, Ross u Olivecrona, sólo se pueden explicar como un intento más de encontrar la objetividad y cientificidad al derecho, el primero, mediante la postulación de una ciencia deóntica, basada exclusivamente en el mundo del "deber ser"; los segundos, mediante el análisis práctico y lingüístico de los términos y los fenómenos jurídicos (posturas analíticas o lingüísticas) y los últimos, negando toda existencia a conceptos o fenómenos que no tienen una traducción o reflejo en la realidad y reduciendo el método de conocimiento del derecho, al método "científico".

#### IV. LA CRÍTICA A LA CIENCIA DEL DERECHO EN NUESTROS DÍAS

El legado de la crítica de Kirchmann ha llegado hasta los momentos actuales y a nuestras universidades. El profesor Atienza, apoyándose en sus ideas, niega el valor científico del derecho, por varias circunstancias: la primera de ellas, porque el estudio que hacen los juristas sobre temas jurídicos, siempre se concentran en aspectos locales, derivados de un derecho nacional. Es decir, no se estudia el derecho civil, penal o administrativo en sí mismos, sino el derecho civil, penal o administrativo mexicano, español, estadounidense, etc. En ese tenor, el objeto de la tan pretendida ciencia, es contrario al de cualquier saber riguroso, debido a que es nacional, siendo que es requisito lógico, que todo saber científico debe tender a la universalidad, así como a las causas generales y no a casos ni criterios particulares.<sup>39</sup>

El carácter eminentemente práctico de la jurisprudencia, es otro problema que incide en la idea de su cientificidad. Siguiendo una concepción tradicional de la ciencia, digamos Aristotélica, el profesor Atienza considera que todo saber riguroso, se busca por el mero placer de conocer, lo que nos lleva al carácter desinteresado y puramente teórico de ella, sin importar su posibilidad práctica, lo que contrasta con el fin práctico del conocer jurídico. Los problemas del derecho surgen y se atienden sólo para resolver problemas concretos y particulares que se presentan en los distintos estados.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 163 y 164.



Derivado de lo anterior, se desprende que en realidad, la ciencia jurídica sólo es una técnica que ayuda a los hombres a encontrar respuestas a problemas particulares que se le presentan. Los abogados deben dejar de buscar el carácter científico a su actividad y reconocer que en realidad, es una técnica social y darle el mismo valor a los conocimientos científicos como a los técnicos, por lo que los abogados ya no deben sentirse disminuidos socialmente ante el útil valor de su actividad: "Una de las principales carencias de su obra es no haber partido de una distinción adecuada entre la ciencia y la técnica, lo que le lleva a pensar, como a muchos otros juristas, que la jurisprudencia, si no es una ciencia, deja de ser también una actividad estimable. A mi modo de ver, la verdad es muy distinta. La jurisprudencia es una técnica, y no puede dejar de serlo, pero aceptar esto no implica relegarla a un plano de menor importancia, sino situar el problema en sus términos exactos. Si partimos, en efecto, de la idea de que la jurisprudencia es una técnica, los argumentos de von Kirchmann se vuelven, sencillamente impertinentes..."<sup>40</sup>

El extinto maestro Carlos Nino, en sus obras pretende analizar lo que en la práctica y no en los libros, realizan los juristas cuando "producen" ciencia y a esa actividad enfoca sus críticas. En primer lugar indica, que lo que constituye el estudio específico de la ciencia jurídica, lo es la dogmática, la cual consiste en una clase o tipo de investigación, en donde se acepta "dogmáticamente" o ciegamente, la fuerza obligatoria del derecho positivo, mismo que no es cuestionado por los que la estudian, debido a que su postura constituye una adhesión a la legislación, sin que haya en contraste con la actitud normal de las ciencias, una constatación de esos postulados con la realidad, herencia que nos viene desde el fenómeno de la codificación.

Sin embargo, por lo menos en la etapa de la ilustración y en el siglo XIX, la adhesión a la legislación por parte de los juristas, se encontraba fundamentada en postulados racionales de corte iusnaturalista: "En cambio, en la ciencia jurídica actual, es una adhesión dogmática apoyada, no en la aceptación valorativa del contenido de las normas vigentes o en sus cualidades de carácter lógico,

<sup>40</sup> ATIENZA, *op. cit.*, p. 252.

sino en el hecho de que tales normas fueron sancionadas por ciertos órganos dotados de eficacia general".<sup>41</sup>

Además de esta aceptación acrítica e injustificada del derecho, su práctica se ve constantemente acompañada de una actitud "ideológica", de tomar en cuenta al derecho positivo como válido, por el solo hecho de ser promulgado por la autoridad y por lo mismo, la ley debe ser obedecida y aplicada por los que intervienen en ella, independientemente de cualquier disenso axiológico que se pueda tener respecto de ella, rompiendo e independizando al derecho de otras ramas que lo afectan, como la política o el sistema moral social.

Por otro lado, esta actitud "ideológica", se traduce en que no sólo la ciencia pretende describir cómo se encuentra conformado el sistema jurídico, sino además, lo "reconstruye artificialmente", o colma sus lagunas: "utilizando un aparato conceptual retóricamente efectivo que cumple la función de hacer aparecer las soluciones originales que ella propone como si derivaran de algún modo, a veces misterioso, del derecho positivo".<sup>42</sup>

Ligado con lo anterior, esa labor que realizan los juristas, más que ser propia de una actividad científica, desinteresada, imparcial y objetiva, se convierte en una "creación subjetiva" de aparentes soluciones a problemas concretos. Los que intervienen en esta rama, pretenden deducir soluciones "correctas" a problemas jurídicos, que en realidad se adecuan a ciertos estándares axiológicos vigentes, para cerrar sus lagunas, o eliminar contradicciones, lo que por supuesto justifica sus pretensiones particulares, retomando una vez más las viejas críticas que expusieron Montaigne y Pascal, donde el abogado, más que ver en la ciencia un medio para descubrir verdades, es un instrumento al servicio de sus intereses pecuniarios.

Muchas veces los abogados, en afán de describir cómo es el derecho, traspasan los límites de esa actividad, para proponer nuevas

<sup>41</sup> NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 326. De hecho este autor ha sido uno de los que más se ha preocupado por esta problemática, como nos lo dejó sentir, además de la obra citada, en: *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Universidad de Carabobo, Venezuela, 1979, reeditada en Fontamara, México, 1993 y *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, 1974.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 326 y 327.

normas, o principios generales que en realidad intentan reemplazar auténticas normas del sistema jurídico, de las cuales a su vez, derivan otras "normas", que no existen originalmente en dicho sistema, cubriendo, de esta manera posibles lagunas que existen.

En realidad, Nino señala que esta actitud "científica" por parte de los abogados, que pretende "describir" proposiciones normativas, en realidad, se convierte en una función creadora y normativa, estableciendo la existencia de nuevas normas o principios que en realidad no se encuentran en el sistema jurídico:

"La descripción que la dogmática jurídica hace del derecho no constituye, generalmente, una reproducción fiel de su objeto de estudio, puesto que no se suele poner de manifiesto claramente las diferentes alternativas que pueden presentarse en la interpretación de las normas jurídicas (tendiéndose a presentar una de ellas como la única interpretación posible) y se hace aparecer como parte del sistema jurídico que se describe ciertos principios, distinciones conceptuales, teorías, etc., que son, en realidad, el producto de la elaboración de la propia dogmática. Por otro lado, la labor de *reconstrucción* del sistema también es insatisfactoria, ya que, al no presentársela como tal, sino como descripción de lo que está implícito en el sistema positivo, no se articulan los principios valorativos en que se basan las soluciones originales que propone la dogmática. Esto determina, en primer término, que no haya una discusión exhaustiva y abierta acerca de la *justificación* de tales principios, y en segundo lugar, que no haya un intento serio por formular un sistema coherente de los principios que están detrás de las soluciones que la dogmática propone para reconstruir el sistema".<sup>43</sup> (Las cursivas aparecen así en el texto original).

Esa labor descriptiva y ahora normativa que apunta Nino, que se da en la relación ciencia y práctica que aparece en el mundo de los abogados, produce insatisfacción en los teóricos del derecho, al no resolver en forma clara, por un lado, esa labor descriptiva que debe corresponder a la teoría jurídica, con la consideración y utilización de los valores, situaciones políticas y hechos que están presentes al

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 340. Esta idea también se encuentra desarrollada en el mismo autor en *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 2a. ed., Fontamara, México, pp. 11-20. Esta edición a su vez está tomada de la 1a. ed. de 1979.

momento de aplicar las normas. Así, tanto la teoría y la práctica se ven viciadas mutuamente de esa contaminación de elementos distintos al mismo tiempo, la teoría con elementos fácticos y valorativos concretos y la práctica de supuestas descripciones teóricas aplicadas a otros casos.

Este nuevo elemento que encontramos en las teorías del derecho, que constituyen una mezcla entre descripción y construcción, por un lado y entre exposición y regulación por el otro, también ha sido, incluso antes que Nino, postulada por Ronald Dworkin, quien ha considerado que los juristas cuando acuden a la ciencia del derecho, no lo hacen meramente para saber cómo es éste, sino para encontrar soluciones correctas y aplicables a un caso concreto. Esto es, la ciencia del derecho más que describir o explicar el contenido de los sistemas jurídicos, debe ser ante todo "prescriptiva", esto es, que guíe o indique a los abogados las normas, principios, criterios u opiniones que debe tener en cuenta, para resolver los casos difíciles que se le presenten.<sup>44</sup>

Sin embargo, esa labor descriptiva y constructiva que aparece en esta ciencia, genera a su vez, un nuevo conflicto con la imagen del derecho como actividad científica, debido a que evidentemente se vuelve a abrir una distancia respecto de los requisitos que debe tener. De acuerdo a los principios que se le exigen a los conocimientos rigurosos, se encuentra el de la "neutralidad" en la posición del que formula el conocimiento, situación que al parecer, resulta imposible entre los abogados ¿cómo no pueden estar de acuerdo personalmente con la solución que proponen a los problemas que estudian? Es decir, como sucede en el caso de la historia, el científico toma partido, para bien o para mal, no sólo frente a la imagen que propone del derecho, sino también, respecto a las respuestas que se deben dar en cada caso, lo que hace perder indudablemente esa idea de imparcialidad.

<sup>44</sup> "Una teoría general del derecho debe ser a la vez conceptual y normativa. Su parte normativa ha de abarcar una diversidad de temas, que se indican en el catálogo siguiente: Debe tener una teoría de la legislación, de la adjudicación y de la obediencia al derecho; estas tres teorías consideran las cuestiones normativas del derecho desde el punto de vista del legislador, del juez y del ciudadano común... La teoría normativa vendrá incorporada en una filosofía moral y política más general que a su vez puede depender de teorías filosóficas que hagan referencia a la naturaleza humana o a la objetividad de la moralidad." DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 32 y 33.

En otra parte, Nino ha enfatizado que derivado de los postulados racionalistas y formales del siglo XIX, derivados del modelo positivista de la ciencia, los teóricos del derecho pretendieron elaborar o establecer las pautas de la ciencia jurídica, de una manera eminentemente formal, estableciendo los criterios de carácter deductivo y abstracto propio de esas ciencias formales, como la lógica, o la matemática y sobre todo, ajeno a consideraciones por un lado empíricas y por otro lado valorativas.

En ese tenor, para la teoría predominante en el siglo XIX y XX, la ciencia sólo se ocupó de la estructura del sistema de derecho, vista éste como el armazón conceptual que subyace en todo orden jurídico. El derecho como ciencia, sólo debía desentrañar el esqueleto formal al que se adhieren los preceptos sustantivos. Su misión era presentarlo como un sistema de conceptos, cuyo análisis y combinación se pueden inferir soluciones que se suponen implícitas en el derecho positivo.

Sin embargo, pese a estar superados los presupuestos sobre los que se basó este modelo de ciencia, algunos cultivadores de la dogmática jurídica "siguen concibiendo a su actividad según los lineamientos sentados por esta concepción".<sup>45</sup>

Los abogados cuando se dirigen al aparato conceptual que es la ciencia, lo hacen generalmente para buscar las soluciones que no encuentran en las normas que utilizan, donde generalmente aparecen problemas vinculados no sólo con su estructura, o propiedades formales, sino más que nada, con contenidos normativos, con problemas particulares, sociales, económicos, valorativos o de lenguaje, precisamente donde ahora la ciencia jurídica, no ha podido dar respuestas satisfactoria a sus interrogantes, por la misión y función tan limitada que ha tenido, produciendo una teoría carente de todo contenido y con ella, alejado de la realidad donde se pretende utilizar y por lo mismo, sin utilidad ni interés para los abogados y para los ajenos a esa ciencia.

Para superar una de las críticas que apuntaba Kirchmann, la teoría propuso profundizar ese alejamiento entre el derecho y la sociedad,

<sup>45</sup> Algunos modelos..., *op. cit.*, p. 16.

situación en la que se encuentra hoy en día, lo que la condenó al aislamiento y a la poca atención que le prestaron los abogados.

Por su parte, Bobbio ha enfatizado que las objeciones hacia la falta de rigor metodológico en el derecho, ha orillado a los abogados a forzar el estudio de los temas jurídicos, para intentar ajustarlo a los cánones del saber científico y de esta manera, "convertir" al saber jurídico en una "auténtica ciencia". Sin embargo, paradójicamente estos resultados han producido un distanciamiento total entre la llamada ciencia jurídica y la práctica de los abogados, sin puntos de coincidencia: la teoría del derecho produce resultados que no son tomados en cuenta ni son útiles por los abogados postulantes y éstos utilizan herramientas conceptuales y conocimientos que no son tomados en cuenta por los investigadores de estos temas:

"...parece irreductible, entre la concepción de la ciencia y la práctica del jurista, se va desarrollando por un lado, *una jurisprudencia que no es ciencia y, por otro lado una ciencia que en sí misma no tiene ya nada que ver con la jurisprudencia* (y con la que los juristas generalmente no saben qué hacer). En otras palabras, con esto se quiere decir que en el mismo momento en que se reconoce la existencia del contraste entre ciencia y jurisprudencia, este contraste, en vez de conducir al intento de reducir la jurisprudencia a ciencia, tiene como consecuencia el traslado del ideal científico fuera y más allá de la jurisprudencia, es decir, lleva a la construcción de una ciencia del derecho distinta de la jurisprudencia".<sup>46</sup> (Las cursivas aparecen así en el original).

## V. EL PERFIL DE LA CIENCIA JURÍDICA

Después de este extenso recorrido por las principales críticas que a lo largo de la historia se han expuesto acerca de la posibilidad de un conocimiento objetivo en los temas específicamente jurídicos, me gustaría sintetizar los aspectos que hay que tomar en cuenta, como resultado de ese recorrido, para poder atender debidamente la pregunta sobre si es posible un conocimiento riguroso en el derecho, sin que pretendamos dar por el momento, una respuesta definitiva a los

<sup>46</sup> BOBBIO, *op. cit.* p. 173.

mismas, sino sólo mencionar los principales puntos que la ciencia jurídica debe resolver para permitir su utilidad para los abogados y de esta forma justificar su existencia y necesidad.

*El papel de la ciencia en el mundo occidental.* Como lo han apuntado Bobbio, Nino y Tamayo Salmorán<sup>47</sup> entre otros, la palabra "ciencia" tiene varios problemas en la actualidad, entre los que destacan, la incertidumbre del vocablo y su imprecisión. No sólo es confuso el conjunto de conocimientos al que le podemos aplicar el término "científico", sino también, la actividad misma a la que se le puede predicar. Si bien en el siglo XIX existía un consenso entre los científicos respecto de qué comprendía su actividad y los resultados que arrojarían, actualmente la epistemología no brinda los mismos resultados. Los científicos hoy en día, no acaban de ponerse de acuerdo respecto de qué tipos de conocimientos pueden ser considerados científicos o no, cuáles son los métodos que pueden recibir el calificativo de científicos y si en realidad, la adopción de este tipo de métodos garantiza la producción de resultados más o menos certeros.

Esta división entre los científicos se constata más con la existencia de distintas teorías que estudian y justifican la aparición y consolidación de los conocimientos científicos, las teorías de Kuhn, Popper, Feyerabend, entre otros, son prueba de esa división difícil de superar.

Además, se encuentra el problema respecto de qué requisitos son los necesarios para conformar una ciencia, producto de la división apuntada, lo que actualmente nos hace que olvidemos esos arcaicos requisitos respecto del objeto y del método para considerar a una actividad como específicamente "científica". Con esto, muchas de las críticas y de los frustrados intentos de consolidar una única teoría científica demuestran su inutilidad, por el momento. Bajo esta perspectiva novedosa, es posible que encontremos resultados correctos y aproximados a la verdad, a pesar de que no hayamos descubierto aún los auténticos "objeto" y "método" de estudio en nuestra actividad.

En esa óptica, podremos considerar científicos aquellos resultados que obtenidos mediante caminos sistematizados, controlados,

coherentes y racionales, nos puedan explicar mejor que otras respuestas dadas, los fenómenos jurídicos y que ellos, sean consistentes no sólo con las demás teorías que se han formulado en el derecho, sino con el de otros campos de la actividad científica.

El otro tema relacionado con la ciencia, es el carácter valorativo de la misma, que impide se le dé su adecuada posición en la sociedad. Resulta notorio que la palabra "ciencia", además de describir una actividad frecuentemente desarrollada en nuestras sociedades, constituye además un elemento de calificación a actitudes humanas. Se otorga una posición preferente en la toma de decisiones del hombre moderno, que conlleva el calificativo de "científico" y de ahí, la búsqueda permanente en que los aspectos más relevantes de la actividad humana tengan precisamente ese valor. La ciencia aun hoy en día, se ha vuelto el objetivo social por excelencia en el mundo occidental.

Así las cosas, los abogados buscan por un lado, que las actividades que realizan encuentren ese beneplácito y reconocimiento social y por lo tanto, consideran que es importante que su saber sea calificado como científico. Pero ahora, ante la incertidumbre sobre el término "ciencia", no saben qué características debe tener para cumplir tal condición. De hecho, las distintas teorías jurídicas que existen, responden más o menos a una imagen de científicidad que tienen sus autores, como expusimos en las páginas anteriores.

En ese tenor, el intento de los abogados por lograr convertir en científico al estudio del derecho, será una labor que seguiremos viendo mientras nuestras sociedades no cambien. Sin embargo, no debemos confundir esa incesante búsqueda, sólo como el reflejo de encontrar a toda costa un reconocimiento de las sociedades a las actividades que desarrollamos (Atienza) sino también por esa inquietud siempre natural de encontrar las causas de las cosas y buscar las mejores explicaciones posibles a los fenómenos que nos afectan.

Sin embargo, pese a estos dos problemas apuntados, tenemos que introducir uno específico en el derecho. Al formar parte de las culturas y ser un producto de éstas y como tal, estar vinculada a las actividades humanas y relaciones interpersonales, nos vemos involucrados también con la problemática acerca de la posibilidad de un estudio razonado de esta rama, como una ciencia social. Es decir, para bien o para mal, el problema de la posibilidad de un conocimiento certero

<sup>47</sup> En *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986.

jurídico, queda unido a la posibilidad de que existan auténticas ciencias en los temas humanos.

*El problema de las ciencias sociales y la posibilidad de un conocimiento científico del derecho.* Como también hemos expuesto, gran parte de la respuesta a la interrogante que estamos analizando, incide en la posibilidad o no de que las llamadas "ciencias sociales" puedan ser en realidad auténticas ciencias.

A partir de la etapa positivista de la ciencia y el auge del método experimental, basado en la observación, inducción, experimentación y generalización, se consideró que los análisis para ser científicos, deberían ser susceptibles de ese método, lo que presuponía la percepción física de los objetos a estudio y la posibilidad de aplicar ese método experimental. De igual forma, hemos visto como Kirchmann, reprochaba a los abogados la imposibilidad que tenían para "percibir" su objeto de estudio y su constante movilidad, además de que siempre llegaban tarde a su conocimiento completo. Por su parte, la escuela realista, niega la factibilidad de un estudio científico del derecho, en primer lugar, porque las principales manifestaciones del fenómeno jurídico no son apreciables por nuestros sentidos y además, tampoco son susceptibles de un método experimental.

Así las cosas, gran parte de las posturas que niegan la posibilidad científica del conocimiento jurídico, se basan en la idea de que toda ciencia, para serlo, requiere por un lado, de una percepción objetiva del fenómeno que pretende estudiar y además, la aplicación del método experimental. Evidentemente el derecho no cumple con estas funciones.

La creencia, siguiendo la concepción tradicional de la ciencia, consiste en que ésta debe tener un objeto propio, distinto de otras ramas, externo al ser humano y al conglomerado en el que se encuentra y la adopción de un método propio riguroso de estudio, que no encontramos en el derecho, ni en muchas de las llamadas ciencias sociales.

Karl Popper, en esta clase de ciencias y ante su problemática, propone que la interrogante sobre la posibilidad de un saber certero en ellas, no debe partir de la base de encontrar primero un objeto y luego el método, como se ha hecho tradicionalmente en la historia de la epistemología, como lo enseñó una vez más Aristóteles, sino por el contrario, analizar si existen problemas teóricos prácticos que

engloban una realidad y a partir de ahí, considerar la posibilidad de un estudio sistemático. Si existe un conjunto de problemas reales que afectan e interesan al hombre, no hay duda de que estaremos ante la posibilidad de un conocimiento nuevo y científico y los resultados que se obtengan de esa actividad, serán "científicos":

"Al igual que todas las otras ciencias, también las ciencias sociales se ven acompañadas por el éxito o por el fracaso, son interesantes o triviales, fructíferas o infructíferas, y están en idéntica relación con la importancia o el interés de los problemas que están en juego; y, por supuesto también en idéntica relación respecto de la honradez, la linealidad y sencillez con que se abordan estos problemas. Nada de esto nos limita a problemas teóricos. Serios problemas prácticos, como el de la pobreza, el del analfabetismo, el de la opresión política o de la inseguridad jurídica, han constituido importantes puntos de partida de la investigación científico-social. Pero estos problemas prácticos invitan a meditar, a teorizar, y por tanto a plantearse problemas teóricos. En todos los casos, sin excepción, lo que determina el valor o la falta de valor de un logro científico es el carácter y la calidad del problema, y también la audacia y singularidad de la solución propuesta".<sup>48</sup>

En ese tenor, se podría decir que lo que le daría la característica de científico al conocimiento, sería por un lado, la vigencia y relevancia de las interrogantes que se formulan y por el otro, la racionalidad de las respuestas que se exponen para su solución, así como su coherencia y consistencia con saberes no sólo de la misma clase de estudios, sino de todas las restantes ciencias. Evidentemente los temas jurídicos encuadran dentro de esta situación. Esto es, lo que se busca es que el derecho como actividad especulativa contribuya a brindarle al hombre una visión, lo cual también implica una construcción racional del mundo.

<sup>48</sup> POPPER, Karl, *La lógica de las ciencias sociales*. Se trata de una conferencia que dio el autor en la sociedad alemana de sociología en Tübingen, en 1961. La misma es relevante para nuestro propósito, toda vez que propició una serie de respuestas y comentarios que han hecho desarrollar la interrogante sobre la factibilidad de las ciencias sociales, como es el caso de ADORNO, en *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, o el extenso comentario que realizó HABERMAS, respecto a las ciencias sociales y que ya hemos indicado en una nota de pie de página en estas notas. El artículo puede encontrarse en *En busca de un mundo mejor*, Paidós, Barcelona, 1994. La cita indicada se encuentra en la p. 93.

El grado de avance y desarrollo que se pueda tener en esta rama de estudio, dada su propia complejidad, no se puede comparar con el obtenido en otros campos. Sin embargo, esta circunstancia, pese a las burlas de Kirchmann, no le resta el calificativo que buscamos a nuestras investigaciones. No hay duda alguna, que nuestra percepción y concepción acerca de los fenómenos del derecho, ha progresado y proliferado después de la segunda mitad del siglo XIX y en realidad, hemos encontrado soluciones provisionales a los problemas que más nos inquietan, ejemplo de ello, son las teorías contemporáneas acerca de la norma jurídica, de los sistemas normativos, la lógica deóntica, la manera como se aplican las normas en nuestra sociedad, etcétera.

Pero, como sucede en otros campos, no podemos ufanarnos de que ya hayamos encontrado la respuesta correcta y permanente a los problemas jurídicos, debido a que en realidad, el hombre no ha encontrado nunca la respuesta última ni definitiva en los temas que le interesan, incluyendo los sociales, como ya lo advirtió uno de los primeros filósofos de la humanidad, Jenofanes, o más recientemente nos lo confirma Bertrand Russell:

“Ningún hombre de temperamento científico afirma que lo que ahora es creído en ciencia sea *exactamente* verdad; afirma que es una etapa en el camino hacia la verdad exacta. Cuando ocurre un cambio en la ciencia, como, por ejemplo, se pasa de la ley de gravitación de Newton a la de Einstein, lo que se hace no es arrojar lo anterior, sino reemplazarlo por algo ligeramente más exacto. Supongamos que os medís con un aparato grosero y averiguáis que tenéis un metro setenta de altura; no supondréis, si sois prudentes, que vuestra altura sea exactamente de un metro setenta, sino más bien que puede estar comprendida entre un metro sesenta y ocho y un metro setenta y dos; y si una medida muy cuidadosa demuestra que vuestra altura es de un metro sesenta y nueve, no pensaréis que esto ha echado abajo el primer resultado. Según éste, vuestra estatura era de unos 170 centímetros, y esto sigue siendo verdad. El caso de los cambios en la ciencia es precisamente análogo”.<sup>49</sup>

En efecto, el conocimiento, como lo apuntó Popper, sólo avanza mediante la refutación a saberes previamente adquiridos, para per-

<sup>49</sup> RUSSELL, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

feccionar constantemente nuestra visión de lo que llamamos realidad, sin que nunca tengamos la convicción de que ese conocimiento nuevo sea finalmente el definitivo, ni el completo: “La tensión entre el conocimiento y la ignorancia lleva a los problemas y a los ensayos de solución. Pero no se supera jamás, dado que nuestro conocimiento no consiste sino en tentativas, en propuestas provisionales de solución. De este modo la idea misma de conocimiento supone, en principio, la posibilidad de que a la postre resulte haber sido un error, y por lo tanto una muestra de ignorancia. De ahí que la única forma de justificación de nuestro conocimiento sea ella misma meramente provisional, pues radica en la crítica, o más exactamente, en que nuestros ensayos de solución parezcan haber resistido hasta la fecha incluso nuestra crítica más profunda”.<sup>50</sup>

Otro aspecto a considerar lo es en la relatividad y subjetividad del objeto de la investigación. No sólo se critica a las ciencias sociales y con ello al derecho, de una inexistencia en su objeto, al no ser susceptible de percepción sensible ni experimentación, sino además, que al estar referido a aspectos humanos, situaciones concretas y valores en conflicto, los mismos no se pueden racionalizar, por su parcialidad e interés que en ellos subyace. De hecho, a partir de la crítica de Hume a las ciencias sociales, se ha descartado la posibilidad objetiva en estos saberes.

El problema que planteaba Weber de la “irracionalidad” en las ciencias del hombre, consistía en la subjetividad de los valores en los que se sustentaba cualquier sistema jurídico. De ahí que el positivismo en general y con ello, el positivismo jurídico, partía del supuesto de que para la formulación de una teoría científica en el derecho, se debía partir de la premisa de exclusión de estos valores y sólo analizar los aspectos perceptibles y objetivos en el sistema normativo, como lo puede ser la forma de las prescripciones jurídicas.

Sin embargo, esta solución propuesta por el positivismo, sólo dejó al derecho con una mínima parte de posibilidad en su estudio, reduciendo éste a una mera teoría de las formas jurídicas, excluyendo sus aspectos más relevantes, que inciden en su contenido, como lo son la teoría de los valores jurídicos, entre ellos, la justicia, o el problema

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 95.

de la legitimación de las normas; o una teoría racional de la legislación, entre otros temas.

Evidentemente el derecho al basarse en valores sociales, políticos y morales, está expuesto a los problemas que implica justificar la objetividad de esos valores, situación que por el momento no se ha demostrado.

Sin embargo, los intentos que en el siglo XX formularon y aún hoy realizan teóricos como Habermas, Otto Apel, o Rawls, han abierto una nueva puerta, con originales argumentos, hacia la objetividad en estas ciencias, que conllevan y proponen su necesaria unificación. La objetividad en los sistemas normativos, no necesariamente implican una realidad externa e independiente en el ser humano, sino que puede ser objeto de una construcción teórica, que no conlleve necesariamente el tema de la subjetividad, sino que tienda por el contrario a su universalización. La elaboración de las nuevas teorías morales, que no pretenden descubrir realidades morales, sino "reconstruirlas" desde un punto de vista teórico, para justificarlas desde la razón, pudiera ser la posibilidad de superar este escollo. De hecho, como se ha expuesto, en las modernas teorías de las ciencias, todo conocimiento objetivo conlleva cierta reconstrucción humana de la naturaleza, como lo había aventurado hace un par de siglos Kant, en su crítica al conocimiento humano.

*¿Una sola ciencia jurídica o varias?* Otra cuestión relevante, dada la imagen tradicional de la ciencia, es la permanente tarea de los investigadores por "encontrar" la auténtica y verdadera ciencia jurídica, la cual sólo admite una perspectiva, método y objeto, por lo tanto, el sentido de la pregunta que tratamos significa en realidad, en descubrir finalmente, cuál es ese tipo de ciencia y en qué consiste.

Tanto en iusnaturalismo como el iuspositivismo han insistido en que la auténtica naturaleza del saber jurídico, es desde una óptica estrictamente normativa, aunque la enfocan desde ángulos distintos. Esto es, el derecho es un fenómeno esencialmente normativo y por lo tanto, la ciencia debe verlo y tratarlo como tal.

Por el contrario, el realismo jurídico, o la sociología del derecho, han pretendido considerar que en realidad la auténtica ciencia sólo puede ser sobre fenómenos observables y no ideales y por lo mismo, el objeto de estudio, únicamente puede considerar aquello que puede ser verificable empíricamente y sujeto de los métodos científicos o de las ciencias sociales.

Evidentemente, detrás de esta interrogante, se encuentra, como lo hemos indicado, una imagen tradicional y "esencialista" acerca de la ciencia jurídica, que implica "encontrar" la "ciencia verdadera" y por lo mismo, el único camino posible de alcanzar conocimientos útiles. Sin embargo, esta opción, como lo ha mostrado la historia de la filosofía del derecho, no nos lleva a ninguna respuesta satisfactoria ni definitiva, por lo que debemos superarla, para ver que en realidad, los fenómenos jurídicos, como los sociales, tienen distintos ángulos o facetas y por lo tanto, pueden existir diversos conocimientos científicos sobre ellos, sin que exista primacía o exclusividad respecto de cualquiera de ellos. Esto nos llevaría a plantear la consideración de que los problemas teóricos jurídicos, pueden ser atendidos desde distintas ópticas, las cuales todas se pueden aprovechar para obtener mayor información acerca de nuestro campo de estudio. En ese tenor, queda claro que es posible que al mismo tiempo coexistan diversas ciencias en el derecho, con enfoques y propósitos distintos, que contribuyan a su mejor conocimiento, sin que ninguna de ellas, pueda proclamar su prioridad en los resultados que obtenga.

*El problema del método jurídico.* Lo anterior nos lleva a un punto estrechamente vinculado con el problema de la naturaleza de la ciencia en el derecho, y consiste en la también constante búsqueda del método racional adecuado para este saber. No sólo la historia de la ciencia jurídica ha sido la incesante lucha por encontrar ese objeto al cual extraer los datos necesarios para su comprensión, sino también, la de la búsqueda del método racional para ello, particularmente, si es el método deductivo, como lo plantearon los griegos, romanos, medievalistas o racionalistas; o si se trata en cambio, del método

inductivo, como se planteó en el Renacimiento o en el siglo XX; o en su defecto, los procedimientos aplicados de manera similar en las restantes ciencias; o si por el contrario, se debe encontrar un método propio y especial para ello, como lo sugirió en su momento, la "Teoría pura del derecho".

Evidentemente, como en el punto anterior, encontramos como obstáculo esa vieja percepción y tradición de la ciencia jurídica, en donde sólo hay un objeto y éste sólo se descubre por medio de un único y exclusivo método de estudio. Si tomamos en cuenta el carácter múltiple del derecho, podemos apuntar que en realidad, todos los métodos racionales que se emplean en la ciencia, pueden ser aplicados con provecho en nuestra rama del conocimiento. De hecho, la epistemología nos enseña que todas las distintas clases del saber humano, emplean en realidad diversos métodos de estudio y por ello, el derecho no puede ser la excepción. Los resultados que se obtengan por los métodos empleados se podrán contraponer unos con otros y podrán superarse por aquellos que resulten más consistentes de acuerdo con las distintas ópticas que tenemos del fenómeno jurídico.

Como lo apunta Popper a diferencia de Rosenblueth, lo que identifica a la ciencia es la relevancia de los cuestionamientos que nos formulamos (quitando por supuesto los pseudo problemas que nos da el lenguaje, como lo descubriera Wittgenstein) y no así el camino que adoptamos para su atención.

Gran parte de los problemas que tenemos, devienen por tratar de identificar a la ciencia jurídica con otras ciencias y con ello, emplear sus mismos métodos, para de esta manera, lograr alcanzar los resultados exitosos que se dieron en esas ciencias. Si suprimimos esta constante necesidad de tratar de reducir la ciencia a otra distinta y con ello, evitamos implantar arbitrariamente un solo método de estudio, podremos avanzar en la obtención de mejores resultados. Es decir, que sea el criterio de científicidad los resultados que obtengamos de esa actividad, y su contraste con los restantes conocimientos ya adquiridos, y no el mero hecho de haber sido producidos por un método al que catalogamos como riguroso.

*Las funciones descriptiva y prescriptiva de la ciencia del derecho.*  
Otra idea inquietante en el tema que desarrollamos, es el tipo de ciencia

que queremos y que pensamos existe en la realidad, ya que como lo hemos apuntado, siempre se ha buscado un tipo de saber similar al que encontramos en otras ramas. Esto es, requerimos que la ciencia como saber, explique la realidad del mundo exterior y con ello, exijamos que toda ciencia sea descriptiva de la realidad del mundo que trata. Este punto ha sido recalcado por la escuela realista escandinava, reduciendo el papel de la ciencia jurídica a este único nivel. También el positivismo de Hans Kelsen, ha propuesto como función primordial de la ciencia jurídica, el que se constituya como descriptiva de las proposiciones jurídicas válidas en una comunidad.

Sin embargo, no es sino hasta finales del siglo XX, y básicamente con el punto de vista del profesor Dworkin, que nos percatamos de que los abogados no sólo buscamos en el derecho, una imagen fidedigna de cómo funciona y es en realidad el sistema normativo, sino además y lo más importante, es que acudimos a él, para encontrar respuestas sustentadas y coherentes de cómo deben resolverse los problemas teóricos y prácticos que se nos presentan. Es decir, además de una labor de conocimiento y de descripción de un objeto de estudio, se requiere de un saber que nos capacite para dar respuestas "correctas", o con esa presunción de corrección a problemas que constantemente se presentan y con ello, la necesidad de que la ciencia jurídica sea además y sobre todo, *normativa*, que nos induzca a complementar y elaborar constantemente el sistema jurídico, pero separando el derecho que hay, con sus lagunas y contradicciones, de las soluciones que el propio sistema nos puede brindar. Por supuesto, también alejado de ese permanente interés privado de los abogados de resolver los asuntos que se le presentan desde la óptica particular de sus clientes:

"La cuestión de la confusión conceptual entre lo descriptivo y prescriptivo en las propias herramientas utilizadas por la dogmática ha servido para otorgar a la ciencia jurídica funciones no sólo cognoscitivas sino también reformuladoras del derecho. Cada uno de estos argumentos puede ser desarrollado para mostrar el fracaso de la separación absoluta entre la ciencia de la legislación y la jurisprudencia que el programa de Austin establecía. El positivista estricto no puede recomendar nada, sólo puede poner de manifiesto la ambigüedad de los materiales jurídicos, La toma de decisiones no es su asunto y ese aparato conceptual no sirve para eso. El positivista se



traiciona cuando quiere ser relevante y dice cómo se debe actuar. En este caso —que es muy frecuente— cae en la falacia naturalista (Nino, 1994).<sup>51</sup>

La ciencia jurídica, no solamente debe capacitarnos para explicarnos cómo es el derecho, sino además sus lagunas, limitaciones, así como la manera como debemos atender los problemas que se nos presenten, y de esta forma, guiarnos sobre la mejor manera como debemos complementarlo y desarrollarlo. Nuestra ciencia es tal, que la intervención del científico del derecho no solamente percibe la realidad, sino que mediante su actividad, la transforma, pero sin que esto implique una actuación arbitraria o subjetiva, sino respetando los estándares, el carácter y la estructura del propio derecho. En este punto, no cabe duda que aún hay mucho que hacer y desarrollar. Pero como lo apunta Calsamiglia, si el científico se adentra a tomar posturas frente a soluciones que se presentan ante temas o puntos radicales en el derecho, que afectan temas políticos morales o sociales ¿no se corre el riesgo de “relativizar” el conocimiento adquirido?

*La toma de posición frente a los valores sociales y el problema de la “neutralidad” científica.* De la mano con lo anterior, está el tema de la posición del investigador frente al objeto de estudio. Tradicionalmente se ha considerado que el científico debe tener frente a él, una posición de neutralidad, para aparecer como imparcial en sus resultados. Aplicado esto en nuestro campo de estudio, el positivismo estableció como una de sus postulados principales, precisamente la idea de que si la ciencia jurídica quería alcanzar el estado de ciencia, tenía que ser neutral con respecto a los valores políticos, sociales o morales que se reflejaran en las normas jurídicas. De ahí que no se podía defender o estudiar los valores que se encontraban en las normas, ya que además de imposible desde un punto de vista científico, se caía en un subjetivismo, impropio de una actividad científica.

Actualmente la teoría jurídica está convencida que la ciencia tiene que cargar con la responsabilidad no sólo de estudiar el derecho como es, sino que en caso de que esté de acuerdo con su existencia, además debe asumir un papel de justificar su contenido, lo que indudable-

<sup>51</sup> CALSAMIGLIA, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

mente implica la tarea de la defensa de los valores que encierra un sistema jurídico. Con esto nos adentramos al viejo tema de la distinción entre el derecho que es y el que queremos que sea, siempre presente en la historia.

El derecho no sólo es su estructura, sino sobre todo su contenido, por ello, implica en nuestro momento, la defensa de los ideales liberales y democráticos que sustentan los modelos jurídicos modernos. Entonces, no puede dejar de asumir o respaldar, los valores subyacentes en ellos, ya que de otra forma, no podría estudiar, ni describir correctamente el objeto que está estudiando. Todo derecho implica la concreción de valores que quien lo estudia no puede pasar por alto, si quiere en realidad adentrarse verdaderamente en su objeto de estudio.

Como sucedió hasta el siglo XIX, la teoría jurídica no dejaba de considerar dentro de su contenido, una teoría sobre la justicia y de los valores jurídicos, ya que de otra forma, incapacitaba a los destinatarios de esta ciencia, sobre la manera de actuar respecto de los problemas prácticos que se le presentan día con día: “En síntesis, la ciencia jurídica trata de desarrollar un esquema que responda a la cuestión de qué es el derecho, pero los científicos del derecho en numerosas ocasiones tratan de responder con el mismo esquema conceptual descriptivista a problemas de decisión. En la medida en que se adentra en esta temática se diluye el dogma de la neutralidad, del rigor y de la objetividad”.<sup>52</sup>

Un positivista tradicional, cuando analiza el derecho, no puede sugerir en última instancia una solución correcta a un problema práctico en donde no exista material jurídico para su solución. Sólo puede reconocer la existencia de una laguna en el sistema jurídico y de que cualquier solución que se adopte por el órgano facultado para ello, tendrá como resultado la creación de una nueva norma en el sistema. Sin embargo, como lo ha apuntado Nino y con razón, el positivista cae en una propia contradicción en su actuación, ya que al pretender señalar que no hay respuesta al problema planteado y justificar la solución que se da en la práctica, sólo pone en relieve que realmente sí hay una solución, que ni el derecho, ni el científico,

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 21.

pueden justificar internamente, por lo que el "cazador cae en su propia trampa".

En esencia, todo sistema normativo jurídico implica la exposición, defensa y justificación de un sistema de valores incorporado a él, por lo que los juristas no pueden evitar para bien o para mal, analizar ese contenido, para respaldarlo o para intentar su modificación o supresión.

Aunque parezca imposible, la ciencia jurídica tiene que enfrentarse al problema de los valores en la sociedad y por lo tanto, una teoría de la justicia se vuelve ineludible en el tema de la ciencia jurídica.

*La ciencia y la técnica.* Atienza considera que el derecho no puede ser ciencia, porque ésta sólo contiene predicados universales vigentes en todo el mundo y para todas las personas, como lo son los que se obtienen por medio de la matemática, de la astronomía, de la biología o de la química, etcétera. En cambio, en el derecho no sucede esto, ya que en realidad se estudia, como ramas jurídicas particulares, el derecho civil español, el derecho penal francés, o el derecho administrativo mexicano, etcétera.

En ese tenor, la ciencia jurídica si lo es tal, sólo es predicable a un particular sistema jurídico, que siempre es nacional y con ello, se desprende la contundente afirmación de que el derecho no puede ser científico, por no ser general.

Evidentemente aquí estamos en presencia de una confusión de sentidos, ya que por un lado, es cierto que existen normas jurídicas, que sólo se aplican en un ámbito territorial limitado, pero eso no resta la existencia de diversas preguntas teóricas que son constantes en todo el mundo. Frente a la existencia de una norma nacional que regula el delito de homicidio, por ejemplo, tenemos por el contrario cuestiones que son vigentes en todo el planeta, como lo son la existencia o no del derecho, la estructura de la norma, los problemas de la justicia, los valores jurídicos, la naturaleza de la obligación jurídica, los temas de bioética, políticas relacionadas con el derecho, que inciden en todas las sociedades humanas. Esto es, frente a problemas o situaciones particulares que también encontramos en el derecho y que en nada interesan a un conocimiento teórico y abstracto, también tenemos problemas universales y comunes que comparten todos los sistemas jurídicos.

En realidad, en el derecho encontramos distintos niveles de conocimiento, que una adecuada teoría epistemológica jurídica debe reconocer. No todos los problemas jurídicos son nacionales, ni el derecho necesariamente incide en consideraciones de tipo general, sino que encontramos preguntas científicas de carácter universal, otras que devienen de la familia jurídica a la que pertenecemos y otras que sólo interesan a una nación, región, o un caso particular. En ese tenor, dentro de nuestra materia encontramos temas filosóficos, que al igual que en todas las ciencias, constituyen todas aquellas preguntas válidas que la ciencia no puede dar una solución convincente; temas científicos, que apuntan a cuestiones de tipo universal y permanentes y temas técnicos, que sólo aplican en determinadas circunstancias o en determinadas regiones, o que inciden en meros problemas "operativos" en el derecho. No todo el contenido de nuestra ciencia, es en realidad "científico" pero tampoco debemos caer en el error, de radicalizar el aspecto técnico de nuestro saber.

La auténtica ciencia jurídica, evidentemente tomaría en cuenta esas preguntas de carácter universal o general, las cuales serían de utilidad para el derecho nacional o para los casos particulares.

Aun suponiendo que el derecho civil, el penal, el administrativo, o el constitucional siempre se refieran a sistemas locales, no cabe duda que detrás de las normas o instituciones que la conforman, encontramos teorías, situaciones históricas o consideraciones de carácter normativo que pueden ser analizados desde una óptica racional y no verlo así, es confundir la verdadera imagen de la ciencia. El abogado no debe conformarse con conocer cómo debe ser aplicada una norma en un momento determinado, sino también el origen o la causa de ella y los motivos teóricos de su existencia.

Por otro lado, si dejamos la vieja imagen de que el derecho lo constituyen en realidad mandatos u órdenes dadas por autoridades institucionalizadas regionales y que por el contrario, podemos reconocer en él, a un conjunto de razones prácticas para actuar, como lo considera Joseph Raz, las cuales se pueden evaluar y calificar de una manera abstracta y racional, se podría generar un conocimiento jurídico que tuviera como propósito, el análisis y las refutaciones que se dan a los motivos que subyacen en esas normas.

Esto es, se podría generar una ciencia que analice los motivos sociales para implantar conductas sociales, las cuales se moverían siem-

pre en el campo de la especulación teórica, lo que ayudaría al mejoramiento de los criterios que encontramos subyacentes en las normas jurídicas, tarea olvidada por la dogmática jurídica desde el siglo XIX y la relevancia de la perspectiva positivista del derecho.

Por último, tenemos que reconocer que mucho de lo que hay en el derecho, constituye en realidad una mera técnica y los abogados tenemos que ser conscientes de esa distinción. Lo que es relevante para la ciencia, no es esa concepción aristotélica de que la misma sólo existe por el mero placer de conocer, sin preocuparse de la aplicación práctica y en la técnica, se presenta el interés por la aplicación de un conocimiento previamente adquirido. El moderno ideal de ciencia, ha perdido esa diferencia, ya que en realidad la teoría y la técnica se encuentra unidas sin que haya una separación clara. Todo conocimiento es sobre algo y se dirige hacia ese objetivo, la teoría una vez captada se abre paso hacia la técnica y ésta sólo tiene un adecuado sustento, con un esquema conceptual que le dé sustento.

*Teoría y praxis.* Por último, estaría el problema de la teoría y la práctica. La ciencia jurídica, no puede conformarse con el viejo ideal de la ciencia, que sólo se preocupa por comprender y describir el objeto que estudia. Como hemos visto, la necesidad de una ciencia en los asuntos del hombre, tiene como principal finalidad, el atender las interrogantes prácticas que se le presentan día con día y por lo tanto, el derecho como una rama de ellas, debe servir no sólo para conocerlo, sino también para que nos permita encontrar las soluciones a los problemas sociales que se le presentan, que a su vez nos lleve también a la transformación del propio derecho.

Esto significa, que es ineludible la relación entre la teoría y la práctica. La ciencia jurídica debe estar en función de los problemas concretos que se presentan y su elaboración debe estar enfocada a ese propósito. Por su parte, la práctica debe tomar en cuenta la solución que da la teoría y a su vez, dar elementos para poner en duda las soluciones que suministra. Sólo así se podrán justificar mutuamente. La teoría debe llevarnos a la acción, pero ésta es la que nos debe guiar hacia donde debemos buscar las respuestas a nuestras preguntas. Sólo la actividad puede una vez más justificar nuestros pensamientos. En esa tesitura, sólo la práctica puede dar razón de ser a la ciencia jurídica.

La dicotomía entre pensamiento y acción, como uno de los grandes y constantes problemas humanos, se ve reflejada una vez más, en el *Fausto* de Goethe, la conclusión del pensador alemán es irrefutable, sólo la acción humana puede justificar no sólo a las palabras y a los pensamientos, sino sobre todo, a las teorías, las que sólo son hijas de la primera:

“Fausto. ... Escrito está: “En el principio era la Palabra”... Aquí me detengo ya perplejo, ¿quién me ayuda a proseguir? No puedo en manera alguna dar un valor tan elevado a la Palabra; debo traducir esto de otro modo si estoy bien iluminado por el Espíritu. Escrito está: “En el principio era el Pensamiento”... Medita bien la primera línea; que tu pluma no se precipite. ¿Es el pensamiento lo que todo lo obra y crea?... Debería estar así: “En el principio era la Fuerza”... Pero también esta vez, en tanto que esto consigno por escrito, algo me advierte ya que no me atenga a ello. El Espíritu acude en mi auxilio. De improviso veo la solución, y escribo confiado: “En el principio era la Acción”.”<sup>53</sup>

Sólo la acción, respaldada por las palabras, que a su vez implica una adecuada y sustentable teoría, puede dar coherencia al hombre. En la medida en que la ciencia jurídica pueda respaldar y justificar la actuación de los que están involucrados en el derecho, ya sea como abogados, legisladores, o jueces, estará justificando su propia razón de ser.

*La necesidad de contar con una herramienta intelectual para la atención a los problemas jurídicos, que nos ayude en la práctica y justifique nuestras acciones.* Como se ha expuesto, la interrogante sobre la posibilidad de un conocimiento certero sobre los problemas jurídicos, ha sido permanente por lo menos desde el Renacimiento, cuando se puso en tela de duda esa posibilidad. Desde entonces, ha estado presente en el quehacer teórico de los abogados.

A lo anterior, se ha unido también la necesidad perenne de los hombres de encontrar el significado y el sentido de las cosas. De hecho, desde los primeros filósofos y sobre todo con Aristóteles, se ha constatado la necesidad de esa actividad, misma que se ha con-

<sup>53</sup> GOETHE, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

siderado innata en los hombres. Así comienza el libro *Alfa* de los que conforman la mal llamada *Metafísica* aristotélica:

"Todos los hombres tienen naturalmente el deseo de saber. El placer que nos causan las percepciones de nuestros sentidos son una prueba de esta verdad. Nos agradan por sí mismas, independientemente de su utilidad..."<sup>54</sup>

Así, los abogados en su labor, tienen que asumir ese deseo espontáneo de saber y de comprender la realidad jurídica que los rodea y por el otro, suponer que hasta el momento, ni las respuestas a las que han llegado, ni los métodos que utilizan para ello, son confiables para ese resultado. Pero a pesar de todo, como Sísifo, tienen constantemente que seguir realizando esa actividad, sin la esperanza de lograr el éxito en su empresa. Ésta es sin duda una de las paradojas que siempre los acompañará.

Sin embargo, esta situación no es privativa de los juristas. El siglo XX vino a demostrar que esta problemática es general en todas las ramas del conocer. El hombre se esfuerza por encontrar la verdad, sin saber si las conclusiones a las que llegará son correctas o no. A pesar de lo anterior, continúa insistiendo en esa actividad, ya que sólo así satisfará ese deseo inherente y se justificará ante sí mismo.

Si finalmente no podemos considerar que los resultados que hemos logrado hasta ahora son los definitivos, tenemos que apoyarnos en ellos, para buscar nuevas explicaciones que nos resuelvan de mejor manera nuestras interrogantes, los cuales sólo nos dan una idea aproximada y menos falsa de la realidad de las cosas, mismas que son provisionales y sujetos a correcciones futuras.

En ese tenor, es posible que en realidad el valor de la ciencia y con ello, de la pregunta que nos hicimos en estas notas, no radique únicamente en los resultados que obtenemos, que de acuerdo una vez más con Popper, son las valiosísimas enseñanzas que nos dejan los errores, sino sobre todo, en la acción que desarrollamos para ello, lo que nos permite replantearnos constantemente no sólo las respuestas tentativas que nos ofrece, sino sobre todo, el sentido y alcance de nuestras preguntas, así como en el valor que le damos en nuestras vidas y en la sociedad en donde nos encontramos.

<sup>54</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*, 8a. ed., Porrúa, México, 1980, p. 5.