

Universidad Nacional de San Juan

Facultad de Ciencias Sociales

Departamento de Ciencias Jurídicas

Carrera de Abogacía

Nociones de Derecho

Autor: Gerardo Tripolone (coordinador de Nociones de Derecho)

IV. ¿Qué es la Ciencia Jurídica?

Los científicos usan guardapolvo

Imagine un científico. Por un momento, represéntese en su cabeza un científico. ¿Cómo está vestido? Probablemente de guardapolvo blanco, ¿no? ¿Usa lentes? Con seguridad. Y si no, usa gafas protectoras. ¿En dónde está? En un laboratorio. Hay tubos de ensayo, pipetas, alguna balanza y seguramente líquidos en estado de ebullición.

Ahora imagínese un egresado de la carrera de Abogacía. ¿Se lo imagina vestido de la misma forma, en el mismo lugar y con los mismos elementos alrededor? Imposible. ¿Por qué? Obviamente porque el laboratorio no es su lugar de trabajo. La pregunta importante, pido disculpas, sería por qué no se imaginó a un científico de la misma manera que a un egresado de Abogacía.

¿Será porque los abogados no pueden ser científicos? ¿Hay “científicos del derecho”?

La respuesta es sí. Existen personas dedicadas a la investigación en ciencias jurídicas. Se financian proyectos en el área, hay becas de investigación en las distintas universidades y en el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET, la institución pública dedicada a la investigación más importante del país) y así sucede en el resto del mundo. En definitiva, hay académicos dedicados la totalidad de su tiempo a estos trabajos. También hay abogados que ejercen su profesión en los tribunales de justicia y, a la par, realizan tareas de investigación científica.

Pese a todo lo anterior, no solemos utilizar para ellos la calificación de “científicos”. Fíjese cuán poco común resultaría la siguiente conversación:

- Buenos días, le presento a la Dra. Y, una destacada científica argentina.
- Un gusto doctora. ¿En qué área de la ciencia trabaja usted?
- En Derecho Penal.

No es muy probable un diálogo de este tipo. Lo que se hace es presentar a “la profesora Y” o la “doctora Y” o “la jurista Y”, a “la penalista Y”. Pero no se le dice “científica”. ¿Por qué es así? La razón está en la discusión sobre el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica.

¿Qué es una ciencia?

¿Estatuto epistemológico?! La epistemología es la rama de la filosofía que estudia el conocimiento científico. ¿Qué? Vamos de nuevo. La epistemología se dedica a

reflexionar qué es lo que caracteriza al conocimiento científico y qué lo distingue del conocimiento vulgar.

No es momento para explayarnos en este apasionante tema. Tendrá tiempo en el módulo de Nociones de Ciencias Sociales y en la carrera para ahondar sobre la cuestión. Lo que quisiera resaltar aquí son los rasgos típicos que se han considerado importantes para definir al conocimiento científico. Generalmente se han dado tres características:

- ✓ El conocimiento debe, para ser científico, ser verdadero. Es decir, debe haber sido probado.
- ✓ La prueba de ese conocimiento debe lograrse por medio de un método científico.
- ✓ Es universal, es decir, vale para todos los miembros de una especie (lo que se diga sobre el comportamiento de los osos panda debe ser verdadero para todos los osos panda y no sólo para uno o un grupo).

Esto es controvertido, genera un sinnúmero de problemas interesantísimos que deben discutirse, pero no hay tiempo ahora. Esta es la idea básica de lo que es una ciencia. Las tres características podrían predicarse de las ciencias que rápidamente se nos vienen a la cabeza cuando pensamos en ellas: la biología, la matemática, la física o la química.

Ahora bien, la ciencia jurídica no es cualquier ciencia. Es una ciencia muy particular que en gran medida se distingue de las recién mencionadas.

Ciencia jurídica, ciencia social

La ciencia jurídica es una ciencia social. Vimos que el derecho es un producto social, no natural. Es fácil comprender entonces que el estudio científico del derecho es una especie del género “ciencia social”.

No tengo dudas de que usted ya sabe esto. De hecho, en estos momentos está en proceso de ingreso a una facultad de ciencias sociales. Además del Departamento de Ciencias Jurídicas encontrará el de Sociología, Trabajo Social, Comunicación Social, Ciencias Económicas y Ciencias Políticas. Todas ellas son también ciencias sociales.

En el módulo Nociones de Ciencias Sociales verá con detenimiento los problemas que se generan alrededor de ellas. Por lo que hemos visto hasta aquí, usted ya sabe que los fenómenos que estudian las ciencias sociales son fenómenos humanos. Lo que analiza un científico social es cómo se comportan los seres humanos en sociedad.

Y, dígame algo querido lector, ¿los seres humanos se comportan todos iguales? Los grupos humanos, ¿han actuado siempre del mismo modo a lo largo del tiempo? ¿Actúan igual hoy en día en distintos lugares del mundo? La respuesta es no. Sin dudas que no.

Supongamos que un equipo de investigación del Departamento de Ciencias Políticas estudia el comportamiento del electorado en el municipio de Santa Lucía de la provincia de San Juan. Determina que a lo largo de las últimas tres décadas, los jóvenes de Santa Lucía han votado, en su mayoría, a los candidatos del partido X. La conclusión es, entonces, que los jóvenes mantienen una regularidad en cuanto a su voto con respecto al partido X.

¿Significa que, por ejemplo, en Río Cuarto (provincia de Córdoba) los jóvenes también votarían por el partido X? No podría afirmarse esto científicamente. Las conclusiones obtenidas en Santa Lucía *no son trasladables* a otros espacios. Puede perfectamente suceder que allí voten al partido Z o que ni siquiera exista el partido X.

¿Esto qué significa? Significa que los resultados de las investigaciones científicas en las ciencias políticas (una ciencia social) no son *universales*. Lo que vale para Santa Lucía no vale para Río Cuarto. No sucede lo mismo con las ciencias naturales, donde los resultados de las investigaciones en, por ejemplo, el sistema digestivo de los leones son aplicables a todos los leones en el mundo.

Ni qué hablar de las llamadas “ciencias formales”, como la matemática. En este caso las conclusiones que se extraen valen para este mundo y para un astronauta en el espacio exterior. 2+2 es 4 en Santa Lucía y en la Luna.

Con la ciencia jurídica sucede lo mismo que en el caso de la ciencia política y lo opuesto que con la biología o la matemática. El objeto de estudio de la ciencia jurídica es variable porque el derecho, como vimos en la primera parte de este trayecto, es un fenómeno social, cultural e histórico.

Pero, ¿queremos ser “científicos”?

¿Es realmente importante que nos llamen “científicos”? Quizás para nuestro ego lo sea. Ser científico tiene prestigio. Ciencia es un término con una carga valorativa muy positiva. Razones culturales han hecho que, cuando el geólogo habla sobre la tierra, el profano en la materia asiente sin dudar sus afirmaciones y admira su conocimiento. Al contrario, cuando un miembro de una comunidad de pueblos originarios habla sobre el cultivo de la tierra, suele esbozarse una sonrisa de superioridad que indica algo así como “qué romántica tu concepción de la Pachamama, pero no es científica”.

Esta búsqueda de reivindicación, es decir, de ser aceptados por la “comunidad científica” es lo que lleva a los debates sobre el estatuto epistemológico del derecho. Sin embargo, Nino tiene razón al advertir sobre la (in)utilidad de este cometido:

“Al fin y al cabo –afirma el jurista argentino– incluir o no un fenómeno en una cierta clase depende de la necesidad de satisfacer determinados propósitos.

”No parece que haya otro propósito más importante en juego en la pugna por poner a la jurisprudencia [se refiere a la ciencia jurídica, *nota G.T.*] al lado de las actividades reconocidas como científicas, como la física, la biología, la sociología, etc., que el siguiente: atraer para la actividad de los juristas el halo de prestigio y aprobación que rodea a toda actividad que puede designarse con la palabra ‘ciencia’.

”[...] Si observamos que la discusión sobre el carácter científico de la actividad de los juristas está motivada en muy importante medida por ese anhelo de apropiarse de un rótulo laudatorio, podemos despreocuparnos por la disputa” (Nino, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 319-320).

Lo mejor es reafirmar nuestra seguridad en nosotros mismos y más que indagar sobre si es o no ciencia. Lo que tenemos que hacer es ver qué hacen los juristas. De ahora en más, cuando hablemos de ciencia jurídica lo haremos en ese sentido: la actividad o actividades que desarrollan los juristas.

Entonces, ¿qué hace un jurista?

Toda ciencia tiene un objeto de estudio. Por tanto, los juristas también tendrán el suyo. Lo ve venir. Sabe que acá vendrá el “problema” o la “discusión” que complicará todo. Y

es cierto, habrá problemas. Porque no hay acuerdo sobre cuál es el objeto de estudio de la ciencia jurídica.

La concepción tradicional de la labor del jurista está fuertemente relacionada con el iuspositivismo. ¿Recuerda el positivismo jurídico? Puede volver al capítulo anterior y revisar los conceptos. Allí verá que hay una nota característica de esta corriente de pensamiento jurídico: el objeto de estudio del jurista son las normas jurídicas.

En efecto, ésta ha sido la idea más arraigada en los estudios del derecho. El jurista estudia las normas jurídicas vigentes en su contexto, o bien, si hace Historia del Derecho, las normas jurídicas vigentes en el pasado, o, finalmente, las normas jurídicas vigentes en otros territorios, lo que conforma el Derecho Comparado.

En cualquier caso, para el positivismo jurídico el estudio del derecho se reduce exclusivamente a un objeto: las normas jurídicas. Si el biólogo estudia la flora y la fauna, por ejemplo, el jurista estudia normas jurídicas. Comprender el derecho es comprender las formulaciones lingüísticas de las normas jurídicas, tanto escritas como no escritas, generales y particulares.

Dicho esto, la pregunta es qué operaciones llevará a cabo un jurista. En otras palabras, qué hará con las normas jurídicas en su labor de jurista. Veámoslo.

Describir

El jurista debe, en primerísimo primer lugar, *describir* esas normas jurídicas. ¿Cómo lo hace? Elaborando lo que Hans Kelsen llamó “proposiciones jurídicas” (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 122 y ss.). Las proposiciones jurídicas son las producidas por los juristas para describir el derecho.

Va ejemplo. Estudiando el derecho argentino, un jurista podría decir algo como:

“La libertad de expresión es un derecho especialmente protegido en Argentina”.

Allí, como verá, no hay un enunciado normativo ni tampoco una norma jurídica. Esta frase no proviene de una autoridad respaldada por el aparato coactivo del Estado, sino de un jurista. Lo que hay es una proposición que intenta describir el derecho. Esta proposición es una conclusión que surge luego del estudio de nuestro derecho vigente.

El jurista en cuestión seguramente leyó el artículo 14 y el 32 de la Constitución Nacional, más los tratados internacionales de derechos humanos que son derecho vigente para nuestro país y que protegen la libertad de expresión. Sin dudas, este jurista estudió los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales que se relacionan con la libertad de expresión. De sus indagaciones, llegó a la conclusión propuesta: la libertad de expresión es un derecho especialmente protegido en nuestro país.

Fíjese que estamos mostrando las fuentes en las que el jurista se basó para dar su conclusión: artículos 14 y 32 de la Constitución, tratados de derechos humanos y jurisprudencia. Revisando las fuentes, podemos concluir que la proposición jurídica es *verdadera*. Mantenga siempre en la memoria que es verdadera *para el caso argentino* y no es posible universalizarla. En decenas de países del mundo no se garantiza de esta forma la libertad de expresión.

Ahora bien, lo importante es que de la misma manera que vimos por qué esta proposición jurídica es verdadera, podríamos comprobar que otra distinta es *falsa*. Por ejemplo, fíjese en esta:

“En Argentina, el homicidio se castiga con pena de muerte”.

Estoy seguro de que usted ya sabe que esta proposición jurídica es *falsa*. La pena de muerte no es una pena válida en Argentina ni podría serlo en el futuro, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos nos lo prohíbe. Y es falsa porque no se sustenta en ningún enunciado normativo válido. Ningún jurista podría probar esa proposición simplemente porque no hay en el orden jurídico argentino una norma que relacione el homicidio con la pena de muerte.

He aquí, de manera simplificada, lo primero que hace un jurista: *describir* el derecho. ¡Muy fácil!, dirá el lector desprevenido. En realidad, tal tarea no es para nada sencilla. Los enunciados normativos son muchas veces ambiguos, contradictorios, redundantes y/o dejan lagunas jurídicas.

Enunciados normativos y proposiciones jurídicas

¿Está seguro de que puede distinguir ambos conceptos?

Ya sabe lo que significa que un concepto sea ambiguo. Desde el primer momento de este trayecto se topó con un ejemplo: la palabra derecho. Sin embargo, probablemente desconozca qué serían enunciados normativos contradictorios, redundantes o contenedores de lagunas jurídicas.

Dos o más enunciados normativos son *contradictorios* cuando las soluciones que ofrecen para un mismo caso son opuestas o incompatibles. Imagínesse las siguientes dos normas jurídicas:

Norma 1: Está permitido importar productos lácteos.

Norma 2: Quien importare productos lácteos será penado con multa de diez mil pesos.

Una misma acción (importar lácteos) no puede estar permitida y a la vez penada porque es contradictorio o, dicho de otra forma, incoherente. En la carrera verá cómo se solucionan este tipo de incoherencias que, ¡queda advertido!, existen en el derecho.

Dos o más enunciados normativos son redundantes cuando regulan el mismo caso dando la misma solución. Para que se configure redundancia debe haber dos o más normas jurídicas que correlacionen *el mismo supuesto de hecho con la misma solución*.

Acá no hay contradicción. El defecto es que no tiene sentido que un mismo sistema de normas regule dos veces el mismo hecho dando la misma solución. Supongamos los siguientes ejemplos:

Norma 1: La presente ley se aplicará a los juicios que no tengan sentencia firme al momento de su entrada en vigencia.

Norma 2: Esta ley no se aplicará a causas que, al momento de su entrada en vigencia, ya tuviesen sentencia firme.

Estas normas son redundantes porque ofrecen la misma solución al mismo supuesto. Para decirlo con más precisión, el enunciado normativo es distinto, pero la norma jurídica es la misma.

Finalmente, las *lagunas*. En el caso de las lagunas normativas (tema muy complejo sobre el que profundizará en la carrera), el sistema jurídico no ofrece una solución para un caso genérico. Digo caso genérico, porque no estamos hablando de un caso particular (que Pedrito robó un auto), sino de un caso genérico (el robo de autos). Un ejemplo de laguna real es el siguiente:

La Constitución Nacional establece que el Congreso de la Nación puede destituir a ciertos funcionarios públicos (presidente, vicepresidente, ministros de la Corte Suprema y ministros del Poder Ejecutivo) por “mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes” (artículo 53). Una enfermedad que le inhibe de cumplir las funciones, ¿es una causal para destituir, por ejemplo, a un presidente? Acá hay una laguna, ya que no se establece una solución para el caso de enfermedad.

Durante su carrera (y durante toda su vida profesional) tendrá tiempo de poner a prueba su paciencia e inteligencia frente a cuerpos normativos que ofrecen lagunas como las del ejemplo.

Una de las tareas centrales que tendrá es la de pensar cómo se solucionan, sobre todo, los casos de incoherencias y lagunas. ¿Qué debe hacer un juez cuando tiene que fallar utilizando normas que ofrecen soluciones contradictorias o no ofrecen solución alguna?

Por ahora, es importante recordar que el estudio de las lagunas (así como también de las incoherencias y redundancias) es uno de los temas centrales de la ciencia jurídica.

Sistematizar

La segunda tarea es la de *sistematizar* las normas jurídicas. Fíjese lo que dice Hans Kelsen en referencia a la tarea sistematizadora del jurista:

“[L]a multitud de las normas jurídicas generales e individuales establecidas por los órganos jurídicos [...] se convierte [con la sistematización] en un sistema unitario no contradictorio” (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 123).

¿Nota, querido lector, la importancia que se le asigna al jurista –al científico del derecho– en esta cita? El ordenamiento jurídico es una “multitud de normas jurídicas” desordenadas, dispersas y, como vimos, a veces contradictorias, redundantes y con lagunas. Hay que dar orden a ese enjambre. Debe dotarse de sentido el desorden. He ahí la tarea de sistematización del jurista.

Además de salvar contradicciones, incoherencias o vacíos, mediante la sistematización el jurista arriba a ciertos principios generales que se encuentran implícitos en el ordenamiento jurídico.

Supongamos una investigación sobre la normativa referida al derecho de los consumidores y usuarios, es decir, ese conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones entre un consumidor (usted mismo yendo a comprar una licuadora) y el proveedor (la empresa que le vende la licuadora).

Luego de una investigación, puede llegarse a elaborar un principio general que indica que, en caso de duda, debe favorecerse al consumidor, que es la parte más débil en la relación.

Ahora bien, es verdad que muchos (¡no todos!) de estos principios están enunciados de forma expresa en la legislación (el anterior se halla en el art. 3 de la ley de defensa al consumidor). Además, es cierto que las normas jurídicas generales no siempre (¡pero muchas veces sí!) son contradictorias o incoherentes. Por último, desde hace más de

Imaginación creadora

“[L]a tarea de la reconstrucción del sistema [...] dista mucho de ser mecánica. Esta tarea exige un considerable grado de ingenio, imaginación creadora y aquella intuición especial que los alemanes llaman *Einfühlung*. Es en este campo donde la diferencia entre el talento y la mera laboriosidad se hace patente y donde es indispensable la presencia del primero” (Alchourrón y Bulygin, *Sistemas Normativos*, p. 131).

doscientos años, estas normas (¡no todas!) se reúnen en los llamados “códigos”. Las normas penales se encuentran sistematizadas por el legislador en el Código Penal. Las civiles y comerciales en el Código Civil y Comercial. Las mineras en el Código de Minería, y así.

Estas sistematizaciones, como quedó dicho, las realiza el legislador. Sin embargo, el lector recuerda que, además de normas generales, existen normas particulares: las sentencias judiciales. Éstas se compilan y publican, pero no se hallan sistematizadas a pesar de que hacerlo es de suma importancia.

Quiero adelantarle algo que va a ver durante la carrera y que es central que lo tenga en cuenta. Existe un concepto que usted ya debe haber escuchado: jurisprudencia. Por jurisprudencia se entiende, normalmente, el conjunto de sentencias judiciales. Más bien, la jurisprudencia son los fundamentos generales que ofrece el tribunal al fallar de determinada manera (Alchourrón y Bulygin, *Sistemas Normativos*, Astrea, p. 117).

Me explico mejor con un ejemplo. Uno de los problemas más interesantes y recurrentes en el derecho constitucional es el conflicto que surge entre la libertad de expresión de los medios periodísticos y el derecho al honor de los funcionarios públicos. El honor de éstos se ve afectado, por ejemplo, cuando se publican informaciones que luego se revela que no son ciertas. ¿Debe, por razón de publicar cuestiones que no son ciertas, castigarse al periodista que publicó la noticia en virtud de que afectó el honor del funcionario público?

No hay una respuesta clara en ninguna norma general. Sin embargo, *la jurisprudencia* ha dicho que sólo debe responsabilizarse al periodista que publicó información falsa si se reúnen ciertos requisitos: a) que lo afirmado sea efectivamente falso; y b) que lo haya publicado como verdadero y comprobado *sabiendo* que eran falsos o bien *sin haber tomado los recaudos necesarios* para comprobar la veracidad de sus dichos.

Estos requisitos fueron elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (inspirándose en su par de Estados Unidos) como fundamento general para resolver una pluralidad de casos que se presentan cotidianamente sobre el tema. Esto es la jurisprudencia.

Ahora bien, ¿cómo sabemos que son estos tres requisitos? Lo sabemos porque existen investigadores en derecho que tras analizar las sentencias de la Corte Suprema *extrajerón* de ellas las razones por las que decide los casos de conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor de un funcionario público de esa manera.

Esa es la labor de sistematización en el caso de la jurisprudencia: deben estudiarse las distintas sentencias y, a partir de allí, dar con los fundamentos que esgrimen los jueces para decidir.

No le digas lo que debe hacer

Pase lo que pase, no metamos la moral en esto. Eso podría decir un jurista que siga este modelo de ciencia del derecho. Hay algo que le estaría prohibido al científico: decir cómo *debería ser* el derecho. A eso se dedicaría la filosofía del derecho, la doctrina política o, como afirmaba John Austin, la “ciencia de la legislación”.

Esta es una idea añeja en el positivismo jurídico y, en general, en las ciencias. El sujeto no debe *valorar* (lo veremos en el subtítulo que sigue a continuación), sino analizar objetivamente. Kelsen lo afirma claramente: “la función de la ciencia jurídica no es, en ningún sentido, una valoración o evaluación, sino una descripción, libre de valoración, de su objeto (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 118).

Note el lector la frase “en ningún sentido”. Esa aclaración dice bastante. No hay, para Kelsen, ningún sentido en que pueda hablarse de ciencia y de valoración. Lo que hace el científico es *describir* el objeto “libre de valoración”.

No es tarea de la ciencia decir si está bien o mal que sea así, ni mucho menos *proponer* qué hacer. Eso es, en todo caso, tarea de la política (de los políticos). El jurista realiza una descripción del orden vigente, lo sistematiza. Puede contestar, científicamente, cuáles son las lagunas, contradicciones, redundancias. Pero no debe decir cómo debería ser el orden jurídico para que sea mejor. O, si lo dice, no es una proposición científica.

¿Y por qué no? Porque sobre los juicios de valor no puede predicarse verdad o falsedad. Recuerde la proposición científica que decía: “en Argentina, el homicidio se castiga con la pena de muerte”. Sobre ella puede decirse que es verdadera o bien falsa, porque es un juicio de hecho. En este caso es falsa.

Ahora bien, fíjese la siguiente frase: “en el derecho argentino *debería existir* la pena de muerte”. Usted y yo podemos estar en desacuerdo con esta proposición o bien alguien puede estar a favor. Pero en cualquier caso la proposición no es ni verdadera ni falsa. Simplemente es un juicio de valor. Y los juicios de valor no deben inmiscuirse en la ciencia jurídica, según esta visión.

(Puede graficarse esto con un ejemplo más sencillo. Usted puede probar la falsedad o verdad de una proposición como “el día está soleado”. Pero no puede decir que “los días soleados son más lindos” sea verdadera o falsa porque es un juicio de valor. Sólo hay verdad o falsedad de los juicios de hecho).

Estos juicios de valor pueden ser morales, políticos o ideológicos. Los investigadores pueden perfectamente poseer criterios morales, políticos y tener ideologías. Pero eso no debería afectar su análisis jurídico.

La investigación debe hacerse de forma *neutral*. Esta es, como puede fácilmente darse cuenta, una idea que atraviesa el pensamiento científico en general. En efecto, pensamos que la investigación científica es “neutral”.

El ingeniero mecánico que investiga sobre nuevos mecanismos de tracción en vehículos motorizados, no sabe si se usarán para construir tanques de guerra o ambulancias. Es la teoría –hoy en día puesta en entredicho– de la “ciencia martillo”.

En la ciencia jurídica, esta posición tiene relación con la concepción sobre el derecho positivista, como el lector perspicaz ya notó agudamente.

La “ciencia martillo”

Un martillo sirve para clavar un clavo y levantar una pared de una vivienda. O también para estrellarlo contra el cráneo de una persona. Así es, se dice, la ciencia. La investigación nuclear sirve tanto para proveer de energía a una ciudad como para construir una bomba atómica y bombardearla. Es, entonces, como un martillo: neutral a sus usos. La investigación atómica es ciega ante la utilización de sus resultados. Esta es, sin dudas, una idea seductora. La seducción quizás esté en su simpleza. Después de todo, ¿quién financia las investigaciones científicas? Si la investigación nuclear es financiada por el Ministerio de Defensa de algún Estado en guerra, ¿realmente podemos decir que es neutral y que sus desarrollos servirán tanto para la paz como para la guerra? ¿No sería más lógico pensar que los proyectos de investigación son financiados porque se busca alguna finalidad política de quien los solventa?

Dogmática jurídica

La sistematización más la descripción del derecho, excluyendo la valoración y las indicaciones sobre cómo debería actuarse, conforman la visión tradicional de la llamada “dogmática jurídica”.

¿Dogmática jurídica?!

El lector se halla sorprendido y descolocado. “¿No estábamos hablando de ciencia?”, se pregunta. “¿Por qué me salta ahora con *dogmática*?!”. “¿Esto no tiene sentido!”.

Calma, calma... no es necesario enojarse.

Por dogmática jurídica se entiende la labor científica sobre el derecho que hemos visto hasta ahora. Parece una contradicción: “Ciencia dogmática”, dicho así nada más, constituye un oxímoron¹. Si es ciencia no es dogmática. Ya hemos visto qué significa ser dogmático. ¿Lo recuerda? Si no lo recuerda, busque en la primera parte de estas nociones introductorias del derecho para ver cuán chocante parece ser la idea de una ciencia dogmática.

Sin embargo, no es tan contradictorio referirnos a la dogmática jurídica como ciencia del derecho según el sentido visto hasta ahora. Debe tenerse presente que la ciencia jurídica descrita hasta ahora es una labor que asume que el derecho *es* el derecho positivo. De ahí la idea de “dogmático”. Porque, como afirma Nino, se fundamenta en una “aceptación dogmática de la fuerza obligatoria del derecho positivo” (Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 322).

De hecho, si se piensa detenidamente esto no difiere tan radicalmente con el resto de las ciencias. Si lo piensa bien, las ciencias asumen una serie de presupuestos sin discutir. Si no lo hicieran, no podrían jamás hacer ciencia porque se embarrarían en discusiones filosóficas importantísimas, pero en las que el científico no puede atascarse.

Por ejemplo, el científico asume que existe su objeto de estudio y que éste es independiente de él mismo. Hay algo así como *la realidad* que está por fuera del científico y que éste puede captar. Sin embargo, ¿es necesariamente así?

Podríamos estar siendo engañados o hipnotizados o bien estar en un sueño y creer que lo que percibimos es la realidad, cuando en verdad es producto de nuestra mente. Cuestionamientos tales se hizo el filósofo –seguramente conocido por el lector– Rene Descartes al intentar buscar una base firme del pensamiento. Esa base no podía estar en lo que percibimos con los sentidos, porque bien podemos engañarnos a través de ellos. O piense en la pregunta que Lisa le hace a Bart y que éste no puede contestar: “si un árbol cae en un bosque y no hay nadie cerca que lo escuche, ¿hace ruido?”. Lo que Lisa pone en cuestión es la existencia de una realidad por fuera y con independencia de nosotros.

Estas son preguntas que el científico no se hace (cuando hace ciencia). Asume, también dogmáticamente (sin cuestionarse) que hay una realidad y que es independiente de sí mismo. Insisto, esto no es una crítica a la ciencia.

En la dogmática jurídica, el científico del derecho *asume* también que el derecho es el derecho positivo. Descarta, por esto mismo, la idea de un derecho natural. Y lo hace dogmáticamente. Cuando va a hacer ciencia, el científico del derecho rechaza indagar sobre si existe o no un derecho por fuera del positivo.

¹ Si no conoce el significado de este término, es hora de conocerlo.

El lector inquieto debe estar preguntándose si no habrá otra manera de hacer ciencia jurídica, es decir, de hacer ciencia jurídica que exceda el campo del derecho positivo. La respuesta es afirmativa.

Otras ideas sobre la ciencia jurídica

No podemos quedarnos solo con una idea de ciencia jurídica. Aunque sea la predominante en el campo de las investigaciones en derecho, es cierto que hay otras alternativas.

Una ciencia para el iusnaturalismo

Como se vio, el iusnaturalismo posee otra visión sobre el derecho. Si el derecho posee alguna de las conexiones con los sistemas morales que nombramos en la tercera parte de este recorrido, entonces el científico del derecho debe tener en cuenta estas conexiones.

El sistema moral o derecho natural es, para la mayoría de los iusnaturalistas, inmutable. La ley emanada del legislador humano puede variar, pero no la que es producida por Dios o la razón universal válida para todo tiempo y lugar². El iusnaturalismo tiene como presupuesto que existe un sistema moral y que es posible conocerlo de manera objetiva.

Los cultores del iusnaturalismo son seguidores, en parte, de Aristóteles. No porque Aristóteles haya sido iusnaturalista (por favor, ¡no cometa ese error!), sino porque los iusnaturalistas tomaron del filósofo griego parte de su pensamiento. Entre otras cosas, tomaron su idea de ciencia.

En primer lugar, toman la idea de Aristóteles sobre el nivel de exactitud de los conocimientos dependiendo de cada ciencia. El filósofo griego argumentaba que “no se ha de buscar el mismo rigor en todos los razonamientos”. “[E]s propio del hombre instruido –agrega Aristóteles– buscar la exactitud en cada materia en la medida en que la admite la naturaleza del asunto” (*Ética a Nicomáco*, 1094b 15-25).

Así, por ejemplo, “las cosas nobles y justas que son objeto de la política presentan tantas diferencias y desviaciones, que parecen existir sólo por convención y no por naturaleza”. Por tanto, concluye Aristóteles que “hemos de contentarnos con mostrar la verdad de un modo tosco y esquemático” (*Ética a Nicomáco*, 1094b 15-25).

En otras palabras, no esperemos la precisión de la matemática en asuntos de política o de ética. Nosotros podríamos agregar en asuntos de derecho, siendo como la política, una ciencia social.

Los iusnaturalistas toman esta idea aristotélica y toman algo más. Aristóteles considera que la ciencia es el conocimiento que explica lo esencial. ¿Lo esencial? Claro, lo esencial, es decir, lo que no puede no ser. ¡No abandone la lectura! Me voy a explicar más sencillo.

Hay cuestiones contingentes y cuestiones esenciales. Una mesa es esencialmente un objeto para apoyar cosas. Si no pueden apoyarse cosas en una mesa, deja de ser una mesa. Eso es *esencial* a la mesa. Sin embargo, hay mesas de cuatro o de tres patas; las hay altas y bajas, de madera o de metal, rectangulares o redondas, y así. Todas estas características son *contingentes*.

² Volvemos a aclarar aquí que esto constituye una versión simplificada de la filosofía del derecho natural que es mucho más amplia y compleja. Puede indagar por su cuenta sobre esta larga tradición de pensamiento.

Para el iusnaturalismo, algo similar sucede con el derecho. Así lo explica un representante de esta corriente en Argentina, Carlos I. Massini Correas (en *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología³ del derecho*, Abeledo-Perrot, 1984). Lo esencial del derecho es lo prescripto por el derecho natural, es decir, por ese orden inmutable que indica lo justo.

Es, dicen los iusnaturalistas, totalmente contingente el orden jurídico positivizado. Las leyes se cambian constantemente (ya lo sabe muy bien el lector). De la noche a la mañana puede variar la legislación. Si la ciencia jurídica se dedica, como piensa el positivismo jurídico, al estudio del derecho positivo, entonces se dedica a algo *contingente* y, bajo la idea aristotélica, no es científico. Lo que deben buscarse son los principios inmutables que son esenciales al derecho.

Claro, el lector seducido por el positivismo jurídico es escéptico ante la existencia de ese orden inmutable. En definitiva, como verá, la discusión sobre la ciencia jurídica nos remite irremediablemente a las corrientes que vinculan derecho con orden moral y, en definitiva, a la noción que tengamos del derecho.

Dígame lo que sucede realmente

Hay vida más allá del positivismo y el iusnaturalismo, aun cuando no podamos adentrarnos mucho más en estas nociones introductorias del derecho. Por ejemplo, están los llamados “realistas”. Para ellos, la ciencia jurídica no debería ni empezar a discutir lo que debaten positivistas y cultores del iusnaturalismo. A los realistas les interesa saber qué, en concreto, sucede con la aplicación del derecho.

Entonces, lo que harán será analizar cómo opera el derecho en la realidad, sobre todo en la praxis del Poder Judicial. Cómo, en concreto, fallan los jueces los casos que son llevados ante los tribunales. Hay distintas variantes del realismo, generalmente agrupadas según la región del mundo donde surgió. Existe el realismo norteamericano, el realismo escandinavo, el realismo genovés y así. La coincidencia de todos ellos es que lo importante de la ciencia jurídica es que identifique cómo interpretan y aplican las normas jurídicas los tribunales.

De esta forma se logran dos cuestiones. Primero, se comprende realmente *qué se está haciendo* con las normas jurídicas positivas en los tribunales. Segundo, se provee a abogados y demás operadores jurídicos de herramientas importantes para su labor.

Piénselo: cuando usted sea abogado va a querer saber cómo fallan los tribunales determinados casos. De esa forma podrá plantear su estrategia de manera acertada. Pues bien, la ciencia jurídica debería proveerle de herramientas para que usted pueda anticiparse a esos casos.

Para obtenerlas, no basta con analizar las normas jurídicas generales y la jurisprudencia. Es necesario tener en cuenta también la sociología del lugar donde está radicado el juez que debe decidir, la psicología del magistrado y su ideología, el contexto político y económico en el que se tramita la causa. Todo esto será vital en el análisis del derecho.

Porque los jueces fallan de maneras distintas de acuerdo a esas variables. Aquí está la diferencia con el positivismo jurídico y la dogmática jurídica clásica. Para anticiparse a cómo va a fallar un juez no puedo contentarme con describir y sistematizar normas

³ ¿Podría definir el término “gnoseología”? Si no puede, puede googlear o buscar en un diccionario una definición que le permita avanzar.

jurídicas. Debo entender la psiquis del juez, las presiones que puede recibir del contexto social, histórico, político y económico.

Los que ya peinan canas recordarán la crisis económica, social y política de 2001. Los más jóvenes habrán escuchado hablar de ella. Existió el llamado “corralito bancario” por el cual se restringió a los particulares el retiro de dinero de los bancos. Esta restricción fue impugnada judicialmente. Para anticiparse a un posible fallo judicial, cualquier realista indicaría que no basta con reconocer las normas jurídicas que aplican al caso. Es necesario tener en cuenta el contexto de crisis en que se hallaba el país.

¿Le interesa saber cómo se resolvieron las causas sobre el corralito? Puede indagarlo por su cuenta, seguro encontrará información. Además, durante la carrera se profundizará en diversas materias sobre esto.

El derecho y el poder o el derecho es poder

El último grupo de teorías que comentaré someramente, está constituido por las “teorías críticas del derecho”. Éstas postulan una noción de ciencia jurídica que tiene en cuenta su concepción del derecho. Para los críticos, el derecho es producto de relaciones de poder, de ideologías y concepciones políticas.

Piense lo que dijimos en la primera parte de este recorrido sobre el carácter histórico y social del derecho. Quienes poseen el poder en una sociedad, construirán el orden jurídico. Si la sociedad es democrática, pues entonces el derecho reflejará los intereses y voluntades de la población o, al menos, de su mayoría.

Si, por el contrario, el poder en la sociedad está repartido desigualmente, el derecho reflejará ese reparto de poder. Por ejemplo, durante fines del siglo XIX, en la mayoría de los países occidentales, los trabajadores no tenían los derechos que tienen ahora. La jornada de trabajo era ilimitada, no gozaban de vacaciones pagas, los salarios eran de hambre.

La ciencia jurídica basada en la teoría crítica del derecho se esforzaría por descubrir qué relaciones de poder hay detrás de esta ausencia de legislación laboral. Lo que hay es el poder de los empresarios, que por ese entonces no estaba contrapesado con el de los trabajadores.

Ciencia jurídica y poder

Para la teoría crítica, la propia ciencia jurídica está atravesada de relaciones de poder. No hay agentes neutrales que estudien el derecho sin valorar o dejando de lado absolutamente las concepciones políticas, ideológicas o morales. Aunque, como quería Kelsen, pregonen neutralidad, en realidad tal cosa no existe. Invito al lector a pensar seriamente en esto: ¿cuántas veces decimos estar hablando “objetivamente” cuando, en realidad, estamos postulando nuestros deseos? ¿No actúa de la misma forma la ciencia? Pero, desde otro punto de vista, si no hay pretensión de verdad objetiva, ¿por qué entonces hacemos ciencia?

¿Puede pensar otros ejemplos? ¿Qué otros grupos de poder existen en la sociedad? Tenga en cuenta, por mencionar algunos, los medios de comunicación, las iglesias, las corporaciones empresarias, los sindicatos, las ONGs, los intereses del Estado. ¿Cómo influyen en la construcción del orden jurídico?