

Historia de la Ciencia Jurídica argentina: una propuesta para su periodización

por

Celina Lértora Mendoza

Introducción

La historia de la ciencia jurídica argentina ha sido abordada tanto desde el punto de vista expositivo como crítico, sea que se limiten a algunos de sus centros o a la totalidad, sea que se conciba como conjunción de historias parciales o como proceso total unitario. No es mi intención emular las muy buenas obras de conjunto ya existentes, sino interpretar la historia de la ciencia jurídica argentina como una dinámica de acercamientos sucesivos a dos polos de atracción: la tendencia a transferir modelos foráneos exitosos y la tendencia a buscar modelos propios que respondan a la “atipicidad” de nuestras situaciones. Esta especie de permanente insatisfacción teórica ha sido, en mi criterio, el motor casi exclusivo de nuestra producción científico-jurídica. Un repaso de esta historia podría ayudarnos a comprender mejor nuestro presente.

Dado que no se pretende la exhaustividad, el panorama a interpretar por fuerza ha de ser esquemático. Sin embargo procuro que estos trazos no desfiguren el perfil real sino que sólo lo simplifiquen. Como toda obra histórica, admite tareas complementarias posteriores.

Cuestiones preliminares

Abordo ahora algunas cuestiones previas que se relacionan con los puntos de vista teóricos que presiden mi reconstrucción de la historia de la ciencia jurídica argentina. Este punto es significativo

para asegurar el sentido en que en lo sucesivo se hablará de “ciencia jurídica” y de las relaciones con el derecho argentino que se establecerán.

1. Derecho y ciencia del derecho

El estudio científico del derecho ha sido denominado Dogmática, Jurisprudencia, Ciencia Jurídica o Ciencia del Derecho, aunque ninguno de estos nombres resulta totalmente satisfactorio. De venerable y secular antigüedad, el carácter científico de la ciencia jurídica no fue puesto en duda sino recientemente. Varios factores contribuyeron a ello. En primer lugar, un replanteo mucho más agudo acerca del estatuto epistémico de todas las disciplinas y la puesta en cuestión de algunos conceptos, como el de “ciencia normativa” aplicado bastante asiduamente tanto a la moral como al derecho. Por otra parte la profundización teórica acerca de algunos institutos jurídicos hizo ver cierta confusión –ya proveniente del derecho romano– entre la doctrina entendida como “ciencia jurídica” y como fuente jurídica. Los actuales métodos analíticos también han permitido cuestionar cierta confusión de niveles lingüísticos en que se incurre cuando “derecho” se toma indistintamente tanto por el objeto de estudio como por la ciencia que lo estudia.

Aunque en sus orígenes la ciencia jurídica constituyó quizá la parte más importante de nuestros conocimientos científicos sobre la sociedad, en los dos últimos siglos ha perdido ese carácter concomitantemente al surgimiento de la Sociología (especialmente la Sociología Jurídica) y las disciplinas socio-políticas en general que se constituyeron sobre el paradigma de las ciencias empíricas.

Las divergencias actuales acerca del estatuto epistemológico de la ciencia jurídica se derivan en buena medida de la asunción de que el objeto de la ciencia jurídica son las normas y que las normas no son objetos empíricos sino ideales. A su turno, las corrientes que admiten que el objeto del derecho es la conducta (o la situación “justa” como algunos neoescolásticos) tienen menos dificultades en admitir cierto carácter empírico del objeto de la ciencia jurídica y

por tanto están más dispuestos a conceder que la ciencia jurídica es una ciencia empírica y social.

Las dificultades prácticas de elaborar una ciencia jurídica metodológicamente distinta de la tradicional (la llamada “ciencia normativa” puesta en cuestión) valen tanto para la corriente del realismo escandinavo como del realismo americano, que precisamente son las direcciones más cercanas a esta postura epistemológica. Puede decirse lo mismo de la “teoría crítica”, que tiende a subordinar el derecho a la política y la Dogmática a la Politología. Y en definitiva todas estas posiciones son solidarias con una cierta concepción del derecho (una filosofía del derecho, diríamos).

Por mi parte sostengo que el Derecho es una ciencia empírica y social. Esta afirmación debe fundamentar dos extremos de impugnación. Por una parte los epistemólogos que niegan científicidad a la Dogmática y por otra con los que (juristas en su mayoría) niegan que el objeto de la ciencia del derecho sea un objeto empírico.

La epistemología “dura”, de la cual Mario Bunge puede ser considerado un buen ejemplo, sostiene que la Dogmática Jurídica no es propiamente una ciencia –en el sentido estricto del término– sino más bien una técnica, lo que los positivistas mismos llamaron “ingeniería social”, y que actualmente se suele denominarse “sociotécnica”.

En el otro extremo, el normativismo jurídico (que es una teoría jurídica) niega el carácter empírico –aunque no la científicidad– de la Dogmática en virtud de una asunción acerca del objeto a estudiar. Una discusión en profundidad sobre este tema excede el marco que aquí me propongo. Sólo quiero señalar algunos aspectos que hacen inmediatamente a esta cuestión. Observamos que tanto el estudioso de la sociedad como el jurista analizan las conductas institucionalizadas (es decir, aquellas que se constituyen en roles tipificados normativamente). La diferencia es que el sociólogo adopta un punto de vista “exterior” (algo así como el del entomólogo) y describe el funcionamiento del sistema para establecer regularidades y predicciones (retro–predicciones)

mientras que el jurista adopta el punto de vista interno propio de los operadores jurídicos¹.

Por lo tanto, aun admitiendo la asunción normativista de que el objeto de la ciencia del derecho es la norma, no necesariamente se debe sostener que ésta carece de dimensión empírica. En primer lugar, la “positividad” de la norma, incluso tomando esta palabra en el sentido estándar, significa que una norma ha sido introducida en un ordenamiento mediante una fuente. La “vigencia” (que interesa tanto al jurista como al sociólogo, más allá de la “pureza” kelseniana) se vincula con la “eficacia” y en definitiva es lo que permite describir en serio cuál es el sistema jurídico real de una comunidad determinada.

Hay finalmente un concepto de norma decididamente incompatible con la postura empiricista, y es aquel que considera a la norma como el sentido de un enunciado. Es obvio que una discusión sobre esta concepción nos lleva a dilucidar qué es ese “sentido” que se adosa a las prescripciones más allá de que ellas produzcan en los hechos determinadas modificaciones empíricamente observables (acatamiento, cumplimiento, violación). En todo caso, esta posición acercaría la Dogmática a la categoría –discutible– de “ciencia normativa” y puede valer –con las debidas correcciones– lo que enseguida diré.

Se ha considerado a la ciencia jurídica como una ciencia normativa, engendro epistemológico altamente discutible. Esta discusión es especialmente famosa en ética. Me haré cargo de cuatro argumentos que suelen condensar las oposiciones a la consideración empírica de la ciencia jurídica².

Un primer argumento sería que las leyes y las sentencias contienen enunciados de carácter normativo. La Dogmática emite enunciados de validez normativa sobre el material jurídico

¹ José VILANOVA,

² Este punto ha sido ya tratado en “La Dogmática, ciencia social. Replanteo del iuspositivismo realista” por C. A. Lértora Mendoza y José Vilanova, *El Derecho*, 1 de marzo de 1995, en el cual se tuvo especialmente en cuenta el trabajo de Eduardo Barbarosh, “Algunas observaciones críticas a la tesis de Vilanova sobre la ciencia del derecho”. Aquí se reproduce casi sin modificaciones el punto 4.

(legislación, costumbre). Es decir, la Dogmática, compaginando y deduciendo (haciendo uso de un instrumental lógico) llega a resultados de tipo normativo: qué contenido jurídico (solución jurídica) presenta un sistema determinado a un problema jurídico dado. A este argumento puede responderse que el enunciado científico-reconstructivo no tiene valor normativo en sí mismo, y la prueba es que no produce por sí efectos jurídicos, salvo que sea asumido por una instancia jurisdiccional. O sea, no hay que confundir el uso de instrumental científico por parte del juez para dar respuesta a un problema, con la ciencia en sí misma. Esto sería como decir que el uso de la física por un ingeniero es la ciencia física misma, o decir que el uso de la biología que hace el médico es lo mismo que la ciencia biológica. En el fondo éste es el error de Bunge cuando habla de “sociotécnicas” y adscribe la ciencia jurídica a esta clase de saberes.

El segundo argumento puede ser reproducido así: “La ciencia jurídica no se limita a describir su objeto sino que la reconstrucción que realiza y que es parte de la ciencia culmina en la configuración de una norma”. Efectivamente la ciencia jurídica reconstruye una norma “posible”, pero esa reconstrucción, como ya se indicó en el caso anterior, no es una norma, sino un enunciado “normoforme” por decirlo así, que sólo integrará el sistema cuando pase a nivel del *factum* jurídico (mediante una fuente, como ya vimos). Una prueba de ello es que en la disciplina pueden coexistir diversas “interpretaciones” (o “reconstrucciones” o “enunciados normoformes”) incompatibles, pero eso no podría suceder de la misma manera en la vida jurídica. Cada científico postula una reconstrucción normoforme y la discute argumentativamente con otro científico que defiende otra. En la Dogmática no hay instancias propiamente decisorias, es decir jurídicas, sino sólo instancias argumentativas o académicas (consenso de la comunidad científica, lo que –en lenguaje kuhiano– sería el estadio “normal” de una teoría científica). En cambio dos disposiciones incompatibles en la realidad jurídica provocan situaciones decisorias de tipo jurídico, más allá de las teorías o enunciados reconstructivos normoformes que hubiere.

La tercera argumentación dice: “El criterio de validez tiene sentido prescriptivo”. Este es un argumento cuya fuerza varía según qué se entienda por “criterio de validez”. Este es un problema de la ciencia jurídica y cuando en la vida jurídica se resuelve (o se dictamina) algo en relación a la validez, se introduce otro *factum* que es la decisión misma. Luego los científicos expondrán diversas teorías para justificar cómo funciona un sistema jurídico, así como los físicos expusieron diversas teorías para justificar por qué cae un objeto, y estas teorías tienen su propia vida intracientífica. Por tanto, defender una tesis formalista o una realista sobre la validez, no modifican el hecho de que haya ciertas normas que una comunidad considera válidas (por ejemplo la nueva Constitución argentina) o inválidas (por ejemplo la sentencia “trucha” del expediente que “desapareció” en la Corte), así como las disputas entre las teorías aristotélica y newtoniana sobre la gravedad no modifican la caída de la manzana.

El cuarto argumento es éste: “La ciencia jurídica no puede ser una ciencia empírica porque no parte de hechos experimentales sino de enunciados normativos y tiene el límite que ellos le marcan, mientras que una ciencia natural no tiene ningún límite”. Se puede responder que la norma institucional, no el enunciado normativo, es el hecho empírico de que parte la ciencia del derecho. La norma es empírica en el sentido simple y llano de que es una realidad independiente de la ciencia (no es construida por la ciencia misma). El método que se use para abordarla es otra cosa. Está claro que en ese sentido la ciencia jurídica tiene el límite de su objeto, así como la biología tiene por límite los seres vivos y no estudia las piedras. Naturalmente la tarea reconstructivo científica de la ciencia jurídica tendrá resultados diversos en la medida en que las normas (su *factum*) sean distintas, así como una descripción biológica será distinta según se refiera a una ameba o a un mamífero superior.

Quienes sostenemos que las normas son hechos, no caemos en una confusión entre normas y hechos en el nivel del derecho sino que defendemos el carácter empírico de ambos. En otros términos: en el nivel de la realidad hay normas jurídicas (por ejemplo los códigos) y hechos jurídicos (las acciones de los individuos). Pero

todo ese conjunto, códigos y hechos, son la realidad que estudia la ciencia jurídica y esa realidad es empírica. Puede sonar extraño llamar “empírica” a la realidad de una norma, porque suele pensarse que ella no equivale a su soporte material sino que es un significado abstracto en cuanto universal e hipotético y que sólo se “efectiviza” o se torna “hecho singular” cuando hay una “aplicación”. En el fondo este pensamiento está bastante cerca de la teoría del significado que he cuestionado. Aquí cabe añadir que este concepto de lo “empírico” es sumamente estrecho y de aplicarse a ultranza dejaría fuera de ese campo –o de la realidad sin más– muchísimas cosas que consideramos habitualmente realidades empíricas. Por ejemplo, una composición musical o una coreografía, un poema y el lenguaje mismo, son realidades significativas que no se identifican con los soportes físicos donde constan (la partitura, el diccionario) y que sólo se actualizan parcialmente en usos o interpretaciones concretas y situadas. Sin embargo nadie duda del carácter “empírico” de la lingüística o de la musicología ni les adscribiría el mismo estatuto epistemológico de la matemática. Es decir, empírico se contrapone a formal y es allí donde se hace fuerte la diferencia entre las ciencias empíricas y las formales. Una demostración matemática no existe previa e independientemente del matemático que la efectúa por primera vez (y esto vale incluso en las posiciones más platonizantes de filosofía matemática³) mientras que las sonatas de Mozart son previas al –y ontológicamente independientes del– musicólogo, el lenguaje es previo al lingüista y la norma es previa al jurista.

El quinto argumento dice: “Las reconstrucciones de la ciencia jurídica no son propiamente predicciones de conductas futuras. Esto se debe a que son reconstrucciones internalistas y por tanto por sí mismas no predicen qué harán efectivamente los individuos”. En efecto, aplicada a la predicción de conductas individuales (de acatamiento por ejemplo) la predicción de la ciencia jurídica es indirecta. Pero el sentido en que esos enunciados son predictivos es otro: predicen de qué modo se comportará la realidad jurídica **en su**

³ Cf. por ejemplo el concepto de “matemática” y de “objeto matemático” de Gödel.

totalidad, no en un aspecto parcial como el cumplimiento o no de una norma por uno o varios individuos determinados. Volveré sobre esto en el punto siguiente.

El sexto y último argumento a considerar se enuncia así: “La ciencia jurídica es un saber práctico y como tal su método no puede reducirse al de las ciencias descriptivas”. Aquí disiento con la afirmación de que la ciencia jurídica sea un saber práctico. En el fondo, esta afirmación es una aceptación acrítica de la distinción aristotélica entre ciencias teóricas y prácticas (que son respectivamente las que toman el conocimiento como un fin en sí mismo y las que conocen para actuar)⁴. Pero todavía así se puede sostener que la ciencia jurídica no tiene en sí ninguna finalidad práctica, y desde ese punto de vista es tan “neutra” como la física. El hecho de que el juez no pueda prescindir de ella, como el ingeniero no puede prescindir de la física, no cambia eso. A menos que llamemos “práctica” a todas las ciencias por el mero hecho de que se hace uso de los conocimientos que proporcionan. Eso parece un poco extravagante, pero si quiere dársele ese sentido, entonces digamos que todas las ciencias son prácticas, porque todas son usadas de hecho para algún fin concreto. Sin embargo, aun así sería dudoso que eso las convierta formalmente en “normativas”. Siguiendo el mismo razonamiento, habría que decir que la física es “normativa” porque sus proposiciones arriban a cálculos de necesaria obediencia para el ingeniero. Eso sí ya parece un despropósito conceptual. Admito que se trata de un argumento *ad hominem* pero por el momento la cuestión queda aquí.

La científicidad de la Dogmática Jurídica como ciencia empírica.

Hay varias teorías en uso sobre qué es el conocimiento científico fáctico. Quizá la más importante sea la de Popper. Sin duda el

⁴ Aristóteles mismo da un tratamiento metodológicamente bastante distinto al segundo grupo de saberes. En esos textos (éticos y políticos) mezcla elementos descriptivos empíricos en materia no necesaria (lo que hoy constituirían nuestras ciencias sociales) con usos científicos o ciencia aplicada.

hipotético-deductivismo puede explicar satisfactoriamente el proceder real de los científicos y el tipo de pensamientos y teorías que llamamos “científicos”. Otros epistemólogos, sin contradecir en lo esencial la fórmula sintética de Popper, prefieren una caracterización más descriptiva, acumulando las notas que constituyen caracteres más o menos esenciales del conocimiento científico o fáctico, tal como también fácticamente se ha dado en la historia y se da en la actualidad. Uno de los elementos más completos –y por tanto más exigente, supuesto que todas las notas sean absolutamente exigibles– es el propuesto por Bunge y que son quince caracteres⁵.

1. El conocimiento científico es fáctico: establece hechos y vuelve a ellos. La ciencia jurídica se ocupa de hechos, como son la existencia de normas y de conductas, y vuelve a ellos porque sus proposiciones se refieren a esos hechos (normas y conducta).

2. El conocimiento científico trasciende los hechos: descarta algunos, produce y explica otros nuevos. Sin duda también la ciencia jurídica lo hace, al separar lo relevante para el derecho de lo que no lo es, en su análisis de normas y conductas.

3. La ciencia es analítica: aborda problemas circunscriptos, descomponiéndolos en sus elementos, no necesariamente últimos y ni siquiera reales. Queremos señalar muy especialmente que la segunda parte del enunciado de Bunge establece una aplicación del concepto de “elemento” que es muy significativa para explicar cómo (y Popper estaría de acuerdo) procede realmente la ciencia física actual. Las teorías epistemológicas se inventan *a posteriori* y con carácter legitimador. La epistemología positivista de la primera mitad del siglo XX y todos los “empirismos” anteriores, incluyendo la primera escuela analítica, tomaban “elemento” en sentido crasamente sensorialista. La famosa discusión sobre los “términos

⁵ En *La ciencia, su método y su filosofía*, Bs. As. 1971, desarrolla ampliamente este tema. Aquí tomamos las que él denomina “principales características de la ciencia fáctica” (p. 19 ss).

teóricos” es un buen ejemplo de que la epistemología termina por adaptarse a la realidad que no puede normar. Los científicos “fuertes” (los físicos) comenzaron a hablar en términos cada vez menos realistas (sensorialistas) y la física siguió siendo física, no se convirtió en esoterismo. La ciencia jurídica está en este punto en iguales –si no mejores– condiciones que la física contemporánea. Los elementos en que se “descomponen” sus problemas son siempre “reales” (integran la facticidad de normas y conductas) y sólo puede usar construcciones teóricas con la precisa salvedad de que son eso, y no elementos jurídicamente relevantes en la realidad. Así el concepto de “propiedad” en general podría descomponerse en sus diversos tipos (mueble, inmueble, etc.); estos elementos deben estar en el derecho vigente, el jurista no los puede añadir por su cuenta, aunque pueda proponer términos teóricos intermedios para establecer las clasificaciones.

4. La investigación científica es especializada. En este punto no hay divergencia posible: la especialización domina a tal punto a la Dogmática que la unidad de la ciencia apenas puede recomponerse a la altura de la Teoría General.

5. El conocimiento científico es claro y preciso, lo que se obtiene de las siguientes maneras: a) formulación clara de problemas; b) purificación de nociones; c) definir la mayoría de los conceptos; d) usar un lenguaje artificial, incluso simbólico, con significado determinado establecido por reglas de designación; e) procura siempre medir y registrar sus fenómenos. También la ciencia jurídica puede cumplir estas condiciones porque formula claramente sus problemas, purifica y define tanto o más que otras ciencias empíricas los conceptos oscuros y en cuanto al lenguaje artificial y la medición y registro de fenómenos, sin duda el enorme desarrollo de la lógica y la informática jurídicas exigen de mayor argumento. A más abundamiento, el hecho de que existan actualmente “jueces electrónicos” muestra que el nivel de axiomatización de al menos una parte del contenido de la ciencia

jurídica está altamente especializado en cuanto a manejo sistemático de datos.

6. El conocimiento científico es comunicable. No hay duda que esto vale para nuestro caso. Allí están las “comunicaciones” a congresos y jornadas para dar testimonio.

7. El conocimiento científico es verificable. Entendida en sentido fuerte, como verificabilidad absoluta, la exigencia es de imposible cumplimiento, para cualquier ciencia, por razones que Popper ha explicado muy bien. Entendida en sentido negativo, como “verificabilidades por negación” (falsación) resulta aplicable a cualquier disciplina que pueda establecer un método contrastador. De hecho la ciencia jurídica lo posee, ya que la “falsación” toma la forma de “doctrina desechada” o de “razonamiento inconducente”. En otro sentido –que Bunge quizá tiene aquí en vista– un conocimiento se dice verificable porque cualquiera puede constatarlo por cuenta propia, y en ese aspecto se relaciona con la comunicatividad. Sería otro modo de expresar un hecho que también se da en la ciencia jurídica: el carácter intersubjetivo de los asensos.

8. La investigación científica es metódica. Tampoco aquí hay problemas, si admitimos, como es usual, la pluralidad de métodos. Que el método físico en sus aspectos especiales deba ser aplicado a toda ciencia fue una pretensión ya superada.

9. El conocimiento científico es sistemático. Huelga decir que la ciencia jurídica ha sido desde los romanos un ejemplo de sistematicidad. Cabe advertir, aunque alguno lo considere superfluo, que la sistematicidad de la ciencia jurídica no coincide con la de los cuerpos normativos. Así, el cuerpo normativo codificado tiene una mayor sistematicidad que la recopilación. Pero la ciencia jurídica, que emplea su propio o sus propios métodos reconstructivos, es tan sistemática aplicada a un caso como a otro.

10. El conocimiento científico es general. Cuando se habla de la “generalidad” (Aristóteles decía “universalidad”) del conocimiento científico, puede haber dos interpretaciones. En un sentido, que también se remonta hasta Aristóteles, la ciencia tiene por objeto esencias (ideas o conceptos) universales, estudia “el hierro” y no “este hierro”. Podemos estar de acuerdo en que este nivel de generalización es sin duda propio de la ciencia. Pero también al menos desde Aristóteles se sabe que existen disciplinas pacíficamente consideradas científicas cuyos objetos no son “generalizables”. No mencionemos la Historia justamente porque fue un caso conflictivo, basta con recordar la Astronomía. Y ya los griegos mismos corrigieron su exigencia en el sentido de que la generalización significa la “repetibilidad” hipotética aunque haya irrepetibilidad fáctica. Con esta corrección pasaron el examen buena parte de las ciencias naturales. La segunda interpretación es la que entiende por “general” incluso el análisis de hechos en sí absolutamente irrepetibles (por ejemplo los históricos, aunque habría que agregar que cualquier hecho es en sí irrepetible en su singularidad) pero que pueden caer en una legalidad generalizable. Estas son las dos interpretaciones que corren actualmente, y las preferencias parece que van parejas. Pero en cualquiera de los dos casos la ciencia jurídica es un conocimiento de tipo general, lo cual es especialmente obvio en el caso de las normas, pero añadiríamos que vale también para las conductas, porque epistemológicamente una conducta típica (la descrita en el tipo legal) está en la misma situación que un caso físico de una ley (por ejemplo la manzana que cayó en la cabeza de Newton, según se cuenta). En otros términos, si “generalidad” significa que cada caso entra en una ciencia no por lo que tiene de propio e irrepetible sino por lo que tiene de común y relevante para dicha ciencia, entonces no se ve diferencia entre el hurto de Pepe y la caída de la manzana de Newton. Esto —es obvio— sólo en cuanto a la ciencia jurídica: en un tratado o trabajo científico no encontraremos nombres propios sino genéricos (locador, occiso, *de cujus*, actor, etc.). Es claro que la sentencia que condene a Pepe debe tener en

cuenta peculiaridades personales y circunstancias, porque como se dijo, la sentencia no es ciencia jurídica sino derecho.

11. El conocimiento científico es legal. Esta es la característica más relevante y la más repetida en la historia de la epistemología. Sobre qué sea una ley científica se han escrito bibliotecas. Bunge por su parte se remite a indicar que es un método para subsumir hechos, e incluso llega a admitir que de las varias clases de leyes, ninguna es “mejor” que otra en sentido absoluto. Esta posición (que nos beneficia claramente) no es pacífica. Pero hay un acuerdo básico en que una ley es una expresión de regularidades que permite la prospección y la retrospección. Sobre el tema de la retrospección, para la ciencia jurídica no hay duda. Sobre la prospección (o predicción) debemos decir en primer lugar que hoy se admite diversos tipos de prospecciones, porque obviamente no es igual el caso de la macrofísica (y astronomía), la física de partículas y la meteorología. También hay acuerdo en que basta una predicción estadística y con grados “tolerables” de error (qué es “tolerable” lo define cada comunidad científica porque es un concepto operativo).

12. La ciencia es explicativa. Sin duda “explicar” es precisamente “subsumir” un caso en una legalidad general. Aquí la ciencia jurídica es justamente modélica. Y nos referimos a la ciencia, insisto, aunque se diría que esta facilidad le viene, en buena medida, de que el derecho procede también subsumiendo hechos en normas generales para comprender y evaluar jurídicamente las conductas.

13. El conocimiento científico es predictivo. Esta es una de las notas que podrían poner en aprieto a la ciencia jurídica, precisamente por los motivos ya mencionados. En teoría general del derecho el tema de la predictividad suele vincularse a la teoría realista, para la cual el derecho es lo que efectivamente hacen los órganos o los individuos de una comunidad normada. Me parece que en este sentido se produce una confusión entre teoría realista y

predictividad, de modo que quienes no comulgan con el realismo parecen sentirse obligados a negar la predictividad. Pero se trata de dos temas diferentes. El realismo, como el iusnaturalismo o el formalismo, son teorías de la ciencia jurídica que postulan, cada una a su modo, qué es lo “esencial” del derecho. Ninguna niega los hechos, por ejemplo que exista un Código Civil que es así y no así; pueden argumentar entre sí a favor de sus respectivas postulaciones, pero eso no tiene nada que ver con la predictividad de la ciencia jurídica. La predictividad de la ciencia jurídica es igual a la predictividad de cualquier ciencia social, es decir, establece posibles (indica incluso el grado aproximado de posibilidad) hechos futuros, tomando el derecho en su totalidad. Hoy se admite –lo hace el propio Bunge– que hay predicciones de tipo individualizante (por ejemplo las de física o astronomía) y otras que sólo marcan tendencias globales (en sociología o economía). Si se acepta este criterio está claro el carácter predictivo.

14. La ciencia es abierta: todo conocimiento en principio no refutable pertenece al ámbito científico. Este es un punto en que hay oposición. Algunos juristas consideran que en el caso de la ciencia jurídica no hay apertura porque el límite del jurista está dado por la propia dogmática. Consideramos que esto es un error. El jurista, como científico, no tiene límite en cuanto a su investigación, y toda proposición científico-jurídica pertenece a su ámbito. Sólo tiene el límite de su propio objeto de estudio, como cualquier otro científico. Un naturalista no puede decir que estudia científicamente los unicornios azules, así como un jurista no puede decir que estudia científicamente el código de derecho espacial argentino, sencillamente porque no hay tales cosas.

15. La ciencia es útil: tan útil le es la ciencia jurídica al derecho que hasta ha llegado a confundirse con él.

Historia del derecho y ciencia jurídica

La historia del derecho ha sido siempre una disciplina relevante en el ámbito de los estudios jurídicos, porque aunque no vigente, la legislación anterior proporciona una serie de datos y marcos jurídicos necesarios para comprender e interpretar la legislación vigente. Pero por “ciencia del derecho” o “ciencia jurídica” siempre se ha entendido el estudio del sistema vigente y por eso el estatuto epistemológico de la historia del derecho ha sido un tanto oscuro.

Entre nosotros, Ricardo Levene ha sostenido que la historia del derecho no es propiamente ciencia del derecho, sino que es más bien una ciencia **histórica**, como las otras historias especiales (de la economía, del arte, etc.)⁶ aunque tampoco tematiza en profundidad la cuestión epistemológica de la ciencia del derecho. Otro tanto puede decirse de la posición de Ricardo Zorraquín Becú, para quien la diferencia entre historiografía del derecho y ciencia del derecho está dada en que ambas estudian las normas sancionadas, pero la segunda sólo las estudia en cuanto tienen actualmente vida real⁷.

Pero las posiciones que positivamente vinculan la ciencia del derecho con el estudio del derecho actual, como Eduardo Martiré llegan al mismo resultado aun admitiendo que la separación entre pasado y presente está en constante desplazamiento⁸.

Víctor Tau Anzoátegui, fundamentando el carácter científico de la historiografía jurídica hace la distinción entre “método histórico” y “método jurídico”⁹, entendiéndolo por “método histórico” la recreación del otro en el presente, de modo que el derecho pasado debe ser recreado empleando el método jurídico pretérito.

Estas cuestiones tienen relevancia porque es necesario deslindar el uso del concepto “historia del derecho” en relación no sólo a la

⁶ Cf. *Manual de historia del derecho argentino*, Bs. As. 1952, p. 13.

⁷ Cf. *Historia del derecho argentino*, Bs. As. 1966, T. 1, p. 22.

⁸ “La historia del derecho, disciplina histórica”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n. 29, 1969, p. 95.

⁹ “La enseñanza de la historia del derecho argentino”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n. 19, 1968: 220-221.

“ciencia del derecho” sino y sobre todo a la “historia de la ciencia jurídica”. Veremos este punto a continuación.

A primera vista pareciera que la dilucidación es fundamentalmente metodológica. Si la “historia del derecho” emplea un método historiográfico resultaría que tiene un método diverso al que corresponde a la naturaleza de su objeto, lo que es claro sobre todo en las posiciones que consideran al derecho como “ciencia normativa”. Obviamente esto tiene importancia para el concepto de “historia de la ciencia jurídica”, porque una consideración práctica de su naturaleza esencialmente teórica puede repercutir en su explicación, como lo ha señalado Bazán Lazcano¹⁰. Si cuando decimos “historia del derecho”, la palabra “derecho” designa el objeto de estudio, el sentido de la frase funciona como en la expresión “historia del arte”, en que la palabra “arte” designa el objeto propio. Pero evidentemente hay que aclarar qué significa “derecho”, así como debe delimitarse el concepto “arte”, independientemente del acuerdo acerca de las metodologías históricas de abordaje que sean pertinentes. Ahora bien, sabemos que existen dificultades en la conceptualización del “derecho”. Y la cuestión se complica por el nexo bastante confuso entre “derecho” y “ciencia del derecho”. La principal dificultad consiste en establecer una definición general del objeto (“arte” o “derecho”). En efecto, si la establecemos *a priori*, con independencia de lo sucedido de hecho en el pasado, corremos el riesgo de que no poder superar graves desacuerdos teóricos sobre una definición “universal” que deba ser discutida sin posible correlación empírica contrastadora. Por otra parte, se ha señalado que no puede identificarse un objeto histórico (un objeto de arte, un caso jurídico, un problema científico) si previamente no tenemos su definición acordada, porque de otro modo no sabríamos qué buscar. Es un problema no suficientemente resuelto, ya que linda con la tensión permanente entre particularidad histórica y universalización conceptual, problema que los filósofos han abordado desde siempre con poca esperanza de acuerdo. Creo que, pragmáticamente, una

¹⁰ “¿Historiografía del derecho o historiografía de la ciencia del derecho?”. *El Derecho*, n. 8043, 27 de julio de 1992: 16.

investigación de historia de la ciencia jurídica puede asumir cualquiera de las posturas estandarizadas con que trabaja la historia de la ciencia en otras disciplinas, y es lo que de hecho hago aquí: asumo que cada comunidad ha definido (incluso implícitamente) un cierto tipo de comportamientos que podemos llamar “jurídicos” y les ha adscrito un tipo especial de saberes al que podemos denominar “ciencia jurídica”.

Ciencia del derecho e historia de la ciencia jurídica

Las relaciones entre ciencia del derecho e historiografía científica jurídica no están exentas de dificultades. Una serie de cuestiones se presentan con divergencias significativas. Tomaremos las más relevantes para nuestro trabajo concreto.

Como ha señalado Bazán Lezcano, es pertinente preguntarse si los contenidos que integran la “historia del derecho” no corresponderán en realidad a una “historia de la ciencia del derecho”. En resumen, su planteo es el siguiente: cuando los historiadores del derecho dicen que la “historia del derecho es una disciplina histórica” que procura el conocimiento de los hechos pasados, se quiere decir implícitamente que **no es** una disciplina jurídica y que su objeto **no es** el derecho presente. Ambas afirmaciones no significan lo mismo. Este autor plantea la cuestión de si es posible hacer historiografía del derecho sin algún grado de “cientificidad jurídica”. En otros términos, parece que la reconstrucción del derecho del pasado debe hacerse teniendo en cuenta no sólo métodos reproductores especulares, sino métodos reconstructores sistemáticos, que no los provee la historia de por sí, sino justamente la ciencia jurídica misma. En ese caso la historia del derecho coincidiría con la historia de la ciencia jurídica en ser un análisis científico de las proposiciones jurídicas. En este sentido, el autor español Alfonso García Gallo¹¹ sostiene la tesis de que “la historia del derecho debe ser ante todo una ciencia jurídica y no

¹¹ Cf. *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1964.

histórica”¹² aunque en parte opere con un método histórico. Afirma también que “el estudio histórico del derecho debe ser enfocado desde la ciencia del derecho”¹³, es decir, que la historia del derecho es científica en cuanto es jurídica, no en cuanto es histórica. Estas observaciones muestran que la respuesta a una de las cuestiones incide sobre las demás ya que todos los conceptos están conectados. Por mi parte, trataré de centrar la línea de respuesta por una parte en el concepto de derecho que hemos indicado antes y por otra en la conceptualización de la historia de la ciencia jurídica.

1. Estatuto epistemológico de la historiografía de la ciencia jurídica. La primera cuestión consiste en preguntarse si la historia de la ciencia jurídica (que ya hemos delimitado con respecto a la historia del derecho) forma o no parte de las disciplinas jurídicas. Se plantea una cuestión análoga a la del punto anterior.

Tratando de clarificar la confusa cuestión sobre el estatuto epistemológico de la historia del derecho, Bazán Lezcano propone considerar la historiografía jurídica como una especie de la historiografía de la ciencia y la historiografía de las instituciones como una especie de la historiografía de la práctica¹⁴. Esta distinción tiene el mérito de hacer entrar en la cuestión el concepto de “historia de la ciencia” que antes no había aparecido.

2. Metodología de la historia de la ciencia jurídica. Un enfoque metodológico adecuado para historiar la ciencia jurídica debe permitir descartar aquellas obras que no están referidas a ningún modelo histórico de ciencia¹⁵. Lo que aquí consideramos “obras científicas jurídicas” se ha llamado tradicionalmente “doctrina”. Esta doctrina, como elaboradora prelegislativa de

¹² *Manual*, p. 16 y el artículo “Historia, derecho e historia del derecho”, en *Anuario de historia del derecho español*, 23, 1953, p. 23.

¹³ “Historia, derecho...”cit. p. 23.

¹⁴ Art. cit. p. 5.

¹⁵ Cf. Rogelio PÉREZ PERDOMO, “Las transformaciones contemporáneas de la investigación jurídica en Venezuela”, *Ciencia académica en la Venezuela moderna*, Caracas, fondo Editorial Acta Científica Venezolana, 1984: 279”304.

conceptos y como interpretadora de la legislación, es más importante en la tradición jurídica latino-germánica que en el *common law* donde esta tarea está a cargo de los jueces. Como señala Pérez Perdomo, desde una perspectiva sociológica interesa saber quiénes son los juristas y para quiénes escriben. Desde una perspectiva de la historia de la ciencia jurídica, además, es necesario: a) localizar y analizar las obras de juristas; b) construir la biografía selectiva de los científicos del derecho; c) reconstruir el ambiente intelectual de las creaciones científicas.

Esto significa modificar el criterio tradicional de la historiografía de las ideas, por la cual se seleccionaban unas pocas obras consideradas las más importantes; pero esto no garantiza que se escojan obras verdaderamente representativas. Debe ponerse un acento mucho mayor en el contexto de la obra

A los efectos de la historia de la ciencia jurídica se puede llamar “Paradigma de investigación” al conjunto de nociones compartidas por una comunidad científica sobre las características de la materia a investigar y los métodos a usar. Este concepto coincide con la noción de paradigma científico en los siguientes puntos: 1. existencia de un lenguaje específico común a quienes asumen el paradigma; 2. existencia de un conjunto de valores asumidos en común; 3. existencia de una aproximación a la disciplina que define su campo; 4. comunidad de personas que comparten el lenguaje, los valores y la aproximación disciplinaria y se reconocen entre ellos como personas calificadas para producir conocimientos en el área¹⁶.

En líneas generales pueden valer los paradigmas que Pérez ha señalado para Venezuela, y que son los siguientes.

Paradigma conceptual: es la doctrina que comenta los textos legales a la letra, artículo por artículo. Se supone que el rigor está en el código y que el jurista debe aclarar o interpretar su sentido. Como paradigma conceptual prescribe que las construcciones deben ser hechas por estudiosos, ya que el sistema jurídico es

¹⁶ Pérez, art. cit. p. 186.

básicamente conceptual. Por eso desde este punto de vista también se pueden señalar “fallas” del legislador. El instrumento para construir sistemas conceptuales es puramente intelectual, cualquier referencia a prácticas o necesidades sociales queda fuera de la consideración científica. Son obras básicamente dirigidas a abogados para su práctica profesional. Sus fuentes son la legislación, otras obras doctrinarias y la literatura extranjera citada en apoyo. El público es especializado y local. La investigación puede ser individual o institucional, en este caso centrada casi exclusivamente en las Universidades.

Paradigma social. Surge con la discusión conceptual a cargo de investigadores profesionales que se dedican a los temas jurídicos desde el punto de vista de los problemas sociales. Su público destinatario es académico (no práctico profesional) y orientado más al ámbito de las ciencias sociales que del derecho. Es la etapa –a partir de 1940 aproximadamente– en que se produce la tendencia a la autonomía de las carreras de ciencias sociales y cuando la presión del antiguo método jurídico produce la última versión del paradigma conceptual: la lógica jurídica.

Propuesta

Si miramos la historia de la ciencia jurídica argentina como un conjunto que incluye tanto la iusfilosofía y la teoría general del derecho como las disciplinas particulares –del derecho público y del privado– se hace clara la imposibilidad de trazar etapas cronológicas precisas. Sin embargo no es arbitrario fijar grandes épocas caracterizadas principalmente por la producción de un tipo significativo de teoría jurídica. En ese sentido me parece válida la periodización que ofrezco y que responde a la idea central de vincular nuestra producción jurídica a las dos tendencias mencionadas. Desde ese punto de vista propongo las siguientes etapas: la ciencia jurídica “utópica”, la transferencia de modelos, los desajustes, la nueva ciencia jurídica.