

## LA JURISPRUDENCIA NO ES CIENCIA

Félix Huanca Ayaviri

Este trabajo tiene por objeto analizar la crítica efectuada sobre la jurisprudencia<sup>1</sup> por von Kirchmann y desvirtuar su afirmación de: «*La jurisprudencia no es ciencia*». La crítica efectuada acerca de la científicidad o no de la Ciencia Jurídica ha levantado mucha polémica, entre los investigadores del pasado y presente, debate que aun persiste, y que nos permitimos presentar dando algunos criterios de análisis.

«Es el Derecho ciencia? Esta es la cuestión muy debatida en el mundo antiguo y contemporáneo por los juristas, filósofos del Derecho y quienes tienen interés en el sistema jurídico. Empecémos definiendo que entendemos hoy por Ciencia Jurídica. Para nosotros la Ciencia Jurídica se entiende como el conjunto de proposiciones o teorías que expliquen y predigan el funcionamiento del sistema jurídico o de cualquiera de sus elementos<sup>2</sup>.

El debate del carácter científico o no de la jurisprudencia («Ciencia del Derecho»), se remonta a los orígenes mismos de la ciencia del Derecho europeo, cuyas raíces se encuentran en la jurisprudencia romana. Los romanos denominaron a la actividad de los juristas *Iures Prudentia*, denominación que se destacaba por el carácter de saber práctico. Sin embargo, los propios romanos calificaron esta actividad como Ciencia. Así, Ulpiano lo definió como «*ius atque iniusti scientia*».

En la Edad Media encontramos estas mismas preocupaciones, pero sin mucha polémica. No tuvo especial trascendencia debido al empleo del método de la lógica aristotélica para el estudio de la jurisprudencia, y que constituía el método científico dominante de la época.

El problema se planteó de forma más aguda a partir del renacimiento con la aparición de la Ciencia moderna y de los nuevos métodos experimentales de investigación, modelo de ciencia que no se correspondía con la actividad de los juristas teóricos; situación que ha generado numerosas críticas contra el carácter científico del Derecho o Jurisprudencia.

La más famosa de estas críticas fue llevada a cabo por Julius Hermann von Kirchmann en 1847 en su célebre conferencia dada en la Sociedad Jurídica de Berlín<sup>3</sup>, sobre “La nulidad del valor de la jurisprudencia como ciencia”. En ella sostuvo que la jurisprudencia carecía de una influencia sobre la realidad y de un valor científico y técnico para la resolución de los conflictos sociales. Inició su exposición señalando que todas las ciencias tienen un objeto independiente y autónomo que no depende de la voluntad de nadie y que la jurisprudencia como las otras ciencias no tiene un objeto independiente y autónomo, según Kirchmann este es el Derecho tal como vive en el pueblo, y que lo denomina, como Derecho natural cambiado.

Para que la jurisprudencia tenga la calidad de ciencia tiene que «...aprehender su objeto, descubrir sus leyes, crear los conceptos hasta sus últimas implicaciones, darse cuenta de su afinidad y la conexión de las distintas formas y estructuras, y finalmente ensamblar su saber en un sistema sencillo»<sup>4</sup>.

Se preguntó si la jurisprudencia había cumplido con este cometido? Siendo su respuesta negativa, entonces estaba abierto el camino de la crítica y para desarrollar, aplicó el método comparativo para verificar si la jurisprudencia tenía un método independiente como las otras ciencias, y si había logrado desarrollar y adelantar a otras ciencias o quedado atrás.

En su crítica, parte del criterio de que la jurisprudencia ha tenido escaso desarrollo con respecto a otras ciencias; para esto recurre al ejemplo sucedido en Grecia donde sólo se desarrolló el Derecho Público, en Roma el Derecho Penal y Civil, en cambio las demás ciencias tuvieron más desarrollo que la jurisprudencia.

En la Edad Media por la introducción del principio de la observación, de la subordinación de la especulación a la experiencia en las ciencias naturales, pronto se tuvieron resultados maravillosos. Los descubrimientos se sucedieron unos a otros por el proceso de aportes

pero cuya base se sostenía en una cadena de continuidad en un suelo firme.

En el ámbito de la jurisprudencia, éste ha permanecido estacionaria desde la época de Bacon. Sus reglas y conceptos no han encontrado desde entonces expresiones más agudas. No hay en ella menos controversia sino más. «Incluso allí donde la investigación más paciente creía haber llegado por fin a un resultado seguro e inamovible apenas transcurre una década sin que vuelva a iniciar la discusión desde el principio»<sup>5</sup>.

Destaca que la falta de valor científico de la jurisprudencia no se debe a la intervención de las personas sino que el motivo radica en el objeto, en fuerzas ocultas inhibitorias inherentes al objeto y que dificultan los esfuerzos del espíritu humano.

A partir de la introducción de este presupuesto, Kirchmann inicia su análisis en la comparación del objeto de la ciencia natural y la jurisprudencia: la primera característica que encuentra en su comparación de los métodos es la mutabilidad del derecho natural como objeto de la jurisprudencia, método que no está en otras ciencias.

Kirchmann, en su comparación del «objeto de la jurisprudencia», con el «objeto de otras ciencias» distingue: «El sol, la luna y las estrellas brillan hoy como brillaban hace miles de años; la rosa sigue floreciendo como en el Paraíso Terrenal; el Derecho, en cambio, se ha transformado desde entonces. El matrimonio, la familia, el Estado, la propiedad han pasado por las mas diversas modalidades»<sup>6</sup>.

Se preguntó que efectos tiene la mutabilidad del objeto en otras ciencias? La respuesta es necesariamente muy desfavorable. «Es propio de toda ciencia el que su verdad llegue a sazón paulatinamente: esta verdad ha de arrastrarse a través de errores de toda índole, y sus leyes no son sino el resultado de siglos de esfuerzo prolongado y comunes a quienes la cultivan»<sup>7</sup>. Esta progresión no implica daño alguno en el desarrollo de las ciencias naturales.

Explica, que «la tierra sigue girando alrededor del sol como hace mil años; los árboles crecen y los animales viven como en tiempos de Plinio. Por consiguiente, aunque el descubrimiento de las leyes de su naturaleza y su poder hayan requerido largos esfuerzos,

tales leyes son por lo menos tan verdaderas para la actualidad como para tiempos pasados, y seguirán siéndolo para siempre»<sup>8</sup>.

Concluye, «muy otra es la situación de la ciencia jurídica. Cuando ésta, tras largos años de esfuerzo, ha logrado encontrar el concepto verdadero, la ley de una institución, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado. La ciencia llega siempre tarde en relación con la evolución progresiva, no puede nunca alcanzar la actualidad....»<sup>9</sup>.

La primera consecuencia que encuentra de la mutabilidad del objeto, es que la jurisprudencia se opone al progreso del Derecho. Para fundar su tesis, desarrolla ejemplos que se dieron históricamente; así en Grecia, donde los modelos de instituciones libres de la época tardía, son el reflejo del modelo rígido de una época anterior. Cita otro ejemplo, como el encierro de los juristas alemanes en conceptos el derecho romano, con los cuales tenían en común poco más que el nombre.

Una segunda característica del objeto del Derecho lo identifica, en que el objeto no sólo se halla en el saber, en la cabeza; sino en el sentimiento, en el corazón del hombre. El sentimiento no es nunca un criterio de verdad. Explica que en el ámbito de las ciencias naturales, por ejemplo en el empleo de las matemáticas el resultado de una ecuación será siempre válida y no se verán nunca afectadas por una decisión previa del sentimiento, voluntad ni pasión de los individuos, que poco o nada tienen que ver con el resultado.

En cambio en la jurisprudencia, las decisiones y las soluciones de problemas, están dadas por pasiones y partidismos, que no persiguen la búsqueda de la verdad tanto en el ámbito público como el privado, sino la satisfacción de las pasiones humanas; de magistrados, jueces, abogados y legisladores.

Una tercera característica que encuentra como resultado de las comparaciones entre el objeto de la jurisprudencia y las ciencias naturales, es la figura de la ley positiva. Parte del criterio de que todas las ciencias naturales tienen leyes, y esas leyes son su finalidad suprema; existen leyes verdaderas y otras falsas. Pero esta falsedad no influye en su objeto.

En las leyes positivas, su característica es el ser y deber ser, que se desliza entre el Derecho

y la Ciencia, actúan respaldadas por la fuerza y por las sanciones, se imponen verdades o falsedades al objeto; el derecho natural tiene que renunciar a su verdad e inclinarse ante sus prescripciones. El saber, aún el falso y deficiente, se sobrepone al ser.

La ley positiva es rígida; el derecho progresivo. Por eso la verdad misma de aquella se convierte con el tiempo en falsedad. Por su carácter abstracto destruye su necesaria sencillez, la riqueza de las formas individuales; de ahí que existan figuras híbridas como la equidad y el arbitrio judicial. En definitiva la ley positiva es, un mero arbitrio, así cuando se fija la mayoría de edad a los 21, 18, 24 años, o la prescripción en 5, 10 años, etc. La ley positiva es el arma sin voluntad, sumisa a la sabiduría del legislador y a la pasión del déspota; ninguna legislación aún sea con previa preparación de mil años puede resolver los problemas sociales.

Kirchmann se preguntó por qué las ciencias naturales han llegado donde están, en la altura en que se encuentran, por ello presume que sólo lo natural, lo eterno es objeto. En cambio, en el mundo de la jurisprudencia *«tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura»*<sup>10</sup>.

Frente a las ciencias experimentales, la jurisprudencia se mueve en un círculo vicioso sin que exista progreso. No existe ninguna verdad definitiva; las discusiones se replantean, de las lagunas los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas; de lo que en ellas hay de falso, de anticuado, de arbitrario, etc., y por eso la jurisprudencia no ha progresado.

En su concepto, la verdadera Ciencia del Derecho tendría que tener por objeto una realidad necesaria e inmutable, que denomina «Derecho Natural» y su función debería consistir en el descubrimiento puro y simple de las verdaderas leyes del Derecho.

En esencia, para Kirchmann: la inmutabilidad, la permanencia, la universalidad del objeto es quién legitima a la ciencia; no hay en cambio, ciencia de lo variable, singular y contingente: la jurisprudencia no es, por lo tanto, auténtica ciencia.

Dentro de ese esquema, o se acepta como irremediable y definitiva la imposibilidad de concordancia de la jurisprudencia con el modelo de ciencia natural (negándole entonces a

aquella el carácter de ciencia), o se intenta dicha concordancia construyendo, *more mathematico*, una ciencia jurídica formalista o, *more biológico*, una sociología jurídica de carácter organicista; por esta segunda perspectiva la concepción de Kirchmann se conecta con el antinormativismo judicialista posterior [Véase; Treves: 1987].

La crítica de Kirchmann no sólo se proyecta sobre el objeto de la jurisprudencia sino, también sobre la actividad de los juristas, es decir, la labor que realizan los juristas que en su concepto no tiene un carácter científico. Sin embargo, de ello considera que esto no se debe a la incapacidad intelectual de los juristas sino a la imposibilidad de *aprehensión* del objeto.

La afirmación de Kirchmann de que el objeto de la jurisprudencia es variable puede ser aceptada sin grandes reparos. Pero, conviene señalar que en el Derecho no todo es contingente y que existen algunas instituciones que son permanentes. A pesar de ello, la variabilidad del objeto no significa la imposibilidad de la construcción científica del fenómeno jurídico.

De la propuesta de la crítica de Kirchmann podemos inferir que tuvo una visión estrecha e ingenua del concepto de ciencia. Porque comparó los resultados y los avances de las ciencias naturales con los escasos logros de la jurisprudencia. Por otra, estructuró su análisis en el método de la observación y experimentación. Las ciencias operan siempre sobre objetos inmutables y por eso pueden formular leyes generales que tengan validez absoluta.

La falta del análisis con el método de la observación y experimentación en la ciencia jurídica es la causa de la falta de progreso de la jurisprudencia; los trabajos, y descubrimientos de un siglo continúan siendo en los posteriores la base firme sobre la cual se proseguía la obra, que ha alcanzado ya las asombrosas dimensiones que conocemos.

Esta causa no radica en los investigadores mismos, en los juristas, sino en el objeto de estudio, en el Derecho que no sólo es contingente, sino que influido por los sentimientos personales del estudioso, las valoraciones, lo que impide obrar con objetividad. El Derecho es frecuentemente considerado como equivalente a ley positiva, que siendo producto de la voluntad humana no solo está en ello, sino está libre en los elementos contingentes y

arbitrarios dependiendo de las circunstancias de tiempo y lugar.

Desde su punto de vista, la ciencia del Derecho no cumple una función positiva. Porque parte importante de su labor consiste en tratar de poner remedio a los errores y deficiencias existentes en el Derecho positivo como consecuencia en buena medida del carácter abstracto y esquemático de la ley: «la ley positiva se parece a un sastre obstinado en que sólo usará tres medidas para todos sus clientes. La ciencia es el alma 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 que otro retoque»<sup>11</sup>.

Kirchmann llega a propugnar la supresión de los abogados, y de los jueces de profesión al decir: «hay naciones enteras que han vivido, y han sido grandes sin juristas de profesión»<sup>12</sup>. Se declara partidario de disminuir el número de leyes positivas, que, a su modo de ver, debería limitarse a formular los principios directivos. «Quedando reservado al sano juicio del pueblo su aplicación».

En definitiva, la única función que juzga de importancia en la elaboración de la jurisprudencia es la política legislativa, pero ésta es una función que la jurisprudencia excluye de sus cometidos. La mutabilidad del objeto, la ausencia de progreso, la falta de certeza, la inutilidad, las incapacidades de la aplicación práctica de los juristas y la variabilidad, son los argumentos que utiliza Kirchmann para negar el valor científico de la jurisprudencia.

De la mutabilidad del objeto extrae un conjunto de consecuencias que en su concepto han favorecido el pretendido retraso de la jurisprudencia:

*\* La ciencia jurídica se opone gustosa al progreso del conocimiento porque analiza con categorías muertas del pasado la realidad actual, comprimiéndola en un corse anticuado y estrecho.*

*\* El trabajo del jurista se limita al comentario de la ley.*

*\* La ciencia jurídica es esotérica. La ciencia jurídica provoca una disociación entre el sentimiento jurídico del pueblo y el Derecho de las academias, jueces y juristas.*

Una vez realizada el diagnóstico, Kirchmann, sugiere una terapéutica: «el país pide jurados y está harto de juristas». Su propuesta consiste en la eliminación de la jurisprudencia como saber jurídico y como actividad técnica de resolución de conflictos sociales. Acude en su explicación al ejemplo de la historia de grandes pueblos de la antigüedad, que no conocían la profesión jurídica y, sin embargo, eso no fue obstáculo ni para su desarrollo ni para su cultura<sup>13</sup>.

Por todo lo expuesto su modelo de ciencia es ingenua, veamos los argumentos:

*\* Tiene confianza ilimitada en el empirismo. Considera que la tarea de observación garantiza la objetividad del conocimiento. Pero, olvida que para clasificar hay que tener un previo criterio de clasificación y olvida la crítica de Hume al principio de inducción.*

*\* Infravalora el papel activo del conocimiento en la constitución del objeto. La naturaleza no habla por sí misma; sino es preciso preguntar mediante hipótesis y difícilmente encontramos respuestas.*

*\* Defiende que la tarea de conocer es describir las leyes inmutables de la naturaleza y no tiene en cuenta que la ciencia es un conocimiento provisional y que las hipótesis son propuestas para dar cuenta de los fenómenos. La ciencia no es reproductiva de las leyes de la naturaleza.*

*\* Considera que la ciencia es un saber universal e inmutable. Sin embargo, la moderna epistemología ha puesto de manifiesto el carácter provisional de conocimiento científico [Véase Kuhn: 1967].*

*\* Defiende la tesis de que sólo los objetos inmutables puede ser objeto del conocimiento. Con ese criterio muchas de las ciencias consolidadas hoy, no podrían considerarse como tales.*

La crítica de Kirchmann se basa en un modelo de ciencia que no era sostenible en su época ni ahora por las siguientes razones:

*\* El profundo cambio que ha experimentado en los últimos tiempos el concepto y sentido de ciencia, no permite que ni las ciencias de la naturaleza o las matemáticas sean consideradas como el saber absoluto y universalmente válido que se creía en el siglo XIX. Así, por ejemplo, hoy existen, junto a la tradicional geométrica*

*euclidiana, las geometrías no euclidianas<sup>14</sup>.*

*\* Desde finales del siglo pasado, junto a las matemáticas y a las ciencias de la naturaleza se acuñó por obra de autores como Dilthey, Windelband y Ricker, las categorías de las llamadas «Ciencias del espíritu», «Ciencias de la cultura», «Ciencias sociales» o «Ciencias humanas», las cuales tienen por objeto estudiar no la naturaleza física sino las acciones e instituciones humanas y sociales, los hechos culturales, regidos no por el principio de causalidad eficiente, sino por la intencionalidad y la referencia a valores.*

En definitiva, el carácter científico de la ciencia del Derecho, concebida hoy, está en función de los caracteres que se consideran definitorios de la ciencia en general. De modo que la ciencia del Derecho será calificada como ciencia, si partimos de un concepto amplio de ciencia.

No obstante ello, se ha señalado que la cuestión acerca de la científicidad o no de la jurisprudencia no es tan decisiva. El planteamiento de esta cuestión obedece al prestigio de que goza la ciencia en nuestras sociedades y a cierto complejo de inferioridad de los juristas que desean atraer para su actividad el halo de prestigio y de aprobación que rodea todo lo científico.

Frente a ello, se señala que lo decisivo a la hora de afirmar la importancia de la jurisprudencia no es que se la califique como ciencia, sino buscar la utilidad, sobre las funciones sociales que desempeña, respondiendo así a otro de los ataques que Kirchmann dirigió contra la jurisprudencia de la falta de utilidad. De cualquier modo, con independencia de los argumentos que utiliza Kirchmann, la pregunta sigue en el aire.

Veamos que es lo que existe en la literatura filosófica actual del sistema civil. Al respecto, Luis Atienza en el análisis de la postura de Kirchmann trata de demostrar que la cuestión de la «cientificidad de la jurisprudencia» es una cuestión mal planteada desde el punto de vista 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”. Nos encontramos, con un nuevo caso de «definición persuasiva», como lo prueba el hecho de que la polémica ha quedado, circunscrita a los juristas del Derecho continental y no en los del Common Law, donde los juristas gozan de un prestigio indiscutido. En otras palabras, Kirchmann tenía razón al sostener que la jurisprudencia no es ciencia, pero se equivoca, y como muchos de sus seguidores, al suponer que tal afirmación, por sí misma, no significa necesariamente un juicio crítico respecto a la jurisprudencia.

La principal carencia de la obra de Kirchmann es no haber partido de la distinción adecuada entre la ciencia y técnica, lo que le llevó a pensar, como a muchos juristas, que la jurisprudencia no es ciencia. La jurisprudencia es, según el trabajo de Atienza, una técnica y no puede dejar de serlo, pero aceptar esto no significa relegarla a un plano de menor importancia, sino de situar el problema en sus términos exactos.

Si aceptamos la idea de que la jurisprudencia es una técnica, los argumentos de Kirchmann también resultan inaceptables por las siguientes razones:

*\* En relación a lo que Kirchmann denomina «movilidad del objeto» no sólo es un inconveniente sino una característica estructural de la investigación técnica. Así se puede sostener que junto a los elementos variables del Derecho se han mantenido siempre la existencia de normas de carácter permanente, universal e inmutable, sobre las cuales al menos cabría levantar una Ciencia del Derecho natural.*

Ahora bien, su famosa frase «tres palabras de un legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura» podría encontrarse en el campo de la técnica, que la introducción de nuevos diseños convierten obviamente a los anteriores en obsoletas, pero con ello, no es tanto hacer una cosa u otra “ciencia o técnica” sino saber que es lo que se hace.

*\* El progreso técnico, es de naturaleza distinta al progreso científico. La investigación técnica no trata de explicar un acontecimiento sino de estudiar como se puede producir un determinado resultado, dadas ciertas condiciones; su fin no es propiamente conocer sino obtener ciertos resultados prácticos, valiéndose de ciertos conocimientos.*

En consecuencia, una regla técnica, será más progresiva que otra, si consigue obtener más y mejores resultados; en el caso de la dogmática, si permite resolver mas problemas jurídicos típicos o permite resolverlos mejor. No es difícil mostrar que la dogmática jurídica considerada globalmente, cumpla una función social útil: un sistema jurídico que careciera de elaboración dogmática estaría en posición de resolver menos problemas que el mismo sistema dotado de una dogmática adecuada.

De nuestra última afirmación se desprende una nueva consecuencia importante: la jurisprudencia es una actividad «dogmática», antes que técnica, porque presupone aceptar ciertos elementos de juicio que quedan fuera de discusión. Quizás el problema del carácter científico se debiera plantear en términos diferentes, ya que el conocimiento no necesariamente debe ser científico para que resulte importante y útil. En definitiva lo importante es nuestro conocimiento y no que éste sea calificado de científico o no científico. Claro que desde esta perspectiva el problema tampoco está solucionado, es decir, aunque prescindamos del calificativo de científico, lo que se sigue planteando es si la actividad de los juristas sirve para alcanzar el conocimiento y en su caso aumentarlo.

A estas alturas conviene advertir, que la crítica a la ciencia jurídica realizada por Kirchmann no tenía otro objetivo que el de responder a la concepción del positivismo jurídico de su época, sin plantear la posibilidad de una ciencia de tipo diverso, sino la ambición de los juristas formalistas de realizar en sus construcciones teóricas, tratamientos científicos del Derecho. Y, que como consecuencia, sus teorías no se substraeran a la acusación de no científicas, por lo que, en tanto la ciencia siga entendiéndose de dicho modo, la jurisprudencia no puede efectivamente substraerse.

Finalmente, comprendemos que una concepción diferente de ciencia, que comporte métodos analíticos distintos de los de la ciencia de la naturaleza, puede responder a la posibilidad de la ciencia de la jurisprudencia, cambiando de perspectiva el problema debatido. Esta dialéctica, no es algo exclusivo del pasado sino aun hoy desde diferentes sectores se insiste en la imposibilidad de construir una ciencia del Derecho, aunque utilizan argumentos diferentes a los de Kirchmann, llegan a la misma conclusión.

Sin embargo, es importante señalar que en los últimos veinte años la Sociología del Derecho

y el Análisis Económico del Derecho, contribuyen en un análisis científico del mismo, gracias a la aplicación de instrumentos y técnicas de estas ciencias al Derecho. Una cuantificación de ella es la aprehensión del Derecho como objeto científico y no como ciencia en si misma. [Véase el Trabajo de Huanca Ayaviri & del Granado: 1995].

### **Notas**

<sup>1</sup>Tanto en la conferencia de Kirchmann como en este trabajo, la palabra «jurisprudencia» se emplea en su sentido tradicional de «ciencia jurídica».

<sup>2</sup>Véase el trabajo del mismo autor en Análisis Económico del Derecho. Y sobre la estructura de las revoluciones científicas, el trabajo de Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962.

<sup>3</sup>KIRCHMANN, J. H. von; *La jurisprudencia no es ciencia*. 3a. ed. Madrid; Civitas, 1983.

<sup>4</sup>Ibídem, p. 11.

<sup>5</sup>Ibídem, p. 12.

<sup>6</sup>Ibídem p. 14.

<sup>7</sup>Ibídem, p. 15.

<sup>8</sup>Ibídem P. 16.

<sup>9</sup>Ibídem, p. 16.

<sup>10</sup>Ibídem, p. 29.

<sup>11</sup>Ibídem, p. 38.

<sup>12</sup>Ibídem, p. 48.

<sup>13</sup>Ibídem, p. 47.

<sup>14</sup>El problema de la posibilidad de una ciencia del Derecho cambia de perspectiva solamente cuando, a fines del siglo XIX se concibe otras formas de ciencia de la naturaleza, y esto último se ve entendido de forma diferente de lo que era tradicional desde el siglo XVII hasta el positivismo.