

**TRES CONCEPCIONES EN TORNO A LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO:
NEGACIÓN POR SU VARIABILIDAD, ERRADICACIÓN SEMÁNTICA E
INCORPORACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN**

Helga María Lell

Resumen

En este artículo se sintetizan tres afamadas propuestas en torno a la científicidad de la disciplina jurídica construidas a partir de lo que ocurre con el sentido de las normas jurídicas y de acuerdo a los criterios modernos de las ciencias. La primera de ellas, expuesta por von Kirchmann, constituye la más conocida concepción negatoria de la científicidad basada en la constante variación de las instituciones jurídicas. La segunda y la tercera afirman la científicidad disciplinar pero desde perspectivas diferentes. Kelsen construye su teoría acentuando las normas jurídicas en una versión formalizada al extremo, lo que implica desproverlas de contenido y erradicar su sentido. Por su parte, Ehrlich sostiene la científicidad pero reconoce el rol que ocupan los jueces en la interpretación normativa y los problemas que apareja el lenguaje.

Introducción

La concepción moderna de las ciencias, desde el siglo XIX, ha puesto en vigencia un modelo epistemológico basado en las ciencias formales y las ciencias naturales como guías. Esto condujo a que otros conjuntos de conocimientos debieran asimilarse a ellas o permanecer en la sombra como estudios poco confiables o pseudocientíficos¹. En este marco, la Ciencia del Derecho también debió atravesar el test de científicidad. Este artículo pretende difundir tres posturas en relación con su paradigma de época y postularlas en torno a lo que ocurre con el sentido de las normas jurídicas². Las tres teorías expuestas son cercanas temporalmente³ a

·Abogada (FCEyJ, UNLPam). Especialista y Maestranda en Estudios Sociales y Culturales (FCH, UNLPam), Doctoranda en Derecho (Facultad de Derecho, Universidad Austral). Becaria interna del Conicet. Investigadora de la FCEyJ y de la FCH (UNLPam). Docente en Filosofía del Derecho y Derecho Político. Mail: hlell@ius.austral.edu.ar.

¹ O, como afirma Levi-Strauss (2008), si a las disciplinas sociales (excepto la Lingüística) se las denomina “ciencias” es solo en virtud de una ficción semántica y una esperanza filosófica.

² Estas tres posturas son ampliamente conocidas por lo que la finalidad de difusión se reduce más bien a una suerte de recordatorio de estos pensamientos en torno al eje convocante. No obstante, se espera realizar algún tipo de aporte refrescante en la bibliografía usual a partir de la consulta y traducción de las obras en sus idiomas originales. En tal sentido, más que una cita indirecta, se tienen en cuenta algunos textos fundamentales en sus lenguas genéticas.

efectos de mostrar las reacciones en un contexto semejante. La primera de ellas, expuesta por von Kirchmann, constituye la más conocida concepción negatoria de la cientificidad basada en la constante variación de las instituciones jurídicas. La segunda y la tercera afirman la cientificidad disciplinar pero desde perspectivas diferentes. Kelsen construye su teoría acentuando las normas jurídicas en una versión formalizada al extremo. Ello implica desproveerlas de contenido y erradicar su sentido. Solo interesa su estructura lógica. Por su parte, Ehrlich sostiene la cientificidad pero reconoce el rol que ocupan los jueces en la interpretación normativa y los problemas que apareja el lenguaje.

No obstante lo dicho, antes de exponer estas tres posturas, se describe, brevemente, algunas características de concepción de las ciencias modernas.

La concepción moderna de las ciencias y la Ciencia del Derecho

Comenta Massini Correas (1983) que el paradigma científico moderno (que se funda con los descubrimientos matemáticos de Descartes) coloca a las ciencias exactas como ejemplo de rigor, certeza y claridad en las demostraciones. Así, ciencias solo eran aquellas que respondían a los cánones de las deducciones lógicas.

Pero no solo las disciplinas exactas asumieron el papel de modelo, sino que a ellas se sumaron, en el siglo XIX, las ciencias naturales con sus postulados fácticos y método experimental. Conforme a esto, el modelo científico se extendió a lo empíricamente verificable.

Ante este panorama, la Ciencia del Derecho solo tenía dos caminos para ingresar a la categoría científica: o bien constituirse como un sistema deductivo, o bien como una ciencia fáctica. Los juristas que adhirieron a la última vertiente concibieron la Ciencia del Derecho como un saber experimental, descriptivo de hechos y de afirmaciones empíricamente constatables. Al igual que las ciencias naturales, la Ciencia del Derecho debía abordar hechos jurídicos (ya sean leyes estatales, sentencias judiciales, hechos sociales, entre otros, según la escuela que emprendiera la tarea de estudio), describirlos, sistematizarlos, compararlos y encontrar principios explicativos generales que arrojaran predictibilidad y certeza en los fenómenos.

La concepción moderna de las ciencias brinda parámetros de cientificidad conforme a los cuales las ciencias fácticas (dentro de las cuales se encontraría la Ciencia del Derecho) deben

³ von Kirchmann escribe a mediados del siglo XIX, Ehrlich publica su cuantiosa obra entre ambos siglos y Kelsen, en el siglo XX (sus obras más importantes son elaboradas en la primera mitad, no obstante continúa introduciendo reformas hasta su muerte, acaecida en 1973).

reunir las siguientes cualidades: son empíricas en tanto parten de los hechos y los describen con prescindencia de su valor emotivo, son explicativas pues trascienden los hechos y su descripción para exponer sus causas y traducirlos en términos de leyes generales y son analíticas: abordan problemas circunscriptos para descomponerlos en elementos, su investigación es especializada en un objeto delimitado y conforme a una perspectiva definida, es metódica y planificada. El conocimiento científico es claro y preciso, sus resultados son comunicables y públicos, es sistemático pues conecta ideas lógicamente y es general ya que ubica enunciados particulares en esquemas amplios. También es legal pues busca leyes que expliquen los hechos singulares para aplicarlos como pautas generales (leyes naturales y sociales). Es predictivo puesto que las leyes generales se aplican para imaginar cómo puede ser el futuro a partir del pasado, las conclusiones científicas son verificables, es decir, deben aprobar la constatación empírica, las ciencias son abiertas puesto que todo conocimiento es refutable (Bunge, 1975 y 1997).

La concepción negatoria de la cientificidad del Derecho de von Kirchmann

La atribución de carácter científico al saber jurídico se encuentra estrechamente ligada a los caracteres que se consideran propios de la ciencia en general. Desde el paradigma moderno de las ciencias que responde a los cánones positivistas, se transitaron dos posturas posibles: la afirmación o la negación de tal atributo. Dentro de cada una de estas posturas se abren múltiples posibilidades de acuerdo a los fundamentos. Aquí nos abocaremos a la concepción negatoria de la cientificidad del Derecho a través de la postura de von Kirchmann⁴.

Desde una perspectiva positivista, este jurista negó valor científico al conocimiento jurídico por su no concordancia con el modelo de las ciencias naturales que propugnaba la

⁴ Se ha tomado la postura de von Kirchmann debido a que es una cita obligada por su trascendencia, pero también debido a que, como se ha dicho, su visión tiene en cuenta el cambio en las normas jurídicas. Sin embargo, cabe mencionar que no es la única postura negatoria relevante. A solo título ejemplificativo se pueden mencionar la postura del realismo norteamericano que acerca al Derecho a una técnica de predicción acerca del actuar judicial; la escuela crítica que entiende al Derecho como un discurso o relaciones de poder y la exposición de Marcelo Aftalión (1996), en “El revés del derecho”, artículo en el que argumenta que la tarea del jurista es la de hacer política y elaborar ideologías por lo que el ropaje científico que pretende dársele a tales labores es para darle visos de objetividad al deber de obedecer a una autoridad y esconder la arbitrariedad sociocultural o política de dicho deber de obediencia (Cf. Pettoruti y Scatolini, 2005).

Sobre la opción de poner en cabeza de von Kirchmann el ejemplo de la postura negatoria, esta obedece a que constituye el ejemplo más corriente en el común de la bibliografía que pretende introducir las preocupaciones de fines del siglo XIX y principios del siglo XX en relación a la posibilidad de constituir una Ciencia del Derecho (algunos ejemplos de ello son: Fassó, 1996, Atienza, 1985; Pettoruti y Scatolini, 2005, Díaz, 1971, Pacheco, 1990, Bornia, 2004, etc.). Al respecto, Vernengo señala que sería bueno archivar de una buena vez el alegato de von Kirchmann sobre el valor científico de la jurisprudencia (al señalar esto, polemiza directamente con Atienza en tanto se refiere al análisis que este último hace en una de sus obras. A su vez, Atienza le responde en otro artículo al cual se le suma una nueva réplica de Vernengo. (Vernengo, 1986, Atienza, 1986 y Vernengo, 1986b).

observación neutral de la naturaleza (valga la redundancia), la posibilidad de experimentación y la de la obtención de un conocimiento de nociones universales. Asimismo, el procurador prusiano apuntó que las ciencias naturales poseen un objeto que reúne las notas de universalidad, permanencia, estabilidad e inmutabilidad. Por el contrario, la jurisprudencia, que gira en torno a la legislación, no ha sido capaz de encontrar un objeto que reúna tales características. Las leyes de las ciencias naturales explican sus fenómenos de la misma manera en cualquier tiempo y espacio, mientras que las instituciones jurídicas mutan constantemente su regulación y experimentan las más diversas modalidades de consagración normativa.

El argumento central, entonces, radica en la índole individual y cambiante de la jurisprudencia en contraste con la generalidad y estabilidad de los demás objetos científicos. Como señala Novelli (2006), precisamente, el Derecho pertenece a la casta de las cosas singulares, irreductibles a su esquematización en una ley general porque es esencialmente mudable y huidizo.

La no científicidad de la jurisprudencia consiste en que los objetos de las ciencias naturales conservan sus características en todo tiempo y espacio y permiten el hallazgo de las leyes que los rigen. Por el contrario, en la jurisprudencia, cuando por fin se halla el auténtico concepto de una institución, es probable que el objeto ya haya cambiado.

La siguiente peculiaridad que emerge, es la variabilidad del Derecho natural como objeto de la jurisprudencia. El sol, la luna y las estrellas brillan hoy como hace miles de años, las rosas florecen hoy como lo hacían en el paraíso. Pero, mientras, el Derecho se ha convertido en algo más. El matrimonio, la familia, el Estado, la propiedad han sido objeto de las más diversas formaciones (Kirchmann, 1848: 10).⁵

Los resultados de las labores de los juristas, entonces, solo pueden ser inestables y lo único constante en ellos es que permanentemente se encuentran en tela de juicio. Así, la jurisprudencia siempre llega con retraso en relación con la evolución progresiva y nunca puede alcanzar la actualidad.

Como consecuencia derivada de lo anterior, la jurisprudencia, en caso de procurar la permanencia forzada de los conceptos elaborados y, por lo tanto, la de su objeto normativo, atentaría ella misma contra el desarrollo del Derecho.

⁵ Traducción de Lell, Helga.

Por otro lado, la jurisprudencia carecía de influencia en la realidad y para qué sirve conocer un objeto o una situación si no es con el fin de intervenir sobre él o ella. Mientras los legisladores crean leyes, un objeto cognoscible para el pueblo y que interviene directamente sobre la convivencia social, la pretendida Ciencia Jurídica cae en puras especulaciones y en disquisiciones sin sentido práctico. Peor aún, cuando produce conocimiento, lo hace sobre una legislación que ya no vive en el pueblo, que ha cambiado y que el pueblo ya no conoce.

La tarea de la jurisprudencia es también como la de todas las demás ciencias. Ella tiene que entender su objeto, hallar sus leyes, convertirse en el final de las cuestiones, reconocer la relación y la conexión de las formaciones particulares y, finalmente resumir sus conocimientos en un sistema simple. Mi tema se disuelve en la pregunta acerca de: ¿Cómo ha resuelto la jurisprudencia estas funciones? ¿Qué tiene ella de particular en comparación con lo que hacen otras ciencias? ¿Llega en forma anticipada o mirando hacia el pasado? (Kirchmann, 1848: 8)⁶

Por último, la jurisprudencia carecería de valor científico por no haber creado nada para el conocimiento del objeto de su estudio. Para von Kirchmann, lo central de la jurisprudencia es dar a conocer al pueblo la legislación vigente. En estos términos: ¿de qué ha servido la Ciencia Jurídica? Para el procurador prusiano, la respuesta es poco y nada en tanto no logra dar cuenta de la normatividad.

En síntesis, todas las objeciones que realiza von Kirchmann a la científicidad de la jurisprudencia provienen de la ausencia de las características de inmutabilidad, permanencia y universalidad en su objeto. La ciencia de lo variable, singular y contingente, de acuerdo a la concepción moderna, no puede existir (Novelli, 2006, Fitta Quirino, 2010, Pacheco, 1990, Ciuro Caldani, 1996, Díaz, 1971).

La formalización del Derecho y Kelsen

Kelsen intentó, en su *Teoría Pura del Derecho*⁷, elaborar una teoría jurídica que respondiera a los estándares de las ciencias positivistas y, que como tal, estuviera depurada de toda ideología política o consideraciones morales. Su propósito fue el de elevar el estudio del Derecho al rango de ciencia diferenciada de la moral, de la política y de las ciencias naturales

⁶ Traducción propia.

⁷ Se han utilizado la versión francesa y dos versiones con traducción al español de la *Teoría Pura del Derecho*, una efectuada por Vernengo y la otra por Nilve (ver Kelsen, 1962, 1982 y 2008).

de modo tal que su progreso dejara de ser lento y claudicante en comparación con el de las otras disciplinas científicas con ella emparentadas⁸.

La teoría propuesta por el maestro vienés se aboca al estudio del derecho positivo en general (no a ordenamientos jurídicos en particular) para determinar qué es el Derecho y cómo se forma. Es decir, prescinde de toda consideración de política jurídica acerca de cómo debería ser. La característica de pureza deviene del hecho de que la *Teoría Pura del Derecho* ignora todo lo que no responde a su definición. El objeto de estudio son las normas positivas y desde un enfoque formal por lo que no existe cabida para consideraciones valorativas (Kelsen, 1982).

En este marco, las normas jurídicas como objeto de estudio son juicios hipotéticos que se rigen por el principio de imputación (no de necesidad): ante determinado antecedente (conducta ilícita) debe ser la sanción⁹. Las normas jurídicas son enunciadas mediante un uso del lenguaje prescriptivo (no pueden predicarse valores veritativos de ellas). Esto las diferencia de los enunciados científicos que las describen: las reglas de derecho (pueden ser verdaderas o falsas ya que son empíricamente verificables).

En cuanto a la validez normativa, esta es parte de su existencia e implica que ella ha sido creada por un acto conforme al procedimiento y por el órgano que la norma de orden superior establece. El proceso de fundamentación es ascendente hasta arribar al tope del ordenamiento jurídico piramidal. La fundamentación del ordenamiento jurídico depende de su eficacia pues la norma hipotética fundamental (no es positiva pues es un supuesto gnoseológico) señala que debe obedecerse al constituyente originario. Es decir, cuando una primera constitución ha

⁸ Ejemplo conspicuo de esta postura de Kelsen son los siguientes párrafos de la *Teoría Pura del Derecho*: “¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas u no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase” (Kelsen, 1982: 11).

Es interesante destacar con Aimone Gibson (1996) que hablar de materias como la justicia, valores, ética, moral, política, entre otros, implica referirse, precisamente, al material que el mismo Kelsen desecha y, por lo tanto, en la perspectiva kelseniana se constituyen en temáticas residuales.

⁹ Las normas así presentadas son las que pueden clasificarse como normas primarias ya que son las que imputan una sanción a la comisión de un hecho ilícito. Por su parte, las normas secundarias constituyen meros auxiliares que permiten conocer cuál es la conducta debida.

resultado eficaz, todas las normas derivadas de ella serán válidas (Kelsen, 1982 y Aftalión, Vilanova y Raffo, 1999).

Esta somera síntesis ha sido expuesta con la finalidad de demostrar la influencia de la concepción moderna de las ciencias pues ha dado origen a las discusiones en torno a la Ciencia del Derecho como tal y ha obligado a repensar constantemente acerca de su objeto en torno a las ideas kelsenianas. En principio, el jurista vienés logró mostrar la importancia de las normas jurídicas como parte del espectro jurídico empíricamente analizable. Pero además de la relevancia expuesta, Kelsen logró superar en buena medida las críticas de von Kirchmann puesto que su descripción de normas jurídicas es completamente formal y, por ello, inmutable en el tiempo. Mientras se dé el juicio lógico de carácter hipotético-deductivo, entonces, habrá norma y objeto del derecho. Se ha dicho que la superación de las críticas del procurador prusiano ha sido solo “en buena medida” puesto que este jurista se refería a las normas provistas de sentido, a las instituciones jurídicas materiales, al contenido de las normas. Kelsen, más que resolver este problema desvió el cambio como solución.

La interpretación y el Derecho para Ehrlich

En los acápite precedentes se han expuesto las visiones sobre la cientificidad del Derecho de von Kirchmann y de Kelsen. En este apartado se presenta la postura de Ehrlich¹⁰. En virtud de que la concepción acerca del Derecho de este pensador se centra en una perspectiva sociológica, no se desarrolla en forma detallada su pensamiento. No obstante ello, sí es menester destacar algunas de las tesis de este pensador, sobre todo las que presenta en una en sus obras a los efectos de mostrar el rol de la interpretación jurídica que desarrollan los jueces y su relación con la ‘Ciencia’ del Derecho.

Ehrlich fue contemporáneo y compatriota de Kelsen¹¹ por lo que es interesante observar los puntos de partida en común. Carrino (1993) apunta que al primero le inquietaba una cuestión que, al fin de cuentas, también preocupó al maestro vienés, y que consiste en cuál es la relación entre el derecho formalmente válido y las relaciones de vida de un pueblo con tanta diversidad interna como el caso del Imperio Austro-Húngaro. En otras palabras, ¿cómo puede

¹⁰ Agradezco especialmente a la Dra. Olga Salanueva quien me recomendó incursionar en el pensamiento de Ehrlich en relación a la cientificidad del Derecho y ha colaborado enormemente en tal tarea.

¹¹ Esta afirmación es más bien genérica puesto que, en realidad, Ehrlich es diecinueve años mayor que Kelsen y su deceso se produjo cincuenta y un años antes que el del segundo. No obstante ello, sus pensamientos sí se entrecruzaron, tal es así que Kelsen realizó una reseña crítica de la obra de Ehrlich lo que motivó la réplica de este.

ser que de una diversidad sociológica pudiera surgir una unidad jurídica? No obstante este punto inicial en común, las respuestas de cada uno fueron opuestas: Ehrlich se abocó a la vida del Derecho y Kelsen a las cualidades formales de las normas jurídicas¹².

Su posición, al igual que la de Kelsen, se inscribe en el marco del positivismo aunque difieren en el objeto empírico. Ehrlich considera que la Ciencia del Derecho es parte de la ciencia teórica de la sociedad, es decir, de la sociología del Derecho¹³ y que, por lo tanto, la observación de los hechos, de la sociedad misma, es su método (Fucito, 1999).

Pero, como se ha manifestado al comenzar este apartado, no es la intención aquí presentar el pensamiento de Ehrlich sino tan solo algunas de sus reflexiones particulares y, en especial, las que aparecen en su escrito “Libre Investigación del Derecho y Ciencia del Derecho libre”¹⁴ puesto que revelan, dentro del paradigma de la época, una visión en cuanto al rol de la interpretación jurídica. En la obra mencionada, Ehrlich retoma una tesis expuesta en otro artículo acerca de las lagunas en el Derecho según la cual el juez, cuya tarea es decidir conforme al Derecho positivo vigente, aprovecha las oscuridades del ordenamiento jurídico y los conceptos “más resbaladizos”¹⁵ para tener en cuenta las exigencias de la evolución del

¹² En palabras de Carrino (1993: 2-3) “Lo que es importante subrayar es que la vida en Bucovina, provincia lejana del Imperio Austro-Húngaro, permitió a Ehrlich el preguntarse por el mismo problema, que, en el fondo, agitaba, en Viena, a Hans Kelsen, alrededor de veinte años más joven que Ehrlich: ¿cuál es la relación entre el derecho formalmente válido y las relaciones reales de la vida de pueblos tan diversos (en Bucovina cohabitamos alemanes y judíos, rusos y rumanos, gitanos y eslovacos, y muchas otras nacionalidades)? ¿Cuál es la relación entre unidad y multiplicidad en el derecho? ¿Cómo es posible que esa multiplicidad real sea una unidad (jurídica)? ¿Cómo es posible que semejante unidad —el derecho del Imperio Austro-Húngaro—, sea, a pesar de ser un derecho único y unitario, una diversidad sociológica? El mismo interrogante mueve, desde el principio, a Ehrlich y Kelsen, pero las respuestas, como veremos, serán radicalmente diferentes. Ehrlich parte de la vida del derecho, mientras que Kelsen, teniendo bien presente en su mente los contrastes y las diferencias de la realidad social, se plantea como problema prioritario, no la laceración de la vida real, sino aquel de la unidad de las formas jurídicas, aunque este problema, en una reflexión más profunda, es también un problema de la vida, en la cual existen tanto la unidad como la multiplicidad.” Traducción de Lell, Helga

¹³ Al respecto, por ejemplo, dice: “El término *Jurisprudenz* ha comprendido la ciencia del derecho tanto práctica como teórica; y es probable que esta terminología consuetudinaria sea retenida pero será necesario distinguir entre la teoría del derecho en el sentido propio del término, la ciencia del derecho, por un lado, y la ciencia jurídica práctica (*Jurisprudenz*), simplemente, por el otro. Desde que el derecho es un fenómeno social, cada clase de ciencia jurídica (*Jurisprudenz*) es una ciencia social; pero la ciencia jurídica en el propio sentido del término, es una parte de la ciencia teórica de la sociedad, de la sociología. La sociología del derecho es la ciencia teórica del derecho (*die wissenschaftliche Lehre vom Recht*)”. (Ehrlich, 1935/220: 25) Traducción de Lell, Helga.

¹⁴ Ver Ehrlich, 2005: 53-107.

¹⁵ La calificación de “más resbaladizos” es utilizada por Ehrlich. De acuerdo a la tradición actual podría pensarse en la expresión de “conceptos jurídicos indeterminados” ampliamente difundida en el terreno del derecho administrativo. De cualquier manera, Ehrlich tiene en mente expresiones a las cuales, en virtud de los problemas propios del lenguaje tales como la vaguedad, la ambigüedad o la textura abierta, se les pueden brindar diferentes significados según las circunstancias interpretativas. Asimismo, dentro de los ejemplos que este autor brinda, incluye algunos principios como el de la buena fe. En este caso se refiere a la dificultad de definir qué es la buena fe de manera exacta aunque los jueces sí recurren a ella para calificar ciertos hechos y argumentar sus posiciones. Si bien no es lo que tiene en mente Ehrlich, creo que se puede recurrir nuevamente a la idea de un

Derecho. En concordancia con ello señala que el Derecho no es un sistema cerrado y pleno de reglas jurídicas abstractas sino que consiste en decisiones particulares y, por ello, el juez, cuando las reglas jurídicas se lo permiten, adapta el Derecho a las necesidades propias del contexto de interpretación¹⁶. El énfasis está puesto en la actividad creativa, ya sea en forma consciente o inconsciente, del juez que debe hallar una decisión equitativa acorde con las circunstancias de los casos concretos.

El juez, en efecto, está vinculado al Derecho legal y al consuetudinario, a la tradición y a los principios expresados en decisiones anteriores, pero todo esto no es considerado como fundamento de la decisión, sino más bien como límite hasta el cual se extiende la libertad del juez. Al respecto, sólo le sirve como pauta el principio de que la decisión ha de hallarse conforme a las reglas del arte jurídico: con otras palabras, dicha decisión no puede echar por tierra, sin más ni más, las reglas que hasta ahora han estado vigentes de forma general. Así, ciertamente, se impide el paso a innovaciones repentinas y demasiado atrevidas, pero de ningún modo se impide su desarrollo orgánico (Ehrlich, 2005: 58).

En las líneas antes citadas, Ehrlich reconoce la posibilidad de mutaciones en los sentidos atribuidos a las formulaciones normativas, fenómeno que usualmente ocurre en forma gradual¹⁷. Esto es producto de los planteos antagónicos que son llevados ante los jueces y que requieren una solución que provenga de un sujeto (el juez) pero que no dependan de su voluntad (es decir, que no sean arbitrarias) sino de un sentimiento general de justicia emanado de una fuente superior. Así, el jurista debe encontrar y declarar el derecho vigente, pero al hacerlo también añade algo.

Otra cuestión que apunta Ehrlich es que la relevancia que se le otorga al Derecho en la vida cotidiana depende de las personas llamadas a aplicarlo, afirmación que contrasta notablemente con la concepción moderna y dogmática de la Ciencia del Derecho que confía en el método exegético para conocer la voluntad del legislador y alcanzar un sentido verdadero y único de las normas jurídicas, a la par que subsume al juez al rol de mero autómatas y boca de la ley.

concepto analógico que se manifiesta en diferentes realidades y en distintos grados, a la par que da lugar a la discrecionalidad del juez a la hora de fallar.

¹⁶ Por ejemplo, dice: “Una disposición legal puede ser totalmente inútil para condiciones y casos legales para los cuales nunca ha sido formada. Una disposición legal es sin embargo una nueva creada por el juez o el jurista, incluso a pesar de que otra disposición legal sea citada desde el antiguo código para servir como su base.” (Ehrlich e Isaacs, 1922: 143). Traducción de Lell, Helga.

¹⁷ Como puede notarse, la aseveración que realiza Ehrlich deriva en un punto común con la propuesta hermenéutica que se expone en esta tesis, es decir, el que implica el desentrañamiento del sentido de los textos normativos en contextos diferentes al de enunciación y frente a hechos y en contextos que motivan una actualización del significado de tales textos.

Para este autor, las leyes, que son asumidas como la fuente principal del Derecho, han surgido de un proceso de cristalización del derecho consuetudinario y del derecho de los juristas. El derecho moderno, basado en las legislaciones repletas de prescripciones como expresiones máximas de la esencia del Estado funcional, se presenta a sí mismo como inamovible y completo. No obstante ello, esto es solo una apariencia ya que, como apunta el iusfilósofo austríaco, todos los sistemas de reglas tienen lagunas jurídicas y no existe medio para detener la evolución de las instituciones sociales que brindan contenido a las normas de decisión.

¿Por qué acaece esta ficción? En palabras del mismo Ehrlich:

De todas maneras, por lo general es infinitamente más fácil decidir de forma correcta un determinado caso que establecer una norma abstracta y dotada de validez general para todos los casos concebibles: no puede sostenerse seriamente que una regla proporcionará la solución más justa incluso para aquellos casos para los que no fue pensada en absoluto. En realidad, el objetivo que se pretende con el descubrimiento técnico del derecho no es éste, sino otro enteramente distinto: el de crear un Derecho, si no siempre justo, sí al menos seguro y previsible, y al propio tiempo ofrecer protección frente a un tratamiento arbitrario y partidista del Derecho (Ehrlich, 2005: 58).

Si estas son las dos intenciones perseguidas, es decir, la de la seguridad jurídica y la de la previsibilidad de las decisiones, el Derecho ha fracasado y continuará fracasando en su misión, puesto que no es un dogma rígido. Aún más, el autor en tratamiento asegura que la administración de justicia usualmente encuentra las soluciones justas aun cuando deba recurrir a “camino circunvalatorio” para ello ya sea porque modifica el sentido hasta ese entonces atribuido en la aplicación de una ley o porque la relega al olvido.

Por otro lado, para alcanzar la caracterización de objetivas de las decisiones judiciales, el Derecho se vale de recursos como la colegialidad y las instancias de recursos. Sin embargo, esta empresa es caracterizada como inútil en tanto toda aplicación de una regla general a un caso particular es efectuada por sujetos individuales.

Como puede notarse, el pensamiento de Ehrlich realiza un aporte allí donde Kelsen había dejado vacío al Derecho. Kelsen, para superar las objeciones que se presentaban a la creación de una teoría general del Derecho, como las formuladas por von Kirchmann, recurrió a una formalización extrema. En este punto, Ehrlich no se preocupó por las formas sino por la vida del Derecho, cómo se manifiesta en la sociedad y era receptado por los jueces y por la legislación.

Consideraciones finales

La discusión respecto de la cientificidad disciplinar del Derecho proviene de larga data sin lograr acuerdos. En este breve artículo se han presentado tres posturas. Dos de ellas son ampliamente reconocidas tales como la negatoria de von Kirchmann y la afirmativa y formalizadora de Kelsen. La postura de Ehrlich no suele ser tan citada en los estudios iusfilosóficos como sí lo es en el ámbito de la sociología jurídica.

Asimismo, la preocupación central en la presentación de estos pensadores ha sido poner en relieve cómo su teoría se preocupa por el cambio en la normatividad y en la interpretación jurídicas. von Kirchmann reconoció lisa y llanamente que el Derecho es sumamente cambiante y que esta es una característica intrínseca. Precisamente, dado este defecto¹⁸ el Derecho no puede ser una ciencia por carecer de capacidad de predicción y de brindar explicaciones universales. Las descripciones siempre son tardías puesto que cuando algo ha sido comprendido, el objeto ha cambiado.

Por su parte, Kelsen logra sortear el problema del cambio jurídico al reducir las normas jurídicas a estructuras completamente formales. Con ello erradica el contenido de las prescripciones por lo que este deja de formar parte del objeto de estudio. Solo es tenido en cuenta en la faceta nomodinámica para constatar la validez material de una norma, es decir, si ha sido creada de acuerdo al contenido de una norma superior.

Por último, Ehrlich, compatriota de Kelsen, postula que el Derecho se compone de enunciados elaborados mediante lenguaje y que, por lo tanto, revisten un conjunto de problemas. Estos inconvenientes tales como la ambigüedad, la textura abierta o la vaguedad, constituyen puertas para que los operadores judiciales puedan reinterpretar los textos jurídicos a la luz de las circunstancias concretas y de los hechos de cada caso. Las normas jurídicas que importan aquí son más bien las individuales que llenan de vida a las normas jurídicas generales. Para este pensador la interpretación es una parte vital del Derecho como disciplina social.

¹⁸ Por supuesto que también se lo podría caracterizar como una virtud pero, en el marco del pensamiento de von Kirchmann en relación a la cientificidad de la disciplina jurídica, esta característica es un obstáculo para la adquisición de tal estatus.

Referencias bibliográficas

- Aftalión, E., Vilanova, J., Raffo, J. (1999). *Introducción al Derecho*. 3° ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- Aftalión, Marcelo (1996). “El revés del derecho”. *El Derecho*. 24 de mayo de 1996. T. 167.
- Aimone Gibson, Enrique (1996). “Política e ideología en el pensamiento de Hans Kelsen” en Oliva, Claudio (ed.). *Estudios sobre Hans Kelsen*. Valparaíso: Edeval.
- Atienza, Manuel (1985). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova.
- Atienza, Manuel (1986). “Sobre la jurisprudencia como técnica social: respuesta a Roberto J. Vernengo”. *Doxa*. N. 03 (1986).
- Bornia, Mónica Beatriz (2004). *Introducción al Derecho. Sus temas*. Buenos Aires: La Ley.
- Bunge, Mario (1975). *La Ciencia, su método y su filosofía*. Buenos Aires: Siglo Veinte.
- Bunge, Mario (1997). *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*. 1° edición. Edición revisada. Buenos Aires: Ed. Sudamericana.
- Carrino, Agostino (1993). “Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto”. *Working Paper* n. 79. Barcelona: Università di Napoli, 1993. Disponible en <http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/1401/ICPS79.pdf;jsessionid=3C14C42271C6072C940535E6166C9514.recercat1?sequence=1>. Visitado el 04/06/2013.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Acerca de la crítica jurídica de Kirchmann”, en Ciuro Caldani, Miguel Ángel. *Estudios Jusfilosóficos*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.
- Díaz, Elías (1971). *Sociología y Filosofía del Derecho*. Taurus Humanidades.
- Ehrlich, Eugen (1936/2002). *Fundamental principles of the sociology of law*. Moll, Walter (translator). 4° printing. New Jersey: Transaction Publisher.
- Ehrlich, Eugen (2005). “Libre investigación del derecho y ciencia del derecho libre”. *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*. Gómez García, Juan Antonio, Muñoz de Baena, José Luis y Robles Morchón, Gregorio (Traducción, notas y estudios preliminares). Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- Ehrlich, Eugen y Isaacs, Nathan (1922). “The Sociology of Law” en *Harvard Law Review*, Vol. 36, No. 2 (Dec., 1922), pp. 130-145. Publicado por The Harvard Law Review Association. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/1329737>. Consultado el 05/06/2013.
- Fassò, Guido (1996). *Historia de la Filosofía del Derecho*. Tomo 3. Siglos XIX y XX. Madrid: Ediciones Pirámide, Biblioteca EUEMA.
- Fitta Quirino, Juan Carlos (2010). “La jurisprudencia no es ciencia. A 125 años de la muerte de Julius Hermann von Kirchmann”. *Revista Argumentos. Estudios críticos de la sociedad*. Nro. 64, año 23/ septiembre-diciembre 2010. Universidad Autónoma Metropolitana. Disponible en <http://scielo.unam.mx/pdf/argu/v23n64/v23n64a15.pdf>. Consultado el 19/04/2013.
- Fucito, Felipe (1999). *Sociología del derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Kelsen, Hans (1962). *Théorie Pure du Droit*. Eisenmann, Charles (trad.). 2° édition. Paris: Dalloz.
- Kelsen, Hans (1982). *La Teoría Pura del Derecho*. Vernengo, Roberto J. (trad.). 2° ed. México: UNAM.
- Kelsen, Hans (2008). *Teoría Pura del Derecho*. Nilve, Moisés (trad.). 4° edición. 7° reimpresión. Buenos Aires: Eudeba.
- Kirchmann, Julius Hermann von (1848). *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als wissenschaft: ein Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*. Berlin: Verlag von Julius Springer. Edición digital de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla. Disponible en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/werthlosigkeitDerJurisprudenz.pdf>. Consultado el 12/08/2011.
- Lévi-Strauss, Claude (2008). “Una encuesta difícil”. *El Correo de la UNESCO. Claude “Levi-Strauss: miradas distantes”*. Nro. 5.
- Massini, Carlos Ignacio (1983). *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Novelli, Mariano (2006). “Las ideas de Kirchmann acerca de la ciencia jurídica. Consideraciones sobre epistemología y derecho”. *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Vol. 29. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/907/727>. Consultado el 20/01/2012).
- Pacheco G., Máximo (1990). *Teoría del Derecho*. 4° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- Pettoruti, Carlos Enrique y Scatolini, Julio César (2005). *Elementos de Introducción al Derecho*. Buenos Aires: La Ley.
- Vernengo, Roberto J. (1986) “Ciencia jurídica o técnica política: ¿es posible una ciencia del Derecho?”. *Doxa*. N. 03 (1986).
- Vernengo, Roberto J. (1986b). “Réplica a la respuesta de M. Atienza”. *Doxa*. N. 03 (1986).