

## **Capítulo I. Metodología jurídica y teoría de la argumentación.**

Seguramente recordamos que antes de promulgarse el Código Civil Francés a inicios del siglo XIX, el Derecho Europeo aparecía -aún para los juristas- como algo difuso y confuso. Es que al antiguo tronco del Derecho Romano, dotado de indiscutible racionalidad, se habían ido agregando costumbres de los distintos pueblos que fueron ocupando los territorios que antes formaron el Imperio Romano y los numerosos estatutos, edictos y otras normas dictadas por diversas autoridades de alcance local, que lo fueron convirtiendo en algo muy difícil de conocer y, por ende, algo que hacía completamente impredecible la decisión de una cuestión litigiosa.

Es cierto que progresivamente se había ido formando una especie de derecho común, especialmente necesario para el desarrollo del comercio, para la expansión de la economía que funcionaba bastante bien entre los mercaderes (*lex mercatoria*). Pero tampoco había seguridades a la hora de pleitear, no sólo por la falta de certeza del Derecho, sino porque el poder de los jueces era visto como una delegación del poder del señor o del rey, por lo que sus decisiones debían acatarse estuvieran o no motivadas, invocaran o no justificación en normas jurídicas, fueran o no justas, porque eran, antes que nada, expresión de autoridad derivada de un poder soberano y que no tenía más límites que la voluntad del monarca, único al cual debían, eventualmente, rendirse cuentas.

En ese contexto, es enteramente comprensible que se señalara la necesidad de construir un nuevo orden jurídico basado en principios racionales y de exigir que los jueces justifiquen sus decisiones en tales reglas y principios jurídicos racionales. Es la propuesta del iluminismo, el pensamiento filosófico político y jurídico de la Ilustración de los siglos XVII y XVIII que, a su vez, representa un primer modelo de ciencia del derecho: una ciencia que consiste en descubrir mediante el ejercicio de la razón práctica los principios y reglas que deben adoptarse para regular la convivencia en paz y hacer posible la cooperación social. Para más datos, es una ciencia racional que piensa en la legislación necesaria para un nuevo orden social.

En el siglo XIX, cuando ese proceso está en marcha, se plantea abiertamente la discusión acerca de la ciencia del Derecho, ciencia jurídica o jurisprudencia, término usado en otros idiomas (alemán e inglés). El modelo de la ciencia racional sigue teniendo firmes adeptos pero junto a él aparecen otras propuestas que reivindican, junto a la razón, la experiencia de la historia y la tradición nacional de cada pueblo. Y algunas voces (Von Kirchmann, 1848) que se oponen frontalmente a considerar el quehacer de los juristas como científico.

Desde entonces la discusión sobre la ciencia jurídica ha sido una de las cuestiones centrales para los juristas, que no han llegado a acuerdo acerca de si existe algo que pueda ser calificado como tal y, en caso de inclinarse por la afirmativa, tampoco han coincidido en las características de esa ciencia.

Es indiscutible que desde entonces y de modo creciente se ha afirmado el prestigio y el poder de la ciencia y se han ido construyendo distintos tipos de ciencia, calificadas de maneras diversas, sea como ciencias formales -del tipo de las matemáticas o las lógicas- sea como ciencias empíricas -del tipo de las ciencias naturales o de las ciencias sociales... Para los juristas parece importante poder hablar de ciencia jurídica porque esa denominación convoca para su trabajo valores de verdad, de autoridad de un saber calificado, prestigio académico y valor social nada desdeñables. Pero también plantea problemas:

- Qué es la ciencia del Derecho?
- Cómo es el método de esa ciencia?

Empecemos por despejar un equívoco en que podemos incurrir: al hablar de "ciencia del Derecho" no estamos sosteniendo que el Derecho sea el producto de algún tipo de ciencia, como sería una ciencia de la legislación, sino que nos estamos planteando si nuestra actividad como juristas que estudiamos el Derecho y trabajamos con él, se ajusta a algún modelo que podamos calificar como científico.

Aquí empieza el desconcierto porque -como observa Carlos S.Nino- la propia noción de ciencia ofrece dificultades, que no se limitan a la consabida confusión entre la actividad y el resultado de la actividad, en este caso, la investigación científica y sus aportes cognoscitivos. Lo que complica las cosas es que no hay una característica definitoria para la ciencia, esto es, alguna nota cuya presencia permita afirmar con certeza que estamos ante una ciencia y cuya ausencia permita descalificar como tal cualquier tipo de saber que no la tenga.

Muchos han buscado esa definición señalando que lo que caracteriza a una ciencia es que tiene un método para estudiar su objeto. Soslayando las dificultades que puede ofrecer la determinación del objeto de la ciencia jurídica -sabemos que hay distintas concepciones acerca del derecho- y centrándonos en la cuestión del método, encontramos nuevos problemas cuando tratamos de definir al método científico y muchos más cuando tratamos de ver cómo un método aceptado como científico puede aplicarse para investigar el Derecho.

Para que podamos verlo con la claridad necesaria, conviene hacer una breve reseña de algunos intentos de construir una ciencia jurídica y señalar el método apropiado para hacerla, que se han propuesto desde inicios del siglo XIX hasta mediados del siglo XX.

En el siglo XIX, la ciencia del derecho era todavía la ciencia de la legislación y había obtenido un logro magnífico que fue el proyecto de Código Civil Francés, finalmente aprobado por Napoleón y vigente desde 1804 en toda Francia. Con ese cuerpo legislativo se instauraba un nuevo orden que consolidaba y daba nuevo impulso al desarrollo del capitalismo y reordenaba según un nuevo modelo las relaciones patrimoniales y familiares, incluyendo el matrimonio y la herencia. Todo quedaba tan claro y ordenado que no parecía necesaria ninguna interpretación y lo que mejor podía suceder es que los jueces se atuvieran al tenor literal de las disposiciones allí contenidas, realizando aquel ideal de Montesquieu de limitarse a "ser la boca que pronuncia las palabras de la ley". Esta visión del derecho y de la actividad de los juristas y operadores se conoció como Escuela de la Exégesis y se extendió, con variantes, durante todo el siglo XIX francés.

En Alemania también la preocupación por la ciencia jurídica consistía en elaborar una legislación tan perfecta y admirable como la francesa, que un prestigioso jurista como Thiebaut propuso adoptar derechamente, a lo que se opuso otro también prestigioso jurista, Savigny, proponiendo, con una concepción distinta de la ciencia jurídica, una metodología diferente para legislar. Savigny y sus múltiples seguidores consideraron que la legislación debía expresar el espíritu de cada nación, recoger las raíces romanas del derecho pero también la evolución que las instituciones jurídicas fueron experimentando a través del tiempo, adaptándose a las necesidades y a los valores propios del pueblo alemán. Pero al mismo era necesario captar la esencia de esas instituciones, descubrir los principios fundamentales que las rigen y crear un verdadero sistema jurídico, dotado de unidad y perfección. Aparece así la Escuela Histórica y su método histórico sistemático, que exige un estudio diacrónico y sincrónico de los materiales jurídicos para construir un sistema perfecto. Ese fue el trabajo de los juristas alemanes de todo un siglo que culminó en el Código Civil Alemán de 1900.

En el transcurso de ese arduo trabajo se fueron perfilando orientaciones distintas: para los germanistas el enfoque histórico tuvo mayor peso mientras que para los conceptualistas lo más importante fue construir los conceptos y los principios centrales de las instituciones que formaron el sistema jurídico. Para estos últimos la

evolución debía estudiarse sólo para comprender lo actual pero la tarea del jurista científico era construir el concepto y de ese concepto derivar la normativa que debía regular cada instituto. En esta línea, se habla de un método que parte de los materiales normativos disponibles en un movimiento ascendente hacia los conceptos y luego desde los conceptos reinterpreta y reconstruye el verdadero sentido de los materiales normativos.

La diferencia con el proceso francés fue que como el derecho estaba en proceso de construcción, no sólo los juristas que querían construir el derecho aplicaron el método del conceptualismo sino también los juristas prácticos en su propósito de interpretar y aplicar el derecho a los casos concretos que iban tratando de resolver.

Sin embargo ese método recibió críticas y hubo sucesivas propuestas de ajustes a partir de las últimas décadas del siglo. Así hubo quien recordó que el Derecho se hace para la vida y para alcanzar ciertos fines y entonces era preciso incorporar al método el aspecto teleológico (método lógico-sistemático-teleológico).

A comienzos del siglo XX se produjo casi simultáneamente una rebelión contra la Escuela de la Exégesis en Francia y contra el conceptualismo alemán. En Francia la encabezó Francois Geny señalando que los juristas prácticos debían realizar una tarea más compleja que la exégesis de los textos legales y habló de investigación científica, en la que junto con "lo dado" -que eran los datos de hecho y la legislación vigente- importaba "lo construido" por los intérpretes y aplicadores según una metodología que calificaba de científica. En Alemania, que ahora tenía su código civil, la reacción contra el conceptualismo positivado fue más radical y vino con el "movimiento del derecho libre" que inició Kantorowicz en 1906, rechazando tanto la metafísica de los conceptos como la aplicación estricta del derecho legislado, en aras de una mayor aproximación a la vida práctica del derecho, aunque sin proponer una metodología para hacer eso. Quien sí propuso un método para el interprete y aplicador fue poco más tarde P.Heck, sosteniendo que lo que hace el derecho es resolver conflictos de intereses y lo hace estableciendo preferencias entre esos intereses: las normas deben interpretarse desde esa perspectiva y el jurista que debe interpretarlas y aplicarlas debe proceder teniendo en cuenta eso: el método consiste en identificar los intereses en pugna, ver como los han valorado y preferido las normas y trasponer esa valoración al caso concreto.

Ante ese abigarrado panorama que venimos de esbozar de modo harto simplificado es ineludible preguntarse si realmente existe un método que permite afirmar que el estudio que hacemos del derecho constituye una ciencia. Parece más o

menos evidente que no puede constituirse una comunidad científica sin algunos acuerdos básicos en cuanto al método de la ciencia que practican quienes la integran.

El panorama se complica aún más cuando vemos que los dogmáticos que centran su estudio en áreas determinadas del ordenamiento jurídico vigente -normas procesales, penales, tributarias, laborales, etc- suelen postular la existencia de una ciencia del derecho que se corresponde con ese recorte temático -ciencia del derecho procesal, ciencia del derecho penal, del derecho tributario, o del derecho laboral- y suelen afirmar la autonomía científica de esas ramas del derecho y hasta sostener que tales ciencias tienen un método propio. Y a veces se confunde el método científico con las reglas que la legislación establece para la actividad interpretativa o para superar algunos problemas del sistema como son las contradicciones o los vacíos que pudieran complicar la resolución de algunos casos. Es lo que ocurre con los tan mentados arts 16 a 20 del Código Civil Uruguayo.

El reiterado fracaso de los juristas en construir una metodología que fuera aceptada pacíficamente por toda la comunidad jurídica para investigar y validar resultados, ha fortalecido el escepticismo sobre la cuestión de la ciencia jurídica y ha llevado a pensar en el derecho desde otra perspectiva.

Empieza a considerarse que en lugar de buscar un método científico que oriente nuestro trabajo en el llamado "contexto del descubrimiento" es mejor buscar un modo de alcanzar consenso -aunque sea provisorio- en un "contexto de justificación". Más sencillamente, no parece ser tan importante estar de acuerdo en un procedimiento para interpretar o aplicar las normas jurídicas, como construir un modo de justificar a los demás las soluciones o decisiones que proponemos como correctas.

Esa consideración opera un viraje en los intereses de los juristas, los lleva a desentenderse de la cuestión metodológica -entendida al modo tradicional de búsqueda de un método para encontrar soluciones- y a concentrarse en el modo de justificar las propuestas interpretativas o de aplicación normativa y eso conduce al desarrollo reciente y creciente de la teoría de la argumentación jurídica, que desde mediados del siglo XX viene a sustituir la preocupación anterior por la construcción de una ciencia del derecho sobre la base de trabajar en la metodología jurídica.

Ese viraje implica mirar hacia la tradición, a la antigüedad donde ya los griegos del siglo VII A.C. se habían ocupado de estudiar la argumentación sobre los problemas jurídicos (Corax en Siracusa) y hasta en reflexionar teóricamente sobre ella como lo hizo Aristóteles en el siglo IV A.C. que habló de tópica, de retórica, de dialéctica y de

sofística. Algunos pensadores, en la posguerra y más precisamente en la década de los cincuenta, volvieron la mirada a esos trabajos y replantearon la tarea de los juristas como una actividad de argumentación.

Seguidamente vamos a revisar someramente las propuestas de los llamados "precursores de la teoría de la argumentación" especialmente Theodor Viehweg, Chaim Perelman y Stephen Toulmin, para centrarnos más tarde en la "teoría de la argumentación jurídica" que se constituye a fines de la década del setenta.

- 1953. Theodor Viehweg.
- 1958. Chaim Perelman y Lucien Olbrechts-Tyteca.  
StepehnToulmin.
- 1978. Robert Summers.  
Neil McCormick  
Robert Alexy.

### **Bibliografía recomendada**

NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del Derecho. Buenos Aires, Astrea, ..

MALHERBE, Hugo. Introducción a la Ciencia Jurídica

### **Para la discusión**

1. *Von Kirchmann sostuvo en una conferencia en Berlin en 1848 el argumento de que "bastan cuatro palabras rectificadoras del legislador para convertir bibliotecas enteras en basura". Puede afirmarse que con eso demostró que el derecho no puede ser objeto de conocimiento científico?*

2. *Si hipotéticamente pensáramos al estudio del derecho como una ciencia empírica, ¿cuál podría ser el método adecuado que usara un jurista científico? ¿Cómo podríamos hacer hipótesis y verificarlas?*