

ARIEL DERECHO

ALBERTO CALSAMIGLIA

INTRODUCCIÓN A LA  
CIENCIA JURÍDICA

EDITORIAL ARIEL, S. A.  
BARCELONA

UNIVERSITAT POMPEU FABRA  
BIBLIOTECA



1000871328

K  
232  
56  
C8

*Para Silvia*

1.ª edición octubre 1986  
2.ª edición: septiembre 1988  
3.ª edición: octubre 1990

© 1986: Alberto Calsamiglia

Derechos exclusivos de edición en castellano  
reservados para todo el mundo:

© 1986 y 1990: Editorial Ariel, S. A.  
Córcega, 270 - 08008 Barcelona

ISBN: 84-344-1525-9

Depósito legal: B. 37.693 - 1990

Impreso en España

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

## INTRODUCCIÓN

La actividad del filósofo del derecho ha sido tradicionalmente contestada y criticada. Por una parte, los juristas teóricos que se dedican a disciplinas positivas han considerado que la filosofía del derecho no era más que una *cultura de adorno*. Por otra parte, los juristas prácticos tampoco han apreciado especialmente la actividad de los filósofos del derecho y se han desinteresado de sus investigaciones.<sup>1</sup> Supongo que estas críticas tienen un fundamento, y no es de extrañar que exista un cierto malestar entre los filósofos del derecho. En ningún campo del derecho se ha discutido con mayor calor la utilidad de una disciplina. Las principales revistas abordan —de una forma recurrente— el tema del método y la función de la filosofía del derecho.<sup>2</sup>

Una de las primeras dificultades con las que se encuentra este tipo de trabajos es delimitar qué se entiende por filosofía del derecho, cuáles son sus objetivos y sus métodos. El filósofo del derecho se ocupa de temas diversos, difíciles de reducir a unidad, porque no existe una sola forma de hacer filosofía. Las disciplinas que no están reconocidas en el mundo académico inician su andadura bajo el ropaje de la filosofía jurídica hasta que consiguen su emancipación. La sociología jurídica es un buen ejemplo.

Tampoco hay que olvidar que existen filosofías del derecho de los filósofos y filosofías del derecho de los juristas —como puso de manifiesto Bobbio<sup>3</sup>— y que, a veces, unas y otras tienen campos de investigación distintos.

El malestar de los filósofos del derecho puede provenir de ese cajón de sastre que es su disciplina. Esto permite que dos personas pertenezcan al mismo gremio sin conocer las reglas que practican e incluso sin tener la posibilidad de entenderse porque usan lenguajes distintos. El origen del problema se encuentra en la creciente tendencia a la especialización.

Creo que la diversidad temática no es una buena razón para explicar el atraso —o, mejor, la falta de progreso— de la filosofía jurídica. Hoy, más que nunca, se convocan sim-

posios, discusiones y mesas redondas, congresos sobre temas concretos que demuestran la vitalidad de la filosofía jurídica. También se tiende a tratar problemas concretos y urgentes de actualidad —muy específicos— que van dirigidos a un círculo de destinatarios muy reducido. Por otra parte, la diversidad temática y metodológica impide al filósofo del derecho seguir todos los problemas a la vez. Recientemente, Ralph Dreier ha señalado que «la situación actual de la filosofía y la teoría del derecho está caracterizada por dos tendencias opuestas pero mutuamente complementarias: por un proceso de especialización intradisciplinaria, de una parte, y por un esfuerzo de teorizaciones reintegrantes, de otra. Ambas tendencias proporcionan conjuntamente la imagen de un pluralismo de teorías, metodologías y terminologías que impiden que un solo individuo pueda ser experto en todos los ámbitos. Ante esta situación, es una cuestión de preferencias personales la decisión por el tipo de trabajo jusfilosófico y teórico jurídico que uno desee emprender» (*Doxa*, n.º 1, 1984, p. 77). Revistas como *Journal of Law and Economics* o *Philosophy and Public Affairs*, son una buena muestra de la preocupación por los problemas candentes de la actualidad que exigen una buena dosis de especialización.

Entre las tareas de la filosofía jurídica la reflexión sobre la ciencia jurídica dogmática es especialmente atractiva. Sin ánimo de infravalorar los otros posibles objetos de la filosofía del derecho, voy a dedicar la atención a la filosofía de la ciencia jurídica.

#### LA CIENCIA JURÍDICA COMO OBJETO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

La reflexión sobre el método y el contenido de la ciencia jurídica dogmática es un tema clásico de la filosofía jurídica. Lo ha sido siempre y hoy quizá lo es más porque, como antes, se cuestiona su estatuto científico.<sup>4</sup>

Son muchos los que todavía piensan con Kirchmann que «tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura» y muestran, como el autor alemán, un malestar ante la falta de progreso de la dogmática y su escasa aplicabilidad práctica.

El filósofo del derecho se ha preocupado del problema de la ciencia del derecho. Sin embargo, el vocablo ciencia jurídica ha sido utilizado de muy diversas formas. En principio —en este trabajo—, entenderemos por ciencia del derecho el

saber que trata de describir las normas jurídico-positivas y que tradicionalmente se ha denominado dogmática jurídica o jurisprudencia. Además de este saber sobre el derecho existen otros, como la sociología jurídica, la filosofía política, la historia del derecho, que se ocupan del mismo objeto material pero desde perspectivas metodológicas diversas. De momento, debemos seleccionar una de estas visiones para analizarla, y creo que la que más interesa aquí es la dogmática jurídica. Interesa especialmente porque es el saber jurídico más desarrollado, y uno de los principales vehículos de transmisión del conocimiento jurídico en muchas disciplinas jurídicas.

El objetivo de mi trabajo es analizar el saber jurídico dogmático, y prestaré especial atención a sus supuestos fundamentales, sus reglas de juego y sus funciones sociales.

Muchos filósofos del derecho han dedicado atención a la dogmática y a su crítica. Otros han propuesto modelos innovadores de ciencia jurídica. Kelsen —por ejemplo— expresó su profunda insatisfacción frente a los resultados de la dogmática jurídica —esclava del poder y de la ideología— y propuso un nuevo modelo de ciencia jurídica, distinto al modelo dogmático tradicional.<sup>5</sup> Esa insatisfacción ha ido creciendo y ha provocado tal malestar entre los juristas, que la justificación de la dogmática se vuelve muy compleja. Dos son las críticas fundamentales: la escasa relevancia práctica y la falta de rigor metodológico.

#### 1. La relevancia práctica

Existe una opinión bastante generalizada según la cual la dogmática es irrelevante porque no resuelve los problemas más importantes de la sociedad. La dogmática jurídica, en efecto, no alcanza a cumplir los objetivos que la sociedad solicita. Es muy frecuente sostener que los juristas tienen una lógica especial que se desvía de los dictados del sentido común. Los problemas más urgentes del momento o no se resuelven bien o no se resuelven en absoluto. ¿Para qué sirve un saber incapaz de resolver los problemas prácticos y urgentes?

Otros se quejarán de que los supuestos de la dogmática están sesgados ideológicamente y que a través de las categorías dogmáticas no se puede explicar de forma adecuada el derecho.

También se aducirá que a medida que progresa, se torna

más esotérica, y el vulgo —como diría Kirchmann— no entiende ya el derecho que se separa del espíritu y el sentimiento del pueblo. El círculo de los destinatarios de la dogmática se vuelve cada vez más reducido. El saber jurídico es más complejo, más difícil de entender y, por tanto, mucho más difícil de juzgar y de utilizar por aquel que no pertenezca a ese círculo.

Ahora bien; esa acusación de irrelevancia carece de sentido. La ciencia no puede resolver todos los problemas que se plantean. Como dice Kuhn, «la calidad de un puzzle no depende de la importancia o el interés intrínseco de la solución. Por el contrario, los problemas más acuciantes, como el remedio contra el cáncer o la consecución de una paz duradera, no suelen ser puzzles, entre otras cosas porque lo más probable es que no tengan solución».<sup>6</sup> La ciencia sólo se plantea problemas que se pueden solucionar dentro de su marco. La ciencia no resuelve cualquier problema. Si se acusa a la dogmática de que es incapaz de solucionar los conflictos sociales con seguridad y justicia, y por esa razón se le niega estatuto científico, también se debe negar científicidad a la biología porque no resuelve el enigma del origen del cáncer. La crítica de la irrelevancia práctica puede conducir a negar estatuto científico a la mayoría de las ciencias maduras.

Un segundo punto de interés: el *esoterismo*. Un saber —por ser esotérico— no pierde su estatuto científico. Más bien el fenómeno es al revés. Según Kuhn, una de las características de la ciencia madura es que sólo pretende tener audiencia en los estrechos límites de la comunidad científica. «Las matemáticas y la astronomía eran ya disciplinas esotéricas en la Antigüedad; la mecánica empezó a serlo después de Galileo y Newton; la electricidad después de Coulomb y Poisson; y así sucesivamente.»<sup>7</sup> Desde el punto de vista del progreso del conocimiento, ni la irrelevancia práctica ni el esoterismo son obstáculos insalvables. La urgencia social no ha sido siempre un criterio fértil para acelerar el conocimiento científico.

Se puede sostener —apoyándonos en Kuhn— que la falta de relevancia de los problemas que resuelve una ciencia no es razón suficiente para negarle estatuto científico. Hay quien espera que la ciencia le resuelva todos los problemas. La ciencia es el mejor de los conocimientos que poseemos, pero no todo problema se puede resolver a través de ella. Quien sienta malestar porque la ciencia jurídica no resuelve los

problemas más importantes, no ha entendido los límites del saber científico.

Por otra parte, la acusación de irrelevancia es ingenua porque, ciertamente, la dogmática jurídica resuelve problemas importantes, ocupa un lugar destacado en el campo de la decisión política y tiene unas funciones sociales determinadas.

## 2. La polémica metodológica

La insatisfacción y el malestar entre los juristas se debe también a la falta de rigor metodológico. Esta cuestión tiene una larga historia desde Laband, Jellinek y Kelsen hasta la actualidad. El saber jurídico se convertirá en ciencia a partir del momento en que se encuentre un método jurídico que le permita seleccionar su objeto. Tras el esfuerzo kelseniano —y las críticas de que ha sido objeto—, la cuestión metodológica continúa planteándose pidiendo auxilio a los métodos que en otras ciencias han tenido éxito. La sociologización de la ciencia jurídica<sup>8</sup> o la utilización de la teoría como un arma política<sup>9</sup> vuelven a renacer en el pensamiento actual.

El análisis de la polémica metodológica durante los últimos tiempos mostrará que ha producido mucho calor pero muy poca luz. Se parte de la base de que el monismo metodológico es la varita mágica que permite convertir el saber jurídico en un saber riguroso.

Sin embargo, la función de la polémica metodológica no ha sido siempre positiva. Se ha dedicado demasiada energía a discutir desde qué perspectiva se debe observar el fenómeno jurídico, y no se ha valorado el rendimiento explicativo de cada una de ellas. La función negativa de la polémica metodológica ha consistido en impedir que las escuelas observen el fenómeno jurídico desde una perspectiva distinta a la preconizada por la escuela. Creo que ese monismo tiene efectos paralizantes del conocimiento. Las polémicas entre Kelsen y Ehrlich, Hart y Dworkin, realismo y normativismo —entre otras— muchas veces no han permitido discutir problemas sino que han propiciado una disputa de carácter normativo: ¿cómo debe ser el saber jurídico para ser científico?<sup>10</sup>

La poca luz que ofrecen las polémicas proviene de la construcción del punto de vista. Quien se enzarza en una polémica metodológica observa el mundo del derecho desde una perspectiva determinada. Desde ella afila sus armas para de-

mostrar que la única visión correcta del derecho es la suya y que todas las demás son incompatibles e insuficientes.

Ahora bien; por debajo de cada una de las posturas metodológicas existe la creencia de que el método convertirá el saber jurídico en saber científico. Es necesario persuadir a las demás escuelas de las excelencias del método.<sup>11</sup>

Pero ¿qué es un método? Los filósofos de la ciencia creen que el objetivo de la ciencia es el conocimiento verdadero. La metodología es un criterio que permite determinar si una proposición científica es verdadera o falsa. Sin embargo, los criterios que se han utilizado para identificar la verdad a lo largo de la historia han sido muy variados. Entre ellos la razón y la experiencia han ocupado un lugar hegemónico. Burnett —por ejemplo— sostuvo la tesis del milagro de la filosofía.<sup>12</sup> Según este autor, el éxito de los filósofos jonios se encuentra en que supieron sintetizar magistralmente la razón y la experiencia. El desarrollo posterior de la filosofía y de la ciencia no es más que la consecuencia lógica de la utilización de estos principios. Sin embargo, esta tesis no es aceptada por todos, puesto que Cornford —por ejemplo— sostuvo que la filosofía jónica fue heredera de las viejas cosmogonías<sup>13</sup> y rechazó la tesis milagrosa.

En el transcurso de las páginas siguientes desarrollaremos una historia de la metodología de la ciencia en la cual aparecerán y reaparecerán la razón y la experiencia como facultades y procedimientos que sirven sea para *descubrir la verdad* sea para *controlar* que las afirmaciones que realiza la ciencia son verdaderas (en terminología moderna en el contexto del descubrimiento o en el contexto de justificación). Mediante esta historia pretendo mostrar que en las ciencias maduras no existen unos métodos que permitan descubrir mecánicamente la verdad y que tampoco existen unos procedimientos que permitan justificar —con seguridad— la verdad de los enunciados de la ciencia. En este sentido, mi argumento se podría sintetizar del siguiente modo: una de las causas del malestar entre los juristas es la falta de rigor metodológico. La ciencia jurídica está atrasada porque no ha adoptado el método de la ciencia. Creo, sin embargo, que exigir rigor metodológico externo a la ciencia jurídica es excesivo porque las propias ciencias carecen de unos procedimientos que garanticen —de una forma definitiva— el descubrimiento y la justificación de la verdad. Es muy posible que muchas ciencias maduras no pasaran el test establecido por los metodólogos de la ciencia. Si ello

fuera cierto resultaría absurdo exigir a la ciencia jurídica mucho más que a cualquier otra ciencia. Sin embargo, esta tesis es muy fuerte y creo que debo dar un rodeo por el campo de la historia de la filosofía de la ciencia para justificarla, y precisamente por esta razón he dedicado el primer capítulo de mi trabajo a este problema.

Este rodeo permitirá justificar el punto de vista desde el cual he trabajado. Los estudios de metodología de la ciencia jurídica han sido proyectos de modificación de este saber. Creo que las metodologías prescriptivas han intentado juzgar el saber jurídico desde una concepción determinada de la ciencia y no han prestado excesiva atención a los problemas que preocupaban y preocupan a los juristas. Mi punto de vista es diferente. En este trabajo trato de comprender la jurisprudencia como una actividad desarrollada en el marco de una comunidad determinada. El estudio de los presupuestos, de las reglas de juego, de las funciones sociales y de los criterios de valoración de las teorías constituye el objetivo fundamental de este trabajo. Evidentemente, un estudio completo de la comunidad jurídica exigiría considerar no sólo la dogmática jurídica sino también el papel de los prácticos del derecho, de los jueces y de los abogados. De momento, me interesa prestar especial atención a la dogmática jurídica porque es el lenguaje que se utiliza para la transmisión del conocimiento jurídico y porque tanto abogados como jueces, legisladores y juristas en general lo usan. Ello no quiere decir que en la comunidad jurídica sólo intervengan teóricos del derecho. Precisamente una de las tesis fundamentales de este trabajo es mostrar el carácter descriptivo y prescriptivo de la ciencia jurídica dogmática.

Este libro no trata de responder a la cuestión de si el saber jurídico es un saber científico, ni tampoco trata de proponer un nuevo proyecto de ciencia jurídica. Su objetivo es describir cómo es y cómo se desarrolla la jurisprudencia; trata, por tanto, de describir el funcionamiento de la comunidad dogmática. Creo que un proyecto de reforma del saber jurídico exige —como diría Austin— conocer cómo es ese saber. Para saber cómo debe ser la ciencia jurídica debemos conocer cómo es hoy esa actividad como condición previa. Este punto de partida tan sencillo no ha sido el usual en el campo de la crítica metodológica, puesto que se ha preferido importar concepciones de la ciencia y utilizarlas como parámetros de juicio de la actividad dogmática. Probablemente, la respuesta a la cuestión si el saber jurídico es

científico o no ha constituido la principal preocupación de los metodólogos externos de las ciencias jurídicas. Pienso que nuestro conocimiento no aumenta por el hecho de que respondamos a esta cuestión. Estoy convencido de que la comunidad jurídica como tal existe, tiene unas reglas de juego y unos objetivos y funciones sociales determinados. Es posible que esta comunidad ejerza una función social que, desde un punto de vista ideológico o político, sea incompatible con determinados ideales, pero eso no es razón suficiente para desconocerla. El objetivo final de todo saber consiste en aumentar nuestro conocimiento, y creo que el nuestro puede aumentar si llegamos a comprender el funcionamiento de la comunidad dogmática.

El capítulo de agradecimientos debería ser largo. Muchos estudiantes y compañeros de la Universidad Autónoma de Barcelona —imposible de citarlos a todos— han discutido algunos aspectos de mis tesis y me han salvado de incurrir en algunos errores graves. Mi amigo y colega de la Universidad de Alicante, Manuel Atienza, ha leído con atención el original y me ha sugerido críticas que me han sido de gran utilidad. Jorge Malem también lo leyó y me obligó a replantear con un lenguaje más claro algunos problemas importantes. También debo agradecer a Xavier Calsamiglia su ayuda en el primer capítulo de este trabajo que hace referencia a la cuestión metodológica y, sobre todo, a las discusiones sobre los problemas —muy semejantes— que acechan a la ciencia económica y a la jurídica. Sin embargo, a pesar de su ayuda, es posible que existan en este texto confusiones y errores imputables única y exclusivamente al autor.

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA CUESTIÓN METODOLÓGICA EN LA FILOSOFÍA DE LA CIENCIA

## INTRODUCCIÓN

El problema de los universales queda ya muy lejos. Las polémicas entre realistas y nominalistas sobre el conocimiento han sido resueltas en favor de los últimos. La tarea de conocer no se reduce a describir esencias intemporales que están más allá de la experiencia. Definir no es describir una realidad de un mundo trascendente.

Quizá convenga iniciar —un poco crudamente— este capítulo haciendo esta advertencia porque todavía existen muchos juristas que sostienen una visión realista —desde el punto de vista epistemológico— y siguen creyendo que conocer es describir esencias intemporales mediante definiciones. Nino ha sostenido que «en el pensamiento teórico, y en el jurídico más que en ningún otro todavía, tiene alguna vigencia la concepción platónica de la relación entre el lenguaje y la realidad... Esta concepción sostiene que hay una sola definición válida para cada palabra, que esta definición se obtiene mediante intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados por la expresión, y que la tarea de definir un término es, en consecuencia, descriptiva de ciertos hechos».<sup>14</sup>

La polémica se ha resuelto en favor de los nominalistas porque la tarea cognoscitiva no se reduce a definir. Las definiciones han dejado de ser el modo de conocer la realidad y han pasado a ser una mera operación lingüística para la formulación de los conceptos teóricos. Lo que caracteriza un conocimiento no es el concepto (es decir, la definición) sino el método (es decir, el procedimiento).

## EL MÉTODO RACIONALISTA CLÁSICO

Desde sus orígenes, la filosofía ha desconfiado de la percepción sensible. El problema de la apariencia y la realidad en la reflexión griega y helenística es un buen ejemplo. Pla-

tón trató de argumentar que la percepción sensible no es una forma de conocimiento verdadero.<sup>15</sup> Los sentidos nos engañan y padecemos ilusiones. Carnéades —desde una perspectiva escéptica— demostró con ejemplos —el palo sumergido en el agua, la soga y la serpiente— que la percepción sensible no garantiza el descubrimiento de la verdad.

El éxito de la geometría, que a partir de unos axiomas que se consideran evidentes demuestra de manera lógica una serie de proposiciones que se cumplen en el mundo físico, afianzará la convicción de que la razón es el único método fidedigno de conocimiento.

El racionalismo clásico tuvo en Descartes a uno de sus principales representantes. Para Descartes la verdad es manifiesta. Una vez descubierta, se hace evidente a todos. De la validez de las proposiciones primitivas (que son evidentes y no necesitan demostración) se deduce lógicamente un número inacabado de proposiciones científicas que no pueden ser puestas en duda. Descartes sostuvo que la razón era la única facultad humana que permitía conocer. El método de conocimiento era deductivo, inspirado por la matemática. El racionalismo clásico siguió la senda de la desconfianza ante la percepción sensible. La justificación de la verdad de una proposición se encuentra en su origen: la razón.

El racionalismo clásico abrió una puerta a la metafísica que costaría mucho cerrar. Hoy parece que el principio empirista en un sentido muy amplio, según el cual todo conocimiento sintético debe estar relacionado con la experiencia, se halla firmemente enraizado en todas las ciencias no formales. Por consecuencia, dedicaremos nuestro esfuerzo al estudio de las dificultades con que tropieza el programa empirista.

#### EL MÉTODO EMPIRISTA

El empirismo rudimentario y clásico de Bacon rechazó las tesis racionalistas. La razón no es la facultad cognoscitiva humana. Bacon sólo aceptó como verdades algunas proposiciones que expresan hechos. El verdadero método cognoscitivo es el experimental. La naturaleza es el auténtico libro. Todos podemos leerlo mediante nuestros sentidos.

El científico debe acumular observaciones con la mente limpia de prejuicios y expectativas. En principio, debe abstenerse de formular hipótesis previas a la observación. El

camino de la investigación científica es relativamente sencillo. Primero hay que observar los hechos y registrarlos. Luego se deben analizar y clasificar y, por último, a través de un proceso inductivo, se deben formular generalizaciones. La objetividad del conocimiento viene garantizada por la ausencia de ideas preconcebidas y de hipótesis. El método experimental garantiza la verdad de los descubrimientos científicos.

El programa baconiano ha tenido especial fortuna en la historia de la ciencia a pesar de que —como es bien sabido— resulta insostenible. En el siglo xx, todavía algunos autores han mantenido ideas cercanas a Bacon. Por ejemplo A. B. Wolfe escribe: «Si intentáramos imaginar cómo utilizaría el método científico... una mente de poder y alcance sobrehumanos, pero normal en lo que se refiere a los procesos lógicos de su pensamiento, el proceso sería el siguiente. En primer lugar, se observarían y registrarían todos los hechos sin seleccionarlos ni hacer conjeturas *a priori* acerca de su relevancia. En segundo lugar, se analizarían estos hechos observados, sin más hipótesis ni postulados que los que necesariamente supone la lógica del pensamiento. En tercer lugar, a partir de este análisis de los hechos se harían generalizaciones inductivas referentes a las relaciones, clasificatorias o casuales entre ellos. En cuarto lugar, las investigaciones subsiguientes serían deductivas tanto como inductivas, haciéndose inferencias a partir de generalizaciones previamente establecidas.»<sup>16</sup>

Carl Hempel ha denominado esta posición metodológica «concepción inductiva estrecha de la investigación científica» y tiene buenas razones para criticarla. Una investigación sin previas conjeturas es impracticable, pues ¿qué hechos deben observarse? ¿Todos? ¿Cómo se clasifican sin un criterio previo? Hempel sostiene que el «tipo de datos que haya que reunir no está determinado por el problema que se está estudiando, sino por el intento de respuesta que el investigador trata de darle en forma de conjetura o hipótesis». Los hechos no hablan por sí mismos.

El segundo problema importante es el de la inducción. Las observaciones son de hechos concretos y singulares. Sin embargo, las proposiciones de la ciencia son universales. El problema de la inducción es cómo establecer la verdad de enunciados universales a partir de la experiencia. Es cierto que la experiencia enseña que de una regularidad observada se puede inducir una ley general, pero también es cierto que, como dice Popper, «el intento de fundamentar el principio

de inducción en la experiencia lleva inevitablemente a un regreso al infinito». <sup>17</sup>

Hume, siguiendo la senda empirista, sostuvo que la experiencia era el único criterio de la verdad sintética. Y en base a ese criterio criticó la metafísica con las siguientes palabras: «Cuando persuadidos de estos principios recorreremos las bibliotecas, ¡qué estragos deberíamos hacer! Tomemos en nuestra mano, por ejemplo, un volumen cualquiera de teología o metafísica escolástica y preguntémoslo: ¿Contiene algún razonamiento abstracto sobre la cantidad y el número? ¿No? ¿Contiene algún razonamiento experimental acerca de los hechos y las cosas existentes? ¿Tampoco? Pues entonces arrojémoslo a la hoguera porque no puede contener otra cosa que sofismas y engaños.» <sup>18</sup>

Pero Hume no se limitó a sostener el principio experimental, sino que también negó todo fundamento lógico a la inducción. Escribe este autor: «No hay nada en un objeto cualquiera, considerado en sí mismo, que nos dé alguna razón para extraer una conclusión que vaya más allá de él mismo; incluso después de la observación de una conjunción constante o frecuente de objetos, no hay ninguna razón para hacer inferencia alguna sobre los objetos de los que no hemos tenido experiencia.» <sup>19</sup>

El programa metodológico del empirismo —en su sentido más radical— no tiene nada que ver con la investigación científica, puesto que no logra fundamentar la inducción ni ofrece criterios para seleccionar los hechos y clasificarlos. Es evidente que para hablar de un objeto es preciso seleccionar un aspecto de él.

Por otra parte, en el mejor de los casos, este empirismo vulgar y estrecho se limita a describirnos lo que percibimos con los sentidos sin ninguna posibilidad de generalización. Eso choca con la idea que tenemos acerca de la ciencia, pues las teorías generales forman el núcleo más importante de la ciencia.

Pero fue la propia historia de la ciencia la que se encargó de refutar el empirismo estrecho. La física newtoniana no fue inducida a partir de hechos observables: no es posible observar algo que se parezca a una fuerza newtoniana. Para poder observar los efectos de la física newtoniana y su medición es preciso que se tenga ya la teoría newtoniana. El científico no pregunta cualquier cosa a la Naturaleza porque la respuesta al problema está predeterminada por la pregunta, es decir, por la teoría. <sup>20</sup>

Ni la razón ni la experiencia son criterios que permiten —por sí solos— asegurar la verdad. Kant intentó poner de manifiesto el carácter creativo de la ciencia sin negar su carácter empírico, conjuntando la tradición racionalista con la empirista.

#### LA APORTACIÓN DE KANT

La obra de Kant constituye una aportación sumamente importante para la cuestión epistemológica y metodológica. Por una parte, consideró que sólo es legítima la utilización de ideas y conceptos relacionados de algún modo con la experiencia: «Ninguno de nuestros conocimientos precede a la experiencia y todos comienzan con ella.» <sup>21</sup> Esta afirmación supone el reconocimiento de la *aportación empirista* y el rechazo de toda metafísica. Sin embargo, Kant fue consciente de que en las ciencias empíricas existen ciertos conceptos que no corresponden a ninguna realidad observable y, consecuentemente, no negó su legitimidad.

Pero a partir de ahí, mostrará su desacuerdo respecto al empirismo vulgar y estrecho. El conocimiento empírico presupone un marco general de ideas y principios. «Si es verdad que nuestros conocimientos comienzan con la experiencia, sin embargo no todos proceden de ella...» <sup>22</sup> El mundo tal y como lo conocemos no es más que el resultado de la actividad organizadora y asimiladora de la razón. La ciencia crea su objeto y nuestro conocimiento no obtiene las leyes de la naturaleza, sino que impone sus leyes a la naturaleza. El gran giro de la filosofía kantiana consiste precisamente en trasladar el centro de atención del objeto al sujeto. La actitud del científico no es meramente pasiva sino activa. Del libro de la naturaleza no se puede sacar ninguna conclusión. La naturaleza no revelará sus secretos sin que el científico pregunte y le obligue a contestar. La ciencia es una actividad eminentemente creadora.

Kant explica el sentido de su revolución epistemológica con las siguientes palabras: «Cuando Galileo hizo rodar sobre un plano inclinado las bolas cuyo peso había señalado, o cuando Torricelli hizo que el aire soportara un peso que él sabía igual a una columna de agua que le era conocida... puede decirse que para los físicos amaneció un nuevo día. Se comprendió que la razón sólo descubre lo que ella ha producido según sus propios planes; que debe marchar por de-

lante con los principios de sus juicios determinados según leyes constantes y obligar a la naturaleza a que responda a lo que le propone, en vez de ser esta última quien la dirija y maneje.» Y poco más adelante afirma: «La razón se presenta ante la naturaleza, por decirlo así, llevando en una mano sus principios —que son los únicos que pueden convertir en leyes fenómenos entre sí acordes— y en la otra, las experiencias que por esos principios ha establecido; haciendo esto podrá saber algo de ella, y no ciertamente a la manera del escolar que deja al maestro decir cuanto le place; antes bien, como verdadero juez que obliga a los testigos a responder a las preguntas que les dirige.»<sup>23</sup> La idea del carácter activo del entendimiento y su conjunción con el principio experimental es un logro importante de la filosofía kantiana.<sup>24</sup>

Dejando aparte las limitaciones de la filosofía kantiana, su aportación más interesante se encuentra en el *contexto de descubrimiento*. En cambio, su aportación fue más débil en el contexto de justificación. Popper sostuvo que Kant quiso probar demasiado, pues «al intentar demostrar cómo es posible el conocimiento, propuso una teoría que tenía la consecuencia inevitable de que nuestra búsqueda del conocimiento necesariamente tendría éxito... Cuando Kant dijo que "nuestro intelecto no obtiene sus leyes de la naturaleza si no que impone sus leyes a la naturaleza" estaba en lo cierto. Pero se equivocó al pensar que estas leyes son necesariamente verdaderas o que necesariamente tendremos éxito al tratar de imponerlas a la naturaleza».<sup>25</sup>

#### LA CRISIS DEL RACIONALISMO EPISTEMOLÓGICO

Para Kant la verdad era o una necesidad del pensamiento (el caso de la matemática, por ejemplo) o una verdad empírica (el caso de la física). La historia de la ciencia también en este caso se encargó de refutar la justificación kantiana de la validez de la ciencia.

Durante el siglo XIX se fue abriendo una brecha importante en la creencia común de que los conceptos matemáticos coincidían con la intuición racional. Poco a poco se fueron dando casos en los que la lógica demostró que la intuición intelectual no era adecuada para justificar la matemática. Los matemáticos empezaron a dudar de la legitimidad del criterio de la intuición para validar su saber. Aparece

entonces la exigencia de expulsar la intuición del razonamiento matemático.

La historia de las geometrías no euclidianas —Gauss, Lobachevsky, Bolay y Riemann— es la historia de la negación de la intuición como criterio de validación de la geometría. Con mucho temor —y con sorpresas— estos autores desarrollaron geometrías consistentes contrarias a la intuición. El resultado final fue la tesis de que no existe una sola geometría —la euclidiana, que responde a la intuición racional— sino que pueden coexistir geometrías internamente consistentes e incompatibles entre sí.

Los autores convencionalistas creyeron que la elección entre ellas no podía realizarse en virtud de la intuición sino en virtud de la calidad de sus frutos. Para los convencionalistas, las teorías no son más que convenciones que se deben juzgar por su rendimiento explicativo, es decir, por sus resultados. Los convencionalistas asestaron un duro golpe al pensamiento kantiano y a la idea de la racionalidad única de la ciencia.

La matemática dejó de ser considerada una verdad absoluta para pasar a ser una verdad condicional. La relativización del saber supone el abandono de la idea —fundamental— kantiana de la razón única y universal.

La utilización de geometrías no euclidianas en la moderna teoría de la relatividad y en muchos otros sectores supuso la condena a muerte del racionalismo epistemológico y el inicio de la relativización del resultado de la ciencia. La propia historia de la ciencia refutó la reflexión de los metodólogos de la ciencia.

#### EL EMPIRISMO LÓGICO

La idea de Kant de conciliar la razón y la experiencia tuvo consecuencias importantes, pero la derrota del racionalismo kantiano exigía volver a los principios empiristas. Sin embargo, ya no era posible después de Hume y de Kant replantear el tema de una forma ingenua.

La falta de fundamento lógico de la inducción y la vigencia del patrón hipotético deductivo eran obstáculos insalvables.

En el marco de la Viena Eterna,<sup>26</sup> el empirismo lógico construyó un programa basado en los siguientes puntos fundamentales:

1. Distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación.
2. Uso del principio de verificación como criterio para delimitar los enunciados significativos.
3. Intento de justificar la inducción en términos probabilísticos.

Los empiristas lógicos encontraron en Hume y Mach sus más directos precursores.<sup>27</sup> Algunos de los problemas que los neoempiristas trataron ya estaban planteados en la reflexión epistemológica. Sin embargo, lo que caracteriza esta dirección de pensamiento no son sus tesis —que a veces coinciden con escuelas distintas, como la de Uppsala de Axel Hägerstrom—, sino la forma de argumentarlas.

En primer lugar, los neoempiristas sostuvieron que la ciencia es un término ambiguo que puede significar tanto la actividad como el resultado. Sugirieron, sin embargo, que no existía ninguna regla lógica que rigiera la actividad del descubrimiento. Por ejemplo, Hempel afirma categóricamente que «no hay reglas de inducción generalmente aplicables por medio de las cuales se puedan derivar o inferir hipótesis o teorías a partir de los datos empíricos. La transición de los datos a la teoría requiere imaginación creativa».<sup>28</sup> Tesis semejantes mantuvieron Reichenbach o Carnap.

Los empiristas lógicos establecen una rígida distinción entre el contexto del descubrimiento y el contexto de justificación. Pero el contexto del descubrimiento queda abandonado mientras que el contexto de justificación —precisamente el campo en el que la filosofía kantiana había tenido más problemas— es su centro de interés. La ciencia como resultado constituye el objeto del análisis filosófico. La ciencia no se entiende como una actividad de búsqueda de la verdad, sino como un conjunto de enunciados significativos. En otras palabras, los neoempiristas pretenden justificar la validez de las proposiciones de la ciencia.

Entre el empirismo clásico y el empirismo lógico existe una línea de continuidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el empirismo clásico se preocupaba fundamentalmente de la génesis del conocimiento, es decir, del contexto de descubrimiento; mientras que los neoempiristas se preocupaban de la validez de los enunciados de la ciencia, esto es, del contexto de justificación. Ayer sostuvo que respecto a Hume «la originalidad de los positivistas lógicos radica en que hace depender la imposibilidad de la metafísica no de

la naturaleza de lo que se puede conocer sino de la naturaleza de lo que se puede decir; su acusación contra el metafísico es en el sentido de que viola las reglas que un enunciado debe satisfacer si ha de ser literalmente significativo».<sup>29</sup> El problema no se encuentra en la actividad de descubrimiento sino en el resultado. Los metafísicos construyen teorías que no se manifiestan en proposiciones significativas y, por tanto, no poseen ninguna fórmula aceptable para justificar e identificar su verdad.

En segundo lugar, el empirismo lógico produjo una auténtica revolución epistemológica. La cruzada contra la metafísica se lleva a cabo mediante el arma del criterio de verificación. Un enunciado es significativo *si y sólo si* es verificable. Los resultados de la ciencia sólo se pueden formular en enunciados significativos. Las proposiciones metafísicas no son auténticas proposiciones porque no son significativas. Pertenecen al reino de la irracionalidad y de la inefabilidad. La utilización estricta del criterio de verificación tiene como consecuencia la expulsión de las proposiciones metafísicas, valorativas e ideológicas.

El principio de verificación como criterio de demarcación de enunciados incentivó el rigor en el análisis filosófico, pero ese criterio no está exento de problemas. Los principales son los siguientes:

1. La ciencia se manifiesta en proposiciones universales. La ciencia no es una mera recolección de datos sino un conjunto de teorías que constituyen propuestas contrastadas de interpretación de los fenómenos. Pero ¿acaso se puede verificar una proposición general? Pongamos un ejemplo: La proposición «si calentamos agua hervirá —en condiciones normales— a 100°» puede contrastarse en muchas ocasiones, pero lo que no podemos contrastar es que *siempre* el agua hierve a 100° en condiciones normales. No existe ninguna fórmula que nos permita garantizar la verdad de una proposición general fundada en observaciones particulares. La aplicación coherente del principio de verificación conduce a la absurda conclusión de que las teorías generales deben ser expulsadas del campo de la ciencia porque no se pueden contrastar. El principio de verificación no se puede aceptar —como criterio de demarcación de enunciados— porque excluye el núcleo más importante de la ciencia.

2. El mismo principio de verificación como criterio de demarcación de enunciados no es verificable, y por tanto pertenece al reino de la metafísica. Los neoempiristas pre-

tendieron expulsar la metafísica mediante un criterio metafísico según sus categorías conceptuales. La moderna filosofía de la ciencia —frente a las tesis neoempiristas— ha mantenido que la metafísica desempeña algún papel en los supuestos fundamentales de las ciencias.<sup>30</sup>

3. En toda ciencia se utiliza un conjunto de términos teóricos que no son fruto de la observación. Nadie ha visto ningún electrón, la norma fundamental kelseniana no se puede observar, y ni el mismísimo Hart ha visto nunca su regla de reconocimiento. Si se utiliza coherentemente el criterio de verificación resultará que los términos teóricos —que no corresponden a ninguna entidad observable— se deben expulsar de la ciencia. Ahora bien; sin esos términos es imposible construir una ciencia.

Carnap fue consciente de este problema y sugirió distinguir entre lenguaje teórico y lenguaje «observacional». «Como empiristas —sostiene Carnap— requeriremos que el lenguaje de la ciencia esté condicionado de cierta manera, a saber: requeriremos que los predicados descriptivos y, por tanto, los enunciados sintéticos no sean mantenidos a menos que tengan alguna conexión con observaciones posibles.»<sup>31</sup>

4. El principio de verificación como criterio de demarcación de enunciados condena el lenguaje prescriptivo al reino de lo inefable, de lo irracional, del sinsentido. Sin embargo, esta tesis —cuyas consecuencias para la ética y la jurisprudencia son importantes— choca con la evidencia del uso constante del lenguaje prescriptivo y de que —a pesar de todo— nos entendemos con él. Decir «abre la puerta» es algo más que un sinsentido.

5. La utilización del principio de verificación ha lanzado al reino de la irracionalidad todo aquello que no es empíricamente contrastable. La ética y la jurisprudencia no serán disciplinas ni científicas ni racionales. En el marco del neoempirismo existe una tendencia a marcar una línea de división muy rígida entre conocimientos científico-racionales y pseudoconocimientos irracionales. Una de las consecuencias más negativas de esta actitud ha sido el establecimiento de una auténtica censura. La máxima wittgensteiniana «de lo que no se puede hablar es mejor callarse» ha tenido graves consecuencias. La identificación de la razón experimental con la Razón, ha impedido mantener la atención sobre ciertos problemas. La única forma de progresar en el conocimiento no es la censura sino la libertad de investigación. El empirismo lógico —al insistir tanto en el criterio de justificación y

en el principio de verificación— ha sido un obstáculo para el desarrollo de los estudios sobre ciertos problemas— como el de la justicia. Un buen ejemplo de esta actitud no cognoscitiva lo encontramos en H. Kelsen (*¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, 1982, p. 63) cuando afirma que «verdaderamente no sé ni puedo afirmar qué es la Justicia, la Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión, y por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi Justicia*, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia». Con Alf Ross (*Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, EUDEBA, 1970, p. 267), el emotivismo no cognoscitivista adquiere sus caracteres más radicales. Según este autor, «invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Esta no es una manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la justicia porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto, puesto que por un lado incita a la creencia de que la demanda propia no es la mera expresión de un interés en conflicto con intereses opuestos, sino que posee una validez superior, de carácter absoluto; y por otro lado, excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un compromiso. La ideología de la justicia es una actitud militante de tipo biológico emocional, a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses».

Probablemente Alf Ross —en su etapa de *Sobre el derecho y la justicia*— es el autor que con mayor rigor ha tratado de aplicar la gnoseología neoempirista al estudio del derecho. Y una de las consecuencias más importantes de su actitud es precisamente olvidar el problema de la justicia en el derecho desde la perspectiva de la ciencia del derecho.

El desarrollo posterior del empirismo lógico atenuó la rigidez del primitivo planteamiento verificacionista. Carnap —por ejemplo— transformó el principio de verificación en el principio de contrastabilidad positiva,<sup>32</sup> lo cual significa que sólo se admitirán aquellos enunciados que tengan alguna conexión con observaciones. Por ejemplo, el concepto de elec-

trón es inverificable, pero tiene alguna relación con experiencias posibles y, por tanto, es posible contrastarlo en última instancia y de una forma indirecta.

También la posición frente al tratamiento de los problemas morales y jurídicos sufrió una rápida evolución, pues desde el primitivo emotivismo se pasó a un relativismo atenuado, y los Rawls, Nozick, Nagel o Scanlon —que han defendido teorías procesales y sustantivas de la justicia— se consideran, en muchos puntos, herederos de la filosofía analítica y, por tanto, de los neoempiristas.

Por último, el principio de verificación es un instrumento que garantiza la ausencia de metafísica en la construcción científica. Las proposiciones de la ciencia no serán metafísicas. Pero ¿es esa razón suficiente para justificar la verdad de las proposiciones científicas? Una proposición puede ser significativa y, sin embargo, falsa.

El principio de verificación no justifica la verdad de los enunciados de la ciencia porque una proposición significativa puede ser falsa. El empirismo debe recurrir a la inducción para generalizar. Pero ante la imposibilidad de probar los enunciados universales, trata de asignar a aquéllos un mayor o menor grado de probabilidad.

El empirismo lógico fracasa por la estrechez del principio de verificación y porque no puede justificar la verdad de las proposiciones de la ciencia. Las proposiciones científicas serán más o menos probables. Reichenbach así lo sugiere: «los enunciados científicos pueden alcanzar únicamente grados continuos de probabilidad, cuyos límites superior e inferior —inalcanzables— son la verdad y la falsedad».

Hempel es consciente de esta debilidad lógica del principio de inducción cuando afirma que «las explicaciones nomológicas deductivas podemos distinguirlas de las explicaciones probabilísticas diciendo que las primeras llevan a cabo una subsunción deductiva bajo las leyes de forma universal, mientras que las últimas llevan a cabo una subsunción inductiva bajo forma probabilística. Se dice a veces que precisamente a causa de su carácter inductivo, una explicación probabilística no explica el que se produzca un evento, puesto que el *explanans* no excluye desde el punto de vista lógico el que se produzca. Pero el papel importante y cada vez más amplio que las leyes y las teorías probabilísticas juegan en la ciencia y en sus aplicaciones hace que sea preferible considerar las explicaciones basadas en esos principios como si fueran ex-

plicaciones, aunque de un tipo menos riguroso que las de la forma nomológica deductiva».<sup>33</sup>

Pero se acepta porque da resultado, porque los científicos lo hacen así y porque en la práctica científica produce certeza. El rigor lógico del empirismo se difumina a la hora de determinar lo que es una proposición verdadera y el sistema de justificarla. El gran esfuerzo del empirismo lógico acaba con la derrota del justificacionismo.

Popper trató de salvar el ideal justificacionista por caminos distintos a los del empirismo lógico. En cierto sentido es el ejecutor testamentario de los empiristas. Con Popper el empirismo lógico se transforma en un empirismo crítico, último exponente del ideal justificacionista.

Pero antes de continuar con este autor, quisiera hacer una breve referencia al tema de los valores desde el punto de vista del empirismo lógico. Durante los últimos tiempos, la gnoseología del empirismo lógico ha impregnado sectores importantes de la ciencia jurídica. Alf Ross —en su época de *Sobre el derecho y la justicia*— y tras él sectores importantes del realismo jurídico, han sostenido que la tarea de la filosofía del derecho es el análisis lógico del lenguaje jurídico.<sup>34</sup>

Desde esta específica perspectiva, el estudio de las bases de la ciencia jurídica —sus presupuestos y sus funciones— conducirá a una mejor comprensión del fenómeno jurídico en tanto se aclare su red conceptual.

Sin embargo, en muchas ocasiones la tarea de la filosofía jurídica no ha sido el análisis del lenguaje de la dogmática, si no que ha propuesto modelos normativos de ciencia jurídica. En otras ocasiones ha tenido una tarea destructiva: ciertamente desde la concepción neoempirista de la ciencia, la mal llamada ciencia jurídica no es una auténtica ciencia porque no concuerda con sus parámetros. Pero ese quizá no es el tema más importante, porque el saber jurídico no aumenta su rendimiento explicativo ni progresa por el hecho de que un filósofo de la ciencia diga que la dogmática es una ciencia. En todo caso, la consideración de ciencia del saber jurídico tiene importancia desde el punto de vista social, pero no cognoscitivo.<sup>35</sup>

El empirismo lógico, y con él las filosofías analíticas en general, han supuesto una revalorización de los planteamientos de la filosofía cercanos a la ciencia y enraizados en ella. La exigencia de rigor se ha ido imponiendo en campos tan reacios a él como el filosófico jurídico.

Pero el empirismo lógico ha contribuido también a formular una imagen del saber no científico identificado con la irracionalidad, y ello ha tenido consecuencias importantes —y yo diría negativas— para el desarrollo de saberes que no son considerados «estrictamente científicos».<sup>36</sup> El campo de la razón es más amplio que la razón experimental. Decidir no es —como Ross ha señalado— pegar un puñetazo encima de la mesa. Si la decisión fuera tan irracional, ¿por qué no se sustituye el tribunal de justicia por una casa de juego? ¿Por qué la decisión de un conflicto social no se resuelve con los datos en vez de invocar argumentos racionales?

#### EL FALSACIONISMO DE POPPER

El último intento para salvar el empirismo y el justificacionismo proviene de Karl Popper. Este autor fue consciente de algunos de los problemas que acosaban al empirismo lógico, y trató de renovarlo estableciendo un nuevo criterio de demarcación de enunciados y un nuevo criterio de justificación de su validez. Popper sostiene que el análisis lógico del conocimiento científico no se interesa por los hechos, sino únicamente por las cuestiones de justificación.

Popper sugiere que el principio de inducción —tal y como lo había planteado el positivismo lógico— no es capaz de justificar la verdad de un enunciado universal partiendo de enunciados particulares. Acepta, por tanto, que no existe una lógica de la contrastación positiva. Sin embargo, mediante inferencias inductivas es posible demostrar la falsedad de enunciados universales, a partir de enunciados particulares. Ello es posible valiéndose del *modus tollens*.

Consideremos un enunciado universal como, por ejemplo, «todos los metales son sólidos a la temperatura ordinaria». De la verdad del enunciado particular «el mercurio no es sólido a la temperatura ordinaria» se deduce que el enunciado universal es falso. Popper rechaza el principio de la inducción tanto en el contexto del descubrimiento como en el de la justificación. Nunca se puede afirmar que un enunciado universal es verdadero, pero en cambio sí se puede afirmar que un enunciado universal es falso.

El justificacionismo de Popper es falsacionista, es decir, puede demostrar que un enunciado universal es falso. De todo ello se infiere que las teorías científicas —que se consi-

deran verdaderas— sólo son provisionales. Una teoría es científica si está expuesta a la refutación. Mientras no ha sido refutada se considera —por una ironía de la historia— verdadera. Si no ha sido alcanzada por la refutación, forma parte de la ciencia. Caricaturizando un poco, podríamos afirmar que son teorías científicas las que todavía no han sido refutadas.

Popper intenta conservar el empirismo rechazando la inducción y el principio de verificación, que como hemos visto eran sus puntos más débiles. El único papel que le queda a la experiencia es refutar teorías. Pero eso, ciertamente, no justifica la validez de los enunciados científicos, si no que en todo caso pone de manifiesto —muy claramente— que no se puede justificar su validez. Lo único que se puede justificar es la exclusión de hipótesis y conjeturas refutadas.

Ahora bien; la refutación popperiana sólo funcionaría claramente si en la ciencia sólo se encontrarán hipótesis sencillas que no tuvieran relaciones entre sí. Por eso Popper defiende —entre otras razones— el principio de simplicidad: «Si nuestro objetivo es el conocimiento, debemos estimar más los enunciados simples que los que lo son menos, porque aquéllos nos dicen más, porque su contenido empírico es mayor, y porque se pueden contrastar mejor.»<sup>37</sup>

Pero las teorías científicas están constituidas por un sistema complejo de hipótesis, de enunciados universales y enunciados particulares; hay que decidir si la hipótesis principal o alguna hipótesis auxiliar es falsa. Eso demuestra que el criterio que ofrece Popper no es completo, puesto que exige una decisión del investigador. En vez de buscar criterios para justificar, los metodólogos inician a partir de ahí su andadura normativa. Nos indican cómo debe comportarse el científico y suministran algunos criterios para la toma de decisiones metodológicas. El intento cae fuera del ámbito justificacionista, ya que este tipo de decisiones hace que algunas teorías se rechacen sin que exista ninguna garantía acerca de su verdad o falsedad.

#### EL FRACASO DE LA METODOLOGÍA

Iniciamos este trabajo planteando el malestar en la filosofía de la ciencia jurídica. Una de las razones que se han dado de ese malestar se encuentra en que la ciencia jurídica no resuelve los problemas más importantes que se le plantean,

crítica que Kirchmann ya sugirió y que a muchos juristas les parece todavía certera. Nos deshicimos de esta crítica argumentando que la ciencia sólo puede resolver algunos problemas —dentro de un marco determinado— y que la idea de la urgencia o importancia social de un problema no es determinante del éxito científico.

En segundo lugar, vimos que una de las razones de la insatisfacción ante los resultados de la ciencia jurídica se debía a la falta de una metodología clara y distinta. Sólo si se construye una metodología específicamente jurídica —el caso de Kelsen— o se aplica la metodología de la ciencia —el caso de Ross— el saber jurídico dejará de ser un feudo de la política jurídica, de la ideología y de la metafísica.

He dedicado mi atención a la metodología, entendiendo por tal aquella disciplina que tiene como objetivo proporcionar criterios para reconocer la verdad. Entre racionalismo y empirismo, esta disciplina ha ido construyendo, destruyendo y reconstruyendo sobre sus cenizas un conjunto de criterios más o menos claros para reconocer la verdad.

La historia que, aquí hemos desarrollado —desde una perspectiva específica y sin ánimo de ser exhaustiva— nos ha conducido a la progresiva desintegración del ideal justificacionista. Y, sin embargo, de toda esta historia *queda mucho* en el proceder científico. Baste pensar en la importancia que tiene la experiencia, el carácter activo del conocimiento, el papel de la imaginación del investigador o la exigencia de rigor. Este proceso culmina con Popper que abandona la idea de justificar el criterio de verdad, que como hemos visto era el objetivo de la metodología.

Vistas así las cosas, parece que no tiene demasiado sentido lamentarse de que la ciencia jurídica no tenga una metodología que le permita identificar la verdad de sus proposiciones. Las prescripciones de los metodólogos son demasiado ambiguas para que puedan producir un resultado positivo. Sostener que se puede establecer de una vez por todas la metodología de la ciencia y su aplicación mecánica, tanto en el contexto del descubrimiento como en el de la justificación, raya en la utopía. La presencia activa de decisiones metodológicas en la configuración de la base empírica transfiere la autoridad para fijar parcialmente las reglas metodológicas al investigador.

¿Significa eso una concesión a la arbitrariedad, al oscurantismo o a la metafísica? ¿No costó mucho cerrar la puerta a la metafísica para que ahora se pueda introducir por la

ventana? ¿Volveremos a estar a merced de los charlatanes y demagogos? ¿Dónde radicará el control de la validez de las afirmaciones de la ciencia?

La historia de la metodología muestra que el control no puede ejercerse *desde fuera*. Los filósofos no son quienes para decir qué deben hacer los científicos. La presunción de los metodólogos se manifiesta cuando creen que desde fuera de la ciencia se pueden establecer procedimientos para garantizar la verdad de los enunciados científicos. El fracaso de los metodólogos es el fracaso de la visión *desde fuera*. Por fortuna, el científico no se ha preocupado demasiado de lo que decían los filósofos de la ciencia y se ha ocupado de construir su ciencia.

Si el control de la verdad científica no se puede establecer desde fuera, ¿desde dónde se establece? ¿Todo vale? Me parece que el «todo vale» no vale. Por ejemplo, Hempel cita la pintoresca argumentación de Francesco Sizi para refutar las tesis de Galileo. La comunidad científica no aceptaría un argumento como el siguiente: «Hay siete ventanas en la cabeza, dos orificios nasales, dos orejas, dos ojos y una boca; así en los cielos hay dos estrellas favorables, dos que nos son propicias, dos luminarias y Mercurio, el único que no se decide y permanece indiferente. De lo cual, así como de muchos otros fenómenos de la naturaleza similares —los siete metales— que sería tedioso enumerar, inferimos que el número de planetas es necesariamente siete... Además, los satélites son invisibles a simple vista y, por tanto, no pueden tener influencia sobre la Tierra y por tanto serían inútiles, y por tanto no existen.»<sup>38</sup> Los hechos que se aducen son totalmente irrelevantes para refutar las tesis de Galileo, y nadie podría reconocer en una argumentación como ésta una argumentación científica.

Reclamar mayor libertad y evitar los corsés que ha impuesto la metodología tradicional me parece que es una de las grandes aportaciones de autores como Kuhn, Lakatos o Feyerabend. Este último autor ha sostenido que la eliminación de la metafísica, «lejos de aumentar el contenido empírico de las teorías, tiende a convertirlas en dogmas». El anarquismo metodológico feyerabendiano proclama abiertamente la guerra contra el método: «Todo vale si aumenta el conocimiento.» Skolimowski —otro postpopperiano— ha sostenido que no existe ninguna regla que gobierne nuestro conocimiento y que, aplicándola, produzca nuevo conocimiento.

El programa del empirismo —que es la versión más depurada de la metodología— permanece irrealizado porque la interacción entre la teoría y la experiencia es un proceso demasiado complejo para que pueda ser explicado en unas pocas prescripciones metodológicas.

Las teorías de Kuhn han supuesto el golpe de gracia —quizá definitivo— al empirismo. Kuhn ha argumentado que el contexto del descubrimiento y el contexto de justificación no son tan distintos como el empirismo ha sostenido. También ha sugerido que el dogma desempeña un papel importante en la investigación científica y que el sistema de control de la validez de las proposiciones científicas se encuentra en un conjunto de valores que sostiene la comunidad científica. Este sistema de valores es uno de los componentes del paradigma. La comunidad científica controla y valida las tesis científicas. Ello quiere decir que el individuo científico no tiene absoluta libertad para hacer lo que quiera. Sólo se puede trabajar en la ciencia si se respetan las reglas de juego establecidas por la comunidad científica.

El peso de la evidencia empírica queda muy matizado. En la historia de la ciencia se encuentran casos —como el de Semmelweis— de descubrimientos contrastados positivamente y que, sin embargo, se rechazan por la comunidad como proposiciones científicas.<sup>39</sup>

La libertad del científico no supone libertinaje. Cierta libertad a la hora de elegir el procedimiento no supone que el científico pueda hacer lo que quiera. Kuhn ha insistido en que la metodología no debe concebirse como una prescripción externa sino como un procedimiento —el más adecuado— para lograr una finalidad determinada. El pensamiento de Kuhn conduce a abandonar las pretensiones metodológicas externas y afrontar estas cuestiones desde las propias disciplinas. Ahí aparecerá el compromiso con los supuestos que no se discuten, el carácter conservador del científico ante las anomalías, el tipo de investigación y la clase de problemas que se pueden plantear y —también— los que quedan excluidos. En otras palabras: Kuhn mantiene una posición que permite justificar la ciencia porque existe una élite de científicos que está de acuerdo en unos principios básicos, en cierto tipo de investigación, y tiene como modelo algún descubrimiento ejemplar. Desde la perspectiva kuhniana, los únicos jueces de la ciencia son los científicos.

Vistas así las cosas, carece de justificación partir de un preconcepto de ciencia e ir bautizando los diversos saberes

de científico o acientífico. Desde nuestra perspectiva creo que —siguiendo a Kuhn— podemos analizar cuáles son los supuestos y las reglas de juego de una comunidad institucionalizada —la comunidad dogmática— y juzgar su rendimiento explicativo.

Partiremos del presupuesto de que es ciencia lo que hacen y reconocen como tal las comunidades científicas. En este trabajo analizaremos los presupuestos y los procedimientos que utiliza la comunidad dogmática sin preocuparnos demasiado por el problema de su científicidad. Un programa de investigación de la metodología de la ciencia del derecho debe analizar los presupuestos y los procedimientos que utiliza la comunidad dogmática. Creo, por tanto, que la tarea de la metodología de la ciencia del derecho no se reduce —como es habitual— a prescribir cómo debe ser la ciencia del derecho, sino que debe estudiar los métodos y los procedimientos que utilizan los juristas. Un proyecto de investigación que arroje conocimiento exige plantear la cuestión desde las propias disciplinas jurídicas. Y la razón es muy sencilla. Para saber cómo debe ser el estudio del derecho debemos conocer cómo son —ahora— los estudios del derecho. Un programa de reforma metodológica no puede ignorar la existencia de unos métodos y unos procedimientos determinados. El fracaso de las metodologías prescriptivas externas abre la vía de esta perspectiva de estudio de la metodología de la ciencia del derecho. En este sentido, se debe entender la metodología jurídica como el conjunto de procedimientos y reglas de juego aceptados por la comunidad jurídica.

*Last but not least*, el tipo de enunciados que ofrecen las ciencias sociales son más inexactos que los de las ciencias formales o las naturales. Las ciencias sociales tienen dificultades adicionales porque la actividad científica y los resultados de esta actividad ejercen influencia —a veces importante— sobre el objeto de estudio. Esta es una objeción clásica a la posibilidad de una ciencia social. Sin embargo, existen ciencias sociales como la economía —reconocida como ciencia madura— que no por ello dejan de influir en la conducta humana. Las ciencias sociales tienen mayores dificultades que otras ciencias por la interrelación del observador y lo observado. Sin embargo, creo que esa no es una razón suficiente para negar la posibilidad de una ciencia social. Y no lo es porque también en la física existe una interacción análoga del procedimiento de medición y de los fenómenos.<sup>40</sup>

Pero, además, los criterios científicos importantes van siempre más allá de la observación. Una ley científica expresa una relación universal entre determinados fenómenos porque es mucho más general que las observaciones. La idea de que la ciencia social sostiene creencias y metafísicas mientras que la ciencia natural no las sostiene, es errónea porque las leyes científicas van más allá de las observaciones particulares, y por eso nos fascinan.<sup>41</sup>

## NOTAS

1. Véase K. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho* (2.ª ed. castellana —versión de M. Rodríguez Molinero— de la 4.ª ed. alemana). Barcelona, Ariel, 1980, pp. 25 y ss. Véase también el importante epílogo. En la literatura jurídica en castellano, véase, por ejemplo, A. Olleró, *Interpretación del derecho y positivismo jurídico*. Madrid, EDER-SA, 1982, pp. 237 y ss.

2. Véase, por ejemplo, A. Kaufmann: *Wozu Rechtsphilosophie Heute?* Frankfurt, Athenäum Verlag, 1971. Véase también el número 7 de *Archives de la Philosophie du Droit*. En la literatura en castellano, véase el número 15 de los *Anales de la cátedra Francisco Suárez* (1975) y el n.º 1 de la revista *Doxa* (1984).

3. Véase N. Bobbio: «Naturaleza y función de la filosofía del derecho», en N. Bobbio: *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia, Fernando Torres, 1980 (ed. y traducción a cargo de A. Ruiz Miguel), pp. 96 y ss.

4. Véase, por ejemplo, Lundstedt: *Legal Thinking Revised. My Views of Law*. Estocolmo, Almqvist and Wicksell, 1956. Véase también L. Hierro: *El realismo jurídico escandinavo*, Valencia, Fernando Torres, 1981. Véase E. Pattaro: *Filosofía del derecho. Derecho. Ciencia jurídica*. Madrid, Reus, 1980, especialmente la p. 380, en la cual reduce la dogmática a actividades políticas.

5. Véase H. Kelsen: *Teoría general del Estado*. Barcelona, Labor, 1934 (versión de L. Legaz Lacambra), pp. VIII y ss.

6. Véase la obra fundamental de T. Kuhn: *The Structure of Scientific Revolutions*. University of Chicago Press, 1962. Segunda ed. revisada, 1970, por la que se cita p. 36.

7. Véase T. Kuhn: «Reflections on my Critics», en I. Lakatos y A. Musgrave (eds.): *Criticism and Growth of Knowledge*. Cambridge University Press, 1970, p. 254.

8. Sobre este punto, véase la crítica de G. Tarello a Treves en «Sociologia nella giurisprudenza», en *Sociologia del Diritto*, n.º 1, 1974, pp. 5 y ss. Véase también R. Treves: *Sociologia del Diritto in Italia oggi*. Nápoles, Guida Editori, 1982.

9. La cita proviene de C. Schmitt: «Concepto de la política», en *Escritos políticos*, Madrid, Cultura Española, 1941.

10. La polémica entre Kelsen y Ehrlich es una buena muestra de las mutuas incomprensiones de las polémicas metodológicas. Quien siga esa polémica se dará cuenta de que los autores muchas veces utilizan lenguajes distintos. Para la polémica Hart-Dworkin véase, por ejemplo, P. Soper: «Legal Theory and the Obligation of the Judge: The Hart-Dworkin Dispute», en *Michigan Law Review*, 1976-1977. Véase tam-

bién Hart: «Un nuevo desafío al positivismo jurídico», en *Sistema*, 1980. Véase G. Carrió: *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970; y C. Nino: «Dworkin and Legal Positivism», en *Mind*, vol. 89, 1980, pp. 519 y ss. Véase también M. Cohen (ed.): *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1984, que recoge las críticas más importantes; R. Dworkin: *A Matter of Principle*. Harvard University Press, 1985; y R. Dworkin: *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.

11. Las polémicas entre Hart y Ross, Kelsen y Ross o Hart y Dworkin son claros ejemplos. En muchas ocasiones las polémicas no conducen a resultados positivos porque su objetivo es ganar y no conocer más y mejor. Véase, por ejemplo, Hart: «Scandinavian Realism», reeditado en sus *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford University Press, 1983, pp. 161 y ss. Véase A. Ross «Review of Harts Concept of Law», en *Yale Law Journal*, 1961-1962, pp. 1185 y ss. Véase Kelsen «Eine Realistische und die Reine Rechtslehre», en *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, tomo X, 1959.

12. Véase Burnett: *Early Greek Philosophy*. Londres, 3.ª ed., 1920. En la pág. V afirma: «Los filósofos jonios han franqueado la vía que la ciencia a partir de ese momento no ha tenido más que seguir... Si el hombre griego ha inventado la filosofía es en razón de sus cualidades excepcionales: el espíritu de observación unido al poder de razonamiento.» La tesis de Burnett fue rechazada por Cornford en su *From Religion to Philosophy* (edición castellana en Barcelona, Ariel, 1984). Véase sobre este tema el capítulo VII de J. P. Vernant: *Mito y pensamiento en la Grecia Antigua*. Barcelona, Ariel, 1973.

13. Las tesis de Cornford han sido seguidas por Thomson y Vernant.

14. Véase C. Nino: *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1980, p. 12.

15. En el diálogo con el joven matemático Teeteto, Platón dedica especial atención a este tema.

16. Véase A. B. Wolfe: «Functional Economics», en R. G. Tugwell (ed.): *Trend of Economics*. Nueva York, Alfred A. Knopf, 1924, p. 450 (citado por Hempel: *Filosofía de la ciencia natural*. Madrid, Alianza, 1973, p. 27).

17. Véase K. Popper: *The Logic of Scientific Discovery*. Londres, Hutchinson, 1959 (versión castellana de editorial Tecnos, Madrid, 1.ª ed. 1962), p. 29.

18. Véase Hume: *Inquiry Concerning Human Understanding*, publicado en 1739-1740. Véase D. Hume: *Investigació sobre l'enteniment humà* (edición en catalán de Victòria Camps), Barcelona, Laia, 1982, p. 205.

19. Véase Hume: *A Treatise of Human Nature*. Oxford University Press, 1968, p. 139.

20. Véase H. Skolimowski: *Racionalidad evolutiva*. Valencia, Cuadernos Teorema, 1977.

21. Véase Kant: *Crítica de la razón pura*. Buenos Aires, Losada, 1967, p. 147.

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*, p. 130.

24. Véase Hempel: *Filosofía de la ciencia natural*, op. cit., p. 29, en la que escribe: «La máxima según la cual la obtención de datos debería realizarse sin hipótesis antecedentes... es una máxima que se autorrefuta.» Véase también Popper: «On the Status of Science and

Metaphysics», en K. Popper: *Conjectures and Refutations*. Nueva York, Harper and Row, 1963. Los paradigmas kuhnianos o los programas de investigación lakatianos subrayan el carácter creativo del investigador científico.

25. Véase *Conjectures and Refutations*, op. cit., p. 48.

26. Véase sobre la Viena Eterna el magnífico libro de A. Janik y S. Toulmin: *La Viena de Wittgenstein*. Madrid, Taurus, 1974. Véase también M. Francis (ed.): *The Viennese Enlightenment*. Londres, Croom Helm, 1985.

27. Véase A. J. Ayer (ed.): *El positivismo lógico*. México, F.C.E., 1965, p. 10.

28. Véase C. Hempel: *Filosofía de la ciencia natural*, op. cit., p. 33. Véase también H. Reichenbach: *The Rise of Scientific Philosophy*. Berkeley, 1951, cap. XIV, en el que afirma que «el acto de descubrimiento escapa al análisis lógico; no existen reglas lógicas según las cuales pudiera construirse una máquina descubridora que tuviera la función del genio. Mas la tarea del lógico no es dar la razón de los descubrimientos científicos; todo lo que le incumbe hacer es analizar la relación existente entre los hechos dados y una teoría que se presente con la pretensión de explicarlos». La misma actitud se encuentra en Carnap: «The Logical Foundations of the Unity of Science», en O. Neurath y R. Carnap (eds.): *International Encyclopedia of Unified Science*, vol. I, Chicago, 1955, pp. 42 y ss.

29. Véase Ayer: *El positivismo lógico*, op. cit., p. 16.

30. Véase P. Feyerabend: *Cómo ser buen empirista*. Cuadernos Teorema, Valencia, 1979, pp. 60 y ss.; y T. Kuhn: *La función del dogma en la investigación científica*. Cuadernos Teorema, 1979.

31. Véase R. Carnap: «Testability and Meaning», en *Philosophy of Science*, vol. 3, 1936, p. 33.

32. *Ibid.*, p. 1.

33. Véase C. Hempel: *Filosofía de la ciencia natural*, op. cit., p. 104.

34. Liborio Hierro mantiene posiciones cercanas a la filosofía analítica en su libro sobre el realismo escandinavo.

35. Véase mi trabajo «Sobre la dogmática jurídica», en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, n.º 22, 1982.

36. Véase E. Díaz: *Sociología y filosofía del derecho*. 2.ª ed. corregida y aumentada, Madrid, Taurus, 1980, pp. 314 y ss. Para la crítica del escepticismo, véase M. Cohen: «Moral Skepticism and International Relations», en C. Beitz y otros: *International Ethics*, Princeton University Press, 1985, pp. 4 y ss. Véase también D. Lyons: *Ética y derecho*, Barcelona, Ariel, 1986, pp. 17 y ss. Véase también E. Garzón Valdés: «Moral y Política», en *Anuario de filosofía del derecho*, 1984, pp. 177 y ss.

37. Véase K. Popper: *The Logic of Scientific Discovery*, op. cit., p. 142.

38. Véase Hempel: *Filosofía de la ciencia natural*, op. cit., p. 77.

39. Véase W. Sinclair: *Semmelweis his Life and his Doctrine*. Manchester University Press, 1909.

40. Véase sobre este punto M. Friedmann: «The Methodology of Positive Economics», en F. Hahn y M. Hollis (eds.): *Philosophy and Economic Theory*. Oxford University Press, 1979, p. 19.

41. Véase D. Lyons: *Ética y derecho*, op. cit., pp. 23 y ss. El argumento lo desarrolla comparando la objetividad de la moral con la de la ciencia. En la p. 40 escribe: «El progreso científico no parte de verdades indudables ni en rigor podría hacerlo porque no poseemos una

intuición especial acerca de las leyes de la naturaleza... La ciencia no es infalible. Las nociones que nos proporciona están sujetas a corrección, cuando surgen buenas razones para modificar las convicciones vigentes... Si aceptamos esta modesta definición del progreso científico, debemos desechar el antiguo concepto de que el conocimiento está fundado en verdades indudables. Esto sugiere que le pedimos demasiado a la ética si esperamos de ella una prueba absoluta de los principios generales o una indiscutible seguridad sobre los juicios morales concretos.»

## CAPÍTULO II

### EL ESTATUTO CIENTÍFICO DE LA DOGMÁTICA

## INTRODUCCIÓN

Los problemas de fundamentación y justificación de la actividad de juristas, abogados y teóricos del derecho son difíciles de resolver. La cuestión del estatuto científico de la dogmática se transmite de generación en generación como una enfermedad endémica. La insatisfacción que produce la reflexión, ha provocado una auténtica conspiración del silencio. A los juristas y abogados les consta que su saber y su actividad no están legimitados como exige una profesión de tan larga tradición. Pero ese gusanillo que de vez en cuando acecha la conciencia jurídica se destruye por omisión. Se olvida el problema, lo cual es una buena fórmula jurídica para solucionarlo.

La literatura jurídica ha dedicado mucha atención a este problema. Se han vertido ríos de tinta sobre él y se han mantenido argumentaciones muy diversas, sin que ninguna de ellas haya logrado devolver al jurista seguridades sobre la legitimidad de su saber y de su actividad.<sup>1</sup>

En este capítulo se va a estudiar el sentido que puede tener preguntarse por la científicidad de la dogmática, y si tiene algún objetivo cognoscitivo responder a esta cuestión. Algunos creen que demostrando la científicidad de la dogmática se aumenta el conocimiento sobre el derecho. Defenderé la tesis de que nuestro conocimiento sobre el derecho no aumenta por el hecho de que calificuemos la dogmática de ciencia. Nuestro conocimiento sólo aumenta si describimos y explicamos más y mejor.

Desde el punto de vista cognoscitivo, bautizar la dogmática con el agua de la ciencia es irrelevante. Creo que nuestro conocimiento aumenta si mostramos cuáles son los presupuestos y las reglas de juego de una comunidad instituida que desarrolla una actividad denominada dogmática jurídica. Precisamente este es uno de los objetivos de nuestro trabajo.

Sin embargo, desde un punto de vista ideológico político

el problema del estatuto científico de la dogmática es muy importante. Algunos autores han considerado que la teoría jurídica es un arma que sirve para el combate político. Los decisionistas, algunos realistas, algunos alternativistas italianos han sostenido una concepción pragmática de la teoría jurídica.<sup>2</sup> Estas corrientes de pensamiento sostienen que la ciencia jurídica es un instrumento que puede proporcionar efectos beneficiosos para desarrollar «políticas determinadas». Por eso una de las grandes insatisfacciones —fundada— entre los juristas ha sido no haber construido una ciencia independiente de la política. El ideal neutralista continúa inalcanzado.<sup>3</sup>

Bacon sostuvo que la ciencia era poder. Elevar la dogmática a categoría de ciencia significa dotarla de mayor dignidad, influencia y papel social.<sup>4</sup> Un reconocimiento generalizado del estatuto científico del saber jurídico —sobre todo el de especialistas de otras ramas del conocimiento— tendría consecuencias muy beneficiosas para la comunidad dogmática. Sus presupuestos se verían sustancialmente aumentados y las instituciones de enseñanza y de transmisión de conocimientos recibirían una porción de capital más importante de la que reciben del Estado.

Pero muy pocos —entre juristas y no juristas— pueden mantener el estatuto científico de la dogmática porque son muchas las voces que se han levantado contra la mal calificada ciencia del derecho.<sup>5</sup>

Sectores importantes —que trabajan en el seno de la dogmática— se muestran inquietos y expectantes cuando se les pregunta sobre la fundamentación de su saber. Se acude con ilusión a métodos diversos —que han dado resultado en otras disciplinas—, a acercamientos sociológicos, al análisis lógico del lenguaje, a conexiones con otras ciencias sociales, sin que los resultados sean satisfactorios. Poco después de esta primitiva ilusión aparecen en la cruda realidad las limitaciones de las perspectivas estudiadas. Los resultados son decepcionantes —para los dogmáticos— y acaba por abandonarse la perspectiva de moda para caer, al cabo de poco tiempo, en otra nueva moda.

Estas incursiones en otros campos del saber social son tan insatisfactorios porque los dogmáticos deberían dejar de hacer dogmática —deberían, por tanto, cambiar las reglas de juego— para que su saber pudiera ser calificado de científico. Pero esa conclusión es inaceptable para el gremio de los juristas, que se niega a aceptar que no cumplen una fun-

ción cognoscitiva de primera magnitud y que sus enseñanzas no constituyen auténtico conocimiento.

El problema se agrava si se tiene en cuenta que disciplinas que han surgido de las facultades de derecho —como pueden ser la economía o la sociología— tienen más prestigio científico que la disciplina madre.<sup>6</sup>

Por otra parte, conviene tener en cuenta que el conocimiento no es necesario que sea científico para resultar importante y útil. En una sociedad como la actual, impregnada de ideología utilitarista, la dogmática existe porque tiene una función social relevante. Cuesta creer que una actividad de tanta envergadura sólo sea financiada para mantener un gremio parasitario. Probablemente se paga a los juristas y se dedican fondos estatales para su formación porque su actividad —sea científica o no— reviste importancia.<sup>7</sup>

Ahora bien; ¿cuáles son los obstáculos que impiden la constitución de una auténtica ciencia jurídica? ¿Acaso es tan diferente de la economía y la sociología?

#### ALGUNOS OBSTÁCULOS IMPORTANTES

##### *La ambigüedad del término derecho*

La distinción entre el derecho y la ciencia del derecho no está clara para la mayoría de los juristas. Una de las posibles acepciones de la palabra derecho es ciencia del derecho. En el lenguaje ordinario, decimos que estudiamos derecho. En esta frase se hace referencia al saber jurídico. También utilizamos la palabra derecho para designar un ordenamiento jurídico, derecho subjetivo o, incluso, la idea de justicia.

Esta confusión terminológica no se encuentra en disciplinas allegadas a la ciencia del derecho. Nadie confunde la sociología del derecho con el derecho, mientras sí se confunde el derecho con la dogmática. Existen algunas razones históricas que explican la confusión. Las primeras actividades dogmáticas fueron desarrolladas por los glosadores y comentaristas. Éstos fueron expertos en derecho romano y transmitieron a la posteridad un derecho histórico determinado. Su función fue eminentemente cognoscitiva.

Sin embargo, su gran tarea no sólo fue cognoscitiva. Los comentaristas utilizaron el derecho romano y lo adaptaron a las nuevas necesidades sociales. Su función no fue meramente descriptiva sino también normativa. Este carácter hí-

brido de la dogmática jurídica —función descriptiva y prescriptiva— constituye una característica fundamental. Por ello los juristas son renuentes a aceptar una distinción clara entre el derecho y la ciencia del derecho.

El rechazo de esta distinción, o su aceptación sólo por sectores del pensamiento jurídico —como por ejemplo Bingham, Kelsen, Ross o Wroblewski— constituye un obstáculo para la constitución de un saber jurídico riguroso. Pero nos da también una buena pista —que retomaremos en su momento— sobre las funciones sociales de la dogmática.

En todo caso, la ambigüedad de la palabra derecho y la especial dificultad de establecer un criterio diferenciador entre la ciencia y su objeto, constituyen un impedimento para la constitución de la ciencia jurídica.

#### *La consideración social del jurista*

Un segundo obstáculo se encuentra en la consideración social del jurista. El papel social del jurista ha sido contestado desde siempre. Existe una especial animadversión y desconfianza popular hacia el hombre jurista —especialista en resolución de conflictos sociales—, pero con un lenguaje y una lógica diferenciados del sentido común. Los juristas acostumbran estar cerca del poder y han sido —hasta hace poco— los únicos poseedores laicos de saber social.<sup>8</sup> Ese papel social del jurista lo han visto con desconfianza los humanistas y las concepciones populares en general. Por ejemplo, en la literatura humanista de Erasmo o Vives aparece la figura del jurista profundamente criticada.<sup>9</sup> En los refraneros populares nunca faltan referencias a la inmoralidad y el oportunismo personal del jurista. La comuna de París intentó acabar con los abogados. En la España de Felipe V se extendió la idea —como ha apuntado Capella— de que todos los males provenían de los abogados.

Me parece que esta mala imagen constituye un nuevo impedimento porque los juristas se ven obligados a dedicar mucha energía a la justificación de su actividad. Por eso, en los últimos tiempos —tras las críticas realistas y marxistas—, la ciencia jurídica ha perdido la seguridad que tuviera antaño.

#### *La crítica a la jurisprudencia dogmática*

La crítica al jurista —a su *ethos* personal, a sus elecciones y valoraciones— con ser importante no es la única fun-

damentada. La jurisprudencia también ha sido objeto de una crítica feroz. En muchísimas ocasiones se ha identificado la jurisprudencia dogmática con la arbitrariedad más absoluta.

Ruiz Giménez afirma que «la negación de la posibilidad de un verdadero saber científico sobre la realidad moral y jurídica tiene remotos antecedentes, aunque en el siglo XIX alcanzó una formulación rigurosa y sistemática», y poco más adelante sostiene que «la impugnación concierne a la estructura objetiva de la jurisprudencia por su contenido y por su método».<sup>10</sup>

El escepticismo de Carnéades es un buen precedente de las actitudes que dudan de la posibilidad del conocimiento moral y jurídico. Carnéades sostuvo que no existe una ciencia de lo justo y de lo injusto. La jurisprudencia no logró establecer un criterio objetivo. Carnéades argumentó que en Roma se consideraba como criterio de Justicia la utilidad común. Sin embargo, cada pueblo tiene concepciones distintas de la utilidad común. Si eso es cierto, no existe una sola justicia sino una pluralidad de conceptos de justicia. Otro argumento para mostrar la incerteza de la filosofía moral y jurídica es el siguiente: obedecer la ley es un criterio de justicia admitido mayoritariamente. Ahora bien; como las leyes positivas ordenan cosas distintas, entonces la justicia puede ser contradictoria y, por tanto, no existe un criterio absoluto de justicia.

La actitud de crítica se encuentra también en el *Fausto* de Goethe. Mefistófeles desaconseja al estudiante dedicarse a las leyes porque «el derecho y la ley vienen de herencia como una enfermedad inacabable, se deslizan de estirpes en estirpes, y de un lugar a otro avanzan quedos. La razón se hace absurda, la bondad perjuicio... del derecho que nace con nosotros ¡ay! ni se habla jamás».<sup>11</sup>

El escéptico Montaigne también tuvo palabras duras para la jurisprudencia: «El motivo esencial de los pleitos no es otro que la disputa en torno a la interpretación de las leyes... tal interpretación se ve dificultada por la manía de los juristas de comentarse entre sí... surgiendo de tanta glosa una confusión cada vez mayor... La inseguridad es tal que no sólo una instancia juzga en contra de otra, sino que su propio juicio es susceptible de variación.» Y el autor de los *Essais* concluye: «¿Qué tipo de bondad es ésta que ayer era vigente y mañana no, que el cauce de un río llega a convertirla en crimen? ¿Qué tipo de verdad es esta que las montañas limitan?»

Pascal es otro buen ejemplo de la actitud de desconfianza frente a la ciencia del derecho. En sus *Pensées* afirma lo siguiente: «No hay nada justo o injusto que no cambie su cualidad cuando cambia el clima... tres grados más cercanos al polo cambian la jurisprudencia, un meridiano decide sobre la verdad.»<sup>12</sup>

La crítica social a la jurisprudencia —que se manifiesta en la literatura y en la filosofía— se fundamenta en su incapacidad para construir un criterio claro y distinto de justicia. El criterio de lo justo cambia con frecuencia. Montaigne y Pascal «trasladan la raíz de los vicios de la Jurisprudencia del sujeto al objeto».<sup>13</sup> Este es también un impedimento para la constitución de una auténtica ciencia jurídica.

#### LA CRÍTICA DE LOS JURISTAS: KIRCHMANN

La mayoría de los autores no dogmáticos —e incluso algunos de los dogmáticos— sostiene que la dogmática jurídica no es la verdadera ciencia del derecho. Desde Kelsen —que quería elevar la jurisprudencia a la categoría de ciencia (lo cual significa que hasta entonces no existía una ciencia del derecho) hasta la escuela de Uppsala, pasando por las diversas formas de realismo y sociologismo— le han negado estatuto científico. Un sector importante del pensamiento teórico jurídico ha reconocido las limitaciones del saber jurídico y ha propuesto nuevos modelos de saber alternativos. Su fundamento se encuentra en el contraste entre la ciencia y la jurisprudencia. La ciencia produce un verdadero conocimiento, mientras que la jurisprudencia no, porque cambia. Sin embargo, si tomamos en serio esta tesis debemos llegar a la conclusión de que tenemos poco conocimiento del mundo porque la ciencia no es infalible. Los científicos modifican sus tesis cuando surgen buenas razones. Eso significa que incluso el conocimiento científico no está fundamentado en verdades indudables. Probablemente solicitamos demasiado a la jurisprudencia si esperamos de ella una auténtica seguridad porque ni la propia ciencia puede ofrecer seguridades absolutas.

Pero de todos los alegatos en contra del estatuto científico de la dogmática jurídica, el opúsculo de Kirchmann merece la máxima atención porque es el inexcusable marco de referencia de la discusión del problema.

Kirchmann fue un jurista práctico. Ocupó el cargo de fis-

cal general de Prusia y conocía el derecho en acción. En el año 1847 —en la época de máximo apogeo de la jurisprudencia conceptualista— pronunció una conferencia en una sociedad jurídica de Berlín que tituló «La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia».

Kirchmann sostuvo la tesis de que la jurisprudencia no sólo carecía de valor como ciencia, sino también como técnica para la resolución de los conflictos sociales. Los excesos del conceptualismo producen consecuencias inaceptables como, por ejemplo, la separación del derecho del sentimiento popular o la creación de una técnica inadecuada para la consecución de unos objetivos sociales determinados.

Para el análisis de las tesis de Kirchmann dedicaremos atención a tres puntos fundamentales. Primero, estudiaremos el modelo de ciencia utilizado por el autor prusiano; segundo, analizaremos las causas del retraso de la jurisprudencia y, por último, consideraremos el alcance y los límites de la crítica.

#### Modelo de ciencia en Kirchmann

Kirchmann se preguntó si la jurisprudencia era una verdadera ciencia. Para responder a la cuestión, partió de un concepto determinado de ciencia, comparó ese modelo con la jurisprudencia, puso de manifiesto que no coincidían y, por tanto, le negó el estatuto científico.

Kirchmann sostiene —en primer lugar— que el único método que produce verdad objetiva es el experimental. Las leyes inmutables, de la naturaleza se descubren mediante la observación. La tarea del investigador es ir coleccionando hechos, clasificándolos sin ideas preconcebidas. De la observación neutral emana el conocimiento.

En segundo lugar, parte del presupuesto según el cual lo singular es incognoscible. Sostiene —junto a la tradición aristotélica— que todo posible saber sobre la naturaleza está reducido a nociones universales y necesarias. En el saber científico sólo cabe lo general. Lo particular y lo singular —por su propia naturaleza fugaz e irrepetible— escapa a la consideración científica. Lo general es lo estable, es lo igual que se repite y, por tanto, se puede formular mediante leyes constantes e inmutables.

Kirchmann sostiene que el objeto de estudio de la jurisprudencia es lo contingente, lo que cambia, lo singular y lo individual. El derecho es un objeto de estudio variable. Por

esa razón afirma que la jurisprudencia no puede ser una ciencia. Si el objeto de estudio fuera universal e inmutable, entonces podría ser reducido a leyes generales y constantes; y en ese caso la jurisprudencia podría ser una ciencia. Kirchmann cree que el objeto «derecho natural» podría ser objeto de una verdadera ciencia porque por definición éste es inmutable, universal y unitario.

La física es el modelo de ciencia que utiliza el autor prusiano porque descubre unas leyes inmutables, universales y válidas para todo tiempo y lugar. La física descubre las leyes inmanentes de la naturaleza. Las leyes de la naturaleza están ahí y el científico no debe hacer nada más que ponerlas de manifiesto. Una vez descubiertas, estas leyes no cambian porque —por definición— la naturaleza no cambia.

Desde este modelo de ciencia analiza la jurisprudencia y sostiene la siguiente tesis: «Mientras que las ciencias que han utilizado el principio experimental han ido progresando, la jurisprudencia, que en otro tiempo tuvo un lugar privilegiado entre las ciencias, ha permanecido estacionaria. El principio de observación, de la subordinación de la especulación a la experiencia —escribe Kirchmann— fue adoptado por todas las ciencias, y los resultados de este nuevo método lindaron pronto en lo maravilloso. Los descubrimientos se sucedieron unos a otros. Si antes lo que un siglo creyera firmemente establecido por especulaciones ilusas se veía arrumbado, en el siguiente, por otras especulaciones de no menor calibre, ahora en cambio se estaba en posesión de un suelo firme.»<sup>14</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, y por eso la jurisprudencia no ha progresado.

### *Causas del retraso de la jurisprudencia*

Pero ¿cuáles son las causas del retraso de la jurisprudencia? Kirchmann sugiere dos respuestas.

La primera se puede formular del siguiente modo. La causa del retraso de la jurisprudencia se encuentra en las incapacidades subjetivas de los juristas. Sin embargo, ¿sería posible que los juristas fueran unos sujetos limitados, incapaces de construir una ciencia? Ser jurista ¿comporta una especial ineptitud para el trabajo teórico? Kirchmann no se entretiene en esta hipótesis y la rechaza con el argumento

de que «el espíritu humano permanece igual de vigoroso con independencia de la temática a que se dedique».<sup>15</sup>

Pero si la causa del retraso no es atribuible a la incapacidad del sujeto jurista, ¿dónde la encontraremos?

La segunda hipótesis —que trata de demostrar— la formula categóricamente: la causa del retraso se encuentra en el objeto contingente y mudable. Siguiendo la senda trazada por Montaigne y Pascal, encuentra en el objeto la explicación del retraso y sostiene su tesis con los siguientes argumentos: «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 más diversas modalidades.»<sup>16</sup> «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 la naturaleza y su poder haya requerido grandes esfuerzos, tales leyes son, por lo menos, tan verdaderas en la actualidad como para tiempos pasados y seguirán siéndolo siempre. Muy otra es la situación de la ciencia jurídica. Cuando tras largos años de esfuerzos ha logrado encontrar el verdadero concepto, la ley de una institución, hace tiempo que el objeto se ha transformado. La ciencia llega siempre tarde en relación con la evolución progresiva; no puede alcanzar nunca actualidad.»<sup>17</sup>

De la mutabilidad del objeto Kirchmann extrae un conjunto de consecuencias:

1. La ciencia jurídica se opone gustosa al progreso del conocimiento porque analiza con categorías muertas del pasado la realidad actual, comprimiéndola en un corsé anticuado y estrecho. Se lamenta de que el modelo de ciencia jurídica se encuentre en el derecho romano y exclama: «¡Cosa extraña! como si en toda disciplina, y por ende también en el derecho, el método más exacto no fuera el que consiste en mirar los fenómenos libremente, cara a cara, y así hacer brotar de ellos mismos los nuevos conceptos y leyes.»<sup>18</sup> El romanismo es un lastre que impide la utilización del método experimental. «Es mucho más cómodo seguir viviendo en la vieja casa bien instalada y conocida, que año tras año tener que dejarla e instalarse y orientarse de nuevo.»<sup>19</sup> El método experimental es mucho más incómodo que el tradicional, pero asegurará el progreso del saber jurídico.

2. El trabajo del jurista se limita al comentario de la

ley, y eso lo convierte en irrelevante porque «las nueve décimas partes de la ciencia jurídica se ocupan de las contradicciones, equívocos y lagunas de la ley positiva... por obra de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida: desviándose de la sana hacen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura».<sup>20</sup> Con este argumento, nuestro autor confirma la tesis de que no existe ciencia de objetos contingentes.

3. 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. El vulgo teme al jurista. Los argumentos y el lenguaje del recién licenciado son incomprensibles y sus decisiones son contrarias al sentido común. Kirchmann sostiene que «el excesivo formalismo y el lenguaje utilizado por los juristas ha convertido la administración de justicia en un juego de azar. En el lenguaje ordinario se dice que se ha ganado o se ha perdido un pleito como si de un juego de azar se tratara... la pérdida de un proceso es para el campesino un acontecimiento equiparable a la devastación de sus cosechas por el granizo: una desgracia pero no una injusticia».<sup>21</sup>

Pero Kirchmann no sólo critica la jurisprudencia como saber, sino también como técnica de resolución de conflictos sociales porque ésta produce el aislamiento del derecho de su fuente natural: el sentimiento jurídico del pueblo.

Una vez realizado el diagnóstico, el autor prusiano sugiere una terapéutica: el país pide jurados y está harto de juristas. Su propuesta concreta consiste en la eliminación de la jurisprudencia como saber jurídico o como actividad técnica de resolución de conflictos sociales.<sup>22</sup> Acude a la historia de grandes pueblos de la Antigüedad, que no conocieron la profesión jurídica y, sin embargo, eso no fue obstáculo ni para su desarrollo ni para su cultura. Los griegos —cuna de la civilización occidental— y los romanos hasta la época imperial, vivieron y fueron grandes pueblos sin necesidad de juristas profesionales. También acude a un argumento sacado de su experiencia profesional como fiscal general de Prusia. En aquellos distritos en los cuales los jueces no trabajan bien, no existe menos riqueza ni se nota el mal funcionamiento de la justicia. El notario, el médico o el capellán sustituyen espontáneamente al juez en su función de resolver los conflictos sociales.

### *La crítica de la crítica*

Las tesis de Kirchmann tuvieron especial fortuna porque recogieron en un lenguaje fácil, lapidario y sencillo el pensamiento popular. Las tesis del autor prusiano fueron especialmente oportunas en un momento en que se sentía la necesidad de cambiar el rumbo de la ciencia jurídica.

Ahora bien; la crítica de Kirchmann sería aceptable si también lo fuese su modelo de ciencia. Sin embargo, su modelo es muy ingenuo y no resiste una crítica epistemológica mínimamente seria.

En primer lugar, Kirchmann tiene una confianza ilimitada en el empirismo vulgar. Considera que la tarea de observación —sin prejuicios ni ideas preconcebidas— garantiza la objetividad del conocimiento. Olvida que para clasificar hay que tener un previo criterio de clasificación, y olvida también la crítica de Hume al principio de la inducción. ¿Cómo podemos generalizar de unas observaciones concretas? Los hechos ¿hablan por sí mismos?

En segundo lugar, Kirchmann infravalora el papel activo del conocimiento en la constitución del objeto. La naturaleza no habla por sí misma; es preciso preguntar mediante hipótesis y obligar a contestar a la propia naturaleza, como diría Kant. Si no existen hipótesis, difícilmente se encontrarán respuestas.

En tercer lugar, 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 inventadas para dar cuenta de los fenómenos. La ciencia no es reproductiva de las leyes de la naturaleza.

En cuarto lugar, considera que la ciencia es un saber universal e inmutable. Sin embargo, la moderna epistemología ha puesto de manifiesto el carácter provisional del conocimiento científico. La mayoría de las teorías vigentes en el siglo XIX se han modificado. Hoy es anacrónico sostener una concepción tan rígida de la ciencia.

En quinto lugar, defiende la tesis de que sólo los objetos inmutables pueden ser objeto de conocimiento. Con este criterio, muchas de las ciencias consolidadas no podrían considerarse como tales. ¿Sería incognoscible la historia porque cambia? ¿Serían incognoscibles los virus porque mutan?

En sexto lugar, ¿acaso no podemos aprehender realidades de las cuales tenemos noticia, pero que son realidades sin-

gulares? ¿No existen perspectivas desde las cuales lo que nos interesa no es lo igual que se repite, sino lo singular y lo individual? ¿No nos interesa más lo que tienen de individual Napoleón, Bach o Mahler que lo que tienen en común con los demás hombres?<sup>23</sup>

La crítica de Kirchmann se basa en un modelo de ciencia que no era sostenible ni en su época. Un empirismo vulgar basado en la observación directa de los fenómenos sin hipótesis preconcebidas, cuestión que desde Kant quedó zanjada; una confianza en la inducción, que Hume condenó a muerte; la idea de la pasividad del científico y la creencia en la inmutabilidad del resultado de la ciencia, convierten su ocu- rrente crítica en ingenua.

Es posible que la populista crítica kirchmanniana produzca efectos entre aquellos juristas que todavía comparten su modelo de ciencia. Sin embargo, el modelo que propone es inaceptable y, por tanto, los principales argumentos carecen del peso suficiente.

Ahora bien; de los argumentos anteriores no cabe deducir que si Kirchmann estaba equivocado la jurisprudencia es verdadera ciencia. La crítica de Kirchmann no se puede aceptar hoy porque no compartimos su modelo de ciencia, pero quizá tenga razón al considerar la jurisprudencia como una pseudociencia. Sectores importantes del pensamiento actual niegan legitimidad científica a la jurisprudencia y encuentran en Kirchmann a un precursor.

### *La influencia de Kirchmann*

Kirchmann no creó ninguna escuela, pero su legado ha sido importante en el pensamiento jurídico. Truyol sostiene que la obra de Kirchmann constituye un precedente de las teorías antiformalistas y de la escuela del derecho libre.<sup>24</sup> La crítica del logicismo es —ciertamente— uno de los substratos del pensamiento del autor reseñado. Treves argumenta que el autor prusiano es el gran inspirador del segundo Ihering.<sup>25</sup> Ahora bien; las teorías antiformalistas reclamaron mayor libertad del juez en la elección de criterios para la resolución de conflictos sociales con la finalidad de adecuar el derecho abstracto a las nuevas necesidades sociales. Kirchmann no pretende eso, sino la supresión de la jurisprudencia profesional y de los jueces profesionales. En este punto se distancia de las doctrinas antiformalistas y de la escuela del derecho libre.

Otros autores sostienen que Kirchmann sueña con el nacimiento del derecho natural.<sup>26</sup> El argumento se puede formular como sigue. La jurisprudencia no es verdadera ciencia porque su objeto es el derecho positivo mudable y contingente. La verdadera ciencia del derecho debe tener como objeto un derecho unitario, universal e inmutable. La doctrina iusnaturalista será la verdadera ciencia del derecho porque tiene un objeto con las características y propiedades que exige el modelo utilizado.

El iusnaturalismo ha aprovechado la crítica de Kirchmann, pero el iusnaturalismo *olvida* que el método experimental es el método de la ciencia —según Kirchmann— y que las doctrinas iusnaturalistas no han confiado nunca en este método.

Por otra parte, el iusnaturalismo racionalista sostuvo que el derecho era un producto de la razón, mientras que Kirchmann se adhiere a los postulados de la escuela histórica y sostiene que el derecho es el producto del espíritu del pueblo. Los componentes historicistas y la metodología empirista preconizada por el autor analizado le alejan del iusnaturalismo.

Por último existen autores —como Ruiz Giménez— que mantienen que «el alegato de Kirchmann coloca a los juristas en el dilema de renunciar al carácter científico de la jurisprudencia aceptándola como técnica o transformarla en ciencia natural».<sup>27</sup>

Kirchmann no es muy preciso a la hora de diferenciar entre el derecho entendido como ciencia, como técnica o como conjunto de normas.<sup>28</sup> Pero el alegato de Kirchmann no produce ningún dilema porque no sólo niega estatuto científico a la jurisprudencia, sino que también mantiene que es inadecuada como técnica de resolución de conflictos y propone su supresión.

### ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES

En el capítulo primero de este trabajo llegamos a la conclusión de que no se podía imponer una metodología desde fuera. El fracaso de la metodología normativa supone la imposibilidad de establecer unos criterios claros que, al ser seguidos, produzcan descubrimientos y justificaciones de la ciencia. Los argumentos que sirvieron para destruir la ciencia según la cual existe una sola metodología de la ciencia y que ésta tiene unas propiedades comunes implican que des-

de fuera no se puede determinar si un saber es o no científico.

Nuestra propuesta consiste en afrontar las cuestiones metodológicas desde dentro, desde las propias disciplinas. Sin embargo, la forma más común de afrontar este problema ha consistido en comparar un modelo determinado de ciencia con la jurisprudencia y llegar a una conclusión, normalmente negativa.

Nuestra propuesta consiste en olvidarse de este tipo de problemas —por lo menos momentáneamente— y analizar qué hace, bajo qué supuestos y reglas de juego trabaja y cuáles son las funciones sociales de la comunidad dogmática.<sup>29</sup>

Desde esta perspectiva, se puede apreciar la aportación cognoscitiva de esta comunidad, si es que la tiene. Este segundo planteamiento está justificado —si cabe— desde el momento en que —hasta hoy— el ideal justificacionista ha fracasado. Si una teoría científica se acepta porque la comunidad la reconoce, entonces es legítimo analizar la ciencia no sólo desde el punto de vista de los resultados, sino también desde el punto de vista de los sujetos, entendidos éstos no como individuos sino como colectividad. Pero antes de entrar en el análisis de lo que hace la comunidad dogmática convendría decir alguna cosa más sobre el primer problema.

#### LA DOGMÁTICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA DE LA CIENCIA

Hemos visto hasta aquí las críticas subjetivas a los juristas y a la jurisprudencia desde el punto de vista social, político y jurídico.

Desde la perspectiva de la filosofía de la ciencia, la dogmática jurídica tampoco ha adquirido estatuto científico. Los modelos de ciencia de los últimos siglos han propuesto «nuevas ciencias del derecho» que no coincidían con la jurisprudencia. Muchos juristas se han lamentado ante tal situación y han propuesto modelos de ciencia más amplios para que la dogmática se pueda subsumir en ellos. Bobbio ha escrito que «en el secular contraste entre la jurisprudencia y la ciencia ¿no hay que reproponer quizá el problema de si la jurisprudencia era una falsa ciencia porque no entraba en los cánones de la verdadera concepción de la ciencia, y pensar más bien que la concepción de la ciencia era una concep-

ción falsa porque entre otras cosas no conseguía dar razón de la jurisprudencia?».<sup>30</sup>

Pese a las quejas de los juristas, la cuestión es sencilla: el estatuto científico de la jurisprudencia siempre se ha puesto en duda. Las relaciones entre la filosofía de la ciencia y la jurisprudencia han sido tormentosas. A modo de ejemplo mostraremos —siguiendo a Bobbio— que tanto la concepción racionalista de la ciencia como la positivista le han negado estatuto científico.<sup>31</sup>

La tesis de Bobbio es la siguiente: «Hasta hoy el jurista no ha podido reencontrarse a sí mismo y a su trabajo en las principales figuras de científico propuestas por las diversas concepciones de la ciencia que se han sucedido desde que existe teoría de la ciencia. En otras palabras, hasta hoy la jurisprudencia no ha logrado nunca reconocerse plenamente a sí misma en la definición de ciencia que se ha formulado por las distintas teorías de la ciencia», y poco más adelante enuncia la tesis de la duplicación del saber jurídico de la siguiente forma: «Abierto en un determinado momento histórico el contraste —que parece irreductible— entre la concepción de la ciencia y la práctica del jurista, se va desarrollando por un lado una jurisprudencia que no es ciencia y por otro lado una ciencia que en sí misma no tiene nada que ver con la jurisprudencia —y con la que los juristas generalmente no saben qué hacer—. En otras palabras, con esto se quiere decir que en el mismo momento en que se reconoce el contraste entre la ciencia y la jurisprudencia, este contraste en vez de conducir al intento de reducir la jurisprudencia a ciencia tiene como consecuencia el traslado del ideal científico fuera y más allá de la jurisprudencia, es decir lleva a la construcción de una ciencia del derecho distinta de la jurisprudencia.»<sup>32</sup> Bobbio usa la concepción racionalista y la positivista para ilustrar sus tesis.

#### *La concepción racionalista de la ciencia y la dogmática*

El modelo de ciencia racionalista partió del presupuesto de que el mundo era un todo racional y que existían unas leyes que gobernaban el universo. El objetivo del conocimiento científico era descubrir las leyes inmutables y universales de la naturaleza. Los racionalistas sostuvieron que las leyes tenían una existencia específica con independencia de que el hombre las descubriera. Descubrir los misterios y enigmas de la naturaleza fue su objetivo. La creencia en la

racionalidad del mundo ocupa un lugar importante en el modelo racionalista.

El *racionalismo objetivo* supone que el mundo es un sistema ordenado regido por leyes universales y necesarias.<sup>33</sup> Junto a la creencia en la racionalidad del universo, la teoría de la ciencia racionalista sostuvo que el hombre poseía una facultad —la razón— mediante la cual podía descubrir la existencia de leyes universales y necesarias. El *racionalismo subjetivo* supone que el hombre posee los procedimientos adecuados para alcanzar el conocimiento de lo universal.

En cuanto al método, los racionalistas creyeron que el de la ciencia era deductivo y tuvieron como prototipo de ciencia la matemática. El modelo de ciencia racionalista supone una concepción determinada del mundo —racionalismo objetivo: el mundo es un sistema—; una capacidad humana para descubrirlo —racionalismo subjetivo—; y un método adecuado, el deductivo.<sup>34</sup>

La jurisprudencia sería una ciencia si tuviera un objeto inmutable, utilizara la razón como la facultad cognoscitiva y usara el método deductivo. Desde el modelo racionalista, la jurisprudencia debería cambiar para que se le reconociera estatuto científico.<sup>35</sup> En primer lugar, el objeto de estudio de la jurisprudencia no es la ley inmutable de la naturaleza sino el derecho positivo contingente. En segundo lugar, la razón no es la única facultad cognoscitiva que utilizan los juristas. En tercer lugar, el método no es el deductivo.

Si se compara el modelo racionalista con la actividad de los juristas, el resultado de ese juicio les es desfavorable porque es un saber que no comparte ni el racionalismo objetivo, ni el racionalismo subjetivo ni el método deductivo. Por tanto, la jurisprudencia no puede ser una ciencia.

Pero el racionalismo no se contentó con esta tesis. Si no existía una verdadera ciencia jurídica era necesario *inventarla*. Los racionalistas —conscientes de la importancia del conocimiento jurídico— propusieron un modelo de ciencia jurídica acorde con sus presupuestos. Ese modelo fue construido por el iusnaturalismo. El objeto «derecho natural» es inmutable, el método es el deductivo y el hombre puede descubrir las leyes naturales, inmutables y universales porque posee una facultad —la razón— que le permite conocerlas.

La aplicación del modelo racionalista al estudio del derecho conduce a la construcción de una verdadera ciencia del derecho —distinta de la jurisprudencia de los juristas— entendida como una jurisprudencia *more geometrico demons-*

*trata*. Bobbio ha explicado este contraste señalando que «el objeto de estudio del científico de la naturaleza son las leyes universales y necesarias. Y ¿cuándo el jurista ha tenido que ver con leyes de tal naturaleza? ¿No es realmente característica —hasta demasiado visible— del mundo de la experiencia en el que se mueve el jurista la mutabilidad, la provisionalidad, la limitación espacial y temporal, la convencionalidad, la contingencia, el cambio incluso caprichoso, en definitiva, la total falta de universalidad y necesidad? Y todavía más: ¿qué hay de definitivo en la jurisprudencia?... ¿No es quizá la jurisprudencia el terreno más fértil de las disputas no resueltas y siempre reabiertas, el dominio de la opinión, precisamente en el sentido en que la opinión se distingue tradicionalmente de la ciencia?».<sup>36</sup>

Si se acepta la concepción racionalista de la ciencia, parece evidente que se debe negar estatuto científico a la jurisprudencia porque no encaja en esta concepción. El pretendido saber jurídico no produce proposiciones universales e inmutables. Los racionalistas creyeron que se debía abandonar la vía de la antigua jurisprudencia y construir *ex novo* un saber sobre el derecho que correspondiera a ese modelo específico.

Bobbio sostiene que «el gran desarrollo del derecho natural queda como ejemplo clarísimo del modo en que se manifestó, en una determinada época histórica, el divorcio entre la realidad de la ciencia y la realidad de la jurisprudencia».<sup>37</sup> El argumento de Bobbio es correcto. La concepción racionalista rechazó la jurisprudencia y sugirió una ciencia que no tenía nada que ver con lo que hacían los juristas aunque —como ha demostrado González Vicén—<sup>38</sup> influiría en el desarrollo de la dogmática decimonónica y en el formalismo neokantiano, hasta tal punto que algunos sostuvieron que la teoría jurídica era una especie de geometría del fenómeno jurídico.<sup>39</sup>

#### *La concepción positivista de la ciencia*

La concepción racionalista fue un modelo histórico de ciencia, pero no es la concepción científica de la ciencia. El modelo impregnó el pensamiento jurídico y cumplió una función teórica, práctica y política de primera magnitud. La mentalidad racionalista se reflejó en la magna tarea codificadora. Las ideas racionalistas se convirtieron en derecho

positivo mientras que la concepción racionalista se desvanecía frente al historicismo.

Una nueva concepción de la ciencia vino a sustituir la racionalista. Los excesos de la razón se denunciaron por doquier. El historicismo de Herder empezó a abrir brecha en la concepción monolítica dominante. El mundo es historia. Los supuestos racionalistas tienen carácter metafísico.

El positivista considera que el mundo no es necesariamente racional ni está gobernado por autoridad alguna, ni divina ni racional. Todo lo que no sea analizar hechos es prejuicio o residuo metafísico. El método deductivo —característico del racionalismo— se considera ahora estéril para las ciencias factuales. El verdadero conocimiento se consigue con el método experimental.

El positivista acude a la experimentación como criterio para delimitar las proposiciones científicas. El objeto de la ciencia son los hechos perceptibles por los sentidos. De la observación de hechos el positivista llega a inducir leyes generales. Su modelo de ciencia es la física. Su reduccionismo a la metodología de la física llega hasta tal punto que se inventa la física social.

La concepción positivista de la ciencia fue tan presuntuosa como la racionalista. Desde ese modelo se analizaron los diversos saberes y se repartieron los trofeos. La psicología y la física social serían las ganadoras del galardón científico, mientras que la jurisprudencia continuó relegada entre los saberes no científicos.

La jurisprudencia no es una ciencia porque no trata hechos y sólo los hechos pueden ser objeto de análisis científico. La jurisprudencia trata de averiguar qué dice el derecho; sólo se pregunta por la licitud del comportamiento.<sup>40</sup> La jurisprudencia es una ciencia normativa.<sup>41</sup> La ciencia del derecho no trata de estudiar la conducta de los hombres sino el sentido de las normas.<sup>42</sup> Un positivista está interesado en la observación de hechos, en su clasificación y en la formulación de leyes generales. Los sentidos y normatividades de los juristas le suenan a metafísica, y por eso deben desterrarse del conocimiento científico.<sup>43</sup>

Sin embargo, el positivista también se vio obligado a inventarse un saber que sustituyera el tradicional jurídico y que concordara con los nuevos presupuestos y métodos de su modelo. La nueva ciencia ya no puede ser el derecho natural. Los presupuestos positivistas exigen una ciencia empírica que trate de hechos y de conductas sociales.

El modelo positivista de la ciencia será acogido por las doctrinas antiformalistas y significará el inicio de la sociología y la psicología jurídica.<sup>44</sup> Sin duda la concepción positivista de la ciencia ha gozado de gran prestigio en el último siglo y continúa impregnando las concepciones de la ciencia actual.

Hemos tratado hasta aquí dos modelos de ciencia determinados —dominantes en épocas distintas— y ambos no sólo han negado estatuto científico sino que han propuesto nuevas ciencias jurídicas sustitutorias de la jurisprudencia.

El procedimiento también ha sido semejante: parte de una concepción determinada de la ciencia, compara si lo que hacen los juristas cabe en el modelo y, por último, llega a la conclusión de que la jurisprudencia no es ciencia.

Ahora bien; ¿continúa siendo legítimo plantear el problema de esta forma tras el fracaso de los metodólogos en justificar las afirmaciones de la ciencia? Creo que esta operación es legítima si existiera una concepción científica de la ciencia, cuestión que, como veremos en el próximo epígrafe, debe plantearse.

#### ¿EXISTE UNA CONCEPCIÓN CIENTÍFICA DE LA CIENCIA?

Los filósofos de la ciencia se han preocupado de los diversos significados del término ciencia. Éste ofrece una ambigüedad denominada proceso-producto puesto que mediante él designamos tanto la actividad como su resultado. El término «ciencia» también es vago porque no es posible enunciar una propiedad común a todos sus usos. Por último tiene una fuerte carga emotiva porque sugiere reacciones favorables.

Se puede hablar de propiedades que suelen acompañar a los saberes científicos, pero no necesariamente. Por ejemplo, una disciplina que observe, experimente, mensione, haga generalizaciones abstractas, puede ser considerada científica con sólidos argumentos en su favor.

Pero es fácil encontrar contraejemplos. La geometría no experimenta, la matemática no contrasta con la experiencia y, sin embargo, las consideramos ciencias. En el campo de las ciencias factuales, el recurso —en última instancia— a la experiencia se considera condición necesaria aunque no suficiente. La historia de la ciencia enseña que la contrastación empírica no es argumento suficiente: evidencias empíricas

han sido rechazadas si no concuerdan con el paradigma.

Tras la crítica de Kuhn, las pretensiones empiristas ya no están tan seguras. Skolimowski se pregunta: «¿Qué son los fenómenos? ¿Qué es empírico? La contestación a estas preguntas es sencilla pero embarazosa. Los fenómenos, en especial los fenómenos empíricos, así como los llamados hechos, son consecuencias de nuestras teorías. No hay forma de captarlos o definirlos si no es por medio de la red de nuestras teorías. Puesto que están constituidos por nuestras teorías no es de extrañar que soporten y confirmen estas teorías.»<sup>45</sup> Como vimos en el capítulo primero, la experiencia no es condición ni necesaria ni suficiente del conocimiento científico.

El término ciencia tiene una zona de uso indubitado y una zona de penumbra. Por ejemplo la física corresponde a la primera zona, mientras que la dogmática a la segunda.<sup>46</sup> La distinción entre ciencia y no ciencia no es clara. No existe un criterio que permita establecerla de una vez por todas. En el caso de que se utilice uno tendrá carácter dogmático o convencional. La distinción —al ser gradual— produce discusiones en las zonas limítrofes.

Nino ha sostenido que en el lenguaje jurídico todavía se cree en la existencia real de los conceptos y que, por tanto, se considera que definir es un modo de conocer. La posición realista sostiene que sólo existe una verdadera definición para cada concepto. El problema surge cuando nos damos cuenta de que usamos este concepto sin respetar las propiedades que le hemos atribuido o cuando no existen propiedades comunes a los diversos usos del término. El problema se disuelve si se considera que la definición es una herramienta de la investigación.

Si somos conscientes de que el término ciencia no tiene en sí unas propiedades determinadas y que su significado varía a lo largo de la historia, ya no será necesaria una definición inmutable y universal de ciencia. Aparecerán diversas significaciones y no será un puzzle irresoluble encontrar las propiedades comunes al uso de la palabra ciencia.

Pero el término ciencia no sólo ofrece los problemas de ambigüedad y vaguedad. Como ya se ha apuntado, también es emotivo. Una tesis científica sugiere respeto. El término ciencia aparte de su significado descriptivo provoca reacciones emotivas positivas. La pregunta por el estatuto científico de la jurisprudencia se hace con el objetivo de condecorarla o de condenarla. Los juristas dogmáticos acostumbran ofre-

cer una definición *ad hoc* de la ciencia para comprender en su núcleo de significado esa actividad. Un buen ejemplo de esta actitud la encontramos en Larenz, que afirma que «estimamos que la jurisprudencia es de hecho una ciencia —y no sólo una tecnología aunque también sea eso— porque ha desarrollado métodos que aspiran a un conocimiento racionalmente comprobable del derecho vigente. A esto se opone el que nunca pueda alcanzar el grado de exactitud que distingue a la matemática y a la ciencia natural y que muchos de sus conocimientos sólo son de validez temporalmente condicionada». Larenz sostiene que la cientificidad de la dogmática es peculiar cuando se pregunta: «¿En qué otra ciencia sería posible que una determinada respuesta a una determinada pregunta no pudiera calificarse inequívocamente de verdadera o falsa sino sólo de defendible? Ciertamente que de ninguna otra ciencia se exige disponer al punto de una respuesta a toda pregunta: un problema de ciencia natural, una cuestión relativa a un proceso histórico, puede quedar sin contestar, al menos de momento; pero el caso jurídico sometido al juez no.»<sup>47</sup>

Larenz utiliza un concepto de ciencia que incluye el carácter descriptivo y prescriptivo de la dogmática, que es ciencia y tecnología a la vez y que sus soluciones sólo son defendibles. Evidentemente, esta tesis parecerá pintoresca a cualquier filósofo de la ciencia, y sólo es argumentable como defensa de la comunidad dogmática, pero no frente a otras comunidades científicas.

Creo que la distinción entre ciencia y no ciencia no es rígida, y que la diferencia es de grado. Como afirma Vernengo, esa distinción «depende de factores sociales que no reciben expresión en el discurso en el que formulamos nuestras expresiones subjetivas ni tampoco en los textos en que se vierte el conocimiento objetivo. La objetividad del conocimiento es también un modo de la subjetividad de algunos sujetos históricos».<sup>48</sup>

Discutir si la jurisprudencia es una ciencia o no, puede tener interés desde el punto de vista político como ataque o defensa del poder de la comunidad dogmática. Ahora bien; desde el punto de vista cognoscitivo, carece de interés. El impulso de una investigación viene determinado por el rendimiento explicativo y no por la definición. Para mí la cuestión relevante es la siguiente: si se afirma o niega el estatuto científico de la jurisprudencia, ¿se conoce más y mejor el derecho? ¿Se puede establecer una distinción rígida entre la

ciencia y la no ciencia? ¿Cuáles son los criterios utilizables? ¿Los asumimos dogmáticamente? El objetivo de la pregunta ¿es justificar la comunidad jurídica o criticarla? Se puede sostener que contestar la cuestión no aumenta nuestro conocimiento sino, en todo caso, nuestro prestigio.

Hierro ha criticado este tipo de planteamiento y ha señalado que obviar el problema del estatuto científico es conservador porque mantiene intocable la dogmática. Creo que Hierro se comporta como un metodólogo externo y nos propone un nuevo modelo de ciencia jurídica. La historia está llena de prescripciones metodológicas, pero quizá valga la pena afrontar esos problemas desde el interior de la disciplina dogmática.

Wroblewski propuso abandonar la idea de si una ciencia debe ser de cierta forma y analizar qué hace, bajo qué presupuestos trabaja y qué reglas de juego usa la comunidad que practica la dogmática.<sup>49</sup> En este sentido, me parece que la recomendación de Kuhn es muy pertinente: «Subrayar la necesidad de estudiar la estructura comunitaria de la ciencia y también la necesidad que existe de estudios similares y, sobre todo, comparativos de las comunidades correspondientes... el conocimiento científico, como lenguaje, es intrínsecamente la propiedad común de un grupo... para comprenderlo necesitamos entender las características especiales de los grupos que lo crean y lo usan.»<sup>50</sup>

Nadie puede negar que la comunidad dogmática tiene sus revistas, sus congresos, sus publicaciones y sus teorías. Cualquier dogmático sabe distinguir entre un libro de su especialidad bueno y malo. Ello implica que existe un termómetro de valoración colectivo.

Dedicar atención a la dogmática no es necesariamente conservador porque esa comunidad existe; la transmisión del saber jurídico se lleva a cabo mediante su red conceptual; los jueces y juristas la usan para resolver conflictos sociales. La dogmática jurídica —por muy desprestigiada que esté, incluso entre los alemanes— cumple unas funciones sociales importantes. Analizar la dogmática no supone la justificación y la legitimación de la comunidad. El hecho de que una institución social tenga vigencia social no es razón para legitimarla —como bien apunta Hierro—, pero quizá sí es una buena razón para estudiarla.

## NOTAS

1. Véase sobre este punto K. Larenz: *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., epílogo. Véase también L. Lombardi: *Curso de filosofía del diritto*, Padova, CEDAM, 1978, cap. 1 (tomo I).

2. Véase C. Schmitt: «El concepto de la política», op. cit. Véase también P. Barcellona y G. Coturri: *El Estado y los juristas*. Barcelona, Fontanella, 1976. Véase N. López Calera y otros: *Sobre el uso alternativo del derecho*. Valencia, Fernando Torres, 1978. Sobre el realismo, véase L. Hierro: *El realismo jurídico escandinavo*, op. cit., y E. Pattaro: *Il realismo giuridico scandinavo*. Bolonia, Cooperativa Libreria Universitaria, 1975.

3. El ideal de pureza metodológica ha sido defendido por la dogmática alemana de derecho público, representada por autores como Gerber, Laband, Jellinek y Kelsen. Esta dirección de pensamiento pretendió construir una teoría del Estado positivo estrictamente jurídica. Véase sobre este punto mi trabajo *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1977, pp. 49 y ss.

4. Sobre este punto véase R. Vernengo: *Curso de teoría general del derecho*. (2.ª ed.) Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, pp. 453 y ss.

5. Véase sobre este punto J. R. Capella: «Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas», en J. R. Capella: *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*. Barcelona, Fontanella, 1976. Véase también A. Hernández Gil: *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Madrid, Cívitas, 1976, pp. 30 y ss., y M. Núñez Encabo: *Introducción al estudio del derecho*, tomo I. Madrid, Alhambra, 1979, pp. 126 y ss.

6. Kuhn reconoce a la economía el estatuto de ciencia madura.

7. Véase L. Kolakowski: *El hombre sin alternativa*. Madrid, Alianza, 1970, en el que se plantea un problema semejante referido a los filósofos.

8. Véase J. R. Capella: «Sobre la Extinción del derecho y la supresión de los juristas», op. cit., p. 66.

9. Véase A. Truyol: «Escrito preliminar», en J. Kirchmann: *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, pp. 14 y ss.

10. Véase J. Ruiz Giménez: *Introducción a la filosofía jurídica*. Madrid, EPESA, 1960, p. 122. Véase también A. Latorre: *Introducción al derecho* (ed. puesta al día 1985, por la que se cita). Barcelona, Ariel, 1968, pp. 97 y ss.

11. Véase Goethe: *Fausto*. Barcelona, Planeta, 1980, p. 57.

12. Véase M. de Montaigne, *Essays*, edición consultada: París, Garnier, 1925, libro II, cap. 12, p. 348. Véase también Pascal, *Pensées*, n.º 294.

13. Véase el estudio preliminar de Truyol ya citado, p. 17.
14. Véase J. von Kirchmann: *La jurisprudencia no es ciencia*, op. cit., p. 36.
15. *Ibid.*, p. 38.
16. *Ibid.*, p. 39.
17. *Ibid.*, p. 40.
18. *Ibid.*, p. 43.
19. *Ibid.*, p. 41.
20. *Ibid.*, p. 54.
21. *Ibid.*, pp. 69 y s.
22. *Ibid.*, p. 73.
23. Rickert planteó si con los métodos de las ciencias naturales podemos aprehender toda la realidad de la cual tenemos noticia. El neokantismo y el historicismo intentaron fundamentar las ciencias culturales. Sobre este punto, véase H. Rickert: *Ciencia cultural y ciencia natural*, 4.ª ed. Madrid, Espasa Calpe, 1964.
24. Véase el «Escrito preliminar» de Truyol, pp. 19 y ss., y también G. Perticone: «Grandezza e miseria della scienza giuridica», en *RIFD*, 1964, pp. 341 y ss.
25. Véase R. Treves: *Lezioni di filosofia del diritto*. Milán, Goliardica, 1968, p. 96.
26. Véase Elías Díaz: *Sociología y filosofía del derecho*, op. cit., p. 376. Elías Díaz mantiene la tesis de que algunos iusnaturalistas han intentado mantener los argumentos de Kirchmann contra la jurisprudencia para construir de nuevo una ciencia natural del derecho natural.
27. Véase J. Ruiz Giménez, op. cit., p. 126.
28. Véase el trabajo citado de G. Perticone en el cual insiste en esta confusión en el pensamiento de Kirchmann, que vicia su crítica porque muchas veces no se sabe hacia qué se dirige: al derecho, a la ciencia del derecho o a la técnica del derecho. Sobre este punto, véase M. Atienza: *Introducción al derecho*. Barcelona, Barcanova, 1985, pp. 279 y ss.
29. J. Wroblewski, en su trabajo «Normatività della scienza giuridica», en U. Scarpelli (ed.): *Diritto e analisi del linguaggio*. Milán, Comunità, 1976, p. 335, planteaba el tema de la siguiente forma: «Nos podemos acercar a la ciencia jurídica —como a cualquier otra ciencia— desde dos perspectivas distintas: la primera es descriptiva y se interesa por la ciencia jurídica tal y como viene practicada por un grupo de personas en un momento determinado. La segunda es normativa porque establece un programa... con el objetivo de mejorar la ciencia jurídica existente.»
30. Véase N. Bobbio: «Ciencia del derecho y análisis del lenguaje», en N. Bobbio: *Contribución a la teoría del derecho*, op. cit., p. 182.
31. *Ibid.*
32. *Ibid.*, pp. 174 y ss.
33. *Ibid.*
34. Sobre el concepto de ciencia racionalista, véase E. Beth: *The Foundations of Mathematics*, Amsterdam, 1965. El capítulo segundo está dedicado a la herencia aristotélica en las concepciones racionalistas y empiristas de la ciencia. Para la crítica de esta concepción, véase K. Hubner: *Crítica de la razón científica*. Barcelona, Alfa, 1981, capítulo XV.
35. Esta tesis la sostiene Bobbio. Según las concepciones racionalistas, positivistas y neopositivistas, la jurisprudencia debe dejar de ser lo que es para convertirse en ciencia.

36. Véase N. Bobbio: «Ciencia del derecho y análisis del lenguaje», op. cit., p. 176.
37. *Ibid.*, p. 177.
38. Felipe González Vicén ha sostenido la tesis de que la metodología utilizada por el positivismo va a ser la racionalista, y por esa razón el positivismo jurídico se torna formalista y ahistórico. En su trabajo «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo contemporáneo», afirma que «[la respuesta del positivismo] al problema del conocimiento del derecho en tanto que objetivación histórica, va a consistir en intentar aprehenderlo con el método y desde las premisas del racionalismo abstracto. Nacida en oposición consciente al derecho natural racionalista, la ciencia jurídica del positivismo va a incorporar la gnoseología de aquél y va a tratar de resolver con ella un problema sólo comprensible desde la negación precisamente del racionalismo en el campo del derecho. Con este salto sobre su propia sombra, la ciencia del derecho del positivismo va a iniciar un proceso que durante más de cien años imprimirá su sello al pensamiento jurídico». (Edición por la que se cita F. González Vicén: *Estudios de filosofía del derecho*. Universidad de La Laguna, 1979, pp. 145 y ss.)
39. Leibniz construyó una jurisprudencia al modo de la geometría. Pero Kelsen —que pretende apartarse de la nebulosa metafísica— consideró que la ciencia jurídica era una geometría del fenómeno jurídico. Sobre este punto, véase Luis Recasens Siches: «Estudio Preliminar», en H. Kelsen: *Compendio de la teoría general del Estado* (reeditado en Barcelona, Blume, 1980). Véase también L. Legaz. *Kelsen*. Barcelona, Bosch, 1933.
40. Véase E. Gimbernat: «¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?», en E. Gimbernat: *Estudios de derecho penal*. Madrid, Civitas, 1976, p. 78.
41. La noción de ciencia normativa referida a la jurisprudencia ha originado muchas confusiones. Sobre este tema véase A. Ross: *Hacia una ciencia realista del derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, p. 122. Véase J. R. Capella: *El derecho como lenguaje*, op. cit., pp. 33 y ss. y A. Calsamiglia: *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 16 y ss. Véase también M. Losano: *Forma e realtà in Kelsen*, Milán, Comunità, 1981, p. 53. Véase también A. Aarnio: *The Legal Point of View*. Helsinki, Urpo Kangas, ed., 1978, pp. 60 y ss.
42. Véase K. Larenz: *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 26, en la que afirma: «La ciencia del derecho tiene que vérselas con el derecho, lo que, sin embargo, quiere decir con un objeto que nosotros no somos capaces de aprehender de otro modo que haciéndonos conscientes de su sentido, del significado de determinados actos y de sus objetivaciones... es por tanto una ciencia comprensiva que intenta interpretar de un modo determinado el material que le es dado, a saber: normas e institutos de un derecho positivo.»
43. Véase R. Treves: *Lezioni di filosofia del diritto*, op. cit., pp. 78 y ss.
44. Véase E. Ehrlich: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Munich, 1913. Frente a la tesis de las alternativas entre dogmática y sociología del derecho mantenida en el prefacio por Ehrlich, Treves ha sostenido que estos saberes no son excluyentes sino complementarios. Véase su «Kelsen e la sociologia», conferencia pronunciada en el Instituto della Enciclopedia Italiana de Roma y editada en el volumen *Hans Kelsen nella cultura filosofica giuridica del Novecento*. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983.

45. Véase H. Skolimowski. *Racionalidad evolutiva*, op. cit., p. 12.
46. Véase Ch. Stevenson: *Ethics and Language*. Yale University Press, 1958 (7.ª ed.). En la literatura castellana véase G. Carrió: *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979, 2.ª ed., p. 33.
47. Véase K. Larenz: *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., pp. 26 y 35.
48. Véase R. Vernengo: *Curso de teoría general del derecho*, op. cit., p. 18.
49. Véase J. Wroblewski, op. cit., p. 335.
50. Véase Kuhn: «Postdata 1969», en Th. Kuhn: *La estructura de las revoluciones científicas*. México, F.C.E., 1971, pp. 318 y ss.

### CAPÍTULO III

#### LA DOGMÁTICA JURÍDICA CARACTERIZACIÓN GENERAL

### UN SABER... ¿DOGMÁTICO?

En este trabajo usamos los términos dogmática y jurisprudencia como sinónimos. Puede causar cierta perplejidad que la ciencia jurídica por antonomasia se denomine dogmática jurídica. En el lenguaje ordinario, el término dogmático tiene un significado emotivo de carácter negativo.<sup>1</sup> Ser dogmático significa aceptar un principio sin someterlo a la crítica racional. El dogmático es incapaz de reformar un principio porque no admite *a priori* ningún argumento que se oponga a éste. Las actitudes dogmáticas no admiten ni pruebas ni razones en contra.<sup>2</sup>

En principio, la convicción dogmática se opone a la verdad científica. Muchos autores sostienen que la ciencia es explícitamente crítica y antidogmática porque siempre pone en cuestión sus teorías y porque las verdades que ofrece son provisionales.<sup>3</sup>

El hecho de que uno de los saberes jurídicos se autodenomine dogmático y, a la vez, pretenda constituirse en un saber científico, parece contradictorio porque la crítica racional se considera una de las características diferenciales del saber científico frente a otros saberes no científicos. Dogma y ciencia son irreconciliables. La actitud científica se abre a la crítica mientras que la dogmática se cierra a ella.

Ahora bien; ¿en qué sentido es dogmática la dogmática jurídica? ¿Se puede afirmar que excluye siempre la discusión racional?

Muchos autores han sostenido el carácter dogmático del saber jurídico. Recasens Siches —por ejemplo— afirma que «la jurisprudencia —o sea la disciplina jurídica sobre un orden positivo dado— tiene carácter dogmático. Quiere esto decir que la jurisprudencia, de modo parejo a la teología, trabaja sobre los contenidos que recibe de un modo dogmático; del legislador la primera, de la Revelación la segunda... la ciencia jurídica trabaja con normas, es decir, con proposiciones de deber ser, y su papel con respecto a las mismas es

construir un sistema unitario y coherente, encajándolas en el andamiaje de la serie de conceptos puros y *a priori* que condicionan necesariamente todo derecho y toda reflexión sobre el mismo». <sup>4</sup>

Ahora bien; la jurisprudencia se denomina dogmática no porque excluya siempre la discusión racional, sino porque toma como si fueran hechos indiscutibles las normas del ordenamiento. <sup>5</sup> El dogmático no puede poner en cuestión ni criticar las normas, del mismo modo que el teólogo no cuestiona la Revelación. La jurisprudencia es una dogmática, pero de ahí no se puede inferir que la racionalidad quede siempre excluida.

Nos llegan noticias de teorías, publicaciones, congresos y simposios de la comunidad dogmática. Ésta utiliza la razón y la argumentación para la resolución de los problemas que se plantea. Las teorías dogmáticas pretenden persuadir a sus destinatarios —mediante argumentos racionales— no sólo de la coherencia de sus análisis sino también de su oportunidad para resolver un conflicto social de una forma determinada.

La dogmática jurídica parte de unos principios que no son susceptibles de crítica racional. Quien critique las normas no trabaja en el seno de la dogmática sino en el campo de la política jurídica. Pero, si bien es cierto que sus presupuestos y sus reglas de juego son indiscutibles, no es menos cierto que las teorías están expuestas a la crítica racional. Las teorías —como resultado de la actividad de la comunidad dogmática— no sólo admiten la crítica racional, sino que son explícitamente críticas. El dogmatismo de la jurisprudencia sólo se mantiene en el nivel de los presupuestos y las reglas de juego. Tanto éstas como aquéllas son indiscutibles.

El dogmatismo de la jurisprudencia es análogo en algún sentido al de la ciencia porque ¿acaso no mantiene también algunos dogmas como auténticas reglas de juego que no son susceptibles de crítica racional? Los trabajos de la moderna filosofía de la ciencia han puesto de manifiesto que el científico es un conservador de sus teorías y no siempre está dispuesto a rectificar leyes generales. Sólo si existen argumentos muy poderosos reconocerá la refutación. La comunidad de científicos es reacia a las continuas transformaciones. <sup>6</sup> La imagen del científico —siempre dispuesto a rectificar errores— no corresponde a la realidad histórica.

Kuhn ha sostenido que también en las ciencias maduras

se aceptan acríticamente ciertos presupuestos que determinan la investigación y que no son susceptibles de crítica racional. El científico acepta los presupuestos sin discusión y son éstos los que determinan qué procedimientos puede utilizar y cuál es el objetivo de la investigación. La perspectiva desde la cual el científico observa el mundo viene determinada por esos dogmas. Es lógico que el científico sólo vea el campo que sus lentes dogmáticas le enfocan. Lo que está fuera del campo de visión no puede ser objeto de investigación científica porque carece de la red conceptual adecuada para conseguir su objetivo.

Tras la crítica de Kuhn no se puede afirmar que la ciencia es siempre antidogmática. <sup>7</sup> Por una parte, el dogma ocupa un lugar importante en la investigación científica; por la otra, el científico no está dispuesto a refutar una teoría general a la primera experiencia contraria. El científico es más conservador del núcleo de la ciencia que crítico.

Si eso ocurre en la ciencia, si el dogma está presente en la ciencia, ¿por qué no debe estar presente también en la jurisprudencia? No debe causar perplejidad que un saber como la dogmática parta de unos presupuestos y de unas reglas de juego, y que tanto unos como otras sean asumidos acríticamente. La jurisprudencia es dogmática en un sentido en que la propia ciencia también lo es. Pero ese dogmatismo de la jurisprudencia no excluye ni la racionalidad ni tampoco —por supuesto— la argumentación. En el ámbito de la jurisprudencia —como en cualquier otro conocimiento— se buscan razones para respaldar una tesis determinada. El resultado de los conocimientos no es la infalibilidad, porque el progreso del conocimiento no parte de verdades indudables, sino de presupuestos que se admiten como si fueran verdades. Carece de sentido exigir más a la jurisprudencia que a cualquier otra ciencia madura.

#### ¿ES ARBITRARIA LA DOGMÁTICA?

Muchos juristas sostienen que la dogmática es un conjunto de opiniones que carecen de justificación objetiva. La dogmática jurídica es arbitraria porque no ha sido fiel a un principio metodológico básico y ha utilizado la política, la sociología o la biología de una forma indiscriminada. <sup>8</sup>

Otros consideran que la dogmática es un arma política escondida bajo el ropaje de la ciencia, que sus presupuestos

están sesgados ideológicamente y que por esa razón es arbitraria.<sup>9</sup>

Es cierto que la dogmática se ha utilizado políticamente y que no ha sido neutral, pero eso también les ha ocurrido a otras ciencias maduras. Sin embargo, los juristas dogmáticos forman una comunidad que tiene unos presupuestos y unas reglas de juego que determinan el marco de su actividad. En otras palabras: en el seno de la dogmática existen unos límites que se deben respetar. Quien no los respete no juega a la dogmática del mismo modo que quien no respete las reglas del ajedrez no juega al ajedrez sino que hace otra cosa. Ello implica que la comunidad no aceptará cualquier argumento o cualquier teoría. Si existen procedimientos de aceptación de las teorías, entonces no es totalmente arbitraria. Y no lo es por tres razones: la primera, porque el individuo está sujeto a unos presupuestos y a unas reglas de juego; la segunda porque está sometido a la crítica; la tercera, porque la comunidad tiene termómetros de valoración de las teorías.

Arbitrariedad significa ausencia de procedimientos y, ciertamente, la dogmática tiene unos determinados. Ahora bien; las pruebas que ofrecen las teorías dogmáticas no son concluyentes. La argumentación dogmática no es demostrativa sino persuasiva o convincente: se mueve por el camino intermedio de la racionalidad argumentativa.<sup>10</sup> Como ha puesto de manifiesto el lógico surafricano Jensen, el razonamiento jurídico tiene un carácter esencialmente clasificatorio, subsumitivo y no demostrativo. La tarea del jurista consiste en subsumir en un esquema previo hechos determinados dando argumentos fuertes de por qué se subsume en éste o en aquel esquema. El jurista no prueba ni demuestra, sino que intenta persuadir tanto al juez como a la comunidad dogmática de la corrección de su actividad clasificatoria y, por tanto, de las consecuencias que implica esa clasificación.<sup>11</sup>

Sin ánimo de legitimar la dogmática, creo que vale la pena partir de la hipótesis de que esa comunidad existe y realiza una actividad; como comunidad tiene unos presupuestos y unas reglas de juego, y realiza también unas funciones sociales importantes.

Es posible que estas reglas de juego sean tan ambiguas que permitan teorías contradictorias. El estudio de las reglas dogmáticas mostrará que no es un saber arbitrario, aunque aquéllas permitan una discrecionalidad al intérprete.

Algunos autores han mantenido que la dogmática cumple

un papel ordenador y racionalizador. Gimbernat sostiene que cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales; más dependerá del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución.<sup>12</sup>

Según el autor citado, la dogmática sería un conocimiento que pretende presentar el material jurídico disperso en un esquema simplificado. Pero los conceptos elaborados por la dogmática sirven para calificar los hechos y para observar el mundo del derecho desde una perspectiva determinada. El jurista, el juez y el abogado leen el mundo de los hechos, de la ley y de la resolución de los conflictos mediante la red conceptual elaborada por la dogmática. En este sentido, la dogmática es una escala intermedia entre la ley y los hechos.<sup>13</sup>

Pero la función de la dogmática no sólo es cognoscitiva. Uno de sus objetivos es proporcionar criterios al intérprete del derecho para la resolución de los casos difíciles. El carácter híbrido de este saber —amalgama de descripción y prescripción— ha creado problemas de justificación a sus cultivadores porque la dogmática no se limita a describir su objeto sino que forma parte de él.<sup>14</sup>

#### LA DOGMÁTICA, ENTRE CIENCIA Y POLÍTICA

La dogmática jurídica es un saber que tiene como objeto el estudio del derecho junto a otros saberes que también tienen como objeto material el derecho.<sup>15</sup> Pero la dogmática ocupa un lugar relevante entre estos saberes porque es el específicamente jurídico; es decir, cultivado sólo por juristas y desde una perspectiva determinada: estudia el aspecto normativo del derecho. Por esa razón se le denomina ciencia jurídica en sentido estricto.

Sin embargo, existen diversas concepciones sobre la propia dogmática. Por una parte nos encontramos con autores que sostienen el carácter cognoscitivo exclusivo de la dogmática. Frente a esta idea algunos autores mantienen que la dogmática no sólo es un conocimiento sino que también es una técnica. Por último nos encontramos con juristas que sostienen que es una técnica y que tiene únicamente finalidades prácticas y no teóricas.

Rudolf Stammler —por ejemplo— sostuvo el carácter cognoscitivo de la dogmática jurídica. Según este autor, la jurisprudencia es reproductiva de normas suministradas por el legislador, que reconstruye y sistematiza, interpreta y ex-

pone conforme a un especial aparato lógico, pero sin discutir el contenido. Stammler sostiene que la ciencia jurídica es formal.

Kelsen también sostuvo —siguiendo la senda stammle- riana— que la ciencia jurídica tiene como objetivo la descripción del derecho positivo. Kelsen pretendió construir una ciencia jurídica bajo el modelo de la dogmática, pero sin sus defectos de pseudoneutralidad y sincretismo metodológico.<sup>16</sup>

Un segundo grupo de autores mantiene que la dogmática es a la vez una ciencia y una tecnología. Larenz —por ejemplo— sostiene que la jurisprudencia es una ciencia —diferente de las ciencias científicas— y también una tecnología, porque una dogmática que no se preocupe de su finalidad práctica carecería de interés.<sup>17</sup> Ruiz Giménez —entre nosotros— también sostuvo el carácter híbrido de la dogmática: «La función de la dogmática está en la comprensión, análisis y armonización de las normas jurídicas integrantes de un ordenamiento jurídico positivo... el jurista científico, respetando los datos imperativos del ordenamiento, se esforzará en comprender su sentido, llenar las posibles lagunas, superar las contradicciones e inferir las consecuencias lógicas sobre las que se apoyará después la labor de aplicación propia del jurista práctico. Sin salirse de esta actitud intelectual, deberá prolongar analógicamente los criterios del legislador hacia las nuevas circunstancias de hecho que vayan surgiendo en la existencia colectiva y, en ese empeño habrá de servirse de las enseñanzas de la historia y de la sociología jurídica, aunque asimilando estos nuevos datos dentro de su perspectiva metodológica y de su misión específica, que a la vez es de índole teórica y práctica.»<sup>18</sup> Ruiz Giménez sostuvo que toda doctrina que privilegie uno de los dos aspectos —teórico o práctico— incurre en errores y confusiones.<sup>19</sup>

Otro grupo de autores afirma que el aspecto técnico que produce la comunidad dogmática es mucho más importante que el aspecto cognoscitivo. Por ejemplo, Hierro sugiere que «la función explicativa de la dogmática está pues al servicio de su función legislativa o política-jurídica, es derivada respecto a ella, y gran parte de las discusiones doctrinales, que se muestran externamente como una descripción —calificación jurídica o naturaleza jurídica— no es otra cosa que una discusión sobre las consecuencias normativas de una u otra descripción; son discusiones de política jurídica y no discusiones científicas».<sup>20</sup>

Por último, existe un grupo de autores que niegan la pre-

tensión cognoscitiva de la dogmática. Algunos hermeneutas alemanes,<sup>21</sup> Lombardi o Mir, han sostenido —con notables diferencias— que la dogmática no es ciencia. Martin Kriele ha criticado los presupuestos del positivismo y ha revalorizado la razón práctica frente a la razón teórica. La jurisprudencia no se entiende como una ciencia teórica cuyo objetivo fundamental es describir. El objetivo de la jurisprudencia es dirigir la acción y presta especial atención a los problemas que la razón teórica no puede abarcar. La rehabilitación de la razón práctica supone la rehabilitación de la jurisprudencia como técnica que produce decisiones racionales. La técnica jurídica está compuesta por el conjunto de operaciones y procedimientos mediante los cuales se llegan a obtener decisiones de problemas que se suscitan en la vida social.

Santiago Mir es muy explícito: «No niego que el derecho sea también susceptible de una consideración meramente especulativa, pero no es ésa la función en que está comprometida la dogmática, y elegir este punto de vista sería pervertir su sentido. Se caería con ello en una dogmática para sí misma, que merecería las críticas que hace ya tiempo vienen dirigiéndose a la ciencia jurídica. La única vía para evitarlo es fijar como meta de la dogmática el servir a fines prácticos y reconocer que no posee naturaleza de ciencia teórica sino de ciencia aplicada, tal vez menos brillante, pero única que no traiciona la función social de nuestra disciplina.»<sup>22</sup> Una posición cercana mantiene Manuel Atienza cuando afirma —en su *Introducción al derecho* (Barcelona, Barcanova, 1985, p. 281)— que «Von Kirchmann tenía razón —y la sigue teniendo— al sostener que la jurisprudencia no es una ciencia... pero se equivocaba, y con él muchos de sus comentaristas, al suponer que tal afirmación por sí misma significa necesariamente un juicio crítico respecto a la jurisprudencia... la jurisprudencia es una técnica, y no puede dejar de serlo, pero aceptar esto no implica relegarla a un plano de menor importancia».

La discusión sobre el carácter cognoscitivo o práctico de la dogmática tiene una larga historia. Ya Savigny —por ejemplo— distinguió entre el elemento científico y el político del derecho. Ihering también se planteó el problema de la técnica jurídica.<sup>23</sup>

Pero fue Gény quien sostuvo —quizá por primera vez— la importancia de una teoría sobre la técnica del derecho. En el último año del siglo pasado, el autor francés afirmó

que la teoría de la interpretación y la técnica del silogismo de la aplicación del derecho —sostenida por la dogmática tradicional— no se adecuaba a la realidad. En su obra *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*,<sup>24</sup> Gény renuncia al dogmatismo tradicional y propone una *libre recherche scientifique*. La obra tuvo una gran acogida sobre todo desde el punto de vista crítico. Pero quedaba por determinar qué debía entenderse por la *libre recherche*.<sup>25</sup>

Su obra *Science et technique en Droit privé positif* intentó responder a la cuestión. Gény distingue en el derecho dos elementos: lo dado y lo construido. Lo dado proviene de las realidades de hecho o de principios generales y esenciales del orden del mundo.<sup>26</sup> Lo dado sólo lo podemos reconocer mediante la creencia o la inteligencia; en ningún caso es posible manipularlo. Lo dado en el derecho está constituido por los principios generalísimos del derecho natural y constituye el elemento científico del derecho.

Junto a lo dado existe lo construido, que se concibe como algo artificial, producto más de la voluntad que de la inteligencia. Lo construido constituye el elemento técnico del derecho y también el elemento más importante del derecho. Gény elabora una teoría de la técnica jurídica como si la actividad de los juristas fuera un oficio.

¿Por qué hasta Gény no existe una teoría de la técnica jurídica? La respuesta es relativamente sencilla. No es necesario que se construya una teoría de la técnica jurídica si ésta es muy simple. La escuela de la exégesis había reducido la técnica jurídica a un silogismo y no era necesario profundizar en él. Gény cree que no todo el derecho está contenido en la ley, que el proceso de decisión es muy complejo, y para orientarse en este laberinto de normas y precedentes es preciso construir una verdadera técnica que nos muestre los procedimientos para alcanzar unos objetivos determinados. La técnica jurídica relaciona medios con fines, y si bien la relación de medios y fines es en sí un principio racional, los medios en sí mismos son muy variables; muchos pueden conducir al mismo objetivo.<sup>27</sup> Gény sostuvo el carácter fáustico de la técnica jurídica porque consiste en acción más que conocimiento. La técnica es más obra de la voluntad que de la inteligencia.<sup>28</sup>

Pero, por encima de su rehabilitación de lo técnico en el campo del derecho, uno de sus grandes legados fue fundamentar el carácter híbrido del saber jurídico. Desde épocas muy tempranas se había discutido si la jurisprudencia de

los juristas era una técnica o una ciencia, un saber, un oficio o un arte. Gény contesta: «Podemos responder con mayor atrevimiento que nunca. Es a la vez una ciencia y un arte. Ciencia en tanto se fundamenta en las realidades directrices de la vida social; arte, al mismo tiempo, porque se desarrolla esencialmente por el impulso de la ingeniosidad humana.»<sup>29</sup>

Gény sostuvo —en primer lugar— que la ciencia jurídica no se limita a describir lo dado sino que es constructiva. La actividad del jurista no es meramente cognoscitiva y reproductora sino decisoria y productora.

En segundo lugar, afirmó que la actividad decisoria del jurista no es ni arbitraria ni irracional porque responde a una finalidad determinada.<sup>30</sup>

En tercer lugar, puso de manifiesto la necesidad del aspecto práctico de la técnica jurídica. «Los resultados de la elaboración científica del derecho, los principios del derecho natural y de la economía que se pueden descubrir por la razón como directivas de la conducta social, son demasiado generales, demasiado esquemáticos, huidizos e indeterminados en sus límites para que se puedan insertar eficientemente en la vida. Sólo la técnica suplirá esta deficiencia.»<sup>31</sup>

Por último, señaló que el aspecto técnico del derecho es más importante que el elemento científico. Gény prestó especial atención a la técnica jurídica porque en la tradición de su época se había infravalorado injustamente y porque su crítica al silogismo legalista le exigía una construcción más compleja. Sostuvo que la actividad del jurista estaba entre la ciencia y la técnica, entre la construcción y la descripción y, en este sentido, describió con agudeza un aspecto importante de la comunidad dogmática.

#### SOBRE LOS MÉTODOS DE LA DOGMÁTICA

Los juristas han discutido con calor la metodología de la dogmática. Sin embargo, los científicos y los filósofos de la ciencia no han prestado excesiva atención a este problema. Una buena muestra de esta incompreensión se encuentra en Piaget cuando se pregunta: ¿Cuál es el modo de conocimiento y cuáles son los procedimientos lógicos que caracterizan el derecho? La tesis de Piaget es que «las disciplinas jurídicas son un mundo aparte».<sup>32</sup>

La mentalidad científica ha considerado extravagante y

pintoresca la actividad de los juristas porque lo que dicen que hacen es distinto de lo que realmente hacen. Vernengo puso de manifiesto que «tenemos juristas positivistas que efectivamente son voceros de alguna revelación que pretenden divina; tenemos iusnaturalistas, que invocando en cada línea la autoridad de un texto revelado, o la voluntad de Dios, en realidad han hecho de pequeños legisladores contingentes, pequeños dioses demasiado humanos».<sup>33</sup> Esa ocultación de su verdadero proceder dificulta la comprensión de su actividad.

Ahora bien; a pesar de estos obstáculos creo que en la dogmática existe un conjunto de corrientes metodológicas que tienen unos presupuestos comunes pero que provocan unos estilos de interpretar y aplicar el derecho distintos y una forma de enfocar el estudio del derecho diverso.

#### *El estilo formalista*

Una primera corriente metodológica podríamos denominarla formalista. Según ella la tarea fundamental del jurista es la interpretación de la ley. Los criterios específicamente jurídicos son los únicos utilizables para la resolución de los conflictos sociales.

En el trasfondo de esta concepción existe la idea de que la actividad del jurista es declarativa. El juez —al aplicar el derecho— declara lo que dice la ley. La jurisdicción no es nada más —ni nada menos— que decir el derecho. Tienden, por tanto, a concebir el derecho como un conjunto de normas que garantizan derechos. El valor fundamental del derecho es la conservación del orden social.

Las escuelas formalistas han proliferado tras las épocas de codificación y han determinado algunas características típicas de la mentalidad jurídica contemporánea. La escuela de la exégesis francesa, la jurisprudencia conceptualista alemana, el primer Ihering, son buenos ejemplos del estilo formalista. Norberto Bobbio<sup>34</sup> sostuvo que existen un conjunto de variables institucionales, culturales y sociales que favorecen el formalismo como metodología dogmática. Si un ordenamiento es cerrado y no admite otras fuentes del derecho que las legales; y si una sociedad es estable, es probable que se tienda a la imagen formalista, mientras que si un ordenamiento es abierto y la sociedad está en transformación, es muy probable que el jurista tienda a ser finalista.

#### *El estilo finalista*

Frente a los formalistas se encuentra una segunda dirección de pensamiento —dentro de los límites de la dogmática— que se puede denominar finalista. Estas doctrinas tienden a ver el derecho como un instrumento de resolución de conflictos. Y, aunque comparten el supuesto de la sujeción a la ley, tienden a ser más flexibles en el ámbito de la interpretación. Admiten, por tanto, otros criterios metajurídicos —o para ser más precisos no estrictamente normativos— para la resolución de los conflictos. Si los criterios legales producen resultados eficientes y justos se limitan a su aplicación. Pero si estos criterios producen consecuencias inaceptables construyen argumentos para separarse de la ley y justificar la adopción de otros criterios.

Este estilo de interpretación ha sido defendido por doctrinas antiformalistas como, por ejemplo, la jurisprudencia de intereses, el segundo Ihering o la escuela de derecho libre. En la actualidad Viehweg o las escuelas del análisis económico mantienen posturas cercanas al estilo finalista.

Estas doctrinas de la interpretación ven en el derecho un instrumento de resolución de conflictos y —por tanto— un conjunto de intereses contradictorios. Su objetivo es descubrir cuál es el interés jurídicamente protegido y justificar la jerarquía entre los intereses.

La adopción de un estilo formalista o finalista tiene consecuencias importantes. Una cosa es quién tiene derecho y otra quién tiene interés. Por otra parte, determina cuáles son los criterios utilizables en la interpretación del derecho. El formalista no admite más que los estrictamente jurídicos y el finalista tiende a aceptar criterios metajurídicos.

Por último, también determina la imagen que tiene el jurista de su función social, su visión sobre el derecho e incluso supone una elección valorativa: el formalista tiende a garantizar la seguridad jurídica mientras que el finalista tiende a resolver con justicia los casos.<sup>35</sup>

Ahora bien; aunque las consecuencias prácticas de la diversidad de puntos de vista entre formalistas y finalistas sea importante, comparten unas reglas de juego comunes y por esa razón trabajan en el seno de la dogmática. Los primeros ponen el acento en unas reglas mientras que los segundos en otras. En los casos difíciles la utilización de reglas distintas tiene la consecuencia de producir tesis contradictorias. Pero

eso no significa que se salgan fuera del marco de la dogmática.

Los formalistas tienden a construir la dogmática teniendo en cuenta los elementos particulares del ordenamiento jurídico positivo. Los finalistas son más flexibles porque prestan mayor atención a los fines inferidos del ordenamiento jurídico que a los elementos particulares del mismo. Y estos fines permiten la construcción de una teoría dogmática que vuelve a intervenir en el derecho como técnica hermenéutica.

#### ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES

En este capítulo hemos caracterizado negativamente la dogmática jurídica. Nuestra intención ha sido mostrar que la dogmática no era un conjunto de opiniones subjetivas sobre cómo debe ser el derecho. También hemos visto que no es, estrictamente hablando, una ciencia pura. Por último, hemos sostenido que si bien existen estilos diferentes en la interpretación de la dogmática ello no implicaba un pluralismo metodológico arbitrario porque ambos estilos comparten supuestos y reglas de juego. Decir lo que no es la dogmática no basta para saber qué es y, evidentemente, deberemos dedicar nuestro esfuerzo —en los capítulos sucesivos— a la caracterización positiva de la dogmática. Pero antes de continuar en nuestro camino deberíamos recapitular lo dicho hasta ahora:

1. Se ha mantenido que la jurisprudencia es dogmática en el sentido de que acepta como si fueran hechos las normas del derecho positivo. Por otra parte, también se ha sostenido que los dogmáticos aceptan unos presupuestos y unas reglas de juego sin someterlos a la crítica racional. Pero hemos argumentado que esto no implica que toda la actividad de la dogmática sea irracional. Hemos señalado en qué sentido es admisible y aceptable el dogmatismo de la jurisprudencia. Hemos visto también que en la ciencia existen dogmas y que por tanto no hay ninguna razón que nos obligue a ser más exigentes con la dogmática que con la ciencia.

La primera tesis se podría formular de la siguiente manera: La dogmática no es una actividad irracional. La razón ocupa un lugar importante en la construcción de las teorías dogmáticas, éstas están expuestas a la crítica de la comunidad.

2. Frente a una idea bastante extendida entre los críticos de la dogmática, se ha señalado que la dogmática no es totalmente arbitraria. Hemos visto que la dogmática no lo es porque tiene unos procedimientos preestablecidos. No todo argumento está permitido en el seno de la comunidad. Ésta tiene sus límites. Evidentemente, esta caracterización negativa supone la clarificación de cuáles son esos procedimientos. Cuestión que analizaremos en el próximo capítulo.

La segunda tesis la podríamos enunciar del siguiente modo. La dogmática jurídica no es totalmente arbitraria porque está sujeta a unas reglas de juego preestablecidas.

3. Hemos visto la discusión doctrinal acerca del carácter científico o técnico de la dogmática jurídica. La dogmática está entre el conocimiento y la técnica. Probablemente sea un conocimiento y una tecnología a la vez. Más adelante dedicaremos atención a sus funciones sociales y allí veremos que no sólo tiene funciones descriptivas y prescriptivas sino que guarda una relación muy peculiar con su objeto.

La tercera tesis la enunciamos así: la dogmática jurídica no sólo tiene aspectos cognoscitivos sino también prácticos. La dogmática tiene un carácter híbrido.

4. Existen diversas modalidades o estilos de interpretación de las reglas de juego de la dogmática. Esa diversidad no impide que existan una serie de supuestos comunes que ambas están dispuestas a mantener.

La cuarta tesis podría formularse del siguiente modo: a pesar de la aparente diversidad metodológica entre distintas escuelas existe unidad de planteamiento, de presupuestos y de reglas de juego que son las que caracterizan esa comunidad que practica la dogmática jurídica.

Por supuesto que hay cuestiones que quedan en el aire y que deben ser objeto de análisis y reflexión. Una de las cuestiones más candentes es la pseudoneutralidad de la dogmática jurídica. Algunos autores han sostenido que la dogmática siempre capitula ante la fuerza. Otros han afirmado que los juristas tienen la cabeza de madera (la expresión la he tomado de Capella).

Esta cuestión la trataremos en el capítulo siguiente en el que nos ocuparemos de los presupuestos de la dogmática. Allí veremos hasta qué punto el jurista tiene la cabeza de madera o llena de ideología transformadora o conservadora del derecho.

## NOTAS

1. Sobre el significado emotivo de los términos, véase Ch. Stevenson: *Ethics and Language*, op. cit., capítulo 4.
2. Sobre los diversos significados de dogma, véase esta voz en J. Ferrater Mora: *Diccionario de filosofía*. Buenos Aires, Sudamericana, 1958 (5.ª ed.).
3. Véase M. Bunge: *La investigación científica*. Barcelona, Ariel, 1969, capítulo 1.
4. Véase L. Recasens Siches: «Notas a la introducción», en G. Del Vecchio: *Filosofía del derecho*. Barcelona, Librería Bosch, 1929, p. 29.
5. Véase mi trabajo: «Ciencia y racionalidad en Kelsen», en H. Kelsen: *¿Qué es justicia?* Barcelona, Ariel, 1982, en el cual se mantiene que la racionalidad no puede identificarse con la racionalidad científica. Véase también el sugerente trabajo de J. R. Capella: «Apuntes de principio y método para la reflexión en el fin del milenio», en J. R. Capella: *Entre sueños*. Barcelona, Icaria, 1985, p. 179, en el que —en un contexto muy diferente— afirma que «en los momentos actuales de la reducción de la razón a la minusválida razón cientifista parece muy peligrosa. Niega la racionalidad de la ética sustantiva cuando ésta es muy particularmente necesaria». Véase también R. Alexy: «Die idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation», en *Rechtstheorie*, Beiheft 2, 1981; y A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenick: «The Foundations of Legal Reasoning», en *Rechtstheorie*, 12, 1981. Véase *Revista Doxa*, n.º 1, especialmente pp. 15 y ss., 193 y ss., y 275.
6. Véase Th. Kuhn: *The Structure of Scientific Revolutions*, op. cit. Véase también el magnífico libro de Zyma: *Introduction to scientific Studies*. Cambridge University Press, 1985.
7. Véase también P. Feyerabend: *Cómo ser buen empirista*, op. cit.
8. En esta línea se encuentra Kelsen. Véase su *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Viena, F. Deuticke, 1960. Sobre la pureza metodológica kelseniana véase mi trabajo citado *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., cap. 3, y el importante libro de R. Moore: *Legal Norms and Legal Science*. Hawaii University Press, 1978. Ross, en *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, Eudeba, 1963, también mantiene una actitud crítica frente a la dogmática. En la p. 45 de este trabajo afirma que «sin duda la intención de los autores jurídicos es exponer el derecho tal como es. Pero muy pocos limitan su intención a esto. En los casos en que el Estado del derecho no está determinado con un alto grado de certeza, sino que es susceptible de nuevos desarrollos en el futuro, la mayor parte de los juristas no se conforman con calcular qué resultados parecen los más probables, sino que tratan de influir en los resultados... Apelando a la conciencia jurídica y a consideraciones prácticas, los autores tratan de establecer una cierta in-

terpretación del derecho en la esperanza de que sus pronunciamientos influirán sobre las decisiones jurídicas futuras. En esta medida, en consecuencia, sus expresiones no son aserciones sino directivas, que toman la forma de consejos, exhortaciones y recomendaciones al juez acerca de cómo debe decidir éste el caso a examen».

9. Véase, por ejemplo, L. Hierro: *El realismo jurídico escandinavo*, op. cit., p. 220.

10. La reivindicación de la racionalidad argumentativa es hoy importante y —yo diría— general. Véase, por ejemplo, el estudio clásico de Viehweg: *Tópica y jurisprudencia*. Madrid, Taurus, 1964. Véanse también los trabajos de Ch. Perelman y de la escuela de Bruselas. Véase Ch. Perelman y Olbrechts Tyteca, L.: *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*. París, PUF, 1958; 2.ª ed., Bruselas, 1970. Desde perspectivas de la hermenéutica, véase H. Gadamer: *Verdad y método*. Salamanca, 1978. Véase también el número monográfico de los *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 1977, y los trabajos de M. Rodríguez Molinero «Hermenéutica y derecho (orientaciones y preliminares para un adecuado enfoque del tema)», en *Filosofía y derecho. Estudios en honor del profesor Corts Grau*. Universidad de Valencia, 1977, tomo II, pp. 345 y ss., y el trabajo de M. Saavedra: *Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*. Universidad de Granada, 1977. Véase también A. Kaufmann: «Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica», en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, n.º 17. Véase *Rechtstheorie*, 1982, donde se plantea el estado de la cuestión. Véase también N. Bobbio: «La Razón en el Derecho», *Doxa*, 1985.

11. Véase O. C. Jensen: *The Nature of Legal Argument*. Oxford, Basil & Blackwell, 1957.

12. Véase E. Gimbernat: «¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?», op. cit., p. 78.

13. Sobre este problema volveremos más adelante. Véase, por ejemplo, A. Ross: *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 45. Véase también J. R. Capella: *Sobre el discurso jurídico*. Universidad de Barcelona, s.f., pp. 3 y ss. Véase D. Lyons: *Ética y derecho*, op. cit., pp. 94 y ss.

14. Véase Ross: *Ibid.* C. Nino: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974. Del mismo autor: *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Universidad de Carabobo, 1979. A. Cal-samiglia: «Sobre la dogmática jurídica», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1982. Véase también F. Géný: *Science et technique en droit privé positif*, tomo III, París, Recueil Sirey, 1921, cap. I.

15. Véase K. Larenz: *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., pp. 25 y ss.; pp. 177 y ss.

16. Véase C. Nino: *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 328, en la que sostiene que una de las grandes propiedades de la teoría kelseniana es «haber racionalizado, en el sentido psicológico de la palabra, los presupuestos muchas veces latentes de la dogmática jurídica, constituyendo su obra una especie de lente de extraordinaria nitidez para evaluar esta modalidad de investigación jurídica que es la dogmática».

17. Véase Larenz: *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., pp. 192 y ss.; y 222, 226 y ss.

18. Véase J. Ruiz Giménez: op. cit., pp. 135 y ss.

19. *Ibid.*, pp. 136 y ss.

20. Véase L. Hierro: *El realismo jurídico escandinavo*, op. cit., p. 220. Sobre la posibilidad de una teoría sobre el uso interno, véase

M. Jori: «Il giurista selvaggio», en R. Guastini (ed.): *Problemi di teoria del diritto*. Bolonia, Il Mulino, 1980, especialmente el epígrafe 4. Véase también el reciente trabajo de H. L. Pohlman: *O. W. Holmes and Utilitarian Jurisprudence*. Harvard University Press, 1984, pp. 12 y 13.

21. Véase M. Kriele: *Recht und praktische Vernunft*. Gotinga, 1979. Véase también R. Alexy: *Theorie der Juristische Argumentation*. Frankfurt, Suhrkamp, 1978, y la bibliografía contenida en este trabajo.

22. Véase S. Mir: «Dogmática creadora y política criminal», en *Revista jurídica de Cataluña*, 1978, n.º 3, pp. 118 y ss.

23. Véase F. C. Savigny: «Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.» Heidelberg, 1814. Traducción castellana de J. Díaz en *La codificación*. Madrid, Aguilar, 1970. En este famoso opúsculo, Savigny distingue entre el elemento técnico y el elemento político.

24. La edición original es de 1899. Traducción castellana Madrid, Reus, 1925.

25. Véase *Science et Technique*, tomo IV, p. 145, en la que explica la génesis de su obra.

26. *Ibid*, p. 142.

27. *Ibid*, tomo III, p. 20.

28. *Ibid*, tomo IV, p. 148.

29. *Ibid*, p. 153.

30. *Ibid*, tomo III, pp. 12 y 20.

31. *Ibid*, p. 34.

32. Véase J. Piaget: «Les Deu problèmes principales de l'epistémologie des sciences humaines», en J. Piaget (ed.): *Logique et connaissance scientifique*. Paris, Gallimard. Véase también J. Piaget (ed.), *Tendencias de la investigación en las Ciencias Sociales*, 3.ª ed., Madrid, Alianza Universidad, 1976, pp. 50 y ss. referidas a las ciencias jurídicas.

33. Véase R. Vernengo: «Teoría general del derecho y ciencia jurídica», en *Dianoia*, 1977, p. 225.

34. Véase N. Bobbio: «Il diritto», en la obra colectiva *Le scienze umane in Italia oggi*. Bolonia, Il Mulino, 1971.

35. Véase mi trabajo: «Sobre los juristas», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1981.

#### CAPÍTULO IV

#### LAS REGLAS DE JUEGO DE LA DOGMATICA

#### ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA NEUTRALIDAD

Todos los hombres —juristas y no juristas— tenemos opiniones sobre el derecho. Las leyes y las sentencias son instrumentos de políticas determinadas, y los ciudadanos las valoramos y las criticamos. Es suficiente para fundamentar nuestra afirmación pasar revista a leyes controvertidas como la del aborto o las de seguridad ciudadana. Los juristas y no juristas opinan sobre la oportunidad de una ley, desvelan sus fines políticos, analizan sus consecuencias y valoran sus aspectos positivos y negativos. En nuestro quehacer cotidiano juzgamos que las leyes son buenas o malas, justas o injustas. Pensamos de qué manera se pueden mejorar. Estos asuntos los sometemos a debate con frecuencia.<sup>1</sup>

Ahora bien; el dogmático está acostumbrado a distinguir entre su opinión personal y su labor de descripción del ordenamiento jurídico positivo. El jurista tiene la conciencia dividida porque cuando trabaja como jurista debe olvidarse de su opinión personal. Se considera subordinado a la ley y sostiene que los valores que defiende el ordenamiento jurídico deben prevalecer sobre su conciencia personal. La dogmática exige la abdicación valorativa de sus opiniones subjetivas.

#### LA ABDICACIÓN VALORATIVA

El presupuesto fundamental de la comunidad dogmática es la abdicación valorativa. Ahora bien; ésta debe justificarse. El modelo de legislador racional y algunos argumentos de sentido común constituyen las razones más importantes de esta abdicación.

Empecemos por las últimas. La actividad del jurista se considera subordinada a un reglamento. En este sentido, el jurista que usa el derecho está en una posición análoga a la del futbolista que juega al fútbol y —por el hecho de jugar

al fútbol— acepta acriticamente las reglas del juego. No tendría sentido que un jugador criticara y cambiara las reglas de juego. El futbolista debe respetar el reglamento y, si no lo hace, comete falta o no juega al fútbol. A ningún futbolista se le ocurre protestar porque existe una regla en el juego que prohíbe tocar la pelota con la mano. Las protestas se dirigen contra el árbitro que ha interpretado mal el reglamento o ha apreciado incorrectamente los hechos.

Las mismas razones que justifican la abdicación valorativa del futbolista justifican la de los juristas dogmáticos. Los futbolistas sólo pueden jugar al fútbol si aceptan acriticamente su reglamento. No es concebible un partido de fútbol en el cual se pusiera en cuestión el reglamento del juego.

Para trabajar dogmáticamente se exige que el jurista se comporte de una forma análoga al futbolista. Debe aceptar acriticamente los valores de la ley positiva. Sólo si abdica de sus valores individuales puede trabajar dogmáticamente. Sin embargo, como veremos más adelante, la actividad del jurista no siempre está absolutamente subordinada al reglamento y —sin hacer trampas— las reglas de su reglamento le permiten defender sus opiniones subjetivas *como si* fueran producto o deducción de los valores del ordenamiento jurídico.

La analogía entre el juego del fútbol y el de la dogmática es útil para mostrar el tipo de argumentos que se aducen para subordinar las opiniones del jurista a los valores del ordenamiento.

En este punto Kelsen —como siempre— es claro y explícito. El jurista austrohúngaro distingue entre el sentido subjetivo y el objetivo de un acto. Una cosa es lo que el sujeto pretende y otra muy distinta es el sentido que el ordenamiento jurídico atribuye a un acto determinado. El objeto de la ciencia jurídica no puede ser el sentido subjetivo de un acto —impregnado de intenciones e ideologías personales— sino su sentido objetivo —atribuido por el ordenamiento—. <sup>2</sup> Kelsen se pregunta —siguiendo la senda de san Agustín— <sup>3</sup> qué distingue la ejecución de la pena de muerte de un asesinato y contesta lo siguiente: «Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal, permite apreciar en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen.» <sup>4</sup> Kelsen sostiene que el ordenamiento jurídico —basado en una norma fundamental hipotética— es un esquema

de interpretación de la conducta humana. El sentido de los actos humanos se convierte en objetivo porque viene impuesto por el ordenamiento, porque es un valor jurídico que no depende de voliciones subjetivas, sino de lo que establezca el derecho.<sup>5</sup>

Esa objetividad exige la abdicación valorativa porque el jurista debe describir exclusivamente las normas del ordenamiento. Si quiere hacer ciencia, debe mantener al margen sus opiniones subjetivas porque la ciencia jurídica debe describir fielmente el derecho positivo. En otras palabras, la ciencia jurídica es ciencia si es neutral. La ciencia jurídica, si quiere ser ciencia, debe tratar hechos o tomarse las normas como si fueran hechos. No puede tener funciones valorativas o prescriptivas porque no trata de representar cómo debe ser el mundo sino cómo es.

Por otra parte, Kelsen siempre ha reconocido que los valores del ordenamiento no son los valores justos, y ha mantenido que un derecho puede defender cualquier valor. La tarea científica del jurista parte del presupuesto de que su objetivo es describir el derecho aunque sea injusto. La cuestión del valor del derecho le está vedada al científico. La justicia es un ideal irracional. La elección entre diversas alternativas no es una cuestión de conocimiento, sino de voluntad. Sin embargo, esta tesis ha sido objeto de numerosas críticas. Nuestras discusiones políticas presuponen que los juicios morales no son ni irracionales ni arbitrarios. De hecho, defendemos nuestras posiciones con argumentos y tratamos de rebatir los argumentos de los demás.

Las tesis de Kelsen intentan justificar la abdicación valorativa. La objetividad del derecho, sin embargo, no es absoluta. La objetividad relativa kelseniana supone que los valores vienen impuestos por el legislador y no por el investigador.

El primer supuesto de la dogmática —que no admite crítica racional— es la aceptación acrítica de la legislación. El jurista dogmático puede considerar —desde su punto de vista personal— que la tarea de crítica a la legislación es necesaria, pero sabe que se sale fuera de la dogmática cuando realiza esta tarea.

Este primer supuesto es muy importante porque determina qué tipo de problemas puede estudiar. El jurista dogmático —en principio— tiene limitado su campo de acción al análisis del derecho positivo. Su función social es conservar un cuerpo de leyes que, en principio, no puede modifi-

car.<sup>6</sup> El jurista es un depositario de las leyes y debe abandonar sus opiniones personales para aceptar las directrices valorativas impuestas por la ley y el derecho.

La dualidad de la conciencia del jurista —como profesional y como ciudadano— provoca contradicciones en los individuos juristas. Pero esa contradicción, que en principio parece muy grave y debería colocarlos en situaciones límite, no lo es en realidad. Porque de un modo u otro —acudiendo a principios, derechos, finalidades de la ley— la dogmática permite cierta discrecionalidad en la interpretación de sus reglas de juego. Y, en ese nivel, el jurista puede intentar que su versión subjetiva del problema se legitime como una interpretación objetiva del ordenamiento jurídico.

El primer supuesto de la dogmática debe tomarse en serio si se quiere estar dentro de los límites de esta actividad. Pero no hay que olvidar que este supuesto puede ser matizado por otra regla importante de la misma comunidad que permite flexibilidad. En este sentido, los juristas casi nunca han tenido la cabeza de madera sino llena de ideología, y su abdicación valorativa ha sido más aparente que real.

Pero la comunidad dogmática no sólo se limita a declarar que está sometida a la ley y que se debe trabajar en el interior del ordenamiento jurídico —sin discutir su valor—, sino que debe justificar por qué los valores del ordenamiento son superiores y por qué se produce esta renuncia. El primer argumento —que hemos visto— es la necesidad de neutralidad de un saber que pretende ser la auténtica ciencia jurídica. Pero ese argumento no es suficiente.

#### EL MODELO DE LEGISLADOR RACIONAL

La comunidad dogmática mantiene la creencia en la racionalidad intrínseca del legislador.<sup>7</sup> Le atribuye unas propiedades que no coinciden con la realidad de los legisladores. El término legislador sugiere una entidad suprapersonal más poderosa y sabia que cualquier ser humano con unas cualidades elevadas a gran potencia. Se sostiene que el legislador tiene una voluntad superior. Si analizamos quién es el legislador, cómo se elaboran las leyes, veremos que el legislador no es un semidiós sino que la ley es el producto de la actividad de unos hombres.

Muchas filosofías tradicionales sucumbieron al embrujo de un legislador divino o natural. Ese embrujo —uno de los

residuos animistas— permanece anclado en la mentalidad de los juristas. Actúan como si el legislador fuera racional aunque saben que no lo es.

Nino ha descrito ese modelo y ha puesto de manifiesto que las propiedades que se le atribuyen no coinciden con los legisladores de carne y hueso. Los juristas atribuyen unas propiedades al legislador más propias de una divinidad que de un grupo de hombres. Se habla del legislador como si fuera único —cuando sabemos que normalmente participan en la tarea legislativa muchos hombres—; imperecedero —cuando sabemos que los hombres que hacen las leyes también mueren—; omnisciente —se supone que el legislador puede prever todos los casos, lo cual no deja de ser ingenuo—; coherente —el legislador al ser racional no puede ordenar absurdos ni conductas contradictorias—; operativo —el legislador no dicta nunca normas redundantes o inútiles—; justo —el legislador es siempre justo porque uno de los fines del derecho es instaurar la justicia—; omnicompreensivo, etc. Se acude con frecuencia a la voluntad del legislador y después a la voluntad inmanente a la ley como si fuera posible independizar la ley del legislador y de un modo misterioso adquiriera una inteligencia superior. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en Radbruch cuando afirma que «no debe negarse que el jurista puede, a veces, sacar de la ley más de lo que los autores pusieron en ella. En este sentido... la ley es más inteligente que el legislador».<sup>8</sup>

Si se toma en serio el modelo de legislador racional es lógico que el jurista se subordine a él. Sería pretencioso criticar la obra de un ser superior en sabiduría, racionalidad y justicia.

El modelo de legislador racional tiene la función de justificar la abdicación valorativa y la adhesión del jurista al derecho positivo.

La dogmática necesita justificar esta abdicación valorativa. Pretende que el jurista se someta a las reglas del reglamento de la misma forma que el futbolista se somete a las reglas de juego. Exige que el jurista no las critique sino que las use.

Pero jugar a la dogmática no es lo mismo que jugar al fútbol porque en la primera se juega una parcela muy importante de poder. Por esa razón se necesita una especial justificación. Pero ésta no ha sido aceptada siempre porque muchos consideran que es un juego peligroso porque esconde

un importante poder político bajo el ropaje del servilismo a la ley y al conocimiento jurídico.<sup>9</sup>

Este supuesto de neutralidad valorativa es dogmático en el sentido de que es condición necesaria para jugar a la dogmática y no se puede criticar. El jurista, si quiere trabajar dogmáticamente, ha de aceptar las normas como un hecho y el modelo de legislador racional como idea directriz. Eso implica la consideración del derecho como un sistema en el cual la decisión entre alternativas viene predeterminada por el ordenamiento.<sup>10</sup> Pero, como veremos, la flexibilidad de las reglas dogmáticas permite decidir al jurista. Su actividad no es meramente aplicadora sino decisoria y, por tanto, política. La abdicación valorativa se produce en el nivel de los principios pero la ideología subjetiva y personal se puede introducir por una puerta trasera que la propia comunidad dogmática se encarga de dejar bien abierta.

#### FUNCIONES DEL MODELO DE LEGISLADOR RACIONAL

Existen poderosas razones para el mantenimiento del modelo de legislador racional. En primer lugar, si se cree en ese modelo se contribuirá eficazmente al respeto y la obediencia del propio derecho, puesto que actuar antijurídicamente no sólo es violar el derecho sino también la conducta racional y justa. La consideración del derecho como un producto racional organiza el consenso sobre la necesidad de la obediencia al derecho y éste es uno de los elementos para la conservación del propio derecho.

En segundo lugar, el modelo de legislador racional se liga con la aparición histórica del Estado liberal de derecho.<sup>11</sup> Este tipo de estado se legitima porque pretende ser la expresión de la voluntad popular, porque pretende someter el poder al derecho, porque divide los poderes y somete la administración a la ley y porque pretende garantizar una serie de derechos individuales. El derecho no sólo es producto de una voluntad racional sino de una voluntad que está legitimada.<sup>12</sup> En tercer lugar, de ese modelo se deducen un conjunto de reglas importantes para la interpretación y aplicación del derecho. Por ejemplo, la consideración sistemática del derecho y los argumentos a simile o a contrario.

El modelo de legislador racional es ficticio pero su función práctica es muy importante y por eso los juristas lo mantienen. Radbruch en su última época había expresado su

disconformidad con este modelo cuando afirmó que «no cabe duda de que entramos en el terreno de lo ficticio cuando consideramos a la ley, no ya más inteligente que quien la redactó, sino que mucho más que eso, como omnisciente, es decir, como capaz de resolver todos y cada uno de los problemas jurídicos que puedan plantearse. Baste pensar para darse cuenta de ello, en la aparición de nuevas invenciones técnicas, hasta ahora desconocidas y ni siquiera remotamente sospechadas».<sup>13</sup>

A pesar de este carácter irreal, el modelo de legislador racional tiene una gran vigencia. Este modelo constituye el núcleo de las ideas básicas de la dogmática. Los juristas no sólo deben creer en ese modelo, sino que deben respetar las reglas y principios que se deriven de él. De tal modo que sólo se aceptarán como teorías dogmáticas aquéllas que respeten esas reglas y esos principios.

#### EL SUPUESTO DE LA SUJECCIÓN A LA LEY

Como se ha dicho, este es el supuesto fundamental de la dogmática jurídica. Quienquiera que desee trabajar en el seno de la dogmática debe abandonar el terreno de su opinión personal para dedicarse a la ciencia de la descripción objetiva de las normas jurídicas. Según ese principio, los juristas tienen la obligación de usar el derecho vigente tal y como ha sido sancionado por el legislador. La labor del jurista es eminentemente conservadora: es —por tanto— el transmisor de un cuerpo de reglas ya dado y en ningún caso puede innovar el ordenamiento ni proponer nuevos criterios de resolución de conflictos.<sup>14</sup>

Ahora bien; la justificación de este supuesto se puede hacer desde tres puntos de vista. En primer lugar, desde el punto de vista filosófico: la adopción del modelo del legislador racional. En segundo lugar, desde el punto de vista político. Y en tercer lugar, desde el punto de vista técnico.

De las dos primeras justificaciones ya hemos hablado en el epígrafe anterior. Dedicaremos atención a la justificación técnica. Según ella, la ley sería un instrumento que ofrece criterios más racionales que las opiniones de los juristas, los precedentes y las costumbres o el vacío jurídico. La ley codificada es un expediente útil que resume la experiencia jurídica y ofrece al juez criterios claros y distintos para la resolución de los conflictos sociales. Antes de la legislación

codificada, la tarea de buscar el derecho era mucho más compleja.

Conviene destacar que el legalismo no siempre se justifica políticamente del mismo modo. Un dictador, por ejemplo, puede aludir a una justificación carismática —justificación distinta a la racionalidad legal democrática—, pero también puede justificar técnicamente la necesidad de la ley con los mismos argumentos que un demócrata.

El supuesto de la sujeción a la ley tiende a considerar que todo el derecho está contenido en la ley. El papel de los precedentes, de la doctrina, de los principios generales o de las costumbres es subsidiario. El postulado legalista tiende a destruir —como ha señalado Lombardi— la autonomía política del jurista.<sup>15</sup> Su objetivo es garantizar la seguridad jurídica, y toda actividad creadora de derecho se considera una adulteración del sistema de justificación del poder jurídico.

Por una ironía de la historia, Montesquieu fue el precursor de la teoría legalista del derecho. El juez es la boca de la ley y su poder es nulo e invisible. El modelo silogístico de la aplicación del derecho es la consecuencia necesaria de la adopción del principio de la sujeción a la ley.

Las escuelas positivistas legalistas mantuvieron rígidamente este principio. La función del jurista es averiguar el significado de la ley tal y como ha sido edictada por el legislador. El proceso de aplicación de la ley se concibe como si fuera un silogismo. El jurista debe subsumir hechos en normas y llegar a las mismas conclusiones que el legislador había establecido de un modo general. Su tarea es mecánica porque no innova el derecho. Las posibles contradicciones y lagunas no son imputables al legislador sino a una interpretación incorrecta. El legalista considera que los otros criterios no están justificados ni técnicamente ni políticamente.

La dogmática presenta la función del juez como si fuera una función técnica. Pero esa función tiene una importante relevancia en el campo ideológico político porque supone la neutralidad del juez. Un demócrata liberal debe sostener la neutralidad política del juez si no quiere ver amenazado el sistema de legitimación del estado de derecho. Si se reconoce que la función del juez no es técnica, entonces ¿cuál es la razón que justifica un poder político que puede interpretar y reformular las leyes establecidas? ¿Están los jueces respaldados por un consenso especial que permita desvirtuar el consenso general?

Ahora bien; en el horizonte del positivismo jurídico la preocupación fundamental fue salvaguardar un conjunto de principios como el de certeza del derecho y la seguridad jurídica. Únicamente las normas de carácter general y abstracto podían garantizar estos principios. Con el objetivo de defender esta ideología, se afirmó que sólo las normas que tuvieran estas características podían ser normas jurídicas. Las sentencias de los tribunales carecían de las propiedades de generalidad y abstracción —necesarias para sustanciar esta ideología— y, por tanto, no eran verdaderas normas jurídicas.

Desde un punto de vista técnico, el principio de sujeción a la ley permite prever con mayor exactitud cuáles son las posibles consecuencias que el ordenamiento jurídico atribuye a ciertas conductas; permite evitar —hasta cierto punto— la arbitrariedad y es una forma de garantizar cierta objetividad en la toma de decisiones. Este principio ha ejercido tal influencia porque se ha considerado que el derecho debería ser una guía de la conducta humana. Para lograr este objetivo era necesario que los destinatarios conocieran cómo debe ser esa conducta. La ley es un expediente que ofrece mayor seguridad que la tradición o las resoluciones de los tribunales. Aunque la ley —al igual que estas últimas— también puede ser tergiversada y aplicada incoherentemente.

Esta imagen del jurista y de su función social fue dominante en el periodo de máximo desarrollo de la dogmática decimonónica. Sin embargo, la propia dogmática ha atenuado este planteamiento excesivamente rígido y legalista. Durante el siglo xx el supuesto de la sujeción a la ley y su imagen de la función del jurista han sufrido profundas modificaciones. Los principios consecuencialistas, de justicia del caso y de eficiencia se han utilizado para destruir la hegemonía absoluta de la primera regla de la dogmática.

#### *La crítica a la regla de la sujeción a la ley*

La crítica a la dogmática decimonónica supone y exige hacer las cuentas con el legalismo, el logicismo y la imagen tradicional de la función del jurista.

Las doctrinas jurídicas antiformalistas pusieron de manifiesto el utopismo de las creencias de la comunidad dogmática y criticaron especialmente la regla de la sujeción a la ley. Por una parte, se analizó cuál era la actividad real de los juristas. Gény —por ejemplo— sostuvo que la propia dogmática no había sido fiel al presupuesto de subordinación a

la ley. Por otra parte —y desde perspectivas distintas como la realista—, se demostró que la confianza en la seguridad jurídica que producían las leyes era mítica. Uno de sus más calificados representantes llegó a afirmar que «las leyes no son más que juguetes vistosos».<sup>16</sup>

La jurisprudencia de intereses —menos radical que la escuela anterior— atenuó los planteamientos de la dogmática conceptualista sin renunciar totalmente al supuesto de la sujeción a la ley. Según Heck, la ley continúa siendo una fuente preeminente del derecho, pero no la única. Junto a ella existen otras de gran relevancia. Se admite la imperfección del derecho, es decir, que pueden existir contradicciones y lagunas. La tarea del jurista se desarrolla en la imperfección del derecho, pues debe ayudar al juez en la búsqueda de soluciones precisamente cuando éstas son difíciles de alcanzar. La función del juez y del jurista no es meramente declarativa. Heck rechaza la hegemonía de la ley y del legalismo.

El debate entre legalistas y antiformalistas ha servido para que la propia dogmática renunciara al ideal de encontrar en una sola regla la solución de todos los problemas. La existencia de un saber jurídico no excluye la posibilidad de los casos difíciles ni garantiza criterios claros de resolución de conflictos. La inviabilidad de este ideal la reconoce un autor tan defensor de la comunidad dogmática como Larenz cuando afirma que «toda la reciente metodología jurídica está de acuerdo en que las resoluciones judiciales no están completamente preprogramadas en las leyes, que la aplicación de la ley no es sólo subsunción lógica, que el juez ha de emitir —también— juicios de valor y que, a este respecto, le queda un cierto margen de enjuiciamiento».<sup>17</sup>

Otros autores son más explícitos. Por ejemplo, Lombardi escribe un trabajo para «intentar rechazar [la tesis según la cual] el jurista aplica sólo la ley excluyendo cualquier otra norma, principio o criterio; que su actividad es pura lógica aplicada a la ley, sin intervención de valoraciones propias... [Este trabajo] pretende rechazar la ficción según la cual los profesores al fundamentar una opinión científica, los jueces al motivar una sentencia, los abogados al argumentar no tienen otra fuente de decisión que la ley correctamente interpretada».<sup>18</sup>

En el ámbito anglosajón, el positivismo también ha tenido que reconocer que la tarea de la interpretación del derecho no es mecánica ni lógica. Kelsen —que ha sido considerado en muchas ocasiones el más claro exponente de la ideo-

logía dogmática— reconoció (en su etapa americana) que la tarea de interpretación del derecho no era lógico-mecánica y abrió una brecha importante en el logicismo jurídico. Sostuvo que una norma jurídica se puede interpretar de muy diversas formas, y dentro de ciertos límites cada una de estas interpretaciones puede ser correcta.

Hart rechaza algunos planteamientos clásicos del positivismo y sostiene que en caso de laguna el juez tiene discrecionalidad.<sup>19</sup> Tras Hart el positivismo jurídico ha sido objeto de una crítica que ha producido un enorme revuelo: la de Ronald Dworkin.

Dworkin considera que el positivismo parte de un presupuesto inaceptable: la separación absoluta entre el derecho y la moral. Según el autor americano el razonamiento moral juega un papel muy importante en el razonamiento jurídico.

Dworkin sostiene que junto a las normas existen directrices y principios. El derecho no se puede identificar con las normas. Considera que el positivismo hartiano es una doctrina sesgada porque sólo ofrece una visión parcial del derecho. El concepto de derecho incluye normas, directrices y principios. Las normas se pueden identificar mediante una norma básica o una regla de reconocimiento. Pero las directrices y los principios no. Éstos no se pueden identificar por su origen sino por su peso —es decir por su capacidad persuasiva—.<sup>20</sup> Las tesis de Dworkin —sobre este punto— sugieren una forma de enfocar los problemas del derecho lejana a los planteamientos positivistas: El principio de la sujeción a la ley se sustituye por el principio de la sujeción al derecho.

Pero Dworkin no se conforma sólo con eso. Porque inmediatamente analiza la tesis de la discreción judicial sostenida por Hart y la rechaza. La dogmática jurídica había reconocido que las lagunas podían existir. Kelsen —durante mucho tiempo— mantuvo la tesis de que el derecho era un sistema y utilizó hipótesis *ad hoc* con el objetivo de mantener los ideales y los presupuestos de la dogmática.<sup>21</sup>

El positivismo postkelseniano dedicó mucha atención a la crítica del concepto de sistema utilizado por el jurista austrohúngaro. En caso de laguna el juez tiene discreción, el juez decide según su prudente arbitrio. La dogmática legalista debe ceder a la crítica del reconocimiento de la inconsistencia y de la incompletud del derecho con el objetivo de conservar el núcleo más importante de sus argumentaciones.<sup>22</sup>

Dworkin se enfrenta a la tesis de la discreción judicial y

sostiene que es una tautología. Según el autor americano la tesis de la discreción judicial es una consecuencia de la identificación entre la ley y el derecho.<sup>23</sup> Si se mantiene que el derecho es más amplio que la norma, que los principios ocupan un lugar importante, entonces la teoría de la discreción judicial aparece como una apelación al subjetivismo irracionalista. El juez que se encuentra frente a un caso difícil, ¿debe acudir a su sentimiento individual de la justicia? ¿Acaso eso no significa reintroducir la irracionalidad en la pretendida racionalidad positivista? ¿No es más racional ponderar y justificar argumentos que dejar la solución a la conciencia subjetiva? ¿No aplicamos entonces reglas retroactivas si reconocemos la función creativa del juez? ¿Es legítima la irretroactividad de las leyes en un sistema democrático?

Algunos autores de la escuela analítica han reaccionado frente a las graves críticas de Dworkin. Genaro Carrió —por ejemplo— observa que el positivismo que critica Dworkin no es en realidad el hartiano.<sup>24</sup> Carrió afirma que «Dworkin, criticando el positivismo jurídico ha inventado o creado su adversario. El positivismo jurídico frente al que escribe Dworkin no existe», y poco más adelante escribe: «Gran parte de las críticas de Dworkin... van dirigidas contra los aspectos formalistas del positivismo, incorporadas en la versión hartiana, como si las diferencias de método, intereses y teorías entre Hart y Kelsen no fueran relevantes.»<sup>25</sup>

Otros autores han visto en el ataque de Dworkin al positivismo una nueva forma de iusnaturalismo.<sup>26</sup> Sin embargo, creo que Dworkin no es un iusnaturalista porque no postula la existencia de una moral absoluta y porque defiende el modelo reconstructivo del lenguaje moral que ha sido utilizado en el campo de la teoría de la justicia por Rawls.

Las críticas al modelo tradicional positivista legalista han puesto de manifiesto su debilidad. Una de las consecuencias más importantes ha sido mostrar las conexiones existentes entre el derecho y la moral, la política y las consecuencias sociales. El énfasis puesto en estas relaciones ha conducido al rechazo de la teoría emotivista de los valores.<sup>27</sup> Dworkin —por ejemplo— mediante su estrategia de los casos difíciles ha demostrado que los principios morales se usan por los tribunales para decidir conflictos sociales —incluso contra la letra de la ley.<sup>28</sup>

La filosofía jurídica anglosajona fue esclava del yugo emotivista durante mucho tiempo. Albert señaló que «la revolución que en el pensamiento filosófico ha provocado el posi-

tivismo lógico que conecta con el *Tractatus* de Ludwig Wittgenstein pareció en un primer momento conducir a consecuencias sumamente destructivas para la filosofía moral... el principio de verificación como criterio de sentido para toda clase de enunciados se reveló como un instrumento de crítica sumamente útil de las doctrinas tradicionales, de una crítica que aparentemente tenía que representar el fin de la filosofía moral».<sup>29</sup>

El panorama hoy ha cambiado. Los epígonos de las escuelas analíticas no han sido emotivistas. En la filosofía política americana de las dos últimas décadas la equilibrada obra de Hart —que fue estudiada y criticada en la década de los setenta en los Estados Unidos— y la obra de Rawls sobre todo, han tenido la consecuencia de modificar el punto de vista de las escuelas analíticas en relación a los valores. Junto a estas obras, el elemento político más relevante que explica el cambio de rumbo en la filosofía analítica se encuentra en la crisis originada por la guerra del Vietnam. Este clima ha favorecido un potente movimiento de rehabilitación de los problemas de crítica, justificación y legitimación de las instituciones sociales. Las doctrinas utilitaristas habían dominado hasta entonces el escenario de la filosofía política norteamericana. Tras la guerra del Vietnam, la «mala conciencia americana» reaccionó frente al imperio de un utilitarismo que permitía tomarse los derechos a la ligera siempre y cuando beneficiara a la colectividad. En el campo de la filosofía del derecho ese movimiento está representado entre otros por Ronald Dworkin que pretende construir una teoría y una filosofía del derecho integradora, antiutilitarista y antipositivista. Hoy existe una tendencia generalizada hacia la integración. Una vez vistas las diferencias entre el derecho y la moral, se insiste en las mutuas relaciones e interdependencias entre uno y otra.

Este aire de familia de las nuevas doctrinas antipositivistas supone un cambio muy importante en la función del jurista. Ya no se puede pensar que la tarea del jurista es conservar las leyes tal y como han sido edictadas por el legislador. Los criterios que debe utilizar para la resolución del conflicto no son simplemente los legales. El jurista puede y debe utilizar otras técnicas para construir criterios de resolución de conflictos. Ahora bien; el jurista no es libre a la hora de elegir entre los criterios porque debe razonar por qué el que aplica es más eficaz, más justo o más adecuado.

La actividad de decisión —entre las diversas alternativas—

no puede ser tan irracional que se deje al humor o al sentimiento de simpatía del juez. El aspecto creativo de la profesión jurídica se encuentra en su capacidad de inventar argumentos persuasivos para demostrar que su criterio es el racional.<sup>30</sup> La importancia práctica de la argumentación en el funcionamiento del derecho implica el abandono de la estricta sumisión a la ley y la aceptación del papel de la razón en la controversia jurídica.

Bobbio sostuvo que en épocas de transformación social los criterios ofrecidos por las leyes para la resolución de los conflictos son inadecuados.<sup>31</sup> En este caso los juristas tienden a abandonar el supuesto de la sujeción a la ley en beneficio de otros criterios metalegales. Éstos les permitirán justificar la separación de la letra de la ley con el objetivo de adecuar el derecho a las nuevas necesidades sociales.

Pero todo eso siempre tiene carácter excepcional y como tal excepción no invalida el principio general sostenido por la dogmática: ninguna teoría será válida si se separa del derecho legislado. Sólo razones muy poderosas, argumentos muy fuertes, pueden modificar el derecho legislado. El jurista no reconocerá que está creando derecho: se esforzará en demostrar que esas razones poderosas surgen también del propio derecho positivo.

La crítica al formalismo y a su supuesto fundamental ha puesto de manifiesto: 1) que la tarea del juez no es mecánica y que no todo está preprogramado por la ley; 2) que la teoría del silogismo es inadecuada y es preciso construir una teoría de la aplicación del derecho mucho más compleja, en la cual la consideración de las consecuencias y reacciones sociales, de los objetivos y directrices, y de justicia desempeñen un papel relevante junto a la legislación.

Por la crítica también ha producido sus excesos. Algunos decisionistas y realistas han sugerido la necesidad de politizar al máximo la interpretación y aplicación del derecho. Para lograr ese objetivo, se ha recomendado que el sentimiento subjetivo de justicia del juez fuera el criterio relevante para la resolución de conflictos. Estas teorías invocan el irracionalismo político y no están interesadas en la construcción de una técnica jurídica porque confían en la postura política del operador jurídico.

Un buen ejemplo de ello se encuentra en algunas interpretaciones del «uso alternativo del derecho» que se desarrolló durante la década de los setenta y ha desaparecido del panorama filosófico-jurídico.<sup>32</sup> La doctrina alternativista partió

del presupuesto de que toda decisión jurídica era una decisión política y que, por tanto, política y derecho eran el anverso y el reverso de una misma medalla. Los alternativistas se basaron en la Constitución italiana e interpretaron el derecho en beneficio de las clases populares. En Italia se produjo una división de la magistratura.<sup>33</sup> Sin embargo, la experiencia no fue satisfactoria, y los alternativistas sufrieron en su propia carne la politización de la administración de justicia. Los jueces italianos, como la mayoría de los jueces, no son progresistas. Una politización consciente de la aplicación del derecho no significó una interpretación favorable a los intereses de las clases populares. Los magistrados de más alta jerarquía —que no acostumbran a simpatizar con las ideas de izquierda— también politizaron la administración de justicia.

Tampoco se debe olvidar la lección de la escuela del derecho libre que, aunque criticó acertadamente el legalismo dominante, exigió un mayor poder de decisión al juez. Pero uno de los objetivos de este movimiento fue interpretar las leyes de una forma más libre en el momento mismo en que los parlamentos ampliaban su representatividad. Esta es una buena fórmula doctrinal para atenuar el poder político de unos parlamentos excesivamente representativos.

La tentación decisionista siempre desempeña un papel importante cuando se estudia el supuesto de la sujeción a la ley. Pero esta tentación es peligrosa porque paga el precio de la inseguridad y la arbitrariedad. Ciertamente, la jurisprudencia tampoco es tan ingenua porque este supuesto no es el único. En todo caso, la dogmática sostiene este principio fundamental y no está dispuesta a renunciar a él porque es un instrumento adecuado para conseguir uno de los fines básicos del derecho: la seguridad jurídica.

Es posible que existan situaciones concretas que provoquen contradicciones entre las reglas de la dogmática y que no se encuentre un metacriterio para decidir. En ese caso, la vinculación a la ley no desempeña el papel preponderante que parece corresponderle cuando se analiza de una forma aislada. Precisamente por esto en las páginas siguientes analizaremos el principio de la justicia del caso y su relación con el principio de la vinculación a la ley.

## EL SUPUESTO DE LA JUSTICIA DEL CASO

En el epígrafe anterior estudiamos la primera regla de la dogmática según la cual el juez está sometido a la ley. Sin embargo, esta no es la única regla de la dogmática. Los jueces y operadores jurídicos consideran que su función es dictar sentencias o resoluciones justas, adecuadas y eficientes. Pocos jueces están dispuestos a dictar sentencias que sean contradictorias con valores importantes constitutivos de esa sociedad. La justicia es uno de los fines del derecho y los jueces no deben ser otra cosa que servidores de la justicia.<sup>34</sup>

Eso no es nuevo. La vieja escolástica ya había considerado que la justicia es un elemento de la definición del derecho de tal modo que un derecho que no respetara los principios de justicia no era verdadero derecho. Santo Tomás de Aquino sostuvo que «cada ley humana tiene tanta naturaleza de ley cuanto más se derive de la ley natural: Y si en algún punto se aparta de la ley natural ya no será ley sino una corrupción de la ley».<sup>35</sup> Según santo Tomás, las leyes son justas cuando sirven al bien común, distribuyen equitativamente las cargas, no faltan al respeto a Dios y no exceden la autoridad del que las promulga. Suárez mantuvo una tesis semejante y afirmó en su *De Legibus* que «para que una ley sea verdadera ley es preciso que sea... justa y razonable porque una ley injusta no es ley».<sup>36</sup> Pero este autor no sólo sostuvo que la ley debe ser justa y razonable sino que también afirmó que su aplicación debía dar como resultado la justicia. La tarea de aplicación del derecho tiende a optimizar la ley, y cambiarla, si es preciso, para que la resolución del caso sea justa. Suárez afirma: «Me parece cosa harto cierta que a la virtud y a la prudencia le corresponde no sólo discernir cuándo la observancia literal de un precepto es mala sino también juzgar cuándo es obligatoria.»<sup>37</sup> Y explica por qué una ley justa aplicada a un caso determinado puede dar el resultado injusto: «Porque la ley general se da en general y es imposible que la disposición general de una ley humana resulte tan recta en todos los casos particulares que no falle alguna vez.»<sup>38</sup> En Suárez aparece el carácter correctivo del principio de la justicia del caso frente al principio de la sujeción a la ley. Cuando en un caso concreto la aplicación de la norma produce un resultado injusto, el intérprete del derecho debe acudir a la equidad. De lo que se trata —afirma Garzón Valdés— «es de restituir la justicia dando a la ley su verdadero

sentido. La epíqueia corrige la hipótesis, y al hacerlo, restituye a la ley puesta en peligro, falseada o fallida, su validez».<sup>39</sup>

Esta idea —que tiene antecedentes muy remotos— constituye el fundamento de la segunda regla de juego de la dogmática. Los jueces están sometidos no sólo a la ley sino también a la exigencia de resolver los casos justa y eficientemente. El resultado de la interpretación y aplicación del derecho debe ser justo.<sup>40</sup>

Ahora bien; esta regla de la dogmática no sólo debe entenderse en el sentido abstracto de la justicia. Las consecuencias prácticas de una ley pueden ser contradictorias con el objetivo de la ley. El análisis de las consecuencias y de las posibles reacciones de los ciudadanos es indispensable para una aplicación eficiente del derecho.

Este conjunto de criterios supone una teoría que analice las relaciones entre ellos. Los juristas que privilegian el principio de la justicia del caso construyen una teoría de la interpretación más compleja porque el mecanismo de la subsunción no garantiza un resultado justo.

## EL CONFLICTO ENTRE REGLAS

Ahora bien; el mero enunciado de estas reglas supone la posibilidad de que un caso concreto provoque una contradicción entre ellas y el intérprete se vea obligado a elegir una u otra, porque su aplicación produce resultados contradictorios. En otras palabras: en caso de conflicto, ¿cuál es la que debe prevalecer?

La doctrina ha ofrecido respuestas diversas. Por ejemplo, Larenz sostiene que el principio de sujeción a la ley es jerárquicamente superior al principio de justicia del caso, aunque reconoce que éste tiene *algún* papel en el trabajo dogmático. Otros autores, como Esser, afirman que el principio de la justicia del caso es jerárquicamente superior. Por último, existe otro grupo de autores —como por ejemplo Dworkin— que sostiene que en los casos difíciles es preciso buscar argumentos fuertes que den razones para decidir en un sentido determinado e integrar estos argumentos en una teoría compleja.<sup>41</sup>

Un caso concreto puede servir para ilustrar el conflicto entre reglas y las propuestas de solución. En Estados Unidos se dio una causa en la cual se planteaba el problema siguiente: un nieto mata a su abuelo con el objetivo de heredarle.

El tribunal que conoció la causa se encontró que siguiendo la letra de la ley el nieto se beneficiaba de su delito porque según la ley debía condenarle por asesinato y también debía heredar de su abuelo. Pero esa sentencia repugna la conciencia y el sentimiento de justicia de la sociedad americana. Los jueces se negaron a aplicar estrictamente la ley y negaron la herencia al nieto basándose en un principio general según el cual nadie se puede beneficiar de sus propios delitos. En este caso concreto, el principio de sujeción a la ley y el de la justicia del caso se contradicen. La aplicación estricta de la ley produciría injusticia manifiesta. El tribunal decidió apartarse de la ley escrita en base a los siguientes argumentos: «Es cierto que las leyes que regulan el otorgamiento, la prueba y los efectos del testamento, y la restitución de los bienes, si se interpretan literalmente... otorgan esos bienes en propiedad al asesino... pero... la vigencia y los efectos de las leyes y de todos los contratos deben ser aplicados a la luz de las máximas generales y fundamentales del Common Law. Nadie tiene derecho de aprovecharse de su propio fraude, o a sacar provecho de su propio delito, o fundar una demanda en su propia iniquidad, o a adquirir la propiedad a consecuencia de un crimen.»<sup>42</sup> La sentencia del tribunal condenó al asesino a cadena perpetua y le negó también la herencia.

Los jueces tuvieron que rechazar el principio de la sujeción a la ley y aplicar un criterio material de justicia que legitimara la solución contraria a la letra de la ley. ¿Quiere decir eso que siempre se debe aplicar la justicia del caso cuando existen contradicciones? El juez ¿decide primero y luego justifica su decisión?

Esser sostiene que el principio de la justicia del caso es el método que utiliza el juez. Éste, debido a su experiencia personal y profesional, se forma una idea del caso antes de que se produzca la interpretación de la norma. La solución del caso es anterior a la subsunción y a la interpretación de la norma porque primero decide cuál es la solución correcta y luego acude a las teorías dogmáticas y a las leyes para justificar que la decisión procede del ordenamiento jurídico.

Este proceso de justificación es muy complejo. En el caso de que llegue a la conclusión de que la letra de la ley no produce justicia se acudirá a las doctrinas para justificar las diferencias específicas del caso que impiden su subsunción. Las teorías dogmáticas —por su alto grado de abstracción— permiten discusiones a nivel de principios y directrices y constituyen un filtro entre la creación y aplicación del dere-

cho. Los argumentos dogmáticos sirven también para resolver conflictos concretos.<sup>43</sup>

Frente a la tesis de Esser, Larenz, con cierta indignación, ha respondido: «Esser opina que los métodos de interpretación de la ley son intercambiables a discreción unos por otros... es natural que el juez elija en cada caso aquellos métodos de interpretación que le permitan calificar conforme a la ley la solución que él considera correcta. Puede ser que muchos jueces procedan de la manera descrita por Esser. Pero no podemos considerar legítimo tal proceder. Tras ello se esconde, lo que no parece haber observado Esser, demasiada presuntuosidad judicial —el juez que procede así se considera a sí mismo... más inteligente que la ley y que los resultados conexos a la interpretación jurisprudencial. Esto no es compatible —si se toma en serio— con la vinculación a la ley y al derecho que nuestra organización jurídica impone al juez. Pues ésta impone que el juez oriente su resolución primariamente a las pautas establecidas por el orden jurídico.»<sup>44</sup>

Larenz acusa a Esser de violar la regla más importante de la dogmática y acude al modelo del legislador racional para justificar la superioridad de la ley sobre el juez y el principio de la justicia del caso. Según Larenz este principio está subordinado al de la sujeción a la ley porque el juez no puede ser más inteligente que la ley, que es un producto de la voluntad racional legislativa. Larenz considera que la tesis de Esser es pretenciosa y peligrosa. Pretenciosa porque se coloca al juez por encima de la ley. Peligrosa porque no es compatible con el sistema de legitimación del estado de derecho y amenaza la seguridad jurídica.

Estas afirmaciones de Larenz podrían suponer que este autor no otorga ningún papel a la segunda regla de la dogmática. Sin embargo, en otros contextos sugiere que la justicia del caso ocupa un lugar importante en la interpretación del derecho y afirma que «los jueces alemanes consideran que su principal misión es... resolver justamente el caso a ellos sometido... todo el orden jurídico está bajo la exigencia obligatoria de la justicia... la ley da preferencia en algunas materias fundamentalmente a la seguridad jurídica, a la oportunidad, a la practicabilidad frente a la justicia del caso... pero la justicia del caso es una meta deseable de la actividad judicial.»<sup>45</sup> Pero en el epílogo de su obra Larenz se vuelve a contradecir cuando afirma que «en caso de conflicto, constantemente posible entre la fidelidad a la ley, que le está

preceptuada, y la justicia del caso por él buscada, el juez sólo puede en último caso fallar según su propia conciencia.<sup>46</sup> Es decir, que si bien la vinculación a la ley es un principio superior al de la justicia del caso, éste a veces es superior a la vinculación a la ley. Para llegar a la conclusión de que las dos reglas son tan necesarias en la dogmática no era necesario hablar de inteligencias de las leyes ni de presuntuosidades. Y precisamente para justificarse añade: «Ante esta frase sólo se puede escandalizar en verdad quien no es capaz de ver en la fidelidad a la ley también un valor que puede entrar en conflicto con otro valor: la justicia del caso.»<sup>47</sup>

La polémica Esser-Larenz sobre las reglas de la dogmática ha puesto de manifiesto que la propia comunidad dogmática admite las dos como reglas constitutivas de su juego. Por tanto, el dogmático puede acudir a ellas para justificar sus teorías. Estas reglas expresan también valores con un contenido determinado: la seguridad jurídica o la justicia material. Enuncian razones para decidir en un sentido determinado y su peso específico depende del contenido material del argumento y también del tipo de problema que se plantea.

Pero la contradictoriedad de las reglas de la dogmática plantea un problema importante. Si existen principios contradictorios que fundamentan decisiones y resoluciones distintas, entonces el jurista no abdica de sus valores personales ni es neutral sino que lleva la batalla política en la tarea de interpretar, aplicar y modificar el derecho. La abdicación valorativa es contradictoria con el principio de la discrecionalidad judicial. Ésta es una ventana abierta a la politización de la administración de justicia.

La comunidad de juristas no está dispuesta a admitir ni su función creativa ni, por supuesto, tampoco política. Alchourrón y Bulygin afirman que «los juristas se muestran reacios a la idea de admitir que todo cambio de interpretación signifique una modificación del derecho legislado. La idea de que el juez, al interpretar la ley de una manera distinta, modifica la ley, parece oponerse a hábitos mentales muy arraigados, y en especial, implica reconocer a los jueces una función creadora de derecho que va más allá de lo que se piensa debe ser la función judicial».<sup>48</sup>

Frente a la tesis de la discreción judicial, Ronald Dworkin ha propuesto una interpretación distinta. El autor americano afirma que el poder discrecional del juez no es tan amplio como pretende la teoría positivista. El juez encuen-

tra en el derecho —aunque quizá no en la norma— una solución correcta. Dworkin sostiene que la comunidad jurídica ofrece respuestas a los problemas que se plantean. Aquella teoría jurídica que sea capaz de describir y solucionar más problemas, que sea capaz de integrar el derecho positivo será capaz también de ofrecer respuestas correctas. La discreción judicial entendida como la utilización de la conciencia subjetiva del juez no existe porque quien controla las decisiones y las soluciones es la comunidad dogmática.

Dworkin ofrece otro argumento de peso. El positivismo cierra la puerta a la política y la moral del derecho. Pero, en los casos difíciles, permite que la política penetre por la ventana a través de la argucia de la discreción judicial. Dworkin sostiene que el derecho no se identifica con las normas y que los principios jurídicos son principios morales que no se pueden identificar por su origen. El autor americano sostiene que la razón puede ayudar a construir teorías para solucionar casos difíciles mientras que el positivismo es insuficiente porque acude al subjetivismo irracional y a la edificación de sentencias retroactivas.

Dworkin abre una vía de análisis interesante superadora del reduccionismo positivista y que exige el estudio y la utilización de los principios. Su ataque al positivismo ha sido fecundo porque ha acudido al derecho que se aplica para demostrar el papel que la moral ejerce en el derecho.

Ahora bien, Dworkin plantea la posibilidad de que existan teorías —cada vez más complejas— que ofrezcan soluciones a problemas que no están claros. De una manera u otra Dworkin pretende reducir el campo de la irracionalidad en la comunidad jurídica.

Pero ¿es posible considerar todavía racional un juego que tiene reglas contradictorias? ¿Se puede considerar la dogmática racional? ¿Cuál es la razón por la cual mantiene reglas de juego contradictorias? La respuesta podría ser la siguiente: nuestra sociedad es pluralista y mantiene a la vez principios ideológicos contrapuestos. La regla de la sujeción al derecho y a la ley pretende garantizar el valor seguridad jurídica mientras que la regla de la justicia del caso pretende garantizar el valor de justicia material y eficiencia. El conflicto entre reglas supone conflicto entre valores subyacentes. Estos valores se consideran constitutivos de la sociedad y esta no está dispuesta a renunciar *in toto* a alguno de ellos y por esta razón mantiene los dos a la vez. Por eso se mantienen tesis cíclicas, en tanto no se puede regir únicamente

por una de las dos reglas porque los valores que comprometen son demasiado relevantes para rechazarlos para siempre. Y creo que, en este sentido, el esfuerzo dedicado a discutir los valores y sus consecuencias constituye la columna vertebral del razonamiento jurídico: la política jurídica ocupa un lugar muy importante en la comunidad dogmática.

#### EL DERECHO ES UN SISTEMA

La tercera regla de la dogmática es una consecuencia directa del modelo de legislador racional. Debes tratar el derecho como si fuera un sistema. Ahora bien; el concepto de sistema se ha utilizado en el campo de la reflexión jurídica con muy diversas significaciones.<sup>49</sup> Los autores iusnaturalistas racionalistas creían que el derecho era un sistema de carácter deductivo porque de proposiciones generales se podían deducir proposiciones particulares. La jurisprudencia *more geométrico* de Leibniz es un buen ejemplo de esta significación.

Savigny utilizó el concepto de sistema en varios sentidos. Según este autor, el derecho es un sistema porque de datos particulares se infieren conceptos generales a través de un proceso de abstracción. En este sentido, sistema significa sistema inductivo y es radicalmente distinto al concepto leibniziano de sistema. Aunque ésta no es la única acepción en la que Savigny usa el término sistema.

En los últimos tiempos el concepto de sistema ha sido uno de los centrales del ordenamiento jurídico y uno de los criterios más importantes para identificar el derecho. Dentro del marco de la reflexión normativista, Kelsen insistió en la importancia del concepto de sistema para la identificación del derecho. Hasta entonces, el normativismo se había empeñado en considerar que el derecho era un agregado de normas y había construido una teoría del derecho que tenía como objetivo fundamental descubrir las propiedades de las normas jurídicas con independencia de las relaciones entre ellas. La función de la teoría de la norma jurídica era identificar el derecho. Tras el fracaso de la teoría de la norma, Kelsen puso de manifiesto que «es imposible descubrir la naturaleza del derecho prestando únicamente atención a la norma jurídica aislada».<sup>50</sup>

Kelsen construyó una teoría jurídica centrada en el concepto de sistema y sostuvo que la característica fundamental

del sistema jurídico es la coherencia, el carácter completo y la unidad de fundamento de validez. A partir de Kelsen se ha construido un conjunto de teorías en las que el concepto de sistema desempeña un papel muy importante. Raz, en su obra *The Concept of a Legal System*, sostiene la tesis de que «una teoría del sistema jurídico es un requisito indispensable para la definición de norma jurídica. Todas las teorías sobre el sistema jurídico no han tenido éxito porque han sido incapaces de aprehender este hecho».<sup>51</sup>

La dogmática jurídica ha sostenido durante mucho tiempo que el derecho constituye un sistema porque es el resultado de la actividad del legislador racional. Los atributos cuasidivinos de ese modelo implican que el producto sea racional. No es posible que el legislador cree leyes contradictorias o se olvide de regular algún caso. Las contradicciones de normas o las lagunas son aparentes o fruto de una mala interpretación.

Esta regla de juego —debes interpretar el derecho como si fuera un sistema coherente— ha tenido su máximo exponente en Kelsen. Este autor se esforzó en demostrar el carácter sistemático del derecho y depuró tanto el objeto de su teoría que llegó a desfigurarlo,<sup>52</sup> aunque reflejó con especial nitidez los supuestos fundamentales de la ideología dogmática.<sup>53</sup>

Sin embargo, este supuesto de la racionalidad intrínseca del derecho se ha puesto en tela de juicio en los últimos veinte años.<sup>54</sup> El mismo Kelsen reconoció en la última etapa de su vida que el derecho no es necesariamente un sistema y que ni el derecho ni la ciencia del derecho pueden despojarse de sus contradicciones y de sus lagunas. En el año 1963 escribe Kelsen: «Una norma no es ni verdadera ni falsa; es válida o inválida. No hay ningún paralelo o analogía entre la verdad de una proposición y la validez de una norma. Subrayo esto en deliberado contraste con una opinión comúnmente aceptada y también defendida por mí durante mucho tiempo. Si hubiera analogía entre la verdad de una proposición y la validez de una norma, el principio de contradicción sería aplicable a dos normas en conflicto. Igual que sólo una de las dos proposiciones puede ser verdadera mientras que la otra debe ser falsa, sólo una de las normas en conflicto podría ser válida mientras que la otra debe ser inválida. Sin embargo este no es el caso... es imposible negar que existen conflictos de normas, esto es, situaciones en las que son aplicables dos normas de las cuales una prescribe la rea-

lización de cierta acción, mientras que la otra prescribe la omisión de dicha acción. Los conflictos de normas... ocurren con enorme frecuencia.»<sup>55</sup> Y en otro artículo afirma: «Los conflictos de normas permanecen sin resolver aunque sean dictadas normas derogatorias... la ciencia jurídica es incompetente para resolver los conflictos normativos por vía de interpretación... del mismo modo que es incompetente para dictar normas jurídicas.»<sup>56</sup> En la obra póstuma de Kelsen su postura es más radical, si cabe.<sup>57</sup>

El último Kelsen y las teorías normativistas postkelsenianas han sostenido que la coherencia no es una propiedad del sistema jurídico. La escuela italiana prestó especial atención a la crítica de la noción de sistema utilizada por el primer Kelsen.<sup>58</sup> Bobbio, por ejemplo, sostuvo que el concepto de sistema jurídico no se corresponde con el concepto de sistema lógico. En un sistema lógico, si surge una contradicción quiebra el sistema, mientras que en un sistema jurídico si surge una contradicción no quiebra el sistema sino que permanece. Únicamente una de las dos normas, o las dos a la vez, perderán la validez pero eso no afecta a la validez de todo el sistema.<sup>59</sup>

El realismo jurídico norteamericano<sup>60</sup> —que tuvo más intereses prácticos que teóricos— también criticó esa visión logicista del derecho. Holmes —en su célebre trabajo *The Path of Law*—<sup>61</sup> afirmó que el derecho no era lógico y que los razonamientos jurídicos no eran matemáticos. Frank<sup>62</sup> puso de manifiesto que desde la perspectiva del práctico del derecho, saber qué es derecho depende de muchas circunstancias y del propio planteamiento que el jurista haga del caso. El realismo sostuvo que los argumentos de sistematicidad y previsibilidad de las soluciones no son convincentes porque los abogados y juristas interpretan el mismo derecho, y llegan a conclusiones contradictorias porque los hechos se interpretan de forma distinta, o porque la subsunción permite elegir normas distintas.<sup>63</sup>

En todo caso, la crítica ha puesto de manifiesto que:

A. El derecho no es un sistema porque tolera antinomias y no existe forma de resolverlas intrasistémicamente.<sup>64</sup> La coherencia no es una propiedad esencial del ordenamiento jurídico. Una buena prueba de la existencia de contradicciones de normas se encuentra en la construcción de criterios para resolverlas.<sup>65</sup> Pero todos estos criterios —el cronológico, el jerárquico y el de especialidad— no resuelven todo caso de antinomia. El problema se soluciona mediante la

edición de una nueva norma. Pero esa nueva norma también puede crear nuevas antinomias.<sup>66</sup> La nueva norma se justificará mediante un principio general del ordenamiento. Ahora bien; lo que no se dirá es que el ordenamiento también ofrecía razones fundadas para la solución contraria.

B. El derecho puede tener lagunas. Los ordenamientos jurídicos no son necesariamente completos. La dogmática jurídica también ha construido criterios para integrar las lagunas.<sup>67</sup> Éstos pueden ser muy variados. Tarello, en un importante trabajo sobre la interpretación de la ley,<sup>68</sup> hizo un elenco de los principales argumentos que se utilizan para integrar las lagunas e interpretar el derecho. El argumento *a contrario* y el argumento *a simile* son criterios que permiten completar el derecho, pero ofreciendo soluciones contradictorias. El intérprete puede elegir el fundamento de su decisión entre ellos. Tarello señala que «el argumento *a contrario* se presenta como una regla de producción jurídica y, precisamente, como una regla que excluye la producción, mediante implicación o analogía de normas posteriores ya editadas». Mientras que el argumento *a simile* es aquel argumento «por el cual tomando en cuenta cualquier cualificación normativa de un sujeto o clase de sujetos, se debe concluir que vale una norma distinta la cual predica la misma cualificación normativa para otra clase de sujetos, una similitud o analogía considerada relevante en orden a la identidad de normación jurídica».<sup>69</sup> Tarello sostiene que la fuerza persuasiva de este argumento está en función de la propensión del auditorio a aceptar la relevancia o la similitud.

Como ha puesto de manifiesto Gavazzi, los métodos de integrar lagunas son conservadores en el sentido de que no pretenden adecuar el derecho a la realidad, sino la realidad al derecho. Tarello también encuentra en el de la coherencia un argumento conservador porque justifica la validez del mayor número posible de documentos legislativos y consiente en eliminar el mínimo por incompatibilidad. En las culturas caracterizadas por la adhesión de los órganos a la legislación, existe una gran resistencia de los jueces a considerar las leyes derogadas por incompatibilidad.<sup>70</sup>

C. Que el sistema jurídico no es unitario. La teoría normativista tiene una larga historia. Uno de los grandes temas de discusión ha sido la búsqueda de un criterio que permita identificar y unificar el derecho.<sup>71</sup> Ni la teoría de la soberanía de Austin, ni la norma fundamental kelseniana, ni la regla de reconocimiento de Hart son criterios de identificación del

derecho satisfactorios.<sup>72</sup> Los criterios utilizados por Ross y Raz —el reconocimiento de órganos primarios— ofrecen también problemas irresolubles, pues ¿cómo se puede saber si una persona es juez sin normas de competencia? A pesar de las críticas de que ha sido objeto, el dogma de la sistematicidad ocupa un lugar muy importante tanto en la teoría como en la práctica jurídica. De ese dogma se deriva una serie de reglas de interpretación. Todas esas ideas forman una mentalidad típicamente jurídica y ejerce una fuerza de persuasión considerable sobre teóricos y prácticos del derecho.

#### ALGUNAS CONCLUSIONES

En este capítulo hemos estudiado los presupuestos, las reglas de juego y algunos de los valores más importantes que constituyen la base de la comunidad dogmática. Las reglas de la dogmática no son de aplicación mecánica porque no están bien hechas. Para decidir entre ellas, los argumentos que se pueden utilizar son muy variados. Entre ellos existen los de carácter más conservador —los métodos del argumento *a contrario*, por ejemplo— y los de carácter más innovador como pueden ser el análisis de las consecuencias, de los costes no sólo económicos sino también en derechos no garantizados. La flexibilidad de las reglas permite que el argumento moral pueda constituir un criterio legitimado por la comunidad dogmática. Por eso podemos afirmar que el argumento moral es una de las bases fundamentales de la comunidad dogmática.

Una segunda conclusión, la flexibilidad que producen las reglas, permite al operador jurídico no sólo adecuar la realidad al derecho sino también adecuar el derecho a la sociedad. La función reformuladora del derecho de la dogmática no se puede poner en duda.

Una tercera conclusión, si bien es cierto que el jurista tiene la obligación de ser neutral desde el punto de vista político y debe describir o aplicar el derecho tal y como ha sido edictado por el legislador, en realidad —como consecuencia de la ambigüedad de las reglas— puede defender sus posiciones valorativas e ideológicas personales y subjetivas porque siempre encontrará argumentos para integrarlos en los valores del ordenamiento. La división de la conciencia del jurista es relativa.

Una cuarta conclusión, la discreción judicial que el moderno positivismo ha proclamado no es tan importante como se pretende. La actividad decisoria de jueces y juristas está controlada no sólo por los tribunales de máxima jerarquía sino también por la comunidad dogmática.<sup>73</sup> En los casos difíciles los jueces no acostumbran decidir según su propia conciencia. El juez que se aparta de la ley o de los precedentes acude a una teoría dogmática para justificar esa desviación. Con frecuencia los jueces acogen las teorías elaboradas por la comunidad. El poder de ésta es importante porque acepta y critica no sólo las teorías sino también las decisiones y resoluciones jurídicas. Me parece que se debe resaltar que el individuo que trabaja en la dogmática no tiene libertad absoluta porque su actividad está sometida a unas reglas y a la crítica.

He aludido a la comunidad jurídica como una unidad. En realidad, en su seno existen tendencias contradictorias y teorías que compiten para ser aceptadas como dominantes. Pero de la diversidad de teorías no cabe concluir que esa comunidad no ejerza un control sobre los dogmáticos. La comunidad posee un termómetro de valoración.

Por último, la comunidad jurídica no tiene sólo funciones cognoscitivas sino también prácticas y reformuladoras del derecho. Eso quiere decir que esta comunidad ejerce un poder importante de mediación entre la creación y la aplicación del derecho. Esa comunidad gremial tiene unos supuestos, unas reglas de juego, y, sobre todo, una red conceptual que se utiliza en todos los campos de la ciencia y de la práctica jurídica.

## NOTAS

1. Véase D. Lyons: *Ética y derecho*, op. cit., p. 17.
2. Véase H. Kelsen: *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Eudeba, 1960. Traducción castellana de M. Nilve de la edición francesa de 1953, pp. 36 y ss. Véase también G. Radbruch: *Introducción a la filosofía del derecho*. México, F.C.E. 1965 (3.ª ed.), p. 9, en la que escribe: «La interpretación jurídica busca el sentido objetivo del derecho positivo, es decir, el sentido incorporado a la norma jurídica misma, y no el sentido subjetivo, o sea el pensamiento de las personas que intervinieron en su creación. Esto es lo que distingue la interpretación jurídica de la interpretación filológica.»
3. Véase S. Agustín: *La Ciudad de Dios*, XIX, 22. (Edición consultada: Madrid. Apostolado de Prensa, 1944.) El autor se pregunta por la diferencia entre un Estado y una banda de ladrones. El argumento ha sido retomado por Kelsen y Hart. Véase de este último su obra *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 13 y 152.
4. Véase H. Kelsen: *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 40.
5. Sobre esta distinción véase mi trabajo *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 63 y ss. Véase también H. Kelsen: *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 15: «La teoría pura del derecho quiere mantenerse como teoría y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.»
6. Los formalistas han insistido mucho más en este punto que los finalistas. Sobre esta distinción, véase G. Radbruch: *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., en la que se reproduce íntegramente un importante artículo de Kantorowicz que se publicó en julio de 1914.
7. Véase el análisis de C. Nino en sus *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, op. cit., cap. IV. Véase también —desde una perspectiva diferente— el libro de J. Lenoble y F. Ost: *Droit, mythe et raison*. Bruselas, Université de Saint Louis, 1980. Especialmente pp. 151 a 161.
8. Véase G. Radbruch: *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., p. 122. El carácter ficticio del legislador fue criticado por L. Duguit en sus *Transformations du droit public*. París, Armand Colin, 1913, p. 75, en la cual afirma: «Si la conciencia moderna descarta todas las hipótesis metafísicas del dominio de la política, la hipótesis de la soberanía nacional como la del derecho divino..., la ley no puede ser fruto de una voluntad soberana. La ley es simplemente la expresión de la voluntad individual de los hombres que la hacen, jefes de Estado o miembros del parlamento. Fuera de eso todo lo que se pueda decir es una ficción.»
9. Véase A. Peczenick: «Empirical Foundations of Legal Dogma-

tics», en *Logique et analyse*, 1969, p. 42. Peczenick sostiene que el modelo de legislador racional no sólo tiene funciones legitimadoras sino que es una directiva. No es una hipótesis empírica porque se admite dogmáticamente. Véase también J. Lenoble y F. Ost: *Droit, mythe et raison*, op. cit., pp. 161 y ss.

10. Véase Th. Viehweg. *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, p. 122, en la que el autor sostiene que para lograr este objetivo «sería necesario: una rigurosa axiomatización de todo el derecho, unida a una rigurosa prohibición de interpretación dentro del sistema, lo que se alcanzaría de un modo más completo mediante el cálculo; unos preceptos de interpretación de los hechos orientados rigurosos y exclusivamente hacia el sistema jurídico (o cálculo jurídico); no impedir la admisibilidad de las decisiones *non liquet*; conseguir una continuada intervención de un legislador, que trabaje con exactitud matemática (o calculatoria) para hacer solubles los nuevos casos que surgen como insolubles, sin perturbar la perfección lógica del sistema... Una ciencia del derecho tiene que marchar por el indicado camino hasta el final. Faltan, sin embargo, elementos de juicio para suponer que eso vaya a ocurrir». Radbruch en la op. cit. —p. 122— escribe: «Lo extraño es que el método jurídico siempre nos brinde por parejas los medios de interpretación sin indicarnos cuál de los dos medios que aparecen antagónicamente emparejados debe aplicarse, si la interpretación gramatical o lógica, la extensiva o la restrictiva, la analogía o el argumento a contrario.» Véase también R. Vernengo: *La interpretación jurídica*. México, UNAM, 1977, pp. 99 y ss.

11. Sobre las características del Estado de derecho véase E. Díaz: *Estado de derecho y sociedad democrática* (1.ª ed.). Madrid, Edicusa, 1969 (7.ª ed., 1979). Véase también del mismo autor: *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid, Debate, 1984.

12. Para la crítica véase, por ejemplo, J. R. Capella: «Sobre el Estado de derecho y la sociedad democrática» y «Sobre el mito de la soberanía popular» en J. R. Capella: *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, op. cit. Véase también J. R. Capella: «El lobo que viene (o sobre la fascitización silenciosa)», en J. R. Capella: *Entre sueños*, op. cit., pp. 123 y ss. Para la crítica de la división de poderes, véase: Ch. Eisenmann: «La pensée constitutionnelle de Montesquieu». París, *Recueil Sirey*, 1952, pp. 133 y ss. Véase también L. Althusser: *Montesquieu, la política y la historia*. Barcelona, Ariel, 2.ª ed., 1974, pp. 131 y ss.

13. Véase G. Radbruch, op. cit., p. 123.

14. Véase mi trabajo: «Sobre los Juristas», op. cit.

15. Véase L. Lombardi: *Corso di filosofia del diritto*, op. cit., pp. 26 y ss.

16. La frase es de Llewellyn. Véase sobre el realismo G. Tarello: *Il realismo giuridico americano*. Milán, Giuffré, 1962. Para una crítica del realismo, véase B. Ackerman: *Reconstructing American Law*. Harvard University Press, 1984, capítulo 2.

17. Véase Larenz: *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., p. 496.

18. Véase L. Lombardi: op. cit., p. 26.

19. Véase H. Hart: *The Concept of Law*, op. cit., pp. 181 y ss. Para el contenido mínimo del derecho natural véanse las pp. 189 y ss., además de *Derecho y moral: contribuciones a su análisis*. Buenos Aires, Depalma, 1962.

20. Véase R. Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel,

1984. Para la crítica de la discreción judicial véase R. Sartorius: *Individual Conduct and Social Norms*, Encino, Dickenson, 1975, pp. 181 y ss., y «The Justification of Judicial Decision», en *Ethics*, 1968. B. Hoffmaster: «Understanding Judicial Discretion», en *Law and Philosophy*, 1982, pp. 21 y ss. Véase también mi «Ensayo sobre Dworkin», en Dworkin: *Los derechos en serio*, op. cit. Véase también J. Raz: «Legal Principles and The Limits of Law», en *Yale Law Journal*, 1972. Véase, para el supuesto iusnaturalismo de Dworkin, el magnífico artículo de N. MacCormick: «Taking Right Thesis Seriously», en N. MacCormick: *Legal Right and Social Democracy*, Oxford University Press, 1982, pp. 126 y ss. Véase P. Soper: *A Theory of Law*. Harvard University Press, 1984, p. 54. Véase también G. Rebuffa: «Costituzionalismo e Giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la Riformulazione del Diritto Naturale», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, pp. 210 y ss. Véase también B. Pastore: «Dworkin giusnaturalista?», en *RIFD*, 1984. Véanse también los artículos de Javier de Lucas: «Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil según Dworkin»; M. Baummann y H. Kliemt: «¿Tomar a la ligera el positivismo jurídico?», M. Farrell: «Dworkin y el utilitarismo: algunas inconsistencias»; y A. Calsamiglia: «¿Por qué es importante Dworkin?», publicados en *Doxa*, 1985. La polémica todavía no está cerrada; véase M. Cohen (ed.): *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, op. cit., especialmente los artículos de Greenawalt y Wozzley y las respuestas de Dworkin. En 1981 Dworkin publicó dos largos artículos: «What is Equality?», en *Philosophy and Public Affairs*; y el último round de la polémica —en el cual Dworkin atenúa la heterodoxia de sus tesis— se ha publicado recientemente bajo el título *A Matter of Principle* en Harvard University Press, 1985, y *Law's Empire* en Harvard University Press, 1986.

21. Véase mi trabajo: «Hans Kelsen: Ensayo para una Crítica Interna», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 50.

22. Véase J. R. Capella: *El derecho como lenguaje*, op. cit., pp. 276 y ss. La doctrina italiana ha dedicado especial atención a este tema en la década de los sesenta. Véase N. Bobbio: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín, Giapichelli, 1960. A. Conte: *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*. Turín, Giapichelli, 1962. G. Gavazzi: *Delle antinomie*. Turín, Giapichelli, 1969. Véase también la obra colectiva *Les antinomies en droit*, Bruselas, Bruylant, 1965.

23. Véase R. Dworkin: *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 83 y ss.

24. Véase G. Carrió: *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970. Véase también del mismo autor: «Le opinioni del Prof. Dworkin sul positivismo giuridico», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980. Véase también C. Nino: «Dworkin and Legal Positivism», en *Mind*, 1980, pp. 519 y ss. En este trabajo, Nino se aparta del hartismo e intenta una conciliación entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Para la crítica a Nino véase G. Carrió: «Una reciente propuesta de conciliación entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico», en AA. VV. *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi in onore di N. Bobbio*. Milán, Comunità, 1983.

25. Véase G. Carrió: «Le opinioni del Prof. Dworkin sul positivismo giuridico», op. cit., pp. 180 y ss.

26. Véanse los trabajos de Rebuffa y Pastore citados en la nota 20 de este capítulo.

27. Véase H. Kelsen: *¿Qué es justicia?*, op. cit.; y Alf Ross: *Sobre*

*el derecho y la justicia*, op. cit., en el que se mantiene un radical emotivismo. Para la crítica del emotivismo véase J. Fishkin: *Beyond Subjective Morality*. Yale University Press, 1984. Véase también V. Held: *Rights and Goods*, Nueva York. Free Press, 1984, pp. 12 y ss. Véase también C. Nino: *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Paidós, 1984, pp. 55 y ss. Véase también M. Cohen: «Moral Skepticism and International Relations», en Ch. Beitz y otros: *International Ethics*. Princeton University Press, 1985.

28. Véase, por ejemplo, C. Wellman: *Morales y éticas*. Madrid, Alianza, 1982; o el trabajo de P. Singer: *Ética práctica*. Barcelona, Ariel, 1984.

29. Véase H. Albert: *Ética y metaética*. Valencia, Cuadernos Teorema, 1978, p. 1.

30. Véase, por ejemplo, G. Calabresi: *El coste de los accidentes*. Barcelona, Ariel, 1984. Un libro sencillo e introductorio a estas técnicas se encuentra en M. Polinsky: *Introducción al análisis económico*. Barcelona, Ariel, 1985.

31. Véase N. Bobbio: «Il diritto», op. cit., p. 58.

32. Véase P. Barcellona y G. Coturri: *El Estado y los juristas*. op. cit.; P. Barcellona (ed.): *L'uso alternativo del diritto*. Bari, Laterza, 1973. En la literatura jurídica en castellano, véase N. López Calera y otros: *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1978.

33. Véase R. Treves: *El juez y la sociedad*. Madrid, EDICUSA, 1974.

34. Véase Radbruch, op. cit., p. 127, en la cual cita el siguiente texto de Dahm: «Ciertamente que el juez se halla obligado en principio a aplicar las leyes. Pero su misión y su dignidad no consisten que se le obligue a aplicar leyes que se hallen en manifiesta y flagrante contradicción con la idea de derecho que hiere directamente el sentimiento de lo justo y lo injusto que vive en el pueblo.»

35. Véase santo Tomás de Aquino: *Summa theologiae*, 1-2 q. 95 a.2.

36. Véase Suárez: *De Legibus*. Libro I, capítulo 22, 1.

37. *Ibid*, libro VI, capítulo 7, 10.

38. *Ibid*, libro VI, capítulo 6, 4.

39. Véase el trabajo de E. Garzón Valdés: «Las palabras de la ley y su interpretación: algunas tesis de Francisco Suárez», en *Dianoia*, 1977, p. 40. Garzón sostiene que en Suárez existe la hipótesis del legislador racional y la idea de la interpretación eficiente. En la p. 38, Garzón afirma que «si el caso particular falsea la tesis [de la racionalidad del legislador], vale decir, la ley resulta ser en su aplicación literal, injusta, absurda o inútil, entonces es necesario corregirla interpretando las palabras impropriamente, ampliando o restringiendo su significado ordinario o técnico a fin de mantener la validez de la ley. Esto se hace para no apartarse de la mente del legislador». Suárez sostuvo la tesis de que la aplicación debe optimizar la ley y que toda interpretación es cambio.

40. Eso es reconocido incluso por Larenz, que siempre ha mostrado una especial predilección por el principio de la vinculación del juez al legislador. Véase por ejemplo la p. 493 de su *Metodología de la ciencia del derecho*. Dentro del marco positivista, el reconocimiento de esta regla supone una mayor libertad y responsabilidad del juez. Sobre este punto véase G. Carrió: «Los jueces crean derecho», en *Notas sobre derecho y lenguaje*, 2.ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979. Véase L. Nowak: «De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique», en *Logique et Analyse*, n.º 45, 1969, p. 82,

en la que escribe: «El rasgo característico del método jurídico... de interpretación de los textos legales, es que tiende a una optimización de la ley; es decir, a reconstruir a partir de sus prescripciones legales las mejores normas posibles desde el punto de vista de las exigencias de la doctrina moral y política dominante.» Véase también A. Peczenick: «Empirical Foundations of Legal Dogmatics», en *Logique et Analyse*, n.º 45, 1969 y su *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983.

41. Véase R. Dworkin: *Los derechos en serio*, op. cit., capítulo III.

42. Véase R. Dworkin: *Los derechos en serio*, op. cit., p. 73.

43. Véase K. Larenz: *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 226, en la que afirma que «la jurisprudencia intenta cumplir especialmente una tarea práctica es algo que nunca debiera ser discutido». Véase también L. García San Miguel: *Notas para una crítica de la razón jurídica*. Madrid, Tecnos, 1969, p. 47, en la cual sostiene el sentido práctico de la filosofía jurídica y parafraseando a Duverger escribe que «no merecería la pena cultivarla si no sirviera para hacer a los hombres más libres, más felices y más dueños de su destino».

44. Véase K. Larenz, op. cit., p. 199.

45. *Ibid.*, pp. 199 y 345.

46. *Ibid.*, pp. 493 y ss.

47. *Ibid.*, p. 494.

48. Véase C. Alchourrón y E. Bulgin: *Introducción a la metodología de las ciencias sociales*. Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 141.

49. Véase N. Bobbio: *Teoría dell'ordinamento giuridico*, op. cit., pp. 74 y ss., sobre los diversos significados del concepto de sistema en el campo de la reflexión jurídica. Para el concepto de sistema en Kelsen véase N. Bobbio: «Hans Kelsen.» *RIFD*, 1973. Véase también J. Raz: *The Concept of a Legal System*. Oxford University Press, 1970.

50. Véase H. Kelsen: *General Theory of Law and State*. (Edición consultada, Nueva York. Russell and Russell, 1960, p. 3.)

51. Véase J. Raz: *The Concept of a Legal System*, op. cit. Introducción. Sin embargo, la opinión de Raz es exagerada pues la escuela analítica italiana y los trabajos de Alchourrón y Bulgin son buenos ejemplos de la utilización de la idea de sistema.

52. Véase H. Kelsen: *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., p. 252.

53. *Ibid.*, p. 251, en la que escribe: «Contrariamente a lo que sostiene la doctrina tradicional, no es verdad que la aplicación del orden jurídico sea imposible en el caso de laguna... no hay lugar a dudas de que sí que es imposible aplicar una norma jurídica particular, pero es posible aplicar el orden jurídico, lo cual es una aplicación del derecho... Cuando el orden jurídico no establece la obligación de realizar una conducta determinada, está permitiendo tal conducta.» Kelsen adopta la norma fundamental negativa de Zittelmann para instaurar la completud del derecho. Para la crítica del dogma de la completud véase J. R. Capella: *El derecho como lenguaje*, op. cit., pp. 278 y ss.

54. Véase un precedente en F. Gény: *Science et technique en droit privé positif*, op. cit.

55. Véase H. Kelsen: «Die Grundlage der Naturrechtslehre», en *Osterreichischer Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1963, p. 2.

56. Véase H. Kelsen: «Derogation», en Kelsen y otros: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Viena, Anton Pustet, 1968, p. 1.443.

57. Todavía en 1960, Kelsen en *Reine Rechtslehre* (p. 210) escribe: «El conocimiento del Derecho —como todo conocimiento— intenta concebir su objeto con un todo inteligible y describirlo mediante proposiciones no contradictorias; por consiguiente, parte de la idea

de que los conflictos de normas pueden y deben ser resueltos en el marco de los materiales normativos que le son dados... por la vía interpretativa.» En el capítulo LVII de su obra póstuma —preparada por K. Ringhofer y R. Walter—, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz, 1979, Kelsen escribe lo siguiente: «La interpretación de normas jurídicas es conocimiento del derecho y el conocimiento jurídico no puede producir normas, es decir ponerlas en vigor ni tampoco puede abolir la validez de una norma positiva. Lo único que puede hacer el órgano encargado de aplicar el derecho es... decidir mediante un acto de voluntad...» Sobre la evolución del último pensamiento de Kelsen véase mi trabajo *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 120 y ss. Véase también R. Walter: «Su alcuni problemi di teoria del diritto alla luce della Allgemeine Theorie der Normen di Kelsen», en C. Roehrsen (ed.): *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983. Véase también M. Losano: «La dottrina pura del diritto del logicismo all'irrazionalismo», en H. Kelsen: *Teoria generale delle norme*. Milán, Einaudi, 1985. En el número 2 de la revista *Doxa*, 1985, hay una sección dedicada a este tema con artículos de Paulsen, Walter, Losano y el autor de estas líneas.

58. Véase M. Losano: *Forma e realtà in Kelsen*. Milán, Comunità, 1981.

59. Véase N. Bobbio: *Teoría dell'ordinamento giuridico*, op. cit., pp. 80 y ss.

60. Véase L. Hierro: *El realismo escandinavo*, op. cit., pp. 71 y ss.

61. Publicado en *Harvard Law Review*, 1986; hay traducción castellana en Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959. Sobre Holmes véase el importante libro de H. L. Polhman: *Justice O. W. Holmes and Utilitarian Jurisprudence*. Harvard University Press, 1984, pp. 58 y ss.

62. Véase su *Law and The Modern Mind* (1.ª ed., 1936). Reeditada en Nueva York, Doubleday, 1963.

63. Véase D. Lloyd: *The Idea of Law*. Middle Essex, Penguin Books, 1974 (4.ª reimpresión), pp. 213 y ss. Lloyd pone de relieve que tras el realismo americano, la forma de observar el fenómeno jurídico ha cambiado, y en esto consiste su mayor contribución al conocimiento. La crítica al logicismo se manifiesta con claridad en las siguientes palabras de Frank: «Las simpatías y las antipatías del juez influirán en el respecto a quién declare como testigo. Su propio pasado puede afectar en él reacciones más o menos importantes a propósito de las mugeres, las rubias, los barbudos, las gentes del Sur o los italianos o los ingleses o los fontaneros, los clérigos o los universitarios... Un tío o un puestro determinado pueden suscitar en él recuerdos que afectarían a su disposición al escuchar lo dicho por un testigo o su recuerdo posterior, o el peso y credibilidad que conceda a la declaración.» (*Comments On Trial*. Princeton University Press, 1949, p. 151.)

64. Véase J. R. Capella: *El derecho como lenguaje*, op. cit., capítulo VI.

65. *Ibid.*

66. *Ibid.*

67. Véase G. Gavazzi: *Delle antinomie*, op. cit.

68. Véase el importante trabajo de G. Tarello: *L'interpretazione della legge*. Milán, Giuffré, 1980

69. Véase G. Tarello: *L'interpretazione della legge*, op. cit., pp. 346 y 351.

70. *Ibid.*, p. 361.

71. Véase J. Raz: *The Concept of a Legal System*, op. cit., capítulos 1 a 4.

72. Véase C. Nino: *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., pp. 114 y ss.

73. Uno de los problemas más importantes por resolver es el criterio adecuado para que una teoría se admita como tal en la comunidad dogmática. Algunos autores —como, por ejemplo, Sartorius— admiten el principio del consenso mientras que otros, como R. Dworkin, sostienen el principio de la teoría que explique mejor el derecho y ofrezca mejores soluciones. Otra posible fórmula sería el principio de autoridad. Véase sobre estos problemas R. Sartorius: «The Justification of Judicial Decision», en *Ethics*, vol. 78, pp. 183 y ss. Véase también R. Dworkin: *Law's Empire*, op. cit., pp. 176 y ss. En la literatura jurídica castellana véase las observaciones de J. Ruiz Manero: «Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica», en *Doxa*, 1985, especialmente pp. 220 y ss.

## CAPÍTULO V

### LAS FUNCIONES SOCIALES DE LA DOGMÁTICA

## INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior estudiamos las reglas fundamentales de la dogmática. Vimos que éstas permiten una gran flexibilidad al intérprete. También tuvimos ocasión de sostener que el intérprete no es libre de inventarse hipótesis interpretativas porque la comunidad jurídica ejerce una función de control. La comunidad exige que las soluciones de los problemas no sean puntuales sino que se integren en una teoría.

Quien esté interesado en la construcción de una ciencia jurídica quedará ciertamente decepcionado de las reglas que usan los dogmáticos y no aceptará ese saber como conocimiento científico.<sup>1</sup> Pero no debemos olvidar que nuestro problema no es predicar cómo debe ser un saber jurídico para que sea científico, sino describir el funcionamiento de la comunidad dogmática.<sup>2</sup>

Pero la jurisprudencia no sólo tiene unas reglas de juego sino que también cumple unas funciones sociales importantes. En la introducción vimos que una de las causas del malestar entre los juristas es la irrelevancia práctica de su ciencia. En este capítulo dedicaré atención a las funciones de la dogmática. Creo que podré argumentar que cumple funciones sociales importantes y que la crítica de irrelevancia no tiene mucho sentido.

Convendría también recordar una famosa sentencia de un autor americano: «Knowledge does not have to be scientific in order to be useful and important», en una época en la cual parece ser que sólo el saber científico tiene la patente de utilidad.<sup>3</sup>

Voy a prestar atención a tres funciones sociales de la dogmática. En primer lugar la cognoscitiva; en segundo lugar la prescriptiva y en tercer lugar la ideológica.

## FUNCIONES COGNOSCITIVAS DE LA DOGMÁTICA

Muchos juristas consideran que la función más importante de la dogmática es la descripción del derecho positivo.<sup>4</sup> El fundador de la escuela analítica, John Austin, mantuvo esta tesis, no sin dejar de poner de manifiesto la ambigüedad del término jurisprudencia. En su trabajo sobre la utilidad de la jurisprudencia escribió que «la misma palabra jurisprudencia no está tampoco libre de ambigüedades y ha sido utilizada para designar lo siguiente: el conocimiento del derecho como una ciencia, junto con el arte, el hábito práctico o la destreza al aplicarlo. La ciencia de la legislación, es decir, la ciencia de lo que se debe hacer para producir buenas leyes junto con el arte de hacerlas. Así como el conocimiento de lo que debe ser presupone el conocimiento de lo que es, así también la ciencia de la legislación presupone la jurisprudencia».<sup>5</sup> Pero, en sentido estricto, jurisprudencia es saber teórico sobre el derecho.

En la misma línea se encuentra Salmond cuando afirma que «la jurisprudencia es el nombre dado a un cierto tipo de investigación sobre el derecho, una investigación de naturaleza abstracta, general y teórica que intenta descubrir los principios esenciales del derecho y del sistema legal... La jurisprudencia no está constituida por un conjunto de reglas derivadas de una autoridad y no tiene ninguna aplicación práctica».<sup>6</sup> Salmond defiende su carácter cognoscitivo. La jurisprudencia es un modo de conocer el derecho, un punto de vista específicamente jurídico. Su objeto es el derecho positivo y esta es una elección del objeto de conocimiento y por tanto no es ni verificable ni falsable. Lo único que se puede discutir es la conveniencia de esa elección.

En este sentido, la jurisprudencia pretende presentar el material jurídico en un esquema ordenado y sencillo. Este saber no tiene como objetivo reproducir las normas y los detalles legislativos —aunque a veces se dedica con profusión a ellos—.<sup>7</sup> En la jurisprudencia se encuentra una labor constructiva. Radbruch —por ejemplo— sostuvo que «la construcción jurídica presenta el mismo carácter metodológico que la construcción matemática, técnica gramatical o histórica: su finalidad es la reestructuración de toda una institución partiendo de sus partes previamente aisladas por el pensamiento; es decir, la síntesis realizada sobre los resultados de los análisis previos».<sup>8</sup> Los dogmáticos no se limitan a reproducir el derecho positivo sino que construyen categorías

abstractas y principios que permiten comprender la diversidad del derecho en un esquema unitario.

Ahora bien; el derecho es un objeto material que puede ser observado desde muy diversas perspectivas. En este trabajo nosotros hemos utilizado como sinónimos dogmática y jurisprudencia. En ocasiones, se distingue entre dogmática y teoría general del derecho. Estas distinciones pueden ser útiles como criterios provisionales pero una distinción rotunda entre ciencia del derecho en general y teoría del derecho en particular no es realmente defendible.<sup>9</sup> He utilizado conscientemente estos vocablos como sinónimos porque creo que la mayoría de definiciones están construidas de tal forma que en lugar de arrojar más luz sobre la cosa definida la envuelven en una oscuridad más profunda.<sup>10</sup>

Entiendo por dogmática aquel conjunto de actividades que llevan a cabo dentro de una comunidad instituida los juristas. Algunos de ellos prestan mayor atención a las cuestiones formales mientras que otros están especialmente interesados en el contenido concreto del derecho positivo. Creo que todos ellos comparten unos presupuestos, unas reglas de juego y unos valores determinados. El objeto de su estudio está constituido por el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico positivo.

Pero, dejando aparte las cuestiones terminológicas, lo que aquí interesa es mostrar que esa comunidad no sólo defiende su función cognoscitiva sino que monopoliza la transmisión del conocimiento jurídico. El papel que ocupa en la enseñanza es todavía importante y se puede afirmar —sin rubor— que la columna vertebral de las enseñanzas del derecho —por lo menos en nuestro país— está constituida por el conocimiento dogmático.

Evidentemente, eso no significa que deba ser así. Vuelvo a insistir en que nuestro nivel es descriptivo y que, por tanto, no se está valorando si es bueno que la transmisión de los conocimientos se realice mediante la dogmática. Tampoco se está argumentando que todo lo real es racional. Simplemente pretendo poner de manifiesto que una de las formas mediante las cuales se aprende derecho —la más importante— es por medio de las teorías dogmáticas.

## FUNCIONES PRESCRIPTIVAS DE LA DOGMÁTICA

Pero la dogmática no se limita a esa tarea de abstracción y construcción de categorías y principios. Éstos y aquéllos serán elementos que servirán para interpretar el derecho positivo e incluso para reformarlo.

En el nivel más abstracto —el de los principios— se pueden introducir criterios metajurídicos (que no surgen directamente del derecho positivo) y ejercen la función de modificar el derecho positivo. Pero la dogmática realiza esta función prescriptiva *como si* su actividad fuera meramente cognoscitiva, es decir, descriptiva de los principios que surgen por abstracción del derecho positivo.

Savigny puso de manifiesto este aspecto constructivo —cognoscitivo y reformador a la vez— de los juristas romanos ya que «su teoría y su práctica no están separados. La teoría se perfecciona por su aplicación más inmediata y su práctica es ennoblecida por el tratamiento científico. En cada precepto fundamental ven al mismo tiempo un caso de aplicación, y en cada caso litigioso la regla que lo determina, no pudiendo menos de reconocerse su maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular y de lo particular a lo general. Y en este método de encontrar e identificar el derecho está su valor peculiar».<sup>11</sup>

La labor del jurista no sólo es cognoscitiva sino también práctica, y el método de los saltos de lo general a lo particular y viceversa permite introducir un alto grado de flexibilidad. Dentro de ese marco se desarrolla la tarea creativa del jurista.

«En la época del iusnaturalismo racionalista —como dice Radbruch— se avanza un paso más: se da al traste por fin con el dogma según el cual todo fallo judicial debe derivarse de la ley o del derecho consuetudinario, aparece en la práctica, por vez primera, al lado de estas dos, una tercera fuente, y con ella el primer sistema de ideas axiológicas.»<sup>12</sup> La admisión de los principios introduce un margen de manobra superior. El reconocimiento de principios como fuente de derecho permite construir y reformular el derecho con mayor eficacia.

Ahora bien; los dogmáticos ofrecen resistencia al reconocimiento de su función prescriptiva. Los juristas no afirman que su saber forma parte del derecho. También ocultan que su comunidad tiene un poder controlador importante no sólo sobre el derecho en acción sino también sobre el derecho le-

gislado. La red conceptual dogmática invade lo jurídico, las lentes del análisis del derecho son dogmáticas.

Es posible que los juristas tengan razones para esconder su labor creativa y política. Los hábitos adquiridos y la tradición se ocupan de no plantear el problema «crudamente».<sup>13</sup>

Pero hagamos un poco de historia y veamos hasta qué punto una de las características fundamentales de la comunidad dogmática es ese carácter híbrido de descripción y prescripción.

*Los orígenes de la ciencia jurídica: la dogmática como descripción y prescripción*

El origen de la ciencia jurídica dogmática —tal y como la conocemos hoy— se encuentra en los glosadores y sobre todo en los comentadores y consultores. Wiaecker afirma que «los glosadores resucitaron el *Corpus iuris* y lo convirtieron en una auténtica *ratio scripta* y como razón escrita el texto se convirtió en verdad».<sup>14</sup> La obra de los glosadores fue formal y filológica: el descubrimiento y la interpretación de unos textos. El origen de la ciencia jurídica europea se encuentra en el descubrimiento del *Digesto*.<sup>15</sup> Pero la labor filológica y el reconocimiento de la autoridad del texto son condiciones necesarias aunque no suficientes para la consolidación de este saber tal y como lo entendemos en la actualidad. Radbruch señaló la importante diferencia existente entre la interpretación filológica y la jurídica: «La interpretación filológica es siempre repensar lo pensado —el conocimiento de lo ya conocido, dice August Boeckh—. La interpretación jurídica, por el contrario, consiste en llevar lo pensado hasta el final consecuente del proceso de pensamiento. La jurisprudencia es una ciencia práctica, llamada a dar una respuesta inmediata a toda pregunta jurídica, sin que pueda negarse a contestar por razón de lagunas, contradicciones o ambigüedades de que la ley pueda adolecer. Ello le obliga a conocer y entender las leyes mejor que las mismas personas que intervinieron en su redacción, a sacar de la ley más de lo que estas personas pusieron conscientemente en ella, al redactarlas o aprobarlas.»<sup>16</sup>

Los comentadores —herederos de los glosadores— dieron el salto definitivo para la construcción de la ciencia jurídica. Con ellos comienza «por primera vez una ya madura ciencia del derecho a conectar su propio dominio científico de la vida con las fuentes del derecho romano utilizadas como

primera materia».<sup>17</sup> Los glosadores fueron los restauradores del derecho romano. Los comentadores no sólo fueron buenos conocedores del derecho romano sino que lo utilizaron en sus dictámenes jurídicos. Su tarea ya no fue meramente descriptiva sino también prescriptiva. Su función ya fue dual porque utilizaron y aplicaron el derecho romano a una situación social distinta adaptándolo a las nuevas necesidades. La actividad de los dictaminadores obliga a los juristas a «mantenerse continuamente en contacto con las nuevas concepciones jurídicas, con las nuevas relaciones y necesidades y, sobre todo, a adaptar el derecho romano, para poner a contribución su sabiduría, a estas concepciones, relaciones y necesidades de los nuevos tiempos...»<sup>18</sup> Hoy sabemos —continúa Radbruch— que los llamados consultores contribuyeron en gran parte a crear nuestro derecho actual sacando el derecho privado romano de las aulas y de los cuartos de estudio al aire libre de la vida, poniéndolo en condiciones de aplicarlo a la realidad. Pero no se limitaron a transformar en lo grande y en lo pequeño las normas de aquel derecho bajo la inspiración del pensamiento jurídico germánico, canónico, neolatino, sino que... reestructuraron o crearon *ex novo* ramas como la del derecho internacional privado».<sup>19</sup>

Desde sus orígenes la dogmática se constituyó en un instrumento de modificación del derecho. El derecho romano no sólo fue objeto de conocimiento sino también se utilizó para la resolución de conflictos sociales. Este carácter híbrido de la dogmática permanecerá inalterado a lo largo de su historia.

Algunos autores han reconocido esta peculiaridad de la dogmática.<sup>20</sup> Por ejemplo, Larenz escribe: «Si la jurisprudencia se entiende a sí misma como una ciencia normativa, esto no quiere decir que ella misma dé normas, que ponga en vigor normas jurídicas. Más bien se entiende a sí misma como un sistema de enunciados sobre el derecho vigente. Ciertamente, veremos que sus enunciados no carecen de influencia sobre el contenido de aquello a que se refieren, es decir, al contenido de las normas jurídicas.»<sup>21</sup> Larenz reconoce que la jurisprudencia no tiene una función meramente cognoscitiva. El jurista dogmático no sólo tiene la función descriptiva sino que también debe hacer algo más pues como el propio Larenz reconoce «una dogmática que se contentara con la formación de conceptos y con la explicación de las relaciones lógicas podría aportar a la solución de problemas jurídicos tanto como nada».<sup>22</sup> Pero Larenz no se limita a

reconocer esta importante función del saber jurídico sino que además afirma explícitamente que «la política jurídica es un legítimo campo de trabajo para la jurisprudencia». Esta tesis no concuerda con su primitiva definición de la jurisprudencia como conjunto de enunciados sobre normas. La reformulación del derecho puede provenir no sólo de principios jurídicos sino también de argumentos de política jurídica.

Pero el reconocimiento del carácter prescriptivo es más claro en la siguiente cita: «Es exacto que la mayor parte de investigaciones jurídico-dogmáticas se realizan con la intención de ofrecer soluciones al juez, útiles para resolver casos dudosos o, en opinión del investigador, hasta ahora falsamente resueltos. Pero es también seguro que, asimismo, muchas investigaciones jurídico dogmáticas se han hecho, y también se hacen, en primer lugar, con el fin de llegar a una mayor claridad y entendimiento respecto a las conexiones jurídicas ya estructurales, ya de sentido.»

Una actitud más explícita mantiene Luhmann: «La dogmática jurídica no debe servirse a sí misma sino que debe servir a la vida social, es decir, a la aplicación del derecho.»<sup>23</sup> Si la dogmática no realiza esta función de reformulación del derecho pierde parte del atractivo desde la perspectiva de la función social.

En síntesis, la dogmática tiene no sólo pretensiones cognoscitivas sino también funciones prácticas muy relevantes. Algunos autores ponen el énfasis en el aspecto cognoscitivo —como Larenz— aunque deben reconocer que la vertiente prescriptiva es importante.

#### *Actitudes no cognoscitivas*

Otros autores sostienen que la dogmática jurídica no tiene pretensiones cognoscitivas sino prácticas, mientras que algunos consideran que el conocimiento que produce no es un verdadero conocimiento.<sup>24</sup>

Heck, por ejemplo, sostuvo que la ciencia jurídica «explora los caminos hacia una meta final única, hacia la influencia en la vida; fuera de esto no sirve a ninguna meta separada, por ejemplo, puramente teórica».<sup>25</sup>

Radbruch —desde una perspectiva distinta— sostuvo que «la jurisprudencia conceptualista es aquel extravío del pensamiento que consiste en construir o tomar de cualquier parte los conceptos sin preocuparse de las consecuencias prác-

ticas, aplicándolos a todo trance a las condiciones de la realidad, por muy distintas y peculiares que sean». <sup>26</sup> El método formalista —continúa Radbruch— «acarreó consecuencias más graves, como el completo divorcio entre teoría y práctica condenando la primera a la negación de lo práctico y la segunda a la negación de lo científico». <sup>27</sup>

Alf Ross ha sostenido que «el contenido cognoscitivo jurídico y político jurídico de la doctrina, variará de acuerdo con el propósito y con la personalidad del autor. Mi impresión es que, por lo menos en los países escandinavos, la mayoría de los juristas consideran el aspecto político de la doctrina, las directivas de *sententia ferenda*... como la parte más esencial de su trabajo. Su interés principal es práctico, no teórico». <sup>28</sup> Ross reconoce el carácter híbrido de la dogmática jurídica —pues afirma que su política se basa en observaciones científicas—, pero sostiene que la función normativa es más importante que la cognoscitiva. También sugiere el trasfondo ideológico que determina los resultados de la investigación y llega a la conclusión de que el conocimiento está subordinado a la práctica.

#### LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA CIENCIA DEL DERECHO

En los epígrafes anteriores hemos argumentado que la dogmática jurídica tenía un carácter híbrido porque sus funciones son descriptivas y prescriptivas. No es de extrañar —si eso es cierto— que los juristas se muestren renuentes a aceptar la distinción entre la ciencia del derecho y el derecho porque la ciencia del derecho forma parte del propio derecho.

Por una parte, existen un conjunto de teorías que sostienen que la función de la ciencia jurídica es prescriptiva. Suárez —por ejemplo— había sostenido que toda interpretación era cambio y en el libro sexto de su *De Legibus* sugirió que «cuando el sentido propio de las palabras acarrese alguna injusticia o algún absurdo parecido en relación a la mente del legislador, hay que interpretar las palabras en un sentido —aunque sea impropio— en la cual la ley sea justa y razonable». Suárez mantuvo que la tarea de interpretación no sólo es cognoscitiva de los posibles significados de la ley sino también normativa.

En la escuela histórica también se encuentra la tesis de que la ciencia del derecho tiene funciones prescriptivas.

Puchta, en su *Curso de las instituciones* sostiene la siguiente tesis: «La tarea de la ciencia del derecho es llegar a conocer las normas jurídicas en su conexión orgánica, condicionándose las unas a las otras a fin de poder seguir la genealogía de las normas particulares hasta las alturas de su principio y asimismo descender desde el principio hasta sus últimas consecuencias. En esta operación las normas jurídicas se hacen conscientes y se sacan a la luz del día las que, ocultas en el espíritu popular, ni han aparecido en la convicción inmediata de los miembros del pueblo y en sus acciones, ni en los veredictos del legislador. Por tanto, sólo se hacen visibles mediante la deducción científica. De este modo, la ciencia se añade como tercera fuente del derecho a las dos primeras; el derecho que a través de ella surge, es derecho de la ciencia, o por ser sacado a la luz mediante la actividad de los juristas, derecho de juristas.» <sup>29</sup>

Por otra parte, se encuentran teorías que defienden el carácter cognoscitivo del derecho; es decir, que el derecho nos enseña cómo es la realidad, nos informa de lo que está prohibido y está permitido. Incluso algunos realistas consideraron que el derecho era una ciencia de la predicción.

En la tradición del pensamiento jurídico se encuentran muchas doctrinas que sostienen el carácter prescriptivo de la ciencia jurídica y doctrinas que defienden el carácter descriptivo del derecho. Ahora bien, un parlamento no es una oficina de información sino una institución de dirección social. Una ciencia del derecho —que merezca tal nombre— debe ser descriptiva.

Esta confusión entre las funciones del derecho y de la ciencia del derecho es una buena muestra del papel que cumple la dogmática. <sup>30</sup> El dogmático disfraza su actividad política bajo el ropaje de una descripción objetiva. <sup>31</sup> La teoría positivista de Kelsen llevó a cabo una auténtica guerra contra los abusos constantes de que era objeto la ciencia jurídica convertida en sierva de la política. <sup>32</sup> Kelsen propuso un criterio para distinguir entre el derecho y la ciencia del derecho. En su primera obra importante sostuvo que el derecho está constituido por normas cuya esencia es estipular que algo debe ser hecho, mientras que la ciencia del derecho tiene como objeto normas. Sin embargo, este criterio no era muy claro ni elaborado. En *General Theory of Law and State* el jurista austrohúngaro cita a un autor —Bingham— de la jurisprudencia sociológica americana para fundamentar la distinción: «Si hemos de observar el derecho como un cam-

po de estudio análogo al de cualquier otra ciencia, debemos observarlo desde la perspectiva del enseñante del derecho, del estudioso del derecho, del investigador del derecho o del abogado preocupado en la búsqueda del derecho. Estos hombres no forman parte de la maquinaria del estado. Su estudio no forma parte del derecho.»<sup>33</sup> Kelsen acogió el criterio funcional para distinguir entre el derecho y la ciencia del derecho. La función de la norma es prescribir, influir en la conducta de los ciudadanos utilizando la coacción institucionalizada si es preciso. La función de la proposición jurídica es describir el derecho. El estudioso del derecho pretende conocer. En otras palabras, la función del derecho es prescriptiva mientras que la función de la ciencia del derecho es descriptiva. El programa kelseniano incluye una metajurisprudencia prescriptiva. La ciencia jurídica será verdadera ciencia si distingue entre el saber jurídico y su objeto mediante el criterio funcional.<sup>34</sup>

La distinción entre el derecho y la ciencia del derecho fue reelaborada y mejorada por el mismo Kelsen, y poco a poco ha ido ganando adeptos aunque su reconocimiento no se ha generalizado.

Wroblewski también insistió en esta distinción y puso de manifiesto la diversa significación de una misma proposición: «La misma norma que aparece en un texto legal y en un tratado de ciencia jurídica pertenece desde un punto de vista semántico a dos niveles de lenguaje distintos, y por tanto a dos lenguajes diferentes: el lenguaje legal y el lenguaje de los juristas.»<sup>35</sup> Wroblewski ya no utiliza el criterio de la función sino que alude a los diversos niveles de lenguaje en los que están situados. El lenguaje de los juristas es un meta-lenguaje descriptivo que tiene como objeto un lenguaje prescriptivo. Ese criterio de los niveles de lenguaje ha sido utilizado por la filosofía neopositivista.

Ahora bien; los juristas dogmáticos ofrecen resistencia a la aceptación de esta distinción porque ellos no quieren hacer otra cosa que la que realmente hacen. La dogmática es descriptiva y prescriptiva a la vez. Instaurar la distinción descripción-prescripción supone la destrucción de la dogmática.

Precisamente por esta razón, sectores importantes de la dogmática han renunciado al estatuto cognoscitivo científico. La rehabilitación de la razón práctica se realiza desde parámetros que explícitamente reconocen que el saber sobre el derecho pertenece a la prudencia y que ésta se sitúa en

un nivel distinto al de la ciencia. Kriele reconoce, por ejemplo, que el terreno de la prudencia —que es el de la dogmática— no se identifica ni con las ciencias de la naturaleza ni con las ciencias del espíritu.

Coing sostuvo que la jurisprudencia es una ciencia aplicada, pues la aludida exposición dogmática tiene lugar al servicio de la solución de litigios sociales concretos o para aclarar dudas acerca de comportamientos concretos.<sup>36</sup> Coing reconoce unas características muy peculiares a la ciencia jurídica pues «tal como es hoy, y a diferencia de otras ciencias, la jurisprudencia resulta muy poco apta para constituir el punto de partida de una consideración filosófica. Lo que la filosofía del derecho necesita es una ciencia del derecho como fenómeno de la vida social; lo que en cambio ofrece la ciencia del derecho es la exposición de un orden jurídico positivo».<sup>37</sup>

Todos estos argumentos pueden explicar por qué los juristas se resisten a aceptar la distinción entre el derecho y la ciencia del derecho. Si se acepta la distinción, entonces la dogmática debe reducirse a la descripción y, en ese caso, dejaría de cumplir la función de reformulación del derecho. La ciencia dogmática del derecho no se puede distinguir del derecho porque forma parte del derecho.

Una de las funciones más importantes de la dogmática es proporcionar un conocimiento del derecho. El lugar que ocupa en la enseñanza es muy relevante y avala esta afirmación. Los estudiantes aprenden derecho en el marco de la dogmática.<sup>38</sup>

Muchos juristas sostienen que este conocimiento no es científico.<sup>39</sup> Otros consideran que no es un conocimiento suficiente del derecho.<sup>40</sup> Pero la falta de rigor de un conocimiento no es razón suficiente para negarle utilidad.

Además de esta función cognoscitiva, la dogmática tiene una función práctica importante. Luhmann sostuvo que la dogmática «no debe servirse a sí misma sino que debe servir a la aplicación del derecho».<sup>41</sup> La orientación cognoscitiva de la dogmática se dirige al pasado, al *input*; mientras que la dogmática como práctica debería ocuparse del futuro. La dogmática como conocimiento tiene como objetivo el análisis de las informaciones: el pasado determina el presente. La dogmática como práctica debe servir al *output*, al resultado social. Una dogmática que no tenga en cuenta las consecuencias está construida en el vacío. Este carácter prescriptivo le confiere una importante función social.

## LA FUNCIÓN IDEOLÓGICA

El término ideológico es muy ambiguo. Aquí defendemos la tesis de que la dogmática es ideológica porque intenta ocultar su carácter prescriptivo.

Pero la dogmática no sólo es ideológica en este sentido sino que tiene también la función de defender unos valores importantes de la sociedad. El principio de seguridad jurídica es uno de los valores que la comunidad dogmática acepta y defiende. Este principio es muy importante para lograr la cohesión social. Gimbernat sostiene que «cuanto menos esté desarrollada una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerá del azar y de factores incontrollables la condena o la absolución... allí donde no existe dogmática los supuestos dudosos... son resueltos inconexamente de caso en caso, contradictoriamente, y nadie puede decir de antemano cuál es el tratamiento jurídico que va a recibir: la respuesta que el jurista tiene que dar con excesiva e insoportable frecuencia, cuando le preguntan qué es lo que dice el derecho penal sobre este u otro supuesto, es no lo sé».<sup>42</sup> La dogmática se opone a la inseguridad que crea la ambigüedad del lenguaje legal. Construye criterios racionales integrados en una teoría para la resolución de los casos dudosos. La seguridad que ofrece la dogmática no es una seguridad literal sino racional. Las teorías dogmáticas permiten matizar, permiten un distanciamiento —no incontrollado— del texto legal y un mayor acercamiento al resultado y a las consecuencias. En la medida en que la dogmática se desarrolla, el abanico de soluciones se amplía.

En síntesis, si no hubiera dogmática la interpretación literal sería el único criterio de interpretación. Sin dogmática la ley escrita no podría ser corregida por otros argumentos. Si la interpretación literal conduce al absurdo debería decirse lo absurdo. En este sentido la dogmática —como afirma Luhmann— aumenta las inseguridades jurídicas aceptables.

*Algunas precisiones sobre la seguridad jurídica*

He mantenido que la dogmática jurídica produce mayor seguridad jurídica porque permite apartarse de la ley para que sus resultados sean más justos y eficientes. Sin embargo, la ley es uno de los expedientes técnicos que hacen más previsible y seguro el derecho. Existe un círculo vicioso en-

tre la seguridad jurídica y la claridad de las leyes. A veces se piensa que si las leyes fueran muy claras instaurarían la seguridad. Otras veces se cree que la seguridad jurídica es una quimera porque las leyes no son unívocas.

El concepto seguridad jurídica no sólo hace referencia a la previsibilidad sino también a la justicia. En una primera acepción el valor seguridad jurídica se asocia con los ideales conservadores, equivale a falta de virtudes e incluso a conformismo. Ahora bien; para que exista un orden social no sólo es necesario que exista una seguridad sino un tipo especial de seguridad. El concepto se mueve a dos niveles distintos como *condición necesaria* para la existencia de la sociedad y —en un segundo nivel— *tipo* de orden que se instaura.

Elías Díaz afirma que en el primer nivel «la legalidad engendra seguridad: el derecho establece y delimita el campo dentro del cual, en una determinada sociedad, los ciudadanos pueden sentirse seguros sabiendo con certeza a qué atenerse en relación con sus derechos y deberes. En este primer nivel legalidad y seguridad son coincidentes».<sup>43</sup>

Ese primer nivel es necesario aunque puede ser insuficiente porque es posible la existencia de regímenes que ofrezcan una seguridad como hecho, injusta como valor. Es lo que Elías Díaz denomina —con cierta cautela— la seguridad de la inseguridad.<sup>44</sup> Este tipo de seguridad insegura no es la verdadera seguridad jurídica.

La tensión que existe entre estos dos niveles constituye la columna vertebral del razonamiento jurídico, la seguridad entendida como previsión frente a la seguridad entendida como exigencia de justicia. Esta tensión se manifiesta no sólo en las reglas de la dogmática sino también en las funciones sociales que cumple. La dogmática jurídica pretende sintetizar los valores de certeza del derecho con la justicia del caso. El gran poder de la dogmática consiste en crear criterios para sintetizar valores muy importantes en la sociedad. Para conseguir su objetivo puede tener en cuenta —entre otros— los principios morales de justicia, el principio del coste social, el de las consecuencias sociales. La dogmática amplía el abanico de soluciones integrando los criterios en teorías complejas que permiten justificar decisiones que una interpretación literal sería incapaz de alcanzar. De este modo la dogmática puede adecuar el derecho a la sociedad sin que sea necesario modificar la letra de la ley.

*El poder de la comunidad dogmática*

Queda una última cuestión. ¿Por qué los juristas son tan reacios a admitir que tienen funciones reformuladoras del derecho? ¿Por qué el jurista encubre su actividad con el manto del conocimiento científico?

La primera razón —y quizá la más importante— es que la comunidad dogmática posee un poder de mediación entre el derecho legislado y el derecho aplicado. Ese poder político no está legitimado y precisamente por esto se le ha intentado legitimar como si fuera una ciencia. La comunidad dogmática actúa como un auténtico filtro. Además, no existe ninguna razón política que justifique este poder.

En segundo lugar, la comunidad dogmática realiza una función de adaptación del derecho a las nuevas necesidades sociales sin que sea necesario replantearse continuamente la modificación del derecho legislado. Ahora bien; esa función se oculta porque los sistemas de legitimación de las democracias exigen que sólo tenga poder político quien esté respaldado por los votos de la voluntad popular.

En tercer lugar, la dogmática jurídica también puede ser un freno. Incluso puede ser más conservadora que el derecho legislado y, en cierta medida, puede desvirtuarlo. Por esta razón también se oculta su función normativa.

En la historia de la dogmática jurídica existen numerosos sofismas y errores, pero sin embargo creo que existe en ella un trabajo constructivo y racionalizador que es estimable. Y lo es, porque ha sido una comunidad que ha prestado atención a problemas importantes de la sociedad, que no se ha conformado con el irracionalismo subjetivista sino que ha intentado apurar el campo de las decisiones racionales. En este sentido la dogmática formaría parte de la teoría de la elección social. Posiblemente se puede hacer una historia de los desafueros de la comunidad dogmática, pero si nos tomamos en serio sus reglas de juego, éstas permiten introducir un conjunto de criterios técnicos no jurídicos que pueden ser de gran utilidad a la hora de resolver los conflictos sociales.

En todo caso, la historia de la propia dogmática muestra la futilidad de buscar un sólo criterio que sirva para resolver todos los conflictos sociales. El criterio de la ley ha ejercido un gran atractivo en la mentalidad jurídica pero en la práctica jurídica no se ha mantenido. Un margen de manobra siempre es necesario porque es imposible programar to-

das las decisiones. Pero de esa imposibilidad no cabe deducir la irracionalidad de toda decisión. Reclamar el papel de la razón —la razón argumentativa subsuntiva de la que hablaba Jensen— puede ser uno de los legados a conservar.<sup>45</sup>

Los recetarios son de poca utilidad porque pretenden hacer creer que la responsabilidad de la decisión no es de quien la toma sino del recetario. Los juristas, como especialistas en dirimir conflictos sociales, han tratado de trasladar esa responsabilidad a la ley o al legislador. De este modo se han hecho la ilusión de que no eran ellos los que decidían sino una instancia superior a ellos.

Esta técnica de traslado de responsabilidad tiene una larga historia en el campo de la reflexión jurídica pues los iusnaturalistas ante el miedo a la toma de decisiones trasladaron a una instancia suprema la responsabilidad de la decisión. El iusnaturalismo permite al hombre mantener la ilusión de que no es él quien decide sino Dios, la Naturaleza o la Razón. El iusnaturalismo exime de responsabilidad al hombre.

La dogmática jurídica —a imagen y semejanza de algunas doctrinas iusnaturalistas— cumple la función ideológica de encubrir la responsabilidad política de los juristas. Mediante esta técnica de traslación de responsabilidades los juristas pretenden ahuyentar el fantasma. Aunque ciertamente no lo consiguen porque las decisiones y sus justificaciones vienen dados y controlados por la comunidad de juristas.

## CONCLUSIONES

Inicié este trabajo partiendo del presupuesto que existía una comunidad instituida que realizaba una actividad que denominamos dogmática jurídica. Esta comunidad ha tratado de presentarse como una de las comunidades científicas.

Vimos en primer lugar que existía cierto malestar entre los juristas por los resultados que ofrecía la jurisprudencia. Dedicué mi atención a la crítica de la irrelevancia y sobre todo a la cuestión metodológica.

En el primer capítulo planteé la cuestión metodológica en la historia de la filosofía de la ciencia y llegué a la conclusión de que las cuestiones metodológicas se han de afrontar desde las propias disciplinas. La ausencia de unas reglas metodológicas que garanticen el descubrimiento de la verdad junto al fracaso del ideal justificacionista, son argumentos su-

ficientemente poderosos para abandonar las pretensiones de las metodologías prescriptivistas de los filósofos de la ciencia.

En el segundo capítulo estudié la crítica a la dogmática jurídica desde muy diversas perspectivas. Mostré que esas críticas no describían cómo era la dogmática sino que nos indicaban cómo debía ser la dogmática —o la ciencia jurídica— para ser una verdadera ciencia. A pesar de la importancia de la cuestión sostuve que nuestro conocimiento no aumenta por el hecho de que bauticemos la dogmática con el agua de la ciencia. Propuse, por tanto, estudiar los presupuestos, las reglas de juego y las funciones sociales de la dogmática. Creo que el análisis de estos problemas nos conducirá a comprender más y mejor la actividad de la comunidad jurídica. Y probablemente el conocimiento de lo que realmente hace la comunidad dogmática es necesario para construir un proyecto de modificación.

Las principales conclusiones a las que he llegado se podrían formular en las siguientes tesis:

a) La dogmática jurídica es dogmática en algún sentido en que la ciencia también lo es. La comunidad dogmática acepta acríticamente unos presupuestos y unas reglas de juego. Pero, dentro de los límites de estas reglas de juego, las teorías dogmáticas son explícitamente críticas. El argumento racional ocupa un lugar importante en esta actividad.

b) La dogmática jurídica no es arbitraria. El jurista no es libre de inventarse hipótesis interpretativas. La comunidad posee un termómetro de valoración de las teorías y éstas están sujetas a unos procedimientos preestablecidos.

c) La comunidad dogmática acepta como presupuestos indiscutibles la abdicación valorativa y el modelo de legislador racional. Sin embargo, la abdicación valorativa no es absoluta porque las reglas de juego permiten un amplio margen de maniobra al intérprete. Y dentro de ese margen puede defender sus opciones valorativas. Ahora bien; sus puntos de vista sólo se aceptarán por la comunidad si se integran en una teoría general.

d) Las principales reglas de la dogmática son las siguientes:

A. La sujeción a la ley.

B. La justicia del caso.

C. La sistematicidad del derecho.

Esas reglas de juego salvaguardan valores sociales importantes como la seguridad jurídica, la igualdad o la solución justa y eficaz de los conflictos sociales.

e) Las reglas de juego de la dogmática pueden ser contradictorias. En caso de contradicción no existe un metacriterio que permita decidir cuál es la adecuada. Pero en ese caso la solución tampoco se encuentra en la irracionalidad subjetiva del intérprete. La solución de los problemas exige integrarlos en una teoría. La comunidad dogmática sólo aceptará soluciones que estén fundamentadas en principios profundamente arraigados. La comunidad ejerce la función del control de las teorías dogmáticas.

f) A pesar de que existen diversas tendencias doctrinales a la hora de interpretar las reglas de la dogmática, la comunidad acepta las reglas de juego. La diversidad de interpretaciones está sustentada —sin embargo— en la unidad de las reglas.

g) Los conflictos entre reglas de juego suponen conflictos entre valores importantes y fundamentales. La tensión entre seguridad jurídica y justicia material se encuentra en el seno de la comunidad dogmática. El análisis de los criterios materiales de decisión supone la apertura de la dogmática a reflexiones de filosofía moral y política, teoría económica o sociología.

h) Históricamente, la dogmática jurídica se ha identificado con una visión legalista estrecha. Las reglas de la dogmática permiten la introducción de elementos extrajurídicos en el proceso jurídico. Permiten el distanciamiento de la literalidad de la ley. El razonamiento moral, por ejemplo, constituye uno de los pilares básicos de la reflexión dogmática. La cuestión de las consecuencias y de los costes son integrables en sus reglas de juego. En este sentido ofrece posibilidades de apertura y evolución.

i) La dogmática jurídica ha tenido y tiene funciones cognoscitivas. En las facultades de derecho, en los juzgados y tribunales el aprendizaje de la dogmática es importante.

j) La dogmática jurídica tiene funciones prescriptivas. La comunidad ejerce una función política de máxima importancia al proporcionar criterios no sólo para interpretar la ley sino también para modificar el derecho.

k) La comunidad dogmática no ha aceptado mayoritariamente la distinción entre el derecho y la ciencia del derecho porque la dogmática forma parte del derecho positivo y es imposible deslindarlo de él.

l) La comunidad dogmática constituye un auténtico filtro entre la creación y la aplicación del derecho. Su poder no está legitimado y por esa razón oculta su verdadera función. En este sentido la dogmática cumple una función ideológica.

Para finalizar quisiera aclarar que estas tesis pretenden describir la actividad de los juristas. No tratan de justificar su carácter elitista, gremial, ideológico o político. Seguramente estaría de acuerdo con el lector que afirmara que esta comunidad debería estar legitimada u organizada de otra forma para que su política estuviera justificada.

## NOTAS

1. La perspectiva cientifista ha sido sostenida por Kelsen —entre otros—. Véase su *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 1.

2. Véase J. Wroblewski: «La normatividad de la ciencia jurídica», *op. cit.*, p. 335, donde se analiza desde qué perspectivas se puede estudiar la ciencia jurídica.

3. Este tema lo he estudiado en el trabajo «Ciencia y Racionalidad en Kelsen», *op. cit.*, pp. 21 y ss.

4. Véase J. Wroblewski, *op. cit.*, p. 336. Según Wroblewski, «la dogmática trata del derecho vigente, es decir, de la estructuración del material jurídico en un complejo sistemático, de la formulación de conceptos e instituciones jurídicas, de la determinación del significado de las prescripciones... Este grupo de problemas viene tradicionalmente considerado como la piedra angular de la ciencia jurídica».

5. Véase J. Austin: *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 35.

6. Véase W. Salmond. *Jurisprudence*. Londres, Sweet & Maxwell, 1966 (12.ª ed.), p. 1.

7. Véase J. R. Capella: *Sobre la extinción del derecho y la supremacía de los juristas*. Barcelona, Fontanella, 1970, pp. 14 y ss.

8. Véase G. Radbruch: *Introducción a la filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 10.

9. Véase J. Finch: *Introducción a la teoría del derecho*. Barcelona, Labor, 1977, p. 12.

10. Véase J. Austin: *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 32.

11. Véase F. C. Savigny: «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho», en Thibaut-Savigny: *La codificación*. Madrid, Aguilar, 1970, pp. 70 y ss.

12. Véase Radbruch, *op. cit.*, p. 111.

13. Véase C. Nino: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, *op. cit.*, p. 108.

14. Véase F. Wiaecker: *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*. Madrid, Aguilar, 1957, p. 38.

15. *Ibid.*, p. 42.

16. Véase G. Radbruch, *op. cit.*, pp. 9 y ss.

17. Véase Wiaecker: *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*, *op. cit.*, p. 52.

18. Véase Radbruch, *op. cit.*, p. 103.

19. *Ibid.*, p. 105.

20. Véase C. Nino: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, *op. cit.*, p. 114, en la que mantiene el carácter híbrido de la dogmática.

21. Véase K. Larenz: *Metodología de la ciencia del derecho*, *op. cit.*, pp. 183 y ss.

22. *Ibid.*, p. 218.
23. Ver N. Luhmann: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Traducción castellana de I. de Otto. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1983.
24. La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia ha sido sostenida por muchos autores no sólo nihilistas, como por ejemplo Lundstedt, sino también por los juristas alemanes de la rehabilitación de la razón práctica frente al imperialismo de la razón científica.
25. Citado por Larenz, p. 71 de su *Metodología de la ciencia del derecho*.
26. Radbruch, *op. cit.*, p. 108.
27. *Ibid.*, p. 117.
28. Véase Alf Ross: *Sobre el derecho y la justicia*, *op. cit.*, p. 46.
29. Citado por Larenz en su *Metodología de la ciencia del derecho*, *op. cit.*, p. 41.
30. Véase M. Atienza: «La Metodología de K. Larenz», en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 1982, pp. 214 y ss. Atienza sostiene que Larenz no distingue con claridad entre el derecho y la dogmática, y que su concepto de ciencia es inadmisibile. Pero aquí lo que nos interesa no es cómo debe ser la dogmática sino cómo es y creo que Larenz refleja con nitidez lo que hace la comunidad dogmática.
31. Véase H. Kelsen: «Recht und Logik», en *Forum*, 1965, p. 500.
32. Véase H. Kelsen: *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, pp. XIV y ss., en las que escribe: «Casi toda la ciencia jurídica tradicional se caracteriza por su tendencia a confundir la teoría del derecho positivo con ideologías políticas... precisamente en virtud de su carácter antiideológico, la teoría pura del derecho se revela como una auténtica ciencia del derecho... El postulado de la completa separación de la jurisprudencia y la política no puede ser sinceramente puesto en duda si ha de existir una ciencia jurídica auténtica.»
33. *Ibid.*, p. 161.
34. Véase sobre este punto M. Losano: «Sulla presenza di un linguaggio ora descrittivo ora prescrittivo nella dottrina pura del diritto», en M. Losano: *Forma e realtà in Kelsen*. Milán, Comunità, 1981, p. 120. Véase también R. Guastini (ed.): *Problemi di teoria del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1980, pp. 31 y ss. Para la crítica de esta postura, véase J. Stone: *Legal System and Lawyers Reasoning*. Stanford University Press, 1964, pp. 105 y ss. Véase también Alf Ross: «Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?» en Alf Ross: *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires, CEAM, 1969, pp. 39 y ss. Véase en la p. 242 n. de la *Metodología de la ciencia del derecho* de Larenz la crítica al criterio kelseniano.
35. Véase J. Wroblewski: «La Normatività della scienza giuridica», *op. cit.*, p. 330, en la cual cita un trabajo suyo editado en 1948 en Cracovia: *Język prwiny i prawnicy*.
36. Véase H. Coing: *Fundamentos de filosofía del derecho*. Barcelona, Ariel, 1961, p. 21.
37. *Ibid.*
38. Véase en S. Soler: *Las palabras de la ley*, México, F.C.E., 1969, especialmente los capítulos 12 y 13. En la p. 137 afirma: «Cuando se mira al pensamiento dogmático con aire despectivo, según hoy es bastante común, se olvida que los objetos de pensamiento que maneja son todos ellos resultados de largos procesos históricos de acumulación de experiencias y de luchas, padecimientos y éxitos. Casi nun-

- ca son caprichos circunstanciales o inventos personales o teóricos.»
39. Véase L. Hierro: *El realismo jurídico escandinavo*, *op. cit.*, p. 220.
40. El realismo —en líneas generales— ha negado estatuto cognoscitivo a la dogmática. Véase sobre este punto mi trabajo: «Notas sobre el realismo jurídico», en *Revista de la universidad de Palma de Mallorca*, 1984.
41. Véase N. Luhmann: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Edición consultada, la italiana de A. Febbrajo, Bolonia, Il Mulino, 1978, p. 43. Véase también S. Soler: *Las palabras de la ley*, *op. cit.*, p. 136, en la cual escribe: «El conocimiento dogmático, además de no consistir en una mera opinión, sino en un auténtico conocimiento de algo objetivo, es un conocimiento actuante, probado determinante de la realidad. Es un conocimiento que hace, que contribuye a cambiar el mundo, porque va inserto en el proceso general de la praxis humana.»
42. Véase E. Gimbernat: «¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?», *op. cit.*, p. 127.
43. Véase E. Díaz: *Sociología y filosofía del derecho*, *op. cit.*, pp. I y 7.
44. Aquí el primer término significa certeza y previsión, mientras que el segundo hace referencia al contenido de justicia y a su valoración.
45. En los últimos tiempos ha crecido el interés por el estudio del razonamiento jurídico. Se ha desbordado el ámbito de la metodología jurídica tradicional y se ha buscado inspiración en la filosofía práctica. Algunos —como por ejemplo Alexy— han intentado construir teorías procesales de la moral, es decir, teorías en las cuales no se plantean directamente las cuestiones de los principios morales concretos sino que se analizan las condiciones y las reglas de la argumentación práctica. Véase sobre este punto R. Alexy: su respuesta a la encuesta de la *Revista Doxa*, n.º 1, 1984, pp. 15 y ss. Véase, por ejemplo, su «Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation», en *Rechtstheorie*. Beiheft 2, 1981, pp. 177 y ss.; y, en colaboración con A. Aarnio y A. Peczenick, «The Foundation of Legal Reasoning», en *Rechtstheorie*, vol. 12, 1981, pp. 257 y ss. Desde perspectivas distintas puede verse N. McCormick: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Clarendon Press, 1978. Krawietz —por ejemplo— ha señalado que existen varios conceptos de racionalidad utilizados por los juristas; el análisis del contenido de estos conceptos constituye un programa necesario para la teoría de la argumentación.
- En otro orden de cosas, hay autores como Soper que consideran que las cuestiones de qué es el derecho y por qué se debe obedecer el derecho no están tan separadas como han sostenido las escuelas analíticas. Una teoría de la obediencia y desobediencia del derecho es indispensable para vislumbrar el concepto de Derecho. En este sentido una concepción material de la justicia —un mínimo— es necesario. Véase su *A Theory of Law*. Harvard University Press, 1984, capítulo I. Véase también M. S. Deltmond: *The Unity of Law and Morality. A Re-futation of Legal Positivism*. Londres, Routledge and Kegan Paul, 1984.
- Mas explícita es la actitud de Coing cuando afirma que «todo derecho positivo se basa en ciertas ideas valorativas que constituyen una concepción histórica en sí mismas y como espíritu de una nación o de una época, como concepción de la idea del derecho, forman una totalidad histórico concreta. Así, por ejemplo, el derecho romano clásico se basaba en el cosmos de la tradición y humanidad, autoridad

y libertad, fidelidad y seguridad jurídica... el derecho en el siglo XIX, en las ideas de 1789, es decir, la libertad personal y la igualdad, con sus correlatos político económicos: Estado de derecho, parlamentarismo y libre economía de mercado. Aquí encuentra la ciencia jurídica una unidad histórica que tiene que investigar y describir o exponer para poder preparar sistemáticamente la decisión judicial a partir del derecho positivo. Pero tras esa unidad histórica de las ideas valorativas se encuentra la conexión sistemática de los valores éticos mismos, a los que está esencialmente vinculado todo orden jurídico. Esta conexión influye y obra siempre en el derecho positivo y no puede ser pasada por alto por la ciencia del derecho». (Pp. 281 y ss. de H. Coing: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Berlín, De Gruyter, 1969. Véase también A. Peczenick: *The Basis of Legal Justification*. Lund, 1983; y A. Aarnio: «Paradigm Articulation in Legal Research», en A. Aarnio: *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, Helsinki, 1983.)

Creo que en los últimos tiempos existe una tendencia generalizada a relacionar el razonamiento jurídico con el razonamiento moral, y que tanto la teoría de la argumentación basada en procedimientos como en principios morales materiales pueden contribuir a una mejor comprensión de la tarea de las comunidades dogmáticas.

INDICE

<i>Introducción</i> . . . . .	9
-------------------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

LA CUESTIÓN METODOLÓGICA  
EN LA FILOSOFÍA DE LA CIENCIA

Introducción . . . . .	21
El método racionalista clásico . . . . .	21
El método empirista . . . . .	22
La aportación de Kant . . . . .	25
La crisis del racionalismo epistemológico . . . . .	26
El empirismo lógico . . . . .	27
El falsacionismo de Popper . . . . .	34
El fracaso de la metodología . . . . .	35
Notas . . . . .	41

CAPÍTULO II

EL ESTATUTO CIENTÍFICO DE LA DOGMÁTICA

Introducción . . . . .	47
Algunos obstáculos importantes . . . . .	49
La ambigüedad del término derecho . . . . .	49
La consideración social del jurista . . . . .	50
La crítica a la jurisprudencia dogmática . . . . .	50
La crítica de los juristas: Kirchmann . . . . .	52
Modelo de ciencia de Kirchmann . . . . .	53
Causas del retraso de la jurisprudencia . . . . .	54
La crítica de la crítica . . . . .	57
La influencia de Kirchmann . . . . .	58
Algunas conclusiones provisionales . . . . .	59
La dogmática desde la perspectiva de la filosofía de la ciencia . . . . .	60

La concepción racionalista de la ciencia y la dogmática . . . . .	61
La concepción positivista de la ciencia . . . . .	63
¿Existe una concepción científica de la ciencia? . . . . .	65
Notas . . . . .	69

## CAPÍTULO III

LA DOGMÁTICA JURÍDICA:  
CARACTERIZACIÓN GENERAL

Un saber... ¿dogmático? . . . . .	75
¿Es arbitraria la dogmática? . . . . .	77
La dogmática, entre ciencia y política . . . . .	79
Sobre los métodos de la dogmática . . . . .	83
El estilo formalista . . . . .	84
El estilo finalista . . . . .	85
Algunas conclusiones provisionales . . . . .	86
Notas . . . . .	88

## CAPÍTULO IV

## LAS REGLAS DE JUEGO DE LA DOGMÁTICA

Algunas precisiones sobre la neutralidad . . . . .	93
La abdicación valorativa . . . . .	93
El modelo de legislador racional . . . . .	96
Funciones del modelo de legislador racional . . . . .	98
El supuesto de sujeción a la ley . . . . .	99
La crítica a la regla de la sujeción a la ley . . . . .	101
El supuesto de la justicia del caso . . . . .	108
El conflicto entre reglas . . . . .	109
El derecho es un sistema . . . . .	114
Algunas conclusiones . . . . .	118
Notas . . . . .	120

## CAPÍTULO V

## LAS FUNCIONES SOCIALES DE LA DOGMÁTICA

Introducción . . . . .	129
Funciones cognitivas de la dogmática . . . . .	130

Funciones prescriptivas de la dogmática . . . . .	132
Los orígenes de la ciencia jurídica: la dogmática como descripción y prescripción . . . . .	133
Actitudes no cognitivas . . . . .	135
La distinción entre el derecho y la ciencia del derecho . . . . .	136
La función ideológica . . . . .	140
Algunas precisiones sobre la seguridad jurídica . . . . .	140
El poder de la comunidad dogmática . . . . .	142
Conclusiones . . . . .	143
Notas . . . . .	147

Impreso en el mes de octubre de 1990  
en Romanyà/Valls  
Verdaguer, 1  
Capellades  
(Barcelona)